

Dossier : 2016-445(IT)G

ENTRE :

BANQUE DE MONTRÉAL

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

Appel entendu les 4, 5, 6, 7 et 8 juin 2018, à Toronto (Ontario)

Devant : L'honorable juge David E. Graham

Comparutions :

Avocats de l'appelante : M^e Martha MacDonald
M^e Jerald Wortsman
M^e Patrick Reynaud

Avocats de l'intimée : M^e Natalie Goulard
M^e Sara Jahanbakhsh
M^e Marie-France Camiré

JUGEMENT

L'appel interjeté des nouvelles cotisations pour l'année d'imposition se terminant le 31 octobre 2010 est accueilli au motif que l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas aux transactions en cause et l'affaire est déferée au ministre du Revenu national aux fins d'établissement de nouvelles cotisations.

Les dépens sont adjugés à l'appelante. Les parties disposent d'un délai de 30 jours suivant la date du présent jugement pour parvenir à un accord sur les dépens, faute de quoi l'appelante disposera alors d'un délai de 30 jours pour déposer ses observations écrites sur les dépens, après quoi l'intimée disposera d'un délai de 30 jours pour déposer sa réponse par écrit. Aucun dépôt d'observations ne

peut dépasser dix pages. Si les parties n'informent pas la Cour qu'elles sont parvenues à un accord et qu'il n'y a pas de dépôt d'observations dans les délais susmentionnés, les dépens seront adjugés à l'appelante selon ce que prévoit le tarif.

Signé à Ottawa, Canada, ce 12^e jour de septembre 2018.

« David E. Graham »

Le juge Graham

Référence : 2018 CCI 187

Date : 20180912

Dossier : 2016-445(IT)G

ENTRE :

BANQUE DE MONTRÉAL

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

MOTIFS DU JUGEMENT

Le juge Graham

[1] Le présent appel porte sur l'application de la règle générale anti-évitement à une série complexe de transactions financières transfrontalières réalisées par la Banque de Montréal entre 2005 et 2010 qui ont échappé à l'application des règles sur la minimisation des pertes sur dividendes prévues par le paragraphe 112(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi). La Banque de Montréal soutient qu'elle n'a tiré aucun avantage fiscal des transactions en question et que, même si tel avait été le cas, l'avantage qu'elle en aurait tiré n'aurait pas constitué un abus de l'application du paragraphe 112(3.1).

[2] Les parties ont déposé un exposé conjoint des faits partiel qui expose en détail la structure et l'aspect financier. La copie de cet exposé conjoint des faits est jointe aux présentes à l'annexe A. Dans les présents motifs, j'ai simplifié quelque

peu les faits par souci de clarté¹. L'annexe B comprend des diagrammes préparés par les avocats de la Banque de Montréal pour illustrer les transactions².

A. Aperçu

[3] En 2005, la Banque de Montréal (BMO) a voulu prêter un total de 1,4 milliard de dollars américains à un certain nombre de ses filiales américaines qui seront désignées aux présentes par l'appellation « Harris Group ». BMO s'est tournée vers des tiers pour emprunter les fonds nécessaires.

i. Structure étagée

[4] Il n'aurait pas été avantageux sur le plan fiscal pour BMO de simplement emprunter les fonds pour ensuite les prêter au Harris Group, puisqu'une telle structure se serait traduite par des retenues d'impôt aux États-Unis prélevées sur les paiements d'intérêts qu'elle aurait perçus du Harris Group. BMO a donc choisi de mettre en place ce que l'on appelle couramment une « structure étagée », qui est un montage compliqué auquel ont souvent recours les entreprises canadiennes pour financer des filiales américaines de façon à tirer tous les avantages possibles sur le plan fiscal. La structure étagée permet de déduire les frais d'intérêts que doit acquitter l'entreprise canadienne aux fins du calcul de l'impôt au Canada de même que les frais d'intérêts correspondants que doit acquitter la filiale américaine aux fins du calcul de l'impôt aux États-Unis sans avoir à verser les retenues fiscales aux États-Unis qui auraient, sans cela, été prélevées sur le rapatriement des fonds.

[5] La structure étagée mise en place par BMO était composée des entités suivantes :

- a) une société en commandite du Nevada appelée BMO Funding L.P. (Funding LP) dans laquelle BMO possède 99,9 % des parts, le reste des parts, soit 0,1 %, appartenant à une filiale en propriété exclusive de BMO appelée « BMO G.P. Inc. » (BMO GP);

¹ En cas de différence entre les faits que j'expose dans les présents motifs et ceux figurant dans l'exposé conjoint des faits partiel, ces derniers doivent être considérés comme les conclusions de fait tirées lors du procès.

² J'ai joint ces diagrammes aux présents motifs pour qu'il soit plus facile au lecteur de s'y retrouver dans les transactions. Ces diagrammes n'ont pas été déposés à titre d'éléments de preuve dans le cadre du présent appel.

- b) une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse appelée BMO (NS) Investment Company (NSULC) appartenant en propriété exclusive à Funding LP;
- c) une société en commandite du Delaware appelée BMO (US) Funding LLC (LLC) appartenant en propriété exclusive à NSULC.

ii. Fonds empruntés

[6] BMO a emprunté 150 millions de dollars américains auprès d'un tiers et a investi les fonds dans Funding LP, qui, à son tour, a utilisé ces fonds pour faire l'acquisition d'actions de NSULC, laquelle, à l'image de Funding LP, a utilisé ces fonds pour faire l'acquisition d'actions de LLC. Puis, LLC a pris les fonds reçus pour les prêter au Harris Group³.

[7] Pour le reste des 1,4 milliard de dollars américains, Funding LP s'est tournée vers un tiers pour contracter un prêt de 1,25 milliard de dollars américains et a de nouveau utilisé ces fonds pour faire l'acquisition d'actions de NSULC qui, en retour, les a utilisés pour acquérir des actions de LLC. Puis, LLC a pris les fonds reçus pour les prêter au Harris Group⁴.

iii. Paiements trimestriels

[8] Chaque fin de trimestre d'exercice, les paiements d'intérêts et les dividendes circulaient dans la structure étagée. Ainsi, le Harris Group versait des intérêts à LLC, qui s'en servait pour verser des dividendes à NSULC, laquelle versait les dividendes correspondants à Funding LP, qui, finalement, s'en servait pour payer les intérêts sur le prêt de 1,25 milliard de dollars américains qu'elle avait contracté,

³ En réalité, le montant prêté au Harris Group s'est élevé à seulement 149 100 000 dollars américains, le reste des fonds ayant été soit dépensé, soit retenu par chaque entité de la structure étagée au fur et à mesure que les fonds y ont circulé. Les montants d'argent exacts investis ou prêtés par chaque entité n'étant pas importants, j'ai exposé les transactions comme si le montant d'argent entier, soit 150 millions de dollars américains, était passé par tous les étages de la structure. Cela dit, les montants d'argent exacts sont indiqués à l'annexe A.

⁴ Le montant exact prêté au Harris Group était de 1 247 115 000 dollars américains, le reste des fonds ayant été soit dépensé, soit retenu par chaque entité de la structure étagée au fur et à mesure que les fonds y ont circulé. Les montants d'argent exacts investis ou prêtés par chaque entité n'étant pas importants, j'ai exposé les transactions comme si le montant d'argent entier, soit 1,25 milliard de dollars américains, était passé par tous les étages de la structure. Cela dit, les montants d'argent exacts sont indiqués à l'annexe A.

pour enfin distribuer le solde à BMO et BMO GP. BMO utilisait ensuite les fonds reçus de Funding LP pour payer les intérêts sur le prêt de 150 millions de dollars américains qu'elle avait contracté.

[9] Les dividendes reçus par BMO de la part de NSULC (indirectement par l'entremise de Funding LP) étaient des dividendes imposables. Or, BMO a tiré un avantage fiscal de ces dividendes puisqu'elle a eu droit à une déduction au titre du paragraphe 112(1) de la Loi.

iv. Couverture contre le risque de change

[10] D'un point de vue d'affaires, BMO, en empruntant un montant d'argent en dollars américains pour l'investir dans un actif aux États-Unis, a effectivement eu recours à un instrument de couverture pour se protéger contre le risque de change. Si le dollar canadien s'était déprécié par rapport au dollar américain entre 2005 et 2010, la valeur ainsi majorée (en dollars canadiens) de l'investissement indirect en dollars américains de BMO dans le Harris Group serait allée de pair avec l'augmentation des coûts (en dollars canadiens) inhérents au remboursement de 1,4 milliard de dollars américains empruntés. À l'inverse, si le dollar canadien avait gagné de la valeur par rapport au dollar américain pendant la même période, la perte de la valeur (en dollars canadiens) de l'investissement indirect en dollars américains de BMO dans le Harris Group serait allée de pair avec la diminution des coûts (en dollars canadiens) inhérents au remboursement de 1,4 milliard de dollars américains empruntés.

[11] D'un point de vue fiscal cependant, BMO, en couvrant son risque de change, aurait pu se heurter à un problème. La situation demeurerait au beau fixe si le dollar canadien perdait de la valeur, puisque toute appréciation de la valeur des actions de NSULC détenues par Funding LP provoquée par une dépréciation de la valeur du dollar canadien aurait été imposable au titre d'un gain en capital, lequel aurait été compensé par la perte en capital correspondante rattachée au remboursement de l'emprunt de 1,4 milliard de dollars américains. BMO se serait toutefois retrouvée dans une situation autrement plus difficile en cas d'appréciation de la valeur du dollar canadien, puisque la dépréciation de la valeur des actions de NSULC détenues par Funding LP qui en aurait résulté se serait traduite par une perte en capital. Or, la règle sur la minimisation des pertes sur dividendes énoncée au paragraphe 112(3.1) aurait eu pour effet de réduire cette perte en capital d'un montant équivalant à la valeur de tout dividende non imposable que Funding LP aurait touché de la part de NSULC. La perte en capital ainsi amputée n'aurait pas

suffi à compenser le gain en capital réalisé sur le remboursement du prêt de 1,4 milliard de dollars américains.

v. Structure modifiée

[12] Soucieuse d'éviter ce déséquilibre potentiel entre le gain en capital et la perte en capital, BMO a modifié sa structure étagée. Comme le paragraphe 112(3.1) vise séparément chaque catégorie d'actions, BMO a décidé de créer une structure dans laquelle les actions de NSULC appartiendraient à deux catégories différentes. Au moment de verser la première portion des dividendes trimestriels, NSULC a opté pour des actions privilégiées au lieu de les payer en espèces, ce qui signifie que Funding LP détenait deux catégories d'actions de NSULC, à savoir des actions ordinaires à coût de revient élevé et des actions privilégiées à faible coût de revient. À partir de ce moment, tous les dividendes trimestriels ont été payés au titre des actions privilégiées. En isolant les dividendes de cette manière, BMO s'assurait qu'en cas d'appréciation du dollar canadien se traduisant par une perte en capital sur les actions ordinaires de NSULC, cette perte ne serait pas amputée de la valeur des dividendes non imposables ayant été versés par NSULC et pourrait compenser en entier le gain en capital réalisé sur les fonds empruntés.

[13] La planification de BMO a porté ses fruits. La valeur du dollar canadien entre 2005 et 2010 s'est fortement accrue⁵. Avec la structure étagée comportant deux catégories d'actions, la perte en capital résultant de la disposition des actions de NSULC a compensé le gain en capital réalisé sur les fonds empruntés.

vi. Dénouement de la structure

[14] La structure étagée a été dénouée en 2010. Le Harris Group a remboursé les prêts contractés par LLC, qui a été liquidée et a vu ses actifs être distribués à NSULC. NSULC a connu le même sort et ses actifs ont été distribués à Funding LP, qui s'est servi des fonds reçus pour rembourser le prêt de 1,25 milliard de dollars américains qu'elle avait contracté. Elle a ensuite distribué les fonds à BMO et à BMO GP. BMO a utilisé les fonds reçus de la part de Funding LP pour rembourser les 150 millions de dollars américains qu'elle avait empruntés.

⁵ Le taux de change entre le dollar canadien et le dollar américain était de 1,2550 le 9 juin 2005 et de 1,0236 le 16 juin 2010 (exposé conjoint des faits partiel, paragraphe 31).

vii. Nouvelles cotisations

[15] Le ministre du Revenu national, mécontent des modifications apportées par BMO à sa structure étagée en vue de se soustraire au risque fiscal posé par ses opérations de change, a conclu que, même si la structure qui en a résulté était conforme à la lettre de la Loi, la règle générale anti-évitement doit être utilisée pour réduire la part de la perte en capital de BMO résultant de la disposition des actions ordinaires de NSULC d'un montant correspondant à la déduction qui aurait été prélevée en application du paragraphe 112(3.1) si BMO n'avait pas modifié sa structure. Ayant tiré cette conclusion, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de BMO en tenant compte d'une réduction de la perte en capital de 287 766 503 \$.

