CONGRÈS 2007

apff
association
de planification
fiscale et financière

apff
association
de planification
fiscale et financière

congrès 2007

1100, boul. René-Lévesque Ouest
bureau 660, Montréal (Québec)
H3B 4N4 (514) 866-2733

Cette publication doit être citée : *Congrès 2007*

Avertissement au lecteur

Ces conférences ont été prononcées en octobre 2007, lors du 32e congrès annuel de l'APFF.

Nous attirons votre attention sur le fait que des changements législatifs ou jurisprudentiels postérieurs au congrès peuvent avoir comme conséquence de modifier la situation qui prévalait à cette époque; il faudrait en tenir compte lors de vos consultations.

© 2008, Association de planification fiscale et financière
Tous droits réservés. La reproduction ou transmission, sous quelque forme ou par quelque moyen (électronique ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou l'introduction dans tout système informatique de recherche documentaire) actuellement connu ou non encore inventé, de toute partie de la présente publication, faite sans le consentement écrit de l'éditeur est interdite sauf dans le cas où quelqu'un désire citer de courts extraits. Dans ce dernier cas, mention doit absolument être faite et de l'auteur et du livre *Congrès 2007* comme source de référence.

ISBN 978-2-920098-02-2

Dépôt légal, 2e trimestre 2008
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Table des matières générale

page

Message de la présidente-directrice générale et du président du conseil d'administration V

Comité du Congrès 2007 VII

Équipe de l'APFF 2007 VIII

Conseil d'administration de l'APFF 2007-2008 IX

Membres corporatifs et leurs délégués principaux 2007 X

Commanditaires 2007 XIX

Table des auteurs XXI

Table par titres de conférences, tables rondes et études de cas XXXI

Index par sujets XXXVII

Index par articles de lois et de règlements LIII

Table de la jurisprudence LXXXIX

MESSAGE DE LA PRÉSIDENTE-DIRECTRICE GÉNÉRALE ET DU PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION



Pascale Mongrain
CA, avocate
Présidente-directrice générale
APFF



Jean Groleau
Avocat
Président du conseil
d'administration de l'APFF

Le Congrès 2007 de l'APFF, tenu à Montréal sous la présidence de M^{e} Alain Ménard, avocat, BA, MBA, de la société Cain Lamarre Casgrain Wells, appuyé par les membres de son comité organisateur, fut une grande réussite à tous les points de vue.

La mise sur pied du Congrès fut un exemple d'ordre et d'efficacité, et les commentaires élogieux reçus de nos congressistes démontrent à quel point le programme du Congrès répondait bien à leurs besoins et à leurs attentes. À cet égard, nous tenons à souligner la grande qualité des prestations de nos invités d'honneur et des sessions thématiques, l'une portant sur la fiscalité des sociétés privées et l'autre sur la planification financière et fiscale des gens fortunés.

Nous remercions M^e^ Ménard et son équipe pour leur excellent travail et pour le temps qu'ils ont consacré à la préparation du Congrès. Nous remercions également nos conférenciers pour leur dévouement et leur professionnalisme, et nos commanditaires pour la générosité dont ils ont fait preuve. Permettez-nous d'insister, de plus, sur l'apport indispensable des employés permanents de l'APFF, et notamment sur la contribution de l'équipe de l'édition qui révise les textes, sans qui le Congrès de l'APFF et la publication de ce livre ne pourraient se faire. Nous les en remercions.

Nous vous souhaitons bonne lecture, et vous invitons à vous joindre à nous à Québec les 8, 9 et 10 octobre prochain pour le 33^e^ congrès annuel de l'APFF.

Pascale Mongrain
Présidente-directrice générale[*]
APFF

Jean Groleau
Président du conseil
d'administration de l'APFF

[*] Est en fonction depuis le 11 février 2008.

Comité du Congrès 2007

PRÉSIDENT

Alain MÉNARD, avocat, BA, MBA – Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l.

MEMBRES DU COMITÉ

François AUGER, avocat, CA – Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.
Gaétan BISSON, CA, M. Fisc. – Samson Bélair Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.
Daniel BOURGEOIS, avocat, BAA, M. Fisc. – Président-directeur général* – APFF
Gilles CHEVALIER, Pl. Fin. – Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.
Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. – Directrice des services professionnels – APFF
Gil DEMERS, CA, M. Fisc. – Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.
Renée GALLANT, CA, M. Fisc. – Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.
Sylvie GARON, CGA, CMA, M. Fisc. – Harel Drouin – PKF
Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A, Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM – Option Fortune inc.
Nathalie GOYETTE, avocate, M. Fisc. – Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.
Jean GROLEAU, avocat – Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.
Éric LABELLE, avocat – Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.
Hugues LACHANCE, CA – KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Stéphane LEBLANC, CA – Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Michel LEFEBVRE, avocat, CGA – Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.
Nicolas LEGAULT, CMA, M. Fisc. – Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Marcel LEMAY, FCA – Hardy Normand & Associés s.e.n.c. CA
Martin LORD, avocat, M. Fisc. – Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats
Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP – Financière Sun Life
Danièle MILETTE, M. Fisc. – Verrier Paquin Hébert comptables agréés
Christopher R. MOSTOVAC, avocat – Starnino Mostovac s.e.n.c.
Hugo PATENAUDE, notaire, M. Fisc., TEP – Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Paul RYAN, avocat – Ravinsky Ryan s.e.n.c. avocats
Katia SEBASTIANI, avocate, DESS fisc. – Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l.

* N'est plus en fonction depuis le 7 septembre 2007.

Équipe de l'APFF – 2007

Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. –
Directrice des services professionnels
Jean FORTIN – Directeur des services aux membres
Diane GAGNON, avocate – Directrice de l'édition
Susie LÉVEILLÉ, BA, CRIA – Directrice du développement des affaires
Nicole PARENT – Directrice, comptabilité et finances
Ginette PERRON – Adjointe administrative

Véronique AUBIN
Mirela BARBU
Gilles BERNIER
Marianne BERNIER
Diane CARON
Geneviève CÔTÉ
Serge LAHAIE
Nathalie LÉVESQUE
Diane MARTIN
Marie-Andrée THÉORÊT

Ont participé à la préparation des textes ainsi qu'à l'indexation en vue de la publication du livre *Congrès 2007*

Véronique AUBIN
Geneviève CÔTÉ
Micheline DEL VECCHIO
Diane GAGNON
Diane MARTIN
Marie-Andrée THÉORÊT

Conseil d'administration de l'APFF – 2007-2008

M^e Jean GROLEAU, avocat
Président du conseil d'administration
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

M^me Danièle MILETTE, M. Fisc.
Présidente sortante du conseil d'administration
Verrier Paquin Hébert Comptables Agréés
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

M. Gaétan BISSON, CA, M. Fisc.
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

M^e Claude DESAULNIERS†, avocat
McCarthy Tétrault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

M. Carl DESLONGCHAMPS, D. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

M. Maurice FRÉCHETTE, CGA
Trésorier du conseil d'administration
Power Corporation du Canada

M^me Renée GALLANT, CA, M. Fisc.
Vice-présidente du conseil d'administration
Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.

M^me Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM
Option Fortune inc.

M^e Éric LABELLE, avocat
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

M^e André L'ESPÉRANCE, LL. L.
Services financiers FBN

M^e Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Secrétaire du conseil d'administration
Financière Sun Life

M^e Alain MÉNARD, avocat, BA, MBA
Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l.

M^e René ROY, avocat, CA
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Membres corporatifs et leurs délégués principaux – 2007

ABITIBI CONSOLIDATED INC.
M. Francesco Alessi, CA
Directeur du service de la fiscalité

AGENCE DU REVENU DU CANADA
M. Jean-Jacques Lefebvre
Directeur, Division de l'évitement fiscal et des vérifications spécialisées

AIG VIE DU CANADA
M. Daniel C. Duchesne, BAA, AVA, Pl. Fin.
Représentant senior, Marketing

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.
M. Yves Millette
Vice-président principal aux affaires québécoises

AXA SERVICES FINANCIERS
M. Jacques Denis, AVA, Pl. Fin.
Vice-président, Développement des affaires, Ventes et Marketing

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA
M. Stéphane Lanthier, CGA, LL.M. fisc.
Directeur principal, Fiscalité

BARREAU DU QUÉBEC
M^{e} Jacques Houle, avocat
Directeur général

BDO DUNWOODY, S.R.L./LLP
M. Sylvain Guindon, CA, Pl. Fin.
Associé

BELL CANADA
M. Pierre Potvin, CA
Directeur, Fiscalité corporative

BOILY HANDFIELD, CA
M. Fernand Boily, CA
Associé

CANADIEN NATIONAL
M^e^ Sean Finn, avocat
Premier vice-président, chef de la direction des affaires juridiques et secrétaire général

CARSWELL − THOMSON
M^e^ Marie-Noëlle Guay, avocate
Directrice des publications

CENTRE FINANCIER SFL MAISONNEUVE
M^me^ Claudie Caron, M. Fisc., Pl. Fin.
Directrice en fiscalité

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE
M^e^ Micheline Rioux, avocate, AVA, Pl. Fin.
Syndic adjointe

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC
M^e^ Denis Marsolais, notaire
Président

CIRQUE DU SOLEIL
M. Raymond Cadieux, CGA
Conseiller principal en fiscalité corporative

COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA SUR LA VIE
M. Phil Marsillo, AVA, Pl. Fin.
Vice-président principal, Distribution individuelle

CONSULTAXE LTÉE
M. Francis Boisvert, MA, M. Fisc.
Président

COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DE QUÉBEC
M. Yves Jasmin, CA, LL.M. fisc.
Directeur de la fiscalité

DÉFENSEURS FISCAUX INC.
M. Pierre Turgeon
Partenaire Associé C.E.D.F.

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.
M^e^ Claude Désy, M. Fisc., FCA, avocat
Associé

DESJARDINS GROUPE D'ASSURANCES GÉNÉRALES
M^me^ Christiane LeBel, CA
Directrice principale de la fiscalité, des placements et des comptes à payer

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – Montréal
M. Jean Guy Grenier, BAA, CMC, Pl. Fin.
Conseiller principal en développement des affaires

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – Québec
M. André Huot, CA
Directeur principal, Fiscalité

ENGEL, CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE
M. Gilles Chevalier, Pl. Fin.

ERNST & YOUNG S.R.L./S.E.N.C.R.L.
M^me^ Danielle Laramée, CA
Associée
Directeur de la fiscalité pour l'Est du Canada

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC
M. Roger Champagne, CGA
Vice-président Fiscalité, MCD

FIERA YMG CAPITAL
M. André Sirard, M. Sc., CFA
Vice-président, Gestion privée

FINANCIÈRE BANQUE NATIONALE
M. Alain Legris, CA
Vice-président exécutif et chef de la direction financière

FINANCIÈRE MANUVIE
M^me^ Diane Hamel, CGA
Directrice planification fiscale et successorale

FINANCIÈRE SUN LIFE
SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE
M^e^ Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Conseillère principale en planification
Solutions en assurance personnes aisées

FISC CAP SERVICES CONSEILS INC.
M. André Cyr, B. comm.
Président

FONDATION DU GRAND MONTRÉAL
M^e^ Gaston E. Bouchard, avocat
Directeur, Planification des dons

FORCE FINANCIÈRE EXCEL
M. James McMahon, Pl. Fin.
Président-directeur général

GALLANT & ASSOCIÉS, CA S.E.NC.R.L.
M^me^ Renée Gallant, CA, M. Fisc.
Associée

GAZ MÉTRO
M^me^ Carole Paré, CA
Chef de service, Gestion fiscale

GDTS S.E.N.C.R.L.
M. Luc Dupuis, CA, M. Fisc.
Associé

GESTION DE PATRIMOINE DUNDEE
M. Jean Rochon
Directeur, Placements

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS
M. Jean Brunelle, Adm.A.
Vice-président, Gestion privée

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC INC.
M. Yves Leroux, Pl. Fin.
Conseiller en patrimoine successions et fiducies

GL&V CANADA INC.
M. Marc Barbeau, CA, M. Fisc.
Vice-président, Trésorerie et Fiscalité

GROUPE ALTUS
M. Robert Dorion, ing., MBA, É.A., AACI
Vice-président exécutif, Évaluation foncière des recherches

GROUPE CLOUTIER INC.
M. Gilles Cloutier
Président

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.
M. Guy Duhaime, AVC, Pl. Fin.
Président et chef de la direction

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA
M. Jean-Paul Choucha
Chef et directeur général

HARDY NORMAND & ASSOCIÉS S.E.N.C., CA
M. Marcel Lemay, FCA
Directeur du service de la fiscalité
Associé

HARROW PARTNERS
M. Armand Kessous, TEP
Directeur général

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS
M^{e} Normand Gervais, M. Fisc.
Directeur principal, Contrôle et fiscalité

INDUSTRIELLE ALLIANCE, VALEURS MOBILIÈRES INC.
M. Daniel Plante
Vice-président, Dirigeant responsable

ING CANADA
M. Yves Poulin, CMA
Vice-président, Fiscalité

INOTECH, EXPERTS-CONSEILS INC.
M. Alain Proulx, ing.
Président – Conseiller principal

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE
M. Gilles Sinclair, Pl. Fin.
Président

INVESTISSEMENT MANUVIE
M^e^ Robert Laniel, notaire, Pl. Fin., DESS comm., DESS fisc.
Conseiller principal

INVESTISSEMENT QUÉBEC
M. Denis Valois, économiste
Directeur des mesures fiscales

JARRY BAZINET AVOCATS & CONSEILLERS D'AFFAIRES INC.
M^e^ Patrick Bazinet, avocat, LL.M. fisc.
Associé

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.
M^me^ Guylaine Ouellet, CA
Gestion financière

LA SURVIVANCE, COMPAGNIE MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE
M. Stéphane Rochon, B. comm., AVA, Adm.A., RHU
Vice-président, Ventes et marketing Assurance individuelle

LE GROUPE CSL INC.
CANADA STEAMSHIP LINES INC.
M^me^ Sophie Brûlotte, CA
Directeur, Fiscalité et planification financière

LE GROUPE OPTION RETRAITE INC.
M. Richard Dorval, B. Sc.
Président du Conseil et chef de la direction

LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH (CANADA), SOCIÉTÉ EN COMMANDITE
M. Michel Di Grégorio
Président

MCCARTHY TETRAULT S.R.L./S.E.N.C.R.L.
M[e] Claude Desaulniers†, avocat
Associé

MCLEAN BUDDEN LTÉE
M. Bill Healy, CFA
Vice-président et gestionnaire de portefeuilles

MORNEAU SOBECO
M. François Turgeon, LL. L., D.D.N., Pl. Fin.
Directeur

OPTION FORTUNE INC.
M[me] Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM
Conseillère en sécurité financière

ORDRE DES COMPTABLES EN MANAGEMENT ACCRÉDITÉS DU QUÉBEC
M. François Renauld, CMA
Président-directeur général

ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX LICENCIÉS DU QUÉBEC
M[me] Danielle Blanchard, CGA
Présidente-directrice générale

OSLER, HOSKIN & HARCOURT S.E.N.C.R.L./S.R.L.
M[e] François Auger, avocat, CA
Associé

PÉTRIE RAYMOND, CA
M. Pierre Fleury, CA, M. Fisc.

PINCHEVSKY & CO CONSEILLERS EN RS & DE
M. Marcel Pinchevsky, B. Ing., MBA
Président

POWER CORPORATION DU CANADA
M. Maurice Fréchette, CGA
Directeur de la fiscalité

PPI QUÉBEC INC.
M. Claude Ménard, BAA, AVA, Pl. Fin., Adm.A.
Vice-président opérations

PREMTEC – Firme d'ingénierie
Crédits d'impôt en RS & DE
M. Jean-François Clément, ing.
Président

PUBLICATIONS CCH LTÉE
M. Michel Masse
Vice-président

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON S.E.N.C.R.L.
M. Jean Gauthier, CA, M. Fisc.
Associé

RBC ASSURANCES
M. Daniel Walsh, ASA
Vice-président régional, Est du Canada

RIO TINTO CANADA
M. Jocelin Paradis
Vice-président, Fiscalité Canada

ROY MÉTIVIER ROBERGE SYNDICS
M. José Roberge, syndic, BA, CIRP

RSM RICHTER S.E.N.C.R.L.
M^{me} Diane Tsonos, BA, LL. B.

SERVICES FINANCIERS FBN
M^{e} André L'Espérance, LL. L.
Président

SERVICES FINANCIERS VALEURS MOBILIÈRES DESJARDINS INC.
M. Claude Chalifoux, AVA, Pl. Fin.
Vice-président, Planification financière et successorale et protection du patrimoine

T.E. MIRADOR
M^me^ Diane Henry, CA, M. Sc., Pl. Fin.
Vice-présidente et directrice générale régionale

TRANSAMÉRICAVIE CANADA
M^e^ Serge Lessard, avocat, Pl. Fin., FLMI
Spécialiste, planification fiscale et successorale

TRANSCONTINENTAL INC.
M^me^ France-Élaine Duranceau, CA, LL.M. fisc.
Conseillère principale, Fiscalité

TRUST BANQUE NATIONALE
M^e^ Éric Laflamme, avocat
Président et chef de la direction

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
DIVISION DES DONS MAJEURS ET PLANIFIÉS
M^me^ Chantal Thomas, MBA
Directrice

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
Chaire en fiscalité et en finances publiques
M. Gilles N. Larin, BA, MA, Ph. D. (économique)
Titulaire

VILLENEUVE VENNE s.e.n.c.r.l.
M^me^ Nancy Nerone, LL.M. fisc.
Directrice du service de la fiscalité

Nous tenons à remercier sincèrement tous nos commanditaires qui ont contribué par leur participation financière à la réussite de ce 32e congrès annuel.

Commanditaires – 2007

Commanditaire principal	**CCH, une société Wolters Kluwer**
Déjeuners des congressistes	**Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.** **McMillan Binch Mendelsohn**
Banquet du Président	**Banque Nationale du Canada** **Power Corporation du Canada**
Vin servi au banquet	**Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.**
Porte-documents des congressistes	**Financière Sun Life**
Livre du Congrès Couverture 4 / 2 tomes	**Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.**
Cartables des tables des matières	**Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.**
Salle Internet	**Financière Manuvie**
Panneaux indicatifs des conférences	**Heenan Blaikie s.r.l.**
Location des salles de conférences et de l'équipement audiovisuel	**Fédération des caisses Desjardins du Québec**
Cocktail du Président	**Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l.**
Fourniture de photocopieurs	**Les Gens de Documents Xerox**
Cordons pour badges	**Revenu Québec**
Pochettes contenant la documentation remise aux congressistes	**Ordre des CGA du Québec**
Cocktail du mercredi soir	**PricewaterhouseCoopers s.r.l.**

Impression des tables des matières	**Fiera YMG Gestion privée**
Salon des conférenciers	**Autorité des marchés financiers**
Pauses santé	**Engel Chevalier – Protection du patrimoine**
Liste des participants	**Imprimerie Production**

Kiosques

Agence du revenu du Canada
Espace Nomad
Publications CCH Ltée
Revenu Québec
Robert Half Canada
Thomson – Carswell
Université de Sherbrooke

Tables réservées au banquet

Barsalou Lawson Avocats
CCH, une société Wolters Kluwer
De Grandpré Chait, s.e.n.c.
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

Articles promotionnels

C.R.A.C.
Fonds de solidarité FTQ
Les Gens de Documents Xerox
Publications CCH Ltée
Thomson – Carswell

Table des auteurs

ALIE, Claude
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

ALLARD, Marie-Pierre
Employés versus *travailleurs autonomes : nouvelles décisions, nouvelles tendances?* 20:1-38

BARBIN, François
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

BARETTE, François
Jurisprudence administrative 45:1-28

BEAUVAIS, Paul
Particularités en matière de réorganisation privée et effets sur les états financiers 4:1-26

BERGERON, Paul Jr
Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:1-62

BERNARD, Gilles
Panel administratif 44:1-24

BILODEAU, Serge
Jurisprudence d'intérêt en fiscalité internationale 27:1-20

BISSON, Gaétan
Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:1-100

BISSON, Maurice
Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:1-100

BLOUIN, Gaétan
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

BOURGEOIS, Pierre
Le nouveau protocole modifiant la Convention fiscale Canada-États-Unis ..... (texte non disponible)

BRODEUR, Fanny
Récents développements en matière de fiducie 30:1-30

BROSSARD, Jules
Protection d'actifs, mythe ou réalité? 5:1-26

CHABOT, Guy
Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:1-62

CHARTIER, Sylvain
Le fractionnement du revenu de pension – Cas pratique 24:1-26

CHÉNIER, Françoise
L'immobilier et la fiscalité 40:1-42

CHEVALIER, Gilles
Le drame après la passion : le portefeuille de protections financières dans les ententes de divorce 34:1-16

COPELAND, Thomas W.
Le choix de l'entité pour exploiter une entreprise privée – Avantages et désavantages 2:1-44

CÔTÉ, Jacques
Jurisprudence administrative 45:1-28

DAVIDSON, Céline
Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:1-62

DEMERS, Gil
Particularités en matière de réorganisation privée et effets sur les états financiers 4:1-26

DESLONGCHAMPS, Carl
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

DOYON, Julie
Étude de cas 2 – La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation 52:1-110

DUPRAS, Anne-Marie
Revue des principales interprétations techniques 7:1-54

DUVAL, Jacques
Revue des principales interprétations techniques 7:1-54

FLEURY, Pierre
Développements récents et nouveautés en matière de réorganisation privée 3:1-48

FONTAINE, Richard
Fractionnement de revenus impliquant les sociétés par actions 6:1-34

FORTIER, Liliane
La fiscalité des sociétés de portefeuille 9:1-24

FRÉCHETTE, Didier
La répartition du revenu dans une société de personnes 25:1-64

GAGNÉ, Richard
Année d'imposition ou d'exercice, voilà la question 21:1-34

GAGNON, Jocelyne
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 48:1-38

GARON, Sylvie
Revue des principales interprétations techniques 7:1-54

GAUDREAU, Bernard
Jurisprudence administrative 45:1-28

GAUTHIER, Paule
Placements d'aujourd'hui 35:1-52
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 48:1-38

GAUTHIER, Richard
Étude de cas 2 – La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation 52:1-110

GIRARD-PLOUFFE, Anne-Marie
Placements d'aujourd'hui 35:1-52

GIROUARD, Natasha
Étude de cas 2 – La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation 52:1-110

GIROUX, François
Les clauses d'ajustement de prix remplacent-elles une évaluation? 19:1-28

GIROUX, Richard
Le régime enregistré d'épargne-études revisité – Emploi des programmes ou produits financiers selon le profil du souscripteur 36:1-28

GODIN, Alain
Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:1-100

GOSSELIN, Daniel
Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:1-62

GOUIN, Isabelle
Étude de cas 2 – La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation 52:1-110

GOULET, Guy
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 48:1-38

GOULET, Jean
Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:1-62

GOYETTE, Nathalie
Les communications auxquelles le fisc n'a pas droit – Regard pratique 43:1-38

GRENIER, Serge
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

GROLEAU, Jean
Panel administratif 44:1-24

HÉBERT, Marie-Claude
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 48:1-38
Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:1-100

HENRY, Diane
Gestion de portefeuille 14:1-14

HOTTE, Natalie
Le fractionnement du revenu de pension – Cas pratique 24:1-26

JANELLE, Maryse
Taxes à la consommation – Développements récents 39:1-22

LABBÉ, Lucie L.
Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:1-62

LABERGE, Sylvie
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

LACHANCE, Hugues
Frais de gestion à l'intérieur d'un groupe 38:1-14

LA CHARITÉ, Éric
Pot-pourri en produits financiers 46:1-34

LACOMBE, Luc
Changement de taux : impacts sur les réorganisations privées et rémunération des actionnaires dirigeants 1:1-44

LACROIX, Denis
Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement 31:1-18

LAMONTAGNE, Élaine-Nathalie
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

LANIEL, Robert
Convention entre actionnaires – Le rachat au décès et en cas d'invalidité 23:1-30

LARIVIÈRE, Bernard
Fiscalité des transferts des contrats d'assurance 33:1-48

LAVERDIÈRE, Daniel
Le fractionnement du revenu de pension – Cas pratique 24:1-26

LEBLANC, Stéphane
Les dividendes déterminés : un an plus tard 16:1-46

LEFEBVRE, Michel
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

LEFEBVRE, Wilfrid
Jurisprudence fiscale récente 32:1-50

LEGAULT, Marie-Andrée
Jurisprudence fiscale récente 32:1-50

LEGAULT, Nicolas
Financement d'opérations à l'étranger – Où en sommes-nous? 29:1-22

LEMAY, Marcel
Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:1-100

LE SAUNIER, Pierre-Louis
Article 55 L.I.R. revisité – Changements récents visant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cadre d'une transaction de vente d'actions 18:1-64

LOISELLE, Jean
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

LORD, Martin
Planification des documents testamentaires pour les actionnaires 10:1-34

LOZEAU, Jean
Protection d'actifs, mythe ou réalité? 5:1-26

MAILLOUX, Michel
La déontologie pour les intervenants financiers ..... (texte non disponible)

MARCHAND, Elaine
Les entités intermédiaires de placement déterminées : au-delà des fiducies de revenu 26:1-40

MARQUIS, Hélène
Fiscalité des transferts des contrats d'assurance 33:1-48

MARQUIS, Hélène
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

MARTEL, Luc
Interaction de la convention entre actionnaires, du testament, des contrats d'assurance et de la fiducie entre vifs dans un contexte de planification successorale 22:1-58

MARTIN, Hélène
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

MEIGHEN, Christian
Article 55 L.I.R. revisité – Changements récents visant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cadre d'une transaction de vente d'actions 18:1-64

MÉNARD, Alain
Jurisprudence fiscale récente 32:1-50

MÉNARD, Jean-Frédérick
Les entités intermédiaires de placement déterminées : au-delà des fiducies de revenu 26:1-40

MORENCY, Nancy
Jurisprudence fiscale récente 32:1-50

MORIN, Philippe-Antoine
La déductibilité des intérêts 15:1-24

MOSTOVAC, Christopher R.
La responsabilité personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires, tiers et professionnels : le volet civil et le volet pénal 42:1-48

PARISEAU, Luc
Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:1-100

PERREAULT, Guy
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

PESANT, Martin
Panel RS & DE avec les autorités fiscales 41:1-18

PUGLIÈSE, Claudine
Planification post mortem *et successorale – Mise à jour* 12:1-28

RHEAULT, Sébastien
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

RHÉAUME, Caroline
Planification successorale pour les clients ayant des héritiers ou des biens aux États-Unis 11:1-20

RICHARD, Jean
Dons de bienfaisance à double bénéfice 13:1-32

ROY, Louise J.
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 48:1-38

ROY, René
Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:1-62

RYAN, Paul
Panel administratif 44:1-24

SEBASTIANI, Katia
Les clauses de non-concurrence 37:1-22

SKLAR, Murray
Pot-pourri en produits financiers 46:1-34

ST-CYR, Yves
Employés versus *travailleurs autonomes : nouvelles décisions, nouvelles tendances?* 20:1-38

ST-ONGE, Jean
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

TASSÉ, Louis
Jurisprudence fiscale récente 32:1-50

THUOT, Jean-François
Réorganisation d'entreprise – Mise à jour 17:1-32

VACHON, Patrice
Réflexions sur la démographie et son impact sur la gestion de patrimoine 8:1-38

VALLERAND, René
Le drame après la passion : le portefeuille de protections financières dans les ententes de divorce 34:1-16

VIGEANT, Josée
La responsabilité personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires, tiers et professionnels : le volet civil et le volet pénal..... 42:1-48

YELLE, Guylaine
Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:1-38

Table par titres de conférences, tables rondes et études de cas

1. **Changement de taux : impacts sur les réorganisations privées et rémunération des actionnaires dirigeants**
   Luc Lacombe 1:1-44

2. **Le choix de l'entité pour exploiter une entreprise privée – Avantages et désavantages**
   Thomas W. Copeland 2:1-44

3. **Développements récents et nouveautés en matière de réorganisation privée**
   Pierre Fleury 3:1-48

4. **Particularités en matière de réorganisation privée et effets sur les états financiers**
   Paul Beauvais et *Gil Demers* 4:1-26

5. **Protection d'actifs, mythe ou réalité?**
   Jean Lozeau et *Jules Brossard* 5:1-26

6. **Fractionnement de revenus impliquant les sociétés par actions**
   Richard Fontaine 6:1-34

7. **Revue des principales interprétations techniques**
   Sylvie Garon, Anne-Marie Dupras et *Jacques Duval* 7:1-54

8. **Réflexions sur la démographie et son impact sur la gestion de patrimoine**
   Patrice Vachon 8:1-38

9. **La fiscalité des sociétés de portefeuille**
   Liliane Fortier 9:1-24

10. **Planification des documents testamentaires pour les actionnaires**
    Martin Lord 10:1-34

11. **Planification successorale pour les clients ayant des héritiers ou des biens aux États-Unis**
Caroline Rhéaume 11:1-20

12. **Planification *post mortem* et successorale – Mise à jour**
Claudine Puglièse 12:1-28

13. **Dons de bienfaisance à double bénéfice**
Jean Richard 13:1-32

14. **Gestion de portefeuille**
Diane Henry 14:1-14

15. **La déductibilité des intérêts**
Philippe-Antoine Morin 15:1-24

16. **Les dividendes déterminés : un an plus tard**
Stéphane Leblanc 16:1-46

17. **Réorganisation d'entreprise – Mise à jour**
Jean-François Thuot 17:1-32

18. **Article 55 L.I.R. revisité – Changements récents visant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cadre d'une transaction de vente d'actions**
Christian Meighen et *Pierre-Louis Le Saunier* 18:1-64

19. **Les clauses d'ajustement de prix remplacent-elles une évaluation?**
François Giroux 19:1-28

20. **Employés *versus* travailleurs autonomes : nouvelles décisions, nouvelles tendances?**
Yves St-Cyr et *Marie-Pierre Allard* 20:1-38

21. **Année d'imposition ou d'exercice, voilà la question**
Richard Gagné 21:1-34

22. **Interaction de la convention entre actionnaires, du testament, des contrats d'assurance et de la fiducie entre vifs dans un contexte de planification successorale**
Luc Martel 22:1-58

23. **Convention entre actionnaires – Le rachat au décès et en cas d'invalidité**
Robert Laniel 23:1-30

24. **Le fractionnement du revenu de pension – Cas pratique**
Natalie Hotte, Sylvain Chartier et *Daniel Laverdière*..... 24:1-26

25. **La répartition du revenu dans une société de personnes**
Didier Fréchette 25:1-64

26. **Les entités intermédiaires de placement déterminées : au-delà des fiducies de revenu**
Elaine Marchand et *Jean-Frédérick Ménard*..... 26:1-40

27. **Jurisprudence d'intérêt en fiscalité internationale**
Serge Bilodeau 27:1-20

28. **Le nouveau protocole modifiant la Convention fiscale Canada-États-Unis**
Pierre Bourgeois.....(texte non disponible)

29. **Financement d'opérations à l'étranger – Où en sommes-nous?**
Nicolas Legault 29:1-22

30. **Récents développements en matière de fiducie**
Fanny Brodeur 30:1-30

31. **Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement**
Denis Lacroix..... 31:1-18

32. **Jurisprudence fiscale récente**
Alain Ménard, Wilfrid Lefebvre, Louis Tassé, Marie-Andrée Legault et *Nancy Morency*..... 32:1-50

33. **Fiscalité des transferts des contrats d'assurance**
Bernard Larivière et *Hélène Marquis*..... 33:1-48

34. **Le drame après la passion : le portefeuille de protections financières dans les ententes de divorce**
Gilles Chevalier et *René Vallerand*..... 34:1-16

35. **Placements d'aujourd'hui**
Anne-Marie Girard-Plouffe et *Paule Gauthier* 35:1-52

36. **Le régime enregistré d'épargne-études revisité – Emploi des programmes ou produits financiers selon le profil du souscripteur**
Richard Giroux 36:1-28

37. **Les clauses de non-concurrence**
Katia Sebastiani 37:1-22

38. **Frais de gestion à l'intérieur d'un groupe**
Hugues Lachance 38:1-14

39. **Taxes à la consommation – Développements récents**
Maryse Janelle 39:1-22

40. **L'immobilier et la fiscalité**
Françoise Chénier 40:1-42

41. **Panel RS & DE avec les autorités fiscales**
Carl Deslongchamps, Claude Alie, François Barbin, Serge Grenier, Guy Perreault, Hélène Marquis, Martin Pesant et *Gaétan Blouin* 41:1-18

42. **La responsabilité personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires, tiers et professionnels : le volet civil et le volet pénal**
Josée Vigeant et *Christopher R. Mostovac* 42:1-48

43. **Les communications auxquelles le fisc n'a pas droit – Regard pratique**
Nathalie Goyette 43:1-38

44. **Panel administratif**
Jean Groleau, Paul Ryan et *Gilles Bernard* 44:1-24

45. **Jurisprudence administrative**
François Barette, Jacques Côté et *Bernard Gaudreau* 45:1-28

46. **Pot-pourri en produits financiers**
Éric La Charité et *Murray Sklar* 46:1-34

47. **La déontologie pour les intervenants financiers**
Michel Mailloux .....(texte non disponible)

48. **Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers**
Jocelyne Gagnon, Paule Gauthier, Marie-Claude Hébert, Guy Goulet et *Louise J. Roy* 48:1-38

49. **Table ronde sur la fiscalité provinciale**
René Roy, Daniel Gosselin, Guy Chabot, Paul Jr Bergeron, Céline Davidson, Jean Goulet et *Lucie L. Labbé*..... 49:1-62

50. **Table ronde sur la fiscalité fédérale**
Marcel Lemay, Gaétan Bisson, Luc Pariseau, Maurice Bisson, Alain Godin et *Marie-Claude Hébert*..... 50:1-100

51. **Étude de cas 1 – Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE**
Michel Lefebvre, Élaine-Nathalie Lamontagne, Sébastien Rheault, Jean St-Onge, Guylaine Yelle, Sylvie Laberge, Jean Loiselle et *Hélène Martin*..... 51:1-38

52. **Étude de cas 2 – La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation**
Richard Gauthier, Julie Doyon, Natasha Girouard et *Isabelle Gouin* 52:1-110

Index par sujets

A

ABRI FISCAL

Définition d'abri fiscal : les arrêts *Baxter* et *Maege* 32:7-11

ACTION

Exercice d'options d'achat d'actions et déduction disponible
lors d'une prise de contrôle ..... TR fin., 48:18-22 Q. 7
Options d'achat d'actions, interprétation technique 7:50-51
Revenus relatifs aux options d'achat d'actions exercées et
dont les titres sont donnés à des organismes de charité ..... TR Qc, 49:30-33 Q. 15
Vente d'actions..... TR Qc, 49:48-49 Q. 24

ACTIONNAIRE

Avantage et prêts consentis à un actionnaire : interprétations techniques 7:12-16

ADMINISTRATION FISCALE

Biens de la faillite : remboursement d'impôt provincial?
L'affaire *Mallette Syndics et Gestionnaire*..... 45:24-25
Communications auxquelles le fisc n'a pas droit
demande péremptoire..... 43:13-22
documents privilégiés..... 43:24-36
obligation légale de conservation..... 43:7-13
règle 82 des règles de la Cour canadienne de l'impôt 43:23
Date d'échéance de la production des Feuillets T3 et T5013 ... TR féd., 50:88-89 Q. 34
Demande péremptoire de production de documents par
Revenu Québec : l'arrêt *6217125 Canada* 45:25-28
Diligence dans l'établissement d'une cotisation –
paragraphe 152(1) L.I.R. ..... TR féd., 50:91-92 Q. 37
Étendue des pouvoirs de Revenu Québec : l'affaire
6217125 Canada 32:12-15
Fins d'année successives ..... TR féd., 50:89-90 Q. 35
Ignorance de la loi par un avocat, une impossibilité en fait
d'agir? L'affaire *Harvey Stever et Air Sol Mécanique* 45:21-24
Intérêts sur acomptes provisionnels..... TR Qc, 49:42-46 Q. 22
L'accommodation..... 44:15-23
Pénalités : les affaires *Blouin* et *Le Tremble*..... 45:17-21
Processus de demande d'interprétation technique à l'ARC..... TR féd., 50:90-91 Q. 36
Remboursement d'impôt crédité aux acomptes
provisionnels de l'année suivante..... TR Qc, 49:27-30 Q. 14

Retenues d'impôt sur un avantage imposable résultant
d'une option d'achat d'action ..... TR Qc, 49:53-54 Q. 28
Transfert au conjoint d'un solde d'impôt à recevoir ..... TR Qc, 49:9-10 Q. 3

AMORTISSEMENT

Catégorie d'amortissement – GPS ..... TR Qc, 49:25-26 Q. 12
Catégorie d'amortissement – Matériel informatique ..... TR Qc, 49:26 Q. 13

ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT

Répartition des revenus imposables par province : interprétation technique 7:36-38

ASSURANCE

Police d'assurance vie et convention de retraite ..... TR fin., 48:34-37 Q. 16
Titulaire et bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie ..... TR fin., 48:23-24 Q. 9
Transferts des contrats d'assurance, fiscalité
aspects fiscaux du transfert d'un intérêt 33:8-21
calcul du revenu du titulaire d'un contrat d'assurance vie 33:24-32
distribution par une société et transfert avec lien de dépendance 33:33-46
principes d'évaluation d'une police d'assurance vie 33:32-33
principes de base 33:6-7
transactions impliquant des tiers 33:21-24

C

CALCUL DU REVENU, DE L'IMPÔT ET DES CRÉDITS

Avantage imposable sur options d'achat d'actions à la
suite d'un effondrement de la valeur de l'action ..... TR féd., 50:60-62 Q. 24
Classification de biens amortissables – équipement
de bureautique ..... TR féd., 50:66-72 Q. 26
Compensation des intérêts sur les paiements d'impôt
excédentaires ou insuffisants de particuliers ..... TR féd., 50:86-88 Q. 33
Conciliation de certaines interprétations techniques
traitant de déductibilité des intérêts ..... TR féd., 50:62-66 Q. 25
Entreprise de prestation de services personnels ..... TR féd., 50:80-84 Q. 31
Fiducie pour l'environnement ..... TR féd., 50:79-80 Q. 30
Imposition de pénalités par l'ARC à l'égard de formulaires
non produits ..... TR féd., 50:84-86 Q. 32
Non-réduction des dépenses de RS & DE à l'égard des
crédits d'impôt relatifs aux dépenses de main-d'œuvre
d'un centre de la nouvelle économie et d'un centre
multimédias du Québec ..... TR féd., 50:78-79 Q. 29
Taux d'imposition des coopératives ..... TR féd., 50:76-77 Q. 28

Traitement fiscal applicable à un système de navigation
automobile utilisé à des fins d'affaires (GPS) ..... TR féd., 50:72-76 Q. 27

CHOIX DISTINCTS

Bulletin d'information 2006-6 – Choix distincts .....TR Qc, 49:17-21 Q. 8

CLAUSES D'AJUSTEMENT DE PRIX

Clauses d'ajustement de prix, une évaluation?
contexte juridique des clauses d'ajustement de prix.....19:9-14
importance de l'enjeu et pertinence de la JVM 19:3-8
jurisprudence et position des autorités fiscales.....19:14-25
principes de rédaction 19:25-26

CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

Clauses de non-concurrence
règles de base 37:3-11
requalification et réattribution du produit de disposition 37:11-20

COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Compte de dividendes en capital, interprétation technique 7:30-35
Gains et pertes sur les devises étrangères et compte de dividendes
en capital : interprétation technique.....7:35-36
Ministère des Finances du Canada : prescription du compte
de dividendes en capital .....TR fin., 48:22-23 Q. 8

CONTRAT

Déclaration d'un dividende et résolution du contrat avec effet rétroactif :
l'affaire *Ambulances 2000*.....32:5-7
Rectification de contrats en matière fiscale : les affaires *McLaughlan, Ville de Richmond, Corpanzano, Greg Irmen* et *Di Battista* 44:3-9

CONVENTION DE RETRAITE

Lettre de crédit et convention de retraite ..... TR fin., 48:37 Q. 17

CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Rachat au décès et en cas d'invalidité
assurance et convention, leurs rôles 23:3-5
conséquences fiscales liées au monde de détention en assurance vie
et en assurance invalidité 23:5-17
réflexions sur la rédaction de la convention.....23:25-29
type de produit d'assurance et assurance vie.....23:18-24

Modification des conventions entre actionnaires à la suite des nouvelles règles sur les dividendes déterminés et non déterminés ..... TR fin., 48:17-18 Q. 6

COTISATION

Avis de cotisation – montant déjà versé par le contribuable..... TR Qc, 49:21-23 Q. 9
Droit du Ministre, en tout temps, d'établir une cotisation afin d'aller recouvrer auprès de certains tiers : l'affaire *Addison & Leyen*..... 32:30-35
Établissement d'une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R., lorsqu'une société verse un dividende à son actionnaire : l'affaire *La Reine* c. *Gilbert*..... 32:35-39
Fardeau de réfuter les hypothèses de fait retenues par le Ministre : l'affaire *Anchor Pointe Energy* 32:25-30

CRÉANCE

Caractère irrécouvrable de la créance : l'affaire *Lamothe* 32:46-49

CRÉDIT D'IMPÔT

Crédit pour aidants naturels d'une personne majeure..... TR Qc, 49:49-50 Q. 26
Droit de réclamer des CII remboursables : l'affaire *Perfect Fry* 32:15-21

CRÉDIT POUR IMPÔT ÉTRANGER

Cotisations à la *Federal Insurance Contributions Act*..... TR Qc, 49:39-42 Q. 21

D

DÉDUCTIBILITÉ

Coût net de l'assurance pure et prime payable par le contribuable : position du ministère des Finances du Canada .... TR fin., 48:14-15 Q. 4
Frais d'emprunts : interprétation technique 7:29-30
Frais de gestion à l'intérieur d'un groupe
- caractère raisonnable et méthode de facturation..... 38:4-7
- éléments de planification..... 38:10-13
- jurisprudence..... 38:8-9

Frais de placement et revenus de placement..... TR Qc, 49:56-59 Q. 30
Frais de placements payés par une fiducie..... TR Qc, 49:50-53 Q. 27
Intérêts
- applications pratiques..... 15:20-23
- conditions d'application 15:4-7
- déductibilité des intérêts en matière d'assurance vie..... 15:16-19
- déductibilité des intérêts relativement aux investissements dans certains fonds de placement 15:15-16

jurisprudence 15:10-15
limite à la déductibilité des frais de placements au Québec depuis 2004 ..... 15:23-24
position administrative de l'Agence du revenu du Canada 15:7-9
Intérêts : interprétation technique 7:23-29
Prime de police d'assurance vie en garantie et définition de « prime payable » ..... TR fin., 48:10-13 Q. 3

DÉPENSES

Dépenses rattachées à des immeubles locatifs ..... TR Qc, 49:15-16 Q. 6
Raccord à des services d'utilité publique ..... TR Qc, 49:16-17 Q. 7

DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS

Interprétation technique 7:41-43

DIVIDENDES DÉTERMINÉS

Calcul de la majoration du compte de revenu à taux général impliquant un dividende intersociétés – alinéa 89(7)c) L.I.R. ..... TR féd., 50:5-7 Q. 1
Choix d'avoir un dividende déterminé sur une portion d'un dividende ..... TR féd., 50:13 Q. 5
Dividendes déterminés : un an plus tard
application des nouveautés, en pratique 16:17-21
fardeau administratif et solution alternative 16:38
intégration fiscale et fractionnement de revenu 16:36-38
problématiques et planification 16:21-36
sommaire des règles entourant les, ... 16:4-17
Mécanisme visant à diriger un dividende déterminé vers un actionnaire ou un groupe d'actionnaires ..... TR féd., 50:12 Q. 4
Mise en relief de quelques difficultés des règles ..... TR féd., 50:13-15 Q. 6
Modification des conventions entre actionnaires à la suite des nouvelles règles sur les dividendes déterminés et non déterminés ..... TR fin., 48:17-18 Q. 6
Précisions sur l'utilisation des formulaires prescrits – Annexes 53, 54 et 55 de la déclaration T2 ..... TR féd., 50:10-12 Q. 3
Report de perte aux fins du calcul du compte de revenu à taux général et mécanisme « des conséquences fiscales futures déterminées » ..... TR féd., 50:8-10 Q. 2

DON

Don de bienfaisance à double bénéfice
comparaison, placement alternatif *versus* don 13:17-27
mise en œuvre des règles applicables, coût net d'un don 13:13-16
règles applicables, cadre fiscal et juridique 13:3-13

Don d'une police d'assurance vie à un organisme de bienfaisance ..... TR fin., 48:5-7 Q. 1

E

EMPLOYÉ

Avantage imposable pour l'utilisation d'une automobile – plus d'un employé ou plus d'une automobile : interprétations techniques 7:21-23
Employés *versus* travailleurs autonomes
arrêts de la Cour d'appel fédérale du Canada 20:5-12
décisions de la Cour canadienne de l'impôt 20:17-26
décisions des tribunaux québécois 20:26-34
facteurs de détermination de l'existence d'un lien de subordination en droit civil 20:34-38

EMPLOYEUR

Succession d'employeurs – RRQ ..... TR Qc, 49:60-61 Q. 31

ENTITÉS INTERMÉDIAIRES DE PLACEMENT DÉTERMINÉES (EIPD)

Entités intermédiaires de placement déterminées : au-delà des fiducies de revenu
adoption des règles sur les EIPD, les objectifs 26:4-11
concepts clés du nouveau régime d'imposition des fiducies intermédiaires de placement déterminées 26:11-30
mécanique de l'imposition des fiducies intermédiaires de placement déterminées et de leurs bénéficiaires 26:30-36
vers 2011, règles transitoires 26:36-39

ENTREPRISE

Conservation des registres électroniques par les comptables et conseillers d'un contribuable ..... TR Qc, 49:33-34 Q. 16
Copropriété indivise et actif utilisé dans une entreprise admissible ..... TR Qc, 49:35 Q. 18
Le choix de l'entité pour exploiter une entreprise privée – Avantages et désavantages
entreprise individuelle et coentreprise 2:4-12
fiducie commerciale 2:26-29
société 2:33-43
société à responsabilité illimitée 2:29-33
société de personnes 2:12-23
société en commandite 2:23-26
tableau comparatif, avantages et désavantages 2:43

ÉTABLISSEMENT

Imposition de revenus gagnés au Québec : l'affaire *Dunne* 32:40-42
Versement de salaire sous forme d'avantages imposables et contribution au FSS : l'affaire *Merck Frosst Canada* 32:42-46

ÉTATS FINANCIERS

Particularités en matière de réorganisation privée et effets sur les états financiers, voir RÉORGANISATION

F

FAILLITE

Biens de la faillite : remboursement d'impôt provincial? L'affaire *Mallette Syndics et Gestionnaire* 45:24-25

FIDUCIE

Création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation, étude de cas 52:1-102
- fiducies testamentaires 52:67-81
- gel successoral 52:34-50
- introduction d'une fiducie dans l'actionnariat 52:12-34
- mise en place d'une solution de protection d'actifs 52:50-67
- mise en place des fiducies 52:82-87
- suivi, d'une année plus tard à vingt et un ans plus tard 52:88-102

Fiducies et règle d'attribution du paragraphe 75(2) L.I.R. 7:51-53
Récents développements en matière de fiducie
- interprétations techniques concernant la règle prévue au paragraphe 75(2) L.I.R. 30:3-11
- jurisprudence récente à la suite de l'arrêt *Thibault* 30:11-24
- modifications proposées au paragraphe 248(3) L.I.R. 30:24-29
- répercussions sur la pratique 30:29

FINANCEMENT

Notion d'obligation ..... TR Qc, 49:49 Q. 25

FISCALITÉ TRANSACTIONNELLE

Attribution corporative du paragraphe 74.4(2) L.I.R. – Politique fiscale ..... TR féd., 50:32-33 Q. 12
Calcul du compte de dividendes en capital lors d'une vente d'achalandage ..... TR féd., 50:46-47 Q. 18
Calcul du revenu gagné aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R. à la suite de l'arrêt *La Reine* c. *Kruco Inc.* ..... TR féd., 50:15-20 Q. 7

Clauses restrictives – Définition de « société admissible »
au paragraphe 56.4(1) L.I.R. proposé ..... TR féd., 50:52-54 Q. 22
Conjoint bénéficiaire d'une fiducie – Méthodes prises afin
d'éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. ..... TR féd., 50:29-32 Q. 11
Décision *Chartier* c. *Canada* et préservation du statut
d'actions admissibles de petite entreprise en vertu de
l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. ..... TR féd., 50:43-44 Q. 16
Disposition partielle d'actions – Application de l'article
84.1 L.I.R. ..... TR féd., 50:25-29 Q. 10
Impôt de la Partie VI.1 L.I.R. – Dividende réputé exclu ..... TR féd., 50:48-49 Q. 19
Majoration du coût fiscal d'immobilisation à la suite
d'une liquidation – Alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. ..... TR féd., 50:54-60 Q. 23
Modalités d'application d'une clause de rajustement
de prix ..... TR féd., 50:51-52 Q. 21
Position administrative aux fins des options et droits du
paragraphe 256(1.4) L.I.R. ..... TR féd., 50:41-43 Q. 15
Prise en compte de l'impôt en main remboursable au titre
de dividendes dans le cadre d'un gel ..... TR féd., 50:49 Q. 20
Roulement de l'article 85.1 L.I.R., et calcul du revenu
protégé en main ..... TR féd., 50:20-23 Q. 8
Sens de « réorganisation » au paragraphe 84(2) L.I.R. ..... TR féd., 50:45-46 Q. 17
Souscription d'actions par une fiducie suivie du versement
de dividendes et de l'achat de gré à gré des actions –
Paragraphe 75(2) L.I.R. ..... TR féd., 50:33-34 Q. 13
Structure corporative détenue par une fiducie familiale ..... TR féd., 50:34-41 Q. 14
Transaction entre frères et sœurs – Article 84.1 et
paragraphe 55(2) L.I.R. ..... TR féd., 50:23-24 Q. 9

G

GAIN EN CAPITAL

Report de gain en capital, application pratique de
l'article 44.1 L.I.R. : interprétation technique 7:38-41

GAINS OU PERTES DE CHANGE

Fonds distincts et traitement fiscal des garanties ..... TR fin., 48:33-34 Q. 15
Gains ou pertes de change réalisés par un investisseur ..... TR fin., 48:30-32 Q. 14

I

IMMOBILIER

Immobilier et fiscalité
détention par une fiducie 40:24-33
détention par une société de personnes 40:5-23

disposition d'un immeuble 40:39-41
sommaire comparatif fiducie *versus* société par actions 40:42
utilisation d'une société prête-nom 40:33-39

IMPOSITION

Année d'imposition ou d'exercice
année d'imposition 21:5-13
changement de fin d'exercice financier 21:21-28
choix de fin d'exercice financier 21:13-21
exercice financier abrégé 21:30-34
règle antiévitement et fin d'année 21:28-30
Imposition des coopératives ..... TR Qc, 49:54-55 Q. 29
Modifications au régime d'imposition des dividendes et aux taux d'imposition des sociétés de gestion
achat/vente au décès, situations pratiques 1:6-14
choix du revenu protégé 1:17-20
planifications 1:27-28
régime actuel 1:3-6
rémunération d'un actionnaire 1:25-27
transfert au conjoint 1:14-17
utilisation des pertes en capital 1:20-21
utilisation d'une société de gestion 1:21-24
Rapatriement de fonds en provenance de l'étranger ..... TR Qc, 49:12-14 Q. 5
Revenus de loterie ..... TR Qc, 49:38-39 Q. 20

INCORPORATION DES PROFESSIONNELS

Interprétations techniques 7:5-12

INTERNATIONAL

Financement d'opérations à l'étranger
changements législatifs 29:18-20
mesures sur le cumul de déductions d'intérêts et des frais connexes et le nouvel article 18.2 L.I.R. 29:5-17
nouveau protocole 29:20-21
nouvelle convention fiscale entre l'Islande et les États-Unis 29:21-22
Jurisprudence en fiscalité internationale
décisions concernant la règle générale antiévitement 27:3-11
droit fiscal européen 27:15-20
notion de bénéficiaire effectif 27:11-15
Prêt d'une filiale canadienne à une société mère étrangère ..... TR féd., 50:95-96 Q. 40
Prêt par une société étrangère ..... TR féd., 50:92-93 Q. 38
Retenues d'impôt de la Partie XIII L.I.R. ..... TR féd., 50:93-95 Q. 39
Statut de divers projets à l'égard du régime canadien de fiscalité internationale du ministère des Finances ..... TR féd., 50:96-99 Q. 41

P

PERTE

Perte sur prêt irrécouvrable 7:17-19
Rachat d'actions libellées en devise américaine – perte en capital relative à la monnaie étrangère : interprétations techniques 7:19-21

PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

Fractionnement de revenus impliquant les sociétés par actions
- biens d'une personne détenus en fiducie, paragraphe 75(2) L.I.R. 6:15
- impôt des enfants mineurs, article 120.4 L.I.R. 6:5
- paiements indirects, paragraphe 56(2) L.I.R. 6:10
- transfert ou prêt à une société, article 74.4 L.I.R. 6:27

Fractionnement du revenu de pension ..... TR Qc, 49:10-12 Q. 4
- cas pratiques 24:12-20
- crédits d'impôt reliés à la retraite 24:6-9
- éléments de planification 24:22-24
- impacts et aspects administratifs 24:21-22
- paramètres fiscaux 24:3-5
- programmes sociaux 24:9-12

Gestion de patrimoine, impact de la démographie 8:1-37
Gestion de portefeuille
- critères d'évaluation de la tolérance au risque 14:3-5
- effet à long terme des choix de placement sur les rendements projetés 14:9-13
- options de placement 14:6-9
- répartition d'actif 14:5-6

Portefeuille de protections financières dans les ententes de divorce
- aspects légaux : obligations du payeur, droits du bénéficiaire et responsabilité du conseiller 34:11-15
- cas pratique 34:3-5
- évaluation des pertes financières du bénéficiaire de l'obligation alimentaire en cas de décès ou d'invalidité du payeur 34:5-6
- structure du portefeuille de protections financières 34:6-11

PLANIFICATION SUCCESSORALE

Clients ayant des héritiers ou des biens aux États-Unis
- droits successoraux américains et dons de bienfaisance au décès, changements proposés et scénarios 11:3-13
- *dynasty trust* ou fiducie perpétuelle 11:16-20
- testament canadien – fiducie testamentaire étrangère 11:13-16

Interaction de la convention entre actionnaires, du testament, des contrats d'assurance et de la fiducie entre vifs 22:1-57

Planification *post mortem* et successorale, mise à jour
application du paragraphe 164(6) L.I.R. dans un contexte de détention ou non d'assurance vie 12:18-25
changements législatifs 12:3-5
exposé des trois techniques qui permettent d'éviter la double imposition 12:5-18
problèmes techniques lors du rachat des actions et lors de l'application de la règle du 50 % 12:25-27
Testaments et dispositions de nature testamentaire pour les actionnaires, cas pratiques 10:3-34

PRODUITS FINANCIERS

Achat d'obligations sur le marché par l'émetteur – Traitement pour le détenteur ..... TR fin., 48:25 Q. 10
Billets à revenu prévisible à longue vue 35:10-16
Fonds à échéance ou cycle de vie 35:25-26
Fonds catégorie et les fonds T 35:20-22
Fonds communs à capital garanti 35:22-25
Fonds mutuels constitués en société 35:47-50
Interprétations techniques de l'Agence du revenu du Canada et nouvelles mesures fiscales 46:5-15
Jurisprudence récente
l'affaire *Demers (Succession de)* c. *Pierrette Laflamme* 46:16-19
l'affaire *Deschênes* c. *Gagné* 46:19-30
l'affaire *Molnar* c. *Kovacs* 46:31-33
Modifications fiscales fédérales et provinciales 35:29-35
Rentes individuelles au capital variable 35:16-20
Rentes viagères 35:27-28
Retour de capital sous plusieurs formes 35:35-47
Titres de créances visées par les alinéas 7000(1)d) et 7000(2)d) R.I.R. – Obligations conditionnelles indicielles : position du ministère des Finances du Canada ..... TR fin., 48:28-29 Q. 12

PROTECTION D'ACTIFS

Limites à la protection d'actifs,
sur le plan du droit civil
action oblique 5:3
action en inopposabilité 5:3-6
sur le plan du droit de la faillite
actes présumés frauduleux 5:9
dispositions de biens inopposables au syndic 5:7
dispositions opposables au syndic 5:8
recours en inopposabilité 5:14
transaction révisable 5:12

Insolvabilité et planifications
dispositions fiscales importantes 5:17-24
divers scénarios 5:24-26

R

RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Étude de cas
recours en RS & DE 51:30-38
simulation d'une réclamation en matière de RS & DE 51:3-29
Panel avec les autorités fiscales, questions et réponses
activités au Canada et à l'extérieur du Canada 41:11-12
admissibilité d'activités dans le secteur de l'informatique ou technologie de l'information 41:12-13
application de la notion de « n'eût été » des activités de RS & DE 41:17-18
application de la notion des dépenses au soutien d'activités de RS & DE 41:15
augmentation de la limite de 2 M$ de dépenses admissibles 41:5
déductibilité des montants versés à des agences de placement engagées dans le cadre d'activités de RS & DE, modification de la position de l'ARC 41:6
mode de sélection pour déterminer si un dossier fera l'objet de vérification 41:15-16
modifications aux politiques d'application RS & DE de l'ARC 41:5-6
pièces justificatives dans le cas des salaires et sous-traitants de soutien 41:16
politique d'application RS & DE 2002-02R, suivi 41:7-8
publication des centres de recherche publics admissibles et des consortiums de recherche admissibles 41:14
ségrégation entre les activités de RS & DE et les activités non admissibles 41:8-10
suivi sur le budget fédéral 2007 ..... 41:3
test de taille de l'entreprise pour le crédit d'impôt majoré de 15 % pour un total de 35 % 41:3-5

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES

Différents types d'épargne-études 36:4-10
Subvention canadienne, crédit d'impôt provincial et bon d'études canadien 36:10-23
Stratégie de dons entourant les régimes enregistrés d'épargne-études ..... TR fin., 48:8-9 Q. 2

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ

Fonctionnement, tableau et admissibilité 36:23-24

RÈGLES GÉNÉRALES ANTIÉVITEMENT

Jurisprudence récente
- déductibilité des intérêts : l'affaire *Lipson* c. *La Reine* 31:12
- dépouillement de surplus : les affaires *McMullen* c. *La Reine* et *Copthorne Holdings Ltd.* c. *La Reine* 31:6-12
- opération d'évitement : l'affaire *MacKay* c. *La Reine* 31:15-17
- opérations transfrontalières et le chalandage de convention fiscale : l'affaire *MIL (Investments) S.A.* c. *La Reine* 31:3-6

Règle générale antiévitement et déductibilité des intérêts ..... TR fin., 48:29-30 Q. 13

RÉORGANISATION

Développements récents en matière de réorganisation privée
- ajustement au prix de base rajusté lors du versement d'un dividende en actions 3:9-14
- augmentation de la déduction pour gains en capital 3:3-8
- choix distinct au Québec et au fédéral 3:14-34
- technique Van Sider 3:34-47

Particularités en matière de réorganisation privée et effets sur les états financiers
- dette convertible en actions 4:17-19
- développements à venir en matière de normalisation comptable 4:24-26
- fondement conceptuel des normes de présentation de l'information financière 4:4-13
- gel successoral 4:14-16
- régime d'option d'achat d'actions 4:19-24

Réorganisation corporative, interprétation technique 7:48-50

Réorganisation d'entreprise – Mise à jour
- ajustement au coût fiscal en vertu des alinéas 52(3)a) et 53(1)b) L.I.R. 17:18-22
- décision *La Survivance* c. *La Reine* 17:8-10
- décision *McMullen* c. *La Reine* 17:11-16
- décision *Sedona Networks Corp*. c. *La Reine* 17:23-28
- exonération cumulative des gains en capital 17:16-18
- imposition des clauses de non-concurrence et personnes ayant un lien de dépendance 17:28-31
- nouvelle présomption de fin d'exercice pour une société : paragraphe 249(3.1) L.I.R. 17:6-8
- utilisation indirecte (al. 20(1)e) L.I.R.) : modification de l'interprétation de l'ARC 17:10-11
- utilisation originale de l'article 44.1 L.I.R. 17:4-6

RÉSIDENCE PRINCIPALE

Copropriété indivise et exemption pour résidence principale ..... TR Qc, 49:34 Q. 17

Résidence principale, formulaire prescrit ..... TR Qc, 49:46-48 Q. 23

RESPONSABILITÉ

Responsabilité des administrateurs : les affaires *Kastner*, *Tremblay* et *Beauchemin* 45:3-10
Responsabilité des tiers : les arrêts *Dion* et *Addison & Leyer*, et l'affaire *Shirafkan* 45:10-17
Responsabilité personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires, tiers et professionnels : volet civil 42:3-27
Responsabilité personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires et tiers : volet pénal 42:28-47

REVENU PROTÉGÉ

Changements récents visant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cadre d'une transaction de vente d'actions
- conditions d'application du paragraphe 55(2) L.I.R. et effets 18:7-36
- considérations relatives à l'imposition des dividendes 18:46-49
- éléments de planification 18:36-46
- offres publiques d'achat 18:49-54

S

SOCIÉTÉ

Détermination du statut de SPCC : l'affaire *Perfect Fry* et l'affaire *Sedona* 32:15-24
Fractionnement de revenus impliquant les sociétés par actions, voir PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE
Profession libérale constituée en société ..... TR Qc, 49:23-24, Q. 10
Règles d'association, interprétation technique 7:43-46
Sociétés de portefeuille
- impôt en main remboursable au titre de dividendes 9:16-22
- taux d'impôt et intégration 9:3-9
- vente d'une entreprise exploitante, scénarios 9:9-16

Société exploitant une petite entreprise, interprétation technique 7:46-48

SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Apports à un club de placement et système modifié d'imposition des sociétés (de personnes) ..... TR fin., 48:15-17 Q. 5
Répartition du revenu dans une société de personnes
- applications particulières 25:43-62
- caractère raisonnable de la répartition, l'article 103 L.I.R. 25:18-43
- principes généraux 25:4-18

T

TAXE SUR LE CAPITAL

Crédit de taxe sur le capital du Québec – position contradictoire :
interprétations techniques 7:16-17

TAXES À LA CONSOMMATION

Développements récents
divulgations volontaires 39:19-20
exportation, quelques particularités 39:3-11
fiscalité autochtone 39:20-21
importations et crédits de taxe sur les intrants 39:11-16
remboursement de taxe payée par erreur 39:16-19

V

VENTE

Droits de gestion d'une clientèle par un
représentant en valeurs mobilières ..... TR Qc, 49:35-38 Q. 19
TR fin., 48:26-28 Q. 11
Escompte à la vente de comptes clients, traitement fiscal :
interprétation technique 7:29

VÉRIFICATION

Demande d'informations par Revenu Québec dans le cadre
d'une vérification et suivi lorsqu'il n'en découle
aucun changement ..... TR Qc, 49:5-6 Q. 1
Retour des chèques par les institutions financières ..... TR Qc, 49:24-25 Q. 11
Vérification *versus* enquête : l'arrêt *Ellingson* et les affaires
Chahine-Badr et *Millar* 44:10-14

Index par articles de lois et de règlements

Liste des lois et règlements contenus dans cet index :

- Code civil du Bas-Canada
- Code civil du Québec
- Code de procédure civile
- Internal Revenue Code of 1986
- Loi canadienne sur les sociétés par actions
- Loi concernant les droits sur les mutations immobilières
- Loi constitutionnelle de 1867
- Loi d'interprétation (Canada)
- Loi de l'impôt sur le revenu
- Loi sur l'accès à l'information
- Loi sur l'assurance-emploi
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité
- Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec
- Loi sur la taxe d'accise
- Loi sur la taxe de vente du Québec
- Loi sur le ministère du Revenu
- Loi sur le régime de rentes du Québec
- Loi sur les compagnies
- Loi sur les Cours fédérales
- Loi sur les impôts
- Loi sur les valeurs mobilières

- Loi sur l’intérêt
- Règlement de l’impôt sur le revenu
- Règlement sur les impôts

Code civil du Bas-Canada

1787 ..... 30:17

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

7 ..... 32:14-15
43:20
45:26-27
462 ..... 52:89-92
621 ..... 46:32
909 ..... 52:76
910 ..... 52:76
1215 ..... 52:30
1260 ..... 30:18-20
52:12
1261 ..... 52:13
1275 ..... 52:16, 20
1278 ..... 52:25
1282 ..... 7:46
52:22, 54
1283 ..... 52:22
1285 ..... 30:10
52:29, 69
1290 ..... 52:92
1292 ..... 52:23
1294 ..... 52:55, 101
1296 ..... 52:55
1297 ..... 30:20
52:19, 55, 58
1306 ..... 52:26, 28
1307 ..... 52:26
1308 ..... 52:23
1312 ..... 52:27
1315 ..... 52:33, 99
1320 ..... 52:24
1321 ..... 52:24
1323 ..... 52:23
1324 ..... 52:32
1337 ..... 52:28
1373 ..... 19:9
1378 ..... 19:9
1380 ..... 32:6
1400 ..... 32:6
44:7
1402 ..... 44:7
1407 ..... 32:6
1425 ..... 20:7-8, 10, 21, 34

Code civil du Québec (*suite*)

1446..... 46:25
1451..... 19:13
1452..... 19:13
1606..... 32:6
1627..... 5:3
1630..... 5:3
1631..... 5:4-5, 14-15
52:66
1632..... 5:4-5
1633..... 5:4-5
1634..... 5:4
1635..... 5:5
1636..... 5:6, 14
1806..... 52:13
1808..... 46:23
1819..... 46:23, 25, 28
1836..... 46:32
2085..... 20:4, 6-7, 10, 15, 17, 32, 34, 38
2098..... 20:6, 8, 10
2099..... 20:7-8, 10
2186..... 2:12
2188..... 40:16
2203..... 25:6
2279..... 2:12
2367..... 30:17
46:23-24
2379..... 46:23-24
2393..... 46:23
2446..... 46:17
2450..... 46:17
2453..... 34:14
2454..... 34:13
2457..... 30:12, 17-18, 23
2458..... 30:12
2460..... 34:13
2644..... 30:11
2649..... 46:27
2651..... 5:17
2923..... 5:6, 15
2925..... 5:6, 15

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

119..... 45:22

Internal Revenue Code of 1986 et mod.

2010(c) 11:17
2631(c) 11:17
20-2041-1(b)(1) 11:20

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

109(4) 42:15-16
170 ..... 43:33-34

Loi concernant les droits sur les mutations immobilières, L.R.Q., c. D-15.1

1 ..... 40:15
19 ..... 40:15-16
19d) 40:15-16

Loi constitutionnelle de 1867, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3

92(2) 32:41-42

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

8.1 ..... 20:3, 8
30:24
8.2 ..... 30:24

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), 5^{e} supp., c. 1 et mod.

2(2) ..... TR féd., 50:9
3 ..... TR féd., 50:16-17
4(1) 40:5
5 ..... 17:29
37:7
TR féd., 50:82
5(2)b) ..... TR féd., 50:41
5(2)i) ..... TR féd., 50:40
5(3)a) ..... TR féd., 50:40
5(3)b) ..... TR féd., 50:41
6 ..... 17:29
25:61
37:7
TR féd., 50:82
6(1)a) 33:38
6(1)e) 7:22
6(2) 7:22
6(3.1) ..... TR féd., 50:82

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

7 ..... 4:19
18:39
25:61
7(1.31) 3:17
8(1)f) ..... TR fin., 48:28
9(1) 15:6
10(1) 31:15
10(6) 3:17
10(7) 3:17
12 ..... 40:22
12(1)t) 18:21
12(1)x) 7:17
12(9) ..... TR fin., 48:29
12.2 ..... 15:19
12.2(1)a) 15:18
13(7.1) 7:17
13(21.2) 3:17
13(4)a) 3:18
14 ..... 37:4
14(1)b) 7:33
17:30
14(1.01) ..... TR féd., 50:47
14(5) 17:29
TR féd., 50:53, 82
14(6) 3:18
15 ..... 6:6
19:16
TR féd., 50:96
15(1) 6:14
7:12, 15
25:61
33:38, 41
45:19
TR fin., 48:23-24
TR féd., 50:51, 96
15(2) 7:12-13
21:12, 34
TR féd., 50:95
52:42
15(2.6) 21:12, 34
15(9) ..... TR féd., 50:95
15.1 ..... TR féd., 50:76
16(1) 35:38
17 ..... 2:19
17(1) ..... TR féd., 50:95-96
17(2) 2:19

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

17(4) 2:19
17(6) 2:19
17(7) ..... TR féd., 50:96
18 ..... 7:10
18(1)b) 15:4
18(1)h) 15:17
18(1)o.2) ..... TR fin., 48:37
18(1)p) ..... TR féd., 50:84
18(4) 2:20
40:22, 32
18(13) 31:15
18.2 [proposé] 29:5-6, 12, 15-17
18.2(1) [proposé] 29:10
18.2(2) [proposé] 29:5
18.2(3) [proposé] 29:5-6
18.2(4) [proposé] 29:12
18.2(5) [proposé] 29:13
18.2(7) [proposé] 29:12
18.2(8) [proposé] 29:14
20(1)b) 25:47
20(1)c) 7:14, 27-29
15:4-6, 10, 12-13, 15, 17-18, 20-21
17:11
31:13
33:20
TR fin., 48:29
TR féd., 50:38
20(1)d) 15:4-5
33:20
20(1)e) 7:30
17:3, 10-11
21:33
29:5
TR féd., 50:16, 19
20(1)e.2) 46:12
TR fin., 48:10-14
20(1)m) ..... TR féd., 50:79-80
20(1)r) ..... TR fin., 48:37
20(2) 15:6
20(2.2) 15:19
20(3) 7:27
15:15
26:38
31:13
20(24) 3:18
22 ..... 40:22

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

22(1) 3:18
28(1) 3:18
29(1) 3:18
34 ..... 3:18
37(1) 2:21
41:12
TR féd., 50:19
37(1)d) ..... TR féd., 50:78
37(1)h) ..... TR féd., 50:78
37(8)a) 51:29
37(8)d) 51:29
37.1 ..... 18:21
39(1) 7:20, 35-36
TR fin., 48:31-32
39(2) 7:19-21, 35-36
TR fin., 48:30-32
39(4) 3:18
40 ..... 7:20
40(1) 7:35
TR fin., 48:31-32
40(2)g) 7:17
TR féd., 50:35
40(3) 40:18, 30
40(3.1) 40:18
40(3.3) 12:4
40(3.4) 12:4, 14
40(3.5) 12:4
40(3.6) 3:18
12:14
40(3.12) 3:18
44(1) 3:18
44(6) 3:19
44.1 ..... 7:38-39
17:3-6
44.1(1) « disposition admissible » 7:39
17:5
44.1(12) 7:40-41
17:4, 6
45(2) 3:19
51 ..... 4:13-14
12:4, 17
18:24
19:23
52:44, 87
51(1) 3:38

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

51(2) 25:61
52:42
52(3) 3:14
52(3)a) 3:10, 12, 45
17:3, 18-19
18:37-39
52(3)a) [proposé] 17:22
18:38-39, 41
53 ..... 40:17, 29-30
53(1) 3:11
40:18
53(1)a) 40:30
53(1)b) 3:11, 13
12:3-4
17:3, 18-22
18:37-39
53(1)b) [proposé] 17:19-22
18:40-41
53(1)c) 25:9
53(1)e) 25:50
40:17-18
53(2) 40:18
53(2)c) 25:9-10, 14, 50
40:17
53(2)h) 40:29
54 « produit de disposition » 12:13
54(1) « immobilisation » ..... TR fin., 48:27
54.1 ..... 3:19
55 ..... 18:21, 33
TR féd., 50:20-21, 23
55(1) « moment de détermination du revenu protégé » ..... TR féd., 50:17
55(2) 1:18-19
3:26, 35, 41
7:50
16:21, 32
17:6, 19
18:4, 6-10, 14-27, 33, 36-37, 42-46
43:9
TR Qc, 49:7
TR féd., 50:7, 15, 18-19, 21-24
55(2)c) 18:22
55(3) 18:44
55(3)a) 7:50
18:20, 32-35

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

55(3)b)..... 16:32
18:32, 35-36, 44
55(5)..... TR féd., 50:16, 18
55(5)b)..... 16:20
18:20
55(5)c)..... 16:20
18:20-22
55(5)d)..... 18:20, 22, 30
55(5)e)..... 18:22, 33
55(5)f)..... 1:18
3:19, 24-26
16:21
17:21
18:42-43
TR Qc, 49:7, 17-18
TR féd., 50:21
56(1)j)..... 33:9, 26-27, 35-36
56(1)x)..... TR fin., 48:36
56(2)..... 6:10-15
7:11
38:9-10
TR féd., 50:96
56(4)..... 7:11
38:9
56(4.1)..... 6:19
25:28
30:11
52:48
56.1(2)a)..... 3:19
56.1(4)..... 3:19
56.1(4) « date d'exécution »..... 44:3
56.1(4) « pension alimentaire »..... 44:4
56.4 [proposé]..... 17:28-31
37:12, 20-21
TR féd., 50:81-82
56.4(1) [proposé]..... 37:6
TR féd., 50:52-54, 81
56.4(2) [proposé]..... 37:5, 7, 10
TR féd., 50:53-54, 82
56.4(3) [proposé]..... 17:29-31
37:6-9, 12
TR féd., 50:53, 81
56.4(3)a) [proposé]..... 37:7
56.4(3)b) [proposé]..... 37:7, 14-16
56.4(3)c)..... 37:8-9
56.4(4)..... TR féd., 50:82

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

56.4(5) [proposé] 37:12, 20
TR féd., 50:53
56.4(6) [proposé] 37:12
56.4(7) [proposé] 37:13-16
TR féd., 50:53
56.4(8) [proposé] 37:17-18, 20
TR féd., 50:53
56.4(9) [proposé] 37:16, 20
56.4(12) ..... TR féd., 50:54
59.1a) 3:19
60.1(2) 3:19
66(13.1) 21:33
66.4(6) 25:39
66.7(10) 3:19
67 ..... 1:14
6:8
7:11
25:12, 27
38:4-5, 8
68 ..... 3:44
17:30
TR féd., 50:53
68 [proposé] 37:5, 7-8, 11-12, 16-20
68c) [proposé] ..... TR féd., 50:53, 82
69 ..... 1:14
19:3, 5, 24
23:28
69(1)b) 6:14
19:7
69(11) 25:45
70(5) 10:21
22:43
23:6, 17
70(5.3) 23:6, 17, 22, 27
33:32
70(6) 1:14
10:21
22:43
46:6-7
52:75, 79
70(6)b) 46:6
70(6.2) 1:15
72(2) 3:19
73(1) 15:14
31:13
73(1.01) 52:54

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

73(1.01)c) 7:45
74.1 ..... 7:11
25:28
74.1(1) 6:19
15:15
30:11
31:13
52:48
74.1(2) 25:28
74.1(3) 6:19
30:11
52:48
74.2(3) 3:19
74.3 ..... 25:28
74.4 ..... 6:27-33
7:11
25:58, 61
52:96
74.4(2) ..... TR féd., 50:29, 31-33
52:31
74.4(4) 6:31-32
22:25
TR féd., 50:31
52:31
74.4(4)a) ..... TR féd., 50:30
74.4(4)c) ..... TR féd., 50:30
74.5(3) 3:19
74.5(5) 6:28
75(2) 6:15-27
7:51-53
10:10
22:8
30:3-11
42:20
TR féd., 50:33-34
52:15, 18-19, 21, 23, 47-48, 58, 86, 99
75(2)a) 6:20, 23
30:5, 9
75(2)b) 30:9
75(3) 6:16
75(3)c.2) [proposé] 6:17
78(4) 21:12
80(4) 7:31
80(4)b) 7:31
80(13) 7:31
80.01(4) 3:20

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

80.1c) 3:19
80.1f) 3:19
80.1(2) 3:19
80.1(4)a) 3:20
80.1(4)f) 3:20
80.1(5)a) 3:20
80.1(6) 3:20
80.1(9) 3:19
80.3(5) 3:20
80.4 ..... TR féd., 50:95
80.4(2) 7:13-14
TR féd., 50:95-96
81(5) 3:20
83(2) 7:33-35
12:14, 27
TR Qc, 49:18
83(2.1) 7:33
83(2.2) 7:33
84 ..... 18:10
84(1) 3:11, 44
16:28
17:2
18:37, 40
84(2) 17:13-14, 16
31:7
TR féd., 50:45-46, 48
84(3) 3:45
12:13
18:4, 8, 10, 14-15, 18, 37, 42
23:8, 17
31:12
TR féd., 50:21, 48
84(4) 3:44
84(7) 7:34
84.1 ..... 1:28
7:35, 42
17:14
18:26, 29
TR féd., 50:23-26, 28-29
84.1(1) ..... TR féd., 50:29
84.1(1)b) 7:34
17:13
31:7
TR féd., 50:28
84.1(2.1) 3:20

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

85 ..... 1:13, 27
3:29
4:13-14
7:20
12:17, 26
17:6
18:24, 35
19:23
52:41, 44-45
85(1) 2:7
3:6-7, 25, 29, 38-39, 45
7:39, 41
17:5
18:26, 40
40:13
TR féd., 50:51, 63
85(1)e.2) ..... TR féd., 50:52
52:42
85(1.1) 2:7
85(1.1)a) 2:7
85(2) 40:13
85(7.1) ..... TR féd., 50:52
85(8) ..... TR féd., 50:51
85.1 ..... 4:13-14
12:4-5
18:24
27:4
TR féd., 50:20-21
85.1(1)b) ..... TR féd., 50:22-23
86 ..... 3:38
4:13-14
7:20
12:4, 17
18:24
19:23
52:44-45
86(2) 25:61
52:42
87 ..... 4:13-14
12:4, 17
33:44
TR féd., 50:14
87(1) 21:29
TR féd., 50:90
87(2) 21:29

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

87(2)a) ..... TR Qc, 49:7
TR féd., 50:90
87(2)ii) ..... TR féd., 50:90
87(2)z.1) 7:33
87(3)a) 31:12
88 ..... 4:13-14
16:22
TR féd., 50:14
88(1) 7:33, 49
33:44
TR féd., 50:57-59
88(1)c) 7:48
TR féd., 50:54-58
88(1)c.3) ..... TR féd., 50:55-58
88(1)d) 3:20
7:48
12:10
18:51
TR féd., 50:54-59
88(1)d.2) 7:48
88(1)d.3) 7:48
88(1)e.2) 7:33
88(1.7) ..... TR féd., 50:55-56, 59
88(2) 3:26
12:10
21:25
88(2)a) 21:25
88(3) 3:20
89 ..... 16:14, 29
TR féd., 50:14-15
89(1) 7:34
89(1) « compte de dividendes en capital » 3:12-13
12:4
17:18
TR fin., 48:22
89(1) « compte de dividendes en capital », al. c.2) 7:33
89(1) « compte de dividendes en capital », al. d) 23:6, 16, 21
89(1) « compte de dividendes en capital » [proposé] 17:21
89(1) « compte de revenu à taux général » 16:6, 9
TR fin., 48:17
TR féd., 50:9-10
89(1) « désignation excessive », al. c) 16:33
89(1) « dividende déterminé » 16:4, 23, 30
18:48
TR féd., 50:12
89(1) « société publique » 17:23

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

89(1)a) 7:31-33
89(3) 3:20
89(4) 16:12, 15
21:27
89(5) 16:15
TR Qc, 49:6
89(6) 16:14-15
89(7) 16:7, 21, 23-26
TR féd., 50:5-10, 13-15
89(7)a) 16:25
89(7)b) 16:25
89(7)c) 16:24-25
TR féd., 50:5-7, 13, 15
89(8) 16:11, 15, 27, 33
21:27
89(9) 16:14
TR Qc, 49:6
89(9)b) 16:15
89(10) 16:14
89(10)b) 16:15
89(11) 16:13, 26-29, 33-34
21:26
89(12) 16:13
89(13) 16:13
89(14) 16:18
18:49
TR fin., 48:17
TR Qc, 49:7-8
91(1)b) 21:9
91(5) 29:12
91(5.1) [proposé] 29:12
93(1) 3:20
18:30
93(1.2) 3:20
94 ..... 30:27
94(1) [proposé] 11:14-16
94(2)n) 11:16
94(3) [proposé] 11:13-15
94.4 ..... 30:27
95(2)a) 29:4, 10-11,18
95(2)g) 29:19
95(2)l) 29:15
96(1) 2:17
21:9
25:4, 7, 9, 11, 17, 28, 33, 35, 47, 52
40:5, 18-19

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

96(1)a) 25:4-5, 10
96(1)c) 25:4
96(1)e) 25:5, 10
96(1)f) 25:4-5, 7, 10-12, 28, 39, 44, 47-48
26:15
40:5
96(1)g) 2:21
25:4-5, 7, 10-12, 44, 48
96(1.01) [proposé] 25:8-9
96(1.01)a) [proposé] 40:18
96(1.01)b) [proposé] 40:18
96(1.8) 25:28
96(1.11) 26:11
96(2.1) 40:10
96(2.2) 2:25
96(2.2)d) 19:20
96(2.3) 2:25
96(2.4) 2:24
96(2.7) 2:25
97 ..... 19:23
97(2) 2:7, 21
25:6, 43, 45
40:8, 13, 21, 38
TR fin., 48:16
98(1) 40:21
98(2) 25:34-35, 39
98(3) 2:21
40:21
98(5) 2:21
40:13
99(1) 3:20
101(1) 25:20
102 ..... 40:21
103 ..... 25:3, 6-7, 9-12, 18, 24, 30-31,
33, 35, 43-51, 59-63
103(1) 2:21
7:11
25:17-24, 26, 29, 31, 34,
36-37, 44-45, 51, 59, 62
40:8, 12
103(1.1) 2:22
25:20, 25-28, 39, 41-42, 45, 61-62
40:12
104(1.1) 52:23, 54

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

104(2) 40:24-25
TR féd., 50:40
52:19
104(4) 33:32
40:29
52:10, 101
104(4)a) 52:80
104(6) 6:20-21, 32
25:5
26:11, 30
30:5-6
40:26
52:83, 85
104(6)b) 26:29, 30-33
104(12) 6:32
104(13) 25:5
26:22
40:26
52:85, 97
104(13.1) 40:26-27
52:72-74
104(13.2) 40:26-27
52:72-74
104(14) 26:22
104(14.1) 3:21
104(16) 26:30, 32
104(18) 52:97
105 ..... 26:22
46:7
52:57
106(2) ..... TR fin., 48:8
107(2) 40:29
52:101
107(2.001) 3:21
107(2.002) 3:21
107(2.01) 3:21
107(2.1) 2:29
107(2.11) 3:21
107(4) 52:34, 58
107(4.1) 6:27
52:58
107.3(1)a) ..... TR féd., 50:80
107.4(3) 3:21
108(1) « fiducie » ..... TR fin., 48:8
108(1) « fiducie testamentaire » 21:14
52:67-68, 70

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

108(3) 52:76
108(5)a) 25:28
26:22
40:24
110(1)d) 4:19
7:51
TR fin., 48:18, 20-21
TR Qc, 49:30
110.1(3) 3:21
110.1(4) 25:9
110.6 ..... 17:6
18:27, 40
31:8
110.6(2) 2:7
3:21
110.6(2.1) 3:21
110.6(8) 3:7
110.6(9) 3:7
110.6(14)b) 17:7-8
TR féd., 50:43-44
110.6(14)f) 2:7
111(1) ..... TR féd., 50:9
111(1)b) 52:80
111(1)e) 40:10
111(4)a) 3:21
112 ..... 6:23
112(1) 3:12-14
6:21-22
12:4
16:23
17:19-20
18:8-10, 37-40
30:6, 8
TR féd., 50:5-7, 77
112(2) 18:8, 10
112(2.1) 18:10
112(2.4) 18:10
112(3) 1:8, 22
23:26
TR fin., 48:17
112(3.2) 1:9
12:14-16, 26-27
112(7) 12:26
113 ..... 18:9
113(1)a) 18:30, 32
113(1)b) 18:30, 32

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

116 ..... 2:22
40:19, 30, 40
118 ..... 2:27
118.1(6) 3:21
11:12
118.1(7) 3:21
118.1(8) 25:9
120.4 ..... 6:5-7, 9, 14
7:11
38:13
120.4(1) « particulier déterminé » 6:5
120.4(1) « revenu fractionné » 6:6
122 ..... 26:30
122(1) 2:27
122(1)b) 26:18
122(3) 26:30
122(3) « montant de distribution imposable » 26:31
122.1(1) « fiducie intermédiaire de placement déterminée » 26:12
122.1(1) « gains hors portefeuille » 26:29
122.1(1) « marché public » 26:25
122.1(1) « placement » 26:16
122.1(1) « titre » 26:17
122.1(2) 26:36
123.3 ..... TR féd., 50:77
123.4 ..... TR féd., 50:76
123.4(1) ..... TR féd., 50:77
123.4(1) « revenu imposable au taux complet » ..... TR féd., 50:5-6, 9
123.4(2) ..... TR féd., 50:76-77
124(1) 40:22
125 ..... TR féd., 50:76
125(1) 17:7
21:32
TR féd., 50:76-77
125(2) 3:21
125(3) 3:27-28
125(4) 3:27-28
125(7) « entreprise de prestation de services personnels » ..... TR féd., 50:81, 83
125(7) « entreprise de prestation de services personnels », al. c) ..... TR féd., 50:83
125(7) « revenu de la société pour l'année provenant d'une entreprise exploitée activement » ..... TR féd., 50:80
125(7) « société privée sous contrôle canadien » 16:13
17:23
32:16, 18, 22-23
125.1 ..... TR féd., 50:75

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

126(1) ..... TR Qc, 49:42
127 ..... TR féd., 50:76
127(8.1) 2:25
127(9) « dépense admissible » ..... TR féd., 50:78
127(10.1) 32:16
127(10.6) 21:31
127(10.6)b) 21:31
127(18) ..... TR féd., 50:78
127(20) ..... TR féd., 50:78
127.1 ..... 32:19
127.1(1) 32:16, 18-19
128.1(4) 3:21
128.1(6) 3:21
128.1(7) 3:22
128.1(8) 3:22
129 ..... TR féd., 50:50
129(1) ..... TR féd., 50:50
129(3) ..... TR féd., 50:79
129(4) « revenu » ..... TR féd., 50:80
129(4) « revenu de placement total » 40:24-25
129(4) « revenu », al. b) 40:25
131(1) 26:30
132(6)b) 26:7
132(6.1) 3:22
132.11(1) 3:22
135(3) 42:16-18
135.1(7) 42:17-18
136(2) ..... TR féd., 50:77
137(5.1) 3:22
138(4.5)a) 3:22
138(6) 18:8, 10
138(12) « police d'assurance-vie » 15:17
138.1(1) 15:19
TR fin., 48:34
138.1(4) 3:22
142.2(1) « institution financière » 18:52
142.6(1) 18:52
143(2) 3:22
143(3.1) 3:22
143.3 [proposé] 17:18
18:39
144(8.1)a) 3:22
144(10) 3:22
146.1(1) « souscripteur » ..... TR fin., 48:9
146.1(1) « fiducie », al. d) ..... TR fin., 48:8-9
146.1(2) ..... TR fin., 48:9

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

146.1(2)a) ..... TR fin., 48:9
146.1(2)d.1) ..... TR fin., 48:9
146.1(12.1) ..... TR fin., 48:9
146.1(12.2) ..... TR fin., 48:9
148 ..... 23:16
33:9, 11, 21
TR fin., 48:6
148(1) 33:9, 24-25
TR fin., 48:6-7
148(2)a) 33:15, 29
148(7) 33:15, 24, 26, 28, 34, 36-45
46:13
TR fin., 48:7
148(8) 33:24
148(9) « coût de base rajusté » 23:13
148(9) « disposition » 33:10-11, 14, 16, 25
148(9) « disposition », al. j) 23:23
148(9) « produit de disposition » ..... TR fin., 48:7
148(9) « valeur » 33:16
TR fin., 48:6-7
149 ..... 42:17
149.1(7) 3:22
150 ..... 42:21
150(1) 42:20
150(1)c) 42:20
21:12
150(1.1) 42:20
150(1.1)b) 42:20
150(3) 42:21
152 ..... 32:32
TR féd., 50:76
152(1) ..... TR féd., 50:91-92
152(1.2) 32:17
152(4) 19:25
152(4)a) 42:26
153 ..... 42:4
153(1) 42:4, 16-18
153(1)p) ..... TR fin., 48:37
157 ..... TR féd., 50:76
159 ..... 5:21
42:22
159(3) 42:23
160 ..... 5:19
20:17
32:15, 30-32, 35, 38
45:14-17

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

160(1.2) 6:7
160.2(2) 46:28
161(7)a) ..... TR féd., 50:10
161.1(1) « intérêts débiteurs » ..... TR féd., 50:87
162(1) 42:21
162(2) 42:21
162(3) 42:21
162(7) 42:21
TR féd., 50:85
163(2) 45:17, 19, 21
163(3) 42:24
163.2 ..... 42:23, 25
163.2(2) 42:23
163.2(4) 42:23, 26-27
164(1) 32:18
164(1)b) 32:17-19
164(4.1) 32:19
164(6) 1:7-8, 16
12:12-24
22:40
23:8
52:80
164(6)c) 3:22
169(1)b) 32:35
171(1) 32:17
184.3 ..... 7:32
185.2(3) 16:16
186(1) ..... TR féd., 50:77
186(3) « société assujettie » ..... TR féd., 50:77
186(4) 21:20
186(6) 2:18
191(4) ..... TR féd., 50:48-49
191(4)d) ..... TR féd., 50:48-49
197 ..... 26:11
198(1) 42:18
198(3) 42:19
204 « placement admissible » ..... TR féd., 50:79
207.6(2) ..... TR fin., 48:35-36
210.2(6) 42:19
211.8(2) 42:17-18
212(1)a) 38:3
212(1)b) 29:19
212(1)b) [proposé] 29:19
212(2) 31:11
TR féd., 50:96
212(13.1)b) 40:21

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

214(3)a) ..... TR féd., 50:96
215 ..... 42:16-18
215(1) ..... TR féd., 50:93
215(6) 31:11
216 ..... 52:87
216(1) 40:22
216.1(1) 42:17
220(3.1) ..... TR féd., 50:85-86
220(3.2) 18:43
222 ..... 42:14
223 ..... 44:13
223(2) 5:18
224(1) 5:18
227 ..... 31:11
42:16
227(1) 42:14
227(5) 42:18
227(8) 31:12
227.1 ..... 5:22
42:11-12, 14
227.1(1) 2:34
42:12
227.1(3) 42:12
227.1(4) 42:13
231.1 ..... 44:12
231.1(1) 43:17-19
231.2 ..... 42:29, 32
44:12
231.2(1) 43:18-19
44:10
231.6 ..... 43:19
231.6(3) 43:6
232 ..... 43:24
237.1(1) « abri fiscal » 32:8
237.1(1) « promoteur » 32:10
237.1(6) 32:10
238 ..... 42:28-29, 45
238(1) 42:36
239 ..... 42:24, 28, 30, 45
239(1) 42:29-30
239(1)e) 42:45
239(2) 42:45-46
242 ..... 2:34
42:37, 41, 43-44
244(4) 42:47

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

245 ..... 18:10
25:24
27:3
31:11-12
43:9
245(1) « opération » 16:17, 29
245(2) 6:22
18:44
21:29
30:8
38:10
TR féd., 50:28-29, 93
245(3) 25:21, 37
27:10
31:5, 12, 15-17
245(4) 15:14
17:16
25:33
31:13-14
TR féd., 50:28
246(1) 7:11
247 ..... 38:4
TR féd., 50:93
248(1) « actionnaire déterminé » ..... TR féd., 50:31-32
248(1) « activités de recherche scientifique et de développement expérimental » 41:11
248(1) « associé déterminé » 25:28
248(1) « bien » ..... TR fin., 48:27
248(1) « bien canadien immeuble, réel ou minier » 26:13, 28
248(1) « bien canadien imposable » 40:40
248(1) « capital versé » 27:10
248(1) « conséquence fiscale future déterminée » ..... TR féd., 50:10, 14-15
248(1) « disposition » 3:18
33:11
46:13
TR fin., 48:25
52:34
248(1) « dividende » 3:9
248(1) « dividende en actions » 18:38
248(1) « exercice » 21:25
248(1) « facteur fiscal provincial » 26:31
248(1) « fiducie d'employés » 3:17
248(1) « fiducie pour l'environnement admissible » 3:17
TR féd., 50:79-80
248(1) « montant » 3:9-10

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

248(1) « personne » 2:33
TR féd., 50:40
248(1) « registre » 43:7
248(1) « rente » 15:18
248(1) « représentant légal » 42:22
248(1) « revenu imposable » ..... TR féd., 50:9
248(1) « société exploitant une petite entreprise » 6:28
7:46-47
TR féd., 50:29
248(1) « société privée sous contrôle canadien » 17:10
248(1) « taux net d'imposition du revenu des sociétés » 26:31
248(3) 30:3, 24-25
248(3) [proposé] 30:25
248(3)a) 30:24-25
248(3)a) [proposé] 30:25
248(3)b) 30:24-25
248(3)b) [proposé] 30:25, 28
248(3)c) 30:24-25
248(3)c) [proposé] 30:25-28
248(3)d) 30:24-25, 28
248(9.1) 21:14
52:67
248(10) 18:11, 13
31:12
248(25) ..... TR féd., 50:40
248(25)b) ..... TR féd., 50:40
248(25.1) 52:34
248(30) [proposé] 13:8
248(30)a) [proposé] 13:11, 14
248(31) [proposé] 13:11
TR fin., 48:7-9
248(41) [proposé] 13:8
249 ..... 21:5
249(1) 40:24
249(1)c) 21:14
249(3) 21:10-12
249(3.1) 17:3, 6-8
21:26
249(3.1)a) ..... TR féd., 50:90
249(4) 17:7
21:26
249(4)a) ..... TR féd., 50:90
249(4)c) ..... TR féd., 50:90
249(4)d) 3:17
249(5) 21:8
249(6) [proposé] 52:81

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

249.1(1) 21:7, 9
249.1(1)b) 21:9
249.1(4) 3:17
249.1(6) 3:17
249.1(7) 21:21, 29
251 ..... 19:4
TR féd., 50:40
251(1) ..... TR féd., 50:51
251(1)a) 33:29
TR féd., 50:29
251(1)b) ..... TR féd., 50:40
251(1)c) ..... TR féd., 50:28, 40
251(2)b) ..... TR féd., 50:28, 40
251(5)b) 2:41-42
16:34
17:7, 23-27
32:22-23
TR fin., 48:20, 22
256 ..... 7:44
256(1) 7:43
256(1.2)f) 7:45-46
256(1.4) 17:25
TR féd., 50:41-42
256(1.4)a) 17:27
256(2) 3:27-28
256(2.1) 7:11
256(5.1) 2:41
7:11
17:10
256(6.1) 32:18, 21, 23
256(7)b) ..... TR féd., 50:90
256(9) 3:17
17:8-10
21:24
TR fin., 48:20
261 [proposé] 29:19

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), c. A-1

16(1) 43:29
18(1)d) 43:29
21(1)a) 43:29
21(1)b) 43:29

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, c. 23

5(2)b)..... TR féd., 50:36
5(2)i) ..... TR féd., 50:36
83..... 42:11

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

3(2)..... 5:13
3(3)..... 5:14
4 ..... 5:11, 14
4(3)e)..... 5:13
4(3)f) 5:13
4(3)g)..... 5:13
38..... 5:6, 14-15
43..... 5:5
49..... 5:5
50.4..... 45:3
72..... 5:15
91..... 5:6
52:66
91(1)..... 5:7-8
91(2)..... 5:7-8
91(3)..... 5:8
95..... 5:6, 9, 11-12, 14-15
95(1)..... 5:9
95(2)..... 5:10
96..... 5:6, 9, 11-12, 15
100..... 5:6, 12, 14-15
100(3)..... 5:14
101.1..... 5:14

Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec, L.R.Q., c. R-5

33..... 32:46
TR Qc, 49:54
33.2..... 32:43-44, 46
34..... 32:43-44, 46

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

165..... 39:17
169(2)..... 39:16
178.8..... 39:13, 15
178.8(2)..... 39:13
178.8(3)..... 39:14-15
178.8(4)c)..... 39:14
178.8(4)d)..... 39:14

Loi sur la taxe d'accise (*suite*)

180 ..... 39:13, 16
212 ..... 39:12, 17
217 ..... 39:17
228(2) 2:36
42:5
228(2.3) 2:36
228(3) 2:36
42:5
230.1 ..... 2:36
42:6
261 ..... 39:17
261(1) 39:16
267.1 ..... 42:21
267.1(2) 42:22
267.1(3) 42:22
267.1(5) 42:21
270 ..... 42:22
272.1 ..... 25:56
272.1(1) 25:55-56
272.1(3) 25:55-57
285.1 ..... 42:23, 25
285.1(6) 42:24
296(2.1) 39:18
323.5 ..... 42:13
325 ..... 45:14
326 ..... 42:45-46
327 ..... 42:24, 45
327e) 42:46
327(1) 42:46
327(2) 42:45
329 ..... 42:46
330 ..... 42:46

Loi sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

178.8 ..... 39:11
180 ..... 39:11
212 ..... 39:12
324.8 ..... 42:21
350.23.7 ..... 39:11
427.3 ..... 39:11
468 ..... 42:46

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., c. M-31 et mod.

13..... 5:18
14..... 5:21
14.4..... 5:19
45:11-12
15..... 5:18
20..... 45:5
24..... 2:35
24.0.1..... 2:35
5:22
24.0.2..... 5:22
45:4, 6
33..... 45:25
34..... 42:34
34.1..... 42:34
34.2..... 42:35
35..... 42:36
35.5..... 42:36
38..... 32:14
39..... 32:14
42:29, 32-34
39.2..... 32:12
45:25-26
60..... 42:29-36
60.2..... 42:35
61..... 42:29
61.0.1..... 42:36
61.0.0.1..... 42:35-36
61.1..... 42:30, 36-37
61.2..... 42:37
62..... 42:29-30, 36
62.0.1..... 42:30
68..... 42:37-41, 44
68.0.1..... 42:44-45
93.1.10..... 45:22
93.1.17..... 45:22

Loi sur le régime de rentes du Québec, L.R.Q., c. R-9 et mod.

50..... TR Qc, 49:54
50.0.1..... TR Qc, 49:60

Loi sur les compagnies, L.R.Q., c. C-38

66..... 52:47

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), c. F-7 et mod.

18.5 ..... 32:31-32

Loi sur les impôts, L.R.Q., c. I-3 et mod.

6.2 ..... 3:17
7.0.3 ..... 3:17
7.0.5 ..... 3:17
12 ..... 7:36
21.4.2 ..... 3:17
21.40 ..... 3:17
21.19 ..... TR Qc, 49:54
22 ..... 7:36-37
25 ..... 32:40-42
34 ..... 32:44
37 ..... 32:46
TR Qc, 49:37
47.7 ..... 3:17
48 ..... 32:45
49 ..... 32:45-46
49.2.3 ..... 3:17
62 3)a) ..... TR Qc, 49:37
64 ..... TR Qc, 49:37
80 ..... 40:36
85.5 ..... 3:17
85.6 ..... 3:17
87 ..... 32:40
93.3.1 ..... 3:17
96 ..... 3:18
99c) ..... TR Qc, 49:16
110.1 ..... 3:18
111 ..... 7:12-13
TR Qc, 49:49
113 ..... 7:12-13
157.10 ..... 3:18
160 ..... TR Qc, 49:58
184 ..... 3:18
190 ..... 3:18
194 ..... 3:18, 23
199 ..... 3:18, 23
215 ..... 3:18
231 ..... 32:46
231.2 ..... TR Qc, 49:32
238.3.1 ..... 3:18
240 ..... 7:14-15
248 ..... 3:18
250.1 ..... 3:18

Loi sur les impôts (*suite*)

261.2 ..... 3:18
262 ..... TR Qc, 49:14
271 ..... TR Qc, 49:48
274 ..... TR Qc, 49:47-48
279 ..... 3:18
280.3 ..... 3:19
282 ..... TR Qc, 49:16
284 ..... 3:19
286.1 ..... 3:19
299 ..... 32:46-48
308.1 ..... TR Qc, 49:7-8
308.6 ..... 3:19
TR Qc, 49:7-9
308.6f) 3:24-26
18:43
TR Qc, 49:17-18
312.3 ..... 3:19
313.0.1 ..... 3:19
313.10 ..... TR Qc, 49:58
314 ..... TR Qc, 49:37
333.1 ..... 3:19
336.1 ..... 3:19
336.5 ..... 2:25
TR Qc, 49:50-52
336.6 ..... TR Qc, 49:58
336.7 ..... 2:25
413 ..... 21:33
418.26 ..... 3:19
422 ..... TR Qc, 49:48
453 ..... 3:19
462.5 ..... 3:19
462.6.1 ..... 3:19
462.16 ..... 3:19
470 ..... 3:19
471 ..... 3:19
475 ..... 3:19
477 ..... 3:20
478 ..... 3:20
479 ..... 3:20
485.21 ..... 3:20
487.0.2 ..... 3:23
487.0.3 ..... 3:20
487.3 ..... 7:13
496 ..... 3:20
500 ..... 3:20
502 ..... TR Qc, 49:18

Loi sur les impôts (*suite*)

517.4.5 ..... 3:20
518 ..... 3:6-7, 25, 29, 39, 45
521.2 ..... 3:30
522 ..... 3:32
522 (1er al.) 3:31
522 (3e al.) 3:31
522 (4e al.) 3:30
549 ..... TR Qc, 49:7, 9
560 ..... 3:20
569 ..... 3:20
589 ..... 3:20
589.2 ..... 3:20
600 ..... 32:40
601 ..... 3:20
608 ..... 32:40-41
609 ..... 32:40-41
612.1 ..... 32:40-42
660.1 ..... 3:21, 23
688.0.0.1 ..... 3:21
688.0.0.2 ..... 3:21
688.0.1 ..... 3:21
688.1.1 ..... 3:21
692.8 ..... 3:21
716 ..... 3:21
725d) 20:28
725.2 ..... TR Qc, 49:32, 53-54
725.2.2 ..... TR Qc, 49:31-32
726.6.1 ..... TR Qc, 49:35
726.7 ..... 3:21, 23
TR Qc, 49:51
726.7.1 ..... 3:21
726.7.2 ..... 3:21
736 ..... 3:21
737.0.1 ..... TR Qc, 49:58
738 ..... TR Qc, 49:54
752.0.7.4 ..... TR Qc, 49:11
752.0.10.12 ..... 3:21
752.0.10.13 ..... 3:21
771 ..... 7:37
771.0.2.3 ..... TR Qc, 49:54
771.0.2.4 ..... TR Qc, 49:54
771.2.1.3 ..... 3:27-28
771.2.1.6 ..... 3:28
772.2 ..... TR Qc, 49:39
772.6 ..... TR Qc, 49:41-42
785.2 ..... 3:21

Loi sur les impôts (*suite*)

785.2.2 ..... 3:21
785.2.3 ..... 3:22
785.2.4 ..... 3:22
803.1 ..... 3:22
844.3 ..... 3:22
844.4 ..... 3:22
851.20 ..... 3:22
851.28 ..... 3:22
851.33 ..... 3:22
853 ..... 3:22
865 ..... 3:22
985.3 ..... 3:22
1005 ..... TR Qc, 49:28
1015 ..... 42:4
TR Qc, 49:53
1017 ..... TR Qc, 49:46
1029.8.61.61 ..... TR Qc, 49:50
1029.8.61.64 ..... TR Qc, 49:50
1034.1 2) 46:28
1038 ..... TR Qc, 49:44
1051 ..... TR Qc, 49:28
1054 ..... 3:22
1088 ..... 32:41
1094 ..... 40:20, 41
1098 ..... 2:22
1120.0.1 ..... 3:22
1121.7 ..... 3:22
1129.29 ..... 2:35
1129.32 ..... 2:34
1130 ..... TR Qc, 49:49
1135.1 ..... 7:16
1137b) ..... TR Qc, 49:49

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q., c. V-1.1.

5 ..... 22:23

Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), c. I-15.

10(1) 40:33
10(2) 40:33

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

201(5) 33:24
204 ..... 42:20-21

Règlement de l'impôt sur le revenu (*suite*)

217(2) 33:24
1100(3) 21:10
1100(11) 40:7, 11, 25
2900(2)c) 51:16
3501 ..... TR fin., 48:6
4301c) 6:27
6204(1) ..... TR fin., 48:18, 20-21
6204(1)a) 7:50
6204(1)b) ..... TR fin., 48:19-21
6204(1)c) ..... TR fin., 48:19-21
6204(3) ..... TR fin., 48:20
6204(4) ..... TR fin., 48:20-21
6205(2)a) 10:19
7000(1)d) ..... TR fin., 48:28
7000(2)d) ..... TR fin., 48:28
7307 ..... TR féd., 50:76

Règlement sur les impôts, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

230R1 ..... 41:17
230R1c) 41:17
771R3.2 ..... 7:38
771R34 ..... 7:37
771R35 ..... 7:37
1015R1 ..... TR Qc, 49:53
1015R2 ..... TR Qc, 49:53
1029.8.1R0.1 ..... 41:14
1029.8.1R0.3 ..... 41:14

Table de la jurisprudence

2553-1914 Québec inc. (Syndic de),
J.E. 96-148 (C.S.) 5:8

671122 Ontario Ltd. c. *Sagaz Industries Canada Inc.*,
[2001] 2 R.C.S. 983 ..... 20:6, 10-14, 32

729658 Alberta Limited c. *La Reine*,
[2004] 4 C.T.C. 2261 (C.C.I.) 18:25, 27-29

9041-6868 Québec inc. c. *MRN*,
[2005] C.A.F. 334 ..... 20:8, 11

97980 Canada inc. c. *SMRQ*,
[2005] J.Q. n° 995 (C.A.)
[2001] J.Q. n° 7882 (C.Q.) 20:31

Aboriginal Federated Alliance Inc. c. *La Reine*,
2004 D.T.C. 2701 (C.C.I.) 42:14

Adams c. *La Reine*,
98 D.T.C. 6232 (C.A.F.) 25:15

Addison & Leyen Ltd. c. *La Reine*,
[2007] C.S.C. 33 ..... 32:30
[2006] C.A.F. 107 ..... 32:31, 34

AGT Limited c. *P.G. du Canada*,
96 D.T.C. 6388 (C.F.);
confirmé par 97 D.T.C. 5189 (C.A.F.) 43:14-16

Alcatel Canada Inc. c. *La Reine*,
[2005] 2 C.T.C. 2001 (C.C.I.) 18:39

Ambulances 2000 inc. c. *Vézeau*,
C.S. Iberville, n° 755-17-000670-060, 6 décembre 2006 ..... 32:5

Anchor Pointe Energy Ltd. c. *La Reine*,
[2007] C.A.F. 188 ..... 32:25
2003 D.T.C. 2071 (C.A.F.) 32:26

Anchor Pointe Energy Ltd. c. *La Reine*,
[2006] 4 C.T.C. 2353 (C.C.I.) 32:25
2002 D.T.C. 2071 (C.C.I.)..... 32:26

Anderson Logging Co. c. *British Columbia*,
[1925] R.C.S. 45, 50..... 32:25

Archbold c. *Canada*,
[1995] 1 C.T.C. 2872 (C.C.I.) (procédure informelle) 25:11, 14, 27, 41

Auray-Blais c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 1600 (C.C.I.) (procédure informelle)..... 25:14

Avrom A. Silver v. *Commissioner of Internal Revenue*,
120 T.C. 430 (2003) 11:8-9

Backman c. *La Reine*,
[2001] 1 R.C.S. 367..... 2:13

Banque de la Nouvelle-Écosse c. *Thibault*,
[2004] 1 R.C.S. 758.....30:3, 11-12, 16-18,
23-24, 29
46:26-27

Barbican Properties Inc. c. *La Reine*,
97 D.T.C. 122 (C.C.I.)..... 7:28

Beauchemin c. *La Reine*,
C.C.I. n^{o} 2004-4382 (G.S.T.) G, octobre 2006..... 45:8

Belgravia Investments Ltd. c. *Canada*,
2002 D.T.C. 7133 (C.F.)..... 43:24

Blouin c. *La Reine*,
C.C.I. n^{o} 2005-529 (IT) G, septembre 2006 ..... 45:17

British Columbia c. *Henfrey Samson Belair Ltd.*,
[1989] 2 R.C.S. 24.....30:21-22

Bronfman Trust c. *Canada*,
87 D.T.C. 5059 (C.S.C.).....15:9-10

Brouillette c. *La Reine*,
[2005] 4 C.T.C. 2013 (C.C.I.) 7:41-42
2005 D.T.C. 1004 (C.C.I.) 17:16

Byram c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5117 (C.A.F.) 7:18-19

Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd. c. *Commissioners of Inland Revenue*,
Cause n° C-196/04 ..... 27:17

Canada c. *Addison & Leyen Ltd.*,
[2007] C.S.C. 33 ..... 45:15

Canada c. *Consumers' Gas Co.*,
[1987] 2 C.F. 60 (C.A.F.) 32:27-29

Canada c. *Johns-Manville Canada Inc.*,
[1985] 2 R.C.S. 46 ..... TR fin., 48:27

Canada Safeway Ltd. c. *MRN*,
57 D.T.C. 1239 (C.S.C.) 15:9

Canadian Bank of Commerce c. *P.G. Canada*,
62 D.T.C. 1236 (C.S.C.) 43:15-16

Canutilities Holdings Ltd. c. *La Reine*,
[2004] 3 C.T.C. 210 (C.A.F.) 18:17

Carreau c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 2230 (C.C.I.) 20:17

Centros Ltd. v. *Erhvervs-og Selskabbstyrelsen*,
Cause n° C-212/97 ..... 27:18

Chahine-Badr c. *La Reine*,
(2006) 79 O.R. (3e) 671 ..... 44:12

Chartier c. *Canada*,
[2007] A.C.I. n° 113 ..... TR féd., 50:43-44

Cie pétrolière Impériale ltée c. *Canada*;
Inco ltée c. *Canada*,
[2006] 2 R.C.S. 447 ..... TR fin., 48:31-32

Cineplex Odeon Corp. c. *Canada (P.G.)*,
94 D.T.C. 6407 (Ont. Ct. G.D.) 43:34

CIT Financial Ltd. c. *La Reine*,
[2004] 1 C.T.C. 2232 (C.C.I.) 18:45

Claude Desmarais c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 2376 (C.C.I.) 7:42

Combined Insurance Company of America c. *MRN*,
[2007] C.A.F. 60 ..... 20:9, 11-12, 14

Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. *Canada (Ministre des Finances)*
[1994] 4 C.F. 245 ..... 43:29

Copthorne Holdings Ltd. c. *La Reine*,
[2007] C.C.I. 481 ..... 18:13-14
2007 D.T.C. 1230 ..... 27:7
C.C.I. n^{o} 2002-1316 (IT) G, août 2005 ..... 31:9

Corpanzano c. *3660524 Canada Inc.*,
[2005] CanLII 7316 (C.Q.) 44:3

Costigane c. *La Reine*,
[2003] C.T.C. 2087 (C.C.I.) 38:8

Crestglen Investment c. *MRN*,
93 D.T.C. 462 ..... 25:13

Croft (Syndic de),
[1998] R.J.Q. 1917 (C.S.) 30:12

CSI Development Corp. c. *La Reine*,
99 D.T.C. 1139 (C.C.I.) 25:4-5

Daniel Wagner et autres c. *MRN*,
2001 D.T.C. 5674 (C.A.F.) 52:44

Dawn's Place c. *La Reine*,
[2006] G.S.T.C. 137 (C.A.F.) 39:4

Dean Hamilton c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 121 (C.C.I.) 42:10

Del Grande c. *La Reine*,
93 D.T.C. 133 ..... 7:16

Demers (Succession de) c. *Pierrette Laflamme*,
C.Q. Drummondville, n° 405-22-002541-063,
23 octobre 2006 ..... 46:16

Deputy Minister of National Revenue c. *Millar*,
[2006] G.S.T.C. 58; [2006] 4 C.T.C. 40 (B.C.S.C.) 44:13

Deschênes c. *Gagné*,
C.A. Montréal, n° 500-09-014187-041, 5 février 2007 ..... 46:19, 27

Desmarais c. *Ziggiotti*,
C.A. Montréal, n° 500-09-011798-022, 13 mars 2003 ..... 46:33

Désormiers c. *Lalumière*,
C.S. Montréal, n° 755-05-000239-945, 28 avril 2006;
[2006] R.J.Q. 2060 ..... 19:20

Desrosiers c. *Le Roi*,
(1920) 60 R.C.S. 105 ..... 20:33

Di Battista c. *874687 Ontario Inc.*,
[2006] 5 C.T.C. 152 ..... 44:3, 8

Dion c. *SMRQ*,
[2007] Q.C.C.A. 434 ..... 45:10

Distributeurs Clé d'Or Inc. c. *SMRQ*,
[1988] A.Q. n° 624 (C.A.) 20:29, 31

Dorais (Syndic de),
J.E. 96-1196 (C.S.) 5:8

Drolet c. *Charron*,
[2005] R.J.D.T. 667 ..... 25:14

Duha Printers c. *Canada*,
98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) 32:22, 24

Dunne c. *SMRQ*,
[2007] C.S.C. 19 ..... 32:40

Edward Toews c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2001-4406 (IT) G, 6 septembre 2005 ..... TR féd., 50:35, 38

Ellingson c. *MRN*,
[2006] C.A.F. 202 ..... 44:10

Entreprises Ludco Ltée c. *Canada*,
[2001] C.S.C. 62 ..... TR féd., 50:38, 65
[2001] 2 R.C.S. 1082 ..... 7:14, 26
15:7-8, 12

Evans c. *La Reine*,
[2006] 2 C.T.C. 2009 ..... 7:42
2005 D.T.C. 1762 (C.C.I.) 17:11
[2005] C.C.I. 684 ..... 25:37-38

Excavation Boyer & Frères inc. (Syndic de),
J.E. 97-594 (C.A.); (1997) R.J.Q. 866 (C.A.) 5:10

Ferrel c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5111 (C.A.F.) 6:13-14

Fidelity Investments Canada Ltd. c. *Canada*,
[2006] 4 C.T.C. 1 (C.F.) 43:19

Fillion c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 61 (C.C.I.);
confirmé par 2004 D.T.C. 6293 (C.A.F.) 25:27, 39

Fonds Norbourg Placements équilibrés (Liquidation de),
C.A. Montréal, n° 500-09-017020-066, 9 août 2007;
2007 QCCA 1076 ..... 30:16, 19, 29

Fortino c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) 17:28
37:5-6, 20

Fraser c. *La Reine*,
97 D.T.C. 1305 (C.C.I.) 25:41

Fraser Milner LLP et Gilbert Schmark c. *MRN*,
2003 D.T.C. 5048 (C.S.C.B.) 43:31

Fredette c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 263 (C.C.I.) 40:11

Gabco c. *La Reine*,
1968 C.T.C. 313 (C. de l'É.) 38:5, 9

Gabriel Leger c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 1121 (C.C.I.) 42:13

Gaynor c. *La Reine*,
91 D.T.C. 5288 (C.A.F.) 7:36
TR fin., 48:31

Gélinas c. *Simard (Succession de)*,
C.S. Alma, n° 160-05-000040-023, 2 décembre 2002 ..... 46:18

Geransky c. *La Reine*,
[2001] 2 C.T.C. 2147 (C.C.I.) 18:45
2001 D.T.C. 243 (C.C.I.) 31:9

Gestion Yvan Drouin inc. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 72 (C.C.I.) 32:36

Gifford c. *Canada*,
[2004] 1 R.C.S. 411 ..... 15:8, 14
TR fin., 48:26-28
[2004] D.T.C. 6128 ..... TR Qc., 49:36-37

Global Communications Ltd. c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5377 ..... 32:26

Greenberg Estate c. *La Reine*,
97 D.T.C. 1380 (C.C.I.) 52:68

Greg Irmen c. *La Reine*,
[2006] C.C.I. 475 ..... 44:3, 8

Guilder News Co. (1963) Limited et autres c. *MRN*,
72 D.T.C. 6146 (C.F.);
infirmé par 73 D.T.C. 5048 (C.A.F.)..... 19:14, 17, 22
73 D.T.C. 5048 (C.A.F.)..... 52:43-44

Hewett c. *Canada*,
[1997] A.C.F. n° 1541 (Quicklaw) 32:38

Hickman Motors Ltd. c. *La Reine*,
[1997] 2 R.C.S. 336..... 32:27

Hôpital Juif de Réadaptation c. *MRN*,
[2005] C.C.I. 260..... 20:20

Howson c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 141 (C.C.I.)..... 6:18-19
7:51-52
52:47-48
[2006] C.C.I. 644..... 30:10-11

Husky Oil Ltd. c. *La Reine*,
95 D.T.C. 1994 (C.C.I.);
confirmé par 95 D.T.C. 5244 (C.A.F.) 43:11-12

Hypothèques Trustco Canada c. *Canada*,
[2005] C.S.C. 54..... 16:30
31:3, 11, 15
[2005] 2 R.C.S. 601..... 18:11, 45
2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.); [2005] 5 C.T.C. 215 (C.S.C.)..... 27:6
32:20

Indofood International Finance Limited v. *JPMorgan Chase Bank, N.A., London Branch*,
[2005] EWHC 2103 (Ch.);
infirmé par [2006] EWCA Civ 158 (2 mars 2006)..... 27:11, 13-15

Inland Revenue Commissioners c. *Duke of Westminster*,
[1935] All E.R. 259 (H.L.) 31:17

In re: Major Trust Co.,
(1972) 33 D.L.R. (3e) 481..... 30:21

In re Bozanich,
[1942] R.C.S. 130 ..... 5:6

Interprovincial Pipe Line Inc. c. *MRN*,
95 D.T.C. 5642 (C.F.)..... 43:33

Jabs Construction Ltd. c. *La Reine*,
[1999] 3 C.T.C. 2556 (C.C.I.) 18:45

James Richardson & Sons, Limited c. *MRN*,
84 D.T.C. 6325 (C.S.C.) 43:5-6, 14

Jarvis c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 7547 (C.S.C.)..... 44:10, 13

Jean-Luc Fortin, Roberte Boulanger Fortin, et François Proteau c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 507 (C.C.I.)..... 42:9, 11

Johnston c. *MRN*,
[1948] R.C.S. 486..... 32:25

Juliar c. *Canada (Procureur général)*,
2000 D.T.C. 6589 (C.A. Ont.)..... 44:9

Julien c. *Banque Nationale du Canada*,
[1991] R.L. 481 (C.A.) 52:99

Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. *Inspire Art Ltd.*,
Cause n° C-167/01..... 27:18-19

Kastner c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-80-004347-051, 8 mars 2007 ..... 45:3

Kennedy c. *MRN*,
72 D.T.C. 6357 (C.F. 1re inst.);
confirmé par 73 D.T.C. 5359 (C.A.F.) 17:13
TR féd., 50:46

Lamont Management Ltd. c. *La Reine*,
[2000] 3 C.T.C. 18 (C.A.F.) 18:30

La Reine c. *Anisman*,
69 D.T.C. 5199 (O.H.C.J.)..... 42:41-42

La Reine c. *Baxter*,
[2007] C.A.F. 172..... 32:7

La Reine c. *Brelco Drilling Ltd.*,
[1999] 3 C.T.C. 95 (C.A.F.) 18:31

La Reine c. *Canadian Helicopters Ltd.*,
[2002] C.A.F. 30..... TR féd., 50:39

La Reine c. *Éthier*,
[1996] 2 C.T.C. 174 (Sask. C.Q.B.) 42:43

La Reine c. *Ferrel*,
99 D.T.C. 511 (C.A.F.)..... 38:9

La Reine c. *Friedberg*,
92 D.T.C. 6031 (C.A.F.)..... 13:11

La Reine c. *Gilbert*,
[2007] C.A.F. 136
C.C.I. n^{os} 2002-3401 (IT) G et 2002-3402 (IT) G,
17 octobre 2005..... 32:35

La Reine c. *Kieboom*,
92 D.T.C. 6382 (C.A.F.)..... 7:53
[1992] 2 C.T.C. 59; 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.) 30:10

La Reine c. *Kienapple*,
[1975] 1 R.C.S. 729..... 42:34

La Reine c. *Kruco Inc.*,
[2003] 4 C.T.C. 185 (C.A.F.) 18:3, 21-22, 29
2003 D.T.C. 5506 (C.A.F.)..... TR féd., 50:15, 18-19

La Reine c. *Lagueux & Frères Inc.*,
[1974] C.F. 97 ..... 32:6

La Reine c. *MacMillan Bloedel Limited*,
99 D.T.C. 5454 (C.A.F.)..... 7:20-21

La Reine c. *McClurg*,
[1991] 1 C.T.C. 169 (C.S.C.) 6:11-12

La Reine c. *McKinlay Transport Ltd.*,
[1990] 1 R.C.S. 627 ..... 42:28

La Reine c. *Nassau Walnut Investments Inc.*,
[1998] 1 C.T.C. 33 (C.A.F.) 18:23

La Reine c. *Pottle*,
Newfoundland Trial Division, n° St. J. 1538/89,
22 novembre 1989 ..... 42:41

La Reine c. *Rasmussen*,
[1995] G.S.T.C. 18 (Sask. P.C.) 42:46

La Reine c. *Rogo Forming Ltd.*,
(1956) C.C.C. (2e) 31 (O.C.J.) 42:42-43

La Reine c. *Rohan's Rockpile Ltd.*,
(1957) C.C.C. (2e) 388 (B.C.C.A.) 42:42-43

La Reine c. *Swendson*,
87 D.T.C. 5335 (Alta C.Q.B.) 42:42-43

La Reine c. *VIH Logging Ltd.*,
[2003] C.C.I. 732; [2005] C.A.F. 36 ..... TR féd., 50:17-18

La Reine c. *Walls*,
[2002] 2 R.C.S. 684 ..... 15:13

La Survivance c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 6288 (C.A.F.) 17:3, 8
2007 D.T.C. 5096 (C.A.F.) 32:18

Law Society of Upper Canada c. *Toronto Dominion Bank*,
(1998) Carswell Ontario 4757-116 (C.A. Ont.) 30:21

Le Livreur Plus Inc. c. *Canada*,
[2004] A.C.F. n° 267 (C.A.F.) 20:7-8, 11

Le Tremble c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2006-1354 (IT) I, octobre 2006 ..... 45:19

Les Coopérants c. *Raymond Chabot Fafard Gagnon*,
[1994] R.L. 268 (C.A.) 30:15

Les Entreprises Michèle L'Heureux Inc. c. *SMRQ*,
94 D.T.C. 1689 (C.C.I.) 21:21

Les Voitures Orly Inc./Orly Automobiles Inc. c. *La Reine*,
[2005] C.A.F. 425 ..... 32:28-29

Létourneau c. *SMRQ*,
[1998] R.D.F.Q. 55 (C.A.) 42:31, 38, 40-41

Leung c. *MRN*,
92 D.T.C. 1090 (C.C.I.) 19:19

Lévesque c. *MRN*,
[2005] C.C.I. 248 ..... 20:24

Lipson c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 5172 (C.A.F.) 7:23-24
15:14
[2007] CarswellNat 640; [2007] C.A.F. 113;
confirmant [2006] 3 C.T.C. 2494;
2006 D.T.C. 2687; [2006] CarswellNat 982;
[2006] C.C.I. 148 ..... 27:10
[2007] 3 C.T.C. 110 (C.A.F.) 31:12
TR fin., 48:29-30

Lloyd c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 1493 (C.C.I.) 44:4

Loyens c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 355 (C.C.I.) 40:14

MacKay c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 425 (C.C.I.) 31:15

Maege c. *La Reine*,
[2007] C.A.F 125 ..... 32:7, 10

Mallette Syndics et gestionnaire inc. c. *Christiane Poirier*,
[2007] Q.C.C.S. 274 ..... 45:24

Manrell c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 5225 (C.A.F.) 17:28
37:5-6, 20

Marks & Spencer plc c. *David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*,
Cause n° C-446/03 ..... 27:15

Maslanka et autres c. *La Reine*,
2004 D.T.C. 2933 (C.C.I.) 19:19

Mathew c. *La Reine*,
[2005] 2 R.C.S. 643 ..... 25:8
[2005] C.S.C. 55 ..... 31:3, 11

McClurg c. *Canada*,
[1990] 3 R.C.S. 1020 ..... 32:37

McDonell c. *La Reine*,
[2005] G.S.T.C.134 (C.C.I.) 39:17-18

McKinlay Transport Limitée et autres c. *La Reine*,
90 D.T.C. 6243 (C.S.C.) 43:14

McLaughlan c. *La Reine*,
[2007] 4 C.T.C. 2169 ..... 44:3

McMullen c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 16 (C.C.I.) 7:42
2007 D.T.C. 286 (C.C.I.) 17:3, 11, 16
TR féd., 50:45-46
[2007] 2 C.T.C. 2463 (C.C.I.) 30:6, 8-9

Merck Frosst Canada & Co. c. *SMRQ*,
2007 QCCA 1075 ..... 32:42

MIL (Investments) S.A. c. *La Reine*,
[2006] 3 C.T.C. 2509 (C.C.I.); 2006 D.T.C. 3307 (C.C.I.);
[2006] 5 C.T.C. 2552;
confirmé par [2007] C.A.F. 236 ..... 18:13
27:3-4, 7, 9
[2006] 5 C.T.C. 2552 (C.C.I.) 31:3

Millette c. *SMRQ*,
2006 QCCA 673; J.E. 2006-1099; [2006] R.D.F.Q. 51 ..... 32:48

Millford Development Limited c. *La Reine*,
93 D.T.C. 5052 (C.F.) 7:29

Molnar c. *Kovacs*,
C.Q. Valleyfield, n° 760-22-004400-050, 28 mars 2006 ..... 46:31

Nassau Walnut et *Gestion Jean-Paul Champagne inc.* c. *MRN*,
[1996] 2 C.T.C. 2537 (C.C.I.) 18:43

Neault (Syndic de),
C.S. Arthabaska, n° 415-11-001038-055, 15 janvier 2007;
2007 QCCS 54 ..... 30:16, 23

Neuman c. *La Reine*,
[1998] 3 C.T.C. 177 (C.S.C.) 6:11, 14
[1998] 1 R.C.S. 770 ..... 32:36, 38

Northwest Hydraulic Consultants Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 97-531 (IT) G 51:38

OSC c. *Philip Services Corp.*,
[2005] O.J. No. 4418 (Div. Ct) 43:35

OSFC Holdings Ltd. c. *La Reine*,
[2001] 4 C.T.C. 82 (C.A.F.) 18:12

Ottawa Air Cargo Centre Ltd. c. *La Reine*,
[2007] C.C.I. 193; confirmé par [2008] C.A.F. 54 ..... 18:4, 18-20

Overs c. *La Reine*,
[2006] 3 C.T.C. 2255 (C.C.I.) 18:45

Parsons c. *MRN*,
[1984] 1 C.F. 804, 814 (C.A.F.) 32:28-29

Parthenon Investments Ltd. c. *MRN*,
97 D.T.C. 5343 (C.A.F.) 32:16, 19, 21

Paxton c. *La Reine*,
97 D.T.C. 5012 (C.A.F.) 44:4

Pazner Scrap Metals c. *La Reine*,
91 D.T.C. 1153 (C.C.I) 38:8

Péloquin c. *MRN*,
84 D.T.C. 1857 (C.C.I.) 25:6

Penn West Petroleum Ltd. et autres c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 715 (C.C.I.) 25:6, 19-22, 34, 37, 43, 62

Perfect Fry Company c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 588 (C.C.I.) 32:15, 21

Pierre Roy et Associés Inc. c. *Bagnoud*,
[2005] R.J.Q. 1378 (C.A.) 30:16, 18, 24, 29

Pitney Bowes of Canada Ltd. c. *Canada*,
[2003] 3 C.T.C. 98 (C.F.) 43:30-31

Placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de),
J.E. 97-297 (C.S.); (1997) R.J.Q. 565 (C.S.) 5:11

Placer Dome Canada Ltd. c. *Ontario (Ministre des Finances)*,
[2006] C.S.C. 20 ..... 32:27

Prévost Car Inc. c. *La Reine*,
Causes n^{os} 2004-4226 (IT) G et 2004-2006 (IT) G 27:13-14

Québec (Ville de) c. *Cie d'immeubles Allard ltée*,
[1996] R.J.Q. 1566 (C.A.) 25:14

Ralph E. Tucker c. *La Reine*,
2007 D.T.C. 1003 (C.C.I.) 42:8

Re Mann Estate,
[1972] 5 W.W.R. 23 (C.S.C.-B.);
confirmé par [1973] C.T.C. 561 (B.C.C.A.);
confirmé par [1974] C.T.C. 222 (C.S.C.) 19:3

Rezek c. *La Reine*,
[2005] C.A.F. 227 ..... 2:15, 17

Rich c. *Canada*,
[2003] 3 C.F. 493 (C.A.F.) 32:48

RIS Christie c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5087 (C.A.F.) 51:35, 38

RMM Canadian Enterprises Inc. and Equilease Corp. c. *La Reine*, 97 D.T.C. 302 (C.C.I.) 17:11, 14

Rousseau-Houle c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 250 (C.C.I.) 40:11

Safety Boss c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 1767 (C.C.I.) 38:8

Samson Indian Nation and Band c. *Canada*,
[1995] 2 C.F. 762 (C.A.) 43:24

Saunders v. *Vauthier*,
[1841], EW HC Ch. J82, (1941) 4 Beav. 115 8, 41 ER 482,
(1841) Cr. & Ph. 240 ..... 52:55

Scotia McLeod Inc. c. *Banque de Nouvelle-Écosse*,
[2001] R.J.Q. 2099 (C.A.) 46:26

Sedona Networks Corp. c. *La Reine*,
[2007] C.A.F. 169 ..... 17:4, 23
2007 D.T.C. 5359 (C.A.F.) 32:20-21, 23

Seitz c. *Entraide populaire de Lanaudière inc.*,
[2001] J.Q. n^{o} 7635 (C.Q.) 20:24-26

Shell Canada Ltée c. *Canada*,
[1999] 3 R.C.S. 622 ..... 15:7, 9-10
TR féd., 50:38-39

Shirafkan c. *La Reine*,
C.C.I. n^{o} 2006-588 (G.S.T.) I, mai 2007 ..... 45:12

Signum Communications Inc. c. *La Reine*,
88 D.T.C. 6427 (C.F.);
confirmé par 91 D.T.C. 5360 (C.A.F.) 25:24, 29

Silicon Graphics Ltd. c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) 32:18, 23

Singleton c. *Canada*,
2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.) 7:24
[2001] 2 R.C.S. 1046 ..... 15:7, 11, 14-15
TR fin., 48:29

Slaight Communications c. *Davidson*,
[1989] 1 R.C.S. 1038 ..... 43:21

Smith et autres c. *Canada (A.G.)*,
[2006] B.C.J. 237 (C.A. C.-B.) 32:34

SMRQ c. *6217125 Canada Inc.*,
2007 QCCA 306, Montréal, n^{o} 500-09-016922-064,
1er mars 2007 ..... 32:12
45:25
2007 CarswellQue 1371 (C.A.) 43:20-21
[2006] Q.C.C.Q. 5544 ..... 45:26

SMRQ c. *Béton St-Pierre*,
[1998] R.D.F.Q. 13 (C.A.) 42:32, 42

SMRQ c. *Harvey Stever et Air Sol mécanique inc.*,
[2006] Q.C.C.Q. 14058 ..... 45:21

SMRQ c. *Lamothe*,
2007 QCCA 524 ..... 32:46

SMRQ c. *Létourneau*,
[1991] R.D.F.Q. 15 (C.Q.) 42:31

SMRQ c. *Restaurant et Crémerie Il Sole*,
C.Q. Montréal, n^{o} 500-61-178824-042, 26 mai 2006 ..... 42:34

Smythe et autres c. *MRN*,
[1970] C.S.C. 64 (C.S.C.) 17:14

Soper c. *La Reine*,
97 D.T.C. 5407 (C.A.F.) 42:9
[1998] 1 C.F. 124 (C.A.F.) 45:5

Spencer c. *La Reine*,
[2003] 4 C.T.C. 2679 (C.C.I.) (procédure informelle) 25:40

Stewart c. *La Reine*,
[2002] 2 R.C.S. 645 ..... 15:13

Succession de L…M...G... c. *H…G…D…*,
C.S. Québec, n° 200-14-007229-021, 9 avril 2003 ..... 46:18

The E.C.E. Group Ltd. c. *MRN*,
92 D.T.C. 2019 (C.C.I.) 7:29

Therrien c. *Canada*,
[2005] A.C.I. n° 7 (Quicklaw) 32:36

Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. *MRN*,
1970 D.T.C. 6351 (C. de l'É.) 7:29

Tremblay c. *SMRQ*,
C.Q. Chicoutimi, n° 150-02-003690-053, 19 mars 2007 ..... 45:5

Trico Industries Ltée c. *Canada*,
[1994] 2 C.T.C. 2053 (C.C.I.) 18:15

Trustee of Ramgotra,
(1996) 1 R.C.S. 325 ..... 5:8

U.S. c. *Textron, Inc.*,
100 AFTR 2d 2007-5848 (507 F. Supp. 2d 138), 29 août 2007 ..... 43:27

Veilleux c. *SMRQ*,
[2006] R.D.F.Q. 184 (C.Q.) 20:28, 31

Vêtement de sport Chapter One inc. c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-80-003322-048, 16 novembre 2006 ..... 44:15, 18

Victuni c. *MRN*,
[1980] 1 R.C.S. 580 ..... 19:13

VIH Logging Ltd. c. *La Reine*,
[2004] 2 C.T.C. 2149 (C.A.F.) 18:15

Viking Food Products Ltd. c. *MRN*,
67 D.T.C. 5067, 5070 (C. de l'É.) 19:5

Ville de Laval c. *Polyclinique médicale Fabreville, s.e.c.*,
C.A. Montréal, n° 500-09-016819-062, 27 mars 2007 ..... 40:14-15

Ville de Richmond c. *La Reine*,
[2007] C.C.I. 336..... 44:3, 5

Vineland Quarries and Crushed Stone Limited c. *MRN*,
66 D.T.C. 5092 (C. de l'É.) 32:22

Wagner et autres c. *La Reine*,
97 D.T.C. 1188 (C.F.);
confirmé par 2001 D.T.C. 5674 (C.A.F.) 19:12, 18

Webster c. *La Reine*,
[2003] A.C.F. n° 1569 (C.A.F.) (Quicklaw)..... 32:34

Welton Parent Inc. c. *MRN*,
2006 D.T.C. 6093 (C.F.)..... 43:35-36

Wheeliker c. *Canada*,
[1999] A.C.F. n° 401 ..... 45:9

Wiebe Door Services Ltd. c. *MRN*,
[1986] 3 C.F. 533 (C.A.) 20:4-6, 10-14, 31

Williams c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 1228 (C.C.I.)..... 27:15

Wolf c. *Canada*,
[2002] 4 C.F. 396 (C.A.) 20:5, 8, 11, 13

Xco Investments Ltd. et autres c. *La Reine*,
[2006] 1 C.T.C. 2220 (C.C.I.) 18:45
2007 D.T.C. 5146 (C.A.F.)..... 25:6, 11, 19, 21, 24-25, 30, 34, 36-37, 62
40:8

Zalesky c. *La Reine*,
[2000] 4 C.T.C. 2126 (C.C.I.) (procédure informelle) 25:41

CHANGEMENT DE TAUX : IMPACTS SUR LES RÉORGANISATIONS PRIVÉES ET RÉMUNÉRATION DES ACTIONNAIRES DIRIGEANTS



Luc Lacombe
CA, M. Fisc.
Pratte, Bélanger comptables agréés inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1:3

1. RÉGIME ACTUEL 1:3

2. ACHAT/VENTE AU DÉCÈS 1:6

2.1. PREMIÈRE SITUATION 1:8
2.1.1. Résultat 1:8
2.2. DEUXIÈME SITUATION 1:8
2.3. TROISIÈME SITUATION 1:10
2.3.1. Résultat 1:10
2.4. QUATRIÈME SITUATION 1:10
2.4.1. Résultat 1:10
2.5. CINQUIÈME SITUATION 1:10
2.5.1. Résultat 1:11
2.6. RÉSULTAT GLOBAL 1:13

3. TRANSFERT AU CONJOINT 1:14

3.1. ALTERNATIVE 1:15
3.1.1. Choix du paragraphe 164(6) L.I.R. 1:16

4. CHOIX DU REVENU PROTÉGÉ 1:17

5. UTILISATION DES PERTES EN CAPITAL 1:20

5.1. ALTERNATIVE 1:20

6. UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION 1:21

6.1. REVENU DE PLACEMENT 1:21
6.2. REVENU ACTIF – DPE 1:23
6.3. REVENU ACTIF NON ADMISSIBLE 1:24

7. RÉMUNÉRATION 1:25

8. AUTRES PLANIFICATIONS 1:27

CONCLUSION 1:28

ANNEXE A 1:29

ANNEXE B 1:30

ANNEXE C 1:31

ANNEXE D 1:32

ANNEXE E 1:33

ANNEXE F 1:34

ANNEXE G 1:35

ANNEXE H 1:36

ANNEXE I 1:37

ANNEXE J 1:38

ANNEXE K 1:39

ANNEXE L 1:40

ANNEXE M 1:41

ANNEXE N 1:42

ANNEXE O 1:43

ANNEXE P 1:44

INTRODUCTION*

À la suite des modifications qui ont été apportées au cours de la dernière année au régime d'imposition des dividendes ainsi que de celles visant les taux d'imposition des sociétés de gestion, nous devons reconfirmer et reconsidérer certains automatismes dans le processus de prise de décisions en matière fiscale.

Tout au long de ce texte, nous traiterons plus particulièrement des sujets suivants :

- nous débuterons par une revue des modifications au chapitre des taux d'imposition ainsi que des taux effectifs combinés;

- par la suite, nous analyserons les incidences de ces nouvelles mesures pour les réorganisations privées et, surtout, l'utilisation des compagnies de gestion, l'utilisation du revenu gagné, la question d'achat et de rachat au décès dans un cadre de conventions entre actionnaires, l'utilisation du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») et, enfin, le mode de rémunération des propriétaires dirigeants;

- nous terminerons par l'établissement de certaines règles du pouce.

1. RÉGIME ACTUEL

À la suite de différentes annonces budgétaires concernant le taux d'imposition des sociétés (voir annexe A), nous constatons la tendance à la baisse des taux d'imposition pour tous les genres de revenus (déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »), revenu d'entreprise actif, revenu de placement). Ces baisses d'impôt, combinées aux modifications du régime d'imposition des dividendes (création de deux catégories de dividendes, soit des dividendes ordinaires et des dividendes déterminés[1] (voir annexe E)), vont modifier nos analyses et l'établissement des règles du pouce dans le cadre des réorganisations privées ainsi que la rémunération des propriétaires dirigeants.

---

* L'auteur tient à remercier M^e^ Nancy Tapp, avocate, LL.M. fisc., du service de fiscalité du cabinet Pratte, Bélanger comptables agréés inc. de sa précieuse collaboration à la réalisation du présent texte.

1 Luc LACOMBE, « Impact de la modification des taux d'impôt : imposition du dividende », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 22:1-72.

Dans un premier temps, afin de mieux comprendre toutes les incidences d'une modification de taux, nous avons établi le taux effectif combiné en fonction des différents genres de revenus gagnés par une société et de l'utilisation des bénéfices fiscaux (voir annexe F). Nous avons également établi le taux effectif d'un gain en capital (voir annexe G) en fonction du type de dividende qui serait versé à l'actionnaire, même si, d'une manière théorique, le dividende devrait être un dividende ordinaire qui serait versé, compte tenu du fait que le gain en capital n'augmente pas le compte de revenu à taux général pour le versement de dividende déterminé.

L'expression « taux effectifs » vise par exemple, dans le cas de la DPE, le taux combiné d'imposition d'une société plus le taux d'imposition d'un particulier sur le montant net que la société peut lui verser par voie de dividende, sur la base que l'actionnaire est imposé à son taux effectif maximal. Ainsi, selon le tableau présenté à l'annexe F, pour un revenu admissible à la DPE de 100 $, il resterait à l'actionnaire, net des impôts corporatifs et individuels, pour 2008 une somme de 51,23 $, ce qui correspond à un taux effectif d'imposition de 48,77 $[2]. Les taux effectifs nous permettent, lorsqu'ils sont comparés au taux marginal maximum d'imposition d'un particulier, d'établir si le concept d'intégration parfait existe ou tout au moins s'y rapproche. D'une manière pratique, dans notre système fiscal, le terme « intégration » signifie :

a) qu'un particulier actionnaire d'une société ne réalise pas d'économies d'impôt en gagnant un revenu par le biais de celle-ci plutôt que directement (donc l'impôt total payé par la société et par le particulier actionnaire de celle-ci sur les fonds qui lui sont remis (taux effectif) est égal à l'impôt que le particulier paierait si le revenu était gagné directement par lui);

b) qu'une société paie autant d'impôt sur le revenu qu'elle gagne que si le même revenu était gagné directement par un particulier. Donc, il n'y a aucun report d'impôt possible en gagnant un revenu par le biais d'une société.

Ce concept d'intégration est fondé sur l'hypothèse que les particuliers sont imposés au taux d'imposition marginal maximum.

---

[2] Ces taux ne tiennent pas compte des contributions faites au Fonds des services de santé du Québec pour le particulier.

L'intégration parfaite ne se réalise que rarement dans notre système fiscal, compte tenu du fait qu'elle est composée de taux d'imposition marginaux progressifs pour les particuliers qui varient selon le type de revenus et la province où il est gagné. Néanmoins, l'intégration demeure l'objectif réel pour maintenir l'efficacité de notre système fiscal. D'ailleurs, notre ancien ministre des Finances, M. Audet, dans son discours budgétaire[3], faisait référence à son intention de respecter ce principe d'intégration tout comme le gouvernement fédéral lors de l'introduction des nouvelles règles concernant les taux de majoration des dividendes provenant des grandes sociétés.

Constat

- Nous pouvons constater relativement à la question du taux effectif en fonction du type de revenu que notre système fiscal tend de plus en plus vers une intégration et que les écarts ont diminué considérablement au cours des dernières années. Cela inclut également les autres provinces (voir annexe P).

  En ce qui concerne la dernière partie de la définition d'« intégration », il existe encore un report d'impôt important pour les sociétés selon le type de revenus qu'elle gagne. Cette dernière partie de la notion d'« intégration » semble être un facteur qui ne soit pas visé par les autorités fiscales, car elles préfèrent stimuler l'économie en maintenant les taux d'imposition corporatifs relativement bas et en demeurant compétitives avec les autres pays.

- Nous pouvons constater, à la suite de ces différentes modifications, que l'écart s'est maintenu et même agrandi entre le taux d'imposition d'un gain en capital versus celui d'un dividende et qu'il a atteint, sur la base des taux marginaux maximums au Québec, et dans le cas d'un dividende ordinaire, un écart de 12,25 % (dans le cas d'un dividende déterminé de 5,58 %). Comme nous le verrons plus loin, ces différents écarts entre le taux d'imposition d'un gain en capital et d'un dividende feront en sorte de modifier considérablement notre approche concernant nos planifications corporatives ainsi que la rémunération des actionnaires dirigeants. Antérieurement, nos gouvernements avaient tendance à maintenir un écart relativement faible entre la réalisation d'un gain en

[3] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 23 mars 2006.

capital et d'un dividende. Plusieurs provinces canadiennes ont des écarts importants (voir annexe O).

Toutefois, avec la complexité de notre régime fiscal canadien et l'accent mis sur l'atteinte d'un écart plus faible concernant le taux effectif et le taux marginal maximum d'un particulier, les autorités fiscales semblent avoir oublié les incidences que l'ensemble des modifications de taux aura sur l'utilisation d'un gain en capital au lieu d'un dividende dans le cadre de nos planifications. À partir du moment où l'écart de taux d'imposition est supérieur de quelques points de pourcentage, cela laisse place à l'imagination de nos fiscalistes afin d'en tirer profit.

Attardons-nous maintenant d'une manière plus précise aux différentes planifications.

2. ACHAT/VENTE AU DÉCÈS

Dans le cadre des ententes d'achat et de rachat d'actions d'actionnaires décédés par l'utilisation des polices d'assurance vie, certaines planifications avaient été mises en place afin de favoriser les parties d'un point de vue fiscal, à la suite de l'introduction de nouvelles règles concernant la minimisation des pertes introduites le 26 avril 1995.

