



Marc André Gaudreau Duval
Avocat
Associé
Davies Ward Phillips & Vineberg
s.e.n.c.r.l., s.r.l.
maduval@dwpv.com



Eric White
Étudiant en droit
Davies Ward Phillips & Vineberg
s.e.n.c.r.l., s.r.l.
ewhite@dwpv.com

Substance juridique ou substance économique?

À quel moment la forme juridique d'un contrat cesse-t-elle de déterminer le traitement de celui-ci aux fins fiscales? L'affaire *Franco-Nevada GLW Holdings Corp. c. La Reine*, C.C.I. n° 2021-2489 (IT) G (« *Franco-Nevada* »), actuellement devant la Cour canadienne de l'impôt, qui implique une société étrangère affiliée (« *SÉA* ») de *Franco-Nevada Corporation* (« *Franco-Nevada* »), introduit de nouvelles incertitudes relativement au traitement fiscal des contrats d'achat de métaux (*metal streaming agreement*) (« *stream* »). Dans cette affaire, l'Agence du revenu du Canada (« *ARC* ») semble s'appuyer sur sa propre interprétation des réalités économiques sous-jacentes afin de requalifier les relations juridiques entre les parties, ce qui, selon les auteurs, va à l'encontre de la jurisprudence canadienne et des pratiques administratives de l'*ARC*.

L'affaire *Franco-Nevada*

Les (récents) ennuis de *Franco-Nevada* ont commencé en août 2020, lorsque la compagnie a reçu des avis de nouvelles cotisations pour ses années d'imposition 2012 et 2013 au motif que le revenu de sa *SÉA* barbadienne, constituant notamment des produits de la vente d'or préalablement acheté par le biais de *stream*, était en fait un revenu tiré de biens ou plus précisément « un rendement similaire à une redevance et/ou un substitut de ces rendements et/ou un substitut de redevance ». En recharacterisant l'achat et la vente de l'or en une seule redevance ou rendement semblable, l'*ARC* en vient à la conclusion que la *SÉA* exploitait une « entreprise d'investissement » selon le paragraphe 95(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« *L.I.R.* »), faisant de son revenu un revenu étranger accumulé, tiré de biens (*RÉATB*) et donc assujéti à l'inclusion dans les revenus de son actionnaire canadien.

Stream

Pour comprendre la base du litige, il est important d'établir d'abord ce qu'est un *stream*, puis de déterminer si un *stream* est une « redevance ou un rendement semblable ».

Les *streams* sont des contrats d'achat et de vente par lesquels le payeur effectue un paiement initial, structuré comme un prépaiement ou un dépôt, à une société minière en échange du droit de recevoir des livraisons d'un pourcentage fixe de minéral qui est égal à un pourcentage du minéral extrait d'un projet particulier en échange d'un paiement en espèces fixe prédéterminé pour chaque once de minéral livré (généralement le moindre d'un prix fixe ou du prix courant) (« *Considération* »). Les conditions relatives à la *Considération* sont propres à chaque contrat, mais généralement, le payeur fait un paiement additionnel égal à un certain pourcentage de la *Considération* tandis que le pourcentage restant est déduit du solde du dépôt. À l'épuisement des ressources de la mine ou en cas de défaut, le solde du dépôt est remboursé tandis qu'à l'épuisement du dépôt le payeur peut obtenir un escompte sur le prix par once de minéral ou les obligations de la société minière peuvent varier ou même s'estomper, selon l'entente entre les parties. Finalement, un *stream* typique contient généralement une clause de règlement en espèces optionnel permettant au payeur de demander que les minéraux soient vendus sur le marché afin d'éviter la livraison physique de ceux-ci. Cela est normalement fait par l'entremise d'un courtier qui agit en tant qu'agent du payeur. En somme, un *stream* est un contrat à terme prépayé pouvant être réglé en espèces à la demande du payeur.

Les *streams* fournissent donc le financement initial nécessaire aux projets miniers qui sont encore en phase de préproduction sans avoir à diluer les actionnaires existants dans une augmentation de capital ou à assumer les charges et les risques associés au financement traditionnel par emprunt. Pour ces raisons (ainsi que pour d'autres raisons financières liées à la valorisation des différentes ressources d'une mine par les marchés des capitaux), les *streams* se sont avérés attrayants tant pour les petites sociétés minières qui souhaitent financer le développement d'un projet particulier

que pour les sociétés de financement qui cherchent à obtenir une exposition plus grande au prix des métaux de la société ayant besoin de fonds.

Est-ce qu'un *stream* est une redevance ou un rendement similaire?

À certains égards, les *streams* sont une émanation des contrats de redevances et il serait facile de les confondre si ce n'était de certaines différences essentielles. Dans le cadre d'un contrat de redevances, une entreprise qui effectue un paiement unique pour acheter un droit réel dans un bien va être dédommée pour l'utilisation de celui-ci sous la forme de paiements de redevances, normalement calculés selon les revenus générés par l'utilisation du bien. Selon la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Hasbro Canada Inc. c. La Reine*, 98 D.T.C. 2129 (C.C.I.) : « Une redevance ou un paiement semblable est donc un paiement fait pour l'utilisation d'un bien, de droits ou de renseignements dont le montant dépend de l'étendue ou de la durée de l'utilisation, des profits ou des ventes par l'utilisateur. »

Un *stream*, en revanche, fonctionne davantage comme un contrat de vente à terme prépayé dont le seul objet est l'achat et la vente de la marchandise physique elle-même. Dans un *stream*, le payeur n'obtient aucun droit (réel) et ne peut donc être dédommé pour l'utilisation de celui-ci par la société minière. Ces différences sont plus que cosmétiques. Elles reflètent des ensembles distincts de risques, d'avantages et d'intentions générales des parties au contrat. C'est pour ces raisons que le traitement fiscal d'un *stream* est différent de celui d'un contrat de redevances.