[16] Il importe de noter que le ministre, en appliquant la règle générale anti-évitement pour établir une nouvelle cotisation, ne remet pas en question la structure étagée en tant que telle, mais la modification qui y a été apportée par BMO en constituant une deuxième catégorie d'actions.

viii. Questions en litige, thèses des parties et conclusion

[17] Trois conditions doivent être réunies pour que la règle générale anti-évitement joue. Tout d'abord, il doit y avoir un avantage fiscal à retirer d'une opération. Ensuite, l'opération doit correspondre à la définition d'une opération d'évitement. Enfin, l'opération d'évitement doit avoir été abusive⁶.

[18] L'intimée soutient que BMO a retiré un avantage fiscal lorsque sa part de la perte en capital subie par Funding LP sur les actions ordinaires de NSULC n'a pas été amputée de 287 766 503 \$ au titre des dividendes non imposables reçus par cette dernière sur les actions privilégiées de NSULC. BMO soutient, quant à elle, n'avoir retiré aucun avantage fiscal, précisant que, même si une deuxième catégorie d'actions n'avait pas été introduite dans la structure étagée, le paragraphe 112(3.1) n'aurait pas joué pour éroder la perte en capital. Elle ajoute que le paragraphe 112(3.1) de la Loi, tel qu'il était libellé en 2010, ne visait pas les pertes en capital résultant des fluctuations dans les taux de change.

[19] BMO admet que si je devais conclure en l'existence d'un avantage fiscal, il aurait découlé d'une série de transactions dont le but premier consistait à obtenir

⁶ Arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, au paragraphe 33; arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, au paragraphe 17.

l'avantage en question. Par souci de clarté, cela signifie que si je devais conclure à l'existence d'un avantage fiscal, BMO admet que le dividende en actions ayant donné lieu aux actions privilégiées de NSULC et au paiement subséquent de tous les dividendes sur ces actions privilégiées à l'exclusion des actions ordinaires constituait effectivement une opération d'évitement.

[20] Cela dit, BMO soutient que l'intimée n'a pas démontré que l'opération d'évitement, si elle est avérée, constituait un abus du paragraphe 112(3.1). L'intimée soutient que l'objet, l'esprit et l'intention du paragraphe 112(3.1) consistent à empêcher la surestimation des pertes en capital enregistrées lors de la disposition d'actions en déduisant des pertes tous les dividendes exempts d'impôt reçus au titre de ces actions. Selon elle, BMO a abusé de l'objet, de l'esprit et de l'intention de cette disposition de la Loi.

[21] Pour les motifs qui suivent, j'estime qu'il n'y a eu aucun avantage fiscal. Ayant tiré cette conclusion, il n'y a pas lieu de déterminer s'il y a eu évitement fiscal abusif au titre du paragraphe 112(3.1).

B. Avantage fiscal

[22] Le paragraphe 245(1) définit l' « avantage fiscal » : une réduction, un évitement ou un report d'impôt. L'intimée affirme que l'avantage fiscal retiré par BMO correspondait à la réduction de l'impôt qu'elle aurait dû payer si le paragraphe 112(3.1) s'était appliqué pour réduire sa part de la perte en capital enregistrée lors de la disposition des actions ordinaires de NSULC.

[23] Les dispositions pertinentes du paragraphe 112(3.1) sont les suivantes :

[...] la part qui revient à un contribuable [...] de toute perte subie par une société de personnes dont il est un associé, lors de la disposition d'une action détenue par une société de personnes donnée à titre d'immobilisation, est réputée égale à cette part de la perte, déterminée compte non tenu du présent paragraphe, moins :

[...]

b) dans le cas où le contribuable est une société, le total des montants qu'il a reçus sur l'action représentant chacun :

(i) un dividende imposable, jusqu'à concurrence de la fraction du dividende qui était déductible selon le présent article [...] dans le calcul de son revenu imposable, ou de son revenu imposable gagné au Canada, pour une année d'imposition,

[...]

[Non souligné dans l'original.]

[24] Le paragraphe 112(3.1) a pour effet de réduire la part du contribuable dans toute perte découlant de la « disposition d'une action ». BMO soutient que la perte qu'elle a enregistrée à la suite de la disposition des actions ordinaires de NSULC n'était pas une perte résultant de la « disposition d'une action », mais bien de la « disposition de la monnaie d'un pays étranger » en raison de l'application du paragraphe 39(2).

[25] Le paragraphe 39(2) a depuis été modifié, mais, en 2010, les portions pertinentes de cette disposition étaient libellées ainsi :

Malgré le paragraphe (1), lorsque, par suite de toute fluctuation, postérieure à 1971, de la valeur de la monnaie ou des monnaies d'un ou de plusieurs pays étrangers par rapport à la monnaie canadienne, un contribuable a réalisé un gain ou subi une perte au cours d'une année d'imposition, les règles suivantes s'appliquent :

a) est réputé être un gain en capital du contribuable pour l'année, tiré de la disposition de la monnaie d'un pays étranger, gain en capital qui est le montant déterminé en vertu du présent alinéa, l'excédent éventuel :

(i) du total de ces gains réalisés par le contribuable au cours de l'année [...]

sur :

(ii) le total des pertes subies par le contribuable au cours de l'année [...],

(iii) si le contribuable est un particulier, 200 \$;

b) est réputé être une perte en capital du contribuable pour l'année, résultant de la disposition de la monnaie d'un pays étranger, perte en capital qui est le montant déterminé en vertu du présent alinéa, l'excédent éventuel :

(i) du total déterminé en vertu du sous-alinéa a)(ii),

sur :

(ii) le total déterminé en vertu du sous-alinéa a)(i),

(iii) si le contribuable est un particulier, 200 \$.

[Non souligné dans l'original.]

[26] L'intimée admet que le paragraphe 112(3.1) ne joue qu'après le paragraphe 39(2), ce qui signifie qu'une perte réputée être, aux termes de ce paragraphe, une perte résultant de la disposition d'une monnaie étrangère ne constituera pas une perte résultant de la disposition d'actions aux fins du paragraphe 112(3.1). Les gains et les pertes en capital qui résultent de l'article 39 comptent dans le calcul du revenu du contribuable aux termes de l'article 3. Le revenu du contribuable aux termes de l'article 3 est ensuite utilisé pour le calcul de son revenu imposable au titre de l'article 2. Selon le paragraphe 2(2), les ajouts prévus à la section C ainsi que les déductions qui y sont permises servent à calculer le revenu imposable du contribuable. Le paragraphe 112(3.1) se trouve dans la section C, ce qui signifie qu'il joue après le paragraphe 39(2).

[27] BMO soutient que, puisque le paragraphe 39(2) joue avant le paragraphe 112(3.1), nulle perte ne résulte de la disposition d'une action qui pourrait être visée au paragraphe 112(3.1) si, vu l'application préalable du paragraphe 39(2), que la perte sur change réalisée sur les actions ordinaires de NSULC est en réalité une perte en capital découlant de la disposition d'une monnaie étrangère. BMO soutient qu'elle ne peut pas avoir tiré un avantage fiscal en évitant l'application d'un paragraphe qui ne se serait de toute façon pas appliqué.

[28] L'intimée admet que la perte en capital subie par BMO découle de la fluctuation du dollar américain par rapport au dollar canadien⁷. Elle admet également que, si le paragraphe 39(2) jouait de sorte que la perte sur change réalisée sur les actions de NSULC était corrélativement réputée être une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère, BMO n'a alors tiré aucun avantage fiscal. Cependant, l'intimée dit que le paragraphe 39(2) ne jouait pas ainsi. La question consiste donc à rechercher si le paragraphe 39(2) visait la perte en capital ou non. BMO affirme que tel était le cas et l'intimée soutient le contraire.

[29] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le paragraphe 39(2) jouait de sorte que la perte sur change résultant de la disposition des actions ordinaires de NSULC était réputée être une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère. Cela étant, BMO n'a tiré aucun avantage fiscal de la

⁷ Observations écrites de l'intimée, paragraphes 23 et 24.

transaction. Je tire cette conclusion aux termes de l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique du paragraphe 39(2).

i. Analyse textuelle

[30] Le paragraphe 39(2) semble de prime abord relativement simple. Le texte dispose que tout gain ou toute perte résultant de la fluctuation du dollar canadien est réputé être un gain ou une perte en capital résultant de la disposition de la monnaie d'un pays étranger. Or, un examen plus attentif révèle une substantielle ambiguïté.

[31] Pour bien saisir toute l'ambiguïté qui entoure le paragraphe 39(2), il faut tout d'abord comprendre que le contribuable peut réaliser un gain ou subir une perte au titre du capital résultant d'une fluctuation de la valeur du dollar canadien de deux manières : en disposant d'un bien ou en réglant une obligation⁸.

- a) Disposition d'un bien : Le contribuable peut réaliser un gain ou subir une perte à la suite d'une fluctuation de la valeur du dollar canadien en disposant du bien en immobilisation qui est dans une monnaie étrangère ou libellé en monnaie étrangère. Prenons l'exemple du contribuable qui possède des fonds en dollars américains dans un compte de capital et qui souhaite convertir ces fonds en dollars canadiens. Cette conversion sera réputée être la disposition du bien et le gain réalisé ou la perte subie résulterait d'une fluctuation de la valeur du dollar canadien entre le moment où le contribuable a acquis les fonds en dollars américains et le moment où il en a disposé. Dans cet exemple, le gain ou la perte du contribuable découlerait entièrement de la fluctuation du dollar canadien. Un autre exemple pourrait être le contribuable qui possède des actions dans une société ouverte américaine et qui les vend sur le marché. Dans cet exemple, une partie du gain ou de la perte du contribuable sera réalisée sur les actions sous-jacentes, tandis que le reste sera réputé être un gain ou une perte sur change.
- b) Règlement d'une obligation : Le contribuable peut également réaliser un gain ou subir une perte résultant d'une fluctuation de la valeur du dollar canadien par la prise en charge d'une dette contractée au titre du capital qui est libellée dans une monnaie étrangère. Prenons l'exemple du contribuable

⁸ Le paragraphe 39(2) ne s'applique aux gains et aux pertes que si l'opération à leur origine est, par sa nature, une opération en capital (*Saskferco Products ULC c. Canada*, 2008 CAF 297, au paragraphe 26, citant l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale *Compagnie pétrolière Impériale Limitée c. Canada*, 2004 CAF 361).

qui a emprunté un montant d'argent en dollars américains pour acquérir une usine de fabrication et qui souhaite rembourser le prêt après une fluctuation du taux de change. En pareil cas de figure, le gain ou la perte découlera d'une fluctuation de la valeur du dollar canadien. Toutefois, ce gain ou cette perte ne résultera pas de la disposition d'un bien, puisque le prêt à rembourser est une obligation, et non un actif.

[32] À partir de cette trame de fond, il s'agit de rechercher si le paragraphe 39(2) vise les gains et pertes sur change résultant de la disposition d'un bien en immobilisation ou du règlement d'une obligation, ou des deux.

Interprétations possibles

[33] En ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 39(2) portant que ce texte ne vise que les dispositions de biens d'immobilisation, je la désignerai par l'expression « interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien ». En ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 39(2) portant que ce texte ne vise que les gains ou pertes sur change résultant du règlement d'obligations au titre du capital, je la désignerai par l'expression « interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation ». En ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 39(2) portant que ce paragraphe vise les gains ou pertes sur change résultant à la fois du règlement d'obligations au titre du capital et de la disposition d'un bien d'immobilisation, je la désignerai par l'expression « interprétation au sens large ». L'intimée dit approuver l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation. BMO se dit en faveur de l'interprétation au sens large ou d'une version plus restreinte de cette interprétation (présentée ci-après), que je désignerai par l'expression « version plus restreinte de l'interprétation au sens large ». Nulle des parties ne défend l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien.

Interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien

[34] Je peux, d'entrée de jeu, écarter l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien, puisque, comme je viens tout juste de le signaler, aucune des parties ne le défend. En outre, la jurisprudence portant sur le paragraphe 39(2) enseigne que cette interprétation est inexacte. Je recense en effet un certain nombre de décisions répertoriées dans lesquelles le paragraphe 39(2) est appliqué à des gains ou à règlement d'obligations⁹. Il ne fait aucun doute que l'interprétation sous l'angle de

⁹ Le paragraphe 39(2) a été appliqué à des sommes empruntées par le contribuable dans la décision *Tahsis Company Ltd. v. The Queen* (1979 CarswellNat 267 (C.F. 1^{re} inst.)), à des actions libellées en dollars américains ayant été rachetées par le contribuable dans l'arrêt

la disposition d'un bien est incorrecte puisqu'elle interdit l'application du paragraphe 39(2) dans ce contexte.

Version plus restreinte de l'interprétation au sens large

[35] Outre l'interprétation au sens large, BMO défend la version plus restreinte de l'interprétation au sens large. Là encore, je peux d'emblée écarter cette interprétation.