Les modifications du 26 avril 1995 ont fait en sorte que la perte en capital réalisée par une succession doit être réduite par :

- le moindre :
  - du dividende en capital reçu par la fiducie,
  - de la perte autrement calculée;
- moins le dividende imposable reçu qui excède 50 % :
  - du moindre du gain en capital réalisé au décès dans la déclaration du décédé,
  - ou la perte en capital de la succession.

Le résultat de ces règles montre que la succession ne pourra utiliser que 50 % de la perte en capital qu'elle a subie lors du rachat des actions de la société détenue par la succession et, par conséquent, qu'elle pourra réduire seulement 50 % du gain en capital que l'actionnaire décédé a réalisé par le

report en vertu du paragraphe 164(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4] (voir annexe H).

À la suite de l'introduction de ces règles, une règle du pouce avait été établie alors selon laquelle la société ne devait utiliser que 50 % du CDC, compte tenu du fait que les autres 50 % ne réduisaient nullement l'impôt de la succession et de l'actionnaire décédé. De plus, à l'époque, compte tenu du fait que le taux d'imposition d'un gain en capital *versus* un dividende était relativement semblable, cette planification était intéressante et protégeait 50 % du CDC pour les actionnaires survivants.

Ces règles étaient toutefois assujetties à certaines règles dénommées « grand-père » qui permettaient de maintenir le résultat antérieur, soit la possibilité, lorsque la société avait souscrit une police d'assurance vie équivalant à la valeur d'achat ou de rachat des actions de la succession, que le montant total pût être remis sans aucune incidence fiscale pour la succession[5].

Attardons-nous maintenant à cette planification en tenant compte des modifications des taux d'imposition et voyons si cette règle initiale est toujours intéressante et quelle modification peut-on maintenant y apporter.

Exemple

Une société (ci-après « Exploitante »), qui est une société exploitant une petite entreprise, exploite une entreprise au Canada. La valeur de ses actions est de 2 M$. Deux individus, A et B, détiennent chacun 50 % de la totalité des actions d'Exploitante. Le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») ainsi que le capital versé (ci-après « CV ») de leurs actions sont minimes. Enfin, les individus A et B n'ont aucun lien de dépendance et sont résidents canadiens. Exploitante a souscrit une police d'assurance vie de 1 M$ sur la vie de chacun des actionnaires, somme qui servira à racheter les actions de la succession de l'actionnaire qui décédera.

---

4 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

5 Luc MARTEL, « Intégration de la convention entre actionnaires, du testament et des contrats d'assurance dans un contexte de planification successorale », dans *Colloque – Planification successorale, relève d'entreprise et conventions entre actionnaires*, 166, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 1:1-54; Luc LACOMBE, « Stratégie de planification successorale et nouveaux taux d'imposition applicables aux dividendes », dans *Colloque – Planification successorale, relève d'entreprise et conventions entre actionnaires*, 166, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 7:1-68.

Les actionnaires ont déjà utilisé en entier leur déduction à l'égard du gain en capital de 750 000 $ (500 000 $ avant le 19 mars 2007).

Dans cet exemple, nous considérons que le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de la police au moment du décès sera nul[6].

À la lumière de ce qui précède, nous analyserons donc différentes situations.

2.1. PREMIÈRE SITUATION

L'entente précise que le montant total d'assurance ainsi que le CDC devront servir à racheter les actions de l'actionnaire décédé.

2.1.1. Résultat

Dans cette situation, lors du rachat des actions par la succession, la perte en capital qui sera réalisée sera refusée en partie en vertu du paragraphe 112(3) L.I.R. et seulement une perte de 500 000 $ sera alors admissible. La succession pourra donc reporter cette perte en capital, en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R., à l'encontre du gain réalisé dans la déclaration du décédé. Le décédé qui avait réalisé initialement un gain en capital de 1 M$ se verra réduire ce gain de 500 000 $ et il lui restera 500 000 $ de gain en capital dans sa déclaration de décédé. En conséquence, il y aura donc un impôt à payer de 120 550 $ dans cette situation.

Nous pouvons donc constater que 500 000 $ de perte en capital ont été perdus et que, tout compte fait, une somme de 500 000 $ d'assurance vie est donc assujettie à titre de gain en capital. Avant le 26 avril 1995, étant donné que la perte n'était pas réduite, cela avait comme conséquence d'éliminer complètement le gain en capital dans la déclaration du décédé et aucun impôt n'était à payer relativement à ce rachat. L'assurance vie permettait donc de remettre la valeur totale sans incidences fiscales entre les mains de la succession.

2.2. DEUXIÈME SITUATION

Les faits sont les mêmes, à l'exception de ceux-ci :

---

[6] En effet, s'il existait un CBR, cela réduirait le montant du CDC qui serait créé. Étant donné que l'objectif de l'exemple est de voir les incidences globales de l'utilisation du CDC, nous considérons donc que ce CBR est nul.

- un dividende en capital est versé aux autres actionnaires d'un montant équivalant à 50 % du CDC, soit 500 000 $;

- à la réception de ces sommes, les actionnaires prêtent à nouveau l'argent à la société;

- la société procède donc au rachat des actions détenues par la succession de l'actionnaire décédé et désigne le dividende comme provenant de son CDC pour 500 000 $ en effectuant les choix prescrits.

Dans la situation présente, lorsque la société rachète les actions détenues par la succession et qu'elle produit le choix pour que la totalité du montant du dividende réputé reçu par la succession soit considérée comme provenant du CDC de la société, il n'y a donc qu'une réduction de la moitié du gain en capital réalisé par l'actionnaire au moment de son décès.

Dans ce cadre, la perte en capital de 1 M$ est nullement réduite en vertu du paragraphe 112(3.2) L.I.R. et le gain en capital est complètement éliminé dans la déclaration du décédé. Toutefois, la succession devra s'imposer sur un dividende imposable de 500 000 $ et paiera donc un impôt de 181 800 $ dans le cas d'un dividende ordinaire (ou de 148 450 $, si le dividende peut être considéré comme un dividende déterminé). Déjà dans ce contexte, nous pouvons donc noter que, selon le genre de dividende qui sera versé, les incidences sont importantes pour la succession et cette planification. Cependant, quel que soit le dividende, nous constatons que l'imposition est beaucoup plus élevée que dans le cas de la première situation où l'actionnaire décédé réalisait un gain en capital de 500 000 $. En conséquence, plutôt que de faire en sorte que le défunt paie un impôt sur la moitié du gain en capital réalisé dans sa déclaration de décédé et que la succession reçoive un dividende réputé libre d'impôt, le défunt ne paie aucun impôt sur le gain en capital au décès, et la succession paie de l'impôt sur la moitié du dividende réputé reçu.

Avant l'an 2000, le taux marginal d'imposition maximal était à peu près le même pour un dividende que pour un gain en capital. Cette planification était donc intéressante. Toutefois, à la suite de la réduction du taux d'inclusion des gains en capital, cette planification est maintenant moins avantageuse pour la succession. Cependant, pour les actionnaires survivants, ces derniers reçoivent 50 % du CDC ou un bénéfice correspondant à l'impôt qu'ils auraient eu à payer s'ils avaient reçu un dividende imposable au lieu d'un dividende non imposable.

2.3. TROISIÈME SITUATION

Nous pourrions également décider dans le cadre de l'entente d'achat/vente qu'aucun choix du CDC ne sera effectué. Dans cette situation, le montant total du CDC serait versé aux autres actionnaires, ce qui leur permettrait d'avoir une économie d'impôt appréciable, compte tenu du fait qu'ils pourraient retirer 1 M$ sans impôt de la société.

2.3.1. Résultat

Dans cette situation, la succession s'imposera sur un dividende global de 1 M$ et la perte qu'elle réalisera viendra éliminer complètement le gain en capital dans la dernière déclaration du décédé. En conséquence, la succession supportera donc des impôts de l'ordre 363 600 $, si le dividende est ordinaire (ou 296 900 $ dans le cas d'un dividende déterminé). On peut se référer à l'annexe I pour un résumé des trois premières situations.

2.4. QUATRIÈME SITUATION

Si l'accord d'achat/vente, au lieu de prévoir un rachat des actions par la succession, prévoit un achat de la part des autres actionnaires, dans ce cadre, le CDC sera versé en entier aux autres actionnaires qui se serviront de ces sommes en vue d'acquérir les actions détenues directement par la succession.

2.4.1. Résultat

Dans cette situation, le décédé aura donc un impôt à payer sur un gain en capital total de 241 100 $. Cependant, quant aux autres actionnaires, ces derniers bénéficieront donc d'un PBR des autres actions qu'ils ont acquises pour 1 M$, somme qui pourrait leur être remise sans incidences fiscales, d'où un avantage important pour ces derniers.

2.5. CINQUIÈME SITUATION

Nous considérons alors dans cette situation que les actions sont admissibles à la déduction à l'égard du gain en capital de 750 000 $. Le choix du CDC sera effectué de la manière suivante :

- un dividende de 875 000 $ provenant du CDC sera versé aux actionnaires. Les autres actionnaires utiliseront donc 750 000 $ de cette somme pour racheter les actions directement de la succession et prêteront les 125 000 $ à la société. Immédiatement après, la société procédera au

rachat du solde des actions détenues par la succession en effectuant le choix afin d'utiliser le CDC pour le solde restant de 125 000 $.

2.5.1. Résultat

Dans cette situation, la succession paiera un impôt sur un dividende de 125 000 $ qui est, dans le cas d'un dividende ordinaire, de 45 450 $ (ou de 37 113 $, dans le cas d'un dividende déterminé) (voir annexe J). Cependant, le PBR des actions pour les autres actionnaires sera de 750 000 $, somme qui pourrait leur être remise sans impôt éventuellement.

Constat

À la lumière de ces différentes situations, nous pouvons constater que les changements des taux d'imposition feraient en sorte de rendre, de manière beaucoup moins avantageuse, le partage de l'utilisation du CDC entre les actionnaires survivants et la succession.

Cependant, nous pouvons constater, en fonction des différentes planifications, que des avantages très importants peuvent être maintenus pour les actionnaires survivants. Dans ce cadre, ne pourrions-nous pas simplement majorer le prix de rachat des actions afin de s'assurer que la succession puisse recevoir un montant net de ses impôts équivalant à celui qu'elle aurait reçu dans un cadre où 100 % du CDC aurait servi pour le rachat de cesdites actions, tout en s'assurant que cette augmentation du coût est compensée par des avantages fiscaux plus importants pour les actionnaires survivants?

Le choix maximum du CDC qui doit être utilisé doit correspondre au total du PBR moins le CV des actions détenues par l'actionnaire décédé, plus la moitié du moindre du gain de la personne décédée ou de la perte réalisée par la succession dans le cadre du rachat.

Cette règle n'est nullement modifiée par les changements de taux. Cependant, comme nous l'avons constaté, les modifications de taux diminuent grandement l'avantage de l'utilisation de cette maximisation pour la succession.

Reprenons la deuxième situation et augmentons donc le prix d'achat de 74 860 $. Cette augmentation du prix permet donc à la succession de recevoir net d'impôts le même montant qu'elle aurait reçu dans la première situation, soit 879 450 $. En contrepartie, cela permet aux autres actionnaires de pouvoir bénéficier d'un CDC de 462 570 $, soit une économie potentielle

de 168 000 $. Nous pouvons donc constater que, sans pénaliser la succession, cela peut permettre des économies importantes pour les actionnaires restants.

Cette planification peut être résumée comme suit :

- dans la situation où les actions n'ont aucun PBR ou ne sont pas admissibles à la déduction à l'égard du gain en capital, on trouve à l'annexe K la formule qui détermine alors le pourcentage d'augmentation pouvant être utilisé afin que la succession puisse recevoir le même montant net d'impôts en permettant aux autres actionnaires de pouvoir bénéficier d'une partie du CDC. Ce calcul tient compte du taux d'imposition du dividende et du gain en capital. En conséquence, s'il y avait modification subséquente des taux d'imposition du gain en capital ou du dividende, cette formule nous permettrait de déterminer facilement le nouveau pourcentage de modification du coût d'achat des actions. C'est sur cette base que le pourcentage de 7,486 % a été déterminé en utilisant un taux d'imposition d'un dividende ordinaire. Le pourcentage serait de 3,276 % dans le cas d'un dividende déterminé.

Dans la situation où les actions seraient admissibles à la déduction à l'égard du gain en capital, la planification antérieure demeurerait toujours valide, soit pour transférer suffisamment de CDC aux actionnaires restants en vue d'acquérir le nombre d'actions qui permettront de maximiser la déduction à l'égard du gain en capital pour l'actionnaire décédé et la succession.

En ce qui concerne l'achat du solde des actions, s'il y a lieu, notre règle du pouce entrerait donc en ligne de compte, à savoir l'utilisation de 50 % du solde du CDC qui restera.

Dans la situation où les actions détenues par la succession auraient un PBR, afin de maximiser et de réduire l'augmentation du prix d'achat, nous devrons alors procéder par un transfert des actions, par exemple, en deux catégories afin d'isoler le PBR dans une catégorie d'actions séparée. En ce qui concerne les actions qui auront un PBR infime, nous procéderons alors à son rachat en utilisant la règle de 50 % du CDC. En ce qui concerne l'application de mon facteur pour l'augmentation du prix de vente, ce facteur ne s'appliquera que sur la partie des actions ayant un PBR minime. En conséquence, dans le cas où un PBR existe ou que les actions sont admissibles à la déduction à l'égard du gain en capital, l'augmentation globale du prix de vente sera donc réduite considérablement.

En résumé, les étapes de la planification seraient les suivantes :

Étape 1

Échange des actions en vertu de l'article 85 L.I.R. en deux catégories d'actions, soit une action ordinaire et une action privilégiée. Dans le cadre de ce transfert, le PBR sera attribué en entier aux actions privilégiées.

Étape 2

Un dividende en capital est versé aux actionnaires survivants équivalant au montant de rachat des actions privilégiées ainsi qu'au montant de la déduction à l'égard du gain en capital que la succession pourrait réclamer sur les actions ordinaires restantes.

Étape 3

La succession déclarera un autre dividende provenant du CDC de l'actionnaire survivant correspondant à 50 % du solde restant.

Étape 4

La succession procède donc au rachat du solde des actions de l'actionnaire décédé en utilisant le solde du CDC.

Avant de procéder à chacune de ces étapes, il faudrait établir quelle est l'augmentation du prix d'achat global des actions qui sera basé sur la valeur du solde des actions restantes qu'on trouvera à l'étape 4.

Dans la situation où les actions auraient un CV élevé, nous pourrions alors procéder simplement à une réduction du CV, ce qui impliquera soit une remise d'argent sans impôts à la succession ou un gain en capital pour cette dernière.

2.6. RÉSULTAT GLOBAL

À la lumière de l'ensemble des situations que nous avons indiquées précédemment, dans le cas des clauses d'achat/vente au décès qui feraient partie soit d'une convention entre actionnaires ou d'ententes spécifiques, il faudrait prévoir une clause qui indiquerait que toute planification fiscale pouvant être mise en place et permettant à la succession et à l'actionnaire décédé de recevoir un même montant net dans leurs mains que si le CDC leur avait été pleinement attribué peut être mise en place pour permettre aux

autres actionnaires de pouvoir organiser les actions (isoler le PBR), transférer une partie du CDC aux actionnaires survivants et ajuster le produit de disposition global afin d'atteindre cet objectif. Cela permettrait donc de ne pas perdre le CDC et, pour la succession, de pouvoir recevoir le même montant net d'impôts que si le CDC avait été utilisé en entier pour cette dernière.

Il faut donc, compte tenu des modifications actuelles des taux et de celles à venir, que la clause soit relativement large afin de permettre ce genre de planification.

Une question demeure toutefois en suspens, à savoir : est-ce que les autorités fiscales considéreraient que ce rajustement de prix serait une planification « agressive » et assujettie à l'application de la règle générale antiévitement ou simplement soumise au rajustement prévu à l'article 67 ou à l'article 69 L.I.R., dans le cas d'une transaction avec lien de dépendance?

À ce sujet, à partir du moment où cette planification s'applique, pour des parties aussi bien avec lien de dépendance que sans lien de dépendance, la question de l'article 67 L.I.R. devient moins importante. L'évaluation est un secteur d'activités qui n'est pas une science exacte. Lorsqu'il y a un écart entre plusieurs évaluateurs de moins de 10 %, est-il plus difficile de prétendre que le montant choisi ne représente pas réellement la juste valeur marchande (ci-après « JVM »)? Compte tenu du fait que l'objectif est de permettre à l'actionnaire de recevoir une JVM et plus particulièrement une valeur nette après impôts, comment alors peut-on prétendre que le prix d'achat des actions établi n'est pas adéquat?

D'ailleurs, n'existe-t-il pas des différences sur le prix payé lorsqu'une personne décide d'acheter les actions d'une société au lieu des actifs, compte tenu des incidences fiscales? Pour éviter que les autorités fiscales contestent la JVM, une entente écrite devient donc importante afin d'établir correctement la méthode qui sera utilisée pour établir cette JVM, lorsque des polices d'assurance vie existent et couvrent la valeur globale ou en très grande partie l'achat des actions de la succession.

3. TRANSFERT AU CONJOINT

Dans la situation où un actionnaire décède et lègue l'ensemble de ses actions à son conjoint, la planification usuelle est d'utiliser le roulement en vertu du paragraphe 70(6) L.I.R. et de transférer les actions sans incidences fiscales au conjoint. Cependant, aujourd'hui avec les modifications de taux d'imposition, est-il vraiment avantageux d'effectuer ce roulement sans

incidences fiscales au conjoint? Ne serait-il pas mieux d'utiliser le choix en vertu du paragraphe 70(6.2) L.I.R. et de réaliser une portion du gain en capital et d'effectuer ce transfert à la JVM?

En effet, dans la situation suivante, un actionnaire détient 100 % des actions de la société Gesco qui ont une valeur de 1 M$, un PBR et un CV de 1 $. Après son décès, les actions sont transférées à sa conjointe. Au cours de l'année suivante et des années subséquentes, la conjointe retire des sommes de Gesco afin de combler ses différents besoins financiers. Dans ce cadre, elle se verse des dividendes de 400 000 $ au cours des trois premières années. Dans cette situation, elle aura donc un impôt à payer d'environ 145 000 $ à la réception de ces dividendes (sur la base d'un taux d'imposition maximal).

3.1. ALTERNATIVE

Un transfert de 40 % des actions de Gesco dans une nouvelle société (ci-après « Newco ») aurait pu avoir lieu, suivi du rachat par Gesco des actions pour une somme de 400 000 $ payable à Newco et, subséquemment, de la liquidation de Newco.

Dans le cadre de cette liquidation, étant donné que, lors du transfert des actions de Gesco à Newco, la somme convenue correspondait à la JVM des actions, aucun impôt ne serait à payer par la succession. En définitive, étant donné que 40 % des actions n'auraient pas été dévolues irrévocablement au conjoint, dans la déclaration du décédé, 40 % des actions auraient été disposées à leur JVM. En conséquence, dans la déclaration du décédé, on réaliserait un gain en capital de 400 000 $, ce qui impliquerait le paiement d'un impôt de 96 440 $. Fort est de constater que, dans cette alternative, l'impôt global afin de sortir 400 000 $ de la société représente une économie d'impôt de 49 000 $, si on la compare au cas où un transfert au conjoint était effectué.

Cela provient du fait que le taux d'imposition d'un gain en capital est inférieur d'au moins 12,25 % à celui d'un dividende, entre les mains d'un particulier.

Il faut donc maintenant se poser la question, dans la situation où le conjoint a des besoins financiers, s'il n'est pas mieux de payer l'impôt immédiatement dans la déclaration du décédé plutôt que d'effectuer un report d'impôt et de payer un impôt beaucoup plus élevé ultérieurement. Est-ce que le fait de payer 96 000 $ immédiatement est plus avantageux que de payer 148 000 $ plus tard? En ce qui concerne la perte de valeur de l'argent

dans le temps, cela prendra plusieurs années avant de compenser, car le report doit nous permettre de générer après impôts plus d'un tiers de ce report d'impôt. Cependant, il faut être bien conscient, à la lumière des dernières années, que les taux d'imposition ont été modifiés de manière constante. En conséquence, ce genre de planification ne devrait être analysé que pour une période relativement courte et il est à souhaiter que les autorités fiscales réduisent les taux d'imposition ou l'écart entre un gain en capital et un dividende au cours des années subséquentes.

D'une manière pratique, une période d'environ trois à cinq ans pourrait être avantageuse. Il faudrait donc analyser les besoins financiers de la conjointe pour cette période de temps afin de prendre la meilleure décision d'affaire en fonction des règles actuelles.

3.1.1. Choix du paragraphe 164(6) L.I.R.

Existe-t-il maintenant un avantage à utiliser le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. et à réaliser une perte en capital dans la première année de la succession et de la reporter au gain de l'actionnaire décédé? Dans la situation où un actionnaire décédé possède 100 % des actions d'une société ayant une JVM de 1 M$, un PBR et un CV de 1 $, ces actions sont léguées à différents bénéficiaires autres que son conjoint. Dans le cas où la succession procéderait, dans la première année suivant l'année du décès, à un rachat de l'ensemble de ces actions afin de liquider la société de gestion qui ne détenait que des placements sans plus-value, cela ferait en sorte que la succession s'imposerait alors sur un dividende présumé de 1 M$ et la perte viendrait éliminer le gain en capital réalisé dans la déclaration du décédé. Une fois de plus, compte tenu des modifications de taux et de l'écart entre le gain en capital et un dividende, il n'est pas avantageux de procéder ainsi. Il serait préférable d'attendre au-delà d'une période d'un an afin que le paragraphe 164(6) L.I.R. ne s'applique pas ou d'éviter un rachat d'actions qui créerait une perte en capital dans la succession. Dans cette situation, après ce délai d'un an, nous pourrions procéder au transfert des actions que la succession détient dans une nouvelle société en contrepartie d'actions de cette nouvelle société et d'un billet correspondant au PBR, soit la JVM au moment du décès. Subséquemment, la société exploitante pourrait être liquidée dans la nouvelle société et cette dernière pourrait donc rembourser le billet sans incidences fiscales à la succession.

En agissant ainsi, cela permet de récupérer le montant directement entre les mains des actionnaires et de maintenir le gain en capital dans la déclaration du décédé.

3.1.1.1. Résultat

En conséquence, il faut donc être vigilant dans la situation où les biens sont légués à d'autres bénéficiaires et lorsque nous voulons procéder à la dissolution de toute la société exploitante ou d'une partie de celle-ci, ou encore lorsque nous voulons remettre des biens aux autres bénéficiaires directement. Il y a lieu de ne pas être trop pressé, compte tenu du fait que cela pourrait avoir des incidences négatives.

L'écart entre le taux d'imposition d'un gain en capital et celui d'un dividende est de 12,25 %. Cependant, cela représente un impôt de plus de 50 %, si on compare le dividende au gain en capital (12,25 % / 24,11 %), d'où l'utilité de mettre en place certaines planifications pour favoriser le gain en capital au lieu d'un dividende présumé.

4. CHOIX DU REVENU PROTÉGÉ

Nous avons pu lire, au cours de plusieurs conférences[7] que, à la suite des modifications des taux d'imposition du gain en capital en 2000, l'utilisation du revenu protégé était moins avantageuse. Des planifications fiscales ont été modifiées non seulement pour réaliser un gain en capital au niveau fédéral, mais aussi pour utiliser le revenu protégé au Québec en faisant un choix distinct et pour éviter ainsi l'impôt du Québec. Toutefois, le 20 décembre 2006[8], Revenu Québec est venu nous indiquer que ce choix distinct ne pourrait plus être appliqué dans ce genre de situation bien qu'il eût indiqué, à la question 2.5. de la table ronde du Congrès 2002 de l'Association de planification fiscale et financière, qu'il considérait le tout comme acceptable[9].

---

7 François AUGER, « Questions particulières concernant le revenu protégé en main », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 3:1-34; Jean-Luc FRÉCHETTE, Stéphane MONGEAU, Pierre FLEURY et Thomas W. COPELAND, « Étude de cas A – L'impact de la réduction du taux d'imposition des gains en capital », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 46:1-103.

8 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006.

9 « Table ronde provinciale (questions et réponses) », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:5-59, question 2.5., aux pages 54:24-26.

Qu'en est-il aujourd'hui?

Prenons l'exemple suivant :

M. X détient 100 % de la société Gesco, qui, elle, détient 100 % de la société Opco. La JVM des actions d'Opco s'élève à 1 M$ alors que son revenu protégé s'élève à 999 998 $. M. X, par l'intermédiaire de Gesco, reçoit une offre d'achat pour la totalité des actions d'Opco pour 1 M$. Dans ce cadre, la planification que nous aurions mise en place selon les anciennes règles aurait été la déclaration d'un dividende correspondant au revenu protégé ou une augmentation du CV correspondant à ce revenu pour une somme de 999 998 $, en contrepartie de l'émission d'un billet et, subséquemment, Opco aurait vendu le billet ainsi que ses actions pour 1 M$. Finalement, Gesco aurait reçu 1 M$ sans incidences fiscales.

Gesco reçoit donc 1 M$. Subséquemment, M. X désire retirer des sommes de Gesco pour ses différents besoins personnels et se déclare donc un dividende de 1 M$ sur lequel il paiera un impôt de 363 600 $, si le dividende est un dividende ordinaire (ou 296 900 $ si le dividende est déterminé).

Alternative

Au lieu de mettre en place la planification précédente, Opco procède à une augmentation de son CV de 999 999 $. Compte tenu du fait que le dividende présumé est supérieur au revenu protégé, le montant total serait assujetti au paragraphe 55(2) L.I.R. Gesco ne fait aucun choix en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. et s'impose donc sur un gain en capital. Un impôt immédiat de 228 500 $[10] sera payable par Gesco. Cependant, Gesco créera un CDC de 500 000 $ et un impôt en main remboursable au titre de dividende (ci-après « IMRTD ») de 133 333 $.

Subséquemment, Gesco déclare un dividende provenant de son CDC de 500 000 $ et déclare un dividende avec le solde de 404 833 $ (soit le solde de son encaisse plus l'IMRTD qu'elle récupérera en entier). À la réception de cette somme, M. X s'imposera sur ce dividende. Enfin, il lui restera dans ses mains 757 600 $ sur 1 M$ de sa transaction. En conséquence, il aurait

[10] L'impôt serait plutôt de l'ordre de 232 900 $, si le gain était réalisé en 2009, compte tenu des modifications de taux pour les sociétés de placement comme nous pouvons le constater à l'annexe A.

payé 242 400 $ d'impôt globalement. Force est de constater que l'alternative permet finalement une économie d'impôt de plus de 121 200 $.

Constat

Donc, le fait de ne pas désigner le dividende comme provenant du revenu protégé permet une économie de plus de 12,12 %, si l'actionnaire désire retirer ces sommes d'argent entre ses mains personnelles. Il faut encore ici comparer ces 12,12 % d'impôt avec le pourcentage de 36,36 % de taux d'imposition que l'actionnaire aurait payé sur son dividende, soit une économie de plus d'un tiers d'impôt. Alors est-il toujours avantageux de faire le choix du paragraphe 55(2) L.I.R.? À la lumière de ce qui précède, le choix du revenu protégé est plus pénalisant, dans la situation où l'actionnaire désire retirer les sommes d'argent dans ses mains personnelles à une plus brève échéance.

Il faut donc maintenant, à la suite des modifications de taux, bien analyser les besoins financiers de l'actionnaire afin de voir s'il existe réellement un avantage à effectuer le choix du revenu protégé en fonction des besoins réels de l'actionnaire et des retraits que ce dernier désirerait faire au cours des années subséquentes. Avant de pouvoir récupérer ce coût supplémentaire, cela pourrait donc prendre plusieurs années. En effet, compte tenu du fait qu'aucun impôt n'est payable immédiatement par la société, cette somme d'argent peut donc être investie et générer des revenus qui permettraient de compenser le taux d'imposition supérieur lors du versement de ces actifs à son actionnaire. Cela peut représenter plus de 20 ans d'attente afin d'éventuellement compenser cet écart. Dans la situation où le taux d'imposition du dividende versé est un dividende déterminé, cela prendrait un peu plus de cinq ans avant de compenser cet écart.

Cependant, il faut toujours indiquer que le tout est basé sur les taux actuels et, étant donné qu'il y a eu de nombreuses modifications au cours des dernières années, nous ne pouvons affirmer que de nouvelles modifications ne pourront avoir lieu au cours des prochaines années, surtout compte tenu de l'écart entre le gain en capital et le dividende et du fait que certaines planifications plus « agressives » seront mises en place pour favoriser la nature du gain en capital *versus* la nature du dividende. Les autorités fiscales seront appelées à réviser le système d'imposition et vraisemblablement à réduire cet écart en remodifiant le taux de remboursement de l'IMRTD, tout en essayant de se maintenir ou de se rapprocher d'une parfaite intégration.

Nous pouvons donc constater que l'augmentation importante du taux d'imposition a fait en sorte d'éliminer l'avantage de l'utilisation du choix du revenu protégé.

5. UTILISATION DES PERTES EN CAPITAL

Le premier réflexe que tout contribuable peut avoir est d'essayer d'utiliser les pertes en capital que sa société possède afin d'éliminer l'impôt immédiat sur un gain en capital qu'il réalisera. Cependant, est-ce que, d'un point de vue fiscal, cela est réellement avantageux?

Prenons l'exemple suivant :

M. X détient 100 % de la société Gesco, laquelle a des pertes en capital reportées de 100 000 $ et possède un bien ayant une plus-value de 100 000 $. Le coût du bien est de 1 $. Selon les anciens principes, nous aurions conseillé que la société dispose du bien de 100 000 $ et utilise ses pertes en capital. Elle éviterait donc l'impôt immédiat au sein de la société. Cependant, dans la situation où M. X désirerait recevoir 100 000 $ dans ses mains personnelles, la société lui déclarerait donc un dividende sur lequel il paierait un impôt de 36 360 $.

5.1. ALTERNATIVE

Au lieu d'utiliser les pertes en capital, Gesco pourrait transférer le bien par voie de roulement fiscal dans une autre société qui ne possède pas de pertes en capital, le tout sans incidences fiscales en effectuant le choix permis par l'article 85 L.I.R. Subséquemment, la nouvelle société disposerait du bien et réaliserait donc un gain en capital, ce qui impliquerait le paiement d'un impôt immédiat de l'ordre de 22 850 $ (ou de 23 286 $ à partir de 2009). Cela permettrait également la création d'un IMRTD et d'un CDC de 50 000 $. Subséquemment, si nous désirons verser le montant net entre les mains de l'actionnaire, à la suite de la disposition de ce bien, nous pourrions alors déclarer un CDC de 50 000 $ et verser le solde de la disposition sous forme de dividende en récupérant l'IMRTD. Finalement, il resterait entre les mains de l'individu une somme de 75 760 $, soit un taux effectif de 24,24 % d'impôt sur la disposition de son bien.

Constat

D'un point de vue fiscal, il resterait beaucoup plus d'argent entre les mains personnelles de l'individu s'il n'utilisait pas ces pertes en capital, ce

qui lui permettrait de pouvoir recevoir son CDC et récupérer son IMRTD sur cette transaction.

En conséquence, d'une manière pratique, compte tenu des taux d'imposition et selon les besoins personnels de l'actionnaire, il n'est plus réellement avantageux d'utiliser les pertes en capital au sein d'une société à l'encontre d'un gain en capital si des sommes d'argent doivent être versées à l'actionnaire et sur lesquelles ce dernier doit s'imposer par voie de dividende. Une fois de plus, le tout est une question de besoins et de délais à l'intérieur desquels l'argent doit être remis entre les mains de l'actionnaire.

Toutefois, dans ce genre de situation, il est important de bien s'assurer de la création du CDC afin de pouvoir le remettre entre les mains de l'actionnaire. En effet, si la société a des pertes en capital non utilisées, il est fort possible que son CDC soit actuellement négatif et, en conséquence, la réalisation d'un gain en capital sur lequel la société n'utiliserait pas sa perte en capital ne pourrait créer un CDC qui pourrait être versé à l'actionnaire. Il faut donc faire attention et bien isoler le CDC dans une société à l'intérieur de laquelle aucune perte en capital n'existe, afin de pouvoir mettre en place cette planification d'une manière adéquate. Encore une fois, les règles empiriques qui nous indiquaient d'utiliser tous les bénéfices fiscaux incluant les pertes en capital sont remises complètement en question en fonction des besoins réels de l'actionnaire particulier.

On peut donc constater à l'annexe G le taux effectif d'un gain en capital réalisé par une société selon le type de dividende qui est versé. À partir de ce tableau, nous constatons que le taux d'imposition d'un dividende d'un particulier, qu'il soit ordinaire ou déterminé, est toujours de beaucoup supérieur.

6. UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION

6.1. REVENU DE PLACEMENT

À la suite des modifications des taux d'imposition des dividendes ainsi que du taux d'imposition des revenus de placement, nous avions comme principe antérieurement d'indiquer qu'il n'y avait aucun avantage à gagner des revenus par l'intermédiaire d'une société de placement, compte tenu du fait que le taux d'imposition initial était plus élevé que le taux du particulier. Cependant, à la suite des modifications de ces taux d'imposition, est-ce que la même règle s'appliquerait? Un des éléments qui influençait notre règle

antérieure est qu'il existait une taxe sur le capital au niveau québécois. Cependant, après l'annonce de Revenu Québec dans son dernier budget[11] concernant l'élimination de la taxe sur le capital à partir du 1er janvier 2011, ce commentaire n'est donc plus nécessaire. Nous devons comparer les taux réels avec le taux d'imposition marginal du particulier afin de voir s'il existe un avantage.

Compte tenu de l'écart favorable d'une société de placement d'environ 1,65 %, il n'y a plus de différence entre le fait de gagner un revenu de placement à l'intérieur d'une société *versus* directement par l'individu. De plus, lorsqu'on regarde le tableau des taux effectifs à l'annexe F, nous constatons que l'écart de 0,81 % supérieur lorsque le revenu de placement est gagné dans une société est maintenant minime et non matériel. En conséquence, il n'y a plus de différence entre gagner un revenu par l'intermédiaire d'une société de gestion *versus* personnellement. Nos sociétés de gestion peuvent maintenant être maintenues et utilisées sans être obligées de verser l'ensemble de leurs bénéfices annuels afin de récupérer l'IMRTD pour faire des placements dans les mains personnelles de l'actionnaire.

De plus, existe-t-il d'autres avantages à utiliser la société de gestion pour détenir des placements? Elle profite d'un léger report d'impôt; le gain en capital immédiat est imposé à un taux légèrement inférieur à celui du particulier, soit 23,29 % *versus* 24,11 %. De plus, au décès, compte tenu de la création du compte d'IMRTD, il y a tout avantage à récupérer cet IMRTD et à payer un impôt sur une base de dividende dans les mains de la succession au lieu d'un gain en capital dans les mains du décédé. En effet, compte tenu du fait que l'impôt est payé d'avance, il y a tout avantage à procéder au rachat des actions de la succession en récupérant l'IMRTD, ce qui permettra subséquemment de créer une perte en capital qui pourrait venir réduire le gain en capital réalisé dans la déclaration du décédé.

Toutefois, il faut faire attention à l'application potentielle du paragraphe 112(3) L.I.R., qui, en règle générale, dans la situation présente ne devrait pas avoir d'incidences négatives. Il n'y a donc aucun avantage à verser annuellement les rendements sur les placements en vue de récupérer l'IMRTD, étant donné qu'actuellement le taux de remboursement de l'IMRTD est inférieur de 3 % à l'impôt que le particulier aurait à payer (36,36 % *versus* 33,33 %). Avant 2006, il y avait un certain avantage à

---

[11] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 24 mai 2007.

récupérer cet IMRTD, compte tenu des taux d'imposition de la société, de la taxe sur le capital et du taux d'imposition du dividende pour le particulier.

6.2. REVENU ACTIF – DPE

En ce qui concerne les revenus d'entreprise, y a-t-il un avantage à laisser les sommes d'argent à l'intérieur d'un groupe corporatif en vue de gagner des revenus de placement ou y aurait-il lieu simplement de les verser à l'actionnaire afin que ce dernier s'impose immédiatement et investisse cet argent personnellement? À ce propos, compte tenu de l'ensemble des taux d'imposition, il n'y a plus vraiment d'avantages à verser le montant immédiatement entre les mains de l'actionnaire pour que ce dernier puisse effectuer ses placements, compte tenu du fait qu'il devra s'imposer sur un dividende ordinaire. Il a donc avantage à accumuler ses bénéfices, soit dans la société ou dans une société de gestion, afin d'isoler ses placements des risques commerciaux de son entreprise et de gagner ces revenus au sein de sa société sous forme de placements. Le versement annuel des revenus afin de récupérer l'IMRTD n'est plus une règle qui doit être utilisée; les sommes peuvent donc demeurer au sein des sociétés jusqu'au moment où les besoins réels de l'actionnaire se réaliseront. En effet, compte tenu du taux effectif des revenus de placement qui est quasi identique au taux maximum d'un particulier, l'accumulation des sommes d'argent est maintenant une règle que nous devons suivre.

De plus, au décès, les bénéfices qui se sont accumulés pourraient ressortir à l'intérieur du groupe corporatif par voie de gain en capital par la mise en place d'une planification adéquate. Cela permettrait alors une économie supérieure au versement d'un dividende.

En effet, dans la déclaration du décédé, nous pourrions alors réaliser le gain en capital. Subséquemment, la succession pourrait transférer les actions dans une nouvelle société par voie de roulement fiscal et recevoir un billet correspondant au PBR des actions (soit la JVM des actions au moment du décès). Par la suite, la société exploitante pourrait être liquidée au sein d'une nouvelle société. Cette nouvelle société pourrait alors être liquidée ou ses biens pourraient être transférés à la succession ou cette société pourrait simplement rembourser la succession. Cela permettra donc de ressortir l'ensemble des bénéfices en ne payant qu'un impôt équivalant au taux d'imposition d'un gain en capital et non d'un dividende, ce qui globalement réduirait donc le taux effectif à 38,53 %, soit une baisse de plus de 9,92 % (voir annexe L).

En conséquence, l'accumulation des sommes et la mise en place d'une planification testamentaire adéquate permettent une économie supérieure de près de 10 % afin de sortir les sommes d'argent de la société *versus* le fait de les retirer immédiatement par voie de dividende ordinaire.

6.3. REVENU ACTIF NON ADMISSIBLE

Maintenant, dans le cas où le revenu est un revenu d'entreprise actif, mais non admissible à la DPE et imposable à un taux corporatif élevé, est-ce que les mêmes commentaires que ceux pour la DPE s'appliqueront également? Dans un premier temps, il y a un léger désavantage, compte tenu du fait que le taux effectif (voir annexe F) est supérieur de l'ordre d'environ 2,84 %, mais le report d'impôt au sein de la société représente plus de 17,82 %. En conséquence, si l'argent demeure relativement longtemps (plus de 10 ans) au sein de la société, les revenus générés par ce report d'impôt compenseront donc et il deviendra avantageux d'accumuler l'argent au sein de la société.

De plus, s'il est possible, en cas de décès, de pouvoir transférer les revenus d'entreprise accumulés au sein de la société sous forme de gain en capital par le même genre de planification que nous avons vu pour la DPE, le taux effectif diminuerait donc en deçà de 48 %, soit le taux marginal d'imposition du particulier. Il deviendrait alors avantageux de laisser l'argent au sein de la société, et ce, même à court terme, s'il est possible par une bonne planification testamentaire de convertir le dividende en gain en capital.

Constat

Quel que soit le genre de revenu gagné par la société, il est avantageux de le laisser au sein de la société jusqu'au décès du particulier, à moins que ce dernier n'ait des besoins. En outre, il n'est plus nécessaire de vouloir sortir à tout prix l'argent du cadre sociétaire afin d'en tirer un avantage fiscal en considérant les différents taux d'imposition. Le cumul devient donc la planification adéquate dans un cadre de revenu gagné par l'intermédiaire d'une société. De plus, dans le cadre des revenus de placement, il n'y a plus de différence entre gagner le revenu personnellement ou dans un cadre corporatif, ce qui représente une différence par rapport aux règles antérieures à 2006.

7. RÉMUNÉRATION

À la lumière de ce qui précède, il devient facile de déterminer le mode de rémunération d'un actionnaire. En effet, les anciennes règles empiriques nous indiquaient, lorsque le revenu était admissible à la DPE, qu'il était plus avantageux de recevoir sa rémunération par voie de dividendes et que, dans les autres situations, il était plus avantageux de recevoir sa rémunération sous forme de salaires[12]. De plus, il était avantageux de verser sous forme de bonis tout le revenu imposé qui aurait été assujetti au taux corporatif élevé, compte tenu des taux d'imposition et du fait que le cumul au sein d'une société n'était pas avantageux.

À la suite des modifications des divers taux et de ce que nous venons de voir dans les pages précédentes, le constat aujourd'hui est fort différent. En effet, en fonction du tableau des taux effectifs (voir annexe F), il demeure plus avantageux de recevoir sa rémunération par voie de salaires, et ce, quel que soit le genre de revenu gagné par la société. De plus, le salaire permet une contribution au régime enregistré d'épargne-retraite, ce qui augmente son avantage.

En ce qui concerne maintenant le fait de vouloir verser les revenus imposés à un taux corporatif élevé, c'est une chose du passé. En effet, compte tenu de la baisse du taux d'imposition importante des revenus actifs non admissibles à la DPE et des commentaires que nous avons faits dans la section précédente concernant le cumul, il n'existe plus aucun avantage maintenant à verser les revenus imposés à un taux corporatif élevé par voie de salaires à l'actionnaire pour que ce dernier puisse les réinvestir. En effet, la mise en place d'une bonne planification testamentaire permet maintenant d'en tirer un avantage à très court terme en laissant l'argent au sein de la société. De plus, si la planification testamentaire n'est pas effectuée d'une manière adéquate, mais que l'argent demeure au sein de la société pour une période de plus de 10 ans, l'actionnaire sera encore gagnant, pour avoir laissé les sommes d'argent au sein de la société.

Enfin, le fait de laisser l'argent au sein de la société permet donc avec le report d'impôt (48,22 % – 30,4 % = 17,82 %) de pouvoir utiliser cet argent à bon escient au sein de l'entreprise, de payer ses dettes plus rapidement et vraisemblablement d'avoir de meilleurs rendements dans un cadre corporatif.

---

[12] L. LACOMBE, *loc. cit.*, note 5.

La règle d'or aujourd'hui en matière de rémunération est maintenant toute simple, car toute rémunération doit être versée sous forme de salaires. Dans un cadre corporatif, il est clair que, s'il est possible de retirer des sommes d'argent autrement que par voie de salaires, cela peut quand même être avantageux. En effet, si l'actionnaire avait des avances à recevoir de sa société, le versement d'intérêts raisonnables pourrait être avantageux pour lui, compte tenu du fait que les intérêts ne sont pas assujettis aux déductions à la source. Recevoir sa rémunération sous forme de salaires pourrait permettre une économie supérieure.

Compte tenu de tous ces changements, existe-t-il un avantage à recevoir des dividendes de sociétés privées?

Dans un cadre de planification familiale, il peut y avoir encore certains avantages à retirer des sommes par voie de dividendes d'une société. En effet, selon la nature du dividende, lorsqu'un particulier reçoit un dividende ordinaire qui ne représente que son seul revenu, ce particulier pourrait recevoir jusqu'à 32 000 $, dont 18 000 $ sans payer aucun impôt au fédéral ni au Québec. Cependant, les 14 000 $ supplémentaires seraient assujettis à l'impôt québécois seulement. Dans le cas d'un dividende déterminé, les 32 000 $ sont modifiés pour une somme de 65 000 $ et les 18 000 $, pour une somme de 25 500 $. En conséquence, dans un cadre de planification globale, lorsqu'on peut verser des dividendes, par exemple, à des enfants majeurs qui n'ont aucune source de revenu, le retrait des sommes du groupe corporatif par voie de dividende est donc avantageux jusqu'à concurrence de ces sommes d'argent.

Sur la base d'un taux effectif, lorsque le contribuable a des revenus qui peuvent provenir d'autres sources, ou tout simplement qu'il lui est possible de réaliser un gain en capital pour retirer des sommes de sa société (comme en fait foi l'annexe M, qui établit le taux effectif pour chaque dollar supplémentaire en fonction de différents paliers), nous pouvons constater, dans le cas d'un dividende ordinaire, qu'à partir du moment où le revenu perçu par le particulier est supérieur à 11 944 $ il est avantageux de recevoir les sommes provenant de sa société par voie de gain en capital et non de dividende. Dans le cas d'un dividende déterminé, cette somme de 11 944 $ augmente à 28 710 $.

En conséquence, s'il existe d'autres sources de revenu pour le particulier, à partir du moment où son revenu provenant d'autres sources, avant la réception d'un dividende ou d'un gain en capital, est supérieur à 28 710 $ (ou 11 944 $ dans le cas d'un dividende ordinaire), il n'existe donc plus aucun avantage à recevoir cet argent sous cette forme. En conséquence,

il y a donc lieu de voir et de mettre en place différentes planifications afin de pouvoir recevoir et retirer des sommes d'argent de sa société par voie de gain en capital et non de dividende.

8. AUTRES PLANIFICATIONS

1) Compte tenu du fait que nous aurons favorisé le gain en capital, il y aurait peut-être lieu dans certaines situations, lorsqu'un actionnaire possède des biens personnels sur lesquels il a un gain en capital important et qu'il veut retirer de l'argent de sa société, qu'il transfère ses biens à la JVM à sa société, qu'il réalise son gain en capital et qu'il récupère le montant global sous forme d'argent sans avoir à disposer des biens. Dans ce cadre, le retrait s'effectue par voie de gain en capital et non par voie de dividende présumé, ou par voie de roulement fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R., dans le cas où ce transfert avait été effectué et suivi d'un rachat de ses actions.

2) Nous pourrions également envisager, si une plus-value existe sur des biens dans la société, de transférer ces biens à une autre société en réalisant le gain en capital, ce qui permettrait alors de réaliser un CDC et de pouvoir retirer, à ce moment, ce gain avec moins d'incidences fiscales entre les mains de l'actionnaire. En effet, comme en fait foi l'annexe G, le taux effectif d'un gain en capital pour les années 2009 et suivantes est de l'ordre de 24,52 % versus le retrait de la même somme d'argent par voie de dividende imposé entre les mains de l'actionnaire à 36,36 %. Il y aurait donc avantage, plutôt que de verser les dividendes, à voir s'il n'y aurait pas lieu de réaliser des gains en capital au sein de la société sur les actifs qu'elle possède, incluant, par exemple, son achalandage, sa liste de clients, ses immobilisations et l'ensemble de ses biens, afin de permettre de retirer des sommes d'argent à un coût fiscal moins élevé pour l'actionnaire que celui de recevoir un dividende. Il faut toutefois faire attention, dans le cas où on réalise des gains en capital à l'intérieur d'un groupe corporatif, comme nous l'avons indiqué précédemment, de s'assurer de la création réelle du CDC.

   La seule situation où il est encore intéressant de verser un dividende est lorsque la société a de l'IMRTD. En effet, étant donné que l'impôt est déjà payé, le versement d'un dividende pour récupérer l'IMRTD permet, d'un point de vue cash flow, d'être avantageux pour l'actionnaire au lieu de recevoir un montant sous forme de gain en capital sur lequel il y aurait un impôt plus important à payer immédiatement sans récupération de cet IMRTD.

De plus, il faut quand même faire attention à certaines règles antiévitement, par exemple, celles énoncées à l'article 84.1 L.I.R., qui présument qu'un gain en capital réalisé pourrait être un dividende. Toutefois, cela vise des situations particulières, soit le transfert d'actions entre personnes ayant un lien de dépendance et, subséquemment, le fait que la société soit rattachée. En conséquence, dans la situation où la société ne serait pas rattachée après le transfert, cet article ne devrait pas s'appliquer et le gain en capital demeurerait donc valide entre les mains de l'actionnaire.

CONCLUSION

Que pouvons-nous ajouter de plus au fait :

- que l'ensemble des règles empiriques est maintenant chose du passé;
- qu'on doit aujourd'hui :
  - favoriser la réalisation d'un gain en capital,
  - minimiser le versement de dividende,
  - favoriser le cumul à l'intérieur du groupe corporatif,
  - verser la rémunération sous forme de salaire seulement, et
  - revoir nos planifications successorales ainsi que nos conventions d'achat et rachat au décès afin de favoriser le maintien d'avantages fiscaux pour les actionnaires survivants.

Il est également important de souligner que le tout est basé sur les règles et les propositions actuelles et, advenant la modification de l'écart entre un gain en capital et un dividende, ou le taux d'imposition corporatif, il faudrait penser alors à revoir l'ensemble de ces planifications. L'élément qui aurait une influence importante sur la planification serait une réduction appréciable de l'écart entre un gain en capital et un dividende, élément qui est à la source des nouvelles règles du pouce d'aujourd'hui (voir annexe N). Cela ne pourrait provenir que du gouvernement québécois, étant donné que ces écarts n'existent pas dans les autres provinces canadiennes.

ANNEXE A

Taux corporatifs combinés – PME[1]

	2005 (%)	Avant le 23 mars 2006 (%)	Après le 23 mars 2006/2007 (%)	Après le 20 février 2007 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)	2011 (%)
DPE (Annexe B)	*22,02*	*21,62*	*21,12*	*19,50*	*19,50*	*19*	*19*	*19*
Autre revenu								
– Entreprise (Annexe C)	31,02	32,02	32,02	31,90	31,90	31,90	30,90	30,40
– Placement (Annexe D)	52,04	52,04	52,04	45,69	46,07	46,57	46,57	46,57

[1] Données mises à jour au 31 octobre 2007.

ANNEXE B

Taux de base applicable – Revenu admissible à la DPE[1]

Années	Québec (%)	Fédéral (%)	Combiné (%)
2005	8,9	13,12	22,02
23/03/06	8,5	13,12	21,62
2006-2007	8	13,12	21,12
2008	8	11	19
2009	8	11	19
2010	8	11	19
2011	8	11	19

(1) Données mises à jour au 31 octobre 2007.

ANNEXE C

Taux de base applicable au revenu d'entreprise[1]

Années	Québec (%)	Fédéral (%)	Combiné (%)
2005	8,90	22,12	31,02
2006	9,90	22,12	32,02
2007	9,90	22,12	32,02
2008	11,40	19,50	30,90
2009	11,90	19	30,90
2010	11,90	18	29,90
2011	11,90	16,50	28,40
2012	11,90	15	26,90

(1) Données mises à jour au 31 octobre 2007.

ANNEXE D

Taux de base applicable aux revenus de placement

Années	Québec (%)	Fédéral (%)	Combiné (%)
2005	16,25	35,79	52,04
2006	16,25	35,79	52,04
2007	16,25	35,79	52,04
Après le 20 février 2007	9,90	35,79	45,69
2008	11,40	34,67	46,57
2009	11,90	34,67	46,57
2010	11,90	34,67	46,57
2011	11,90	34,67	46,57

ANNEXE E

Taux d'imposition 2006 et suivants – Taux d'imposition des dividendes (après budget)

	2005 (%)	Avant le 23 mars 2006 (%)	Après le 23 mars 2006 (%)
Grandes entreprises	32,82	28,61	29,69
Autres entreprises	32,82	32,82	36,36

	Fédéral depuis le 14 janvier 2006 (%)	Québec 23 mars 2006 (%)	Québec avant 24 mars 2006 (%)
Dividende déterminé			
• Taux majoration	45	45	25
• Crédit d'impôt dividende majoré	18,966	11,90	10,83
Dividende ordinaire			
• Taux majoration	25	25	25
• Crédit d'impôt dividende majoré	13,33	8	10,83

ANNEXE F

Taux effectifs combinés

	2005	Avant le 23 mars 2006	Après le 23 mars 2006/2007	Après le 20 février 2007	2008	2009	2010	2011	2012
	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)
Intégration									
- DPE	47,60	47,34	49,80	49,80	48,45	48,45	48,45	48,45	48,45
Intégration									
- Grande entreprise	53,65	51,47	52,20	52,20	51,42	51,42	50,71	49,66	48,60
- Revenu de placement	51,66	54,22	54,22	48,47	48,71	49,03	49,03	49,03	49,03
- Particulier	48,22	48,22	48,22	48,22	48,22	48,22	48,22	48,22	48,22

ANNEXE G

Taux d'imposition – Gain en capital

Taux combiné PME	2005	Avant le 23 mars 2006	Après le 23 mars 2006	Après le 20 février 2007	2008	2009
	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)
Particulier, société et remise à l'actionnaire	24,11	24,11	24,11	24,11	24,11	24,11
Dividende déterminé	25,83	24,32	24,71	21,54	21,67	21,85
Dividende ordinaire	25,83	25,83	27,11	24,24	24,36	24,52

ANNEXE H

Influence de ces changements sur les planifications

Résumé

	Règles actuelles ($)
Actionnaire décédé	
Gain en capital au décès	1 000 000
Perte en capital reportée (par. 164(6) L.I.R.)	500 000
Gain en capital net	500 000
Impôt à payer	120 550
Succession	
Perte en capital	(1 000 000)
Report rétrospectif de la perte – Paragraphe 164(6) L.I.R. Ajustement selon paragraphe 112(3.2) L.I.R.	(500 000)
Perte en capital refusée	500 000

ANNEXE I

Influence de ces changements sur les planifications – Traitement des pertes sur actions

Rachat d'actions après décès

	CDC 100 % Situation 1 ($)	CDC à 50 % Situation 2 ($)	Pas de CDC Situation 3 ($)
Dernière déclaration de revenus de l'actionnaire décédé			
- Produit de disposition réputé au décès	1 000 000	1 000 000	1 000 000
- PBR	(1)	(1)	(1)
- Gain en capital	999 999	999 999	999 999
- Gain en capital imposable	500 000	500 000	500 000
- Perte en capital déductible provenant de la succession (voir ci-dessous)	(250 000)	(500 000)	(500 000)
- Gain en capital imposable net	250 000	0	0
Première déclaration de revenus de la succession			
- Prix de rachat	1 000 000	1 000 000	1 000 000
- CV	(1)	(1)	(1)
- Dividende réputé	999 999	999 999	999 999
- Dividende en capital	999 999	500 000	0
- Produit de disposition (net du dividende)	1	1	1
- PBR	(1 000 000)	(1 000 000)	(1 000 000)
- Perte en capital	(999 999)	(999 999)	(999 999)
- Perte refusée	499 999	0	0
- Perte en capital	(500 000)	(999 999)	(999 999)
- Perte en capital déductible pouvant être reportée à la déclaration de l'actionnaire décédé	(250 000)	(500 000)	(500 000)
Impôt total à payer par l'actionnaire décédé et la succession			
- Gain en capital	120 550	-	-
- Dividende ordinaire	-	181 800	363 600
- Dividende déterminé	-	148 450	296 900

ANNEXE J

Influence de ces changements sur les planifications – Traitement des pertes sur actions

Rachat d'actions après décès

	Achat direct Situation 4 ($)	CDC 875 000 $ Situation 5 ($)
Dernière déclaration de revenus de l'actionnaire décédé		
- Produit de disposition réputé au décès	1 000 000	1 000 000
- PBR	1	(750 000)
- Gain en capital	1 000 000	250 000
- Gain en capital imposable	500 000	125 000
- Perte en capital déductible provenant de la succession (voir ci-dessous)	-	(125 000)
- Gain en capital imposable net	500 000	0
Première déclaration de revenus de la succession		
- Prix de rachat		250 000
- CV		(1)
- Dividende réputé		249 999
- Dividende en capital		125 000
- Produit de disposition (net du dividende)		1
- PBR		(250 000)
- Perte en capital		(249 999)
- Perte refusée		-
- Perte en capital		(249 999)
- Perte en capital déductible pouvant être reportée à la déclaration de l'actionnaire décédé		(249 999)
Impôt total à payer par l'actionnaire décédé et la succession		
- Gain en capital	241 100	-
- Dividende ordinaire	-	45 450
- Dividende déterminé	-	37 113

ANNEXE K

Compte de dividendes en capital – Qui doit en bénéficier?

Formule pour règle de 50 %

$$\frac{A \times (1 - B) \times (C - D) = \text{Écart}}{1 - (1 - B) \times (C)}$$

A : Prix de vente initial

B : Pourcentage du CDC versé (50 %)

C : Taux d'impôt d'un dividende

D : Taux d'impôt d'un gain

Actuellement, augmentation du prix de vente de 7,486 % (3,276 % dividende déterminé).

ANNEXE L

Retrait gain en capital au décès

Taux effectif

	2009 (%)	2010 (%)	2011 (%)
DPE – Dividende	48,45	48,45	48,45
Gain en capital	38,53	38,53	38,53
Grande entreprise	52,10	51,42	51,06
Gain en capital	48,32	47,56	47,18

ANNEXE M

Taux marginal 2006

Revenu imposable ($)	Dividende		Gain en capital	
	Ordinaire (%)	Déterminé (%)	Ordinaire (%)	Déterminé (%)
8 839	2	(4,5)	0	0
11 944	12	1,45	0	0
22 097	12	1,45	6,35	-
25 633	12	1,45	6,35	6,35
28 710	17	7,25	6,35	6,35
29 860	17	7,25	14,35	6,35
34 638	17	7,25	14,35	14,35
36 378	24,05	15,42	14,35	14,35
57 430	24,05	15,42	14,35	14,35
71 775	24,05	15,42	16,35	14,35
72 756	33,22	26,06	16,35	14,35
83 259	33,22	26,06	16,35	16,35
90 945	33,22	26,06	19,2	16,35
105 496	33,22	26,06	19,2	19,2
118 285	36,36	29,69	19,2	19,2
143 575	36,36	29,69	21,2	19,2
166 547	36,36	29,69	21,2	21,2
181 890	36,36	29,69	22,8	21,2
210 992	36,36	29,69	22,8	22,8
295 712	36,36	29,69	24,1	22,8
343 027	36,36	29,69	24,1	24,1

ANNEXE N

Règle du pouce

ACHAT VENTE AU DÉCÈS

– Règle de 50 % et rajustement 7,486 % (3,276 % du dividende déterminé)

CORPORATIF

– Favoriser gain en capital

– Choix revenu gagné – (Oui, pour besoins à long terme seulement)

– Utilisation de la perte en capital – (Oui, pour besoins à long terme)

– Cumul au sein des sociétés

RÉMUNÉRATION

– Salaire (soumis à raisonnabilité)

ANNEXE O

Intégration

Comparaison avec les autres provinces

Taux combinés fédéral et provinciaux pour 2007	Salaires et intérêts (%)	Gains en capital (%)	Dividendes ordinaires (%)	Dividendes déterminés (%)
Terre-Neuve	47,04	23,52	35,6	30,63
Nouvelle-Écosse	48,25	24,13	33,06	28,35
Île-du-Prince-Édouard	47,37	23,69	33,61	24,44
Nouveau-Brunswick	46,95	23,48	35,4	23,18
Québec	48,22	24,11	36,36	29,69
Ontario	46,41	23,21	31,34	24,64
Manitoba	46,4	23,2	36,75	23,83
Saskatchewan	44,0	22,0	30,83	20,35
Alberta	39,0	19,5	25,21	17,45
Colombie-Britannique	43,7	21,85	31,58	18,47
Yukon	42,4	21,2	30,49	17,23
Nunavut	40,5	20,25	28,96	22,24
Territoires-du-Nord-Ouest	43,05	21,53	29,65	18,25

ANNEXE P

Taux effectifs 2007

Provinces	DPE (%)	Revenus actifs autres: Revenu de placement (%)	Revenus actifs autres: Dividende déterminé (%)	Revenus actifs autres: Dividende ordinaire (%)	Particuliers (%)
Québec	49,80	48,47	52,18	56,70	48,22
Terre-Neuve-et-Labrador	47,30	51,50	55,70	58,80	47,04
Nouvelle-Écosse	45,20	51,60	55,60	58,60	48,25
Île-du-Prince-Édouard	45,40	52,00	53,20	58,90	47,37
Nouveau-Brunswick	47,10	50,40	50,10	58,10	46,95
Ontario	44,10	48,30	51,80	56,10	46,41
Manitoba	46,90	52,40	51,30	59,60	46,40
Saskatchewan	43,00	47,90	48,70	55,50	44,00
Alberta	37,30	39,50	43,90	49,20	39,00
Colombie-Britannique	43,60	46,40	46,30	54,90	43,70
Nunavut	41,10	44,40	48,80	53,20	40,50
Territoires-du-Nord-Ouest	41,70	44,40	45,70	53,30	43,05
Yukon	42,40	48,70	47,90	56,30	42,40

LE CHOIX DE L'ENTITÉ POUR EXPLOITER UNE ENTREPRISE PRIVÉE – AVANTAGES ET DÉSAVANTAGES



Thomas W. Copeland
Avocat, LL. M.
Fasken Martineau DuMoulin
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 2:3

1. ENTREPRISE INDIVIDUELLE 2:4

2. COENTREPRISE 2:8

3. SOCIÉTÉ DE PERSONNES 2:12

4. SOCIÉTÉ EN COMMANDITE 2:23

5. FIDUCIE COMMERCIALE 2:26

6. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE 2:29

6.1. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE DE NOUVELLE-ÉCOSSE 2:30

6.2. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE D'ALBERTA 2:30

6.3. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE DE COLOMBIE-BRITANNIQUE 2:31
6.4. MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE PROJET DU CINQUIÈME PROTOCOLE 2:32

7. SOCIÉTÉ 2:33

CONCLUSION 2:43

INTRODUCTION*

Le client arrive dans votre bureau muni d'une idée bien développée. En fait, force est d'admettre que l'idée d'entreprise est brillante! Tout excité, le client vous dit : « Maître, on incorpore une société aujourd'hui et on commence le travail! »

Rare est le professionnel qui n'a pas déjà entretenu une conversation de ce genre. La tendance naturelle serait effectivement de procéder sur-le-champ à l'incorporation d'une société par actions sans trop réfléchir aux autres types d'entités qui s'offrent à un entrepreneur exploitant une entreprise privée. Il est opportun de poser la question : « Est-ce que l'incorporation d'une société par actions est toujours la meilleure option pour le client? »

Ce texte effectuera un survol des différentes entités qui peuvent être utilisées comme véhicule pour l'exploitation d'une entreprise privée au Canada. À travers les différentes descriptions, nous essaierons d'identifier certains des avantages et aussi certains des inconvénients qui distinguent les différentes entités. Nous verrons que le choix ultime dépendra bien souvent des faits propres à chaque cas.

Aux fins de ce texte, nous examinerons les entités (ou les situations) suivantes dans le contexte de l'exercice d'une entreprise privée au Canada :

- l'entreprise individuelle;
- la coentreprise;
- la société de personnes;
- la société en commandite;
- la fiducie commerciale;
- la société à responsabilité illimitée; et
- la société par actions.

---

* L'auteur tient à remercier M^me^ Marie-Hélène Fontaine pour ses contributions substantielles à ce texte.

Il faut préciser cependant que cette analyse ne prétend pas traiter de manière exhaustive de tous les avantages et désavantages pouvant survenir dans le contexte de toutes les situations imaginables.

Avant de procéder, il vaut mieux aussi se rappeler que les considérations fiscales relatives au choix d'une entité pour l'exploitation d'une entreprise ne constituent qu'un des éléments à considérer parmi tant d'autres. Bien que difficile pour un avocat spécialisé en droit fiscal de l'admettre, il faut tout de même reconnaître que, très souvent, les considérations fiscales ne figurent même pas parmi les principaux éléments à considérer dans le cadre du choix d'une entité d'affaires. D'habitude, les considérations juridiques et commerciales priment, la fiscalité n'étant qu'un accessoire. Nous effectuerons certains commentaires à l'égard de diverses considérations juridiques ou commerciales, mais l'essentiel de ce texte portera sur l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] sur le choix d'entités pour l'exploitation d'une entreprise privée, et ce, dans la province de Québec.

1. ENTREPRISE INDIVIDUELLE

L'individu qui exerce seul son entreprise constitue le meilleur point de départ de l'analyse des avantages et inconvénients des différentes entités pouvant être utilisées pour exploiter une entreprise privée au Québec.

La mise en place de la structure de l'entreprise individuelle est relativement simple et engendre des frais minimes. L'individu n'a pas à conclure, par exemple, un contrat avec ses associés. Il n'a pas non plus à payer de frais ni à respecter les exigences formelles reliées à l'incorporation d'une société. Le danger qui guette un tel informalisme est sans doute que l'individu néglige l'aspect organisationnel de son entreprise. Il n'y a cependant pas absence totale de conditions d'enregistrement. En vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*[2], une personne physique qui exploite une entreprise individuelle au Québec sous un nom ne comprenant pas son nom de famille et son prénom a l'obligation d'immatriculation.

L'entreprise individuelle n'a pas de personnalité juridique distincte de celle de son propriétaire, de sorte que l'individu doit assumer les risques de l'entreprise. Vu la responsabilité juridique importante assumée par l'individu dans le cadre de l'entreprise individuelle, celui-ci pourrait être moins porté à

---

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

2 L.R.Q., c. P-45.

supporter les risques supplémentaires inhérents à l'accroissement de l'entreprise ou à s'embarquer dans des activités engendrant plus de risques. Évidemment, si d'autres personnes s'associent à l'entreprise, une révision de la structure de l'entreprise sera nécessaire, car l'individu n'exploitera plus une entreprise individuelle.

Sur le plan fiscal, le revenu provenant de l'entreprise individuelle appartient au propriétaire. De même, les dépenses engagées ou les pertes subies dans le cadre de l'entreprise peuvent être utilisées contre d'autres sources de revenu du propriétaire. Il faut toutefois que l'individu soit discipliné, qu'il mette en place un système afin de contrôler ses coûts et de pouvoir distinguer les dépenses d'affaires et les dépenses personnelles. Il faut que l'individu établisse un objectif commercial et qu'il s'organise en conséquence.

En tenant pour acquis que le revenu d'entreprise gagné par l'individu est imposable au taux marginal d'imposition le plus élevé, l'individu paiera de l'impôt sur son revenu d'entreprise à un taux d'imposition combiné entre le fédéral et le Québec de 48,215 % (mises à part les différentes charges sociales qui pourraient être applicables).

Individu	
Revenu imposable	100 000 $
Taux d'imposition à 28 %[1]	(29 000 $)
Abattement du Québec de 16,5 %	(4 785 $)
Imposition fédérale	24 215 $
Taux d'imposition à 24 %[2]	24 000 $
Imposition provinciale totale	24 000 $
Imposition totale	48 215 $
Revenu	100 000 $
Imposition totale	48 215 $
Revenu net	51 785 $
Taux d'imposition[3]	48 215 $

Note 1 : Taux d'imposition fédéral maximal pour le revenu de 120 888 $ et plus.
Note 2 : Taux d'imposition de 24 % pour le revenu excédant 59 765 $. Cette limite sera augmentée à 75 000 $ le 1er janvier 2008.
Note 3 : Nous ne tenons pas compte de l'impôt minimum de remplacement aux fins de ce texte.

Le portrait fiscal change si l'individu ne gagne pas suffisamment de revenu pour être imposable au taux d'imposition combiné le plus élevé. Au Québec par exemple, si l'individu ne gagne que 100 000 $ de son entreprise individuelle, il pourra bénéficier des taux d'imposition progressifs et des divers crédits d'impôt personnels. En tenant pour acquis que l'individu maximise ses contributions à son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), il aura également droit à une déduction de son revenu imposable de 18 000 $. Dans une telle situation, le tableau fiscal ressemble à ceci[3] :

Individu ayant un revenu d'entreprise	
Revenu d'entreprise	100 000 $
Déduction REÉR	(18 000 $)
Déduction de 50 % pour le Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ »)	(1 990 $)
Déduction pour la partie employeur du Régime québécois d'assurance parentale (ci-après « RQAP »)	(189 $)
Revenu imposable fédéral	79 821 $
Déduction pour travailleurs	1 000 $
Revenu imposable Québec	78 821 $
Impôt fédéral	13 632 $
Abattement du Québec	(2 249 $)
Total impôt fédéral	11 383 $
Impôt Québec	13 453 $
Contribution au Fonds des services de santé	668 $
RRQ	3 980 $
RQAP	435 $
Total impôt et charges Québec	18 536 $
Total taux combinés fédéral et Québec	32 168 $

[3] Les données de ce tableau ont été tirées du site Internet www.taxtips.ca.

En tenant compte des charges sociales, l'individu ayant un revenu total de 100 000 $ paiera de l'impôt (y compris les charges sociales) à un taux combiné de 32,168 %. En ne tenant pas compte des charges sociales, le taux effectif d'imposition tombe à 24,836 %, soit la moitié du montant payable si le calcul se fait selon le taux d'imposition combiné le plus élevé.

L'individu qui démarre ses activités en entreprise individuelle n'est toutefois pas voué à terminer ses jours en utilisant la même structure. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la possibilité de transférer les actifs de l'entreprise individuelle dans certaines autres entités tout en bénéficiant d'un roulement fiscal. Par exemple, l'individu pourrait généralement transférer les actifs de son entreprise à une société de personnes ou à une société en commandite en échange d'unités de la société de personnes ou de la société en commandite en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. sans incidences fiscales immédiates. Ce choix est applicable aux actifs qui sont des immobilisations, des avoirs miniers canadiens, des avoirs miniers étrangers, des immobilisations admissibles ou des biens à porter à l'inventaire. De même, le paragraphe 85(1) L.I.R. prévoit le transfert des actifs d'une entreprise individuelle à une société par actions sans conséquences fiscales immédiates. Il faut toutefois noter que la liste des biens admissibles au roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. est un peu plus restreinte que celle des biens admissibles au roulement à une société de personnes. À titre d'exemple, l'alinéa 85(1.1)a) L.I.R. exclut de la liste de biens admissibles au roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. un bien immeuble, un droit sur un bien immeuble ou une option s'y rapportant dont une personne non résidente est propriétaire. De même, la notion de bien à porter à l'inventaire prévue à la définition de « biens admissibles » au paragraphe 85(1.1) L.I.R. exclut aussi le bien immeuble, un droit sur un tel bien et une option y afférente.

Le fait d'exploiter une entreprise individuelle n'empêche pas l'accès à certains avantages fiscaux qui sont réservés à d'autres entités. Par exemple, l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R. permet à un individu de bénéficier de l'exonération des gains en capital prévue au paragraphe 110.6(2) L.I.R. même si l'individu a exercé son entreprise lui-même et qu'aucune action n'a été détenue durant une période de 24 mois précédant la disposition. Pour ce faire, l'individu doit transférer la totalité ou la presque totalité des éléments d'actif utilisés dans son entreprise exploitée activement au Canada préalablement à la vente de l'entreprise.

Le fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la possibilité de transférer des actifs à certaines entités ne signifie pas nécessairement qu'une telle réorganisation est toujours possible. Par exemple, l'individu pourrait bien être détenteur de permis ou d'inscriptions non transférables. Par

ailleurs, si les actifs ont été hypothéqués, leur transfert à une autre entité pourrait être problématique. Une réorganisation impliquant le transfert des biens immeubles doit aussi tenir compte de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*[4] et de la possibilité de bénéficier d'une exception aux droits payables lors d'un transfert d'immeuble. Il existe, par exemple, une exemption au paiement des droits qui s'applique lorsque l'individu détient au moins 90 % des actions du capital-actions de la société bénéficiaire du transfert. Il n'est pas clair qu'un individu puisse bénéficier d'une exonération de droits sur les mutations immobilières dans le cas où celui-ci exploite une entreprise qu'il désire combiner avec les activités d'autres personnes.

Entreprise individuelle	
Avantages	***Désavantages***
La mise en place est relativement simple sans trop de complexités administratives.	Responsabilité illimitée de l'individu.
L'individu peut bénéficier des taux d'imposition progressifs.	Le taux d'imposition au Québec est relativement peu progressif. Le taux maximal d'imposition est d'environ 48,215 %.
L'individu pourrait appliquer ses pertes d'entreprise à d'autres sources de revenus.	Aucune possibilité de différer une partie de l'impôt en se servant de deux paliers d'imposition.
Possibilité de rouler les actifs à d'autres entités.	Il faut généralement procéder à une réorganisation pour bénéficier d'avantages fiscaux tels que l'exonération des gains en capital.

2. COENTREPRISE

La coentreprise ne constitue pas une entité en soi. Elle mérite néanmoins d'être analysée, car elle offre la possibilité à différentes entités de s'associer contractuellement dans le cadre de la poursuite d'un objectif précis. La coentreprise peut aussi servir d'alternative à la société de personnes.

La coentreprise constitue une relation contractuelle entre les différentes entités participantes. Aucune législation particulière ne régit son existence.

[4] L.R.Q., c. D-15.1.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* n'offre pas non plus de définition de « coentreprise ». Contrairement à la société de personnes, aucun patrimoine distinct n'est créé lors de la formation d'une coentreprise. Les différentes entités qui y participent maintiennent leur autonomie tant sur le plan juridique que sur le plan fiscal.

Vu que le choix d'exercer en coentreprise aura un impact sur les conséquences fiscales applicables, il est important d'identifier et de distinguer la coentreprise des autres entités. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») définit une « coentreprise » comme étant :

> « Un accord dans le cadre duquel deux ou plusieurs personnes collaborent à un engagement commercial limité et défini, qui ne constitue pas une société de personnes, une fiducie ou une personne morale, et dont les dépenses et les recettes seront distribuées selon des proportions convenues mutuellement. »

La coentreprise serait donc une entente prise entre différentes parties qui acceptent de s'unir dans le but d'accomplir un projet à caractère commercial déterminé.

Le principal avantage de la coentreprise provient du fait qu'aucun patrimoine distinct n'est créé. Chaque participant demeure autonome d'un point de vue juridique et fiscal et demeure propriétaire des biens qu'il donne à la coentreprise. Contrairement à la société de personnes ou à d'autres entités, la création et la dissolution de la coentreprise n'ont pas comme conséquence de déclencher une disposition réputée des biens. La totalité des revenus et dépenses est attribuée directement aux coentrepreneurs selon leurs quotes-parts et chaque collaborateur peut ensuite appliquer ses propres attributs fiscaux à sa situation particulière.

L'énumération suivante offre certains exemples où ce traitement pourrait être avantageux d'un point de vue fiscal :

L'usage de la déduction pour amortissement : Chaque collaborateur décide de réclamer ou non une déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») à l'égard des biens qu'il a fournis à la coentreprise.

La déduction accordée aux petites entreprises : Un participant qui est une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») a le droit de bénéficier de sa déduction accordée aux petites entreprises (ci-après

« DPE ») à l'égard des revenus provenant de la coentreprise. À titre de comparaison, les membres d'une société de personnes partagent la DPE[5].

Collaboration avec des non-résidents : Chaque participant conserve les conséquences fiscales relevant de son propre statut fiscal. À titre de comparaison, la présence d'associés d'une société de personnes provoque des conséquences fiscales pour l'ensemble des associés.

Détention directe des biens de la coentreprise : La participation que détient un coentrepreneur dans une coentreprise n'est pas reconnue à titre d'immobilisation. Par conséquent, lors de la disposition de ses parts, le membre doit s'imposer comme si un intérêt dans chacun des biens de la coentreprise était vendu. Au contraire, la détention d'unités ou d'actions dans une entité ayant un patrimoine distinct peut provoquer de la double imposition. D'une part, un gain imposable est réalisé par l'entité lors de la disposition de ses biens. Un deuxième gain imposable peut ensuite être réalisé lors de la distribution des recettes provenant de la disposition aux détenteurs d'équité de l'entité ou lorsque de tels détenteurs disposent de leurs propres parts d'équité.

Activités de recherche scientifique et de développement expérimental : La coentreprise peut être une structure plus efficace qu'une société de personnes pour entreprendre des activités de recherche scientifique et de développement expérimental (ci-après « RS & DE »). En effet, il existe même certains crédits d'impôt de RS & DE qui encouragent le regroupement en coentreprise. Au Québec par exemple, une société exploitant une entreprise qui conclut une entente avec un consortium de recherche admissible peut réclamer un crédit d'impôt remboursable de 35 % sur 80 % du paiement effectué pour la RS & DE[6]. L'expression « consortium de recherche admissible » signifie un organisme à l'égard duquel le ministre du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation a délivré une attestation le reconnaissant à titre de consortium de recherche ou tout autre organisme prescrit. Une décision anticipée doit être obtenue de Revenu Québec à l'égard du contrat de recherche admissible avant de pouvoir bénéficier du crédit d'impôt remboursable.

Comme la coentreprise ne constitue pas une entité bien définie dans la loi, il faut prendre des mesures claires afin de s'assurer que les participants à un projet créent une coentreprise plutôt qu'une autre entité. Il n'est pas

---

5 *Woodlin Developments Ltd.* c. *MRN*, 86 D.T.C. 1116 (C.C.I.).

6 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 1029.8.9.0.3.

toujours évident de déterminer la nature exacte de la relation juridique qui a été créée entre collaborateurs. L'incertitude peut découler de plusieurs éléments. Dans certains cas, les collaborateurs n'auraient pas pris le temps de rédiger une entente claire et limpide afin d'établir la relation juridique. Dans d'autres cas, les actions des collaborateurs ne reflèteraient pas les termes de l'entente signée.

Les conséquences fiscales d'une erreur dans la caractérisation de l'entité peuvent être importantes. Au lieu d'une coentreprise, par exemple, les parties d'une entente peuvent bien avoir créé une société de personnes. Les conséquences juridiques et fiscales découlant des activités économiques similaires seraient bien différentes. D'un point de vue juridique, chaque associé deviendrait responsable des dettes de la société de personnes tandis qu'un collaborateur d'une coentreprise ne serait tenu qu'à ses propres gestes et engagements. D'un point de vue fiscal, la contribution de biens des associés à une société de personnes provoque une disposition. Les biens donnés à une coentreprise demeurent la propriété du collaborateur qui les fournit. Aussi, le revenu imposable d'une société de personnes est calculé du point de vue de la société de personnes avant d'être réparti parmi les associés. Dans le cas d'une coentreprise, le revenu brut est réparti entre collaborateurs. Par la suite, chacun des collaborateurs calcule indépendamment le revenu imposable provenant de la coentreprise.

Il faut donc s'assurer que les collaborateurs d'une coentreprise définissent clairement leur relation juridique. Parmi les mesures à considérer lors de la négociation et de la rédaction d'une entente de coentreprise, il faudrait prévoir que :

a) les transactions avec des tierces parties soient effectuées en utilisant les noms des parties et non pas un nom commun;

b) chaque partie reçoive une rémunération directe pour ses activités;

c) les actifs demeurent la propriété des participants;

d) les activités du projet fassent mention de « coentreprise »;

e) la comptabilité ne soit pas tenue de façon commune;

f) le compte de banque ne soit pas un compte commun;

g) chaque participant fournisse ses représentants qui soient responsables de respecter les engagements d'un cocontractant particulier;

h) l'entente prise entre les parties spécifie clairement que les activités associées à la coentreprise ne peuvent pas être interprétées comme créant ou reflétant l'intention de créer une société de personnes;

i) les participants considèrent l'enregistrement volontaire de la coentreprise en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* en tant que coentreprise.

Coentreprise	
Avantages	***Désavantages***
Façon simple d'unir deux ou plusieurs parties dans la poursuite d'un objectif précis.	Pourrait avoir de l'incertitude quant aux rapports juridiques créés.
Création contractuelle.	Aléatoire. Peu propice à des entreprises complexes comportant plusieurs activités.
Conduit parfait. Les différents collaborateurs calculent les conséquences fiscales indépendamment en tenant compte seulement de leurs propres attributs fiscaux.	

3. SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Bien que la sous-section J de la Partie I L.I.R. soit entièrement consacrée à la société de personnes ainsi qu'aux associés de la société de personnes, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient pas de définition de « société de personnes » en soi. Au Québec, ce sont les articles 2186 à 2279 du *Code civil du Québec*[7] qui régissent la société de personnes.

En vertu de l'article 2186 C.c.Q., une « société de personnes » est définie comme suit :

> « Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent. […] »

[7] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

La société de personnes est donc une entité créée par contrat. Généralement, pour se qualifier à titre de contrat de société de personnes, quatre éléments doivent être présents : i) un esprit de collaboration entre les parties; ii) qui conviennent d'exercer une activité; iii) d'y contribuer en effectuant un apport; et iv) de partager les profits et les dettes en résultant.

La définition de « société de personnes » employée dans les provinces de common law est similaire. Cependant, au lieu de faire référence à la notion d'activité, les autres provinces exigent généralement l'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise pour qu'une société de personnes existe. À première vue, la notion d'« exercice d'une activité » apparaît comme étant plus large que celle d'« exploitation d'un commerce ou d'une entreprise ». Certains groupements peuvent constituer de véritables sociétés de personnes sans pour autant exploiter une entreprise, tels les groupes de placement dans des valeurs mobilières. Il faut toutefois noter que la jurisprudence en provenance des autres provinces interprète de façon très large la notion d'« exploitation d'un commerce ou d'une entreprise ».

Contrairement au processus d'incorporation des sociétés par actions, le contrat de société de personnes n'a pas de conditions formelles à respecter. Le contrat peut même être verbal. L'intention des parties de créer une société de personnes est l'élément clé de l'établissement de l'existence d'une société de personnes. Dans l'affaire *Backman* c. *La Reine*, la Cour suprême du Canada a établi que :

> « […] pour déterminer l'existence d'une société en nom collectif […] il faut tenir compte du contrat et de l'intention véritable des parties ressortant de l'ensemble des faits de l'affaire». En d'autres termes, pour statuer sur l'existence d'une société de personnes, les tribunaux doivent se demander si la preuve documentaire objective et les circonstances de l'affaire, notamment les actes concrets des parties, sont compatibles avec l'existence d'une intention subjective d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice.
>
> Les tribunaux doivent se montrer pragmatiques dans l'examen des trois éléments essentiels d'une société de personnes. Pour déterminer si une telle société a été établie dans une affaire donnée, il faut analyser et soupeser les facteurs pertinents eu égard à toutes les circonstances. Le fait que l'existence de la prétendue société de personnes doive être examinée au regard de l'ensemble des circonstances est incompatible avec l'application mécanique d'une liste de contrôle ou d'un critère comportant des paramètres définis de façon plus précise[8]. »

[8] [2001] 1 R.C.S. 367.

Pour déterminer s'il y a intention commune de former une société (*affectio societatis*), il faut, à défaut d'écrit, rechercher cette intention dans les faits et les circonstances entourant la relation des parties. Il convient de déterminer s'il résulte de ceux-ci un ensemble de présomptions révélant cette intention, même si chacun d'entre eux, pris isolément, peut laisser place au doute[9].

Il y a trois genres de sociétés de personnes :

1) **Société en nom collectif :** La société en nom collectif (ci-après « SENC ») est formée sous un nom commun aux associés. La SENC doit se déclarer selon les lois relatives à la publicité légale des sociétés. La SENC possède un patrimoine distinct des associés. Dans le cadre de ses activités, la SENC doit indiquer sa forme juridique.

2) **Société en commandite :** La distinction fondamentale avec une SENC est que la société en commandite comporte deux genres d'associés :

   - commandité : responsable de la gestion des affaires et assume la responsabilité juridique des activités;

   - commanditaire : responsabilité limitée à concurrence de l'apport convenu pour autant que le commanditaire respecte certaines restrictions quant à ses activités à l'égard de la société. Notamment, le commanditaire ne peut donner que des avis de nature consultative et ne peut poser de gestes de simple administration sans engendrer sa responsabilité juridique.

3) **Société en participation :** Une société tacite constatée à partir d'une situation de fait, soit l'expérience vécue par les associés[10].

---

[9] *Cimon* c. *Arès*, C.A. Montréal, n° 500-09011939-022, 14 janvier 2005, jj. Morissette, Hilton, Lemelin; *Audet, Daigle, Daoust & Associé*s c. *Lessard et Doyon*, C.S. Richelieu, n° 765-17-000224-032, 23 février 2006, j. Mercure; *Lauzon (Thurso) – Ressources forestières inc.* c. *Électro mécanique Waters inc.*, C.S. Hull, n° 550-17-000698-025, 11 mai 2005, j. Isabelle, J.E. 2005-1706 (C.S.).

[10] Voir par exemple *Beaudoin-Daigneault* c. *Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Transport André Leroux inc.* c. *Symbiose Consultants inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-014480-040, 31 mai 2006, jj. Delisle, Morissette, Bich; *P.L.* c. *R.T.*, C.A. Montréal, n° 500-09-009911-009, 4 juillet 2001, jj. Beauregard, Rousseau-Houle, Biron, J.E. 2001-1386 (C.A.), R.E.J.B. 2001-25036 (C.A.).

L'analyse de la société en commandite aura lieu à la section 4. de ce document.

Même si l'intention des parties est déterminante pour établir l'existence d'une société de personnes, il n'est pas nécessaire que les associés d'une société de personnes expriment clairement leur intention de participer à une société de personnes. L'affaire *Rezek* c. *La Reine*[11] constitue un exemple d'une société en participation créée à l'insu des associés. Les faits de l'affaire *Rezek* sont les suivants :

1) Les contribuables participent à une stratégie d'investissement comportant deux opérations distinctes :

   a) vente à découvert d'actions ordinaires de compagnies publiques;

   b) acquisition d'autres titres donnant le droit d'acquérir à peu près le même nombre d'actions ordinaires.

2) La stratégie d'investissement a été coordonnée entre conjoints.

3) Le 27 avril 1988, l'appelant, Gordon Rezek, achète 10 100 actions privilégiées convertibles de Laidlaw pour un coût total de 615 506,12 $. Ces actions sont convertibles en 30 704 actions ordinaires de Laidlaw.

4) Le même jour, M. Rezek vend à découvert 30 704 actions ordinaires de Laidlaw pour la somme de 62 925,52 $. L'écart était de 2 580,60 $. Il ne devait verser que 2 580,60 $ à son courtier et c'est seulement cette somme qui était à risque.

5) Le 20 mai 1988, M. Rezek vend les 10 100 actions privilégiées convertibles de Laidlaw pour la somme de 477 075 $, subissant ainsi une perte de 138 431,12 $, qu'il a réclamée en déduction de son revenu pour l'année d'imposition 1988.

6) Le même jour, sa fiancée (qui est devenue plus tard son épouse), Gloria Fahrngruber, achète 10 100 actions privilégiées convertibles de Laidlaw pour la somme de 477 375 $.

---

[11] [2005] C.A.F. 227 (ci-après « *Rezek* »).

7) Les courtiers détenaient des garanties par lesquelles M. Rezek et M^me^ Fahrngruber se portaient mutuellement garants des sommes dues par l'autre au courtier.

8) En août 1988, M^me^ Fahrngruber convertit ses 10 100 actions privilégiées en 30 709 actions ordinaires de Laidlaw (cinq actions sont vendues dans les jours suivants).

9) Ainsi, M. Rezek avait vendu à découvert 30 704 actions ordinaires de Laidlaw et M^me^ Fahrngruber était propriétaire de 30 704 actions ordinaires de Laidlaw, une position parfaitement symétrique où les deux parties ne pouvaient tirer aucun profit et ne couraient aucun risque.

10) En 1995, la position parfaitement symétrique a été liquidée lorsque M^me^ Fahrngruber a transféré ses actions ordinaires de Laidlaw à M. Rezek pour que ce dernier assure la couverture de sa vente à découvert d'actions ordinaires.

Le tribunal a conclu que tous les éléments nécessaires à l'existence d'une société de personnes étaient présents :

> « *1) Y a-t-il une entreprise?* Vu la définition très large du terme "entreprise" au paragraphe 1(1) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, ce terme s'entendant "d'un commerce, d'une occupation ou d'une profession", la Cour d'appel fédérale n'a eu aucune difficulté à conclure qu'elle était en présence d'une entreprise.
>
> *2) L'entreprise est-elle exploitée en commun?* Contrairement au juge de la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale n'écarte pas la possibilité qu'une entreprise soit exploitée même s'il n'y a qu'une seule opération; il s'agit d'un projet comportant un risque de caractère commercial. Elle conclut sur ce point que "le fait qu'il n'y ait qu'une seule transaction de réalisée ne veut pas dire qu'il n'existe pas une entreprise exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice". Pour la Cour d'appel fédérale, "les appelants exploitaient une entreprise d'opérations de couverture sur des titres convertibles". Nous pouvons donc retenir le principe important suivant de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale : lorsqu'il s'agit de trancher la question de l'existence d'une société de personnes "presque toute activité ou entreprise de caractère commercial, y compris une transaction unique, sera considérée comme une entreprise à cette fin".
>
> *3) L'entreprise est-elle exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice?* Pour répondre à cette question, selon la Cour d'appel fédérale, une analyse objective des faits doit être entreprise. Pour y répondre, on doit tenir compte de la conduite des parties et de l'ensemble des opérations effectuées par les parties. En l'espèce, une telle analyse nous amène à conclure qu'il y avait exploitation en commun par les deux conjoints en vue de réaliser un bénéfice. Comme le signale la Cour, "c'est l'ouverture des comptes et la signature des garanties

> croisées qui nous indiquent à quel moment les conjoints ont commencé à exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice"[12]. »

Dans l'affaire *Rezek*, l'existence d'une société en participation résultait des faits manifestes indiquant l'intention des contribuables de s'associer malgré le fait qu'il y avait absence de dénonciation de l'existence de la société de personnes à des fins juridiques ou fiscales.

Sur le plan fiscal, la société de personnes est une entité possédant des caractéristiques propres et distinctes des autres entités. En vertu du paragraphe 96(1) L.I.R., la société de personnes est réputée constituer un contribuable distinct en ce qui a trait au calcul du revenu. Une fois que le revenu net provenant des diverses sources est calculé, ce revenu est attribué aux associés. Le fait que la société de personnes soit considérée détenir un patrimoine distinct de celui de ses associés peut créer des problèmes dans certaines situations. Par exemple, la DPA est calculée en fonction du revenu de la société de personnes. De même, la société de personnes ne peut pas bénéficier de certaines exceptions aux restrictions touchant la déduction pour amortissement. Par exemple, il existe des exceptions à la restriction de la déduction de frais afférents aux terrains vacants qui permettent une DPA dans certains cas. Cependant, ces exceptions ne sont offertes qu'aux sociétés. Dans de tels cas, il pourrait être préférable d'examiner la possibilité de se servir d'une coentreprise.

En règle générale, la société de personnes constitue un conduit aux fins fiscales. Chaque associé doit inclure la portion du revenu qui lui est attribuée dans le calcul de son revenu. Il y aura imposition sur la quote-part d'un associé même si celui-ci ne reçoit pas réellement la distribution des profits. Contrairement aux fiducies commerciales, le revenu attribué aux associés conserve la même nature dans les mains de l'associé. Une autre distinction avec les fiducies commerciales est que les pertes subies par la société de personnes reviennent aux associés et ne sont pas accumulées dans la société de personnes.

Comme le revenu attribué aux associés conserve la même nature, il est possible pour l'associé de bénéficier de crédits ou autres bénéfices fiscaux accordés à certains types de revenu. Par exemple, en ce qui concerne les dividendes, l'ARC adopte l'approche de conduit. Le revenu de dividende est alloué directement aux associés afin de préserver le traitement accordé au dividende brut pour chacun des associés. L'associé a également droit à sa

---

[12] *Id*., 64 à 78.

part du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »). Un dividende attribué à un associé par une société de personnes pourrait être assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. Notons que le paragraphe 186(6) L.I.R. prévoit qu'aux fins de l'impôt de la Partie IV L.I.R., les montants reçus par une société de personnes à titre de dividendes imposables sont réputés reçus par chaque associé. Chaque associé est ainsi réputé propriétaire des actions détenues par la société de personnes proportionnellement à sa part du total des dividendes reçus.

Contrairement à une coentreprise, la société de personnes ne constitue pas un conduit parfait. Même si la société de personnes est une entité transparente, les associés détiennent une participation dans la société de personnes aux fins fiscales et ne détiennent pas un droit de propriété direct sur les actifs de la société de personnes. Selon l'ARC, il semble que ce soit la société de personnes (et non pas les associés) qui est propriétaire des biens faisant partie des activités de la société de personnes aux fins de l'analyse fiscale[13]. De même, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des exceptions au principe de conduit dans certains cas précis. Par exemple, les « sociétés de personnes intermédiaires de placement déterminé »[14] sont assujetties à l'impôt de la Partie IX.1 L.I.R. sur leur revenu provenant d'une entreprise exploitée au Canada ainsi que sur le revenu tiré de certains biens.

Revenu Québec a bien décrit le traitement fiscal d'une société de personnes dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès de l'Association de planification fiscale et financière en 1998 en écrivant que :

> « La *Loi sur les impôts* et la *Loi sur la taxe de vente du Québec* prévoient des règles dans lesquelles s'intègrent les sociétés de personnes ou leurs membres. Ainsi, en impôt sur le revenu, le titre XI du livre III de la Partie I L.I., soit les articles 599 à 645 inclusivement, prévoit des règles spécifiques concernant les sociétés de personnes et leurs membres. Ainsi, l'article 600 L.I. est à l'effet que chaque membre d'une société de personnes doit calculer, pour une année d'imposition, son revenu et ses pertes ou son revenu imposable gagné au Canada, le cas échéant, comme si, notamment :
>
> - La société de personnes était une personne distincte résidant au Canada;

---

[13] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9625665, 17 avril 1998, 9404575, 20 octobre 1994, 9328657, 7 octobre 1997 et 9131322, 31 janvier 1992.

[14] Notons que ces règles sont le sujet d'un autre texte et ne feront pas l'objet d'examen dans le cadre du présent texte.

- La société de personnes exerçait comme personne distincte chacune de ses activités, y compris la possession à titre de propriétaire et pour chacune de ses années d'imposition, calculait le montant :

  – De chaque gain en capital imposable et de chaque perte en capital admissible provenant de l'aliénation de biens; et

  – De chaque revenu et perte de la société de personnes provenant de chaque autre source au Canada ou de sources situées dans un autre endroit; et

  – Sous réserve d'autres dispositions, le revenu de la société de personnes, pour une année d'imposition, provenant ou découlant d'une source au Canada ou de sources situées dans un autre endroit constitue, jusqu'à concurrence de la part du contribuable, le revenu de ce dernier pour son année d'imposition pendant laquelle l'année d'imposition de la société de personnes se termine, provenant de cette source au Canada ou des sources situées dans cet autre endroit, selon le cas.

Par ailleurs, l'article 1 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* prévoit, à la définition du mot "personne", que la société de personnes en constitue une. Ainsi, pour les fins de l'application de cette loi, la société de personnes est considérée comme une personne[15]. »

La société de personnes ne serait pas visée par certains articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* limitant les activités d'autres entités, notamment les sociétés. La liste suivante énumère certains exemples :

Taxe sur le capital : N'étant pas une société, une société de personnes n'est pas assujettie à la taxe sur le capital au Québec. Il faut toutefois noter que les associés qui sont des sociétés doivent tenir compte de leurs unités dans le calcul du capital versé[16].

Article 17 L.I.R. (sommes dues par les non-résidents) : L'article 17 L.I.R. est applicable aux sociétés par actions; l'article ne serait pas applicable lorsqu'une personne non résidente est débitrice d'une société de personnes. Il faut toutefois faire attention aux règles antiévitement prévues aux paragraphes 17(2), 17(4) et 17(6) L.I.R. Ces règles visent des prêts indirects et mentionnent spécifiquement les sociétés de personnes.

---

15 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 42:21-86, question 1.10, aux pages 42:35-36.

16 Voir le paragraphe 1136 3) et l'article 1135.5 L.I.

Paragraphe 18(4) L.I.R. – Règles sur la capitalisation restreinte : Les règles sur la capitalisation restreinte sont applicables à la déduction d'intérêts sur des dettes des sociétés à des non-résidents. L'ARC prend la position administrative que :

> « Lorsqu'un contribuable est membre d'une société, les règles énoncées au paragraphe 96(1) de la Loi s'appliquent à l'égard de la société aux fins du calcul, entre autres, du revenu du contribuable ou de son revenu imposable gagné au Canada. En vertu de l'alinéa 96(1)a), ce calcul se fait comme si la société était une personne distincte résidant au Canada. En vertu de l'alinéa 96(1)f), le revenu que le contribuable tire de la société pour une année d'imposition correspond à sa part dans cette dernière.
>
> Dans les cas où une société non canadienne (dont une corporation résidant au Canada est membre) a bénéficié d'un prêt d'un non-résident, les règles énoncées au paragraphe 96(1) entrent en ligne de compte pour déterminer la façon dont les dispositions relatives à la capitalisation restreinte s'appliqueraient. Le paragraphe 18(4) s'appliquerait à la société, c'est-à-dire qu'on considérerait que la société, et non les associés, a bénéficié du prêt. Le paragraphe 18(4) ne s'appliquerait donc pas dans ces circonstances puisque le prêt n'aurait pas été consenti à une corporation résidant au Canada[17]. »

Dans le cadre du Budget fédéral de 2000[18], le gouvernement a annoncé son intention d'examiner les règles relatives à la capitalisation restreinte. Tout en reconnaissant que les règles s'appliquent uniquement aux sociétés, mais non à d'autres entités commerciales telles que les sociétés de personnes, les fiducies et les succursales, le gouvernement a mentionné son inquiétude face à la possibilité pour un contribuable de recourir à ces entités pour contourner les règles. Le gouvernement a annoncé qu'il amorcerait des consultations portant sur l'élargissement à d'autres mécanismes et entités commerciales des règles relatives à la capitalisation restreinte, notamment les sociétés de personnes comptant des membres non résidents.

Réorganisations sans incidences fiscales : Les « sociétés de personnes canadiennes » bénéficient de différentes dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettant la réorganisation d'une société de personnes et le transfert d'actifs entre la société de personnes et ses associés sur la base d'un roulement fiscal. Par exemple, un contribuable peut bénéficier du roulement fiscal lors de la contribution d'un bien à une société de personnes en échange

---

[17] « Table ronde de Revenu Canada », dans *1992 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 54:1-75, question 12, aux pages 54:8-9.

[18] CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2000*, 28 février 2000.

d'une unité. Il est aussi possible de bénéficier de règles spécifiques lors de la distribution de biens de la société de personnes aux associés sous réserve de certaines conditions.

Il peut y avoir certains désavantages associés à la société de personnes :

Absence de responsabilité limitée des associés : Les associés d'une SENC ou d'une société en participation sont conjointement responsables des dettes de la société envers les tierces parties. Quoique le contrat de société puisse prévoir un partage distinct de la responsabilité parmi les associés, il faut tenir compte du fait que les modalités de ce partage ne toucheront pas la responsabilité d'un associé envers une tierce partie.

Restrictions quant aux crédits de RS & DE : La société de personnes représente une entité moins intéressante pour des contribuables recherchant les bénéfices fiscaux offerts pour les activités de RS & DE. Une somme déterminée en vertu du paragraphe 37(1) L.I.R. doit être déduite dans l'année où la somme est engagée. Il n'y a donc pas de possibilité de report des déductions.

Restrictions quant à l'usage des pertes : L'alinéa 96(1)g) L.I.R. requiert la réduction de la perte attribuable à un associé déterminé par le montant du crédit de RS & DE réclamé par la société de personnes.

Restrictions lorsqu'il y a des associés non résidents : Dans le cas où certains participants ne sont pas résidents du Canada, il y a plusieurs questions à résoudre. Dans un premier temps, il est généralement préférable qu'un non-résident n'investisse pas directement dans une société de personnes ayant des associés canadiens. Si un non-résident devient associé, la société de personnes perd son statut de société de personnes canadienne. La conséquence principale de ne pas détenir le statut de société de personnes canadienne est que la société de personnes ne pourra pas bénéficier des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettant les réorganisations sur la base d'un roulement fiscal prévues aux paragraphes 97(2), 98(3) et 98(5) L.I.R.

La présence de non-résidents en tant qu'associés au sein d'une société de personnes a également des conséquences à l'égard de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. La société de personnes est réputée être une personne non résidente. Les paiements effectués à la société de personnes sont donc assujettis à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. L'établissement d'une société de personnes est considéré comme étant l'établissement du non-résident au Canada.

De plus, des dispositions effectuées par la société de personnes de biens canadiens imposables engendrent la nécessité de faire la demande pour des certificats en vertu de l'article 116 L.I.R. (et art. 1098 L.I., le cas échéant). La demande de certificat doit être effectuée au nom des associés et non pas au nom de la société de personnes.

Pour résoudre ce problème, il faudrait déterminer s'il est possible pour le non-résident d'investir dans la société de personnes par le biais d'une société canadienne. Une option qui existe consiste en l'investissement par le non-résident dans la société de personnes en utilisant une société à responsabilité limitée. Même si cette entité constitue une société aux fins de l'impôt canadien, il est possible que la juridiction étrangère traite la société à responsabilité illimitée comme étant une société de personnes.

Limites à l'attribution préférentielle des profits : Il est possible de prévoir des participations différentes dans le profit et les pertes parmi les associés. Cette possibilité est cependant limitée par les paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R., qui permettent au ministre de réattribuer le revenu autrement si : i) il est raisonnable de considérer que la convention a pour objet principal de réduire les impôts ou d'en différer le paiement; ou ii) la proportion des revenus attribuée entre associés ayant un lien de dépendance est déraisonnable. À cause de ces limites, il est peu probable que l'ARC accepte qu'une société de personnes puisse être utilisée dans le cadre d'un gel successoral. Car l'ARC prend la position administrative qu'il y aura attribution préférentielle des profits lorsqu'un associé transfère un bien par voie de roulement[19].

[19] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0070001C6, 28 juin 2004.

Société de personnes	
Avantages	*Désavantages*
Conduit permettant le calcul du revenu de la société mais l'attribution des revenus et pertes aux associés.	Responsabilité illimitée pour les actes de la société de personnes.
	Attribution du revenu même si aucun paiement.
Entité relativement souple dont l'existence découle du contrat entre les parties. Pas de processus formel d'incorporation.	Le contrat de société est peut-être insuffisant pour répondre à toute éventualité.
Les revenus attribués conservent leur même nature.	Si des non-résidents sont associés, la société de personnes ne pourra pas bénéficier des réorganisations sans impôt et des paiements ou la société de personnes pourrait être assujettie à l'impôt de la Partie XII L.I.R.
Possibilité d'effectuer des réorganisations sur la base d'un roulement fiscal.	Moins efficace pour effectuer la recherche et le développement. Restrictions quant à l'accès aux crédits d'impôt.
	Pas de possibilité d'accumuler des pertes fiscales dans la société de personnes.

4. SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

La société en commandite est une sorte de société de personnes. Par conséquent, son traitement fiscal y est similaire sur de nombreux aspects. Tout d'abord, la société en commandite est considérée comme un conduit et non comme une personne distincte de ses membres. Les revenus en découlant ne sont donc pas imposables directement dans la société. Toutefois, plusieurs aspects de la société en commandite la distinguent d'une société de personnes typique et doivent être soulignés, notamment à l'égard de la constitution de la société, de la responsabilité de ses membres, de la déductibilité des pertes et des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII »).

La société en commandite est composée de commanditaires et de commandités. Les commandités sont les seules personnes autorisées à

administrer la société et à en engager la responsabilité. Les commanditaires ont, pour leur part, un rôle d'investisseur auprès de la société. Ils sont donc tenus de faire un apport à la société en commandite.

En vertu du paragraphe 96(2.4) L.I.R., un associé d'une société de personnes est commanditaire si, à ce moment ou dans les trois ans qui suivent :

a) soit sa responsabilité comme associé est limitée par la loi qui régit le contrat de société;

b) soit l'associé ou une personne avec qui il a un lien de dépendance a le droit, immédiat ou futur et absolu ou conditionnel, de recevoir un montant ou un avantage;

c) soit il est raisonnable de considérer que l'associé propriétaire de la participation en question existe, entre autres :

   i) d'une part, pour limiter la responsabilité d'une personne liée à cette participation,

   ii) d'autre part, non pour permettre à une personne qui a une participation dans la société en commandite d'exploiter son entreprise – à l'exclusion d'une entreprise de placements – de la manière la plus efficace;

d) soit il existe une convention ou un autre mécanisme prévoyant la disposition d'une participation dans la société de personnes et dont il est raisonnable de considérer qu'un des principaux objets consiste à tenter de soustraire l'associé à l'application du présent paragraphe.

Tel qu'il est mentionné précédemment, un commanditaire a un rôle d'investisseur auprès de la société en commandite. Sa responsabilité est limitée à sa mise de fonds initiale[20]. Toutefois, si le commanditaire devient plus qu'un investisseur en s'immisçant dans l'administration de la société en commandite, il perdra alors sa protection et deviendra imputable tout comme un commandité[21]. Les commandités sont tenus solidairement responsables de

---

[20] Art. 2246 C.c.Q.

[21] Art. 2244 C.c.Q.

la totalité des dettes de la société envers les tiers qui excèdent les investissements des commanditaires.

D'un côté purement fiscal, plusieurs désavantages existent du fait qu'un contribuable est commanditaire :

Règles sur la fraction à risques (par. 96(2.2) à 96(2.7) L.I.R.) : Les pertes d'une société en commandite ne peuvent être déduites des autres revenus que jusqu'à concurrence de l'investissement du contribuable dans la société de personnes qui « risque » d'être perdu. La fraction à risques d'un intérêt d'un contribuable est calculée au paragraphe 96(2.2) L.I.R. Généralement, la fraction à risques est égale à l'excédent éventuel du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la participation sur le total des montants dus à la société de personnes et le montant ou l'avantage que le contribuable a le droit de recevoir et d'accorder en vue de supprimer ou de réduire l'effet d'une perte. Le paragraphe 96(2.3) L.I.R. limite le PBR aux fins du calcul de la fraction à risques dans le cas d'un transfert d'une unité d'un associé à une autre partie.

Déductibilité des CII : Le paragraphe 127(8.1) L.I.R. fixe le seuil maximal permis du CII d'un commanditaire. Le seuil a été fixé au moins élevé des montants suivants : a) la part du crédit à laquelle le commanditaire aurait eu droit sans tenir compte des règles de la fraction à risques[22]; ou b) la fraction à risques de l'intérêt du commanditaire à la fin de l'exercice. Cette mesure a été instaurée afin de limiter les crédits accordés aux commanditaires.

Restrictions à la déduction des frais de placement : Les règles limitant la déduction des frais de placement prévues aux articles 336.5 à 336.7 L.I. visent spécifiquement les montants attribués à un particulier qui est associé déterminé d'une société de personnes.

---

[22] Le paragraphe 96(2.2) L.I.R. définit la fraction à risques d'un intérêt dans une société de personnes.

Société en commandite	
Avantage	*Désavantages*
Responsabilité limitée des commanditaires.	La responsabilité limitée peut être perdue si le commanditaire s'immisce dans la gestion de la société en commandite.
	Accès limité aux pertes et autres déductions fiscales de la société en commandite pour les commanditaires.

5. FIDUCIE COMMERCIALE

De façon générale, le terme « fiducie commerciale » désigne une fiducie autre qu'une fiducie personnelle ou testamentaire en vertu de laquelle les bénéficiaires paient pour acquérir leurs intérêts. Cette entité combine la possibilité d'une responsabilité limitée pour les bénéficiaires et une certaine transparence permettant l'attribution aux bénéficiaires de revenus réalisés au sein de la fiducie. La fiducie commerciale peut constituer un véhicule de choix pour des entreprises œuvrant dans des secteurs nécessitant d'importants investissements au départ du projet mais qui, par la suite, requièrent moins d'investissements et fournissent un revenu stable et récurrent. Des exemples de secteurs où les fiducies commerciales sont populaires sont le domaine immobilier et le secteur énergétique.

La fiducie est une entité relativement simple à créer. Un constituant transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens affectés à une fin particulière. Le patrimoine fiduciaire constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire. Dans la mesure où une mention indique qu'il s'agit d'une fiducie, la fiducie peut être nommée de sorte à désigner son objet. Au Québec, la fiducie commerciale peut être perpétuelle et elle n'est pas assujettie à la règle de disposition aux 21 ans.

Seules les personnes physiques pleinement capables de l'exercice de leurs droits civils de même que les personnes morales autorisées par la loi peuvent être fiduciaires. Le contrat de fiducie doit notamment pourvoir au mode de désignation et de remplacement des fiduciaires. Les fiduciaires ont la maîtrise et l'administration exclusives du patrimoine fiduciaire. Ils agissent à titre d'administrateurs du bien d'autrui chargés de la pleine administration. Ils doivent respecter les obligations que l'acte constitutif leur

impose. De plus, ils doivent agir avec honnêteté et loyauté dans les meilleurs intérêts des bénéficiaires ou de la fin poursuivie par la fiducie. Tout comme pour la société en commandite, les bénéficiaires ne doivent pas s'ingérer dans l'administration de la fiducie. Il doit y avoir une nette distinction entre la personne possédant le contrôle de la fiducie et celle qui en retire des bénéfices, soit entre le fiduciaire et le bénéficiaire. Tant qu'il n'y a pas d'ingérence, le bénéficiaire jouit d'une responsabilité limitée[23]. Le fiduciaire, le constituant et le bénéficiaire sont, s'ils y participent, solidairement responsables des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du constituant ou du patrimoine fiduciaire.

Aux fins fiscales, une fiducie commerciale est réputée être un particulier relativement aux biens de la fiducie. La fiducie n'a toutefois pas droit aux crédits d'impôt disponibles aux individus en application de l'article 118 L.I.R. En vertu du paragraphe 122(1) L.I.R., le taux d'imposition d'une fiducie commerciale est le taux marginal maximal d'un individu. Sous réserve des règles applicables à une fiducie intermédiaire de placement déterminée[24], une fiducie n'est toutefois assujettie à l'impôt que sur les revenus qui n'ont pas été payés ou qui ne sont pas devenus payables aux bénéficiaires. Généralement, un revenu sera considéré comme étant payable à un bénéficiaire si celui-ci a le droit d'en exiger le paiement. Contrairement aux sociétés de personnes, les pertes subies par une fiducie commerciale demeurent dans la fiducie et ne peuvent pas être attribuées aux bénéficiaires qui ne peuvent donc pas les déduire de leurs revenus personnels.

Une règle antiévitement empêche la déduction par la fiducie des montants attribués aux bénéficiaires lorsque l'attribution a pour effet d'accorder à certains bénéficiaires une part disproportionnée des biens de la fiducie alors que ces derniers bénéficient d'un taux d'imposition moins élevé.

Hormis la possibilité d'attribuer du revenu aux bénéficiaires, il existe d'autres avantages associés à l'usage d'une fiducie, notamment :

Non-assujettissement à la taxe sur le capital : Une fiducie n'est pas assujettie à la taxe sur le capital. En 2005, le ministère des Finances du Québec a répondu à une question à savoir si le Ministère prévoyait introduire des règles de « transparence » afin de couvrir les situations où une société

---

23 Art. 1322 et 1292 C.c.Q.

24 Notons que ces règles sont le sujet d'un autre texte et ne feront pas l'objet d'examen dans le cadre du présent texte.

détient une participation dans une fiducie aux fins de la taxe sur le capital. Le Ministère a répondu :

> « En l'absence de telles règles au Québec, il peut être avancé que la détention, par une fiducie, de certains éléments d'actif et de passif, permettrait à la société bénéficiaire d'une telle fiducie de réduire son fardeau de taxe sur le capital. Une telle société serait ainsi avantagée par rapport à celle qui est membre d'une société de personnes compte tenu de l'application des règles de transparence dans une telle situation.
>
> Toutefois, par opposition à la société de personnes, la fiducie commerciale s'avère imparfaite comme conduit compte tenu notamment des restrictions relatives au transfert des pertes et à la qualification du revenu lorsqu'il est attribué aux bénéficiaires. L'avantage potentiel obtenu sur le plan de la taxe sur le capital devra ainsi être comparé aux autres incidences fiscales découlant de ces restrictions.
>
> Dans ce contexte, aucune modification n'est actuellement envisagée par le ministère des Finances du Québec, à l'égard du régime de la taxe sur le capital, afin de couvrir la situation où une société détient une participation dans une fiducie. Toutefois, des ajustements pourraient éventuellement être apportés au régime québécois de la taxe sur le capital s'il s'avérait que certaines planifications entraînent des résultats non souhaitables sur le plan de la politique fiscale[25]. »

Comme la fiducie n'est pas assujettie à la taxe sur le capital, elle constitue une entité utile pour les titrisations des effectifs d'une société.

Non-assujettissement aux règles concernant la capitalisation restreinte : Une fiducie n'est pas assujettie aux règles sur la capitalisation restreinte, ce qui peut s'avérer intéressant pour des investisseurs non résidents. Les distributions de montants aux bénéficiaires non résidents sont toutefois assujetties à l'impôt de la Partie XIII L.I.R.

Certains désavantages sont associés à l'usage d'une fiducie, dont :

Cadre législatif incertain : Dans certains cas, il pourrait exister de l'incertitude quant aux pouvoirs de la fiducie en raison d'un manque de législation ou de carences dans l'acte de fiducie. Il faut s'assurer que le contrat de fiducie soit assez souple pour permettre aux fiduciaires de

---

[25] « Table ronde sur la taxe sur le capital », dans *Colloque – Fiscalité interprovinciale et taxe sur le capital*, 150, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 3:1-7, question 5, à la page 3:6.

procéder aux modifications qui pourraient être nécessaires dans le but de continuer les activités futures de la fiducie.

Aucun roulement fiscal : Les bénéficiaires d'une fiducie commerciale ne peuvent pas profiter de dispositions fiscales permettant à un contribuable d'effectuer des contributions ou des réorganisations d'unités sur une base de roulement fiscal. Par exemple, il n'y a pas de possibilité d'effectuer un transfert de biens à la fiducie sur la base d'un roulement fiscal. En vertu du paragraphe 107(2.1) L.I.R., une fiducie commerciale sera réputée avoir disposé d'un bien attribué à un bénéficiaire en règlement de la participation de la fiducie à la juste valeur marchande. Le bénéficiaire est réputé avoir acquis le bien et avoir disposé de sa participation au capital pour la même somme. De plus, la modification de la fiducie pourrait engendrer la disposition des unités des bénéficiaires.

Les distributions sont caractérisées comme étant un revenu de biens : Le revenu attribué à un bénéficiaire perd sa caractérisation et devient un revenu de biens. Les montants attribués à un bénéficiaire provenant d'une entreprise active de la fiducie seront considérés comme étant un revenu de biens dans les mains des bénéficiaires.

Fiducie commerciale	
Avantages	***Désavantages***
Création contractuelle.	Le cadre législatif peut être incertain.
Patrimoine d'affectation distinct.	Les distributions sont caractérisées comme étant du revenu de biens.
Possibilité d'attribuer le revenu aux bénéficiaires.	Imposable au taux d'imposition le plus élevé pour les individus. Non-accessibilité des crédits d'impôt.
Non assujettie à la taxe sur le capital et aux règles sur la capitalisation restreinte.	Peu de possibilité de bénéficier d'un roulement dans le cadre d'une réorganisation ou dans le cadre d'une contribution ou d'une distribution de biens.

6. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE

Présentement, trois provinces offrent la possibilité de créer une société à responsabilité illimitée : la Nouvelle-Écosse (ci-après « SRINE »), l'Alberta (ci-après « SRIA ») et la Colombie-Britannique (ci-après « SRICB »).

6.1. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE DE NOUVELLE-ÉCOSSE

La SRINE provient directement du droit anglais. Son utilité aux fins fiscales a été découverte au cours des années 1990 par des fiscalistes américains. L'utilisation de la SRINE était avantageuse principalement pour les entreprises désirant faire affaire au Canada ainsi qu'aux États-Unis. La législation de ces deux pays ne traite pas les SRINE de la même manière en matière de fiscalité. Aux fins des lois américaines, la SRINE peut être considérée comme une société de personnes ou une société en fonction du choix qui sera effectué selon les règles du *Check-the-box*. Toutefois, afin de maximiser les avantages fiscaux, les contribuables choisissent généralement de la traiter à titre de société de personnes. Au Canada, contrairement aux États-Unis, la SRINE est considérée à titre de société aux fins fiscales.

Comme l'indique son nom, il existe une responsabilité illimitée des membres d'une SRINE, mais celle-ci ne peut s'exercer en tout temps. La responsabilité pour un montant supérieur aux apports des membres ne peut être engendrée que lors de la liquidation de la société, et non envers les créanciers et diverses obligations de celle-ci lors de ses activités.

Pour les sociétés des États-Unis, la SRINE est une société de personnes. Celle-ci est transparente aux fins des lois fiscales américaines. À cause de cette transparence, les pertes de la société peuvent profiter directement aux membres qui peuvent les déduire dans le calcul de leurs revenus personnels. Ceux-ci peuvent également profiter des crédits pour investissement étrangers, mais en étant limités aux revenus dont la source est aux États-Unis. Afin de contourner la responsabilité illimitée des membres lors de la liquidation de la société, il est possible d'utiliser une société du chapitre S des lois fiscales américaines à titre de membre de la SRINE afin de garantir une responsabilité limitée aux investisseurs américains, et ce, sans perdre le bénéfice du conduit de la société de personnes aux fins fiscales.

6.2. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE D'ALBERTA

Depuis décembre 2005, l'Alberta est la deuxième province à légiférer en faveur d'une société à responsabilité illimitée. La SRIA découle des mêmes principes que la SRINE. Toutefois, certaines distinctions existent en ce qui a trait au traitement fiscal de certaines transactions, à la responsabilité des membres ainsi qu'à la formation de la société.

L'application du statut des SRIA n'est pas aussi claire et établie que pour les SRINE vu le court laps de temps écoulé depuis leur adoption. Tout d'abord, l'ARC a reconnu qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les

SRIA seraient des sociétés. Aux fins des lois fiscales américaines, la SRIA est, tout comme la SRINE, une société transparente ou encore une société de personnes. Ce n'est que si le contribuable en fait le choix, en vertu des règles du *Check-the–box*, qu'une telle entité est une société aux fins fiscales américaines.

6.3. SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE DE COLOMBIE-BRITANNIQUE

L'Assemblée législative de la Colombie-Britannique a apporté plusieurs changements à la *Business Corporations Act*[26] en 2007, dont l'apport de dispositions permettant l'incorporation de sociétés à responsabilité illimitée.

Les SRICB combinent les avantages des SRINE et des SRIA tout en offrant une plus grande protection aux actionnaires. Afin de se qualifier à titre de SRICB, les sociétés doivent contenir dans leur convention la clause suivante : « The shareholders of this company are jointly and severally liable to satisfy the debts and liabilities of this company to the extent provided in section 51.3 of the *Business Corporations Act*[27]. »

Les SRICB et les SRIA sont issues d'une législation moderne, contrairement aux SRINE. Toutefois, plusieurs distinctions existent et doivent absolument être analysées afin de choisir le véhicule adéquat. Les SRICB ne font aucunement mention de la résidence des administrateurs de la société. Ces sociétés peuvent donc avoir un conseil d'administration provenant à 100 % des États-Unis sans perdre leur statut. Par conséquent, dans certaines situations, les SRICB seraient nettement plus avantageuses que les SRIA puisque ces dernières doivent avoir un conseil d'administration composé d'au moins 25 % de résidents canadiens.

La responsabilité des actionnaires d'une SRICB, tout en étant illimitée, est balisée de façon à offrir une meilleure protection. En effet, lors de la liquidation de la société, les actionnaires sont solidairement et conjointement responsables des dettes et responsabilités de celle-ci à partir du moment de sa formation jusqu'à sa dissolution. S'il n'y a pas de dissolution, la responsabilité sera la même que lors de la liquidation. Toutefois, la responsabilité illimitée d'un actionnaire ne sera engendrée que lorsqu'il n'est

---

[26] S.B.C. 2002, c. 57.

[27] Art. 51.11 de la *Business Corporations Act*.

pas en mesure de rembourser les dettes et de satisfaire aux responsabilités de la société.

6.4. MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE PROJET DU CINQUIÈME PROTOCOLE

Le cinquième protocole à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[28] rendu public le 21 septembre 2007[29] contient une règle concernant la définition de « résidence » utilisée aux fins de la Convention qui semble compromettre l'utilité des sociétés à responsabilité illimitée dans un contexte Canada/États-Unis. Le texte du protocole se lit comme suit :

> « 7. La personne qui est un résident d'un État contractant est réputée ne pas avoir tiré un revenu ou réalisé un profit ou un gain :
>
> […]
>
> b) Si, en vertu de la législation fiscale de l'autre État contractant, elle est considérée comme ayant reçu le montant d'une entité qui est un résident de cet autre État, mais au motif que l'entité est considérée comme étant transparente sur le plan financier en vertu de la législation du premier État, la législation fiscale de cet État ne traite pas le montant comme si l'entité n'était pas considérée comme étant transparente sur le plan financier en vertu de la législation de cet État[30]. »

La règle s'appliquerait dans la mesure où l'entité est traitée en tant que société aux fins fiscales d'un pays et en tant que société de personnes dans l'autre pays. L'incidence de l'article n'est pas claire à cause d'une rédaction un peu difficile de la clause. Dans les notes explicatives du ministère des Finances, cette règle prévoit que si le revenu d'une entité hybride n'est pas imposé directement entre les mains de ses investisseurs, il sera réputé ne pas avoir été gagné par un résident. Dans une telle situation, si une société à responsabilité illimitée paie des dividendes, intérêts ou royautés à un résident des États-Unis, le Canada lèvera une retenue de 25 % sans appliquer les taux réduits de la Convention. La règle entrera en vigueur le premier jour de la troisième année civile se terminant après l'entrée en vigueur du protocole.

---

[28] S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »).

[29] CANADA, ministère des Finances, *Cinquième protocole à la* Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, 21 septembre 2007.

[30] *Id*.

Société à responsabilité illimitée	
Avantage	***Désavantages***
Possibilité de certains bénéfices pour des non-résidents.	Possibilité de responsabilité illimitée.
	Le cinquième protocole à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* semble retirer les bénéfices de la Convention.

7. SOCIÉTÉ

La société constitue sans doute le choix de prédilection lorsque vient le temps de choisir une structure d'entreprise. Sur le plan juridique, un contribuable peut choisir d'incorporer une société en vertu de la loi provinciale ou en vertu de la loi fédérale. Le choix de la loi d'incorporation n'a pas de véritable incidence fiscale en soi. Néanmoins, le choix de la juridiction d'incorporation pourrait avoir des conséquences quant aux options qui s'offrent à la société et à ses actionnaires dans certaines situations. Par exemple, une société incorporée en vertu de la loi québécoise ne peut pas fusionner directement avec une société incorporée en vertu de la législation fédérale. Il faut donc déterminer s'il est possible de continuer l'une des sociétés dans la juridiction de l'autre.

La popularité d'une société ne découle pas nécessairement des lois fiscales mais surtout du droit commun et du droit statutaire.

Une société est une personne au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. Sur le plan juridique, elle possède une personnalité juridique qui lui est propre et distincte de ses actionnaires et dirigeants.

En règle générale, les actionnaires et dirigeants de la société ne peuvent être tenus responsables des dettes et obligations de celle-ci. Il faut toutefois souligner qu'il existe plusieurs exceptions statutaires afin de responsabiliser différents niveaux hiérarchiques des sociétés. Par exemple, les administrateurs d'une société peuvent être tenus responsables de certaines de leurs actions en vertu de dispositions législatives spécifiques.

En matière fiscale par exemple, la *Loi de l'impôt sur le revenu* responsabilise expressément les administrateurs dans certaines situations particulières, dont :

a) La responsabilité des administrateurs pour leur défaut d'effectuer les retenues au sens du paragraphe 227.1(1) L.I.R.

Les administrateurs sont tenus solidairement responsables avec la société de toute retenue ou déduction non effectuée ainsi que de toute omission de versement de sommes retenues ou déduites ou paiement d'impôt en vertu de la Partie VII ou VIII L.I.R. La responsabilité des administrateurs n'est pas limitée à ces sommes, mais inclut les intérêts et pénalités qui s'y rapportent. Seuls les administrateurs en fonction lorsque la société était tenue de déduire, retenir, verser ou payer la somme seront tenus responsables.

Il y a prescription des recours contre un administrateur deux ans après le moment où l'administrateur cesse pour la dernière fois d'être administrateur[31].

Si l'administrateur agit avec le soin, la diligence et l'habileté d'une personne prudente dans des circonstances comparables, l'administrateur ne sera pas tenu responsable[32].

b) La responsabilité pénale des dirigeants, administrateurs ou mandataires d'une société au sens de l'article 242 L.I.R.

Lorsqu'un administrateur d'une société a consenti, participé ou ordonné à la société d'agir en infraction avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*, celui-ci est considéré comme le coauteur de l'infraction et est passible d'une déclaration de culpabilité, que la société ait été ou non poursuivie ou déclarée coupable.

La *Loi sur les impôts* responsabilise également les administrateurs de société :

a) Responsabilité des administrateurs concernant le droit supplétif relatif au transfert d'immeubles dans certaines circonstances au sens de l'article 1129.32 L.I.

Lorsqu'il y a acquisition de contrôle d'une société et qu'un immeuble y a été transféré en vue de l'acquisition de contrôle, tout administrateur qui

---

31 Par. 227.1(4) L.I.R.

32 Par. 227.1(3) L.I.R.

était en fonction immédiatement avant que l'immeuble visé ne soit à nouveau transféré est tenu solidairement de payer avec la société le droit supplétif prévu à l'article 1129.29 L.I.

La *Loi sur le ministère du Revenu*[33] au Québec fait mention expresse de la responsabilité des administrateurs :

a) La responsabilité des administrateurs pour leur défaut de remettre au ministre un montant prévu à l'article 24 L.M.R. ou de déduire, retenir ou percevoir un montant que la société devait déduire, retenir ou percevoir en vertu d'une loi fiscale ou de payer un montant qu'elle devait payer à titre d'employeur au sens de l'article 24.0.1 L.M.R.

Les administrateurs d'une société sont tenus solidairement responsables avec la société lorsque celle-ci a omis de remettre au ministre un montant prévu à l'article 24 L.M.R. ou de déduire, retenir ou percevoir un montant qu'elle devait déduire, retenir ou percevoir en vertu d'une loi fiscale ou de payer un montant qu'elle devait payer à titre d'employeur en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[34], de la *Loi sur l'assurance parentale*[35], de la *Loi sur les normes du travail*[36], de la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre*[37] ou de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[38]. Les administrateurs, en plus d'être responsables de ce montant, sont également tenus aux intérêts et pénalités en découlant.

Toutefois, un administrateur ayant agi avec soin, diligence et habileté raisonnables dans les circonstances, qui n'a pas eu connaissance de l'omission visée, n'est pas tenu responsable au sens de l'article 24.0.1 L.M.R. De plus, le ministre ne peut cotiser un administrateur à l'égard d'un montant visé à l'article 24.0.1 L.M.R. après l'expiration des deux ans qui suivent la date à laquelle celui-ci cesse pour la dernière fois d'être un administrateur de la société[39].

---

33 L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

34 L.R.Q., c. R-9 et mod.

35 L.R.Q., c. A-29.011.

36 L.R.Q., c. N-1.1 et mod.

37 L.R.Q., c. D-7.1.

38 L.R.Q., c. R-5.

39 Art. 24.0.2 L.M.R.

La *Loi sur la taxe d'accise*[40] prévoit également une responsabilité aux administrateurs :

a) L'article 323 L.T.A. mentionne que les administrateurs d'une personne morale au moment où elle était tenue de verser, comme l'exigent les paragraphes 228(2) et 228(2.3) L.T.A., un montant de taxe nette ou, comme l'exige l'article 230.1 L.T.A., un montant au titre d'un remboursement de taxe nette qui lui a été payé ou qui a été déduit d'une somme dont elle est redevable, sont, en cas de défaut par la personne morale, solidairement tenus, avec cette dernière, de payer le montant ainsi que les intérêts et pénalités y afférents.

Vu qu'une société possède une personnalité juridique distincte, elle constitue une entité qui permet de placer des actifs à l'abri des créanciers. Par exemple, un particulier peut créer une société de gestion afin de détenir les actions du capital-actions d'une autre société ayant une entreprise active. Les bénéfices de l'entreprise active peuvent être distribués à la société de gestion par voie de dividende. Dans la mesure où : i) la société de gestion contrôle la société opérante (ou détient des actions de la société opérante représentant plus que 10 % des votes et plus que 10 % de la valeur de ladite société); et ii) une des exceptions à l'impôt des Parties IV.1 et VI.1 L.I.R. est applicable, la société de gestion n'aura pas d'impôts à payer en raison de la réception du dividende. L'argent transféré à la société de gestion générera une couche de protection additionnelle à l'égard des créanciers de la société.

Le taux d'imposition applicable au revenu gagné par une société varie dépendamment des faits. Deux variables sont importantes :

- La société est-elle une SPCC?

- Est-ce que la société gagne du revenu actif ou du revenu passif?

Les taux d'imposition applicables aux sociétés pour l'année 2008 sont les suivants :

---

[40] L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

TAUX D'IMPOSITION D'UNE SOCIÉTÉ POUR L'ANNÉE 2008

	SPCC – DPE Revenu actif	SPCC Revenu actif	SPCC Revenu passif	Non SPCC Revenu actif	Non SPCC Revenu passif
Revenu	**100 000 $**	**100 000 $**	**100 000 $**	**100 000 $**	**100 000 $**
Taux d'imposition à 38 %	38 000 $	38 000 $	38 000 $	38 000 $	38 000 $
Abattement de 10 %	(10 000 $)	(10 000 $)	(10 000 $)	(10 000 $)	(10 000 $)
	28 000 $	**28 000 $**	**28 000 $**	**28 000 $**	**28 000 $**
DPE (16,5 %)	(16 500 $) [1]				
	11 500 $	28 000 $	28 000 $	28 000 $	28 000 $
Réduction de taux		(7 500 $) [2]		(7 500 $) [2]	(7 500 $)
Impôt remboursable			6 700 $		
Imposition fédérale	**11 500 $**	**20 500 $**	**34 700 $**	**20 500 $**	**20 500 $**
Taux d'imposition Québec	8 000 $	11 400 $	11 400 $	11 400 $	11 400 $
Imposition totale	**19 500 $**	**31 900 $**	**46 100 $**	**31 900 $**	**31 900 $**
Revenu	100 000 $	100 000 $	100 000 $	100 000 $	100 000 $
Imposition totale	19 500 $	31 900 $	46 100 $	31 900 $	31 900 $
Revenu net	**80 500 $**	**68 100 $**	**53 900 $**	**68 100 $**	**68 100 $**
Taux d'imposition	**19,50 %**	**31,90 %**	**46,10 %**	**31,90 %**	**31,90 %**

1. La déduction sera de 17 000 $ pour 2009.

2. Le taux sera de 8 % en 2009 et de 9 % en 2010.

Comparant les taux d'imposition du revenu gagné directement par un individu et du revenu gagné par une société, certains constats surgissent.

Dans la mesure où une société est : i) une SPCC; ii) tout son revenu est admissible à la DPE; et iii) la société retient de l'argent au sein de la société, il y a un avantage pour un individu de faire affaire en utilisant une société plutôt que de gagner le revenu directement.

Le taux marginal d'imposition d'une société privée sous le contrôle canadien dont tout le revenu est admissible à la DPE est inférieur au taux marginal d'imposition le plus élevé d'un individu.

Cet avantage est réduit lorsque le revenu gagné par la société ne se qualifie pas pour la déduction pour petites entreprises. Le taux marginal d'une SPCC sur le revenu actif non admissible à la DPE et sur le revenu (actif ou passif) d'une société qui n'est pas une SPCC est de 31,9 % au Québec en 2008. Ce taux d'imposition est inférieur au taux d'imposition

marginal le plus élevé d'un individu. Cependant, en faisant abstraction des charges sociales, le taux d'imposition d'un individu ayant un revenu total de 100 000 $ et qui maximise sa contribution à son REÉR est d'environ 25 %, ce qui est inférieur au taux d'imposition corporatif. Même en tenant compte des charges sociales, le taux d'imposition de l'individu n'est que légèrement supérieur au taux d'imposition corporatif. L'individu bénéficie cependant de l'avantage d'avoir effectué une contribution maximale à son REÉR. Il faut donc conclure qu'il pourrait être préférable d'analyser des options alternatives dans le cas où une société ne peut pas bénéficier de la DPE.

Le taux d'imposition applicable au revenu passif gagné par une SPCC est très élevé, étant presque l'équivalent du taux d'imposition le plus élevé payable par un individu au Québec. Dans un tel cas, il pourrait donc être préférable de chercher des structures alternatives. C'est sans doute pour cette raison que les entreprises générant un revenu passif ont tendance à être administrées sous forme de sociétés en commandite ou de fiducies commerciales. Ces deux entités offrent la possibilité d'attribuer le revenu de cet individu aux détenteurs d'équité tout en offrant une certaine limitation face à la responsabilité juridique.

Une fois que la société a gagné du revenu et payé ses impôts, elle doit distribuer ses surplus aux actionnaires. Le taux d'imposition applicable aux dividendes dépend de la caractérisation du dividende. Au Québec, le taux d'imposition combiné le plus élevé applicable à un individu sur des dividendes non déterminés est d'environ 36,35 %. Un montant de 19 500 $ peut être déclaré en tant que dividende avant que le récipiendaire ne doive payer de l'impôt. En ce qui concerne les dividendes déterminés, le taux d'imposition combiné le plus élevé applicable à un individu est d'environ 29,653 %. Il est possible de payer un dividende en argent de 26 580 $ par année sans devoir payer de l'impôt sur le dividende. Le tableau suivant démontre le calcul du taux.

TAUX D'IMPOSITION D'UN PARTICULIER POUR L'ANNÉE 2007

	Salaire	Dividendes canadiens	Dividendes canadiens admissibles
Revenu	**100 000 $**	**100 000 $**	**100 000 $**
Majoration des dividendes (25 %/45 %)		**25 000 $**	**45 000 $**
Revenu imposable	**100 000 $**	**125 000 $**	**145 000 $**
Taux d'imposition à 29 % (note 1)	29 000 $	36 250 $	42 050 $
Crédit fédéral pour les dividendes		(16 663 $)	(27 550 $)
Taux de base	29 000 $	19 587 $	14 500 $
Abattement du Québec de 16,5 %	(4 785 $)	(3 232 $)	(2 393 $)
Imposition fédérale	**24 215 $**	**16 355 $**	**12 107 $**
Taux d'imposition à 24 % (note 2)	24 000 $	30 000 $	34 800 $
Crédit provincial pour les dividendes		(10 000 $)	(17 255 $)
Imposition provinciale	**24 000 $**	**20 000 $**	**17 545 $**
Imposition totale	**48 215 $**	**36 355 $**	**29 652 $**
Revenu	100 000 $	100 000 $	100 000 $
Imposition totale	48 215 $	36 355 $	29 652 $
Revenu net	**51 785 $**	**63 645 $**	**70 348 $**
Taux d'imposition	**48,215 %**	**36,355 %**	**29,653 %**

Note 1 : Taux d'imposition fédérale maximal pour les revenus de 120 888 $ et plus.
Note 2 : Taux d'imposition de 24 % pour l'excédent de 59 765 $, mais sera augmenté à 75 000 $ au 1er janvier 2008.

Dans la mesure où un contribuable est assujetti au taux d'imposition le plus élevé, il appert que le taux d'imposition totale calculé en tenant compte de l'impôt payé par la société ainsi que par l'actionnaire est légèrement supérieur au taux d'imposition que l'actionnaire paierait en gagnant le revenu directement. Il faut donc conclure que l'usage d'une société peut être utile pour différer l'impôt sur le revenu. En effet, dans la mesure où la société gagne un revenu actif ou que la société n'est pas une SPCC, il pourrait y avoir un avantage de gagner le revenu au niveau de la société et de le réinvestir dans la société. Par contre, si le revenu de la société est plutôt distribué aux actionnaires sous forme de dividende aussitôt que gagné, l'actionnaire paiera un peu plus d'impôt au Québec que si le revenu avait été gagné directement.

TAUX D'IMPOSITION D'UN ACTIONNAIRE RECEVANT DES DIVIDENDES POUR L'ANNÉE 2007

	SPCC – DPE Revenu actif Dividendes	SPCC Revenu passif Dividendes	SPCC/ Non SPCC Revenu actif Dividendes déterminés	SPCC/ Non SPCC Revenu passif Dividendes déterminés
Dividendes reçus	**80 500 $**	**78 600 $**	**68 100 $**	**68 100 $**
Majoration des dividendes	**20 125 $**	**19 650 $**	**30 645 $**	**30 645 $**
Revenu imposable	**100 625 $**	**98 250 $**	**98 745 $**	**98 745 $**
Taux d'imposition à 29 %	29 181 $	28 493 $	28 636 $	28 636 $
Crédit pour les dividendes	(13 413 $)	(13 097 $)	(18 762 $)	(18 762 $)
Taux de base	15 768 $	15 396 $	9 875 $	9 875 $
Abattement du Québec de 16,5 %	(2 602 $)	(2 540 $)	(1 629 $)	(1 629 $)
Imposition fédérale	**13 166 $**	**12 855 $**	**8 245 $**	**8 245 $**
Taux d'imposition à 24 %	**24 150 $**	**23 580 $**	**23 699 $**	**23 699 $**
Crédit pour les dividendes	(8 050 $)	(7 860 $)	(11 751 $)	(11 751 $)
Imposition provinciale	**16 100 $**	**15 720 $**	**11 948 $**	**11 948 $**
Imposition totale	**29 266 $**	**28 575 $**	**20 193 $**	**20 193 $**
Dividendes reçus	80 500 $	78 600 $	68 100 $	68 100 $
Imposition totale	29 266 $	28 575 $	20 193 $	20 193 $
Revenu net	**51 233,77 $**	**50 024,53 $**	**47 906,65 $**	**47 906,65 $**
Total imposition particulier et société	**48 766 $**	**49 975,47 $**	**52 093 $**	**52 093 $**
Taux d'imposition combiné	**48,766 %**	**49,975 %**	**52,093 %**	**52,093 %**

La société permet le transfert de biens par voie de roulement fiscal[41]. La possibilité de transfert est toutefois un peu plus limitée. Des actifs détenus par une entreprise individuelle ou une société de personnes peuvent être transférés d'une forme d'entité à une autre. Par exemple, les actifs d'une entreprise individuelle peuvent être transférés à une société de personnes ou à une société sans incidence fiscale. De même, les actifs d'une société de personnes peuvent être transférés à une société et les actions de la société peuvent être détenues directement par les anciens associés. Une fois que les actifs se retrouvent dans une société, toutefois, ils ne peuvent plus être transférés à une autre forme d'entité sans conséquence fiscale. Il y a également la possibilité de reporter l'imposition pour l'actionnaire en effectuant un choix d'avoir un exercice distinct de l'année civile.

---

[41] Jean-François PELLAND, « Avantages et inconvénients relatifs à l'utilisation de différentes entités corporatives et comparaisons pratiques », dans *Colloque – Transferts d'activités à différentes structures corporatives*, 160, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 1:1-23.

Il existe différentes possibilités afin de minimiser les impôts lors de la disposition des actions par le biais de diverses dispositions. Par exemple, la loi prévoit l'exonération des gains en capital sur les actions admissibles de petite entreprise[42], la DPE[43], l'impôt en main remboursable au titre de dividendes[44] ou encore le CDC[45].

Toutefois, la société est désavantagée par rapport à d'autres entités quant à son obligation de se soumettre à la taxe sur le capital. De plus, le fait que le véhicule corporatif soit une société ne la rend pas *ipso facto* admissible à tous les avantages prévus à la loi. Plusieurs avantages sont effectivement conditionnels au respect de divers critères, de sorte qu'une société peut se voir refuser certains avantages fiscaux auxquels d'autres sociétés ayant des caractéristiques différentes pourraient bénéficier. Par exemple, la DPE est accessible seulement aux SPCC, au sens du paragraphe 256(5.1) L.I.R., qui exploitent une entreprise. Par conséquent, les sociétés étrangères, publiques ou privées sous le contrôle de non-résidents ne peuvent bénéficier de cette déduction. En se qualifiant à titre de SPCC, la majorité des avantages octroyés à une société est accessible.

Lorsqu'un non-résident investit dans une SPCC, il est important de s'assurer que la présence d'actionnaires non résidents ne mette pas en péril le statut de la société en tant que SPCC.

Il existe plusieurs techniques pour sauvegarder le statut de SPCC en s'assurant que des non-résidents n'obtiennent pas le contrôle direct ou indirect de la société privée. De façon générale, des actions super votantes mais non participantes sont émises aux administrateurs ou aux actionnaires clés de la société. Dans un tel cas, il faut faire très attention aux ententes qui pourraient exister entre les différents actionnaires. L'alinéa 251(5)b) L.I.R. prévoit notamment plusieurs situations où une personne qui, à un moment donné, en vertu d'un contrat en *equity* ou autrement, a un droit, immédiat ou futur ou non, sera considérée comme détenant les actions assujetties au droit.

Il faut notamment faire attention lors de la signature d'une lettre d'intention d'acquérir une entreprise. L'ARC prend la position administrative que si une telle lettre ne crée aucune obligation,

---

42 Par. 110.6(1) L.I.R.

43 Art. 125 L.I.R.

44 Art. 129 L.I.R.

45 Par. 83(2) et 89(1) L.I.R.

conditionnelle ou non, immédiate ou future, de la part de l'acheteur de déposer une offre formelle pour les actions, l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne s'appliquera pas[46].

Société	
Avantages	***Désavantages***
Une personnalité juridique indépendante de celle de ses membres.	Une fois que les actifs se retrouvent dans une société, ils ne peuvent pas être distribués aux actionnaires ultimes sans conséquence fiscale.
Une capacité de détenir des biens et de contracter des obligations en son propre nom.	Assujettie à la taxe sur le capital.
Une responsabilité limitée des actionnaires de la société.	
Facilité de lever de l'équité/ d'intéresser des employés. Taux d'imposition bénéfique pour les SPCC. Possibilité de différer le paiement d'impôt en retenant des profits dans la société. Facilité de transférer des actifs parmi un groupe de sociétés. Possibilité de fusion sur une base de roulement. Possibilité de liquidation sur une base de roulement. Plus efficace pour la RS & DE.	Taux d'imposition combiné un peu plus élevé pour du revenu passif d'une SPCC et le revenu des sociétés autres que des SPCC (ceci n'est pas vrai dans d'autres provinces que le Québec).

[46] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0167361E5, 16 mars 2006.

CONCLUSION

	Entreprise individuelle	**Coentreprise**	**Fiducie commerciale**	**Société de personnes**	**Société en commandite**	**Société par actions**
Conditions administratives lors du début des activités	Relativement simple.	Création de liens et contractuelle.	Dépend surtout de l'acte de fiducie.	Contractuelle.	Contractuelle.	Conditions statutaires à respecter.
Facilité de réorganisation avec roulement fiscal	Généralement capable de rouler les biens de l'entreprise à d'autres entités avec roulement fiscal.	Non applicable, car les biens appartiennent aux collaborateurs.	Transaction imposable.	Généralement capable de rouler les biens de l'entreprise à d'autres entités avec roulement fiscal.	Généralement capable de rouler les biens de l'entreprise à d'autres entités avec roulement fiscal.	Possible de transférer des biens à une autre société ou société de personnes, mais transaction imposable lorsque les actifs sortent de la structure corporative.
Paliers d'imposition	Un palier d'imposition.	Collaborateurs imposables indépendamment.	Possibilité d'un palier d'imposition en attribuant le revenu aux bénéficiaires. Si aucune attribution aux bénéficiaires, la fiducie est imposable au taux marginal le plus élevé. Aucun crédit d'impôt accordé aux bénéficiaires.	Un niveau d'imposition. Conduit.	Un niveau d'imposition. Conduit.	Deux niveaux d'imposition. Crédit d'impôt a pour effet que le taux d'imposition s'apparente au taux d'imposition des individus. Possible de différer de l'impôt sur le revenu d'entreprise.
Responsabilité	Illimitée.	Illimitée pour sa propre activité.	Généralement limitée pour les bénéficiaires. Fiduciaires ont des responsabilités.	Illimitée.	Illimitée pour le commandité. Limitée pour les commanditaires s'ils ne s'unissent pas dans les affaires de l'entreprise.	Limitée. Responsabilité des administrateurs.
Taxe sur le capital	s. o.	Dépend de l'entité participante.	s. o.	Applicable à des associés corporatifs.	Applicable à des associés corporatifs.	Assujettie.
Taux d'imposition maximal	48 %		48 % si le revenu est attribué au bénéficiaire. Taux du bénéficiaire.	Unique de chaque associé.	Unique de chaque associé.	