Interprétation de l'ARC

Alors pourquoi l'ARC a-t-elle qualifié le revenu de la SÉA de Franco-Nevada comme « une redevance ou un rendement semblable »? Notons que ce revenu a été généré par des ventes d'or faites à un tiers à la suite d'achats effectués dans le cadre de deux *streams* à un prix fixe pour des pourcentages fixes de la production de deux projets miniers. En effet, l'acquisition et la vente de métaux précieux en vertu de telles ententes constituaient le cœur même des activités commerciales de la SÉA. À aucun moment elle n'a été partie à des accords de redevances minières.

Plutôt que de s'attaquer à la forme juridique des relations contractuelles de la SÉA, l'ARC semble s'appuyer sur sa propre interprétation des réalités économiques de certains faits concernant les transactions de la SÉA pour présenter ses activités comme étant en fait la perception de revenus passifs sous la forme d'un accord de redevances avec des étapes supplémentaires. En effet, l'ARC allègue les faits suivants dans la cause en litige :

- la SÉA comptait moins de cinq employés à temps plein;
- l'or a été acheté sous une « forme raffinée et hautement vendable » qui était « facilement convertible en espèces »;
- la SÉA n'a pas pris la livraison physique de l'or acheté, celle-ci étant effectuée par les producteurs et le tiers acheteur (ScotiaMocatta) des ventes de la SÉA; et
- la SÉA a vendu la totalité de l'or qu'elle a acheté à ladite tierce partie dès sa réception.

En d'autres termes, l'ARC allègue que l'entreprise de la SÉA en tant que courtier en métaux précieux n'existait que sur papier, alors que sa véritable entreprise consistait à tirer un revenu passif, pratiquement, des ententes de diffusion en continu, ce qui en faisait une « entreprise de placement » au sens du paragraphe 95(1) L.I.R.

Nos observations

À notre humble avis, l'ARC tente d'incorporer le concept américain de la primauté de la substance sur la forme (*substance over form doctrine*) en droit fiscal canadien. Or, notre compréhension de la jurisprudence fiscale canadienne est qu'en l'absence de simulacre ou de trompe-l'œil, ce qui n'est pas allégué en l'espèce, les réalités économiques (perçues) n'ont pas préséance sur les relations juridiques dans le régime fiscal canadien, tel qu'il a été établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 (« *Shell* »).

Nous notons qu'en vertu des lois canadiennes, la nature d'une obligation contractuelle est déterminée en essayant d'établir, à partir d'un examen attentif du contrat, quelle était l'intention des parties, quelle était la nature de leurs engagements ou, en d'autres termes, quel est l'objet du contrat.

La seule interprétation technique pertinente de l'ARC que nous avons identifiée abonde dans ce sens. Dans une note de service de 2001 (2000-0062337) sur les *streams*, l'ARC prend la position qu'un *stream* est un contrat à terme prépayé pouvant être réglé en espèces et cite la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell* :

« En l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables. »

Il est donc très surprenant que l'ARC revienne sur cette position qui, à notre avis, applique parfaitement la théorie de la substance juridique qui est profondément enracinée dans la jurisprudence canadienne. Selon cette théorie, les deux ententes, soit le contrat à terme prépayé entre la SÉA et la société minière et le contrat d'entrepôt et de courtage/vente entre la SÉA et ScotiaMocatta, doivent être respectées comme telles et ne peuvent être recharacterisées en un seul contrat selon lequel la SÉA obtiendrait un droit (réel) dans la propriété de la société minière et serait dédommée pour l'utilisation de celle-ci en obtenant une partie des produits de la vente des minéraux à ScotiaMocatta. Ce contrat hypothétique ne reflète simplement pas notre compréhension de l'intention et des effets juridiques véritables que les parties souhaitaient en concluant lesdits contrats.

L'interprétation technique cite un extrait de la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *General Motors Acceptance Corporation of Canada v. The Queen*, [1997] T.C.C. 2864, dans laquelle une référence est faite à « la forme et [à] la nature juridique des contrats ». Cette distinction est essentielle puisqu'elle rappelle que ce qui est important n'est pas la forme juridique que les parties ont adoptée pour leurs ententes, mais bien leur nature juridique.

Conclusion

Finalement, nous notons que la décision que la Cour canadienne de l'impôt va rendre dans l'affaire *Franco-Nevada* ne va pas simplement toucher les SÉA, mais toutes les entreprises ayant conclu un *stream*, notamment en ce qui a trait à l'application de l'impôt de retenue de l'alinéa 212(1)d L.I.R. qui s'applique à toute « redevance ou tout paiement semblable » fait à un non-résident par un résident canadien. Les contrats de *stream* typiques comportent normalement une clause qui rend la société minière entièrement responsable de cet impôt additionnel. Pour cette raison, tant les fiscalistes que les acteurs de l'industrie minière devraient suivre cette décision avec un vif intérêt. D'un côté, cette décision pourrait bouleverser la jurisprudence fiscale canadienne relative à l'interprétation des contrats tandis que de l'autre côté, elle pourrait remettre en question plus d'une décennie de pratiques commerciales dans le secteur minier et créer beaucoup d'incertitude pour une industrie fragile qui est primordiale pour la prospérité de l'économie canadienne.