[36] Selon cette interprétation, le paragraphe 39(2) vise à l'ensemble des gains et des pertes sur change résultant du règlement d'obligations au titre du capital, mais ne vise les gains et pertes sur change résultant de la disposition d'un bien d'immobilisation que si ces gains ou pertes ne résultent que de fluctuations de la valeur du dollar canadien. Tous les autres gains et pertes sur change résultant de la disposition d'un bien d'immobilisation sont imposables en application du paragraphe 39(1).

[37] Il n'y a absolument rien dans le texte des paragraphes 39(1) et (2) qui va dans le sens d'une telle interprétation. Pour qu'une telle interprétation soit possible, il faudrait qu'il soit indiqué expressément dans le texte que les gains réalisés ou les pertes subies ne doivent avoir pour cause que la fluctuation de la valeur du dollar canadien. À mon avis, il faudrait à tout le moins que le mot « uniquement » ou un synonyme soit inséré dans l'expression « en vertu de » au paragraphe 39(2) et qu'on y lise « en vertu uniquement de ».

[38] Le seul élément allant dans le sens de la version plus restreinte de l'interprétation au sens large défendue par BMO est la position adoptée par l'Agence du revenu du Canada (Agence ou ARC) en 2005 lors d'une conférence de l'Association de planification fiscale et financière. À cette occasion, l'Agence avait affirmé¹⁰ :

La position de l'ARC indique que, relativement à un gain ou à une perte résultant de la disposition d'un bien qui est une immobilisation, le paragraphe 39(2) L.I.R. s'appliquera si et seulement si ce gain ou cette perte, tel que calculé à l'article 40

Canada c. MacMillan Bloedel Ltd. (1999 CarswellNat 1183 (CAF)), à des débetures convertibles émises par le contribuable dans l'arrêt *Canada c. Agnico-Eagle Mines Ltd.* (2016 CAF 130), et au remboursement de fonds empruntés par le contribuable dans la décision *Bernier c. La Reine* (2004 CCI 376, confirmé pour des motifs différents dans 2005 CAF 337).

¹⁰ Document n° 2007-0242441C6, 5 octobre 2007.

[...], est uniquement attribuable à la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère par rapport à la monnaie canadienne. Si ledit gain ou ladite perte n'est pas uniquement attribuable à la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère par rapport à la monnaie canadienne, c'est le paragraphe 39(1) [...], et non le paragraphe 39(2) [...], qui doit être utilisé afin de calculer le gain en capital ou la perte en capital résultant de la disposition du bien.

[Non souligné dans l'original.]

[39] L'Agence n'a avancé aucune explication textuelle, contextuelle ou téléologique pour justifier cette position sur l'application du paragraphe 39(2). Je n'accorde aucune valeur à cette interprétation du paragraphe 39(2) qui a été publiée par l'Agence.

[40] Compte tenu de tout ce qui précède, j'écarte la version plus restreinte de l'interprétation au sens large. Cela dit, je peux maintenant passer à l'analyse textuelle des deux autres interprétations, à savoir l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et l'interprétation au sens large.

« [A] fait un gain ou subi une perte »

[41] Au paragraphe 39(2), on trouve les mots « a fait un gain ou subi une perte ». Ils vont à la fois dans le sens de l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et de l'interprétation au sens large.

[42] Le paragraphe 39(1) porte sur les gains et les pertes en capital et définit le gain en capital comme le « gain [...] tiré de la disposition d'un bien » et la perte en capital comme étant la « perte [...] subie du fait de la disposition d'un bien ». Ces mots n'apparaissent nulle part dans le paragraphe 39(2). Au lieu de cela, dans le paragraphe 39(2), il est question du contribuable qui « a fait un gain ou subi une perte », sans qu'il ne soit précisé comment ces gains ont été réalisés ou ces pertes ont été subies. En formulant différemment le paragraphe 39(2), le législateur fait clairement savoir qu'il n'avait pas l'intention de voir le paragraphe 39(2) ne viser que les dispositions de biens. Si le législateur avait eu cette intention, il aurait utilisé la même formulation qu'au paragraphe 39(1).

[43] Si les mots « a fait un gain ou subi une perte » constituent sans contredit une justification textuelle pour rejeter l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien, elle ne m'aide cependant pas à déterminer laquelle, de l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et de l'interprétation au sens large, je dois retenir. Il se peut aussi que le législateur ait utilisé une formulation différente

parce qu'il voulait englober dans le champ d'application de ce paragraphe les gains ou les pertes ne résultant pas de la disposition d'un bien (c.-à-d. les obligations), ou encore parce qu'il voulait y englober les obligations comme les dispositions de biens.

Calculs des gains et des pertes sur change

[44] Selon l'interprétation au sens large, les contribuables seront tenus de départager leurs gains ou pertes réalisés sur le bien en tant que tel de leurs gains ou pertes résultant des fluctuations de la valeur du dollar canadien, puisque les premiers seront imposables aux termes du paragraphe 39(1), tandis que les deuxièmes le seront aux termes du paragraphe 39(2). L'intimée soutient qu'il y aurait redondance, ajoutant que l'absence de directives de la part du législateur sur l'application coordonnée des paragraphes 39(1) et (2) invalide en quelque sorte cette interprétation. Pour les motifs qui suivent, je rejette ces deux arguments.

[45] L'intimée soutient que l'application du paragraphe 39(2) aux gains et aux pertes sur change résultant de la disposition d'un bien serait redondante. Le montant de ces gains et pertes est calculé en employant la méthode exposée à l'article 40. Conformément au paragraphe 261(2), ce calcul doit être effectué en dollars canadiens, ce qui signifie qu'il tient déjà compte des gains et pertes rattachés aux monnaies étrangères¹¹. L'intimée soutient donc que la portion de tout gain ou de toute perte résultant de la fluctuation de la valeur du dollar canadien est déjà prise en compte dans le montant global du gain ou de la perte dont il est question au paragraphe 39(1). Je conviens que, si l'on exclut le paragraphe 39(2) de l'équation, les gains et pertes sur change résultant de la disposition d'un bien d'immobilisation seront imposables au titre du paragraphe 39(1). Cela ne signifie pas pour autant que le législateur n'aurait pas pu décider de départager ces gains et ces pertes pour les imposer au titre du paragraphe 39(2). Comme il sera discuté plus en détail ci-dessous, l'application du paragraphe 39(1) n'exclut pas l'application du paragraphe 39(2).

[46] L'intimée constate également qu'aucune directive n'est donnée aux paragraphes 39(1) et (2) quant à la manière dont les contribuables doivent disjoindre leurs gains et pertes sur un bien sous-jacent de leurs gains et pertes résultant de fluctuations de la valeur du dollar canadien. L'intimée soutient que

¹¹ L'obligation de tenir compte des gains et pertes sur change dans les calculs réalisés selon la méthode exposée à l'article 40 a également été confirmée dans la décision *Gaynor v. The Queen*, 1991 CarswellNat 406 (CAF).

l'absence de telles directives signifie que le législateur ne voulait pas que le paragraphe 39(2) vise les dispositions de biens, ce qui favorise selon elle l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation. Je rejette cette thèse.

[47] Certes, il se peut, comme le soutient l'intimée, que l'absence de directives aux paragraphes 39(1) et (2) signifie que le législateur ne voulait pas que le paragraphe 39(2) vise les dispositions de biens, mais il se peut également que le législateur n'a pas cru pas nécessaire d'ajouter des directives. Selon moi, il ne serait pas si difficile, dans la plupart des situations, de disjoindre le gain ou la perte sur un bien sous-jacent d'un gain ou d'une perte sur change¹².

[48] Il convient aussi de noter que l'article 261 n'est entré en vigueur qu'en 2007. À quelques petites exceptions près, dans cet article, il est expliqué de quelle manière les opérations de change doivent être qualifiées à toutes fins prévues dans la Loi. Avant l'ajout de l'article 261, la manière de qualifier les opérations de change n'était définie par aucune règle dans la Loi. Par conséquent, d'un point de vue historique, l'absence de directive aux paragraphes 39(1) et (2) n'est ni troublante ni révélatrice.

[49] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus qu'il n'y a aucune redondance dans l'interprétation au sens large et qu'il ne faut pas déduire de l'absence de directives aux paragraphes 39(1) et (2) que l'interprétation au sens large comporte des lacunes ou ne joue pas.

« Malgré le paragraphe (1) »

[50] Le paragraphe 39(2) commence par les mots « [m]algré le paragraphe (1) ». Ces mots peuvent être interprétés de trois manières. Deux de ces interprétations vont dans le sens de l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien et doivent donc être écartées. La troisième interprétation de ces mots va dans le sens tant de l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation que de l'interprétation au sens large.

¹² En toute logique, le gain ou la perte réalisés sur un bien sous-jacent correspond au montant de la fluctuation de la valeur de ce bien dans la monnaie étrangère, multiplié par le taux de change à la date de l'acquisition, tandis que le gain ou la perte sur change représente le produit de la disposition du bien dans la monnaie étrangère, multiplié par la différence entre le taux de change au moment de l'acquisition et le taux de change au moment de la disposition. Le résultat combiné de ces deux montants correspond au montant total du gain ou de la perte du contribuable en dollars canadiens.

- a) Les mots « [m]algré le paragraphe (1) » pourraient signifier « malgré le fait que ce gain ou cette perte soit déjà imposé en application du paragraphe (1) ». Puisque les obligations ne sont pas imposées aux termes du paragraphe 39(1), cette interprétation de ces mots n'est possible que si l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien joue et doit donc être écartée.
- b) Les mots « [m]algré le paragraphe (1) » pourraient aussi signifier « plutôt que d'imposer ces gains ou pertes sur change aux termes du paragraphe (1) ». Là encore, puisque les obligations ne sont pas imposées aux termes du paragraphe 39(1), cette interprétation n'a de sens que si l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien joue et doit donc être écartée.
- c) Enfin, les mots « [m]algré le paragraphe (1) » pourraient signifier « malgré les définitions données au paragraphe (1) ». Cette interprétation va dans le sens à la fois de l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et de l'interprétation au sens large¹³. Selon l'interprétation au sens large, ces mots signifient qu'en dépit du fait que les gains et pertes sur change résultant de la disposition d'un bien correspondent déjà à la définition des gains et pertes en capital consacré par le paragraphe 39(1), le législateur les assimilera à un autre type de gain ou de perte en capital, à savoir un gain ou une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère. Si l'on applique l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation, ces mots signifieraient qu'en dépit du fait que les gains et pertes sur change résultant de la prise en charge d'obligations ne correspondraient pas, autrement, à la définition de gains et pertes en capital donnée au paragraphe 39(1), le législateur les assimilera à des gains ou des pertes en capital.

[51] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que, sur le plan textuel, les mots « [m]algré le paragraphe (1) » sont compatibles à la fois avec l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et l'interprétation au sens large.

¹³ Cette interprétation serait également possible selon l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien, mais, comme il a été mentionné précédemment, j'ai déjà écarté cette interprétation.

Jurisprudence

[52] Comme je l'ai déjà signalé, j'ai recensé un certain nombre de décisions dans lesquelles le paragraphe 39(2) a été appliqué aux obligations. Malheureusement, aucune d'elles ne m'est utile pour décider de l'approche à retenir puisque tant l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation que l'interprétation au sens large visent les obligations. Je n'ai pu relever une seule affaire où fut appliqué le paragraphe 39(2) à la disposition d'un bien¹⁴. Cela ne signifie pas pour autant que ce texte ne peut s'appliquer ainsi.

Positions de l'Agence

[53] L'Agence a changé d'avis tant de fois sur la question de l'application du paragraphe 39(2) qu'il est difficile de s'y fier. Dans le meilleur des cas, on peut affirmer que les positions administratives contradictoires de l'Agence sur la question ne font que mettre en exergue l'ambiguïté qui ressort du libellé de cette disposition de la Loi. Le premier bulletin d'interprétation publié par l'Agence sur la question indiquait que le paragraphe 39(2) ne visait que les dispositions de monnaie étrangère¹⁵. Je n'arrive pas à déceler une interprétation du texte allant dans le sens de cette position. Une version actualisée de ce bulletin d'interprétation indiquait que le paragraphe 39(2) visait le règlement d'une « dette au titre du capital » ainsi que la disposition de monnaie étrangère par tout contribuable¹⁶. Plus tard, dans la position de l'Agence que j'ai citée lorsque je me suis prononcé sur la version restreinte de l'interprétation au sens large, l'Agence était d'avis que le paragraphe 39(2) s'appliquait au règlement d'obligations, à la disposition de monnaie étrangère et à la disposition de tout autre bien, tant et aussi longtemps que

¹⁴ À mon avis, le paragraphe 39(2) n'a pas été appliqué à l'occasion de l'affaire *Rezvankhah c. La Reine* (2002 CarswellNat 3103). Dans cette décision rendue à l'issue d'une procédure informelle, le juge en chef adjoint Bowman (tel était alors son titre) a conclu que le contribuable avait droit à l'exemption de 200 \$ conformément au paragraphe 39(2) applicable pour réduire le gain sur change qu'il a réalisé à la vente de ses actions. Il a cependant rendu cette décision parce que la Couronne avait concédé que le contribuable avait droit à cette exemption. Le juge Bowman a affirmé douter de l'application du paragraphe 39(2) dans cette affaire et a refusé de rendre une décision définitive sur ce point.