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS ET NOUVEAUTÉS EN MATIÈRE DE RÉORGANISATION PRIVÉE



Pierre Fleury
CA, M. Fisc.
Giroux Ménard Charbonneau
Laprés, s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3:3

1. AUGMENTATION DE LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL 3:3

1.1. GAINS EN CAPITAL DÉCOULANT DE DISPOSITIONS DE BIENS ADMISSIBLES EFFECTUÉES PAR UN PARTICULIER APRÈS LE 18 MARS 2007 ..... 3:3
1.2. HARMONISATION AU QUÉBEC 3:5
1.3. REVUE DE LA SITUATION DES CONTRIBUABLES 3:5
1.4. EFFETS DE L'IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT 3:8

2. AJUSTEMENT AU PRIX DE BASE RAJUSTÉ LORS DU VERSEMENT D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS 3:9

2.1. COÛT D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS 3:11
2.2. AJUSTEMENT AU PRIX DE BASE RAJUSTÉ 3:11
2.3. AJUSTEMENT AU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 3:12

2.4. EXEMPLE 3:13
2.5. PLANIFICATION 3:13
2.5.1. Émission des actions de catégorie B 3:14
2.5.2. Rachat des actions de catégorie B 3:14

3. CHOIX DISTINCT AU QUÉBEC ET AU FÉDÉRAL 3:14

3.1. HISTORIQUE 3:15
3.2. ABOLITION DES CHOIX DISTINCTS QUÉBÉCOIS 3:15
3.3. APPLICATION DES LIMITES QUÉBÉCOISES 3:16
3.3.1. Aspect administratif 3:16
3.4. LISTE DES ARTICLES VISÉS PAR LES CHOIX DISTINCTS 3:17
3.4.1. Précisions du ministère des Finances du Québec 3:23
3.4.2. Choix distinct pour le paragraphe 308.6f) L.I. 3:24
3.4.3. Déduction accordée aux petites entreprises 3:27
3.4.4. Articles 85 L.I.R. et 518 L.I. 3:29

4. TECHNIQUE VANCE SIDER 3:34

4.1. ÉTAPE 1 ..... 3:36
4.2. ÉTAPE 2 ..... 3:39
4.3. ÉTAPE 3 ..... 3:40
4.3.1. Évaluation des actions de catégorie B 3:43
4.4. ÉTAPE 4 ..... 3:44
4.5. AUTRES APPLICATIONS 3:46
4.5.1. Purification d'une société 3:46

CONCLUSION 3:47

INTRODUCTION*

Chaque année voit poindre son lot de nouveautés qui influenceront les réorganisations d'entreprises. L'année 2006-2007 ne fait pas exception à la règle avec de bonnes et de moins bonnes nouvelles. Ce texte abordera les sujets suivants :

- l'augmentation de la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») de 500 000 $ à 750 000 $;
- l'ajustement du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») lors de dividendes en actions;
- les nouvelles mesures relativement à l'abolition des choix québécois distincts; et
- la technique Vance Sider relativement au revenu gagné.

Nous verrons de quelle façon les éléments précédents sont en mesure de modifier les planifications corporatives de sociétés privées.

1. AUGMENTATION DE LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL

1.1. GAINS EN CAPITAL DÉCOULANT DE DISPOSITIONS DE BIENS ADMISSIBLES EFFECTUÉES PAR UN PARTICULIER APRÈS LE 18 MARS 2007

Auparavant, l'exonération cumulative pouvait atteindre 500 000 $ à l'égard des gains en capital réalisés lors de la disposition de biens agricoles, de biens de pêche admissibles ainsi que d'actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »).

Le Budget fédéral de 2007[1] a proposé de hausser à 750 000 $ le montant de l'exonération cumulative des gains en capital réalisés par un particulier à l'égard de biens admissibles.

---

* L'auteur tient à remercier Réjean Raymond, BAA, M. Fisc., pour sa précieuse collaboration à la préparation de ce texte. L'auteur est cependant responsable de toute erreur ou omission.

1 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

Cette mesure s'applique aux dispositions de biens admissibles effectuées à compter du 19 mars 2007. Pour l'année d'imposition 2007, l'exonération des gains en capital à laquelle aura droit un particulier correspondra au total des sommes suivantes :

- la somme qu'il aurait pu déduire pour 2007 si le plafond de l'exonération des gains en capital qui lui est applicable était demeuré à 500 000 $;

- l'excédent, à concurrence de 125 000 $, du montant de la hausse du plafond des gains cumulatifs du particulier à la fin de 2007 qui est attribuable à des gains en capital imposables nets découlant de dispositions de biens admissibles effectuées à compter du 19 mars 2007 sur l'exonération des gains en capital à laquelle il avait droit avant le budget.

Le plafond des gains cumulatifs du particulier à la fin de l'année d'imposition sert à déterminer la part des gains en capital imposables nets découlant de dispositions de biens admissibles qui n'est pas réduite par certaines pertes et par les montants d'exonération des gains en capital dont le particulier s'est déjà prévalu.

La législation proposée est la suivante :

> « (13) *Exonération cumulative des gains en capital.* – Pour ce qui est des gains en capital découlant de dispositions de biens admissibles effectuées par un particulier après le 18 mars 2007, le plafond de l'exonération des gains en capital applicable au particulier passera de 250 000 $ à 375 000 $. Pour l'application de cette mesure à l'année d'imposition 2007, le montant maximal que le particulier peut déduire au titre de gains en capital réalisés en 2007 correspondra au total des sommes suivantes:
>
> a) la somme qu'il aurait pu déduire pour 2007 si le plafond de l'exonération des gains en capital qui lui est applicable pour 2007 était demeuré à 250 000 $;
>
> b) l'excédent, jusqu'à concurrence de 125 000 $, du montant de la hausse du plafond cumulatif des gains du particulier à la fin de 2007 qui est attribuable à des gains en capital imposables nets découlant de dispositions de biens admissibles effectuées après le 18 mars 2007, sur la somme déterminée selon l'alinéa *a*) relativement à ces gains en capital imposables nets[2]. »

---

[2] CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi de l'impôt sur le revenu, 19 mars 2007, modifié par CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2007-022, 19 mars 2007.

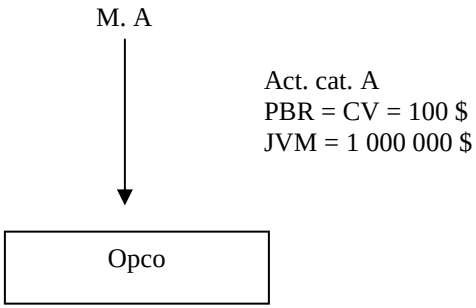
1.2. HARMONISATION AU QUÉBEC

Le 24 mai 2007, lors du Budget 2007-2008[3], le ministère des Finances du Québec a annoncé l'harmonisation à l'exonération cumulative des gains en capital.

1.3. REVUE DE LA SITUATION DES CONTRIBUABLES

Il faudra revoir la situation des contribuables relativement à la DGC et déterminer les transactions à effectuer pour leur permettre de bénéficier de l'augmentation de 250 000 $. Voyons à cet effet des situations types.

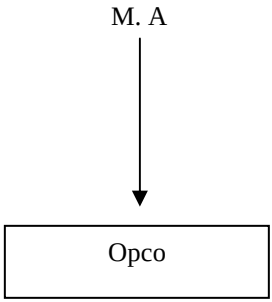
Situation 1



La situation 1 ne suppose pas une intervention immédiate sauf que Opco peut devoir être purifiée. Les actions de catégorie A pourront être vendues et sous réserve des tests à rencontrer, M. A pourra bénéficier de la DGC de 750 000 $.

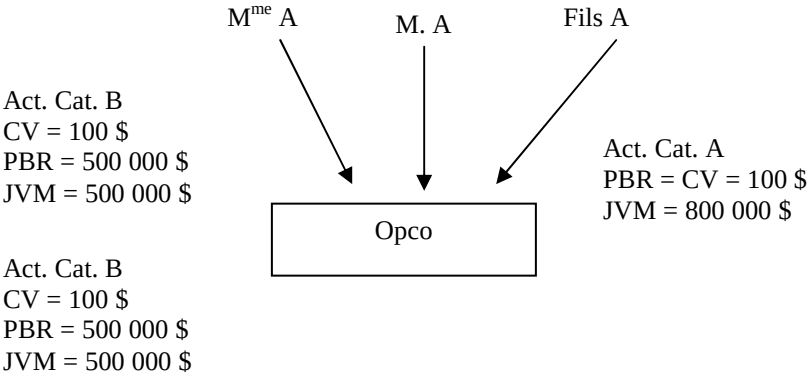
[3] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 24 mai 2007.

Situation 2



Dans la situation 2, une cristallisation a été effectuée dans le passé. Les actions privilégiées de catégorie B ont un PBR de 500 000 $. Une partie des actions de catégorie A, soit 50 % de celles-ci, pourrait faire l'objet d'une cristallisation en utilisant le paragraphe 85(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4] et l'article 518 de la *Loi sur les impôts*[5] compte tenu que dans le futur, M. A et Opco pourraient ne pas respecter les tests pour la DGC. Opco pourrait devoir être purifiée avant que la cristallisation soit effectuée.

Situation 3



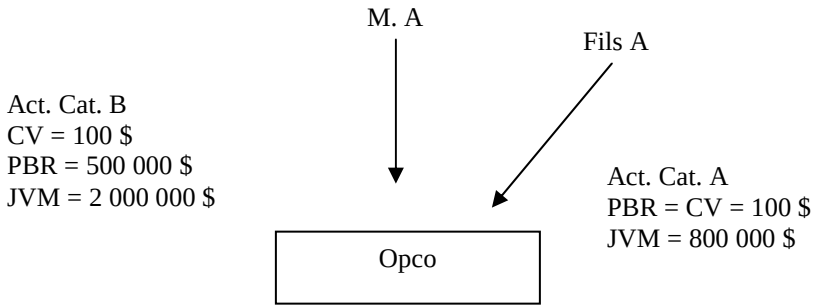
[4] L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

[5] L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

Dans la situation 3, M. A et M^me^ A ont chacun cristallisé leur DGC dans le cadre d'un gel successoral. Supposons que M. A et M^me^ A contrôlent Opco avec les actions privilégiées de catégorie B qui sont votantes. Fils A détient les actions participantes de catégorie A de Opco.

Nous pourrions faire un autre gel successoral. Fils A échange ses actions de catégorie A contre des actions de gel de catégorie C en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et de l'article 518 L.I. Par la suite, M. A, M^me^ A et Fils A souscriraient à de nouvelles actions participantes de catégorie A de Opco afin de permettre à M. A et M^me^ A de bénéficier de la DGC supplémentaire de 250 000 $.

Situation 4



Dans la situation 4, M. A a cristallisé sa DGC et il se retrouve avec des actions votantes de catégorie B ayant une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de 2 M$. Est-ce que les actions de catégorie B sont des actions prescrites[6] pour l'application des paragraphes 110.6(8) et 110.6(9) L.I.R.?

Nous pourrions continuer avec d'autres situations du genre. Essayons plutôt de formuler quelques questions qui permettront aux fiscalistes d'effectuer des interventions pour aider les contribuables à bénéficier de la DGC additionnelle.

1) Est-ce que la structure actuelle du capital-actions permet à l'actionnaire de bénéficier de la DGC de 750 000 $?

2) Faut-il envisager de cristalliser la DGC additionnelle tout de suite compte tenu de la situation de la société?

---

6 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), par. 6205(1).

3) Doit-on faire un dégel pour que certains actionnaires puissent bénéficier de l'augmentation de la DGC?

4) Est-ce que les actions privilégiées détenues par un actionnaire peuvent se qualifier à la DGC?

Assurons-nous que les contribuables sont dans une position pour bénéficier de la DGC.

1.4. EFFETS DE L'IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT

L'augmentation de la DGC implique évidemment qu'il peut y avoir de l'impôt minimum de remplacement (ci-après « IMR ») supplémentaire.

En considérant une DGC de 750 000 $, l'IMR est le suivant selon une rémunération qui varie :

Rémunération (*)	IMR fédéral	IMR Québec
Aucune	27 291	21 651
50 000 $	27 842	22 792
75 000 $	26 191	21 155
100 000 $	23 566	19 155

(*) montant du salaire imposable

Comparons maintenant les chiffres de l'IMR avec une DGC de 500 000 $:

Rémunération (*)	IMR fédéral	IMR Québec
Aucune	15 666	11 651
50 000 $	16 217	12 792
75 000 $	14 566	11 155
100 000 $	11 941	9 155

La DGC additionnelle entraîne un IMR supplémentaire de 11 625 $ au fédéral et de 10 000 $ au Québec selon les taux d'impôt de 2007.

Il faudra aviser les contribuables qui bénéficient de la DGC de ce petit cadeau inespéré. Il faudra également s'assurer que les revenus du disposant pour les années subséquentes lui permettront de récupérer l'IMR.

Il y aura toujours lieu de faire une cristallisation sur deux ans pour minimiser l'impact de l'IMR. Une réserve pour gains en capital pourra être utilisée dans le cas d'une vente d'actions pour réduire l'IMR.

2. AJUSTEMENT AU PRIX DE BASE RAJUSTÉ LORS DU VERSEMENT D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS

Revoyons brièvement les définitions reliées à un dividende en actions.

Tel qu'il est indiqué au paragraphe 248(1) L.I.R., un dividende comprend un dividende en actions :

> « "*dividende*". – "*dividende*" Sont compris parmi les dividendes les dividendes en actions, sauf s'ils sont versés à une société ou à une fiducie de fonds commun de placement par une société non-résidente. »

Un dividende en actions s'effectue par l'émission d'actions du capital-actions d'une société :

> « "*dividende en actions*". – "*dividende en actions*" Sont compris parmi les dividendes en actions les dividendes (déterminés compte non tenu de la définition de "dividende" au présent paragraphe) versés par une société, dans la mesure où ils sont versés par l'émission d'actions d'une catégorie du capital-actions de la société. »

La définition précédente n'indique pas le montant qui sera ajouté au capital versé des actions. Il faut se référer à la définition de « montant » au paragraphe 248(1) L.I.R. :

> « "*montant*". – "*montant*" Argent, droit ou chose exprimés sous forme d'un montant d'argent, ou valeur du droit ou de la chose exprimée en argent. Toutefois:
>
> *a)* malgré l'alinéa *b*), dans les cas où les paragraphes 112(2.1), (2.2) ou (2.4), les articles 187.2 ou 187.3 ou les paragraphes 258(3) ou (5) s'appliquent à un dividende en actions, le montant du dividende en actions est le plus élevé des éléments suivants:
>
> (i) le montant correspondant à l'augmentation, découlant du versement du dividende, du capital versé de la société qui a versé le dividende,
>
> (ii) la juste valeur marchande de l'action ou des actions payées comme dividendes en actions au moment du versement;
>
> *b)* dans le cas où l'article 191.1 s'applique à un dividende en actions, le montant du dividende en actions est, pour l'application de la partie VI.1, le plus élevé des montants visés aux sous-alinéas (i) et (ii) et, à toute autre fin, le montant visé au sous-alinéa (i):
>
> (i) le montant correspondant à l'augmentation, découlant du versement du dividende, du capital versé de la société qui a versé le dividende,
>
> (ii) la juste valeur marchande de l'action ou des actions payées comme dividendes en actions au moment du versement;

> *c)* dans les autres cas, le montant d'un dividende en actions versé par une société est le montant correspondant à l'augmentation, découlant du dividende, du capital versé de la société qui a versé le dividende. »

Dans la majorité des cas, l'alinéa 248(1)c) L.I.R. s'applique et le montant du dividende correspond à l'augmentation du capital versé.

La question de l'ajout au capital versé s'est longtemps posée pour les actions à valeur de rachat élevée et à capital versé faible émises à titre de dividende en actions. La détermination du capital déclaré légal est basée sur le droit des sociétés qui est le point de départ pour calculer le montant du capital versé fiscal des actions[7]. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») s'est prononcée en confirmant qu'un montant nominal peut s'ajouter au capital versé des actions émises[8].

L'alinéa 52(3)a) L.I.R. prévoyait que pour un actionnaire d'une société qui a reçu un dividende en actions sur une action qui lui appartient, le PBR de la part du dividende en actions serait égale au montant du dividende en actions, soit le montant ajouté au capital versé.

Il faut distinguer les dividendes en actions des fractionnements d'actions. Un fractionnement d'actions implique une augmentation du nombre d'actions avec une répartition du capital versé entre le nouveau nombre d'actions. Il n'y a donc pas d'augmentation du capital versé lors d'un fractionnement d'actions.

La nouvelle législation pour l'alinéa 52(3)a) L.I.R. est la suivante :

> « (1) L'alinéa 52(3) *a*) de la même loi est remplacé par ce qui suit:
>
> a) si le dividende en actions est un dividende, l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii):
>
> (i) le montant du dividende en actions,
>
> (ii) le montant du dividende que l'actionnaire peut déduire en application du paragraphe 112(1) dans le calcul de son revenu imposable;[9] […] »

---

[7] Par. 89(1) L.I.R. et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-463R2, « Capital versé », 8 septembre 1995, par. 2.

[8] *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (en ligne : www.cchenligne.ca), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2003-0029995, 10 octobre 2003.

[9] CHAMBRE DES COMMUNES, *Loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes*, Projet de loi C-33, adopté le 15 juin 2007.

Ces modifications s'appliquent relativement aux dispositions effectuées au 9 novembre 2006 ou par la suite.

2.1. COÛT D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS

L'alinéa 52(3)a) L.I.R. est modifié de façon à prévoir que le coût d'un dividende en actions, pour un actionnaire qui est une société, ne comprenne pas le montant de tout dividende que la société peut déduire en application du paragraphe 112(1) L.I.R. dans le calcul de son revenu imposable. Le but de cette modification est d'exclure du coût d'un dividende en actions toute somme qui ne constitue pas un revenu imposable pour la société bénéficiaire du dividende.

L'alinéa 53(1)b) L.I.R. et la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. font l'objet de modifications connexes.

2.2. AJUSTEMENT AU PRIX DE BASE RAJUSTÉ

La nouvelle législation pour l'alinéa 53(1)b) L.I.R. est la suivante :

> « b) lorsque le bien est une action du capital-actions d'une société résidant au Canada, l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii):
>
> (i) le total des sommes représentant chacune le montant d'un dividende afférent à l'action que le contribuable est réputé, en vertu du paragraphe 84(1), avoir reçu antérieurement,
>
> (ii) la partie du total déterminé selon le sous-alinéa (i) qui se rapporte à des dividendes, à la fois:
>
> (A) à l'égard desquels le contribuable a obtenu une déduction en application du paragraphe 112(1) dans le calcul de son revenu imposable,
>
> (B) qui découlent, directement ou indirectement, de la conversion d'un surplus d'apport en capital versé; […] » (Notre soulignement)

Le paragraphe 53(1) L.I.R. porte sur les sommes à ajouter au PBR lorsqu'une augmentation de capital versé est effectuée en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R. Les dividendes en actions sont spécifiquement exclus du paragraphe 84(1) L.I.R.[10] Désormais, lors de la réception d'un dividende en actions, un actionnaire qui est une société doit exclure du montant à ajouter au PBR des actions reçues toute partie de dividende qui est

[10] Al. 84(1)a) L.I.R.

déductible en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. et qui découle, directement ou indirectement, de la conversion, par la société émettrice de l'action, **de son surplus d'apport en capital versé**.

Pour l'instant, les notes explicatives ne donnent pas de précisions sur la conversion d'un surplus d'apport en capital. Il faudra être prudent dans nos transactions futures.

Ainsi, il faut désormais faire une distinction entre une augmentation de capital versé avec l'utilisation des bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») qui n'est pas visée par les modifications. Il y a lieu de s'interroger sur les intentions du ministère des Finances pour faire une telle distinction.

L'explication peut être que le surplus d'apport provient généralement d'un gain latent sur le transfert d'un bien à une société tandis que les BNR sont des revenus gagnés qui en général ont été imposés. Il semble logique de permettre l'utilisation du revenu gagné sans réduire en contrepartie le PBR d'actions émises. Toutefois, comment expliquer qu'un dividende en actions à même les BNR fasse l'objet d'un ajustement au PBR tandis qu'il suffit d'augmenter le capital versé avec les BNR pour éviter l'ajustement au PBR?

2.3. AJUSTEMENT AU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

La définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. est quant à elle modifiée de la façon suivante :

> « (A) d'un gain en capital de la société – calculé compte non tenu des sous-alinéas 52(3) *a*)(ii) et 53(1) *b*)(ii) – provenant de la disposition (sauf celle qui constitue un don effectué après le 8 décembre 1997 qui n'est pas un don visé au paragraphe 110.1(1)) d'un bien au cours de la période commençant au début de sa première année d'imposition (ayant commencé après le moment où elle est devenue pour la dernière fois une société privée et s'étant terminée après 1971) et se terminant immédiatement avant le moment donné (appelée "période" à la présente définition), […] »

Il n'est plus permis de faire un choix relativement au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») pour du gain en capital provenant de la disposition d'actions dans la mesure où le gain provient du fait que le coût des actions ne comprend pas les sommes visées aux sous-alinéas 52(3)a)(ii) et 53(1)b)(ii) L.I.R.

Le but est d'éviter de convertir un surplus en gain en capital dont une partie pourrait faire l'objet d'un paiement avec un dividende en capital.

2.4. EXEMPLE

Analysons la situation avec un exemple.

Filialco a des BNR de 10 000 $. Filialco pourrait verser un dividende non déterminé de 10 000 $ à Mèreco. Mèreco verse un dividende à M. A, son actionnaire unique.

Il n'y a pas d'implications fiscales pour Mèreco qui s'impose sur le dividende reçu de Filialco[11] et le déduit[12]. M. A paiera des impôts d'environ 3 600 $[13] et encaissera 6 400 $ net d'impôts.

Le scénario serait le suivant avec la modification à l'alinéa 53(1)b) L.I.R. sans une modification corrélative au paragraphe 89(1) L.I.R.

Filialco verse un dividende en actions de 10 000 $ à Mèreco. Un montant de 10 000 $ est ajouté au capital versé des actions émises par Filialco. Le PBR des actions serait de 0 $ puisque Mèreco a déduit le dividende selon le paragraphe 112(1) L.I.R.

Filialco rachète les actions émises pour une somme de 10 000 $. Il n'y a pas de dividende présumé pour Mèreco mais un gain en capital de 10 000 $. Mèreco paiera des impôts de 2 300 $. Mèreco verse un dividende à M. A. Compte tenu de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») de 1 333 $ et du CDC de 5 000 $, M. A paiera des impôts de 1 452 $ et il encaissera 7 581 $.

Malheureusement, il faudra oublier cette planification.

2.5. PLANIFICATION

Analysons les modifications sur une planification typique.

Un dividende en actions est utilisé pour purifier une société. Par exemple, Holdco détient des actions de Opco. Opco a des liquidités excédentaires pour 300 000 $. Opco émet des actions privilégiées de catégorie B ayant un capital versé de 100 $ et rachetables pour 300 000 $.

---

11 Al. 12(1)j) L.I.R.

12 Par. 112(1) L.I.R.

13 Nous considérons un taux d'impôt marginal de 36 % sur le dividende.

2.5.1. Émission des actions de catégorie B

Holdco reçoit un dividende de 100 $ de Opco.

Le PBR des actions de catégorie B sera de 0 $ puisque le montant du dividende de 100 $ est maintenant réduit de 100 $, soit le montant déductible en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. pour Holdco.

2.5.2. Rachat des actions de catégorie B

Holdco reçoit un dividende de 299 900 $ de Opco puisque le capital versé des actions de catégorie B est de 100 $.

Holdco réalise un gain en capital de 100 $ avec la modification au paragraphe 52(3) L.I.R.

La plupart des planifications fiscales impliquent l'émission de *high-low shares*, soit des actions ayant un faible capital versé et une valeur de rachat fixe élevée, donc le gain en capital ne sera pas élevé.

Nous reviendrons sur une planification où une société émet des actions à capital versé élevé pour cristalliser son revenu gagné.

La problématique se poserait dans une juridiction où les actions émises ne peuvent avoir un faible capital versé.

3. CHOIX DISTINCT AU QUÉBEC ET AU FÉDÉRAL

Il existe plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* où un contribuable peut faire le choix d'un traitement fiscal donné, soit la majoration du coût fiscal d'un bien ou la détermination du moment auquel un événement est réputé survenir.

Un choix distinct du fédéral peut généralement être effectué au Québec. Évidemment, cette situation peut entraîner des situations d'évitement fiscal au Québec. La possibilité d'effectuer un choix fiscal distinct au Québec fait en sorte d'accorder une flexibilité aux contribuables, et parfois d'éviter les impôts.

3.1. HISTORIQUE

Le 19 décembre 1996, le ministère des Finances a resserré les règles sur les transferts de biens sans implication fiscale[14] et l'a confirmées lors du Discours sur le budget du 25 mars 1997[15]. Nous invitons le lecteur à consulter les textes suivants[16] s'il veut plus de précisions.

Le 16 octobre 1997, le ministère des Finances frappait une fois de plus en annonçant des mesures sur la réserve pour gains en capital[17].

Le 31 mars 1998, le ministère des Finances revenait à la charge avec des mesures contre les fiducies utilisées pour réduire l'impôt du Québec[18].

3.2. ABOLITION DES CHOIX DISTINCTS QUÉBÉCOIS

Le 20 décembre 2006, le ministère des Finances a frappé un grand coup en annonçant dans le *Bulletin d'information* 2006-6[19] l'abolition d'une multitude de choix distincts québécois.

Revenu Québec sera mis à contribution en accentuant ses vérifications afin de trouver les contribuables qui ont fait des choix québécois dont l'impact immédiat ou futur est d'éviter le paiement des impôts. Le mot

---

14 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 96-9, « Déclaration ministérielle concernant une réduction des taxes sur la masse salariale pour la création d'emplois et d'autres mesures fiscales », 18 décembre 1996, pp. 11-12.

15 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1997-1998, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 25 mars 1997.

16 Christian THERRIEN, « Fiscalité interprovinciale – Transfert de biens avec report d'impôt impliquant l'assiette fiscale de plus d'une province », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 16:1-20; Jean-Pierre DESROSIERS, « Fiscalité interprovinciale – Développements récents et autres analyses », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 17:1-152, aux pages 17:17-33.

17 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 97-5, « Octroi aux grandes entreprises du remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard des camions et autres mesures fiscales », 16 octobre 1997, pp. 8-9.

18 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1998-1999, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 31 mars 1998, pp. 80-81.

19 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006, pp. 10-12.

d'ordre est d'appliquer la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») dans ces cas.

La législation fiscale sera modifiée pour prévoir que lorsqu'un choix sera valide pour l'application de l'impôt fédéral, le même choix sera réputé effectué pour l'application de l'impôt québécois.

Il ne sera pas possible de faire un choix québécois si aucun choix valide n'est effectué au fédéral.

Les situations les plus connues qui sont visées par la mesure québécoise sont la majoration du coût de certains biens lors de la liquidation d'une filiale dans sa société mère ou la possibilité de désigner un montant différent comme dividende distinct lors d'une transaction impliquant du revenu gagné.

L'exception qui s'applique aux roulements fiscaux pour les contribuables dont la quasi-totalité des affaires est faite au Québec continuera de s'appliquer[20].

3.3. APPLICATION DES LIMITES QUÉBÉCOISES

À compter du 20 décembre 2006, un choix sera réputé effectué pour l'application de l'impôt québécois lorsqu'un choix fédéral sera fait. Le montant applicable pour l'impôt québécois sera de façon générale le montant applicable pour l'impôt fédéral.

Malgré la présomption générale, les différences entre les données fédérales et québécoises seront prises en considération afin de ne pas obtenir un résultat raisonnable. Le coût fiscal québécois d'un bien sera la limite inférieure tandis que le revenu gagné québécois sera la limite supérieure.

3.3.1. Aspect administratif

Les contribuables devront joindre à leur déclaration fiscale québécoise une copie du choix pour l'application de l'impôt fédéral.

En cas de défaut de joindre le choix fédéral, la pénalité sera de 25 $ par jour jusqu'à concurrence de 2 500 $.

---

[20] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 15, pp. 168-170.

Les modifications relativement aux choix distincts s'appliquent à compter du 20 décembre 2006.

3.4. LISTE DES ARTICLES VISÉS PAR LES CHOIX DISTINCTS

Les articles visés par les choix distincts sont les suivants :

Articles de la *Loi sur les impôts*	Description du choix et disposition équivalente au fédéral
6.2	Acquisition de contrôle d'une société (al. 249(4)d) L.I.R.).
7.0.3	Choix concernant la fin d'un exercice financier (par. 249.1(4) L.I.R.).
7.0.5	Révocation d'un choix à l'article 7.0.3 L.I. (par. 249.1(6) L.I.R.).
21.4.2	Moment d'acquisition du contrôle d'une société (par. 256(9) L.I.R.).
21.40	Fiducie pour l'environnement (par. 248(1) « fiducie pour l'environnement admissible » L.I.R.).
47.7	Fiducie pour employés (par. 248(1) « fiducie d'employés », al. a) et b) L.I.R.).
49.2.3	Aliénation d'un titre nouvellement acquis en vertu d'une convention d'options d'achat (par. 7(1.31) L.I.R.).
85.5	Choix de la valeur de l'inventaire d'un artiste (par. 10(6) L.I.R.).
85.6	Révocation du choix à l'article 85.5 L.I. (par. 10(7) L.I.R.).
93.3.1	Pertes sur certains transferts de biens amortissables (par. 13(21.2) L.I.R.).

96	Aliénation d'un ancien bien et remplacement d'un bien (al. 13(4)a) L.I.R.).
110.1	Choix à l'égard d'un montant à recevoir relativement à l'aliénation d'une immobilisation incorporelle (par. 14(6) L.I.R.).
157.10	Paiement pour transfert d'obligations d'un contribuable (par. 20(24) L.I.R.).
184	Convention lors de la vente de créances (par. 22(1) L.I.R.).
190	Choix du propriétaire de prolonger l'exercice financier (par. 25(1) L.I.R.).
194	Calcul du revenu d'une entreprise agricole ou de pêche selon la comptabilité de caisse (par. 28(1) L.I.R.).
199	Aliénation d'un animal d'un troupeau de base d'une catégorie donnée (par. 29(1) avant a) L.I.R.).
215	Choix du professionnel pour les travaux en cours (art. 34 L.I.R.).
238.3.1	Pertes sur certaines actions (par. 40(3.6) L.I.R.).
248	Aliénation d'un bien (par. 248(1) « disposition » L.I.R.).
250.1	Choix à l'égard de l'aliénation d'une valeur canadienne (par. 39(4) L.I.R.).
261.2	Pertes réputées pour certains membres (par. 40(3.12) L.I.R.).
279	Choix pour l'immobilisation de remplacement (par. 44(1) L.I.R.).

280.3	Produit réputé de l'aliénation lors de la disposition d'un édifice et d'un terrain adjacent (par. 44(6) L.I.R.).
284	Choix lors du changement de l'usage d'un bien (par. 45(2) L.I.R.).
286.1	Choix d'utiliser un immeuble à revenu comme résidence principale (art. 54.1 L.I.R.).
308.6	Choix pour un dividende distinct (al. 55(5)f) L.I.R.).
312.3	Choix pour une entente de pension alimentaire (par. 56.1(4) L.I.R.).
313.0.1	Pension alimentaire réputée (al. 56.1(2)a) L.I.R.).
333.1	Déduction admise dans le calcul du revenu à l'égard de biens miniers objets d'une aliénation involontaire; choix du contribuable (al. 59.1a) L.I.R.).
336.1	Pension alimentaire réputée (par. 60.1(2) L.I.R.).
418.26	Changement de contrôle (par. 66.7(10) L.I.R.).
453	Choix par le conjoint ou la fiducie quant à certaines réserves (par. 72(2) L.I.R.).
462.6.1	Choix en vertu de l'application de l'article 462.5 L.I. (par. 74.2(3) L.I.R.).
462.16	Conjoints séparés (par. 74.5(3) L.I.R.).
470	Choix concernant les indemnités acquises par le contribuable (al. 80.1c) à 80.1f) L.I.R.).
471	Choix concernant les intérêts reçus ou à recevoir sur les indemnités (par. 80.1(2) L.I.R.).
475	Choix relatif à deux indemnités ou plus émises et acquises (par. 80.1(9) L.I.R.).

477	Biens acquis d'une filiale étrangère du contribuable à titre de dividende en nature ou de bénéfice (al. 80.1(4)a) à 80.1(4)f) L.I.R.).
478	Biens acquis d'une filiale étrangère du contribuable à la suite d'un règlement d'une dette (al. 80.1(5)a) L.I.R.).
479	Biens acquis d'une filiale étrangère (par. 80.1(6) L.I.R.).
485.21	Dette réputée réglée lors d'une liquidation (par. 80.01(4) L.I.R.).
487.0.3	Inclusion dans le revenu de la déduction à l'égard des ventes dans des régions frappées de sécheresse (par. 80.3(5) L.I.R.).
496	Choix par un particulier qui atteint l'âge de 21 ans (par. 81(5) L.I.R.).
500	Dividende payable sur plus d'une catégorie d'actions (par. 89(3) L.I.R.).
517.4.5	Choix relatif à l'ordre de l'aliénation d'actions (par. 84.1(2.1) L.I.R.).
560	Choix applicable à l'article 559 L.I. (al. 88(1)d) L.I.R.).
569	Dissolution d'une filiale étrangère (par. 88(3) L.I.R.).
589	Choix relatif à l'aliénation d'une action du capital-actions d'une filiale étrangère (par. 93(1) L.I.R.).
589.2	Choix relatif à l'aliénation d'une action du capital-actions d'une filiale étrangère (par. 93(1.2) L.I.R.).
601	Exercice financier d'une société de personnes dissoute (par. 99(1) L.I.R.).

660.1	Choix concernant le second fonds du compte de stabilisation du revenu net (par. 104(14.1) L.I.R.).
688.0.0.1	Choix d'une fiducie (par. 107(2.001) L.I.R.).
688.0.0.2	Choix d'un bénéficiaire (par. 107(2.002) L.I.R.).
688.0.1	Attribution d'une résidence principale (par. 107(2.01) L.I.R.).
688.1.1	Gain non attribué à un bénéficiaire (par. 107(2.11) L.I.R.).
692.8	Conséquences fiscales d'une aliénation admissible (par. 107.4(3) L.I.R.).
716	Don d'une immobilisation (par. 110.1(3) L.I.R.).
726.7	DGC relative à un bien agricole admissible (par. 110.6(2) L.I.R.).
726.7.1	DGC relative à une action admissible d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») (par. 110.6(2.1) L.I.R.).
726.7.2	Déduction relative à un bien de pêche admissible (aucune concordance).
736	Acquisition de contrôle d'une société (al. 111(4)a) L.I.R.).
752.0.10.12	Don d'une immobilisation (par. 118.1(6) L.I.R.).
752.0.10.13	Don d'une œuvre d'art (par. 118.1(7) L.I.R.).
771.2.1.3	Plafond des affaires, association à une troisième société, choix de ne pas être associé (par. 125(2) L.I.R.).
785.2	Contribuable qui cesse de résider au Canada (par. 128.1(4) L.I.R.).
785.2.2	Résident de retour (par. 128.1(6) L.I.R.).

785.2.3	Bénéficiaire de retour (par. 128.1(7) L.I.R.).
785.2.4	Perte postérieure à l'émigration (par. 128.1(8) L.I.R.).
803.1	Choix relatif à l'attribution d'une caisse (par. 137(5.1) L.I.R.).
844.4	Application de l'article 844.3 L.I. (al. 138(4.5)a) L.I.R.).
851.20	Choix du fiduciaire lorsque le titulaire d'une police à fonds réservé retire la totalité ou une partie de son intérêt dans une police (par. 138.1(4) avant a) L.I.R.).
851.28	Choix à l'égard du revenu (par. 143(2) avant a) L.I.R.).
851.33	Choix relatif à un don (par. 143(3.1) L.I.R.).
853	Cas où on stipule que les versements sont faits sur les bénéfices (par. 144(10) L.I.R.).
865	Revenus et impôts étrangers (al. 144(8.1)a) avant (i) L.I.R.).
985.3	Désignation d'organismes de bienfaisance associés (par. 149.1(7) L.I.R.).
1054	Choix lors de l'aliénation de biens par la succession (al. 164(6)c) L.I.R.).
1120.0.1	Choix de devenir une fiducie de fonds commun de placements (par. 132(6.1) L.I.R.).
1121.7	Année d'imposition d'une fiducie de fonds commun de placements (par. 132.11(1) L.I.R.).

Le *Bulletin d'information* 2006-6[21] précise que la liste ci-dessus n'est pas exhaustive. La RGAÉ pourrait être utilisée pour un choix qui n'est pas dans la liste. D'autres articles seront ajoutés à la liste.

3.4.1. Précisions du ministère des Finances du Québec

Le 16 février 2007, le ministère des Finances répondait à des questions de l'Union des producteurs agricoles (ci-après « UPA ») en donnant des précisions sur quelques-uns des articles visés par le *Bulletin d'information* 2006-6[22].

3.4.1.1. Article 194 L.I.

L'annonce du 20 décembre 2006 concernant la décision d'utiliser ou non la comptabilité de caisse ne touche que le principe de l'utilisation de la comptabilité de caisse, et non la discrétion plus spécifique qu'offre le paragraphe b) de l'article 194 (2e al.) L.I. Le paragraphe b) de l'article 194 (2e al.) L.I. permet de faire un choix pour ajuster l'inventaire d'une entreprise agricole.

3.4.1.2. Articles 199, 487.0.2 et 660.1 L.I.

Trois choix, les choix des articles 199, 487.0.2 et 660.1 L.I., visés par l'annonce du 20 décembre 2006 et mentionnés dans la lettre de l'UPA, ne feront l'objet d'aucun ajustement ou précision.

3.4.1.3. Article 726.7 L.I.

Dans le cas de la DGC relative à un bien agricole admissible (art. 726.7 L.I.), les modalités exactes d'application de l'abolition de l'autonomie en matière d'utilisation de cette déduction seront précisées dans le cadre de la rédaction de ces dispositions. Cela était déjà prévu lors de l'annonce du 20 décembre 2006, dans laquelle il a été mentionné que « les différences entre les données fiscales fédérales et québécoises des divers

---

21 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006.

22 Voir à la section « Choix visés » les précisions apportées par le ministère des Finances du Québec le 16 février 2007 en réponse à une demande de l'UPA, dans Fiscalité du Québec, CCH Fiscalité – Impôt sur le revenu, Don Mills, Ont, CCH Canadian.

paramètres seront prises en considération afin de ne pas obtenir un résultat non souhaitable »[23].

3.4.2. Choix distinct pour le paragraphe 308.6f) L.I.

Une planification intéressante visant un choix distinct au Québec qui « est passée au tordeur » est la désignation prévue à l'alinéa 55(5)f) L.I.R. Le choix distinct se retrouvait au paragraphe 308.6f) L.I.

Revenu Québec avait même donné sa bénédiction au cours d'une table ronde provinciale en 2002. Les questions suivantes avaient été posées à Revenu Québec :

> « Question 1 : Est-ce que vous pouvez nous confirmer qu'une société pourrait ne pas faire de désignation dans sa déclaration de revenu fédérale en vertu de l'alinéa du paragraphe (5) de l'article 55 L.I.R. et effectuer une désignation dans sa déclaration de revenu du Québec en vertu du paragraphe *f*) de l'article 308.6 L.I.?
>
> Question 2 : L'article 570 L.I. qui fait référence à l'article 570R2 R.I. mentionne que le compte de dividende en capital d'une société "désigne un montant égal à celui qui est calculé à ce titre à l'égard de cette société au même moment et pour les mêmes fins en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*".
>
> Est-ce que vous pouvez nous confirmer que la société pourrait faire le choix de verser un dividende à même le compte de dividende en capital après l'imposition du gain en capital au fédéral en vertu du paragraphe (2) de l'article 55 L.I.R., et ce, même si la société ne s'est pas vue imposer sur un gain en capital sur le plan de la législation québécoise en vertu de l'article 308.1 L.I.[24] »

Les réponses furent les suivantes :

> « Réponse 1 : Même s'il s'agit d'une mesure d'harmonisation à la législation fiscale fédérale, la législation fiscale québécoise est autonome à l'égard de la désignation prévue en vertu du paragraphe *f*) de l'article 308.6 L.I. En conséquence, une désignation peut être effectuée en vertu du paragraphe *f*) de l'article 308.6 L.I., et ce, même si aucune désignation n'est effectuée en vertu de l'alinéa f) du paragraphe (5) de l'article 55 L.I.R.
>
> Réponse 2 : Tout d'abord, nous tenons à mentionner qu'une question similaire a été posée l'année dernière lors du congrès annuel de l'Association de

---

23 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 19.

24 « Table ronde provinciale (Questions et réponses) », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:1-60, question 2.5, aux pages 54:24-26.

> planification fiscale et financière (ci-après "APFF"). La situation inverse à celle exposée ici était présentée.
>
> Ainsi, étant donné qu'en vertu de la législation québécoise, le compte de dividende en capital d'une société est égal à celui qui est calculé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la société pourrait faire le choix de verser un dividende sur le compte de dividende en capital en vertu de l'article 502 L.I., et ce, même si elle ne s'est pas imposée sur le plan de la législation québécoise sur le gain en capital qui a engendré la création du compte de dividende en capital. À cet égard, le MRQ n'envisage pas d'adopter une position administrative pour modifier cette interprétation[25]. »

À cette époque, Revenu Québec ne considérait pas qu'un tel résultat était contraire à la politique fiscale du Québec. Le montant du revenu protégé au niveau provincial n'étant généralement pas le même que le montant du revenu protégé aux fins fédérales puisque les règles du calcul du revenu sont différentes au Québec, par exemple les taux d'amortissement accélérés. Il était fréquent d'effectuer une désignation en vertu du paragraphe 308.6f) L.I. pour un montant différent de la désignation faite en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R.

Voyons un exemple de planification avec choix distinct. M. B détient la totalité des actions ordinaires de Profitco, une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») ayant très peu d'achalandage. Le PBR des actions est de 100 $, leur JVM de 1 M$ et le revenu protégé en main attribuable aux actions est de 800 000 $. M. B a déjà utilisé sa DGC sur des AAPE. M. B encaissera environ 759 000 $ net d'impôts s'il vend les actions de Profitco sans aucune planification.

Voici la planification que nous aurions suggéré à M. B :

- M. B transfère ses actions de Profitco à Holdco, une SPCC, sans implication fiscale en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et de l'article 518 L.I.

  Le particulier transfère la totalité des actions de la société cible à une nouvelle société de portefeuille qui, elle aussi, sera une SPCC;

- Profitco augmente le capital versé de ses actions d'un montant de 1 M$. Il y aura un dividende réputé et une augmentation du PBR des actions de 1 M$;

---

[25] *Id*., pp. 54:27-28.

- Holdco vend les actions de Profitco à un tiers;

- aux fins de l'impôt fédéral, Holdco n'effectue aucune désignation en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R.;

- aux fins de l'impôt provincial, Holdco effectue une désignation en vertu du paragraphe 308.6f) L.I. pour qu'un montant de 800 000 $ soit réputé être un dividende distinct;

- Holdco est liquidée en vertu du paragraphe 88(2) L.I.R.

Les conséquences fiscales des transactions sont les suivantes :

- aux fins de l'impôt provincial, le dividende distinct de 800 000 $ représentera un dividende totalement déductible pour Holdco, alors que le solde de 200 000 $ sera imposé comme un gain en capital, donnant lieu à un impôt provincial d'environ 9 000 $[26];

- aux fins de l'impôt fédéral, la totalité du dividende de 1 M$ sera réputée être un gain en capital pour Holdco en vertu du paragraphe 55(2) L.I.R. Un gain en capital imposable de 500 000 $ sera réalisé, donnant lieu à un montant approximatif d'impôt fédéral de 179 000 $[27]. Un montant de 133 333 $ sera crédité au solde d'IMRTD.

Et finalement pour M. B, les conséquences fiscales de la liquidation de la société de portefeuille seront les suivantes :

- un montant de 500 000 $ pourra être reçu sans impôt à titre de dividende en capital tant au fédéral qu'au Québec;

- en tenant compte du RTD, le particulier recevra un dividende imposable non déterminé total d'environ 445 333 $[28] sur lequel il paiera un impôt d'environ 133 333 $;

---

[26] Selon le Budget provincial du 24 mai 2007 : QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 3, Annexe A, pp. A.62-63.

[27] Selon un taux d'impôt fédéral de 35,79 % sur les revenus de placements.

[28] Soit 1 000 000 $ - 500 000 $ (dividende en capital) - 9 000 $ (impôt provincial) - 179 000 $ (impôt fédéral) + 133 333 $ (RTD).

- au total, M. B recevra donc un montant approximatif de 812 000 $ après impôts; il aura donc réalisé une économie d'environ 53 000 $.

Il faudra trouver une autre planification avec l'élimination de ce choix distinct. De plus, Revenu Québec a confirmé[29] qu'il n'accepterait pas de choix après le 20 décembre 2006 pour les transactions réalisées avant le 20 décembre 2006.

3.4.3. Déduction accordée aux petites entreprises

Peut-on faire un choix distinct relativement à la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »)?

Aux fins de la répartition du plafond annuel des affaires de 400 000 $[30] entre des sociétés associées dont au moins l'une d'elles a un établissement dans une province autre que le Québec et qu'un montant est attribué à une ou plusieurs de ces sociétés pour l'année en vertu des paragraphes 125(3) et 125(4) L.I.R., le plafond annuel des affaires pour l'année de chacune de ces sociétés ne pourra être inférieur à celui établi aux fins de l'impôt fédéral[31].

Oui, il serait possible de faire un choix distinct pour la répartition du plafond des affaires mais la marge de manœuvre est plutôt limitée puisque les plafonds au Québec ne peuvent être inférieurs à ceux établis au fédéral. Toutefois, en ce qui concerne les sociétés n'ayant pas d'établissements à l'extérieur du Québec, il n'y a pas de mesure spécifique, donc le pourcentage au Québec pourrait être inférieur à celui établi au fédéral. Cela laisse donc la possibilité d'effectuer des choix distincts pour les sociétés ayant seulement des établissements au Québec.

Ce sont désormais le paragraphe 256(2) L.I.R. et l'article 771.2.1.3 L.I. qui ne peuvent plus faire l'objet de choix distincts.

---

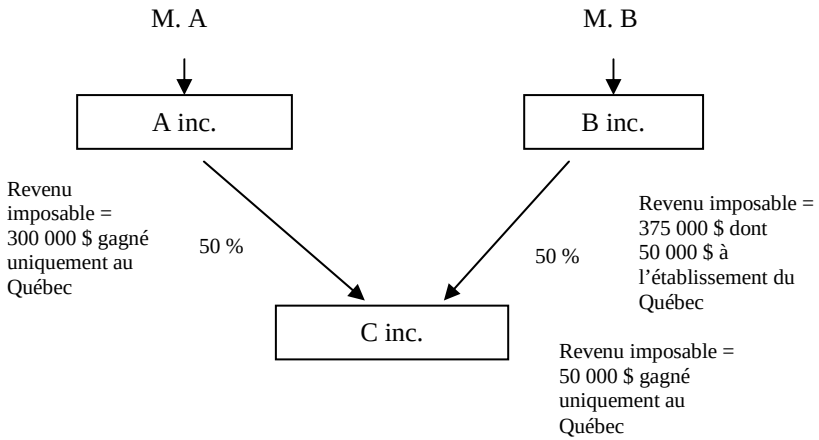
29 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 49:1-62, question 8, aux pages 49:17-21.

30 Art. 771.2.1.6 L.I.

31 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 58:1-64, question 30, aux pages 58:57-59.

Le paragraphe 256(2) L.I.R. prévoit que lorsque deux sociétés sont réputées associées parce qu'elles sont associées à une même tierce société et qu'elles ne sont pas associées autrement, la tierce société peut effectuer un choix de ne pas être associée à l'une ou l'autre des sociétés.

La situation suivante en est une où un choix aurait pu être fait :



M. A et M. B sont des frères. A inc. et B inc. sont réputées associées en vertu du paragraphe 256(2) L.I.R. A inc. et B inc. font le choix en vertu du paragraphe 256(2) L.I.R. qui fait en sorte que C inc. a un plafond de zéro. A inc. et B inc. ont toutes les deux un plafond de 400 000 $ avec le choix.

Le choix fait en sorte que la tierce société a un plafond nul. Toutefois, les deux autres sociétés pourront avoir un plafond de 400 000 $, n'étant pas associées l'une à l'autre.

Si le revenu attribuable à l'établissement stable de B inc. au Québec est minime, le plafond des affaires de 400 000 $ au Québec pourrait être partagé entre A inc., B inc. et C inc. si le choix de l'article 771.2.1.3 L.I. n'est pas fait au Québec. L'article 771.2.1.6 L.I. ne devrait pas s'appliquer ici puisque les paragraphes 125(3) et 125(4) L.I.R. n'ont pas servi à répartir le plafond au fédéral.

Malheureusement, il faut se résigner, un choix distinct n'est plus possible.

3.4.4. Articles 85 L.I.R. et 518 L.I.

Il est toujours possible de faire un choix distinct relativement aux articles 85 L.I.R. et 518 L.I.

Toutefois, dans le cas des particuliers, les exceptions relatives à la notion d'écart admissible applicables à certains transferts de biens seront retirées plus les transferts effectués après le 20 décembre 2006. Tel que nous le verrons ci-après, le *Bulletin d'information* 2000-10[32] du 21 décembre 2000 qui faisait état d'écart de proportion des affaires faites au Québec de 10 % et de 25 % dans certains cas. Il semble que l'application de ces exceptions soit très lourde à gérer pour Revenu Québec.

Nous allons faire un tour d'horizon des critères spécifiques pour faire un choix distinct et de leur évolution au cours des 10 dernières années.

Les dispositions de l'article 85 L.I.R. sont importantes à cause des sommes en jeu et sont fréquemment utilisées dans le cadre des réorganisations d'entreprises. À part certains ajustements techniques concernant les immobilisations admissibles, les règles applicables aux roulements en vertu de l'article 85 L.I.R. n'ont pas fait l'objet de changements majeurs récents au cours des dernières années. C'est le Québec qui a introduit des règles de plus en plus strictes pour limiter les planifications fiscales.

Dans un premier temps, revoyons brièvement les modifications apportées aux règles de la fiscalité québécoise à la suite du Budget provincial de 1997[33].

Le transfert d'un bien à une société en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et son équivalent québécois sont le roulement le plus utilisé. Si un roulement est effectué après le 25 mars 1997 en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., les règles de roulement aux fins de la fiscalité québécoise s'appliquent obligatoirement tel qu'en fait foi l'article 518 L.I. :

> « Les règles prévues à la présente section et aux sections II et III s'appliquent lorsqu'un contribuable aliène un bien dont il est propriétaire et qui est un bien admissible, en faveur d'une société canadienne imposable pour une contrepartie

---

32 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2000-10, « Ajustements à la politique fiscale relative aux entreprises », 21 décembre 2000.

33 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 15.

> qui comprend une action du capital-actions de la société, et que le contribuable et la société font un choix valide pour l'application du paragraphe 1 de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.R.C. (1985), ch. 1, 5*e* suppl.) à l'égard de l'aliénation ou, lorsque ce choix ne peut être fait en raison du paragraphe 21.2 de l'article 13 de cette loi, font le choix, au moyen du formulaire prescrit prévu au premier alinéa de l'article 520.1, d'appliquer ces règles à l'égard de l'aliénation. »

Selon la règle générale de l'article 521.2 L.I., le produit de disposition et le coût utilisés aux fins de la loi fédérale sont repris aux fins de la loi québécoise :

> « Sous réserve de l'article 522, lorsque le contribuable et la société font le choix visé à l'article 518 à l'égard de l'aliénation d'un bien, le produit de l'aliénation de celui-ci pour le contribuable et son coût pour la société sont réputés égaux au montant établi à ce titre à l'égard du bien en vertu du paragraphe 1 de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.R.C. (1985), ch. 1, 5*e* suppl.), sauf que, pour l'application des paragraphes *b* et *c* de l'article 528, le produit de l'aliénation du bien est réputé égal à ce montant établi sans tenir compte de l'alinéa *e* .2 du paragraphe 1 de cet article 85. »

Une exception est prévue à la règle générale afin de permettre aux contribuables dont au moins 90 % de leur proportion d'affaires est au Québec de continuer de pouvoir effectuer des choix distincts. Deux conditions doivent être remplies pour utiliser l'exception. Premièrement, l'exercice d'un choix distinct doit être justifié par un écart entre le coût indiqué des deux lois ou par une autre raison que les autorités fiscales québécoises jugent acceptable tel qu'il est mentionné à l'article 522 (4^{e} al.) L.I. :

> « Exception. – Toutefois, lorsque le choix fait par le contribuable et la société est celui mentionné en premier lieu à l'article 518, le présent article ne s'applique à l'égard de l'aliénation que si la totalité ou la quasi-totalité de l'écart entre le montant qui serait, si le présent article ne s'appliquait pas, déterminé à l'égard du bien en vertu de l'article 521.2 et celui convenu à son égard au premier alinéa est justifiée soit par un écart entre le coût indiqué du bien pour le contribuable, immédiatement avant l'aliénation, pour l'application de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.R.C. (1985), ch. 1, 5*e* suppl.) et celui, au même moment, pour l'application de la présente partie, soit par une autre raison que le ministre juge acceptable dans les circonstances. (2002, c. 40, a. 40; 2003, c. 9, a. 35(3).) »

La deuxième condition à remplir est que la proportion d'affaires doit être d'au moins 90 % au Québec et que s'il s'agit d'un particulier, il doit en plus être résident du Québec :

> « Les conditions visées au premier alinéa sont à l'effet que, pour le cédant ainsi que pour la cessionnaire du bien:
>
> lorsqu'il s'agit d'un particulier, celui-ci doit résider au Québec à la fin de son année d'imposition au cours de laquelle l'aliénation survient et, s'il est visé au deuxième alinéa de l'article 22 pour cette année, la proportion visée à son égard à ce deuxième alinéa pour cette année doit être d'au moins 9/10;
>
> lorsqu'il s'agit d'une société, la proportion des affaires faites au Québec sur l'ensemble des affaires faites au Canada ou au Québec et ailleurs par elle, établie par les règlements édictés en vertu de l'article 771 pour son année d'imposition au cours de laquelle l'aliénation survient, doit être d'au moins 9/10;
>
> c) lorsqu'il s'agit d'une société de personnes, la proportion des affaires faites au Québec sur l'ensemble des affaires faites au Canada ou au Québec et ailleurs, qui serait établie à son égard par les règlements édictés en vertu de l'article 771 pour son année d'imposition au cours de laquelle l'aliénation survient si elle était une société et si son exercice financier était une année d'imposition, doit être d'au moins 9/10[34]. »

Si ces deux conditions sont remplies, il sera alors possible d'effectuer un choix distinct en vertu de l'article 522 (1er al.) L.I., lequel se lit comme suit :

> « Malgré l'article 521.2 et sous réserve du quatrième alinéa, lorsque le contribuable et la société font le choix visé à l'article 518 à l'égard de l'aliénation d'un bien, que les conditions énoncées au deuxième alinéa sont remplies et que, dans le formulaire prescrit prévu au premier alinéa de l'article 520.1 ou, le cas échéant lorsque le ministre agrée la demande qui lui est présentée en vertu du troisième alinéa à l'égard de l'aliénation, au deuxième alinéa de cet article 520.1, le contribuable et la société conviennent conjointement d'un montant à l'égard du bien, ce montant est réputé, à la fois:
>
> a) le produit de l'aliénation du bien pour le contribuable et le coût de celui-ci pour la société;
>
> sous réserve du paragraphe *c* , égal à la juste valeur marchande, au moment de l'aliénation, de la contrepartie qui est reçue par le contribuable pour ce bien, si le montant convenu est effectivement inférieur à cette juste valeur marchande et si la contrepartie ne consiste pas en une action du capital-actions de la société ou en un droit de recevoir une telle action;
>
> égal à la juste valeur marchande du bien, au moment de l'aliénation, si le montant convenu est effectivement supérieur à cette valeur. »

D'autre part, l'article 522 (3e al.) L.I. maintient la possibilité d'exercer un choix tardif, modifié ou annulé et a retiré l'obligation qui existait que le

---

34 Art. 522 (2e al.) L.I.

choix soit fait dans les trois ans qui suivent l'expiration de la date de production du choix. La nouvelle disposition se lit ainsi :

> « De plus, le ministre peut, sur demande conjointe du contribuable et de la société, permettre, pour l'application du premier alinéa à l'égard de l'aliénation:
>
> a) lorsque le choix fait par le contribuable et la société est celui mentionné en premier lieu à l'article 518, qu'ils puissent convenir d'un montant à l'égard du bien s'ils ne l'ont pas fait dans le formulaire prescrit visé au premier alinéa de l'article 520.1;
>
> b) lorsque le choix fait par le contribuable et la société est celui mentionné en premier lieu à l'article 518, qu'ils soient réputés n'avoir jamais convenu d'un montant à l'égard du bien;
>
> c) qu'ils puissent convenir d'un nouveau montant à l'égard du bien, lequel est réputé le seul montant dont ils ont convenu à l'égard du bien pour l'application du premier alinéa. »

De même, le formulaire prescrit doit être transmis au ministre lorsqu'une demande lui est présentée en vertu du troisième alinéa de l'article 522 L.I. à l'égard de l'aliénation.

De plus, le contribuable encourt, conjointement avec la société, une pénalité égale :

> « a) lorsque l'un des documents visés au premier alinéa est transmis au ministre après la date, appelée "date donnée" dans le sous-paragraphe i, qui correspond à la plus tardive soit de la date qui survient la première parmi les dates d'échéance de production qui sont applicables aux personnes ayant fait le choix visé à l'article 518 à l'égard de l'aliénation, pour l'année d'imposition au cours de laquelle celle-ci survient, soit de la date du dernier jour de la période de deux mois qui suit la fin de l'année d'imposition qui se termine la dernière parmi ces années d'imposition de ces personnes, au moindre des montants suivants:
>
> i. 0,25 % de l'excédent de la juste valeur marchande du bien au moment de l'aliénation sur le produit de l'aliénation de celui-ci, pour chaque mois ou partie de mois compris dans la période qui s'étend de la date donnée jusqu'au jour où ces documents ont tous été transmis au ministre;
>
> ii. le produit obtenu en multipliant 100 $ par le nombre de mois ou partie de mois compris dans la période visée au sous-paragraphe i;
>
> b) lorsque le ministre agrée la demande qui lui est présentée à l'égard de l'aliénation en vertu du troisième alinéa de l'article 522, au moindre des montants qui seraient déterminés à l'égard de l'aliénation en vertu des sous-paragraphes i et ii du paragraphe *a* si ce sous-paragraphe i se lisait en y remplaçant les mots "ces documents ont tous été transmis au ministre" par les mots "le formulaire prescrit visé au deuxième alinéa est transmis au ministre"; dans un tel cas, le présent paragraphe est réputé ne pas s'appliquer à l'égard de toute autre telle demande présentée antérieurement à l'égard de l'aliénation.

> Toutefois, le montant total des pénalités encourues par le contribuable, conjointement avec la société, à l'égard de l'aliénation en vertu du troisième alinéa ne peut être supérieur ni à la pénalité la plus élevée qu'il aurait, conjointement avec la société, autrement encourue à l'égard de l'aliénation en vertu du paragraphe *a* ou du paragraphe *b* de cet alinéa, ni à 5 000 $[35]. »

3.4.4.1. Assouplissement des règles relatives au transfert d'un bien sans incidence fiscale immédiate

Le *Bulletin d'information* 2000-10[36] a élargi les règles du 25 mars 1997 de façon à permettre une nouvelle exception. Si pour l'année d'imposition de chaque partie au roulement au cours de laquelle le transfert a eu lieu et qu'au cours de chaque année d'imposition de chacune des parties au roulement terminée au cours des 24 mois précédant l'année d'imposition où a lieu le transfert, ou de toute autre tierce partie dont l'une des parties au roulement est la continuité en raison d'une fusion, d'une liquidation ou de toute autre réorganisation, la proportion des affaires faites au Québec par chacune des parties au roulement est la même ou, le cas échéant, comporte une différence qui n'est pas supérieure à un écart admissible.

L'écart admissible désigne un écart n'excédant pas 10 % ou, sous réserve de règles plus spécifiques et de l'approbation du ministère du Revenu, un écart supérieur à 10 % mais n'excédant pas 25 %. Tel qu'il est expliqué au début de cette section, ce critère ne s'appliquera plus pour les particuliers après le 20 décembre 2006.

Le *Bulletin d'information* 2001-6[37] a ajouté une nouvelle exception. Dans certaines situations, la législation fédérale ne permet pas d'effectuer un roulement lorsque la JVM d'un bien est inférieure à la fois au coût en capital et à la fraction non amortie du coût en capital proportionnelle.

Dans ce contexte, un allégement a été apporté aux règles visant à empêcher l'évitement de l'impôt provincial dans les cas où des choix distincts sont possibles. Pour les transferts après le 5 juillet 2001, un contribuable peut, même si aucun choix de roulement n'est réalisé pour

---

35 Art. 520.1 L.I.

36 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 32, pp. 5-11.

37 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-06, « Extension de l'application du crédit d'impôt pour spectacles musicaux aux spectacles dramatiques et aux spectacles d'humour et précisions concernant la politique fiscale applicable aux particuliers et aux entreprises », pp. 45-48, 5 juillet 2001.

l'application de la législation fédérale, effectuer un choix de roulement pour l'application de la loi québécoise à l'égard d'un bien amortissable lorsqu'il est dans l'impossibilité de faire un tel choix de roulement pour l'application de la législation fédérale en raison de la règle qui empêche la réalisation d'une perte dans le cas de certains transferts de biens amortissables.

Les critères applicables dans le cas des autres exceptions, entre autres la proportion des affaires des contribuables et la justification des écarts d'attributs fiscaux, ont continué de s'appliquer également, avec les adaptations nécessaires, à cette exception additionnelle.

Voilà qui complète cette section sur les choix distincts.

4. TECHNIQUE VANCE SIDER

Tel qu'il a été vu précédemment, la DGC est maintenant augmentée à 750 000 $. Après avoir bénéficié de la DGC sur la vente d'AAPE, le vendeur doit s'interroger s'il désire recevoir tout le produit de la vente des actions personnellement. Les modifications des dernières années aux taux d'impôt et surtout à l'inclusion de la portion non imposable du gain en capital au CDC font qu'il est généralement plus avantageux de vendre les actions et d'encaisser les fonds personnellement[38]. En second lieu, si les sommes en jeu sont importantes, il est loisible de songer à ce que la société, dont les actions seront vendues, verse un dividende à même son revenu gagné à une société mère pour transférer des sommes qui seront imposables et déductibles pour cette dernière.

Nous aimerions tous avoir le meilleur des deux mondes en réclamant la DGC maximum et en maximisant l'utilisation du revenu gagné. Certaines interprétations techniques indiquent que le revenu gagné s'appliquant à des actions est réduit lorsque la DGC est utilisée[39].

Est-il possible de faire une ou des transactions pour extraire le revenu gagné maximum? C'est là qu'intervient la technique proposée par Vance Sider. Nous allons voir avec un exemple de quelle façon la technique Vance

---

[38] Voir les explications dans « Étude de cas A – L'impact de la réduction du taux d'imposition des gains en capital », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 46:1-104, à la page 46:21.

[39] *Tax Window Files*, *op. cit*., note 8, interprétation technique 2000-0007925, 13 avril 2000.

Sider s'applique et si les dernières modifications techniques pourraient avoir un impact sur celle-ci mais avant, faisons un peu d'histoire.

En 1990, lors d'un article paru dans *Corporate Management Tax Conference*[40], M. Vance Sider proposait une méthode innovatrice pour extraire le revenu gagné d'une société. En 1991, reprenant les étapes de la technique Vance Sider, M. Mario Charpentier élaborait une planification Vance Sider[41]. M[me] Marie-Pierre Allard ravivait la flamme en 2006 avec un article paru dans la *Revue fiscale canadienne*[42].

L'approche de M. Sider repose sur le concept de réduire le revenu gagné sur les actions participantes en versant un dividende aux détenteurs d'actions privilégiées qui pourrait excéder le revenu protégé rattaché aux actions de cette même catégorie, sans évidemment entraîner l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. La clé de la planification est d'émettre une action privilégiée donnant droit à des dividendes discrétionnaires et dont la valeur de rachat a été fixée par les statuts, pour finalement verser sur cette action des dividendes d'un montant égal au revenu protégé rattaché aux actions participantes.

L'exemple que nous utiliserons est le suivant :

M. D détient 100 % des actions participantes de catégorie A d'Opco. Les actions de catégorie A ont un PBR et un capital versé de 100 $ et leur JVM est de 3 M$. Le revenu gagné sur les actions de catégorie A est de 2 M$.

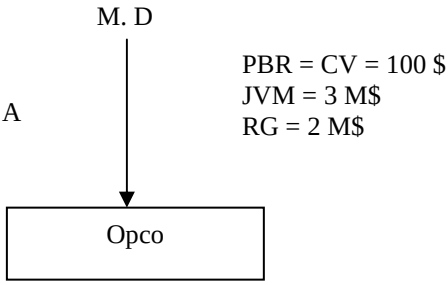
M. D n'a jamais réclamé de DGC et nous assumerons que sa situation fiscale lui permettra de réclamer jusqu'à 750 000 $ en 2007.

---

40 Vance A. SIDER, « Corporate Restructuring Issues: Private Corporations », dans *Corporate Management Tax Conference 1990*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 5:1-28.

41 Mario CHARPENTIER, « Exemption majorée de gains en capital relative aux actions admissibles de petite entreprise : mise à jour à la lumière du projet de loi C-18; pièges à éviter et éléments de planification », (1991), vol. 13, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 417-496, pp. 458, 488 et suivantes.

42 Marie-Pierre ALLARD, « L'utilisation du revenu protégé par le versement de dividendes discrétionnaires », (2006), vol. 54, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 87-114.

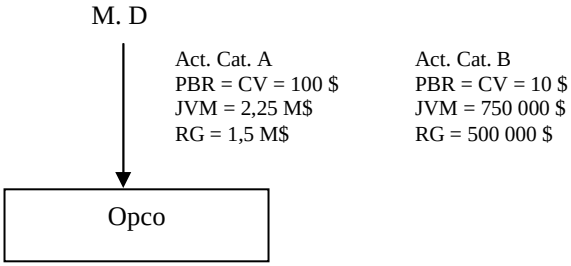


Les étapes de la technique Vance Sider sont les suivantes.

4.1. ÉTAPE 1

1) Opco émet un dividende en actions privilégiées

Dans un premier temps, Opco émet un dividende en actions privilégiées de catégorie B ayant un faible capital versé de 10 $ et une valeur de rachat fixe élevée de 750 000 $. La JVM des actions de catégorie A se trouve réduite à 2,25 M$. Il y aura par la suite un autre dividende pour réduire la JVM des actions de catégorie A à 750 000 $, soit le montant qui permettra à M. D de réaliser un gain en capital égal à la DGC en les vendant.



Les actions de catégorie B auront les caractéristiques suivantes :

- la valeur de rachat de 750 000 $ ne sera pas réduite par un dividende mais sera ajustée à la baisse pour tout montant reçu pour une réduction de capital versé;

- les dividendes seront discrétionnaires[43];

- priorité en cas de liquidation de la société jusqu'à concurrence de 750 000 $.

M. D s'impose sur un dividende de 10 $ et les actions de catégorie B ont un PBR de 10 $[44]. Le PBR des actions n'est pas réduit puisque M. D s'est imposé sur le dividende.

Le gain en capital latent sur les nouvelles actions de catégorie B est constitué de revenu protégé, dans la même proportion que l'était le gain en capital latent sur les actions de catégorie A avant le dividende en actions[45]. Le revenu protégé représentait 66,67 % du gain en capital latent sur les actions de catégorie A. Les actions de catégorie B ont une JVM de 750 000 $ et le revenu protégé s'y rapportant est de 500 000 $. Les actions de catégorie A se retrouvent après le dividende avec un revenu gagné de 1,5 M$ et une JVM de 2,25 M$.

La valeur de rachat des actions émises à titre de dividende doit être calculée afin de réduire la valeur des actions de catégorie A d'un montant suffisant pour que leur disposition subséquente génère un gain en capital égal au solde d'exonération disponible de l'actionnaire. Cette disposition ne sera effectuée qu'une fois qu'un second dividende équivalant au revenu protégé restant sur les actions de catégorie A aura été versé[46], ce qui aura également pour effet de réduire la valeur des actions de catégorie A. En conséquence, la valeur de rachat des actions privilégiées de catégorie B doit être fixée de façon à ce que la valeur des actions de catégorie A après le versement du dividende en actions, moins leur PBR, moins le revenu protégé restant des actions ordinaires après le dividende en actions, soit égale au solde d'exonération disponible.

---

43 La notion de dividende discrétionnaire a été acceptée suivant les arrêts de la Cour suprême *McClurg* c. *Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; 91 D.T.C. 5001 et *Neuman* c. *MRN*, [1998] 1 R.C.S. 770; 98 D.T.C. 6297.

44 Par. 52(3) et 53(1) L.I.R.

45 Soit 66,67 %.

46 Voir l'étape 3 à la section 4.3.

Ainsi, la valeur de rachat des actions privilégiées de catégorie B peut être représentée par l'équation suivante[47] :

$$VR = \frac{JVM - EXO - PBR - RP}{1 - C}$$

$$750\,000 = \frac{3\,000\,000 - 750\,000 - 100 - 2\,000\,000}{1 - 2\,000\,000/(3\,000\,000 - 100)}$$

où

VR : valeur de rachat des actions privilégiées émises à titre de dividende.

JVM : juste valeur marchande des actions ordinaires avant le versement du dividende.

EXO : solde d'exonération disponible de l'actionnaire.

PBR : prix de base rajusté des actions ordinaires.

RP : revenu protégé des actions ordinaires avant le versement du dividende.

C : fraction représentée par le revenu protégé par rapport au gain en capital latent sur les actions ordinaires, avant le versement du dividende, soit : RP/(JVM - PBR).

Le principe à retenir de cette première étape est que lorsqu'un dividende en actions privilégiées de catégorie B est versé, le revenu protégé des actions de catégorie A est transféré aux actions privilégiées de catégorie B, en proportion du gain en capital latent, tout comme le ferait une conversion d'actions en vertu du paragraphe 51(1) L.I.R., une réorganisation selon l'article 86 L.I.R. ou un roulement selon le paragraphe 85(1) L.I.R.[48]

---

[47] Cette formule provient de l'article de M.-P. ALLARD, *loc. cit.*, note 42, qui tire sa référence du texte de Gaétan ROY, « La notion de revenu protégé, peut-on voir autrement? », essai déposé à la maîtrise en fiscalité, Université de Sherbrooke, 2001, p. 25.

[48] Voir John R. ROBERTSON, « Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective on the Provisions of Section 55 », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 81-109, à la page 85.

Même l'ARC reconnaît le principe qu'une partie du revenu gagné sur les actions participantes peut être transférée aux actions privilégiées :

> « In the case of stock dividends, an analysis will be required, after the payment of the stock dividend, of the gain inherent in the original shares and in the shares constituting the stock dividend, to ascertain the extent, if any, to which such gains are attributable to income earned or realized by the corporation. For example, in the case of stock dividends consisting of shares having a high redemption amount and nominal paid-up capital, an allocation should be made of the safe income and safe income on hand formerly attributable to the shares on which the dividend was paid, on the basis of the relative amounts of the gains inherent in the original shares and in the shares constituting the dividend. The amount of the stock dividend, as defined in subsection 248(1)¨¨, will reduce the safe income on hand of any issued shares of the corporation[49]. »

Nous ne reviendrons pas sur le versement d'un dividende en actions de faible capital versé et ayant une valeur de rachat fixe élevée qui est accepté par les autorités fiscales tel qu'il a été vu à la section 2.1. Il faut néanmoins s'assurer que la législation corporative dans laquelle la société est constituée permet d'ajouter au capital versé un montant moindre que la valeur de rachat des actions.

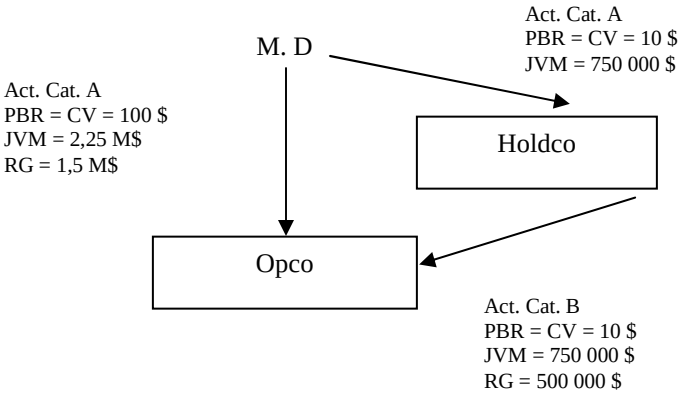
4.2. ÉTAPE 2

2) M. D transfère les actions de catégorie B à Holdco, une société.

M. D transfère ses actions de catégorie B d'Opco à Holdco, une nouvelle société, sans implication fiscale en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et de l'article 518 L.I. en contrepartie d'actions participantes de catégorie A de Holdco.

---

[49] Robert J.L. READ, « Section 55: A Review of Current Issues », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 8:1-28, à la page 18:9.

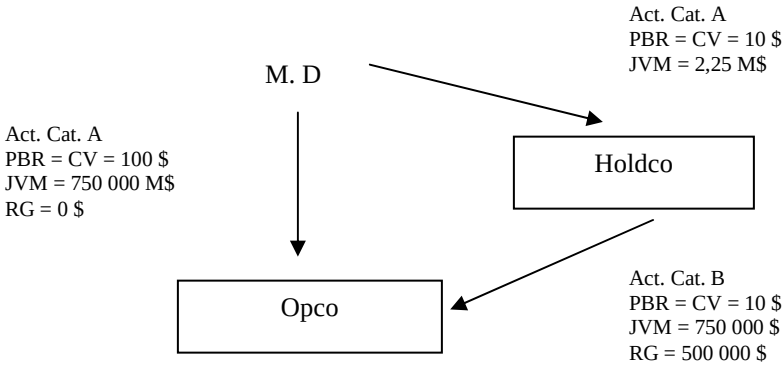


Le but est de verser un dividende par Opco à Holdco qui sera à la fois imposable et déductible pour cette dernière.

4.3. ÉTAPE 3

3) Opco verse un dividende discrétionnaire sur ses actions de catégorie B

Opco verse un dividende discrétionnaire de 1,5 M$ sur ses actions de catégorie B. Le dividende ne réduira pas la JVM des actions de catégorie B dont la valeur de rachat est fixe et a été fixée par les statuts à l'étape 1, mais plutôt celle des actions de catégorie A.



Selon la théorie avancée par M. Sider, ce dividende permettra de réduire la valeur des actions de catégorie A et d'en extraire le revenu protégé de 1,5 M$ sans entraîner l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.[50]

Les actions de catégorie A ont maintenant une JVM de 750 000 $ et aucun revenu gagné s'y rattachant. Opco a versé un dividende de 1,5 M$ qui correspond au revenu gagné transféré à Holdco. Opco pourrait verser des liquidités ou des actifs sur lesquels la plus-value accumulée est minime afin de ne pas déclencher de gain en capital. Cette étape peut servir à purifier Opco qui compte des actifs excédentaires et qui ne se qualifie pas comme une SEPE.

Une alternative pour Opco au paiement d'un dividende en espèces ou au transfert d'actifs excédentaires serait de verser un dividende en actions privilégiées d'une autre catégorie dont le capital versé et le PBR seraient égaux à leur valeur de rachat afin que leur rachat ultérieur n'entraîne aucune conséquence fiscale. Malheureusement, les dernières modifications techniques[51] font qu'il faudra oublier cette solution puisqu'il y aurait un gain en capital lors de la disposition des actions privilégiées reçues.

M. D pourra vendre les actions de catégorie A de Opco à l'acheteur dès que l'étape 4 sera complétée pour un montant de 750 000 $ et utiliser la DGC.

Le troisième principe de la méthode Vance Sider qui est illustré est le suivant : le dividende versé sur les actions d'une catégorie peut avoir pour effet de réduire le revenu protégé des actions d'une autre catégorie. Dans l'exemple, le versement d'un dividende sur les actions privilégiées de catégorie B à valeur de rachat fixe réduit la valeur des actions de catégorie A et non la valeur des actions de catégorie B. Le dividende réduit donc le gain en capital latent sur les actions de catégorie A et, partant, le revenu protégé des actions de catégorie A. M. Sider explique ainsi son raisonnement :

> « A dividend on a fixed-value redeemable share does not reduce the value of that share; it reduces the value of the shares that are entitled to the remaining property of the corporation on liquidation or dissolution. This concept is reflected in subsection 110.6(8), which contemplates the opposite situation in which the lack of payment of dividends on a share causes the value and thus the gain on other shares to be greater than it would otherwise be. It is also reflected in the use in subsection 55(2) of the term "any share", the obvious inference

[50] V. A. SIDER, *loc. cit.*, note 40, 5:9-10.

[51] Voir la section 2.1.

> being that a dividend on a share may reduce the gain on another share. Therefore, to determine whether subsection 55(2) applies to a dividend, it is first necessary to determine the share whose value has been reduced by the dividend. It is then necessary to determine what portion of the gain on that share was, immediately before the dividend, attributable to something other than income earned or realized by any corporation. If that portion of the gain is still intact after the dividend, subsection 55(2) does not apply to the dividend[52.] »

Si ces explications ne sont pas suffisamment convaincantes et concluantes, alors il vaut mieux oublier la technique Vance Sider.

L'ARC a commenté deux situations où le paiement de dividendes sur des actions privilégiées réduit le revenu gagné sur les actions participantes.

Dans la première interprétation[53], M. A et M. B sont deux frères qui détiennent chacun 50 % des actions participantes de catégorie A de Opco. Chacun des frères constitue une société de gestion. Opco ajoute une catégorie d'actions privilégiées de catégorie F à dividende discrétionnaire. Gesco A et Gesco B souscrivent chacun à une action de catégorie F de Opco. Des dividendes sont versés annuellement sur les actions de catégorie F pour purifier Opco.

L'ARC a confirmé que les dividendes sur les actions de catégorie F réduiraient le revenu gagné sur les actions de catégorie A :

> « Ceci étant dit, il est possible que, compte tenu des caractéristiques des actions de catégorie F du capital-actions de OPCO, le paiement des dividendes sur ces actions ne diminuerait pas sensiblement la partie du gain en capital qui serait réalisée lors d'une disposition de telles actions à la juste valeur marchande. Toutefois, les dividendes versés sur les actions de catégorie F de OPCO viendraient alors réduire le gain en capital qui pourrait être réalisé sur les actions de catégorie A du capital-actions de OPCO. Dans la mesure où le montant des dividendes serait égal ou inférieur au revenu protégé en main attribuable aux actions de catégorie A de OPCO et réalisé avant le "moment de détermination du revenu protégé", le paragraphe 55(2) ne serait alors pas applicable. Si le montant des dividendes s'avérait supérieur au revenu protégé en main attribuable aux actions de catégorie A de OPCO et réalisé avant le "moment de détermination du revenu protégé", le paragraphe 55(2) pourrait alors être applicable dans la mesure où le Test d'objet serait rencontré (i.e. que l'un des objets de la série d'opérations dans le cadre de laquelle les dividendes seraient reçus par les sociétés GESCO A et GESCO B serait de diminuer

---

52 V. A. SIDER, *loc. cit.*, note 40 , 5:9-10.

53 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2002-0158885, 4 novembre 2002.

> sensiblement la partie du gain en capital qui aurait été réalisé lors de la disposition des actions de catégorie A à la juste valeur marchande) et dans la mesure où l'alinéa 55(3)a) ne serait pas applicable. Dans les circonstances, les dividendes payés sur les actions de catégorie F de OPCO réduiraient le revenu protégé en main attribuable aux actions de catégorie A de OPCO[54]. »

Dans la seconde interprétation[55], Aco fait partie d'un groupe de sociétés liées. Aco reçoit des dividendes de Bco et Cco sur des actions privilégiées à dividende cumulatif qu'elle détient.

L'ARC est d'accord avec le principe que le revenu gagné de Cco sera transféré à Aco avec le paiement de dividendes sur les actions privilégiées de Cco :

> « If this were the case, the dividends paid by Cco on the preferred shares owned by Aco would reduce the safe income available to the common shareholder of Cco. 5 In such circumstances, we do not think it would be unreasonable to permit such dividends to be included in the safe income of Aco and, in our view, such a conclusion would not be inconsistent with the Agency's position that safe income can not be created by the payment of dividends in a corporate chain. The payment of dividends on the Cco preferred shares does not create safe income but merely reallocates it from the holder of the common shares of Cco to Aco, the holder of Cco's preferred shares[56]. »

4.3.1. Évaluation des actions de catégorie B

Il y a aussi l'évaluation des actions de catégorie B qui est un élément déterminant de la planification. La JVM des actions de catégorie B ne doit pas être supérieure à leur valeur de rachat sans quoi la JVM des actions de catégorie A s'en trouve réduite. Doit-on accorder une valeur au fait que les actions de catégorie B sont assorties d'un droit à un dividende discrétionnaire? Par exemple, supposons que l'ARC évalue les actions de catégorie B à 1 M$ au lieu de 750 000 $, M. D ne pourra déduire que 500 000 $ de DGC lors de la vente des actions de catégorie A.

En général, les détenteurs d'actions privilégiées n'ont pas droit de vote et ne contrôlent pas le conseil d'administration et par conséquent le paiement de dividende. Pourquoi un tiers accepterait-il de payer plus que la valeur de

---

54 *Id.*

55 *Tax Window Files, op. cit.*, note 8, interprétation technique 2004-005989117, 9 février 2004.

56 *Id.*

rachat pour des actions privilégiées pour lesquelles il ne contrôle pas le versement de dividende discrétionnaire?

Dans l'exemple, M. D contrôle Opco en détenant les actions de catégorie A qui sont votantes. Ce n'est pas une raison pour attribuer aux actions de catégorie B une JVM plus élevée que leur valeur de rachat. Pourquoi M. D accepterait-il que Opco rachète les actions de catégorie B à un montant plus élevé que leur valeur de rachat? L'évaluation des actions de catégorie B doit être indépendante de celle des actions de catégorie A.

L'ARC pourrait-elle contester la répartition du produit de disposition des actions d'Opco par M. D et Holdco si la transaction est effectuée avec un tiers n'ayant aucun lien de dépendance avec M. D et Holdco? Est-ce que l'ARC pourrait appliquer l'article 68 L.I.R.?

4.4. ÉTAPE 4

4) Opco cristallise le revenu gagné sur ses actions de catégorie B

Après l'étape 3, Holdco détient des actions de catégorie B d'Opco ayant une JVM de 750 000 $, un PBR de 10 $ et sur lesquelles le revenu gagné est de 500 000 $. Holdco doit cristalliser le revenu gagné sur les actions de catégorie B d'Opco qu'elle détient avant de les disposer à l'acheteur sinon elle réalisera un gain en capital sur la disposition des actions.

Les planifications jusqu'ici suggéraient une augmentation du capital versé par Opco de ses actions de catégorie B afin de cristalliser le revenu gagné. L'augmentation du capital versé entraînait également une augmentation du PBR des actions[57]. Toutefois, avec les modifications analysées à la section 2.2., l'augmentation du capital versé en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R. entraîne un dividende présumé qui est déductible pour Holdco, mais le PBR des actions de catégorie B n'est plus augmenté à moins d'utiliser les BNR pour augmenter le capital versé.

L'étape subséquente qui était réalisable avant les modifications techniques consistait à réduire le capital versé des actions de catégorie B d'un montant égal à l'augmentation du capital versé effectuée ci-dessus. Ainsi Opco verserait des liquidités ou des actifs sans plus-value à Holdco. Il n'y a pas d'implication fiscale puisque le paragraphe 84(4) L.I.R. ne s'applique pas, le montant versé est égal à la réduction du capital versé.

[57] Par. 52(3) L.I.R.

Toutefois, le PBR des actions est réduit du montant reçu en vertu du sous-alinéa 53(2)a)(ii) L.I.R. Il y a maintenant un gain en capital puisque le PBR des actions de catégorie B n'a pu être augmenté à l'étape précédente, l'augmentation du capital versé, avec les modifications techniques si Opco n'a pas de BNR.

Suggérons une solution. Opco verse un dividende de 750 000 $ sur ses actions de catégorie B. L'objectif n'est pas atteint puisque tout ce que l'on réussit à faire, c'est de réduire la JVM des actions de catégorie A. M. D ne pourra plus vendre ses actions de catégorie A et bénéficier de la DGC.

Voyons une nouvelle solution, Opco rachète ses actions de catégorie B pour un montant de 750 000 $. Le dividende présumé est de 749 990 $ pour Holdco en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. Toutefois, le revenu gagné n'est que de 500 000 $ pour les actions de catégorie B, donc il faut se résoudre à réaliser du gain en capital puisqu'il faut racheter toutes les actions de catégorie B. Il n'est pas possible d'isoler le revenu gagné sur une partie des actions seulement et de les racheter.

La constatation ici est qu'une partie correspondant à 33,33 % de la JVM des actions de catégorie B n'est plus couverte par le revenu gagné, soit 100 % moins la proportion du revenu gagné sur la JVM des actions de catégorie A avant le début des transactions[58].

Comparons maintenant la situation actuelle à une transaction conventionnelle avec cristallisation et utilisation du revenu gagné.

M. D cristallise ses actions de catégorie A d'Opco en augmentant le PBR de ses actions à 750 000 $ en transférant les actions à Holdco en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et de l'article 518 L.I. Le montant du revenu gagné sur les actions de catégorie A d'Opco après la cristallisation est le suivant[59] :

$$2\,000\,000 \times \frac{2\,250\,000}{3\,000\,000} = 1\,500\,000$$

---

58 Soit 100 % - (2 000 000/3 000 000) = 33,33 %.

59 Voir *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2000-0007925, 13 avril 2000.

Le revenu gagné « utilisable » est plus élevé de 500 000 $ avec la technique Vance Sider. Prenons comme hypothèse que l'intégration est parfaite et que le gain en capital de Holdco est distribué à M. D, pour une imposition au taux de 24 %. Des impôts supplémentaires de 120 000 $[60] sont reportés grâce à la méthode Vance Sider.

La méthode Vance Sider implique quelques étapes de plus qu'une cristallisation conventionnelle avec utilisation du revenu gagné mais les honoraires professionnels supplémentaires ne devraient pas être à ce point onéreux.

Tant qu'à vouloir bénéficier au maximum du revenu gagné, il est préférable d'appliquer la méthode Vance Sider.

4.5. AUTRES APPLICATIONS

Nous allons voir d'autres applications possibles de la méthode Vance Sider.

4.5.1. Purification d'une société

Plusieurs situations nous forcent à purifier une société opérante, soit :

- pour protéger les actifs des créanciers;
- bénéficier de la DGC; et/ou
- éviter les règles d'attribution[61].

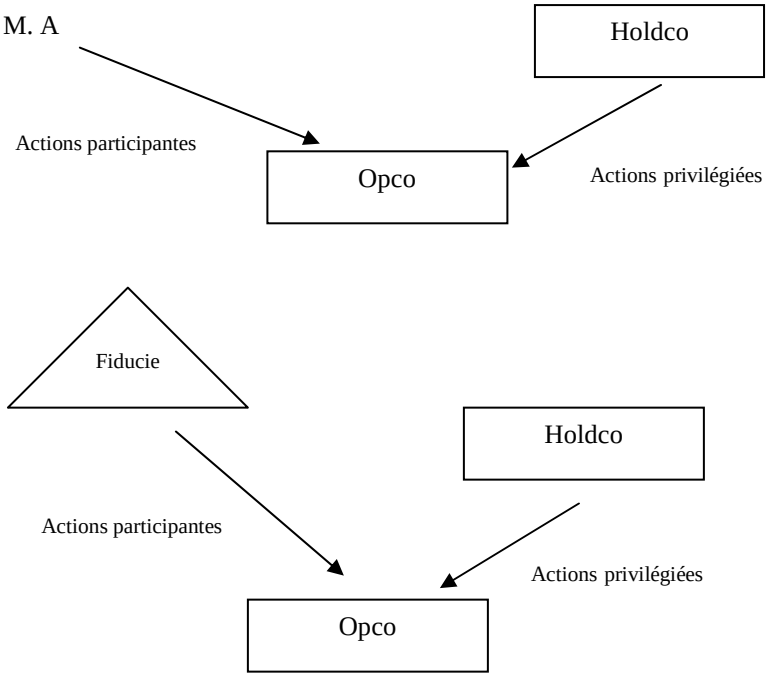
Une purification conventionnelle pourrait se faire avec le versement d'un dividende sur les actions participantes. La difficulté est que pour minimiser les implications fiscales du dividende, les actions d'Opco doivent être détenues par une société, Holdco. L'objectif est donc contradictoire pour un individu qui veut bénéficier de la DGC, surtout avec l'augmentation de 500 000 $ à 750 000 $. À un taux d'impôt marginal de 48,22 %, la DGC représente une économie de 180 750 $.

---

60 Soit 500 000 $ × 24 % = 120 000 $.

61 Par. 74.4(2) L.I.R.

Voici des situations où la méthode Vance Sider peut être suggérée :



L'avantage de la méthode Vance Sider est de permettre la purification d'Opco tandis que les actions participantes continuent à être détenues directement par les individus.

Bien entendu, avec les modifications analysées à la section 2.1., Opco a intérêt à émettre un dividende en actions privilégiées avec un capital versé et une valeur de rachat minimum à Holdco. On ne désire pas réaliser un gain en capital dans Holdco lorsque Opco rachètera ses actions privilégiées.

CONCLUSION

Nous sommes de plus en plus conscients de l'impact des humains et de leurs interventions néfastes sur l'environnement. Les glaces de l'Arctique sont en train de fondre à un rythme si rapide que les plus pessimistes d'entre nous n'auraient pu imaginer un tel « scénario catastrophe ». Les surfaces polaires se font de plus en plus étroites.

Après être passé à travers cette mise à jour, il semble que nous ressemblions à des ours polaires, les surfaces glacées se font minces et étroites pour les fiscalistes.

PARTICULARITÉS EN MATIÈRE DE RÉORGANISATION PRIVÉE ET EFFETS SUR LES ÉTATS FINANCIERS



Paul Beauvais
CA
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.



Gil Demers
Associé, CA, M. Fisc.
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 4:3

1. FONDEMENT CONCEPTUEL DES NORMES DE PRÉSENTATION DE L'INFORMATION FINANCIÈRE 4:4

1.1. LES PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS 4:4
1.2. OBJECTIF DES ÉTATS FINANCIERS 4:5
1.3. ÉQUILIBRE AVANTAGES/COÛTS 4:5
1.4. IMPORTANCE RELATIVE 4:6
1.5. QUALITÉ DE L'INFORMATION 4:6
1.5.1. Compréhensibilité 4:6
1.5.2. Pertinence 4:6
1.5.3. Fiabilité 4:7
1.5.4. Comparabilité 4:7
1.6. COMPROMIS ENTRE LES DIVERSES QUALITÉS DE L'INFORMATION 4:7

1.7. COMPOSANTES DES ÉTATS FINANCIERS 4:7
1.7.1. Actifs 4:8
1.7.2. Passifs 4:8
1.7.3. Capitaux propres 4:9
1.7.4. Produits 4:9
1.7.5. Charges 4:9
1.7.6. Gains (pertes) 4:9
1.7.7. Critères de constatation 4:10
1.7.8. Mesure 4:11
1.8. LE TRAITEMENT DIFFÉRENTIEL 4:11
1.9. CONCLUSION 4:13

2. LE GEL SUCCESSORAL 4:14

3. DETTE CONVERTIBLE EN ACTIONS 4:17

3.1. MISE EN SITUATION 4:17
3.2. TRAITEMENT COMPTABLE 4:17
3.2.1. Composante passif 4:17
3.2.2. Composante capitaux propres 4:18

4. RÉGIME D'OPTION D'ACHAT D'ACTIONS 4:19

4.1. MISE EN SITUATION 4:19

5. DÉVELOPPEMENTS À VENIR EN MATIÈRE DE NORMALISATION COMPTABLE 4:24

CONCLUSION 4:26

INTRODUCTION

Il arrive fréquemment que les réorganisations entreprises pour des raisons fiscales aient des conséquences importantes et inattendues quant à la présentation de l'information financière. Les actions seront-elles reclassées dans les dettes? La filiale sera-t-elle toujours consolidée? Ou l'inverse? Les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») au Canada ont évolué de façon importante au cours des cinq dernières années à la suite des tristement célèbres scandales financiers. Dans le présent texte, nous passerons en revue les principaux types de réorganisations susceptibles de réserver des surprises. Les différentes planifications seront expliquées du point de vue fiscal et commentées du point de vue comptable, le tout de manière interactive.

Parfois, des réorganisations motivées par des considérations fiscales ont des implications qui débordent le cadre de la fiscalité. Ces implications peuvent avoir des conséquences importantes et, surtout, inattendues. Il faut bien sûr considérer l'ensemble du cadre législatif et réglementaire applicable au secteur d'activité du client.

Dans le contexte particulier des réorganisations corporatives, il est évident que les effets de la réorganisation devront être considérés lors de la présentation des états financiers de la société.

Les états financiers servent de base au calcul du revenu imposable et à l'établissement des impôts et autres charges fiscales. En particulier, le capital versé devant servir au calcul de la taxe sur le capital et l'impôt sur les grandes sociétés s'appuient sur les états financiers dressés selon les PCGR.

Mais, et vous vous en doutez bien, les états financiers ne sont pas préparés principalement pour établir les obligations fiscales des sociétés. Les états financiers servent également, entre autres, aux différents créanciers de la société pour établir les conditions relatives au financement. Les créanciers calculent différents ratios financiers à partir des états financiers pour évaluer la solidité financière de la société et ses performances. Le bénéfice net fixé selon les PCGR peut servir à établir la bonification des cadres et hauts dirigeants. En outre, le traitement comptable de certaines réorganisations peut avoir une influence significative sur le sacro-saint BAIIA (Bénéfice Avant Intérêts, Impôts et Amortissement) et donc sur la valorisation de la valeur marchande de la société.

Nous prétendons donc que le conseiller fiscal prudent doit déterminer les effets de la réorganisation suggérée sur les états financiers de la société. Le traitement comptable devrait être présenté au client au même titre que les considérations fiscales afin d'éviter les surprises et les situations potentiellement délicates.

Après avoir fait un très bref survol des fondements conceptuels des normes de présentation de l'information financière pertinentes à notre analyse, nous vous proposons de revoir le traitement comptable relatif à certaines réorganisations standards relativement communes en faisant ressortir les problèmes financiers qui pourraient découler du traitement comptable applicable.

Nous ne prétendons pas ni n'avons comme objectif de faire le tour complet de la question. Comme nous l'avons mentionné, seules quelques situations parmi les plus courantes concernant les sociétés fermées seront abordées.

1. FONDEMENT CONCEPTUEL DES NORMES DE PRÉSENTATION DE L'INFORMATION FINANCIÈRE

1.1. LES PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS

Bien que les PCGR soient en constante évolution, les fondements conceptuels des états financiers sont, quant à eux, relativement les mêmes depuis longtemps.

Pour aider les lecteurs (qui ne sont pas eux-mêmes comptables agréés!) à mieux comprendre le présent document, nous avons cru bon faire un bref résumé des fondements conceptuels des PCGR.

Les états financiers à vocation générale sont destinés à satisfaire les besoins d'information communs des utilisateurs externes de l'information financière relative à une entité et se composent normalement du bilan, de l'état des résultats, de l'état des bénéfices non répartis et de l'état des flux de trésorerie. Les notes et les tableaux auxquels renvoient les états financiers font partie intégrante de ces derniers.

Les états financiers sont fondés sur la représentation d'opérations et de faits passés, et non futurs, bien qu'ils puissent souvent nécessiter que l'on procède à des estimations concernant des opérations et des faits futurs, et comporter des mesures qui, de par leur nature, peuvent n'être que des approximations.

1.2. OBJECTIF DES ÉTATS FINANCIERS

L'objectif des états financiers est de satisfaire les besoins d'information des investisseurs et des créanciers. Par contre, les états financiers préparés dans le but de satisfaire ces besoins sont également utilisés par d'autres personnes qui ont aussi besoin d'informations publiées au sujet de l'entité.

Pour faciliter la prise de décisions touchant l'attribution des ressources, les investisseurs et les créanciers des entreprises à but lucratif cherchent à faire des prédictions portant sur la capacité de l'entité de réaliser les produits et de générer les flux de trésorerie qui lui permettront de remplir ses obligations et de produire un rendement sur le capital investi.

Les investisseurs ont également besoin d'informations sur la façon dont la direction de l'entité s'est acquittée de sa responsabilité de gérance envers ceux qui ont fourni des ressources à l'entité.

L'objectif des états financiers est de communiquer des informations utiles aux investisseurs, aux créanciers et aux autres utilisateurs (ci-après « utilisateurs ») qui ont à prendre des décisions en matière d'attribution des ressources ou à apprécier la façon dont la direction s'acquitte de sa responsabilité de gérance. En conséquence, les états financiers fournissent des informations sur :

- les ressources économiques, les obligations et les capitaux propres de l'entité;
- l'évolution des ressources économiques, des obligations et des capitaux propres de l'entité; et
- la performance économique de l'entité.

1.3. ÉQUILIBRE AVANTAGES/COÛTS

L'avantage procuré par la présentation de l'information contenue dans les états financiers doit être supérieur au coût de son obtention. Lorsqu'il prépare des états financiers, le comptable agréé doit soupeser de façon générale les coûts et les avantages prévus pour déterminer si le bénéfice escompté est justifié sous l'angle du rapport avantages/coûts.

Les avantages et les coûts relatifs à l'application des normes comptables peuvent varier d'une entité à l'autre, en fonction notamment de la nature, du nombre et des besoins d'information des utilisateurs des états financiers. Le

compromis entre les coûts et les avantages est, dans une large mesure, affaire de jugement.

1.4. IMPORTANCE RELATIVE

Les utilisateurs s'intéressent aux informations qui sont susceptibles d'influer sur leurs décisions. L'expression « importance relative » est utilisée pour décrire le caractère significatif, pour les décideurs, des informations contenues dans les états financiers. Un élément d'information ou un ensemble d'éléments d'information est important s'il est vraisemblable que son omission ou son inexactitude aurait comme conséquence d'influencer ou de modifier une décision. L'appréciation de l'importance relative est une question de jugement professionnel et chaque cas est un cas d'espèce.

1.5. QUALITÉ DE L'INFORMATION

La qualité de l'information s'évalue comme la somme des caractéristiques de l'information fournie dans les états financiers qui font que celle-ci est utile aux utilisateurs. Les quatre principales qualités de l'information sont : la compréhensibilité, la pertinence, la fiabilité et la comparabilité.

1.5.1. Compréhensibilité

Pour être utile, l'information contenue dans les états financiers doit être compréhensible pour les utilisateurs. La notion de compréhensibilité est relative, et il faut donc définir l'utilisateur type. L'utilisateur type est réputé avoir une bonne compréhension des activités commerciales et économiques de l'entité qui émet les états financiers ainsi qu'une connaissance raisonnable des PCGR. L'utilisateur type est également présumé avoir la volonté d'étudier l'information d'une façon raisonnablement diligente.

1.5.2. Pertinence

Pour être utile, l'information fournie dans les états financiers doit être pertinente par rapport aux décisions que les utilisateurs sont appelés à prendre. L'information est pertinente de par sa nature lorsqu'elle peut influer sur les décisions des utilisateurs en les aidant à évaluer l'incidence financière des opérations et des faits passés, présents ou futurs, ou en permettant de confirmer ou de corriger des évaluations antérieures. La pertinence de l'information varie en fonction de sa valeur prédictive ou rétrospective et de la rapidité de sa publication.

1.5.3. Fiabilité

Pour être utile, l'information fournie dans les états financiers doit être fiable. L'information est fiable lorsqu'elle concorde avec les opérations et les faits sous-jacents, que ce rapport de concordance est susceptible de faire l'objet d'une vérification indépendante et que l'information est raisonnablement exempte d'erreurs et de partis pris. Pour être fiable, l'information doit donner une image fidèle et vérifiable, et elle doit être neutre. La neutralité est compromise par la formulation de jugements fondés sur la prudence dans des situations d'incertitude.

1.5.4. Comparabilité

La comparabilité est une caractéristique du rapport qui existe entre deux éléments d'information et non une caractéristique qui se rattache à un élément d'information en soi. Elle permet aux utilisateurs de relever les analogies et les différences entre les informations fournies dans deux jeux d'états financiers. La comparabilité est importante lorsqu'on établit un parallèle entre les états financiers de deux entités distinctes ou entre les états financiers d'une même entité ayant trait à deux exercices différents ou dressés à deux dates différentes.

1.6. COMPROMIS ENTRE LES DIVERSES QUALITÉS DE L'INFORMATION

En pratique, il est souvent nécessaire de faire un compromis entre les diverses qualités de l'information, notamment entre la pertinence et la fiabilité puisqu'il faut souvent consentir à un compromis entre la rapidité de la publication des états financiers et la fiabilité de l'information présentée dans ces états. Généralement, le comptable agréé cherche à réaliser un équilibre approprié entre les diverses qualités, de manière à pouvoir remplir l'objectif des états financiers.

1.7. COMPOSANTES DES ÉTATS FINANCIERS

Les composantes (ou rubriques) des états financiers sont les principales catégories d'éléments (ou postes) qui sont présentées dans les états financiers en vue de répondre à l'objectif de ces derniers. Elles sont de deux ordres :

- celles qui décrivent les ressources économiques, les obligations et les capitaux propres (ou l'actif net) de l'entité à une date donnée; et

- celles qui décrivent les changements intervenus dans les ressources économiques, les obligations et les capitaux propres (ou l'actif net) au cours d'un exercice donné.

Les notes complémentaires, qui servent à clarifier ou à mieux expliquer certains postes présentés dans les états financiers, ne sont pas considérées comme une composante, bien qu'elles fassent partie intégrante des états financiers.

Les composantes définies ci-après correspondent aux catégories d'éléments que l'on trouve le plus couramment dans les états financiers.

1.7.1. Actifs

Les actifs sont les ressources économiques sur lesquelles l'entité exerce un contrôle par suite d'opérations ou de faits passés, et qui sont susceptibles de lui procurer des avantages économiques futurs.

Les actifs ont trois caractéristiques essentielles :

a) ils représentent un avantage futur en ce qu'ils pourront, seuls ou avec d'autres actifs, contribuer directement ou indirectement aux flux de trésorerie nets futurs dans le cas des entreprises à but lucratif, ou contribuer à la prestation des services dans le cas des organismes sans but lucratif;

b) l'entité est en mesure de contrôler l'accès à cet avantage; et

c) l'opération ou le fait à l'origine du droit de l'entité de bénéficier de l'avantage, ou à l'origine du contrôle qu'elle a sur celui-ci, s'est déjà produit.

1.7.2. Passifs

Les passifs sont des obligations qui incombent à l'entité par suite d'opérations ou de faits passés, et dont le règlement pourra nécessiter le transfert ou l'utilisation d'actifs, la prestation de services ou toute autre cession d'avantages économiques.

Les passifs ont trois caractéristiques essentielles :

a) ils représentent un engagement ou une responsabilité envers des tiers qui doit entraîner un règlement futur, par transfert ou utilisation d'actifs,

prestation de services ou toute autre cession d'avantages économiques, à une date certaine ou déterminable, lorsque surviendra un fait précis, ou sur demande;

b) l'engagement ou la responsabilité constitue pour l'entité une obligation, à laquelle l'entité n'a guère ou n'a pas du tout la possibilité de se soustraire; et

c) l'opération ou le fait à l'origine de l'obligation de l'entité s'est déjà produit.

1.7.3. Capitaux propres

Les capitaux propres représentent le droit de propriété sur les actifs d'une entreprise, après déduction de ses passifs qui comportent plusieurs catégories d'éléments bien définies, par exemple les diverses catégories de capital-actions, le surplus d'apport et les bénéfices non répartis.

1.7.4. Produits

Les produits sont les augmentations des ressources économiques, sous forme d'entrées ou d'accroissements d'actifs ou de diminutions de passifs, qui résultent des activités courantes de l'entité. Les produits sont généralement générés par la vente de biens, la prestation de services ou l'utilisation de certaines ressources de l'entité par des tiers moyennant un loyer, des intérêts, des redevances ou des dividendes.

1.7.5. Charges

Les charges sont les diminutions des ressources économiques, sous forme de sorties ou de diminutions d'actifs ou de constitutions de passifs, qui résultent des activités courantes menées par l'entité en vue de la génération de produits ou de la prestation de services.

1.7.6. Gains (pertes)

Les gains et les pertes sont les augmentations (diminutions) des capitaux propres provenant d'opérations et de faits périphériques ou accessoires et de l'ensemble des autres opérations, faits et circonstances qui ont un effet sur l'entité.

1.7.7. Critères de constatation

La constatation est le fait d'inclure un élément dans les états financiers d'une entité. La constatation d'un élément consiste à inclure le montant en cause dans les totaux de l'un ou l'autre des états financiers et à décrire l'élément au moyen d'un libellé (par exemple « stocks » ou « ventes »). Les éléments semblables peuvent être regroupés sous un même poste aux fins de leur présentation dans les états financiers.

Les critères de constatation sont les suivants :

a) il existe une base de mesure appropriée pour l'élément en cause et il est possible de procéder à une estimation raisonnable du montant; et

b) dans le cas des éléments qui impliquent l'obtention ou l'abandon d'avantages économiques futurs, il est probable que lesdits avantages seront effectivement obtenus ou abandonnés.

Les éléments constatés dans les états financiers sont comptabilisés suivant la méthode de la comptabilité d'exercice, laquelle consiste à constater l'effet des opérations et des faits dans l'exercice au cours duquel les opérations ont été réalisées et les faits se sont produits, qu'il y ait eu ou non transfert d'une contrepartie en espèces ou d'une autre contrepartie équivalente.

Les produits sont généralement constatés lorsque l'exécution est achevée et que la mesure et le recouvrement de la contrepartie sont raisonnablement sûrs. Les gains sont généralement constatés au moment de leur réalisation.

Les charges et les pertes sont généralement constatées lorsqu'une dépense ou un actif déjà constaté ne présente aucun avantage économique futur. Les charges qui ne peuvent être rattachées à des produits spécifiques sont attribuées à un exercice en fonction des opérations et des faits survenus au cours de cet exercice, ou sont réparties sur plusieurs exercices. Le coût des actifs dont les avantages s'étendent sur plus d'un exercice est normalement réparti sur le nombre d'exercices en cause.

Les charges qui sont rattachées à des activités génératrices de produits par un lien de cause à effet sont normalement rapprochées des produits au cours de l'exercice où ces derniers sont constatés.

1.7.8. Mesure

Généralement, les états financiers sont établis sur la base du coût historique, c'est-à-dire que les opérations et les faits sont constatés dans les états financiers pour le montant de trésorerie ou d'équivalents de trésorerie payés ou reçus, ou pour la juste valeur qui leur a été attribuée lorsqu'ils sont intervenus.

1.8. LE TRAITEMENT DIFFÉRENTIEL

Suivant le principe de l'information différentielle, les entreprises admissibles peuvent appliquer des traitements différentiels déterminés dans la préparation d'états financiers. Comme cela a été mentionné ci-dessus, l'objectif des états financiers est de communiquer des informations utiles aux utilisateurs des états financiers et les avantages que sont censées procurer les informations contenues dans les états financiers doivent être supérieurs au coût de celles-ci.

Les avantages et les coûts de la communication des informations varient d'une entité à l'autre, en fonction notamment de la nature et du nombre des utilisateurs des états financiers et, par conséquent, de la façon dont les états financiers sont utilisés. L'éventail des utilisateurs des états financiers est habituellement plus restreint dans le cas des entreprises sans obligation publique de rendre des comptes que dans celui des entreprises ayant cette obligation. Ces utilisateurs sont généralement connus de l'entreprise et en ont souvent une connaissance intime; il est donc possible qu'ils accordent moins d'importance aux états financiers que ceux qui investissent dans les sociétés ouvertes. En outre, la plupart de ces utilisateurs sont en mesure, en exerçant un droit contractuel ou autrement, d'obtenir des informations supplémentaires de la direction.

Bien que l'évaluation des besoins des utilisateurs des états financiers, ainsi que des avantages et des coûts de l'information financière soit, dans une large mesure, affaire de jugement, il a été conclu ce qui suit :

a) plus la propriété d'une entreprise est diffuse et plus la séparation entre la direction et les propriétaires est marquée, plus les avantages susceptibles de découler de l'information financière présentée dans les états financiers sont importants;

b) moins les utilisateurs des états financiers d'une entreprise sont nombreux et plus leur capacité d'avoir accès à des informations supplémentaires complétant celles que leur fournissent les états

financiers est grande, moins les avantages découlant de l'information financière présentée dans les états financiers sont importants; et

c) moins les utilisateurs des états financiers d'une entreprise qui bénéficient de l'information financière sont nombreux et plus les coûts pour assurer la conformité aux exigences comptables sont élevés en proportion du nombre d'utilisateurs, plus grande est la probabilité que les coûts afférents à la communication de l'information dans les états financiers soient supérieurs aux avantages qui en découlent.

En se basant sur ces constats, il a été convenu que les entreprises sans obligation publique de rendre des comptes dont les propriétaires donnent leur consentement unanime pourraient appliquer des traitements comptables différents de ceux normalement prévus dans la norme, soit :

- choisir de comptabiliser à la valeur de consolidation ou à la valeur d'acquisition les filiales qui, autrement, seraient consolidées;

- choisir de comptabiliser à la valeur d'acquisition les participations dans des satellites qui, autrement, seraient comptabilisées à la valeur de consolidation;

- choisir de comptabiliser à la valeur de consolidation ou à la valeur d'acquisition ses participations dans des coentreprises qui, autrement, seraient comptabilisées selon la méthode de la consolidation proportionnelle conformément;

- choisir de soumettre l'écart d'acquisition à un test de dépréciation uniquement lorsque la survenance d'un événement ou d'une situation indique que la juste valeur d'une unité d'exploitation peut être inférieure à sa valeur comptable; autrement, l'écart d'acquisition serait soumis à un test de dépréciation sur une base annuelle;

- choisir de ne fournir des informations que pour les catégories d'actions qui ont été émises;

- choisir de comptabiliser les impôts sur les bénéfices selon la méthode des impôts exigibles et, par conséquent, ne pas présenter les impôts futurs qui, autrement, seraient constatés;

- choisir d'évaluer au coût ou au coût après amortissement les actifs financiers disponibles à la vente qui auraient autrement été évalués à la

juste valeur, à l'exception des actifs financiers qui ont un prix coté sur un marché actif et des actifs financiers qui constituent des instruments de couverture désignés et efficaces;

- choisir de présenter comme élément de capitaux propres les actions privilégiées qui ont été émises à titre de mesure de planification fiscale dans le cadre des dispositions prévues aux articles 51, 85, 85.1, 86, 87 ou 88 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] et qui, s'il n'en était pas ainsi, seraient présentées comme des passifs; et

- choisir de ne fournir des informations sur la juste valeur que pour les actifs financiers et les passifs financiers dont la juste valeur peut être déterminée facilement.

1.9. CONCLUSION

La présentation des informations financières doit suivre un ensemble de règles précises qui ne laissent pas de place à l'improvisation. Ces règles dictent la façon dont une situation particulière sera présentée dans les états financiers.

Nous pouvons comprendre l'importance de ces règles précises en considérant les récents scandales financiers. En interprétant les normes de présentation de façon un peu trop libérale, les états financiers de certaines entreprises ne présentaient pas un portrait fidèle de la réalité. Ces entreprises ont ainsi réussi à attirer ou conserver des capitaux importants, lesquels ont ultimement été perdus.

Ces scandales ont incité les autorités à resserrer les normes de contrôle pour assurer que les entreprises respectent les normes de présentation de l'information financière et éviter que celles-ci ne les interprètent de façon trop libérale.

Les utilisateurs et les préparateurs de l'information financière doivent investir des ressources considérables pour préserver l'intégrité et la crédibilité des informations financières présentées. Dans ce contexte, il est important de considérer l'impact qu'une réorganisation aura sur les états financiers.

---

[1] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

2. LE GEL SUCCESSORAL

Mise en situation

Dans le contexte particulier d'une planification fiscale, les actions rachetables au gré du détenteur sont habituellement (mais non exclusivement) utilisées dans le cadre d'un gel successoral. Les autorités fiscales se sont prononcées en indiquant que cette caractéristique était nécessaire afin de bien établir la valeur marchande de la contrepartie en actions (rachetables) reçue dans le cadre du roulement fiscal qui est habituellement requis pour réaliser le gel successoral.

Pour illustrer notre propos, nous utiliserons l'exemple d'un gel successoral standard. M. A possède la totalité des actions en circulation de la société A dont le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») est de 100 $ et la valeur marchande de 1 M$. Il désire procéder à un gel successoral en faveur de son fils, B.

Pour réaliser le gel successoral, M. A échangera ses actions A contre des actions G, non participantes et rachetables au gré du détenteur pour une valeur de 1 M$. Le fils, B, souscrira à des actions participantes de catégorie A pour la somme de 100 $.

Traitement comptable

Conformément aux PCGR, les actions rachetables au gré du détenteur émises dans le cadre d'un gel successoral doivent être comptabilisées à titre de passif aux états financiers, et ce, à la valeur de rachat, puisque ce type d'actions correspond à la définition d'un passif financier, c'est-à-dire une obligation contractuelle de livrer des liquidités.

Autre conséquence, les dividendes versés sur ces actions doivent être comptabilisés dans les résultats de la société.

Toutefois, comme il est mentionné ci-dessus, il existe un traitement différentiel qui permet à une entreprise admissible de classer ses actions dans les capitaux propres aux états financiers de la société lorsque les actions sont émises à titre de mesure de planification fiscale dans le cadre des dispositions prévues aux articles 51, 85, 85.1, 86, 87 ou 88 L.I.R.

Ainsi, les actions G ci-dessus seraient comptabilisées au passif de la société, et ce, à la valeur de rachat de 1 M$.

Toutefois, si la société est admissible au traitement différentiel, les actions G seront comptabilisées dans les capitaux propres pour un montant de 100 $ (soit le capital versé des anciennes A).

Convention entre actionnaires

Dans le cadre d'une réorganisation privée, il arrive fréquemment qu'une convention entre actionnaires soit conclue. Parmi les nombreuses dispositions que peut contenir une convention entre actionnaires, certaines peuvent stipuler que le rachat des actions ordinaires (ou des actions privilégiées) est obligatoire dans des circonstances déterminées dont la réalisation est certaine comme lors du retrait, du départ à la retraite ou du décès d'un actionnaire, ou confère au porteur des actions le droit d'exiger de l'entreprise, dans certaines circonstances, qu'elle rachète les actions. Celles-ci peuvent être rachetables pour leur juste valeur, pour leur valeur comptable, pour leur valeur comptable ajustée ou pour une autre valeur déterminable.

Comme c'est la substance ou réalité économique de l'instrument financier, et non sa forme ou son apparence juridique, qui en détermine le classement dans le bilan de l'émetteur, ce type d'actions, même si ce sont des actions ordinaires, doit être comptabilisé à titre de passif aux états financiers, et ce, à la valeur de rachat. Le *Manuel de l'ICCA* mentionne ce qui suit :

> « La caractéristique déterminante pour distinguer un passif financier d'un instrument de capitaux propres est l'obligation contractuelle de l'une des parties à l'instrument financier (l'émetteur) soit de remettre de la trésorerie ou un autre actif financier à l'autre partie (le porteur), soit d'échanger avec le porteur un autre instrument financier dans des conditions potentiellement défavorables pour l'émetteur. Lorsque l'instrument financier comporte une telle obligation contractuelle, il répond à la définition du passif financier, quelle que soit la façon dont l'obligation sera exécutée […][2]. »

Ainsi, des actions ordinaires pourraient être comptabilisées au passif, et ce, à la valeur de rachat en cas de décès, comme il est stipulé dans la convention entre actionnaires.

---

[2] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chapitre 3861.11.

Toutefois, le CPN-149[3] permet une exception à cette règle lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :

1) les actions rachetables sont les titres de capitaux propres subordonnés de dernier rang émis par l'entreprise (c'est-à-dire qu'elles représentent, avec les actions ordinaires, les « droits sur les capitaux propres résiduels » de l'entreprise), et elles confèrent à leurs porteurs le droit à une part proportionnelle des capitaux propres résiduels de l'entreprise;

2) la clause de rachat s'étend à 100 % des actions ordinaires (et/ou des instruments assimilables à des actions ordinaires), et le mode de détermination du prix de rachat est le même pour toutes les actions;

3) les actions ne confèrent aucun droit de priorité par rapport aux autres catégories d'actions de même rang de l'entreprise; et

4) l'événement donnant lieu au rachat devrait être le même pour toutes les actions visées par la clause de rachat.

Exemple

Quatre actionnaires ont constitué une entreprise il y a 15 ans avec une mise de fonds de 25 $ chacun (1 000 actions pour 100 $).

Aujourd'hui, l'entreprise vaut 2 M$ et les actionnaires, inquiets de l'apparition de nouveaux actionnaires indésirables advenant le décès de l'un d'entre eux, signent une convention entre actionnaires prévoyant le rachat automatique par la société des actions au décès du détenteur, et ce, à la juste valeur des actions au moment du décès.

La conséquence d'une telle convention serait le reclassement des actions dans le passif de la société, et ce, à la valeur de rachat totale de 2 M$.

Heureusement, dans ce cas-ci, la société pourrait se prévaloir des dispositions du CPN-149 afin d'éviter ce « drame comptable » puisque les quatre conditions mentionnées ci-dessus seraient remplies.

---

[3] *Id*. « CPN » : Comité sur les problèmes nouveaux. Ce comité fait part de ses réflexions dans des bulletins appelés « CPN ».

3. DETTE CONVERTIBLE EN ACTIONS

3.1. MISE EN SITUATION

La dette convertible en actions est un instrument financier très prisé par les investisseurs des sociétés à capital de risque. Cet instrument financier leur permet de « sécuriser » le capital investi et le rendement fixe qui découle habituellement d'une dette conventionnelle tout en permettant à leurs détenteurs de bénéficier de l'augmentation de la valeur des actions de la société par le biais de l'exercice du privilège de conversion parce que le ratio de conversion est établi au départ.

D'un point de vue fiscal, la conversion de la dette en actions est sans effet sur le calcul du revenu imposable. Le capital de la dette devient le PBR des actions reçues en échange. Dans le cas où une contrepartie autre qu'en actions est reçue dans le cadre de la conversion, cette contrepartie sera généralement traitée comme une dépense d'intérêts par l'émetteur et comme un revenu d'intérêts par le créancier.

Pour nous permettre d'illustrer clairement le traitement comptable, nous utiliserons l'exemple suivant : La société A développe un produit très prometteur. Ayant besoin de capitaux pour poursuivre ses activités de recherche, elle conclut un financement privé de 2 M$. L'accord de financement prévoit que la dette sera convertible en actions participantes à un taux de 1:1 (c'est-à-dire que le créancier pourra recevoir une action participante pour chaque dollar de dette).

3.2. TRAITEMENT COMPTABLE

Comme il a été mentionné ci-dessus, c'est la substance ou réalité économique de l'instrument financier, et non sa forme ou son apparence juridique, qui en détermine le classement dans le bilan.

Un titre de créance auquel est incorporée une option de conversion, par exemple une obligation convertible en actions ordinaires, est une forme courante d'instrument hybride et, du point de vue comptable, ce type de dette doit être traité comme un instrument ayant deux composantes : une composante passif et une composante capitaux propres.

3.2.1. Composante passif

L'obligation de l'émetteur de procéder à des paiements périodiques au titre du principal et des intérêts constitue un passif financier aussi longtemps

que l'instrument n'est pas converti. Lors de la conclusion du contrat, la juste valeur de la composante passif est égale à la valeur actualisée de la série de flux de trésorerie futurs déterminés par contrat, calculée au taux d'intérêt alors pratiqué sur le marché pour des instruments présentant des conditions de crédit comparables et offrant pour l'essentiel les mêmes flux de trésorerie, aux mêmes conditions, mais sans l'option de conversion.

3.2.2. Composante capitaux propres

La composante capitaux propres correspond à l'option incorporée de conversion du passif en capitaux propres de l'émetteur.

Exemple

La société A émet 2 000 obligations convertibles au début de l'exercice. Les obligations viennent à échéance dans trois ans, sont émises au pair, et ont chacune une valeur nominale de 1 000 $, ce qui donne un produit total de 2 M$.

Les intérêts sont payables annuellement, à un taux nominal de 6 %. Chaque obligation peut être convertie en 1000 actions ordinaires en tout temps avant son échéance.

Lorsque les obligations sont émises, le taux d'intérêt pratiqué sur le marché pour un titre similaire sans option de conversion est de 9 %.

Pour effectuer le calcul de la composante capitaux propres, on évalue d'abord la composante passif, et la différence entre le produit de l'émission d'obligations et la juste valeur du passif est attribuée à la composante capitaux propres. La valeur actualisée de la composante passif est calculée ci-dessous au moyen d'un taux d'actualisation de 9 %, le taux d'intérêt pratiqué sur le marché pour des obligations semblables ne comportant pas de droit de conversion.

Valeur actualisée du principal – 2 000 000 $ remboursables au bout de trois ans	1 544 367 $
Valeur actualisée des intérêts – 120 000 $ payables en fin d'année pendant trois ans	303 755 $
Total de la composante passif	1 848 122 $
Composante capitaux propres (obtenue par déduction)	151 878 $
Produit de l'émission d'obligations	2 000 000 $

Ainsi, aux états financiers, le bilan présentera un passif pour un montant de 1 848 122 $ et une composante capitaux pour un montant de 151 878 $.

Bien que ce mode de présentation puisse paraître « attrayant », étant donné que le montant du passif au bilan est réduit au profit d'un accroissement des capitaux propres, l'état des résultats sera, par contre, imputé par une charge annuelle « d'intérêt » de 50 626 $ qui devra être comptabilisée au cours des trois prochains exercices afin d'augmenter la valeur du passif jusqu'au montant de sa valeur nominale, soit 2 M$ à l'échéance des obligations.

4. RÉGIME D'OPTION D'ACHAT D'ACTIONS

4.1. MISE EN SITUATION

Les avantages relatifs à la mise en place d'un régime d'option d'achat d'actions sont multiples. Il y a bien sûr l'avantage fiscal (la déduction de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.), mais, probablement le plus important : l'alignement espéré des intérêts des bénéficiaires du régime et de ceux de la société.

Aux fins de notre propos, nous retenons qu'un régime d'option d'achat d'actions prescrit (art. 7 L.I.R.) prévoit les deux étapes suivantes :

- **L'octroi des options** : Le bénéficiaire du régime qui se qualifie se voit octroyer l'option d'acquérir un certain nombre d'actions de la société à un prix fixé d'avance. À cette étape, la société n'a pas émis de titre de son trésor. La société s'est cependant engagée à émettre de ses titres lors de l'exercice de l'option.

- **L'exercice des options** : Le bénéficiaire devient propriétaire des titres de la société pour une considération égale à la valeur fixée lors de l'octroi de l'option. Le bénéficiaire réalise un bénéfice équivalent à l'appréciation de la valeur du titre depuis le moment de l'octroi de l'option. La société émet des titres de son trésor et reçoit en contrepartie la somme fixée lors de l'octroi.

Du point de vue fiscal, il s'agit clairement d'un avantage consenti dans le cadre de l'emploi et donc d'une certaine forme de rémunération. Pour la société émettrice, il s'agit habituellement d'une opération de nature capital et la valeur de l'avantage reçu par le bénéficiaire n'est pas considérée dans le calcul de son revenu.

Traitement comptable

Depuis le 1er janvier 2005, toutes les entreprises doivent comptabiliser les rémunérations et les autres paiements à base d'actions faits en contrepartie de biens ou de services, et ce, selon une méthode de comptabilisation fondée sur la juste valeur.

Cette norme s'applique aux opérations dans lesquelles l'entreprise consent des actions ordinaires, des options sur actions ou d'autres instruments de capitaux propres ou engage des passifs dont le montant varie en fonction du prix de l'action ordinaire ou d'autres instruments de capitaux propres.

Ces opérations peuvent porter sur les instruments de capitaux propres de l'entreprise, sur ceux de la société mère ou d'une filiale, sur ceux d'une autre filiale de la société mère ou sur ceux d'une société satellite (comptabilisée à la valeur de consolidation) de l'une ou l'autre des sociétés précédentes.

Ainsi, une entreprise qui consent, dans le cadre d'une réorganisation fiscale ou autre, des options d'achat d'actions en contrepartie de bien ou de service, devra comptabiliser dans ses états financiers une charge correspondant à la juste valeur des options octroyées.

Habituellement, il est d'usage d'utiliser un modèle d'évaluation du type Black-Scholes[4] pour calculer la valeur des options, lequel tiendra compte du prix d'exercice, de la durée prévue de l'option, du cours de l'action, de la volatilité prévue de l'action, des dividendes prévus sur l'action et du taux d'intérêt sans risque.

Exemple

L'exemple qui suit illustre une situation simple. Dans bien des cas, la période et la méthode de constatation de la charge de rémunération sont

[4] Ce modèle d'évaluation des options fut publié en 1973, et constituait le prolongement de travaux réalisés par Paul Samuelson et Robert Merton. Le mathématicien français Louis Bachelier avait inauguré l'étude du sujet en 1900. L'intuition fondamentale de Fischer Black et Myron Scholes fut de mettre en rapport le prix implicite de l'option et les variations de prix de l'actif sous-jacent. Leur découverte eut très rapidement une influence considérable, et des déclinaisons de leur modèle sont utilisées dans tous les compartiments des marchés financiers. Merton et Scholes reçurent en 1997 le prix Nobel d'économie pour leurs travaux (Fischer Black était, lui, malheureusement mort en 1995) (en ligne : http://fr.wikipedia.org).

beaucoup plus complexes, par exemple lorsque la période d'acquisition des droits s'étend sur une période postérieure à l'octroi des options.

Dans le cadre d'une réorganisation corporative, une société octroie 1 000 options d'achat d'actions à un employé clé pour ses services passés. Les options peuvent être levées durant une période de cinq ans et permettent à leur détenteur d'acheter 1 000 actions à un prix de 100 $ l'action. La juste valeur des actions est 100 $ au moment de l'octroi des options. Trois ans plus tard, la juste valeur des actions est de 150 $ et l'employé exerce ses options.

Bien que la valeur intrinsèque de ces options soit nulle, ces options ont, en réalité, une juste valeur qui doit être constatée aux états financiers de la société émettrice.

À des fins d'illustration, faisons l'hypothèse que la juste valeur des options octroyées est évaluée à 20 000 $ (en utilisant le modèle Black-Scholes).

Compte tenu des nouvelles dispositions, la société devra comptabiliser une charge de rémunération de 20 000 $ à son état des résultats et un crédit correspondant de 20 000 $ dans ses capitaux propres, habituellement au titre de « surplus d'apport ». Le bénéfice net de cette entreprise sera donc réduit de 20 000 $ au cours de cet exercice.

Au moment de l'exercice des options, le surplus d'apport sera transféré au montant du capital-actions en l'additionnant au montant de 100 000 $ reçu par la société en contrepartie de l'émission des actions. Par conséquent, le capital-actions émis aura une valeur aux livres de 120 000 $ (20 000 $ + 100 000 $).

Entité à détenteurs de droits variables

En vertu des normes comptables, une entreprise (société mère) consolide une autre entreprise (filiale) lorsqu'elle en a le contrôle et qu'elle a le droit et la capacité de retirer des avantages économiques futurs de l'entreprise contrôlée tout en assumant les risques qui s'y rattachent. Les normes traitent principalement des liens mère-filiale entre des entreprises réelles en exploitation, bien que leur champ d'application ne se limite pas à ces liens.

Les normes comptables indiquent que l'existence du contrôle dans une situation donnée est une question de fait, et que la détention d'une

participation n'est pas le seul moyen par lequel une entreprise peut acquérir le contrôle d'une autre entreprise.

Mais qu'arrive-t-il lorsque le contrôle d'une entreprise s'exerce autrement que par la détention des droits de vote (c'est-à-dire lorsque le contrôle n'est pas entre les mains des actionnaires ordinaires)?

Afin d'encadrer davantage les principes relatifs à la consolidation des entreprises sur lesquelles le contrôle s'exerce autrement que par la détention de droits de vote, le Conseil des normes comptables a introduit le concept des entités à détenteurs de droits variables (ci-après « EDDV »), lequel fut très fortement inspiré par la norme américaine (FASB 46).

Ces normes sont extrêmement complexes et nous les abordons que très sommairement.

Pour bien comprendre le concept associé aux EDDV, il faut partir du postulat suivant : **Aucune entité n'accepterait d'assumer la majorité des risques financiers reliés à une entreprise sans en exiger également le contrôle. En corollaire**, lorsqu'une tierce partie assume la majorité des risques financiers associés à une entreprise, elle doit consolider cette entreprise, même si elle n'est pas l'actionnaire de contrôle de cette entreprise.

Qu'est-ce qu'une EDDV?

Une entité est considérée comme une EDDV lorsqu'**une** des quatre conditions suivantes est volontairement remplie :

1) les capitaux propres à risque ne sont pas suffisants pour permettre à l'entité de financer ses activités sans un soutien financier subordonné additionnel fourni par quelque partie que ce soit (autrement dit, la juste valeur des capitaux propres de l'entité est inférieure aux pertes prévues)[5];

[5] La notion des « pertes prévues » est particulière dans la norme. Sommairement, il s'agit des écarts négatifs des flux de trésorerie qui sont possibles par rapport aux flux de trésorerie prévisionnels. Suivant cette notion, même les entreprises très rentables ont des pertes prévues.

2) les actionnaires ordinaires[6] n'ont pas le pouvoir de prendre les décisions concernant les activités de l'entité qui ont une incidence significative sur le succès de celle-ci;

3) les actionnaires ordinaires[7] n'ont pas l'obligation d'assumer les pertes prévues de l'entité; et

4) les actionnaires ordinaires[8] n'ont pas le droit de recevoir les rendements résiduels prévus de l'entité.

Qu'est-ce qu'un droit variable?

Un droit variable est un droit contractuel, un droit de propriété ou un autre intérêt financier dans une entreprise qui expose son détenteur aux risques ou aux avantages associés à cette entreprise[9]. Il peut s'agir d'un instrument de capitaux propres (une action), d'une créance, d'un prêt, d'un contrat de location, d'un dérivé, d'une garantie, ou de tout autre instrument financier dont la valeur fluctue en fonction de la juste valeur de l'actif net de l'entreprise en question.

Qui doit consolider une EDDV?

Toute partie qui détient un droit variable dans une entreprise qualifiée de EDDV, **et qui est le principal bénéficiaire de cette EDDV** (c'est-à-dire celui qui assume la majorité des pertes prévues de l'EDDV), doit consolider les actifs, les passifs et les résultats de cette entreprise, et ce, même si elle n'est pas actionnaire de cette entreprise.

À quel type d'entreprise s'adressent ces normes?

Bien qu'il existe certaines exceptions, de façon générale, ces normes s'adressent à tous les types d'entreprises, peu importe leur structure juridique.

---

6 En fait, la norme fait plutôt référence aux « détenteurs des investissements en instruments de capitaux propres à risque ».

7 *Id*.

8 *Id*.

9 Dans la norme, on parle d'un droit « qui varie en fonction des variations de la juste valeur de l'actif net d'une entreprise ».

Quand doit-on consolider une EDDV?

Le mécanisme d'application des règles relatives aux EDDV est complexe. De façon générale, il faut que les conditions (qui font qu'une entreprise soit considérée comme une EDDV) soient volontairement remplies, c'est-à-dire que l'entreprise **y satisfasse en raison de la manière dont elle est structurée** au moment de sa constitution. Cependant, la décision initiale doit être reconsidérée dans certaines circonstances, par exemple lorsque les documents qui gouvernent l'entreprise, les accords contractuels ou les capitaux propres sont modifiés, ou lorsque l'entreprise entreprend des activités additionnelles ou acquiert des actifs supplémentaires.

Un créancier doit-il obligatoirement consolider une entreprise déficitaire?

Non. Une entreprise ne devient pas une EDDV du simple fait qu'elle accumule des pertes d'exploitation.

Conclusion

Les normes comptables relatives aux EDDV modifient substantiellement le modèle de consolidation des entreprises et peuvent créer des surprises importantes. Le contrôle « légal » n'est plus le seul critère de consolidation et certaines sociétés devront « déconsolider » leurs filiales au profit d'investisseurs qui ne sont pas actionnaires.

5. DÉVELOPPEMENTS À VENIR EN MATIÈRE DE NORMALISATION COMPTABLE

L'adoption des normes internationales d'information financière (ci-après « IFRS ») constitue le plus important changement auquel les comptables agréés devront faire face d'ici 2011.

À plus court terme, l'adoption en 2006 des nouvelles normes comptables concernant la comptabilisation et l'évaluation des instruments financiers représente un des changements les plus importants dans la profession au cours des dernières années.

En vertu de ces nouvelles normes, les entreprises doivent comptabiliser et évaluer les actifs et les passifs financiers au coût ou à la juste valeur, dépendamment de la catégorie dans laquelle ils sont classés, c'est-à-dire

selon que ces derniers sont détenus à des fins de transaction, détenus jusqu'à leur échéance, des prêts et créances ou disponibles à la vente.

De plus, dans certains cas, la variation de la juste valeur doit être comptabilisée dans un nouvel état financier, soit l'état du **résultat étendu**. Il y a donc maintenant cinq états dans un jeu d'états financiers : le bilan et les états du résultat, du résultat étendu, des bénéfices non répartis et des flux de trésorerie.

La catégorie « détenu à des fins de transaction » s'applique lorsque l'entité effectue des transactions fréquentes au titre d'un instrument financier. La norme permet que tout instrument financier soit irrévocablement désigné comme détenu à des fins de transaction.

La catégorie « détenu jusqu'à échéance » s'applique seulement si des conditions spécifiques sont remplies à l'égard de l'actif et si l'entité a la capacité et l'intention de conserver l'actif jusqu'à échéance.

La catégorie « prêts et créances » s'applique si les particularités de l'instrument financier font qu'il correspond à un prêt ou une créance.

Un actif peut être classé comme « disponible à la vente » lorsqu'il n'a pas été classé comme détenu à des fins de transaction, détenu jusqu'à son échéance ou comme prêts et créances.

Les actifs financiers et les passifs financiers classés comme détenus à des fins de transaction sont évalués à la juste valeur et les variations de la juste valeur sont constatées dans l'état des résultats de l'entité. Les actifs financiers classés comme détenus jusqu'à leur échéance, les prêts et créances sont évalués au coût.

Les actifs financiers classés comme disponibles à la vente sont évalués à la juste valeur et les gains et les pertes latents s'y rattachant sont constatés dans le résultat étendu.

Résultat étendu

Le résultat étendu est constitué du bénéfice net et des autres éléments du résultat étendu. Essentiellement, les autres éléments du résultat étendu comprennent les variations de la juste valeur des actifs financiers disponibles à la vente et la variation des capitaux propres au cours d'une période découlant d'opérations et d'autres événements sans rapport avec les propriétaires.

Le cumul des variations des autres éléments du résultat étendu est compris dans le cumul des autres éléments du résultat étendu, lequel constitue une nouvelle catégorie présentée dans les capitaux propres au bilan.

CONCLUSION

« L'enfer est pavé de bonnes intentions » dit l'adage. Les bénéfices escomptés d'une planification fiscale peuvent être compromis par ses conséquences sur la reddition de compte de la société. Dans certains cas, des mesures peuvent être mises en place pour en atténuer les conséquences. Dans d'autres cas, aucune mesure d'atténuation n'est disponible. Les conséquences négatives peuvent parfois être suffisamment défavorables pour créer un préjudice au client et engager la responsabilité professionnelle du conseiller en fiscalité.

Les normes comptables en matière de présentation de l'information financière sont en constante évolution. Le professionnel de la fiscalité aurait avantage à s'y intéresser et en connaître les grands principes. Au besoin, il devrait discuter des aspects comptables de la planification avec un expert ou avec le client pour s'assurer que les impacts de la planification suggérée sur les états financiers sont bien connus.

PROTECTION D'ACTIFS, MYTHE OU RÉALITÉ?



Jean Lozeau
Avocat
Lozeau, L'Africain, s.e.n.c.



Jules Brossard
Avocat, M. Fisc.
De Grandpré Chait, s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JEAN LOZEAU)

1. **SUR LE PLAN DU DROIT CIVIL** 5:3

1.1. L'ACTION OBLIQUE – ARTICLES 1627 À 1630 DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* 5:3
1.2. L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ 5:3
1.2.1. Quant au créancier 5:4
1.2.2. Quant à l'acte juridique accompli par le débiteur 5:4
1.2.3. Quant au délai pour agir 5:5
1.2.4. Quant aux effets du recours en inopposabilité 5:6

2. **SUR LE PLAN DU DROIT DE LA FAILLITE** 5:6

2.1. LA DISPOSITION DE BIENS – ARTICLE 91 L.F.I. 5:6
2.1.1. Les dispositions de biens **inopposables** au syndic 5:7

2.1.2. Les dispositions **opposables** au syndic en raison des exceptions prévues au paragraphe 91(3) L.F.I. 5:8
2.2. LES ACTES PRÉSUMÉS FRAUDULEUX – ARTICLES 95 ET 96 L.F.I. 5:9
2.3. LA TRANSACTION RÉVISABLE – ARTICLE 100 L.F.I. 5:12
2.4. EN VERTU DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* : LE RECOURS EN INOPPOSABILITÉ – ARTICLES 1631 À 1636 C.C.Q. 5:14
2.4.1. La nature du recours exercé par le syndic 5:15
2.4.2. La prescription du recours exercé par le syndic 5:15
2.4.3. La prescription du recours exercé par un créancier 5:15

PARTIE B (JULES BROSSARD)

1. LES DISPOSITIONS FISCALES IMPORTANTES DANS LE CADRE D'UNE PLANIFICATION D'INSOLVABILITÉ 5:17

1.1. CRÉANCES PRIVILÉGIÉES 5:17
1.2. PRIVILÈGE DE LA CRÉANCE DE L'ÉTAT 5:17
1.3. SAISIE-ARRÊT 5:18
1.4. JUGEMENT SUR PRODUCTION D'UN CERTIFICAT 5:18
1.5. TRANSFERT SANS CONTREPARTIE 5:19
1.6. DISTRIBUTION SANS AVOIR OBTENU DE CERTIFICAT 5:21
1.7. RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR 5:22

2. LA FIDUCIE : UNE ENTITÉ JURIDIQUE DISTINCTE 5:24

3. PRINCIPES DE BASE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ 5:24

4. CONVERSION DES ACTIONS ORDINAIRES EN ACTIONS PRIVILÉGIÉES 5:24

5. CONSTITUTION D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ EXPLOITANTE 5:25

6. LES AVANTAGES D'UNE PROPOSITION CONCORDATAIRE 5:26

PARTIE A

Jean Lozeau, avocat
Lozeau L'Africain, s.e.n.c.[*]

1. SUR LE PLAN DU DROIT CIVIL

1.1. L'ACTION OBLIQUE – ARTICLES 1627 À 1630 DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*[1]

Il s'agit d'une action par le créancier au nom de son débiteur qui refuse de l'exercer, au préjudice du créancier en question.

Cette action profite à tous les créanciers (art. 1630 C.c.Q.)

1.2. L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ

À proprement parler, il ne s'agit pas uniquement d'une action : l'inopposabilité d'un acte par le débiteur peut être soulevée par le créancier de ce débiteur dans le cadre d'une opposition à une saisie, dans le cadre d'une dépense à une action ou en demande reconventionnelle.

Il s'agit d'un recours contre un acte du débiteur qui cherche à mettre ses actifs à l'abri de ses créanciers.

Le recours en inopposabilité constitue une ingérence dans la liberté de contracter du débiteur.

Pour cette dernière raison et parce qu'elles constituent une étape vers l'exécution par le créancier contre des biens déjà sortis du patrimoine du débiteur, les conditions d'exercice de ce recours sont interprétées de façon stricte.

---

[*] M[e] Jean Lozeau exerce désormais sa profession au sein du cabinet Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre à la suite de la fusion de ce cabinet avec celui de Lozeau L'Africain, le 1[er] novembre 2007.

[1] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

1.2.1. Quant au créancier

Au moment de l'invocation d'un recours en inopposabilité, la créance du créancier doit être **certaine**, dans le sens qu'elle doit être liquide et exigible pour qu'il puisse obtenir jugement (art. 1631 et 1634 C.c.Q.).

Voici des exceptions à ce principe :

1) La fraude contre un créancier postérieur.

L'exemple parfait est celui de l'éventuel débiteur d'une pension alimentaire qui dispose de ses biens pendant le recours pour fixer la pension alimentaire.

2) Le droit non encore formé mais qui existe en principe.

Essentiellement, c'est le cas du créancier à l'égard de la caution du débiteur : le créancier peut invoquer l'inopposabilité de l'acte de la caution fait à son détriment, bien que la caution ne soit pas encore à payer.

3) Le cas du débiteur qui, pendant la durée d'une poursuite contre lui, dispose de ses biens : le créancier a une créance antérieure ou déjà existante si les conditions de son existence sont présentes lors même qu'il ne possède pas encore de jugement[2].

1.2.2. Quant à l'acte juridique accompli par le débiteur

1) L'acte doit entraîner l'appauvrissement du débiteur.

En principe, le paiement d'une dette n'est pas un acte d'appauvrissement, sauf dans le cadre des articles 1632 et 1633 C.c.Q. Un paiement, à titre gratuit ou onéreux, peut devenir dans ce contexte inopposable si :

- lors même que l'acte soit à titre onéreux, le débiteur était insolvable à la connaissance du cocontractant ou que celui-ci savait que le débiteur cherchait aussi à se rendre insolvable (art. 1632 C.c.Q.);

---

2 *Peter* c. *Angeloni*, J.E. 2004-1722.

- l'acte ou le paiement est fait à titre gratuit alors que le débiteur est insolvable ou que l'acte le rend insolvable (art. 1633 C.c.Q.).

2) L'acte doit causer préjudice au créancier.

Si l'acte entraîne l'insolvabilité du débiteur, il porte préjudice (art. 1631 C.c.Q.). Cependant, il peut y avoir préjudice même si l'acte n'entraîne pas ou n'intensifie pas l'insolvabilité du débiteur : il suffit que l'acte rende la perception par le créancier plus difficile (art. 1631 C.c.Q.).

3) L'acte doit avoir été accompli par le débiteur en fraude de ses créanciers.

Il s'agit ici de la fraude paulienne : c'est-à-dire la preuve que le débiteur savait que l'acte allait nuire à son créancier, et donc lui causer préjudice. La condition d'insolvabilité du débiteur intervient à ce stade selon ce que nous avons déjà dit au sujet des articles 1632 et 1633 C.c.Q.

1.2.3. Quant au délai pour agir

Il ne s'agit pas, à proprement parler, de délai de prescription, mais bien de délai de déchéance (qui ne peut être suspendu ou interrompu) :

- s'il s'agit d'un créancier : l'article 1635 C.c.Q. prévoit que celui-ci doit agir dans l'année suivant sa connaissance du caractère frauduleux de l'acte, ce qui, d'après les auteurs et la jurisprudence, implique la « connaissance du préjudice résultant de l'acte attaqué » au sens de l'article 1635 C.c.Q.;

- s'il s'agit d'un syndic de faillite agissant « pour le compte des créanciers collectivement », l'article 1635 C.c.Q. fixe le délai de déchéance à un an à « compter du jour de la nomination du syndic ». On entend ici la nomination du syndic dans un acte de cession volontaire de ses biens (art. 49 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[3]) ou dans un jugement prononçant une ordonnance de faillite (art. 43 L.F.I.);

- s'il s'agit d'un créancier autorisé en justice d'agir au lieu et place d'un syndic récalcitrant : la jurisprudence considère que le créancier exerce alors un droit autonome que la justice lui permet d'exercer et qu'il ne tire pas ses droits du syndic même si ce dernier doit lui céder ses droits au

[3] L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I.).

titre de l'article 38 L.F.I. Il sera prescrit d'agir tous les 3 ans s'il s'agit de faire valoir un droit personnel (art. 2925 C.c.Q.) et tous les 10 ans s'il s'agit de faire valoir un droit réel immobilier (art. 2923 C.c.Q.).