¹⁵ Bulletin d'interprétation IT-95, 15 mars 1973, paragraphe 5.

¹⁶ Bulletin d'interprétation IT-95R, 16 décembre 1980, paragraphes 12 et 13. Je présume, en regardant les dates, que la décision de l'Agence d'ajouter le règlement d'obligations au

le gain ou la perte résultait uniquement d'une fluctuation de la valeur du dollar canadien. Comme je l'ai déjà dit, rien dans le libellé de ce paragraphe ne permet de conclure à cette interprétation.

Observations

[54] L'ambiguïté du libellé du paragraphe 39(2) est connue dans le milieu fiscal. Dans leur description de ce paragraphe, une doctrine, *Timing and Income Taxation*, observe : [TRADUCTION] « on ne sait trop si le paragraphe 39(2) est la disposition qui s'applique pour prendre en compte dans le revenu d'un contribuable l'ensemble de ses gains et pertes sur change, ou si ce paragraphe a plutôt pour objet la simple prise en compte des gains et pertes sur change non visés par le paragraphe 39(1)¹⁷ ». Par ailleurs, d'autres ouvrages de doctrine se sont aussi exprimés sur l'ambiguïté du paragraphe 39(2)¹⁸.

Résumé

[55] En résumé, le texte du paragraphe 39(2) est ambigu et peut être interprété de deux manières : l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation ou l'interprétation au sens large. Cependant, il ne justifie pas l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien et la version restreinte de l'interprétation au sens large; je n'en tiendrai donc pas compte dans les analyses contextuelle et téléologique.

ii. Analyse contextuelle

[56] Il ressort de l'analyse contextuelle du paragraphe 39(2) des lacunes dans l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et milite en faveur d'une interprétation au sens large.

bulletin ne procédait pas tant d'une nouvelle interprétation que de la jurisprudence *Tahsis Company Ltd.*

¹⁷ Brian Arnold et al., « Foreign-currency Gains and Losses », *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*, 2^e éd. (Toronto : Fondation canadienne de fiscalité, 2015), p. 571.

¹⁸ Eric Bretsen et Heather Kerr, « Tax Planning for Foreign Currency », *Report of Proceedings of the Sixty-First Tax Conference*, 2009 Conference Report (Toronto : Fondation canadienne de fiscalité, 2010), 35:1-44. James W. Murdoch et Mark A. Barbour, « Foreign Exchange », 2010 Ontario Tax Conference (Toronto : Fondation canadienne de fiscalité, 2010), 12:1-19.

Paragraphe 39(3)

[57] Le paragraphe 39(3) porte sur les gains réalisés ou les pertes subies lorsque le contribuable ayant émis des obligations, des débentures ou des titres similaires rachète ces obligations. Selon cette disposition, ces gains ou ces pertes sont réputés être des gains ou des pertes en capital. Cette disposition déterminative est nécessaire parce que le contribuable ne dispose pas d'un actif et n'est donc pas visé par les dispositions courantes applicables aux gains et aux pertes en capital énoncées au paragraphe 39(1).

[58] Les dispositions pertinentes du paragraphe 39(3) sont les suivantes :

Lorsqu'un contribuable a émis quelque obligation, ou titre semblable et qu'il a, à un moment donné au cours d'une année d'imposition, postérieur à 1971, acheté le titre sur le marché libre, [...]

- a) l'excédent éventuel du montant pour lequel le contribuable a émis le titre sur le prix d'achat que le contribuable a payé ou est convenu de payer pour le titre est réputé représenter un gain en capital, pour le contribuable, tiré, pour l'année d'imposition, de la disposition d'une immobilisation;
- b) l'excédent éventuel du prix d'achat que le contribuable a payé ou est convenu de payer pour le titre sur le plus élevé du principal du titre et du montant pour lequel celui-ci a été émis par le contribuable est réputé représenter une perte en capital, pour le contribuable, résultant, pour l'année d'imposition, de la disposition d'une immobilisation,

[...]

[Non souligné dans l'original.]

[59] Il ressort de l'analyse du paragraphe 39(3) deux points importants. Tout d'abord, en matière de gains et de pertes, si le législateur veut qualifier un instrument qui est une obligation, il emploie les mots « obligation » ou « titre ». D'ailleurs, le mot « titre » figure à maintes reprises au paragraphe 39(3)¹⁹. Vu ce constat, l'absence des mots « obligation » et « titre » au paragraphe 39(2) vient sérieusement miner l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation. On

¹⁹ Le législateur emploie également le mot « titre », « obligation » ou « dette » à plusieurs autres endroits dans la Loi pour désigner les obligations, débentures, notes ou emprunts similaires de la perspective du débiteur. Voir, par exemple, les dispositions régissant les remises de dettes à l'article 80.

peut en déduire que le législateur n'a pas employé ces termes parce qu'il voulait que le paragraphe 39(2) vise plus que les obligations ou les titres, mais aussi les gains et les pertes sur change résultant de la disposition d'une immobilisation.

[60] Le deuxième point qui ressort de l'analyse contextuelle du paragraphe 39(3) concerne les mots « [m]algré le paragraphe (1) ». Ces mots sont absents du paragraphe 39(3). Les paragraphes 39(1), (2) et (3) sont tous entrés en vigueur en même temps. Cela dit, il faut partir du principe que la présence des mots « [m]algré le paragraphe (1) » au paragraphe 39(2) et l'absence correspondante de ces mêmes mots du paragraphe 39(3) sont intentionnelles. Pourquoi ces mots n'apparaissent-ils alors pas au paragraphe 39(3)? Ce texte porte sur les obligations, ou titres. Les gains ou les pertes découlant de ceux-ci sont réputés être des gains ou des pertes en capital. Selon l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation, tel est exactement l'effet qu'aurait le paragraphe 39(2) sur les gains et les pertes sur change réalisés sur les obligations. Ainsi donc, si, selon ces deux dispositions, les gains et les pertes sur les obligations sont réputés être des gains et des pertes en capital, pourquoi le législateur aurait-il jugé nécessaire de préciser que le paragraphe 39(2) joue malgré le paragraphe 39(1), sans juger nécessaire d'apporter la même précision au paragraphe 39(3)? Il ressort de l'absence d'une explication logique que l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation n'est pas celle qu'il convient de retenir.

[61] Dans le cadre de l'analyse textuelle, j'ai conclu que les mots « [m]algré le paragraphe (1) » allaient dans le sens tant de l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation que de l'interprétation au sens large si l'on prête à ces mots la signification suivante : « malgré les définitions données au paragraphe (1) ». Or, il ressort maintenant de l'analyse contextuelle du paragraphe 39(3) que le législateur n'a pas jugé nécessaire d'ajouter cette phrase lorsqu'un gain ou une perte sur une obligation est réputé être un gain ou une perte en capital. Si le paragraphe 39(2) visait uniquement les obligations, ces mots auront été tout aussi inutiles. Voilà qui ébranle l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et va dans le sens de l'interprétation au sens large. Il serait logique de conclure que le législateur a ajouté les mots « [m]algré le paragraphe (1) » au paragraphe 39(2) parce qu'il voulait que cette disposition vise

les opérations qui seraient, sans cela, tombées sous le coup du paragraphe 39(1) – dispositions de biens²⁰.

Résumé

[62] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que l'analyse contextuelle du paragraphe 39(2) appuie l'interprétation au sens large et ébranle fortement l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation.

iii. Analyse téléologique

[63] L'analyse téléologique du paragraphe 39(2) va dans le sens de l'interprétation au sens large.

[64] Il n'est pas controversé entre les parties que le paragraphe 39(2) vise les gains et les pertes sur change résultant du règlement d'obligations. Le législateur avait une bonne raison, sur le plan de la politique générale, de vouloir que ces gains et ces pertes soient assujettis à cette disposition de la Loi. Comme il a été expliqué précédemment, ces gains et pertes ne sont pas visés par le paragraphe 39(1) puisqu'ils ne résultent pas de la disposition d'un bien. Ainsi, s'ils échappaient à l'application du paragraphe 39(2), ils n'auraient pas été imposables. Il s'agit donc de rechercher si le législateur voulait limiter l'application du paragraphe 39(2) aux obligations ou s'il voulait aussi que le paragraphe 39(2) vise les gains et les pertes sur change résultant de la disposition d'un bien.

Disposition déterminative

[65] Le paragraphe 39(2) est une disposition déterminative. Les dispositions déterminatives sont conçues pour créer des fictions légales qui divergent de la réalité²¹. Dans le cas du paragraphe 39(2), un gain ou une perte sur change est réputé être un gain ou une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère. Cette disposition déterminative comporte deux volets. Selon le premier, le gain ou la perte est réputé être un gain ou une perte en capital, et selon le deuxième, ce gain ou cette perte en capital résulte de la disposition d'un certain

²⁰ Cette interprétation de ces mots serait également compatible avec l'interprétation sous l'angle de la disposition d'un bien, mais comme j'ai écarté cette interprétation, je n'ai pas poussé l'analyse plus loin.

²¹ *R. c. Verrette*, [1978] 2 RSC 838.

type d'actif, en l'occurrence une monnaie étrangère. J'analyserai ces deux volets de la disposition déterminative séparément.

- a) Réputé être un gain ou une perte en capital : Selon le premier volet de cette disposition déterminative, un gain ou une perte sur change constitue un gain ou une perte en capital. Lorsqu'il s'agit d'obligations, l'objet de cette partie de la disposition déterminative ne laisse place à aucune ambiguïté. Comme il a été expliqué précédemment, les obligations ne sont pas des biens, ce qui signifie qu'un gain ou une perte résultant du règlement d'une obligation ne sont pas visés par les définitions de gain ou de perte en capital figurant au paragraphe 39(1). Par conséquent, si le législateur voulait imposer le gain ou la perte au même titre qu'un gain ou une perte en capital, il devait ajouter un mécanisme pour que le gain ou la perte soit considéré comme tel. À l'inverse, lorsqu'il s'agit de la disposition d'un bien, le premier volet de la disposition déterminative est complètement redondant, puisque la disposition d'un bien est déjà visée par les définitions de gain ou de perte en capital figurant au paragraphe 39(1). Aucun mécanisme n'était donc nécessaire pour qu'une disposition d'un bien soit réputée être un gain ou une perte en capital. En résumé, le premier volet de la disposition déterminative va dans le sens tant de l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation que de l'interprétation au sens large. Ces deux interprétations visent les obligations, elles doivent donc toutes deux reposer sur la prémisse que les gains et les pertes résultant du règlement de celles-ci sont réputés être des gains ou des pertes en capital. Ce n'est pas parce que le premier volet de la disposition déterminative ne vise que certains gains et pertes visés par l'interprétation au sens large qu'il n'est pas nécessaire.
- b) Réputé résulter de la disposition d'une monnaie étrangère : Selon le deuxième volet de la disposition déterminative, les gains et les pertes en capital sont réputés résulter de la disposition d'une monnaie étrangère par opposition à d'autres types de biens. Je ne vois pas pourquoi le législateur aurait opéré cette distinction si le gain ou la perte sur change résultait du règlement d'une obligation. Pourquoi le législateur aurait-il eu besoin d'un mécanisme faisant en sorte qu'un gain ou une perte en capital résultant d'une obligation soit réputé être un autre type d'actif précis? Pourquoi ne pas tout simplement considérer qu'il s'agit d'un actif au sens large? Il ressort de l'absence d'explication claire que le deuxième volet de la disposition déterminative vise un autre objectif qui n'a rien à voir avec les obligations. Le deuxième volet de la disposition déterminative a plus de sens si l'on applique l'interprétation au sens large. Selon l'interprétation au sens large, le

paragraphe 39(2) vise également les dispositions de biens. Par conséquent, selon le deuxième volet de la disposition déterminative les dispositions de biens sont réputées être des dispositions de monnaie étrangère au lieu de dispositions de biens dont s'est véritablement départi le contribuable, peu importe la nature de ces biens. Le législateur avait sans doute une raison plausible de rechercher une telle solution. Il voulait peut-être que les gains et pertes sur change soient réputés résulter de la disposition d'un bien au lieu de la disposition d'une monnaie étrangère afin de s'assurer que les dispositions de la Loi devant s'appliquer à des types précis de biens ne s'appliquent pas à la portion d'un gain ou d'une perte attribuable à des fluctuations de la valeur du dollar canadien²². Même si nul élément de preuve n'indique que telle était effectivement là l'intention du législateur, cette simple possibilité donne une certaine signification au deuxième volet de la disposition déterminative, signification qui, autrement, est absente des deux interprétations. Je souligne que c'est exactement à cette fin que BMO souhaite voir jouer la disposition déterminative en l'espèce. BMO veut qu'une perte en capital qui serait autrement interprétée comme résultant de la disposition d'actions soit réputée être une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère de sorte à rendre inopérante la disposition de la Loi (soit le paragraphe 112(3.1)) visant précisément la disposition d'actions. Je verserais dans la tautologie si je devais me servir de cette application potentielle pour justifier l'interprétation même recherchée par BMO pour qu'elle s'applique. Pour cette raison, je ne cite cet exemple que pour démontrer que le deuxième volet de la disposition déterminative pourrait avoir du sens sous l'interprétation au sens large, et non pour conclure qu'elle a effectivement cette signification.

[66] Il est intéressant de noter qu'aucun des deux volets de la disposition déterminative n'aurait d'utilité si le bien en cause était une monnaie étrangère (par opposition à un bien libellé en monnaie étrangère), puisqu'il n'y aurait aucune raison de traiter le gain ou la perte comme un gain ou une perte en capital ou de faire comme si le gain ou la perte résultait de la disposition d'une monnaie étrangère, compte tenu du fait que ce serait déjà vrai dans les deux cas. Je souligne cette anomalie parce que, comme je le discuterai plus en détail ci-dessous, il semble que le législateur souhaitait faire en sorte que le paragraphe 39(2) vise les gains et les pertes résultant de la disposition d'une monnaie étrangère.

²² Par exemple, le législateur aurait pu vouloir que les pertes sur change sur des prêts ou des actions qui constituaient autrement des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise ne soient pas traitées comme telles.

[67] En résumé, si l'on devait appliquer l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation, il existe des considérations téléologiques en faveur du premier volet de la disposition déterminative, mais il n'en existe aucune en faveur du deuxième volet. Si l'on devait plutôt opter pour l'interprétation au sens large, il existe des considérations téléologiques en faveur du premier volet de la disposition déterminative et des considérations téléologiques possibles, mais non démontrées, en faveur du deuxième volet de celle-ci. On peut donc dire que l'interprétation au sens large est légèrement favorisée par l'analyse téléologique de la disposition déterminative.

Exemption de 200 \$ pour les particuliers

[68] Le paragraphe 39(2) prévoit une exemption de 200 \$. Les premiers 200 \$ des gains et des pertes sur change d'un particulier sont, au titre du paragraphe 39(2), exclus des gains et des pertes réputés être au titre du capital. Or, la présence de cette exemption donne fortement à penser que l'interprétation au sens large est à retenir.

[69] Si l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation était retenue, cette exemption donnerait lieu à des anomalies. La personne qui emprunterait de l'argent dans une monnaie étrangère pourrait se retrouver désavantagée. Disons, par exemple, qu'un contribuable contracte un emprunt en dollars américains pour faire l'acquisition d'actions libellées en dollars américains. Supposons ensuite qu'il y ait eu appréciation de la valeur du dollar américain au moment où le contribuable vend les actions et rembourse le prêt et que celui-ci réalise un gain sur change de 500 \$ sur les actions et une perte sur change corrélative de 500 \$ sur le remboursement du prêt. Selon l'interprétation au sens large, si l'on fait abstraction de l'exemption, le gain et la perte s'annuleront. En ajoutant l'exemption à l'équation cependant, le contribuable se retrouvera en fait désavantagé, car le gain sur change de 500 \$ réalisé sur les actions entrerait dans les prévisions du paragraphe 39(1). Comme nulle exemption de 200 \$ n'est prévue par le paragraphe 39(1), le contribuable n'aura pas à déclarer le montant total de son gain. Pour ce qui est de la perte sur change de 500 \$ cependant, elle sera visée par le paragraphe 39(2), et l'exemption qui y est prévue privera le contribuable de la première tranche de 200 \$ sur la perte qu'il a subie au titre du prêt. Le résultat net sera un gain en capital de 200 \$ attribué au contribuable. À l'inverse, s'il y a dépréciation du taux de change, le particulier aura subi une perte en capital de 200 \$ résultant de la soustraction de 200 \$ du gain sur change de 500 \$ réalisé sur le prêt, et la perte sur change de 500 \$ aura été entièrement visée par le

paragraphe 39(1). Je ne vois aucune raison pour le législateur, sur le plan de la politique générale, de rechercher l'un ou l'autre de ces résultats incohérents.

[70] Ces résultats incohérents ne se produiront pas, faut-il le préciser, selon l'interprétation au sens large, étant donné que le gain ou la perte sur change du contribuable réalisé sur les actions et la perte ou le gain sur change correspondant réalisé sur le prêt tomberont tous deux sous le coup du paragraphe 39(2). Par conséquent, l'exemption s'appliquera aux deux montants. Le gain (qu'il ait été réalisé sur le prêt ou les actions) sera amputé de 200 \$ en application de l'alinéa 39(2)a), tandis que la perte (qu'elle ait été subie sur le prêt ou les actions) sera amputée de 200 \$ en application de l'alinéa 39(2)b). Le résultat net serait que le contribuable n'aurait réalisé aucun gain ni subi aucune perte. C'est exactement la position dans laquelle le contribuable aurait été sans l'exemption.

[71] Du point de vue de politique générale, l'exemption de 200 \$ n'est guère logique si l'on opte pour l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation. Je ne peux concevoir une seule raison valable pour le législateur sur le plan de politique générale d'inclure cette exemption si le paragraphe 39(2) ne visait que les obligations. Pourquoi le législateur aurait-il prévu une exemption précisément pour les particuliers ayant réalisé des gains ou des pertes sur change d'un montant peu élevé qui viserait le remboursement d'un prêt qu'ils avaient contracté en devises étrangères? Il ne semble y avoir aucun besoin urgent ni aucune raison valable sur le plan de politique générale relativement à ce type d'exemption. En outre, pourquoi le législateur aurait-il voulu qu'une telle exemption vise ces contribuables, mais non aux contribuables ayant réalisé des gains ou des pertes sur change d'un montant peu élevé à la disposition d'un bien?

[72] La disposition prévoyant l'exemption de 200 \$ a beaucoup plus de sens si l'on applique l'interprétation au sens large, considérant que l'exemption couvre une gamme plus vaste de gains et de pertes sur change et évite à un plus grand nombre de particuliers la tâche laborieuse de devoir consigner, calculer et déclarer ces gains et pertes dans leurs déclarations de revenus. On réalise pleinement toute l'importance de ce fardeau allégé lorsqu'on regarde plus particulièrement un type de bien couramment acquis et échangé par les particuliers pour réaliser des gains et des pertes sur change : la monnaie étrangère même. Régulièrement, les particuliers disposent de petites quantités de monnaie étrangère, surtout lorsqu'ils sont en voyage. Ce faisant, ils réalisent des gains ou subissent des pertes – certes légers – sous l'effet des fluctuations de la valeur du dollar canadien. On peut dès lors comprendre pourquoi le législateur aurait pu vouloir éviter que le paragraphe 39(2) vise la première tranche de 200 \$ de ces gains et pertes, qui seraient extrêmement

difficiles à suivre et à vérifier, d'autant plus que les particuliers ignoreraient sans doute qu'ils devaient consigner et déclarer ces gains et pertes et ne sauraient probablement pas comment faire. Demander au contribuable de faire le suivi journalier des livres sterling, des francs français et des marks allemands disposés afin qu'il puisse calculer le plus exactement possible ses gains et pertes sur change à son retour de vacances en Europe n'aurait sans doute pas eu une très grande faveur populaire d'un point de vue politique²³. Grâce à cette exemption, la majorité des contribuables n'auront jamais à se préoccuper des gains ou des pertes résultant de la disposition d'une monnaie étrangère pour la simple et bonne raison qu'ils ne se départiront probablement jamais d'un montant suffisamment élevé en monnaie étrangère au cours d'une année donnée pour dépasser le montant de l'exemption. Le paragraphe 39(2) remonte à 1972, et le montant de l'exemption n'a pas changé depuis. Par conséquent, ce qui semble constituer une exemption raisonnable de nos jours était, concrètement, relativement généreuse en dollars de 1972. Pour qu'un contribuable s'étant départi de 1 000 dollars américains réalise un gain ou subisse une perte sur change de plus de 200 \$, il faudrait que la valeur du dollar canadien ait fluctué de plus de 0,20 \$ entre le moment où il a fait l'acquisition de la monnaie étrangère et le moment où il s'en est départi. Même avec un montant 10 000 dollars américains, il faudrait que la valeur du dollar canadien ait fluctué de plus de 0,02 \$ pour dépasser le montant de l'exemption.

[73] En résumé, si l'on applique l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation, l'exemption ne semble avoir été motivée par aucune raison valable sur le plan de politique générale et mène à des résultats ne pouvant être qualifiés que d'anomalies. L'explication la plus plausible sur le plan de politique générale pour justifier l'exemption de 200 \$ est qu'elle soustrait à l'obligation de déclaration les gains et les pertes résultant de la disposition d'une monnaie étrangère en tant que telle. Cela dit, l'exemption ne pourrait viser la monnaie étrangère que si l'on applique l'interprétation au sens large, considérant que la monnaie étrangère est une forme d'actif et, conséquemment, échapperait à l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation. Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que l'interprétation au sens large est fortement favorisée par la présence de l'exemption de 200 \$.

Résumé

[74] En résumé, l'analyse téléologique tend fortement à confirmer l'interprétation au sens large. L'interprétation au sens large est légèrement favorisée par la

²³ Le paragraphe 39(2) a été adopté bien avant l'introduction de l'euro.

disposition déterminative, tandis que l'exemption de 200 \$ joue nettement en sa faveur.

iv. Conclusion

[75] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus qu'il faut privilégier l'interprétation au sens large du paragraphe 39(2). Le libellé de ce paragraphe porte à confusion, car il peut être interprété de deux façons : l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation ou l'interprétation au sens large. L'analyse contextuelle révèle des lacunes dans l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation et joue plutôt en faveur d'une interprétation au sens large. Enfin, l'analyse téléologique joue fortement en faveur de l'interprétation au sens large.

[76] Ayant conclu que l'interprétation au sens large est celle qu'il convient de retenir, le paragraphe 39(2) vise par conséquent les gains et les pertes sur change résultant de la disposition d'un bien. Puisque la disposition des actions ordinaires de NSULC constituait une disposition de bien, je conclus que le paragraphe 39(2) jouait de sorte que la perte en capital résultant de la disposition de ces actions est réputée être une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère plutôt qu'une perte en capital résultant de la disposition d'actions. Comme il a été signalé précédemment, le paragraphe 112(3.1) a pour effet de réduire les pertes résultant de la disposition d'actions, mais pas les pertes résultant de la disposition d'une monnaie étrangère. Par conséquent, même si les actions privilégiées de NSULC n'avaient jamais été créées ou utilisées pour distribuer les dividendes, le paragraphe 112(3.1) n'aurait pas joué pour réduire la perte subie avec les actions ordinaires de NSULC. BMO n'aurait bénéficié d'aucun avantage fiscal en évitant une réduction qui ne lui aurait jamais été accordée de toute façon. Je conclus donc que BMO n'a bénéficié d'aucun avantage fiscal.

v. Modifications législatives postérieures la période en cause

[77] Le paragraphe 39(2) a été modifié en 2013²⁴. Pour rendre la conclusion énoncée précédemment, je ne me suis pas appuyé sur ces modifications ni sur les notes explicatives connexes. Je suis tout à fait conscient des dangers que représentent des modifications subséquentes dans l'interprétation d'une disposition les ayant précédées²⁵. Cela dit, étant déjà arrivé à ma conclusion relativement à

²⁴ La majorité des modifications ont eu une incidence sur les années d'imposition se terminant après le 19 août 2011.

²⁵ *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, au paragraphe 86.

l'interprétation du paragraphe 39(2) à privilégier, il est intéressant de constater que le ministère des Finances semble me donner raison.

[78] Il est clair, à la lecture des notes explicatives qui accompagnent les modifications apportées au paragraphe 39(2), que le ministère des Finances a cherché à modifier en profondeur la manière dont étaient appliqués les paragraphes 39(1) et (2) afin de s'éloigner de l'interprétation au sens large pour se rapprocher davantage d'une version encore plus restreinte de l'interprétation sous l'angle du règlement d'une obligation. La première modification est définie ainsi²⁶ :

[...] ce paragraphe 39(2) ne s'appliquera désormais qu'aux dettes et obligations semblables libellées en monnaie étrangère. Ainsi, les gains et pertes de change relatifs à des dispositions d'actifs, y compris les dispositions de monnaie étrangère, seront désormais déterminés [...] exclusivement selon le paragraphe 39(1). En outre, le paragraphe 39(2), dans sa version modifiée, ne s'appliquera plus aux gains ou pertes de change faits ou subies par une société relativement aux actions de son capital-actions.