1.2.4. Quant aux effets du recours en inopposabilité

1) Entre le débiteur et le tiers, cocontractant ou autre.

L'acte demeure valide entre eux, mais ne pourra plus, dans la majorité des cas, être exécuté complètement par le débiteur : à titre d'exemple, le tiers peut se voir évincé d'un bien réel, etc.;

2) Entre le créancier et le tiers.

L'acte est « inopposable » au créancier si son action est reçue. Ainsi, s'il s'agissait d'un acte de vente d'un bien, le créancier pourrait saisir ce bien entre les mains de l'acheteur, entraînant (presque) l'obligation pour le tiers de dédommager le créancier.

Les effets de l'inopposabilité sont personnels au créancier demandeur ayant obtenu jugement : les autres créanciers participeront en proportion à la condition d'intervenir à l'action, sous réserve des droits des créanciers prioritaires ou hypothécaires (art. 1636 C.c.Q.).

2. SUR LE PLAN DU DROIT DE LA FAILLITE

Nous allons traiter dans cette section les cas les plus importants et les plus fréquents prévus par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* : la disposition de bien (art. 91 L.F.I.), les actes présumés frauduleux (art. 95 et 96 L.F.I.) et la transaction révisable (art. 100 L.F.I.).

2.1. LA DISPOSITION DE BIENS – ARTICLE 91 L.F.I.

Selon les tribunaux, la disposition de biens est essentiellement un acte gratuit, fait par un disposant en faveur d'un tiers, impliquant la permanence des biens qui en font l'objet, soit qu'après avoir servi au bénéficiaire ils reviennent au disposant ou sont remis à d'autres personnes. Cet aspect de permanence des biens, désigné par l'appellation *tracing* dans la jurisprudence anglophone, n'a jamais été abandonné par les tribunaux depuis que l'arrêt *In re Bozanich*[4] l'a mis en relief; la jurisprudence récente des

[4] [1942] R.C.S. 130.

Cours d'appel, en particulier celle de l'Ontario, en fait toujours un ingrédient essentiel.

La définition « statutaire », ajoutée par les amendements de 1992, étend la disposition, notamment, à tous les contrats, conventions, transferts, donations et désignations de bénéficiaires aux termes d'une police d'assurance, faits à titre gratuit ou pour un apport purement nominal. L'utilisation de l'expression « notamment » indique que la définition doit donc être considérée comme n'étant pas exhaustive. Sauf pour l'ajout des termes « pour un apport purement nominal », cette définition correspond à celle de la jurisprudence[5].

2.1.1. Les dispositions de biens inopposables au syndic

La disposition de biens « faite au cours de la période allant **du premier jour de l'année précédant** l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement » est inopposable au syndic (par. 91(1) L.F.I.). Il faut noter que cela n'implique pas nécessairement que le disposant était insolvable au moment de l'acte, le but de la loi étant d'empêcher l'acte à titre gratuit qui prive la masse d'un bien.

La disposition « faite au cours de la période allant **du premier jour de la cinquième année précédant** l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement » est inopposable au syndic (par. 91(2) L.F.I.).

Ce dernier article comporte trois volets. Le syndic a le fardeau de prouver ce qui suit :

1) l'acte a eu lieu durant la période de temps visée;

2) le disposant était alors incapable de payer toutes ses dettes sans l'aide des biens en question; ou

3) le disposant ne s'est pas défait de ses droits dans les biens faisant l'objet de la disposition.

---

[5] *9022-8818 Québec inc. (Syndic de) (In re 9022-8818 Québec inc. : Pfeiffer & Pfeiffer inc.* c. *Kobernick*; *In re Magil Construction ltée : Pfeiffer & Pfeiffer inc.* c. *Kobernick)*, J.E. 2002-1342 (C.S.), par. 59-73.

Dans l'affaire *Dorais (Syndic de)*[6], plus de deux ans avant sa faillite, le disposant cède à son épouse sa part dans l'immeuble dont ils étaient copropriétaires; cependant, l'époux continue par la suite de se comporter comme un propriétaire en payant les taxes, les travaux d'entretien et en contribuant aux versements hypothécaires.

2.1.2. Les dispositions opposables au syndic en raison des exceptions prévues au paragraphe 91(3) L.F.I.

La disposition est faite de bonne foi et pour contrepartie valable, en faveur d'un acheteur ou du titulaire d'une charge (par. 91(3) L.F.I.). La présente exception s'applique à toutes les sortes de dispositions, autant celles visées par le paragraphe 91(1) L.F.I. que celles visées par les deux volets du paragraphe 91(2) L.F.I.

Dans l'affaire *Trustee of Ramgotra*[7], le fardeau de faire la preuve de la bonne foi repose sur les épaules du bénéficiaire de la disposition. Pour que l'exception s'applique, l'acheteur ou le titulaire d'une charge doit prouver les deux conditions, c'est-à-dire sa propre bonne foi et la contrepartie valable.

La jurisprudence contient plusieurs exemples de l'application de cette exception. La bonne foi est une question de fait applicable à chaque espèce; il en va de même de la détermination de la contrepartie valable.

Dans l'affaire *2553-1914 Québec inc. (Syndic de)*[8], environ un mois avant de faire cession de ses biens, la débitrice cède à une autre compagnie, dont le seul actionnaire est le fils de sa seule actionnaire, un camion et un permis de transport pour une contrepartie nominale qui demeure d'ailleurs impayée. En raison des relations entre les actionnaires, le tribunal en vient à la conclusion que les parties connaissaient l'état d'insolvabilité de la débitrice et qu'elles n'étaient pas de bonne foi.

Dans l'affaire *Téléglobe Canada inc.* c. *Litwin, Boyadjian inc., a contrario*, en janvier 1993, Zimmcor a consenti à radier un privilège et à se désister d'une action en contrepartie d'une certaine somme. Elle a fait cession de ses biens le 4 juin 1993. Le syndic attaque le désistement d'action et la radiation de privilège au motif qu'il considère que ce sont des actes à

---

6 J.E. 96-1196 (C.S.) (ci-après « *Dorais* »).

7 (1996) 1 R.C.S. 325; 132 D.L.R. (4e) 193; (1996) 37 C.B.R. (3e) 141 (C.S.C).

8 J.E. 96-148 (C.S.).

titre gratuit, malgré la considération. Le tribunal décide que le syndic n'a pas démontré la mauvaise foi et l'absence de considération valable. En effet, la preuve démontre que Zimmcor avait de bonnes raisons d'accepter la radiation de son privilège et le règlement de l'action.

2.2. LES ACTES PRÉSUMÉS FRAUDULEUX – ARTICLES 95 ET 96 L.F.I.

Dans la plupart des jugements concernant l'article 95 L.F.I., l'opération en cause est un paiement fait par un débiteur à un de ses créanciers. Il ne faut toutefois pas oublier que l'article 95 L.F.I. permet au syndic de faire mettre de côté toute une série d'actes, lesquels par l'opération de cet article sont présumés entachés de fraude, par l'effet d'une présomption *prima facie* mais non irréfragable. Il est essentiel que l'acte implique **un créancier** du débiteur.

Les conditions d'exercice du recours sont les suivantes :

1) Il doit s'agir d'un acte visé par le paragraphe 95(1) L.F.I.

À titre d'exemple, le fait d'accorder une garantie, telle une hypothèque ou une cession de créance, peut constituer une préférence frauduleuse.

Les ventes de meubles à un prix inférieur à la valeur, tel l'équipement, peuvent être annulées s'il s'agit véritablement d'un moyen indirect de payer un créancier[9].

Les paiements faits à un créancier **garanti** ne constituent pas une préférence frauduleuse[10].

2) Au moment de l'accomplissement de l'acte visé, le débiteur est insolvable.

La preuve de l'insolvabilité du débiteur incombe au syndic; elle n'a pas à être prouvée hors de tout doute raisonnable, mais elle doit être démontrée au moins du point de vue de la prépondérance des probabilités. Cette preuve doit être claire et convaincante.

---

9 *Paccar Financial Services Ltd.* c. *Peterbilt Atlantic Ltd.*, (1992) 14 C.B.R. (3e) 298 (N.S.S.C.-A.D.).

10 *A.E.M. Video only Inc. (Trustee of)* c. *Video Only Inc.*, (1999) 10 C.B.R. (4e) 49 (B.C.S.C.).

3) L'acte visé est fait en faveur d'un créancier au sens de la loi.

4) Au moment de l'accomplissement de l'acte visé, le débiteur a l'intention de préférer le créancier.

Seule l'intention du débiteur est prise en considération. Le paiement doit avoir été fait « [...] en vue de procurer une préférence [...] ». La preuve de cette intention est toujours une question de fait, l'intention doit cependant être prouvée.

L'examen de la preuve par le tribunal doit être fondé sur des critères objectifs et non subjectifs.

Il est pour le moins douteux que le débiteur qui n'a aucune idée qu'il est insolvable puisse former l'intention de préférer frauduleusement un créancier au sens de la loi.

La preuve de cette intention, jointe à la « préférence de fait » (*preference in fact*), déclenche la présomption prévue au paragraphe 95(2) L.F.I.

Cette présomption n'est cependant pas absolue et peut être repoussée selon les circonstances. C'est ainsi que les tribunaux ont élaboré la notion **de l'intention dominante du débiteur**. Si l'intention du débiteur était autre que celle de préférer, si, à titre d'exemple, il ne voulait que continuer en affaires, l'acte ne sera pas présumé frauduleux. C'est souvent le cas lorsque le débiteur paie un créancier diligent ou combatif : dans ces circonstances, il arrive fréquemment que le débiteur n'a pas l'intention de préférer le créancier, mais plutôt celle de se débarrasser de lui et de pouvoir continuer son commerce, le cas échéant.

Dans l'affaire *Excavation Boyer & Frères inc., (Syndic de)*[11], il est écrit ceci :

> « L'intention subjective du débiteur est pertinente mais il importe que le juge, en examinant cette intention, détermine si objectivement cette intention est raisonnable dans les circonstances. L'intention de permettre à l'entreprise de poursuivre ses activités doit donc être évaluée selon une norme objective de

[11] J.E. 97-594 (C.A.); (1997) R.J.Q. 866 (C.A.).

> raisonnabilité et non seulement en considérant l'intention purement subjective du débiteur lui-même[12]. »

Ainsi, la notion de « paiement dans le cours ordinaire » est devenue beaucoup plus subjective qu'auparavant et doit s'interpréter d'après les circonstances propres de chaque affaire.

La présomption énoncée à l'article 95 L.F.I. peut également être repoussée lorsque le failli réussit à prouver qu'il a payé le créancier en question à la suite d'un engagement valide, pris antérieurement à la période suspecte, dans le but de continuer ses affaires (*Prior Agreement Theory*). Il est nécessaire, dans les circonstances, de prouver que cet engagement a été conclu de bonne foi dans le but de poursuivre ses affaires.

Dans l'affaire *Placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de)*[13], il est mentionné ceci :

> « Pour que la théorie du "Prior Agreement" s'applique, il faut non seulement prouver son existence mais également démontrer que les parties l'ont conclu de bonne foi avec comme seul but de permettre à la faillie de poursuivre ses affaires. Celui qui invoque ce moyen a donc le fardeau de démontrer que ces conditions sont rencontrées. Il serait trop facile, pour un créancier qui a été avantagé au détriment de la masse des créanciers, de se limiter à invoquer l'existence d'une telle entente[14]. »

5) Le débiteur devient failli alors que les actes sont survenus :

- au cours de la période allant du premier jour du troisième mois précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement **dans le cas où il traite avec un créancier avec lequel il n'a pas de lien au sens de la loi** (art. 95 L.F.I.); ou

- au cours de la période allant du premier jour de l'année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement **dans le cas où il traite avec un créancier avec lequel il est en lien au sens de la loi** (art. 4 et 96 L.F.I.).

---

12 *Id*., 870.

13 J.E. 97-297 (C.S.); (1997) R.J.Q. 565 (C.S.); confirmé sur ce point par J.E. 2000-1139 (C.A.), (2000) R.J.Q. 1362 (C.A.). Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 18 janvier 2001 (n° 28088).

14 *Id*., par. 50.

2.3. LA TRANSACTION RÉVISABLE – ARTICLE 100 L.F.I.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* accorde un recours exceptionnel au syndic dans l'hypothèse où un marché ou une transaction impliquant des biens ou services du débiteur a été conclu par lui au cours de la période allant du premier jour de l'année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement lors d'une transaction dite « révisable ».

Le syndic peut alors s'adresser au tribunal pour faire réviser la transaction en déclarant qu'elle était, à son avis, la juste valeur du marché des biens ou services du débiteur impliqués. Il ne s'agit pas d'une transaction du débiteur avec un **de ses créanciers en tant que créancier**, car, dans ce cas, les articles 95 et 96 L.F.I. recevraient plutôt application. À titre d'exemple, la vente par le débiteur à son créancier d'un camion à la moitié de sa valeur : cette vente est plutôt, à proprement parler, un paiement déguisé et non une transaction révisable.

De même, la solvabilité du débiteur au moment de l'acte n'est pas un facteur, ni son intention douteuse, ni non plus celle du cocontractant.

Le remède de l'article 100 L.F.I. est exceptionnel, tant par les effets qu'il produit que dans le rôle qu'il fait jouer au syndic, comme l'indique très à propos la citation suivante :

> « Les conditions d'application de l'article 100 L.f.i., outre l'existence d'une des transactions y prévues et la survenance de la faillite du débiteur dans les douze (12) mois de l'acte incriminé, sont dominées par les notions de *transactions révisables* et de contrepartie *manifestement* supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché.
>
> a) Le sens de l'expression "transaction révisable"
>
> L'expression "transaction révisable" est décrite à l'article 3 L.f.i. comme une transaction conclue entre personnes ayant entre elles un lien de dépendance. Cette dernière expression n'implique pas nécessairement la notion de personne liée, mais la transaction entre personnes liées est toujours réputée être faite entre personnes ayant un lien de dépendance (paragraphes 3(3) et 4 L.f.i.). Rien n'empêche que la transaction révisable puisse avoir lieu entre personnes non liées : la preuve de la dépendance est alors une question de fait (paragraphe 3(2) L.f.i.).

> Quant au type de transaction, la Loi ne contient aucune disposition ni limite et il peut donc s'agir de toute espèce de transaction, même d'un bail résidentiel[15]. »

1) **Les particuliers sont liés entre eux** par le sang, le mariage ou l'adoption (al. 4(3)e), 4(3)f) et 4(3)g) L.F.I.).

2) **S'il s'agit de sociétés entre elles ou d'un individu avec une ou plusieurs sociétés,** la liaison dépend du concept de « contrôle », notion que la jurisprudence a interprétée comme étant le contrôle *de jure* et non *de facto*.

3) **Quant aux personnes (individus ou personnes morales) non liées, c'est une question de fait que de déterminer s'il existe entre elles un lien de dépendance ou non** (par. 3(2) L.F.I.).

Cette constatation nous ramène au paragraphe 3(2) L.F.I. :

> « [...]
>
> Comme la notion de "distance" n'est nulle part définie dans la Loi, il s'agit d'une question de fait propre à chaque cas et qui sera déterminée par le tribunal[16]. »
>
> « On peut aussi cerner le concept en disant que la transaction n'est pas à distance si l'un des contractants peut, par sa position d'influence et de supériorité, déjouer ou infléchir en sa faveur la loi de l'offre et de la demande et forcer l'autre à transiger pour une contrepartie qui s'éloigne sensiblement de la valeur marchande normale et adéquate[17]. »

Le moment déterminant pour établir que la transaction est révisable est le moment de la réalisation de la transaction[18].

---

15 *Syndic de Ciarallo; Miller & Associated Ltd.* c. *Ciarallo*, (1992) R.J.Q. 2503 (C.S.).

16 *Boivin (Syndic de)*, J.E. 95-884 (C.S.), (1995) R.D.I. 207 (C.S.).

17 *In re Tremblay; Gingras, Robitaille, Marcoux Ltd. et Beaudry*, (1980) C.S. 468; (1981) 36 C.B.R. (N.S.) 111, 115-116 (C.S.).

18 *Drouin (Syndic de)*, J.E. 2004-1017 (C.S.).

4) **Le sens de l'expression « manifestement supérieure ou inférieure » à la juste valeur du marché.**

L'expression « **manifestement** supérieure ou inférieure » à la juste valeur du marché signifie que la différence doit être « criante ou flagrante » ou « notable » (*conspicuous*).

Quant à la juste valeur du marché, elle doit être établie en tenant compte de tous les facteurs en cause. Elle doit tenir compte de tous les objets impliqués dans la transaction et accorder des crédits appropriés dans les circonstances.

Le syndic, quant à lui, est obligé d'établir la juste valeur dans sa requête pour révision (par. 100(3) L.F.I.). Il ne peut se contenter des chiffres dépréciés qu'il pourrait retrouver dans les registres comptables ou autres papiers financiers du failli. Il doit autant que possible établir une valeur réaliste.

5) **L'exercice du recours par un tiers.**

Il est possible pour un tiers d'exercer le recours prévu à l'article 100 L.F.I. à condition d'obtenir la permission du tribunal (art. 38 L.F.I.).

6) **L'applicabilité à la proposition concordataire.**

En matière de concordat, ce recours n'était jadis possible qu'à la condition d'être expressément accordé au syndic par les termes mêmes de la proposition, ce qui n'est plus requis aujourd'hui en raison de l'article 101.1 L.F.I. Il n'apparaît pas incompatible de jumeler ce recours avec celui prévu à l'article 95 L.F.I.

7) **La nature de la présomption établie par le paragraphe 3(3) L.F.I.**

Le paragraphe 3(3) L.F.I. stipule que les personnes liées au sens de l'article 4 L.F.I. sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance et donc conclure ensemble des transactions révisables. Cette présomption est irréfragable.

2.4. EN VERTU DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* : LE RECOURS EN INOPPOSABILITÉ – ARTICLES 1631 À 1636 C.C.Q.

Tant dans le contexte d'actes ou paiements préférentiels qu'en matière de transaction révisable, si l'acte a été fait par le débiteur en dehors des

périodes prévues par les articles 95, 96 ou 100 L.F.I., le syndic, invoquant l'article 72 L.F.I., selon les faits, pourra, dans la plupart des cas, avoir recours aux dispositions dont nous avons déjà parlé, à savoir les articles 1631 et suivants C.c.Q.

2.4.1. La nature du recours exercé par le syndic

Le syndic agit-il alors pour les droits des créanciers, de sorte que leur connaissance acquise de l'acte puisse nuire à son recours? À bon droit, la jurisprudence a déjà répondu par la négative à cette question ponctuelle, en décidant que le recours du syndic lui est personnel, découlant de la loi et ne lui étant pas transmis par les créanciers[19].

Il faut aller jusqu'au bout de cette prise de position et conclure que la présence dans la faillite de créanciers antérieurs à l'acte incriminé n'est pas nécessaire au recours du syndic, car celui-ci représente tous les créanciers à la faillite[20].

2.4.2. La prescription du recours exercé par le syndic

Il s'agit d'un recours en inopposabilité (dans l'année de sa nomination) (voir ci-dessus).

La transaction est révisable selon le recours exercé, tous les 3 ou 10 ans (art. 2925 ou 2923 C.c.Q.).

2.4.3. La prescription du recours exercé par un créancier

Il s'agit d'un cas régi par l'article 38 L.F.I. La jurisprudence québécoise a bien établi qu'il y a nécessité absolue pour le créancier d'obtenir l'autorisation judiciaire au préalable, pour la raison qu'il appartient au syndic de faire valoir le droit en raison de sa fonction même.

De prime abord, l'analyste est porté à raisonner comme suit : le créancier exerce le droit d'action qui appartenait *sui generis* au syndic et son exercice du recours est donc assujetti à la prescription à laquelle le syndic était soumis. La Cour suprême du Canada a plutôt adopté une autre théorie : le recours du créancier autorisé en vertu de l'article 38 L.F.I. lui vient de la

---

19 *In re Shubert*, (1977) C.S. 474.

20 *Gestion Cogemar Limitée (Syndic de)*, (1989) R.J.Q. 2266, 2273-2275 (C.A.).

loi elle-même et non de la cession de droit par le syndic. En d'autres termes, le recours du créancier lui est propre et la prescription sera celle dont il sera victime si lui, le créancier, n'exerce pas son recours à temps, sans référence à la prescription applicable à l'action du syndic, et ce, même si le droit d'agir du syndic était prescrit au moment de l'autorisation accordée au créancier; la cession de ses droits par le syndic n'est pas essentielle à la validité du recours du créancier[21].

[21] *Traders Finance Corporation Ltd.* c. *Lévesque*, 1960 CarswellQue 31, 2 C.B.R. (N.S.) 52, [1961] S.C.R. 83, 26 D.L.R. (2e) 384; *Litho 24 Inc. (Syndic de)*, J.E. 92-948 (C.S.); *Dorais*, précité, note 6; *Proteau (Syndic de)*, J.E. 99-1308 (C.S.), requête en appel de la décision du registraire continuée *sine die*, le 7 juillet 1999; *Cie Montréal Trust du Canada* c. *Bergeron*, R.E.J.B. 2000-18605 (C.S.); *176767 Canada inc. (Syndic de)*, J.E. 2000-346, R.E.J.B. 2000-16349 (C.S.), requête en rejet d'appel accueillie en partie le 19 mai 2000 (C.A. Montréal, no 500-09-009252-008), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 19 avril 2001 (no 28082).

PARTIE B

Jules Brossard, avocat, M. Fisc.
De Grandpré Chait, s.e.n.c.

1. LES DISPOSITIONS FISCALES IMPORTANTES DANS LE CADRE D'UNE PLANIFICATION D'INSOLVABILITÉ

1.1. CRÉANCES PRIVILÉGIÉES

Les déductions à la source de toutes sortes, telles que impôt sur le revenu, contribution à la Régie des rentes du Québec, à l'assurance-emploi, etc., constituent des créances privilégiées en vertu des lois fiscales, prenant rang avant même les créanciers garantis. Ce privilège est même reconnu par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[1].

1.2. PRIVILÈGE DE LA CRÉANCE DE L'ÉTAT

Le *Code civil du Québec*[2], à l'article 2651, prévoit que la créance de l'État (Québec et non Canada) bénéficie d'une collocation préférentielle advenant déconfiture du débiteur. À noter que cette collocation préférentielle n'est pas reconnue par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

> « **2651**. Les créances prioritaires sont les suivantes et, lorsqu'elles se rencontrent, elles sont, malgré toute convention contraire, colloquées dans cet ordre :
>
> 1° Les frais de justice et toutes les dépenses faites dans l'intérêt commun;
>
> 2° La créance du vendeur impayé pour le prix du meuble vendu à une personne physique qui n'exploite pas une entreprise;
>
> 3° Les créances de ceux qui ont un droit de rétention sur un meuble, pourvu que ce droit subsiste;
>
> 4° Les créances de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales;
>
> 5° Les créances des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers sur les immeubles qui y sont assujettis, de même que celles des municipalités, spécialement prévues par les lois qui leur sont applicables, pour

---

1 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

2 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

les taxes autres que foncières sur les immeubles et les meubles en raison desquels ces taxes sont dues. »

1.3. SAISIE-ARRÊT

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), tout comme Revenu Québec, peut effectuer une saisie en main tierce par simple avis écrit donné à l'institution financière ou à un débiteur de leur débiteur fiscal. Aucune procédure préalable n'est requise, aucun jugement ne doit être obtenu; il s'agit d'un processus expéditif. Les dispositions pertinentes relativement à ce processus sont l'article 15 de la *Loi sur le ministère du Revenu* et le paragraphe 224(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] :

> « 15. Le ministre peut, par avis signifié ou transmis par courrier recommandé, exiger d'une personne qui, en vertu d'une obligation existante, est ou sera tenue de faire un paiement à une personne qui est redevable d'un montant exigible en vertu d'une loi fiscale, qu'elle lui verse, à l'acquit de son créancier, la totalité ou une partie du montant qu'elle a ou aura à payer à ce dernier et ce, au moment où ce montant devient payable au créancier. »

> « 224.(1) S'il sait ou soupçonne qu'une personne est ou sera, dans les douze mois, tenue de faire un paiement à une autre personne qui, elle-même, est tenue de faire un paiement en vertu de la présente loi (appelée "débiteur fiscal" au présent paragraphe et aux paragraphes (1.1) et (3)), le ministre peut exiger par écrit de cette personne que les fonds autrement payables au débiteur fiscal soient en totalité ou en partie versés, sans délai si les fonds sont immédiatement payables, sinon au fur et à mesure qu'ils deviennent payables, au receveur général au titre de l'obligation du débiteur fiscal en vertu de la présente loi. »

1.4. JUGEMENT SUR PRODUCTION D'UN CERTIFICAT

Ces dispositions, à savoir l'article 13 L.M.R. et le paragraphe 223(2) L.I.R., permettent à l'ARC, ainsi qu'à Revenu Québec, d'obtenir un jugement sur simple production d'un certificat d'un fonctionnaire du ministère. Un autre fonctionnaire (greffier) rend alors un jugement.

Il est à noter que, si, à la suite de l'obtention d'un jugement, l'ARC ou Revenu Québec publie une hypothèque légale à l'encontre d'un bien immobilier du débiteur, cette hypothèque légale sera reconnue aux fins de qualifier l'ARC ou Revenu Québec comme créancier garanti.

---

[3] L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »); L.R.C. (1985), 5^{e} supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

« **13. Certificat** – Lorsqu'un montant exigible en vertu d'une loi fiscale n'est pas payé, le ministre peut délivrer un certificat attestant l'exigibilité de la dette et le montant dû; ce certificat est une preuve de l'exigibilité de la dette.

Certificat – Ce certificat peut être délivré par le ministre en tout temps dès que la dette devient exigible.

Jugement – Lorsqu'un tel certificat est produit au greffe du tribunal compétent, le greffier inscrit au dos du certificat la date de sa production et rend jugement en faveur du sous-ministre pour le montant prévu au certificat et pour les dépens, contre la personne tenue au paiement de la dette en cause.

Effets – Ce jugement équivaut à un jugement rendu par le tribunal compétent et en a tous les effets, sauf à l'égard des intérêts sur le montant accordé, lesquels se calculent au taux fixé à l'article 28 et se capitalisent quotidiennement. »

« **223.(2)** Le ministre peut, par certificat, attester qu'un montant ou une partie de montant payable par une personne – appelée "débiteur" au présent article – mais qui est impayé est un montant payable par elle.

(3) Enregistrement à la Cour – Sur production à la Cour fédérale, un certificat fait en application du paragraphe (2) à l'égard d'un débiteur est enregistré à cette cour. Il a alors le même effet que s'il s'agissait d'un jugement rendu par cette cour contre le débiteur pour une dette du montant attesté dans le certificat, augmenté des intérêts courus jusqu'à la date du paiement comme le prévoit les lois visées au paragraphe (1) en application desquelles le montant est payable, et toutes les procédures peuvent être engagées à la faveur du certificat comme s'il s'agissait d'un tel jugement. Dans le cadre de ces procédures, le certificat est réputé être un jugement exécutoire rendu par cette cour contre le débiteur pour une dette envers Sa Majesté du montant attesté dans le certificat, augmenté des intérêts courus jusqu'à la date du paiement comme le prévoit ces lois. »

1.5. TRANSFERT SANS CONTREPARTIE

Les lois fiscales, en particulier les articles 14.4 L.M.R. et 160 L.I.R., prévoient la responsabilité conjointe et solidaire advenant le transfert par un débiteur fiscal à une personne avec qui il ne traite pas sans lien de dépendance. La responsabilité du bénéficiaire du transfert est égale à la différence entre la juste valeur marchande du bien transféré et la contrepartie convenue par le bénéficiaire à l'égard de ce transfert.

Aux fins fiscales, la dette fiscale à l'égard d'une année d'imposition est réputée naître le premier jour de cette année d'imposition. Ainsi, si un contribuable est cotisé en 2007 à l'égard de son année d'imposition 2004,

alors tout transfert survenant le ou après le 1er janvier 2004 pourrait être soumis à l'application de ces dispositions[4] :

> « **14.4. Responsabilité solidaire** – Lorsqu'une personne cède un bien, directement ou indirectement, par fiducie ou autrement, à une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance au sens de la Loi sur les impôts (chapitre I-3), à une personne qui est âgée de moins de 18 ans, à son conjoint ou à une personne qui, après cette cession, devient son conjoint, le cessionnaire devient solidairement débiteur avec le cédant du moindre des montants suivants :
>
> *a)* l'excédent de la juste valeur marchande du bien cédé au moment de la cession sur la juste valeur marchande au même moment de la contrepartie donnée pour le bien;
>
> *b)* l'ensemble des montants que le cédant est tenu de payer en vertu de toute loi fiscale au cours de l'année d'imposition, au sens de la Loi sur les impôts, dans laquelle le bien est cédé ou d'une année d'imposition antérieure ou pour une de ces années. »
>
> « **160**. Lorsqu'une personne a, depuis le 1er mai 1951, transféré des biens, directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou de toute autre façon à l'une des personnes suivantes :
>
> *a*) son époux ou conjoint de fait ou une personne devenue depuis son époux ou conjoint de fait;
>
> *b*) une personne qui était âgée de moins de 18 ans;
>
> *c*) une personne avec laquelle elle avait un lien de dépendance,
>
> les règles suivantes s'appliquent :
>
> *d*) le bénéficiaire et l'auteur du transfert sont solidairement responsables du paiement d'une partie de l'impôt de l'auteur du transfert en vertu de la présente partie pour chaque année d'imposition égale à l'excédent de l'impôt pour l'année sur ce que cet impôt aurait été sans l'application des articles 74.1 à 75.1 de la présente loi et de l'article 74 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chapitre 148 des Statuts révisés du Canada de 1952, à l'égard de tout revenu tiré des biens ainsi transférés ou des biens y substitués ou à l'égard de tout gain tiré de la disposition de tels biens;
>
> *e*) le bénéficiaire et l'auteur du transfert sont solidairement responsables du paiement en vertu de la présente loi d'un montant égal au moins élevé des montants suivants :

---

4 *Wannan* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 76.

(i) l'excédent éventuel de la juste valeur marchande des biens au moment du transfert sur la juste valeur marchande à ce moment de la contrepartie donnée pour le bien,

(ii) le total des montants dont chacun représente un montant que l'auteur du transfert doit payer en vertu de la présente loi au cours de l'année d'imposition dans laquelle les biens ont été transférés ou d'une année d'imposition antérieure ou pour une de ces années; »

1.6. DISTRIBUTION SANS AVOIR OBTENU DE CERTIFICAT

Cette disposition fiscale prévoit la responsabilité de toute personne en autorité (administrateur) qui procède à la distribution des biens d'un débiteur fiscal sans avoir obtenu un certificat l'autorisant à procéder à sa distribution.

Il est à noter qu'au Québec, plus particulièrement, la définition de « distribution » a été interprétée de façon large et libérale et inclut même la réalisation des actifs et paiement des créanciers. À ce propos, les articles 14 L.M.R. et 159 L.I.R. indiquent explicitement ce qui suit :

« **14. Avis de distribution de biens** – Avant de distribuer des biens sous son contrôle, tout cessionnaire ou toute personne, à l'exception d'un syndic de faillite, qui, pour une autre personne ou un créancier de cette autre personne, liquide, administre ou contrôle les biens, les affaires, la succession, le revenu ou les activités commerciales d'une telle personne, doit informer le ministre, par avis donné au moyen du formulaire prescrit, de son intention de procéder à la distribution prévue.

Avis des montants exigibles par le ministre – Sur réception de cet avis, le ministre peut exiger de la personne mentionnée au premier alinéa la production de tout document prévu par règlement, de la déclaration visée à l'article 1002 de la Loi sur les impôts (chapitre I-3) et de toute déclaration ou rapport que l'autre personne devait produire en vertu d'une loi fiscale; il fait ensuite connaître par écrit le montant des droits, intérêts et pénalités exigibles de l'autre personne ou qui le deviendront dans les 12 mois suivants, en vertu de toute loi fiscale. Il fait également connaître le montant des frais exigibles de l'autre personne en vertu des articles 12.1 et 12.2.

Certificat de paiement – Nul ne peut procéder à une distribution mentionnée dans le premier alinéa sans avoir obtenu du ministre un certificat attestant qu'aucun montant n'est exigible, que des sûretés pour le paiement d'un montant exigible ont été acceptées conformément à l'article 10 ou qu'un créancier a priorité de rang sur la créance de l'État, auquel cas le certificat indique le nom de ce créancier ainsi que le montant de sa créance et la distribution ne peut être faite qu'à ce créancier et jusqu'à concurrence de ce montant.

Responsabilité – Toute distribution de biens faite sans l'obtention du certificat du ministre rend le contrevenant personnellement responsable des montants

mentionnés dans le deuxième alinéa jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a distribués.

Administrateurs tenus au paiement – S'il s'agit de la distribution de l'actif d'une société, tous les administrateurs de cette dernière, ainsi que son agent dans le cas d'une société ayant son principal établissement en dehors du Québec, en fonction à la date de l'envoi de l'avis mentionné au premier alinéa ou à la date à laquelle la distribution a lieu, sont tenus solidairement au paiement de ces montants s'ils ont consenti ou acquiescé à cette distribution ou s'ils y ont participé. »

« **159. Personne agissant pour le compte d'autrui**

(2) Certificat avant répartition – Chaque représentant légal (à l'exclusion d'un syndic de faillite) d'un contribuable doit, avant de répartir entre plusieurs personnes ou d'attribuer à une seule des biens en sa possession ou sous sa garde en sa qualité de représentant légal, obtenir du ministre, par demande faite sur le formulaire prescrit, un certificat attestant qu'ont été versés les montants :

a) d'une part, dont le contribuable est redevable en vertu de la présente loi au moment de la répartition ou de l'attribution ou antérieurement, ou dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il le devienne,

b) d'autre part, du paiement desquels le représentant légal est, en cette qualité, redevable ou dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il le devienne,

ou attestant que le ministre a accepté une garantie pour le paiement de ces montants.

(3) Responsabilité personnelle – Le représentant légal (à l'exclusion d'un syndic de faillite) d'un contribuable qui, en cette qualité, répartit entre plusieurs personnes ou attribue à une seule des biens en sa possession ou sous sa garde sans le certificat prévu au paragraphe (2) à l'égard des montants visés à ce paragraphe est personnellement redevable de ces montants, jusqu'à concurrence de la valeur des biens répartis ou attribués; le ministre peut établir à tout moment une cotisation à l'égard du représentant légal relativement à tout montant payable par l'effet du présent paragraphe. Les dispositions de la présente section s'appliquent, avec les modifications nécessaires, aux cotisations établies en vertu du présent paragraphe comme si elles avaient été établies en vertu de l'article 152. »

1.7. RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR

Les lois fiscales, notamment les articles 24.0.1. et 24.0.2. L.M.R. ainsi que l'article 227.1. L.I.R., prévoient la responsabilité des administrateurs pour les déductions à la source, taxe sur les produits et services et taxe de vente du Québec. Cette responsabilité s'applique à l'égard des

administrateurs en fonction du moment où les déductions ou taxes auraient dû être perçues et remises.

Notez qu'un administrateur peut faire obstacle à cette responsabilité en démontrant qu'il avait agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnables dans les circonstances. La responsabilité de l'administrateur s'éteint aussi par l'expiration d'une période de deux ans suivant la date à laquelle il a cessé d'être administrateur :

> « **24.0.1. Responsabilité des administrateurs** – Lorsqu'une société a omis de remettre au ministre un montant prévu à l'article 24 ou de déduire, retenir ou percevoir un montant qu'elle devait déduire, retenir ou percevoir en vertu d'une loi fiscale ou de payer un montant qu'elle devait payer à titre d'employeur en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9), de la Loi sur l'assurance parentale (chapitre A-29.011), de la Loi sur les normes du travail (chapitre N-1.1), de la Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre (chapitre D-7.1) ou de la Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec (chapitre R-5), ses administrateurs en fonction à la date de l'omission deviennent solidairement débiteurs avec celle-ci de ce montant ainsi que des intérêts et pénalités s'y rapportant dans les cas suivants :
>
> *a)* lorsqu'un bref d'exécution à l'égard de la société est rapporté insatisfait en totalité ou en partie à la suite d'un jugement rendu en faveur du sous-ministre en vertu de l'article 13;
>
> *b)* lorsque la société fait l'objet d'une ordonnance de mise en liquidation ou devient faillie au sens de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (Lois révisées du Canada (1985), chapitre B-3) et qu'une réclamation est produite;
>
> *c)* lorsque la société a entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution, ou qu'elle a fait l'objet d'une dissolution. »
>
> **24.0.2. Administrateur non visé** – L'article 24.0.1 ne s'applique pas à un administrateur qui a agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances ou qui, dans ces mêmes circonstances, n'a pu avoir connaissance de l'omission visée par cet article.
>
> **Extinction du délai** – De plus, le ministre ne peut cotiser un administrateur à l'égard d'un montant visé à l'article 24.0.1 après l'expiration des deux ans qui suivent la date à laquelle celui-ci cesse pour la dernière fois d'être un administrateur de la société. »
>
> « **227.1. Responsabilité des administrateurs pour défaut d'effectuer les retenues** – Lorsqu'une société a omis de déduire ou de retenir une somme, tel que prévu aux paragraphes 135(3) ou 135.1(7) ou aux articles 153 ou 215, ou a omis de verser cette somme ou a omis de payer un montant d'impôt en vertu de la partie VII ou VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la société, au moment où celle-ci était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de

payer la somme, sont solidairement responsables, avec la société, du paiement de cette somme, y compris les intérêts et les pénalités s'y rapportant. »

2. LA FIDUCIE : UNE ENTITÉ JURIDIQUE DISTINCTE

« Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel[5]. »

Son mode de fonctionnement : similaire à celui d'une société

1. Le donateur ⇒ sociétaire

2. Les fiduciaires ⇒ administrateurs

3. Les bénéficiaires ⇒ actionnaires

3. PRINCIPES DE BASE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

L'esclavage a été aboli!

Le débiteur a le droit de dépenser ses avoirs… dans le cours normal des choses.

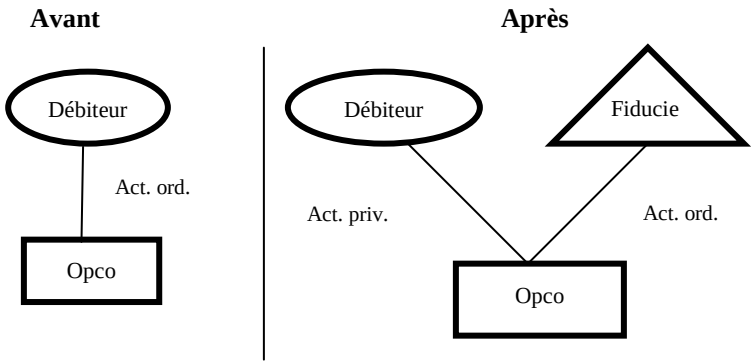
Le contribuable n'a pas le droit de cacher ni de dilapider ses actifs.

4. CONVERSION DES ACTIONS ORDINAIRES EN ACTIONS PRIVILÉGIÉES

Par voie d'une opération sans incidence fiscale, le débiteur convertit ses actions ordinaires en actions privilégiées, lesquelles seront rachetées au fur et à mesure de ses besoins financiers.

---

5 Art. 1261 C.c.Q.



5. CONSTITUTION D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ EXPLOITANTE

Dans cette situation, nous présumons que la société qui exploitait l'entreprise (ci-après « Ancienneco ») se trouve dans une situation d'insolvabilité. Nous procédons donc à la constitution d'une nouvelle société (ci-après « Nouco »).

Si l'actionnaire d'Ancienneco risque lui aussi d'avoir des réclamations à son encontre en raison de garanties qu'il aurait données aux institutions financières ou en raison de sa responsabilité fiscale à titre d'administrateur, alors l'actionnaire de Nouco serait une fiducie ou des membres de la famille de cet actionnaire, soit son conjoint, ses parents, ses enfants, etc.

Nouco sera appelée à reprendre les activités commerciales d'Ancienneco.

Qu'en est-il des opérations suivantes?

i) Nouco achète certains éléments d'actif de Ancienneco;

ii) Nouco fait la location de certains équipements et machinerie d'Ancienneco;

iii) Nouco consent un prêt d'argent à Ancienneco, ce prêt est garanti par hypothèque sur les biens meubles ou immeubles d'Ancienneco;

iv) Ancienneco consent un prêt sur l'immeuble qu'elle détient, bail à long terme et dûment publié;

v) Nouco négocie et obtient une option du propriétaire des lieux occupés par Ancienneco lui permettant de louer les lieux aux mêmes modalités qu'Ancienneco advenant l'inoccupation des locaux (en prévision de la faillite d'Ancienneco).

6. LES AVANTAGES D'UNE PROPOSITION CONCORDATAIRE

i) Le débiteur évite la faillite, mais une telle situation nuira à son crédit.

ii) La proposition le libère de toutes les dettes antérieures au jour de la proposition, incluant les dettes alors inconnues. Ainsi, si une vérification fiscale devait avoir lieu relativement à des années d'imposition antérieures à la date de la proposition, ces nouvelles dettes fiscales s'ajouteraient aux créances admissibles en vertu de la proposition.

iii) La proposition peut prévoir la libération de la responsabilité des administrateurs advenant l'acceptation de la proposition.

iv) La proposition peut envisager d'écarter les recours du syndic prévus à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

FRACTIONNEMENT DE REVENUS IMPLIQUANT LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS



Richard Fontaine
Associé, avocat, TEP
Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 6:5

1. ARTICLE 120.4 L.I.R. – IMPÔT DES ENFANTS MINEURS 6:5

1.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION 6:5
1.1.1. Définition du revenu fractionné 6:6
1.1.2. Conditions d'application 6:6
1.1.3. Exceptions 6:7
1.1.4. Responsabilité solidaire 6:7
1.2. STRATÉGIES POUR ÉVITER LA RÈGLE D'ATTRIBUTION 6:8
1.2.1. Versement de dividendes à un conjoint ou à un enfant de plus de 18 ans 6:8
1.2.2. Versement d'un salaire aux membres de la famille 6:8
1.2.3. Gain en capital et autres revenus non assujettis au « kiddie tax » 6:8

1.2.4. Non-applicabilité des surtaxes sur les revenus élevés 6:9
1.2.5. Fiducie personnelle 6:9
1.2.6. Revenu de deuxième génération 6:9

2. PARAGRAPHE 56(2) L.I.R. – PAIEMENTS INDIRECTS 6:10

2.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION 6:10
2.1.1. Conditions d'application 6:10
2.2. DÉCISIONS PERTINENTES 6:11
2.2.1. L'arrêt *La Reine* c. *McClurg* 6:11
2.2.2. L'arrêt *Neuman* c. *La Reine* 6:11
2.2.3. L'arrêt *Ferrel* c. *La Reine* 6:13
2.3. EXEMPLES D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 56(2) L.I.R. 6:14
2.3.1. Dons à des personnes apparentées aux actionnaires 6:14
2.3.2. Bien vendu à un enfant d'un actionnaire pour un montant inférieur à la JVM 6:14
2.3.3. Prêt 6:15

3. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. – BIENS D'UNE PERSONNE DÉTENUS EN FIDUCIE 6:15

3.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION 6:15
3.1.1. Types de revenus visés 6:15
3.1.2. Conditions d'application 6:16
3.1.3. Exceptions 6:16
3.1.4. Champ d'application 6:17
3.2. DÉCISION PERTINENTE 6:18
3.2.1. L'affaire *Howson* c. *La Reine* 6:18
3.3. INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES RÉCENTES 6:19
3.3.1. Congrès 2005 de l'APFF 6:19
3.3.2. Congrès 2006 de l'APFF 6:21
3.3.3. Interprétation technique rendue en 2007 ..... 6:22
3.4. STRATÉGIES POUR ÉVITER L'APPLICATION DE LA RÈGLE D'ATTRIBUTION 6:25
3.4.1. Acte de fiducie 6:25
3.4.2. Le contribuable n'est pas le bénéficiaire 6:25
3.4.3. Transfert à la JVM 6:26
3.4.4. Revenu de deuxième génération 6:26
3.5. APPLICATION DU PARAGRAPHE 107(4.1) L.I.R. 6:27

4. ARTICLE 74.4 L.I.R. – TRANSFERT OU PRÊT À UNE SOCIÉTÉ 6:27

4.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION 6:27
4.1.1. Conditions d'application 6:27
4.2. STRATÉGIES POUR ÉVITER LA RÈGLE D'ATTRIBUTION 6:29
4.2.1. Société exploitant une petite entreprise 6:29

4.2.2. Taux d'intérêt le moindre entre le taux prescrit et le taux du marché 6:30
4.2.3. Revenu de deuxième génération 6:30
4.2.4. Transfert à une fiducie de biens générateurs de gain en capital 6:30
4.2.5. Gel successoral 6:31
4.2.6. Conformité au paragraphe 74.4(4) L.I.R. 6:31
4.2.7. Structure de maintien du statut de SEPE 6:32
4.2.8. Versement d'un dividende en actions 6:33

CONCLUSION 6:34

INTRODUCTION*

Le fractionnement de revenu vise le fait pour des personnes liées de partager le revenu familial imposable afin de profiter de la progressivité des taux d'imposition. Lorsque l'unité fiscale d'un système vise l'individu et non la famille, les stratégies de planification fiscale augmentent considérablement.

La multiplication des techniques de fractionnement de revenu entre les membres d'une même famille a suscité une forte réaction législative qui s'est traduite par l'adoption de diverses règles d'attribution dans les lois de l'impôt[1]. Ces règles ont pour effet d'attribuer un revenu, ou un gain en capital le cas échéant, à la personne dont le revenu aurait été imposé en l'absence d'un transfert.

L'objet du présent texte est l'analyse de quatre dispositions antiévitement spécifiquement conçues pour dissuader le fractionnement de revenu par l'intermédiaire des sociétés par actions. Nous verrons que malgré la présence de ces règles d'attribution, il existe tout de même divers moyens de réduire l'impôt familial à payer.

1. ARTICLE 120.4 L.I.R. – IMPÔT DES ENFANTS MINEURS

1.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION

L'article 120.4 L.I.R., communément appelé le « kiddie tax », ne constitue pas en soi une règle d'attribution en ce qu'il n'attribue pas un revenu à une autre personne. Cette règle vise essentiellement à éliminer l'avantage que procure le fractionnement du revenu par l'affectation d'un impôt additionnel sur certains revenus gagnés par un enfant mineur (appelé le « particulier déterminé »).

---

* L'auteur tient à remercier Geneviève Ménard, étudiante en droit, et M^e^ Normand Royal chez Miller Thomson Pouliot, s.e.n.c.r.l. de leur collaboration à la rédaction du présent texte.

1 Les lois de l'impôt désignent la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. ») et la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »); chaque fois qu'un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est mentionné, cela inclut le ou les articles correspondants de la *Loi sur les impôts*.

Ainsi, à compter des années d'imposition 2000 et suivantes, les dividendes imposables versés à un enfant de moins de 18 ans, directement ou par l'intermédiaire d'une fiducie ou d'une société de personnes, à l'égard d'actions non cotées de sociétés canadiennes ou étrangères, font l'objet, au fédéral, d'un impôt spécial au taux de 29 %[2]. Au Québec, le taux de cet impôt spécial est de 24 %, ce qui correspond également au taux marginal le plus élevé[3].

Le législateur désire ainsi taxer adéquatement le revenu des parents, qui est détourné et rapporté dans la déclaration de revenus de leur enfant.

1.1.1. Définition du revenu fractionné

Le « revenu fractionné » visé à l'article 120.4 L.I.R. comprend :

- les dividendes provenant de sociétés privées reçues par un enfant mineur;

- les avantages conférés à un actionnaire, qui est un enfant mineur, par la possession d'actions de sociétés privées en vertu de l'article 15 L.I.R. (que les avantages soient reçus directement ou par l'intermédiaire d'une fiducie ou d'une société de personnes);

- le revenu provenant d'une société de personnes ou d'une fiducie, si la société de personnes ou la fiducie le tire d'une entreprise qui consiste à fournir des biens ou des services à une entreprise exploitée par :

  – une personne liée au particulier,

  – une société dont une personne liée au particulier est un actionnaire déterminé,

  – une société professionnelle dont une personne liée au particulier est un actionnaire.

1.1.2. Conditions d'application

L'impôt sur le revenu fractionné s'applique aux contribuables :

---

2 Al. 117(2)c) L.I.R.

3 Art. 766.5 à 766.7 L.I.

1) âgés de moins de 18 ans à la fin de l'année; et

2) qui ont résidé au Canada tout au long de l'année; et

3) dont le père ou la mère a résidé au Canada à un moment de l'année.

1.1.3. Exceptions

Ne sont pas assujettis à cet impôt les revenus tirés d'un bien acquis par le particulier à la suite du décès :

- du père ou de la mère; ou

- d'une personne quelconque si le particulier est :

  – soit inscrit comme étudiant à temps plein dans un établissement d'enseignement postsecondaire,

  – soit une personne à l'égard de laquelle un montant est déductible à titre de personne déficiente à charge par un contribuable.

L'assujettissement à la règle prévue à l'article 120.4 L.I.R. exclut tout crédit d'impôt permettant de réduire le taux prévu par le « kiddie tax ». Le revenu de dividendes visé par cet impôt ne donne droit à aucun crédit ou déduction, à l'exception des crédits pour dividendes et pour impôts étrangers[4].

1.1.4. Responsabilité solidaire

Lorsqu'un particulier déterminé est assujetti au « kiddie tax », le paragraphe 160(1.2) L.I.R. dispose que les parents de l'enfant mineur sont solidairement responsables de rembourser le montant d'impôt payable par l'enfant[5].

---

[4] Michel BIBEAU, « Planification pour les personnes handicapées », dans *Colloque – Les fiducies*, 147, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 3:1-14.

[5] Todd M. ROSENBERG, « Inter-Vivos Trusts », dans *2004 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 15:1-45.

1.2. STRATÉGIES POUR ÉVITER LA RÈGLE D'ATTRIBUTION

Il est possible de fractionner le revenu familial en évitant l'application de cette règle d'attribution. Les stratégies suivantes devraient être adoptées.

1.2.1. Versement de dividendes à un conjoint ou à un enfant de plus de 18 ans

L'une des stratégies admissibles serait d'utiliser la société pour fractionner le revenu par le versement de dividendes au conjoint ou à un enfant adulte[6]. Dans la mesure où le revenu gagné par l'enfant majeur est assujetti à un taux d'imposition moins élevé que le parent, le fait de transférer des placements à une société par actions occasionnera des économies d'impôts tout en permettant au parent, c'est-à-dire à l'actionnaire, de conserver le contrôle de ses placements.

1.2.2. Versement d'un salaire aux membres de la famille

Dans le cas d'une entreprise familiale incorporée, il est également possible de fractionner le revenu de celle-ci par le versement d'un salaire aux membres de la famille pourvu que le salaire soit raisonnable par rapport aux services fournis[7]. L'article 67 L.I.R. exige également que l'enfant ou l'époux joue un rôle actif dans l'entreprise familiale. Dans la mesure où ces conditions sont remplies, le salaire versé constitue un revenu taxable entre les mains de l'enfant ou de l'époux. Pourvu que ceux-ci soient imposés à un taux inférieur à celui de l'actionnaire de la compagnie, cette rémunération est une façon simple de réduire l'impôt familial.

1.2.3. Gain en capital et autres revenus non assujettis au « kiddie tax »

Le gain en capital provenant d'un bien transféré à l'enfant n'est pas attribué au cédant. Il existe également plusieurs autres types de revenus qui ne sont pas assujettis au « kiddie tax », notamment[8] :

---

[6] Paul LEFEBVRE, « Planification fiscale personnelle – Sociétés de portefeuille : Enjeux », (2004), vol. 52, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 633-668.

[7] Martin ROCHWERG, « Using Trusts as an Income-Splitting Tool », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 18:1-28, à la page 18:19.

[8] T. M. ROSENBERG, *loc. cit.*, note 5.

- les dividendes de sociétés publiques;
- les revenus d'intérêt;
- les dividendes de sociétés de fonds communs.

Par conséquent, plusieurs structures de fractionnement de revenu permettent d'éviter l'application de cet impôt.

1.2.4. Non-applicabilité des surtaxes sur les revenus élevés

Compte tenu du fait que les surtaxes provinciales sur les revenus élevés ne s'appliquent pas aux montants de revenus les moins élevés, il peut s'avérer encore avantageux de faire en sorte que le revenu soit encore calculé dans le revenu d'un enfant sous réserve de l'application de la règle générale antiévitement. Cependant, dans l'hypothèse où le montant de l'impôt atteint un niveau qui entraîne l'application de la surtaxe, cette mesure s'avérerait inutile[9].

1.2.5. Fiducie personnelle

Même avec l'instauration du « kiddie tax », les fiducies personnelles peuvent tout de même être bénéfiques pour les revenus qui ne sont pas assujettis à l'article 120.4 L.I.R. Dans ce cas, pourvu que les autres règles d'attribution puissent être évitées, il est possible d'inclure dans les revenus d'un enfant les revenus tirés de la location d'un bien, imposés selon le taux d'imposition inférieur[10].

1.2.6. Revenu de deuxième génération

Comme c'est le cas pour plusieurs autres règles d'attribution, le revenu de deuxième génération n'est pas visé par le « kiddie tax ». Il s'agit d'une situation où un revenu est réalisé sur un revenu qui a déjà été assujetti aux règles d'attribution.

---

9 David M. SHERMAN, « Analyses/Commentaires sur l'article 120.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », *Practitioner's Income Tax Act*, 31e édition, Toronto, Thomson Carswell, 2007.

10 Craig M. ROSKOS et Joel WEINSTEIN, « The Impact of Recent Supreme Court of Canada and Other Decisions on Real Estate Transactions », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 30:1-32, à la page 30:21.

L'auteure Caroline Rhéaume donne une illustration de cette stratégie :

> « Pour un parent dont le revenu de placement est déjà imposable au taux marginal le plus élevé, il peut être avantageux de transférer des fonds à une fiducie entre vifs de sorte que les revenus soient versés à un bénéficiaire mineur. Il y aura attribution pour le revenu de la première année, mais le revenu généré par ce revenu pourra être imposé entre les mains de l'enfant l'année suivante, et ainsi de suite. La définition de **bien substitué** retrouvée au paragraphe 248(5) L.I.R. ne comprend pas le revenu provenant du bien. La situation fiscale du parent ne changera pas de façon spectaculaire grâce à cette stratégie mais, selon le montant des revenus annuels et le nombre d'années au cours desquelles cette stratégie est disponible, cette stratégie peut s'avérer intéressante. Il peut donc être avantageux de mettre sur pied un bon système de suivi et d'ouvrir un compte bancaire ou de placement distinct pour être en mesure d'isoler le revenu de deuxième génération[11]. »

2. PARAGRAPHE 56(2) L.I.R. – PAIEMENTS INDIRECTS

2.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION

Le paragraphe 56(2) L.I.R. a pour but d'empêcher l'évitement fiscal qui pourrait avoir lieu lorsque des montants qui constitueraient un revenu, s'ils étaient reçus par un particulier, sont versés à une autre personne.

2.1.1. Conditions d'application

Quatre conditions doivent être remplies pour déclencher l'application de cette règle :

1) un paiement ou un transfert de bien à une personne;

2) le paiement ou le transfert doit être fait « suivant les instructions ou avec l'accord » du contribuable;

3) le paiement ou le transfert doit être fait au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait accorder à l'autre personne;

4) le montant serait imposable pour le contribuable en vertu d'un autre article de la loi si le paiement ou le transfert lui avait été fait directement.

---

[11] Caroline RHÉAUME, « Utilisation des fiducies en planification financière », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 26:1-22, à la page 26:5.

2.2. DÉCISIONS PERTINENTES

2.2.1. L'arrêt *La Reine* c. *McClurg*[12]

Dans cette affaire, il a été jugé qu'un dividende discrétionnaire versé au conjoint d'un contribuable n'a pas à être inclus dans le revenu du contribuable en vertu du paragraphe 56(2) L.I.R. si une **contrepartie raisonnable** a été fournie par le conjoint pour ses actions.

Les faits sont les suivants : M. McClurg et son associé sont les deux seuls administrateurs d'une société fermée constituée en vertu de la *Business Corporations Act*[13] de Saskatchewan. L'acte constitutif de la société comprend trois catégories d'actions, dont chacune prévoit qu'un dividende discrétionnaire peut être versé à une catégorie à l'exclusion des autres. Durant les années 1978, 1979 et 1980, des dividendes annuels de 10 000 $ ont été déclarés et versés par les administrateurs à leurs épouses.

Le ministère du Revenu cotise M. McClurg en lui attribuant pour lesdites années une somme annuelle de 8 000 $ à titre de dividendes, calculée au prorata des actions ordinaires A émises au nom de M. McClurg par rapport aux actions ordinaires B détenues par son épouse. Le Ministère est donc d'avis que les dividendes déclarés doivent être répartis également entre les actions ordinaires à cause du principe de l'égalité des actionnaires et du paragraphe 56(2) L.I.R.

La Cour rejette l'application du paragraphe 56(2) L.I.R. en faisant référence à la contrepartie fournie par l'épouse sous la forme d'un rôle actif dans la mise sur pied et l'exploitation de l'entreprise. Il faut faire une distinction entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartition des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société et le cas où un apport suffisant a été fourni.

2.2.2. L'arrêt *Neuman* c. *La Reine*[14]

Dans cette célèbre affaire, la Cour suprême du Canada a jugé que le paragraphe 56(2) L.I.R. ne s'applique pas aux dividendes dans une situation

---

12 [1991] 1 C.T.C. 169 (C.S.C.) (ci-après « *McClurg* »).

13 R.S.S. 1978, c. B-10.

14 [1998] 3 C.T.C. 177 (C.S.C.) (ci-après « *Neuman* »).

de fractionnement de revenu, mais écarte le principe de l'arrêt *McClurg* concernant l'apport suffisant qui doit être fourni.

M. Neuman était membre d'un cabinet d'avocats constitué en société de personnes. Il était propriétaire d'une société de gestion qui fournissait des services au cabinet d'avocats. Le pourcentage d'actions détenues dans la société de gestion équivalait au pourcentage de la participation détenue dans la société de personnes. En 1981, dans le but avoué de fractionner son revenu avec son épouse, M. Neuman a constitué une société de portefeuille, Melru, transférant en franchise d'impôt les actions qu'il détenait dans la société de gestion et obtenant en contrepartie des actions spéciales avec droit de vote. Il a souscrit plus tard une action ordinaire, puis son épouse a souscrit des actions spéciales sans droit de vote d'une autre catégorie, en utilisant son argent et en payant un montant symbolique.

Après la constitution en société de Melru, M. Neuman démissionne de son poste d'administrateur unique de la société lors de la première assemblée annuelle des actionnaires son épouse a été élue seule administratrice de Melru.

Pour l'année en cause, Melru a reçu un dividende de la société de gestion qui, à son tour, a déclaré un dividende sur les actions spéciales détenues par le couple Neuman dans une proportion de 14 800 $ en faveur de l'épouse contre 5 000 $ en faveur de M. Neuman. M^{me} Neuman a aussitôt prêté sa part des dividendes à M. Neuman en contrepartie d'un billet à vue.

La déclaration de revenus de dividendes reçue par l'unique administratrice était fondée sur les conseils de son mari. M^{me} Neuman n'avait contribué d'aucune façon aux activités de Melru, à l'exception d'un investissement symbolique dans des actions spéciales.

L'ARC a établi une nouvelle cotisation pour M. Neuman en vertu du paragraphe 56(2) L.I.R., en ajoutant au revenu de ce dernier les dividendes de son épouse.

Dans son jugement, La Cour suprême accueille le pourvoi du contribuable et déclare que le paragraphe 56(2) L.I.R. n'est pas applicable à la déclaration et au versement de dividende discrétionnaire, et ce, même si ce dividende est au profit d'une personne inactive dans l'entreprise et liée avec les contribuables impliqués activement.

Ratio decidendi : La Cour suprême conclut que le paragraphe 56(2) L.I.R. ne peut en aucune circonstance être applicable à la déclaration de tout

dividende. Ce paragraphe nécessite qu'un paiement fait en faveur d'un premier contribuable, selon les instructions ou avec le consentement d'un second contribuable, soit un paiement qui aurait été inclus dans le revenu du second si le premier ne l'avait pas reçu.

Or, la Cour reconnaît que les bénéfices non répartis d'une société demeurent l'entière propriété de cette dernière jusqu'à ce que son conseil d'administration prenne la décision de déclarer et de répartir ces bénéfices entre ses actionnaires.

En conséquence, un dividende ne peut constituer un paiement qui aurait été obligatoirement inclus dans le revenu d'un contribuable puisque le conseil d'administration peut décider de ne pas déclarer de dividende et de réinvestir ce surplus. Ce droit au dividende s'attache à une action et ne dépend d'aucune façon de la conduite d'un actionnaire donné. Cette conclusion s'applique en présence ou en l'absence d'un lien de dépendance entre les parties, que la société soit ou non une société fermée.

Bref, il n'est pas nécessaire qu'un actionnaire fournisse des services à la société pour avoir droit à un dividende. De plus, un dividende qui n'a pas été déclaré n'a pas à être inclus au revenu d'un contribuable puisque le dividende appartient à la société jusqu'à ce qu'il soit déclaré.

La conjonction de cet arrêt et du « kiddie tax » fait en sorte que l'utilisation de différentes catégories d'actions qui permettent les dividendes discrétionnaires est autorisée[15].

2.2.3. L'arrêt *Ferrel* c. *La Reine*[16]

Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a approuvé une forme de fractionnement de revenu et a rejeté l'application du paragraphe 56(2) L.I.R.

Une société de portefeuille versait des honoraires de gestion à une fiducie familiale qui, subséquemment, les attribuait aux bénéficiaires, c'est-à-dire les enfants mineurs du contribuable. La Cour d'appel fédérale conclut que les honoraires sont imposables entre les mains des enfants et non entre celles du contribuable.

---

15 Perry TRUSTER, « Recent Technical and Administrative Issues », dans *2004 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 2:1-14.

16 99 D.T.C. 5111 (C.A.F.) (ci-après « *Ferrel* »).

Par l'analyse des décisions *Ferrel* et *Neuman* émane le principe selon lequel il est permis de prévoir un fractionnement du revenu qui consiste en le versement de dividendes discrétionnaires au conjoint par une fiducie familiale. Peu après cette décision, le législateur a adopté l'article 120.4 L.I.R. afin de restreindre les possibilités de fractionnement.

2.3. EXEMPLES D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 56(2) L.I.R.

2.3.1. Dons à des personnes apparentées aux actionnaires

Conformément aux instructions reçues d'un actionnaire ou avec son consentement, une société donnée fait des dons à des personnes qui sont apparentées à l'actionnaire. Ces personnes ne sont ni des actionnaires ni des employés de la société en question. Dans un tel cas, le paragraphe 56(2) L.I.R. s'appliquerait, et l'actionnaire serait tenu d'inclure dans son revenu la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du don fait par la société donnée. Ces dons constitueraient un paiement ou un transfert de bien fait suivant les instructions ou avec l'accord de l'actionnaire, au profit d'autres personnes à titre d'avantage que l'actionnaire désirait accorder à des parents[17].

2.3.2. Bien vendu à un enfant d'un actionnaire pour un montant inférieur à la JVM

X possède toutes les actions émises et en circulation de X ltée. À la suite des instructions reçues de X, la société X ltée vend une parcelle du terrain pour une contrepartie inférieure à la JVM à Y, l'enfant de X. Les conséquences fiscales de cette opération seraient les suivantes. Tout d'abord, le paragraphe 56(2) L.I.R. s'appliquerait afin d'inclure dans le revenu de X une somme correspondant à la différence entre la JVM du bien transféré et la contrepartie versée par Y.

Le transfert de la parcelle du terrain par X à une personne liée (c'est-à-dire à Y) est fait suivant les instructions de X à titre d'avantage qu'il désirait accorder à Y, et une somme correspondant à la différence entre la JVM du bien transféré et la contrepartie payée par X aurait été incluse dans le revenu de ce dernier en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. si X ltée lui avait transféré le bien. Par ailleurs, aux termes de l'alinéa 69(1)b) L.I.R., X ltée serait réputée avoir reçu un produit de disposition égal à la JVM de la parcelle de

[17] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-335R2, « Paiements indirects », 12 juillet 2004.

terrain au moment du transfert. Enfin, le prix de base rajusté de la parcelle de terrain pour Y serait réputé égal à la contrepartie qu'il a versée à X ltée[18].

2.3.3. Prêt

Selon l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), lorsqu'une compagnie détenue par un contribuable effectue un prêt sans intérêt à une compagnie détenue par le fils du contribuable, le paragraphe 56(2) L.I.R. devrait trouver application pourvu que les conditions du paragraphe 56(2) L.I.R. soient remplies[19].

3. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. – BIENS D'UNE PERSONNE DÉTENUS EN FIDUCIE

3.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION

L'utilisation d'une fiducie est un moyen souvent employé dans les stratégies pour fractionner le revenu. Cependant, l'établissement de toute structure fiduciaire requiert une analyse approfondie de la règle antiévitement prévue au paragraphe 75(2) L.I.R. Celle-ci vise essentiellement à limiter le fractionnement de revenu au moyen d'une fiducie en attribuant certains montants découlant des biens détenus par la fiducie à la personne dont les biens ont été reçus. Ce paragraphe de portée générale fait l'objet de commentaires et de plusieurs interprétations techniques depuis quelques années vu l'incertitude à son égard.

3.1.1. Types de revenus visés

Doivent être inclus dans le revenu de la personne dont la fiducie a reçu les biens :

- tout revenu ou toute perte résultant du bien;
- tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de leur disposition.

---

18 *Id.*

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2005-0140961C6, 7 octobre 2005; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, question 6.1., aux pages 59:56-57.

Donc, le **revenu** ou la **perte d'entreprise** généré par une fiducie n'est pas visé par cette règle.

3.1.2. Conditions d'application

Le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à condition que les biens détenus par la fiducie, ou ceux qui leur sont substitués, puissent :

1) soit revenir à la personne dont les biens ont été reçus;

2) soit être distribués aux bénéficiaires nommés par cette personne après la création de la fiducie;

3) soit être distribués qu'avec le consentement ou suivant les instructions de cette personne pendant que celle-ci est vivante.

Le paragraphe 75(2) L.I.R. limite la possibilité de fractionner son revenu par le biais d'une fiducie lorsque le contribuable conserve toujours un certain contrôle sur les biens.

L'expression « personne » utilisée au paragraphe 75(2) L.I.R. désigne également une société[20]; celle-ci peut donc se voir attribuer le revenu d'une fiducie.

3.1.3. Exceptions

Que ce soit à but personnel ou commercial, tous les types de fiducies sont visés par le paragraphe 75(2) L.I.R., à moins qu'elles ne soient expressément exclues par le paragraphe 75(3) L.I.R., telles que :

- une fiducie régie par certains régimes de revenu différé (une convention de retraite, un fonds enregistré de revenu de retraite, un régime de participation des employés aux bénéfices, un régime de participation différé aux bénéfices, un régime de pension agréé, un régime enregistré d'épargne-études, un régime enregistré d'épargne-retraite, un régime de prestation aux employés ou un régime enregistré de prestations supplémentaires de chômage);

---

[20] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990.

- une fiducie employés;
- une fiducie créée à l'égard d'un fonds réservé;
- une fiducie qui pourvoit aux paies de vacances;
- une fiducie qui ne réside pas au Canada, dans certains cas; et
- une fiducie prescrite.

Le Projet de loi C-33 prévoit une nouvelle exception à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. par l'ajout de l'alinéa 75(3)c.2) L.I.R. qui exclut une fiducie dont aucun des contribuants ne réside au Canada depuis plus de 60 mois (« fiducie d'immigration »). En conséquence, un contribuable immigrant au Canada et qui deviendra résident du Canada pourra exclure de ses revenus le revenu gagné par la fiducie, et ce, dans le cas où il aura transféré un bien à une fiducie non résidente du Canada. Cependant, il semblerait que le paragraphe 75(2) L.I.R. trouverait application à l'expiration de la période de 60 mois.

De plus, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique plus si la personne meurt ou n'est plus résidente canadienne[21]. Bien que les revenus mentionnés ci-dessus soient attribués à la personne pendant qu'elle réside au Canada, il n'est pas nécessaire de démontrer la résidence canadienne au moment où les biens ont été transférés à la fiducie[22].

3.1.4. Champ d'application

Pour déclencher l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., il n'est pas nécessaire de démontrer l'intention de tirer un avantage quelconque par le transfert du bien. Le champ d'application de cette règle est tellement large qu'elle risque de s'appliquer aux biens d'une fiducie même si le fractionnement de revenu n'est pas l'objectif visé. Ainsi, il est primordial de bien comprendre les balises entourant l'application de cette règle afin de ne pas la déclencher par inadvertance.

---

21 *Id.*

22 *Id.*

3.2. DÉCISION PERTINENTE

Bien que le paragraphe 75(2) L.I.R. ait fait l'objet de plusieurs interprétations techniques, une seule décision est pertinente sur le sujet.

3.2.1. L'affaire *Howson* c. *La Reine*[23]

M^me^ Howson est une contribuable sud-africaine qui planifie de déménager au Canada avec sa famille. Dans le cadre de sa planification d'immigration, une fiducie familiale est créée afin qu'elle puisse profiter de l'exonération d'impôt de 60 mois accordée aux bénéficiaires ayant nouvellement immigré au Canada. En l'espèce, les bénéficiaires sont M. et M^me^ Howson ainsi que leurs quatre enfants. Un prêt égal au bénéfice résultant de la vente de la maison située à l'extérieur du Canada est accordé par M^me^ Howson à la fiducie familiale non résidente du Canada.

La question en litige est la suivante : est-ce que les fonds transférés dans la fiducie familiale sont de la nature d'un prêt véritable?

Le représentant de l'ARC admet que les « prêts véritables » ne sont pas visés par le paragraphe 75(2) L.I.R. étant donné qu'une somme prêtée « ne peut revenir à la personne en vertu des modalités de la fiducie. Elle revient au prêteur par l'effet du prêt lui-même ». Toutefois, il est d'avis qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un prêt véritable puisque le prêt n'a pas été constaté par écrit au moment de la conclusion de l'entente, qu'aucun intérêt n'a été versé et qu'aucune garantie n'a été fournie. Il ajoute que la contribuable exerce toujours un contrôle sur le bien transféré puisque celui-ci peut lui être retourné. Selon l'ARC, puisque la somme transférée par M^me^ Howson ne constitue pas un prêt véritable, le revenu gagné par la fiducie relativement à la somme prêtée doit être attribué à M^me^ Howson.

La Cour canadienne de l'impôt rejette la thèse de la Couronne et accueille l'appel du contribuable. Sa décision est fondée sur les témoignages du contribuable, l'entente écrite survenue ultérieurement ainsi que sur les états financiers de la fiducie. Le tribunal écarte l'argument de la Couronne selon lequel aucun intérêt n'est versé ni de sûreté fournie. Il ne s'agit pas de conditions essentielles à la formation d'un prêt, d'autant plus qu'en l'espèce, ces éléments auraient été inutiles puisque les membres de la famille Howson étaient les seuls bénéficiaires.

---

[23] 2007 D.T.C. 141 (C.C.I.) (ci-après « *Howson* »).

Par cette analyse, la Cour n'applique pas l'interprétation restrictive de l'ARC quant à la qualification de ce que constitue un prêt véritable. Les critères énoncés par l'ARC sont les suivants :

1) l'emprunteur doit signer une entente écrite stipulant que le prêt a été effectué et qu'il s'engage à le rembourser dans un délai raisonnable;

2) il faut démontrer qu'une sûreté a été fournie par l'emprunteur afin de garantir le prêt;

3) la preuve de paiement d'intérêts;

4) la démonstration que des remboursements du prêt ont été effectués.

L'ARC a eu l'occasion de commenter la décision rendue dans l'affaire *Howson* lors de la conférence annuelle de STEP en juin 2007[24]. C'est ainsi que l'ARC reconnaît qu'un « prêt véritable » ne revient pas à une personne en vertu des termes de l'acte de fiducie mais plutôt en vertu de ses droits de créancier tels qu'ils sont déterminés par la loi applicable et en conséquence, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne peut trouver application. Par contre, l'ARC a ajouté être d'avis que si un prêt à une fiducie n'est pas assujetti aux dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., il peut néanmoins demeurer assujetti aux dispositions des paragraphes 56(4.1), 74.1(1) et 74.1(3) L.I.R.

3.3. INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES RÉCENTES

L'ARC a émis récemment trois interprétations techniques concernant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans le cas où une fiducie discrétionnaire souscrivait à des actions d'une société et où la société émettrice des actions était ou pouvait potentiellement devenir bénéficiaire de la fiducie.

3.3.1. Congrès 2005 de l'APFF[25]

À l'occasion de la Table ronde sur la fiscalité fédérale, les principaux faits qui suivent furent soumis à l'ARC.

---

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0240421C6, 8 juin 2007; « Practitioner/CRA Round Table », dans *2007 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 8 juin 2007, question 4.

[25] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0140951C6, 7 octobre 2005.

- Une fiducie constitue une société.

- La fiducie détient 100 % des actions de la société.

- La société est bénéficiaire discrétionnaire du revenu et du capital de la société.

Deux questions ont été posées : les actions de la société pouvant être attribuées à la société, le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique-t-il aux revenus réalisés par la fiducie de façon à les attribuer à la société? Si la fiducie distribue du revenu à la société, le revenu distribué peut-il être déduit du revenu de la fiducie selon le paragraphe 104(6) L.I.R.?

L'ARC a répondu ce qui suit :

- La condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. est remplie lorsque la personne, incluant une société, de qui des biens ont été reçus directement ou indirectement par une fiducie, détient une participation au capital dans cette fiducie.

- Le fait que cette participation au capital soit assujettie à une discrétion ne saurait avoir pour effet d'empêcher l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans un tel cas puisque le simple fait que les biens soient susceptibles de revenir à la personne de qui ils ont été reçus directement ou indirectement suffit à satisfaire à la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.

- Bien que les faits soumis n'aient pas permis à l'ARC de tirer une conclusion définitive, le paragraphe 75(2) L.I.R. serait susceptible de s'appliquer dans un tel cas, afin d'attribuer à la société tout revenu résultant des actions de la société détenues par la fiducie ou de biens substitués, ainsi que tout gain en capital imposable ou toute perte en capital imposable provenant de la disposition de ces actions ou de tout bien y substitué.

- L'ARC a considéré que les montants attribués à une personne en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. doivent normalement être exclus du revenu d'un bénéficiaire de la fiducie à qui ils ont été payés ou en faveur de qui ils sont devenus payables ou du revenu de la fiducie lorsqu'ils n'ont pas été payés ou ne sont pas devenus payables à un bénéficiaire de la fiducie au cours de l'année.

- La fiducie n'aurait donc droit à aucune déduction en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R. à l'égard de tout montant attribué à la société de par l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

Commentaires

Il semblait que certains dividendes payés à des fiducies par une société n'entraînaient aucun impôt sous réserve de l'application possible de la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »).

- La société déclare un dividende en faveur de la fiducie.

- De par cette interprétation, le dividende serait attribué à la société en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R.

- Le dividende ne serait pas imposable en ce qui concerne la fiducie.

- Le dividende ne serait pas non plus imposable du point de vue des bénéficiaires à qui le dividende serait versé (autre que la société à qui le dividende serait attribué).

- Le dividende ne serait pas imposable pour la société car il profiterait de la déduction prévue au paragraphe 112(1) L.I.R.[26]

3.3.2. Congrès 2006 de l'APFF

Dans le but de préciser la position de l'ARC en 2005, de nouveaux faits et questions furent ajoutés.

- Une fiducie est seule détentrice des actions ordinaires d'une société à la suite du gel successoral de la société.

  – L'acte constitutif de la fiducie contient une clause prévoyant la désignation de bénéficiaire suivante :

> « […] toute société par actions, constituée où à être constituée et dont les seuls actionnaires seront l'un ou l'autre ou plusieurs des personnes ou patrimoine fiduciaires désignés aux termes du présent paragraphe incluant la fiducie. »

[26] Ces interprétations techniques ont été traitées par M[e] Martin Lord lors de sa présentation en juin 2007 à la conférence annuelle de STEP.

– La société peut donc être considérée comme l'un des bénéficiaires discrétionnaires du revenu et du capital de la fiducie. Ainsi, la société se retrouve bénéficiaire de la fiducie à l'égard d'actions de son propre capital-actions qui sont la propriété de la fiducie.

En tenant compte des faits énoncés ci-dessus, les questions suivantes ont alors été posées :

i) Le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera-t-il aux revenus réalisés par la fiducie à l'égard des actions de la société de façon à attribuer ces montants à la société?

ii) Dans l'affirmative, considérons que la société verse un dividende à la fiducie et qu'en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R., ce dividende est réputé avoir été gagné par la société :

a) les sommes reçues par la fiducie (c'est-à-dire le montant du dividende versé par la société) feront-elles partie du capital de la fiducie?

b) ces sommes pourront-elles être distribuées aux autres bénéficiaires de la fiducie à titre de capital, de façon non imposable pour ceux-ci (puisque ces sommes ont déjà fait l'objet d'une inclusion dans le calcul du revenu de la société en raison du paragraphe 75(2) L.I.R.?

c) l'ARC considère-t-elle qu'une telle application du paragraphe 75(2) L.I.R. n'est pas conforme à l'esprit de la loi et qu'il y aurait lieu de pondérer la réponse fournie en 2005?

Dans sa réponse, l'ARC a confirmé l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. mais a ajouté que l'utilisation d'une disposition antiévitement telle que le paragraphe 75(2) L.I.R. dans le but d'obtenir un avantage fiscal (en l'espèce, l'utilisation du paragraphe 75(2) L.I.R. combinée à celle du paragraphe 112(1) L.I.R. permet d'éviter le paiement de tout impôt à l'égard des dividendes reçus par la fiducie et distribués à ses bénéficiaires) entraînerait l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. (DGAÉ).

3.3.3. Interprétation technique rendue en 2007[27]

L'ARC a modifié sa position tout en la précisant :

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0218501E5, 9 mars 2007.

- Le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait pas trouver application lorsqu'une fiducie souscrit à des actions d'une société pour une contrepartie égale à leur JVM, et ce, nonobstant le fait que la société émettrice des actions soit bénéficiaire ou susceptible de devenir bénéficiaire de la fiducie.

- Le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait trouver application qu'à l'égard d'une personne qui avait la propriété du bien avant que ce dernier ne soit détenu par une fiducie. Or, une société n'est pas propriétaire de ses propres actions. Il s'ensuit que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquera pas à une société qui émet des actions à une fiducie pour une contrepartie égale à leur JVM.

- Le paragraphe 75(2) L.I.R. pourrait trouver application lorsque les actions ne sont pas souscrites pour une contrepartie égale à leur JVM.

Selon l'ARC, cette position respecte l'objet et l'esprit du paragraphe 75(2) L.I.R.

Ainsi, les notes explicatives de novembre 1983 et de novembre 1985 portant sur le paragraphe 75(2) L.I.R. indiquent clairement que cette disposition s'applique lorsqu'une personne « transfère » un bien à une fiducie, ce qui, à la lumière de la jurisprudence en matière fiscale, implique nécessairement que cette personne avait la propriété du bien avant son transfert à la fiducie.

- L'utilisation de l'expression « directement ou indirectement » au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. ne s'explique que si la personne à qui cette disposition est susceptible de s'appliquer est celle qui avait la propriété du bien avant qu'il ne soit détenu par la fiducie.

- Appliquer le paragraphe 75(2) L.I.R. à l'égard d'une personne qui n'avait pas la propriété du bien avant sa réception par la fiducie irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le paragraphe 75(2) L.I.R., à savoir empêcher le partage de revenus par le truchement d'une fiducie.

Commentaires

En lisant ces trois interprétations techniques, on constate que l'ARC n'a pas remis en question le fait que des dividendes déclarés par une société et reçus par une fiducie et qui sont attribués à une société en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. ne sont pas des revenus de la fiducie mais de la société et qu'ils peuvent être imposables pour la société en vertu de l'existence de l'article 112 L.I.R.

Pour l'ARC, l'émission d'actions par une société à une fiducie dont elle est ou peut devenir bénéficiaire ne peut constituer un transfert de bien.

Par contre, par le biais de transactions entre la fiducie et une société, il peut résulter un dividende réel ou présumé et la fiducie peut investir le dividende réel ou présumé sous forme d'actions de la société; n'y aurait-il pas dans ce cas transfert de propriété qui ferait en sorte qu'à l'avenir tout revenu résultant des actions serait attribué à la société bénéficiaire?

Les dividendes imposables reçus par une société privée sont assujettis cependant à l'impôt de la Partie IV L.I.R.[28] à moins que des sociétés ne soient rattachées[29] entre elles.

Il résulte des situations décrites dans les interprétations techniques, où une société se voit attribuer comme revenu des dividendes qu'elle aurait elle-même déclaré qu'il ne peut être possible d'éviter l'impôt de la Partie IV L.I.R. car une société ne peut être rattachée avec elle-même.

Par contre, il peut s'avérer intéressant dans le contexte d'un gel successoral que des dividendes réels ou présumés puissent l'être à des sociétés bénéficiaires et qui sont rattachées à la société.

Il est évidemment important qu'il doive exister de bonnes raisons, tel un plan successoral, pour justifier l'incorporation de cet élément de planification parmi tant d'autres.

Par contre, la perte de certains bénéfices tels que la possibilité d'allouer une partie ou la totalité d'un gain (tel un gain en capital sur des actions admissibles de petites entreprises) à un ou plusieurs bénéficiaires de la fiducie ou la possibilité d'éviter l'application de la disposition présumée des biens de la fiducie à l'expiration d'une période de 21 ans peut avoir un effet dissuasif.

Évidemment, si la société bénéficiaire et à laquelle le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique n'existait plus, ces préoccupations seraient amoindries.

En conséquence, il peut exister une opportunité limitée à certaines situations et qui n'est pas sans risque, particulièrement dans le cas où des

---

[28] Par. 186(1) L.I.R.

[29] Par. 186(4) L.I.R.

actions d'une société Y sont transférées à une fiducie par une société X bénéficiaire de la fiducie, que les deux sociétés sont rattachées à des fins fiscales et que des dividendes sont payés à la fiducie, attribués à la société X, dans notre exemple, laquelle ne paierait aucun impôt, tant en vertu de la Partie I que de la Partie IV L.I.R., lesdits dividendes n'étant pas un revenu pour la fiducie et pouvant être remis à l'un ou l'autre bénéficiaire de la fiducie sans impôt additionnel.

3.4. STRATÉGIES POUR ÉVITER L'APPLICATION DE LA RÈGLE D'ATTRIBUTION

3.4.1. Acte de fiducie

L'acte de fiducie devrait prévoir expressément que le constituant :

- ne détient aucune faculté d'élire ou de pouvoir de contrôle à l'égard de la disposition des biens de la fiducie;

- n'a pas le droit de les réacquérir, à moins que ce ne soit par l'effet de la loi (par exemple, le constituant peut réacquérir les biens de la fiducie, par l'effet de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si tous les bénéficiaires décèdent[30]);

- ne doit pas être fiduciaire, à moins qu'il n'y ait plus de deux fiduciaires et dans ce cas, il ne doit pas avoir un droit de veto sur toutes les décisions[31].

3.4.2. Le contribuable n'est pas le bénéficiaire

Le contribuable ne doit pas être bénéficiaire du capital civil, même éventuel.

L'ARC a déterminé que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquerait dans une situation où le contribuable était le seul fiduciaire d'une fiducie discrétionnaire, mais bénéficiait d'un contrôle limité concernant la

---

30 Jean-Charles HARE, « Panel sur les fiducies », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 7:1-106, partie A, aux pages 7:7-17.

31 Marc JOLIN, « Les nouveaux types de fiducies et les possibilités de planification », dans *Colloque – Les fiducies*, 109, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 2:1-74.

disposition des biens[32]. En fait, son seul pouvoir consistait à déterminer la proportion des biens versés aux bénéficiaires bien que l'identité des bénéficiaires et la date de distribution des biens aient été clairement indiquées dans l'acte de fiducie.

Dans une autre interprétation technique[33], il a été jugé que lorsque le constituant n'est pas le seul fiduciaire, la règle d'attribution prévue au paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique si les décisions des fiduciaires doivent être unanimes puisque le consentement du constituant est essentiel à la prise de décision.

3.4.3. Transfert à la JVM

La règle ne s'appliquera pas dans la mesure où le transfert d'un bien s'effectue à la JVM et le bénéficiaire du transfert en paie la contrepartie avec ses propres fonds.

3.4.4. Revenu de deuxième génération

Le revenu de deuxième génération n'est pas visé par le paragraphe 75(2) L.I.R. Par exemple, lorsqu'une personne effectue un prêt à une fiducie qui investit ensuite la somme d'argent dans un compte bancaire, les intérêts sont attribués à la personne ayant transféré le bien. Cependant, les intérêts acquis à la suite d'un placement des intérêts initiaux ne sont pas attribuables à cette personne[34].

Par ailleurs, le gain en capital de « deuxième génération » est assujetti à la règle d'attribution. De plus, le paragraphe 75(2) L.I.R. vise non seulement les biens transférés, mais également les « biens substitués ». Donc, le produit de la disposition de bien original et de chaque bien successif est attribué à la personne ayant transféré le bien initial[35].

---

32 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9202455, 27 février 1992.

33 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9524185, 4 janvier 1996.

34 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 20.

35 Brenda L. CROCKETT, « Planification fiscale personnelle – Le paragraphe 75(2) : un rabat-joie », (2005), vol. 53, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 831-857, p. 849.

3.5. APPLICATION DU PARAGRAPHE 107(4.1) L.I.R.

Dès qu'une transaction est assujettie au paragraphe 75(2) L.I.R., elle l'est également pour le paragraphe 107(4.1) L.I.R. Ainsi, bien que des modifications puissent être apportées à l'acte de fiducie pour empêcher l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., il n'en reste pas moins que le paragraphe 107(4.1) L.I.R. sera automatiquement appliqué lors de la liquidation de la fiducie[36].

Le cas échéant, la solution est de créer une nouvelle fiducie avec les mêmes bénéficiaires. On s'assure alors que la nouvelle fiducie ne contiendrait pas des dispositions qui pourraient entraîner l'application potentielle du paragraphe 75(2) L.I.R., et ce, avant le transfert des biens de la fiducie assujettie au paragraphe 75(2) L.I.R. à la nouvelle fiducie. Depuis l'adoption du paragraphe 107(4.1) L.I.R., un roulement sans conséquences fiscales des biens contenus dans la fiducie aux bénéficiaires n'est disponible qu'à la condition que la fiducie n'ait jamais été assujettie au paragraphe 75(2) L.I.R.

4. ARTICLE 74.4 L.I.R. – TRANSFERT OU PRÊT À UNE SOCIÉTÉ

4.1. PRÉSENTATION DE LA DISPOSITION

L'article 74.4 L.I.R. est une règle d'attribution corporative qui intervient lorsqu'une personne transfère ou prête un bien à une société dans le but de réduire son revenu. En effet, un intérêt calculé au taux prescrit par l'alinéa 4301c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[37] sera ajouté à son revenu. Cet intérêt est établi en fonction du montant prêté ou de toute contrepartie résultant du transfert[38].

4.1.1. Conditions d'application

Pour que cette règle d'attribution s'applique, les conditions suivantes doivent être remplies :

---

36 J.-C. HARE, *loc. cit.*, note 30.

37 C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

38 Sabina WATROBSKI, « Fiducie et règles d'attribution – un cocktail explosif? », dans *Colloque – Les fiducies*, 159, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 6:1-92, à la page 6:17.

1) Un particulier résident du Canada doit effectuer un transfert ou un prêt de bien en faveur d'une société. Ainsi, une transaction pourra être assujettie à l'article 74.4 L.I.R. seulement pendant la période où l'auteur du transfert est résident canadien.

L'ARC a précisé que dans le cas où une personne dispose d'un bien en faveur d'une société et que cette dernière le transfère à une deuxième société, l'article 74.4 L.I.R. s'applique puisqu'il s'agit d'un transfert indirect[39]. Par ailleurs, cette règle ne trouve pas application dans l'hypothèse où une société a transféré un bien à une autre société si le bien n'a jamais appartenu à un particulier et que ce bien a été acquis par la société avec des fonds générés par la société sans investissement ou prêt de la part de l'actionnaire[40].

2) Un ou plusieurs des actionnaires de la société sont, par rapport à l'auteur du transfert, des personnes désignées tel qu'il est défini au paragraphe 74.5(5) L.I.R.

Il s'agit :

- du conjoint; ou
- d'un enfant de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le particulier; ou
- d'un neveu ou d'une nièce.

3) La personne désignée est un « actionnaire déterminé » de la société, c'est-à-dire une personne qui possède, directement ou indirectement, au moins 10 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société ou d'une société liée[41].

4) La société n'est pas une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») selon le sens donné par cette expression au paragraphe 248(1) L.I.R.

---

39 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0010615, 13 avril 2000.

40 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9831863, 5 août 1999.

41 Par. 248(1) L.I.R.

Définition d'une SEPE :

a) société privée sous contrôle canadien;

b) dont 90 % des actifs que la société possède sont utilisés pour ses opérations.

5) Il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets du prêt ou du transfert, effectué directement ou indirectement par le biais d'une fiducie ou autrement, consiste à réduire le revenu de l'auteur et à avantager directement ou indirectement une personne désignée.

Selon l'ARC, il s'agit d'un critère qui doit être interprété objectivement, basé sur la raisonnabilité de considérer que l'un des principaux objets est d'effectuer du fractionnement de revenu. Chacune des situations particulières requiert l'examen des faits pertinents[42].

4.2. STRATÉGIES POUR ÉVITER LA RÈGLE D'ATTRIBUTION

Voici un aperçu des situations qui ne sont pas visées par la règle antiévitement prévue à l'article 74.4 L.I.R.

4.2.1. Société exploitant une petite entreprise

Si la société se qualifie à titre de SEPE pour toute l'année, la règle d'attribution prévue à l'article 74.4 L.I.R. ne s'applique pas. Toutefois, cette disposition est assujettie à l'application du « kiddie tax » pour les enfants âgés de 18 ans et moins.

Il est possible de se protéger dans un acte de fiducie. Ce dernier doit empêcher expressément toute remise de capital ou de revenu à une « personne désignée » si la société ne se qualifie pas comme SEPE. De plus, il faut s'assurer que, dans les faits, il n'y ait ni remise ni imposition du revenu ou du capital, en ce qui concerne de tels bénéficiaires de la fiducie.

---

[42] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9528695, 8 février 1996.

4.2.2. Taux d'intérêt le moindre entre le taux prescrit et le taux du marché

Si un prêt est consenti à une fiducie à des fins d'investissement, que l'intérêt rattaché au prêt correspond au moindre du taux prescrit et du taux du marché et que les intérêts sont payés par la fiducie au plus tard 30 jours après la fin de chaque année, ni le « kiddie tax » ni l'article 74.4 L.I.R. ne trouveront application[43]. Dans la mesure où ces conditions sont remplies, les revenus seront imposés entre les mains des bénéficiaires. Par conséquent, l'utilisation d'une fiducie entre vifs est à privilégier lorsque le taux d'imposition des bénéficiaires est peu élevé.

4.2.3. Revenu de deuxième génération

Tout comme c'est le cas pour le « kiddie tax », l'article 74.4 L.I.R. ne vise pas le revenu de deuxième génération. Par exemple, cette stratégie est intéressante lorsqu'un contribuable verse un montant d'argent à une fiducie à des fins d'investissement, qui subséquemment la distribue à un enfant mineur, soit le bénéficiaire. La première année, le capital versé à l'enfant sera attribué au parent, mais l'année suivante, le revenu généré par le revenu pourra être imposé entre les mains de l'enfant[44].

4.2.4. Transfert à une fiducie de biens générateurs de gain en capital

Il peut être avantageux de fractionner son revenu en transférant à une fiducie des biens générateurs de gain en capital puisque celui-ci n'est pas assujetti au « kiddie tax » ni à l'article 74.4 L.I.R. Ainsi, le gain en capital transféré à un enfant mineur à titre de bénéficiaire sera imposé entre ses mains et non entre celles du parent.

Il faut néanmoins considérer la règle selon laquelle le contribuable est réputé avoir disposé de son bien en faveur de la fiducie à la JVM. De plus, l'ARC considère que le gain en capital réalisé pourrait être attribué au parent dans le cas où, à la suite d'un prêt à un enfant mineur, le parent était fiduciaire du compte de placement de son enfant plutôt que mandataire[45].

---

43 S. WATROBSKI, *loc. cit.*, note 38.

44 *Id.*

45 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0049071E5, 21 avril 2004.

4.2.5. Gel successoral

Bien que cette technique soit couramment utilisée afin de réduire les incidences fiscales lors d'un transfert d'une entreprise d'une génération à une autre, elle permet également de fractionner le revenu familial.

Le gel successoral consiste en un échange d'actions ordinaires en actions privilégiées, suivi de la création d'une fiducie familiale dont les enfants, le conjoint et l'auteur du gel peuvent être bénéficiaires. La fiducie souscrit ensuite à de nouvelles actions ordinaires de la société[46].

L'application potentielle de l'article 74.4 L.I.R. survient lors du transfert des actions participantes en actions de gel accompli au moyen d'un roulement prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'auteure Sabina Watrobski explique ainsi l'une des stratégies pour éviter l'article 74.4 L.I.R. :

> « Afin d'échapper à cette règle d'attribution "corporative", un moyen de procéder au gel successoral est de déclarer un dividende en actions privilégiées de gel sur les actions ordinaires alors détenues. L'effet de cette déclaration de dividendes est de transférer la valeur des actions ordinaires sur les actions privilégiées, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas eu de transfert à la société, évitant ainsi l'application du paragraphe 74.4(2). Subséquemment, une fiducie dont les personnes désignées sont bénéficiaires pourra souscrire à de nouvelles actions participantes sans plus[47]. »

4.2.6. Conformité au paragraphe 74.4(4) L.I.R.

Dans la mesure où une fiducie remplit les conditions établies par le paragraphe 74.4(4) L.I.R., le transfert sera présumé ne pas avoir été accompli dans l'intention d'avantager une personne désignée.

Les critères d'application sont les suivants :

a) la seule participation que la personne désignée a dans la société est un droit de bénéficiaire sur une fiducie qui détient des actions de la société;

---

46 S. WATROBSKI, *loc. cit.*, note 38; Marc JOLIN, « L'autopsie de fiducies entre vifs », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 37:1-32.

47 S. WATROBSKI, *loc. cit.*, note 38, 6:79.

b) selon l'acte de fiducie, la personne désignée ne peut recevoir aucun revenu ou capital de la fiducie, ni en obtenir l'utilisation, tant qu'elle est, en ce qui concerne le particulier, une personne désignée;

c) la personne désignée n'a reçu aucun revenu ou capital de la fiducie ni n'en a obtenu l'utilisation et aucune déduction n'a été faite par la fiducie dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 104(6) ou 104(12) L.I.R. au titre de montants payés ou payables à cette personne ou inclus dans le revenu de celle-ci, alors qu'elle était, en ce qui concerne le particulier, une personne désignée.

La fiducie visée par cette disposition est notamment utilisée lors d'un gel successoral d'une société qui ne se qualifie pas à titre de SEPE ou qui est susceptible de perdre sa qualification dans le futur[48].

4.2.7. Structure de maintien du statut de SEPE

Afin d'éviter la règle d'attribution, il serait prudent de prévoir dans l'acte de fiducie différents mécanismes. Dans l'un de ses textes, l'auteur Marc Jolin[49] résume ces stratégies :

1) Si la société perd son statut de SEPE, l'acte de fiducie stipule qu'un actionnaire déterminé n'a plus droit à aucun revenu ni aucun capital de la fiducie avant sa majorité dans le cas d'un bénéficiaire mineur, et ce, tant et aussi longtemps qu'une personne liée au bénéficiaire mineur détient des actions transférées ou des créances dans toute société dans laquelle la fiducie détient aussi des actions et, si l'actionnaire déterminé est le conjoint de la personne qui détient les actions transférées ou des créances, tant et aussi longtemps que le conjoint détenteur des actions transférées ou des créances est vivant. (Cette solution fait référence au paragraphe 74.4(4) L.I.R.)

2) Si la société perd son statut de SEPE, l'acte de fiducie stipule que la part de chaque enfant mineur devient fixe et non discrétionnaire à un pourcentage inférieur à 10 % (disons 9,8 %), et ce, tant et aussi longtemps qu'une personne liée au bénéficiaire mineur détient des

---

48 Marc JOLIN, « Gestion du patrimoine – Fiducie », dans *Cours – Formation continue – Planification fiscale et financière des particuliers*, série 4, cours 6, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006.

49 M. JOLIN, *loc. cit.*, note 46.

actions transférées ou des créances dans toute société dans laquelle la fiducie détient aussi des actions.

Si la société perd son statut de SEPE, l'acte de fiducie stipule que la part du conjoint du particulier qui a transféré des actions ou qui détient des créances de la société dans laquelle la fiducie détient des actions devient fixe et non discrétionnaire à un pourcentage inférieur à 10 % (disons 9,8 %), et ce, tant et aussi longtemps que le particulier qui détient les actions transférées ou les créances est vivant.

3) Si la société perd son statut de SEPE, les bénéficiaires mineurs n'ont droit à aucun revenu de la fiducie au cours de l'année durant laquelle la société a perdu, ne serait-ce qu'une journée, son statut de SEPE.

Le fait d'avoir prévu l'un des trois mécanismes ci-dessus permet de ne pas être constamment sur le qui-vive à l'égard de l'application potentielle de cette règle d'attribution dont l'impact est particulièrement important.

4.2.8. Versement d'un dividende en actions

Les avocats François Auger et Geneviève Lille exposent une autre technique pour contourner l'article 74.4 L.I.R., soit le paiement de dividende en actions :

> « Cette technique consiste à émettre à l'auteur du gel des actions privilégiées de la société ayant une valeur de rachat égale à la juste valeur marchande des actions ordinaires détenues par l'auteur jusqu'à concurrence des bénéfices non répartis. Une fois tel dividende déclaré, les actions ordinaires de la compagnie n'auront plus aucune valeur, ce qui permettra aux bénéficiaires du gel soit d'acheter les actions ordinaires de l'auteur du gel, soit de souscrire à des actions ordinaires de la société pour une valeur nominale et en nombre suffisant pour diluer l'intérêt de l'auteur du gel.
>
> Cette structure permet donc la transmission de l'entreprise à un coût minime pour les bénéficiaires du gel et sans conséquences fiscales immédiates pour l'auteur du gel. En effet, la définition du terme « montant » relativement à un dividende au paragraphe 248(1) L.I.R. prévoit que dans le cas du versement d'un dividende en actions, le montant du dividende est le montant correspondant à l'augmentation, découlant du dividende, du capital versé de la société qui a versé le dividende. Ainsi, on veillera à ce que l'augmentation du

capital versé attribué aux actions privilégiées émises au moment du gel soit minime[50]. »

CONCLUSION

Les techniques de fractionnement de revenu ont entraîné l'adoption de nombreuses règles pour empêcher le fractionnement de revenu. Ces règles sont, dans certains cas, claires et, dans d'autres cas, leur interprétation demeure à préciser.

Les techniques actuelles de fractionnement de revenu ainsi que les techniques futures de fractionnement de revenu dépendent de l'interprétation des règles qui existent actuellement et de celles qui peuvent être adoptées dans le futur pour les contrer. Il en résulte une évolution constante qui pose un défi particulier aux conseillers en fiscalité.

[50] François AUGER et Geneviève LILLE, « Gel successoral – pièges et attrapes », dans *Colloque – La planification successorale*, 95, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 2:1-57, aux pages 2:55-56.

REVUE DES PRINCIPALES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES



Coordonnatrice
Sylvie Garon
CGA, CMA, M. Fisc.
Harel Drouin – PKF, s.e.n.c.r.l.



Anne-Marie Dupras
Avocate, CA
BDO Dunwoody s.r.l.



Jacques Duval
Avocat, M. Fisc.
Marchand Melançon Forget
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7:5

1. L'INCORPORATION DES PROFESSIONNELS 7:5

1.1. LES FAITS – SITUATION ACTUELLE 7:7
1.2. LES TRANSACTIONS PROPOSÉES 7:7
1.3. LE BUT DES TRANSACTIONS 7:9
1.4. LA DÉCISION RENDUE PAR L'ARC 7:10

2. AVANTAGE ET PRÊT CONSENTIS À UN ACTIONNAIRE 7:12

2.1. PRÊT ACCORDÉ À UN EMPLOYÉ POUR QU'IL DEVIENNE ACTIONNAIRE DE LA SOCIÉTÉ – POSITION CONTRADICTOIRE 7:12
2.2. PRÊT À UN ACTIONNAIRE – SOLDE D'OUVERTURE 7:13
2.3. PRÊT À UNE SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE À UN TAUX INFÉRIEUR À CELUI DU MARCHÉ – SOCIÉTÉ DONT UN MEMBRE DE LA FAMILLE DU PRÊTEUR EST ACTIONNAIRE 7:14
2.4. AVANTAGE IMPOSABLE – ASSURANCE MALADIE GRAVE 7:15

3. CRÉDIT DE TAXE SUR LE CAPITAL DU QUÉBEC – POSITION CONTRADICTOIRE 7:16

4. PERTE SUR PRÊT IRRÉCOUVRABLE 7:17

5. RACHAT D'ACTIONS LIBELLÉES EN DEVISE AMÉRICAINE – PERTE EN CAPITAL RELATIVE À LA MONNAIE ÉTRANGÈRE 7:19

6. AVANTAGE IMPOSABLE POUR L'UTILISATION D'UNE AUTOMOBILE – PLUS D'UN EMPLOYÉ OU PLUS D'UNE AUTOMOBILE 7:21

7. LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 7:23

8. ESCOMPTE À LA VENTE DE COMPTES CLIENTS 7:29

9. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'EMPRUNTS 7:29

10. LE COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 7:30

10.1. LES REMISES DE DETTE 7:31
10.2. DIVIDENDES EN CAPITAL EXCÉDENTAIRES 7:32
10.3. PÉRIODE DE PRESCRIPTION 7:33
10.4. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ À LA SUITE DE LA LIQUIDATION DE SA FILIALE 7:33
10.5. DIVIDENDES PRÉSUMÉS SELON L'ALINÉA 84.1(1)b) L.I.R. ET DIVIDENDE EN CAPITAL 7:34

11. GAINS ET PERTES SUR LES DEVISES ÉTRANGÈRES ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 7:35

12. RÉPARTITION DES REVENUS IMPOSABLES PAR PROVINCE 7:36

13. REPORT DE GAIN EN CAPITAL – APPLICATION PRATIQUE DE L'ARTICLE 44.1 L.I.R. 7:38

14. DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS 7:41

15. RÈGLES D'ASSOCIATION 7:43

15.1. ACTIONS DÉTENUES PAR UNE FIDUCIE 7:43
15.2. PROPRIÉTÉ RÉPUTÉE DES ACTIONS 7:44

16. SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE 7:46

16.1. ACTIONS VISÉES PAR UNE CONVENTION D'ENTIERCEMENT 7:46
16.2. ACTIF UTILISÉ DANS L'ENTREPRISE – IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES 7:47

17. RÉORGANISATION CORPORATIVE 7:48

17.1. ACQUISITION DE CONTRÔLE À LA SUITE DU DÉCÈS 7:48
17.2. LA NATURE D'UN BIEN EST-ELLE CONSERVÉE LORS DE LA LIQUIDATION D'UNE FILIALE? 7:49
17.3. APPLICATION DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. DANS LE CADRE D'UN DIVORCE 7:50

18. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS 7:50

18.1. DÉFINITION D'ACTIONS PRESCRITES 7:50
18.2. MOMENT DE LA CONCLUSION DE LA CONVENTION 7:51

19. LES FIDUCIES ET LA RÈGLE D'ATTRIBUTION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. 7:51

19.1. L'ARC ACCEPTE LA DÉCISION DE L'AFFAIRE *HOWSON* C. *LA REINE* 7:51
19.2. GEL SUCCESSORAL RÉVERSIBLE – L'ARC REVOIT SA POSITION 7:52

INTRODUCTION

Les interprétations techniques et les décisions anticipées émises par les autorités fiscales sont une source importante d'information pour les conseillers fiscaux. Le présent texte a été préparé dans le cadre d'une conférence portant sur les principales interprétations techniques de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] concernant la fiscalité des sociétés privées et leurs relations avec leurs actionnaires. Dans le cadre de ce texte, nous tenterons de résumer les principales interprétations techniques publiées dans la dernière année par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») ou par Revenu Québec.

1. L'INCORPORATION DES PROFESSIONNELS

Le 21 juin 2001, l'Assemblée nationale sanctionnait le Projet de loi 169[2]. L'adoption de cette loi permet à un ordre professionnel d'adopter une réglementation afin que ses membres puissent exercer leur profession au sein d'une société en nom collectif à responsabilité limitée ou d'une société par actions (ci-après « SPA »). Les professionnels déjà en exercice qui veulent utiliser la SPA doivent évaluer différents éléments juridiques, financiers et fiscaux dont, entre autres, les conséquences fiscales possibles de la conversion et de l'utilisation d'une société en nom collectif (ci-après « SENC ») en SPA. Ce faisant, ils désirent aussi mettre en place une structure qui répond aux différents objectifs d'affaires de l'entreprise et de leurs propriétaires et, qui plus est, est la plus avantageuse sur le plan fiscal. Dans le but de s'assurer des conséquences fiscales, plusieurs professionnels ont soumis une demande de décision anticipée à l'égard de la structure qu'ils veulent adopter. Nous les avons analysés afin de faire ressortir les éléments qui, selon nous, ont une incidence sur la décision rendue. Nous décrirons la situation actuelle, les transactions proposées, les buts, ainsi que la décision rendue.

Les décisions rendues au cours des 12 derniers mois portent sur des structures presque identiques. Les professionnels veulent que l'ARC confirme la nature du revenu, c'est-à-dire un « revenu de la société pour

---

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

2 *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*, Projet de loi 169, 1er décembre 2000, sanctionné le 21 juin 2001 (2001, c. 34).

l'année provenant d'une entreprise exploitée activement »[3] et, lorsque c'est possible, ils veulent avoir plusieurs plafonds des affaires[4].

Le résumé des décisions se lit généralement comme suit[5] :

Principale question : Lorsque l'associé d'une société de personnes crée une SPA par le biais de laquelle les services professionnels seront rendus à la société de personnes, la SPA sera-t-elle admissible à la déduction accordée aux petites entreprises[6]?

Position adoptée : Oui

Raisons : Tant que l'associé, dans son rôle d'employé de la SPA qui rend les services professionnels, ne serait pas considéré comme un employé de la société de personnes s'il était fait abstraction de la SPA, l'entreprise de la SPA ne sera pas considérée comme une « entreprise de prestation de services personnels[7] ». De plus, pourvu que la SPA n'exploite pas une entreprise en société de personnes, le revenu ne sera pas un « revenu de société de personnes déterminé[8] ».

Les décisions rendues, bien qu'elles soient favorables, renferment plusieurs nuances. Quels sont les éléments qui ont permis à l'ARC de rendre ces décisions favorables? Comme nous pourrons le constater, plusieurs éléments sur lesquels repose la décision sont une « question de fait ». Et cette question de fait est la prémisse sans laquelle l'ARC ne pourrait rendre une décision favorable.

---

3 Par. 125(7) L.I.R.

4 Par. 125(2) L.I.R.

5 *Tax Window Files*, dans *CCH Tax* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 2006-0197521R3, 2006-0176351R3, 29 novembre 2006; 2006-0199731R3, 2006-0198551R3, 24 janvier 2007; 2006-0201551R3, 7 février 2007; 2006-0206431R3, 2006-0212941R3, 4 avril 2007; 2006-0198101R3, 2006-0215851R3, 16 mai 2007, 2006-0213701R3, 2007-0221771R3, 2007-0221781R3, 2007-0221791R3, 2007-0221761R3, 24 mai 2007; 2006-0201311R3, 18 juillet 2007.

6 Art. 125 L.I.R.

7 Par. 125(7) « entreprise de prestation de services personnels » L.I.R.

8 Par. 125(7) « revenu de société de personnes déterminé » L.I.R.

1.1. LES FAITS – SITUATION ACTUELLE

Les demandes de décision anticipée concernent des professionnels qui exercent leurs activités par le biais d'une société de personnes. La structure entourant la société de personnes varie d'une situation à l'autre. Cependant, dans les grandes lignes, les activités sont structurées comme suit avant la mise en place de la structure proposée :

- l'entreprise est exploitée par une SENC dont les associés sont généralement des particuliers, mais occasionnellement on trouve des associés corporatifs;

- les associés n'ont généralement aucun lien de dépendance entre eux, mais, dans certains cas, certains associés sont conjoints ou frères et sœurs;

- les associés rendent leurs services professionnels par la SENC et certains autres services, tels que l'enseignement, la recherche ou des fonctions administratives;

- dans certains cas, des travailleurs indépendants qui ne sont pas des associés rendent des services professionnels à la SENC.

1.2. LES TRANSACTIONS PROPOSÉES

- Le contrat de société sera modifié pour prévoir les éléments suivants :

  – un associé peut, à sa discrétion, rendre des services professionnels à la SENC par le biais d'une SPA en vertu d'un contrat de service;

  – les SPA ne pourront être des associés de la SENC;

  – l'associé qui constitue une SPA pour rendre des services professionnels à la SENC ne pourra plus rendre de tels services à titre personnel;

  – l'attribution des profits de la SENC à un associé qui rend des services professionnels par une SPA ne tiendra compte que des éléments autres que la prestation de services professionnels comme le capital contribué, les fonctions administratives et l'enseignement et toute autre tâche;

  - dans le cas des associés qui continuent à rendre les services professionnels directement par la SENC, la répartition des profits de la SENC tiendra compte des services professionnels rendus par l'associé.

- La SPA devra être autorisée à exercer l'activité professionnelle.

- L'associé ne rendra plus de services professionnels à titre d'associé de la SENC.

- Dans certaines décisions, l'entreprise professionnelle de la SENC sera transférée à une SPA, soit Nouco.

- La SENC retiendra les services d'une SPA à titre de travailleur indépendant.

- Chaque SPA conclura un contrat de service (ci-après « Contrat ») avec la SENC, qui prévoira que la SPA recevra des honoraires calculés selon différentes modalités, mais les honoraires correspondront à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »).

- Seuls les associés peuvent détenir des actions avec droit de vote de la SPA et chaque associé ne peut être actionnaire de plus d'une SPA. L'associé sera le seul administrateur de la SPA dont il est actionnaire.

- Seuls des membres de la famille immédiate de l'associé peuvent détenir des actions sans droit de vote et ils ne peuvent être actionnaires d'aucune autre SPA.

- Chaque associé sera un employé de la SPA dont il est actionnaire et les conditions devront être stipulées dans un contrat d'emploi écrit. Il recevra un salaire de la SPA pour les services rendus.

- Tous les paiements reçus par la SENC pour les services professionnels rendus par la SPA le seront au bénéfice de la SENC.

- La SENC rendra des services administratifs à la SPA, en vertu d'une convention écrite. Les services de la SENC seront rémunérés à la JVM. Les services administratifs comprendront, entre autres, la facturation, la perception des comptes clients et le paiement des dépenses communes. La SENC peut aussi fournir des services tels que les installations, le personnel ou l'équipement.

- Les dépenses suivantes seront sous la responsabilité de la SPA : les cotisations et l'assurance responsabilité professionnelles, la formation continue, le transport et les communications, le maintien des standards professionnels mis de l'avant par la SENC ou Nouco, ainsi que les dépenses de pratique professionnelle qui sont des préférences personnelles de l'associé qui contrôle la SPA.

- Aussi longtemps que la SPA s'acquittera de ses obligations prévues au Contrat, elle pourra rendre des services similaires à des personnes autres qu'à la SENC ou à Nouco.

- Tant que l'associé s'acquittera de ses obligations en vertu de son contrat d'emploi conclu avec la SPA, il pourra rendre des services professionnels à des personnes autres qu'à la SENC ou à Nouco.

1.3. LE BUT DES TRANSACTIONS

Voici les principaux éléments qui sont mentionnés à l'appui des demandes de décisions anticipées présentées par les contribuables :

- permettre à un associé de bénéficier des modifications législatives provinciales qui permettent à un professionnel d'exercer sa profession par l'intermédiaire d'une SPA;

- offrir à un associé la possibilité d'avoir un niveau de contrôle plus élevé sur l'exercice de sa profession par une gestion individuelle de ses préférences personnelles dans sa pratique professionnelle;

- permettre à un associé d'avoir un contrôle sur les dépenses qui peuvent ne pas être au bénéfice de tous les associés;

- permettre à un associé d'avoir un meilleur contrôle sur sa planification successorale et financière;

- faciliter la rétention ou le recrutement de nouveaux professionnels;

- faciliter la capacité d'un associé de rendre des services à ses propres clients, indépendamment de la SENC;

- permettre de rendre des services à l'extérieur de la pratique;

- éliminer le risque inhérent au fait de rendre des services professionnels par l'intermédiaire d'une SENC;

- faciliter l'admission et le retrait de professionnels de la pratique;

- éliminer la responsabilité conjointe et solidaire à l'égard des services professionnels rendus.

1.4. LA DÉCISION RENDUE PAR L'ARC

Les décisions anticipées rendues par l'ARC sont toutes favorables. Cependant, les réserves émises pour chacune d'entre elles laissent tout de même planer un certain niveau d'incertitude.

Voici donc les décisions rendues par l'ARC pour toutes les décisions anticipées demandées :

- Tant que l'actionnaire ou l'associé, dans son rôle d'employé de la SPA qui rend les services professionnels, ne serait pas considéré comme un employé de la SENC ou de Nouco en l'absence de la SPA, l'entreprise de la SPA ne sera pas considérée comme une « entreprise de prestation de services personnels ».

- Pourvu que la SPA n'exploite pas une entreprise en société de personnes, le revenu ne sera pas un « revenu de société de personnes déterminé ».

- Les transactions proposées ne seront pas, en elles-mêmes, visées par la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

Pour certaines décisions, l'ARC a rendu une décision favorable à l'égard des éléments additionnels suivants :

- Sous réserve des articles 18 et 67 L.I.R., les honoraires payés par la SENC ou par Nouco à la SPA seront déductibles dans le calcul de son revenu.

- L'implantation des transactions proposées ne constitue pas une disposition de la totalité ou d'une partie de la participation dans la SENC par les associés.

- L'exécution et l'implantation de la réorganisation ne seront pas suffisantes pour créer un lien de dépendance entre les associés qui partagent le revenu de la SENC.

- Les transactions décrites dans les demandes de décisions anticipées n'entraînent pas, en elles-mêmes, l'application des paragraphes 56(2), 56(4) et 246(1) L.I.R., qui aurait pour effet d'inclure le revenu de la SPA dans le revenu de l'associé.

- Les transactions proposées n'entraîneront pas, en elles-mêmes, l'application du paragraphe 103(1) L.I.R., pourvu que la répartition du profit de la SENC entre les associés soit raisonnable dans les circonstances.

L'ARC fait de plus les commentaires suivants :

- Le fait que l'entreprise, antérieurement exploitée par la SENC, soit maintenant exploitée en partie par plusieurs SPA constituées par les anciens associés pour des motifs autres que fiscaux n'entraîne généralement pas l'application du paragraphe 256(2.1) L.I.R. Cependant, les raisons qui ont motivé la restructuration constituent une question de fait qui doit être analysée cas par cas.

- Les règles d'attribution édictées par les articles 74.1 à 74.4 L.I.R. pourraient s'appliquer, si les conditions prévues dans ces articles sont remplies, mais leur application est une question de fait.

- Le paragraphe 56(2) L.I.R. pourrait s'appliquer à une somme que la SPA a payée à un membre de la famille de l'actionnaire ou de l'associé.

- L'article 120.4 L.I.R. (l'impôt sur le revenu fractionné) pourrait s'appliquer à l'égard des dividendes imposables reçus par un membre de la famille de l'associé qui est âgé de moins de 17 ans au début de l'année.

- L'ARC ne peut se prononcer sur l'application à long terme du paragraphe 256(5.1) L.I.R. à l'égard du contrôle de fait. Cependant, au moment de la transaction et selon les faits mentionnés, aucune SPA ne semble avoir d'influence sensible.

- Le fait que le professionnel soit un employé de la SPA ou un travailleur autonome qui a conclu une entente de service avec Nouco est une question de fait qui ne peut être déterminée après l'analyse des ententes.

Le fait que le professionnel soit un employé ou un travailleur autonome en l'absence de la SPA est aussi une question de fait qui ne sera déterminée qu'après l'analyse des différentes ententes entre les parties.

L'utilisation de telles structures doit être envisagée avec prudence. En effet, l'analyse des textes des décisions anticipées ne nous permet pas de déterminer dans quelle mesure chacun des objectifs et chacun des éléments de la transaction proposée ont influencé la décision de l'ARC. De plus, la majeure partie des éléments sur lesquels l'ARC rend sa décision est une « question de fait », ce qui laisse à un agent de l'ARC beaucoup de place à l'exercice de son jugement.

2. AVANTAGE ET PRÊT CONSENTIS À UN ACTIONNAIRE

2.1. PRÊT ACCORDÉ À UN EMPLOYÉ POUR QU'IL DEVIENNE ACTIONNAIRE DE LA SOCIÉTÉ – POSITION CONTRADICTOIRE

L'ARC[9] et Revenu Québec[10] ont eu à déterminer si les paragraphes 15(1) et 15(2) L.I.R. et les articles 111 et 113 de la *Loi sur les impôts*[11] peuvent s'appliquer à un prêt consenti à un employé non actionnaire, pour qu'il devienne actionnaire de la société. Dans les deux cas, les autorités fiscales n'ont pas commenté les règles fiscales relatives au revenu tiré d'une charge ou d'un emploi. Dans la lettre d'interprétation de Revenu Québec, les faits sont décrits comme suit :

- le jour 1, la société fait un prêt à son employé, qui n'est pas actionnaire de la société;

- le jour 2, l'employé utilise le produit de l'emprunt obtenu la veille pour souscrire des actions du capital-actions de la société et devient actionnaire de la société à ce moment.

Selon Revenu Québec, l'article 113 L.I. ne s'appliquerait pas dans le cas exposé, puisque l'employé n'est pas un actionnaire de la société au moment où le prêt lui est consenti par la société. De plus, l'avantage imposable

---

9 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0172841E5, 7 septembre 2006.

10 REVENU QUÉBEC, *Documentation québécoise*, dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, lettre d'interprétation 06-010135, 15 mai 2006.

11 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

calculé en vertu de l'article 487.3 L.I. ne serait pas inclus dans le revenu de l'employé actionnaire, puisqu'il n'est pas un actionnaire de la société au moment où il reçoit le prêt. Revenu Québec fait cependant une mise en garde à savoir que, lorsqu'il s'avère qu'une transaction qualifiée de « prêt » par les parties ne constitue pas, dans les faits, un prêt véritable, mais plutôt une appropriation des fonds d'une société en faveur d'un actionnaire ou en faveur d'une personne en vue qu'elle le devienne, l'article 111 L.I. pourrait alors s'appliquer au lieu de l'article 113 L.I.

La position de l'ARC est à l'effet contraire. Selon son interprétation du paragraphe 15(2) L.I.R., il suffit que la personne ait été actionnaire à un moment de l'année où elle a reçu le prêt pour être visée par les dispositions de ce paragraphe. Il faudrait alors déterminer si le prêt peut être exclu de l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. parce qu'il s'agit d'un prêt à une personne qui est employée pour lui permettre d'acquérir des actions du Trésor de la société[12]. De plus, si le prêt est sans intérêts ou à taux d'intérêt réduit, l'employé actionnaire devrait inclure un avantage imposable en vertu du paragraphe 80.4(2) L.I.R.

Par contre, le montant de l'avantage imposable sera réputé être des intérêts payés sur un emprunt[13] si le produit de l'emprunt a servi à acquérir un bien productif de revenus. Les intérêts réputés seront alors déductibles dans le calcul du revenu de l'employé.

2.2. PRÊT À UN ACTIONNAIRE – SOLDE D'OUVERTURE

Un agent de la division des appels a demandé à ses confrères d'Ottawa si le solde d'ouverture d'un prêt à un actionnaire, qui est un « compte courant d'emprunt » et qui n'a pas été inclus dans le calcul du revenu de l'actionnaire pour une année d'imposition antérieure, peut être considéré comme étant reçu dans l'année courante aux fins de l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. Selon l'interprétation que fait l'ARC de cette disposition, la seconde référence à l'« année » au paragraphe 15(2) L.I.R. renvoie à l'année d'imposition pendant laquelle le prêt a été consenti ou la dette contractée. Si les années d'imposition durant lesquelles les dettes formant le solde d'ouverture ont été contractées sont des années prescrites, le solde d'ouverture ne peut être inclus dans le revenu de l'actionnaire pour l'année courante. Cependant, un avantage imposable devra être calculé en

---

12 Par. 15(2.4) L.I.R.

13 Art. 80.5 L.I.R.

vertu du paragraphe 80.4(2) L.I.R. pour la période pendant laquelle le prêt est en circulation.

Les remboursements faits par l'actionnaire sont généralement appliqués aux dettes les plus vieilles (*First In, First Out*). Cependant, une allocation différente pourrait être appliquée si les faits démontrent clairement que c'est l'intention de l'actionnaire. Il pourrait être avantageux d'appliquer les paiements aux dettes plus récentes, c'est-à-dire dans une année non prescrite, pour éviter une inclusion dans le revenu de l'actionnaire.

2.3. PRÊT À UNE SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE À UN TAUX INFÉRIEUR À CELUI DU MARCHÉ – SOCIÉTÉ DONT UN MEMBRE DE LA FAMILLE DU PRÊTEUR EST ACTIONNAIRE

Il arrive fréquemment qu'une personne aide un membre de sa famille qui éprouve certaines difficultés financières. Pour ce faire, il consent alors un prêt à cette personne ou à une société contrôlée par cette dernière à un taux inférieur à celui du marché. Dans certains cas, il arrive que la personne à qui le prêt a été consenti ne puisse jamais le rembourser. La question qui se pose alors est de savoir si une perte peut être réclamée par le prêteur dans le calcul de son revenu. C'est la question à laquelle Revenu Québec a répondu dernièrement[14]. Les faits sont les suivants :

Un contribuable emprunte et utilise une somme pour consentir un prêt à une « société qui exploite une petite entreprise[15] » (ci-après « SEPE ») dans laquelle il n'est pas actionnaire, mais dont son conjoint ou un membre de sa famille est l'actionnaire. Le taux d'intérêt sur le prêt à la SEPE est identique ou inférieur au taux d'intérêt demandé sur l'emprunt. La question est de savoir si le concept de revenus « bruts » énoncé dans l'affaire *Les entreprises Ludco ltée* c. *La Reine*[16] devait être pris en considération pour déterminer si la perte sera réputée nulle en vertu de l'art. 240 L.I.

Revenu Québec est d'avis que, bien que la décision rendue dans l'affaire *Ludco* porte sur le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., les mots en cause sont si proches de ceux de l'article 240 L.I. qu'il serait difficile de justifier une interprétation différente des termes « en vue de faire produire ou gagner un revenu » décrits à l'article 240 L.I. En conséquence, les conditions prévues à

---

[14] REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, mémoire d'opinion 06-0103330, 5 février 2007.

[15] Art. 1 « société qui exploite une petite entreprise » L.I.

[16] [2001] 2 R.C.S. 1082 (ci-après « *Ludco* »).

l'article 240 L.I. sont remplies, car, la créance consentie en faveur de la SEPE portant intérêt, le contribuable avait donc une expectative raisonnable de tirer un revenu brut au moment où il a consenti le prêt à la SEPE. Ainsi, l'un des objets du prêt en faveur de la SEPE est de faire produire ou gagner un revenu de biens, et ce, même si par ailleurs un autre des objets du prêt à la SEPE pourrait être d'aider un membre de sa famille.

2.4. AVANTAGE IMPOSABLE – ASSURANCE MALADIE GRAVE

Une société est titulaire d'une police d'assurance maladie grave dont les prestations lui sont payables. La police comporte un avenant à l'égard du remboursement des primes et c'est l'actionnaire qui sera bénéficiaire du remboursement des primes. La prime est partagée entre la société et l'actionnaire. Dans un tel cas, il y a lieu de se demander comment déterminer l'avantage imposable pour un actionnaire à l'égard d'une telle police d'assurance maladie.

L'ARC ne peut pas conclure qu'il n'y aura aucun avantage conféré à l'actionnaire si une compagnie d'assurances détermine le montant des primes payables pour une police avec ou sans un avenant à l'égard du remboursement des primes et que, dans le cadre d'une convention de prime partagée, une société paie les primes annuelles pour la police d'assurance maladie grave dont elle est bénéficiaire, alors que son seul actionnaire paie les primes annuelles supplémentaires reliées à l'avenant dont il est bénéficiaire. Il s'agit d'une question de fait et l'ARC réitère sa position selon laquelle la valeur de l'avantage pourrait correspondre au montant que l'actionnaire devrait débourser, dans des circonstances similaires, afin d'obtenir d'une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec lui le même avantage qui découle de la transaction concernée[17].

À la question de savoir s'il doit nécessairement y avoir un appauvrissement de la société afin qu'un avantage soit conféré en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., l'ARC répond en citant un passage de la décision *Del Grande* c. *La Reine* :

---

[17] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2004-0090181E5, 30 novembre 2004.

> « Paragraph 15(1)c) contemplates the conferral of a genuine economic benefit upon the shareholder. The word "confer" implies the bestowal of bounty or largesse, to the economic benefit of the conferee and a corresponding economic detriment of the corporation[18]. »

Même si l'ARC ne commente pas ce paragraphe de la décision, le texte nous laisse entendre que les deux conditions sont cumulatives, puisque le juge emploie la conjonction and, c'est-à-dire « et ».

3. CRÉDIT DE TAXE SUR LE CAPITAL DU QUÉBEC – POSITION CONTRADICTOIRE

En vertu des articles 1135.1 L.I. et suivants, une société qui réalise un investissement admissible au cours d'une année d'imposition peut bénéficier d'un crédit non remboursable de taxe sur le capital, pour cette année d'imposition, égal à 5 % du montant de l'investissement admissible. Aux fins de ce crédit, un investissement admissible représente les montants payés pour l'acquisition de matériel de fabrication et de transformation neuf inclus dans la catégorie 43. Le crédit est appliqué en réduction de la taxe sur le capital mais ne peut toutefois excéder la taxe sur le capital payable pour cette année d'imposition. L'excédent peut être reporté aux années d'imposition suivantes en diminution de la taxe sur le capital payable pour ces années.

Lors du congrès de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») en 2006, on a demandé à Revenu Québec de confirmer que le crédit constitue un montant qui devrait être appliqué en réduction du coût des immobilisations. La réponse fut la suivante :

> « Le crédit de taxe sur le capital à l'égard d'investissements admissibles a pour effet de réduire la taxe sur le capital et, par le fait même, la dépense de taxe sur le capital admise en déduction dans le calcul du revenu de la société doit être réduite. En conséquence, il n'a pas pour effet de réduire le coût en capital du bien établi par ailleurs en vertu de l'article 101 L.I.[19] »

On a par la suite demandé à l'ARC si elle partage l'opinion de Revenu Québec et, si la réponse est négative, comment on doit traiter ce crédit[20].

---

[18] 93 D.T.C. 133, 137.

[19] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 52:1-76, question 12, aux pages 52:27-28.

[20] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0212641E5, 22 janvier 2007.

L'ARC ne partage pas la position de Revenu Québec. L'ARC est d'avis que le crédit de taxe sur le capital du Québec est un paiement incitatif et représente une aide gouvernementale[21]. Il ne doit pas être inclus aux revenus selon l'alinéa 12(1)x) L.I.R. mais doit plutôt réduire le coût en capital du bien ayant généré ce crédit, et ce, en vertu du paragraphe 13(7.1) L.I.R.[22]

Aux fins du crédit d'impôt à l'investissement, le coût en capital du bien ayant généré ce crédit doit également être réduit afin de tenir compte de l'aide gouvernementale[23].

L'ARC nous rappelle aussi que le crédit de taxe sur le capital doit être pris en considération lorsqu'il est reçu, c'est-à-dire à la première des circonstances suivantes :

- au moment où il est appliqué en réduction des acomptes provisionnels à payer par le contribuable, s'il est crédité à son compte à titre d'acompte provisionnel par l'autorité fiscale;

- lorsque toutes les conditions d'obtention sont remplies, au premier des moments suivants :

  – au moment où il réduit l'impôt à payer pour une année d'imposition,

  – au moment où il est versé s'il permet d'obtenir ou d'augmenter un remboursement d'impôt[24].

4. PERTE SUR PRÊT IRRÉCOUVRABLE

Un agent de l'ARC a demandé à la Direction des décisions en impôt si des pertes sur des créances irrécouvrables seront réputées nulles en vertu du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. à l'égard de la situation suivante[25]. En 1999,

---

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-273R2, « Aide gouvernementale – Observations générales », 13 septembre 2000, par. 7.

22 *Id*., par. 4 et 8.

23 Al. 127(11.1)b) L.I.R.

24 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 29, 14 juillet 2003.

25 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 5, interprétation technique 2007-0239681I7, 21 juin 2007.

un particulier, M. A, a acquis par l'entremise de son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») des actions d'une SEPE. Par la suite, M. A effectue personnellement des prêts à la SEPE. Ces prêts ne portaient pas intérêt. En décembre 2005, le REÉR vend les actions pour 1 $. M. A déclare que la SEPE est insolvable. Pour son année d'imposition 2005, M. A réclame une perte au titre de placement d'entreprise à l'égard des prêts qu'il considère comme irrécouvrables.

Selon l'ARC, les commentaires du juge McDonald dans l'affaire *Byram* c. *La Reine*[26] peuvent s'appliquer à la présente situation, de sorte que la créance pourrait avoir été acquise en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien. M. A semble avoir avancé les fonds à la SEPE dans le but de lui fournir du capital et il s'attendait probablement à réaliser un revenu provenant de la SEPE par l'intermédiaire de son REÉR, qui est un bien. Étant donné les commentaires du tribunal dans l'affaire *Byram*, l'ARC ne croit pas qu'il y a lieu de réputer nulle la perte de M. A en raison du seul fait que les actions de la SEPE avaient été acquises par le REÉR et non pas personnellement par M. A.

L'ARC base son interprétation sur les paragraphes suivants de la décision :

> « [16] Le libellé de l'article 40 est clair. La question à trancher ne tient pas à l'utilisation de la créance, mais au but dans lequel elle a été acquise. Bien que le sous-alinéa 40(2)*g*)(ii) exige qu'il existe un lien entre le contribuable (c'est-à-dire le prêteur) et le revenu, il n'est pas nécessaire que le contribuable tire directement le revenu du prêt.
>
> [17] Ce raisonnement est aussi compatible avec la réalité commerciale. Il arrive fréquemment que des actionnaires consentent de tels prêts sans intérêt en s'attendant que les activités financées par ces prêts produisent des dividendes. […]
>
> [18] Le but ultime poursuivi par une société mère ou un actionnaire important qui consent un prêt à une société est, sans l'ombre d'un doute, de stimuler le rendement de cette société, augmentant de ce fait le montant des dividendes éventuels déclarés par la société. Il est clair que le texte et l'objet du sous-alinéa 40(2)*g*)(ii) incluent pareille fin, […]
>
> [19] De plus en plus de décisions judiciaires considèrent les réalités commerciales actuelles comme suffisantes pour démontrer que la perspective de réaliser un revenu de dividendes justifie la déduction d'une perte en capital en

[26] 99 D.T.C. 5117 (C.A.F.) (ci-après « *Byram* »).

> vertu du sous-alinéa 40(2)*g*)(ii)[6]. Comme on l'a déjà mentionné, ce raisonnement est compatible avec les réalités commerciales actuelles et avec l'objet du sous-alinéa 40(2)*g*)(ii). […]
>
> [22] Il existe un lien direct entre, d'une part, les actionnaires d'une société et, d'autre part, les gains futurs de la société et les dividendes qu'elle versera. Lorsqu'un actionnaire fournit une garantie ou un prêt sans intérêt à la société dans le but de lui fournir du capital, il existe assurément un lien entre le contribuable et le revenu futur éventuel[9]. Lorsqu'un prêt est consenti en vue de gagner un revenu sous forme de dividendes, ce lien est suffisant pour que soit remplie la condition liée au but fixée par le sous-alinéa 40(2)*g*)(ii)[27]. »

Dans l'affaire *Byram*, le contribuable détenait directement les actions de la société à laquelle il avait consenti le prêt.

5. RACHAT D'ACTIONS LIBELLÉES EN DEVISE AMÉRICAINE – PERTE EN CAPITAL RELATIVE À LA MONNAIE ÉTRANGÈRE

Un agent de l'ARC a demandé à la Direction des décisions en impôt si un contribuable, en l'occurrence une société de portefeuille, a réalisé une perte en capital sur taux de change en raison du rachat d'actions privilégiées libellées en dollars américains, lorsque la contrepartie consiste en l'émission d'actions privilégiées libellées en dollars canadiens[28].

Selon l'ARC, pour que les dispositions du paragraphe 39(2) L.I.R. s'appliquent, le gain ou la perte doivent résulter de la fluctuation postérieure à 1971, de la valeur de la monnaie d'un pays étranger par rapport à la monnaie canadienne. De plus, dans la mesure où le patrimoine du contribuable n'est aucunement touché par une opération donnée, il leur apparaît difficile de prétendre que le contribuable puisse subir une perte en raison de cette même opération donnée. Selon l'interprétation de l'ARC, si le rachat avait entraîné une sortie de biens du patrimoine du contribuable, c'est-à-dire un montant en espèces, on pourrait alors conclure que le contribuable a subi une perte. Le contribuable réalisera la perte lors du rachat des actions privilégiées libellées en dollars canadiens, en remettant à l'actionnaire des biens de son patrimoine. Les faits à l'origine de cette interprétation sont les suivants :

---

27 *Id*., 5120-5121.

28 *Tax Window Files, op. cit*., note 5, interprétation technique 2007-0228601I7, 23 juillet 2007.

Dans le cadre d'une série de transactions, une société (ci-après « Gesco ») acquiert de sa société mère (ci-après « Mèreco ») la totalité des actions d'une société étrangère. La transaction est visée par les dispositions de roulement prévues à l'article 85 L.I.R. Gesco a émis, en contrepartie, des actions privilégiées dont la valeur de rachat est établie en dollars américains. Par la suite, le contribuable a constaté que le transfert contrevenait à une ordonnance et que Mèreco devait détenir directement les actions avec droit de vote de la filiale étrangère. Les actions de cette dernière ont été « rétrocédées » à Mèreco en franchise d'impôt, à la suite d'une série de transactions, qui sont décrites dans le texte de l'interprétation technique. À la suite de cette série de transactions, Gesco ne détenait plus d'actifs dont la valeur était établie en dollars américains. Cependant, la valeur de rachat des actions privilégiées était toujours déterminée en dollars américains. Il a donc été décidé d'éliminer le risque associé aux fluctuations du taux de change.

Pour ce faire, Gesco a racheté les actions privilégiées libellées en dollars américains et a émis, en contrepartie, des actions privilégiées libellées en dollars canadiens. Les caractéristiques des actions libellées en dollars canadiens étaient légèrement différentes de celles des actions libellées en dollars américains. La transaction a été effectuée en franchise d'impôt, en vertu des dispositions de l'article 86 L.I.R. pour Mèreco. Cette dernière n'a réalisé aucun gain sur taux de change. À cet égard, les représentants des contribuables se sont appuyés sur la position depuis longtemps établie par l'ARC à savoir que, lorsqu'il y a une disposition d'immobilisations et que cette disposition n'entraîne pas un gain ni une perte aux fins de l'article 40 L.I.R., il n'y a pas non plus de gain ni de perte aux fins des paragraphes 39(1) et 39(2) L.I.R. En d'autres termes, cette position de l'ARC permet au contribuable effectuant une disposition d'immobilisations en franchise d'impôt en vertu d'une quelconque disposition de « roulement » de la loi de reporter non seulement le gain attribuable à la valeur intrinsèque de l'immobilisation, mais également tout gain de change relatif à cette immobilisation. Il est à noter que l'ARC considère que l'affaire *La Reine* c. *MacMillan Bloedel Limited*[29] n'interfère pas avec cette position.

Cependant, les représentants de Gesco prétendent que cette dernière a réalisé une perte en capital résultant de la disposition de la monnaie d'un pays étranger en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. Les actions privilégiées libellées en dollars américains ont été émises à un moment où le taux de change était de 1 $ US pour 1,4745 $ CAN. Au moment du rachat des

---

[29] 99 D.T.C. 5454 (C.A.F.) (ci-après « *MacMillan Bloedel* »).

actions privilégiées libellées en dollars américains, le dollar américain valait 1,5887 $ CAN.

Les représentants du contribuable ont basé leur interprétation sur la décision rendue dans l'affaire *MacMillan Bloedel*. Dans cette affaire, MacMillan Bloedel a racheté ses actions et elle a dû débourser 24,9 M$ de plus que ce qu'elle avait reçu lors de leur émission. La Cour d'appel fédérale a conclu que l'excédent payé par le contribuable lors du rachat des actions, par suite d'une hausse de la valeur du dollar américain par rapport à la monnaie canadienne, constituait une perte en capital selon le paragraphe 39(2) L.I.R. Selon les représentants des contribuables, ni le paragraphe 39(2) L.I.R. ni l'affaire *MacMillan Bloedel* n'exigent que les paiements aient lieu en espèces. L'ARC n'a pas retenu ces prétentions.

6. AVANTAGE IMPOSABLE POUR L'UTILISATION D'UNE AUTOMOBILE – PLUS D'UN EMPLOYÉ OU PLUS D'UNE AUTOMOBILE

Le montant de l'avantage imposable calculé à l'égard de l'utilisation d'une automobile par un employé est souvent important. On a demandé à l'ARC de préciser sa position à l'égard des deux situations suivantes[30] :

Dans un premier temps, lorsqu'il n'y a qu'une seule automobile qui est mise à la disposition de plus d'un employé à la fois, y a-t-il une méthode de calcul qui établirait la proportion de l'avantage pour chaque employé qui bénéficie de l'automobile, ou chaque employé se verrait attribuer 100 % des frais pour droit d'usage? Par exemple, une automobile est à la disposition des employés A, B et C selon le principe « du premier arrivé, premier servi ». A a utilisé l'automobile 30 % des jours disponibles, B 20 % des jours disponibles et C 10 % des jours disponibles. L'automobile n'est pas utilisée 30 % de l'année et n'est pas disponible 10 % de l'année, et ce, pour en faire l'entretien. Si le total des frais pour droit d'usage est de 2 500 $, est-ce que A, B et C ont chacun des frais pour droit d'usage de 2 500 $, ou si un montant moindre peut être ajouté à leurs revenus? Si c'est un montant moindre, combien devrait être attribué à chaque employé?

Dans un deuxième temps, lorsqu'il y a plus d'une automobile qui est mise à la disposition d'un employé pour une période de temps, y a-t-il une méthode de calcul qui établirait la proportion des frais pour droit d'usage à partir des automobiles disponibles, ou si 100 % des frais pour droit d'usage

---

[30] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0214581C6, 21 février 2007.

pour chaque automobile doit être attribué à chacun des employés pour lequel une automobile est mise à sa disposition? Prenons, par exemple, un groupe de cinq automobiles mises à la disposition de trois employés qui peuvent les utiliser en fonction du premier arrivé, premier servi. Quel serait le montant des frais pour droit d'usage qui serait attribué à chacun des employés? S'il était nécessaire d'avoir des faits additionnels, quels faits seraient pertinents afin de procéder à l'attribution?

L'ARC rappelle tout d'abord que, selon l'alinéa 6(1)e) L.I.R. et le paragraphe 6(2) L.I.R., pour un employé, l'avantage des frais pour droit d'usage est calculé en fonction du nombre de jours où une automobile est mise à sa disposition – tout cela ne dépend pas de l'usage ou du non-usage, mais de la mise à la disposition. Même si elle est utilisée toute la journée ou une partie de la journée, ou même si l'automobile se trouve dans le garage, dans l'allée d'accès au garage ou dans la place de stationnement de l'employé, l'automobile est considérée comme étant « à sa disposition ».

L'ARC ne considère pas qu'une automobile est mise à la disposition d'un employé durant la période où celle-ci a été utilisée par une autre personne pendant une journée entière, dans la mesure où il est possible d'en justifier son utilisation réelle au moyen de documents, comme un journal de déplacement de l'automobile, et dans la mesure où tous les employés sont d'accord avec les montants déclarés. De plus, on doit porter une attention raisonnable à tous les employés faisant partie du groupe des utilisateurs durant les jours où une automobile était à leur disposition, mais qui n'avait été utilisée par aucun employé du groupe.

En fonction de la mise en situation proposée, l'ARC considère que les pourcentages suivants seraient raisonnables :

	Pourcentage du temps d'utilisation				Total
	Utilisée – 60 %	Non utilisée – 30 %	Non disponible – 10 %		
Employé A	30 %	10 %	1/2	5,00 %	45,00 %
Employé B	20 %	10 %	1/3	3,33 %	33,33 %
Employé C	10 %	10 %	1/6	1,67 %[31]	21,67 %

[31] Le texte de l'interprétation technique indique un pourcentage de 2,7 %, ce qui ne correspond pas à la base de calcul.

Le temps pendant lequel l'automobile n'est pas utilisée est réparti également entre les employés, alors que le temps pendant lequel l'automobile n'est pas disponible est réparti en proportion de l'utilisation réelle de l'automobile par les employés.

Dans la situation où plusieurs automobiles sont mises à la disposition d'un nombre moindre d'employés, l'ARC confirme la position énoncée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-63R5[32], à savoir que, lorsque l'employé ne s'est pas vu attribuer une automobile à long terme ou pour son usage exclusif, la méthode d'établissement de la moyenne permet que toutes les automobiles mises à la disposition de l'employé ou d'une personne qui lui est liée à tout moment durant l'année civile soient regroupées dans des fourchettes de prix d'achat ne dépassant pas 5 000 $ chacune ou dans des fourchettes de frais de location ne dépassant pas 1 200 $ chacune, si tel est le cas, et le coût moyen de chaque fourchette devient le coût d'achat ou le coût de location des automobiles mises à la disposition de l'employé pour la période.

7. LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Plusieurs interprétations et décisions anticipées ont été publiées au cours des derniers mois concernant la déductibilité des intérêts. Les tribunaux ont rendu des décisions parfois contraires aux positions de l'ARC dans son *Bulletin d'interprétation* IT-533[33] (pourtant récent) et il est instructif d'analyser comment l'ARC interprète ces décisions.

Entre autres, lors de la Table ronde de l'ARC tenue durant la conférence annuelle de juin 2007 de la Society of Trust and Estate Practitioners (ci-après « STEP »)[34], on a demandé à l'ARC comment elle concilie l'arrêt *Lipson* c. *La Reine*[35] du 29 mars 2007 avec sa position publiée dans le *Bulletin*

---

32 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-63R5, « Avantages, y compris les frais pour droit d'usage d'une automobile qui découlent de l'usage à des fins personnelles d'un véhicule à moteur fourni par l'employeur après 1992 », 21 août 1995, par. 20.

33 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité des intérêts et questions connexes », 31 octobre 2003.

34 « Table ronde de Revenu Canada », dans *STEP Canada 9th National Conference*, Toronto, Society of Trust and Estate Practitioners, 2007.

35 2007 D.T.C. 5172 (C.A.F.) (ci-après « *Lipson* »). Cette affaire a été portée en appel auprès de la Cour suprême du Canada, qui a accepté d'entendre la cause le 25 octobre 2007.

d'interprétation IT-533[36] et compte tenu du fait que cette affaire semble contredire les conclusions de l'arrêt *Singleton* c. *Canada*[37]. L'ARC a indiqué que la RGAÉ n'avait pas été invoquée par le ministre dans l'affaire *Singleton*. Dans l'affaire *Lipson*, la Cour d'appel fédérale a confirmé que la série de transactions effectuées par le contribuable faisait partie d'une série qui consistait à rendre déductibles des intérêts sur un emprunt hypothécaire résidentiel (emprunt personnel) et constituait un abus de la loi, même si chaque étape respectait la lettre de la loi. L'ARC a aussi ajouté qu'elle reconsidérait actuellement sa position du *Bulletin d'interprétation* et que ses conclusions seraient publiées dans une prochaine *Nouvelle technique*[38].

La structure d'une transaction revêt une importance primordiale lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences fiscales qui en découlent, comme le démontrent les décisions rendues par l'ARC dans le cadre d'interprétations techniques. Les deux premières décisions concernent des situations similaires et les réponses sont identiques. Dans le premier cas[39], les faits suivants sont soumis à l'ARC à l'égard de deux situations :

- **Première situation**

Dans le cadre de la constitution d'Opco, un individu a souscrit à 100 actions ordinaires d'Opco pour 100 $. Deux ans après cette souscription, l'individu a emprunté la somme de 100 000 $ auprès d'une institution financière et a utilisé l'argent emprunté pour souscrire à 50 nouvelles actions ordinaires d'Opco. À la suite de cette souscription, l'individu détenait 150 actions ordinaires, dont le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et le capital déclaré étaient de 100 100 $. Quelques années après cette dernière souscription, la société a versé la somme de 100 000 $ à l'individu, en paiement d'une réduction du capital déclaré des actions ordinaires. Immédiatement après cette réduction, le PBR et le capital déclaré des 150 actions ordinaires étaient de 100 $ et leur JVM était de 400 000 $. L'individu n'a pas utilisé la somme reçue pour rembourser son emprunt. Il a plutôt utilisé cette somme à des fins personnelles.

---

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 33, par. 13.

37 2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.) (ci-après « *Singleton* »).

38 Cette réponse est reproduite dans *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2007-0240461C6, 8 juin 2007.

39 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2005-0156891E5, 11 mai 2007.

- **Deuxième situation**

L'individu est l'un des trois associés d'une SENC. Le capital comptable (avoir de l'associé) attribuable à la participation de l'individu dans la SENC est de 50 000 $. La JVM de la participation de l'individu dans la SENC est de 160 000 $. L'individu avait, à l'origine, emprunté 40 000 $ auprès d'une institution financière pour fournir son apport dans la SENC La SENC effectue une distribution de l'apport de capital de 100 000 $ à chaque associé. L'individu utilise cette somme à des fins personnelles et conserve l'emprunt de 40 000 $ auprès de l'institution financière. Après la distribution par la SENC, le capital comptable de la participation de l'individu est négatif de 50 000 $, mais la JVM de sa participation est de 60 000 $.

Dans le deuxième cas, la situation est identique à la première situation, à l'exception du fait que la réduction du capital versé (ci-après « CV ») s'effectue immédiatement après la souscription[40].

Dans les deux cas, l'ARC est d'avis que les intérêts sur l'emprunt ne seront plus déductibles après la réduction du CV ou le remboursement de capital à l'associé. Les réponses sont brèves et diffèrent quelque peu quant aux motifs. Dans le premier cas, l'ARC mentionne qu'il faut établir un lien direct entre l'argent emprunté et les fonds reçus lors du remboursement du capital ou de l'apport. Par conséquent, les intérêts ne pourraient pas continuer d'être déductibles puisque la somme reçue à titre de remboursement du capital ou de l'apport n'est pas utilisée à une fin admissible.

Dans le deuxième cas, on y mentionne tout simplement que la condition selon laquelle l'argent emprunté est utilisé en vue de gagner un revenu d'une entreprise ou d'un bien est une question de fait et, dans le présent cas, cette condition n'est pas respectée, puisque l'argent investi est immédiatement retourné à l'actionnaire.

Ces deux interprétations techniques modifient la position longtemps adoptée par l'ARC depuis 1993[41] et confirmée en 1998[42], à savoir que, si la JVM des actions après le remboursement de capital est supérieure au montant de l'emprunt, alors les intérêts seront déductibles.

---

40 *Id.*, interprétation technique 2006-0191681E5, 11 mai 2007.

41 *Id.*, interprétation technique 9315965, 17 juin 1993.

42 *Id.*, interprétation technique 9817625, 17 septembre 1998.

Les autorités fiscales ont cependant confirmé que les intérêts continueraient d'être déductibles dans la situation suivante[43] : au cours de l'année 2004, un particulier emprunte 300 000 $ et il acquiert pour 200 000 $ des actions d'une société déjà existante, P Co. Il utilise les autres 100 000 $ pour acquérir des actions de H Co. Le particulier transfère ses actions de H Co à Gesco par voie de roulement fiscal. Il reçoit en contrepartie 100 000 $ comptant et des actions de Gesco. À ce moment, le solde de l'emprunt est de 160 000 $. Il utilise les fonds reçus à des fins personnelles.

L'ARC rappelle sa position selon laquelle tout remboursement de capital de l'emprunt réduit à la fois la portion de l'emprunt ayant servi à acquérir les actions de H Co et la portion de l'emprunt ayant servi à acquérir les actions de P Co. Elle mentionne aussi que c'est l'usage actuel des fonds et non l'usage d'origine des fonds empruntés qui est pertinent. Par conséquent, on doit déterminer l'utilisation actuelle de la portion de l'emprunt représentant 53 333 $.

Faisant référence au *Bulletin d'interprétation* IT-533[44], dans le cas où un bien acquis avec de l'argent emprunté est remplacé par plus d'un bien, l'ARC permet d'adopter une approche flexible pour établir un lien, comme ce fut le cas dans l'affaire *Ludco*[45]. Selon une approche flexible pour établir un lien, les contribuables peuvent attribuer, à raison d'un dollar pour chaque dollar, l'argent emprunté non remboursé à la valeur des biens de remplacement acquis.

Par conséquent, l'ARC est d'avis que les intérêts sur la somme de 53 333 $ demeureront déductibles, pourvu que la valeur des actions de Gesco soit supérieure au solde de l'emprunt et qu'il y ait une expectative raisonnable de profit.

Dans un exemple très récent soumis aux fins d'interprétation à l'ARC[46], un contribuable emprunte la somme de 100 000 $ en 2003, qui est investie en actions privilégiées. En 2006, les actions sont rachetées et un billet à payer portant intérêt est émis en faveur du contribuable, payable sur une période de deux ans. On demande à l'ARC de confirmer que les intérêts sur

---

43 *Id*., interprétation technique 2007-0219791E5, 6 mars 2007.

44 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 33, par. 15.

45 Précité, note 16.

46 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 5, interprétation technique 2006-0209001E5, 16 août 2007.

l'emprunt sont entièrement déductibles même après l'année 2006, alors qu'une partie des sommes reçues par le contribuable lors du paiement du billet est utilisée à des fins personnelles. Tel qu'il est prévu, l'ARC rappelle que, selon les critères définis par la jurisprudence au cours des dernières années, le test est d'analyser l'utilisation courante des sommes empruntées afin de déterminer si les intérêts sont déductibles, selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Ainsi, la portion du billet reçue par le contribuable utilisée à des fins personnelles ne satisfait pas au critère de déductibilité selon l'ARC et la proportion des intérêts sur l'emprunt qui n'est pas utilisée, aux fins de gagner un revenu, ne sera pas déductible.

Avec une structure plus complexe, il serait donc possible de continuer à déduire les intérêts tout en utilisant les fonds reçus à des fins personnelles. Mais, en fin de compte, peu importe la structure utilisée, le résultat est le même.

Dans un même ordre d'idées, on a posé la question à l'ARC, à savoir si les intérêts sur des sommes empruntées pour investir dans des unités de fonds mutuels demeuraient déductibles après des remboursements de capital[47]. Fidèle à ses positions antérieures décrites précédemment, l'ARC a indiqué que l'utilisation courante des sommes empruntées doit être analysée afin de statuer sur la déductibilité des intérêts. Si les remboursements sont utilisés afin d'investir dans d'autres biens produisant un revenu, on conclura que c'est une utilisation admissible par rapport à une utilisation personnelle des sommes reçues.

Une question a été posée à l'ARC concernant la déductibilité d'un emprunt utilisé afin de rembourser un emprunt sans intérêts, dont les sommes avaient été utilisées pour gagner du revenu d'entreprise active. L'ARC a confirmé que les intérêts seraient déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c)i) L.I.R. et en vertu du paragraphe 20(3) L.I.R., dans la mesure où les intérêts sur le premier emprunt auraient été déductibles si cet emprunt avait porté intérêt.

Au cours de la dernière année, une décision anticipée confirmant la déductibilité des intérêts dans un contexte où l'argent emprunté est amalgamé avec d'autres fonds et sert à plusieurs utilisations a été publiée. L'ARC consent généralement à ce que les contribuables adoptent une approche flexible pour établir le lien entre les sommes empruntées et

---

47 *Id*., interprétation technique 2007-0236351E5, 21 août 2007.

l'utilisation actuelle[48]. Dans une situation un peu particulière[49], le contribuable a deux « facilités » d'emprunts. L'une à long terme en dollars américains et l'autre à court terme en dollars canadiens. Il a aussi plusieurs comptes bancaires, dont un en dollars américains, un autre en euros et un autre encore en dollars canadiens. Les sommes seront utilisées afin de rembourser du CV sur les actions émises par la société, pour le remboursement d'emprunts antérieurs et le paiement de diverses dépenses engagées pour gagner un revenu d'entreprise ou de biens. Les recettes provenant des activités commerciales de la société seront déposées dans l'un ou l'autre des comptes, selon la devise utilisée par le client. Enfin, une partie de ces sommes sera utilisée pour verser des avances sans intérêts ou des dividendes à la société mère.

Dans une autre interprétation[50], l'ARC a pris une approche stricte afin de refuser la déductibilité des intérêts. Les faits sont les suivants : une société en difficulté financière réclame la protection contre ses créanciers en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[51]. Les tribunaux ont autorisé la société à poursuivre ses activités commerciales, sans avoir à effectuer des paiements de capital et intérêts sur ses dettes. La société a déduit les intérêts courus sur les dettes soumises à la suspension des procédures pendant la période couverte par l'ordonnance. S'appuyant sur les conclusions de l'arrêt *Barbican Properties Inc.* c. *La Reine*[52], l'ARC a indiqué que les intérêts ne seraient pas déductibles parce que, en vertu de l'ordonnance sous la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, il n'y avait pas d'obligation légale de payer les intérêts sur une dette, tant que celle-ci n'est pas encore acceptée comme réclamation prouvable. En effet, ces créanciers n'ont pas de recours contre le débiteur et l'une des conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. n'est pas remplie. Dans l'affaire *Barbican*, le tribunal a maintenu que l'obligation de payer les intérêts était une obligation conditionnelle. Le contribuable qui effectuait des emprunts pour l'acquisition de biens immobiliers en difficulté n'avait pas l'obligation légale de payer la banque (qui était créancière), puisque le paiement des intérêts dépendait des flux monétaires réalisés sur ses

---

48 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 33, par. 18 et 19.

49 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 5, interprétations techniques 2006-0186681R3, 2 août 2006 et 2006-0208461R3, 1er novembre 2006.

50 *Id*., interprétation technique 2006-021468117, 14 mars 2007.

51 L.R.C. (1985), c. C-36.

52 97 D.T.C. 122 (C.C.I.) (ci-après « *Barbican* »).

propriétés et la banque ne pouvait forcer le débiteur à lui rembourser l'argent emprunté.

8. ESCOMPTE À LA VENTE DE COMPTES CLIENTS

Une interprétation du mois d'octobre 2006[53] analyse le traitement fiscal de l'escompte engagé sur la vente de comptes clients en vertu d'un contrat d'affacturage. De façon plus précise, on a demandé à l'ARC de déterminer si le produit de la vente des comptes clients est de nature courante ou de nature capital. Le contribuable se questionne à savoir si la question de l'utilisation du produit de la vente intervient dans la qualification de la nature du produit de la vente. Dans ce cas, on posait l'hypothèse que le produit de la vente serait utilisé pour des transactions de nature capital. Suivant les conclusions de deux arrêts, soit *The E.C.E. Group Ltd.* c. *MRN*[54] et *Millford Development Limited* c. *La Reine*[55], l'ARC est d'opinion que l'escompte ou la perte sur la vente de comptes clients est une dépense courante si les ventes donnant naissance aux comptes clients ont eu lieu dans le cours normal des affaires du vendeur. Elle s'appuie également sur le *Bulletin d'interprétation* IT-188R et sur le *Bulletin d'interprétation* IT-442R[56].

9. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'EMPRUNTS

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533[57], il est mentionné que des dépenses d'intérêts peuvent parfois être déductibles, même lorsque le critère de l'utilisation directe des fonds des sous-alinéas 20(1)c)(i) et (ii) L.I.R. n'est pas respecté. Selon les conclusions de l'arrêt *Trans-Prairie Pipelines Ltd.* c. *MRN*[58], l'utilisation indirecte est acceptable de façon exceptionnelle, notamment lorsque des fonds sont empruntés pour verser des dividendes ou racheter des actions. Le critère de la fin est respecté lorsque l'argent emprunté remplace le capital qui a été utilisé à des fins admissibles. C'est le

---

53 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0199721I7, 30 octobre 2006.

54 92 D.T.C. 2019 (C.C.I.).

55 93 D.T.C. 5052 (C.F.).

56 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-188R, « Vente de créances », 1er janvier 1995, par. 8; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-442R, « Mauvaises créances et provision pour créances douteuses », 1er janvier 1995, par. 1.

57 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 33, par. 22 à 24.

58 1970 D.T.C. 6351 (C. de l'É.).

concept du « vide à combler » (*filling the hole*) qui est en jeu ici. Il y a deux ans, l'ARC avait indiqué que ce principe ne s'appliquait que dans la situation où l'on déduit des intérêts et non lorsqu'il était question des frais de financement visés à l'alinéa 20 (1)e) L.I.R.[59]

Pourtant, dans le *Bulletin d'interprétation* IT-341R4[60], on indiquait que les sommes seraient déductibles si elles étaient empruntées afin de verser des dividendes ou de rembourser du capital investi. De plus, au paragraphe 10 de ce bulletin, il est mentionné que les dépenses engagées par la société émettrice doivent généralement être au bénéfice de celle-ci. On donne l'exemple où la société mère ne pourrait pas déduire les frais d'émission engagés pour que sa filiale émette de ses actions. On permet toutefois une charge intersociétés afin que la dépense soit inscrite dans les livres de la société qui a émis les actions. Dans une interprétation récente[61], l'ARC a révisé sa position et accepte maintenant que le principe de l'utilisation indirecte des fonds soit appliqué aux frais d'emprunt et d'émission de titre visés à l'alinéa 20(1)e) L.I.R. Cette nouvelle position est plus logique puisqu'il est fréquent que frais d'intérêts et frais d'emprunts soient jumelés; la non-déductibilité d'un type de dépenses par rapport à l'autre poserait des difficultés importantes aux contribuables.

10. LE COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Quelques interprétations dignes d'intérêt ont été publiées au cours des derniers mois au sujet du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »).

---

59 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2005-015121lI7, 19 octobre 2005. Dans cette demande d'interprétation, on avait demandé si la société mère Aco était autorisée à déduire des frais d'émission d'actions privilégiées dont les sommes sont utilisées afin d'investir dans une de ses filiales Dco qui prête les sommes (portant intérêt) à sa société mère Cco, filiale d'Aco.

60 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-341R4, « Frais d'émission ou de vente d'actions, d'unités dans une fiducie, de participations dans une société de personnes ou dans un syndicat et frais d'emprunt », 26 février 2007, par. 9.

61 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2005-0161661E5, 14 mars 2007.

10.1. LES REMISES DE DETTE

Lors d'une remise de dette, le « montant remis »[62] réduit certains attributs fiscaux, tels que les pertes autres qu'en capital, les pertes en capital, le PBR ou la fraction non amortie du coût en capital (dans le cas de biens amortissables), que le contribuable possède[63]. La moitié de l'excédent du gain qui n'a pas réduit les attributs fiscaux sera incluse dans les revenus, selon le paragraphe 80(13) L.I.R.

Dans une demande d'interprétation[64], on analyse l'effet sur le CDC des remises de dette commerciales et, particulièrement, de l'application du paragraphe 80(4) L.I.R. à une société privée qui avait réalisé des pertes en capital nettes. Est-ce que l'application du paragraphe 80(4) L.I.R. élimine les pertes en capital, ce qui pourrait avoir l'avantage de créer un CDC positif qui pourrait éventuellement être distribué? Non, répond l'ARC. La réduction des pertes en capital nettes suivant le paragraphe 80(4) L.I.R. ne devrait pas intervenir dans le calcul du CDC. Il est mentionné au sous-alinéa 89(1)a)(ii) L.I.R. que, dans le calcul du CDC, il faut tenir compte des pertes en capital et des pertes en capital déductibles réalisées par le contribuable au cours de la période de calcul. Selon l'ARC, la réduction à l'alinéa 80(4)b) L.I.R. fait référence aux pertes nettes en capital du contribuable quand une de ses dettes commerciales a été réglée et un montant remis en a résulté. Selon l'ARC, il s'agit de pertes en capital de différentes provenances (?). Nous ne comprenons pas l'explication de l'ARC. Nous croyons plutôt que l'ARC considère que la partie non déductible de la perte en capital n'a pas été touchée par la remise de dette, puisque le paragraphe 80(4) L.I.R. fait référence aux pertes nettes en capital et non aux pertes en capital. Quoi qu'il en soit, nous estimons que c'est une position très désavantageuse. En effet, lors de la réalisation de gains en capital futurs, le contribuable (dans la situation où il est question d'une société privée) ne pourra pas réduire le gain en capital imposable des pertes en capital déductibles, puisqu'elles auront été réduites par la remise de dette. Toutefois, la portion non imposable de ce gain ne pourra être distribuée aux actionnaires tant que le solde des gains non imposables n'excédera pas les pertes en capital non déductibles qui n'ont pas été touchées par cette remise de dette.

---

62 Voir définition du paragraphe 80(1) L.I.R.

63 Voir à cet effet l'alinéa 80(2)c) L.I.R. et les paragraphes 80(3) à 80(12) L.I.R. inclusivement.

64 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-020290117, 28 septembre 2006.

10.2. DIVIDENDES EN CAPITAL EXCÉDENTAIRES

Qu'arrive-t-il si une portion d'un dividende en capital déclaré est excédentaire mais que le montant n'est pas entièrement versé à l'actionnaire?

Dans une situation soumise par un bureau de services fiscaux de l'ARC à son service d'interprétation[65], une société privée a déclaré un dividende en capital et produit les formulaires requis. Après vérification de ceux-ci, l'ARC a informé le contribuable que le dividende déclaré excédait le CDC. À la suite de cette information, le contribuable a fait le choix en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. afin de considérer le dividende excédentaire en tant que dividende distinct et imposable.

L'ARC a aussi constaté que le dividende en capital déclaré n'a fait l'objet d'aucun mouvement mais a plutôt été crédité au compte « Dû à l'actionnaire ». Dans ce dernier compte, des salaires à payer ainsi que des intérêts ont été enregistrés et on a débité un montant qui a été effectivement versé à l'actionnaire. Aucun dividende imposable n'a été déclaré par l'actionnaire au cours de l'année dans sa déclaration de revenus. Le bureau de district se pose la question à savoir s'il y avait possibilité de recotiser l'actionnaire en tenant compte que ce qui lui a été versé est en premier lieu le dividende distinct et non le dividende en capital (un exemple où l'ARC s'acharne à tirer le maximum d'une situation du contribuable).

Le service d'interprétation est d'opinion qu'il est nécessaire de déterminer ce que la société avait l'intention de payer pour déterminer ce qui a été effectivement reçu par l'actionnaire. Il s'agit d'examiner les faits et circonstances relativement à chaque cas (par exemple, la production de Feuillets T-4 ou de T-5 envers l'actionnaire démontrerait que la société a eu l'intention de verser des salaires ou des intérêts). Dans la situation présente, vu la déclaration d'un dividende excédentaire en même temps que le dividende en capital (à la suite de l'exercice de son choix du paragraphe 184(3) L.I.R.), l'ARC est d'opinion que chaque dollar de dividende comporte sa proportion de dividende imposable et non imposable. Nous estimons que l'appellation dividende excédentaire perd alors tout son sens et que la loi, telle qu'elle est rédigée[66], ne permet pas d'arriver à une telle conclusion.

---

65 *Id*., interprétation technique 2007-022943I7, 29 juin 2007.

66 Notamment le libellé du paragraphe 184(3) L.I.R.

10.3. PÉRIODE DE PRESCRIPTION

Une autre interprétation récente[67] vient confirmer nos craintes quant au délai dont dispose l'ARC pour réviser la composition d'un CDC. L'ARC estime que les montants et les éléments qui composent le compte ne sont pas soumis à la période normale de recotisation du paragraphe 152(3.1) L.I.R. en raison du caractère cumulatif de ce compte. En conséquence, le gain en capital ayant été réalisé au cours d'une année à l'extérieur de la période de cotisation peut être rajusté aux fins du calcul du CDC lorsque le dividende est versé.

10.4. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ À LA SUITE DE LA LIQUIDATION DE SA FILIALE

Dans le cadre de la liquidation d'une filiale dans sa société mère, il est nécessaire de considérer les impacts tant positifs que négatifs de cette opération. En effet, il est fréquent que le but de ces liquidations ou fusions soit de permettre à la société mère d'utiliser les pertes subies par la filiale ou d'autres attributs fiscaux que la société mère pourra monnayer facilement. À l'inverse, la société mère pourra « hériter » d'attributs fiscaux de la filiale qui sont moins alléchants, tel un CDC négatif. Lorsque les deux sociétés existent de façon distincte, le CDC est calculé de façon distincte. Si la filiale a un CDC négatif, cela n'empêchera pas la société mère de verser un CDC à ses actionnaires dans la mesure où cette dernière a un CDC positif, soumis à l'application potentielle du paragraphe 83(2.1) ou 83(2.2) L.I.R. Dans une demande d'interprétation[68], l'effet de la liquidation selon le paragraphe 88(1) L.I.R. d'une filiale, Bco, dans sa société mère, Aco, a été considéré. Aco avait un solde positif de CDC entièrement attribuable à un solde positif de la portion non imposable des gains en capital[69]. Bco avait un solde négatif à l'alinéa 89(1)a) L.I.R. : le solde des pertes en capital non déductibles est supérieur à la portion non imposable des gains en capital accumulés. Bco a aussi un solde positif à l'alinéa 89(1)c.2) L.I.R. en vertu de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. Aux fins des effets de la liquidation sur le CDC, l'alinéa 88(1)e.2) L.I.R. nous indique que l'alinéa 87(2)z.1) L.I.R. s'applique aussi bien aux liquidations qu'aux fusions. Il est présumé qu'une nouvelle société issue de la liquidation de la filiale dans la société mère existe aux fins du calcul du

---

67 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0185291E5, 11 juin 2007.

68 *Id.*, interprétation technique 2007-022338117, 29 mai 2007.

69 Al. 89(1)a) L.I.R.

CDC et est la continuation de chacune d'entre elles. La société mère doit donc tenir compte des divers montants qui composent le CDC de la filiale liquidée. Dans cette situation, la liquidation de Bco dans sa société mère empêche la société mère de verser le CDC provenant de la portion non imposable du gain en capital.

10.5. DIVIDENDES PRÉSUMÉS SELON L'ALINÉA 84.1(1)b) L.I.R. ET DIVIDENDE EN CAPITAL

Deux questions virtuellement identiques mais séparées par un écart de cinq ans ont reçu des réponses opposées de l'ARC. En 2002[70], les faits suivants sont soumis : M. A est actionnaire unique d'Opco 1 et M^me^ A (épouse de M. A) est l'actionnaire unique d'Opco 2. Opco 1 et Opco 2 sont des sociétés privées au sens du paragraphe 89(1) L.I.R. M. A dispose de ses actions d'Opco 1 en faveur d'Opco 2, en contrepartie d'un billet. L'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. s'applique et un dividende est réputé avoir été versé par Opco 2 à M. A et reçu par celui-ci lors de la disposition. Par ailleurs, Opco 2 dispose d'un solde suffisant de CDC pour faire un choix afin que le dividende réputé versé selon l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. soit considéré comme un dividende en capital selon le paragraphe 83(2) L.I.R. L'ARC considère que le libellé de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. présume qu'un dividende est réputé versé mais ne précise pas que celui-ci est versé sur des actions du capital-actions d'une société. Or, M. A n'est pas actionnaire d'Opco 2. L'ARC estime que le paragraphe 84(7) L.I.R. établit seulement qu'un dividende réputé versé par une société est réputé être devenu payable. Selon l'ARC, il faudrait que la loi soit changée afin qu'il y ait présomption qu'un dividende soit réputé versé sur des actions de la société afin que l'on puisse effectuer un choix au paragraphe 83(2) L.I.R. En effet, le paragraphe 83(2) L.I.R. mentionne ceci : « lorsqu'un dividende devient payable par une société privée aux actionnaires d'une catégorie d'actions ».

En 2007, des faits assez similaires sont soumis à l'ARC[71] : M. X détient des actions privilégiées d'Opco 1 dont la valeur de rachat est de 5 M$ et dont le PBR et le CV sont faibles. Les autres actionnaires de cette société sont des personnes liées à M. X. M. X détient aussi des actions avec droit de vote et non participantes d'Opco 2, les autres actionnaires sont aussi des personnes liées. Opco 2 a un CDC de 5 M$. M. X transfère ses actions privilégiées d'Opco 1 en faveur d'Opco 2 en contrepartie d'un billet de 5 M$. L'article

---

70 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2002-0128955, 26 septembre 2002.

71 *Id.*, interprétation technique 2006-0183851E5, 30 mai 2007.

84.1 L.I.R. s'applique à cette transaction et un dividende de 5 M$ est réputé avoir été versé par Opco 2 à M. X et reçu par ce dernier. Conformément au paragraphe 83(2) L.I.R., un choix est exercé par Opco 2 afin de considérer ce dividende comme étant payé à même le CDC. Dans cette interprétation (émanant de la même personne, soit dit en passant), l'ARC confirme que le choix du paragraphe 83(2) L.I.R. peut être exercé si un tel dividende devient payable par une société privée à un actionnaire détenant déjà des actions du capital-actions de cette société, en l'occurrence Opco 2, comme c'est le cas ici. On remarquera que le contribuable ne détenait pas d'actions de la société payeuse dans l'interprétation technique de 2002. Par contre, on ignore si les actions détenues par M. X permettaient le versement d'un tel dividende.

11. GAINS ET PERTES SUR LES DEVISES ÉTRANGÈRES ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Le moment où est reconnu le gain ou la perte sur la conversion des devises étrangères est important pour une société privée ayant un CDC et qui désire déclarer un dividende en capital. Évidemment, il est entendu qu'un gain ou une perte en capital n'est réalisé que dans la mesure où le bien était détenu en tant que bien en immobilisations ou lorsqu'une dette est une dette de capital.

Dans une demande d'interprétation publiée très récemment[72], une distinction est soulignée entre le gain ou la perte découlant uniquement de la conversion des devises, lors du remboursement d'une dette libellée en devises étrangères, par exemple, du gain ou de la perte sur la disposition d'un titre en devises étrangères.

Les faits sont relativement simples : une société privée aurait subi, au cours d'une année d'imposition, des pertes par suite de la fluctuation de la valeur de monnaie américaine par rapport à la devise canadienne. La majorité de ces pertes proviendrait de la disposition par la société de valeurs mobilières et de papiers commerciaux, de même que de l'acquittement à échéance de papiers commerciaux par les émetteurs. On se demande quand la perte de change est considérée comme réalisée. Lors de la disposition du bien suivant les règles des paragraphes 39(1) et 40(1) L.I.R. ou à la fin de l'année d'imposition suivant les règles du paragraphe 39(2) L.I.R.?

L'ARC est d'opinion que le paragraphe 39(1) L.I.R. a préséance sur le paragraphe 39(2) L.I.R. lorsqu'il est question du calcul du gain ou de la perte

---

[72] *Id.*, interprétation technique 2007-023469I7, 23 juillet 2007.

à la disposition d'un bien en immobilisations, qui est un titre libellé dans une devise étrangère lorsque le gain (ou la perte) n'est pas seulement attribuable aux fluctuations des devises. Elle s'appuie sur les conclusions de l'arrêt *Gaynor* c. *La Reine*[73]. Dans la situation où le gain ou la perte est en partie attribuable aux fluctuations des devises et en partie attribuable aux variations de la valeur du bien, le paragraphe 39(1) L.I.R. est applicable et ce gain ou perte est réalisé lors de la disposition du bien. Le gain ou la perte, on le sait, se calcule comme suit : le produit de disposition (converti en dollars canadiens) moins le coût d'acquisition converti en dollars canadiens au taux en vigueur lors de l'achat[74]. Lorsque le gain ou la perte est uniquement attribuable à la fluctuation des devises comme sur des instruments à court terme libellés en devises étrangères, le paragraphe 39(2) L.I.R. serait applicable et le gain ou la perte, uniquement réalisé à la fin de l'année d'imposition. Ainsi, l'ARC maintient que la perte est matérialisée lors de la disposition des valeurs mobilières dans l'exemple qui lui a été soumis, alors que le gain ou la perte sur les fluctuations des devises attribuables au paiement à échéance du papier commercial est réalisé à la fin de l'année d'imposition.

12. RÉPARTITION DES REVENUS IMPOSABLES PAR PROVINCE

Le service de l'interprétation relative aux entreprises du ministère du Revenu du Québec, dans une interprétation de novembre 2006[75], analyse l'assujettissement à l'impôt québécois d'une société étrangère, USco, qui détient un immeuble au Québec et qui en tire des revenus de loyers. USco est aussi propriétaire d'un immeuble dans une autre province canadienne. Celle-ci met son espace locatif à la disposition d'une société sœur, Canco, qui est une société canadienne exploitant une entreprise. Le bail est du type « net net net ». Canco effectue des retenues à la source en vertu de la Partie XIII L.I.R. sur les loyers versés à USco. Le représentant du contribuable demande de confirmer qu'USco n'est pas assujettie à l'impôt québécois puisqu'elle n'exploite pas d'entreprise au Québec.

En vertu de l'article 12 L.I., une société a un établissement au Québec si elle est propriétaire d'un immeuble situé au Québec. Selon l'article 22 L.I.,

---

73 91 D.T.C. 5288 (C.A.F.).

74 Le gain ou la perte réalisé sera un mélange d'appréciation (ou dépréciation) du bien et un gain ou une perte sur la fluctuation des devises.

75 REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, mémoire 05-0106376, « Établissement au Québec – Proportion des affaires pour une société étrangère », 16 novembre 2006.

une société doit payer un impôt sur son revenu imposable si, à un moment quelconque de son année d'imposition, elle a un établissement au Québec. Lorsqu'une entreprise visée à l'article 22 L.I. a un établissement en dehors du Québec, la partie de l'impôt à payer est établie selon les règles de l'article 771 L.I. représentée par la proportion qui existe entre les affaires faites au Québec et l'ensemble des affaires au Canada ou ailleurs. Il existe des règles précises régissant le calcul de la proportion des affaires. Par exemple, l'article 771R35 du *Règlement sur les impôts*[76] édicte que la proportion des affaires pour une société étrangère se calcule en ne tenant compte que des affaires attribuables à ses établissements au Canada, comme si l'entreprise que la société exploitait était une entreprise distincte. Il est mentionné à l'article 771R34 R.I. qu'une société étrangère est une société légalement constituée hors du Canada dont le siège social n'est pas situé au Canada et qui exploite une entreprise au Québec. Le représentant du contribuable est d'opinion qu'USco n'exerce aucune activité au Canada en raison de la nature des baux conclus avec Canco.

Les représentants du ministère indiquent que ce n'est pas parce qu'USco a négocié des baux nets que l'on doit automatiquement conclure qu'aucune activité n'est exercée au Canada. En fonction des faits et circonstances, on pourrait considérer qu'USco exploite une entreprise au Québec si la détention de l'immeuble est en corrélation avec les activités de l'entreprise exploitée mondialement, malgré le fait que ses revenus au Canada proviennent de biens immobiliers.

Cette interprétation est légèrement différente d'une interprétation de 2005[77], dans laquelle la Direction des lois sur les impôts avait à s'exprimer sur l'assujettissement d'une société étrangère détenant un immeuble au Québec à la taxe sur le capital. Dans ce cas, le ministère a mentionné que l'établissement d'une société dont la seule activité est la détention d'un immeuble situé là où sont prises et exécutées les décisions des administrateurs de la société quant à l'entretien et à la conservation de l'immeuble. Le ministère a conclu que la société n'a pas d'établissement au Québec; les décisions des administrateurs étaient prises à l'étranger.

---

[76] R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

[77] REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, mémoire 04-0107815, « Taxe sur le capital – Notion d'"établissement" – Détention d'un immeuble – Décisions des administrateurs relatives à l'entretien et à la conservation de l'immeuble prises à l'extérieur du Québec », 2 février 2005.

Dans une autre interprétation, les représentants d'une société ayant des établissements en Ontario et au Québec se questionnent sur la répartition de ses affaires entre les deux provinces dans le cadre de deux situations précises.

La première question est relative à la rémunération versée à des membres du conseil d'administration. Les membres reçoivent une rémunération qui peut inclure des actions ou des options d'achat d'actions. La question est de déterminer comment répartir la rémunération entre les deux provinces aux fins d'établir la répartition des affaires de la société. Peut-on répartir en proportion du nombre de réunions du conseil tenues dans chacune des juridictions?

Les représentants du ministère préconisent une approche pratique (en se basant sur les critères de l'article 771R3.2 R.I.) afin d'analyser, pour chaque membre du conseil d'administration, son degré de rattachement à l'établissement du Québec. Ainsi, ils concluent que, dans le cas d'un administrateur assistant à des séances dans les deux provinces, on devrait considérer la province de résidence de celui-ci, quel établissement verse sa rémunération et la proportion des séances tenues au Québec et en Ontario. Si la plupart des éléments le rattachent au Québec, on considérera que la rémunération est versée du Québec.

La deuxième question est à propos d'une rémunération versée à un ex-employé (devenu par la suite ex-président du conseil) afin de le compenser pour les impôts sur le gain en capital réalisé à la suite d'exercice d'options d'achat d'actions. Lorsqu'il était employé, il se rapportait à l'établissement situé au Québec, puis en Ontario au cours des derniers mois de ses fonctions. Par la suite, il a occupé les fonctions de président du conseil d'administration, et l'octroi d'options a été effectué au cours des deux périodes. Les représentants du ministère indiquent que les critères utilisés pour répondre à la première question ne s'appliquent pas lorsque l'employé est retraité mais que le facteur de rattachement le plus pertinent serait plutôt celui portant sur l'endroit d'où l'administrateur est payé.

13. REPORT DE GAIN EN CAPITAL – APPLICATION PRATIQUE DE L'ARTICLE 44.1 L.I.R.

Quelques interprétations et décisions anticipées méritent qu'on s'y arrête. Une application intéressante de l'article 44.1 L.I.R. a été effectuée par des contribuables dans le cadre de la vente d'une partie de leur entreprise.

On le sait, mais on ne l'a pas encore vu souvent mis en pratique, l'article 44.1 L.I.R.[78] permet le report des gains réalisés à la suite de la disposition d'un placement dans une petite entreprise qui est suivi d'un autre placement jusqu'à concurrence de 2 M$. Pour se prévaloir de ce report, le contribuable doit avoir vendu des actions d'une société admissible exploitant une petite entreprise. Les actions doivent être des actions ordinaires et avoir été détenues pendant au moins 185 jours.

Ces contribuables, mari et femme, que l'on appelle A et B, sont actionnaires d'une petite entreprise, Opco. Des acquéreurs ont offert d'acheter une partie de l'entreprise, mais certains actifs seraient exclus de la transaction. Le plan suivant est alors élaboré :

Étape 1 : Modification du capital-actions d'Opco. De nouvelles actions ordinaires et privilégiées sont prévues. De nouvelles actions ordinaires catégorie A sont émises aux contribuables (A et B) en échange des anciennes actions ordinaires.

Étape 2 : Souscription à des actions privilégiées par A et B.

Étapes 3 et **4** : Les nouvelles actions ordinaires d'Opco font l'objet d'un roulement interne en échange d'actions ordinaires catégorie D et des actions privilégiées catégorie B. Les contribuables réalisent un gain en capital lors de cette disposition. Il s'agit d'une « disposition admissible » selon la définition du paragraphe 44.1(1) L.I.R.

Étapes 5 et **6** : Un échange d'actions a lieu : les actions ordinaires catégorie D d'Opco de A et B sont échangées contre des actions ordinaires catégorie B et des actions privilégiées catégorie D d'Opco dans le cadre d'un roulement selon les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R.

Étape 7 : Incorporation de Nouco et transfert des actifs non désirés d'Opco à Nouco. Un billet est émis par Nouco en contrepartie des actifs. Il ne s'agit pas d'un roulement. Les actifs ont été transférés à leur JVM et un gain aurait été réalisé.

---

[78] Ces dispositions ont été adoptées lors du Budget de 2000 et s'appliquent aux dispositions effectuées après le 27 février 2000.

Étape 8 : Déclaration d'un dividende en capital sur les actions ordinaires catégorie B.

Étapes 9 et **10** : Vente des actions privilégiées catégorie B d'Opco à Nouco par A et B et transfert d'un billet en contrepartie d'actions ordinaires catégorie C de Nouco. A et B ont fait le choix de désigner les actions ordinaires catégorie C de Nouco comme des actions de remplacement.

Étape 11 : Les actions privilégiées catégorie B d'Opco dont Nouco est propriétaire sont rachetées contre un billet.

Étape 12 : Les billets entre Opco et Nouco sont compensés.

Étape 13 : Vente des actions ordinaires et privilégiées d'Opco à l'acheteur.

Essentiellement, A et B ont disposé des actions d'une SEPE, soit Opco, à une personne sans lien de dépendance et ont utilisé les règles de report afin de garder les actifs non vendus dans une autre société, Nouco. La question à analyser était de savoir si les règles antiévitement contenues au paragraphe 44.1(12) L.I.R. s'appliquent pour empêcher d'effectuer le report du gain. Le paragraphe 44.1(12) L.I.R. a pour but d'empêcher un particulier et des personnes qui lui sont liées d'utiliser des règles de report pour augmenter le nombre des reports autorisés.

Voici le libellé de ce paragraphe :

« Le montant de report autorisé d'un particulier relativement à une disposition admissible d'actions émises par une société (appelées "nouvelles actions" au présent paragraphe) est réputé nul si les conditions suivantes sont réunies :

a) les nouvelles actions (ou des actions de remplacement) ont été émises au particulier, ou à une personne qui lui est liée, dans le cadre d'une série d'opérations ou d'évènements comportant :

   (i) soit la disposition d'actions du capital-actions d'une société (appelées "anciennes actions" au présent paragraphe) par le particulier ou une personne qui lui est liée;

   (ii) soit la réduction du capital versé au titre des anciennes actions ou la réduction de leur prix de base rajusté pour le particulier ou une personne qui lui est liée;

b) les nouvelles actions (ou des actions de remplacement) ont été émises soit par la société ayant émis les anciennes actions, soit par une société qui au moment de l'émission de ces actions ou immédiatement après, était une société ayant un lien de dépendance avec la société ayant émis les anciennes actions[79];

c) il est raisonnable de conclure que l'une des principales raisons de la série d'opérations ou d'évènements, ou d'une opération de la série, était de permettre au particulier, à des personnes qui lui sont liées ou au particulier et de telles personnes d'être en mesure de déduire, en application du paragraphe (2), des montants de report autorisés relativement à des dispositions admissibles de nouvelles actions (ou d'actions de remplacement) dont le total excéderait le total que ces personnes auraient été en mesure de déduire, en application de ce paragraphe, au titre de montants de reports autorisés relativement à des dispositions admissibles d'anciennes actions. »

Selon l'ARC, quand les contribuables A et B ont disposé de leurs anciennes actions dans l'étape 1, ils ont acquis de nouvelles actions. Le gain résultant de cette transaction était nul et le report autorisé est nul. Au cours de l'étape 3, les particuliers ont disposé de leurs nouvelles actions (dans le cadre d'un roulement fiscal en utilisant le paragraphe 85(1) L.I.R.) et ont réclamé un report autorisé. Le montant du report autorisé aurait été le même, que ce soit les anciennes ou les nouvelles actions qui auraient fait l'objet d'un report. L'ARC est d'opinion que la règle antiévitement du paragraphe 44.1(12) L.I.R. n'est pas applicable. Elle est aussi d'opinion que la RGAÉ ne s'applique pas dans le cadre d'une telle transaction et indique que les particuliers sont maintenant dans la même situation que si les deux sociétés avaient été incorporées à l'origine et que l'une d'elles avait été vendue.

Cette transaction permet de garder des actifs dans une société sœur tout en vendant les activités d'une autre entreprise. Il est à noter que les actifs ont été transférés d'Opco vers Nouco sans roulement fiscal.

14. DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS

Quelques causes sur le dépouillement de surplus ont été entendues par les tribunaux au cours des dernières années, dont l'arrêt *Brouillette* c. *La*

---

[79] Le paragraphe 64(3) du Projet de loi C-33 – *Partie 2 Modifications techniques* prévoyait la modification de l'alinéa 44.1(12)b) L.I.R. rétroactivement au 27 février 2004. Vu la prorogation de la session parlementaire, ce projet de loi est « mort au feuilleton » et devra être déposé à nouveau. Le libellé proposé élargit l'application de la règle antiévitement.

Reine[80], *Claude Desmarais* c. *La Reine*[81], *Evans* c. *La Reine*[82] et plus récemment *McMullen* c. *La Reine*[83]. Dans l'affaire *Brouillette*, il s'agit d'un actionnaire d'une petite société qui exploitait un concessionnaire d'automobiles qui a vendu sa participation à une personne sans lien de dépendance. Cet acheteur a utilisé une technique assez courante de *leverage buy-out*, laquelle consiste, pour un acquéreur, à incorporer une société qui utilisera l'effet de levier financier en vue de faire l'acquisition des actions du vendeur. Ce vendeur aura réclamé l'exemption du gain en capital. Le paiement pour les actions du vendeur sera payé en partie avec les fonds de la société exploitante qui paiera des dividendes intersociétés non imposables. Le contribuable a gagné dans l'affaire *Brouillette*.

Dans l'affaire *Desmarais*, un particulier était actionnaire d'une petite société A, qui avait des bénéfices non répartis mais pas d'argent. Il était aussi actionnaire d'une autre société B, qui avait de l'argent mais pas de bénéfices non répartis. À partir d'une série de transactions, il a été en mesure d'effectuer un transfert d'une partie de ses actions (9,76 % alors qu'il avait 14,28 % des actions) de A à une autre société, C, tout en contournant les règles de l'article 84.1 L.I.R. et de réclamer l'exemption du gain en capital contre le gain en capital. Puis, grâce aux fonds de la société B, il a été en mesure d'encaisser son exemption. En vertu de la RGAÉ, cette transaction a été jugée abusive et le contribuable a perdu.

Dans l'affaire *McMullen*, les faits sont assez semblables aux faits de l'affaire *Brouillette*. Pourtant, l'ARC a porté la cause devant les tribunaux et a perdu. Compte tenu du résultat dans l'affaire *Brouillette*, il est surprenant que l'affaire *McMullen* ait été portée devant les tribunaux et il est surprenant de constater que des décisions anticipées[84] sur des transactions apparemment

---

80 [2005] 4 C.T.C. 2013 (C.C.I.) (ci-après « *Brouillette* »).

81 2006 D.T.C. 2376 (C.C.I.) (ci-après « *Desmarais* »), décision rendue le 16 février 2006.

82 [2006] 2 C.T.C. 2009.

83 2007 D.T.C. 16 (C.C.I.) (ci-après « *McMullen* »), décision rendue le 18 janvier 2007.

84 Voir *Tax Window Files*, *op. cit*., note 5, interprétation technique 2007-0224151E5, 13 août 2007. Voici les raisons de ce refus :

> « La série d'opérations que vous nous avez présentée a pour but de convertir un dividende imposable, qui autrement aurait été versé par la société X à ses actionnaires à même le produit de la vente de son entreprise, en un produit de disposition tiré par les actionnaires de X de la vente en faveur d'un acheteur non lié, d'actions du capital-actions d'une société nouvellement constituée ayant acquis préalablement l'entreprise de X sur une base imposable. Nous

(à suivre…)

très similaires soient rejetées. Il serait important de distinguer ce qui est abusif de ce qui ne l'est pas (au moins du point de vue des tribunaux) afin que la ligne de conduite soit plus claire. En ce moment, l'ARC ne semble pas avoir compris que ce ne sont pas toutes ces transactions de rachat de participations qui seront jugées abusives par les tribunaux.

15. RÈGLES D'ASSOCIATION

15.1. ACTIONS DÉTENUES PAR UNE FIDUCIE[85]

Dans le cadre de cette interprétation technique, l'ARC a confirmé non seulement qu'aux fins de l'application du critère de propriété de 25 % des actions[86] prévu au paragraphe 256(1) L.I.R., la propriété légale[87] des actions par les fiduciaires sera prise en compte, mais aussi que chaque fiduciaire sera considéré comme propriétaire de l'ensemble des actions détenues par la fiducie.

L'ARC s'est vu soumettre la situation suivante :

- le père contrôle la société A;
- la mère contrôle la société B;
- deux de leurs enfants majeurs contrôlent la société C;
- une fiducie discrétionnaire au bénéfice des enfants et petits-enfants du père et de la mère détient la totalité des actions ordinaires de la société C; les fiduciaires de cette société sont le père et la mère.

Les questions soulevées sont celles-ci :

(…suite)

sommes d'avis que la série d'opérations projetées constitue un mécanisme pour dépouiller les surplus de X et que toutes les conditions pour l'application, soit du paragraphe 84(2) de la Loi, soit de la DGAE de la loi, sont réunies. »

85 *Id*., interprétation technique 2005-0111731E5, 4 juillet 2006.

86 Selon les alinéas 256(1)c) et e) L.I.R. une personne seule ou à l'intérieur d'un groupe lié doit être propriétaire d'au moins 25 % d'actions émises d'une catégorie de chacune des sociétés.

87 Le *legal ownership*, au sens de la common law.

- Doit-on considérer la propriété légale ou effective[88] aux fins de l'application du critère de propriété d'au moins 25 % d'actions?

- Si on doit considérer la propriété légale des fiduciaires selon les règles de la common law, peut-on répartir ces actions au prorata des fiduciaires?

La réponse de l'ARC est :

- qu'il doit être tenu compte de la propriété légale des fiduciaires ainsi que de la propriété effective des bénéficiaires; et

- qu'aux fins de ce test, chacun des fiduciaires doit être considéré comme propriétaire de l'ensemble des actions détenues par la fiducie.

Commentaire

Dans la mesure où selon le *Code civil du Québec*[89], la propriété légale des actifs d'une fiducie n'appartient pas aux fiduciaires[90], il y a tout lieu de s'interroger sur l'application de cette interprétation à une fiducie créée selon les règles de notre droit civil[91].

15.2. PROPRIÉTÉ RÉPUTÉE DES ACTIONS[92]

Cette interprétation technique porte sur l'application aux bénéficiaires discrétionnaires de la présomption de propriété des actions[93] aux fins de l'article 256 L.I.R.

L'ARC s'est vu soumettre la situation suivante :

---

88 Le *beneficial ownership*, au sens de la common law.

89 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

90 En effet, l'alinéa 248(3)f) L.I.R. prévoit une présomption de propriété effective pour les bénéficiaires mais reste muet quant à la propriété légale.

91 Alternativement, la présomption de propriété prévue au paragraphe 256(1.4) L.I.R. dans l'éventualité d'un contrôle des votes par l'un des fiduciaires pourrait toutefois être invoquée.

92 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0177781E5, 11 juillet 2006.

93 Conformément au sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R.

M. A désire mettre en place une fiducie mixte au profit de son conjoint conformément à la division 73(1.01)c)(iii)(A) L.I.R.

Les termes de la fiducie prévoient que, durant la vie de M. A, ce dernier a le droit de recevoir tous les revenus de la fiducie. Toute distribution de capital à M. A est toutefois soumise au pouvoir discrétionnaire des fiduciaires.

Au décès de M. A, sa conjointe aura droit aux revenus et au capital selon les mêmes conditions en vigueur pour M. A.

Dans l'éventualité du prédécès de sa conjointe, au décès de M. A, ses enfants auront le droit de recevoir le capital de la fiducie.

M. A détient les actions de la société B et la fiducie, les actions de la société A.

Les questions soulevées sont celles-ci :

- Est-ce que le sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R. s'applique à cette situation pour faire en sorte que la conjointe et les enfants de M. A seront présumés propriétaires des actions de la société A?

- Est-ce que la réponse de l'ARC serait différente s'il était prévu qu'au décès de M. A. sa conjointe aurait le droit de recevoir le capital de la fiducie?

La réponse de l'ARC est :

- que, dans les deux cas, la conjointe de M. A et ses enfants seront présumés propriétaires des actions de la société A; et

- que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire quant à la distribution du capital durant la vie de M. A fait en sorte que le capital disponible pour la conjointe ou les enfants de M. A, à la suite de son décès, dépend de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Commentaire

Selon l'interprétation de l'ARC, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'attribution du revenu ou du capital eu égard à un bénéficiaire fait en sorte que tous les autres bénéficiaires, même non discrétionnaires, de ce

revenu ou de ce capital doivent être traités comme des bénéficiaires discrétionnaires aux fins du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R.[94] Compte tenu de cette position, il y aurait tout lieu de croire que l'existence d'une faculté d'élire un bénéficiaire comme le prévoit l'article 1282 C.c.Q. pourrait conduire à la même conclusion[95]. Il est dommage que l'ARC n'ait pas jugé approprié de se prononcer sur cet aspect.

16. SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE

16.1. ACTIONS VISÉES PAR UNE CONVENTION D'ENTIERCEMENT[96]

Cette interprétation technique porte sur la détermination d'actifs utilisés principalement dans l'entreprise d'une société aux fins de la définition de SEPE prévue au paragraphe 248(1) L.I.R.

L'ARC s'est vu soumettre la situation suivante :

Les biens détenus par la société (ci-après « franchisé ») sont des actions d'une société publique (ci-après « franchiseur ») que le franchisé s'est obligé à détenir. Il est prévu que le franchisé ne peut en disposer afin de pouvoir exploiter son entreprise sous la bannière du franchiseur. De plus, une convention d'entiercement de ces actions est aussi prévue pour garantir l'exécution des obligations du franchisé auprès du franchiseur.

La question soulevée est celle-ci :

- Est-ce que ces actions peuvent être considérées comme étant utilisées dans l'entreprise du franchisé?

La réponse de l'ARC est :

- qu'il s'agit d'une question de fait;

---

94 Voir aussi au même effet *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0176801E5, 16 août 2006.

95 Bien que cette question lui ait été soumise dans le document *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0176801E5, 16 août 2006, il est malheureux que l'ARC n'ait pas voulu y répondre.

96 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0200791E5, 9 juillet 2007.

- que, généralement, un actif est utilisé dans une entreprise :

  i) s'il est utilisé principalement à l'égard de cette entreprise, et

  ii) s'il est réellement employé et risqué dans l'entreprise, ce qui implique plus qu'un risque éloigné et plus que l'utilisation de l'actif à des fins commerciales;

- que, pour ce qui est de la situation soumise, la réponse serait positive si :

  i) la souscription est une condition *sine qua non* d'adhésion à la bannière, et

  ii) que ces actions sont nanties à titre de sûreté envers le franchiseur pour garantir les obligations du franchisé.

Commentaire

Cette opinion met l'accent sur l'existence des deux critères. Toutefois, il faut souligner que l'exigence que le bien soit nanti pour être à risque nous apparaît redondant dans la mesure où, généralement, tous les biens détenus par la société exploitant l'entreprise sont à risque. Il y a fort à parier que ce dernier critère ne passerait pas l'épreuve des tribunaux.

16.2. ACTIF UTILISÉ DANS L'ENTREPRISE – IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES[97]

Cette interprétation technique porte sur la qualification de l'impôt en main remboursable comme actif utilisé principalement dans une entreprise d'une société aux fins de la définition de SEPE prévue au paragraphe 248(1) L.I.R.

Les questions soulevées sont celles-ci :

- Est-ce que l'impôt en main remboursable doit être inclus comme un actif aux fins de cette définition?

- Est-ce que cette réponse est différente selon qu'un dividende est déclaré ou non?

---

[97] *Id*., interprétation technique 2006-0174131C6, 9 mai 2006.

La réponse de l'ARC est :

- qu'on ne doit pas tenir compte de l'impôt en main remboursable pour lequel aucun dividende n'a encore été déclaré; et

- qu'on doit toutefois tenir compte d'un remboursement au titre d'un dividende à recevoir qui doit être inclus comme un actif utilisé aux fins de l'entreprise.

Commentaire

Cette interprétation est conforme aux opinions antérieures de l'ARC.

17. RÉORGANISATION CORPORATIVE

17.1. ACQUISITION DE CONTRÔLE À LA SUITE DU DÉCÈS[98]

Dans la présente interprétation technique, l'ARC s'est prononcée sur l'application éventuelle de la présomption d'acquisition de contrôle découlant du décès d'un particulier aux fins des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R.

Transactions énoncées

Pour permettre la majoration du coût indiqué de certains biens à l'occasion de la liquidation d'une filiale, une planification courante est de transférer les actions de la société qui étaient détenues par le décédé (ci-après « ancienne société ») dans une nouvelle société et de procéder à la liquidation de la première. Cette planification fonctionne dans la mesure où les alinéas 88(1)d.2) et d.3) L.I.R. créent une présomption à savoir que la nouvelle société est présumée avoir acquis le contrôle de l'ancienne société immédiatement après le décès d'une personne avec qui elle n'avait pas de lien de dépendance.

Question soulevée

La question soulevée est de savoir si la présomption énoncée aux alinéas 88(1)d.2) et d.3) L.I.R. peut effectivement s'appliquer à une nouvelle société créée après le décès de la personne visée.

---

98 *Id*., interprétation technique 2006-0174021C6, 9 mai 2006.

Réponse

Si l'ARC convient que le texte de ces deux alinéas peut être ambigu quant à l'application de cette présomption à une nouvelle société, elle confirme toutefois son intention de rendre des décisions anticipées favorables dans la mesure où les transactions projetées respectent la politique fiscale inhérente à ces dispositions.

17.2. LA NATURE D'UN BIEN EST-ELLE CONSERVÉE LORS DE LA LIQUIDATION D'UNE FILIALE?[99]

Cette interprétation technique porte sur la qualification d'un bien en immobilisations admissibles à l'occasion de la liquidation d'une filiale.

Transactions énoncées

- Une société (ci-après « société mère ») acquiert sur une base régulière la totalité des actions de sociétés canadiennes imposables (ci-après « sociétés cibles »).

- Les sociétés cibles sont ensuite liquidées dans la société mère.

- La société mère procède par la suite à la vente partielle ou complète de la clientèle.

Question soulevée

Est-ce que le bien en immobilisations admissibles transféré dans la société mère lors de la liquidation conserve sa nature pour la société mère?

Réponse

L'ARC reconnaît que le paragraphe 88(1) L.I.R. ne prévoit pas de disposition voulant que la nature ou le caractère d'une immobilisation admissible d'une filiale soit automatiquement préservé pour la société mère.

---

99 *Id.*, interprétation technique 2005-0157321E5, 27 octobre 2006.

Elle confirme toutefois que le bien en immobilisations admissibles conservera sa nature pour la société mère jusqu'au moment du transfert à cette société, ce qui permet le calcul du coût d'un tel bien conformément aux sous-alinéas 88(1)c)(ii) et 88(1)a)(iii) L.I.R.

17.3. APPLICATION DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. DANS LE CADRE D'UN DIVORCE[100]

Cette décision portait sur une série de transactions qui avaient pour objet d'effectuer le partage des actifs détenus dans une société de placements entre les deux conjoints, préalablement à leur divorce.

L'ARC a confirmé, entre autres choses, que l'alinéa 55(3)a) L.I.R. s'appliquera à ce partage de façon à éviter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. aux dividendes déclarés lors de cette série dans la mesure où le divorce n'est prononcé qu'après cette série de transactions.

Les conjoints en instance de divorce demeurent donc des personnes liées[101] et comme dirait Yogi Bera : « It ain't over till it's over. »

18. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

18.1. DÉFINITION D'ACTIONS PRESCRITES[102]

Dans cette interprétation technique, l'ARC s'est prononcée sur la définition d'actions prescrites aux fins de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., plus particulièrement sur le sens de l'expression « un accord relatif à l'action ou à son émission » contenue au préambule de l'alinéa 6204(1)a) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[103].

L'ARC a confirmé qu'une limitation des dividendes pouvant être déclarés en vertu d'une convention de prêt conclue entre la société et le prêteur est comprise dans l'expression « un accord relatif à l'action », de même que toute entente écrite ou implicite limitant le droit au dividende. Ces

---

[100] *Id.*, interprétation technique 2007-0226581R3, 4 juillet 2007.

[101] Conformément au paragraphe 251(2) L.I.R.

[102] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2005-0157381E5, 7 mars 2007.

[103] C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

ententes font en sorte que l'action visée par cette entente ne serait par une action prescrite aux fins de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

18.2. MOMENT DE LA CONCLUSION DE LA CONVENTION[104]

Cette interprétation technique porte essentiellement sur le sens de l'expression « au moment de la conclusion de la convention » prévue à la division 110(1)d)(ii)(A) L.I.R. Selon cette disposition, pour avoir droit à cette déduction, le prix d'exercice de l'option ne doit pas être inférieur à la JVM des actions « au moment de la conclusion de la convention ».

Le scénario soumis à l'ARC prévoit que des conventions d'option d'achat d'actions sont conclues avec des employés. Ces conventions prévoient, entre autres, que les options sont acquises par l'employé dès la conclusion de l'entente mais qu'elles doivent être exercées à l'intérieur d'une période préétablie; à défaut de quoi, les options sont annulées. Toutefois, il est aussi prévu que l'exercice des options à l'intérieur de cette période demeure conditionnel à la réception par l'employé d'un avis de levée émis par le comité de rémunération de l'employeur.

L'ARC a principalement soutenu que l'expression « au moment de la conclusion de la convention » renvoie au moment où l'employeur s'est engagé à émettre les actions, c'est-à-dire au moment où l'avis de levée de l'option était reçu par l'employé et non au moment où la convention a été conclue.

19. LES FIDUCIES ET LA RÈGLE D'ATTRIBUTION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

19.1. L'ARC ACCEPTE LA DÉCISION DE L'AFFAIRE *HOWSON* C. *LA REINE*[105]

La position de l'ARC relativement à l'application de la règle d'attribution du paragraphe 75(2) L.I.R. est que cette règle d'attribution ne s'applique pas à un bien transféré à une fiducie en vertu d'un prêt véritable. Pour qu'un prêt soit considéré comme véritable, l'ARC exigeait généralement 1) que le prêt ait été confirmé par écrit par l'emprunteur et qu'une période raisonnable ait été prévue pour son remboursement;

---

[104] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0217401I7, 29 mai 2007.

[105] 2007 D.T.C. 141 (C.C.I.) (ci-après « *Howson* »); *id*., interprétation technique 2007-0240421C6, 8 juin 2007.

2) qu'une garantie ait été accordée par l'emprunteur; 3) que des intérêts aient été effectivement payés; et 4) que le prêt fût effectivement remboursé.

À la suite de la décision *Howson*, l'ARC confirme son acceptation de l'interprétation du tribunal selon laquelle un bien transféré en vertu d'un prêt véritable n'est pas soumis à la règle d'attribution du paragraphe 75(2) L.I.R. et, pour qu'un prêt soit considéré comme véritable aux fins de ce paragraphe, il n'est pas nécessaire que des intérêts soient payés ou qu'une garantie soit accordée.

19.2. GEL SUCCESSORAL RÉVERSIBLE – L'ARC REVOIT SA POSITION[106]

Cette interprétation technique porte sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à une société bénéficiaire d'une fiducie dans le cadre d'un gel successoral réversible.

Transactions énoncées

- Des actions d'une société sont souscrites par une fiducie.

- L'acte de fiducie prévoit que la société émettrice des actions peut potentiellement devenir bénéficiaire de cette fiducie, en raison d'une clause prévoyant que « toute société contrôlée par Individu X puisse devenir bénéficiaire » de la fiducie.

Question soulevée

Est-ce que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à ces actions de telle sorte que tout dividende versé sur les actions souscrites par la fiducie serait attribué à la société émettrice des actions et ne ferait donc pas partie du revenu de la fiducie ou du bénéficiaire de la fiducie à qui ce dividende est effectivement distribué?

Réponse

Contrairement à sa position annoncée dans la réponse qu'elle a fournie lors de la Table ronde du congrès de l'APFF tenu en octobre 2006[107], l'ARC confirme que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas dans un tel cas.

---

[106] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2006-0218501E5, 9 mars 2007.

[107] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 16, aux pages 53:36-37.

Cette décision est essentiellement motivée par le fait que « le paragraphe 75(2) de la Loi ne devrait trouver application qu'à l'égard d'une personne qui avait la propriété du bien avant que ce dernier ne soit détenu par une fiducie selon l'une ou l'autre des conditions stipulées au paragraphe 75(2) de la Loi ». Dans la mesure où une société ne peut être propriétaire de ses propres actions avant leur émission, ce dernier paragraphe ne peut donc s'appliquer à une société émettant des actions à une fiducie.

L'ARC profite toutefois de l'occasion pour souligner que, selon l'arrêt *La Reine* c. *Kieboom*[108], le paragraphe 75(2) L.I.R. pourrait s'appliquer dans l'éventualité où les actions ne seraient pas souscrites pour une contrepartie égale à leur JVM.

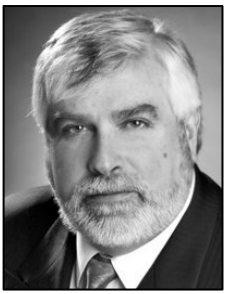
Commentaire

Bien que cette dernière interprétation permette de clarifier le statut de plusieurs fiducies qui avaient fait appel à ce genre de clause, cette interprétation n'élimine pas toutes les réserves concernant l'utilisation de ce type de société bénéficiaire dans le cadre de gels réversibles. En effet, si l'ARC a clairement établi que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne peut s'appliquer aux actions de la société émettrice, elle demeure silencieuse quant à l'application de ce paragraphe aux dividendes versés sur ces actions. Si une action ne peut être détenue par la société émettrice immédiatement avant son émission, il n'en est pas de même pour le produit d'un dividende avant qu'il soit effectivement versé à la fiducie.

À la lumière de cette interprétation, si l'émission d'une action ne donne pas lieu à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., il est raisonnable de croire que le versement d'un dividende sur ces mêmes actions pourrait toutefois y donner lieu. Pour cette raison, nous croyons préférable d'éviter qu'une fiducie détienne les actions d'une société bénéficiaire de cette même fiducie. À tout le moins, l'acte de fiducie devrait prévoir des dispositions particulières afin qu'une telle société ne puisse être bénéficiaire du capital ainsi que des revenus générés par le produit d'un tel dividende ou par un bien acquis en remplacement d'un tel produit.

[108] 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.).

RÉFLEXIONS SUR LA DÉMOGRAPHIE ET SON IMPACT SUR LA GESTION DE PATRIMOINE



Patrice Vachon
Associé, avocat
Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 8:3

1. LE QUÉBEC D'HIER ET D'AUJOURD'HUI 8:4

1.1. POPULATION 8:5

2. LE QUÉBEC DE DEMAIN 8:16

2.1. VIEILLISSEMENT DE LA POPULATION 8:16
2.2. DÉCROISSANCE DÉMOGRAPHIQUE (EN POURCENTAGE) 8:17
2.3. CROISSANCE DE LA POPULATION (EN NOMBRE) 8:17
2.4. ASSISTE-T-ON À UNE DÉCROISSANCE OU À UNE STAGNATION DE NOTRE POPULATION? 8:18
2.5. MOUVEMENTS MIGRATOIRES 8:18
2.6. COURBES – NAISSANCES *VERSUS* DÉCÈS AU CANADA 8:19

3. PORTRAIT DE LA MAIN-D'ŒUVRE AU QUÉBEC 8:19

3.1. Y A-T-IL (Y AURA-T-IL) UNE PÉNURIE DE MAIN-D'ŒUVRE? 8:19
3.2. APERÇU DE NOTRE MAIN-D'ŒUVRE 8:20
3.3. QUALITÉ DE NOTRE MAIN-D'ŒUVRE 8:20
3.4. LA RETRAITE – CHANGEMENTS IMPORTANTS EN VUE 8:23
3.5. PÉNURIE DE MAIN-D'ŒUVRE 8:24
3.6. DÉCLIN DÉMOGRAPHIQUE : OÙ ET QUAND? 8:26
3.7. DÉCLIN DES JEUNES (MOINS DE 20 ANS) – OÙ ET QUAND? 8:28

4. SOMMAIRE DE CE QUE NOUS VENONS DE VOIR 8:28

5. IMPACTS DE LA DÉMOGRAPHIE SUR LA GESTION DU PATRIMOINE 8:31

5.1. COMMENT CES DONNÉES SE TRADUISENT-ELLES EN REGARD DE LA GESTION DE PATRIMOINES? 8:31
5.2. QUE PEUT-ON ENTREVOIR? 8:32

6. OÙ SONT LES OPPORTUNITÉS? 8:33

INTRODUCTION*

Nous nous attarderons sur les facteurs suivants : les perspectives démographiques, les statistiques sur la richesse ainsi que sur la recherche de nouveaux clients fortunés – immigrants, propriétaires d'entreprises familiales près de la retraite et la relève de ceux-ci (représentée par les jeunes).

La démographie

Pourquoi parler de démographie?

Il existe une corrélation étroite entre la démographie et la croissance économique. Pour la première fois de nos 400 ans d'histoire (depuis Jacques Cartier en 1534), nous ferons face à un changement démographique majeur dans notre société. Les tendances et les prévisions jusqu'en 2051 sont très sombres. Le profil de vos clients change et changera exponentiellement. Les impacts et les enjeux sont **multiples** et **très importants** pour les domaines suivants :

- le marché du travail;
- la pression à la hausse sur les salaires;
- les dépenses de consommation;
- les programmes et services publics;
- la production de revenu et la fiscalité;
- les caisses de retraite;
- le système de **santé**;
- le service de la dette (intérêts);
- l'**immobilier**;

* M^e^ Patrice Vachon est maintenant associé chez Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

- les **régions**;
- la migration des populations;
- l'environnement;
- l'appauvrissement de la société;
- la **compétitivité**;
- la baisse du niveau de vie (produit intérieur brut (ci-après « PIB ») par habitant);
- l'accroissement de l'écart du niveau de vie;
- la perte du poids relatif du Québec (péréquation);
- la culture;
- le bien-être;
- l'**éducation**;
- les **infrastructures** (ponts, routes, ports, aqueduc);
- la **sécurité** de la nation (police, pompiers, armée);
- nos **ressources** naturelles (eau, gaz, pétrole).

La main-d'œuvre

Pourquoi parler de main-d'œuvre? Parce qu'il s'agit de l'actif (hors bilan) le plus important d'une entreprise, qu'il y a déjà une pénurie dans plusieurs régions et que les conséquences sont importantes sur nos PME, nos régions, notre capacité d'attirer des sociétés étrangères ainsi que sur notre qualité de vie.

1. LE QUÉBEC D'HIER ET D'AUJOURD'HUI

Pour analyser certaines statistiques sur la situation démographique du Québec, réduisons ces données à leur plus simple expression… **Si le Québec**

était un village, disons, de 100 habitants, que constaterions-nous? Qu'il s'agit d'une grande province… peu peuplée… et aux abondantes ressources.

Le Québec compte 7 651 500 habitants[1], sa superficie est d'environ 1 667 741 km² (dont 12 % est composé d'eau douce, soit 205 573 km²); le Québec pourrait contenir trois fois la France, mais compte huit fois moins de population, et il est faiblement peuplé (densité de 4,9 personnes par kilomètre carré).

1.1. POPULATION

Le Québec serait composé de 51 femmes et de 49 hommes[2] comparativement à 51 femmes et 49 hommes sur le plan mondial. Il y aurait[3] 16 enfants (0 à 14 ans), 70 personnes d'âge actif (15 à 64 ans) et 14 personnes âgées (65 ans et plus). Sur le plan mondial, pour ces trois groupes, il se trouverait 27 enfants, 65 personnes d'âge actif et 7 personnes âgées tandis qu'en Inde, on compterait 31 enfants, 64 personnes d'âge actif et 5 personnes âgées.

L'âge moyen[4] serait de 39,9 ans pour les hommes et de 41,0 ans pour les femmes, comparativement à 38,2 ans pour l'âge moyen au Canada (43,4 ans : âge médian au Canada en 2017), 36,0 ans aux États-Unis et 31,8 ans en Chine.

Notre espérance de vie[5] serait de 76 ans pour les hommes et de 82 ans pour les femmes comparativement à 81 ans pour les hommes en 2041 et, toujours en 2041, de 86 ans pour les femmes. Historiquement, il y a 2 000 ans, l'espérance de vie était de 18 ans et il y a 1 000 ans, de 25 ans. En 1911, elle était de 48 ans pour les hommes et de 45 ans pour les femmes et en 1961, de 69 ans pour les hommes et de 75 ans pour les femmes.

Notre population serait très concentrée[6] : 80 personnes vivraient en ville et 20 personnes vivraient en région (comparativement à 1996 alors que

---

1 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2007, données de 2006.

2 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2006.

3 *Id*.

4 *Id*.

5 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2001.

6 *Id*.

78 personnes vivaient en ville et 22 en région); sur le plan mondial, 50 personnes vivent en ville et 50 vivent en région.

Il s'agit là d'une augmentation de 2 % (148 000 personnes) en cinq ans de la population vivant dans les villes et la tendance actuelle favorise les villes; contrairement à ce qui existe actuellement, une tendance (montrée par les baby-boomers) semble se dessiner pour l'avenir : vivre en région, non loin des services et des hôpitaux. Nous notons également que 80 personnes vivraient le long du fleuve Saint-Laurent et 20 personnes seraient réparties en région.

Tous nos habitants auraient accès à de l'eau potable[7]; le Québec comprend 3 % de l'eau potable mondiale. Si le **monde** était un village de 100 habitants, 58 personnes auraient **accès** à de l'eau potable et 42 personnes ne boiraient **jamais** d'eau potable.

À propos de l'analphabétisme[8], seulement 62 à 81 personnes sauraient lire, écrire et compter tandis que si le monde était un village de 100 habitants, 60 personnes sauraient lire, écrire et compter; 40 d'entre elles seraient des hommes et 20, des femmes.

Pour ce qui est des soins de santé[9], tous nos habitants auraient accès à des soins de santé alors que si le monde était un village de 100 habitants, 50 personnes auraient **accès** à des soins de santé tandis que les 50 autres n'y auraient pas accès.

En ce qui a trait à la richesse, une seule personne serait le riche de notre village (plus de 1 M$). Si le monde était un village de 100 habitants, une personne serait considérée comme riche et elle posséderait 50 % du village et de ses richesses.

- Club des millionnaires aux **États-Unis**[10] :
  - 6 000 000 en 2001;

---

7 Voir le site en ligne populationdata.com.

8 Marie-Josée BOUCHER, « De 19 % à 38 % d'analphabètes au Québec? », vol. 31, n° 2 *Forum*, 9 septembre 1996; voir également le site en ligne populationdata.com.

9 Voir le site en ligne populationdata.com.

10 En ligne : http://money.cnn.com/2005/05/25/pf/record_millionaires/ ainsi que http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-09/29/content_481769.htm.

- 7 500 000 en 2004;
- 8 900 000 en 2005;

- Club des millionnaires au **Canada**[11] :
  - 200 000 en 2000[12];
  - 500 000 en 2005[13];
  - 900 000 en 2010[14].

Selon les statistiques de 2004, l'âge moyen des millionnaires canadiens serait de 61,5 ans et leur actif moyen serait de 3,2 M$; 31 % seraient propriétaires d'une entreprise et 57 % seraient retraités. Les actifs sous gestion au **Canada** étaient de 1,7 trillion de dollars en 2000 et seront de 4,2 trillions de dollars en 2010.

- Club des millionnaires au **Québec** en 2005[15] : 70 000 personnes comparativement à 160 000 en Ontario, 65 000 en Colombie-Britannique, 50 000 en Alberta et 30 000 pour le reste du Canada.

Notre population québécoise comprendrait des **immigrants**[16] : en 2006, 88 personnes étaient des personnes de souche et 12 personnes étaient des immigrants (soit 908 000) – en 2001, ils étaient 10. On note donc une augmentation de deux immigrants (2 %) au Québec sur cinq ans. Notez que l'âge médian prévisionnel pour 2017 serait de 35,5 ans pour les immigrants et de 43,4 ans pour les Canadiens.

L'origine de ces immigrants serait la suivante (sur 100, en 2005)[17] : 31 viendraient d'Asie, 26 d'Afrique, 22 d'Europe et 21 d'Amérique; en

---

11 *Id*.

12 Pierre DUBUC, « On manque de millionnaires! », *L'Aut'Journal*, N° 187, mars 2000.

13 En ligne : http://www.camagazine.com/3/0/9/8/5/index1.shtml.

14 Alison MACALPINE, « Hidden Millionaires », *Advisor's Edge*, mai 2004.

15 En ligne : http://www.camagazine.com/3/0/9/8/5/index1.shtml.

16 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2006.

17 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2005.

comparaison, si le monde était un village de 100 habitants, on retrouverait 59 Asiatiques, 14 Africains, 14 Américains et 13 Européens.

L'origine récente (entre 2002 et 2006) de nos immigrants serait (sur 100) la suivante[18] :

- 8 Algériens;
- 8 Chinois;
- 8 Français;
- 8 Marocains;
- 6 Roumains;
- 5 Colombiens;
- 4 Libanais;
- 4 Haïtiens;
- 3 Indiens;
- 3 Pakistanais;
- 2 Mexicains;
- 2 Congolais;
- 2 Bulgares;
- 2 Tunisiens;
- 2 Péruviens.

On notera que parmi ceux-ci, 49 seraient des hommes et 51 seraient des femmes. Ces femmes auraient au moins trois enfants chacune, 55 % seraient mariées, 5 % vivraient en union libre, 21 % seraient célibataires, 11 % seraient veuves et 9 % seraient divorcées.

Nos communautés d'immigrants importantes[19] seraient italienne, française, haïtienne et libanaise. Les statistiques canadiennes indiquent que le nombre d'immigrants admis en 2006[20] a été de 251 652 au Canada (100,0 %), de 44 693 au Québec (17,8 %) et de 125 913 en Ontario (50,0 %).

- Où ont-ils établi leur résidence[21]? Sur les 280 000 immigrants admis entre 1996 et 2005 et toujours présents au Québec en 2007 :

  – 78,7 % dans la région métropolitaine de Montréal (Montréal, Longueuil et Laval);

  – 4 % dans la Capitale-Nationale;

  – 2,5 % en Outaouais;

---

18 QUÉBEC, Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, 2006.

19 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2006.

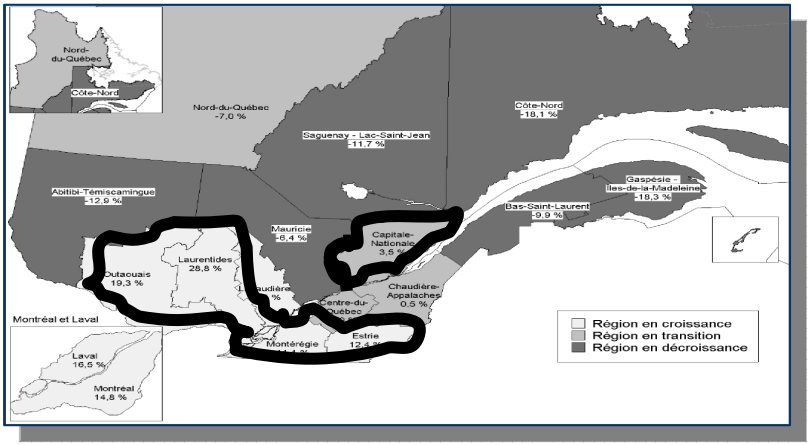
20 STATISTIQUE CANADA, 2006.

21 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2006.

– 1,9 % en Estrie;

– 1,9 % dans les Laurentides;

– 1,9 % en Montérégie-Est.



- Quelle est la proportion immigrants *versus* personnes de souche[22]?

  – Sur les 7 669 100 habitants du **Québec** :

    • 6 761 100 (88 %) sont des Québécois de souche,

    • 908 000 (12 %) sont des immigrants;

  – Sur les 1 873 991 résidents de **Montréal** :

    • 1 423 991 (75 %) sont des Québécois de souche,

    • 450 000 (25 %) sont des immigrants;

  – Sur les 2 480 000 résidents de **Toronto** :

    • 1 428 875 (57 %) sont des personnes de souche,

22 *Id.*

  - 1 051 125 (43 %) sont des immigrants.

- Quel âge auraient les immigrants que nous avons admis entre 1997 et 2006[23], soit :

  – 22 d'entre eux seraient des enfants (0 à 14 ans);

  – 77 seraient des personnes d'âge actif (15 à 64 ans) :

    - 14 personnes de 15 à 24 ans,
    - 36 personnes de 25 à 34 ans,
    - 19 personnes de 35 à 44 ans,
    - 8 personnes de 45 à 64 ans;

  – 1 personne serait âgée de 65 ans et plus.

Historique de l'immigration[24]

- 1534 : Jacques Cartier descend à Gaspé, y plante un drapeau : la Nouvelle-France est créée.

- 1608 : Samuel de Champlain fonde la ville de Québec.

- 1642 : Paul Chomedey de Maisonneuve fonde Montréal.

- **1897** : Une première vague d'immigrants s'installe au Canada;

  – Des Chinois notamment et plusieurs d'entre eux migrent ensuite vers New York.

- 1902-1939 : venue de 2 500 000 immigrants (plusieurs d'entre eux migrent ensuite vers les États-Unis) :

  – Britanniques, Juifs et Italiens.

---

[23] QUÉBEC, ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, 2006.

[24] INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2006.

- 1919 : Une nouvelle loi est passée : l'*Immigration Act*, pour régir l'immigration des 25 prochaines années;

  – On devient plus sélectif dans le choix des immigrants.

- **1925** : Se produit une deuxième grande vague d'immigration :

- On veut attirer de la main-d'œuvre à bon marché.

- 1914-1950 : La grande récession et les guerres ralentissent l'immigration et le gouvernement canadien met en place des barrières à l'immigration *Open Door Policy*;

  – À la suite de la Deuxième Guerre mondiale, des restrictions sont imposées en ce qui concerne les immigrants en provenance de pays ennemis (Allemands, Russes, Ukrainiens, Hongrois, etc.).

- **Après 1945** : Une nouvelle vague de deux millions d'immigrants arrive :

  – Notamment des Juifs rescapés des camps de la mort, des Grecs qui fuient la guerre civile et de nombreux Allemands.

- 1952 : Une nouvelle loi sur l'immigration est adoptée :

  – On favorise toujours les Anglais et les Français.

- Après 1950 : C'est le début de l'immigration française qui deviendra de plus en plus importante au fil des années.

- 1967 : On adopte un système de points pour éviter la discrimination.

- 1968 : On assiste à la création du premier ministère de l'Immigration du Québec pour sauvegarder le caractère culturel du Québec.

- 1970 : Première des quatre vagues d'immigration latino-américaine :

  – Chiliens, Péruviens, Argentins et Uruguayens.

- Fin 1970 : Un quartier libanais est créé à Saint-Laurent à la suite de la troisième des quatre vagues d'immigration libanaise causée par la guerre civile;

– La quatrième vague vient au début des années 1990.

- 1980 : Deuxième des quatre vagues d'immigration latino-américaine (Salvadoriens).

- Après 1981, près de 48 % des immigrants viennent d'Asie et du Moyen-Orient.

- 1990 : Nouvelle vague d'immigration latino-américaine (Colombiens).

- 2000 : Nouvelle vague d'immigration latino-américaine (Mexicains).

Notre indice de fécondité serait très (**trop**) bas[25] : il n'est qu'à 1,62 enfant par femme en âge de procréer alors que le seuil de renouvellement de la population se situe à 2,10; il convient de noter qu'il était à 4,086 en 1957 et qu'il n'a fait que baisser depuis.

Année	**Indice de fécondité**
2006	1,620
2005	1,511
2004	1,486
2003	1,490
2002	1,470
2001	1,490
2000	1,450
1995	1,616
1990	1,632
1985	1,394
1980	1,631
1975	1,754
1970	2,086
1965	3,071
1960	3,858
1957	4,086
1955	3,996
1951	3,848

[25] *Id*.

Ailleurs en 2006[26]

Pays	**Indice de fécondité**
Inde	3,73
Mexique	2,42
États-Unis	2,09
France	2,00
Chine	1,73
Royaume-Uni	1,66
Suède	1,66
Canada	1,61
Japon	1,40
Allemagne	1,39
Russie	1,28
Italie	1,28

Nos immigrants contribueraient à la **natalité**[27]; du nombre de natalités dans notre village, 76 viendraient de personnes de souche et 19 d'immigrants. Notez que sur 74 068 naissances en 2004, 56 313 (76 %) étaient issues de deux parents nés au Canada tandis que 13 985 (19 %) venaient de mères nées à l'étranger. Sur 82 100 naissances en 2006 (76 100 en 2005 – 6 000 de plus qu'en 2005), 75 % venaient de mères francophones, 7 % de mères anglophones et 14 % de mères allophones. On notera également qu'il se pratique 28 000 avortements annuellement (soit une grossesse sur quatre).

Dans le tableau ci-dessous, on remarquera que le sommet du siècle a été atteint en 1959, que les années 1970 à 1990 montrent de la stabilité tandis que les années 2000 à 2005 montrent une baisse importante mais stable des naissances. L'année 2006 présente une augmentation.

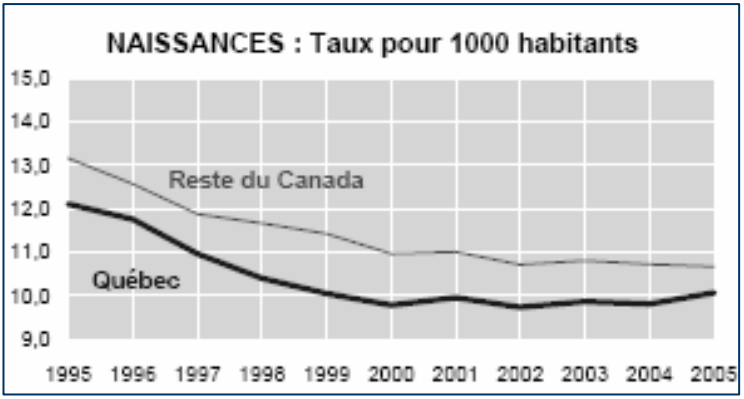
---

[26] CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, *The World Factbook* (en ligne : https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html).

[27] CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, 2004.

Moyenne annuelle des naissances au Québec[28]

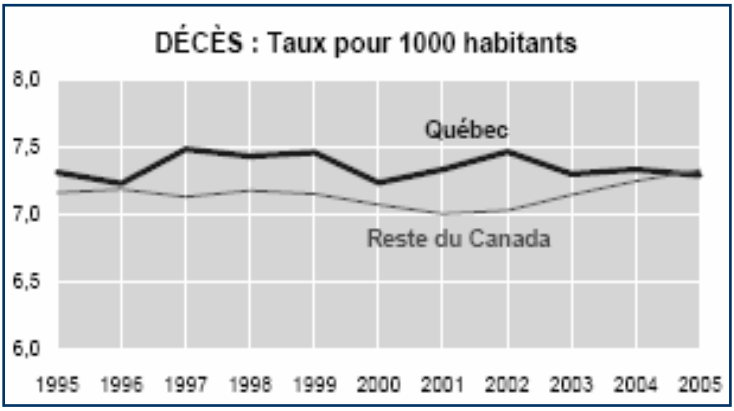
	Naissances
1900	61 834
1950	121 842
1959	**144 459**
1960	141 224
1970	96 512
1980	97 498
1990	98 013
2000	72 010
2001	73 699
2002	72 478
2003	73 916
2004	74 068
2005	76 250
2006	82 100



[28] INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC.

Moyenne annuelle des décès au Québec (stable depuis 1944)[29]

	Décès
1900	32 778
1960	35 129
1970	40 392
1980	43 515
1990	48 651
2000	53 287
2001	54 372
2002	55 748
2003	54 972
2004	55 850
2005	55 700
2006	53 800



Il y a 158 857 décès par jour sur terre et 353 015 naissances par jour dans le monde (données de 2005).

[29] *Id.*

2. LE QUÉBEC DE DEMAIN

Voyons maintenant les prévisions et tendances sur la période allant de 2007 à 2051. Si rien ne change, que sera le Québec de demain? Nous avons notamment cherché une réponse aux questions suivantes :

- Notre population vieillit-elle? À quel rythme? Est-ce partout pareil?
  - Dans la province? Au Canada? Dans le monde?
- Nos jeunes seront-ils plus nombreux ou moindres?
- Connaîtrons-nous une décroissance démographique?
- Subirons-nous une pénurie de main-d'œuvre? Sera-t-elle à l'échelle du Québec ou localisée?
- L'immigration est-elle **la** solution et permettra-t-elle de corriger la situation?
- La natalité parviendra-t-elle à créer un équilibre?
- La mortalité sera-t-elle freinée par les avancements en soins de santé?
- Assisterons-nous à un remodelage de notre société?
- Comment nos gouvernements réussiront-ils à équilibrer un budget avec moins de « payeurs de taxes »?
- Quels seront les enjeux, défis et opportunités?

2.1. VIEILLISSEMENT DE LA POPULATION

Évolution du nombre des personnes de 65 ans et plus au Québec :

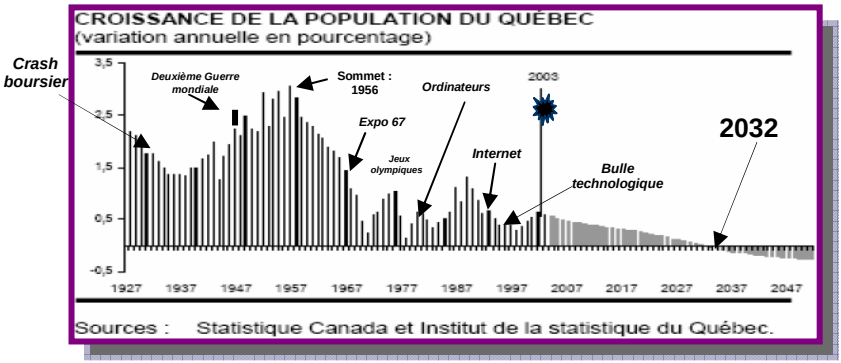
1929	5 %	
2003	13 %	990 000
2006	15 %	1 125 000
2021	20 %	1 500 000
2051	30 %	2 340 000

La proportion des personnes de 65 ans et plus est déjà de 55 % et même de 75 % dans certaines régions.

Année	Personnes d'âge actif pour un retraité
1941	10
1971	8
2005	5
2030	2

Les prévisions témoignent d'une accélération étonnante du vieillissement de notre population. Statistiquement, le pourcentage des personnes âgées de 65 ans et plus devrait doubler au Québec dans 29 ans, au Canada dans 49 ans, en France dans 68 ans et au Royaume-Uni dans 85 ans.

2.2. DÉCROISSANCE DÉMOGRAPHIQUE (EN POURCENTAGE)



2.3. CROISSANCE DE LA POPULATION (EN NOMBRE)

En nombre, nous connaîtrons pourtant une croissance démographique « artificielle », c'est-à-dire une quasi-stagnation, soit une augmentation de 2 % entre 2006 et 2051 :

	Population du Québec
2006	7 651 531
2016	7 726 000
2031	8 100 000
2041	7 549 000
2051	7 800 000

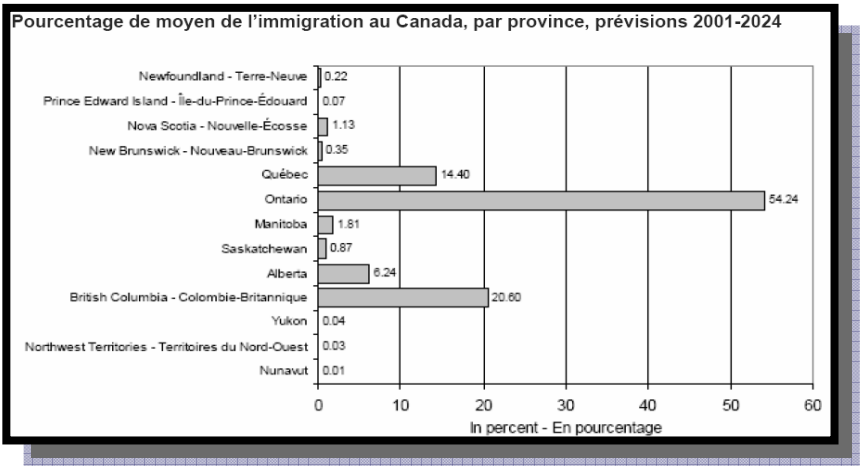
2.4. ASSISTE-T-ON À UNE DÉCROISSANCE OU À UNE STAGNATION DE NOTRE POPULATION[30]?

À notre avis, nous assistons à un **remodelage** et un **déplacement** de notre population. En ce qui a trait à l'augmentation de la population québécoise, à compter de 2021, l'immigration comptera pour 100 % de l'accroissement de la population active. En raison du vieillissement **important**, il se trouvera 1 215 000 personnes âgées de plus entre 2006 et 2051 (de 15 % à 30 %). La population active accusera une baisse de 14 %, soit un million de personnes actives en moins. On comptera plus d'immigrants – surtout dans notre population active et dans la région de Montréal.

Dans les régions, des mouvements migratoires négatifs sont enregistrés à cause du déplacement de la population, ce qui entraîne un dépeuplement notable en région.

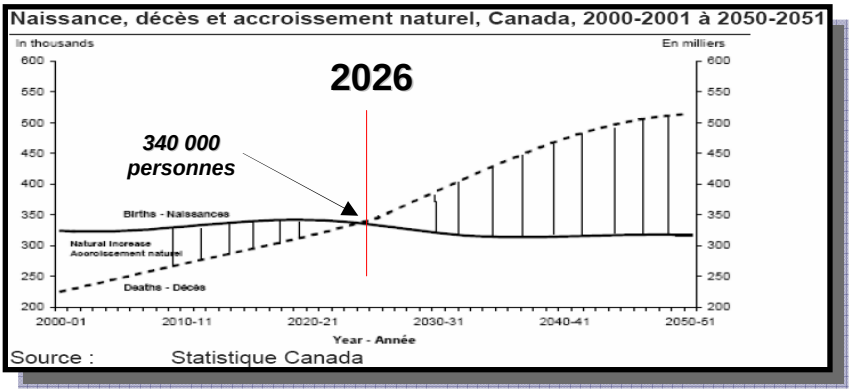
2.5. MOUVEMENTS MIGRATOIRES

Répartition des immigrants par province – Prévisions 2001-2024



30 *Id.*

2.6. COURBES – NAISSANCES *VERSUS* DÉCÈS AU CANADA



Le taux de mortalité devrait doubler en 2051, en raison du vieillissement de la population[31].

3. PORTRAIT DE LA MAIN-D'ŒUVRE AU QUÉBEC

3.1. Y A-T-IL (Y AURA-T-IL) UNE PÉNURIE DE MAIN-D'ŒUVRE?

Analysons les principales questions de l'heure, à savoir s'il y a présentement ou s'il y aura sous peu une pénurie de main-d'œuvre :

- Cette pénurie existe-t-elle ou existera-t-elle localement? Régionalement? En milieu urbain? En milieu rural? Sera-t-elle généralisée? Mondiale?
- Quand? (Maintenant? Dans 5 ans, 10 ans ou 20 ans?)
- Quelles sont/seront les tendances?
- De quelle ampleur?
- Pourquoi (en raison de quoi)?

---

[31] Pour une analyse plus poussée sur la démographie, la pénurie de main-d'œuvre et la relève d'entreprise, voir Patrice VACHON, « Janvier 2051 : Un regard sur le passé » (en ligne : www.heenanblaikie.com).

- Quelles sont/seront les conséquences?
- Quels sont/seront les enjeux?
- Quels sont/seront les défis?
- Quelles sont/seront les solutions (meilleures pratiques)?
- Où sont/seront les opportunités?

3.2. APERÇU DE NOTRE MAIN-D'ŒUVRE

En 2005 au Québec, les travailleurs de 15 à 64 ans (69,7 %) étaient au nombre de 5 294 451; à Montréal, pour la même tranche d'âge, il y avait 1 305 139 travailleurs (71 %).

Chômage en 2006[32]

Québec	**8 %**
Montréal	8,4 %
Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine	18,3 %
Saguenay-Lac-Saint-Jean	10,6 %

Postes vacants en 2006[33]

Québec	**32 000**
Alberta	62 000
Ontario	70 000
Canada	251 000

3.3. QUALITÉ DE NOTRE MAIN-D'ŒUVRE

Seule une proportion de 62 % à 81 % de notre population sait lire, écrire et compter. Nos écoles tombent en ruine. Nos universités dépérissent et sont sous-financées, nos frais de scolarité sont pourtant les plus bas au Canada et

---

[32] INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC; STATISTIQUE CANADA, *Enquête sur la population active.*

[33] FÉDÉRATION CANADIENNE DE L'ENTREPRISE INDÉPENDANTE.

des investissements massifs seront requis[34]. Le Québec affiche un taux de décrochage très élevé (le plus élevé au Canada).

Un remodelage de notre société est en vue à cause de l'augmentation du nombre de personnes âgées, du vieillissement de la population et de l'accroissement de l'espérance de vie. Il y a moins de jeunes mais plus d'immigrants (près de Montréal – peu en région), et les personnes âgées devront travailler plus longtemps.

Quant à la pauvreté du Québec[35], 50 % de la population ne paie pas d'impôts, le revenu *per capita* à Montréal était de 32 618 $ en 2006. Les riches ne constituent que 2 % des contribuables québécois : ce sont 120 000 personnes – gagnant plus de 100 000 $ par an – qui versent 24 % des impôts sur le revenu des particuliers que prélève Québec. Dans 20 ans, les revenus d'impôts subiront une diminution de 5 M$ tandis que les dépenses révéleront une augmentation de 5 M$. Le gouvernement n'a plus de marge de manœuvre : les Québécois sont les contribuables les plus taxés d'Amérique du Nord.

Les régions seront sévèrement touchées en raison de problèmes de vieillissement accéléré et d'accès aux soins de santé (les 65 ans et plus composent déjà plus de 55 % de la population dans certaines régions). Peu de médecins et d'infirmières s'installent en région; les personnes âgées voudront se rapprocher des hôpitaux. Des mouvements migratoires défavorables sont observés : les jeunes quittent les régions, plusieurs personnes d'âge actif quittent également les régions, faute de travail; les immigrants ne s'installent pas en région. Le déclin est déjà amorcé et devrait se poursuivre durant les prochaines décennies.

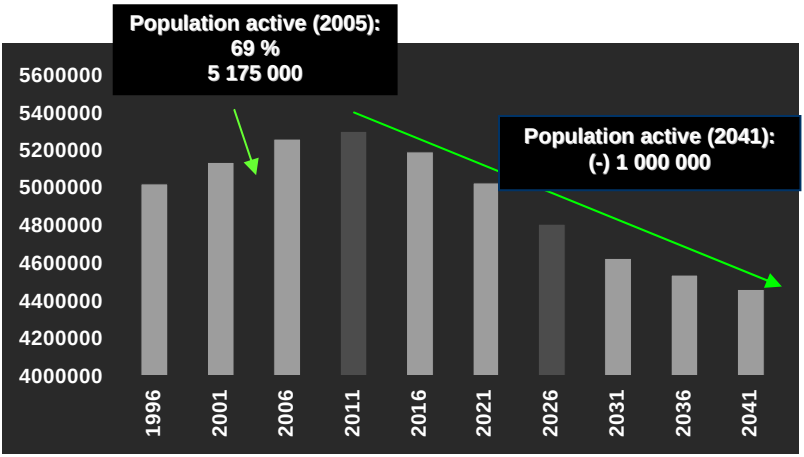
Ainsi, en ce qui concerne l'exode régional (de 1971 à 2005), la population de Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine est passée de 116 000 à 96 000 habitants, une baisse de 20 000 personnes (17 %) en 35 ans, notamment des jeunes (à cause des faibles perspectives d'emploi). La population d'Abitibi-Témiscamingue, du Saguenay-Lac-Saint-Jean, de la Côte-Nord, de la Gaspésie et du Bas-Saint-Laurent est passée de 869 000 à 855 000 habitants, une baisse de 14 000 personnes en 35 ans; il s'agit là d'une quasi-stagnation (négative). En 1971, les régions ressources représentaient 15 % de la population québécoise; en 2005, ce pourcentage était de 11 % et les perspectives tendent vers une baisse.

---

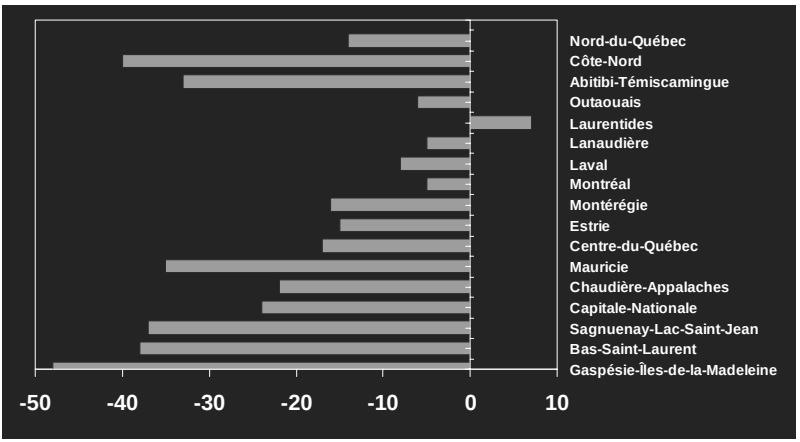
34 *La Presse*, 15 juin 2007, p. A19.

35 *Id.*; REVENU QUÉBEC.

Le bassin de travailleurs était composé en 2005 de 69 % de la population du Québec, soit 5 175 000 personnes; en 2041, il sera composé d'un million de travailleurs en moins, c'est-à-dire 4 175 000 personnes. Le sommet de population active sera atteint dans 3 ans (en 2011). La décroissance s'accélérera à compter de 2011. Une baisse substantielle de la taille du bassin de travailleurs est anticipée, notamment en région. On se reportera aux tableaux qui suivent.



Variation de la population de 15 à 64 ans de 2001 à 2041, en pourcentage



Nous ne sommes pas assez compétitifs et la délocalisation de la main-d'œuvre s'ensuit; les emplois non spécialisés sont délocalisés vers l'Asie et

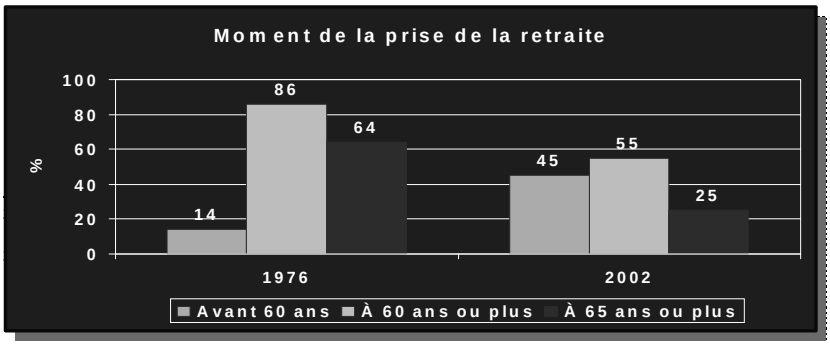
d'autres pays en voie de développement. On ne peut penser concurrencer ces emplois avec nos taux horaire (de 17 $ à 25 $ l'heure *versus* 0,45 $ l'heure), la puissance de nos syndicats et la force de notre devise.

3.4. LA RETRAITE – CHANGEMENTS IMPORTANTS EN VUE

Des départs massifs à la retraite d'employés âgés se produiront. On assistera à :

- une pénurie de main-d'œuvre, car le tiers des travailleurs s'apprête à partir pour la retraite[36];
- une pression à la hausse sur les salaires;
- un exode d'entreprises (en **région**);
- une augmentation du taux de chômage en région;
- une diminution du taux de chômage dans les grands centres urbains;
- une perte de savoir;
- une perte de savoir-faire;
- une baisse de la production;
- une concurrence féroce pour attirer/recruter la main-d'œuvre.

On note qu'un revirement s'est produit depuis 30 ans : il y a 30 ans, 14 % des travailleurs prenaient leur retraite **avant** l'âge de 60 ans; aujourd'hui, c'est 45 %[37].



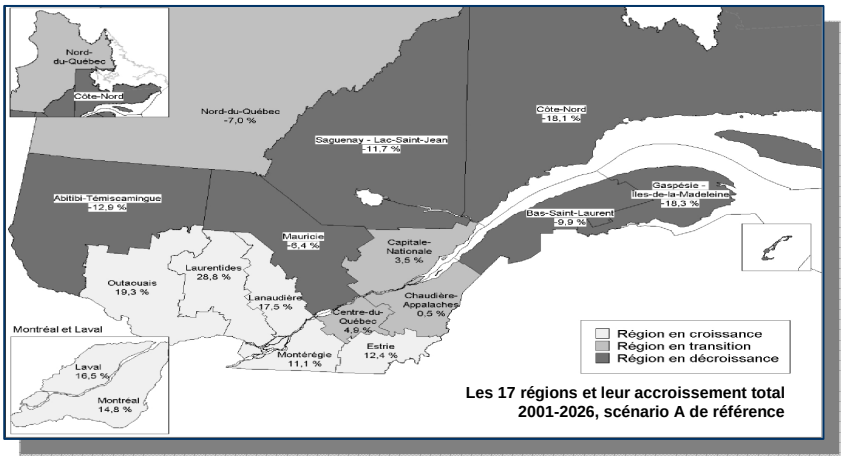
Les départs massifs à la retraite des baby-boomers – nés entre 1946 et 1966 – sont imminents (dans 3 ans – en 2011) : **les plus âgés ont 61 ans**. Les baby-boomers nés en 1946 auront 65 ans en 2011 et les autres suivent de près… Ils représentent 45 % de la force de travail au Canada (par rapport à 29 % en 1991). Comme 45 % des travailleurs prennent leur retraite avant l'âge de 65 ans (voir le tableau qui précède), plusieurs ont déjà pris leur retraite et de nombreux autres suivront rapidement.

L'année 2011 apparaît comme une année charnière…

Selon les statistiques, 45 % des travailleurs prennent leur retraite[38] avant 65 ans, et 55 % d'entre eux à 60 ans ou plus. En Amérique du Nord, en Europe et en Asie, 62 ans est l'âge moyen de la retraite[39]. Au Québec, un grand nombre de travailleurs partent pour la retraite **avant** l'âge de 60 ans.

3.5. PÉNURIE DE MAIN-D'ŒUVRE

Tendances et prévisions en matière de main-d'œuvre – Horizon 2026[40]



Les 17 régions et leur accroissement total 2001-2026, scénario A de référence

38 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2002.

39 Deloitte, février 2005.

40 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC.

Pénurie de main-d'œuvre – Selon les compétences

- 7 % : postes requérant un diplôme **universitaire** (comptable, ingénieur, professeur, avocat);
- 43 % : postes requérant des études de niveau **collégial** (plombier, mécanicien, chef/cuisinier, charpentier);
- 32 % : postes requérant des études de niveau **secondaire** (vendeur, chauffeur, commis, opérateur de machinerie);
- 17 % : postes ne requérant **pas d'études** (caissier, agent de sécurité, préposé à l'entretien, manœuvre, aide de cuisine).

Postes vacants en 2006

Québec	32 000
Alberta	62 000
Ontario	70 000
Canada	251 000

Pénurie de main-d'œuvre – Selon le vieillissement[41]

La région de Montréal vieillira **moins** vite alors que les régions de l'Outaouais, de Lanaudière et des Laurentides vieilliront **plus** vite; les régions qui **sont** et demeureront les **plus** âgées sont le Bas-Saint-Laurent, la Mauricie et la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine.

Pénurie de main-d'œuvre – Où et quand[42]**?**

- La pénurie est déjà installée depuis 2001 dans les régions suivantes :
  - Saguenay-Lac-Saint-Jean;
  - Abitibi-Témiscamingue;
  - Côte-Nord;

41 *Id*.

42 *Id*.

- Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine;

- Ces régions souffrent de la pénurie depuis :
  - 2004 : Bas-Saint-Laurent;
  - 2005 : Mauricie;
  - 2006 : Capitale-Nationale;
  - 2007 : Nord-du-Québec et Chaudière-Appalaches;
- La pénurie se déclenchera prochainement dans ces régions en :
  - 2011 : Centre-du-Québec;
  - 2013 : Montérégie et Estrie;
  - 2016 : Outaouais et Lanaudière;
  - 2017 : Laval;
  - 2018 : Laurentides;
  - 2021 : Montréal.

3.6. DÉCLIN DÉMOGRAPHIQUE : OÙ ET QUAND[43]?

1) Le déclin est déjà amorcé depuis 2001 (en pourcentage de décroissance) dans ces régions :
   - Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine (- 18 %);
   - Côte-Nord (- 18 %);
   - Abitibi-Témiscamingue (- 13 %);
   - Saguenay-Lac-Saint-Jean (- 12 %);

[43] *Id.*

- Bas-Saint-Laurent (- 10 %);
- Mauricie (- 6 %);
- Nord-du-Québec (- 7 %).

Le nombre de décès excède déjà celui des naissances pour la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine, le Saguenay-Lac-Saint-Jean et le Bas-Saint-Laurent.

Leur poids démographique passera de 15,3 % (en 2001) à 12,5 % (en 2026).

2) La décroissance démographique commencera en l'année (pourcentage de croissance jusqu'en…) :

- 2015 : Chaudière-Appalaches (+ 1 %) (décès plus nombreux que les naissances à compter de 2019);
- 2018 : Capitale-Nationale (+ 4 %) (décès plus nombreux que les naissances à compter de 2009);
- 2026? : Centre-du-Québec (+ 5 %) (décès plus nombreux que les naissances à compter de 2017);
- 2026? : Laurentides (+ 28,8 %);
- 2026? : Outaouais (+ 19,3 %);
- 2026? : Lanaudière (+ 17,5 %);
- 2026? : Laval (+ 16,5 %);
- 2026? : Montréal (+ 14,8 %);
- 2026? : Estrie (+ 12,4 %);
- 2026? : Montérégie (+ 11,1 %).

3.7. DÉCLIN DES JEUNES (MOINS DE 20 ANS) – OÙ ET QUAND[44]?

Le nombre de jeunes décroîtra partout… sauf à Montréal (+ 6,1 %) et dans les Laurentides (+ 0,6 %).

Année	Nombre de jeunes
2001	1 773 000
2011	1 600 000
2026	1 544 000
2051	1 400 000

On prévoit un écart négatif (- 12,9 %) entre 2001 et 2026; de 1971 à 2051, on observera un million de jeunes en moins. En 2026, les jeunes représenteront 19 % de la population; en 2051, ils constitueront 17 % de la population.

Dans les **régions suivantes**, notamment l'Abitibi-Témiscamingue (- 40,2 %), la Côte-Nord (- 44,1 %) et la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine (- 50,7 %), il y aura **la moitié moins** de jeunes (de 40 à 50 %) entre 2006 et 2026.

4. SOMMAIRE DE CE QUE NOUS VENONS DE VOIR

Faisons un résumé des constats, des impacts et des enjeux.

Du point de vue de la décroissance démographique (2032), nous assisterons au **dépeuplement** important des régions notamment les régions ressources (nord et est) ainsi qu'à l'exode des **jeunes** qui quittent les régions pour les villes.

La pénurie de main-d'œuvre – commencée depuis 2001 – se traduit par une **baisse** notoire de main-d'œuvre active; on comptera un million de jeunes en **moins** (entre 1971 et 2051) et 1,3 million de personnes âgées en **plus** (entre 2005 et 2051).

Pour ce qui est de la baisse de population active, l'**immigration** représentera 100 % de la **croissance** de la **population active** à compter de 2015.

---

[44] *Id*.

Quant au vieillissement de la population, la proportion des personnes âgées passera de 13,8 % actuellement à 30 % d'ici 25 ans. Certaines régions ont déjà dépassé les 55 % (Asbestos) et certaines autres comptent déjà un nombre important de personnes âgées (75 %) : le Bas-Saint-Laurent, la Mauricie et la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine.

Certaines régions telles que l'Outaouais, la région de Lanaudière ainsi que les Laurentides « vieilliront » très rapidement tandis que la région de Montréal « vieillira » moins vite.

L'espérance de vie s'est accrue : pour les hommes, elle passerait de 76,5 ans en 2001 à 81,0 ans en 2041. La natalité est stable (82 100); le nombre de 78 000 est anticipé jusqu'en 2018. La mortalité est en hausse (53 950) et passerait à plus de 100 000 en 2040; la mortalité serait supérieure à la natalité à compter de 2021 au Québec et de 2026 au Canada. L'indice de fécondité est en baisse (1,62 par opposition à 4,086) :

- 1,486 en 2004;
- 1,511 en 2005;
- 1,620 en 2006 (en hausse récemment…).

L'immigration est insuffisante; les **immigrants** tendent à s'installer dans les grandes villes ou leurs banlieues. Ils délaissent les régions : 50 % des immigrants (450 000) sont établis sur l'île de Montréal et 50 % (450 000) sont répartis ailleurs au Québec (en banlieue de Montréal pour plusieurs). On constatera des mouvements migratoires négatifs; les immigrants s'installeront davantage en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique. On observera une augmentation de la concurrence entre les régions et un déplacement de la population entre les régions.

Les impacts d'une pénurie de main-d'œuvre se traduiront par une baisse de productivité[45].

PIB 2006 par rapport à 2005

Canada	+ 2,7 %
Québec	+ 1,6 %
Montréal	+ 1,6 % (prévisions favorables en 2007 et 2008 : 2,6 % et 3 %)

[45] *La Presse*, 26 juin 2007, p. 4; CCMM, printemps 2007.

On ne pourra fournir à la demande faute d'employés et on devra automatiser la production (investissements en immobilisations) (baisse de 10,1 %). Les dépenses en immobilisations ont augmenté de 4,3 % entre 2005 et 2006 (19 MM$ en 2006).

On anticipe une baisse importante du taux d'activité[46] au Québec d'ici 2031; on passera de 65,5 % (67,5 % à Montréal et 67,2 % au Canada) en 2006 à 54,8 % (anticipé) en 2031 qui s'exprimera comme suit :

- une baisse des ventes;
- une baisse du service à la clientèle;
- une flambée des salaires causée par une pénurie de main-d'œuvre;
- une baisse de rentabilité de l'entreprise causée par la hausse du coût de la main-d'œuvre et la baisse des ventes;
- une augmentation des prix/services à la consommation pour faire supporter par le consommateur cette hausse des salaires;
- la fermeture d'entreprises ou de succursales faute de main-d'œuvre en raison des salaires trop élevés;
- le fondateur devra travailler plus fort plus longtemps;
- tous les employés devront travailler plus fort, ce qui se traduira par un sentiment d'insatisfaction et de frustration (**médecins** et **infirmières**);
- les autres pays aux prises avec des problèmes similaires chercheront à attirer notre main-d'œuvre;
- une concurrence féroce pour **recruter** de la main-d'œuvre;
- de la créativité pour concevoir des avantages et incitatifs pour **conserver** les employés :
  - augmentation des salaires pour attirer et conserver les employés,

[46] Population de 15 ans et plus qui travaille ou cherche un emploi; cela reflète la vitalité du marché du travail.

– mesures plus créatives et flexibles pour satisfaire les parents,

– conciliation travail-famille,

– retraite progressive,

– garderie en milieu de travail,

– horaire flexible,

– penser autrement,

– soutenir des idées et des gestes novateurs,

– être plus à l'écoute des employés.

Le remodelage de notre société est imminent en raison du nombre plus élevé d'immigrants et de personnes âgées, et des besoins substantiels croissants en soins de santé, de la diminution du nombre de jeunes, du dépeuplement important des régions et de la concentration dans et près des grands centres urbains. Il y aura moins de « payeurs de taxes » et moins de latitude pour nos gouvernements, ainsi qu'une pénurie de main-d'œuvre dans plusieurs régions, partout selon les types de secteurs et de compétences.

Un avenir **sombre** se prépare, susceptible d'engendrer plus de **conflits**… si rien n'est fait! Des conflits employeurs-syndicats, de l'inquiétude, de l'incertitude, de la jalousie; de la pauvreté et une baisse de richesse collective, de la pression sociale, une hausse de la criminalité; une pression Québec *versus* Ontario. Le gouvernement n'aura plus de marge de manœuvre. **Mais on peut rester optimistes!**

5. IMPACTS DE LA DÉMOGRAPHIE SUR LA GESTION DU PATRIMOINE

Où sont les opportunités?

5.1. COMMENT CES DONNÉES SE TRADUISENT-ELLES EN REGARD DE LA GESTION DE PATRIMOINES?

- Plus de personnes âgées : les gens vivront plus vieux, ils devront économiser davantage et plus longtemps, ils devront aussi travailler plus longtemps et l'âge de la retraite sera assurément haussé;

- Moins de jeunes, notamment en région;
- Plus d'immigrants, surtout à Montréal et en banlieue;
- Plus de millionnaires :
  - Nombre anticipé au Canada :
    - 200 000 en 2000 (14 % au Québec : 28 000),
    - 330 000 en 2004,
    - 900 000 en 2010;
  - De sources différentes et parfois insoupçonnées, pensez à ratisser large; ce peut être :
    - un jeune ferré en informatique qui vend sa société,
    - un bûcheron qui accumule des économies importantes,
    - une société dans la foresterie qui vient de vendre ses droits de coupe,
    - un pêcheur de crabes ou de homards qui vient de vendre son permis,
    - ils ne roulent pas tous en Porsche,
    - ils n'habitent pas tous un beau manoir victorien à flanc de montagne;
  - Allez les chercher dans leur quartier ou dans leur région.

5.2. QUE PEUT-ON ENTREVOIR?

Faites du bon travail et ces personnes vous référeront leurs amis; pensez aux professionnels, agriculteurs, plombiers, électriciens, garagistes, etc.; aux gens œuvrant dans le domaine de la construction, du pétrole, des mines, des biotechnologies, des nouvelles technologies, des communications; considérez les entreprises familiales (dont les propriétaires sont âgés de 60 à 65 ans) – envisage-t-on la relève d'entreprise, le *management buy-out*, la vente à un tiers?

Pensez aux références de professionnels ainsi qu'aux jeunes d'aujourd'hui qui seront fortunés demain; BMO Banque privée Harris estime que d'ici 2020, les baby-boomers transféreront par héritage 1 trillion de dollars à leurs enfants[47]. De nombreux nouveaux millionnaires en vue…

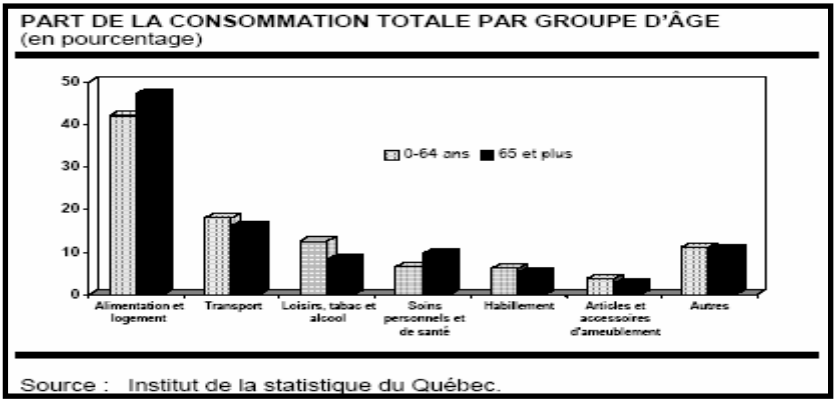
Pensez aux immigrants, aux personnes âgées, aux enfants de vos clients : un grand nombre d'entre eux hériteront de fortunes d'ici 10 à 15 ans…

Les habitudes de consommation ainsi que les besoins en services vont changer.

Si vous êtes, par exemple, 50 000 conseillers financiers, la tarte n'est pas grande pour se partager 330 000 millionnaires, soit un conseiller pour six millionnaires.

6. OÙ SONT LES OPPORTUNITÉS?

Les statistiques présentées dans le graphique suivant montrent la différence de consommation selon l'âge.



1) Produits en vogue

- Le transport adapté;

[47] Voir en ligne : http://www.camagazine.com/3/0/9/8/5/index1.shtml.

- Les résidences pour personnes âgées;
- Les condos et unités de logement nécessitant peu d'entretien;
- L'alimentation;
- Les soins de santé privés (soins personnels; soins de la santé (spa); soins à domicile et soins de longue durée);
- Les cliniques privées, les cliniques à domicile et les services de santé à domicile;
- Les entreprises pharmaceutiques et de biotechnologie;
- Les pharmacies (médicaments);
- Les fabricants d'appareils médicaux;
- Le secteur de l'eau;
- Les pièces pour automobiles et camions ainsi que les garages effectuant des réparations de véhicules;
- Les entreprises de pompes funèbres;
- Les équipements et installations de chauffage ou de transport hybrides ou proposant d'autres possibilités que le mazout ou l'essence;
- Les services financiers (services de planification financière et de gestion de portefeuille – gestion de la fortune des baby-boomers);
- Les loisirs, notamment les multimédias, la lecture et les entreprises spécialisées dans les voyages, particulièrement les croisières;
- Les centres de recherche;
- L'aéronautique.

2) Services en vogue

- Tout ce qui touche les ressources humaines et le bien-être des gens au travail;
- Tout ce qui se rapporte à la santé et au bien-être;
- Le « coaching » de jeunes entrepreneurs imaginatifs et fougueux par des baby-boomers (« anges ») à la retraite ou à la semi-retraite souhaitant demeurer actifs et apporter leur contribution par la passation de leur savoir et en aidant ceux-ci par des contacts, des capitaux de lancement (*seed-money*) et de l'expérience;
- Les experts en amélioration de la performance et de la productivité;
- Les experts en consolidation d'entreprises;
- Les experts en redressement d'entreprise et planification stratégique;
- Les experts en relève d'entreprise, passation de pouvoirs et collectes de fonds;
- Les experts à l'international.

3) Produits et services démodés

- Les résidences cossues et la construction de maisons neuves;
- Les résidences dans certaines régions;
- L'immobilier commercial en région rurale et dans les petites villes;
- Le transport en commun (moins de travailleurs aux heures de pointe);
- Les écoles (moins de jeunes);
- Les achats et les types de véhicules (les gens conservent leur véhicule plus longtemps; achats de véhicules moins dispendieux et consommant moins de carburant);
- Les équipements, véhicules et chauffage au mazout, à l'essence ou autres produits du pétrole;

- Le tabac, la bière et l'alcool;
- Les vêtements;
- Les appareils électroménagers, les articles et accessoires d'ameublement;
- L'électronique.

4) Opportunités

- Quatre services deviendront les expressions de l'heure :
  - amélioration de la performance;
  - amélioration de la productivité;
  - relève d'entreprise;
  - l'accent sur l'international.
- La clientèle vieillissante suscite une demande différente en produits et services; la consommation est directement proportionnelle à l'âge.
- Quant à l'immigration, il faudra satisfaire les besoins de ces immigrants en produits et services et chercher à comprendre leur mode et leur style de vie.

5) Opportunités

- Fusions, acquisitions et consolidations d'entreprises : exponentiellement à compter de 2011, les propriétaires de PME vont chercher à vendre leur entreprise. Trouveront-ils des acquéreurs? Au bon prix? Au Québec?
- Opportunités à l'exportation : faute de consommateurs acheteurs, il faudra exporter.
- Acquisitions par des étrangers : ceux-ci s'intéressent à nos ressources et aux PME qui les détiennent.
- L'eau est – et deviendra – un enjeu critique.

Pour une analyse approfondie sur les questions de la démographie, de main-d'œuvre et de relève d'entreprise, nous vous invitons à consulter les deux analyses détaillées de l'auteur du présent texte[48].

[48] En ligne : www.heenanblaikie.com.

LA FISCALITÉ DES SOCIÉTÉS DE PORTEFEUILLE



Liliane Fortier
CA, LL.M. fisc.
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9:3

1. TAUX D'IMPÔT 9:3

2. INTÉGRATION 9:4

2.1. REVENUS D'INTÉRÊTS 9:4
2.2. GAIN EN CAPITAL 9:5
2.3. DIVIDENDES 9:6
2.3.1. Revenus de dividendes provenant de sociétés non rattachées 9:6
2.3.2. Revenus de dividendes de sociétés rattachées 9:8
2.3.3. Arbre de décision 9:8
2.4. AUTRES FACTEURS 9:9

3. VENTE D'UNE ENTREPRISE EXPLOITANTE 9:9

3.1. HYPOTHÈSES UTILISÉES 9:10

3.2. SCÉNARIO 1 ..... 9:10
3.3. SCÉNARIO 2 ..... 9:11
3.4. SCÉNARIO 3 ..... 9:12
3.5. SCÉNARIO 4 ..... 9:13
3.6. COMPARAISON DES SCÉNARIOS 9:15

4. IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES 9:16

4.1. LIQUIDATION DE GESTION VENDET INC. 9:17
4.2. RÉORGANISATION CORPORATIVE AFIN D'ENCAISSER LE PBR 9:18
4.3. RÉORGANISATION PLUS COMPLEXE 9:19
4.4. COMPARAISON DES TRANSACTIONS 9:20
4.5. AUTRES FACTEURS À CONSIDÉRER 9:22

CONCLUSION 9:22

ANNEXE 9:24

INTRODUCTION

La nature des revenus gagnés par une société de portefeuille fait en sorte que cette dernière est assujettie à un régime d'imposition particulier, notamment en ce qui concerne les taux d'imposition et les impacts fiscaux de la distribution des revenus aux actionnaires.

L'annonce des nouveaux taux d'impôt applicables aux revenus de placement gagnés par une société nous force à revoir nos critères de décision quant aux choix disponibles aux sociétés de portefeuille, et ce, à de nombreux égards. De plus en plus de questions nous seront posées par nos clients à ce sujet. En effet, les baby-boomers sont maintenant rendus à l'étape de prendre leur retraite. Donc, ceux qui détiennent les actions d'une société exploitante voudront les vendre et auront ainsi des liquidités importantes à investir. Par exemple, ils pourraient nous demander s'il est préférable d'investir les fonds personnellement ou encore de les transférer dans une société de portefeuille.

L'objectif de ce texte est de déterminer si nos anciens réflexes face à une société de portefeuille sont toujours valides.

1. TAUX D'IMPÔT

Les nouveaux taux d'impôt applicables aux sociétés (annoncés le 1er octobre 2007) sont les suivants :

Taux d'imposition des sociétés privées sous contrôle canadien Revenus de placement incluant un gain en capital imposable			
À partir du	**Fédéral**	**Québec**	**Total**
20 février 2007	35,79 %	9,90 %	45,69 %
1er janvier 2008	34,67 %	11,40 %	46,07 %
1er janvier 2009	34,67 %	11,90 %	46,57 %

Pour ce qui est des taux d'impôt des particuliers, ceux-ci sont stables, à l'exception des taux pour les dividendes. Les nouveaux taux sont les suivants :

Taux marginaux des particuliers (le plus élevé)			
	2006[1]	**2007**	**2008**
Dividendes ordinaires	32,81 %	36,35 %	36,35 %
Dividendes déterminés	–	29,70 %	29,70 %
Gain en capital (100 %)	24,11 %	24,11 %	24,11 %
Autres revenus	48,22 %	48,22 %	48,22 %

Aux fins de ce texte, et lorsque des illustrations seront nécessaires, les taux d'impôt utilisés seront ceux pour l'année 2008, et ce, tant pour les particuliers que pour les sociétés.

2. INTÉGRATION

Afin de déterminer si la société de portefeuille est toujours pertinente, la première analyse à effectuer est de déterminer s'il y a intégration lorsque des revenus de biens sont gagnés par une société.

2.1. REVENUS D'INTÉRÊTS

Auparavant, le revenu d'intérêts gagné par une société était imposé à un taux combiné de 52,04 %, comparativement à 48,22 % par un particulier. Il est vrai que la société avait droit à un remboursement au titre de dividendes (ci-après « RTD ») lorsque celle-ci versait un dividende. Par contre, même en tenant compte du RTD, il y avait quand même une sous-intégration d'environ 4 %. Il n'était généralement pas avantageux de gagner du revenu d'intérêts dans une société de gestion.

Depuis l'annonce des nouveaux taux d'impôt, il y a une intégration presque parfaite. En effet, le taux d'impôt intégré est de 48,70 % (c'est-à-dire lorsque le revenu d'intérêts est gagné dans une société et est, par la suite, versé en dividendes ordinaires). Ce même revenu d'intérêts aurait été

[1] Avant l'annonce des taux pour les dividendes déterminés et ordinaires.

imposé au taux de 48,22 % s'il avait été gagné directement par le particulier. Par contre, si la société a un compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG »), le taux d'imposition intégré sera de 43,34 %.

Intégration – Intérêts			
	Société		**Particulier**
	CRTG **$**	**Dividendes ordinaires** **$**	**$**
Revenus d'intérêts	100 000	100 000	100 000
Impôt sociétés 34,67 % + 11,40 %	(46 070)	(46 070)	
RTD	26 670	26 670	
Dividendes versés	80 600	80 600	
Impôt particuliers 29,70 % / 36,35 % / 48,22 %	(23 938)	(29 298)	48 220
Encaissement net	56 662	51 302	51 780
Taux d'impôt combiné	43,34 %	48,70 %	48,22 %

De plus, s'il s'agit d'un capital « patient », c'est-à-dire si les fonds n'ont pas à être versés immédiatement à l'actionnaire, l'utilisation d'une société procure un avantage supplémentaire prenant la forme d'un report d'impôts puisque le taux d'impôt d'une société pour le revenu de placement est maintenant inférieur de 2,15 % au taux applicable au particulier (soit 46,07 % dans la société et 48,22 % pour le particulier).

2.2. GAIN EN CAPITAL

Les principes énoncés dans la section précédente s'appliquent également au gain en capital. La seule différence est le taux d'impôt. En effet, l'intégration est presque parfaite, comme le démontre le tableau suivant :

Intégration – Gain en capital			
	Société		Particulier
	CRTG $	**Dividendes ordinaires $**	**$**
Gain en capital	100 000	100 000	100 000
Impôt sociétés 34,67 % + 11,40 %	(23 035)	(23 035)	
RTD	13 335	13 335	
Dividendes versés (imposables + compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »))	90 300	90 300	
Impôt particuliers 29,70 % / 36,35 % / 48,22 %	(11 969)	(14 649)	24 110
Encaissement net	78 331	75 651	75 890
Taux d'impôt combiné	21,67 %	24,35 %	24,11 %

2.3. DIVIDENDES

2.3.1. Revenus de dividendes provenant de sociétés non rattachées

Selon les anciennes règles, il n'y avait aucun avantage ou désavantage à réaliser le revenu de dividendes dans une société puisque le taux d'impôt était pratiquement le même. La société devait payer l'impôt de la Partie IV de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2], soit 33 % du dividende, tandis que le taux d'impôt marginal maximum pour une personne était de 32,81 %.

[2] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

Depuis l'introduction de la notion de dividendes déterminés (c'est-à-dire provenant du CRTG) et de dividendes ordinaires (c'est-à-dire ne provenant pas du CRTG), il est plus avantageux, dans certains cas, de recevoir les dividendes personnellement. Les dividendes provenant de sociétés publiques seront, dans la presque totalité des cas, des dividendes déterminés. Le taux d'impôt d'un dividende gagné par un particulier est maintenant de 29,70 % pour les dividendes déterminés comparativement à l'impôt de la Partie IV L.I.R. qui est de 33 %. Il est donc préférable d'investir personnellement dans une société publique.

Lorsque les dividendes reçus sont des dividendes ordinaires, le taux d'impôt du particulier est de 36,35 %. Si les fonds ne sont pas retirés de la société par l'actionnaire, il est préférable de gagner ce dividende dans une société puisque l'impôt de la Partie IV L.I.R. est moins élevé que le taux d'impôt du particulier, comme en témoigne l'illustration suivante :

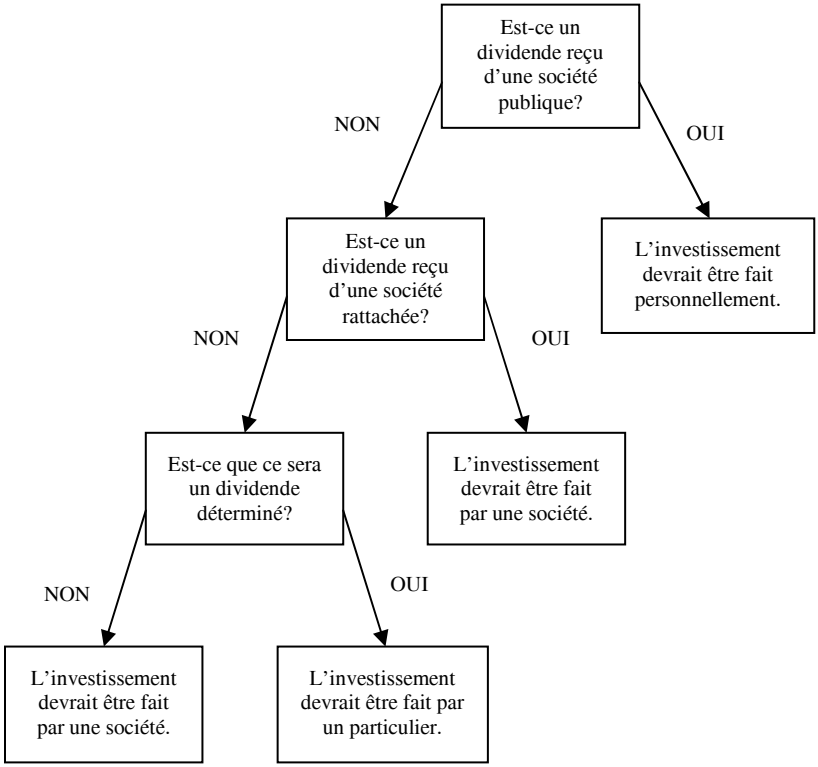
Intégration – Dividendes				
	Société		**Particulier**	
	CRTG $	**Dividendes ordinaires $**	**CRTG $**	**Dividendes ordinaires $**
Dividendes réels	100 000	100 000	100 000	100 000
Impôt de la Partie IV L.I.R.	(33 330)	(33 330)		
RTD	33 330	33 330		
Dividendes versés	100 000	100 000		
Impôt particuliers 29,70 % / 36,35 %	(29 700)	(36 350)	(29 700)	(36 350)
Encaissement net	70 300	63 650	70 300	63 650

2.3.2. Revenus de dividendes de sociétés rattachées

Dans tous les cas où un dividende est reçu d'une société rattachée, ce dividende devrait être versé à une société puisqu'il n'y aura aucun impôt de la Partie IV L.I.R. à payer.

2.3.3. Arbre de décision

Voici un arbre de décision qui peut être utilisé afin de déterminer si les revenus devraient être gagnés personnellement ou dans une société dans le cas où les revenus gagnés seront réinvestis.



2.4. AUTRES FACTEURS

Les taux d'impôt ne sont pas les seuls facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'on veut déterminer la pertinence d'une société de portefeuille.

Lorsque la structure corporative permet de faire du fractionnement de revenu entre les membres d'une même famille, la société de gestion peut être avantageuse. En effet, il y a intégration lorsque l'actionnaire est imposé au taux marginal le plus élevé. Donc, dès que le taux d'imposition du bénéficiaire du dividende est moindre, il y a avantage.

L'âge de l'actionnaire peut également avoir un impact. En effet, si celui-ci reçoit sa pension de sécurité de la vieillesse (ci-après « PSV »), il pourrait y avoir un avantage. Comme nous le savons, la PSV est remboursable lorsque le particulier a un revenu qui excède environ 63 000 $. Donc, le remboursement de la PSV augmente sensiblement le taux d'impôt. En réalisant le revenu de placement dans une société, ceci permet de contrôler le revenu du particulier et ainsi réduire possiblement son fardeau fiscal.

Il serait donc possible de faire en sorte d'augmenter sensiblement le revenu du particulier pour une année afin de le réduire l'année suivante. De cette façon, il serait possible de ne pas rembourser la PSV une année sur deux.

3. VENTE D'UNE ENTREPRISE EXPLOITANTE

L'actionnaire qui désire vendre sa société exploitante pourrait transférer les actions de la société exploitante en faveur d'une société de gestion. Cette transaction est-elle réellement avantageuse? Que devrait-il faire? Dans le cadre de ce texte, quatre scénarios ont été analysés, soit :

Scénario 1 : Fiducie Famille Vendette dispose des actions et attribue le gain en capital en faveur de M^{me} Vendette.

Scénario 2 : Fiducie Famille Vendette dispose des actions et attribue le gain en capital en faveur de Gestion Vendette inc.

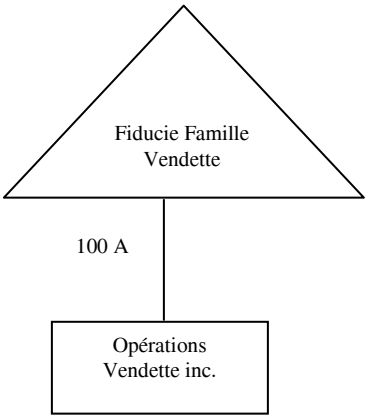
Scénario 3 : Avant d'effectuer la disposition des actions, un dividende équivalant au revenu protégé est versé. Il y a un CRTG.

Scénario 4 : Les transactions sont les mêmes qu'au scénario 3, par contre il n'y a aucun CRTG.

3.1. HYPOTHÈSES UTILISÉES

Les hypothèses utilisées sont les suivantes.

- La structure corporative est la suivante :



Bénéficiaires :	M^me^ Vendette Gestion Vendette inc.
Juste valeur marchande (ci-après « JVM ») :	5 000 000 $
Prix de base rajusté (ci-après « PBR ») :	1 $
Capital versé (ci-après « CV ») :	1 $
Revenu protégé :	3 000 000 $
CRTG :	3 000 000 $
Scénario 4 (CRTG) :	0 $

- M^me^ Vendette a déjà utilisé sa déduction pour gains en capital (ci-après « DGC »);

- M^me^ Vendette est l'unique actionnaire de Gestion Vendette inc. Cette société est actuellement inactive. Cette société a été créée afin d'être bénéficiaire de Fiducie Famille Vendette.

3.2. SCÉNARIO 1

Fiducie Famille Vendette dispose des actions de Opérations Vendette inc. pour un montant de 5 M$ et attribue la totalité du gain en capital en faveur de M^me^ Vendette.

Cette situation est probablement la plus simple. Ceci permettra à M^me^ Vendette d'encaisser, à la suite de cette transaction, 3 794 000 $ après impôts.

Encaissement net par M^me Vendette	
	$
Produit de disposition	5 000 000
Moins PBR	(1)
Gain en capital	4 999 999
Impôt (48,22 % x 50 %)	(1 205 500)
Encaissement net	3 794 500

3.3. SCÉNARIO 2

Fiducie Famille Vendette dispose des actions de Opérations Vendette inc. pour un montant de 5 M$ et attribue la totalité du gain en capital en faveur de Gestion Vendette inc.

Gestion Vendette inc. réalise un gain en capital, paie les impôts et verse deux dividendes (CDC et imposables) en faveur de M^me Vendette.

Ce scénario permet à M^me Vendette d'encaisser 3 782 548 $ après impôts. Ce scénario est relativement simple. Par contre, certaines procédures administratives doivent être respectées dans le but de verser le dividende du CDC.

Encaissement net	
Gestion Vendette inc.	**$**
Produit de disposition	5 000 000
Moins PBR	(1)
Gain en capital	4 999 999
Impôt (46,07 % x 50 %)	(1 151 750)
RTD	666 750
	4 515 000
M^me^ Vendette	
Dividende CDC	2 500 000
Dividende ordinaire	2 015 000
Impôt sur le dividende ordinaire 36,35 %	(732 452)
Encaissement net	3 782 548

3.4. SCÉNARIO 3

Opérations Vendette inc. verse un dividende en faveur de Fiducie Famille Vendette équivalant au revenu protégé et fait le choix du dividende déterminé. Fiducie Famille Vendette attribue ce dividende en faveur de Gestion Vendette inc. Par la suite, Fiducie Famille Vendette dispose des actions de Opérations Vendette inc. pour un montant de 2 M$. Le gain en capital est attribué en faveur de Gestion Vendette inc. Par la suite, Gestion Vendette inc. verse les fonds en faveur de M^me^ Vendette.

Dans ce scénario, la série de transactions est plus complexe. L'encaissement net, pour M^me^ Vendette, sera de 3 622 019 $.

Encaissement net	
Gestion Vendette inc.	**$**
Produit de disposition	2 000 000
Moins PBR	(1)
Gain en capital	1 999 999
Impôt (46,07 % x 50 %)	(460 700)
Dividendes déterminés reçus	3 000 000
RTD	266 700
	4 806 000
M^me^ Vendette	
Dividende CDC	1 000 000
Dividendes déterminés	3 000 000
Dividendes ordinaires	806 000
Impôt sur les dividendes ordinaires (3 000 000 $ x 29,70 % + 806 000 $ x 36,35 %)	(1 183 981)
Encaissement net	3 622 019

3.5. SCÉNARIO 4

Opérations Vendette inc. verse un dividende en faveur de Fiducie Famille Vendette équivalant au revenu protégé, soit 3 M$. Le choix du dividende déterminé ne sera pas effectué puisque la société n'a aucun CRTG. Fiducie Famille Vendette attribue ce dividende en faveur de Gestion Vendette inc. Par la suite, Fiducie Famille Vendette dispose des actions de Opérations Vendette inc. pour un montant de 2 M$. Le gain en capital est

attribué en faveur de Gestion Vendette inc. Par la suite, Gestion Vendette inc. verse les fonds en faveur de M^me^ Vendette.

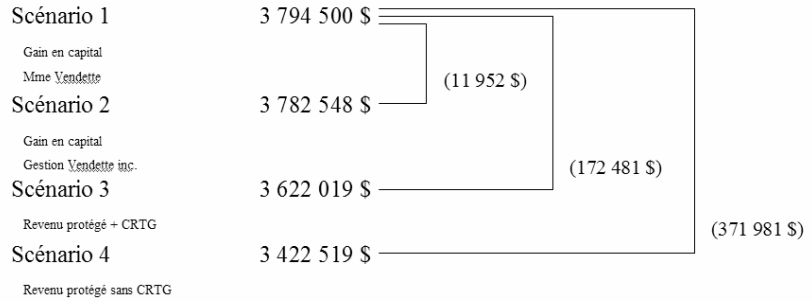
Dans ce scénario, la série de transactions est plus complexe. L'encaissement net pour M^me^ Vendette sera de 3 422 519 $.

M^me^ Vendette encaissera 199 500 $ de moins dans ce scénario par rapport au scénario 3. Cet écart représente l'impôt supplémentaire à payer puisque la société n'a pas de CRTG.

Encaissement net	
Gestion Vendette inc.	**$**
Produit de disposition	2 000 000
Moins PBR	(1)
Gain en capital	1 999 999
Impôt (46,07 % x 50 %)	(460 700)
Dividendes ordinaires reçus	3 000 000
RTD	266 700
	4 806 000
M^me^ Vendette	
Dividende CDC	1 000 000
Dividendes ordinaires	3 806 000
Impôt sur les dividendes ordinaires (36,35 %)	(1 383 481)
Encaissement net	3 422 519

3.6. COMPARAISON DES SCÉNARIOS

Le tableau qui suit compare l'encaissement net par M^me^ Vendette selon les quatre scénarios utilisés :



Si M^me^ Vendette a besoin des liquidités générées par cette vente, il est préférable d'utiliser le scénario 1. De plus, ce scénario est également le plus simple.

Par contre, si M^me^ Vendette n'a pas besoin des liquidités immédiatement, il serait préférable d'utiliser le scénario 3 ou le scénario 4 et de laisser les fonds dans Gestion Vendette inc. Dans le cadre des comparaisons, j'ai pris pour hypothèse, dans tous les scénarios, que le dividende du CDC serait versé en faveur de M^me^ Vendette.

Les scénarios 3 et 4 permettent d'investir 744 800 $ de plus que si M^me^ Vendette avait reçu la totalité du gain en capital réalisé par Fiducie Famille Vendette (scénario 1).

	Scénario 1 GC Mme Vendette	Scénario 2 GC Gestion Vendette inc.	Scénarios 3 et 4 Revenu protégé
Personnel	3 794 500 $	2 500 000 $	1 000 000 $
Société	–	1 348 250 $	3 539 300 $
Total	3 794 500 $	3 848 250 $	4 539 300 $

53 750 $

744 800 $

Ce tableau démontre qu'il est préférable d'utiliser le revenu protégé afin de réduire le gain en capital lors de la disposition d'actions.

Par contre, avant d'effectuer ces scénarios, M^me^ Vendette voudra savoir combien d'années les fonds doivent demeurer dans Gestion Vendette inc. pour que ces scénarios soient réellement avantageux.

Afin de déterminer le nombre d'années que les fonds devraient demeurer dans Gestion Vendette inc., les hypothèses suivantes ont été utilisées :

- scénario 3 utilisé;
- placements en certificat de dépôt, il n'y aura aucune plus-value;
- taux de rendement.

Si les fonds demeurent dans Gestion Vendette inc. plus de huit ans, le scénario 3 sera plus avantageux.

Le détail des calculs est présenté à l'annexe.

Avant d'utiliser le revenu protégé afin de reporter les impôts, il faut connaître les objectifs futurs de M^me^ Vendette.

4. IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES

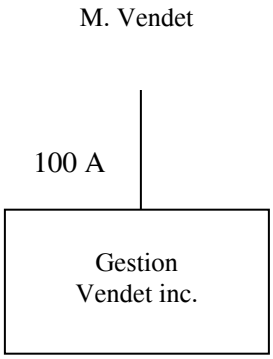
Depuis l'introduction du CRTG, le versement d'un dividende qui aurait comme seul objectif d'obtenir un RTD doit être analysé différemment. Il faut maintenant tenir compte du CRTG.

En effet, il n'y a aucun avantage à verser un dividende afin de récupérer l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») lorsque le dividende versé est un dividende ordinaire. Le taux d'impôt payé par le particulier sera plus élevé que le RTD.

Lorsqu'une société a un compte d'IMRTD important, est-ce que cet IMRTD doit maintenant être considéré comme un impôt réel payé à l'Agence du revenu du Canada ou est-ce toujours un impôt payé d'avance?

Dans le cadre des exemples, les hypothèses suivantes ont été effectuées.

- La structure corporative est la suivante :



JVM :	4 000 000 $ (avant IMRTD)
PBR :	1 $
IMRTD :	2 000 000 $
CRTG :	0 $

- M. Vendet a déjà utilisé la DGC;

- les actifs de Gestion Vendet inc. n'ont aucune plus-value;

- M. Vendet a 10 héritiers (enfants et petits-enfants) et n'a pas de conjointe;

- tous les héritiers sont majeurs.

Au moment du décès de M. Vendet, serait-il possible de mettre en place une série de transactions afin de récupérer l'IMRTD?

4.1. LIQUIDATION DE GESTION VENDET INC.

À la suite du décès de M. Vendet, Gestion Vendet inc. sera liquidée. La liquidation entraînera un dividende réputé, nous permettant ainsi de récupérer l'IMRTD. Une perte en capital sera subie par la succession et cette perte sera reportée dans la déclaration de revenus de M. Vendet.

Cette série d'opérations permettra à la succession d'encaisser 3 819 000 $.

Encaissement net par la succession	
M. Vendet	**$**
Gain en capital au décès	6 000 000[3]
Perte en capital de la succession	(6 000 000)
Revenu net	0
Succession Vendet	
Dividende reçu à la liquidation	6 000 000
Impôt 36,35 %	(2 181 000)
Encaissement net	3 819 000

4.2. RÉORGANISATION CORPORATIVE AFIN D'ENCAISSER LE PBR

À la suite du décès de M. Vendet, Gestion Vendet inc. ne sera pas liquidée. Une réorganisation sera effectuée afin de permettre l'encaissement du PBR.