[79] Par cette modification, le ministère des Finances a porté un signal clair selon lequel il croyait que la version antérieure du paragraphe 39(2) visait tant la disposition d'un bien que le règlement d'une obligation. Autrement dit, on peut déduire de cette modification que le ministère des Finances était d'avis que l'interprétation au sens large jouait.

[80] Le législateur a introduit un nouveau paragraphe dans la Loi en même temps que le paragraphe 39(2). Les notes explicatives relatives au paragraphe 39(1.1) observent²⁷ :

Le nouveau paragraphe 39(1.1) [...] fait suite au retrait, du paragraphe 39(2), de la règle qui a pour effet d'abaisser de 200 \$ le montant net des gains et des pertes d'un particulier pour une année d'imposition découlant de certaines fluctuations de monnaie étrangère. Comme il est indiqué ci-dessous, le paragraphe 39(2) ne s'appliquera plus aux dispositions de monnaie étrangère. Étant donné que la règle d'exclusion des 200 \$ avait pour but de faire en sorte que les particuliers détiennent un montant minimal en monnaie étrangère, cet objectif sera mieux servi par le recours à une règle distincte qui s'applique seulement aux gains et aux pertes en capital de change découlant de la disposition de monnaie étrangère. Le nouveau paragraphe 39(1.1) veille aussi à ce que cette règle d'exclusion ne s'applique pas aux fiducies.

²⁶ Notes explicatives du ministère des Finances, 24 octobre 2012.

²⁷ Notes explicatives du ministère des Finances, 24 octobre 2012.

[Non souligné dans l'original.]

[81] On comprend, à la lecture de cette note, que le ministère des Finances était d'avis que la version en vigueur du paragraphe 39(2) visait la disposition de monnaie étrangère et que l'objet de l'exemption de 200 \$ avait toujours été d'aider les particuliers détenant des devises étrangères. Autrement dit, on peut déduire une fois de plus que le ministère des Finances était d'avis que l'interprétation au sens large jouait.

[82] Je tiens à souligner une fois de plus que je n'ai inclus ces commentaires sur les notes explicatives dans les présents motifs que pour démontrer que le ministère des Finances semble tirer les mêmes conclusions que moi. Je ne me suis pas fondé sur ceux-ci pour tirer les présentes conclusions.

C. Abus

[83] Ayant conclu que BMO n'avait bénéficié d'aucun avantage fiscal, il serait superflu de ma part de rechercher s'il y a eu abus de l'application du paragraphe 112(3.1). J'aimerais, par ailleurs, remercier les avocats pour leurs observations très détaillées sur cette question complexe. Elles m'ont été d'une grande utilité.

D. Conclusion

[84] Compte tenu de tout ce qui précède, l'appel est accueilli et la question est renvoyée au ministre aux fins d'établissement de nouvelles cotisations au motif que la règle générale anti-évitement ne vise pas les transactions en cause.

E. Dépens

[85] Les dépens sont adjugés à BMO. Les parties disposent d'un délai de 30 jours à compter de la date du présent jugement pour parvenir à un accord sur les dépens, faute de quoi BMO disposera alors d'un délai de 30 jours pour déposer ses observations écrites sur les dépens, après quoi l'intimée disposera d'un délai de 30 jours pour déposer sa réponse par écrit. Aucun dépôt d'observations ne peut dépasser dix pages. Si les parties n'informent pas la Cour qu'elles sont parvenues à un accord et qu'il n'y a pas de dépôt d'observations dans les délais susmentionnés, les dépens seront adjugés à BMO selon le tarif.

Signé à Ottawa, Canada, ce 12^e jour de septembre 2018.

« David E. Graham »

Le juge Graham

Traduction certifiée conforme
Ce 26^e jour de novembre 2019

François Brunet, réviseur

Annexe A

Exposé conjoint des faits partiel

N° du dossier de la Cour : 2016-445(IT)G

COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

ENTRE :

BANQUE DE MONTRÉAL

appelante

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

EXPOSÉ CONJOINT PARTIEL DES FAITS

L'appelante et l'intimée admettent les faits suivants, mais ces admissions sont cependant seulement faites aux fins de la présente instance, et les parties ont le droit de produire des éléments de preuve additionnels qui sont pas contraires aux faits admis.

Contexte général

1. La Banque de Montréal (« BMO ») est une banque à charte énumérée à l'annexe 1 de la *Loi sur les banques*. L'exercice de BMO se termine le 31 octobre.
2. BMO G.P. Inc. (« BMO GP ») est une filiale en propriété exclusive canadienne de BMO.
3. BMO Funding L.P. (« Funding LP ») est une société en commandite du Nevada qui a choisi d'être assimilée à une société aux fins de l'impôt américain.
4. BMO (NS) Investment Company (« NSULC ») est une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse; NSULC était une entité dont il était fait abstraction aux fins de l'impôt américain.

5. BMO (US) Funding LLC (« **LLC** ») est une société à responsabilité limitée du Delaware; LLC était une entité dont il était fait abstraction aux fins de l'impôt américain.
6. Le Harris Group est un groupe américain de sociétés détenues en propriété exclusive par BMO, qui exerce activement des activités bancaires aux États-Unis, principalement auprès de clients établis aux États-Unis.
7. Les entités suivantes étaient membres du Harris Group aux époques pertinentes :
 - a) Harris Financial Corp (« **HFC** »), une société résidant aux États-Unis et filiale en propriété exclusive directe de BMO. HFC est une société de portefeuille pour les activités américaines de l'appelante;
 - b) Harris N.A., une banque nationale constituée en vertu des lois des États-Unis et une filiale de HFC;
 - c) BMO Capital Market Financing, Inc. (« **CMFI** »), anciennement Harris Nesbitt Financing, Inc. est une société de prêt résidente et une filiale de HFC.

Opérations en 2005

8. En 2005, BMO a effectué une série d'opérations relativement à un financement américain¹.
9. Le 20 avril 2005, Funding LP a été établie en tant que société en commandite du Nevada, BMO GP étant le commandité détenant une participation de 0,1 % et BMO étant un commanditaire détenant une participation de 99,9 %. Au moment de la constitution de Funding LP, BMO GP a fourni un apport en capital de 1 dollar américain et BMO a fourni un apport en capital de 999 dollars américains².
10. Le 5 mai 2005, NSULC a été constituée en société à responsabilité illimitée et filiale en propriété exclusive de Funding LP³.

¹ Copie de l'index de l'ordre du jour de clôture, onglet 1

² Convention de société en commandite de Funding LP, onglet 2; procès-verbal d'une réunion du conseil de gestion de Funding LP, daté du 26 avril 2005, onglet 3

³ Acte constitutif de NSULC, onglet 4; résolution de l'administrateur unique de NSULC datée du 6 juin 2005, onglet 5

11. Lors de la constitution en société de NSULC, Funding LP a souscrit à une action ordinaire de NSULC pour 1 000 dollars américains⁴.
12. Le 12 mai 2005, LLC a été constituée par NSULC comme société à responsabilité limitée du Delaware⁵.
13. Lors de la création de LLC, NSULC a fourni un apport initial en capital de 1 000 dollars américains pour une action ordinaire de LLC⁶.
14. Le 12 mai 2005, NSULC et LLC ont conclu une convention d'échange de droits d'action⁷.
15. Le 12 mai 2005, LLC et Funding LP ont conclu une convention de droits de souscription d'actions. Funding LP a versé 1 000 dollars américains à LLC en contrepartie de la conclusion de cette convention⁸. BMO et BMO GP ont fourni des apports en capital supplémentaires de 999 dollars américains et de 1 dollar américain, respectivement, à Funding LP pour financer ce paiement.
16. Le 6 juin 2005 :
 - a) L'administrateur unique de NSULC a adopté une résolution qui, entre autres choses, autorisait l'émission d'actions privilégiées de série 1, qui devaient être composées de 100 000 actions ayant une valeur de rachat fixée à 1 000 dollars américains par action, plus tous les dividendes déclarés et non versés sur celles-ci⁹.
 - b) La convention de société à responsabilité limitée de LLC a été modifiée afin, notamment, d'autoriser l'émission des séries 1 et 2 des actions privilégiées et des actions de catégorie A, et de fixer le dividende minimum payable sur les séries 1 et 2 des actions privilégiées¹⁰.

⁴ Registre des actionnaires et grand livre des actionnaires de NSULC, onglet 6

⁵ Convention de société à responsabilité limitée de BMO (US) Funding LLC, onglet 7

⁶ Procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de LLC tenue le 12 mai 2005, onglet 8

⁷ Convention d'échange de droits d'action datée du 12 mai 2005 entre NSULC et LLC, onglet 9

⁸ Convention de droits de souscription d'actions datée du 12 mai 2005 entre Funding LP et LLC, onglet 10; procès-verbal d'une réunion du conseil d'administration de LLC, tenue le 6 juin 2005, onglet 11

⁹ Résolution de l'administrateur unique de NSULC datée du 6 juin 2005, onglet 12

¹⁰ Modification de la convention de société à responsabilité limitée de LLC datée du 6 juin 2005, onglet 13

- c) LLC et HFC ont conclu un contrat de prêt privilégié¹¹.
- d) LLC et HFC ont conclu un contrat de prêt non privilégié¹².

17. Le 7 juin 2005 :

- a) BMO, par l'entremise de sa succursale de Chicago, a emprunté 150 000 000 dollars américains auprès de prêteurs sans lien de dépendance (le « billet de premier rang »). Le billet de premier rang venait à échéance le 16 juin 2010¹³.
- b) BMO a souscrit des actions ordinaires de BMO GP pour 149 460 dollars américains.
- c) BMO GP a fourni un apport en capital de 149 460 dollars américains à Funding LP¹⁴.
- d) BMO a utilisé une partie du produit du billet de premier rang pour fournir un apport en capital de 149 310 000 dollars américains à Funding LP¹⁵.
- e) Funding LP a souscrit 149 200 actions ordinaires de NSULC pour 149 220 000 dollars américains¹⁶.
- f) NSULC a souscrit 149 170 actions ordinaires de LLC pour 149 170 000 dollars américains¹⁷.
- g) NSULC a échangé ses 149 170 actions ordinaires de LLC contre 149 170 actions privilégiées de série 1 de LLC aux termes de la convention d'échange de droits d'action¹⁸.
- h) Funding LP a souscrit 149 170 actions de catégorie A de série 1 de LLC pour 149,17 dollars américains¹⁹.

¹¹ Contrat de prêt privilégié, onglet 14

¹² Contrat de prêt non privilégié, onglet 15

¹³ Feuille de modalités de prêt pour le billet de premier rang, onglet 16

¹⁴ Procès-verbal de la réunion du conseil de gestion de Funding LP tenue le 6 juin 2005, onglet 17

¹⁵ Procès-verbal de la réunion du conseil de gestion de Funding LP tenue le 6 juin 2005, onglet 17

¹⁶ Formulaire de souscription daté du 7 juin 2005, onglet 18

¹⁷ Formulaire de souscription daté du 7 juin 2005, onglet 18

¹⁸ Convention d'échange d'actions datée du 7 juin 2005, onglet 19

¹⁹ Convention de souscription d'actions datée du 7 juin 2005, onglet 20

18. Le 9 juin 2005 :
- a) Funding LP a emprunté 1 250 000 000 dollars américains auprès de banques sans lien de dépendance (les « euro-billets »). Les euro-billets venaient à échéance le 16 juin 2010²⁰.
 - b) Funding LP a utilisé une partie du produit des euro-billets pour souscrire 1 247 130 actions ordinaires de NSULC pour 1 247 130 000 dollars américains²¹.
 - c) NSULC a souscrit 1 247 130 actions ordinaires de LLC pour 1 247 130 000 dollars américains²².
 - d) NSULC a échangé ses 1 247 130 actions ordinaires de LLC contre 1 247 130 actions privilégiées de série 2 de LLC aux termes de la convention d'échange de droits d'action²³.
 - e) Funding LP a souscrit 1 247 130 actions de catégorie A de série 2 de LLC pour 1 247 130 dollars américains²⁴.
19. Les 7 et 9 juin 2005, LLC a consenti à HFC et à Harris N.A. des prêts totalisant 1 396 215 000 dollars américains (les « prêts consentis par LLC ») comme suit :
- a) LLC a accordé quatre prêts privilégiés à HFC pour un montant total en principal de 896 215 000 dollars américains²⁵.
 - b) LLC a accordé un prêt non privilégié à HFC pour un montant en principal de 250 000 000 dollars américains²⁶.