Pour ce faire, Succession Vendet transfère les actions de Gestion Vendet inc. en faveur d'une nouvelle société en contrepartie d'un billet. Les fonds de Gestion Vendet inc. sont utilisés afin de rembourser le billet. L'IMRTD ne sera pas récupéré par Gestion Vendet inc. dans le cadre de cette série de transactions.

Cette série de transactions permettra à la succession d'encaisser 3 035 600 $.

[3] Au moment du décès, la valeur des actions a été augmentée du compte d'IMRTD.

Encaissement net	
M. Vendet	**$**
Gain en capital au décès	4 000 000[4]
Succession Vendet	
Remboursement du billet	4 000 000
Impôt de M. Vendet sur le gain en capital	(964 400)
Encaissement net	3 035 000

4.3. RÉORGANISATION PLUS COMPLEXE

À la suite du décès de M. Vendet, Gestion Vendet inc. ne sera pas liquidée et la série de transactions suivante sera effectuée :

- Succession Vendet transfère les actions de Gestion Vendet inc. en faveur d'une nouvelle société (ci-après « GESCO ») en contrepartie d'un billet de 6 M$;

- Gestion Vendet inc. est liquidée dans GESCO;

- GESCO déclare annuellement des dividendes en actions pour une valeur totale de 6 M$;

- GESCO récupère l'IMRTD;

- GESCO est liquidée, le billet est remboursé et une perte en capital est subie par la succession.

Cette série de transactions permettra à Succession Vendet d'encaisser, sur plusieurs années, 3 835 600 $.

---

[4] Au moment du décès, la valeur des actions n'a pas été augmentée par l'IMRTD, car celui-ci ne sera pas récupéré.

Encaissement net	
M. Vendet	**$**
Gain en capital	6 000 000[5]
Succession Vendet	
Remboursement du billet	6 000 000
Impôt sur les dividendes en actions	(717 800)[6]
Impôt de M. Vendet sur le gain en capital	(1 446 600)
Encaissement net	3 835 600

Cet exemple permet d'obtenir le même encaissement que la liquidation. Par contre, il faut limiter les dividendes annuellement afin de payer un taux d'impôt d'environ 12 % au maximum par les bénéficiaires du dividende ou dans la succession.

4.4. COMPARAISON DES TRANSACTIONS

Dans le cadre des trois scénarios analysés, la liquidation de Gestion Vendet inc. est l'opération la plus simple et la plus avantageuse puisque celle-ci permet de transférer les fonds dans la succession immédiatement.

---

5 Au moment du décès, la valeur des actions a été augmentée du compte d'IMRTD.

6 Les dividendes sont versés sur plusieurs années à des héritiers ayant peu de revenus.

Sommaire	
	$
Liquidation	3 819 000
Réorganisation afin d'encaisser le PBR	3 035 000
Réorganisation plus complexe	3 835 600

Dans chacun des scénarios, les dividendes ont été imposés au taux marginal le plus élevé du particulier. Il serait possible de réduire les impôts en imposant une partie du dividende dans la succession si celle-ci n'a aucun autre revenu. Ceci permettrait à la succession de profiter d'un taux moyen moindre.

Pour que la liquidation soit avantageuse par rapport aux autres réorganisations, il faut qu'il y ait un IMRTD dans la société. Afin de déterminer facilement si ce scénario est avantageux par rapport à notre situation, cette formule vous permettra de calculer le montant d'IMRTD nécessaire, si vous voulez utiliser la liquidation :

$$\frac{JVM \times (1 - tiGC)}{(1 - tiD)} - JVM = \text{IMRTD dans la société}$$

tiGC = taux d'impôt sur le gain en capital => 24,11 %

tiD = taux d'impôt sur le dividende => 36,35 %

JVM = 6 000 000 $

$$\frac{6\,000\,000 \times 75{,}89\ \%}{63{,}65\ \%} - 6\,000\,000 = 1\,153\,810\ \$$$

Selon les faits utilisés dans les trois scénarios, dès que l'IMRTD est supérieur à 1 153 810 $, la liquidation immédiate est plus avantageuse.

4.5. AUTRES FACTEURS À CONSIDÉRER

Afin de déterminer si un scénario est réellement plus avantageux, il ne faut pas seulement prendre en considération les taux d'impôt.

Voici quelques éléments que nous devons prendre en compte :

- la relation entre les héritiers;
- les objectifs personnels des héritiers;
- les besoins financiers des héritiers.

CONCLUSION

La fiscalité d'une société de portefeuille est très différente de celle applicable aux autres sociétés. Il y a plusieurs considérations à analyser avant de déterminer si cette société est toujours utile en tenant compte des nouveaux taux d'impôt.

Comme nous avons pu le constater, de nouveaux réflexes doivent être développés à l'égard de l'utilisation de ce type de société.

Il y a maintenant une intégration lorsque des revenus de biens sont gagnés par une société. Il y a même un report d'impôts puisque le taux d'impôt d'une société est de 46,07 % alors qu'un particulier paiera un taux d'impôt de 48,22 %.

Par contre, pour les dividendes, nous en venons à différentes conclusions. En effet, un dividende déterminé, reçu d'une société non rattachée, devrait toujours être imposé personnellement. Le taux d'impôt du dividende déterminé est de 29,70 % pour un particulier alors que l'impôt de la Partie IV L.I.R. est de 33 % dans la société.

Pour les dividendes ordinaires, reçus de sociétés non rattachées, il est préférable de les gagner dans la société. Le taux d'impôt de la Partie IV L.I.R. est moindre que le taux d'impôt du particulier (36,35 %).

Le dividende reçu de la société rattachée, pour lequel aucun impôt de la Partie IV L.I.R. n'est payable, devrait être reçu par une société puisque aucun impôt ne sera payable.

À la suite du changement des taux d'impôt, l'utilisation du revenu protégé redevient intéressante afin de reporter les impôts à la vente d'une société exploitante. Comme nous avons pu le remarquer, en utilisant le revenu protégé et en laissant les fonds dans la société, le montant initial du placement est plus élevé. En utilisant un taux d'intérêt de 5 %, il faut laisser les fonds dans la société au moins huit ans si nous voulons que ce choix soit avantageux. Donc, avant de prendre cette décision, il faut connaître les intentions de l'investisseur relativement à l'utilisation des liquidités.

Pour ce qui est de l'IMRTD, nous avons déterminé que, dans certains cas, ce pourrait être un impôt réel qu'il sera pratiquement impossible de récupérer. Même au décès, l'IMRTD pourrait être perdu si ce montant n'est pas suffisamment important par rapport à la JVM des actions.

La société de portefeuille a toujours sa raison d'être lorsque l'on discute exclusivement de taux d'impôt. Par contre, il y a également plusieurs éléments beaucoup plus subjectifs à analyser avant de prendre une décision.

ANNEXE

Comparaison des scénarios 3 et 1 – Nombre d'années requises afin que le scénario 3 devienne plus avantageux

		Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5	Année 6	Année 7	Année 8	Année 9	Année 10
Scénario 3											
Gestion Vendette inc.											
Solde du début		3 539 300	3 634 737	3 732 748	3 833 401	3 936 769	4 042 924	4 151 942	4 263 899	4 378 875	4 496 951
Revenu d'intérêts	5,00 %	176 965	181 737	186 637	191 670	196 838	202 146	207 597	213 195	218 944	224 848
Impôts	46,07 %	(81 528)	(83 726)	(85 984)	(88 302)	(90 683)	(93 129)	(95 640)	(98 219)	(100 867)	(103 587)
		95 437	98 011	100 654	103 368	106 155	109 017	111 957	114 976	118 076	121 260
RTD	26,67 %	47 197	95 666	145 442	196 560	249 057	302 970	358 336	415 195	473 587	533 554
		142 634	193 676	246 096	299 928	355 212	411 987	470 293	530 171	591 663	654 814
IMRTD		266 667	266 667	266 667	266 667	266 667	266 667	266 667	266 667	266 667	266 667
Dividendes versés		3 948 601	4 095 081	4 245 510	4 399 997	4 558 648	4 721 578	4 888 901	5 060 737	5 237 205	5 418 432
Impôts particuliers											
déterminés	29,70 %	(891 000)	(891 000)	(891 000)	(891 000)	(891 000)	(891 000)	(891 000)	(891 000)	(891 000)	(891 000)
ordinaires	36,35 %	(344 816)	(398 062)	(452 743)	(508 899)	(566 569)	(625 794)	(686 616)	(749 078)	(813 224)	(879 100)
Encaissement net		2 712 784	2 806 019	2 901 767	3 000 098	3 101 080	3 204 784	3 311 286	3 420 659	3 532 981	3 648 332
M^me^ Vendette											
Solde du début		1 000 000	1 025 890	1 052 450	1 079 698	1 107 652	1 136 329	1 165 748	1 195 929	1 226 892	1 258 656
Revenu d'intérêts	5,00 %	50 000	51 295	52 623	53 985	55 383	56 816	58 287	59 796	61 345	62 933
Impôts	48,22 %	(24 110)	(24 734)	(25 375)	(26 032)	(26 705)	(27 397)	(28 106)	(28 834)	(29 580)	(30 346)
Revenu net d'impôts		25 890	26 560	27 248	27 953	28 677	29 420	30 181	30 963	31 764	32 587
Solde à la fin		***3 738 674***	***3 858 469***	***3 981 466***	***4 107 749***	***4 237 408***	***4 370 533***	***4 507 215***	***4 647 551***	***4 791 637***	***4 939 575***

Comparaison des scénarios 3 et 1 – Nombre d'années requises afin que le scénario 3 devienne plus avantageux

		Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5	Année 6	Année 7	Année 8	Année 9	Année 10
Scénario 1											
M^me^ Vendette											
Solde du début		**3 794 500**	3 892 740	3 993 523	4 096 915	4 202 984	4 311 799	4 423 432	4 537 954	4 655 442	4 775 971
Revenu d'intérêts	5,00 %	189 725	194 637	199 676	204 846	210 149	215 590	221 172	226 898	232 772	238 799
Impôts	48,22 %	(91 485)	(93 854)	(96 284)	(98 777)	(101 334)	(103 957)	(106 649)	(109 410)	(112 243)	(115 149)
Revenu net d'impôts		98 240	100 783	103 392	106 069	108 815	111 632	114 523	117 488	120 529	123 650
Solde à la fin		***3 892 740***	***3 993 523***	***4 096 915***	***4 202 984***	***4 311 799***	***4 423 432***	***4 537 954***	***4 655 442***	***4 775 971***	***4 899 621***
Écart entre les scénarios 3 et 1		***(154 065)***	***(135 053)***	***(115 449)***	***(95 235)***	***(74 391)***	***(52 899)***	***(30 739)***	***(7 891)***	***15 666***	***39 954***

PLANIFICATION DES DOCUMENTS TESTAMENTAIRES POUR LES ACTIONNAIRES



Martin Lord
Avocat, M. Fisc., TEP
Robinson Sheppard Shapiro,
s.e.n.c.r.l. Avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 10:3

1. TESTAMENTS ET AUTRES DISPOSITIONS DE CETTE NATURE 10:4

1.1. TESTAMENT 10:4
1.2. CONTRAT DE MARIAGE : DONATION POUR CAUSE DE MORT 10:4
1.3. DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE 10:5
1.4. FIDUCIE ENTRE VIFS 10:6
1.5. CONTRAT AYANT POUR CONDITION LE DÉCÈS 10:8

2. CAS N^{o} 1 : M. DENIS FLEURI 10:8

2.1. FAITS 10:8
2.2. OBJECTIFS DU CLIENT 10:11
2.3. SOLUTION 10:12

3. CAS N° 2 : M^me GENEVIÈVE BELLEHUMEUR 10:18

3.1. FAITS 10:18
3.2. OBJECTIFS DU CLIENT 10:19
3.3. DISCUSSION 10:20

4. CAS N° 3 : M. RICHARD LELIÈVRE 10:22

4.1. FAITS 10:22
4.2. OBJECTIFS DU CLIENT 10:22
4.3. SOLUTIONS 10:23

CONCLUSION 10:23

ORGANIGRAMME CAS N° 1 ..... 10:24

ORGANIGRAMME CAS N° 2 ..... 10:25

ANNEXE AU CAS N° 2 ..... 10:26

INTRODUCTION

Un de vos clients, de longue date et âgé de plus de 55 ans, vous consulte pour la préparation de son testament. Il a des enfants adultes d'un premier mariage et eux-mêmes ont leurs propres enfants. Après son premier divorce, il s'est remarié en secondes noces et a signé un contrat de mariage. Sa deuxième épouse a un enfant d'une première union, lequel vit avec le couple.

Vous connaissez bien la structure de détention des éléments d'actif du client. Il est actionnaire d'une société de gestion, l'actif de celle-ci se compose d'un portefeuille de valeurs mobilières et d'actions d'une autre société privée exploitant une entreprise active, et une fiducie entre vifs a été constituée afin de faciliter le fractionnement de revenu et multiplier l'exonération de gain en capital de 750 000 $. Également, le client a des placements dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et une résidence au nom de sa deuxième épouse. Il n'est pas impossible que votre client ait aussi des placements hors REÉR détenus par une fiducie de protection.

Selon votre client, tous les biens lui appartiennent. Il ne fait pas distinction entre les biens dont les titres sont à son nom et les biens qui sont au nom de sa société de gestion ou des fiducies qui ont été mises en place. Pour lui, la rédaction de son testament est une affaire assez simple. Il exprime ses volontés et vous n'avez qu'à rédiger un seul document : le testament.

En pratique, c'est plus compliqué. Par exemple, les bénéficiaires de la fiducie de gel ne sont pas nécessairement les personnes que le client veut avantager dans son testament. Ensuite, votre client n'est pas nécessairement titulaire de la faculté d'élire les bénéficiaires par son testament. Parfois, vous devez rappeler à votre client qu'il ne peut pas léguer les placements de sa société de gestion; il peut seulement léguer les actions de celle-ci.

Ensuite, votre client se pense parfois plus riche qu'il ne l'est en réalité. Il voit les placements dans sa société sans prendre en considération que sa succession devra payer un impôt sur le revenu sur la valeur des actions au décès ou sur les fonds qui seront payés par celle-ci à sa succession après son décès.

La rédaction du testament ne peut pas se faire en vase clos. Ce document d'importance doit tenir compte des biens qui appartiennent au testateur et aussi à d'autres patrimoines sur lesquels le client peut avoir une influence

persuasive, notamment par lettres de souhaits, ou décisive, notamment par l'exercice de la faculté d'élire. Le conseiller doit donc préparer la planification testamentaire en obtenant une liste des biens du client et des patrimoines fiduciaires et en révisant les actes ayant constitué les fiducies. Il pourra alors se rendre compte que les souhaits exprimés ne peuvent pas tous être réalisés, ou encore il devra trouver des moyens détournés pour arriver à donner effet à ses souhaits.

Pour illustrer notre propos, nous avons choisi de présenter trois cas dans le présent texte. Mais avant de les aborder, nous tenons à rappeler brièvement certaines règles concernant les testaments et les dispositions de nature testamentaire ou remplaçant les testaments.

1. TESTAMENTS ET AUTRES DISPOSITIONS DE CETTE NATURE

1.1. TESTAMENT

Le testament permet à une personne de régler autrement que ne le fait la loi la dévolution, à sa mort, de tout ou partie de ses biens[1]. Le testateur doit avoir la capacité juridique au moment où il fait son testament[2] selon l'une des trois formes reconnues suivantes : holographe, devant témoins et notarié[3].

1.2. CONTRAT DE MARIAGE : DONATION POUR CAUSE DE MORT

La donation pour cause de mort est assimilée à une disposition testamentaire[4] et elle ne peut être faite que dans un contrat de mariage ou d'union civile[5]. La donation à cause de mort est celle où le dessaisissement du donateur sur le bien donné demeure subordonné à son décès et n'a lieu qu'à ce moment[6]. Les donateurs et les donataires d'une donation à cause de

---

1 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 703.

2 Art. 707 C.c.Q.

3 Art. 712 C.c.Q.

4 Art. 613 C.c.Q.

5 Art. 1819 C.c.Q.

6 Art. 1808 C.c.Q.

mort ne peuvent être que les futurs conjoints, les conjoints, leurs enfants respectifs et leurs enfants communs nés et à naître[7].

En principe, une personne ne peut pas abdiquer sa faculté de tester[8]. Bien que la donation pour cause de mort soit généralement révocable, le donateur peut stipuler l'irrévocabilité de la donation[9]. Dans ce cas, le donateur ne peut disposer des biens à titre gratuit par acte entre vifs ou par testament, à moins d'avoir obtenu le consentement du donataire. Le donateur peut cependant aliéner les biens à titre onéreux sans obtenir le consentement du donataire.

1.3. DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE

Tout un chacun sait qu'il est possible de faire une désignation de bénéficiaire d'une police d'assurance vie. La désignation peut se faire dans la police ou dans un autre écrit revêtu, ou non, de la forme testamentaire[10].

Les biens qui peuvent faire l'objet d'une désignation de bénéficiaires au décès sans qu'ils soient dévolus par testament sont limités aux biens suivants[11] :

- les produits d'assurance (vie, maladie et accident);
- les produits de rente des assureurs vie, des sociétés de fiducie et de Placement Québec;
- les régimes de retraite ainsi que les comptes de retraite immobilisés et les fonds de revenus viagers.

L'assureur, la société de fiducie ou la caisse de retraite est débiteur envers le bénéficiaire et non la succession du défunt.

---

7 Art. 1840, al. 2 C.c.Q.

8 Art. 706 C.c.Q.

9 Art. 1841 C.c.Q.

10 Art. 2446 C.c.Q.

11 Élyse LEMAY, « Testament et désignation de bénéficiaire – Produits d'assurance vie, rente, REÉR et régime de retraite : où en sommes-nous? », dans *Colloque – La planification successorale – Aspects juridiques et fiscaux*, 141, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 2:1-21.

1.4. FIDUCIE ENTRE VIFS

La fiducie constituée par une personne de son vivant peut être un substitut au testament. Les biens transférés par le constituant quittent son patrimoine pour en former un autre[12]. Les biens ainsi détenus en fiducie ne peuvent donc pas être légués par testament. C'est l'acte constituant la fiducie qui établira les droits des bénéficiaires dans les biens détenus en fiducie.

Généralement, la fiducie discrétionnaire constituée du vivant du client, pour détenir des actions participantes dans une société, permet au client de conserver la faculté d'élire les bénéficiaires et leurs parts, par testament ou par tout autre document[13]. Lorsqu'il exerce cette faculté, le client ne peut pas choisir n'importe qui, car la faculté générale n'est pas reconnue en droit québécois. La faculté d'élire ne peut être exercée que si la catégorie de personnes parmi lesquelles le client doit choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif de la fiducie[14].

Les catégories de bénéficiaires peuvent être déterminées largement afin de permettre une grande flexibilité dans la transmission des biens de la fiducie. Par contre, il arrive que des règles fiscales empêchent le client d'inclure des personnes qu'il aurait autrement avantagées par son testament. Ensuite, la situation d'un client change au cours des années. Il peut se remarier et fonder une nouvelle famille ou encore vivre une nouvelle relation conjugale dans laquelle sont inclus des enfants d'une personne qui est son conjoint de fait.

Malgré un effort de rédaction au début, l'acte constitutif peut ne pas être adapté à la nouvelle situation du client, ce qui l'empêchera d'exercer sa faculté d'élire en faveur de personnes de son entourage ne faisant pas partie d'une catégorie de bénéficiaires clairement déterminée. Il faut alors trouver d'autres mécanismes pour satisfaire aux objectifs du client. Nous illustrerons ce qui précède par la revue des cas ci-après.

Le fait d'exercer la faculté d'élire par testament ne signifie pas que les biens de la fiducie passent par la succession du défunt. Même si ce dernier a une succession déficitaire, les biens détenus en fiducie n'appartiennent pas

---

12 Art. 1260 C.c.Q.

13 Art. 1282 C.c.Q.

14 *Id*., al. 2.

au défunt et ne font pas partie du gage commun de ses créanciers[15]. Le défunt exerce un pouvoir, que lui confère la faculté d'élire, d'indiquer au fiduciaire à qui les biens détenus en fiducie devront être transmis du patrimoine fiduciaire au patrimoine personnel du bénéficiaire.

Les conséquences fiscales pour la fiducie entre vifs au décès d'un client vont varier selon le type de fiducie constituée et selon le fait que le transfert ait été l'objet d'un roulement fiscal satisfaisant aux diverses conditions imposées par la *Loi de l'impôt sur le revenu*[16]. Il y aura un impôt au décès du client s'il a transféré des biens à une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie pour soi[17]. Il y aura un impôt au décès du conjoint si le client a fait un transfert à une fiducie entre vifs au bénéfice exclusif de la personne qui est son conjoint ou au dernier décès du client ou de son conjoint si le client a fait un transfert à une fiducie mixte en faveur de lui-même et de son conjoint[18]. Lorsque des biens sont détenus par une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie pour soi, l'imposition de la fiducie au décès du client devient une contrainte, car le client va perdre l'occasion de faire un roulement en faveur de la personne qui est son conjoint[19].

Dans les autres cas de fiducie entre vifs, la règle générale de 21 ans s'applique, mais le décès du client n'est pas un événement fiscal pour la fiducie[20]. Dans le cas où la fiducie se poursuit après le décès du client, les

---

15 Art. 2644 C.c.Q.

16 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Les transferts de biens visés, à l'article 73 et au paragraphe 107.4(3) L.I.R. Le régime fiscal québécois comporte certaines particularités, mais plusieurs règles sont analogues à celles du régime fédéral. De façon générale, nous n'avons pas fait référence aux articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sauf si cela a été jugé nécessaire.

17 Div. 104(4)a)(ii.1)(A) et al. 104(4)a.4) L.I.R.; au décès du contribuable, il y a une disposition réputée des biens de la fiducie établie après qu'il a atteint l'âge de 65 ans à son bénéfice, ou à laquelle le contribuable a transféré à tout moment pendant sa vie des biens par un roulement visé à l'article 73 ou au paragraphe 107.4(3) L.I.R. (sans que le transfert ait donné lieu à un changement de propriété effective de ces biens et sans qu'aucune personne (sauf le contribuable) n'ait de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie).

18 S.-al. 104(4)a)(ii) et div. 104(4)a)(ii.1)(B) et (C) L.I.R.

19 Catherine BROWN, « Réexamen de la fiducie en faveur de soi-même, de la fiducie pour soi et de la fiducie mixte en faveur du conjoint : questions fiscales troublantes et recherche de meilleures solutions », (2005), vol. 53, no 1 *Revue fiscale canadienne* 245-268, pp. 250 et 253.

20 Al. 104(4)b) L.I.R.

règles de la fiducie avec droit de retour[21] et les autres règles d'attribution cesseront généralement de s'appliquer[22].

1.5. CONTRAT AYANT POUR CONDITION LE DÉCÈS

Dans la plupart des conventions régissant les droits et obligations des actionnaires entre eux, il est prévu qu'au décès de l'un d'eux les autres actionnaires sont tenus d'acheter les actions du défunt ou que la société est tenue de les acheter pour annulation. Ce type d'engagement est parfaitement légal et ne constitue pas un pacte successoral[23]. Il s'agit plutôt d'engagements contractuels ayant comme condition suspensive le décès d'une personne. La succession du défunt bénéficiera alors des droits découlant du contrat et devra satisfaire aux obligations auxquelles le défunt s'est engagé[24]. Ainsi, même si les actions sont dévolues par testament à un héritier du défunt, le contrat aura pour effet de régler le sort de ces actions après le décès de l'actionnaire. En quelque sorte le contrat a une préséance sur le testament même si le contrat n'est pas une disposition de nature testamentaire ou dévolutif de propriété.

2. CAS N° 1 : M. DENIS FLEURI

2.1. FAITS

La situation de fait de M. Denis Fleuri est la suivante :

- Il est marié et père de trois enfants adultes (Charles, Hermine et Luc), qui ont eux-mêmes leurs propres enfants. En tout, M. Fleuri a six petits-enfants.

- M. Fleuri est propriétaire d'une résidence principale dans la grande région de Montréal, d'un condominium à Mont-Tremblant et d'une maison dans une communauté fermée sur la côte ouest de la Floride.

- En 1990, M. Fleuri a fait un premier gel successoral aux fins fiscales à l'aide de sa société de portefeuille Gestion Fleuri inc. (ci-après

---

21 Par. 75(2) L.I.R.

22 Art. 74.1 et suiv. L.I.R.

23 Art. 631 C.c.Q.

24 Art. 1441 C.c.Q.

« Gestion ») et d'une fiducie discrétionnaire constituée entre vifs du nom de la Fiducie Fleuri. Gestion est alors propriétaire de la totalité des actions du capital social de Les entreprises Fleuri (ci-après « Entreprises »), une société manufacturière se qualifiant de société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »).

- Les bénéficiaires de la Fiducie Fleuri sont Denis Fleuri, son épouse, ses fils Charles et Luc, une société à responsabilité illimitée formée en vertu des lois de la Nouvelle-Écosse (ci-après « NSULC ») et une fondation privée constituée par M. Fleuri (ci-après « Fondation »).

- Hermine n'est pas directement bénéficiaire de la Fiducie Fleuri, car elle est citoyenne américaine du fait de sa naissance aux États-Unis. Hermine est résidente du Canada, mais elle a toujours refusé de renoncer à sa double citoyenneté. Toutes les actions de la NSULC appartiennent à M. Fleuri et il les lègue à Hermine par testament[25]. Également, les petits-enfants de M. Fleuri ne sont pas bénéficiaires de la Fiducie Fleuri ni ne viennent par représentation en raison d'une rédaction déficiente de l'acte de fiducie.

---

[25] Cette solution pratique avait été recommandée au client dans le but d'éviter certaines règles américaines anti-report d'impôt : *Controlled Foreign Corporation* (CFC), *Foreign Personal Holding Company* (ci-après « FPHC ») ou *Personal Foreign Investment Company* (PFIC). La NSULC est un bénéficiaire discrétionnaire et n'a pas de droit dans les biens de la Fiducie Fleuri. Il n'est pas prévu que la Fiducie Fleuri fasse de distributions en faveur de la NSULC; de toute façon, M. Fleuri est le seul bénéficiaire de la NSULC de son vivant. On présume que le droit de Hermine dans la succession de M. Fleuri (c'est-à-dire les actions de la NSULC) n'est pas suffisant pour déclencher l'application des règles américaines anti-report d'impôt. D'un point de vue canadien, on présume également que les actions de la NSULC auront une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») nulle immédiatement avant le décès de M. Fleuri, car son seul actif sous-jacent est son droit discrétionnaire dans la Fiducie Fleuri. Ce droit discrétionnaire devrait avoir une JVM nulle immédiatement avant le décès de M. Fleuri, car il n'est pas pratique de réellement l'évaluer : il n'est pas transférable et il n'y a aucune certitude qu'il y aura une distribution faite en faveur de son titulaire. Veuillez prendre note que le régime FPHC a été éliminé par *The American Jobs Creation Act of 2004* (Pub. L. No. 108-357 (H.R. 4520), 118 Stat. 1418) pour les années fiscales commençant après le 31 décembre 2004, mais que les deux autres régimes subsistent. Pour une discussion générale concernant les règles américaines anti-report d'impôt dans un contexte de gel successoral canadien, voir Martin LORD, « Réflexes et planification dans un contexte transfrontalier Canada–États-Unis », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-39.

- M. Fleuri n'est pas titulaire de la faculté d'élire, mais le constituant a demandé aux fiduciaires qu'ils prennent en considération les souhaits exprimés par M. Fleuri. Une lettre à ce sujet (ci-après « lettre de souhaits ») a été rédigée et prévoit un partage en trois parts égales entre les deux fils nommés et la NSULC.

- À l'époque pertinente, les enfants vivaient chez leurs parents et ne faisaient pas partie de l'équipe de gestion des Entreprises.

- M. Fleuri a reçu des actions privilégiées d'une valeur de rachat de 20 M$ lors du premier gel (ci-après « Actions Gel 1 »). M. Fleuri a aussi acquis des actions de contrôle de Gestion et des Entreprises.

- À cette époque, un testament notarié a été rédigé prévoyant un legs particulier des actions de la NSULC à Hermine, des legs particuliers des REÉR et des immeubles au Québec à son épouse, un legs en fiducie de l'immeuble en Floride (se qualifiant de fiducie américaine admissible ou mieux connue en anglais sous le terme *Qualified Domestic Trust*) en faveur de son épouse et, finalement, un legs en fiducie de l'universalité de ses biens au bénéfice exclusif de son épouse de son vivant et au bénéfice de ses enfants après le décès de son épouse.

- Gestion est aussi titulaire d'un contrat d'assurance couvrant le risque au décès du dernier de M. Fleuri et de son épouse. Le capital-décès assuré est de 5 M$.

- Dix ans après le premier gel, M. Fleuri a demandé à Gestion Fleuri de lui racheter ses Actions Gel 1, ce qui a donné lieu à la réception d'une combinaison de dividendes imposables et de dividendes en capital totalisant la somme de 20 M$[26]. L'impôt sur le revenu rattaché aux Actions Gel 1 a donc été payé d'avance du vivant de M. Fleuri au lieu du moment coïncidant avec le deuxième décès de M. Fleuri ou de son épouse.

- Le produit de rachat des actions, net d'impôt, au montant de 16 M$ a été transféré à une fiducie non résidente discrétionnaire visant la protection des éléments d'actif (ci-après « Fiducie Bouclier »). Il s'agit d'une fiducie avec droit de retour de sorte que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquent du vivant de M. Fleuri.

---

[26] On présume que le capital versé des actions de gel est nul.

- Les bénéficiaires discrétionnaires de la Fiducie Bouclier sont M. Fleuri, son épouse, ses enfants et petits-enfants ainsi que la Fondation. M. Fleuri peut exercer une faculté d'élire par testament. À défaut, le capital de la Fiducie Bouclier devra être divisé en quatre parts égales en faveur de son épouse et de ses trois enfants.

- Également, M. Fleuri a choisi son successeur parmi ses trois enfants. En fait, seul son fils Charles a fait des études d'ingénieur comme son père et travaille dans les Entreprises.

- M. Fleuri a fait en sorte qu'il y ait un second gel successoral des Entreprises en faveur de Charles. Les actions participantes de Gestion dans le capital social des Entreprises ont été échangées contre des actions privilégiées ayant une valeur de rachat de 30 M$ (ci-après « Actions Gel 2 »).

- M. Fleuri a souscrit aux actions participantes des Entreprises et en a fait la donation par acte notarié à Charles. La donation était rendue nécessaire pour neutraliser les effets du régime de la société d'acquêts, car Charles s'est marié sans contrat de mariage et vit avec son épouse au Québec.

- M. Fleuri vous informe que son fils Luc fait partie d'un nouveau groupe religieux des disciples du Temple Lunaire basé en Europe du Nord. Luc a fait vœu de pauvreté et doit remettre tous ses biens au chef spirituel de sa communauté.

- Un organigramme décrivant la structure corporative est annexé à la fin du texte.

2.2. OBJECTIFS DU CLIENT

M. Fleuri désire modifier les dispositions de son testament compte tenu de la nouvelle structure de détention de la fortune familiale comprenant, entre autres, la Fiducie Bouclier et des circonstances changeantes au sein de sa famille. Il vous décrit ses objectifs comme suit :

- Le capital assuré de 5 M$ pour le dernier survivant du couple, soit M. Fleuri ou son épouse, devra servir au rachat d'une partie des Actions Gel 2.

- M. Fleuri désire conserver le contrôle de Gestion et des Entreprises aussi longtemps que les Actions Gel 2 n'auront pas été complètement payées.

- Après son décès, le contrôle sera exercé par les liquidateurs de sa succession. À compter de ce moment, Charles aura l'obligation contractuelle de faire en sorte que la moitié (50 %) du flux de trésorerie disponible (*net free cash flow*) annuel des Entreprises serve au rachat des Actions Gel 2.

- Les maisons, le condominium et les fonds dans le REÉR devront être transférés à son épouse comme prévu par le testament de 1990.

- Luc ne devra pas hériter de sa part des biens qui lui sont destinés par le testament de 1990 ou les actes constituant la Fiducie Fleuri et la Fiducie Bouclier. Il sera en droit de recevoir une somme annuelle après impôt équivalant à 20 000 $ de 2007 pour assurer son bien-être dans la mesure où le Temple Lunaire n'en reçoit aucun bénéfice.

- Les petits-enfants (sauf les petits-enfants de la branche de Luc) devraient être ajoutés comme bénéficiaires discrétionnaires de la Fiducie Fleuri dans la mesure où il n'y a pas d'obstacles fiscaux. Essentiellement, le capital de cette fiducie devra être divisé en deux parties : une favorisant la famille de Charles et l'autre favorisant la famille de Hermine.

- Chacun des petits-enfants devrait recevoir en fiducie 1 M$ au dernier décès de M. Fleuri ou de son épouse.

- Les petits-enfants qui « héritent » par les dispositions testamentaires ou de même nature devraient recevoir leur part en fiducie. Les fiduciaires de chaque part pourront verser ou capitaliser les revenus jusqu'à ce que le bénéficiaire de la part ait atteint l'âge de 21 ans. Par la suite, les fiduciaires devront verser à ce bénéficiaire une somme après impôt équivalant à 50 000 $ de 2007. Le capital de la part sera remis en trois parties égales lorsque le bénéficiaire de la part aura atteint 25, 30 et 35 ans.

2.3. SOLUTION

- Gestion modifiera le **contrat d'assurance vie** de façon que les Entreprises soit nommée bénéficiaire[27]. Ainsi, Charles pourra payer une partie des Actions Gel 2 après le décès de ses parents.

---

[27] Ce n'est pas une solution d'affaires sans risque comme il est indiqué à la note 36 ci-après.

- La **modification de l'acte constituant la Fiducie Fleuri** pour y ajouter d'autres bénéficiaires n'est pas sans poser de problèmes fiscaux et légaux.

  – Au Québec, il est nécessaire de demander la permission du tribunal pour faire des modifications[28]. Les droits des bénéficiaires actuels seront nécessairement altérés par une telle modification.

  – Se pose alors la question à savoir si la Fiducie Fleuri aura disposé de ses biens à leur JVM immédiatement avant la modification de la fiducie ou à savoir si les bénéficiaires actuels auront disposé de leur participation au capital à la JVM[29].

  – Demander une décision anticipée n'est pas une solution possible à court terme, car il faut gérer le cas de Luc maintenant.

  – Enfin, il faut conserver à l'esprit que la Fiducie Fleuri devra prendre fin avant 2011 pour éviter la règle de 21 ans[30].

- Si le décès de M. Fleuri survient avant 2011, il est nécessaire de modifier la **lettre de souhaits** adressée aux fiduciaires de la Fiducie Fleuri, car M. Fleuri n'a pas la faculté d'élire mais simplement un pouvoir de persuasion. La lettre indiquera que la moitié des actions de Gestion sera livrée à Charles et l'autre moitié à la NSULC sans impôt sur le revenu[31]. Dans le cas où Charles a prédécédé M. Denis Fleuri, la totalité des actions de Gestion seront livrées à la NSULC. Les actions de la NSULC feront l'objet d'un legs de la façon prévue ci-après.

- Le **legs des actions de la NSULC** devra aussi être modifié de façon que lesdites actions passent en totalité dans les mains de Hermine ou de ses enfants par représentation dans le cas où Charles survit à ces personnes. Par contre, dans le cas où Charles prédécède Hermine ou ses enfants, les actions de la NSULC seront léguées pour une première moitié à Hermine ou ses enfants par représentation et pour une seconde moitié aux enfants de Charles qui lui survivent :

---

28 Art. 1294 C.c.Q.

29 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Ruling 2001-0111303*, « Beneficiary added to discretionary trust », 2002.

30 S.-al. 104(4)b)(ii) L.I.R.

31 Par. 107(2) L.I.R.

- Les actions de la NSULC devraient être livrées sans impôt aux bénéficiaires du legs particulier[32].

- La NSULC recevra la moitié ou la totalité des actions participantes de Gestion lorsque la Fiducie Fleuri prendra fin après le décès de M. Fleuri.

- Même si les enfants de Hermine et Charles n'ont pas été ajoutés à l'acte constitutif de la Fiducie Fleuri, ils seront indirectement bénéficiaires des Actions Gel 2 (30 M$) par le truchement de la NSULC et de Gestion. Il est probable que ces sociétés soient regroupées par fusion, liquidation ou autrement après le décès de M. Fleuri.

- Également, M. Fleuri prévoira dans son testament que la part de chacun des petits-enfants sera détenue en fiducie testamentaire de façon que les fiduciaires de chaque part puissent verser ou capitaliser les revenus de la part en question jusqu'à ce que son bénéficiaire ait atteint l'âge de 21 ans et que, à compter de ce moment, ils doivent verser une somme après impôt équivalant à 50 000 $ à ce bénéficiaire. Le capital de la part sera remis en trois parties égales lorsque le bénéficiaire de cette part aura atteint 25, 30 et 35 ans. Le capital de chaque part sera initialement constitué des actions de la NSULC.

- Tel que le prévoit l'acte constitutif de la **Fiducie Bouclier**, M. Fleuri exercera sa **faculté d'élire par testament** de façon à prévoir ce qui suit :

  - La Fiducie Bouclier continuera durant la vie de son épouse principalement à son bénéfice[33].

  - La Fiducie Bouclier sera le véhicule utilisé pour payer la somme annuelle de 20 000 $ à Luc.

---

[32] Il y a une disposition réputée à la JVM selon le paragraphe 70(5) L.I.R., mais on présume qu'elle est nulle. Voir à cet effet la note 25.

[33] Il n'y aura pas de disposition au décès de Denis Fleuri, mais la Fiducie sera assujettie à la règle de 21 ans (voir al. 104(4)b) L.I.R.). Les règles de la fiducie avec droit de retour du paragraphe 75(2) L.I.R. vont cesser de s'appliquer et il faudra tenir compte des nouvelles règles concernant les fiducies non résidentes de l'article 94 et suivants L.I.R.

– Au décès de l'épouse de M. Fleuri :

  - Une partie du capital de la Fiducie Bouclier servira à constituer six fiducies ayant chacune un capital initial de 1 M$ en faveur des six petits-enfants de M. Fleuri : 1) les fiduciaires auront la discrétion de payer ou de capitaliser le revenu jusqu'à ce que le petit-enfant ait atteint l'âge de 21 ans, puis ils devront le lui payer à compter de ce moment, sauf si le bénéficiaire reçoit déjà une somme de 50 000 $ sans impôt du fait de son droit dans la fiducie testamentaire détenant indirectement une part des Actions Gel 2 par le truchement de la NSULC et de Gestion. Dans ce cas, les fiduciaires devront capitaliser les revenus; 2) le capital de la part sera remis en trois parties égales lorsque le bénéficiaire de la part aura atteint 25, 30 et 35 ans.

  - Une partie du capital devra être mise de côté pour permettre aux fiduciaires de s'acquitter de leur obligation de payer une somme annuelle de 20 000 $ sans impôt à Luc.

  - Le reste du capital de la Fiducie Bouclier sera payé en parts égales à Charles et Hermine.

  - En cas de prédécès de Charles ou Hermine, leur part sera subdivisée et transmise en fiducie en portions égales en faveur de leurs enfants. Le revenu sera capitalisé et le capital remis en trois parties égales lorsque le bénéficiaire de la portion aura atteint l'âge de 25, 30 et 35 ans.

- Le testament prévoira que les liquidateurs de la succession détiendront en fiducie les **actions de contrôle de Gestion et des Entreprises** tant que les Actions Gel 2 n'auront pas été totalement payées à Gestion. Après le paiement, les actions de contrôle des Entreprises seront remises à Charles et les actions de contrôle de Gestion seront remises à Charles et Hermine.

- Pour que le **rachat progressif des Actions Gel 2** se fasse selon les volontés de M. Fleuri, il sera nécessaire d'exécuter un contrat qui lie Charles, Gestion et les Entreprises. Le contrat prévoira que la moitié du flux de trésorerie disponible des Entreprises servira aux fins du rachat des Actions Gel 2 à compter du décès de M. Fleuri jusqu'à concurrence de 25 M$. Le solde des Actions Gel 2 totalisant la somme de 5 M$ sera racheté lors de la perception du produit d'assurance vie au décès du dernier de M. Fleuri ou de son épouse. Une solution de remplacement au contrat consisterait à modifier les droits et privilèges des Actions Gel 2

afin d'inclure une clause de rachats automatiques commençant à compter du décès de M. Fleuri. Le nombre d'actions automatiquement rachetées serait établi en fonction de la moitié du flux de trésorerie disponible pour le rachat.

- La résidence en Floride devrait faire l'objet d'un **testament fiduciaire rédigé selon les lois de la Floride** afin de faciliter le transfert du bien après le décès de M. Fleuri[34]. La fiducie américaine admissible sera maintenue, car la valeur de la résidence est élevée et la valeur des participations de M. Fleuri dans la Fiducie Bouclier et, vraisemblablement, la Fiducie Fleuri pourrait être prise en compte aux fins de l'impôt successoral américain. La coordination du testament de la Floride et du testament québécois est un défi. Les exécuteurs peuvent ne pas être les mêmes personnes et la succession principale peut être appelée à payer les impôts américains de la succession floridienne[35].

- Les autres résidences et REÉR de M. Fleuri seront légués à titre particulier à son épouse et, finalement, le testament devra prévoir un legs universel en faveur de Charles et Hermine avec droit de représentation en faveur de leurs enfants.

- En résumé, les documents suivants doivent être préparés pour mettre en œuvre le plan de distribution de M. Fleuri :

  – Un changement de bénéficiaire à la police d'assurance vie détenue par Gestion de façon à désigner les Entreprises[36].

---

34 Marilyn PICCINI ROY, « Cross-border Issues for Snowbirds and Roving Retirees », (2007), vol. 26, n° 2 *Estates & Trusts Pensions Journal* 116-142, p. 124.

35 Margaret O'SULLIVAN, « Estate Administration Involving Multiple Wills », dans *2006 Society of Trust and Estate Practitioners Canada 8th National Conference*, Toronto, STEP, 2006. Voir le titre 4 « Allocation of Debts, Expenses and other Outgoings between Multiple Estates ».

36 La réception par les Entreprises d'un produit d'assurance au décès de M. Fleuri ou de son épouse pourrait s'avérer une mauvaise stratégie si la société a des créanciers impayés. Une solution consiste à incorporer une société dont l'unique but est de percevoir le produit d'assurance vie et de lui transférer par roulement des Actions Gel 2 ayant une valeur de rachat de 5 M$. De la sorte, Gestion détiendrait directement un bloc d'Actions Gel 2 ayant une valeur de rachat de 25 M$ et, indirectement, par le biais de la société à but unique, un bloc d'Actions Gel 2 ayant une valeur de rachat de 5 M$. Au décès, la société à but unique percevrait le produit d'assurance vie et elle augmenterait son compte de dividendes en capital de 5 M$. Dans le cas où la santé financière des Entreprises est bonne, la société à but unique et

(à suivre…)

– Une lettre modifiée de souhaits concernant la Fiducie Fleuri.

– Un testament fiduciaire floridien pour la résidence américaine.

– Un testament québécois prévoyant ce qui suit :

  • Legs particuliers des REÉR et des autres résidences à l'épouse de M. Fleuri.

  • Legs des actions de la NSULC.

  • Legs en fiducie des actions de contrôle de Gestion et des Entreprises.

  • Legs universel en faveur de Charles et Hermine.

  • L'exercice de la faculté d'élire relativement à la Fiducie Bouclier.

– Une convention d'achat-vente des Actions Gel 2.

Nous pouvons conclure que le testament demeure un document d'une grande importance pour M. Fleuri puisqu'il lui permet de gérer son patrimoine et le patrimoine de la Fiducie Bouclier. Par contre, il n'est pas possible de ne rédiger qu'un seul document à l'appui des intentions testamentaires. D'autres documents doivent se greffer au testament : lettre de souhaits, désignation de bénéficiaire ou contrat d'achat-vente.

Lorsque M. Fleuri modifie son plan de distribution pour ajouter ses petits-enfants et exclure son fils Luc, il vous oblige à revoir l'ensemble de la structure de détention et des documents. Dans le cas présent, la NSULC permet indirectement d'ajouter les petits-enfants qui n'étaient pas directement bénéficiaires de la Fiducie Fleuri. Sans la NSULC, il aurait fallu trouver un autre moyen de faire bénéficier les petits-enfants de la fortune familiale. Par exemple, prenons le cas où Hermine prédécède Charles. Il aurait été possible de faire en sorte que la totalité du capital de la Fiducie Bouclier soit éventuellement payée aux enfants de Hermine après le décès de l'épouse de M. Fleuri. Par contre, le patrimoine de la

(…suite)
les Entreprises pourraient fusionner pour permettre à la société issue de la fusion de payer les Actions Gel 2 jusqu'à concurrence de 5 M$ après le décès du dernier de M. Fleuri et de son épouse.

Fiducie Bouclier est moindre (16 M$ net d'impôt) que celui de la Fiducie Fleuri (30 M$ avant impôt ou 22,5 M$ après impôt). Si le décès de Hermine survient du vivant de M. Fleuri, il devra songer à rééquilibrer les parts entre Charles et les enfants de Hermine en exerçant son influence sur les fiduciaires de la Fiducie Fleuri pour que M. Fleuri reçoive une partie des actions de Gestion qu'il pourra léguer à ses petits-enfants de la branche de Hermine.

3. CAS N° 2 : M^me^ GENEVIÈVE BELLEHUMEUR

3.1. FAITS

La situation de fait de M^me^ Geneviève Bellehumeur est la suivante :

- Elle est divorcée et vit maintenant avec Normand Zonro en union de fait. Vincent, le fils adulte de Geneviève, vit avec le couple. Normand est lui aussi divorcé et a la garde partagée de sa fille Christine.

- Geneviève a deux frères, Marco et Donald. Les trois étaient directement actionnaires en parts égales d'un empire manufacturier fondé par leur père qui exploite des entreprises au Québec, en Ontario et aux États-Unis.

- À la suite d'une recommandation de leurs experts-comptables, Geneviève et ses frères ont choisi de procéder à une réorganisation corporative leur permettant d'interposer des sociétés de gestion personnelles, de procéder à un gel successoral flexible et de multiplier l'exonération du gain en capital de 750 000 $ sur des actions admissibles de petites entreprises dans un horizon de quelques années. La structure est représentée dans l'organigramme du cas n^o^ 2 en annexe.

- Nous pouvons constater qu'une première fiducie discrétionnaire (ci-après « Fiducie G1 ») a été constituée pour détenir les actions participantes de Gestion Geneviève et qu'une deuxième fiducie discrétionnaire (ci-après « Fiducie G2 ») a été constituée pour détenir les actions de la société exerçant ses activités en Ontario (ci-après « Ontarioco »)[37].

---

[37] Le groupe des Fiducies G2, M2 et D2 sont nécessaires parce que les actions des sociétés de gestion ne se qualifieraient pas à titre d'actions admissibles de petite entreprise. Il y a un double problème. Les sociétés de gestion accumulent des surplus non investis dans l'exploitation active d'entreprise et une partie importante de la valeur des actions de Québeco est attribuable à l'entreprise exploitée aux États-Unis par USA Inc.

- Les Fiducie G1 et Fiducie G2 sont quasiment identiques, sauf que la deuxième fiducie comporte moins de bénéficiaires que la première en raison des limites imposées par la sous-division 6205(2)a)(ii)(A)(III) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[38]. Tous les bénéficiaires des fiducies ayant souscrit aux actions participantes émises par Ontarioco doivent avoir un lien de dépendance avec Gestion Manufacturière. Pour cette raison, la liste de bénéficiaires de Fiducie G2 ne comprend pas un cousin de Geneviève duquel elle est très proche et l'acte précise que Normand, sa fille Christine et ses parents sont bénéficiaires aussi longtemps que la relation de conjoint de fait subsiste.

3.2. OBJECTIFS DU CLIENT

- Geneviève a la faculté d'élire par testament les bénéficiaires des Fiducie G1 et Fiducie G2. De plus, elle vous informe qu'elle n'a jamais fait de testament.

- Geneviève a une maison en copropriété avec Normand, un REÉR, des placements hors REÉR et ses actions de gel et de contrôle dans le capital social de Gestion Geneviève. Elle vous exprime ses souhaits de la façon suivante :

  – Normand recevra sa part de la maison et les REÉR.

  – Vincent recevra les placements hors REÉR.

  – Normand recevra 30 % de sa succession et des patrimoines des Fiducie G1 et Fiducie G2, en pleine propriété.

  – Vincent recevra les actions de contrôle et 70 % de sa succession, en fiducie, et des patrimoines des Fiducie G1 et Fiducie G2.

  – En cas de prédécès de Normand, Vincent recevra la totalité de la succession et des patrimoines des deux fiducies.

  – En cas de prédécès de Vincent alors qu'il laisse des enfants lui survivant, ceux-ci viendront à sa place par représentation.

---

[38] C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

– Si Vincent n'a pas d'enfant, Geneviève suggère initialement que Normand reçoive 100 % de sa succession et des patrimoines fiduciaires.

  • Vous lui faites remarquer que, si Normand décède par la suite, le tout s'en ira à Christine et que les héritiers de cette dernière pourraient comprendre l'ex-conjointe de Normand.

  • Geneviève choisit plutôt de limiter la part de Normand à 50 % et de répartir l'autre moitié entre d'autres personnes à savoir : Maxime Bouillon, son cousin; Christine, la fille de Normand; Pierre Montreux, un ami de longue date; les deux neveux et la nièce de Geneviève, à savoir les enfants de ses deux frères; la Fondation pour enfants gâtés; la Fondation Pauvre Westmount.

  • Geneviève établit la répartition de cette moitié comme suit : son cousin Maxime Bouillon devrait être le principal bénéficiaire étant en droit de recevoir 45 % de cette moitié ou 22,5 % de la succession et des patrimoines fiduciaires; Christine devrait être une autre bénéficiaire importante étant en droit de recevoir le quart de cette moitié ou 12,5 % de la succession et des patrimoines fiduciaires; son ami Pierre Montreux devrait être en droit de recevoir 5 % de cette moitié ou 2,5 % de la succession et des patrimoines fiduciaires; les trois neveux et nièces de Geneviève, soit les enfants de ses deux frères, devraient être en droit de recevoir chacun 5 % de cette moitié ou 2,5 % de la succession et des patrimoines fiduciaires; le reste ira en parts égales aux deux organismes de bienfaisance, soit 10 % de cette moitié ou 5 % de la succession et des patrimoines fiduciaires.

3.3. DISCUSSION

Si Geneviève décède et que lui survivent son conjoint et son fils jusqu'à ce que ce dernier atteigne l'âge de 35 ans, ses volontés seront respectées. Par contre, si son fils décède ou ne survit pas jusqu'à l'âge de 35 ans, alors il faudra répartir les biens du patrimoine de la succession de Geneviève et des patrimoines fiduciaires entre les personnes nommées ci-dessus.

Lors de la rédaction de l'acte de la Fiducie G1, la Fondation pour enfants gâtés avait été ajoutée à la liste des bénéficiaires possibles, mais Geneviève n'avait pas soufflé mot de la Fondation Pauvre Westmount ni non plus de son ami de longue date, Pierre Montreux.

De plus, il n'y a aucun organisme de bienfaisance dans la liste des bénéficiaires possibles de la Fiducie G2, car le but de cette fiducie est de permettre la multiplication des gains en capital sur actions admissibles de petite entreprise. À cette fin, tous les bénéficiaires de la Fiducie G2 doivent avoir un lien de dépendance avec Ontarioco, et on a donc exclu les organismes de bienfaisance et le cousin Maxime Bouillon. Par contre, ce dernier est bénéficiaire de la Fiducie G1.

Geneviève ne pourra pas donc pas donner suite à son plan de distribution comme elle l'entendait initialement pour des raisons fiscales en ce qui concerne la Fiducie G2 et pour des raisons légales en ce qui concerne la Fiducie G1. En effet, l'acte constituant la Fiducie G1 ne peut être modifié sans l'intervention du tribunal pour ajouter Pierre Montreux et la Fondation Pauvre Westmount. Geneviève constate qu'elle n'a pas la même flexibilité dans l'attribution des patrimoines fiduciaires que dans l'attribution de sa succession comme le montre le tableau ci-dessous et l'extrait de son testament joint en annexe.

Bénéficiaires	**Succession**	**Fiducie G1**	**Fiducie G2**
Vincent	oui	oui	oui
Normand	oui	oui	oui
Christine	oui	oui	oui
Neveux et nièce	oui	oui	oui
Maxime Bouillon	oui	oui	non
Pierre Montreux	oui	non	non
Fondation enfants gâtés	oui	oui	non
Pauvre Westmount	oui	non	non

La répartition inégale entre Vincent (70 %) et Normand (30 %) est une idée simple qui ne tient pas compte du fait que les actions de Gestion Geneviève transférées à Normand bénéficieront du roulement du paragraphe 70(6) L.I.R., alors que les actions livrées à Vincent ou à sa fiducie testamentaire seront assujetties à l'impôt au décès selon la règle prévue au paragraphe 70(5) L.I.R. Donc, la question est de savoir si la répartition se fait en fonction de la masse successorale brute avant l'impôt sur le revenu ou après un tel impôt. Geneviève vous informe que le partage se fera avant de considérer les impôts sur le revenu. Par conséquent, vous prévoyez une

clause spéciale relative aux impôts au paragraphe 4.7.2 du testament reproduit en annexe.

4. CAS N° 3 : M. RICHARD LELIÈVRE

4.1. FAITS

Vous rencontrez votre client Richard Lelièvre, qui vous explique sa situation comme suit :

- Richard est marié en secondes noces avec Samantha sous le régime de la séparation de biens adopté en vertu d'un contrat de mariage notarié.

- Samantha a eu deux enfants de son premier mariage. Elle a la garde exclusive de ses deux enfants, qui habitent avec le couple dans une nouvelle maison du haut Westmount. Le père des enfants est vivant, mais Samantha et lui ont une relation plutôt tendue.

- Richard est également divorcé et père de Michel. Ce dernier vit dans son propre appartement au centre-ville, mais il a un problème de drogue qu'il n'a jamais résolu malgré plusieurs cures de désintoxication. Richard entend le faire hériter très minimalement. Les relations avec son ex-épouse sont acrimonieuses.

- Le titre de propriété de la maison est au nom de Samantha bien que ce soit Richard qui a complètement payé le prix d'achat de 4 M$.

4.2. OBJECTIFS DU CLIENT

Samantha et Richard sont très satisfaits de leur style de vie et ils souhaitent pouvoir le préserver après le décès de l'un ou l'autre. Vous avez rédigé leurs testaments et établi un plan de répartition des biens. La maison demeure le seul point non réglé. Par rapport à la maison :

- La propriété de la maison permet à Samantha d'avoir une paix d'esprit, car elle n'aura pas à la recevoir de la succession de Richard.

- Cet arrangement rend Richard mal à l'aise dans le cas où Samantha décède avant lui. Il ne veut pas être évincé de la maison qu'il a payée par les enfants de Samantha (ou de leur père qui aura automatiquement la garde des enfants à compter du décès de Samantha).

4.3. SOLUTIONS

Samantha pourrait léguer la maison à Richard dans son testament, mais elle pourrait toujours modifier celui-ci à sa guise. La seule façon de rendre irrévocable l'intention de transférer la maison au décès de Samantha serait de modifier le contrat de mariage[39] et de faire une donation irrévocable de la maison pour cause de mort. La maison peut être vendue à titre onéreux par Samantha, ce qui rend Richard vulnérable. Pour régler ce cas, Samantha pourrait reconnaître le prêt reçu de Richard pour acheter la maison et consentir une hypothèque à Richard. De son côté, Richard pourrait faire une donation irrévocable pour cause de mort à Samantha de la créance hypothécaire. Elle s'éteindrait automatiquement au décès de Richard, de telle sorte que Samantha conserverait la maison sans hypothèque.

CONCLUSION

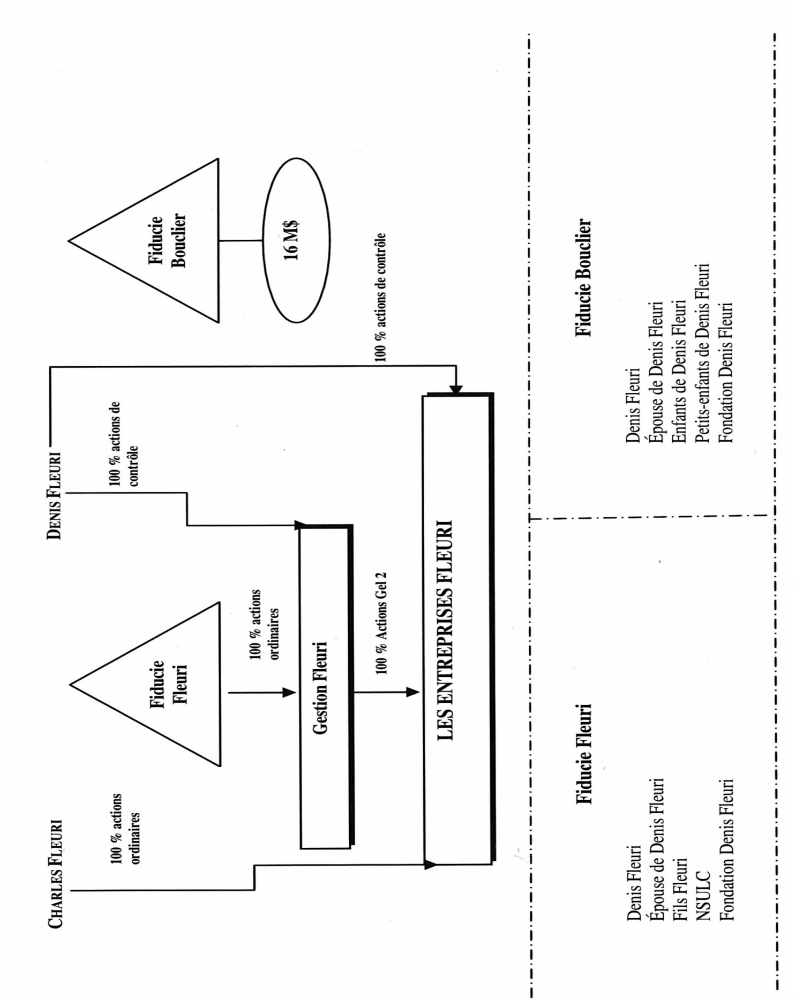
La rédaction d'un testament est rendue nécessairement plus exigeante par l'ajout d'entités juridiques telles que les sociétés de gestion et les fiducies entre vifs. Le client doit donc avoir recours à un spécialiste dans ce domaine. De l'avis de l'auteur, le spécialiste doit posséder une connaissance approfondie du droit civil en matière successorale, patrimoniale, des régimes matrimoniaux et des fiducies ainsi qu'en matière de fiscalité. Il se doit d'avoir aussi un bon sens des affaires.

C'est le mariage des connaissances en droit civil et en fiscalité qui rend ce domaine aussi intéressant pour les spécialistes. Tous les clients n'ont pas les mêmes besoins et les spécialistes doivent trouver des solutions adaptées. La planification successorale pour les gens fortunés n'est pas une affaire de volume mais de qualité. À vous de choisir!

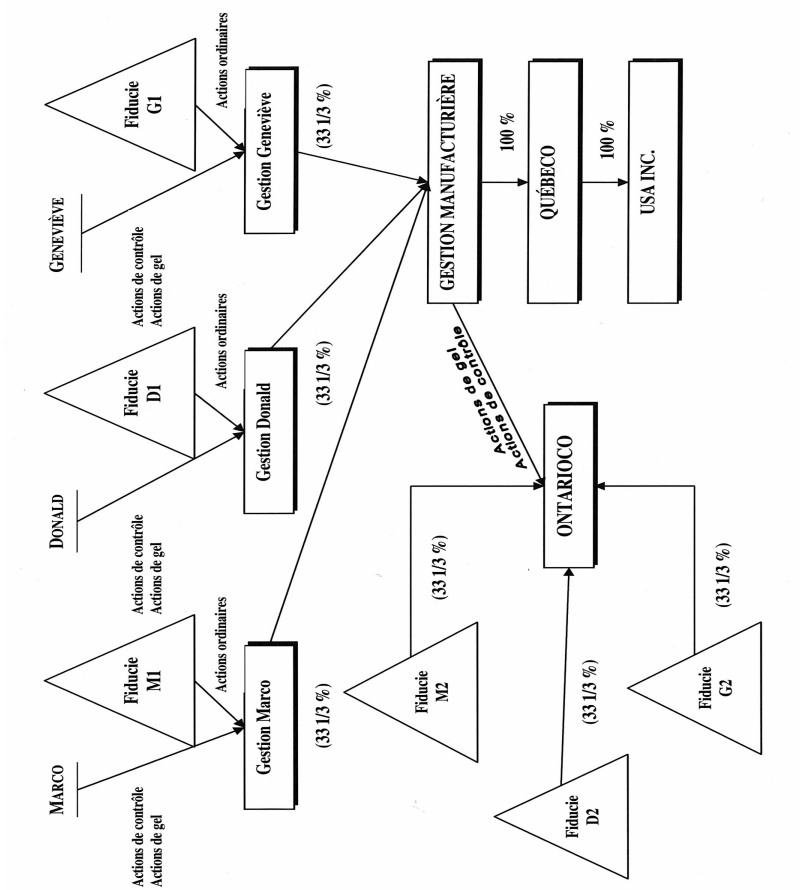
---

39 Art. 438 C.c.Q.

Organigramme Cas n° 1



ORGANIGRAMME CAS N° 2



ANNEXE AU CAS N° 2

4.7. Paiement des dettes

[…]

4.7.2. Étant donné que par l'effet des dispositions du présent testament mon conjoint acquerra irrévocablement des biens, meubles ou immeubles, dont j'étais propriétaire avant mon décès, qui sont des « immobilisations » au sens attribué à ce terme aux fins des Lois Fiscales, et que du fait de cette acquisition irrévocable la disposition réputée de ces immobilisations immédiatement avant mon décès n'entraînera pas pour moi un impôt sur le revenu relativement à l'année d'imposition de mon décès (le « roulement »), cet impôt latent étant pris en charge par mon conjoint jusqu'à la disposition subséquente de ces immobilisations de son vivant ou à son décès, mes liquidateurs feront le partage des biens de ma succession entre mes héritiers en tenant compte du roulement.

Notamment, je demande à mes liquidateurs de faire en sorte que :

(a) la valeur des parts de mes héritiers soit calculée et établie avant de considérer tout impôt sur le revenu, pour l'année d'imposition de mon décès, attribuable à la disposition réputée immédiatement avant mon décès des biens légués en vertu du présent testament à mes héritiers et ne faisant pas l'objet du roulement;

(b) la part de ma succession attribuée ci-après à mon conjoint ne soit pas diminuée d'aucune façon par le coût de tout tel impôt qui ne fait pas l'objet du roulement; et

(c) la ou les parts de ma succession attribuées ci-après à mes héritiers autres que mon conjoint soient les seules diminuées par le coût de tout tel impôt.

Lors de la formation des lots pour le partage des biens de ma succession, mes liquidateurs sont autorisés à livrer à

mon conjoint des biens ayant une charge d'impôt latente importante immédiatement avant mon décès et à livrer à mes autres héritiers des biens n'ayant aucune, peu ou une moindre charge d'impôt latente. De ce fait, la charge fiscale latente ou réelle assumée par mes héritiers ne sera pas obligatoirement proportionnelle.

[…]

5.1. Legs du Résidu de ma succession à mon fils et à mon conjoint

Sujet au paiement des legs particuliers prévus ci-dessus et du paiement des dettes de ma succession, je donne, lègue et transmets à mes Liquidateurs le Résidu de ma succession pour qu'il soit divisé en DEUX (2) parts inégales, tenant compte des dispositions du paragraphe 4.7.2 :

5.1.1. la première part étant constituée de TRENTE POUR CENT (30 %) du Résidu de ma succession que mes Liquidateurs devront payer à mon conjoint, NORMAND ZONRO, sans représentation, en pleine propriété, aussitôt que possible après mon décès;

5.1.2. la deuxième part étant constituée de (i) mes 100 actions privilégiées catégorie « A » du capital social de Gestion Geneviève (les « Actions de Contrôle ») et (ii) SOIXANTE-DIX POUR CENT (70 %) du Résidu de ma succession que mes Liquidateurs devront remettre et livrer, aussitôt que possible après mon décès, aux Fiduciaires de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR que je constitue au bénéfice de mon fils VINCENT BELLEHUMEUR, ladite part du Résidu de ma succession formant un patrimoine autonome et distinct pour être géré et administré conformément aux dispositions qui suivent :

(a) les Revenus Nets provenant de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR pourront être employés, selon les modalités que mes Fiduciaires jugeront convenables, à l'entretien, la subsistance, l'instruction et l'Éducation (y compris un niveau d'éducation supérieur, collégial, universitaire ou post-universitaire) de mon fils ou ils pourront accumuler et investir lesdits Revenus Nets, mais à

compter du vingt-cinquième anniversaire de VINCENT BELLEHUMEUR, lesdits Revenus Nets lui seront versés directement. Mes Fiduciaires devront capitaliser les Revenus Nets de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR qui n'auront pas été utilisés aux fins indiquées précédemment;

(b) le Capital de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR sera versé à VINCENT BELLEHUMEUR pour le tiers (1/3) à l'âge de vingt-cinq (25) ans, et la moitié (1/2) du solde à l'âge de trente (30) ans, et le solde ainsi que les Actions de Contrôle à l'âge de trente-cinq (35) ans pour que mon fils, VINCENT BELLEHUMEUR, puisse en jouir en pleine et absolue propriété;

(c) les Fiduciaires pourront toutefois prélever sur la Capital de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR, toute somme aux fins mentionnées ci-après :

(i) pour défrayer le coût de l'instruction ou de l'Éducation, tant primaire que secondaire, universitaire que post-universitaire, de mon fils VINCENT BELLEHUMEUR;

(ii) pour le soutien, l'entretien, le bien-être ou tout autre besoin urgent ou imprévu de mon fils VINCENT BELLEHUMEUR;

(iii) pour payer le coût de maladie sérieuse ou prolongée de mon fils VINCENT BELLEHUMEUR; et

(iv) pour toute autre raison laissée à la discrétion de mes Fiduciaires.

À cet égard, mes Fiduciaires seront seuls juges de l'opportunité, de la fréquence et du montant d'un tel prélèvement de Capital;

(d) les Fiduciaires auront le pouvoir de retarder la remise du Capital de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR créée en faveur de mon fils VINCENT BELLEHUMEUR à une période plus

éloignée que celle ci-dessus prévue si cela a pour but de protéger mon fils VINCENT BELLEHUMEUR et si cela est fait dans son intérêt sans frustrer ses droits;

5.1.3. dans le cas où mon conjoint me prédécède, sa part accroîtra à mon fils VINCENT BELLEHUMEUR et mes Liquidateurs devront remettre et livrer aux Fiduciaires de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR la totalité du Résidu de ma succession, aussitôt que possible après mon décès, pour être régie selon les dispositions du paragraphe 5.1.2 ci-dessus;

5.1.4. dans le cas où VINCENT BELLEHUMEUR me prédécède ou décède avant d'avoir reçu tout ou partie du patrimoine de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR, avec des Descendants lui survivant, les Fiduciaires diviseront le résidu du patrimoine fiduciaire de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR ou mes Liquidateurs diviseront la part du Résidu de ma succession qui aurait autrement constituée la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR de façon égale et en autant de parts que VINCENT BELLEHUMEUR aura d'enfants (c'est-à-dire mes petits-enfants).

5.1.5. Une fiducie distincte et séparée sera constituée à même chaque part au bénéfice de chacun de mes petits-enfants (FIDUCIE PETIT-ENFANT), chacun de ces petits-enfants étant désigné ci-après individuellement « Bénéficiaire » ou collectivement « Bénéficiaires ».

5.1.6. Les Fiduciaires de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR ou mes Liquidateurs remettront aux Fiduciaires des FIDUCIES PETITS-ENFANTS la part attribuable à chacun des Bénéficiaires. Les Fiduciaires des FIDUCIES PETITS-ENFANTS détiendront alors, pour le bénéfice de chacun des Bénéficiaires, leurs parts respectives, en fiducie, conformément aux modalités prévues au paragraphe 5.1.2.

5.1.7. dans le cas où mon fils VINCENT BELLEHUMEUR me prédécède, sans laisser de Descendants, et que mon conjoint NORMAND ZONRO lui survit, la part du Résidu de ma succession (représentant sept dixièmes (7/10) ou 70 % de celle-ci) qui aurait autrement constituée la

FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR sera dévolue de la manière suivante :

(a) je désire que deux septièmes (2/7) de cette part accroisse alors à mon conjoint NORMAND ZONRO, de la façon et les mêmes modalités que celles prévues au paragraphe 5.1.1 ci-dessus;

(b) je lègue et transmets le solde de cette part (5/7) aux personnes mentionnées ci-après selon le pourcentage indiqué à côté de leur nom :

(i)	MAXIME BOUILLON	45 %
(ii)	CHRISTINE ZONRO	25 %
(iii)	PIERRE MONTREUX	5 %
(iv)	NEVEU 1	5 %
(v)	NEVEU 2	5 %
(vi)	NIÈCE 1	5 %
(vii)	FOND. POUR ENFANTS GÂTÉS	5 %
(viii)	FOND. PAUVRE WESTMOUNT	5 %

5.1.8. Dans l'éventualité où l'un ou l'autre de mes héritiers aux paragraphes 5.1.7(b) à 5.1.7(b)(v) me prédécède ou décède avant d'avoir reçu tout ou partie de la part que je lui destine, la part qui aurait été dévolue à cet héritier décédé s'accroîtra en parts égales en faveur des organismes de bienfaisance ci-devant nommés aux paragraphes 5.1.7(b)(vii) et 5.1.7(b)(viii). Aux fins de clarification, il n'y a aucune représentation de mes héritiers relativement aux legs prévus aux paragraphes 5.1.7(b)(i) à 5.1.7(b)(v).

5.1.9. dans le cas où mon fils VINCENT BELLEHUMEUR me survit mais décède avant d'avoir reçu tout ou partie du patrimoine de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR, sans laisser de Descendants, alors que mon conjoint NORMAND ZONRO lui survit, je donne instructions à

mes Fiduciaires de répartir le résidu du patrimoine fiduciaire de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR de la manière prévue ci-après :

(a) Si mon fils VINCENT BELLEHUMEUR décède avant l'âge de vingt-cinq (25) ans je désire que deux septièmes (2/7) du résidu de ce patrimoine fiduciaires soient alors payés à mon conjoint NORMAND ZONRO;

(b) Si mon fils VINCENT BELLEHUMEUR décède avant l'âge de trente (30) ans je désire que trois septièmes (3/7) du résidu de ce patrimoine fiduciaires soient alors payés à mon conjoint NORMAND ZONRO;

(c) Si mon fils VINCENT BELLEHUMEUR décède l'âge de trente-cinq (35) ans je désire que six septièmes (6/7) du résidu de ce patrimoine fiduciaires soient alors payés à mon conjoint NORMAND ZONRO;

(d) Le solde du patrimoine sera payé aux personnes mentionnées ci-devant au paragraphe 5.1.7(b) selon le même pourcentage indiqué à côté de leur nom avec, en cas de prédécès d'un ou plusieurs des particuliers nommés aux paragraphes 5.1.7b)(i) à 5.1.7(b)(vi), accroissement en parts égales en faveur des organismes de bienfaisance ci-devant nommés aux paragraphes 5.1.7(b)(vii) et 5.1.7(b)(viii).

5.1.10. Advenant le prédécès de mon conjoint, NORMAND ZONRO, et de mon fils, VINCENT BELLEHUMEUR, sans Descendant aucun représentant VINCENT BELLEHUMEUR, ou de leur décès avant d'avoir reçu tout ou partie du patrimoine de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR ou de ma succession, je lègue et transmets aux personnes mentionnées ci-devant au paragraphe 5.1.7(b), selon le même pourcentage indiqué à côté de leur nom, en pleine propriété le Résidu de ma succession ou je donne instructions à mes Fiduciaires de répartir le résidu du patrimoine fiduciaire de la FIDUCIE VINCENT BELLEHUMEUR aux mêmes personnes de la

même manière. En cas de prédécès d'un ou plusieurs des particuliers nommés aux paragraphes 5.1.7(b)(i) à 5.1.7(b)(vi), il y aura accroissement en parts égales en faveur des organismes de bienfaisance ci-devant nommés aux paragraphes 5.1.7(b)(vii) et 5.1.7(b)(viii).

6. FACULTÉ D'ÉLIRE

6.1. Aux termes d'un acte notarié entre vifs constituant FIDUCIE G1 reçu par M^e^ ●, notaire, sous le numéro ● de ses minutes, en date du ● 2007 (l'« Acte »), j'ai la faculté d'élire les bénéficiaires et leur quote-part respective du patrimoine de la susdite fiducie en vertu du paragraphe 6.3.1 de l'Acte et j'ai aussi le pouvoir de déterminer la Date de Liquidation au sens de la définition de ce terme à l'article 2 de l'Acte. Advenant mon décès, je donne aux fiduciaires de la FIDUCIE G1 les instructions suivantes :

6.1.1. les fiduciaires devront diviser le patrimoine fiduciaire en DEUX (2) parts inégales à la date de mon décès :

(a) la première part représentant TRENTE POUR CENT (30 %) dudit patrimoine de la FIDUCIE G1 que les fiduciaires devront payer à mon conjoint NORMAND ZONRO, sans représentation, en pleine propriété, aussitôt que possible après mon décès, en satisfaction totale des Participation au Capital et Participation au Revenu de NORMAND ZONRO dans la FIDUCIE G1; et,

(b) la deuxième part représentant le solde dudit patrimoine de la FIDUCIE G1 que les fiduciaires devront continuer de détenir et d'administrer au bénéfice de mon fils VINCENT BELLEHUMEUR conformément aux instructions qui suivent :

[Les remises de revenus et de capital sont les mêmes que celles prévues au paragraphe 5.1.2]

6.1.2. dans le cas où mon conjoint me prédécède, sa part de la FIDUCIE G1 accroîtra à mon fils VINCENT BELLEHUMEUR et les fiduciaires de ladite fiducie détiendront son patrimoine pour être régi selon les dispositions du paragraphe 6.1.1(b) ci-dessus;

6.1.3. dans le cas où VINCENT BELLEHUMEUR me prédécède ou décède avant d'avoir reçu tout ou partie du patrimoine de la FIDUCIE G1, avec des Descendants lui survivant, les fiduciaires de ladite fiducie diviseront le résidu du patrimoine fiduciaire de la FIDUCIE G1 de façon égale et en autant de parts que VINCENT BELLEHUMEUR aura d'enfants (c'est-à-dire mes petits-enfants). Quant au Revenu et au Capital de chaque part, je donne instructions aux fiduciaires de la FIDUCIE G1 de suivre les modalités énoncées aux paragraphes 0 à 0, en faisant les adaptations nécessaires, s'il y a lieu;

6.1.4. dans le cas où mon fils VINCENT BELLEHUMEUR me survit mais décède avant d'avoir reçu tout ou partie du patrimoine de FIDUCIE G1, sans laisser de Descendants, alors que mon conjoint NORMAND ZONRO lui survit, je donne instructions aux fiduciaires de FIDUCIE G1 de répartir la part du résidu du patrimoine fiduciaire de FIDUCIE G1 (représentant sept dixièmes (7/10) ou 70 % de celle-ci) qui aurait autrement été attribuée à mon fils VINCENT BELLEHUMEUR de la manière prévue ci-après :

[même chose que 5.1.7(a)] :

(b) Le solde du patrimoine sera payé aux personnes mentionnées ci-après selon le même pourcentage indiqué à côté de leur nom :

(i)	MAXIME BOUILLON	45 %
(ii)	CHRISTINE ZONRO	25 %
(iii)	NEVEU 1	5 %
(iv)	NEVEU 2	5 %
(v)	NIÈCE 1	5 %
(vi)	FOND. POUR ENFANTS GÂTÉS	10 %

6.1.5. Advenant les prédécès de mon conjoint, NORMAND ZONRO, et de mon fils, VINCENT BELLEHUMEUR,

sans Descendant aucun représentant VINCENT BELLEHUMEUR, je donne instructions aux fiduciaires de la FIDUCIE G1 de répartir le patrimoine fiduciaire aux personnes mentionnées au paragraphe 6.1.4(b) ci-devant, selon le même pourcentage indiqué à côté de leur nom, en pleine propriété. En cas de prédécès d'un ou plusieurs des particuliers nommés aux paragraphes 6.1.4(b) à 6.1.4(b)(i) à (v), il y aura accroissement en faveur de FONDATION POUR ENFANTS GÂTÉS.

6.2. Aux termes d'un acte notarié entre vifs constituant la FIDUCIE G2 reçu par M^{e} ●, notaire, sous le numéro ● de ses minutes, en date du ● 2007 (l'« Acte »), j'ai la faculté d'élire les bénéficiaires et leur quote-part respective du patrimoine de la susdite fiducie en vertu du paragraphe 6.3.1 de l'Acte et j'ai aussi le pouvoir de déterminer la Date de Liquidation au sens de la définition de ce terme à l'article 2 de l'Acte. Advenant mon décès, je donne aux fiduciaires de la FIDUCIE G2 les instructions suivantes :

6.1.6. Les fiduciaires devront diviser le patrimoine fiduciaire en DEUX (2) parts inégales à la date de mon décès :

[même chose que 6.1.1 à 6.1.4(a)]

6.2.4. Le solde du patrimoine sera payé aux personnes mentionnées ci-après selon le même pourcentage indiqué à côté de leur nom :

(a)	CHRISTINE ZONRO	● %
(b)	NEVEU 1	● %
(c)	NEVEU 2	● %
(d)	NIÈCE 1	● %

[…]

PLANIFICATION SUCCESSORALE POUR LES CLIENTS AYANT DES HÉRITIERS OU DES BIENS AUX ÉTATS-UNIS



Caroline Rhéaume
Avocate, M. Fisc., Adm.A., Pl. Fin., TEP
Partenaires Financiers Richardson ltée

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 11:3

1. CHANGEMENTS PROPOSÉS AUX DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS ET À L'IMPÔT SUR LES DONS 11:3

1.1. CHANGEMENTS PROPOSÉS AUX DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS 11:3

1.2. CHANGEMENTS PROPOSÉS À L'IMPÔT SUR LES DONS 11:6

2. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS ET DONS DE BIENFAISANCE AU DÉCÈS 11:7

2.1. EXEMPLE DE CALCUL 11:10

3. TESTAMENT CANADIEN – FIDUCIE TESTAMENTAIRE ÉTRANGÈRE 11:13

4. ***DYNASTY TRUST*** 11:16

CONCLUSION 11:20

INTRODUCTION

Les avocats et les notaires qui rédigent des testaments pour leurs clients fortunés doivent souvent faire preuve de beaucoup de créativité pour répondre aux besoins de ceux-ci. Lorsque nous ajoutons des bénéficiaires résidents des États-Unis ou des biens à *situs* américain à l'équation, le défi de rédaction est de taille. Plusieurs auteurs ont traité de la planification successorale Canada/États-Unis au cours des dernières années. Ce texte ne reprendra donc pas les principes de base applicables en planification successorale Canada/États-Unis. Ce texte traite plutôt de sujets spécifiques, à savoir :

- les changements proposés aux droits successoraux américains et à l'impôt sur les dons;
- dons de bienfaisance de biens à *situs* américain;
- position récente prise par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») en matière de fiducies étrangères; et
- la fiducie appelée *dynasty trust*.

1. CHANGEMENTS PROPOSÉS AUX DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS ET À L'IMPÔT SUR LES DONS[1]

1.1. CHANGEMENTS PROPOSÉS AUX DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS

Certains se souviendront que le gouvernement américain a annoncé en 2001 une révision en profondeur du régime des droits successoraux américains. L'*Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act*[2] renferme une série de changements devant être mis en place sur une période

---

1 Pour plus de détails concernant les droits successoraux américains, voir Charles CHALO, « Décès et droits successoraux aux États-Unis : guide pour les Canadiens », (2006), vol. 54, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 287-315; Marco FACCONE et Leanne GEHLEN, « Post-Mortem Estate Planning: Selected Canadian and US Tax Issues Relating to the Implementation of Post-Mortem Strategies », dans *2006 British Columbia Tax Conference*, Vancouver, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 12:1-34.

2 Pub. L. No. 107-16, adoptée le 7 juin 2001 (ci-après « *Loi de 2001* »).

de 10 ans, le point culminant de cette révision étant l'élimination des droits successoraux fédéraux en 2010. La *Loi de 2001* prévoit également une réintroduction des droits successoraux en 2011 à leur niveau d'avant l'adoption de la *Loi de 2001*.

Le 5 septembre 2007, le gouvernement américain, par le biais de la Chambre des représentants, a présenté des changements législatifs qui auraient un impact sur les seuils à partir desquels les droits successoraux américains et l'impôt sur les dons seront appliqués. À compter de 2010, le seuil d'exonération passerait à 5 M$ US, de sorte que les citoyens américains et les personnes domiciliées aux États-Unis ayant une succession mondiale de 5 M$ US ou moins n'auraient plus de droits successoraux à payer à leur décès. Ce seuil pour 2007 et 2008 est présentement de 2 M$ US, lequel est appelé à augmenter à 3,5 M$ US pour 2009. On propose également de hausser l'exemption à vie pour l'impôt sur les dons à 5 M$ US. Les contribuables américains qui décèdent après le 31 décembre 2009 ou qui font des dons après cette date pourraient bénéficier de ces changements.

Pour les années suivantes, le montant d'exemption serait augmenté en fonction de l'augmentation du coût de la vie. Tout ajustement qui ne serait pas un multiple de 10 000 $ sera arrondi à 10 000 $ US. La disposition voulant qu'il n'y ait pas de droits successoraux payables en 2010 avec une réintégration de ces mêmes droits en 2011 serait abrogée[3].

Ces changements ont été soumis au comité des voies et moyens (the House Committee of Ways and Means) et devront recevoir l'approbation du Sénat avant d'avoir force de loi.

Les résidents canadiens qui détiennent des biens à *situs* américain à leur décès peuvent être assujettis aux droits successoraux américains. Les crédits et exemptions auxquels ils ont droit sont différents de ceux offerts aux citoyens américains. L'*Internal Revenue Code*[4] prévoit un crédit de 13 000 $ US, ce qui permet de soustraire aux droits successoraux américains des biens d'une valeur maximale de 60 000 $ US[5]. Heureusement,

---

[3] H.R. 3475 : « To amend the *Internal Revenue Code* of 1986 to increase the estate tax and gift tax unified credit to an exclusion equivalent of $5,000,000, to adjust such amount for inflation, to repeal the 1-year termination of the estate tax, and for other purposes […] » (ci-après « H.R. 3475 »).

[4] *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

[5] I.R.C. § 2102(c).

la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[6] prévoit un crédit global égal au plus élevé des deux montants suivants :

- 13 000 $ US; et

- valeur des biens à *situs* américain / valeur de la succession mondiale × 780 800 $ US (crédit global pour l'année)

Ce prorata est prévu au paragraphe XXIX B(2) de la Convention sous la section « Impôts perçus en cas de décès ». En fonction de ce prorata, un contribuable canadien dont la succession mondiale est d'une valeur de 2 M$ US ou moins n'aura généralement pas de droits successoraux à payer. En effet, en appliquant la formule du prorata, nous constatons que dans la mesure où la valeur de la succession mondiale du contribuable est inférieure à 2 M$ US pour 2007 et 2008, les droits successoraux sont nuls.

Le montant du crédit global doit augmenter à 1 455 800 $ US en 2009, ce qui devrait permettre à un contribuable canadien dont la valeur de la succession mondiale est de 3,5 M$ US ou moins d'être exempté du paiement des droits successoraux américains. Si la législation proposée est adoptée, à compter de 2010, une valeur de 5 M$ US sera à l'abri des droits successoraux américains.

Dans la mesure où un client peut également réclamer le crédit marital prévu aux paragraphes XXIX B(3) et B(4) de la Convention, cela aura pour effet de permettre à plusieurs contribuables fortunés d'éviter le paiement des droits successoraux américains. Le crédit marital peut atteindre un montant égal au crédit global réclamé par le défunt. Une déclaration de revenus de droits successoraux doit toutefois être produite. Le Formulaire 706-NA, « *United States Estate* (and *Generation Skipping Transfer Tax*) *Tax Return* », sert à calculer les droits successoraux à payer par la succession du défunt non résident des États-Unis. Le liquidateur doit produire ce formulaire si la valeur de la succession brute américaine du défunt est supérieure à 60 000 $ US, avant application de toute convention fiscale. Afin de tirer avantage de la Convention, le liquidateur doit produire ce formulaire. Une

---

[6] *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997, S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »). Il est à noter qu'un nouveau protocole a été signé le 21 septembre 2007, lequel doit être ratifié par les gouvernements du Canada et des États-Unis.

copie du certificat de décès et une copie certifiée conforme du testament (si le défunt en avait un) doivent être produites avec le Formulaire 706-NA.

1.2. CHANGEMENTS PROPOSÉS À L'IMPÔT SUR LES DONS

Les non-résidents des États-Unis sont assujettis à un impôt sur les dons lors de la donation de certains biens à *situs* américain. Les biens qui font partie de cette catégorie ne comprennent toutefois pas les biens intangibles tels que des actions de sociétés américaines.

L'exemption à vie pour l'impôt sur les dons qui est appelée à augmenter à 5 M$ US n'est disponible que pour les citoyens américains et les personnes domiciliées aux États-Unis. Les Canadiens qui font des dons de biens à *situs* américain ont droit à des exemptions beaucoup moins importantes.

Les premiers 12 000 $ US (pour 2007) de dons faits à un bénéficiaire au cours d'une année ne sont pas imposés. Il est possible de faire un nombre illimité de dons de 12 000 $ à différents bénéficiaires et ne pas être assujetti à cet impôt.

De plus, les dons suivants ne sont pas assujettis à l'impôt sur les dons :

- don à un établissement scolaire pour l'éducation du bénéficiaire;
- don à un établissement médical pour les soins du bénéficiaire;
- don à des organismes politiques ou de charité;
- don à un conjoint citoyen américain (limité à 125 000 $ par année si celui-ci n'est pas citoyen américain).

Il est à noter que l'impôt sur les dons ne donne pas droit à un crédit pour impôt étranger au Canada ni en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[7] ni en vertu de la Convention. Par exemple, si un résident canadien donne un immeuble situé aux États-Unis qui a augmenté de valeur à un de ses enfants, il devra payer un impôt au Canada sur le gain en capital et un impôt sur les dons aux États-Unis, sans possibilité d'obtenir un allégement, sous réserve des crédits mentionnés ci-dessus.

---

[7] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

Les changements annoncés par le gouvernement américain auront certes pour effet d'exempter un nombre plus élevé de contribuables du paiement des droits successoraux américains. La planification en matière de droits successoraux sera facilitée pour plusieurs contribuables. Des obligations de conformité demeurent toutefois. Il est donc important pour les professionnels conseillant des clients ayant des biens aux États-Unis d'informer leurs clients et leurs liquidateurs de leurs droits mais également de leurs obligations.

2. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS ET DONS DE BIENFAISANCE AU DÉCÈS

Les commentaires qui suivent doivent être lus en prenant en considération les changements proposés à la Convention par le cinquième protocole modifiant la Convention signé le 21 septembre 2007[8], mais non encore ratifié. La ratification est prévue pour 2008.

Les résidents canadiens peuvent être assujettis aux droits successoraux américains s'ils possèdent des biens à *situs* américain à leur décès tels qu'une propriété immobilière ou des actions de sociétés américaines. Dans le cadre de la planification successorale transfrontalière, nous ne songeons pas toujours à tirer avantage des dons de bienfaisance, notamment de léguer des biens à *situs* américain. Nous savons qu'au Canada, les dons de titres cotés à une Bourse de valeurs visée par règlement offrent des avantages fiscaux. Parmi les Bourses de valeurs visées par règlement, nous notons les Bourses de New York, Cincinnati, Chicago et Boston[9]. Le gain en capital réalisé à la disposition des titres n'est pas imposable alors qu'un crédit d'impôt pour don de bienfaisance d'un montant égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des titres peut être réclamé[10].

Dans l'année du décès, le montant du don peut être égal à 100 % du revenu net avec possibilité de reporter tout excédent à l'année précédente, alors que du vivant, la limite est de 75 % du revenu net, avec un report sur les cinq années suivantes.

---

8 CANADA, ministère des Finances, *Protocole modifiant la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997, 21 septembre 2007.

9 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod., art. 3201.

10 Al. 38a.1) et par. 118.1(1) L.I.R.

En règle générale, dans le calcul des droits successoraux américains, certaines déductions sont admises. On peut penser aux frais funéraires. En vertu de la loi fiscale nationale américaine, un non-résident est autorisé à demander une déduction à l'encontre des droits successoraux si un legs est fait à un organisme de bienfaisance américain reconnu[11]. L'*Internal Revenue Code* ne prévoit donc pas de déduction pour un legs à un organisme de bienfaisance étranger. De plus, le legs doit être d'un bien ayant un *situs* américain qui est inclus dans la succession imposable du non-résident[12]. En effet, le montant de la déduction ne peut pas excéder la valeur des biens qui doivent être inclus dans la valeur de la succession américaine.

Pour les résidents canadiens, la Convention actuelle apporte un certain allégement en cette matière. Un résident canadien peut demander une déduction à l'encontre des droits successoraux payables que le legs soit fait en faveur d'un organisme de bienfaisance enregistré américain ou canadien. Le paragraphe XXIX B(1) de la Convention permet cette déduction.

Ce paragraphe indique :

> « Lorsque les biens d'une personne physique qui est un résident d'un État contractant sont transmis à la suite du décès de cette personne physique à une organisation mentionnée au paragraphe XXI (organisations exonérées), les conséquences fiscales dans un État contractant du transfert de ces biens s'établissent comme si l'organisation était un résident de cet État. »

Grâce à cette disposition, une déduction aux fins des droits successoraux américains sera permise pour les legs faits à un organisme de bienfaisance canadien reconnu de biens ayant un *situs* aux États-Unis et assujettis aux droits successoraux américains.

L'*Internal Revenue Code* prévoit que la déduction ne peut pas excéder la valeur des biens qui doivent être inclus dans la valeur de la succession du défunt aux fins des droits successoraux américains[13]. Dans l'affaire *Avrom A. Silver* v. *Commissioner of Internal Revenue*[14], rendue en mai 2003, le juge a indiqué que la Convention ne prévoit pas une déduction dans le calcul des droits successoraux américains du montant total d'un legs fait en faveur d'un

---

11 I.R.C. § 2106(a)(2)(A)(ii).

12 I.R.C. § 2106(a)(2)(D).

13 I.R.C. § 2106(a)(2)(D).

14 120 T.C. 430 (2003) (ci-après « *Avrom* »).

organisme non résident des États-Unis. Dans cette affaire, un résident du Canada avait planifié dans son testament un legs de 312 000 $ en faveur d'organismes de bienfaisance canadiens, tous prévus au paragraphe XXI(1) de la Convention. Ces legs ont été payés à même des biens situés à l'extérieur des États-Unis. Le défunt possédait au moment de son décès des actions d'une société américaine (Neuromedical Systems Inc.) ayant une valeur de plus de 515 000 $ US. La valeur de la succession mondiale du défunt dépassait les 100 M$. La succession avait demandé une déduction de 312 000 $ dans la déclaration de droits successoraux américains. L'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») a refusé cette déduction pour la ramener à 1 615 $. Ce montant avait été calculé en multipliant les 312 000 $ par la proportion de la valeur des biens à *situs* américain sur la valeur mondiale de la succession. Comme le legs avait été acquitté à partir de biens situés à l'extérieur des États-Unis, la Cour a accepté la prétention du Commissioner of Internal Revenue. Seul le montant de 1 615 $ a été accepté en déduction. Le Commissioner of Internal Revenue soutenait que :

> « The decedent's will, however, did not direct payment of the residuary charitable bequests exclusively from the U.S. assets. As a result, the charitable deduction is limited to the proportionate part of the U.S. assets that passes to the charitable legatee. »

Comme il n'y avait aucune précision dans le testament quant aux biens qui devaient être légués à l'organisme de bienfaisance (biens américains ou canadiens), seule une portion de la donation pouvait être déduite.

Il ressort de cette décision que si le legs porte sur des biens qui ne sont pas situés aux États-Unis, le montant de la déduction est généralement calculé au prorata de la valeur des actifs à *situs* américain par rapport à la valeur de la succession mondiale. Toutefois, si le legs porte plutôt sur un bien à *situs* américain assujetti aux droits successoraux américains, 100 % de la valeur du legs donnera droit à la déduction. Pour obtenir la déduction totale, il semble essentiel d'indiquer dans le testament les biens à *situs* américain qui devront faire l'objet de la donation ou du legs. En effet, un des problèmes dans l'affaire *Avrom* est qu'il n'était pas clair dans le testament si le legs devait être fait à même des biens canadiens ou des biens à *situs* américain. Des actions de sociétés publiques américaines pourraient facilement faire l'objet d'un legs en faveur d'un organisme de bienfaisance canadien afin de donner droit au crédit d'impôt canadien pour don de bienfaisance et à la déduction dans le calcul des droits successoraux américains.

Dans une autre affaire, l'IRS a indiqué que si un non-résident fait un legs d'œuvres d'art situées à l'extérieur des États-Unis à un organisme de

bienfaisance américain, la succession ne pourra pas demander une déduction dans le calcul des droits successoraux puisque ces œuvres d'art ne font pas partie des actifs assujettis aux droits successoraux américains[15].

Il est important de noter que la succession pourra demander cette déduction dans la mesure où les biens mondiaux du défunt sont déclarés dans la déclaration de droits successoraux[16].

2.1. EXEMPLE DE CALCUL

Prenons un exemple afin de comparer les deux scénarios.

M^me^ Lafleur, qui est veuve et résidente canadienne, a une succession mondiale d'une valeur de 3 M$ US, incluant des actions de sociétés publiques américaines évaluées à 300 000 $. M^me^ Lafleur souhaite faire un don de bienfaisance de 50 000 $ à son décès. Voici les résultats selon le scénario choisi (basé sur les taux d'imposition américains et le montant du crédit global de 2007, montants en dollars US).

	Dons de biens canadiens	Don des actions américaines
JVM des actifs américains	300 000 $	300 000 $
(moins le don)	(5 000 $)	(50 000 $)
Succession imposable	295 000 $	250 000 $
Droits successoraux avant crédit	86 100 $	70 800 $
Crédit global	*78 080 $*	*78 080 $*
Droits successoraux payables	*8 020 $*	*0 $*

Dans cet exemple, des droits successoraux de 86 100 $ sont payables sur les biens américains ayant une valeur de 295 000 $. Le crédit global est de 78 080 $ (c'est-à-dire 300 000 $ sur 3 M$ multiplié par le crédit de 780 800 $ pour 2007). Il reste donc des droits successoraux payables de 8 020 $. Dans le second scénario, les droits successoraux payables sont de 70 800 $, alors que le crédit est de 78 080 $ pour un solde de 0 $.

---

15 INTERNAL REVENUE SERVICE, *Private Letter Ruling*, 90-4003.

16 I.R.C. § 2106(b).

En conséquence, pour les clients qui ont l'intention de faire des dons de bienfaisance à leur décès et qui pourraient être assujettis aux droits successoraux américains, en choisissant le bon type de bien à donner, ils pourront faire des économies d'impôt intéressantes tant au niveau canadien qu'au niveau américain. Le testament de ces clients devra donc être rédigé afin d'indiquer aux liquidateurs les biens à *situs* américain qui devront faire l'objet du legs en faveur de l'organisme de bienfaisance choisi dans le but de maximiser la situation fiscale du client.

Tel qu'il est discuté ci-dessus, si le client est marié et qu'il désire transférer tous ses actifs à son conjoint, il peut, en plus du crédit global, avoir droit à un crédit marital d'un montant égal au montant du crédit global. Ce crédit doit donc être pris en considération dans le calcul des droits successoraux payables. De façon générale, si les conjoints ont une succession mondiale d'une valeur inférieure à 4 M$ US, ils ne devraient pas avoir de droits successoraux à payer, mais une déclaration de droits successoraux doit toutefois être produite si la valeur des biens américains excède 60 000 $ US.

Pour que la déduction soit reconnue aux fins des droits successoraux, il est important que ce soit le bien à *situs* américain qui fasse l'objet de la donation. Si le bien est vendu et que le produit de disposition est donné à l'organisme de bienfaisance, seule une portion de la donation sera admissible. Un legs à titre particulier devrait être envisagé.

Dans le cadre de la planification successorale d'un client qui désire avantager des organismes de bienfaisance, il est donc important d'évaluer les avantages de faire des legs de biens à *situs* américain afin d'obtenir un crédit d'impôt pour dons au Canada et une déduction dans le calcul des droits successoraux aux États-Unis.

Cette planification semble toutefois approcher de son terme lorsque nous lisons un des changements apportés par le Cinquième protocole à la Convention entre le Canada et les États-Unis.

Le cinquième protocole, s'il devait être ratifié dans sa forme actuelle, aura un effet sur la déduction pour droits successoraux pouvant être demandée par un Canadien. Le paragraphe 26(1.1) du cinquième protocole remplace le paragraphe XXIX B(1) de la Convention.

Le nouveau paragraphe se lit comme suit :

> « Lorsque les biens d'une personne physique qui est un résident d'un État contractant sont transmis à la suite du décès de cette personne physique à une organisation mentionnée au paragraphe 1 de l'article XXI (Organisations exonérées) et qui est un résident de l'autre État contactant,
>
> a) Si la personne physique est un résident des États-Unis et si l'organisation est un résident du Canada, les conséquences fiscales aux États-Unis de la transmission des biens s'appliquent comme si l'organisation était un résident des États-Unis.
>
> b) Si la personne physique est un résident du Canada et si l'organisation est un résident des États-Unis, les conséquences fiscales au Canada de la transmission des biens s'appliquent comme si la personne physique avait cédé les biens pour un produit égal à un montant choisi au nom de la personne physique à cette fin (de la manière précisée par l'autorité compétente du Canada), lequel montant n'est pas inférieur au coût des biens pour la personne physique, déterminé aux fins de l'impôt canadien, et n'est pas supérieur à la juste valeur marchande des biens. »

Ce changement vise les conséquences fiscales canadiennes du don. La modification semble vouloir permettre aux Canadiens de faire un choix similaire à celui retrouvé au paragraphe 118.1(6) L.I.R. en matière de don de bienfaisance. La succession du Canadien pourrait donc faire un choix afin que le produit de disposition du bien donné se situe entre le prix de base rajusté du bien et sa JVM. Le montant du don de bienfaisance sera égal au montant choisi. Toutefois, cette modification semble éliminer la déduction pour don de bienfaisance à l'encontre des droits successoraux américains qui était accordée à la succession d'un Canadien lors de la donation de biens à *situs* américain à un organisme de bienfaisance canadien. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, l'*Internal Revenue Code* ne prévoit pas d'allégement dans ce cas, alors que le cinquième protocole ne fait référence qu'aux conséquences fiscales au Canada. Avant cette modification, la succession du Canadien décédé pouvait s'en remettre à la Convention. Les autres allégements discutés ci-dessus prévus à l'*Internal Revenue Code* ne sont pas modifiés par le cinquième protocole. La succession du Canadien qui voudrait faire don d'un bien à *situs* américain à un organisme de bienfaisance canadien sera donc désavantagée. Il est un peu difficile de comprendre le pourquoi d'un tel changement. Au cours des mois à venir nous aurons probablement des éclaircissements à ce sujet.

Puisqu'il n'est pas encore assuré que les changements prévus au cinquième protocole seront adoptés tels que présentés, il est encore d'intérêt de prévoir au testament le legs de biens à *situs* américain. Il est toutefois

important de suivre les développements en cette matière afin de faire les changements requis au testament, le cas échéant.

3. TESTAMENT CANADIEN – FIDUCIE TESTAMENTAIRE ÉTRANGÈRE

Lors de sa dernière conférence annuelle, la Society of Estate and Trust Practitioners (ci-après « STEP ») a invité l'ARC à répondre à certaines questions dans le cadre d'une table ronde[17].

Une des questions portait sur une fiducie testamentaire étrangère dont un des bénéficiaires pourrait ultimement être un résident canadien. La situation présentée était la suivante. Une contribuable résidente du Canada a deux enfants majeurs. Un des enfants qui a fréquenté une université américaine a décidé de demeurer aux États-Unis après ses études et d'y vivre en permanence. Cet enfant est marié à un citoyen américain. L'autre enfant a l'intention de demeurer au Canada. La mère canadienne, qui est veuve, désire laisser sa succession en parts égales à ses deux enfants. De façon à réduire l'assujettissement aux droits successoraux américains de son enfant qui vit aux États-Unis, la mère désire prévoir dans son testament une fiducie testamentaire américaine ayant des fiduciaires américains et y transférer 50 % de sa succession. Les bénéficiaires de cette fiducie seront sa fille qui habite aux États-Unis et les enfants de sa fille. L'autre 50 % de la succession serait transféré directement à son enfant résidant au Canada. La fille américaine serait un des trois fiduciaires de la fiducie. Les fiduciaires auraient le pouvoir de verser le revenu de la fiducie à la fille américaine et à ses enfants et ils auraient le pouvoir d'empiéter sur le capital pour des besoins de santé, de soutien ou d'éducation de ses enfants. Toutefois, si la fille américaine devait décéder sans enfants, ou si ses enfants devaient décéder avant elle, le résidu de la fiducie serait alors versé à sa sœur canadienne et ultimement à ses propres enfants.

Les questions étaient alors de savoir :

- si la fiducie américaine pouvait être réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R. proposé; et

- si la sœur canadienne pouvait être considérée comme ayant un intérêt dans une fiducie non résidente.

---

[17] « Practitioner/CRA Round Table », dans *2007 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 8 juin 2007, question 10.

L'ARC a répondu que dans un tel cas, tant que la fiducie étrangère compterait des bénéficiaires américains, ni les règles sur les fiducies étrangères ni celles portant sur les entités de placement étrangères ne trouveraient application. Dans un tel cas, puisque la fille canadienne est un bénéficiaire remplaçant tel que cette expression est définie au paragraphe 94(1) L.I.R. proposé, et dans la mesure où sa sœur américaine et ses enfants sont vivants, la fiducie ne serait pas réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R. proposé, à la suite du décès de la mère.

Une fiducie sera réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R. proposé si elle a soit un contribuant résidant, soit un bénéficiaire résidant. Un contribuant résidant, en ce qui concerne une fiducie, est une entité (incluant une personne physique) qui, à ce moment, est à la fois résident du Canada et contribuant de la fiducie. Cette définition ne comprend pas :

- le particulier qui, à ce moment, n'avait pas résidé au Canada pendant une ou des périodes totalisant plus de 60 mois.

Un contribuant, en ce qui concerne une fiducie, à un moment donné, est une entité (y compris celle qui a cessé d'exister) qui a fait un apport à la fiducie au plus tard à ce moment.

Il est important de noter que si un contribuant décède ou cesse d'exister, il continue d'être un contribuant par rapport à la fiducie. Bien qu'une entité puisse continuer à être un contribuant même après son décès, elle ne sera plus un contribuant résidant.

Un bénéficiaire résidant est une entité qui, à ce moment, est bénéficiaire de la fiducie (**à l'exception d'un bénéficiaire remplaçant**) si à ce moment :

a) d'une part, l'entité réside au Canada;

b) d'autre part, la fiducie compte un contribuant rattaché.

Un contribuant rattaché, en ce qui concerne une fiducie, est une entité qui est un contribuant de la fiducie.

Cette définition ne comprend pas :

- le particulier qui, à ce moment, n'avait pas résidé au Canada pendant une ou des périodes totalisant plus de 60 mois;

- l'entité dont l'ensemble des apports à la fiducie a été fait à un moment de non-résidence.

Finalement, un bénéficiaire remplaçant est une entité qui est bénéficiaire de la fiducie du seul fait qu'elle a le droit de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie si, en vertu de ce droit, elle ne peut ainsi recevoir ce revenu ou ce capital qu'au décès ou après le décès, survenu après ce moment, d'un particulier qui, à ce moment, est vivant et, selon le cas :

a) est un contribuant de la fiducie;

b) est lié à un tel contribuant;

c) aurait été lié à un tel contribuant si chaque particulier qui était vivant avant ce moment l'était à ce moment.

Dans le cas à l'étude, la fille américaine et ses enfants sont liés à la mère canadienne, qui est le seul contribuant de la fiducie ou le serait si elle était toujours vivante.

Si la fiducie est établie au moment du décès de la mère canadienne, la mère sera un contribuant rattaché, mais elle ne sera pas un contribuant résidant.

Bien qu'une des filles soit résidente du Canada et soit bénéficiaire de la fiducie, elle est un bénéficiaire remplaçant et n'est donc pas un bénéficiaire résidant, tels que ces deux termes sont définis selon le paragraphe 94(1) L.I.R. proposé. Pour être un bénéficiaire remplaçant, la personne doit être un bénéficiaire seulement grâce à un droit qu'a ce bénéficiaire au revenu ou au capital de la fiducie au moment ou à la suite du décès d'une personne qui était soit un contribuant de la fiducie ou qui était liée à un tel contribuant.

Ainsi, dans la situation à l'étude, la fiducie n'aurait ni un contribuant résidant ni un bénéficiaire résidant durant la période suivant le décès de la mère et avant le décès des bénéficiaires américains. La fille canadienne continuera d'être un bénéficiaire remplaçant jusqu'au moment du décès de tous les bénéficiaires américains. À la suite de ces décès, elle deviendra bénéficiaire du revenu et du capital de la fiducie. Elle deviendra alors un bénéficiaire résidant de la fiducie et la fiducie sera alors réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R. proposé.

Cette position est intéressante. Certains auteurs s'étaient d'ailleurs posé la question notamment en 2006. Ils en étaient venus à la conclusion que les

règles sur les fiducies étrangères pourraient peut-être être invoquées dans la situation ci-dessus. Ils mentionnaient que les règles sur les fiducies étrangères s'appliquent dans la mesure où la fiducie compte un bénéficiaire résidant ou un contribuant résidant. Ces auteurs mentionnaient que bien que la personne décédée ne soit pas un contribuant résidant par rapport à la fiducie américaine puisque cette personne ne serait pas vivante au moment de la création de la fiducie, on pourrait prétendre que la succession canadienne est un contribuant résidant par rapport à la fiducie américaine tant et aussi longtemps que la succession existe et demeure résidente du Canada.

L'ARC n'a pas soulevé ce point lors de la table ronde de STEP.

Dans un deuxième temps, les auteurs se tournent vers l'alinéa 94(2)n) L.I.R. qui indique que l'apport qu'une fiducie donnée fait à une autre fiducie à un moment donné est réputé avoir été fait à ce moment conjointement par la fiducie donnée et par chaque entité qui, à ce moment, est un contribuant de la fiducie donnée. Cet alinéa permet donc de conclure que le défunt est réputé avoir fait une contribution de biens à sa succession et est donc réputé avoir fait une contribution à la fiducie américaine. En conséquence, le défunt est un contribuant rattaché de la fiducie américaine s'il a été résident du Canada pour plus de 60 mois avant son décès. Si la fiducie américaine a un bénéficiaire qui réside au Canada (autre qu'un bénéficiaire remplaçant), le Canadien sera un bénéficiaire résidant compte tenu du fait que le défunt est un contribuant rattaché de la fiducie américaine[18].

Cette analyse rejoint dans une certaine mesure la conclusion de l'ARC mais en incluant l'alinéa 94(2)n) L.I.R.

Le paragraphe 94(1) L.I.R. proposé indique qu'il est entendu que les successions sont comprises parmi les fiducies.

4. *DYNASTY TRUST*

Tel qu'il a été discuté ci-dessus, dans la mesure où le seuil à partir duquel les droits successoraux s'appliquent est augmenté à 5 M$ US, il y aura certaines situations où une planification successorale Canada/États-Unis sophistiquée ne sera plus nécessaire. Une analyse coût-bénéfice sera de plus

---

[18] Pour plus de détails à ce sujet, voir Mary Anne BUESCHKENS et Kay LEUNG, « Canadian and Multijurisdictional Estate Planning », dans *2006 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 13:1-45.

en plus essentielle. Malgré ce fait, et compte tenu de l'incertitude qui persiste quant à l'avenir des droits successoraux, certaines idées de planification méritent notre attention. Une de ces idées est la fiducie appelée *dynasty trust multigeneration trust* ou *perpetual trust*. Ce type de fiducie est généralement proposé aux clients qui recherchent une façon de réduire les droits successoraux américains, qui recherchent la protection de l'actif ou qui cherchent à contrôler l'utilisation des biens qu'ils transmettront à leurs enfants. Les citoyens américains doivent prendre en considération la *Generation Skipping Transfer Tax* (ci-après « GSTT ») ou l'impôt sur les transferts intergénérationnels lorsqu'ils font leur planification successorale. Cet impôt s'ajoute aux droits successoraux et à l'impôt sur les dons. Il s'applique lorsqu'une personne fait un transfert en faveur d'une personne de deux générations plus jeunes ou plus[19]. Ainsi, dans la mesure où des biens sont transférés par exemple d'un grand-père à ses petits-enfants, comme il y a alors un saut de génération, la GSTT trouve application. La GSTT s'applique également à certains transferts en fiducie. Cet impôt vise à assurer le paiement de droits successoraux à chaque génération. Une exemption de 2 M$ US est toutefois disponible[20]. En fonction des changements proposés aux droits successoraux américains et à l'impôt sur les dons, on peut penser que l'exemption de la GSTT sera augmentée à un montant égal à l'exemption applicable en matière de droits successoraux. La disposition 2631(c) I.R.C. fait d'ailleurs référence au montant d'exemption retrouvé à la disposition 2010(c) I.R.C. qui est amendée en vertu du H.R. 3475.

Les résidents canadiens sont assujettis à la GSTT seulement s'ils donnent des biens qui sont autrement couverts par l'impôt sur les dons américains en cas de donations ou par les droits successoraux américains en cas de décès[21]. Ils ont également droit à une exemption[22]. Ainsi, dans la mesure où un résident canadien crée une *dynasty trust* pour un enfant domicilié aux États-Unis, la question de la GSTT pourra être évitée dans la mesure où les biens qui la constituent ne sont pas des biens à *situs* américain.

Afin de s'assurer que les biens transférés dans une telle fiducie ne seront pas assujettis aux droits successoraux américains pour le bénéficiaire, certaines conditions doivent être satisfaites. La rédaction de l'acte de fiducie

---

19 I.R.C. § 2613(a).

20 I.R.C. § 2631(c).

21 Treas. Reg. 26.2663-2(b); INTERNAL REVENUE SERVICE, *Private Letter Ruling*, 2003-40015.

22 Treas. Reg. 26.2663-2(a).

doit donc être confiée à un expert dans le domaine. En effet, si le bénéficiaire a trop de pouvoirs sur les biens détenus en fiducie et sur les décisions pouvant être prises dans la fiducie, des droits successoraux pourront s'appliquer.

Le choix de l'État dans lequel la fiducie sera établie est important. Certains États n'ont pas de règle en termes de durée de vie d'une fiducie. Dans la plupart des États américains, une fiducie peut demeurer en existence jusqu'au décès du dernier bénéficiaire d'un groupe de personnes prédéterminées vivantes au moment de la constitution de la fiducie plus 21 ans (*rule against perpetuities*).

Certains États n'ont pas de règle en cette matière. Ainsi, la fiducie peut continuer d'exister pratiquement indéfiniment. Afin de préserver les actifs de la fiducie, il est également recommandé de créer la fiducie dans un État qui ne prévoit pas un impôt sur le revenu ou de faire en sorte que les actifs de la fiducie soient investis de manière à réduire les impôts payables.

Une fois les biens transférés dans la *dynasty trust*, ces biens et toute augmentation de valeur ne seront pas assujettis aux droits successoraux américains si l'acte de fiducie est bien rédigé.

Un parent canadien pourrait donc opter pour une fiducie testamentaire canadienne dans son testament au bénéfice d'un enfant résident du Canada et pour une fiducie américaine du type *dynasty trust* pour son enfant domicilié aux États-Unis.

En règle générale, la *dynasty trust* prévoira :

- que l'enfant américain sera un des trois fiduciaires;
- que la majorité des fiduciaires seront citoyens américains;
- un pouvoir de payer le revenu de la fiducie aux enfants et petits-enfants du constituant;
- un pouvoir d'empiéter sur le capital de la fiducie pour la santé, le bien-être, le soutien et l'éducation des enfants et petits-enfants (*ascertainable standards* discutés ci-dessous);
- un pouvoir de payer du capital aux bénéficiaires pour des motifs autres que la santé, le bien-être, le soutien et l'éducation, mais si un des enfants

bénéficiaires est également un fiduciaire, il ne peut participer à cette décision[23];

- si les enfants et petits-enfants américains sont tous décédés, le résidu est payable à un enfant ou à des petits-enfants canadiens du constituant.

La clé de cette stratégie est de limiter les droits et le contrôle des bénéficiaires sur les biens de la fiducie afin d'éviter une inclusion des biens dans la succession imposable du bénéficiaire. Un bénéficiaire peut néanmoins être nommé fiduciaire, avoir un droit au revenu et un droit au capital dans la mesure où ce droit est limité par un critère clairement mesurable (*ascertainable standard*)[24], c'est-à-dire un motif relié à la santé, l'éducation ou les nécessités de la vie (*health, education, support, or maintenance*). Les nécessités de la vie comprennent le logement, la nourriture et l'habillement. Ces critères sont évalués en fonction du niveau de vie du bénéficiaire. Des termes que nous pouvons retrouver dans l'acte de fiducie et qui seront acceptables comprennent :

- *Support*;
- *Support in reasonable comfort*;
- *Maintenance in health and reasonable comfort*;
- *Support in his accustomed manner of living*;
- *Education, including college and professional education*;
- *Health*;
- *Medical, dental, hospital and nursing expenses and expenses of invalidism*.

Il est également possible de donner au bénéficiaire une faculté d'élire limitée au décès (*non-general power of appointment*) afin que des biens de la fiducie soient remis à toute personne désignée par le bénéficiaire, dans la mesure où cette désignation ne vise pas le bénéficiaire, sa succession, ses créanciers et les créanciers de sa succession[25]. En règle générale, on voudra

---

23 Treas. Reg. 20.2041-1(b)(1).

24 I.R.C. § 2041(b)(1)(A); Treas. Reg. 20.2041-1(c)(2).

25 Treas. Reg. 20.2041-1(c)(1).

nommer un fiduciaire indépendant. Afin d'éviter des problèmes de droits successoraux pour le bénéficiaire, il faut éviter que le pouvoir du fiduciaire de verser du capital pour des motifs autres qu'en fonction de critères clairement mesurables soit attribué à un bénéficiaire. Si tel est le cas, le bénéficiaire sera généralement réputé avoir une faculté générale d'élire (*general power of appointment*). Si tel est le cas, les biens de la fiducie pourront être ajoutés à la succession imposable du bénéficiaire.

La disposition 20-2041-1(b)(1) I.R.C. indique que si en vertu des termes de l'acte de fiducie le fiduciaire peut attribuer le capital de la fiducie pour un motif autre qu'un critère clairement mesurable, au bénéfice de personnes incluant le fiduciaire, et qu'un bénéficiaire a le pouvoir, sans restrictions, de remplacer le fiduciaire et de nommer toute autre personne à sa place incluant lui-même, alors le bénéficiaire a une faculté générale d'élire. Toutefois, si le bénéficiaire peut plutôt remplacer le fiduciaire pour une cause raisonnable, il ne serait pas réputé avoir une faculté générale d'élire. Pour éviter des problèmes fiscaux et de protection de l'actif, il est recommandé de prévoir que si un bénéficiaire peut remplacer un fiduciaire, il ne peut le faire que pour une cause raisonnable.

Les interprétations de l'IRS et les causes de jurisprudence en la matière nous amènent à conclure que la rédaction de la *dynasty trust* doit être faite avec soin et qu'il est plus prudent de respecter la lettre de l'*Internal Revenue Code*.

L'impôt sur le revenu américain doit également être considéré lorsqu'un client songe à mettre une *dynasty trust* en place.

CONCLUSION

La planification transfrontalière est de toute évidence un champ de pratique en constante évolution. La mobilité accrue des gens soulève de nouveaux défis et appelle à de nouvelles solutions. Les changements proposés par le gouvernement américain aux droits successoraux américains et à l'impôt sur les dons n'ont rien pour faciliter la tâche des professionnels conseillant des clients ayant des biens ou des bénéficiaires aux États-Unis. Nous devons donc continuer de parfaire nos connaissances dans ce domaine afin d'offrir les services les plus complets à nos clients.

PLANIFICATION *POST MORTEM* ET SUCCESSORALE
MISE À JOUR



Claudine Puglièse
Avocate, M. Fisc.
Behna, Cormier, Gougeon,
Ouellette s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. BREF SURVOL DES CHANGEMENTS LÉGISLATIFS QUI PEUVENT TOUCHER LA PLANIFICATION SUCCESSORALE 12:3

1.1. TAUX D'IMPOSITION D'UN DIVIDENDE ORDINAIRE 12:3
1.2. L'ALINÉA 53(1)B) DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 12:3
1.3. LE PARAGRAPHE 89(1) L.I.R. 12:4
1.4. LE PARAGRAPHE 40(3.5) « BIEN IDENTIQUE » L.I.R. 12:4

2. EXPOSÉ DES TROIS TECHNIQUES QUI PERMETTENT D'ÉVITER LA DOUBLE IMPOSITION DANS UNE PLANIFICATION *POST MORTEM* 12:5

2.1. TECHNIQUE DU PIPELINE 12:5
2.2. TECHNIQUE DE LA MAJORATION DU COÛT PAR SUITE D'UNE LIQUIDATION 12:8
2.3. L'UTILISATION DU PARAGRAPHE 164(6) L.I.R. 12:12

2.3.1. Limitation de la perte du paragraphe 40(3.6) L.I.R. 12:14
2.3.2. Limitation du paragraphe 112(3.2) L.I.R. 12:14

3. APPLICATION DU PARAGRAPHE 164(6) L.I.R. 12:18

3.1. DANS UN CONTEXTE DE DÉTENTION D'ASSURANCE VIE 12:18
3.1.1. Dividende imposable et impôt en main remboursable au titre de dividendes 12:18
3.1.2. Dividende non imposable provenant du compte de dividendes en capital 12:19
3.1.3. Règle du 50 % du dividende imposable et du dividende non imposable 12:20
3.2. DÉVOLUTION AU CONJOINT 12:22
3.3. DANS UN CONTEXTE SANS DÉTENTION D'ASSURANCE VIE 12:22
3.3.1. Rachat des actions du vivant de l'actionnaire 12:23
3.3.2. Application du paragraphe 164(6) L.I.R. 12:23
3.3.3. Technique du pipeline 12:24

4. PROBLÈME TECHNIQUE LORS DU RACHAT DES ACTIONS AVEC LE PRODUIT D'ASSURANCE VIE 12:25

5. PROBLÈME TECHNIQUE LORS DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE DU 50 % 12:26

CONCLUSION 12:27

1. BREF SURVOL DES CHANGEMENTS LÉGISLATIFS QUI PEUVENT TOUCHER LA PLANIFICATION SUCCESSORALE[*]

1.1. TAUX D'IMPOSITION D'UN DIVIDENDE ORDINAIRE

Le 29 juin 2006, le gouvernement fédéral a publié un projet de loi visant à augmenter le taux de majoration des dividendes et le taux de crédit d'impôt pour les dividendes déterminés alors que ces taux demeurent toutefois inchangés pour les dividendes ordinaires. Le Québec a harmonisé sa législation dans le même sens à l'exception du crédit pour dividende qui a été diminué pour les dividendes ordinaires.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent à l'égard des dividendes payés après 2005 pour le fédéral et après le 23 mars 2006 pour le Québec. Au fédéral et au Québec, la majoration du dividende déterminé est de 45 % du montant du dividende et celle du dividende ordinaire est de 25 % du montant du dividende. Au fédéral, dans le cas d'un dividende déterminé, le crédit d'impôt pour dividende est de 19 % du dividende majoré et de 13,33 % dans le cas d'un dividende ordinaire. Au Québec, le crédit pour dividende est de 11,9 % du dividende majoré dans le cas d'un dividende déterminé et de 8 % du dividende majoré dans le cas d'un dividende ordinaire.

En résumé, le taux d'imposition combiné maximum d'un dividende était antérieurement à ces changements de 32,82 %. Il est présentement de 29,65 % dans le cas d'un dividende déterminé et de 36,4 % dans le cas d'un dividende ordinaire.

1.2. L'ALINÉA 53(1)B) DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*

L'Avis de motion de voies et moyens du 9 novembre 2006[1] a apporté une modification à l'alinéa 53(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2]. Cet alinéa prévoit que le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») d'une action est augmenté du dividende réputé provenant de l'augmentation du capital versé

---

[*] L'auteure exerce dorénavant sa profession chez Petrie Raymond, CA – S.E.N.C.R.L.

1 CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens en vue du dépôt d'une loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, 9 novembre 2006.

2 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

d'une catégorie d'action. Le PBR ainsi augmenté va permettre que le gain en capital imposable soit réduit d'autant lors d'une disposition subséquente.

La modification vient réduire l'augmentation du PBR du montant du dividende qui est déductible du revenu net selon le paragraphe 112(1) L.I.R. et qui provient directement ou indirectement de la conversion du surplus d'apport en capital versé.

Cette modification empêche la conversion d'un surplus d'apport en capital versé dans le but de diminuer le gain en capital lors de la disposition des actions. Le surplus d'apport représente un gain économique non imposé.

1.3. LE PARAGRAPHE 89(1) L.I.R.

La définition du concept de « compte de dividendes en capital » (ci-après « CDC ») est modifiée en relation avec le changement à l'alinéa 53(1)b) L.I.R. La partie non imposable du gain en capital sera plus élevée vu que le gain en capital en soi est plus élevé du fait que le PBR n'est plus augmenté comme il pouvait l'être avant la modification. Cette portion non imposable du gain en capital réalisé fait partie du concept du CDC instauré par le législateur afin que la société puisse le transférer libre d'impôt aux actionnaires.

Pour ce faire, la société verse un dividende en capital, par définition non imposable pour l'actionnaire qui le reçoit.

Cependant, lorsque la partie non imposable du gain en capital comprend la conversion du surplus d'apport en capital versé, elle ne peut être incluse dans le calcul du compte cumulatif du dividende en capital et par le fait même, ne peut bénéficier du traitement comme dividende en capital non imposable.

1.4. LE PARAGRAPHE 40(3.5) « BIEN IDENTIQUE » L.I.R.

Les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. prévoient que les pertes apparentes sur les biens autres qu'un bien amortissable, comme les actions, sont qualifiées d'apparentes donc non déductibles. Leur déduction est reportée au moment de la disposition réelle des actions ou d'un bien identique à une personne autre que le cédant ou à une personne autre qu'une personne affiliée au cédant. Le paragraphe 40(3.5) L.I.R. définit les conditions dans lesquelles une action est un « bien identique ». Il s'agit des actions qui sont reçues dans le cadre de l'application des articles 51, 85.1, 86 ou 87 L.I.R. Le paragraphe 40(3.5) L.I.R. est modifié de façon à considérer

les actions reçues lors d'un échange d'actions prévu à l'article 85.1 L.I.R. comme un bien identique seulement dans le cas où une perte est suspendue au moment où s'effectue l'échange. La perte découlant d'un échange d'actions prévu à l'article 85.1 L.I.R. pourra être déduite dans la mesure où aucun événement antérieur n'avait pour effet de reporter la perte sur l'action échangée.

2. EXPOSÉ DES TROIS TECHNIQUES QUI PERMETTENT D'ÉVITER LA DOUBLE IMPOSITION DANS UNE PLANIFICATION *POST MORTEM*

Lors du décès d'un actionnaire d'une société de gestion, ce dernier est présumé disposer à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») immédiatement avant son décès des actions de cette société. Il y a donc imposition de la plus-value des actifs de la société qui se reflète dans la valeur des actions.

La succession ou les bénéficiaires de la succession qui désirent verser des dividendes ou liquider la société de gestion verront imposer de nouveau la plus-value des actifs de la société au moment où ces actifs seront distribués dans leurs mains. Il en résulte une double imposition de cette plus-value.

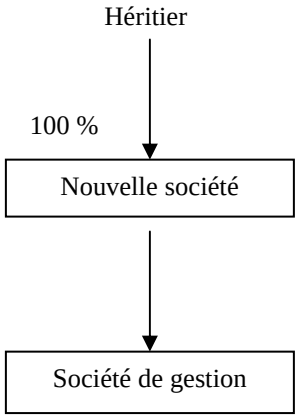
Il faut ainsi faire appel à différentes planifications dans le but d'éviter cette double imposition. Nous exposerons donc celles-ci.

2.1. TECHNIQUE DU PIPELINE

La technique du pipeline nous permet d'éviter la double imposition en procédant à la vente des actions par l'héritier à une nouvelle société. Puisque toute transaction entre personnes liées s'effectue à la JVM, la nouvelle société donnera un billet égal à la juste valeur des actions à l'héritier à titre de contrepartie. Il n'en découlera aucun impact fiscal.

Le gain en capital est nul puisque l'héritier vend les actions pour la même valeur qu'il les a acquises du défunt. Par la suite ce n'est plus l'héritier qui se trouve actionnaire de la société de gestion, c'est la nouvelle société qui devient actionnaire à 100 % de la société de gestion. La société de gestion paiera un dividende à la nouvelle société avec ses liquidités ou avec le produit des actifs dont la société de gestion a disposé. Le dividende intercorporatif n'entraîne aucun impôt pour la nouvelle société. La nouvelle société utilisera le dividende pour payer le billet dû à l'héritier.

Ce dernier pourra sortir l'argent de la société de gestion sans que celle-ci soit imposée une deuxième fois. Il va de soi que la disposition des actifs de la société de gestion entraînera un impôt sur le gain en capital payable par la société de gestion. Voici l'organigramme qui suit pour mieux visualiser la situation dans laquelle cette technique évolue, nous reprendrons plus loin ce même organigramme pour donner un exemple plus complexe qui permettra de vous familiariser avec cette technique du pipeline.



Voici un exemple qui vaut mille mots.

M. Sanssouci est décédé et sa succession comprend 1 000 actions d'une société de gestion évaluées à 800 000 $. La valeur au livre des actifs de la société de gestion est de 500 000 $. Le coût des 1 000 actions de M. Sanssouci est de 1 000 $.

Le décès de M. Sanssouci entraîne l'imposition d'un gain en capital sur les 1 000 actions de la société de gestion. Le calcul du gain en capital est celui-ci :

Produit de disposition présumée au décès	800 000 $
Moins	
PBR	1 000 $
Gain en capital	799 000 $
Gain en capital imposable	399 500 $

Dans la déclaration d'impôt de l'année du décès, nous estimons les impôts au taux combiné maximum de 48,2 % de 399 500 $ ce qui entraîne un impôt à payer de 192 559 $ pour le défunt. Ensuite la succession de M. Sanssouci acquiert les 1 000 actions à un PBR de 800 000 $.

Si la succession décide de liquider la société, il en découlera un dividende de 799 000 $ qui sera imposé au taux combiné maximum de 36,4 % et des impôts au montant de 290 836 $ seront payables. Il y aura double imposition du montant de 799 000 $. Une fois à titre de gain en capital au décès et une autre fois à titre de dividende au moment de la liquidation de la société.

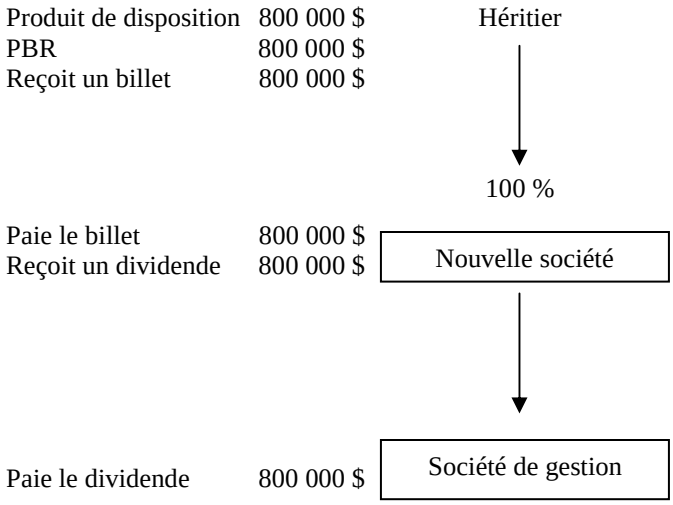
IMPACT FISCAL

	M. SANSSOUCI		
Gain en capital imposable Impôt : **192 559 $**		Produit de disposition Moins : PBR Gain en capital Taux d'inclusion Gain en capital imposable	800 000 $ 1 000 $ 799 000 $ 50 % 399 500 $
	HÉRITIERS		
Dividende réputé Impôt : **290 826 $**		Argent reçu Moins : moindre Capital versé Dividende réputé	800 000 $ 1 000 $ 799 000 $
483 385 $	Impact fiscal total		

La solution pour remédier à ceci est la planification appelée « technique du pipeline », comme nous l'avons vue précédemment. La succession incorporera une autre société et disposera des 1 000 actions à une valeur de 800 000 $ à la nouvelle société. Celle-ci émettra un billet de 800 000 $ à la succession. Cette disposition par la succession n'entraînera aucun gain en capital puisque le PBR des actions de la succession est de 800 000 $.

La société de gestion versera un dividende de 800 000 $ à la nouvelle société. Aucun impôt n'est payable par la nouvelle société parce qu'il s'agit d'un dividende intercorporatif. La nouvelle société paiera le billet à la succession avec le dividende reçu de 800 000 $. La succession recevra la somme de 800 000 $ libre d'impôt. Nous avons donc évité la double imposition.

Voici un autre exemple qui vaut mille mots.



Économie fiscale pour les héritiers de 290 826 $

2.2. TECHNIQUE DE LA MAJORATION DU COÛT PAR SUITE D'UNE LIQUIDATION

Il est possible d'éviter la double imposition et en plus de minimiser les impôts payables sur la plus-value de certains biens de la société de gestion. Si nous prenons l'exemple suivant.

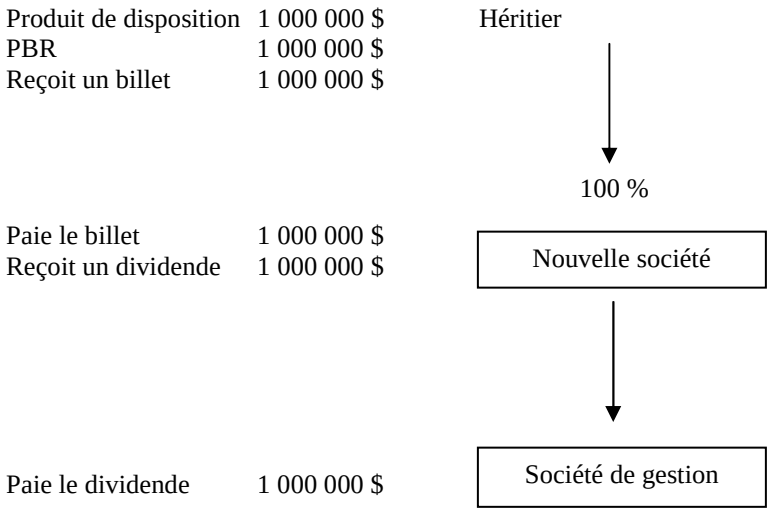
La société de gestion de M. Sanssouci possède les biens suivants :

Actifs de la société	JVM	PBR	Fraction non amortie du coût en capital
Placements	500 000 $	300 000 $	
Terrain	200 000 $	100 000 $	
Bâtisse	300 000 $	150 000 $	150 000 $
Total	1 000 000 $	550 000 $	150 000 $

Au décès de M. Sanssouci, les actions valent 1 M$. Si l'on tient pour acquis que le PBR et le capital versé des actions sont de 10 000 $, M. Sanssouci devra déclarer un gain en capital de 990 000 $ sur les actions de sa société. Si les héritiers de M. Sanssouci veulent distribuer les biens de la société, ils devront payer un dividende de liquidation de 990 000 $ (soit 1 M$ moins 10 000 $) et s'imposer sur un dividende du même montant. Ceci entraînera une double imposition.

M. SANSSOUCI			
Gain en capital imposable		Produit de disposition	1 000 000 $
Impôt : **238 590 $**		Moins : PBR	10 000 $
(taux de 48,2 %)		Gain en capital	990 000 $
		Taux d'inclusion	50 %
		Gain en capital imposable	495 000 $
HÉRITIERS			
Dividende réputé		Argent reçu	1 000 000 $
Impôt : **360 360 $**		Moins : moindre	
(taux de 36,4 %)		Capital versé	10 000 $
		Dividende réputé	990 000 $
598 950 $	Impact fiscal total		

Les héritiers devront donc employer la technique du pipeline et incorporer une nouvelle société. Les actions de la société de gestion seront vendues par les héritiers à la nouvelle société. Aucun gain en capital ne résultera de cette transaction parce que le produit de disposition est égal au PBR des actions pour l'héritier, soit 1 M$. Un billet de 1 M$ sera émis par la nouvelle société à l'héritier à titre de contrepartie. Après cette transaction, l'organigramme sera le suivant :



Économie fiscale pour les héritiers de 360 360 $

Dans la technique du pipeline, la société de gestion paie un dividende intercorporatif à la nouvelle société. Dans cette technique-ci, nous procéderons par voie de liquidation de la société de gestion dans la nouvelle société.

Il nous sera alors possible d'utiliser les dispositions du paragraphe 88(2) L.I.R. qui nous permettront de transférer les biens de la société de gestion à la nouvelle société sans impact fiscal.

De plus, l'alinéa 88(1)d) L.I.R. nous permet, à certaines conditions, de majorer le PBR des biens non amortissables d'un montant égal à leur plus-value. Les biens qui peuvent faire l'objet de la majoration sont les biens qui appartenaient à la filiale immédiatement avant la liquidation.

Dans un premier temps, la majoration se calcule globalement et est égale à la différence entre le PBR des actions de la société de gestion (prix externe) et le coût indiqué des biens et l'argent disponible de la société de gestion qui est en sus des dettes de la société de gestion immédiatement avant la liquidation (prix interne).

Dans un deuxième temps, le montant de la majoration que l'on peut appliquer à chaque bien non amortissable de la société ne peut dépasser l'excédent éventuel de la JVM du bien au moment où la société mère a

acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale sur le coût indiqué du bien pour la filiale immédiatement avant la liquidation.

Dans notre exemple, le PBR des actions de la société de gestion est de 1 M$ et le coût indiqué des biens de la société de gestion est de 550 000 $. La différence de 450 000 $ pourra servir à augmenter le PBR des biens en immobilisation autres que des biens amortissables. Toutefois, l'augmentation du PBR ne peut entraîner un PBR supérieur à la JVM du bien.

PBR des actions de la société de gestion	1 000 000 $
Coût indiqué des biens de la société de gestion	550 000 $
Montant de la majoration	450 000 $

Le tableau qui suit nous indique le montant maximum de majoration qui peut être attribué à chacun des biens.

Actifs	JVM	PBR	Majoration disponible (450 000)	PBR majoré sans excéder la JVM du bien
Placements	500 000 $	300 000 $	200 000 $	500 000 $
Terrain	200 000 $	100 000 $	100 000 $	200 000 $
Bâtisse	300 000 $	150 000 $		150 000 $
	1 000 000 $		300 000 $ (Majoration utilisée)	

Si la nouvelle société veut payer le billet aux héritiers, les biens de la société devront être vendus ou distribués aux héritiers. Cette transaction implique l'imposition du gain en capital accumulé sur les biens. La majoration du PBR des biens découlant de la liquidation permet de diminuer le gain en capital accru sur ces biens. Il est donc préférable de procéder par voie de liquidation plutôt que par le versement d'un dividende intercorporatif lorsque la société de gestion possède plusieurs biens non amortissables et que ces biens ont une plus-value accumulée.

Si l'on compare les impôts payables en utilisant la technique du pipeline et la technique de la liquidation, on voit que l'économie résulte des impôts payables par la nouvelle société sur la disposition des actifs. Les deux techniques permettent d'annuler la double imposition. Toutefois, la technique de la liquidation permet d'économiser un montant additionnel de

28 515 $. Ce montant représente l'économie des impôts payables par la société sur la disposition de ses biens afin d'avoir les liquidités nécessaires pour payer le billet tel qu'il est démontré dans les tableaux suivants.

Technique du pipeline :

Impôt au décès		**Impôt de la société de gestion**	
Produit de disposition	1 000 000 $	Gain en capital	450 000 $
PBR	10 000 $	Gain en capital imposable	225 000 $
Gain en capital	990 000 $	Impôt (45,68 % - 26,67 %)	42 772 $
Gain en capital imposable	495 000 $		
Impôt (48,2 %)	238 590 $		
		Impôt de l'héritier	
		Paiement du billet Aucune implication fiscale	

Technique de la liquidation :

Impôt au décès		**Impôt de la nouvelle société**	
Produit de disposition	1 000 000 $	Gain en capital	150 000 $
PBR	10 000 $	Gain en capital imposable	75 000 $
Gain en capital	990 000 $	Impôt (45,68 % - 26,67 %)	14 257 $
Gain en capital imposable	495 000 $		
Impôt (48,2 %)	238 590 $		
		Impôt de l'héritier	
		Paiement du billet Aucune implication fiscale	

2.3. L'UTILISATION DU PARAGRAPHE 164(6) L.I.R.

Il existe une autre technique qui permet d'éviter la double imposition dans le cas d'une succession, c'est l'utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R. Cette disposition permet de reporter une perte en capital subie par la succession dans sa première année d'imposition contre le gain en capital de la personne décédée dans l'année d'imposition du décès. L'impôt dans l'année d'imposition du décès est déclenché par la disposition présumée immédiatement avant le décès des biens en immobilisation du défunt.

La succession acquiert les biens de la personne décédée à leur JVM au moment du décès. Les actions de la société de gestion sont donc disposées

immédiatement avant le décès, à leur JVM par la personne décédée. La succession acquiert donc ces actions à cette valeur. Le PBR des actions de la société de gestion pour la succession correspond à la JVM des actions au moment du décès.

Le rachat des actions par la société de gestion entraîne un dividende présumé égal à l'excédent de la valeur de rachat sur le montant du capital versé des actions. Selon le paragraphe 84(3) L.I.R., le rachat entraîne aussi une disposition des actions par l'actionnaire. Le produit de disposition est réduit du montant du dividende présumé conformément à la définition de « produit de disposition » à l'article 54 L.I.R.

La succession sera donc imposée sur un dividende présumé et la disposition de ces actions entraînera une perte en capital pour la succession.

Un exemple de cette disposition facilitera la compréhension. Nous reprendrons l'exemple de M. Sanssouci :

Impôt au décès de M. Sanssouci	
Produit de disposition	1 000 000 $
PBR	10 000 $
Gain en capital	990 000 $
Gain en capital imposable	495 000 $
Report de la perte en capital de la succession	495 000 $
Revenu imposable	s. o.
Rachat des actions de la société de gestion détenues par la succession	
Valeur de rachat	1 000 000 $
Capital versé (égal au PBR)	10 000 $
Dividende présumé	990 000 $
Valeur de rachat	1 000 000 $
Dividende présumé	990 000 $
Produit de disposition	10 000 $
PBR	1 000 000 $
Perte en capital	990 000 $
Perte en capital admissible	495 000 $

L'application du paragraphe 164(6) L.I.R. a pour effet d'annuler le gain en capital et d'imposer la succession sur un dividende. L'impôt payable sur

un dividende est de 36,4 % dans le cas d'un dividende ordinaire. L'impôt payable sur un dividende est supérieur à celui payable sur un gain en capital.

Toutefois, dans la mesure où la société de gestion possède un CDC, il sera possible de faire le choix que le dividende provienne de son CDC et ne soit pas imposable jusqu'à concurrence du montant de ce compte.

Dans ce cas, cette technique d'éviter la double imposition est très attrayante puisqu'elle supprime aussi l'imposition du dividende.

Nous verrons que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit deux limites à la perte en capital de la succession.

2.3.1. Limitation de la perte du paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. prévoit que la perte en capital découlant de la disposition par un contribuable d'une action en faveur d'une société est nulle si immédiatement après la disposition le contribuable est affilié à la société.

Cette disposition annulait la perte en capital de la succession résultant du rachat des actions de la société puisque la succession était une personne affiliée à la société immédiatement après le rachat si la succession conservait des actions de la société.

Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. est applicable aux dispositions intervenues après le 22 mars 2004. Cette disposition prévoit que les paragraphes 40(3.4) et 40(3.6) L.I.R. ne s'appliquent pas dans le cas d'une succession qui désire se prévaloir du report de perte prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. dans la mesure où le montant de la perte en capital n'excède pas le montant du choix prévu au paragraphe 164(6) L.I.R.

2.3.2. Limitation du paragraphe 112(3.2) L.I.R.

Le paragraphe 112(3.2) L.I.R. réduit le montant de la perte en capital que la succession peut réclamer. En effet, la succession qui subit une perte en capital à cause du rachat d'actions de la société de gestion pourra voir cette perte réduite d'un montant égal au moindre des dividendes en capital ayant fait un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. ou du montant de la perte en capital avant toute réduction diminuée des dividendes imposables reçus sur l'action.

Le montant de la réduction de la perte en capital sera lui-même réduit d'un montant égal à 50 % de la perte en capital de la succession avant toute réduction ou de 50 % du gain en capital de la personne décédée.

Si la société de gestion est bénéficiaire d'un produit d'assurance vie au moment du décès de l'actionnaire, la succession pourra faire le choix que le dividende présumé résultant du rachat des actions provienne du compte de dividende en capital. En effet, le produit d'assurance vie reçu par la société viendra augmenter le CDC de la société de gestion.

Dans ce cas, le paragraphe 112(3.2) L.I.R. viendra réduire le montant de la perte en capital de la succession. Cette réduction de la perte en capital diminuera le montant de la perte en capital que la succession pourra reporter à l'encontre du gain en capital de l'actionnaire décédé tel qu'il est prévu au paragraphe 164(6) L.I.R.

Voici l'illustration de cette règle :

Impôt au décès sur les actions		**Rachat des actions de la succession**	
Produit de disposition	1 000 000 $	Valeur de rachat	1 000 000 $
PBR	10 000 $	Capital versé	10 000 $
Gain en capital	990 000 $	Dividende présumé	990 000 $
Report de perte (par. 164(6) L.I.R.)	990 000 $	Assurance vie reçue	1 000 000 $
		CDC	1 000 000 $
Gain en capital	s. o.		
		Dividende non imposable	990 000 $
		Valeur de rachat	1 000 000 $
		Moins dividende	990 000 $
		Produit de disposition	10 000 $
		Moins PBR	1 000 000 $
		Perte en capital	990 000 $

Impôt au décès		**Limitation du paragraphe 112(3.2) L.I.R.**	
Gain en capital	990 000 $	Montant de réduction	
Report de perte		Dividende en capital	990 000 $
(par. 164(6) L.I.R.)	495 000 $	Moins le moindre de :	
		50 % de la perte en capital	495 000 $
Gain en capital	495 000 $	ou	
		50 % du gain en capital	495 000 $
Gain en capital imposable	247 500 $	Réduction égale à	495 000 $
		Perte en capital	990 000 $
		Moins	
		Réduction	495 000 $
		Perte en capital reportable	495 000 $

Cette limitation des pertes en capital de la succession s'applique pour les dispositions effectuées après le 26 avril 1995. Des règles transitoires appelées règles « grand-père » ont été adoptées.

La première règle prévoit que le paragraphe 112(3.2) L.I.R. ne s'applique pas aux dispositions effectuées en conformité avec une convention écrite conclue avant le 27 avril 1995.

La deuxième règle indique que le paragraphe 112(3.2) L.I.R. ne s'applique pas si les conditions suivantes sont remplies en date du 26 avril 1995 :

- l'action appartenait à un particulier;
- une société était le bénéficiaire d'une police d'assurance vie dont le particulier était la personne assurée;
- il était raisonnable de conclure qu'un des principaux objets de la police d'assurance vie était de financer directement ou directement le rachat et l'acquisition de l'action de la société.

Il est indiqué qu'une action « grandpérisée » par la deuxième règle peut continuer à bénéficier de ces règles si elle est échangée pour une autre action dans le cadre de l'application des articles 51, 85, 86 et 87 L.I.R.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a émis des directives en ce qui concerne l'interprétation des règles « grand-père » dans les *Nouvelles techniques*, n° 12[3]. En ce qui a trait à la première règle, il est fait mention que la convention écrite ne peut être altérée d'aucune façon. Les parties peuvent réviser les termes de la convention dans une deuxième convention. Toutefois, cette deuxième convention ne doit pas annuler les termes de la première convention.