²⁰ Prospectus pour les euro-billets, onglet 21

²¹ Registre des actionnaires et grand livre des actionnaires de NSULC, onglet 6; formulaire de souscription daté du 9 juin 2005, onglet 22

²² Formulaire de souscription daté du 9 juin 2005, onglet 22

²³ Convention d'échange d'actions datée du 9 juin 2005, onglet 23

²⁴ Convention de souscription d'actions datée du 9 juin 2005, onglet 24

²⁵ Convention de prêt privilégié, onglet 14; billet à ordre d'un montant de 896 215 000 dollars américains, onglet 25

²⁶ Convention de prêt non privilégié, onglet 15; billet à ordre (subordonné) d'un montant de 250 000 000 dollars américains, onglet 26

- c) LLC a accordé un prêt à Harris N.A. pour un montant en principal de 250 000 000 dollars américains²⁷.
20. Le 9 juin 2005, HFC a consenti un prêt à CMFI (sous son ancienne désignation Harris Nesbitt Financing Inc.) pour un montant en principal de 545 000 000 dollars américains²⁸.
21. Le 28 octobre 2005, NSULC a versé un dividende en actions de 100 000 dollars américains sur ses actions ordinaires, acquitté par l'émission de 100 actions privilégiées de série 1 de NSULC à Funding LP²⁹.
22. Le 28 novembre 2005, le conseil d'administration de LLC a approuvé une politique de dividende non contraignante³⁰.
23. Le 28 novembre 2005, le conseil d'administration de LLC a approuvé une politique de dividende non contraignante³¹.

Opérations trimestrielles entre 2005 et 2010

24. Les paiements suivants ont été effectués de façon trimestrielle :
- a) LLC a reçu des intérêts en dollars américains du Harris Group dans le cadre des prêts consentis par LLC. Les intérêts reçus par LLC étaient réputés être un revenu d'entreprise exploitée activement entre les mains de LLC en vertu des divisions 95(2)a(ii)(A) et (ou) 95(2)a(ii)(D) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les intérêts créditeurs de la LLC provenant des prêts qu'elle a consentis ont été déclarés comme suit pour chaque exercice :

200521 014 972 dollars américains
200672 946 023 dollars américains
200779 635 514 dollars américains
200853 048 391 dollars américains
200922 762 182 dollars américains
20104 537 654 dollars américains
Total 253 994 736 dollars américains

²⁷ Billet à ordre d'un montant de 250 000 000 dollars américains, onglet 27

²⁸ Billet à ordre d'un montant de 545 000 000 dollars américains, onglet 28

²⁹ Registre des actionnaires et grand livre des actionnaires de NSULC, onglet 6; formulaire de souscription daté du 12 septembre 2005, onglet 29

³⁰ Procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de LLC tenue le 28 novembre 2005, politique de dividende jointe en annexe A, onglet 39

³¹ Résolution de l'administrateur unique de NSULC datée du 28 novembre 2005 et politique de dividende jointe en annexe, onglet 30.

- b) LLC a versé un dividende, en dollars américains, sur ses actions privilégiées de série 1 et de série 2 à NSULC à même les intérêts reçus du Harris Group³². Aux fins du calcul de son revenu imposable, NSULC a déduit ces dividendes conformément à l'alinéa 113(1)a) de la Loi puisqu'ils ont été versés à même le surplus exonéré de la LLC. Le montant équivalent en dollars canadiens des dividendes de la LLC que NSULC a déclaré comme revenu dans sa déclaration de revenus canadienne était, pour chaque exercice, ce qui suit :

200522 927 092 dollars canadiens
200676 761 000 dollars canadiens
200778 044 000 dollars canadiens
200851 833 000 dollars canadiens
200927 971 000 dollars canadiens
201024 512 000 dollars canadiens
Total282 048 092 dollars canadiens

- c) NSULC a versé des dividendes, en dollars américains, sur ses actions privilégiées de série 1, à Funding LP à même les dividendes reçus de LLC. Le montant total équivalent en dollars canadiens des dividendes déclarés aux fins de l'impôt sur le revenu canadien était de 288 054 558 dollars³³. Outre le dividende en actions de 100 000 dollars américains qu'elle a versé sur ses actions ordinaires le 28 octobre 2005, NSULC n'a versé aucun dividende sur d'autre catégorie ou série d'actions de son capital-actions.
- d) Conformément aux conditions de sa convention de société en commandite, 99,9 % du revenu de Funding LP a été attribué à l'appelante et 0,1 % à BMO GP³⁴. Le montant équivalent en dollars canadiens des dividendes reçus de NSULC que l'appelante a déclaré comme revenu (et pour lesquels elle a demandé les déductions correspondantes en application du paragraphe 112(1)) dans sa déclaration de revenus canadienne était, pour chaque exercice, ce qui suit :

³² Copie des états financiers de NSULC pour les années d'imposition se terminant le 31 octobre des années 2005 à 2011, onglets 31 à 37 inclusivement; procès-verbaux des réunions du conseil d'administration de LLC, onglets 38 à 55 inclusivement.

³³ Résolutions de l'administrateur unique de NSULC concernant les paiements de dividendes trimestriels, onglets 12, 29 et 30 et de 56 à 73, inclusivement; procès-verbal de la réunion du conseil de gestion de Funding LP, onglets 74 à 89, inclusivement.

³⁴ Copie d'extraits des états financiers de Funding LP pour les années d'imposition se terminant le 31 octobre des années 2006 à 2009, onglet 90

200523 114 221 dollars canadiens
200682 506 898 dollars canadiens
200777 965 956 dollars canadiens
200851 777 414 dollars canadiens
200927 942 736 dollars canadiens
201024 459 278 dollars canadiens
Total 287 766 503 dollars canadiens

- e) Funding LP a payé des intérêts, en dollars américains, sur les euro-billets à même les dividendes reçus de NSULC.
 - f) La succursale de BMO à Chicago a versé des intérêts sur les billets de premier rang en dollars américains.
25. Le 21 septembre 2009, Harris N.A. a remboursé par anticipation un prêt de 250 000 000 dollars américains consenti par LLC. Le ou vers le même jour, LLC a utilisé le produit du remboursement du prêt pour prêter 250 000 000 dollars américains à CMFI.

Opérations en 2010

26. En juin 2010, les opérations suivantes ont eu lieu³⁵.
27. Le 7 juin 2010 :
- a) L'administrateur unique de NSULC a adopté des résolutions décrivant un plan par étapes pour le remboursement des euro-billets³⁶.
 - b) NSULC et Funding LP ont conclu une convention de transfert d'actifs et de prise en charge de passifs³⁷.
28. Le 15 juin 2010 :
- a) Le Harris Group a remboursé la totalité du capital et des intérêts impayés sur les prêts consentis par LLC.

³⁵ Ordre du jour de clôture, onglet 19

³⁶ Résolution de l'administrateur unique de NSULC, onglets 73 et 92

³⁷ Convention de transfert d'actifs et de prise en charge de passifs, onglet 93

- b) LLC a versé des dividendes de clôture à NSULC pour un montant de 2 238 657 dollars américains sur les actions privilégiées de série 1, et de 18 716 210 dollars américains sur les actions privilégiées de série 2. NSULC a demandé une déduction en application de l'alinéa 113(1)a) sur l'équivalent en dollars canadiens des dividendes versés.
 - c) NSULC a versé des dividendes de clôture à Funding LP pour un montant de 20 927 375 dollars américains sur ses actions privilégiées de série 1. BMO et BMO GP ont demandé une déduction en application de l'article 112 sur l'équivalent en dollars canadiens de leurs attributions de société de personnes respectives.
29. Le 16 juin 2010 :
- a) LLC a été liquidée et ses actifs composés de 1 396 424 911 dollars américains en espèces ont été distribués à ses actionnaires, NSULC et Funding LP, pour des montants respectifs de 1 396 300 000 dollars américains et de 124 911 dollars américains.
 - b) NSULC a été liquidée et ses actifs composés de 1 396 474 316 dollars américains en espèces ont été distribués à son unique actionnaire, Funding LP.
 - c) Funding LP a remboursé les euro-billets pour un montant principal de 1 250 000 000 dollars américains ainsi que les intérêts de clôture.
 - d) BMO a remboursé le billet de premier rang pour un montant en principal de 150 000 000 dollars américains.
30. Toutes les opérations exposées ci-dessus constituent une série d'opérations.

Année d'imposition 2010 de BMO

31. Le taux de change du dollar canadien par rapport au dollar américain était de 1,2550 le 9 juin 2005 et de 1,0236 le 16 juin 2010.
32. BMO a réalisé un gain de change de 33 357 326 dollars sur le remboursement du billet de premier rang. Il s'agissait d'un gain au titre du capital.

33. Pour l'année d'imposition 2010, Funding LP a déclaré une perte en capital nette de 32 379 865 dollars³⁸. Le calcul de ce montant incluait :
- a) un gain en capital de 289 250 000 dollars sur le remboursement des euro-billets;
 - b) une perte en capital de 321 755 973 dollars à l'égard des actions ordinaires de NSULC;
 - c) un gain en capital de 126 108 dollars à l'égard des actions de catégorie A de LLC.
34. Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2010, BMO a déclaré sa quote-part (99,9 %) de la perte en capital nette de Funding LP, soit 32 347 485 dollars.

Nouvelle cotisation établie par le ministre

35. Le ministre du Revenu national (le « ministre ») a établi une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 2010 de BMO (la « nouvelle cotisation »)³⁹.
36. Par cette nouvelle cotisation, le ministre :
- a) a inclus un montant dans le revenu de BMO à l'égard d'un gain en capital sur le billet de premier rang;
 - b) n'a apporté aucun rajustement au gain en capital réalisé par Funding LP sur le remboursement des euro-billets;
 - c) a réduit de 287 766 503 dollars la quote-part de BMO de la perte liée aux actions ordinaires de NSULC, soit la quote-part de BMO des dividendes en espèces versés par NSULC sur ses actions privilégiées de série 1, après conversion en dollars canadiens.
37. La nouvelle cotisation est fondée uniquement sur la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

³⁸ Déclaration de renseignements des revenus de société de personnes de Funding LP pour l'exercice se terminant le 31 octobre 2010, onglet 94

³⁹ Avis de nouvelle cotisation du 5 novembre 2015 et du 30 décembre 2015 pour l'année d'imposition 2010 de BMO, onglets 95 et 96. Dans le cadre de la vérification de BMO, l'Agence du revenu du Canada a préparé un rapport de vérification (onglet 97) et envoyé une lettre de proposition datée du 22 avril 2015 (onglet 98) et une lettre datée du 19 novembre 2015 (onglet 99)

FAIT dans la ville de Toronto, dans la province de l'Ontario, ce 31^e jour de mai 2018



Torys LLP

79, rue Wellington Ouest
30^e étage, C.P. 270
Toronto (Ontario) M5K 1N5
Télécopieur : 416-865-7380

**Par : M^e Martha MacDonald
M^e Jerald Wortsman
M^e Patrick Reynaud**

Téléphone : 416-865-8236
416-865-7384
416-865-7632

Courriel : mmacdonald@torys.com
jwortsman@torys.com
preynaud@torys.com

Avocats de l'appelante

FAIT dans la ville de Montréal, dans la province de Québec, ce 31^e jour de mai 2018



**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA**

Ministère de la Justice Canada
Bureau régional du Québec
Complexe Guy-Favreau
200, boul. René-Lévesque Ouest
Tour Est, 9^e étage
Montréal (Québec) H2Z 1X4
Télécopieur : 514-283-3103

**Par : M^e Nathalie Goulard
M^e Sara Jahanbakhsh
M^e Marie-France Camiré**

Téléphone : 514-496-6546
514-496-1378
514-283-2747

Courriel : natalie.goulard@justice.gc.ca
sara.jahanbakhsh@justice.gc.ca
marie-france.camire@justice.gc.ca

Avocats de l'intimée

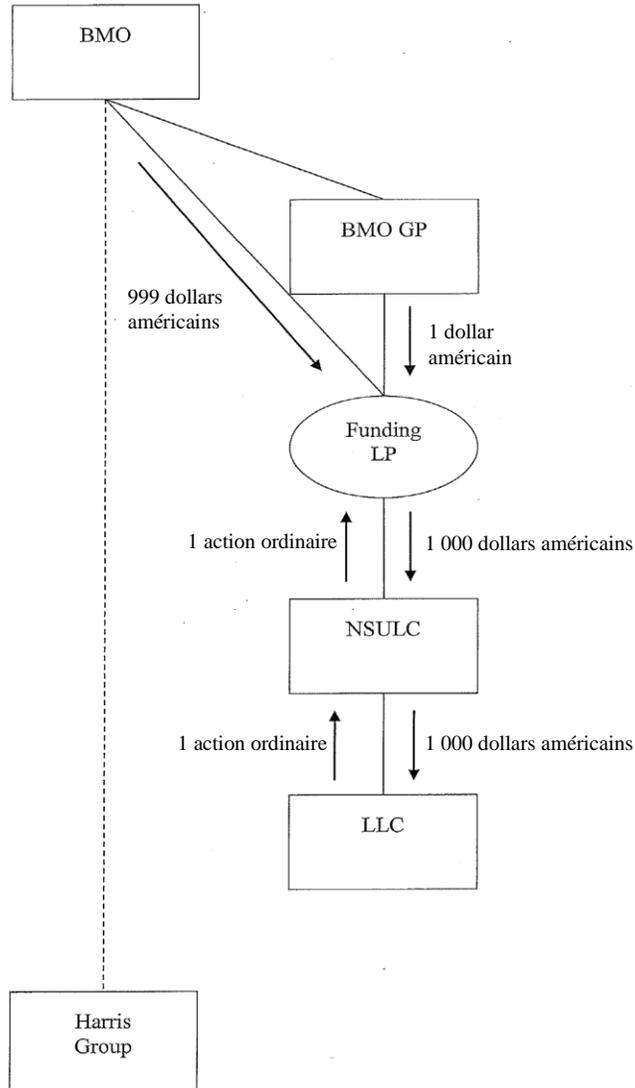
Destinataire : Greffier
Cour canadienne de l'impôt
180, rue Queen Ouest, bureau 200
Toronto (Ontario) M5V 3L6