On précise aussi que lorsque les termes de la convention prévoient la disposition à une tierce personne, les règles « grand-père » s'appliquent à cette tierce personne. Toutefois, les règles « grand-père » ne s'appliqueront pas à la disposition ultérieure des actions par cette tierce personne puisque celle-ci n'était pas partie à une entente intervenue avant le 26 avril 1995.

L'exercice des options d'actions prévues dans une convention intervenue avant le 26 avril 1995 pourra bénéficier des règles « grand-père ».

En ce qui a trait à la deuxième règle « grand-père », l'ARC exige que des documents datés d'avant le 26 avril 1995 existent pour prouver que la police d'assurance vie a été acquise dans le but principal de racheter les actions de l'actionnaire assuré. On fait référence à des documents provenant de la compagnie d'assurance, des procès-verbaux de la société et de la correspondance des avocats ou des comptables.

Sur ce point, une décision anticipée a été rendue selon laquelle une convention de rachat d'actions au décès intervenue après le 26 avril 1995 qui mentionne que le but principal de l'acquisition de la police d'assurance vie est le rachat des actions de la personne assurée n'est pas une preuve suffisante de cette intention. Il est donc important qu'il existe des documents signés antérieurement au 26 avril 1995 pour confirmer cette position[4].

Les *Nouvelles techniques* mentionnent que le fait de modifier ou d'annuler la police d'assurance vie existante au 26 avril 1995 ne fait pas

---

[3] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 12, 11 février 1998.

[4] *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 2005-014740117, 6 décembre 2005.

perdre l'application des règles « grand-père ». Une décision anticipée est venue corroborer cette règle[5].

3. APPLICATION DU PARAGRAPHE 164(6) L.I.R.

Nous avons analysé l'application du paragraphe 164(6) L.I.R. et nous avons constaté que son application entraîne l'annulation du gain en capital de l'actionnaire décédé et l'imposition de la succession d'un montant de dividende. Nous effectuerons l'analyse de différentes situations dans lesquelles une société de gestion peut se trouver et nous résumerons les principales conclusions qui se dégagent de cette analyse.

Nous analyserons la situation d'une société de gestion qui possède une police d'assurance vie, de même que celle qui n'en possède pas. Nous verrons aussi quelle est la situation fiscale de l'actionnaire si les actions sont léguées à son conjoint.

3.1. DANS UN CONTEXTE DE DÉTENTION D'ASSURANCE VIE

3.1.1. Dividende imposable et impôt en main remboursable au titre de dividendes

Advenant le décès d'un actionnaire qui détient des actions d'une société de gestion dont la valeur est de 500 000 $. Le PBR et le capital versé sont nuls aux fins de notre exemple. Cette société possède un compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») au montant de 167 000 $. Un produit d'assurance vie est encaissable au décès de l'actionnaire au montant de 500 000 $. Les actions sont « grandpérisées ».

Nous ferons le choix de ne pas utiliser le CDC au moment du rachat des actions dans le but que la société se fasse rembourser l'IMRTD de 167 000 $.

Voici les implications fiscales d'un tel choix :

---

5 *Id*., interprétation technique, 2005-0124311E5, 28 juin 2005.

Impôt au décès de l'actionnaire		**Impôt de la succession**	
Produit de disposition	500 000 $	Valeur de rachat	500 000 $
PBR	s. o.	Capital versé	s. o.
Gain en capital	500 000 $	Dividende présumé	500 000 $
Report de perte		Valeur de rachat	500 000 $
(par. 164(6) L.I.R.)	500 000 $	Moins dividende	500 000 $
		Produit de disposition	0 $
Gain en capital	s. o.	PBR	500 000 $
		Perte en capital	500 000 $
		IMRTD	167 000 $
		Impôt payable sur le **dividende ordinaire** imposable	
		667 000 × 36,4 % =	242 788 $
		Revenu après impôts	
		667 000 - 242 788 =	424 212 $
		Impôt payable sur le **dividende déterminé** imposable	
		667 000 × 29,6 % =	197 766 $
		Revenu après impôts	
		667 000 - 197 766 =	469 234 $

3.1.2. Dividende non imposable provenant du compte de dividendes en capital

Nous reprendrons le même exemple qu'à la section 3.1.1. Toutefois, nous opterons pour faire le choix que le dividende provienne du compte de dividende en capital. Dans cet exemple, les règles « grand-père » ne s'appliquent pas.

Les conséquences fiscales de cette alternative sont les suivantes :

Impôt au décès de l'actionnaire		Impôt de la succession	
Produit de disposition	500 000 $		
PBR	s. o.	Valeur de rachat	500 000 $
Gain en capital	500 000 $	Capital versé	s. o.
		Dividende présumé	500 000 $
Report de perte			
(par. 164(6) L.I.R.)	250 000 $	Dividende provenant du CDC	
Gain en capital	250 000 $		500 000 $
Gain en capital imposable	125 000 $		
Impôt (48,2 %)	60 250 $		
		Valeur de rachat	500 000 $
		Moins dividende	500 000 $
		Produit de disposition	0 $
		PBR	500 000 $
		Perte en capital	500 000 $
		Moins 50 % du moindre de la perte en capital ou du gain en capital	250 000 $
		Perte en capital reportable	250 000 $
		Revenu après impôts 500 000 - 60 250 =	439 750 $

La société de gestion qui possède un compte d'IMRTD devra effectuer les calculs avant de faire le choix de privilégier de recevoir son IMRTD plutôt que de faire le choix que le dividende provienne de son compte de dividende en capital.

Si la société de gestion jouit d'un compte de revenu à taux général, l'imposition du dividende à un taux de 29,6 % entraîne une réduction d'impôt qui peut faire la différence dans cette prise de décision.

3.1.3. Règle du 50 % du dividende imposable et du dividende non imposable

Nous reprenons le même exemple que dans la section 3.1.1. Toutefois, les actions ne sont pas « grandpérisées ». La succession effectuera le choix de verser uniquement 50 % du dividende du CDC et le solde, soit 50 %, sera un dividende imposable qui donnera droit à un IMRTD.

Impôt au décès de l'actionnaire		**Impôt de la succession**	
Produit de disposition	500 000 $	Valeur de rachat	500 000 $
PBR	s. o.	Capital versé	s. o.
Gain en capital	500 000 $	Dividende présumé	500 000 $
Report de perte		Dividende provenant du CDC	
(par 164(6) L.I.R.)	500 000 $		250 000 $
Gain en capital	s. o.	Valeur de rachat	500 000 $
		Moins dividende	500 000 $
		Produit de disposition	0 $
		PBR	500 000 $
		Perte en capital	500 000 $
		Réduction de la perte en capital	
		Perte en capital	500 000 $
		Moins	
		Dividende en capital	250 000 $
		Moins 50 % du moindre de la perte en capital ou du gain en capital	250 000 $
		Montant de la réduction	s. o.
		Perte en capital reportable	500 000 $
		Remboursement d'impôt au titre de dividendes	83 333 $
		Dividende **ordinaire** imposable	333 333 $
		Impôt (36,4 %)	121 333 $
		Revenu après impôts 583 000 - 121 333 =	462 000 $
		Dividende **déterminé** imposable 333 333 $	
		Impôt (29,6 %)	98 667 $
		Revenu après impôts 583 000 - 98 667 =	484 333 $

On constate que le choix d'utiliser 50 % du CDC nous permet d'éviter que la perte en capital reportable à l'encontre du gain en capital du défunt ne soit réduite. Il découle de cet exercice que le gain en capital du défunt est annulé, l'IMRTD est disponible à 50 %. Bien que le dividende soit imposé à un taux supérieur au gain en capital, le choix de payer une partie du dividende imposable nous permet de recevoir une partie du remboursement d'impôt au titre de dividendes. La succession encaisse plus de liquidités.

3.2. DÉVOLUTION AU CONJOINT

Nous examinerons la situation d'une personne décédée qui possède des actions d'une société de gestion à son décès. Le testament prévoit que les actions de la société seront léguées à son conjoint. La société de gestion possède une police d'assurance vie payable au décès de l'actionnaire.

Le décès de l'actionnaire n'entraînera pas de conséquence fiscale puisqu'il y aura roulement au conjoint. Le conjoint acquiert les actions au PBR de l'actionnaire décédé.

Si la société rachète les actions détenues par le conjoint, le rachat entraînera un dividende présumé égal à la valeur du rachat si nous assumons que le capital versé des actions est nul. La société fera le choix que le dividende provienne du compte de dividende en capital. Nous assumons que le produit d'assurance vie est égal à la valeur de rachat des actions. Le dividende présumé ne sera pas imposable pour le conjoint.

Le produit de disposition résultant du rachat des actions sera égal à la valeur de rachat moins le montant du dividende. Il sera donc nul. Le PBR des actions du conjoint est celui de l'actionnaire décédé, nous assumons qu'il est nul aussi. Il n'y a donc aucun gain ou perte en capital qui ressort de cette transaction.

En résumé, si les actions sont léguées au conjoint et que la société possède une police d'assurance vie dont le produit est égal à la valeur de rachat des actions, le rachat des actions par la société de gestion n'entraîne aucune conséquence fiscale.

3.3. DANS UN CONTEXTE SANS DÉTENTION D'ASSURANCE VIE

Nous avons analysé diverses situations dans un contexte où la société de gestion est bénéficiaire d'une police d'assurance vie au décès de l'actionnaire. Nous porterons notre attention sur des situations où la société de gestion ne possède pas une police d'assurance vie.

3.3.1. Rachat des actions du vivant de l'actionnaire

L'actionnaire d'une société de gestion dont les actifs sont suffisants pour ne pas utiliser les actifs de sa société de gestion pourrait penser à liquider graduellement la société de gestion et à effectuer des dons de son vivant à ses enfants ou aux personnes qu'il veut avantager.

Cette alternative permettra de recouvrer l'IMRTD. L'impôt payable sur le dividende présumé sera probablement imposé au taux d'impôt marginal maximum.

Les conséquences fiscales d'un tel choix sont les suivantes :

Impôt du vivant de l'actionnaire		
Dividende ordinaire imposable		500 000 $
Impôt (36,4 %)		182 000 $
IMRTD		167 000 $
Dividende ordinaire imposable		167 000 $
Impôt (36,4 %)		60 788 $
Revenu après impôts	667 000 $ - 242 788 $ =	424 212 $
Dividende admissible imposable		500 000 $
Impôt (29,6 %)		148 000 $
IMRTD		167 000 $
Dividende admissible imposable		167 000 $
Impôt (29,6 %)		49 432 $
Revenu après impôts	667 000 $ - 197 432 $ =	469 568 $

3.3.2. Application du paragraphe 164(6) L.I.R.

Si la société ne détient pas une police d'assurance vie, il sera possible d'utiliser le report de perte prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. dans le but d'annuler le gain en capital découlant de la disposition présumée au décès. Dans ce cas, la succession sera imposée sur un dividende imposable. De ce fait, la société de gestion pourra recouvrer son IMRTD. La société de gestion sera donc en mesure de verser un dividende supplémentaire.

Voici le résultat d'effectuer la transaction de cette façon :

Impôt au décès de l'actionnaire		Impôt de la succession	
Produit de disposition	500 000 $	Valeur de rachat	500 000 $
PBR	s. o.	Capital versé	s. o.
Gain en capital	500 000 $	Dividende présumé	500 000 $
Report de perte		Valeur de rachat	500 000 $
(par. 164(6) L.I.R.)	500 000 $	Moins dividende	500 000 $
		Produit de disposition	0 $
Gain en capital	s. o.	PBR	500 000 $
		Perte en capital	500 000 $
		IMRTD	167 000 $
		Impôt payable sur le **dividende ordinaire** imposable	
		667 000 × 36,4 % =	242 788 $
		Revenu après impôts	
		667 000 - 242 788 =	424 212 $
		Impôt payable sur le **dividende déterminé** imposable	
		667 000 × 29,6 % =	197 766 $
		Revenu après impôts	
		667 000 - 197 766 =	469 234 $

3.3.3. Technique du pipeline

Si la société de gestion ne détient pas d'assurance vie, il est aussi possible d'utiliser la technique du pipeline pour éviter la double imposition de la plus-value des actifs de cette société.

Nous vous référons à la section 2.1. du texte qui explique cette technique.

Cette technique a pour effet fiscal d'imposer la plus-value des actifs au décès de la personne sous forme de gain en capital découlant de la disposition présumée des actions de la société de gestion au décès. L'utilisation de la technique du pipeline permet d'extraire les actifs de la succession afin que celle-ci ne soit pas imposée une deuxième fois sur la valeur de ces actifs.

Le fait de ne pas détenir de police d'assurance vie n'entraîne pas nécessairement l'imposition sous forme de dividende. Toutefois, dans un contexte de société de gestion qui possède un compte d'IMRTD, le choix de cette technique donne des résultats financiers moins intéressants. En effet, l'IMRTD ne pourra être versé à la succession puisque aucun dividende ne lui est payé.

Voici les résultats de l'utilisation de cette technique :

Impôt au décès de l'actionnaire		**Impôt de la succession**	
Produit de disposition	500 000 $	Produit de disposition	500 000 $
PBR	s. o.	PBR	500 000 $
Gain en capital	500 000 $	Gain en capital	s. o.
Gain en capital imposable	250 000 $		
Impôt (48,2 %)	120 500 $	Impôt (48,2 %)	s. o.
		Revenu après impôts 500 000 - 120500 =	379 500 $

4. PROBLÈME TECHNIQUE LORS DU RACHAT DES ACTIONS AVEC LE PRODUIT D'ASSURANCE VIE

Dans ce texte, nous avons discuté à plusieurs reprises du rachat des actions détenues par la succession. À l'aide d'un exemple, nous verrons la difficulté que ceci peut occasionner dans certains cas.

Nous prendrons l'exemple d'une société de gestion dont les actions ordinaires valent 500 000 $ au décès de l'actionnaire. La société de gestion détient une police d'assurance vie payable au décès de l'actionnaire au montant de 500 000 $.

Nous avons expliqué que le décès de l'actionnaire déclenche la disposition présumée des actions de la société de gestion. Dans notre exemple, l'actionnaire devra inclure dans son revenu un gain en capital imposable de 250 000 $, soit 50 % du gain en capital. Nous assumons que le PBR des actions est nul.

La succession acquiert donc les actions à un PBR de 500 000 $. Entre-temps, la société de gestion encaisse le produit de la police d'assurance vie de 500 000 $. La valeur des actions ordinaires augmente à 1 M$ compte tenu de l'encaissement du produit d'assurance vie.

Par après, la société de gestion procède au rachat des actions de la succession pour 500 000 $. Le rachat des actions entraînait pour la succession une perte en capital égale au gain en capital de l'actionnaire décédé, soit dans notre exemple, de 500 000 $. Cette perte en capital pouvait être reportée contre le gain en capital de l'actionnaire décédé et l'annuler. Toutefois, cette transaction présuppose que le PBR des actions de la succession est de 500 000 $, soit la JVM des actions au décès.

L'augmentation de la JVM des actions ordinaires de la succession par l'encaissement du produit d'assurance vie vient réduire le PBR des actions ordinaires et de ce fait, réduit la perte en capital découlant du rachat des actions ordinaires détenues par la succession.

Il est possible de contrer ce résultat en gelant la valeur des actions ordinaires de la société de gestion à une valeur de 500 000 $ en retardant l'encaissement du produit d'assurance vie à une date postérieure à la date du gel des actions. Le gel devra être effectué par un roulement interne à l'aide de l'article 85 L.I.R. de façon à ce que le PBR des actions de gel soit égal à 500 000 $. Il découlera du rachat des actions de gel une perte en capital de 500 000 $ qui pourra être reportée contre le gain en capital du même montant de l'actionnaire décédé.

Le solde de 500 000 $ pourra être versé à titre de dividende imposable ou à titre de dividende en capital dépendant de la qualification du dividende présumé au rachat des actions.

Cette planification pourra être utilisée uniquement lorsque les actions sont « grandpérisées ». En effet, le paragraphe 112(7) L.I.R. prévoit que lors d'un échange d'actions, les actions échangées sont présumées, aux fins du paragraphe 112(3.2) L.I.R., être les mêmes actions sauf dans le cas d'un échange effectué en vertu de l'article 85 L.I.R. Or, s'il ne s'agit pas des mêmes actions, la planification du versement d'un dividende à 50 % imposable et 50 % non imposable ne pourra pas être effectuée.

Dans la mesure où au moment du décès l'actionnaire possède des actions de gel, il faudra voir si la valeur des actions de gel est suffisante pour utiliser le produit de la police d'assurance vie pour le rachat de ces actions.

5. PROBLÈME TECHNIQUE LORS DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE DU 50 %

Nous avons discuté à la section 3.1.3. de la planification qui consiste au moment du rachat des actions de la succession à considérer 50 % du

dividende présumé comme un dividende imposable et l'autre 50 % comme provenant du compte de dividende en capital.

Le choix du paragraphe 83(2) L.I.R. de considérer le dividende provenant du compte en capital doit être effectué sur le montant total du dividende. Si le compte du dividende en capital excède le montant du dividende, ceci ne cause pas de problème. Dans le cas contraire, il faut procéder à une étape supplémentaire pour éviter cet écueil.

Il est suggéré d'augmenter le capital versé des actions du montant du CDC de façon à dégager un dividende présumé égal au montant du compte de dividende en capital. On fera le choix que ce dividende présumé provienne du compte de dividende en capital.

Par après, on procédera au rachat des actions. Il découlera du rachat des actions un dividende présumé imposable.

De ce fait, nous aurons séparé les dividendes tout en permettant que le dividende provenant du CDC soit effectué sur la totalité du dividende.

CONCLUSION

De cette analyse, on peut en conclure les propositions suivantes.

Dans le cas où les actions ne sont pas « grandpérisées » et où l'actionnaire décédé détient des actions de gel et que la société de gestion est titulaire d'une police d'assurance vie, il est possible d'utiliser la planification d'un dividende à 50 % imposable et à 50 % non imposable.

Dans la situation où l'actionnaire décédé ne possède pas d'actions de gel, les actions ne sont pas « grandpérisées » et dans le cas où la société de gestion détient une police d'assurance vie, la perte en capital découlant du rachat des actions sera réduite compte tenu de la réduction du PBR des actions rachetées et de la réduction de la perte en capital prévue au paragraphe 112(3.2) L.I.R.

Si la société de gestion ne détient pas une police d'assurance vie, il faudra racheter les actions de la succession et payer les impôts sur le dividende réputé. On pourra aussi faire le choix d'utiliser la technique du pipeline. L'actionnaire décédé sera imposé sur un gain en capital. Dans ce cas, il ne sera pas possible de verser l'IMRTD. Cette option s'avère donc moins intéressante.

DONS DE BIENFAISANCE À DOUBLE BÉNÉFICE



Jean Richard
Avocat, Pl. Fin., TEP
BMO Nesbitt Burns ltée

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 13:3

1. LES RÈGLES APPLICABLES 13:3

1.1. LE CADRE FISCAL 13:4
1.2. LE CADRE JURIDIQUE 13:8

2. LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES APPLICABLES 13:13

2.1. EXERCICE COMPARATIF DU COÛT NET D'UN DON APRÈS UTILISATION DES INCITATIFS FISCAUX 13:14

3. DONNER ET RECEVOIR 13:17

3.1. RÉINVESTIR LE SOLDE DU CAPITAL SUR LE COÛT NET D'IMPÔT ÉCONOMISÉ 13:18
3.2. VALEUR DE L'ACTIF EN L'ABSENCE DE DON 13:20

3.3. RECONSTITUER CE QU'AURAIT ÉTÉ LE CAPITAL ORIGINAL (L'ASSURANCE VIE) 13:21

CONCLUSION 13:28

ANNEXE 13:29

INTRODUCTION*

Ce document ne vise pas à faire une analyse exhaustive des dispositions juridiques et fiscales relatives aux dons de bienfaisance ou à la contribution de l'État au financement des activités de bienfaisance. Il cherche plutôt à explorer, comme le suggère le titre, l'impact financier des dons de bienfaisance effectués par une société en analysant les attributs fiscaux et financiers de diverses hypothèses. Il cherche également à quantifier la capacité de reconstitution du patrimoine aliéné. Il s'agit donc de l'analyse d'une stratégie plus que du cadre juridique par lequel elle s'élabore.

L'exercice comporte toutefois une succincte récapitulation de l'évolution récente des dispositions fiscales pertinentes et du contexte juridique relatif aux dons de bienfaisance au Québec. La seconde partie vise l'examen, en diverses circonstances, de la résultante d'un don de bienfaisance aux fins d'en comparer l'impact sur l'encaisse d'un particulier ou d'une société privée une fois les fonds rapatriés entre les mains d'un individu actionnaire. La troisième partie examine certains scénarios de reconstitution du capital aliéné par l'utilisation de l'épargne fiscale réalisée dans diverses circonstances corporatives.

1. LES RÈGLES APPLICABLES

Le Budget fédéral de 1994[1] était le premier à porter le sceau « Paul Martin ». Il se voulait un très sérieux coup de barre à la délicate situation des finances publiques de cette époque. Ce budget se donnait entre autres comme objectif de « repenser le rôle de l'État ». C'est sous cet objectif que le gouvernement a choisi de se désengager des contributions publiques à divers organismes de bienfaisance. Rappelons-nous que l'État faisait alors, par le biais des divers programmes fédéraux, une importante contribution à plusieurs organismes de bienfaisance. Ce choix de politique publique entraîna une importante réduction des entrées de fonds des organismes de bienfaisance. Soucieux de maintenir l'impact positif de ces activités tout en demeurant décidé à se retirer de leur financement, le gouvernement fédéral a initié une transition vers un régime fiscal plus généreux en faveur des donateurs pour le soutien des organismes de

---

* Nous tenons à remercier M^mes^ Catherine Felber et Sylvie Leclair de Services financiers BMO Nesbitt Burns pour leur contribution à cette analyse par la préparation de nombreuses hypothèses d'assurance vie.

1 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1994*, 23 février 1994.

bienfaisance. Le choix des organismes bénéficiaires est maintenant celui des donateurs privés.

1.1. LE CADRE FISCAL

Avant 1994, tout comme aujourd'hui, le soutien fiscal aux dons de bienfaisance était pour les particuliers un crédit d'impôt à deux paliers[2]. Un premier palier de crédit calculé au taux le plus bas. Pour les dons excédant le seuil prévu, un second crédit est alors calculé au taux le plus élevé. Pour les sociétés, le bénéfice fiscal est une déduction dans le calcul du revenu de la valeur du don. La technique du crédit à double palier vise à favoriser les dons de bienfaisance des individus dont le taux d'imposition est progressif. Qu'un don admissible soit effectué par un particulier ou par une société, le crédit ou la somme déductible était alors limité à 20 % du revenu[3] de l'année d'imposition. La portion non utilisée du total des dons peut être reportée sur une période prospective de cinq ans. Le Budget de 1994 n'a que réduit le montant ou le taux de crédit d'impôt pour qu'il passe au niveau le plus élevé[4]. C'est toutefois ce Budget de 1994 qui amorce la réflexion sur les modifications à venir.

Le Budget de 1995[5] a introduit des mesures visant à promouvoir fiscalement le soutien à la protection de l'environnement : l'introduction de la notion de « biens écosensibles » et la bonification de tels dons par l'abrogation de la limite annuelle des dons sujets à crédit ou déduction pour de tels biens.

---

2 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 118.1(3); *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 752.0.10.6.

3 Quant aux particuliers, voir le paragraphe 118.1(1) « total des dons » L.I.R. et l'article 752.0.10.6 « total des dons de bienfaisance » L.I. Notez que sont exclus de ce plafond les « dons à l'État », les dons de « biens culturels » et depuis 1995, les dons de « biens écosensibles » également définis à ces dispositions de la loi. Quant aux sociétés, les concepts similaires sont aux alinéas 110.1(1)a), b), c) et d) L.I.R. (al. 710a), b), c) et d) L.I.).

4 Le faisant passer de 250 $ à 200 $. Notons que dans le Budget du Québec pour l'année 2006 (QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 23 mars 2006), ce montant qui était de 2 000 $ au Québec a été réduit à 200 $ également.

5 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1995*, 25 février 1995.

Le Budget de 1996[6] a pour sa part haussé la limite annuelle des dons sujets à crédit ou déduction à 50 % du revenu de l'année plus 25 % des gains en capital résultant du don de l'année. De plus, cette limite annuelle fut abolie à l'égard des dons de bienfaisance faits dans l'année du décès ou par voie testamentaire. Ils seront dès lors réputés faits avant le décès du contribuable.

Le Budget de 1997[7] fut, sans l'ombre d'un doute, la plus importante charnière de la construction du régime actuel de soutien fiscal aux organismes de bienfaisance. Les modifications suivantes furent introduites :

- sont maintenant placés sur un pied d'égalité les dons à l'État et les dons à d'autres organismes;

- la limite annuelle est haussée à 75 % du revenu de l'année pour tous les dons de bienfaisance;

- hausse additionnelle de cette limite de 25 % du gain en capital imposable résultant d'un don;

- le don effectué pendant l'année du décès et l'année précédente et les dons de « biens écosensibles » et de « biens culturels canadiens » demeureront admissibles à concurrence de 100 % du revenu net;

- introduction de la mesure temporaire de réduction de moitié du taux d'inclusion du gain en capital résultant du don de biens spécifiquement identifiés :

  – sont notamment admissibles les dons de titres admissibles, incluant notamment :

    - les actions,

    - les obligations,

    - les billets,

    - les bons de souscription, et

---

6 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1996*, 6 mars 1996.

7 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1997*, 18 février 1997.

- les instruments financiers à terme,

– dans la mesure où ils sont inscrits à une Bourse de valeurs visée par règlement, c'est-à-dire :

- Alberta,
- Montréal,
- Toronto,
- Vancouver,
- Winnipeg,
- certaines Bourses étrangères,

– si le don est effectué entre le 18 février 1997 et la fin de l'année civile 2001,

– les dons reçus par les fondations privées sont exclus de cette mesure;

- modification de l'évaluation du don d'une servitude ou de conventions similaires relatives aux « biens écosensibles » :

  – la valeur du don est maintenant égale au plus élevé des deux : de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la servitude déterminée par ailleurs ou de la JVM du fonds de terre auquel se rattache le don;

- les dons de biens amortissables, comme les immeubles et l'équipement, sont favorisés en rajustant le montant que peut réclamer le donateur en pourcentage de son revenu net :

  – hausse de la limite annuelle des dons de 25 % du montant de toute récupération de déduction pour amortissement attribuable au don de biens en capital amortissables fait par un particulier ou par une société pour les années d'imposition qui commencent après 1996.

Le Budget de 2000[8] a d'abord apporté un redressement à l'abus constaté quant aux règles relatives aux biens personnels désignés lors de dons à des organismes de bienfaisance. Des modifications permettant de rendre admissible, pour les décès après 1998, le crédit d'impôt pour dons de bienfaisance à la suite du don du produit d'un régime enregistré d'épargne-retraite, d'un fonds enregistré de revenu de retraite ou d'une police d'assurance vie et ayant fait l'objet d'un don au moyen d'une désignation de bénéficiaire[9]. Le taux d'inclusion du gain en capital provenant de l'aliénation d'un bien écosensible est réduit de moitié tout comme pour les titres admissibles. Le mode d'évaluation des biens écosensibles est maintenant sur la base d'un processus administratif par lequel Environnement Canada atteste la valeur marchande de l'immeuble. Afin de placer les particuliers qui font dons d'actions acquises dans le cadre d'un programme d'option d'achat sur un pied d'égalité avec les autres donateurs, l'avantage imposable ajouté au revenu d'emploi donnera lieu à une déduction additionnelle du tiers de l'avantage imposable[10].

Le Budget de 2001[11] rend permanente la mesure temporaire relative à l'inclusion du gain en capital résultant du don qui fut introduite en 1997.

Le Budget de 2006[12] bonifie la mesure établie en 1997 et rendue permanente en 2001 en établissant à zéro la portion imposable du gain en capital de titres admissibles, de biens écosensibles et des options d'achat des employés ayant fait l'objet d'un don.

Le Budget de 2007[13] introduit la déductibilité des dons de médicaments faits par une société et des dispositions donnant aux organismes privés de bienfaisance la capacité de recevoir les titres prescrits et des modifications techniques introduites afin d'élargir la définition de « titres admissibles ». La

---

8 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2000*, 28 février 2000.

9 La désignation de bénéficiaire n'ouvrait pas droit au crédit d'impôt à la succession du particulier décédé.

10 Voir les avantages imposables d'options d'achat d'actions lors de la « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 49:1-62, question 15, aux pages 49:30-33. Une différence de traitement entre le Québec et le fédéral réduit l'effet positif de cette mesure pour le Québec.

11 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2001*, 10 décembre 2001.

12 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 2 mai 2006.

13 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

définition faisait antérieurement référence à une « Bourse de valeurs fixée par règlement » et est maintenant remplacée par la définition de « Bourses désignées par le ministre ». Cette nouvelle définition permet plus de souplesse et élargit les Bourses et institutions négociant des titres qui seront admissibles.

De nouvelles définitions sont ajoutées[14]. Les paragraphes 248(30) à 248(41) L.I.R. viennent préciser les modalités d'application des avantages relatifs aux dons de charité. Ils traitent notamment de la présence de l'intention libérale de donner lorsqu'un avantage fiscal peut être considéré comme niant cette intention libérale. Est également considéré par ces modifications le cas des transactions mixtes. C'est-à-dire lorsqu'à la fois une contrepartie et un don sont présents. La JVM réputée dans le cadre de certains arrangements et les dons entre organismes de bienfaisance sont également visés par ces dispositions techniques.

L'impact secondaire des modifications au taux d'inclusion du gain en capital[15] en 1997 (moitié) et 2006 (zéro) pour les sociétés privées est l'ajout au calcul du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »)[16] de cette portion additionnelle non imposable du gain en capital. Cette facette d'un don effectué par une société privée est partiellement l'objet de l'exercice de reconstitution qui sous-tend cet exercice.

1.2. LE CADRE JURIDIQUE

Il est convenu, en droit fiscal, que lorsque le législateur fédéral n'a pas occupé ou défini des règles qui seraient autrement du ressort du droit privé (droit civil ou common law), ce sont ces règles et principes qui s'appliquent.

---

[14] CHAMBRE DES COMMUNES, *Loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes*, Projet de loi C-33, adopté le 15 juin 2007. Voir Joseph SIROIS, « Le concept de « don »/gift – Étude comparative droit civil – Common Law – Droit fiscal », (2003), vol. 24, n° 2 Revue de planification fiscale et successorale 381-422; (en ligne : http://www.justice.gc.ca/fr/bijurilex/tax/sirois_gift5.html). Ces mesures arrêtent les règles applicables lors d'un don et visent à écarter certaines règles de common law en adoptant des règles similaires au concept de droit civil.

[15] Al. 38(a.1)i) L.I.R., qui réduit le taux d'inclusion des titres admissibles, et l'alinéa 38(a.2)i) L.I.R., qui réduit le taux d'inclusion des biens écosensibles.

[16] Voir la définition de l'alinéa 89(1)a) L.I.R.

Nous citons ici le texte de M[e] Joseph Sirois[17], lequel constitue une version revue et corrigée du texte publié initialement dans la *Revue de planification fiscale et successorale*[18]. Ce document révise fort bien la question du don dans le cadre fiscal et nous référons le lecteur pour plus de précision que ce qui est rapporté ci-dessous :

> « La notion de don/gift est un concept important en matière de fiscalité. La Loi de l'impôt sur le revenu permet à un contribuable qui effectue un don de réclamer un crédit d'impôt ou une déduction en fonction de la juste valeur marchande (ci-après "JVM") du bien donné. Cet avantage est un bénéfice accordé par le gouvernement pour encourager les Canadiens à faire preuve de générosité. Sous certaines conditions, le gouvernement renonce à des revenus pour encourager des activités de bienfaisance ainsi que d'autres types d'activité, tel le sport amateur.
>
> C'est pourquoi la Loi de l'impôt sur le revenu contient un régime qui accorde certains avantages, tel un crédit d'impôt ou une déduction, à des individus (art.118.1 LIR) et des sociétés (art. 110.1 LIR) qui donnent à des donataires reconnus aux termes de cette loi.
>
> Ce régime découle du concept de bienfaisance qui est le fondement de droit public sur lequel s'articule tout le régime des bénéfices fiscaux que le législateur a adopté pour compenser la générosité des contribuables. L'objet des règles de droit privé entourant le concept de bienfaisance dans les deux systèmes de droit privé est la réglementation des moyens ou des véhicules choisis pour transférer des biens, qu'il s'agisse de legs, de dons ou de fiducie, à des fins de bienfaisance. Le droit fiscal ne retient du droit privé que les critères qui lui sont nécessaires pour l'enregistrement d'un organisme de bienfaisance afin d'en contrôler le financement. Il ne se préoccupe pas des moyens empruntés pour effectuer des dons à ces organismes.
>
> Cette règle de droit public doit par contre faire appel à celles de droit privé pour que se concrétise la bienfaisance à travers les dons/gifts. Pour que la bienfaisance se traduise concrètement selon la Loi de l'impôt sur le revenu, il est nécessaire qu'existe un don/gift valide selon le droit privé pour que les règles de la Loi de l'impôt sur le revenu sur la bienfaisance puissent s'appliquer.
>
> Donc, quand une loi fédérale utilise un concept de droit privé, tel celui de don/gift, il peut s'avérer nécessaire de recourir au droit privé de la province pour pouvoir appliquer la mesure fédérale. Ainsi, le droit fiscal doit souvent faire appel au droit privé pour arriver à ses fins :

---

17 J. SIROIS, *loc. cit.*, note 14.

18 *Id.*

Le droit fiscal, à mon avis, est un droit accessoire qui n'existe qu'au niveau des effets découlant des contrats. Une fois la nature des contrats déterminée par le droit civil, la Loi de l'Impôt intervient, mais seulement alors, pour imposer des conséquences fiscales à ces contrats. Sans contrat, sans droit et sans obligation il ne peut y avoir d'incidence fiscale. L'application de la Loi de l'Impôt est soumise à un diagnostic civil que ce diagnostic soit de droit civil ou de droit commun (common law).

Il faut souvent s'en remettre au droit privé des provinces pour appliquer la législation fédérale qui renvoie à des notions de droit privé. C'est ce que nous dit l'article 8.1 de la Loi d'interprétation qui se lit :

> "**8.1** Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte."

Si un texte fédéral emploie un terme sans le définir, et que ce terme renvoie implicitement au droit privé provincial, les règles de droit privé applicables à l'institution visée par le terme viendront compléter le droit fédéral. L'exception est l'application d'une règle de droit fédéral s'y opposant.

La Loi de l'impôt sur le revenu ne définit pas les termes "don"/gift. Il faut donc s'en remettre au droit privé des provinces, tel qu'il a été interprété et appliqué par la jurisprudence utilisée par les autorités fiscales pour baliser le don/gift aux fins de la Loi de l'impôt sur le revenu. Étrangement, cette jurisprudence a entrainé l'application d'une règle de droit civil dans les provinces de common law, mais également l'application d'une règle de common law dans la Province de Québec. Ainsi, une étude comparative permettra de situer la notion de don/gift se retrouvant dans la Loi de l'impôt sur le revenu en fonction des concepts de don de common law et de donation de droit civil.

Une telle étude se fera à la lumière de la démarche mise de l'avant dans la décision St-Hilaire, selon laquelle il faut déterminer si les droits civils des contribuables sont en litige sans que ces droits aient été définis par le législateur fédéral, ou s'il s'agit de droit public régissant les relations entre les contribuables et l'état :

> "Ce qui, je pense, devrait déterminer s'il y a lieu ou non de recourir au droit privé (au Québec, le droit civil), ce n'est pas le caractère public ou privé de la loi fédérale en cause, mais le fait, tout simplement, que la loi fédérale, dans un litige donné, doit être appliquée à des situations ou à des relations qu'elle n'a pas définies et qui ne peuvent l'être qu'en fonction des personnes affectées. On ferme en quelque sorte le cercle et on revient au point de départ, à l'article VIII de l'Acte de Québec : quand ces

> personnes affectées sont des justiciables et que leurs droits civils sont en litige et n'ont pas été définis par le Parlement, c'est le droit privé provincial qui vient combler le vide. Bref, le droit civil s'applique, au Québec, à toute législation fédérale qui ne l'écarte pas." (St-Hilaire c. Canada)
>
> > Note de l'auteur : Voir la démarche exposée par le juge Décary pour l'application de cette règle dans la décision St-Hilaire c. Canada (Procureur général), [2001] 4 C.F 289[19]. » (Notre soulignement)

Pour qu'il y ait don, deux éléments doivent donc être présents. Le premier élément est le transfert d'un bien ou d'un droit par un donateur en faveur d'un donataire. C'est à partir de cet élément que sera constaté l'appauvrissement du donateur. Le deuxième élément, l'intention libérale ou *animus donandi*, est l'élément moral du don. Il signifie que le donateur ne reçoit ou n'attend aucune contrepartie ou avantage, même indirectement, en conséquence ou à la suite du don. Selon cette mesure, il n'y a pas de donation si elle est faite en contrepartie d'une obligation morale ou naturelle. De ce fait, la question suivante fut soulevée : l'avantage fiscal constitue-t-il une contrepartie ou un avantage escompté? Cette hypothèse a été rejetée par la Cour d'appel fédérale en 1992 dans l'arrêt *La Reine* c. *Friedberg*[20] et est maintenant confirmée par le nouvel alinéa 248(30)a) L.I.R., qui précise qu'un avantage fiscal qui représente 80 % de la JVM du don ne nie pas le don aux fins de la loi[21]. Il reste donc à déterminer quelle sera la mesure apportée au mot « avantage » dans le cadre d'une société privée. Le concept s'arrête-t-il à la société donatrice ou se répercute-t-il jusqu'à l'actionnaire, par exemple la valeur de l'économie d'impôt attribuable au CDC majoré?

Par contre, en droit civil, l'intention libérale n'a pas à porter sur la totalité de la valeur de l'objet de la donation. Le *Code civil du Québec*[22] prévoit spécifiquement que cette dernière peut être rémunératoire ou avec charge. C'est là la solution incorporée aux modifications techniques du nouveau paragraphe 248(31) L.I.R. au bénéfice des provinces de common law.

---

19 *Id*.

20 92 D.T.C. 6031 (C.A.F.).

21 Cette modification technique vise à contrer l'impact de la règle de common law à l'effet contraire.

22 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

Le législateur québécois impose, sauf exception et sous peine de nullité, un formalisme[23] impératif aux donations entre vifs. Cette disposition est d'ordre public. Voici ce que dit M[e] Joseph Sirois lorsqu'il traite des exceptions à la règle de formalisme :

> « La première est le don manuel d'un bien meuble. Ce don consiste à la remise du bien meuble au donataire par le donateur dès le moment où il y a échange des consentements à la donation. Si le donateur fait délivrance du bien meuble et le met en possession du donataire à ce moment, cette donation sera valide et ne nécessitera pas d'enregistrement, la délivrance et la mise en possession immédiate en tenant lieu. La tradition du bien meuble devient alors un élément constitutif indispensable à la donation et un formalisme remplaçant celui de l'acte en minute.
>
> Ainsi la donation d'une somme d'argent en liquide pourra se faire sans autre formalité que l'échange de consentements et le versement de l'argent au donataire. Par contre, des biens, tels certaines actions de société et certaines créances, qui requièrent des formalités particulières pour procéder à leur transfert, ne pourront faire l'objet d'un don manuel puisque la délivrance ne peut se faire par la simple remise du bien ou du titre, à moins que ce dernier ne soit négociable à sa face même. Par exemple, les créances ou obligations qui se confondent avec le titre qui les constate, tel un titre au porteur ou un billet promissoire, pourront faire l'objet d'un don manuel; par contre, des actions d'une société dont le transfert est assujetti à une condition, telle l'approbation du conseil d'administration par exemple, ne pourront faire l'objet d'un tel don puisque la délivrance des titres n'est pas suffisante pour assurer le transfert du bien donné.
>
> Les donations indirectes ou les donations déguisées constituent également des exceptions au formalisme des donations. Ces donations requièrent également l'intention libérale du donateur de transférer la propriété d'un bien en faveur du donataire sans contrepartie. Si ces conditions de fond sont respectées, elles constitueront des donations valides à condition que l'acte qui les constate soit conforme aux conditions de forme requises. En droit civil, une vente qui est faite pour une contrepartie qui ne sera pas payée ou qui est beaucoup plus basse que la valeur du bien vendu pourra valoir comme donation déguisée. Une donation indirecte va découler d'un acte qui n'est pas une donation, mais qui a pour effet d'accorder un avantage pécuniaire sans compensation à une personne, tel une remise de dette ou un paiement pour autrui sans subrogation[24]. » (Notre soulignement)

Le formalisme appuie l'objectif du législateur d'éviter la dilapidation du patrimoine d'une personne, gage commun des créanciers, aux dépens des

---

[23] Art. 1824 C.c.Q. Les donations doivent être sous forme notariée sauf l'exception du don manuel.

[24] J. SIROIS, *loc. cit.*, note 14.

donataires. C'est un mécanisme de protection conforme à la règle voulant que l'on ne puisse diviser ou affecter son patrimoine que dans la mesure permise par la loi[25]. Il est certain que tout don de bien écosensible est effectué par acte notarié et publié puisqu'il porte sur un immeuble. Par ailleurs, hormis les situations testamentaires qui ne sont pas visées par cette disposition, fort peu de donations de titres admissibles sont faites par acte notarié. La majorité de ces dons est effectuée par simple transfert d'un compte du donateur au compte d'un donataire sur instructions données à cet effet au courtier ou autre intermédiaire de marché. Ces transactions remplissent-elles les exigences de forme? À notre humble avis, selon ce que nous pouvons lire du texte ci-dessus et tel qu'il est souligné par M[es] Martel[26], nous pouvons certainement en douter.

2. LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES APPLICABLES

Cette deuxième partie s'intéresse plus particulièrement à l'aspect planification financière et but initial de ce texte. L'exercice comparatif fait dans un premier temps le calcul de la portion du coût d'un don de bienfaisance d'un donateur, d'une part, et celle assumée par la collectivité sous forme de réduction d'impôt en faveur du donateur, d'autre part.

Pour y arriver, nous établirons la liquidité après impôts dans chacune des hypothèses examinées. Pour que soient comparables l'avantage fiscal d'un particulier et ceux d'une société par actions privée, c'est la valeur liquidative, soit la valeur entre les mains d'un individu actionnaire de la société donatrice, qui sert de base comparative.

Quel que soit le contribuable, les faits de notre hypothèse fiscale sont les suivants :

- revenu imposable de l'année 200 000 $
- actif en titres à revenu fixe d'une valeur de 100 000 $
- le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de ces titres est de 100 000 $
- des titres admissibles d'une valeur marchande de 100 001 $

---

25 Art. 2 C.c.Q.

26 Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, 1936 pages.

- le CBR de ces titres est de 1 $

Les titres admissibles sont donc affectés d'une charge fiscale différée, le gain en capital étant non matérialisé.

La situation des contribuables suivants est examinée : a) un particulier; b) une société privée ayant un revenu de placement; c) une société privée exploitant une entreprise bénéficiant de la DPE; et d) une société privée exploitant une entreprise n'ayant pas droit à la DPE. Dans chaque cas nous examinerons le résultat lorsqu'il s'agit d'un dividende déterminé ou d'un dividende ordinaire[27]. Il ne sera pas tenu compte de la progressivité des taux d'un particulier. Nous n'examinons pas la situation des sociétés publiques. Ces dernières ne bénéficient pas d'un CDC.

Dans chaque cas les hypothèses examinées sont :

A) ne rien faire;

B) faire don des titres à revenu fixe;

C) faire don des titres admissibles.

2.1. EXERCICE COMPARATIF DU COÛT NET D'UN DON APRÈS UTILISATION DES INCITATIFS FISCAUX

Le tableau qui suit résume les tableaux détaillés illustrant chaque calcul et joints en annexe. Bien sûr, il appert que plus les taux d'imposition applicables sont élevés plus les dispositions fiscales réduisent le coût final pour le contribuable. C'est pourquoi l'hypothèse d'un revenu d'entreprise, sans DPE, joint à une distribution à l'actionnaire par voie d'un dividende au taux régulier procure un support étatique avoisinant la limite du nouvel alinéa 248(30)a) L.I.R. une fois les bénéfices du CDC majoré intégrés à la situation.

---

[27] « Dividende », tel qu'il est défini au paragraphe 89(1) L.I.R., et provenant soit du « compte de revenu à taux général », soit du « compte de revenu à taux réduit », tels qu'ils sont définis à ce même paragraphe. Voir également le texte de Luc LACOMBE, « Impact de la modification des taux d'impôt : imposition du dividende », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 22:1-72.

Il démontre qu'une société privée dont le revenu d'entreprise excède le plafond annuel des affaires est dans une situation plus favorable. En effet, le revenu assujetti à la DPE permet d'accumuler un compte de dividendes à taux régulier. Cette société peut se prévaloir des conditions optimales. Il est certain que ces illustrations sont conceptuelles et qu'en réalité bien peu de situations réuniront toutes les conditions requises pour optimiser un tel résultat.

Encore une fois on peut s'interroger si une telle économie fiscale remettra en question l'intention de donner ou *animus donandi*. Cette intention sera-t-elle considérée du point de vue du donateur, de la société, ou de celui de la société et de l'actionnaire bénéficiant de l'avantage intégré? Si le calcul est effectué du point de vue combiné de la société et de l'actionnaire, il est requis, pour y arriver, de lever le voile corporatif, et ce, sans qu'aucune situation le justifiant l'autorise. Le législateur a fixé à 80 % du don la valeur de l'aide fiscale qui ne fait pas l'objet d'un questionnement quant à l'intention libérale. Nos calculs se rapprochent de ce résultat. La question demeure, espérons-le, académique.

Tableau 1

De la somme de 400 001 $ il restera à l'individu après impôts payés :		Particulier		Société de placement				Société Revenu d'entreprise avec DPE				Société Revenu d'entreprise sans DPE			
				Déterminé		Régulier		Déterminé		Régulier		Déterminé		Régulier	
		$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%
- A - Ne rien faire	Contribuable	**279 451**		**261 099**		**241 103**		**259 389**		**239 555**		**243 992**		**225 616**	
	État	**120 550**		**89 142**		**109 138**		**88 419**		**108 254**		**81 917**		**100 293**	
- B - Don de titres à revenu fixe	Contribuable	**232 415**		**204 784**		**190 122**		**203 929**		**189 348**		**196 230**		**190 122**	
	État	**67 585**		**65 361**		**80 023**		**65 000**		**79 581**		**65 361**		**75 600**	
	Coût crédit de taxe sur les intrants (ci-après « CTI »)	47 036	47	**56 315**[28]	**56**	50 981	51	55 461	55	50 207	50	47 762	48	35 494	35
	Coût État	52 965	53	**43 685**	**44**	49 019	49	44 539	45	49 793	50	52 238	52	64 506	65
	Bienfaisance	100 000		100 000		100 000		100 000		100 000		100 000		100 000	
- C - Don d'actions (Gain en capital)	Contribuable	**256 526**		**226 625**		**214 631**		**225 771**		**213 858**		**218 072**		**206 887**	
	État	**43 474**		**53 471**		**65 465**		**53 110**		**65 023**		**49 858**		**61 043**	
	Coût CTI	22 925	23	34 474	34	**26 472**	**26**	33 618	34	25 698	26	25 920	26	**18 729**	**19**
	Coût État	77 076	77	65 527	66	**73 529**[29]	**74**	66 383	66	74 303	74	74 081	74	**81 272**[30]	**81**
	Bienfaisance	100 001		100 001		100 001		100 001		100 001		100 001		100 001	

[28] Nous illustrerons la solution de reconstitution avec de l'assurance vie à partir de l'hypothèse la moins performante.

[29] L'exercice principal de reconstitution du capital aliéné avec de l'assurance vie sera principalement illustré sur la base de cette hypothèse. Illustrer toutes les hypothèses serait inutilement laborieux et n'ajouterait rien à l'illustration de ce concept. Cette hypothèse est la plus susceptible de se présenter (société de placement versant des dividendes réguliers).

[30] Nous illustrerons également la solution de reconstitution avec de l'assurance vie à partir de l'hypothèse la plus performante.

3. DONNER ET RECEVOIR

Dans cette section nous procédons à la comparaison, par voie de projections, du résultat qu'aurait obtenu un investisseur avec un rendement hypothétique s'il avait effectué un placement alternatif au lieu de faire un don à un organisme de bienfaisance. Deux hypothèses de placement sont considérées. La première est un investissement portant un rendement d'intérêt fixe. La seconde est un rendement basé sur la conservation des titres produisant un gain en capital[31]. Cette hypothèse ne présume aucun roulement du capital investi. Le gain n'est imposé qu'au décès de l'investisseur.

Nous comparons le résultat de cet investissement alternatif à l'utilisation d'une assurance vie pour remplacer le capital aliéné à l'occasion d'un don de bienfaisance. La comparaison est disproportionnée, car les hypothèses de rendement présument que le plein montant est investi alors que l'acquisition d'assurance vie présume que seulement la part représentant l'économie fiscale sert au paiement d'une prime. C'est pourquoi une solution « dollar pour dollar » est ajoutée. Cette solution illustre la performance de l'investissement alternatif au même montant que le capital servant au paiement des primes.

Malgré les contraintes énoncées ci-dessus, les hypothèses potentielles sont très nombreuses. Plusieurs variables influencent les projections. Qu'il s'agisse du rendement, du temps écoulé, de la fiscalité applicable à la société, au rendement, au capital, du type risque couvert, du coût de la couverture d'assurance, etc. Nous devons également ajouter des variables individuelles comme l'âge au moment du don, l'état de santé des personnes couvertes et les produits disponibles. Autant de variables, autant de projections différentes et de résultats variés. De plus, pour comparer l'efficacité de la stratégie sous diverses facettes, nous pourrions utiliser, à des fins de comparaison, les hypothèses suivantes :

1) La valeur liquidative[32] du bénéfice décès de l'assurance vie :

   a) l'assurance vie est un produit de type temporaire 100 ans (ci-après « T-100 ») :

---

31 Aucun dividende n'est estimé.

32 La valeur liquidative aux fins de ce texte est la valeur entre les mains d'un individu actionnaire.

i) assurant la vie du contribuable seulement,

ii) assurant la vie de conjoints du même âge et payable au dernier décès;

b) l'assurance vie est un produit de type vie entière :

i) assurant la vie du contribuable seulement,

ii) assurant la vie de conjoints du même âge et payable au dernier décès.

2) La valeur liquidative que représente l'excédent du don sur le coût réel de ce don[33] par rapport aux valeurs mentionnées à la section 2. ci-dessus.

Ce genre de stratégie implique des éléments d'âge et de durée importants. C'est pourquoi nous examinerons les hypothèses d'un décès à l'âge de 85 ans et d'un décès à l'âge de 90 ans pour des contribuables âgés de : a) 40 ans; b) 50 ans; c) 60 ans; et d) 70 ans. Pour éviter de multiplier *ad nauseam* toutes ces hypothèses, nous limiterons notre examen à :

a) une société tirant un revenu de biens et distribuant ses surplus par un dividende régulier;

b) l'hypothèse la moins performante; et

c) l'hypothèse la plus performante.

Les hypothèses relevant d'un revenu d'entreprise, avec ou sans DPE, profitent tous deux, selon le tableau 1 ci-dessus, d'une meilleure efficacité fiscale tout comme celles comportant un dividende régulier.

3.1. RÉINVESTIR LE SOLDE DU CAPITAL SUR LE COÛT NET D'IMPÔT ÉCONOMISÉ

La première détermination est celle de la liquidité disponible pour l'investissement ou le paiement de primes d'assurance vie. En effet, comme nous l'avons constaté, le don d'une valeur de 100 000 $ a des effets différents lorsqu'il s'agit du don des titres à revenu fixe ou de biens

[33] C'est-à-dire la portion qui n'est pas assumée par le donateur en valeur liquidative pour l'actionnaire.

admissibles comportant un gain en capital latent. Il en est de même selon la nature du revenu de la société. Il en résulte que chaque situation doit être analysée à la lumière des faits pertinents avant de tirer quelque conclusion que ce soit.

Nous ne retiendrons comme montant que l'excédent du capital aliéné sur le coût pour le donateur compte tenu de tous les éléments d'économie fiscale[34]. Cette somme sert à l'acquisition d'une prime annuelle dont le paiement est calculé sur la durée de vie projetée dans l'hypothèse d'un décès, incluant un rendement sur solde résiduel.

La prime annuelle est calculée de manière à ce que la somme donnée puisse supporter la prime jusqu'à soit :

a) l'âge de 85 ans; soit

b) l'âge de 90 ans.

La seconde étant, bien entendu, moindre que la première.

[34] C'est-à-dire la déduction par la société et l'économie des impôts latents dans le calcul de son revenu imposable et la majoration du CDC, soit dans l'hypothèse actuelle, 73 529 $ après liquidation de ces actifs.

Tableau 5[35]

Assuré	Homme seul					Conjoints même âge dernier décès				
	T-100	Vie entière				T-100	Vie entière			
	Couverture d'assurance par tranche de 1 000 $ de prime annuelle									
Âge/ Décès	Couverture	Couverture	CBR	Valeur de rachat	Prestation décès	Couverture	Couverture	CBR	Valeur de rachat	Prestation décès
40/85	***197 500 $***	**39 570 $**	0 $	227 309 $	313 477 $	***375 000 $***	**59 740 $**	0 $	304 802 $	527 317 $
40/90	***197 500 $***	**39 570 $**	0 $	299 713 $	381 498 $	***375 000 $***	**59 740 $**	0 $	415 555 $	641 283 $
50/85	***102 500 $***	**26 850 $**	0 $	98 541 $	136 966 $	***210 000 $***	**41 180 $**	5 175 $	124 927 $	216 336 $
50/90	***102 500 $***	**26 850 $**	0 $	132 833 $	169 780 $	***210 000 $***	**41 180 $**	0 $	173 485 $	267 539 $
60/85	***52 000 $***	**18 380 $**	7 913 $	40 909 $	58 928 $	***105 000 $***	**27 900 $**	13 263 $	49 975 $	89 076 $
60/90	***52 000 $***	**18 380 $**	0 $	58 069 $	75 650 $	***105 000 $***	**27 900 $**	7 749 $	72 526 $	113 446 $
70/85	***25 000 $***	**11 910 $**	9 578 $	13 749 $	22 926 $	***55 000 $***	**19 070 $**	11 158 $	16 676 $	34 469 $
70/90	***25 000 $***	**11 910 $**	7 981 $	23 120 $	32 197 $	***55 000 $***	**19 070 $**	11 422 $	27 720 $	46 482 $

Les couvertures d'assurance vie ci-dessus sont calculées sur la base d'illustrations de tarifs en vigueur au moment de la présentation de cette conférence en octobre 2007, pratiqués par une importante société d'assurance vie. Elles présument toutes un bon état de santé. Elles sont calculées sur la base de la protection disponible par tranche de 1 000 $ de prime annuelle par groupe d'âge et type de couverture examiné. Comme il appert ci-dessus, la couverture initiale d'une assurance vie de type T-100 est substantiellement plus élevée que celle d'une assurance de type vie entière. Ce type de couverture demeure stable alors que la protection d'une assurance de type vie entière aura la capacité de croître dans le temps.

3.2. VALEUR DE L'ACTIF EN L'ABSENCE DE DON

Les tableaux 6.1 et 6.2 qui suivent illustrent le résultat des projections du rendement en présumant un taux de 5 % par année tant sur les titres à revenu fixe que sur les titres admissibles réalisant un gain en capital différé. Les résultats présentent la valeur du placement d'une société par actions tel que liquidé et remis entre les mains d'un actionnaire.

La performance supérieure au gain en capital doit être tempérée par sa plus grande volatilité. Le rendement escompté d'un placement en actions est usuellement plus élevé que le rendement utilisé à des fins d'illustration mais,

[35] Les tableaux 2, 3 et 4 sont en annexe au présent document et illustrent les résultats consolidés du tableau 1.

d'autre part, nous n'avons pas illustré de roulement du capital qui devrait normalement être projeté tout comme le rendement d'un dividende qui pourrait également être illustré. Notre objectif est de démontrer l'effet des mécaniques fiscales. Il est difficile, voire impossible, d'évaluer la performance réelle de placements. Il en est de même d'évaluer la tolérance au risque de chaque personne et en conséquence le portefeuille correspondant. Encore une fois, une analyse de l'ensemble des faits pertinents est la seule technique permettant une modélisation adéquate.

Les valeurs liquidatives sont les suivantes :

Tableau 6.1

INTÉRÊTS CUMULÉS PAR LA SOCIÉTÉ								
	148 508 $	169 433 $	193 307 $	220 545 $	251 621 $	287 076 $	327 526 $	373 676 $
IMRTD➲	24 213 $	34 658 $	46 575 $	60 171 $	75 683 $	93 380 $	113 571 $	136 608 $
Âge	172 721 $	204 091 $	239 882 $	280 716 $	327 304 $	380 456 $	441 097 $	510 284 $
40	↓	↓	↓	↓	↓	↓	85	90
50	↓	↓	↓	↓	85	90	↓	↓
60	↓	↓	85	90	↓	↓	↓	↓
70	85	90	↓	↓	↓	↓	↓	↓
Régulier	109 937 $	129 904 $	152 685 $	178 676 $	208 329 $	242 160 $	280 759 $	324 796 $
Admissible	121 440 $	143 496 $	168 661 $	197 371 $	230 127 $	267 499 $	310 136 $	358 780 $

Tableau 6.2

GAINS CUMULÉS PAR LA SOCIÉTÉ					*Aucun roulement de portefeuille			
	207 893 $	265 330 $	338 635 $	432 194 $	551 602 $	703 999 $	898 501 $	1 146 740 $
IMRTD➲	27 723 $	35 382 $	45 157 $	57 633 $	73 556 $	93 878 $	119 815 $	152 918 $
Âge	187 207 $	238 929 $	304 941 $	389 191 $	496 717 $	633 951 $	809 100 $	1 032 639 $
40	↓	↓	↓	↓	↓	↓	85	90
50	↓	↓	↓	↓	85	90	↓	↓
60	↓	↓	85	90	↓	↓	↓	↓
70	85	90	↓	↓	↓	↓	↓	↓
CDC	103 947 $	132 665 $	169 318 $	216 097 $	275 801 $	352 000 $	449 251 $	573 370 $
Régulier	156 942 $	200 302 $	255 642 $	326 271 $	416 414 $	531 462 $	678 295 $	865 695 $
Admissible	162 487 $	207 379 $	264 674 $	337 799 $	431 127 $	550 240 $	702 261 $	896 282 $
ÉCART FAVORABLE AU GAIN EN CAPITAL								
Régulier	47 005 $	70 398 $	102 957 $	147 595 $	208 085 $	289 302 $	397 536 $	540 899 $
Admissible	41 047 $	63 883 $	96 013 $	140 428 $	201 000 $	282 741 $	392 125 $	537 502 $

3.3. RECONSTITUER CE QU'AURAIT ÉTÉ LE CAPITAL ORIGINAL (L'ASSURANCE VIE)

Le **graphique 1** ci-dessous illustre les projections comparatives dans le cas d'un décès à l'âge de 85 ans dans les conditions précitées alors que le

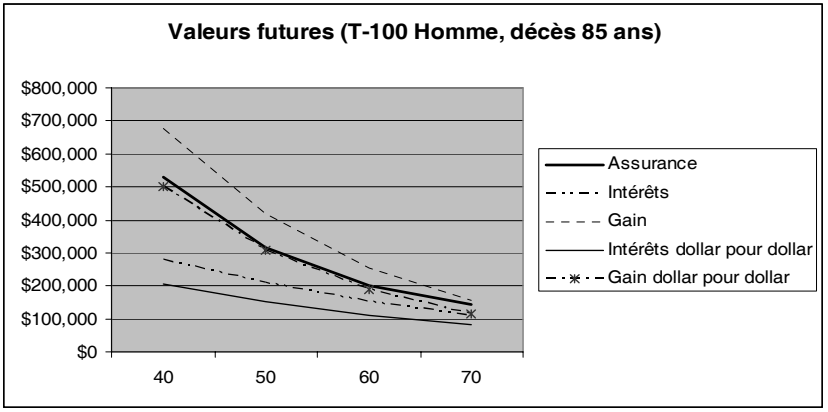
graphique 2 illustre le décès à l'âge de 90 ans dans les mêmes conditions. On constate que la performance d'un produit de type T-100 décroît avec le temps.

L'hypothèse de reconstitution du capital original est d'utiliser une assurance sur la vie pour remplacer le capital aliéné. Ci-dessous, les graphiques 1 et 2 nous permettent de conclure que le bénéfice décès provenant de cette stratégie en utilisant une assurance vie de type T-100 ne donnera pas le résultat escompté s'il est comparé à un investissement de remplacement générant du gain en capital.

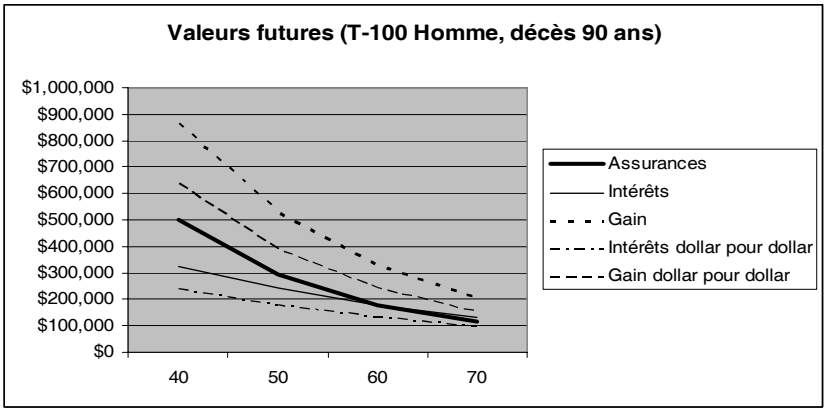
Par ailleurs, l'assurance vie dégage des résultats intéressants si elle est comparée à un investissement générant un revenu d'intérêts. Les composantes « dollar pour dollar » illustrent la valeur d'un placement alternatif d'un montant identique à celui utilisé pour le paiement de la prime et non pour le capital initial de 100 000 $. La comparaison avec cette hypothèse est favorable ou neutre.

T-100

Graphique 1



Graphique 2

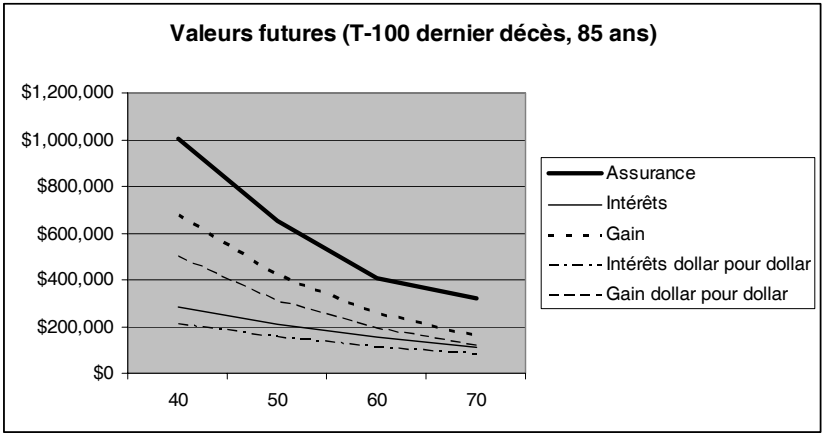


La solution (T-100) ci-dessus perd de son efficacité lorsque l'âge du décès est repoussé. La stratégie tend donc vers la limite de son efficacité avec le temps. Elle est toutefois beaucoup plus performante dans une hypothèse de décès prématuré.

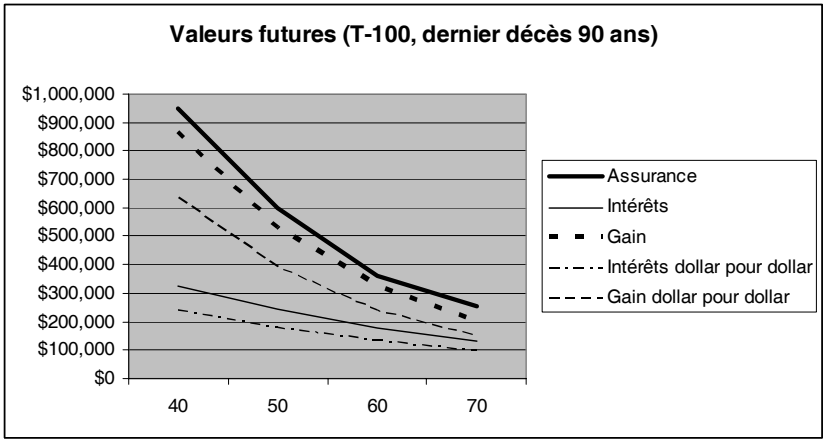
À l'âge de 90 ans, la stratégie de reconstitution du capital n'est pas efficace même lorsqu'elle est comparée à un investissement alternatif sous forme de titres à revenu fixe. La performance « dollar pour dollar » est maintenue.

Les **graphiques 3** et **4** ci-dessous démontrent la valeur d'une stratégie utilisant une fois de plus de l'assurance vie de type T-100. La stratégie utilise cette fois une assurance vie payable au dernier décès d'un couple. Les résultats sont fort différents compte tenu de l'augmentation potentielle de la protection disponible pour la même somme.

Graphique 3



Graphique 4



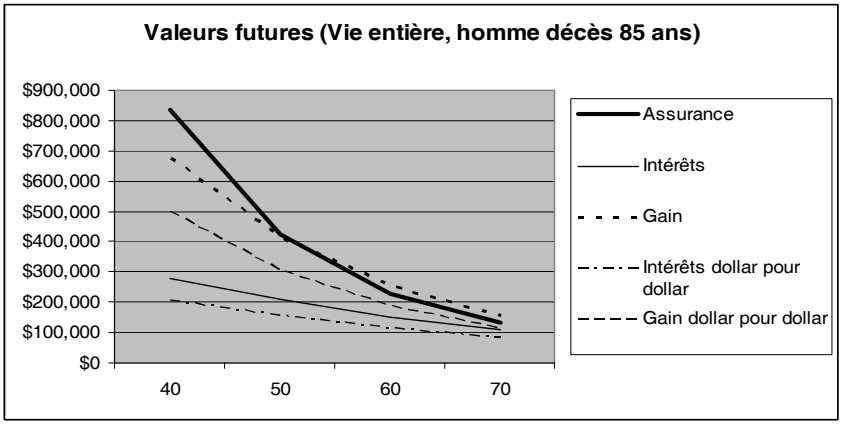
Vie entière

L'hypothèse de la modification du type de produit d'assurance vie par un produit de type vie entière démontre une performance intéressante mais n'atteint sa maturité qu'à terme. Un décès prématuré réduit dramatiquement la performance escomptée.

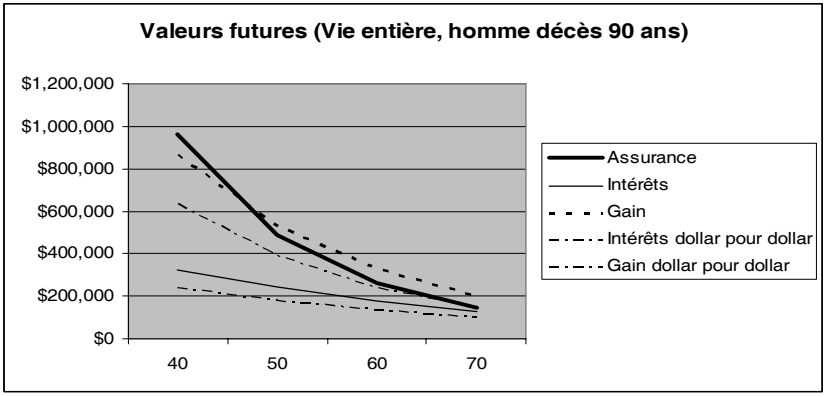
Les **graphiques 5** et **6** ci-dessous se comparent aux **graphiques 1** et **2** ci-dessus quant aux faits pertinents. Les **graphiques 7** et **8** se rapportent aux

faits des **graphiques 3** et **4**. La performance de ce produit, par opposition au produit de type T-100, voit le bénéfice décès croître avec le temps. Il procure toutefois une protection moins élevée aux premières années contractuelles. Une sage combinaison des deux produits peut donner des résultats optimaux.

Graphique 5



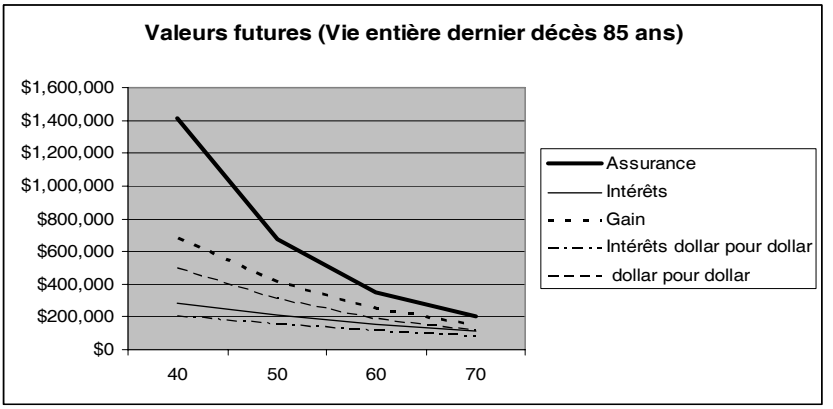
Graphique 6



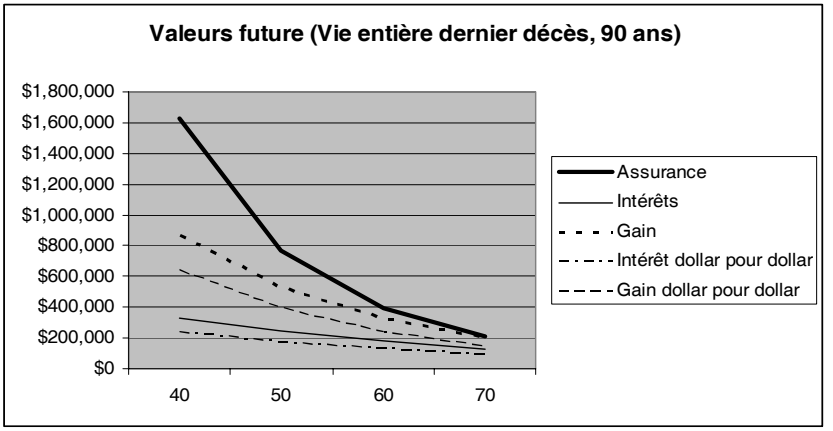
Contrairement au recul marqué des scénarios utilisant des produits d'assurance de type T-100, ces graphiques ne démontrent que peu de recul lors d'un décès à un âge plus avancé. En effet, le produit poursuit sa croissance, lui permettant de suivre et même d'excéder les performances des hypothèses. Pour un homme âgé de quarante ans ou de cinquante ans, il offre une performance supérieure à terme.

La solution de protection d'assurance vie payable au décès du dernier conjoint offre toujours une situation illustrant la meilleure performance. Elle démontre que malgré le don effectué le donateur peut, dans les cas le permettant, reconstituer pour sa succession ou les œuvres de bienfaisance qu'il soutient le capital qu'il a aliéné.

Graphique 7

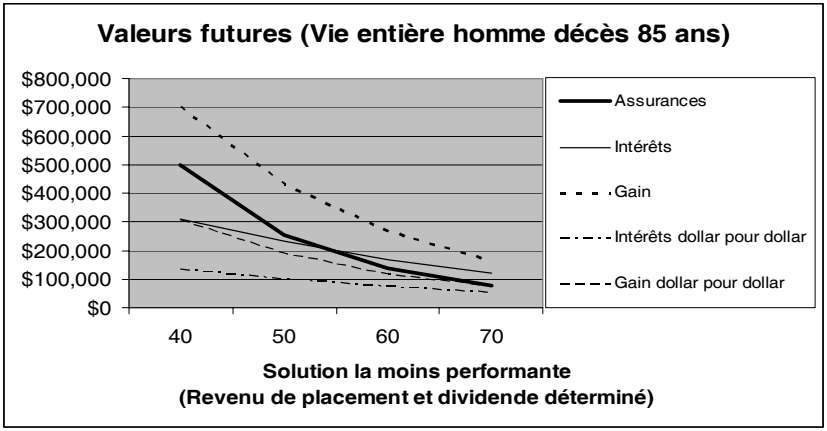


Graphique 8



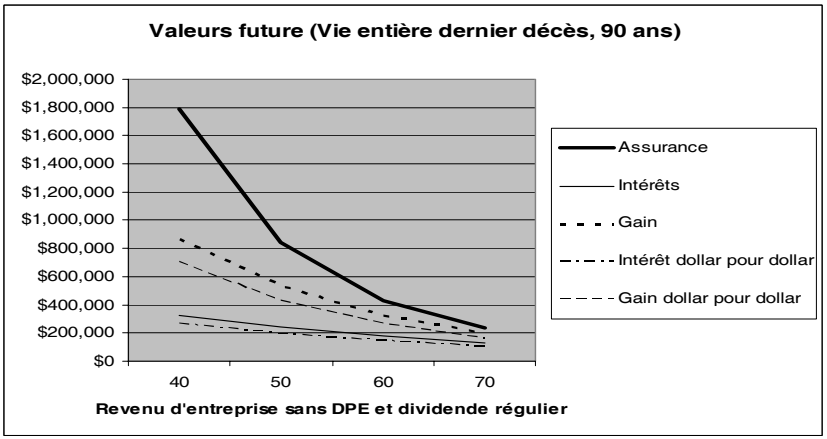
Le graphique qui suit illustre l'hypothèse où le don est, selon le **tableau 1**, le moins performant de tous. Cette sous-performance découle de l'effet combiné d'une imposition corporative inférieure (revenu de placement) et de l'imposition réduite d'un dividende déterminé lors de la distribution à l'individu.

Graphique 9



Notre dernier graphique illustre la performance optimale selon le **tableau 1**, soit une société imposable au taux le plus élevé et disposant d'un compte de revenu à taux régulier. Cette hypothèse est nettement plus favorable lorsque le sujet est âgé de 40 ou 50 ans alors qu'il serait plus performant pour des sujets de 60 et 70 ans avec de l'assurance vie de type T-100, compte tenu du peu de temps disponible pour la capitalisation du produit.

Graphique 10



CONCLUSION

L'exercice nous a permis d'explorer les paramètres financiers d'un don à un organisme de bienfaisance, d'une part, et la capacité de tirer avantage des dispositions fiscales pour soutenir des activités de bienfaisance sans priver sa succession du patrimoine autrement aliéné, d'autre part. Tel qu'il a été illustré, l'exercice se montre fructueux dans la majorité des cas.

Il est toutefois important de prendre en compte tous les paramètres pertinents pour analyser l'efficacité de cette stratégie au cas par cas. Les illustrations ci-dessus sont hypothétiques et la réalité sera toujours différente. Il appert que le don fait par une société par actions, selon la situation, est plus avantageux que celui effectué personnellement.

De très intéressantes solutions de rechange s'offrent à l'actionnaire d'une société privée. Notons entre autres la copropriété avec la société d'un produit d'assurance vie ayant une composante d'investissement. Ainsi, il est certain que l'acquisition par la société de la composante de protection d'assurance et par l'individu des valeurs de rachat semble une avenue très intéressante. L'individu peut alors utiliser pour cette acquisition les liquidités issues du CDC majoré par l'effet du don, réduisant son besoin de puiser à même ses liquidités ou placements personnels pour acquérir son intérêt dans la police d'assurance vie. Cette structure minimise la valeur de l'actif corporatif, réduit le CBR de la police et permet l'accès aux valeurs de rachat de la police d'assurance vie à l'individu sans avantage imposable de la société.

La stratégie impliquant un don de bienfaisance peut donc culminer en un double bénéfice pour le donateur et le donataire.

ANNEXE

TABLEAU 2A

	Liquidités		Actions	CBR		
Revenu imposable	200 000 $	100 000 $	100 001 $	1 $		
Impôts exigibles	93 148 $					
IMRTD	53 340 $		13 335 $			
Impôts différés			23 287 $			
Liquidités pour dividende	350 241 $				**350 241 $**	
CDC					**50 000 $**	
Dividende admissible					89 142 $	
Dividende régulier						$109,138
Liquidités de l'actionnaire (dividende admissible)					**261 099 $**	
Liquidités de l'actionnaire (dividende régulier)						**241 103 $**

TABLEAU 2B

	Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable avant déduction	200 000 $	100 001 $	1 $		
Déduction don de charité	100 000 $				
Revenu imposable	100 000 $				
Impôts exigibles incluant IMRTD	46 574 $				
IMRTD	26 670 $	13 335 $			
Impôts reportés		23 287 $			
Don (liquidités)	100 000 $				
CDC		Dividende en capital		**50 000 $**	
Liquide disponible pour dividende	270 145 $	imposable		**220 145 $**	
Si le dividende est admissible				65 361 $	
Si le dividende est régulier					80 023 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)				204 784 $	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)					190 122 $

TABLEAU 2C

		Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable avant déduction	200 000 $	100 000 $		1 $		
Déduction don de charité	100 000 $					
Revenu imposable	100 000 $					
Impôts exigibles incluant IMRTD	46 574 $					
IMRTD	26 670 $					
Don (liquidités)	100 000 $					
	100 000 $		Dividende en capital		**100 000 $**	
Liquide disponible pour dividende	280 096 $		imposable		**180 096 $**	
Si le dividende est admissible					53 471 $	
Si le dividende est régulier						65 465 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)					226 625 $	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)						214 631 $

ANNEXE (SUITE)

TABLEAU 3A

				Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable 2007		200 000 $		100 000 $	100 001 $	1 $		
Impôts exigibles	21,12 %	42 240 $						
IMRTD	0 %	0 $	26,67 %		13 335 $			
Impôts différés			46,57 %		23 287 $			
Liquidité disponible pour dividende		347 809 $			Dividende imposable		**347 809 $**	
CDC							**50 000 $**	
Si dividende admissible	29,69 %						88 419 $	
Si dividende régulier	36,35 %							108 254 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)							**259 389 $**	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)								**239 555 $**

TABLEAU 3B

			Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable avant don		200 000 $		100 001 $	1 $		
Déduction pour don		100 000 $					
Revenu imposable 2007		100 000 $					
Impôts exigibles	21,12 %	21 120 $					
IMRTD	0 %	0 $	26,67 %	13 335 $			
Impôts reportés			46,57 %	23 287 $			
Don		100 000 $					
				Dividende en capital		**50 000 $**	
Liquidité disponible pour dividende		268 929 $		imposable		**218 929 $**	
Si dividende admissible	29,69 %					65 000 $	
Si dividende régulier	36,35 %						79 581 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)						**203 929 $**	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)							**189 348 $**

TABLEAU 3C

			Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable avant don							
Déduction pour don		200 000 $	100 000 $		0 $		
Revenu imposable 2007		100 000 $					
Impôts exigibles		100 000 $					
IMRTD	21,12 %	21 120 $					
Impôts reportés	0 %	0 $					
Don		100 001 $					
		100 000 $		Dividende en capital		**100 000 $**	
Liquidité disponible pour dividende		278 881 $		Dividende imposable		**178 881 $**	
Si dividende admissible	29,69 %					53 110 $	
Si dividende régulier	36,35 %						65 023 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)						**225 771 $**	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)							**213 858 $**

ANNEXE (SUITE)

TABLEAU 4A

				Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable 2007		200 000 $		100 000 $	100 001 $	1 $		
Impôts exigibles	32,07 %	64 140 $						
IMRTD	0 %	0 $	26,67 %		13 335 $			
Impôts différés			46,57 %		23 287 $			
Liquidité disponible pour dividende		325 909 $			Dividende imposable		**325 909 $**	
CDC							**50 000 $**	
Si dividende admissible	29,69 %						81 917 $	
Si dividende régulier	36,35 %							100 293 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)							**243 992 $**	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)								**225 616 $**

TABLEAU 4B

			Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable avant don		200 000 $		100 001 $	1 $		
Déduction pour don		100 000 $					
Revenu imposable 2007		100 000 $					
Impôts exigibles	32,07 %	32 070 $					
IMRTD	0 %	0 $	0 $	13 335 $			
Impôts reportés			0 $	23 287 $			
Don		100 000 $					
				Dividende en capital		**50 000 $**	
Liquidité disponible pour dividende		257 979 $		Dividende imposable		**207 979 $**	
Si dividende admissible	29,69 %					61 749 $	
Si dividende régulier	36,35 %						75 600 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)						**196 230 $**	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)							**182 379 $**

TABLEAU 4C

			Liquidités	Actions	CBR		
Revenu imposable avant don		200 000 $	100 000 $		1 $		
Déduction pour don		100 000 $					
Revenu imposable 2007		100 000 $					
Impôts exigibles	32,07 %	32 070 $					
IMRTD	0 %	0 $					
Impôts reportés							
Don		100 000 $					
		100 000 $		Dividende en capital		**100 000 $**	
Liquidité disponible pour dividende		267 930 $		Dividende imposable		**167 930 $**	
Si dividende admissible	29,69 %					49 858 $	
Si dividende régulier	36,35 %						61 043 $
Liquidité de l'actionnaire (dividende admissible)						**218 072 $**	
Liquidité de l'actionnaire (dividende régulier)							**206 887 $**

GESTION DE PORTEFEUILLE



Diane Henry
CA, M. Sc., Adm.A., Pl. Fin.
T.E. Mirador

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 14:3

1. CRITÈRES D'ÉVALUATION DE LA TOLÉRANCE AU RISQUE 14:3

1.1. NOTION DE TOLÉRANCE AU RISQUE 14:3
1.2. CRITÈRES D'ÉVALUATION 14:3
1.2.1. Âge 14:3
1.2.2. Expérience 14:4
1.2.3. Taille du portefeuille 14:4
1.2.4. Horizon de placement 14:4
1.3. AUTRES FACTEURS À CONSIDÉRER 14:5
1.3.1. Besoins de liquidités 14:5
1.3.2. Contraintes 14:5

2. RÉPARTITION D'ACTIF 14:5

3. OPTIONS DE PLACEMENT 14:6

3.1. ENCAISSE ET ÉQUIVALENTS 14:7
3.2. TITRES À REVENU FIXE 14:7
3.3. ACTIONS CANADIENNES 14:7
3.4. ACTIONS AMÉRICAINES ET ÉTRANGÈRES 14:8
3.5. PLACEMENTS IMMOBILIERS 14:8
3.6. PLACEMENTS ALTERNATIFS 14:8

4. EFFET À LONG TERME DES CHOIX DE PLACEMENT SUR LES RENDEMENTS PROJETÉS 14:9

4.1. CHOIX DE PLACEMENTS 14:9
4.2. SIMULATION D'UN PORTEFEUILLE DE 5 M$ EN FONCTION DE LA RÉPARTITION D'ACTIF 14:10
4.2.1. Hypothèses utilisées 14:10
4.2.2. Tableau sommaire 14:12
4.2.3. Conclusion 14:13

INTRODUCTION

Le contenu de ce texte vise à expliquer les différents critères d'évaluation de la tolérance au risque et à présenter les options de placement disponibles. On y traite de l'effet à long terme des choix de placement sur les rendements projetés ainsi que leur incidence fiscale. De plus, on discute de l'influence de la longévité, de la fiscalité et de la volonté de transférer un patrimoine sur la politique et les décisions de placement.

1. CRITÈRES D'ÉVALUATION DE LA TOLÉRANCE AU RISQUE

1.1. NOTION DE TOLÉRANCE AU RISQUE

Voyons tout d'abord ce qu'est la tolérance au risque. Elle se définit généralement par la propension d'un individu à vouloir prendre des risques de placement et à les assumer. Ce risque peut être mesuré en terme absolu ou relatif du portefeuille. On cherche à évaluer dans quelle mesure l'individu peut tolérer une baisse d'un certain montant ou d'un pourcentage de son portefeuille. L'accent est mis sur le changement négatif de la valeur de son portefeuille.

L'évaluation de la tolérance au risque peut se faire de deux façons, soit par discussions ou à l'aide de questionnaires d'évaluation de la personnalité et de l'expérience de l'investisseur. Une combinaison des deux méthodes permet généralement de mieux cerner le profil de l'individu.

Il est primordial de déterminer la tolérance au risque afin de déterminer la répartition d'actif appropriée. Toutefois, la tolérance au risque n'est pas le seul facteur qui détermine la répartition d'actif; les liquidités requises et les contraintes doivent également être incluses dans l'équation.

1.2. CRITÈRES D'ÉVALUATION

Il existe plusieurs critères d'évaluation de la tolérance au risque.

1.2.1. Âge

En règle générale, la tolérance au risque diminue avec l'âge, car la possibilité de réinjecter du capital en cas de baisse significative du portefeuille décroît ou devient même inexistante. La sécurité du capital devient une préoccupation grandissante avec les années. Un investisseur dans la trentaine sera généralement plus enclin à tolérer des fluctuations

négatives du portefeuille qu'un investisseur approchant de la retraite, car ce dernier aura moins de chance de reconstituer son capital avant le début des retraits.

1.2.2. Expérience

L'individu qui commence à investir dans les marchés boursiers, peu importe son âge, peut être surpris par la volatilité de ces derniers et ne se sentira pas à l'aise lors de sa première expérience de correction boursière. À l'inverse, l'investisseur expérimenté aura vécu différentes corrections des marchés et ne s'inquiétera pas outre mesure de la volatilité. Certains en profiteront même pour réinvestir lors de corrections de marché.

1.2.3. Taille du portefeuille

Un investisseur détenant un portefeuille de 100 000 $ ne réagira pas de la même façon envers une perte de 10 000 $ comparativement à un investisseur détenant un portefeuille de 10 M$. Si l'individu ne détient que ce capital pour assurer ses besoins, sa tolérance au risque pourrait s'avérer très faible.

La perspective d'un investisseur détenant un portefeuille important par rapport à ses besoins de liquidités peut modifier sa tolérance au risque. À la limite, si la partie des revenus fixes lui assure déjà entièrement son coût de vie, il peut être prêt à supporter plus de volatilité dans son portefeuille global, car la variation de la partie des actions ne modifie pas significativement sa situation. Par conséquent, la taille du portefeuille peut influencer la capacité de l'individu à supporter une baisse de son portefeuille.

1.2.4. Horizon de placement

Le risque se mesure habituellement sous l'angle de la volatilité du placement. Plus un placement est risqué, plus grande est la volatilité. Par conséquent, si l'horizon de placement est court, les fonds devront être investis dans des placements plus stables, sinon l'investisseur pourrait devoir vendre à perte.

Lorsque l'horizon de placements est long, les probabilités de recouvrer ses pertes sont d'autant améliorées, ce qui pourrait amener l'investisseur à avoir plus de tolérance envers les placements plus risqués. Selon certains

théoriciens[1], ce serait même le seul facteur à considérer, mais nous recommandons d'avoir une approche globale.

1.3. AUTRES FACTEURS À CONSIDÉRER

1.3.1. Besoins de liquidités

Même si la tolérance au risque peut être élevée, il arrive des situations où les besoins de liquidités priment. Les liquidités requises viennent influer grandement sur la proportion de revenus fixes dans le portefeuille.

Lorsque l'investisseur est en phase d'utilisation du capital, la liquidité des placements et l'ampleur des distributions représentent des facteurs d'importance.

1.3.2. Contraintes

Il existe diverses contraintes qui doivent être prises en considération lors de la répartition d'actif. Ces contraintes peuvent provenir d'expériences antérieures avec certains types de placements ou de secteurs d'activité. Des préoccupations environnementales ou éthiques sont de plus en plus soulevées par les investisseurs.

De même, ces contraintes peuvent être de nature légale ou juridique. Vous pouvez avoir affaire à des cadres supérieurs ou à des initiés qui ont des restrictions concernant les transactions et la détention de titres de leur entreprise. Dans ces circonstances, une partie importante du portefeuille du client peut être « immobilisée », ce qui peut avoir un effet sur sa tolérance au risque du portefeuille sous gestion.

2. RÉPARTITION D'ACTIF

La répartition d'actif appropriée pour l'investisseur sera donc fonction de sa tolérance au risque et de ses besoins de liquidités, tout en considérant les contraintes stipulées.

Les profils d'investisseur sont généralement classifiés de la façon suivante :

---

[1] Charles D. ELLIS, *Financial Analysts Journal*, janvier-février 1995.

- « Conservateur »

La proportion de titres à revenu fixe occupe une place prépondérante dans le portefeuille, car l'investisseur démontre peu de tolérance au risque. Cette proportion s'élève généralement à 75 % et plus du portefeuille.

- « Prudent »

La proportion de titres à revenu fixe est légèrement moindre que pour l'investisseur « conservateur », donc une partie oscillant autour de 40 % est investie dans des actions et titres de capitalisation.

- « Équilibré »

Ce profil d'investisseur est en mesure d'assumer une plus grande part de risque et on retrouve généralement 60 % d'actions dans son portefeuille.

- « Agressif »

La capacité de cet investisseur à tolérer le risque s'avère élevée. Une faible partie du portefeuille sera investie dans des titres à revenu fixe, car la volatilité des marchés boursiers ne touche pas l'investisseur.

La répartition d'actif pour l'investisseur privé par opposition à l'investisseur institutionnel s'avère d'autant plus importante, car on doit incorporer dans l'équation l'incidence fiscale des placements.

3. OPTIONS DE PLACEMENT

Dans le cadre d'une politique de placement, les investissements sont catégorisés de la façon suivante :

1) Encaisse et équivalents;

2) Titres à revenu fixe;

3) Actions canadiennes;

4) Actions américaines et étrangères;

5) Placements immobiliers;

6) Placements alternatifs.

Examinons ce que chacune de ces catégories peut contenir et le type de revenu qu'elle distribue.

3.1. ENCAISSE ET ÉQUIVALENTS

Cette catégorie comprend les espèces, les dépôts à vue, les bons du Trésor délivrés par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, ainsi que leurs organismes, les acceptations bancaires et les billets à court terme.

Ces titres génèrent des revenus d'intérêts, lesquels ne bénéficient d'aucun traitement fiscal particulier.

3.2. TITRES À REVENU FIXE

On retrouve dans cette catégorie les obligations nominales et à rendement réel, débentures, billets, obligations à coupons détachés, hypothèques, titres hypothécaires, titres garantis par un actif, actions privilégiées, dépôts à terme et certificats de placement garanti (y compris ceux délivrés par les compagnies d'assurance vie canadiennes).

Cette catégorie génère principalement du revenu d'intérêts; des gains et pertes en capital peuvent également survenir lors de la disposition de ces titres.

De plus, tout revenu de placement étranger doit être exprimé en monnaie canadienne, en fonction du taux de change en vigueur au moment où il a été encaissé.

3.3. ACTIONS CANADIENNES

Les actions ordinaires cotées aux Bourses canadiennes, les droits et bons de souscription, les titres convertibles en actions ordinaires, les fiducies de revenu et les participations dans des sociétés en commandite canadiennes se retrouvent dans cette catégorie.

Les actions permettent généralement d'encaisser des dividendes et ainsi de bénéficier du crédit d'impôt pour dividende, ce qui, sur le plan fiscal, devient plus avantageux que du revenu d'intérêts.

De même, les actions permettent, lors de leur disposition, de réaliser du gain en capital, imposé au taux plus avantageux de 24,2 %.

Il existe diverses interprétations concernant la classification des actions privilégiées. Certains les considèrent comme des revenus fixes, d'autres les classent dans les actions; les diverses caractéristiques des actions privilégiées, ainsi que le risque relié à l'entreprise, pourront orienter la classification.

L'avantage des actions privilégiées vient du fait que l'investisseur gagne du revenu de dividende, lequel est fiscalement avantageux et détient un titre dont la valeur peut être assez stable. Il est à noter que le dividende versé tient compte de cet avantage fiscal.

3.4. ACTIONS AMÉRICAINES ET ÉTRANGÈRES

On retrouve dans cette catégorie les actions ordinaires de sociétés autres que canadiennes, cotées en Bourse, les droits et bons de souscription et titres convertibles, les American Depositary Receipts et Global Depositary Receipts.

Les dividendes versés par ces sociétés ne bénéficient pas du crédit d'impôt donc sont assimilables fiscalement à du revenu d'intérêts.

La conversion en dollars canadiens de ces revenus ainsi que des gains et pertes en capital influe également sur la rentabilité du portefeuille.

3.5. PLACEMENTS IMMOBILIERS

Les investissements immobiliers sont généralement faits par l'intermédiaire de l'achat d'unités de participation dans des fonds communs constitués spécialement à cette fin, à savoir les Real Estate Investment Trusts (ci-après « REITS »). Cette catégorie se retrouve principalement dans les politiques de placement des investisseurs institutionnels.

3.6. PLACEMENTS ALTERNATIFS

Cette partie regroupe des types de placements qui sont favorisés par les investisseurs avertis. On y retrouve obligations et actions de pays émergents, obligations à haut rendement, fonds de couverture, placements privés, placements non liquides, placements qui ne sont pas soumis à la surveillance des organismes canadiens ou américains (tels que la Commission des valeurs immobilières du Québec et la Securities and Exchange Commission) ou qui utilisent l'effet de levier, placements en infrastructure, et contrats à terme, « futures », « swaps », options et produits similaires.

Les récents soubresauts des marchés financiers nous rappellent que le risque véritablement lié à des produits financiers qui, de prime abord, devraient être sécuritaires n'est pas toujours évident à cerner.

4. EFFET À LONG TERME DES CHOIX DE PLACEMENT SUR LES RENDEMENTS PROJETÉS

4.1. CHOIX DE PLACEMENTS

Il existe une multitude de types de placements disponibles. Voici une liste non exhaustive ainsi que leurs revenus y afférents :

	Distributions				Dispositions	
	Intérêts	Dividendes	Gains/Pertes en capital	Revenu d'entreprise	Gains/Pertes en capital	Intérêts
Encaisse	x					
Certificat de placement garanti + Dépôt à terme	x					
Obligations à intérêts annuels, composés	x				x	
Obligation à coupons détachés	x				x	
Billets liés aux indices à capital protégé ou non	x					
Parts liées aux indices	x	x	x		x	
Obligations étrangères	x				x	
Fonds transigés en Bourse	x	x	x		x	
Épargne à terme indicielle	x					
Actions de sociétés canadiennes		x			x	
Actions de sociétés étrangères		x			x	
Unités de fiducie de fonds communs	x	x	x		x	
Actions de sociétés de fonds communs	x	x	x		x	
Rentes prescrites	x					
Rentes non prescrites	x					
Accumulation dans une police d'assurance vie						x
REITS	x	x	x			
Parts de sociétés en commandite	x	x	x	x	x	

4.2. SIMULATION D'UN PORTEFEUILLE DE 5 M$ EN FONCTION DE LA RÉPARTITION D'ACTIF

Nous avons simulé la valeur dans 20 ans et le rendement net d'un portefeuille de 5 M$ afin de démontrer l'incidence de la répartition d'actif dans le temps et de la fiscalité.

4.2.1. Hypothèses utilisées

- Capital initial de 5 M$;
- Portefeuille imposable;
- Projection sur 20 ans;
- Rendements constants utilisés;

Selon les indices respectifs, pour les 20 années se terminant le 31 décembre 2006.

Revenus fixes (ci-après « RF »)	
Revenu d'intérêts	4,0 %
Gain en capital	1,0 %
Actions canadiennes	
Dividende	2,5 %
Gain en capital	7,5 %
Actions américaines	
Dividende	2,5 %
Gain en capital	8,5 %
Actions internationales	
Dividende	2,5 %
Gain en capital	6,0 %

Taux d'imposition

Revenus d'intérêts	48,2 %
Dividendes canadiens	29,7 %
Gain en capital	24,2 %

- Actions réparties également entre les marchés canadiens, américains et internationaux;
- Répartition d'actif maintenue constante dans le temps;
- Rééquilibrage une fois par année, au début de l'année;
- Aucun retrait de fonds requis durant la période couverte;
- Frais de gestion des placements non considérés;
- Taux de rotation entraînant 20 % du gain en capital réalisé annuellement.

4.2.2. Tableau sommaire

Projections d'un capital de 5 M$ sur 20 ans

	100 % (RF)	80 % – 20 % RF – A	60 % – 40 % RF – A	50 % – 50 % RF – A	40 % – 60 % RF – A	20 % – 80 % RF – A	100 % actions (A)
Impôts payés	2 661 714	2 815 611	3 010 719	3 059 765	3 144 799	3 313 445	3 485 195
Valeur dans 20 ans	9 072 029	11 157 519	13 854 361	15 150 396	16 753 919	20 477 586	24 962 797
Rendement avant impôt	5,0 %	5,97 %	7,01 %	7,42 %	7,90 %	8,87 %	9,83 %
Rendement net	3,02 %	4,10 %	5,23 %	5,70 %	6,23 %	7,30 %	8,37 %
Plus grande variation négative (historique – 47 ans)	- 4,3 %	- 2,0 %	- 5,4 %	- 8,8 %	- 12,0 %	- 18,0 %	- 25,4 %

Le pourcentage indiqué à titre de plus grande variation négative représente la diminution que peut subir un tel portefeuille, en se basant sur les rendements des indices boursiers des 47 dernières années. Un portefeuille constitué à 100 % en titres à revenu fixe a connu, au cours de ces années, une baisse maximale annuelle de 4,3 %. Même si le passé n'est pas garant de l'avenir, nous pouvons utiliser ces valeurs pour valider la tolérance au risque du client.

4.2.3. Conclusion

La répartition globale d'actif détermine le rendement à long terme du portefeuille. Un portefeuille détenant une forte pondération en revenus fixes ne pourra pas, durant une longue période, démontrer un rendement supérieur à un portefeuille incluant une partie significative en actions bien diversifiée. La notion fondamentale de corrélation entre le risque et le rendement s'applique en gestion de portefeuille; il arrive que certaines personnes l'oublient.

Dans le scénario actuel, les gains en capital étant réalisés à 50 % chaque année, les impôts viennent gruger de 15 % à 40 % du rendement de l'investisseur. Le report de la réalisation des gains en capital a un effet positif sur la valeur du portefeuille, toutefois il faut se souvenir qu'il s'agit d'un report et non d'une économie fiscale. De plus, en phase d'utilisation du capital, les retraits requis entraînent la réalisation de ces gains accumulés.

Il est évident que tous les investisseurs désirent obtenir le rendement le plus élevé, mais lorsque nous introduisons la volatilité inhérente aux marchés boursiers, la tolérance au risque détermine la répartition d'actif. Un portefeuille constitué à 100 % d'actions a pu perdre 25,4 % de sa valeur si l'on se base sur les variations historiques des 47 dernières années. L'investisseur est-il véritablement à l'aise avec une perte de cette ampleur? À lui de vous le dire!

LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS



Philippe-Antoine Morin
Avocat, D. Fisc.
Gallant et Associés s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 15:3

1. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES 15:4

2. ANALYSE DES ÉLÉMENTS PERMETTANT LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 15:6

2.1. L'ARGENT DOIT ÊTRE EMPRUNTÉ 15:6
2.2. OBLIGATION LÉGALE DE PAYER UN INTÉRÊT 15:6
2.3. EN VUE DE TIRER UN REVENU D'ENTREPRISE OU DE BIEN 15:6

3. POSITION ADMINISTRATIVE DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA 15:7

3.1. LA NOTION DE « FIN » 15:8
3.2. LA NOTION DE RETRAÇAGE ET DE LIEN 15:8
3.3. LA NOTION DE « REVENU » 15:8

3.4. LA NOTION D'« UTILISATION DES FONDS » 15:9
3.5. EMPRUNT AFIN D'ACQUÉRIR DES ACTIONS ORDINAIRES D'UNE SOCIÉTÉ ET D'EFFECTUER DES INVESTISSEMENTS 15:9

4. REVUE DE JURISPRUDENCE 15:10

4.1. L'ARRÊT *BRONFMAN TRUST* 15:10
4.2. L'ARRÊT *SHELL* 15:10
4.3. L'ARRÊT *SINGLETON* 15:11
4.4. L'ARRÊT *LUDCO* 15:12
4.5. LES ARRÊTS *LA REINE* C. *WALLS* ET *STEWART* C. *LA REINE* 15:13
4.6. L'ARRÊT *GIFFORD* 15:14
4.7. L'ARRÊT *LIPSON* C. *LA REINE* 15:14

5. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS RELATIVEMENT AUX INVESTISSEMENTS DANS CERTAINS FONDS DE PLACEMENT 15:15

5.1. TITRES À REVENUS FIXES 15:15
5.2. ACTIONS ORDINAIRES DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES 15:16
5.3. ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS 15:16
5.4. UNITÉS DE FONDS DE CROISSANCE 15:16

6. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS EN MATIÈRE D'ASSURANCE VIE 15:16

6.1. LES POLICES D'ASSURANCE VIE 15:18
6.2. LES CONTRATS DE RENTE 15:18
6.3. LES FONDS DISTINCTS 15:19

7. APPLICATIONS PRATIQUES DES RÈGLES ÉNONCÉES PRÉCÉDEMMENT 15:20

7.1. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UN INDIVIDU AVEC EFFET DE LEVIER (*TRIPLE BACK-TO-BACK*) 15:20
7.2. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS AVEC EFFET DE LEVIER (*CORPORATE TRIPLE BACK-TO-BACK*) 15:21
7.3. LE « 8/10 » OU L'AVANCE SUR POLICE AVEC GARANTIE DE TAUX 15:21
7.4. EMPRUNT AFIN DE PAYER DES INTÉRÊTS 15:23

8. LIMITE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENTS AU QUÉBEC DEPUIS 2004 ..... 15:23

CONCLUSION 15:24

INTRODUCTION

L'objectif du présent texte est de traiter de la déductibilité des intérêts, particulièrement dans l'optique des stratégies à effet de levier souvent proposées aux gens fortunés. Ce sujet constitue probablement l'un des enjeux fiscaux les plus importants du nouveau millénaire et nécessite une attention particulière.

En effet, depuis la position administrative des autorités fiscales modifiée à la suite du courant jurisprudentiel élaboré par la Cour suprême du Canada entre 2000 et 2004, ainsi que les modifications législatives proposées[1], les contribuables doivent s'assurer que les intérêts qu'ils déboursent au moment de contracter un emprunt seront déductibles dans le calcul de leur revenu. L'auteur traitera de la déductibilité de ces intérêts et résumera les règles d'application générale à cet égard à la lumière des principes jurisprudentiels établis, ainsi que des modifications législatives proposées à l'automne 2003. Seront par la suite passées en revue les positions administratives émises à l'égard de la déductibilité des intérêts, et notamment en ce qui a trait à différentes stratégies financières utilisées couramment. Une analyse pratique des concepts dégagés à cet effet sera faite. Pour une étude plus exhaustive, nous vous invitons à consulter certains textes publiés au cours des dernières années à cet égard[2].

---

1 Les propositions législatives provisoires ont été publiées par le ministre des Finances du Canada en date du 31 octobre 2003 à l'égard de l'article 3.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »)).

2 François BARETTE, « *Shell*, *Ludco*, *Singleton* et jurisprudence récente », dans *Colloque – Les nouvelles règles en matière de déductibilité des pertes et des intérêts*, 139, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 1:1-30; Alain LÉONARD, « Déductibilité des pertes et des intérêts », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 24:1-18; Jean-François PELLAND, « Mise à jour fiscale sur la déductibilité des intérêts et incidences sur les stratégies financières », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 46:1-18; Wilfrid LEFEBVRE et Mélanie BEAULIEU, « Déduction des intérêts 20(1)(c) mise à jour et l'article proposé 3.1 », dans *Journée d'études fiscales 2004*, Montréal, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 1:1-21.

1. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

La jurisprudence[3] a établi, il y a de nombreuses années, que les intérêts payables relativement à une dette de nature capital ne pouvaient être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année donnée, tel qu'il est prévu à l'alinéa 18(1)b) L.I.R.[4] Par conséquent, il est nécessaire qu'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit expressément la déductibilité de tels intérêts, ce qui est précisément permis aux alinéas 20(1)c) et d) L.I.R. Ces alinéas se lisent comme suit :

> « **20.** (1) Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant : […]
>
> *c*) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :
>
> (i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),
>
> (ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le revenu serait exonéré ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie),
>
> (iii) une somme payée au contribuable :
>
> (A) en vertu d'une loi de crédits et selon les modalités approuvées par le Conseil du Trésor en vue de relever ou de maintenir le niveau de compétence technologique des industries manufacturières canadiennes ou d'autres industries canadiennes,

---

[3] *Canada Safeway Ltd.* c. *MRN*, [1957] C.T.C. 335 (C.S.C.), ainsi que l'arrêt *Interprovincial Pipe Line Co.* c. *MRN*, [1967] C.T.C. 180 (C. de l'É.).

[4] Le régime prévu à la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3 et mod.) étant généralement harmonisé avec celui de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les commentaires formulés à la présente sur l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont généralement applicables, *mutatis mutandis*, à la *Loi sur les impôts* relativement à une dépense d'intérêt engagée par un contribuable assujetti à la *Loi sur les impôts*.

> (B) en vertu des Règlements sur l'aide à l'exploration minière dans le Nord, pris en vertu d'une loi de crédits qui prévoit les paiements à effectuer relativement au Programme de subventions visant les minéraux dans le Nord,
>
> (iv) de l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un intérêt dans un contrat de rente auquel l'article 12.2 s'applique, ou s'appliquerait si le jour anniversaire du contrat tombait dans l'année à un moment où le contribuable détient l'intérêt; toutefois, lorsque la rente a commencé à être versée aux termes du contrat au cours d'une année d'imposition antérieure, les intérêts payés ou payables au cours de l'année ne sont pas déduits dans la mesure où ils dépassent le montant inclus en application de l'article 12.2 dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année quant à son intérêt dans le contrat;
>
> *d*) une somme payée au cours de l'année en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur une somme qui serait déductible selon l'alinéa c) si elle était payée au cours de l'année ou payable pour l'année. » (Notre soulignement)

Ainsi, quatre conditions reliées en partie à l'usage fait des sommes empruntées doivent être remplies afin qu'une dépense d'intérêt puisse être déductible dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition. L'argent doit être emprunté, soit pour :

1) gagner un revenu d'entreprise ou de bien;

2) acquérir un bien en vue d'en tirer un revenu imposable;

3) aider les entreprises manufacturières canadiennes à maintenir certaines technologies; et,

4) acquérir un intérêt dans certains types de contrats de rente auxquels une somme sera incluse dans le revenu du contribuable pour l'année donnée.

Quant à l'alinéa 20(1)d) L.I.R., celui-ci prévoit que les intérêts composés sont déductibles du revenu tant que les conditions énoncées à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. sont remplies.

Le terme « intérêt » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cependant, plusieurs décisions rendues par les tribunaux ont étudié la question. Ainsi, un montant sera considéré comme étant de l'intérêt s'il respecte les trois critères suivants, soit : 1) le montant doit s'accumuler sur une base quotidienne, 2) le montant doit être calculé en fonction d'un montant de capital et 3) il doit représenter une contrepartie pour l'utilisation du montant de capital.

2. ANALYSE DES ÉLÉMENTS PERMETTANT LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Étudions maintenant brièvement chaque élément prévu à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. autorisant la déductibilité d'une dépense d'intérêt. À cet effet, le planificateur financier ainsi que le contribuable devront s'assurer que ces éléments sont présents au moment d'effectuer un placement ou de mettre en œuvre une planification utilisant une stratégie de levier afin que ce contribuable puisse bénéficier de la déduction.

2.1. L'ARGENT DOIT ÊTRE EMPRUNTÉ

Le premier élément de la définition à respecter est que l'argent doit être emprunté. À cet effet, le paragraphe 20(2) L.I.R. définit le concept d'« argent emprunté » comme le montant principal de l'emprunt ainsi que toute autre somme devant être payée à cet égard et les intérêts dus sur ces montants. Cependant, un certain « traçage » doit être effectué afin de déterminer la portion des sommes empruntées qui est utilisée afin de gagner un revenu d'entreprise ou de bien.

2.2. OBLIGATION LÉGALE DE PAYER UN INTÉRÊT

Le second élément requiert une obligation légale de payer un intérêt. Il convient de préciser que cette obligation ne doit pas être uniquement « éventuelle » et que l'on doit se prévaloir de la déduction dans l'année d'imposition où l'intérêt est payé ou devient payable, sous réserve de la méthode comptable choisie par le contribuable (sur base de caisse ou d'exercice). En effet, le contribuable doit avoir l'obligation de payer l'intérêt, à défaut de quoi le créancier pourra recourir aux tribunaux afin de récupérer les sommes dues. Le contribuable ne pourra déduire ces intérêts éventuels dans une année ultérieure, et ce, même si toutes les conditions sont remplies dans cette année particulière et que l'intérêt est actuellement payé.

2.3. EN VUE DE TIRER UN REVENU D'ENTREPRISE OU DE BIEN

Finalement, la dépense d'intérêt doit être engagée en vue de tirer un « revenu d'entreprise ou de bien ». La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit ainsi cette expression au paragraphe 9(1) : « Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année. » (Notre soulignement)

Tel que nous pouvons le constater, cette définition est plutôt large. Il importe que les sommes soient empruntées afin de gagner un revenu d'entreprise ou de bien. Or, l'utilisation de l'expression « en vue » de tirer un revenu suggère qu'il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un revenu est généré, mais que le contribuable ayant emprunté les sommes avait l'intention de les utiliser afin d'en tirer un revenu. À cet effet, les arrêts de la Cour suprême du Canada *Ludco Entreprises Ltée* c. *Canada*[5] et *Singleton* c. *Canada*[6], sur lesquels nous reviendrons, constituent les décisions clés en ce qui a trait aux notions de « fin » et de « revenu » aux fins de la déductibilité des intérêts.

3. POSITION ADMINISTRATIVE DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Le 31 octobre 2003, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a publié un nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-533[7] annulant et remplaçant les cinq *Bulletins d'interprétation* suivants :

IT-80 « Intérêts sur l'argent emprunté pour racheter des actions, payer des dividendes »;

IT-203 « Intérêt sur les droits de succession »;

IT-315 « Frais d'intérêts engagés à des fins de liquidation ou de fusion »;

T-445 « Déductibilité de l'intérêt sur les fonds empruntés pour consentir un prêt à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable ou pour honorer une garantie donnée moyennant une contrepartie insuffisante dans les cas où il y a lien de dépendance »; et

IT-498 « Déductibilité de l'intérêt sur l'argent emprunté en vue de consentir un prêt à un employé ou à un actionnaire ».

Ce bulletin prend en considération les principes tirés des arrêts *Ludco*, *Singleton* et *Shell Canada Ltée* c. *Canada*[8] de la Cour suprême du Canada,

---

5 [2001] 2 R.C.S. 1083 (ci-après « *Ludco* »).

6 [2001] 2 R.C.S. 1046 (ci-après « *Singleton* »).

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

8 [1999] 3 R.C.S. 622 (ci-après « *Shell* »).

mais il ne traite cependant pas des modifications proposées par le ministère des Finances, ni de l'arrêt *Gifford* c. *Canada*[9]. L'ARC désirait mettre à jour sa politique administrative à l'égard de la déductibilité des intérêts, à la lumière des principes pouvant être dégagés de la jurisprudence précitée.

3.1. LA NOTION DE « FIN »

Le paragraphe 9 dudit bulletin traite de la fin de l'emprunt. Il y est énoncé que l'intérêt serait déductible si, selon les circonstances, le contribuable avait, au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de revenu et qu'« [e]n l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, une fin accessoire poursuivie par le contribuable en effectuant l'investissement peut néanmoins constituer une fin réelle ou véritable, tout aussi susceptible de satisfaire la condition de déductibilité de l'intérêt que toute autre fin principale plus importante ». Cette position administrative reprend ainsi les conclusions tirées de l'arrêt *Ludco*.

3.2. LA NOTION DE RETRAÇAGE ET DE LIEN

L'argent emprunté doit être utilisé aux fins de gagner un revenu afin de permettre la déductibilité des intérêts. Ainsi, le retraçage constitue un élément fondamental permettant de déterminer l'utilisation admissible ou non des fonds empruntés. À cet égard, la position administrative de l'ARC est de permettre au contribuable l'adoption de l'approche flexible du retraçage/lien, telle qu'elle est établie dans l'arrêt *Ludco*. Par conséquent, lorsqu'un contribuable doit démontrer que l'argent emprunté est actuellement utilisé à des fins admissibles, celui-ci peut, lorsque l'argent emprunté a été « mélangé » avec une autre quantité d'argent dans le même compte, allouer en premier l'argent emprunté à des utilisations admissibles.

3.3. LA NOTION DE « REVENU »

L'ARC reprend à nouveau les principes énoncés dans l'arrêt *Ludco* aux paragraphes 10 et 31 du bulletin. Il y est prévu que « revenu » s'entend du revenu en général, à savoir de toute somme qui entre dans le calcul du revenu imposable et non seulement du revenu net. Par conséquent, il s'agit d'un profit par lequel le revenu obtenu est supérieur aux dépenses engagées, et ce, incluant la dépense d'intérêt.

---

9 [2004] 1 R.C.S. 411 (ci-après « *Gifford* »).

3.4. LA NOTION D'« UTILISATION DES FONDS »

L'ARC fonde sa position à ce sujet sur les conclusions énoncées dans plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada, plus précisément dans les affaires *Canada Safeway Ltd.* c. *MRN*[10], *Bronfman Trust* c. *Canada*[11] et *Shell*[12]. Ces arrêts énoncent clairement que l'utilisation pertinente est l'utilisation actuelle et non pas l'utilisation initiale de l'argent emprunté. Afin de déterminer l'utilisation de l'argent emprunté, les contribuables doivent établir un lien entre l'argent emprunté et son utilisation actuelle.

3.5. EMPRUNT AFIN D'ACQUÉRIR DES ACTIONS ORDINAIRES D'UNE SOCIÉTÉ ET D'EFFECTUER DES INVESTISSEMENTS

Le paragraphe 31 du *Bulletin d'interprétation* précise que, lorsqu'un placement est porteur d'intérêts ou de dividendes, le critère de l'intention de tirer un revenu est respecté « [e]n l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération ». Ainsi, en supposant que tous les autres critères sont respectés, et si le revenu ne dépasse pas les frais d'intérêts, l'intérêt ne serait pas refusé en totalité, ni restreint en fonction du revenu découlant du placement.

Par ailleurs, l'ARC confirme que, si l'investissement ne porte pas intérêt ou n'est pas soumis à des dividendes, plus particulièrement dans le cas de certaines actions ordinaires, il est parfois difficile de déterminer l'expectative raisonnable de revenu au moment de l'investissement. Généralement, la position de l'ARC sera que les intérêts se rapportant à un emprunt contracté pour acheter des actions ordinaires sont déductibles, s'il y a une expectative raisonnable de profit, au moment de l'acquisition des actions et que le détenteur des actions ordinaires recevra des dividendes. Notons que le gain en capital au moment de la disposition des actions ne constitue pas un revenu tiré d'un bien aux fins de la déductibilité des intérêts. Ces commentaires s'appliquent également aux investissements dans des fiducies de fonds communs de placement et des sociétés de placement à capital variable.

---

10 57 D.T.C. 1239 (C.S.C.) (ci-après « *Safeway* »).

11 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.) (ci-après « *Bronfman Trust* »).

12 Précité, note 8.

4. REVUE DE JURISPRUDENCE

4.1. L'ARRÊT *BRONFMAN TRUST*[13]

Cet arrêt traite du retraçage de l'utilisation des fonds empruntés. Dans cette affaire, le contribuable, c'est-à-dire une fiducie, soutenait que les sommes payées à titre d'intérêt sur de l'argent emprunté afin d'effectuer un versement de capital à un bénéficiaire pouvaient être déductibles. De prime abord, la Cour suprême du Canada a mentionné de manière non équivoque qu'en appliquant le test de l'utilisation admissible, il doit être déterminé à quelle fin ultime le contribuable destine les fonds empruntés. En fait, ce qui importe n'est pas la fin de l'emprunt, mais plutôt l'objectif recherché par le biais de l'utilisation des fonds concernés.

Cet arrêt a établi que la déductibilité des intérêts payés ou payables, dans une année d'imposition donnée, dépend de la qualification de l'usage et de la fin poursuivie des sommes empruntées. Cette qualification dépend du revenu d'entreprise ou du bien généré, qui ne doivent pas être des revenus exonérés. Ainsi, la *Loi de l'impôt sur le revenu* requiert un retraçage de l'utilisation faite des fonds empruntés à une fin admissible. Tout comme pour bien des situations en matière fiscale, le fardeau de la preuve cherchant à démontrer l'utilisation admissible des fonds repose sur le contribuable. À cette fin, l'utilisation pertinente est l'utilisation actuelle et non pas l'utilisation initiale de l'argent emprunté.

4.2. L'ARRÊT *SHELL*[14]

Dans cette affaire, la Cour suprême réitère l'approche à suivre en matière d'interprétation législative, particulièrement dans le contexte de ce qu'il est convenu d'appeler des situations « d'évitement fiscal ». La Cour a confirmé que les quatre éléments énoncés à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. doivent être présents afin de bénéficier de la déductibilité des intérêts.

La Cour s'est par la suite penchée plus particulièrement sur le troisième critère susmentionné, soit que les fonds empruntés doivent être utilisés afin de gagner un revenu d'entreprise ou de bien non exonéré. La Cour a précisé un des tests énoncés dans l'arrêt *Bronfman Trust*. En effet, en plus de l'utilisation directe des fonds empruntés, la Cour met l'accent non seulement

---

13 Précité, note 11.

14 Précité, note 8.

sur la fin de l'emprunt en soi, mais aussi sur la fin visée par le contribuable dans l'utilisation des fonds. Elle poursuit, de façon plus détaillée, sur la notion de la « réalité économique » d'une transaction et de « l'objet et de l'esprit » de la disposition législative visée.

Le juge McLachlin a ajouté ces commentaires à l'égard du conflit entre la « réalité économique » d'une transaction et sa forme juridique :

> « Notre cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liée par la forme juridique apparente de celle-ci : *Bronfman Trust*, précité, aux pages 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au paragraphe 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse 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 : *Continental Bank Leasing Corp.* C. *Canada* [1998] 2 R.C.S. 298, au paragraphe 21, le juge Bastarache.
>
> Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre cour est bien établie : l'examen de la "réalité économique" d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée : *Continental Bank*, précité, au paragraphe 51, le juge Bastarache; *Tennant*, précité, au paragraphe 16, le juge Iacobucci; *Canada* c. *Antosko* [1994] 2 R.C.S. 312, aux pages 326, 327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen* c. *Canada* [1995] 3 R.C.S. 103, au paragraphe 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches)* c. *M.N.R.* [1996] 1 R.C.S. 963, au paragraphe 15, le juge Cory[15]. »

4.3. L'ARRÊT *SINGLETON*[16]

L'arrêt *Singleton* rendu par la Cour suprême est venu clarifier la notion d'utilisation directe et confirmer la préséance des relations juridiques sur la réalité économique en matière de déductibilité des intérêts. Dans cette affaire, le contribuable a effectué un retrait de capital de sa firme d'avocats,

---

15 *Id*., par. 39 et 40.

16 Précité, note 6.

puis en a utilisé son produit afin de payer l'hypothèque de sa résidence principale. Par la suite, il a emprunté une somme équivalant au retrait effectué précédemment afin de recapitaliser sa participation dans sa firme. La Cour suprême devait statuer à savoir si l'intérêt payable à l'égard de l'argent emprunté à une fin admissible, soit l'injection de capitaux dans sa firme, était déductible, bien qu'il remplace un intérêt payable quant à une fin non admissible, soit le prêt hypothécaire.

La Cour a conclu que l'intérêt était déductible pour le contribuable. De façon générale, une analyse de la « réalité économique » des opérations effectuées par les contribuables ne pourra être effectuée en l'absence d'une disposition législative expresse ou d'une conclusion indiquant que ces opérations constituent un trompe-l'œil ou une autre supercherie. Dans le cas présent, la totalité des transactions conclues par le contribuable ne sauraient être qualifiées de simples « échanges de chèques » permettant à un tribunal de ne pas tenir compte des transactions qui se sont réellement produites. En deuxième lieu, l'examen de la « réalité économique » ne pourra aucunement soustraire un tribunal à son obligation d'appliquer les dispositions claires et non équivoques de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

4.4. L'ARRÊT *LUDCO*[17]

Les principes énoncés à l'arrêt *Ludco* ont réduit la portée de la doctrine de l'expectative raisonnable de profit en précisant qu'une fin accessoire suffisait à satisfaire au test de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et, ensuite, en décrétant la portée du concept de « revenu » au sens de cette disposition. Dans cette affaire, le contribuable a dû payer des intérêts à l'égard de fonds empruntés afin d'acquérir des actions ordinaires du capital-actions de sociétés non résidentes. Les fonds ayant servi à la souscription furent par la suite utilisés par lesdites sociétés non résidentes afin de générer un revenu d'intérêts assujetti à un impôt minime ou inexistant. Une petite portion du revenu généré fut redistribuée au contribuable par le truchement d'un dividende, le taux d'imposition applicable sur ce type de revenu étant inférieur au taux d'intérêt payé sur l'argent emprunté. L'opération entraînait ainsi une augmentation de la valeur des actions des sociétés non résidentes lui permettant de générer un gain en capital important lors d'une disposition ultérieure. La Cour devait interpréter le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. et analyser la fin liée à l'utilisation des fonds empruntés, c'est-à-dire gagner un revenu d'entreprise ou de bien.

---

[17] Précité, note 5.

Il a été établi que l'acquisition des actions visait principalement un report d'impôt canadien et la conversion du revenu d'intérêts, qui aurait été par ailleurs pleinement imposable au Canada, sous forme de gain en capital. La Cour a mentionné qu'il pouvait exister plusieurs fins pour emprunter de l'argent, mais qu'aucune n'est exclusive, principale ou dominante et aucun classement en importance ne pouvait être effectué. Afin de pouvoir déduire la totalité des intérêts payés, le contribuable doit pouvoir retracer les actifs générateurs de revenus au montant total de l'emprunt. La Cour a conclu que le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. ne requérait pas que l'objet principal ou exclusif du contribuable, soit de gagner un revenu, mais qu'il suffisait qu'un tel revenu soit gagné même s'il était combiné à un gain en capital. De plus, le sous-alinéa ne supporte pas l'interprétation requérant la réalisation d'un profit ou d'un revenu net. La Cour a ainsi conclu que l'intérêt était déductible.

4.5. LES ARRÊTS *LA REINE* C. *WALLS*[18] ET *STEWART* C. *LA REINE*[19]

Dans le cadre de ces deux affaires, la Cour suprême du Canada devait analyser la déductibilité des intérêts relative à l'achat d'un actif exploité à perte. La déductibilité était contestée par l'ARC au motif qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit et, par conséquent, les fonds n'avaient pas été empruntés en vue de tirer un revenu d'une source. Les arrêts *Walls* et *Stewart* ont par ailleurs mis fin à l'application générale de la doctrine de l'expectative raisonnable de profit comme critère afin de déterminer l'existence d'une source de revenus.

En permettant la déductibilité des intérêts, la Cour mentionne qu'en l'absence d'élément d'usage ou d'avantage personnel, la question de l'expectative raisonnable de profit ne se pose pas à l'égard de l'existence d'une source de revenus. Par conséquent, les intérêts relatifs à de l'argent emprunté afin d'acquérir de telles sources de revenus sont déductibles, et ce, même s'ils ne répondent pas au test de l'expectative de revenu. En plus de rejeter l'application générale de cette théorie, l'arrêt *Stewart* est venu modifier le concept de revenu aux fins de déterminer la commercialité d'une entreprise.

---

18 [2002] 2 R.C.S. 684 (ci-après « *Walls* »).

19 [2002] 2 R.C.S. 645 (ci-après « *Stewart* »).

4.6. L'ARRÊT *GIFFORD*[20]

Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a dû clarifier certains éléments, notamment si celle-ci avait établi par l'intermédiaire d'arrêts précédents qu'un paiement d'intérêts constituait toujours un paiement au titre du capital. Un second élément analysé fut de déterminer si la *Loi de l'impôt sur le revenu* comprenait un code exhaustif en matière de déductibilité des intérêts.

Les faits de cette affaire sont simples : un contribuable employé d'une firme de courtage a fait l'acquisition de la liste de clients d'un collègue. En contrepartie, l'acheteur a versé 100 000 $ au vendeur. Le prix d'acquisition convenu a été financé au moyen d'un emprunt du même montant. La Cour devait déterminer si le contribuable pouvait déduire de son revenu soit le prix d'achat de ladite liste, soit les intérêts qu'il avait versés sur l'emprunt pour l'acquisition de cette liste. La Cour a conclu par la négative. En effet, il fut établi que les intérêts étaient versés au titre de capital et non de nature courante.

Quant au second élément à analyser, soit si la *Loi de l'impôt sur le revenu* comprenait un code exhaustif en matière de déductibilité des intérêts, la Cour a de nouveau répondu par la négative, allant ainsi à l'encontre de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale.

4.7. L'ARRÊT *LIPSON* C. *LA REINE*[21]

Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale devait déterminer l'application de la règle générale antiévitement prévue au paragraphe 245(4) L.I.R. dans le cadre d'une transaction visant à permettre la déductibilité des intérêts sur l'acquisition d'une résidence principale. La transaction se voulait similaire à celle de l'affaire *Singleton*[22], mais elle comportait un certain nombre d'étapes supplémentaires.

Les faits peuvent être résumés ainsi : M^me^ Lipson a emprunté une somme afin d'acquérir des actions de la compagnie familiale appartenant à M. Lipson, son mari. La transaction a été effectuée sans impact fiscal par le biais du paragraphe 73(1) L.I.R. afin que M. Lipson n'ait pas à inclure le

---

20 Précité, note 9.

21 2007 D.T.C. 5172 (C.A.F.) (ci-après « *Lipson* »).

22 Précité, note 6.

gain en capital accru sur les actions. Par la suite, M. Lipson a utilisé le produit de la vente pour faire l'acquisition de la résidence principale de la famille. L'étape suivante a été d'emprunter une somme d'argent garantie par une hypothèque sur la résidence afin de rembourser l'emprunt initial de M^me^ Lipson. Ce remboursement d'emprunt entraîna l'application du paragraphe 20(3) L.I.R. et réputa que l'emprunt garanti par l'hypothèque sur la résidence a été utilisé aux mêmes fins que l'emprunt original, donc afin de gagner un revenu. Ainsi, les contribuables ont demandé une déduction des frais d'intérêts payés sur le prêt hypothécaire en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. La déduction d'intérêt par M^me^ Lipson a généré une perte en ce qui a trait aux actions, mais le paragraphe 74.1(1) L.I.R. est venu ré-attribuer la perte à M. Lipson.

En première instance, la Cour a jugé que la série de transactions constituait un abus de l'alinéa 20(1)c) et du paragraphe 20(3) L.I.R., puisque les contribuables ont tenté de rendre déductibles des intérêts sur une résidence. Pour sa part, la Cour d'appel fédérale confirma la décision de première instance en nuançant celle-ci. La Cour mentionna qu'il serait difficile de juger qu'une opération de la série serait abusive sans prendre en considération la série d'opérations au complet. À cet effet, la Cour a ajouté que, si un avantage fiscal résultait d'une série de transactions, l'objet de la série est pertinent afin de déterminer si une transaction à l'intérieur de la série constitue l'abus d'une disposition de la loi.

Cette affaire qui sera entendue par la Cour suprême du Canada est venue causer une certaine confusion parmi les planificateurs financiers et fiscaux. En effet, puisque les faits sont similaires entre cette affaire et l'arrêt *Singleton*, il est difficile maintenant de déterminer ce qui constitue une planification fiscale abusive d'une planification qui serait raisonnable. Il sera intéressant de voir ce que la Cour suprême décidera.

5. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS RELATIVEMENT AUX INVESTISSEMENTS DANS CERTAINS FONDS DE PLACEMENT

5.1. TITRES À REVENUS FIXES

Les intérêts payés lors d'un emprunt afin d'acquérir des titres à revenu fixe, telles des obligations d'épargne, peuvent être déduits dans le calcul du revenu du contribuable puisque l'argent a été emprunté afin de tirer un revenu de bien. Par exemple, un particulier emprunte 100 000 $ portant intérêt au taux de 7,5 % afin d'investir dans des obligations d'épargne du Canada générant un revenu annuel de 5 %, dès lors la déductibilité des intérêts sera permise au fédéral et sera limitée au revenu de placement au

provincial. La différence entre les taux d'intérêt est reportable au provincial à l'encontre de revenus de placement d'autres années d'imposition.

5.2. ACTIONS ORDINAIRES DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES

Les intérêts payés lors d'un emprunt afin d'acquérir des actions ordinaires de sociétés publiques cotées à une Bourse de valeur prescrite peuvent être déduits dans le calcul du revenu du contribuable s'il y a une expectative raisonnable que des dividendes soit versés. Par exemple, un particulier emprunte 100 000 $ portant intérêt au taux de 7,5 % afin d'investir dans des actions ordinaires de Bombardier, dès lors puisque Bombardier a la réputation de verser des dividendes régulièrement et qu'il y a donc une expectative raisonnable à cet effet, la déductibilité des intérêts sera permise sans limite au fédéral et de même au provincial.

5.3. ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Les intérêts payés lors d'un emprunt afin d'acquérir des actions privilégiées de sociétés par actions peuvent être déduits dans le calcul du revenu du contribuable puisque l'argent a été emprunté afin de tirer un revenu de bien. Par exemple, un particulier emprunte 100 000 $ portant intérêt au taux de 7,5 % afin d'investir dans des actions privilégiées portant dividende au taux de 6 % annuellement, dès lors la déductibilité des intérêts sera permise au fédéral et sera limitée au revenu généré annuellement au provincial. La différence entre les taux d'intérêt est reportable au provincial à l'encontre de revenus de placement d'autres années d'imposition.

5.4. UNITÉS DE FONDS DE CROISSANCE

Dans ce cas, les intérêts payés lors d'un emprunt afin d'acquérir des unités d'un fonds de croissance, générant uniquement du gain en capital, ne peuvent être déduits dans le calcul du revenu du contribuable. Par exemple, un particulier emprunte 100 000 $ portant intérêt au taux de 7,5 % afin d'investir dans des unités d'un fonds de croissance, dès lors la déductibilité des intérêts ne sera pas permise. Tel que nous l'avons vu précédemment, le gain en capital ne constitue pas une source de revenu et, par conséquent, les intérêts seraient non déductibles.

6. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS EN MATIÈRE D'ASSURANCE VIE

De prime abord, il importe de mentionner que ce texte n'est pas une étude détaillée des différentes stratégies financières liées à l'assurance vie ou y afférentes, mais bien une étude de la déductibilité des intérêts associée à la

souscription à de telles polices par le truchement d'un emprunt portant intérêt. Ainsi, pour des analyses plus détaillées sur les tenants et aboutissants des différentes planifications, nous vous invitons à consulter d'excellents textes portant sur le sujet dans le cadre de congrès et de colloques de l'Association de planification fiscale et financière[23].

Les stratégies de levier en matière d'assurance vie permettent au titulaire d'un contrat d'assurance de ne pas immobiliser des sommes importantes à l'intérieur de tels contrats. Ainsi, le titulaire de la police peut déposer un montant additionnel dans son contrat et céder cet actif en collatéral pour l'obtention d'un prêt ou d'avances sur police.

Le terme « police d'assurance-vie » est défini au paragraphe 138(12) L.I.R. comme suit :

> « Sont compris dans les polices d'assurance-vie les contrats de rentes et les contrats relativement auxquels le montant de tout ou partie des provisions de l'assureur varie selon la juste valeur marchande d'un groupe déterminé d'éléments d'actif. »

La définition est plutôt large et le régime fiscal applicable complexe. Quant à la déductibilité des intérêts payés pour financer une contribution à certains régimes, tels un régime de retraite enregistré, un régime enregistré d'épargne-retraite ou un régime de participation différée aux bénéfices, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des limites à cet égard.

En effet, il est prévu, entre autres, aux alinéas 20(1)c) et 18(1)h) L.I.R., une restriction à la déductibilité des intérêts payés, ou payables, afin de contracter une assurance vie. Il existe cependant quelques exceptions, particulièrement en ce qui a trait aux contrats de rente ainsi qu'aux fonds distincts.

---

[23] Voir les textes de Gilles CHEVALIER, « Les stratégies de levier financier en assurance vie », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 27:1-24; et Diane HAMEL, « Pot-pourri en matière d'assurance », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 54:1-20; Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, « Le tour du monde du placement en 45 minutes... », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 35:1-45, aux pages 35:5-24.

6.1. LES POLICES D'ASSURANCE VIE

Le contribuable qui acquiert un produit d'assurance vie par le biais d'un financement ne pourra déduire de son revenu les intérêts payés tel qu'il est prévu à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Ainsi, lorsqu'un prêt portant intérêt est contracté afin de souscrire à une police d'assurance vie, même dans des circonstances où celle-ci est utilisée afin de financer un contrat d'achat/vente d'actions par un actionnaire dans le cadre d'une convention entre actionnaires, le contribuable ne pourra déduire les intérêts, et ce, bien qu'il y ait à première vue une fin commerciale. Néanmoins, cette règle générale souffre d'une exception lorsque la police d'assurance n'est pas exempte et que l'accroissement est inclus annuellement dans le revenu du contribuable, et ce, en vertu de l'alinéa 12.2(1)a) L.I.R.

6.2. LES CONTRATS DE RENTE

Le terme « rente » est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. comme étant des sommes payables à intervalles réguliers, plus longs ou plus courts qu'une année, en vertu d'un contrat, d'un testament, d'une fiducie ou autrement. Les compagnies et certaines institutions financières ont créé un grand nombre de variantes de contrats de rente tels que les rentes différées, paiements uniques ou périodiques, viagères ou réversibles. Les contrats de rente peuvent aussi être enregistrés ou non, ce qui influera sur les règles applicables en ce qui a trait à l'imposition.

Ainsi, les revenus accumulés sous un régime enregistré ne sont pas inclus dans le calcul du revenu du contribuable et croissent à l'abri de l'impôt. À l'inverse, les sommes accumulées dans un contrat de rente non enregistré devront être incluses dans le revenu du contribuable.

Nonobstant la restriction à la déductibilité des intérêts liée à un emprunt utilisé afin de souscrire à une police d'assurance vie, il existe une exception au sous-alinéa 20(1)c)(iv) L.I.R. lorsque la rente achetée n'est pas enregistrée. Certaines conditions doivent être remplies afin de permettre la déduction, soit :

1) l'intérêt dans le contrat de rente doit avoir été acquis après 1989; et

2) le contrat n'est pas un contrat de rente prescrit.

En bref, l'imposition des contrats de rente varie en fonction du type de contrat et de la date d'acquisition de celui-ci. L'imposition des sommes

accumulées tel qu'il est prévu à l'article 12.2 L.I.R. n'existe que depuis 1990.

6.3. LES FONDS DISTINCTS

Les fonds distincts sont des produits particuliers à l'industrie de l'assurance. Un fonds distinct est un fonds de placement dont un contribuable détient des parts dans le cadre d'un contrat d'assurance. Le mot « distinct » indique que les placements demeurent séparés des actifs généraux de la compagnie d'assurances. Le contrat d'assurance stipule la protection dont on peut bénéficier. Les fonds distincts permettent à la fois une gestion des placements et leur protection.

Par exemple, les billets à capital protégé offrent certaines garanties à leurs détenteurs. C'est leur statut de contrat d'assurance qui permet aux fonds distincts d'offrir certains bénéfices que l'on ne retrouve pas dans les fonds communs de placement. Ils présentent des caractéristiques qui sont communes à tous les contrats de ce type, dont la garantie de capital au décès et à l'échéance. Ils se qualifient à titre de contrats de rente parce qu'ils incluent un engagement en vue du versement d'une rente et qu'ils comportent en plus certaines garanties minimales à l'échéance d'au moins 75 % des primes versées.

D'un point de vue fiscal, les fonds distincts sont réputés être des fiducies entre-vifs, tel que le prévoit le paragraphe 138.1(1) L.I.R. En conséquence, les revenus générés par la fiducie conserveront leur caractère initial en tant qu'intérêts, dividendes ou gain en capital dans les mains du détenteur du fonds. L'allocation des revenus est prévue pour être effectuée d'une manière semblable à celle qui est accordée aux bénéficiaires d'une fiducie, à certaines différences près. Les fonds mutuels ne peuvent pas allouer les pertes en capital aux porteurs de parts, alors qu'il est permis de le faire pour les fonds distincts.

Depuis 1991, date de modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'y inclure le paragraphe 20(2.2), une exception est prévue à la définition de police d'assurance vie à l'égard des fonds distincts : les intérêts payés sur un emprunt afin d'acquérir une rente d'un tel fonds pourront être déduits du revenu du contribuable si les critères prévus aux règles générales sont respectés. Ainsi, tous les principes énoncés ci-dessus sont entièrement applicables.

7. APPLICATIONS PRATIQUES DES RÈGLES ÉNONCÉES PRÉCÉDEMMENT

7.1. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UN INDIVIDU AVEC EFFET DE LEVIER (*TRIPLE BACK-TO-BACK*)[24]

Dans les situations où le contribuable ne possède pas les sommes nécessaires afin d'acheter un contrat de rente ou qu'il ne désire pas disposer de certains de ses placements pour ce faire, il lui est loisible d'emprunter à cette fin. Ainsi, celui-ci procédera d'abord en souscrivant à un contrat de rente viagère prescrit avec ses fonds propres. Il souscrira ensuite à un contrat d'assurance vie de type temporaire de 100 ans, dont les primes seront acquittées avec le revenu net tiré de la rente. Le contrat de rente pourrait être réversible au conjoint et l'assurance vie payable au second décès.

Par la suite, le contribuable empruntera auprès d'une institution financière déterminée, une somme égale au montant investi pour l'achat de la rente, remplaçant ainsi le capital qu'il peut investir dans un portefeuille de son choix, afin de continuer à en retirer un revenu. Il céderait ensuite à l'institution financière déterminée le contrat de rente et le contrat d'assurance vie (ou uniquement la police d'assurance vie) en garantie de l'emprunt contracté. Au décès du rentier, l'emprunt serait remboursé à même le capital-décès de la police d'assurance vie, lequel serait payé libre d'impôt. Le gain en capital imposable de la partie du portefeuille de placement constituée de biens en immobilisations serait présumé être réalisé en raison du décès et serait imposé en conséquence.

Il n'est pas possible dans ce cas pour un contribuable de déduire les intérêts sur l'argent emprunté afin d'acquérir une police d'assurance vie. Cependant, il existe une exception à la règle générale prévue au sous-alinéa 20(1)c)(iv) L.I.R., qui permet une déduction des intérêts lorsque la police est un contrat de rente non enregistré. Ainsi, l'argent emprunté pour acquérir un contrat de rente, en vertu duquel le revenu couru annuellement est inclus dans le revenu du contribuable, pourrait être admissible à la déduction, laquelle est limitée au montant du revenu imposable tiré de la rente et inclus dans le calcul du revenu du contribuable. De plus, le contrat ne doit pas être qualifié de rente prescrite et avoir été souscrit après 1989.

---

[24] Hélène MARQUIS et Stéphane VIGNEAULT, « Les rentes assurées individuelles et corporatives », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 38:1-58.

Ainsi, les intérêts payés sur l'argent emprunté sont déductibles uniquement lorsque l'argent emprunté est utilisé afin de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien. L'alinéa 20(1)c) L.I.R. ne permet pas une déduction d'intérêt liée à l'acquisition d'une police d'assurance vie. Lorsque les fonds sont empruntés en vue d'acquérir une telle police, aucune circonstance exceptionnelle pour usage accessoire ne peut être prise en considération, bien que le produit soit acquis à des fins commerciales valables telles que l'assurance de la convention d'achat et de vente d'actions prévues à une convention entre actionnaires ou pour garantir un prêt bancaire commercial.

7.2. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS AVEC EFFET DE LEVIER (*CORPORATE TRIPLE BACK-TO-BACK*)

La stratégie de la rente assurée corporative associée d'un levier financier est un moyen de bénéficier au maximum des avantages fiscaux rattachés à ce concept. En plus d'utiliser une partie de son capital pour souscrire à une rente viagère sur la tête de son actionnaire, la société emprunte d'une institution financière désignée un montant égal au capital souscrit afin de remplacer le revenu perdu provenant du portefeuille de placements. Par la suite, la société souscrit à un contrat d'assurance vie sur la vie de son actionnaire payable au décès. La société consent par la suite une hypothèque mobilière sur le contrat de rente et sur celui d'assurance vie pour garantir le remboursement de l'emprunt.

Cette stratégie permet d'optimiser les revenus pouvant être retirés du capital de la société du vivant des actionnaires. Au décès, ce sont les avantages successoraux qui sont optimisés, étant donné la réduction des impôts sur les gains en capital latents accumulés sur la valeur des actions de la société et réalisés au décès. À la suite du décès, le capital-décès d'assurance vie servira à rembourser l'emprunt et permettra l'ouverture d'un crédit au compte de dividendes en capital de la société.

Il convient de noter que les commentaires concernant la déductibilité des intérêts sur une rente non prescrite décrite à la section 7.1. s'appliquent *mutatis mutandis* à cette planification.

7.3. LE « 8/10 » OU L'AVANCE SUR POLICE AVEC GARANTIE DE TAUX

Une des stratégies financières de plus en plus utilisées par les planificateurs consiste à établir, dans un contrat d'assurance vie exonérée, un lien entre le taux de rendement consenti à l'intérieur du contrat et le taux

d'intérêt des avances sur police. Ainsi, le titulaire du contrat doit effectuer un dépôt supplémentaire assez important dans la police d'assurance pour qu'il y ait une valeur de rachat au contrat. Le participant (particulier ou société) emprunte ensuite directement sur son contrat la somme qu'il désire jusqu'à concurrence de la valeur de rachat de la police.

L'ARC a expliqué, dans le cadre d'une interprétation technique[25], le mécanisme selon lequel la compagnie d'assurances conserve un écart fixe de 2 % en transférant l'argent emprunté sur les comptes de placement du contrat, c'est-à-dire l'avance sur police à un compte de placement qui sert de garantie. Ce faisant, l'ARC a mentionné que le taux d'intérêt sur l'avance pourra être considéré comme spécifique du contrat et normalement concurrentiel. L'interprétation technique demandée était fondée sur un taux d'intérêt de 5 % pour l'avance et un taux d'intérêt de 3 % porté au crédit du contrat. Pour sa part, le contribuable a demandé à l'ARC de se prononcer sur la déductibilité des intérêts si la compagnie d'assurances déterminait le taux de l'emprunt à 10 % et le taux de rendement à 8 %.

La principale considération pour l'ARC était de déterminer si les intérêts sur l'emprunt étaient raisonnables en l'espèce. L'ARC ajoute ceci :

> « However, in order for interest to be deductible under paragraph 20(1)(c) of the Act, the amount of interest that has been paid or is payable must be reasonable in the circumstances. Of relevance in determining whether the interest rate is reasonable would be comparisons to the of interest being charged for policy loans under UL policies that do not offer the stepped up rate and the rate of interest that is being charged by other lenders with similar credit ratings.
>
> Apart from the issue of reasonableness, as it would seem that this type of arrangement is not in accord with the purpose and spirit of the provisions in the Act related to exempt insurance policies we have referred this matter to the Department of Finance for their consideration[26]. » (Notre soulignement)

Il appert de cette position que les autorités fiscales n'apprécient pas particulièrement ce genre de planification et désirent se pencher sur la question du caractère raisonnable des taux d'intérêt utilisés.

---

[25] *Tax Window Files*, dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2004-0065531E5, 6 décembre 2004. Voir aussi les textes de : Gilles CHEVALIER, *loc. cit*., note 23; et Diane HAMEL, *loc. cit*., note 23.

[26] *Id.*

7.4. EMPRUNT AFIN DE PAYER DES INTÉRÊTS

En décembre 2004, l'ARC a émis une interprétation technique[27] sur la situation où un contribuable contracte un emprunt sur lequel les intérêts sont déductibles. Afin de payer ces intérêts, il contracte un deuxième emprunt. Les intérêts sur ce deuxième emprunt sont-ils déductibles? L'ARC répond par l'affirmative ainsi :

> « Nous sommes d'avis que les intérêts payés au cours de l'année ou payables pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) sur le deuxième emprunt seront déductibles dans le calcul du revenu d'une entreprise ou d'un bien en vertu de l'alinéa 20(1)(c) si les intérêts sur le premier emprunt sont déductibles en vertu de cet alinéa du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien. »

En conséquence, dans le cas d'une assurance vie assignée à la garantie d'un emprunt, si l'on présume que les intérêts sur l'emprunt sont déductibles et si l'objectif est de « capitaliser » les intérêts, ce commentaire semble permettre un raccourci.