Annexe B

Diagrammes simplifiés de BMO

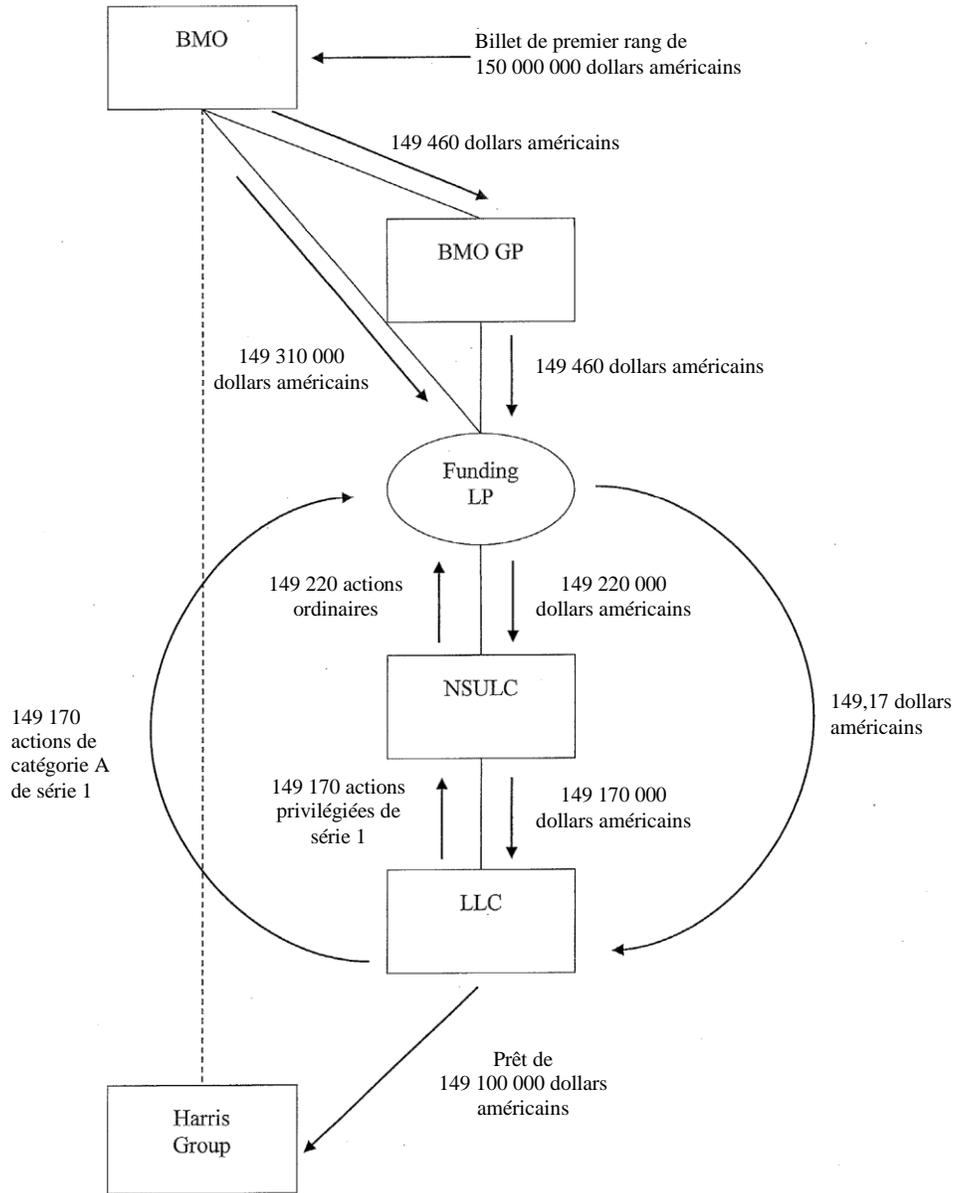
ANNEXE A : TABLEAU SIMPLIFIÉ - PLACEMENTS INITIAUX

AVRIL – 6 JUIN 2005 (exposé conjoint des faits partiel, paragraphes 9 à 13)



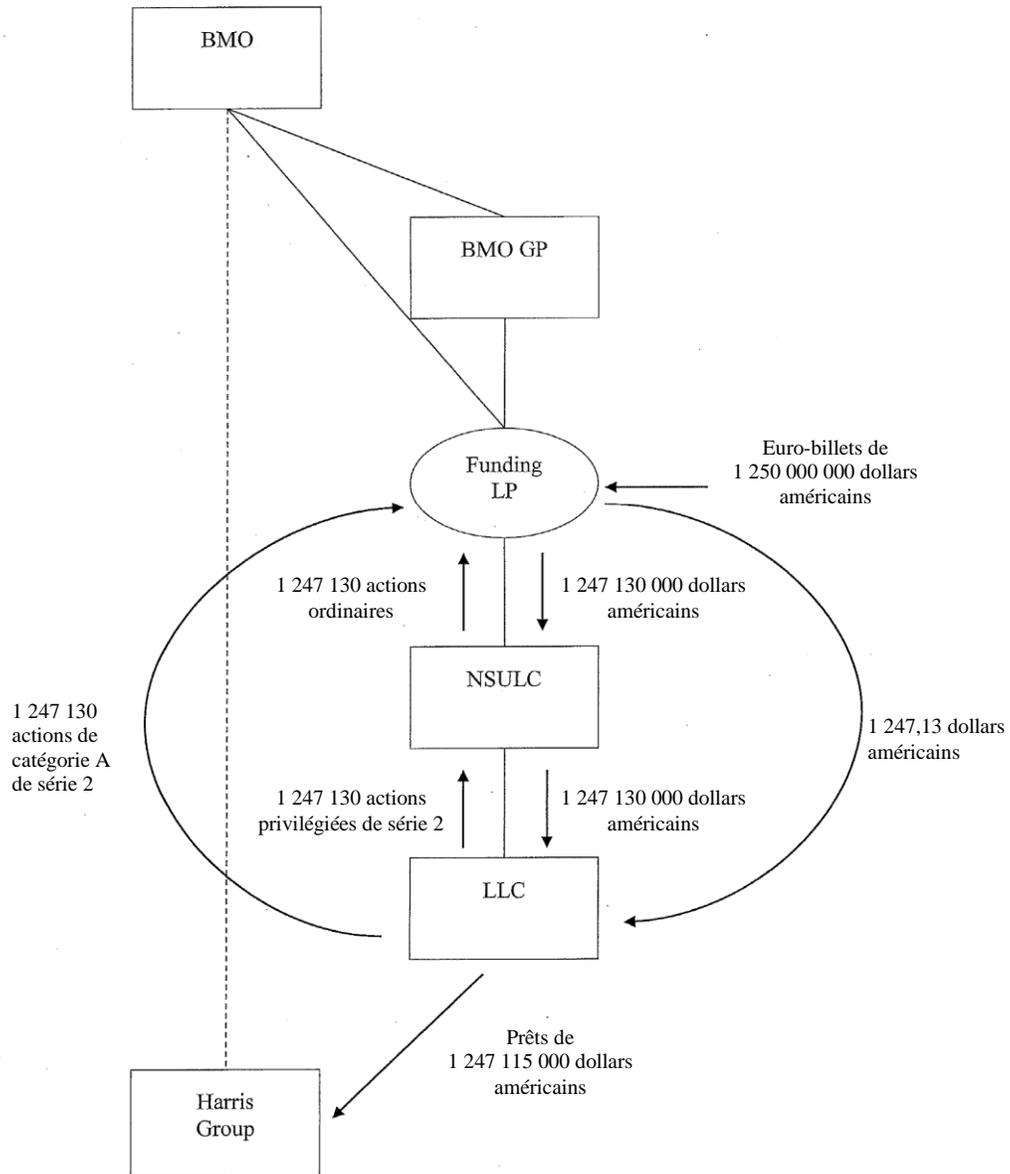
ANNEXE B : TABLEAU SIMPLIFIÉ - FINANCEMENT PAR BILLETS DE PREMIER RANG

7 JUIN 2005 (exposé conjoint des faits partiel, paragraphes 17 et 19)



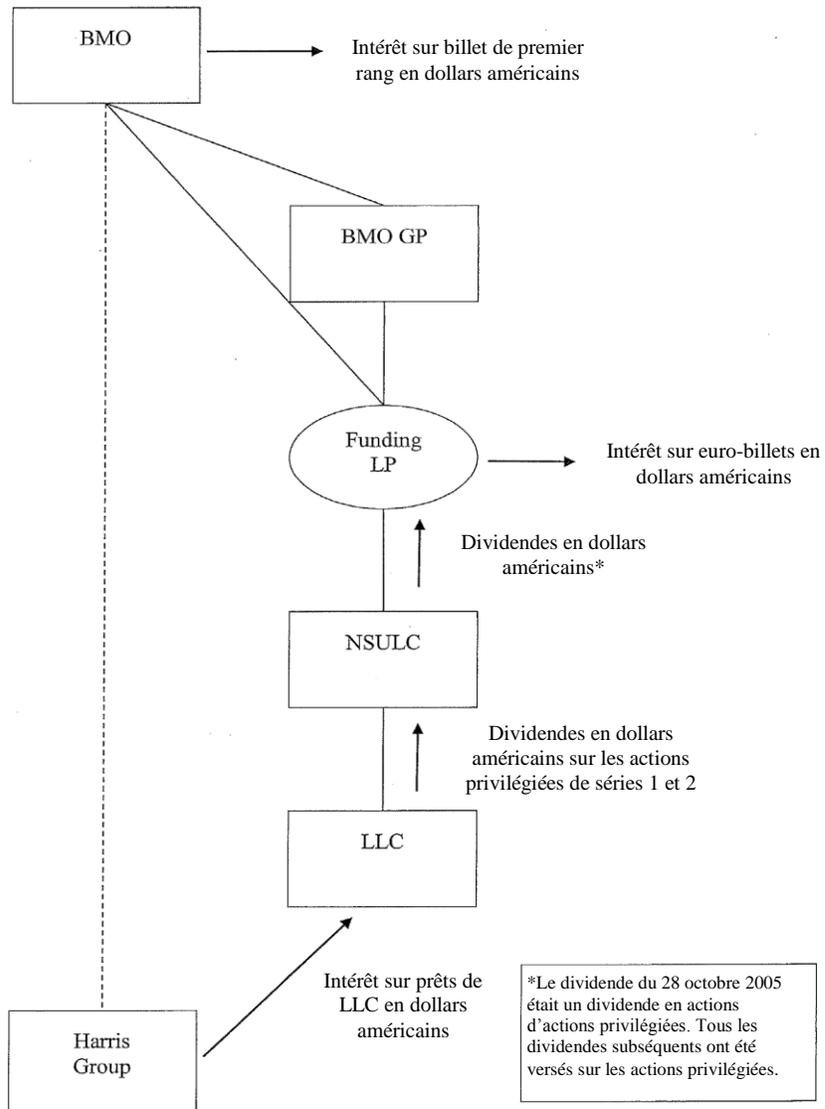
ANNEXE C : TABLEAU SIMPLIFIÉ - FINANCEMENT PAR EURO-BILLETS

9 JUIN 2005 (exposé conjoint des faits partiel, paragraphes 18 et 19)



ANNEXE D : TABLEAU SIMPLIFIÉ - OPÉRATIONS TRIMESTRIELLES

(exposé conjoint des faits partiel, paragraphe 24)



RÉFÉRENCE : 2018 CCI 187

N^o DU DOSSIER DE LA COUR : 2016-445(IT)G

INTITULÉ : BANQUE DE MONTRÉAL c. SA
MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : Les 4, 5, 6, 7 et 8 juin 2018

MOTIFS DU JUGEMENT : L'honorable juge David E. Graham

DATE DU JUGEMENT : Le 12 septembre 2018

COMPARUTIONS :

Avocats de l'appelante : M^e Martha MacDonald
M^e Jerald Wortsman
M^e Patrick Reynaud

Avocats de l'intimée : M^e Natalie Goulard
M^e Sara Jahanbakhsh
M^e Marie-France Camiré

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelante :

Nom : M^e Martha MacDonald
M^e Jerald Wortsman

Cabinet : Torys LLP
Toronto (Ontario)

Pour l'intimée : Nathalie G. Drouin
Sous-procureure générale du Canada
Ottawa, Canada