8. LIMITE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENTS AU QUÉBEC DEPUIS 2004

De plus, il est important de garder à l'esprit que, depuis le Discours sur le budget de mars 2004 du gouvernement du Québec[28], le ministère des Finances a introduit une mesure limitant la déductibilité des frais de placements. La déductibilité de telles dépenses engagées par un particulier, incluant une fiducie, sera dorénavant limitée aux revenus provenant de tels placements qui auront été réalisés au cours d'une année d'imposition. Cette limitation de la déductibilité des frais de placements ne s'appliquera pas aux frais de placements engagés pour gagner un revenu actif, tels un revenu provenant d'une entreprise, ou encore un revenu provenant de la location d'un bien.

> « Les frais de placements considérés dans le calcul de la limite de la déductibilité des frais de placements seront toutes les dépenses engagées pour gagner un revenu de biens, autre qu'un revenu de location, et comprendront notamment les frais de placements suivants, qui seraient par ailleurs considérés

---

[27] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 25, interprétation technique 2004-007034, 16 décembre 2004.

[28] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004, pp. 162-165.

pour le calcul de la perte nette cumulative sur placement si ce n'était de la présente limitation :

- les frais d'administration ou de gestion des placements;
- les frais de garde des actions ou des valeurs mobilières;
- les honoraires versés à des conseillers en placements;
- les intérêts payés sur les emprunts contractés pour acquérir des obligations, des actions et des unités dans une fiducie de fonds communs de placement; et
- la part dans la perte d'une société de personnes dont le particulier est un associé déterminé.

Toutefois, les pertes subies sur la location d'un bien ne seront pas considérées comme des frais de placements pour l'application de cette mesure[29]. »

Ainsi, les frais de placements, engagés pour gagner des revenus de placement au cours d'une année d'imposition donnée, seront déductibles jusqu'à concurrence des revenus de placement qui auront été gagnés pour cette même année d'imposition.

CONCLUSION

Ainsi, il règne toujours une certaine incertitude en relation avec la déductibilité des intérêts sur de l'argent emprunté. Il pourrait être opportun pour le contribuable d'opter pour un certain degré de prudence à l'occasion de la composition de la répartition de l'actif. Certaines planifications décrites précédemment feront sûrement l'objet de révision plus attentive de la part des autorités fiscales, notamment la stratégie dite du « 8/10 ». Par conséquent, le contribuable désirant investir par le biais d'une stratégie avec effet de levier se doit d'exercer un retraçage adéquat de l'utilisation des sommes empruntées et, au besoin, en réorganisant la détention de certains éléments afin de s'assurer de maximiser l'utilisation de l'argent emprunté à des fins admissibles. La discussion quant à la déductibilité des intérêts afin d'effectuer des placements a fait couler beaucoup d'encre depuis la publication du *Bulletin d'interprétation* IT-533 en 2003, et nécessitera un suivi de la part des praticiens afin de s'assurer que leurs clients pourront bénéficier d'une déduction à cet égard dans le calcul de leurs revenus.

---

[29] *Id.*, p. 163.

LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS : UN AN PLUS TARD



Stéphane Leblanc
Associé, CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 16:3

1. SOMMAIRE DES RÈGLES ENTOURANT LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS 16:4

1.1. SURVOL DES CONCEPTS DE BASE 16:4
1.1.1. Concept de dividende déterminé 16:4
1.1.2. Compte de revenu à taux général 16:5
1.1.3. Compte de revenu à taux réduit 16:8
1.1.4. Désignation de dividendes 16:9
1.1.5. Changement de statut 16:10
1.1.6. Choix d'être une non-SPCC 16:12
1.1.7. Fusion et liquidation 16:14
1.1.8. Désignations excessives 16:15

2. QUOI DE NEUF 16:17

2.1. ANNONCE DE LA DÉSIGNATION DE DIVIDENDES 16:18
2.2. DÉSIGNATION D'UNE PARTIE DE DIVIDENDE POUR LES VERSEMENTS EN 2006 ..... 16:19
2.3. DIVIDENDES REÇUS PAR UNE FIDUCIE 16:19
2.4. DIVIDENDES REÇUS PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 16:20
2.5. DIVIDENDE DÉTERMINÉ, REVENU PROTÉGÉ ET IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES 16:20
2.6. ANNEXE 53 ERRONÉE 16:21

3. PROBLÉMATIQUE ET PLANIFICATION 16:21

3.1. PROBLÈMES DÉCOULANT DE LA TRANSITION AUX NOUVELLES RÈGLES 16:21
3.1.1. Fusions et liquidations durant les années 2001 à 2005 – Qu'en est-il du CRTG? 16:22
3.1.2. Perte de CRTG – Fins d'années différentes 16:23
3.1.3. Dividendes de sociétés non rattachées – CRTG perdu 16:24
3.1.4. Dividendes de sociétés rattachées 16:24
3.1.5. Pertes reportées durant la période transitoire 16:26
3.2. CHOIX D'ÊTRE TRAITÉ COMME UNE NON-SPCC 16:26
3.2.1. Planification : plus avantageux d'être une non-SPCC? 16:27
3.2.2. Règles antiévitement liées à ce choix 16:29
3.3. DIVIDENDES DÉTERMINÉS VERSÉS À DES NON-RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS NON IMPOSABLES 16:30
3.4. RÉORGANISATIONS 16:30
3.4.1. CRTG négatif de la société mère – Limitation du CRTG provenant de filiales 16:31
3.4.2. Réorganisation papillon 16:32
3.4.3. Changements de statut 16:33
3.4.4. Vente d'actions d'une société publique – Préservation du revenu protégé 16:34
3.5. PLANIFICATION – ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER 16:35

4. INTÉGRATION FISCALE 16:36

4.1. FRACTIONNEMENT DE REVENU 16:37

5. FARDEAU ADMINISTRATIF ET SOLUTION ALTERNATIVE 16:38

ANNEXE I 16:39

ANNEXE II 16:40

ANNEXE III 16:41

ANNEXE IV 16:42

INTRODUCTION*

L'implantation de nouvelles règles législatives est un processus long et difficile. Un nouvel article de loi écrit afin de régler certaines iniquités peut avoir pour effet d'en créer de nouvelles. En novembre 2005, le ministère des Finances du Canada a annoncé un nouveau mode d'imposition des dividendes qui devait résoudre le problème de l'intégration fiscale canadienne. Bien que ce déséquilibre ait été en grande partie réglé, la lourdeur des nouvelles règles a toutefois ajouté un important fardeau administratif sur les épaules des sociétés canadiennes. Le détail des nouvelles règles a été connu au moment du dépôt de l'Avis de motion de voies et moyens du 2 mai 2006.

Nous apprivoisons donc ces nouvelles règles depuis un peu plus d'un an. L'objectif du présent texte est de présenter les développements de la dernière année quant aux dividendes déterminés découlant de différentes annonces de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et de la mise en pratique de ces nouvelles règles.

Nous effectuons d'abord un survol de ces règles, selon le texte de loi final adopté en février 2007. Nous analysons ensuite différentes positions administratives et décisions anticipées de l'ARC dans la section « Quoi de neuf » afin de bien illustrer l'impact de ces règles. Nous utilisons plusieurs cas pratiques de problématiques et de planifications possibles rencontrés au cours de la dernière année.

Puisque les dividendes déterminés ont été implantés en grande partie dans le but de corriger l'intégration fiscale canadienne, nous illustrons à la section suivante leur impact réel sur l'impôt payé par les contribuables canadiens. Finalement, nous offrons nos commentaires sur l'ensemble de ces règles, puis suggérons une approche alternative simplifiée qu'aurait pu adopter le ministère des Finances.

* L'auteur tient à remercier Karl Addison du service de fiscalité de Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l. de sa précieuse collaboration à la préparation du présent texte.

1. SOMMAIRE DES RÈGLES ENTOURANT LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS

1.1. SURVOL DES CONCEPTS DE BASE

1.1.1. Concept de dividende déterminé

Les dividendes déterminés ont été implantés avec deux objectifs. Premièrement, ils devaient résoudre un problème d'intégration fiscale auquel faisaient face les entreprises canadiennes. En effet, les taux combinés imposés au revenu d'une grande société, une fois versé à un particulier, pouvaient atteindre jusqu'à 54 %, selon la province.

Deuxièmement, cette réduction du taux d'imposition sur les dividendes de grandes sociétés devait mettre ces dernières plus ou moins sur un pied d'égalité avec les fiducies de revenu, avec objectif de freiner la prolifération de celles-ci. Or, le marché des capitaux n'a pas réagi à ces nouvelles mesures de la façon espérée et l'objectif visé n'a pas été atteint. Le ministre des Finances a dû introduire des règles visant l'imposition des fiducies de revenu pour atteindre son objectif. La compréhension de cette autre mesure n'étant pas nécessaire afin de traiter des dividendes déterminés, nous ne nous étendrons pas sur ce sujet.

La logique du fonctionnement des dividendes déterminés est d'appliquer aux dividendes un taux d'imposition plus élevé ou plus bas, selon le taux auquel ont été imposés les revenus de l'entreprise qui les verse. Ainsi, la société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») qui a profité de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »), donc d'un taux d'imposition réduit[1], versera à ses actionnaires des dividendes imposables entre leurs mains à un taux supérieur. Inversement, un dividende versé par une société autre qu'une SPCC sera normalement imposé à un taux inférieur entre les mains de l'actionnaire. C'est ainsi que cette mesure tente d'ajuster le mécanisme d'intégration canadien, en permettant que les revenus qui sont plus taxés en ce qui concerne les entreprises le soient moins pour les actionnaires. Cette logique semble peut-être simple, mais son application est pourtant très complexe.

Le paragraphe 89(1) L.I.R. définit le dividende déterminé comme « un dividende imposable qui, à la fois, est reçu par une personne résidant au

---

[1] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 125(1) et 125(2); ceux-ci s'appliquent aux quatre cent mille premiers dollars de revenu imposable à partir de 2007.

Canada, est versé après 2005 par une société résidant au Canada et est désigné à titre de dividende déterminé conformément au paragraphe (14) ». Nous reviendrons plus tard sur les conditions à remplir afin qu'un dividende soit un dividende déterminé admissible.

Afin d'appliquer ces différents taux aux dividendes selon leur provenance, le ministère des Finances a choisi de mettre en place deux mécanismes distincts, l'un pour les SPCC et l'autre pour les sociétés autres que des SPCC (ci-après « non-SPCC »). Celui des SPCC passe par la création d'un compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG »). Puisqu'une majorité des SPCC profitent de la DPE, leur première tranche de 400 000 $ de revenu imposable profite aussi d'une réduction du taux d'imposition. Le CRTG est conçu pour faire le suivi du revenu qui n'est pas admissible à la DPE afin de permettre à la société de le verser sous forme de dividende déterminé. C'est donc par « exception » que le CRTG augmente, permettant ainsi de verser un dividende déterminé pour les revenus imposés au taux général.

Pour les sociétés autres que des SPCC, le raisonnement inverse est appliqué. Plutôt que de calculer un CRTG, ces sociétés calculent plutôt un compte de revenu à taux réduit (ci-après « CRTR »). Le CRTR est un concept pénalisant, puisque dès qu'il est positif, la société est forcée de déclarer des dividendes non déterminés, jusqu'à concurrence du montant du compte, avant de pouvoir verser un dividende déterminé à ses actionnaires. Puisqu'une telle société n'est jamais admissible à la DPE, tout son revenu est imposé au taux maximal pour une société[2]. Les dividendes versés par de telles entités sont donc, de façon générale, des dividendes déterminés. Il arrive cependant certains événements, par exemple l'encaissement de dividendes non déterminés reçus d'une SPCC, qui augmentent le CRTR.

1.1.2. Compte de revenu à taux général

Afin qu'une SPCC puisse verser un dividende déterminé, elle doit avoir accumulé un CRTG. Ce compte est augmenté du revenu imposable après impôts, à l'exception des revenus qui ont été assujettis à la DPE. Le calcul de la variation du CRTG se fait annuellement, à la fin de chaque année d'imposition. Une société peut cependant verser un dividende déterminé même si son solde de CRTG calculé à la fin de l'année passée ne le permet pas, à condition que son solde du compte à la fin de l'année courante soit

[2] Revenu imposable au taux complet tel qu'il est défini au paragraphe 123.4(1) L.I.R.

suffisant. Malgré cela, le dividende déterminé est désigné par la société qui le verse au moment du versement du dividende.

Le fait de verser un dividende déterminé d'un montant qui excède son solde peut entraîner un impôt de la Partie III.1 L.I.R. pour la société, ce qui sera illustré à la section 1.1.8. du présent texte.

Voici la formule du calcul du CRTG tel qu'il est défini au paragraphe 89(1) L.I.R. :

CRTG = A - B

A = CRTG à la fin de l'année donnée, calculé compte non tenu des conséquences fiscales futures déterminées (par exemple, report rétrospectif de perte).

B = Rajustement à la fin de l'année pour tenir compte des conséquences fiscales futures déterminées pour des années d'imposition antérieures et qui ont réduit le revenu imposable.

L'élément A de la formule ci-dessus est établi par la formule suivante. Il convient de noter que le résultat de cette formule peut être positif ou négatif. Quant au facteur de 0,68 qui est utilisé, il reflète un taux d'imposition corporatif combiné fédéral et provincial de 32 %.

A = C + 0,68 (D - E - F) + G + H - I

C = CRTG de l'année précédente compte non tenu des dividendes versés à même ce compte dans cette année (incluant solde d'ouverture 2006).

D = Revenu imposable de l'année.

E = Revenu imposable admissible à la DPE pour l'année.

F = Revenu de placement total de l'année.

G = Dividendes déterminés reçus au cours de l'année plus les dividendes reçus de sociétés étrangères affiliées (déductibles en vertu du paragraphe 113(1) L.I.R.).

H = Élément pour tenir compte des fusions, des liquidations et des changements de statut.

I = Dividendes déterminés versés au cours de l'année d'imposition précédente (dans la mesure où il n'y a pas eu de désignation excessive à cet égard).

L'élément B, quant à lui, représente 68 % de l'excédent des revenus imposables au taux complet de la société pour ses trois années d'imposition précédentes, calculé compte non tenu de toute conséquence future déterminée visant ces années et qui se présente relativement à l'année donnée, sur le total de ses revenus imposables au taux complet pour ses trois années d'imposition précédentes[3]. Il a donc pour effet de réduire le CRTG dans l'année où un report de perte est effectué, plutôt que dans l'année antérieure qui est touchée par ce report de perte. Si le CRTG était plutôt réduit dans l'année à laquelle la perte est affectée, le risque de désignation excessive serait trop élevé dans le cas où un dividende déterminé a déjà été versé[4].

Le CRTG d'une société peut être négatif. Cette situation peut se produire lors d'un report de perte à une année antérieure, alors que le solde de CRTG a été ramené à zéro par un dividende déterminé qui a été versé avant ce moment.

Paragraphe 89(7) L.I.R. – Le solde d'ouverture du CRTG

Une formule a aussi été prévue afin d'établir le solde d'ouverture du CRTG au moment de l'implantation de ces règles. C'est-à-dire que l'on calcule ce montant pour la fin de la première année qui précède directement l'année qui contient tout ou une partie du 1er janvier 2006. Le paragraphe 89(7) L.I.R. permet aux SPCC de se créer un solde d'ouverture de CRTG, en se basant sur leurs revenus des exercices s'étant terminés durant les années 2001 à 2005 et qui n'ont pas été assujettis à la DPE. Le calcul à faire pour déterminer ce solde d'ouverture est le suivant :

---

[3] Le revenu imposable au taux complet est défini au paragraphe 123.4(1) L.I.R. Cependant, aux fins de l'élément, il ne faut pas tenir compte des sous-alinéas a)(i) à (iii).

[4] Voir la section 1.1.8. pour les désignations excessives.

Le plus élevé de zéro et de A - B

A = a) 63 % des gains nets de la société qui étaient assujettis au taux général des sociétés pour les années d'imposition s'étant terminées après 2000 mais avant 2004.

b) 63 % des gains nets de la société qui étaient assujettis au taux général des sociétés pour les années d'imposition s'étant terminées après 2003 mais avant 2006. (La différence avec a) est que les revenus assujettis au bénéfice de fabrication et transformation (BFT) sont inclus dans la définition de revenu imposable au taux complet.)

c) Montant déduit selon le paragraphe 112(1) L.I.R. provenant d'une société rattachée au moment du versement d'un dividende s'il est raisonnable de considérer que le dividende provient de a) et b) ci-dessus.

B = Dividendes imposables versés au cours de ces années.

Selon cette formule, seuls les revenus gagnés entre 2000 et 2005 sont inclus au solde d'ouverture du CRTG, même si des revenus non assujettis à la DPE peuvent s'être accumulés depuis bien plus longtemps. De plus, les dividendes reçus de sociétés non rattachées ne sont pas pris en compte même s'il s'agit de dividendes qui réduisent le CRTG de l'émetteur. Nous reviendrons à la section 3. du présent texte sur les problématiques particulières liées à cette règle transitoire.

1.1.3. Compte de revenu à taux réduit

Tel qu'il a été brièvement illustré précédemment, le CRTR doit être vidé en versant un dividende non déterminé, avant qu'une société soumise à cette règle ne puisse verser un dividende déterminé. Ce concept s'applique aux sociétés autres que des SPCC, ainsi qu'à celles ayant fait le choix de ne pas être traitées comme des SPCC.

Contrairement au CRTG, les non-SPCC ne calculent pas de solde d'ouverture du CRTR au moment de l'implantation de ces règles. Ce compte n'est donc pas modifié par les dividendes reçus de SPCC avant le 1er janvier 2006. De plus, le CRTR n'est pas relié à une catégorie d'actions en particulier, mais s'applique également à toutes les catégories. Des

opportunités de planification sont donc possibles selon la résidence ou le statut fiscal particulier des détenteurs des différentes catégories d'actions.

Voici la formule du calcul du CRTR, selon le paragraphe 89(1) L.I.R. Contrairement au CRTG, il se calcule au moment du versement du dividende plutôt qu'à la fin de l'année. C'est donc dire que le CRTR doit être calculé chaque fois qu'un dividende est déclaré, car s'il y a un solde de CRTR à ce moment, il devra être versé avant d'avoir accès à un dividende déterminé. De plus, le résultat de cette formule ne peut être négatif.

CRTR au moment donné = (A + B + C + D + E + F) - (G + H)

A = CRTR à la fin de l'année d'imposition précédente.

B = Dividendes autres que des dividendes déterminés reçus par la non-SPCC et déduits du revenu imposable.

C = Élément pour tenir compte des fusions, des liquidations et des changements de statut.

D = Concerne seulement la non-SPCC qui aurait été une SPCC au cours de son exercice précédent si le choix de ne pas être une SPCC n'avait pas été fait. Représente 80 % du revenu de placement total pour l'année d'imposition précédente.

E = S'applique aux non-SPCC qui sont des caisses de crédit.

F = S'applique aux non-SPCC qui sont des sociétés de placement au sens du paragraphe 130(3) L.I.R.

G = Dividendes (sauf des dividendes déterminés) versés au cours de l'année d'imposition mais avant le moment donné.

H = Désignation excessive de dividendes déterminés.

1.1.4. Désignation de dividendes

Un critère essentiel pour qu'un dividende soit considéré comme un dividende déterminé est sa désignation par écrit, par la société qui le verse. Il doit être signalé par écrit, à chaque personne ou société de personnes qui reçoit une partie du dividende, qu'il s'agit d'un dividende déterminé. Cet avis doit être fourni aux actionnaires au moment du versement du dividende.

Pour une non-SPCC, ce mécanisme ne devrait pas en théorie causer de problème, puisque le CRTR doit être calculé au moment du versement du dividende, chaque fois qu'un dividende est versé. En pratique, les entreprises ne font habituellement pas un suivi si serré de leur CRTR, ce qui peut entraîner des désignations excédentaires. Les conséquences de telles désignations sont traitées à la section 1.1.8. du présent texte.

Les SPCC sont bien plus à risque que les autres sociétés en ce qui concerne le moment de la désignation des dividendes déterminés, puisque le CTRG est calculé à la fin de l'année plutôt qu'au moment du versement du dividende. Une société pourrait désigner un dividende qu'elle verse, croyant que son solde de CRTG est suffisant. Toutefois, des événements survenant entre le versement du dividende et la fin de l'année pourraient très bien réduire son CRTG sous le seuil nécessaire pour éponger la totalité du dividende désigné. Cette société serait alors aux prises avec un dividende excédentaire pouvant faire l'objet de l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. Tel qu'il est décrit en détail à la section 1.1.8., un tel impôt est de 20 % du dividende excédentaire et peut atteindre 30 % du dividende total en cas d'application de la règle antiévitement.

L'ARC a émis en décembre 2006 des positions administratives afin d'alléger le fardeau des sociétés en matière de désignation des dividendes. Ces mesures touchent principalement les années 2006 et 2007, afin d'aider les sociétés à s'adapter aux nouvelles règles qui ont été d'abord énoncées en 2006, mais n'ont été adoptées qu'en 2007. Ces mesures sont expliquées à la section 2.

1.1.5. Changement de statut

Lorsque, durant une année, une société perd ou acquiert le statut de SPCC, il y a une fin d'année réputée, immédiatement avant ce moment[5]. Des mécanismes ont été prévus afin d'établir alors un solde d'ouverture de CRTR ou CRTG, selon le cas. Le but de ces mesures est de placer la société dans la même situation que si elle avait eu ce nouveau statut à la fin de l'exercice précédent. De façon sommaire, ces mesures ont l'effet suivant :

[5] Par. 249(3.1) L.I.R.

Non-SPCC qui devient une SPCC :

CRTG = bénéfice non réparti (ci-après « BNR ») fiscal - compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») - CRTR

SPCC qui devient une non-SPCC :

CRTR = BNR fiscal - CDC - CRTG rajusté

Plus précisément, lorsqu'une SPCC devient une non-SPCC, le paragraphe 89(8) L.I.R. établit la formule suivante afin de déterminer le CRTR de départ. Le résultat de ce calcul s'ajoute à l'élément C de la formule du CRTR que nous avons illustrée à la section 1.1.3. du présent texte.

CRTR d'ouverture = A + B + C - D - E - F - G - H

A = coût indiqué des biens immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

B = argent en main immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

C = sommes des pertes inutilisées, non absorbées immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

D = dettes ou obligations immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

E = capital versé fiscal immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

F = total des provisions déduites lors de l'année d'imposition précédente;

G = CDC;

H = I - J;

I = CRTG à la fin de l'année d'imposition précédente;

J = excédent des dividendes déterminés au cours de l'année précédente sur le total les désignations excessives au cours de son année d'imposition précédente.

Veuillez noter que nous désignerons, aux fins du présent texte, les six premiers éléments de cette formule, soit « A + B + C - D - E - F », sous le terme de « BNR fiscal ». Cette partie de la formule tente en effet de recréer le BNR de la société en se servant de ses attributs fiscaux plutôt que de ceux tirés des états financiers comptables.

Lorsqu'une non-SPCC acquiert le statut de SPCC, un CRTG est calculé, pour placer la société dans la même situation que si elle avait été une SPCC à la fin de l'exercice précédent. Le résultat du calcul suivant, dicté par le paragraphe 89(4) L.I.R., s'ajoute à l'élément H de la formule du CRTG que nous avons illustrée à la section 1.1.2. du présent texte.

CRTG d'ouverture = A + B + C - D - E - F - G - H

A = coût indiqué des biens immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

B = argent en main immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

C = sommes des pertes inutilisées, non absorbées immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

D = dettes ou obligations immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

E = capital versé immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente;

F = total des provisions déduites lors de l'année d'imposition précédente;

G = CDC;

H = CRTR immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente.

1.1.6. Choix d'être une non-SPCC

Certaines SPCC n'ont pas droit, pour différentes raisons, à la DPE, et auraient avantage à être traitées comme des non-SPCC aux fins des règles de dividendes déterminés. Il leur est souvent plus facile de faire le suivi du CRTR que du CRTG puisque, sauf exception, tous leurs revenus permettent de verser des dividendes déterminés.

Le choix à effectuer est prévu au paragraphe 89(11) L.I.R. et a pour effet de rendre inapplicable, pour la société en question, l'alinéa d) de la définition de « société privée sous contrôle canadien » qui se trouve au paragraphe 125(7) L.I.R. En d'autres mots, il s'agit d'une révocation de son droit à la DPE, ainsi que l'expression de son désir de se soustraire aux règles de CRTG pour plutôt se soumettre à celles du CRTR.

Aux fins du dividende déterminé, ce choix a pour effet de traiter la société comme une non-SPCC, sauf en ce qui a trait aux règles transitoires. En effet, contrairement à la société autre qu'une SPCC, celles qui ont produit ce choix en 2006 sont aux prises avec un solde de départ de CRTR pour leur année 2006.

Modalités du choix

Ce choix doit être produit par la société, sur le Formulaire prescrit T2002 et est valide pour l'année en cours et les suivantes jusqu'à la révocation du choix. La date limite pour le produire est la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année. Il est intéressant de noter que les sociétés associées ne sont pas obligées de faire le même choix. Ainsi, une société mère pourrait être une SPCC soumise aux règles de CRTG, alors que toutes ses filiales pourraient avoir produit le choix selon le paragraphe 89(11) L.I.R.

Le paragraphe 89(12) L.I.R. permet de révoquer ce choix, en produisant un avis de révocation sur le même formulaire prescrit utilisé pour effectuer le choix original. Il doit être produit au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année. La révocation prend effet à la fin de l'année d'imposition pour laquelle elle est produite. À la suite d'une révocation, le paragraphe 89(13) L.I.R. ajoute une condition à tout choix ou toute révocation subséquente : l'approbation écrite du ministre est requise afin que le choix soit valide, et la société doit respecter toute condition additionnelle imposée par lui.

Position administrative : puisque les règles de dividendes déterminés n'ont été adoptées qu'en février 2007, certaines sociétés ayant une fin d'année au début de 2006 n'ont pas pu se prévaloir à temps du choix prévu au paragraphe 89(11) L.I.R. L'ARC a reconnu que cela pouvait causer un préjudice à des sociétés qui avaient l'intention de se prévaloir de ce choix[6].

[6] AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2006-0217891Z0 (E), 21 décembre 2006.

Les sociétés seront donc réputées avoir effectué le choix à temps s'ils le produisent au plus tard le 31 décembre 2007.

1.1.7. Fusion et liquidation

Afin de permettre le suivi harmonieux des CRTG et CRTR en cas de fusion et de liquidation, des règles spécifiques ont été prévues à l'article 89 L.I.R. Celles-ci permettent d'établir le solde du compte pertinent, en fonction du statut de l'entité résultant de l'opération de regroupement. Nous traiterons d'abord des règles qui entourent les fusions ou liquidations dont la résultante est une SPCC et qui sont régies par les paragraphes 89(5) et 89(6) L.I.R. Ensuite, nous exposerons le fonctionnement similaire prévu aux paragraphes 89(9) et 89(10) L.I.R. pour les non-SPCC.

La société résultante est une SPCC

Lors d'une telle opération, il existe deux catégories de sociétés. La première inclut les sociétés remplacées qui étaient des SPCC avant la fusion, ou les filiales liquidées qui étaient des SPCC avant la liquidation. Ces sociétés impliquent peu de calculs; puisqu'elles sont des SPCC, elles ont déjà un compte de CRTG qui n'a qu'à être ajouté à la nouvelle entité ou à la société mère. La formule prévue à cet effet est la suivante :

A - B

Où :

A = Le CRTG de la société remplacée ou liquidée, à la fin de sa dernière année;

B = L'excédent éventuel de (i) sur (ii) :

(i) les dividendes déterminés versés par la société remplacée/liquidée au cours de sa dernière année d'imposition,

(ii) le total des désignations excessives de dividendes déterminés effectuées par la société remplacée/liquidée au cours de sa dernière année d'imposition.

La deuxième catégorie comprend les sociétés qui n'étaient pas des SPCC avant la fusion ou la liquidation, mais pour lesquelles l'entité fusionnée ou la société mère est une SPCC. Celles-ci n'ayant pas de CRTG avant l'opération, il est nécessaire de calculer ce qu'il aurait été si elles

avaient été des SPCC pour l'année précédente. Les calculs nécessaires à cet exercice sont prévus au paragraphe 89(5) L.I.R. pour les cas de fusions, et au paragraphe 89(6) L.I.R. pour les liquidations. Leur formule est cependant la même, et est aussi identique à celle dictée par le paragraphe 89(4) L.I.R. lorsqu'une société acquiert le statut de SPCC. On se référera à la section 1.1.5. pour connaître les détails de ce calcul.

La société résultante est une non-SPCC

Les règles à suivre afin d'établir le CRTR de la société résultant d'une fusion, ou de la société mère dans laquelle une filiale a été liquidée sont similaires à celles décrites plus haut au sujet des SPCC. Encore une fois, il faut établir le CRTR en se basant sur les entités fusionnées/liquidées. Il existe aussi dans ce cas deux catégories de sociétés.

La première catégorie comprend les sociétés qui étaient des non-SPCC avant la fusion ou la liquidation dans leur société mère. Ces sociétés étant déjà soumises aux mêmes règles que la société issue de l'opération, il suffit d'additionner leur CRTR, calculé à la fin de la dernière année d'imposition, à celui de la nouvelle entité ou de la société mère, selon qu'il s'agisse d'une fusion ou d'une liquidation.

La deuxième catégorie comprend les sociétés qui étaient des SPCC avant le moment de la fusion/liquidation. Afin de déterminer le CRTR qui découle de cette union, on doit calculer ce qu'il aurait été si la société avait été une non-SPCC pour le dernier exercice qui précède ce moment. Les alinéas 89(9)b) et 89(10)b) L.I.R. donnent la formule de ce calcul, qui est essentiellement la même que celle utilisée au paragraphe 89(8) L.I.R. dans le cas d'une société qui perd son statut de SPCC. On se référera à la section 1.1.5. pour connaître les détails de ce calcul.

1.1.8. Désignations excessives

Il peut arriver qu'une société désigne un montant de dividendes déterminés plus élevé que ce qu'elle a droit de verser. Une telle désignation excessive peut survenir dans deux situations. Premièrement, est aux prises avec ce problème une SPCC qui déclare un dividende déterminé plus élevé que ne le permet son CRTG à la fin de l'année. Deuxièmement, la désignation excessive peut être causée par une non-SPCC qui déclare un dividende déterminé alors que son solde de CRTR à ce moment est positif.

Dans les deux situations décrites ci-dessus, les conséquences sont les mêmes : l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. au taux de 20 % s'appliquera, selon

le cas, soit à l'excédent du dividende déterminé sur le total du CRTG à la fin de l'année d'imposition de la SPCC, soit au montant du dividende qui aurait dû provenir du CRTR.

Pour l'actionnaire qui reçoit le dividende déterminé, le traitement fiscal est le même, qu'il s'agisse d'une désignation excessive ou non. Fait exception à cette règle l'actionnaire qui reçoit un tel dividende d'une SPCC liée. Selon le paragraphe 185.2(3) L.I.R., ce dernier est conjointement et solidairement redevable de l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. sur la partie de la désignation excessive qui est liée à la quote-part du dividende qu'il a reçue.

Lorsqu'une désignation excessive se produit, un choix peut être effectué afin de traiter la désignation excessive comme un dividende normal et ainsi éviter de payer l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. au taux de 20 %[7]. Pour que ce choix soit valide, trois conditions doivent être respectées :

1) Le dividende ne doit pas être assujetti à la règle antiévitement, dont nous discutons à la fin de la présente section;

2) Le choix est effectué au plus tard le 90^{e} jour suivant la date de mise à la poste de l'avis de cotisation concernant cet impôt de la Partie III.1 L.I.R.;

3) Il faut obtenir le consentement de certains actionnaires de la société. Si le consentement est obtenu dans les 30 mois suivant le versement du dividende, il faut obtenir l'assentiment de tous les actionnaires qui ont touché une partie de ce dividende et dont la société connaît l'adresse. Si le consentement est obtenu après ce délai de 30 mois, l'assentiment de tous les actionnaires ayant touché une partie du dividende est nécessaire, que la société connaisse leur adresse ou non.

Une exception à ces conditions a été prévue pour les actionnaires qui sont exonérés de l'impôt de la Partie I L.I.R.[8] Cette mesure d'allègement touche principalement les non-résidents et certaines entités non taxables, tels les fonds de retraite, qui n'auraient pas payé d'impôts sur le dividende et ne bénéficient donc pas de l'avantage fiscal lié à un dividende déterminé. Le consentement de ces actionnaires n'est pas nécessaire afin de se prévaloir du choix. Toutefois, le choix en question doit tout de même être produit dans les 30 mois qui suivent le jour où le dividende a été versé.

---

7 Par. 185.1(2) et 185(3) L.I.R.

8 Par. 185.1(4) L.I.R.

La conséquence de ce choix est que le montant de désignation excédentaire sera réputé être un dividende ordinaire, jusqu'à concurrence du montant auquel consentent les actionnaires. Le restant du dividende versé demeurera un dividende déterminé. Ce choix a donc pour effet de rendre imposable à un taux plus élevé la partie du dividende qui était excédentaire, mais permet à la société d'éviter un impôt supplémentaire de 20 % sur ce montant. Il s'agit donc d'un choix qui, globalement, est avantageux pour la société et ses actionnaires.

Règle antiévitement

Il existe une règle antiévitement qui rend la désignation excessive encore plus pénalisante. S'il est raisonnable de considérer que le dividende déterminé a été versé dans le cadre d'une opération ou série d'opérations visant à maintenir ou augmenter artificiellement le CRTG, ou à maintenir ou réduire artificiellement le CRTR, la totalité du dividende déterminé est considérée comme une désignation excessive[9]. De plus, le taux d'impôt de la Partie III.1 L.I.R. est alors de 30 %[10]. Il s'agit d'une disposition très pénalisante pour les contribuables, et dont l'étendue de l'application reste encore à définir. En effet, aucune définition se rapportant précisément à ces règles des termes « opération » et « série d'opérations » n'est pour le moment mise à notre disposition. La définition d'« opération » est offerte au paragraphe 245(1) L.I.R., mais elle n'est pas applicable aux fins du paragraphe 89(1) L.I.R.

2. QUOI DE NEUF

À la suite de l'annonce des règles de dividendes déterminés, l'ARC a jugé bon de clarifier sa position à leur sujet[11]. Il s'agit en fait d'assouplissements administratifs accordés pour la période de transition de 2006. Les principaux points touchés par cette politique administrative sont l'annonce aux actionnaires de la désignation de dividendes, la désignation d'une partie d'un dividende et le traitement de dividendes reçus par une fiducie ou une société de personnes. Finalement, l'ARC s'est récemment prononcée sur le sort de sociétés ayant surestimé leur CRTG à cause de l'utilisation d'un formulaire prescrit erroné.

---

9 Par. 89(1) « désignation excessive de dividende déterminé », al. c) L.I.R.

10 Al. 185.1(1)b) L.I.R.

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6.

2.1. ANNONCE DE LA DÉSIGNATION DE DIVIDENDES

Pour l'année 2006, l'ARC a décidé d'assouplir les règles de divulgation de dividendes déterminés expliquées précédemment, afin de permettre aux sociétés ayant versé des dividendes avant la parution des règles finales de ne pas être en défaut. Pour toute société, la divulgation du versement de dividendes déterminés en 2006 pouvait être faite au moyen des Feuillets T3 et T5. D'autres méthodes ont été suggérées, soit l'annonce sur le site Internet de la société, dans les rapports financiers trimestriels ou autres publications à l'attention des actionnaires.

Pour les sociétés publiques, l'ARC a offert des lignes directrices plus précises sur les moyens de divulgation des dividendes déterminés. Pour les années 2007 et suivantes, il leur est possible de faire une annonce générale selon laquelle tous leurs dividendes soient des dividendes déterminés, à moins d'avis contraire. Cette méthode est très pratique pour bien des sociétés publiques, car la plupart d'entre elles ne verseront pas ou peu de dividendes non déterminés.

Cette annonce générale peut être faite de plusieurs façons. L'ARC mentionne, entre autres, l'annonce sur le site Internet de la société, dans les rapports financiers trimestriels ou autres documents publiés à l'attention des actionnaires. Une société publique peut cependant choisir à chaque versement de dividendes de déclarer s'il s'agit de dividendes déterminés. Dans ce cas, l'ARC considère que l'annonce par voie de communiqué de presse de l'émission d'un dividende déterminé constitue une preuve suffisante que chaque actionnaire a été avisé.

Il est cependant bon de noter que les mesures indiquées ci-dessus sont offertes par l'ARC à titre d'exemples seulement. D'autres méthodes valides peuvent être utilisées pour aviser les actionnaires qu'ils ont reçu un dividende déterminé. Il faut cependant que ces méthodes respectent le paragraphe 89(14) L.I.R. qui indique que chaque actionnaire qui reçoit une partie de dividende déterminé doit en être avisé par écrit au moment du versement du dividende.

Pour 2007 et les années subséquentes, toutes les sociétés autres que des sociétés publiques devront se conformer aux exigences du paragraphe 89(14) L.I.R. Selon l'ARC, des exemples de moyens acceptables pour avertir les actionnaires du versement d'un tel dividende sont une lettre aux actionnaires ou une note sur le talon de chèque. Si tous les actionnaires sont des administrateurs de la société, une note aux procès-verbaux du conseil sera jugée suffisante.

2.2. DÉSIGNATION D'UNE PARTIE DE DIVIDENDE POUR LES VERSEMENTS EN 2006

Malgré les règles que nous avons exposées précédemment au sujet de la désignation de dividendes, l'ARC est consciente que l'application rétroactive de la loi à des dividendes déjà versés peut rendre impossible le respect de cette nouvelle législation. Par exemple, une société ayant déjà versé un dividende dont une partie se qualifie de dividende déterminé et le reste est un dividende ordinaire serait aux prises avec un problème de désignation excessive. Pour tous les dividendes payés en 2006, il est donc permis de désigner seulement une partie du dividende[12]. Pour les années subséquentes, cela ne sera possible qu'en obtenant l'approbation de chaque actionnaire ayant touché une partie de ce dividende.

2.3. DIVIDENDES REÇUS PAR UNE FIDUCIE

Étant donné que l'ARC permet, pour 2006, de signaler le versement de dividendes déterminés lors de l'émission des Feuillets T3 et T5, il est possible que les fiducies ne sachent la nature des dividendes qu'ils ont encaissés durant l'année qu'après la date limite d'émission de leurs propres Feuillets T3. Dans un tel cas, l'ARC permet aux fiducies d'effectuer une estimation raisonnable du montant de dividendes déterminés qu'ils ont reçus, à condition que les fiducies acceptent de réémettre de nouveaux Feuillets T3 aussitôt qu'elles s'aperçoivent d'un écart relativement important entre leur estimation et la réalité[13].

Cette mesure d'allègement comporte tout de même certains risques. Puisque la plupart des particuliers doivent produire leur déclaration de revenus au plus tard le 30 avril, il est probable qu'ils produisent leur déclaration de revenus avec des informations erronées. Aucun détail sur ce problème n'est cependant offert à ce jour par l'ARC. De plus, il semble que la fiducie s'expose à un certain risque si elle ne réémet pas de nouveaux Feuillets T3 dans un délai raisonnable.

Plusieurs fonds communs de placement ont une année financière se terminant le 15 décembre. Les dividendes reçus par de tels fonds du 16 au 31 décembre 2005 ne pourront être inclus à titre de dividendes déterminés reçus durant leur année terminée en 2006. L'ARC suggère l'utilisation d'une

---

12 *Id.*

13 *Id.*

méthode d'allocation raisonnable, par exemple 1/24 des dividendes totaux reçus dans l'année terminée en 2006, afin d'exclure les dividendes non admissibles. De plus, puisque les fonds communs de placement ont dû déclarer les dividendes qu'ils ont reçus en 2005 en excluant les derniers 16 jours de l'année civile, l'ARC considère qu'ils sont déjà au courant du montant de dividendes à exclure pour 2006. Aucune autre méthode de calcul n'est donc prévue à cet effet pour les fonds communs de placement.

2.4. DIVIDENDES REÇUS PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

L'ARC a confirmé que le concept de « conduit » applicable au revenu de sociétés de personnes s'applique aussi aux dividendes déterminés[14]. Le contrat de société dictant la répartition des revenus entre les différents associés, si un tel associé est résident canadien, la part des dividendes déterminés qui lui revient, sera un dividende déterminé entre ses mains. Ainsi, aucune modification n'est nécessaire au fonctionnement déjà applicable aux revenus de sociétés de personnes.

2.5. DIVIDENDE DÉTERMINÉ, REVENU PROTÉGÉ ET IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES

Dans une demande d'interprétation technique parue en septembre 2007[15], l'ARC s'est clairement prononcée sur la possibilité qu'un dividende déterminé soit aussi un dividende provenant du revenu protégé, tel qu'il est décrit aux alinéas 55(5)b) et c) L.I.R. À moins que ce dividende ne résulte d'une opération ou série d'opérations ayant pour objet d'augmenter artificiellement le CRTG ou de déduire artificiellement le CRTR, la règle antiévitement ne s'appliquera pas à cause du fait qu'un dividende déterminé est aussi tiré du revenu protégé de l'entreprise.

Des conclusions semblables ont été tirées dans la même demande d'interprétation au sujet d'un dividende déterminé qui permettrait aussi de récupérer de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »). Puisque les dividendes ne doivent pas être directement liés aux revenus dont ils proviennent, si une SPCC a un solde de CRTG et d'IMRTD positif, rien n'empêche qu'un même dividende permette de profiter des deux comptes.

---

[14] *Id*.

[15] AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2007-0231521R3, 12 septembre 2007.

Par contre, une autre demande d'interprétation émise en 2007 a confirmé que l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. peut aussi mener à la perte de CRTG[16]. Lorsqu'une société verse un dividende qu'elle a désigné comme dividende déterminé, son CRTG sera réduit même si ce dividende génère plutôt un gain en capital entre les mains de la société actionnaire. Pour cet actionnaire, puisque le dividende reçu est réputé ne pas être un dividende, il sera impossible d'augmenter son CRTG.

Il y aura donc réduction du CRTG de la société qui verse le dividende, sans que l'actionnaire puisse augmenter son CRTG. L'ARC explique cette situation par le fait que le traitement fiscal selon le paragraphe 55(2) L.I.R. du dividende reçu par la SPCC actionnaire n'a pas d'impact sur le traitement fiscal du côté de la SPCC qui verse le dividende.

Cette interprétation de l'ARC souligne toutefois que le dividende provenant du revenu protégé et pour lequel le choix de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. est effectué peut augmenter le CRTG de la SPCC qui le reçoit.

2.6. ANNEXE 53 ERRONÉE

Le formulaire prescrit qui doit être utilisé pour calculer le CRTG d'ouverture en vertu du paragraphe 89(7) L.I.R. est le T2 Annexe 53. La version originale de ce formulaire qui a été publiée par l'ARC avait pour effet, dans certaines circonstances, de surestimer le résultat du calcul du CRTG. Dans un communiqué daté du 10 juillet 2007, l'ARC a déclaré qu'aucune pénalité en vertu de la Partie III.1 L.I.R. ne serait imposée à une société qui a versé un dividende déterminé excédentaire par la faute de ce formulaire. Pour se prévaloir de cet assouplissement, la société en question doit toutefois contacter M. Wayne Adams, directeur général des demandes d'interprétation avant le 31 décembre 2007, afin de signaler à l'ARC que ce problème a été rencontré.

3. PROBLÉMATIQUE ET PLANIFICATION

3.1. PROBLÈMES DÉCOULANT DE LA TRANSITION AUX NOUVELLES RÈGLES

Les règles de transition prévues au paragraphe 89(7) L.I.R. afin de déterminer le solde d'ouverture du CRTG ont laissé quelques questions en

[16] AGENCE DU REVENU DU CANADA, demande d'interprétation technique 2007-0233771C6, 8 juin 2007.

suspens quant à leur application. Certaines proviennent du texte même de la loi alors que d'autres découlent plutôt du manque de détails sur certains sujets, ce qui est le cas des fusions et liquidations ayant eu lieu de 2001 à 2005.

3.1.1. Fusions et liquidations durant les années 2001 à 2005 – Qu'en est-il du CRTG?

À la lecture du paragraphe 89(7) L.I.R., il est difficile de déterminer ce que le ministère des Finances avait en tête au sujet du CRTG d'entités fusionnées ou liquidées durant les années 2001 à 2005. C'est probablement par souci de simplicité que le Ministère a réduit l'étendue des règles transitoires. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'élément A de la formule permet d'inclure 63 % du revenu à taux complet et demande de soustraire les dividendes imposables versés.

Cependant, en cas de fusion, rien n'indique que la nouvelle entité hérite du revenu à taux complet accumulé de 2001 à 2005 dans les sociétés fusionnées. Cela est d'ailleurs vrai autant en cas de fusion verticale qu'horizontale. Dans les deux cas, l'entité issue de la fusion est une nouvelle société et aucune partie de la loi ne permet d'y transférer le CRTG des anciennes sociétés.

En cas de liquidation, il n'y a que le CRTG de la société liquidée qui tombe dans un vide, puisque les attributs fiscaux de la société mère ne sont pas touchés par l'opération. Tout de même, un phénomène semblable se produit : le paragraphe 89(7) L.I.R. ne contient pas de disposition qui permette d'inclure le revenu à taux complet « pré-2006 » de la société liquidée dans celui de la société mère. Aucune disposition de l'article 88 L.I.R. ne le permet non plus, ce qui a pour conséquence de perdre ce revenu à taux complet qui se serait accumulé dans la société liquidée de 2001 à 2005 si ce n'était de la liquidation. Le ministère des Finances a confirmé lors de la table ronde fédérale du Congrès 2007 de l'APFF qu'il n'avait pas l'intention de corriger la situation[17].

Par souci de simplicité, le Ministère pénalise les SPCC qui ont effectué des réorganisations au cours des années 2001 à 2005 et crée aussi une inégalité entre les contribuables. Cela va à l'encontre des politiques fiscales

[17] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 6., aux pages 50:13-15.

entourant les fusions et les liquidations qui préconisent la transmission des attributs fiscaux entre les différentes sociétés lors de fusions et liquidations.

3.1.2. Perte de CRTG – Fins d'années différentes

Les fins d'année différentes d'une filiale et de sa société mère peuvent, dans certains cas, causer la perte de CRTG. Dans une situation où la fin d'année de la mère survient plus tôt dans l'année que celle de sa fille, un dividende intersociétés peut avoir pour conséquence la réduction du CRTG d'ouverture de la fille, alors que celui de la mère n'en sera pas bonifié.

Prenons l'exemple d'une société, « Mère », dont la fin d'année est le 30 septembre et de sa filiale, « Fille », dont la fin d'année tombe le 31 décembre. Le 15 novembre 2005, Fille verse un dividende à Mère, qui le déduit de son revenu en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Fille n'a jamais eu droit à la DPE sur ses revenus gagnés. Les conséquences pour Mère sont les suivantes.

Premièrement, son solde de CRTG de départ est calculé, selon le paragraphe 89(7) L.I.R., à la fin de l'année qui précède l'année qui contient une partie ou la totalité du 1er janvier 2006. Il est donc calculé au 30 septembre 2005. Lorsque Mère encaisse le dividende le 15 novembre 2005, il ne peut être ajouté au calcul de son CRTG de 2006. En effet, selon la définition de dividende déterminé, au paragraphe 89(1) L.I.R., un dividende ne peut être déterminé que s'il est versé après 2005. Or, le dividende en question est versé en 2005, donc ne se qualifie pas de dividende déterminé. Il ne pourra donc venir s'ajouter à l'élément G de la formule de CRTG.

Pour la filiale, le traitement est toutefois différent. Puisque le dividende versé par Fille au 15 novembre 2005 est un dividende imposable, il diminuera le CRTG d'ouverture de celle-ci en s'insérant à l'élément B de la formule du paragraphe 89(7) L.I.R. Ainsi, le CRTG d'ouverture de Fille sera réduit d'un montant qui ne sera jamais ajouté au CRTG de Mère. Le ministère des Finances a confirmé lors de la table ronde fédérale du Congrès 2007 de l'APFF qu'il n'avait pas l'intention de corriger la situation[18].

[18] *Id*.

3.1.3. Dividendes de sociétés non rattachées – CRTG perdu

Lors du calcul du CRTG d'ouverture, l'alinéa 89(7)c) L.I.R. permet d'y ajouter les dividendes reçus de sociétés rattachées qui sont attribuables à du revenu imposé à taux complet pour les sociétés payeuses. Est donc clairement exclu de ce calcul tout dividende reçu d'une société non rattachée.

Le ministère des Finances ne s'est pas prononcé sur les raisons de cette exclusion, mais celle-ci crée certainement des iniquités fiscales. D'un côté, la société qui verse ce dividende doit en tenir compte pour réduire son CRTG d'ouverture, en le soustrayant au niveau de l'élément B de la formule du paragraphe 89(7) L.I.R. De l'autre, la société qui reçoit le dividende ne peut toutefois pas s'en servir afin de majorer son CRTG d'ouverture, puisque l'alinéa 89(7)c) L.I.R. l'exclut spécifiquement.

3.1.4. Dividendes de sociétés rattachées

A) Une filiale verse à sa société mère, entre 2001 et 2005, un dividende dont une partie provient de revenus imposables au taux complet. À la lecture de l'alinéa 89(7)c) L.I.R., deux interprétations différentes du résultat obtenu ont été déduites. Premièrement, certains affirment que si une portion du dividende ne provient pas de revenus imposables au taux complet, la totalité du dividende ne sera pas admissible dans le calcul du CRTG d'ouverture.

   Cette approche pourrait cependant causer un préjudice à bien des entreprises qui ont versé des dividendes avant l'annonce de ces nouvelles règles. Si une société a versé à sa société mère un dividende d'un montant élevé vers la fin de 2005, il est possible que la totalité de ce dividende soit exclue du calcul du CRTG de la société mère. Si cette même filiale avait plutôt versé plusieurs dividendes de moindre valeur, quelques-uns de ces dividendes seraient probablement admissibles au calcul du CRTG de départ de la société mère.

   D'autres croient plutôt que si une partie du dividende en question provient de revenus imposables au taux complet, cette portion du dividende augmentera le CRTG d'ouverture de la société qui le reçoit. Selon des discussions que nous avons eues avec des représentants de l'ARC et du ministère des Finances, c'est la première option qui serait la bonne.

B) Dividende reçu entre 2001 et 2005

La règle de transition prévue au paragraphe 89(7) L.I.R. crée une certaine confusion au sujet de la relation entre l'accumulation de revenu imposable au taux complet et les dividendes versés durant cette période. Afin d'illustrer clairement cette question, voici un exemple qui la résume de façon simple.

Société B est la filiale en propriété exclusive de Société A. À des fins de simplification, ni l'une ni l'autre n'a droit à la DPE pour les années en cause. Voici les revenus de Société B pour les années 2001 à 2005, multipliés par 63 %, tel qu'il est spécifié aux alinéas 89(7)a) et b) L.I.R.

	63 % des revenus à taux complet de Société B
2001	100 000 $
2002	500 000 $
2003	700 000 $
2004	500 000 $
2005	500 000 $
	2 300 000 $

Selon les données de cet exemple, la filiale a versé en 2002 un dividende de 2 M$ alors que ses revenus à taux complet accumulés à la fin de cette année n'étaient que de 600 000 $. La question est ici de déterminer si le passage suivant du paragraphe 89(7) L.I.R. limite l'effet de ce dividende sur la Société A au montant de revenu à taux complet qui était accumulé dans Société B pour l'année du dividende : « que le dividende était attribuable à une somme qui est visée au présent alinéa ou aux alinéas a) ou b) relativement à la société payeuse ». (Notre soulignement)

Le calcul qu'offre le paragraphe 89(7) L.I.R. ne s'appuie aucunement sur le fait que ce calcul doive être effectué sur une base annuelle. Au contraire, son mécanisme de calcul semble traiter les années 2001 à 2005 comme un bloc, un peu comme s'il ne s'agissait que d'une seule année. En fait, la formulation de l'alinéa 89(7)c) L.I.R. nous semble indiquer que le dividende doit être attribuable à une somme qui correspond à 63 % du revenu imposable au taux complet de la société, pour une année s'étant terminée après 2000 et avant 2006. Il n'est pas spécifié que ce revenu imposable au taux complet doive provenir de l'année du versement du dividende ou d'une année précédente.

Selon nous, le résultat qui devrait être obtenu dans l'exemple ci-dessus est une augmentation du CRTG d'ouverture de la société mère, pour une somme de 2 M$. Puisque le CRTG d'ouverture de la filiale sera réduit du montant total du dividende imposable versé durant cette période, il est logique que cela soit reflété sur le CRTG de départ de Société A.

L'ARC a confirmé ce traitement à la table ronde fédérale du Congrès 2007 de l'APFF[19].

3.1.5. Pertes reportées durant la période transitoire

Selon le libellé de la loi, les reports de perte effectués durant la période transitoire ne réduisent pas le CRTG d'ouverture. En effet, les conséquences futures déterminées sont exclues de la formule offerte au paragraphe 89(7) L.I.R. De plus, puisque la formule en question ne prend en compte que le revenu imposable, le fait qu'une perte ait été subie durant une de ces années n'a pas pour effet de réduire le solde d'ouverture du CRTG.

Une perte subie entre les années 2002 et 2005 que la SPCC reporte à une des années 2001 à 2004 n'aura donc pas pour effet de réduire le CRTG d'ouverture de la société. Par contre, le report à une de ces années d'une perte réalisée en 2000 réduira le revenu imposable au taux complet de l'année du report, réduisant ainsi le CRTG d'ouverture.

Ce traitement a été confirmé par l'ARC à la table ronde fédérale du Congrès 2007 de l'APFF[20].

3.2. CHOIX D'ÊTRE TRAITÉ COMME UNE NON-SPCC

Pour certaines sociétés, le choix offert au paragraphe 89(11) L.I.R. d'être réputé ne pas être une SPCC peut se révéler avantageux. Ces sociétés sont souvent des SPCC qui n'ont pas accès à la DPE, donc dont tout le revenu est imposable au taux complet. Elles peuvent être motivées à produire le choix par souci de simplification des règles. Cependant, d'autres y voient une opportunité de verser plus de dividendes déterminés aux actionnaires. À quel moment les règles antiévitement spécifique et générale s'appliquent-elles à de tels scénarios?

---

19 *Id*., question 1., 50:5-7.

20 *Id*., question 2., 50:8-10.

3.2.1. Planification : plus avantageux d'être une non-SPCC?

Lorsque la formule prévue au paragraphe 89(8) L.I.R. est appliquée à une société qui produit le choix en vertu du paragraphe 89(11) L.I.R., la formule peut parfois créer un solde de CRTR d'ouverture très bas, selon ses attributs fiscaux à la fin du dernier exercice fiscal.

A) Prenons l'exemple d'une SPCC dont le CRTG est faible, mais ayant une dette très élevée au bilan. Cette société ne pourrait verser de dividende déterminé que jusqu'à concurrence de son solde de CRTG. Par contre, en effectuant le choix permis par le paragraphe 89(11) L.I.R., sa dette élevée aurait pour effet de générer un solde de CRTR très faible, lui permettant ainsi de ne verser que des dividendes déterminés une fois que son solde de CRTR sera épuisé.

   Cette société peut donc utiliser les règles de dividendes déterminés à son avantage rien qu'en effectuant le choix de se prévaloir des dispositions du paragraphe 89(11) L.I.R. Aucune transaction ni opération particulière n'a même été nécessaire.

B) Un particulier possède une société de gestion, « Gestion-1 », qui a vendu en 2000 la société opérante qu'elle détenait. Du produit de disposition, Gestion-1 n'a conservé que 20 M$ qu'elle a réinvesti dans une autre société de gestion, « Gestion-2 », qu'elle détient à part entière. L'investissement a été fait entièrement par une émission d'actions ordinaires. Au début de 2007, Gestion-2 possède comme seul actif des investissements de 25 M$. Le seul revenu de Gestion-2 en 2006 a été de 1 M$ en revenu de placement. De plus, le solde de CRTG de Gestion-1 et Gestion-2 est nul.

   L'actionnaire de Gestion-1 aimerait se verser un dividende de 10 M$, et il préférerait autant que possible qu'il s'agisse de dividende déterminé. Puisque le solde de CRTG de ses deux sociétés de gestion est nul, il lui est impossible de se verser un tel dividende. Par contre, en effectuant le choix du paragraphe 89(11) L.I.R., Gestion-2 obtiendra le résultat suivant :

+ Coût indiqué des actifs	25 M$
- Capital versé des actions	20 M$
Majoration du CRTR au début de 2007	5 M$

+ 80 % des revenus de placement de 2006 <u>0,8 M$</u>

CRTR au moment du dividende 5,8 M$

Ce solde de CRTR oblige Gestion-2 à verser un dividende ordinaire de 5,8 M$ avant de pouvoir verser un dividende déterminé. Par contre, les dividendes suivants pourront être ainsi désignés. Dans cet exemple, cela signifie que les 4,2 M$ sur les 10 M$ versés à l'actionnaire pourront être désignés à titre de dividende déterminé.

Encore une fois dans cet exemple, le simple fait de se prévaloir du choix prévu au paragraphe 89(11) L.I.R. permet, pour Gestion-2, d'augmenter de façon substantielle le montant de dividende déterminé qui pourra être versé aux actionnaires.

C) Un autre bon exemple de choix du paragraphe 89(11) L.I.R. peut être tiré d'une décision anticipée[21]. On se référera à l'annexe I pour l'illustration de la structure mise en place.

Dans ce scénario, Holdco 1 et Holdco 2 ont été créées afin d'extraire le revenu protégé de Pubco, une société publique. Les deux nouvelles sociétés procèdent à une augmentation de leur capital versé, ce qui entraîne un dividende réputé versé à Aco en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R.

Puisque Holdco 1 et Holdco 2 sont des SPCC nouvellement créées, leur solde de CRTG est nul, ce qui ne permet pas de désigner ce dividende réputé à titre de dividende déterminé. Par contre, si elles font le choix du paragraphe 89(11) L.I.R., leur CRTR sera aussi nul puisque ce sont de nouvelles sociétés. Elles pourront alors désigner les dividendes réputés, permettant ainsi que la cristallisation de revenu protégé augmente aussi le CRTG d'Aco.

L'opinion de l'ARC sur cette question est que, dans cette situation précise, ce dividende provenant du revenu protégé pourrait aussi être un dividende déterminé, puisqu'il peut être relié à du revenu de la société publique imposable au taux complet. Elle a confirmé que ni la règle spécifique antiévitement ni la règle générale antiévitement (ci-après

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 15.

« RGAÉ ») ne s'appliqueraient à cet exemple. Dans le préambule de la décision, l'ARC met toutefois les contribuables en garde contre une situation où il ne serait pas raisonnable de lier le dividende déterminé à du revenu imposable au taux complet. Une telle désignation pourrait alors être attaquée par la règle antiévitement spécifique. Dans un tel cas, rappelons-nous que l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. serait de 30 % de la totalité du dividende déterminé.

3.2.2. Règles antiévitement liées à ce choix

- Règle spécifique

Nous avons mentionné à la section 1.1.8. l'existence d'une règle antiévitement spécifique aux dividendes déterminés. Serait-elle applicable dans les situations décrites ci-dessus? L'ARC s'est prononcée sur la troisième, mais il vaut aussi la peine de s'interroger sur les deux premières.

Cette règle antiévitement peut-elle s'appliquer lorsqu'il est avantageux de produire le choix du paragraphe 89(11) L.I.R. sans avoir recours à d'autres opérations? La *Loi de l'impôt sur le revenu* reste muette sur le sens des expressions « opération » et « série d'opérations » aux fins de l'article 89 L.I.R. Le terme opération est défini aux fins de la RGAÉ et inclut un événement, mais ce n'est pas le cas pour l'article 89 L.I.R.[22] La doctrine nous a enseigné qu'un choix peut être un événement, mais n'est certainement pas une opération. Or, les deux premières situations décrites ci-dessus ne résultent que d'un choix et ne seraient donc vraisemblablement pas assujetties à cette règle antiévitement.

- RGAÉ

Aux fins de la RGAÉ, un choix pourrait être vu comme une opération, d'après la définition prévue au paragraphe 245(1) L.I.R. qui fait en sorte qu'un événement soit considéré comme une opération. Cependant, il est peu probable que ce choix soit considéré comme une opération d'évitement abusive. Le choix du paragraphe 89(11) L.I.R. est clairement autorisé par la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de permettre à une SPCC d'être traitée comme une non-SPCC et ainsi d'accéder aux règles prévues pour cette catégorie de sociétés. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit deux traitements et permet au contribuable de choisir. Il n'y a pas de conditions assorties à ce choix, et toute SPCC peut s'en prévaloir.

[22] Par. 245(2) L.I.R.

De plus, dans le cas où il existe une règle spécifique antiévitement, il est difficile d'appliquer la RGAÉ. En effet, l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* c. *Canada*[23] de la Cour suprême nous indique que la RGAÉ peut s'appliquer lorsqu'on contourne une règle antiévitement spécifique. Dans les deux situations que nous avons décrites, les sociétés ne font que produire le choix et ne contournent donc pas une telle règle.

Bien que nous ne puissions offrir de conclusion définitive à ces questions pour le moment, il nous semble que ces situations ne seraient l'objet ni de l'application de la règle antiévitement spécifique ni de la RGAÉ.

3.3. DIVIDENDES DÉTERMINÉS VERSÉS À DES NON-RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS NON IMPOSABLES

Tel qu'il est décrit au paragraphe 89(1) L.I.R., un dividende doit être reçu par une personne résidant au Canada afin de pouvoir se qualifier comme dividende déterminé. Ainsi, un non-résident qui encaisse un dividende que la société a désigné à titre de dividende déterminé n'en tirera aucun bénéfice particulier. Il sera imposé entre ses mains comme un dividende normal et l'avantage qui aurait pu en découler sera perdu.

Une façon de contourner ce problème est d'attribuer aux actionnaires non résidents ou entités non imposables des actions d'une catégorie distincte. Celle-ci aura, selon le cas, les mêmes caractéristiques que les actions détenues par les résidents canadiens. Toutefois, cette séparation de la détention en différentes catégories permettra d'allouer des dividendes déterminés à certains actionnaires plutôt qu'à d'autres afin de maximiser leur utilisation. La SPCC qui possède un CRTG ne désignera à titre de dividendes déterminés que ceux versés sur les catégories d'actions détenues par des résidents. Les autres sociétés, aux prises avec un CRTR, déclareront d'abord un dividende ordinaire sur les actions détenues par les non-résidents, puis pourront verser à leur guise un dividende déterminé aux actionnaires résidents.

3.4. RÉORGANISATIONS

Dans cette section, nous analysons quelques exemples de réorganisations qui peuvent être touchées par les règles de dividendes déterminés. Certaines situations, par exemple une société mère ayant un

[23] [2005] C.S.C. 54.

CRTG négatif, peuvent nuire au versement de tels dividendes. Nous illustrons ensuite le fait que certains choix sont par ailleurs possibles afin d'assurer que le CRTG soit optimisé lors de réorganisations. La transaction papillon y est traitée, ainsi qu'un cas où une société perd son statut de SPCC à la suite de son acquisition par une société publique. Enfin, nous voyons l'impact sur les dividendes déterminés de la cristallisation du revenu protégé avant l'acquisition d'une société publique par une autre société publique.

Nous avons aussi inclus de façon très sommaire, à la section 3.5., quelques éléments qu'il faut considérer à la lumière des nouvelles règles concernant les dividendes déterminés.

3.4.1. CRTG négatif de la société mère – Limitation du CRTG provenant de filiales

Il peut arriver que le solde négatif du CRTG d'une société limite sa possibilité de verser à ses actionnaires le CRTG accumulé dans une de ses filiales. Tel qu'il a été mentionné à la section 1.1.2., le solde de CRTG peut être négatif, sans pour autant générer d'impôt de la Partie III.1 L.I.R. Cette situation se présente lorsqu'une société verse un dividende déterminé qui ramène son CRTG à zéro et réalise une perte l'année suivante, qu'elle reporte à une année antérieure.

Prenons l'exemple de Holdco, une société qui détient une filiale en propriété exclusive, Filco. Holdco a un CRTG négatif occasionné par un report de perte. Filco, pour sa part, présente un solde de CRTG positif. L'actionnaire de Holdco, M. H, aimerait bien profiter du CRTG de Filco pour se verser un dividende déterminé.

D'après la structure actuelle, il n'est pas possible de verser un dividende déterminé sans en perdre une partie qui servira à éponger le solde négatif du CRTG de Holdco. Un exemple de modification de la structure actuelle qui permettrait de contourner ce problème serait de transférer Filco par une série de transactions à une nouvelle société incorporée par M. H, Nouco. La totalité du CRTG de Filco pourra alors être versée à Nouco, qui déclarera à son tour un dividende déterminé à M. H.

Il reste ensuite à se demander si cette opération serait visée par la règle antiévitement spécifique prévue aux fins des règles de dividendes déterminés[24]. Est-il raisonnable de considérer que l'un des principaux objets

[24] *Supra*, note 9.

consistait à maintenir ou à augmenter artificiellement le CRTG de Filco ou de Nouco? Pour l'instant, il est difficile d'évaluer la portée de cette règle antiévitement spécifique et la manière selon laquelle l'ARC l'appliquera.

3.4.2. Réorganisation papillon

M. A et M. B sont deux résidents canadiens détenant chacun 50 % des actions votantes et participantes d'Aco, une société canadienne. Aco exploite deux entreprises, soit A et B, et la valeur de chacune est de 10 M$. De plus, Aco a un solde de CRTG de 10 M$. L'illustration de cette structure se trouve à l'annexe II.

Les deux actionnaires désirent se séparer la société, afin que chaque actionnaire ne conserve que l'une des deux entreprises. Ils se sont aussi entendus pour diviser le CRTG en parts égales. Il est important de noter que les dividendes intersociétés qui seront versés dans cette transaction ne seront pas touchés par le paragraphe 55(2) L.I.R., puisque l'exception prévue à l'alinéa 55(3)b) L.I.R. s'applique à cette transaction papillon.

M. B incorpore une nouvelle société, Bco, à laquelle l'entreprise B est transférée dans le cadre de la réorganisation papillon. Nous n'illustrerons pas ici toutes les étapes de cette opération et passerons directement à l'étape où Aco et Bco rachètent respectivement leurs actions qui sont détenues par l'autre société, tel qu'il est illustré à l'annexe II, partie B du présent texte. À ce moment, Aco et Bco détiennent chacune des actions de l'autre société pour une valeur de 10 M$ dont le capital versé est nul. Le rachat de ces actions générera un dividende réputé de 10 M$.

Scénario 1 : aucun choix n'est effectué

C'est à ce moment que se prennent les décisions qui permettent le transfert du CRTG à la nouvelle entité Bco. Aco commence par racheter 5 M$ d'actions détenues par Bco et désigne le dividende comme un dividende déterminé. Aco rachète ensuite les 5 M$ d'actions restantes et ne désigne pas ce deuxième dividende, qui sera donc un dividende ordinaire. Le CRTG de Bco est à ce moment de 5 M$.

C'est alors au tour de Bco de racheter les 10 M$ d'actions que Aco détient. Aucune désignation ne sera faite en ce qui concerne ce dividende réputé de 10 M$, ce qui ne causera pas de transfert de CRTG entre les deux sociétés. À la suite de ces rachats, seuls 5 M$ de CRTG ont été transférés d'Aco à Bco par le premier dividende de rachat. Le CRTG a donc été divisé en parts égales entre les deux actionnaires, tel qu'ils le désiraient.

Scénario 2 : Bco fait le choix du paragraphe 89(11) L.I.R.

Le résultat est différent si Bco fait le choix du paragraphe 89(11) L.I.R. avant les rachats d'actions. Puisqu'il s'agit d'une société nouvellement créée, son solde de CRTR sera alors nul.

Puisque Bco a un CRTR nul, elle peut racheter en premier ses actions détenues par Aco et désigner la totalité du dividende, soit 10 M$, à titre de dividende déterminé. Cela fera passer le CRTG d'Aco à un total de 20 M$. Aco rachète ensuite ses actions détenues par Bco, en désignant aussi la totalité du dividende de rachat de 10 M$. Ce dividende n'aura donc pas d'effet sur le CRTR de Bco.

À la suite de la réorganisation papillon, la société Aco aura le même solde de CRTG qu'avant la transaction, soit 10 M$. Bco, de son côté, aura un CRTR nul, ce qui signifie que tous les dividendes qu'elle verserait immédiatement seraient des dividendes déterminés. Si les deux sociétés ne contenaient à ce moment que des liquidités, les deux actionnaires pourraient chacun se verser jusqu'à 10 M$ de dividende déterminé, soit le double de ce qui aurait été possible la veille.

Encore une fois, il est pertinent de se demander si la règle spécifique antiévitement s'appliquerait à un tel scénario. Le contribuable n'a fait que se servir d'une disposition existante de la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de se prévaloir de règles qui sont plus avantageuses pour lui. Cependant, il est probable qu'il y ait dans ce cas présence d'une « opération » tel que l'entend l'alinéa c) de la définition de « désignation excessive de dividende déterminé » qui se trouve au paragraphe 89(1) L.I.R. La position de l'ARC à ce sujet est toujours inconnue pour le moment.

3.4.3. Changements de statut

Dans une situation d'acquisition de société, il arrive que le statut de la société acquise soit changé à cause de celui de son acquéreur. Par exemple, une SPCC deviendrait une non-SPCC, ou l'inverse. Cela peut avoir des conséquences malencontreuses pour l'acheteur qui ne prend pas soin de les prévoir.

Par exemple, une SPCC qui est acquise par une société publique perdra son statut de SPCC. De plus, une fin d'année réputée aura lieu immédiatement avant l'acquisition. La société cible étant devenue une non-SPCC, il faut alors calculer son CRTR d'ouverture selon les dispositions du paragraphe 89(8) L.I.R. Si la société publique avait prévu que la société

acquise lui verse un dividende après le moment de l'acquisition, elle pourrait alors être aux prises avec un solde de CRTR.

Une situation aussi problématique peut se produire dans un cas similaire où l'acheteur est une société publique et la cible, une SPCC. Si l'acquéreur fait une offre d'achat que le vendeur accepte et que l'alinéa 251(5)b) L.I.R. s'applique, le changement de contrôle immédiat, avant que la transaction ne soit finale, peut alors empêcher le vendeur de bien planifier la transaction. Si le changement de statut avait pour effet de créer un solde de CRTR pour la société cible, il ne pourrait plus, à partir de ce moment, cristalliser son revenu protégé sans en même temps verser un dividende ordinaire.

3.4.4. Vente d'actions d'une société publique – Préservation du revenu protégé

Voici un autre exemple de réorganisation. M. A, un résident canadien, possède des actions d'une société publique, Cible, dont il désire se départir. Pubco, une autre société publique, offre d'acquérir toutes les actions de Cible et permet aux vendeurs qui le désirent de cristalliser leur revenu protégé par l'utilisation d'une nouvelle société de gestion. M. A décide d'opter pour cette possibilité et incorpore deux sociétés de gestion dans lesquelles il transfère par roulement les actions de Cible, tel que l'illustre l'annexe III du présent texte.

Dans cette situation, M. A désire conserver son revenu protégé dans une société de gestion jusqu'à ce qu'il choisisse ce qu'il veut faire de ses liquidités. Un dividende sera donc versé de Holdco 2 à Holdco 1. Immédiatement après, Holdco 1 recapitalisera Holdco 2 pour le montant du dividende. Cette opération aura pour effet de cristalliser dans Holdco 1 le revenu protégé accumulé sur les actions de Cible depuis que M. A les détient.

Sans effectuer de choix, le dividende versé de Holdco 1 à Holdco 2 sera un dividende ordinaire. En effet, Holdco 2 étant une SPCC nouvellement créée, son CRTG sera nul. Par contre, en effectuant le choix du paragraphe 89(11) L.I.R., cette nouvelle société aura un CRTR nul et pourra verser autant de dividende déterminé qu'elle le désire. Le dividende versé à Holdco 1 afin de cristalliser le revenu protégé pourra donc aussi être désigné à titre de dividende déterminé et contribuera à augmenter le solde de CRTG de Holdco 1.

Dans cet exemple, le choix du paragraphe 89(11) L.I.R. était nécessaire puisque sans lui, le résultat obtenu aurait été illogique. Puisque le dividende

versé par Holdco 2 provient en théorie de revenus imposables au taux complet de Cible, il est normal que celui-ci soit un dividende déterminé, tel que l'a confirmé l'ARC dans une demande de décision anticipée[25].

3.5. PLANIFICATION – ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER

Certains éléments devraient particulièrement attirer l'attention des contribuables en ce qui concerne les dividendes déterminés en contexte de réorganisation. Il ne s'agit pas ici d'une liste exhaustive, mais plutôt d'un rappel de certaines particularités illustrées précédemment.

Le CRTG peut conférer un avantage aux actionnaires, mais ses règles de partage ne sont pas claires. Il serait pertinent d'inclure aux conventions entre actionnaires une clause qui spécifie le versement des dividendes déterminés entre les différents actionnaires.

Dans le cas de financement en actions privilégiées effectué par des fonds ou institutions de financement, il est important de déterminer si ces entités auront droit ou non à une part de ces dividendes. S'il s'agit de non-résidents ou d'entités non imposables, il peut être avantageux d'émettre à ces investisseurs des actions d'une catégorie distincte, sur lesquelles ne seront versés que des dividendes non déterminés. Plus de détails sur ce type de planification est offert à la section 3.3. du présent texte.

En cas de vente d'entreprise, l'extraction du revenu protégé peut être faite en versant un dividende déterminé, ce qui devrait toujours être fait autant que possible.

L'impôt de la Partie III.1 L.I.R. peut constituer un risque important en cas d'acquisition d'entreprise lorsque l'acquéreur achète les actions de la société. Les contrôles préalables à l'acquisition doivent être effectués afin de se couvrir de ce risque nouveau. De plus, les clauses de représentation et garanties devraient s'assurer que le vendeur absorbera le coût de l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. en cas de cotisation. Il serait aussi recommandé d'inclure une clause obligeant le vendeur à effectuer le choix de traiter le dividende déterminé comme un dividende ordinaire en cas de désignation excessive.

Les réorganisations peuvent avoir un effet sur le statut de la société acquise. Si une société acquiert ou perd le statut de SPCC, les conséquences

[25] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 15.

peuvent être néfastes tant pour le vendeur que pour l'acquéreur. Un exemple de situation à éviter serait une société publique qui se crée un CRTR en recevant un dividende versé par sa filiale nouvellement acquise, qui est passée d'une SPCC à une non-SPCC le jour de l'acquisition. Elle serait alors incapable de verser des dividendes déterminés à ses actionnaires tant que son CRTR ne serait pas mis à zéro par le versement de dividendes ordinaires. Comme on peut le constater, il est maintenant important de bien examiner l'impact des réorganisations sur les dividendes déterminés.

4. INTÉGRATION FISCALE

Nous avons effectué quelques calculs afin de démontrer l'état de l'intégration fiscale au Québec pour l'année 2007, ainsi que pour l'année 2011 selon les annonces faites par les deux paliers de gouvernement. Le but de l'exercice est de déterminer le taux d'imposition global qui est imposé à une société selon que le revenu gagné est versé en salaire, qu'un dividende est versé ou que l'entreprise est exploitée personnellement par le propriétaire. Les commentaires de la présente section font référence aux chiffres qui sont illustrés à l'annexe IV du présent texte.

Pour le revenu d'entreprise admissible à la DPE, le principe d'intégration sera presque parfait en 2011. En 2007, l'écart entre le revenu versé par voie de dividende et celui gagné directement par le propriétaire exploitant est inférieur à 2 %. De plus, l'augmentation successive du taux de DPE et l'abrogation de la surtaxe à partir de 2008 ont pour effet, malgré l'augmentation du taux d'imposition des dividendes au Québec, de ramener le taux d'imposition global des dividendes à une intégration presque parfaite lorsqu'on le compare à l'entreprise exploitée personnellement.

Pour le revenu d'entreprise non admissible à la DPE, l'instauration des dividendes déterminés a eu pour effet d'améliorer l'intégration fiscale. Les résultats ne sont toutefois pas aussi concluants que ceux du revenu admissible à la DPE. L'écart global entre le revenu versé à l'actionnaire sous forme de dividende déterminé et le revenu d'entreprise exploitée directement par le propriétaire est d'environ 4 % en 2007, ce qui n'est tout de même pas énorme. Selon les annonces actuelles, cette différence sera en 2011 de moins de 3 %, ce qui constitue un réel progrès comparativement aux années antérieures.

Lorsqu'on compare le dividende déterminé au salaire, on s'aperçoit que le versement d'un boni afin de réduire le revenu imposable de la société au niveau admissible à la DPE est encore avantageux. L'écart entre le salaire et

le dividende déterminé étant toutefois inférieur à 1 %, l'avantage dont bénéficie le contribuable n'est pas très important.

L'avantage découlant de ces différences de taux peut aussi être différent selon que la société a l'intention de réinvestir ses profits dans la société et ainsi profiter du report d'une partie de l'impôt. Nous avons illustré l'avantage découlant de ce report au bas des tableaux présentés à l'annexe IV. Ce pourcentage représente dans chacun des cas la différence entre l'impôt payé par un particulier exploitant personnellement une entreprise et l'impôt corporatif payé par la société.

Nous avons aussi illustré l'application de l'intégration pour le revenu de bien. Ici aussi, le système d'intégration fiscal fonctionne très bien. La différence entre un tel revenu gagné par une société puis versé sous forme de dividende et celui gagné par un individu est inférieur à 1 %. Contrairement aux années antérieures, on obtient maintenant un report d'impôts par l'entremise d'une société, mais la différence n'est que de 1,65 %.

Finalement, il est intéressant de noter qu'un dividende déterminé versé en 2007 et causant un remboursement d'impôt au titre de dividendes (ci-après « RTD ») augmente le patrimoine global de l'actionnaire. Cela est causé par le fait que le taux de RTD est de 33,33 % du dividende versé, alors que l'impôt à payer par l'actionnaire sur le dividende reçu n'est que de 29,69 %. L'écart positif est donc de 3,6 % pour un résident du Québec. Pour ce qui est des provinces de l'Ontario et de l'Alberta, cet écart positif est respectivement de 8,7 % et de 15,9 % (18,8 % après 2008 en Alberta).

4.1. FRACTIONNEMENT DE REVENU

Plusieurs planifications permettent de fractionner le revenu entre les membres d'une même famille. Elles permettent de diriger des dividendes vers les membres de la famille qui ne gagnent aucun revenu ou très peu. Les taux d'impôt applicables aux dividendes déterminés rendent maintenant ces planifications encore plus avantageuses.

Un individu qui ne gagne aucun autre revenu peut toucher jusqu'à 67 000 $ et ne payer aucun impôt au fédéral. Par contre, il devra payer 6 700 $ au Québec, ainsi qu'environ 2 800 $ d'impôt minimum de remplacement (ci-après « IMR ») au fédéral. Cet IMR provient du fait que le taux marginal le plus élevé sur du dividende déterminé, soit 14,55 %, est moins élevé que le taux d'IMR, soit 15,5 %.

L'IMR s'applique à partir d'un revenu de dividende de 49 000 $ lorsqu'il s'agit du seul revenu du contribuable. Par contre, un individu ayant un revenu imposable de 120 000 $ peut recevoir jusqu'à 1,4 M$ de dividende déterminé avant d'avoir de l'IMR à payer.

5. FARDEAU ADMINISTRATIF ET SOLUTION ALTERNATIVE

Les règles de dividendes déterminés, instaurées principalement afin de régler un problème d'intégration, ont ajouté un fardeau administratif important pour l'ensemble des sociétés canadiennes. Que ce soit par l'utilisation du CRTG ou du CRTR, toutes les sociétés sont touchées. Elles doivent se doter de systèmes parfois très élaborés afin de faire le suivi de ces comptes, surtout dans le cas des sociétés telles les institutions financières qui possèdent une participation en actions d'un très grand nombre de sociétés. Les réorganisations, les achats et les ventes d'entreprises en sont complexifiés, sans parler du risque financier accru que cause l'impôt de la Partie III.1 L.I.R.

Un système beaucoup plus simple aurait pu être mis en place, qui aurait eu pour effet d'arriver à une intégration parfaite tout en évitant d'alourdir le fardeau administratif des sociétés.

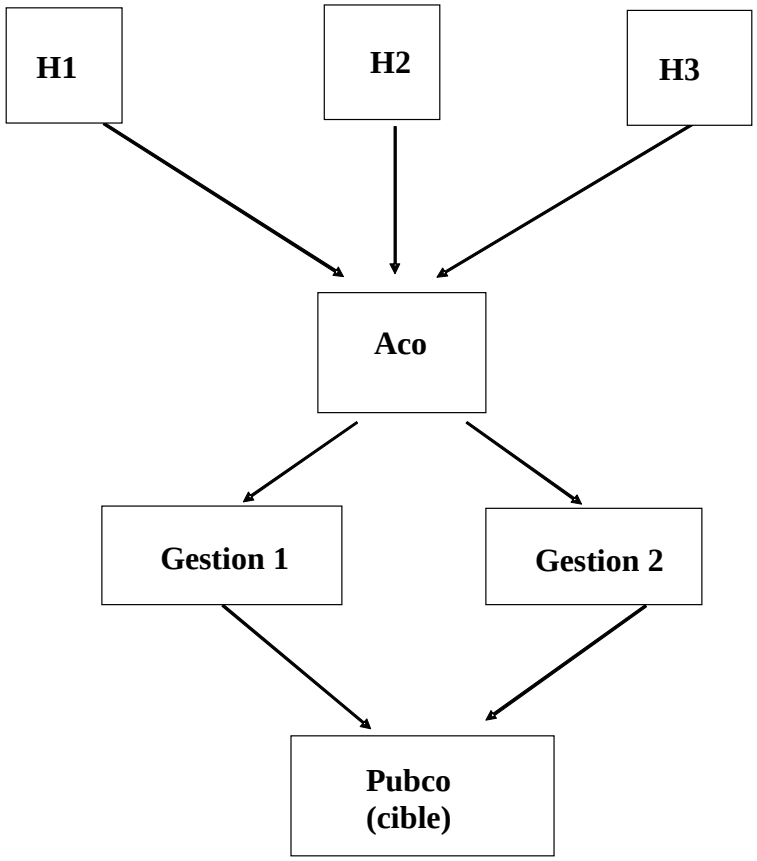
Par exemple, un système semblable au CRTR pourrait être mis en place afin de faire le suivi du revenu admissible à la DPE seulement. Les dividendes provenant de ce compte seraient imposés comme des dividendes normaux, alors que tous les autres seraient des dividendes déterminés. Enfin, seules les sociétés profitant de la DPE seraient touchées.

Il est certain que dans un tel système, il faudrait tenter de prévoir des clauses visant à contrer les planifications fiscales abusives, mais il est plausible de croire qu'il en découlerait un système beaucoup plus simple et qui toucherait seulement un certain nombre de sociétés.

Par souci de simplicité, le ministère des Finances a très peu légiféré sur les règles transitoires. Il aurait dû avoir le même souci dans la rédaction des règles dans leur ensemble. Le ministère des Finances devrait retourner à la table à dessin pour arriver à un système plus simple et ainsi alléger le fardeau administratif de toutes les sociétés canadiennes.

ANNEXE I

Structure corporative simplifiée[26]

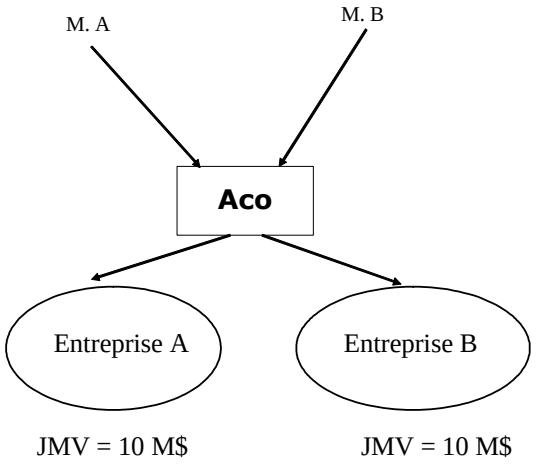


[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 15.

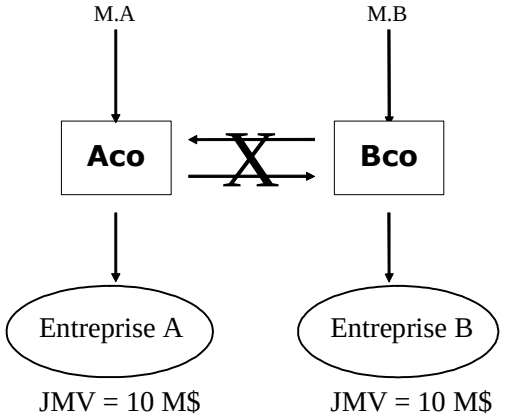
ANNEXE II

Réorganisation papillon

A. Structure originale

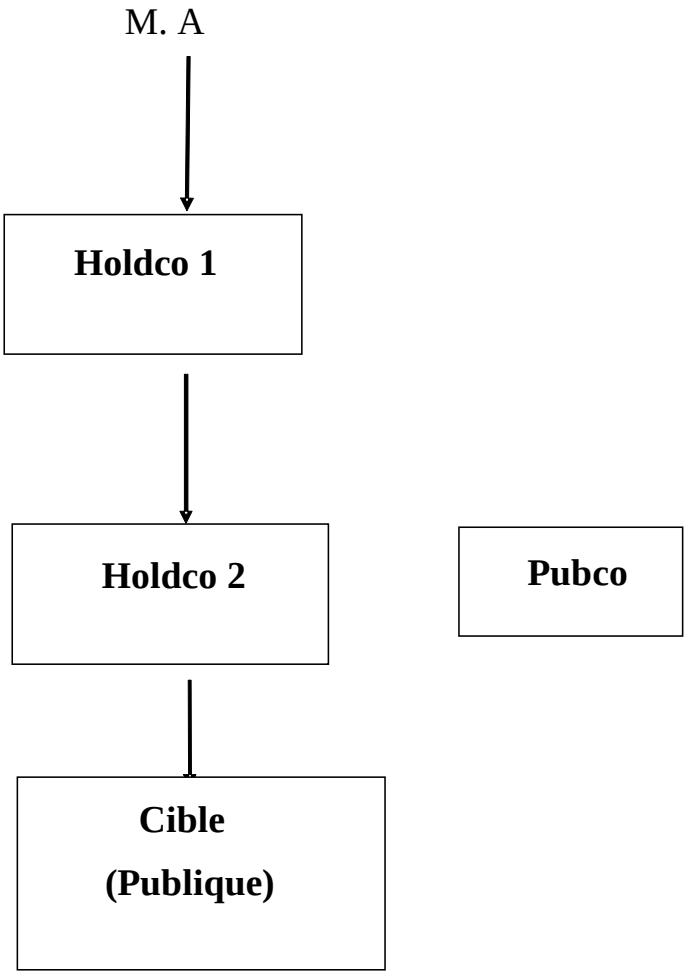


B. Structure durant la réorganisation



ANNEXE III

Vente d'actions d'une société publique



ANNEXE IV

Exemple d'intégration fiscale

2007 : Société du Québec – Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Salaire $	**Dividende non déterminé** $	**Entreprise personnelle** $
Revenu réalisé par la société	10 000	10 000	10 000
Impôt pour la société	—	(2 112)	—
Charges sociales	(409)	—	—
Montant à inclure au revenu de l'individu	9 591	7 888	10 000
Impôt sur le revenu versé à l'individu	(4 625)	(2 867)	(4 822)
Montant net reçu après impôts	4 966	5 021	5 178
Taux d'impôt	50,34 %	49,79 %	48,22 %
Impôt différé par l'utilisation d'une société		+ 27,10 %	

2011 : Société du Québec – Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Salaire $	**Dividende non déterminé** $	**Entreprise personnelle** $
Revenu réalisé par la société	10 000	10 000	10 000
Impôt pour la société	—	(1 900)	—
Charges sociales	(409)	—	—
Montant à inclure au revenu de l'individu	9 591	8 100	10 000
Impôt sur le revenu versé à l'individu	(4 625)	(2 945)	(4 822)
Montant net reçu après impôts	4 966	5 155	5 178
Taux d'impôt	50,34 %	48,45 %	48,22 %
Impôt différé par l'utilisation d'une société		+ 29,22 %	

2007 : Société du Québec – Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Salaire $	**Dividende déterminé** $	**Entreprise personnelle** $
Revenu réalisé par la société	10 000	10 000	10 000
Impôt pour la société	—	(3 202)	—
Charges sociales	(409)	—	—
Montant à inclure au revenu de l'individu	9 591	6 798	10 000
Impôt sur le revenu versé à l'individu	(4 625)	(2 019)	(4 822)
Montant net reçu après impôts	4 966	4 779	5 178
Taux d'impôt	50,34 %	52,21 %	48,22 %
Impôt différé par l'utilisation d'une société		+ 16,20 %	

2011 : Société du Québec – Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Salaire $	**Dividende déterminé** $	**Entreprise personnelle** $
Revenu réalisé par la société	10 000	10 000	10 000
Impôt pour la société	—	(3 202)	—
Charges sociales	(409)	—	—
Montant à inclure au revenu de l'individu	9 591	6 960	10 000
Impôt sur le revenu versé à l'individu	(4 625)	(2 066)	(4 822)
Montant net reçu après impôts	4 966	4 894	5 178
Taux d'impôt	50,34 %	51,06 %	48,22 %
Impôt différé par l'utilisation d'une société		+ 17,82 %	

2009 : Société du Québec – Revenu de bien

	Salaire $	**Dividende non déterminé** $	**Personnel** $
Revenu de bien	10 000	10 000	10 000
Impôt pour la société (36,47 % fédéral + 11,9 % Québec)	—	(4 657)	—
RTD théorique	—	2 667	—
Charges sociales	(409)	—	—
Montant à inclure au revenu de l'individu	9 591	8 010	10 000
Impôt sur le revenu versé à l'individu	(4 625)	(2 912)	(4 822)
Montant net reçu après impôts	4 966	5 098	5 178
Taux d'impôt	50,34 %	49,02 %	48,22 %
Impôts différés par l'utilisation d'une société		+ 1,65 %	

RÉORGANISATION D'ENTREPRISE – MISE À JOUR



Jean-François Thuot
CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 17:3

1. UTILISATION ORIGINALE DE L'ARTICLE 44.1 L.I.R. 17:4

2. PARAGRAPHE 249(3.1) L.I.R. 17:6

3. DÉCISION *LA SURVIVANCE* 17:8

3.1. LES FAITS 17:8
3.2. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 17:9
3.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 17:9
3.4. COMMENTAIRES 17:9

4. ALINÉA 20(1)E) L.I.R. ET UTILISATION INDIRECTE : L'AGENCE DU REVENU DU CANADA MODIFIE SON INTERPRÉTATION 17:10

5. DÉCISION *MCMULLEN* 17:11

5.1. LES FAITS 17:12
5.2. PARAGRAPHE 84(2) L.I.R. 17:13
5.3. ARTICLE 84.1 L.I.R. 17:14
5.4. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 17:15
5.5. COMMENTAIRES 17:16

6. EXONÉRATION CUMULATIVE DES GAINS EN CAPITAL 17:16

6.1. MISE EN PLACE D'UN DÉGEL 17:18

7. AJUSTEMENT AU COÛT FISCAL EN VERTU DES ALINÉAS 52(3)A) ET 53(1)B) L.I.R. 17:18

7.1. COÛT DES ACTIONS REÇUES À TITRE DE DIVIDENDE EN ACTIONS (AL. 52(3)A) L.I.R.) 17:19
7.2. PRIX DE BASE RAJUSTÉ DES ACTIONS AYANT FAIT L'OBJET D'UN DIVIDENDE RÉPUTÉ EN VERTU DU PARAGRAPHE 84(1) L.I.R. (AL. 53(1)B) L.I.R.) 17:19
7.3. CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL (PAR. 89(1) L.I.R.) 17:21

8. DÉCISION *SEDONA* 17:23

8.1. LES FAITS 17:23
8.2. QUESTIONS ET LITIGES 17:24
8.3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 17:25
8.4. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 17:26
8.5. COMMENTAIRES 17:27

9. IMPOSITION DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ET PERSONNES AYANT UN LIEN DE DÉPENDANCE 17:28

CONCLUSION 17:31

INTRODUCTION[*]

La préparation d'un texte traitant d'une mise à jour sur les réorganisations d'entreprises comporte plusieurs défis. Le plus important de ces défis est, selon nous, celui de déterminer les sujets pouvant avoir un effet important sur le praticien dans le cadre des réorganisations d'entreprises dont il s'occupe.

Ce texte traitera donc de neuf sujets. Les sujets proviennent de plusieurs sources, notamment certains changements législatifs, certains arrêts intéressants ainsi que certaines interprétations des autorités fiscales. Les sujets traités sont les suivants :

1) utilisation originale de l'article 44.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1];

2) paragraphe 249(3.1) L.I.R.;

3) décision *La Survivance* c. *La Reine*[2];

4) alinéa 20(1)e) L.I.R. et utilisation indirecte : l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») modifie son interprétation;

5) décision *McMullen* c. *La Reine*[3];

6) exonération cumulative des gains en capital;

7) ajustement au coût fiscal en vertu des alinéas 52(3)a) et 53(1)b) L.I.R.;

---

[*] L'auteur tient à remercier M[e] Isabelle Messier, avocate, D. Fisc. chez Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l., de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte. Le présent article traite de questions complexes. La documentation proposée est basée sur des lois et des pratiques qui sont susceptibles de changer. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu de cet article comme substitut à des conseils professionnels spécialisés au sujet d'une question particulière. Le texte a été préparé avec soin, mais aucune personne ayant participé à sa rédaction n'accepte de responsabilité légale relativement à son contenu ou aux conséquences pouvant résulter de son usage.

[1] L.R.C. (1985), 5[e] supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

[2] 2006 D.T.C. 6288 (C.A.F.) (ci-après « *La Survivance* »).

[3] 2007 D.T.C. 286 (C.C.I.) (ci-après « *McMullen* »).

8) décision *Sedona Networks Corp.* c. *La Reine*[4];

9) imposition des clauses de non-concurrence et personnes ayant un lien de dépendance.

1. UTILISATION ORIGINALE DE L'ARTICLE 44.1 L.I.R.

Dans le Budget fédéral du 28 février 2000[5], le ministre des Finances a introduit une nouvelle mesure permettant de reporter l'imposition des gains en capital sur la disposition d'actions de petites entreprises. L'article 44.1 L.I.R. permet à un particulier de reporter la constatation de l'impôt sur les gains en capital relatif à la disposition d'un placement dans une petite entreprise lorsque le produit de la disposition est réinvesti dans des actions d'une autre petite entreprise selon l'application de certaines conditions. Afin d'empêcher qu'un particulier puisse augmenter le montant du report autorisé que ce dernier aurait autrement été en mesure d'effectuer lorsqu'il procède à une réorganisation d'entreprise effectuée principalement dans ce but, le ministre des Finances a introduit une règle spécifique antiévitement qui prévoit que le montant du report autorisé est réputé être nul dans certaines situations.

Dans le cadre d'une interprétation technique[6], l'avis de l'ARC a été demandé à l'égard d'une planification fiscale qui permettrait à un particulier et sa conjointe de disposer de leurs actions tout en reportant l'imposition du gain en capital réalisé en vertu de l'article 44.1 L.I.R. et plus précisément sur l'application de la règle antiévitement prévue au paragraphe 44.1(12) L.I.R. et de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

Une tierce partie (ci-après « Acheteur ») approcha le particulier et sa conjointe afin d'acquérir une partie de l'entreprise exploitée par OPCO. Le particulier et sa conjointe (ci-après « Actionnaires ») détenaient la totalité des actions ordinaires de OPCO. Considérant que l'Acheteur voulait uniquement acquérir une partie de l'entreprise, une série de transactions fut mise en place afin de transférer la partie des actifs que l'Acheteur ne désirait pas acquérir à une nouvelle compagnie (ci-après « NOUCO ») et ensuite disposer de la totalité des actions de OPCO en faveur de l'Acheteur.

---

4 [2007] C.A.F. 169 (ci-après « *Sedona* »).

5 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2000*, 28 février 2000.

6 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2006-0194571I7, 19 juillet 2007.

OPCO procède à la modification de ses statuts. Chaque action ordinaire émise et en circulation du capital-actions de OPCO est convertie en une nouvelle action ordinaire de catégorie « A » du capital-actions de OPCO. La catégorie d'actions privilégiées « A » est annulée. À la suite des modifications des statuts de OPCO, le capital-actions autorisé de OPCO est composé de cinq catégories d'actions ordinaires et de cinq catégories d'actions privilégiées, toutes sans valeur nominale. Les Actionnaires souscrivent à des actions privilégiées de catégorie « A » (avec droit de vote).

Les Actionnaires transfèrent à OPCO la totalité de leurs actions ordinaires de catégorie « A » (avec droit de vote) et reçoivent en contrepartie des actions ordinaires de catégorie « D » (sans droit de vote) et des actions privilégiées de catégorie « B » (avec droit de vote). Les transferts s'effectuent en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. Ce transfert constitue une « disposition admissible » en vertu du paragraphe 44.1(1) L.I.R. Les parties ont désigné une somme convenue plus élevée que le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions afin de déclencher un gain en capital sur les actions ordinaires de catégorie « A ».

Par la suite, les Actionnaires transfèrent à OPCO la totalité de leurs actions ordinaires de catégorie « D » (sans droit de vote) et reçoivent en contrepartie des actions ordinaires de catégorie « B » (avec droit de vote) et des actions privilégiées de catégorie « D » (sans droit de vote). Les transferts s'effectuent sous forme de roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et la somme convenue est égale au PBR des actions transférées.

OPCO dispose de la partie des actifs que l'Acheteur ne désire pas acquérir à NOUCO, une société nouvellement incorporée, en contrepartie d'un billet sans intérêt. OPCO réalise un gain en capital résultant de la disposition des actifs. OPCO déclare un dividende en capital sur ses actions ordinaires de catégorie « B ».

Les Actionnaires transfèrent la totalité de leurs actions privilégiées de catégorie « B » de OPCO à NOUCO en contrepartie d'actions ordinaires de catégorie « C » de NOUCO. Les Actionnaires désignent les actions ordinaires de catégorie « C » de NOUCO à titre d'actions de remplacement aux fins du paragraphe 44.1(1) L.I.R. Ainsi, la portion du gain en capital réalisé sur les actions ordinaires de catégorie « A » de OPCO transférées précédemment bénéficie d'un report d'impôts.

OPCO rachète les actions privilégiées de catégorie « B » de son capital-actions détenues par NOUCO en contrepartie d'un billet à demande. Les

billets que se doivent mutuellement OPCO et NOUCO sont éteints par compensation.

Les Actionnaires disposent en faveur de l'Acheteur de la totalité des actions qu'ils détiennent dans OPCO.

Tout d'abord, l'ARC devait se prononcer sur l'application de la règle antiévitement prévue au paragraphe 44.1(12) L.I.R. Si des actions de remplacement sont acquises pour un montant égal au produit de disposition provenant d'une disposition admissible, le plein montant du gain en capital relativement à celle-ci pourra être reporté. Le PBR de l'action de remplacement est réduit d'un montant égal au gain en capital différé relativement à la disposition admissible qui lui est applicable.

Quant à l'application de la RGAÉ, l'ARC conclut qu'il n'y avait pas eu d'abus dans l'application de l'article 44.1 L.I.R. ou de la loi dans son ensemble. L'ARC est d'avis que les transactions mises en place ne sont pas plus abusives que celles relatives à la cristallisation de l'exemption pour gains en capital. L'article 85 L.I.R. est fréquemment utilisé afin de déclencher un gain en capital permettant au contribuable d'utiliser son exemption pour gains en capital en vertu de l'article 110.6 L.I.R. Dans le présent cas, les parties ont utilisé l'article 85 L.I.R. afin de déclencher un gain en capital sur les anciennes actions, lequel gain est reporté en vertu de l'article 44.1 L.I.R.

Cette planification a permis de transférer les actifs excédentaires de OPCO à NOUCO sans débourser[7] et, à première vue, sans entraîner l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Mentionnons toutefois que l'interprétation technique ne discute pas de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

Il nous semble que cette planification permet donc d'utiliser le mécanisme prévu à l'article 44.1 L.I.R. dans un contexte visant à réduire l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans un contexte de scission d'entreprise et d'une vente partielle à une partie non liée.

2. PARAGRAPHE 249(3.1) L.I.R.

Dans la foulée des modifications touchant l'imposition des dividendes, le paragraphe 249(3.1) L.I.R. a été introduit. Le paragraphe introduit une

[7] À l'exception de la charge fiscale se rapportant à la cession des actifs excédentaires.

nouvelle présomption de fin d'exercice pour une société. En vertu du paragraphe 249(3.1) L.I.R., une société qui devient ou cesse d'être une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »), autrement qu'à la suite d'une acquisition de contrôle entraînant l'application du paragraphe 249(4) L.I.R., sera réputée avoir une fin d'année d'imposition. De plus, une nouvelle année d'imposition de la société est réputée commencer à ce moment. Également, la société sera réputée ne pas avoir fixé d'exercice avant ce moment.

Cette nouvelle règle aura entre autres un effet sur le calcul de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »). En effet, en vertu du paragraphe 125(1) L.I.R., une société peut déduire un montant de son impôt à titre de DPE si elle a été une SPCC tout au long d'une année.

Un exemple d'application du paragraphe 249(3.1) L.I.R. est le cas où une société cesse d'être contrôlée par une société publique, mais ne fait pas pour autant l'objet d'une acquisition de contrôle en raison du grand nombre d'actionnaires et de l'absence de contrôle par une personne ou un groupe de personnes.

De plus, l'ARC a récemment émis une interprétation technique[8] traitant de l'incidence du paragraphe 249(3.1) L.I.R. sur l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. Le cas analysé consistait à l'acquisition par une société publique de l'ensemble des actions d'une société privée. Dans le cadre de la transaction, une entente était conclue voulant que la société publique procède à l'acquisition de toutes les actions à la fin de l'année. En raison du sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R., la société cesse d'être une SPCC au moment de la signature de la convention d'achat, provoquant ainsi une fin d'année conformément au paragraphe 249(3.1) L.I.R. La question portait donc sur la possibilité pour les actionnaires de réclamer la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») lors de la vente des actions à la fin de l'année malgré le fait que la société ne se qualifiait plus de SPCC. L'ARC en arrive à la conclusion qu'en raison de l'application de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R.[9], les actionnaires pourront quand même réclamer la DGC. En effet, les

---

8 *Tax Window Files, op. cit.*, note 6, interprétation technique 2006-0214691E5, 20 avril 2007.

9 En vertu de cet alinéa, on y précise que pour déterminer si une société est une société exploitant une petite entreprise ou une SPCC, à un moment donné, le droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne comprend pas un droit prévu par convention d'achat-vente portant sur une action du capital-actions d'une société.

conséquences d'application de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. ne sont pas touchées par le paragraphe 249(3.1) L.I.R.

3. DÉCISION *LA SURVIVANCE*[10]

Il existe peu de jurisprudence relativement au moment où un changement de contrôle a effectivement lieu. Dans l'affaire *La Survivance*, la Cour d'appel fédérale a eu à se prononcer sur le moment où avait eu lieu l'acquisition de contrôle d'une société et plus précisément sur la portée de la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R.

3.1. LES FAITS

La Survivance, une société publique qui exploite une entreprise d'assurance vie, détenait la majorité des actions de la société d'assurance Les Clairvoyants, Compagnie d'assurance générale inc. (ci-après « Les Clairvoyants »), une société privée. Le 3 mai 1994, Société Nationale d'assurance inc. (ci-après « Société Nationale ») a offert d'acheter la totalité des actions ordinaires que La Survivance détenait auprès de Les Clairvoyants dans le cadre d'une offre publique d'achat d'actions (ci-après « OPA »). Le 16 juin 1994, La Survivance déposa irrévocablement la totalité des actions qu'elle détenait dans le capital-actions de Les Clairvoyants conformément aux termes de l'OPA. Cette dernière prévoyait que si le 30 juin 1994 toutes les conditions de cette offre étaient remplies, Société Nationale prendrait livraison et paierait toutes les actions au plus tard le 11 juillet 1994. Le 30 juin 1994, toutes les conditions nécessaires pour donner suite à l'OPA furent effectivement satisfaites. Durant la journée du 5 juillet 1994, Société Nationale prit livraison des actions contre paiement conformément à l'OPA. La vente donna lieu à une perte de l'ordre de 2 654 372 $. La Survivance réclama une perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTPE ») puisqu'au moment de la vente des actions, Les Clairvoyants était une SPCC. La Survivance prétendait qu'en raison de l'application du paragraphe 256(9) L.I.R., Société Nationale avait acquis le contrôle de Les Clairvoyants au début du jour durant lequel La Survivance avait vendu ses actions. Ainsi, Les Clairvoyants n'était plus sous son contrôle, mais bien sous celui de Société Nationale et devenait une SPCC à compter de ce moment.

---

[10] Précité, note 2.

3.2. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La Cour refusa le droit à la PTPE réclamée par La Survivance. Selon le juge Dussault, le paragraphe 256(9) L.I.R. n'a d'effet que pour l'acquéreur. La présomption fait rétroagir le moment où Société Nationale est réputée avoir acquis le contrôle de Les Clairvoyants, sans plus. De plus, rien n'interdit la coexistence d'un contrôle réel et d'un contrôle réputé d'une même société au même moment. Le juge Dussault conclut que malgré le paragraphe 256(9) L.I.R., La Survivance détenait toujours le contrôle de Les Clairvoyants lors de la disposition des actions au cours de la journée du 5 juillet 1994.

3.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour a rejeté la position de la Cour canadienne de l'impôt voulant que la présomption du paragraphe 256(9) L.I.R. n'ait eu d'effet que pour l'acquéreur. Le juge Noël indiqua que le paragraphe 256(9) L.I.R. énonce une règle d'application générale quant au moment auquel a lieu une prise de contrôle, laquelle s'applique aux fins de la loi à moins d'être écartée de façon expresse. Or, il n'y a aucune disposition dans la loi qui aurait l'effet de soustraire La Survivance à l'application de cette règle. De plus, le juge Noël mentionna qu'il ne peut y avoir acquisition de contrôle sans qu'il y ait de façon concomitante un abandon de contrôle. Pour ces raisons, la Cour d'appel fédérale conclut que ce n'était pas La Survivance qui contrôlait Les Clairvoyants au moment de la disposition des actions, mais bel et bien Société Nationale. La Cour reconnut la PTPE réclamée.

3.4. COMMENTAIRES

Considérant l'impact fiscal d'une telle décision, une question a été posée lors du Congrès 2006 de l'Association de planification fiscale et financière[11] afin de savoir si l'ARC acceptait les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans cette affaire concernant l'application de la présomption énoncée au paragraphe 256(9) L.I.R. et si le ministère des Finances envisageait de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de limiter l'application de cette présomption. Le ministère des Finances n'a aucunement commenté la

---

[11] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 20, aux pages 53:46-47. L'ARC a également réitéré cette position dans « Practitioner/CRA Round Table », dans *2007 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 8 juin 2007, question 19.

possibilité de modifier la loi à la suite de cette décision. Quant à l'ARC, elle a mentionné qu'elle n'avait pas l'intention d'en appeler de la décision auprès de la Cour suprême du Canada. L'ARC soulève toutefois le fait qu'on n'avait pas considéré la notion de « contrôle de fait » au sens du paragraphe 256(5.1) L.I.R. pour déterminer si La Survivance avait droit de réclamer une PTPE. Afin de réclamer une PTPE, les actions disposées doivent être des actions d'une SPCC qui exploite une petite entreprise au sens prévu au paragraphe 248(1) L.I.R. Pour être admissible à titre de SPCC, une société ne doit pas être contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par des sociétés publiques, par des non-résidents ou par une combinaison de sociétés publiques et de non-résidents au sens du paragraphe 256(5.1) L.I.R., d'où l'importance de tenir compte de la notion de « contrôle de fait ».

À cet égard, il serait donc justifié de prétendre que, jusqu'au moment où les actions ont effectivement été cédées en faveur de Société Nationale, La Survivance « contrôlait, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » Les Clairvoyants au sens prévu au paragraphe 256(5.1) L.I.R., et ce, malgré l'application de la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. Ainsi, selon cet argument, La Survivance n'avait pas le droit de réclamer une PTPE à l'égard desdites actions puisque Les Clairvoyants n'était pas une SPCC au moment où elle a disposé desdites actions. Il est à noter que l'ARC se propose de cotiser les cas similaires à celui de La Survivance afin de refuser toute PTPE réclamée.

Le praticien doit toutefois être prudent dans certaines réorganisations. En effet, pensons à la situation où les actions d'une SPCC admissibles à la DGC sont vendues à une société publique. Il pourrait être prudent d'envisager le choix prévu au paragraphe 256(9) L.I.R. afin que le contrôle de la société soit réputé acquis au moment de ce jour où le contrôle est effectivement acquis.

4. ALINÉA 20(1)E) L.I.R. ET UTILISATION INDIRECTE : L'AGENCE DU REVENU DU CANADA MODIFIE SON INTERPRÉTATION

Il n'est pas rare que l'objet d'une réorganisation d'entreprise vise à procurer du capital à une entité. La question de la déductibilité des frais engagés est certes un élément important à prendre en considération.

Dans le cadre d'un emprunt d'argent, le contribuable pourra déduire les frais engagés sur une période de cinq ans si celui-ci utilise les sommes en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, sauf s'il s'agit d'argent

utilisé par le contribuable en vue d'acquérir un bien dont le revenu serait exonéré.

Dans le cadre d'une interprétation émise en 2005, l'ARC avait refusé d'accepter le principe que dans certains cas, un usage indirect des sommes empruntées devait être pris en considération[12]. Le contribuable empruntant une somme pour verser un dividende pouvait donc se retrouver à être en mesure de déduire les intérêts[13] sur son emprunt selon l'ARC mais être incapable d'en déduire les frais engagés malgré que la formulation du critère d'utilisation soit la même à l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

Récemment, l'ARC a reconsidéré son interprétation[14] qu'elle faisait de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. dans une situation d'usage indirect satisfaisant aux conditions du *Bulletin d'interprétation* IT-533 et a conclu que si les intérêts sont déductibles selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R., les frais engagés le seront selon l'alinéa 20(1)e) L.I.R. Les contribuables peuvent donc se réjouir de ce changement d'interprétation.

5. DÉCISION *MCMULLEN*[15]

L'affaire *McMullen* est une autre cause dans laquelle l'ARC invoque la RGAÉ relativement à une transaction qu'elle considérait être une situation de dépouillement de surplus[16].

---

12 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 6, interprétation technique 2005-015121117, 19 octobre 2005.

13 En posant l'hypothèse que les conditions prévues au paragraphe 22 du *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, sont respectées.

14 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 6, interprétation technique 2005-0161661E5, 14 mars 2007.

15 Précité, note 3.

16 Voir entre autres les arrêts suivants : *Desmarais* c. *La Reine*, 2006 D.T.C. 2376 (C.C.I.); *Overs* c. *La Reine*, 2006 D.T.C. 2192 (C.C.I.); *Evans* c. *La Reine*, 2005 D.T.C. 1762 (C.C.I.) (ci-après « *Evans* »); *RMM Canadian Enterprises Inc. and Equilease Corp.* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 302 (C.C.I.) (ci-après « *Equilease* »); *McNichol* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 111 (C.C.I.).

5.1. LES FAITS

McMullen et Debruyn, un tiers non lié, détenaient respectivement 50 % des actions ordinaires émises de Debruyn McMullen Entreprises Ltd. (ci-après « DMEL »). DMEL exploitait une entreprise de chauffage et de climatisation dans deux villes différentes. DMEL faisait face à des difficultés financières et McMullen n'était plus en mesure de financer l'entreprise. McMullen et Debruyn n'étaient aucunement en mesure de racheter la part de l'autre et d'exploiter seul les deux entreprises. Ils ont donc décidé de diviser la société afin d'exploiter respectivement un lieu d'affaires. McMullen exploiterait l'entreprise de Kingston alors que Debruyn exploiterait celle de Belleville avec sa conjointe. Ces derniers faisaient face à une difficulté, l'entreprise de Kingston n'avait pas la même valeur que celle de Belleville. De plus, DMEL n'avait pas les bénéfices suffisants ou la capacité d'emprunt nécessaire pour verser un dividende à un des actionnaires et procéder ainsi à un partage égal des actifs nets.

Afin de diviser l'entreprise entre les parties, ces dernières ont procédé aux transactions suivantes :

1) Le 29 septembre 1995, la conjointe de Debruyn a incorporé 1149530 Ontario inc. (ci-après « Ontario »).

2) Le 29 septembre 1995, DMEL procéda au remaniement de son capital-actions afin de convertir les actions ordinaires émises et en circulation en nouvelles actions ordinaires de catégorie « A » (convertibles en actions ordinaires de catégorie « B ») et de créer une nouvelle catégorie d'actions ordinaires de catégorie « B ». DMEL a également changé de nom pour Debruyn Entreprise Ltd. (ci-après « DEL »).

3) Le 29 septembre 1995, Debruyn a converti ses actions ordinaires de catégorie « A » en actions ordinaires de catégorie « B ».

4) Le 1er octobre 1995, McMullen disposa de ses actions ordinaires de catégorie « A » en faveur de Ontario pour un montant de 150 000 $ payable par chèque certifié ou traite bancaire au plus tard à la date de clôture, à savoir le 2 octobre 1995. En raison de cette disposition, McMullen a réalisé un gain en capital et il a réclamé l'exonération des gains en capital à l'égard de ce gain.

5) Le 1er octobre 1995, DEL déclara un dividende au montant de 150 000 $ sur les actions de catégorie « A » détenues pas Ontario. Ontario cède le

montant du dividende à recevoir à McMullen en paiement des actions acquises.

6) Le 1er octobre 1995, McMullen prêta la somme de 150 000 $ à recevoir de DEL à Haven Home Confort inc. (ci-après « HHCI »), une société détenue par McMullen et sa conjointe (chacun détenant 50 % des actions ordinaires émises), en lui attribuant le montant de 150 000 $ à recevoir de DEL en contrepartie d'un billet à payer du même montant.

7) HHCI acquit les actifs de DEL relativement à la division de Kingston pour un prix de 431 508 $ représentant la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») desdits actifs. Il y eut compensation entre le montant de 150 000 $ que DEL devait à HHCI et un montant équivalant au prix de vente. Le solde de prix de vente a été payé en partie par le versement d'un montant d'argent et par la prise en charge de toutes les dettes afférentes à la division de Kingston. DEL remboursa le prêt temporaire de 150 000 $.

Cette transaction permit à McMullen de réclamer une partie de son exonération des gains en capital. L'ARC a cotisé McMullen afin de recaractériser le produit de disposition des actions en un dividende de 150 000 $ en vertu soit du paragraphe 84(2) L.I.R., de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. ou de la RGAÉ.

5.2. PARAGRAPHE 84(2) L.I.R.

La Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si le montant de 150 000 $ reçu par McMullen constituait une distribution ou une attribution des fonds ou des biens de DEL de quelque façon que ce soit lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de l'entreprise de DEL. En s'appuyant sur la décision de la Cour fédérale, division de première instance, dans l'affaire *Kennedy* c. *MRN*[17], la juge Lamarre conclut que la division d'une entreprise (qui est exploitée à deux endroits différents) en deux entreprises distinctes, qui seront exploitées par différents actionnaires, ne constitue pas une « réorganisation » au sens du paragraphe 84(2) L.I.R. Dans l'affaire *Kennedy*, la Cour devait décider du sens précis du terme « réorganisation » et décida comme suit :

> « If an undertaking of some definite kind is being carried on but it is concluded that this undertaking should not be wound up but should be continued in an

[17] 72 D.T.C. 6357, 6362 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Kennedy* »).

> altered form in such manner that substantially the same persons will continue to carry on the undertaking, that is what I understand to be a reorganization. It is that the same business is carried on by the same person but in a different form.
>
> In section [84(2)] the word "reorganization" is used in association with the words "winding-up" and "discontinuance". Both of those words contain an element of finality. The company is ended. It is therefore logical to assume that the word "reorganization" presupposes the conclusion of the conduct of the business in one form and its continuance in a different form[18]. »

La juge Lamarre est venue clarifier le sens du terme « réorganisation » tel qu'il est défini dans l'affaire *Kennedy* en précisant que la vente d'une partie d'une entreprise à une tierce partie ne constitue pas une « réorganisation » de l'entreprise, au sens du paragraphe 84(2) L.I.R., lorsque cette entreprise continue d'être exploitée.

L'ARC argumenta également qu'il y avait eu appropriation de fonds. Selon l'ARC, il y avait dépouillement des surplus de DEL (comme ce fut le cas dans l'affaire *Equilease*[19] ou dans l'affaire *Smythe et autres* c. *MRN*[20]) puisque Ontario avait utilisé les fonds de DEL pour acquitter le paiement pour l'acquisition des actions de DEL. La juge Lamarre conclut qu'il n'y avait pas eu d'appropriation des fonds dans le présent cas. Elle considéra que les faits dans la présente cause se distinguaient de ceux dans les causes *Equilease* et *Smythe*. En effet, dans ces causes, la société avait des surplus importants et les étapes de la transaction impliquaient la participation d'une autre société afin de sortir les surplus entre les mains des actionnaires. Or, DEL n'avait pas de surplus à dépouiller. Le résultat recherché par cette transaction était simplement que McMullen reçoive une partie des actifs de DEL, à savoir la division de Kingston, en échange de ses actions de DEL. Ainsi, la juge Lamarre conclut qu'il n'y avait pas eu de dépouillement de surplus.

5.3. ARTICLE 84.1 L.I.R.

L'ARC invoqua également que McMullen avait un lien de dépendance factuel avec Ontario, de sorte que le montant de 150 000 $ reçu par McMullen en paiement de la vente des actions de DEL donnait lieu à un dividende présumé en vertu de l'article 84.1 L.I.R. Sur ce point, la juge

---

18 *Id.*, 6362.

19 Précité, note 16.

20 [1970] C.S.C. 64 (C.S.C.) (ci-après « *Smythe* »).

Lamarre a déterminé que Ontario et McMullen avaient des intérêts économiques distincts et qu'ils agissaient à l'égard de la transaction selon ces intérêts distincts, de sorte qu'il n'y avait pas de lien de dépendance factuel entre ces derniers :

> « In my view, the appellant and 114 Co, wholly owned by Linda DeBruyn, had separate economic interests at the time the appellant disposed of his Class A common shares. Just because the parties agreed on the sale price of the shares, which in fact – and this is not disputed – was the fair market value, that does not mean we must infer that the interests of the vendor and the purchaser were not divergent. […]
>
> Here, the actions of the appellant and the DeBruyns in negotiating the share sale transaction were governed by their respective perceptions of their own self-interest. Both partners wanted to part from each other. The structure set up on the accountant's advice resulted in a tax benefit to the appellant and provided 114 Co with the financing needed to purchase the shares. As stated by Judge Bonner, buyer and seller do not act in concert simply because the agreement which they seek to achieve can be expected to benefit both. Furthermore, it cannot be concluded that parties have acted in concert simply because they have used the same financial advisors (see Brouillette v. Canada, [2005] T.C.J. Nº 139 (QL), at paragraph 51)[21]. »

Considérons maintenant l'application potentielle de la RGAÉ à cette série d'opérations.

5.4. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

Dans cette affaire, l'ARC considérait que la série d'opérations entraînait un avantage fiscal pour McMullen. Selon l'ARC, la série d'opérations mise en place avait pour objectif de convertir un dividende imposable en un gain en capital qui serait exempté d'impôt en raison de l'utilisation de l'exonération des gains en capital. Par conséquent, l'ARC conclut que cette série d'opérations constituait une opération d'évitement visée par la RGAÉ. Les parties ont reconnu que la série d'opérations entraînait un avantage fiscal pour McMullen tel qu'il est défini par la RGAÉ.

Toutefois, la Cour devait déterminer si parmi cette série d'opérations il y avait une transaction qui constituait une opération d'évitement. La juge Lamarre analysa chaque opération composant la série de manière indépendante et conclut qu'il n'y avait pas d'opération d'évitement. L'analyse de chaque transaction mise en place permit de conclure que

---

[21] *McMullen*, précité, note 3, par. 28-29.

chaque transaction avait pour objectif de permettre à McMullen de mettre fin à sa relation d'affaires avec Debruyn. Bien que cela ne fût pas nécessaire, la juge Lamarre a commenté le test d'abus au paragraphe 245(4) L.I.R. Elle a repris les commentaires du juge Bowman dans l'affaire *Evans*[22] voulant qu'il n'y ait pas abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque chaque article est appliqué exactement comme il doit l'être. La juge Lamarre en conclut qu'il n'y avait pas eu abus dans le présent cas.

Tout comme dans l'affaire *Brouillette* c. *La Reine*[23], la Cour canadienne de l'impôt rejeta l'application de la RGAÉ dans le cas d'une simple vente d'actions entre parties indépendantes.

5.5. COMMENTAIRES

La décision *McMullen* est intéressante, car elle vient préciser que la division d'une entreprise entre les actionnaires ne représente pas une « réorganisation de son entreprise » selon le paragraphe 84(2) L.I.R.

Le rejet de la Cour d'appliquer la RGAÉ dans une transaction visant à utiliser les fonds d'une société pour acheter indirectement un de ses actionnaires est également réconfortant pour les praticiens travaillant dans le domaine des réorganisations d'entreprises.

6. EXONÉRATION CUMULATIVE DES GAINS EN CAPITAL

Les contribuables qui disposent d'actions admissibles de petite entreprise[24] (ci-après « AAPE ») ou de biens agricoles et de biens de pêche admissibles bénéficient d'une exonération des gains en capital pouvant atteindre 500 000 $ à vie. Le Budget fédéral du 19 mars 2007[25] propose d'augmenter le montant de l'exonération cumulative des gains en capital à 750 000 $ pour les dispositions effectuées à compter du 19 mars 2007. Ainsi, pour l'année d'imposition 2007, un particulier pourra réclamer l'exonération des gains en capital sur le total des montants suivants :

---

22 Précité, note 16.

23 2005 D.T.C. 1004 (C.C.I.).

24 L'expression « actions admissibles de petite entreprise » est définie au paragraphe 110.6(1) L.I.R.

25 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

- la somme qu'il aurait pu déduire pour 2007 si le plafond d'exonération était demeuré à 500 000 $, plus;

- un montant additionnel jusqu'à concurrence de 250 000 $ à l'égard du gain en capital attribuable aux dispositions effectuées après le 18 mars 2007 qui n'était pas inclus dans le montant de 500 000 $ mentionné précédemment.

Exemple

Le 15 janvier 2007, M. Leblanc a réalisé un gain en capital d'un montant de 600 000 $ découlant de la disposition d'AAPE. Le 20 mars 2007, M. Leblanc a vendu de nouvelles AAPE et a ainsi réalisé un gain en capital additionnel de 200 000 $. Le montant donnant droit à l'exonération des gains en capital que M. Leblanc pourra réclamer pour l'année d'imposition sera calculé comme suit :

	$	**$**
Gain en capital admissible à l'exonération de 500 000 $ pour 2007[26] **(A)**		
Plus un montant jusqu'à concurrence de 250 000 $ correspondant à l'excédent de :		
Montant de gain en capital réalisé après le 18 mars 2007 sur des biens admissibles à l'exonération	200 000	
Sur		
Montant de gain en capital réalisé après le 18 mars 2007 inclus dans le montant A	Néant	
Montant additionnel admissible à l'exonération pour 2007 **(B)**		200 000
Gain en capital donnant droit à l'exonération des gains en capital pour 2007 **(A+B)**		700 000

[26] Soit le moindre du gain en capital total réalisé en 2007 sur des biens ouvrant droit à l'exonération (800 000 $) et le plafond de 500 000 $ applicable avant le 19 mars 2007.

6.1. MISE EN PLACE D'UN DÉGEL

Il sera opportun pour le praticien de revoir la structure organisationnelle de son client afin de déterminer la pertinence d'y effectuer un dégel[27]. En effet, dans l'éventualité où un gel successoral a été entrepris dans un contexte familial dans le passé et que l'actionnaire ayant procédé au gel successoral ne détient pas suffisamment d'actions pour bénéficier complètement de la hausse de la DGC, un dégel pourrait être entrepris afin de lui permettre d'utiliser pleinement sa DGC.

Que se passe-t-il si l'auteur du gel n'a plus en main suffisamment d'actions de gel lui permettant de bénéficier pleinement de l'augmentation de l'exonération des gains en capital? Il pourrait devenir profitable de faire en sorte que l'auteur du gel puisse de nouveau détenir des actions participantes afin de se bâtir un gain en capital admissible à cette déduction additionnelle. De plus, une réorganisation corporative pourrait être requise lorsque le gel successoral a été fait par l'entremise d'une société de gestion.

7. AJUSTEMENT AU COÛT FISCAL EN VERTU DES ALINÉAS 52(3)A) ET 53(1)B) L.I.R.

Le Projet de loi C-33, adopté par la Chambre des communes le 15 juin 2007[28], prévoit des modifications aux alinéas 52(3)a) et 53(1)b) L.I.R., ainsi qu'au calcul du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») en vertu du paragraphe 89(1) L.I.R. Les modifications ainsi proposées résultent des changements apportés au nouvel article 143.3 L.I.R. concernant les règles sur la limitation des dépenses lorsqu'un contribuable ne verse aucune contrepartie en espèces. Ces modifications entraînent des incidences notamment sur les planifications visant à cristalliser le revenu protégé d'une société.

---

[27] Sur ce sujet, consulter notamment Luc MARTEL, « Planification personnelle et successorale : méthodes de dégel successoral », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 25:1-50.

[28] *Loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, Projet de loi C-33, adopté par la Chambre des communes le 15 juin 2007, 1re session, 39e législature (Can.).

7.1. COÛT DES ACTIONS REÇUES À TITRE DE DIVIDENDE EN ACTIONS (AL. 52(3)A) L.I.R.)

Afin de cristalliser le revenu protégé, la société peut verser un dividende en actions. Le capital versé des actions ainsi reçues représente le « montant »[29] du dividende en actions. Selon l'ancien alinéa 52(3)a) L.I.R., ce montant est ajouté au coût des actions reçues, réduisant ainsi le gain en capital qui serait autrement réalisé lors d'une disposition éventuelle des actions.

Le Projet de loi C-33 propose une modification à l'alinéa 52(3)a) L.I.R., de sorte que le montant du dividende en actions reçues par une société ne sera plus ajouté au coût des actions reçues en paiement du dividende si celui-ci est par ailleurs déductible en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Ainsi, aucun ajustement ne sera fait au coût des actions reçues dans la mesure où il n'entraîne pas un revenu imposable pour la société bénéficiaire du dividende. Par conséquent, la société réalisera un gain en capital plus élevé lorsqu'elle disposera des actions provenant du dividende en actions reçues puisque lesdites actions auront un PBR nul. Cette modification s'applique relativement aux sommes reçues le ou après le 9 novembre 2006.

7.2. PRIX DE BASE RAJUSTÉ DES ACTIONS AYANT FAIT L'OBJET D'UN DIVIDENDE RÉPUTÉ EN VERTU DU PARAGRAPHE 84(1) L.I.R. (AL. 53(1)B) L.I.R.)

Une autre planification utilisée afin de cristalliser le revenu protégé consiste à augmenter le capital versé des actions qui seront vendues. En vertu du paragraphe 84(1) L.I.R., la société actionnaire doit inclure dans son revenu un dividende réputé qui lui donne droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. L'ancien alinéa 53(1)b) L.I.R. prévoit que le PBR des actions est alors augmenté d'un montant équivalant au dividende réputé découlant de cette augmentation du capital versé. Cette augmentation du capital versé s'avérait avantageuse dans le cas où la société ne disposait pas de liquidités suffisantes pour verser un dividende en argent. Elle permettait également d'éviter le test de résultat prévu au paragraphe 55(2) L.I.R. applicable à un rachat d'actions.

Selon le Projet de loi C-33, l'alinéa 53(1)b) L.I.R. est modifié afin de prévoir que le dividende réputé reçu par une société en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R. qui lui donne droit à une déduction en vertu du paragraphe

[29] Défini au paragraphe 248(1) L.I.R.

112(1) L.I.R. et qui découle, directement ou indirectement, de la conversion par la société émettrice de son surplus d'apport en capital-actions n'entraînera plus une augmentation du PBR des actions détenues par la société actionnaire.

L'exemple qui suit illustre l'impact des modifications proposées à l'alinéa 53(1)b) L.I.R.

Exemple

M. A détient un nombre significatif d'actions de OPCO, une société publique, par le biais de Gestion. Lesdites actions ont un PBR de 50 $ et une JVM de 100 $. Le revenu protégé attribuable aux actions détenues par Gestion est de 25 $. En prévision d'une disposition éventuelle des actions de OPCO, M. A voudrait cristalliser le revenu protégé attribuable aux actions de OPCO. Pour ce faire, Gestion transfère ses actions de OPCO à Gestion 2, une société nouvellement incorporée, sur une base de roulement fiscal. Gestion 2 procède par la suite à une augmentation de son capital versé des actions de son capital-actions d'un montant équivalant au revenu protégé attribuable aux actions qu'elle détient dans OPCO, soit une augmentation de 25 $. Gestion doit inclure dans son revenu un dividende réputé de 25 $, lequel lui donne droit à une déduction équivalente en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Cette opération a pour effet d'augmenter le PBR des actions détenues dans Gestion 2 d'un montant équivalant au dividende réputé en vertu de l'ancien alinéa 53(1)b) L.I.R. Par conséquent, le PBR des actions s'élève maintenant à 75 $. Gestion dispose des actions de Gestion 2, réalisant ainsi un gain en capital de 25 $ au lieu de 50 $. En vertu du nouvel alinéa 53(1)b) L.I.R., le PBR des actions de Gestion 2 détenues par Gestion pourrait ne pas être augmenté du montant du dividende réputé si ledit dividende provient de la conversion par Gestion 2 de son surplus d'apport en capital-actions et qu'il a donné droit à une déduction équivalente en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

La notion de conversion directe ou indirecte par la société de son surplus d'apport en capital versé n'est pas définie. Selon les notes techniques accompagnant ces modifications, un dividende sera réputé découler de la conversion d'un surplus d'apport en capital versé si le surplus de la société découle du fait qu'elle a émis des actions en contrepartie de l'acquisition de biens que le cédant lui a transférés avec report d'impôts.

Considérant les modifications proposées, d'autres stratégies devront être mises en place afin de cristalliser le revenu protégé. À cet égard, la société pourrait effectuer un emprunt afin de déclarer un dividende à la société

actionnaire. Cette dernière pourrait ensuite réinvestir le montant du dividende reçu en souscrivant à des actions de la société payeuse, augmentant ainsi le PBR des actions détenues. La société payeuse rembourserait le prêt initial à même les fonds réinvestis. Ce type de transaction ne devrait pas être visé par la RGAÉ puisqu'il ne semble pas y avoir d'abus de la loi vue dans son ensemble. Comme autre solution, mentionnons la possibilité qu'une partie importante des actions soient rachetées avant la vente en contrepartie d'un billet. L'actionnaire-vendeur pourrait faire le choix prévu à l'alinéa 55(5)f) L.I.R. afin de réputer comme un dividende distinct une partie du dividende reçu. Par la suite, l'actionnaire-vendeur cède le billet ainsi que les actions non rachetées[30].

Cette modification s'applique relativement aux dividendes réputés reçus le ou après le 9 novembre 2006.

7.3. CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL (PAR. 89(1) L.I.R.)

Aux fins du calcul du CDC, le gain ou la perte en capital réalisé par une société lors de la disposition d'actions sera déterminé compte non tenu des nouvelles règles prévues aux sous-alinéas 52(3)a)(ii) et 53(1)b)(ii) L.I.R. Ainsi, les montants qui sont par ailleurs exclus du coût des actions en vertu des nouvelles règles décrites précédemment ne pourront être utilisés pour réaliser un gain en capital venant augmenter le CDC de la société actionnaire.

L'exemple qui suit illustre l'impact des modifications proposées à l'alinéa 52(3)a) L.I.R. et au paragraphe 89(1) L.I.R.

Exemple

OPCO émet 100 actions ayant un capital versé de 100 $ et une JVM de 100 $ à sa société mère (ci-après « Gestion ») en paiement d'un dividende en actions. Le PBR des actions du capital-actions de OPCO reçues par Gestion, calculé net avant et après les modifications proposées, sera le suivant :

---

[30] Voir à ce sujet l'excellent article de Julie A. COLDEN et Sanjarea BHATIA, « November Technical Amendments Affect Safe Income Strips », (2007), vol. 17, n° 4 *Canadian Current Tax* 37-40.

	Avant	Après
	$	$
Montant du dividende reçu par Gestion (par. 248(1) L.I.R.)	100	100
Moins : montant déductible en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.		(100)
Coût des actions reçues par Gestion (al. 52(3)a) L.I.R.)	100	Néant

Les incidences découlant de la disposition de ces actions par Gestion pour un produit de disposition de 1 000 $, calculées avant et après les modifications proposées, sont les suivantes :

	Avant	Après
	$	$
Produit de disposition	1 000	1 000
Moins : PBR	(100)	Néant
Gain en capital réalisé par Gestion (aux fins du revenu imposable)	900	1 000
Gain en capital à considérer aux fins du calcul du CDC de Gestion	900	900

Essentiellement, les sociétés ne pourront pas utiliser les nouveaux alinéas 52(3)a) et 53(1)b) L.I.R. dans le cadre de dispositions d'actions afin de bonifier leur CDC. Cette modification s'applique relativement aux dispositions effectuées le ou après le 9 novembre 2006.

Il est à noter que les modifications proposées dans le Projet de loi C-33 s'appliquent aux sommes reçues le ou après le 9 novembre 2006.

8. DÉCISION *SEDONA*[31]

Dans l'affaire *Sedona*, la Cour d'appel fédérale devait déterminer si l'appelante se qualifiait à titre de SPCC tout au long de son année d'imposition. À cet égard, la Cour devait appliquer le test de l'« actionnaire hypothétique » en vertu de l'alinéa b) de la définition de SPCC du paragraphe 125(7) L.I.R. Plus précisément, la Cour devait déterminer si l'alinéa 251(5)b) L.I.R. s'applique pour les besoins de la règle de l'« actionnaire hypothétique » et dans l'affirmative, de quelle façon il s'applique.

8.1. LES FAITS

Sedona Networks Corporation (ci-après « Sedona ») a deux groupes d'actionnaires dont chacun détient près de la moitié des actions. Le premier groupe est composé de résidents canadiens (autres que des sociétés publiques ou des sociétés contrôlées par des sociétés publiques) et le deuxième groupe est composé de non-résidents, de sociétés publiques et de sociétés contrôlées par des non-résidents et des sociétés publiques. Une partie des actions du capital-actions de Sedona est détenue par Bank of Montreal Capital Corporation (ci-après « BMCC »), une filiale en propriété exclusive de Banque de Montréal (ci-après « BMO »), une société publique canadienne.

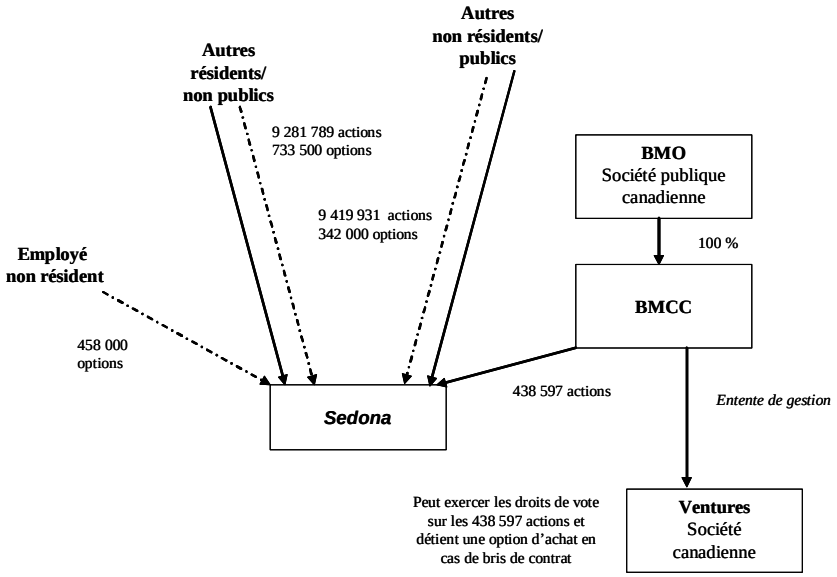
En 1996, BMCC a conclu une entente de gestion avec Ventures West Management TIP Inc. (ci-après « Ventures »), une société canadienne qui n'est pas une société publique aux fins du paragraphe 89(1) L.I.R. En vertu de cette entente, Ventures a obtenu le droit d'exercer, à son entière discrétion, les votes rattachés aux actions de Sedona détenues par BMCC ainsi que le droit d'acquérir lesdites actions si BMCC résiliait l'entente sans motif valable. Cette entente était en vigueur tout au long de l'année d'imposition 1999 de Sedona. Selon l'appelante, ces actions devaient être considérées comme détenues par une société canadienne autre qu'une société publique aux fins de la définition de SPCC en raison de l'entente intervenue avec Ventures. De son côté, le ministre les considérait à la fois comme détenues par un actionnaire non résident/public et comme des actions appartenant à un actionnaire résident/non public en vertu du droit d'option.

En juillet 1999, une résolution a été adoptée par le conseil d'administration de Sedona afin d'émettre des options d'achat d'actions pour un nouvel employé non résident. L'entente prévoyait que l'octroi des options

[31] Précité, note 4.

prendrait effet le 15 octobre 1999, mais que les droits sous-jacents seraient dévolus à l'employé à compter du 2 août 1999, date à laquelle il a commencé à travailler pour Sedona. L'appelante prétend qu'il ne faut pas tenir compte des options accordées à son employé pour décider si l'actionnaire hypothétique contrôlait Sedona en 1999, car les droits n'ont pas été accordés au cours de son année d'imposition qui a pris fin le 30 septembre 1999. La Cour ne s'est pas prononcée sur ce dernier point, jugeant que cette question était inutile pour la résolution du litige.

Affaire *Sedona*



8.2. QUESTIONS ET LITIGES

Le tribunal devait déterminer si l'appelante se qualifiait à titre de SPCC tout au long de son année d'imposition. Pour ce faire, la Cour devait se prononcer sur les questions suivantes :

1) Est-ce que l'alinéa 251(5)b) L.I.R. s'applique aux fins du test de l'« actionnaire hypothétique »? Le cas échéant, comment doit-on l'appliquer?

2) Aux fins du test de l'« actionnaire hypothétique », comment faut-il considérer les actions d'une société détenues par la filiale d'une société

publique (BMCC) alors que les droits de vote rattachés à ces actions peuvent être exercés par un tiers?

8.3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La Cour procéda à une analyse comparative du texte de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. (applicable aux fins de la définition de SPCC) et de celui du paragraphe 256(1.4) L.I.R. (applicable aux fins de déterminer si deux sociétés sont associées). Le juge Archambault conclut que contrairement au paragraphe 256(1.4) L.I.R., l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne crée aucune présomption quant à la propriété d'actions à l'égard desquelles une option existe. Cette règle crée une fiction juridique à l'égard du contrôle d'une société, mais non à l'égard de la propriété des actions de cette société. Par conséquent, le juge Archambault conclut que les options appartenant à un actionnaire non admissible (non résident/public) ne peuvent être attribuées à l'actionnaire hypothétique parce que seule une action appartenant à un actionnaire non admissible doit être ainsi attribuée. Il en découle donc que les options d'achat d'actions consenties à l'employé non résident n'ont pas à être considérées aux fins de la définition de SPCC.

Pour ce qui est des actions détenues par BMCC, la Cour rejeta l'argument de l'appelant qu'en raison de l'entente de gestion intervenue entre BMCC et Ventures, les droits de vote n'appartenaient plus à BMCC, mais bel et bien à Ventures. En effet, la Cour conclut que seuls les documents suivants doivent être considérés quant à la question de savoir si un actionnaire détient le contrôle légal sur des actions d'une société : le registre des actionnaires, les documents constitutifs de la société et une convention unanime entre actionnaires. La Cour conclut que les actions de Sedona étaient détenues véritablement par BMCC. La Cour mentionna qu'en présence d'une chaîne d'actionnaires corporatifs, la détention directe et indirecte doit être analysée, un actionnaire étant considéré détenir les actions de sa filiale. Il en découle donc que les actions de Sedona détenues par BMCC, qui est contrôlée par BMO (une société publique), devaient être considérées comme étant détenues par BMO, qui est une société publique aux fins de la définition de SPCC. La Cour conclut qu'en considérant ces actions, l'actionnaire hypothétique se trouvait à contrôler Sedona. Cette dernière ne se qualifiait donc pas de SPCC.

Conclusion de la Cour canadienne de l'impôt

Actions	Résidents/non publics	Non résidents/publics
Ordinaires et privilégiées	9 281 789	9 419 931
BMCC Shares		438 597
Total des actions	9 281 789	9 858 528
Pourcentage de contrôle	48,5 %	51,5 %

8.4. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Contrairement à la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale conclut que l'alinéa 251(5)b) L.I.R. crée une présomption quant à la propriété d'actions visées par un droit d'options. Il s'ensuit que les actions visées doivent être attribuées à l'actionnaire hypothétique aux fins du test prévu à l'alinéa b) de la définition de SPCC :

> « In my analysis, the legal fiction created by the paragraph 251(5)(b) is directed at the concept of ownership, not control. Once it is determined that a person has an option to acquire treasury shares that falls within the scope of paragraph 251(5)(b), it is necessary to assume that the option is exercised and the related shares are actually acquired by the holder of the option. Then, it is necessary to determine how many votes are attached to the shares actually issued and the shares that would be issued if the option were exercised. Finally, answering the question asked by paragraph (b) of the definition of CCPC in subsection 125(7), it is necessary to determine how many votes should be attributed to the mythical "particular person"[32]. »

La Cour d'appel fédérale en vint à la conclusion que Sedona n'était pas une SPCC durant l'année d'imposition 1999.

[32] *Id*., 5363.

Conclusion de la Cour d'appel fédérale

Actions	Résidents/non publics	Non résidents/publics
Ordinaires et privilégiées	9 281 789	9 419 931
BMCC		438 597
Total des actions	9 281 789	9 858 528
Options	733 500	342 000
Total des options et actions	10 015 289	10 200 529
Pourcentage de contrôle	49,5 %	50,5 %

8.5. COMMENTAIRES

En ce qui concerne l'application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. aux fins de la définition de SPCC, la position administrative de l'ARC[33] indique que l'analyse du contrôle doit se faire comme si chaque détenteur d'une option d'achat d'actions est le seul à en détenir, contrairement à l'alinéa 256(1.4)a) L.I.R. où l'on doit tenir compte de l'exercice simultané des options[34].

Dans le cadre du test de l'actionnaire hypothétique, doit-on tenir compte de l'exercice simultané des options ou doit-on faire comme si chaque détenteur d'une option d'achat d'actions est le seul à en détenir sans considérer l'exercice simultané des options? Doit-on tenir compte, dans la détermination du statut, de la probabilité qu'une option soit exercée? La Cour d'appel fédérale est demeurée silencieuse quant à la façon dont on doit tenir compte des options d'achat d'actions. Selon le pourcentage indiqué dans le jugement, il appert que la Cour a considéré l'exercice simultané des options sans toutefois en préciser les raisons. Le pourcentage de contrôle établi par la Cour d'appel fédérale est contraire à la position administrative de l'ARC.

---

[33] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 6, interprétation technique 2003-0048571C6, 2 décembre 2002.

[34] *Id.*, interprétation technique 2003-0020895, 16 juin 2003.

À ce jour, nous ignorons si la position administrative de l'ARC sera modifiée à la suite de cette décision ou si l'ARC apportera des précisions à cet égard.

9. IMPOSITION DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ET PERSONNES AYANT UN LIEN DE DÉPENDANCE

Le nouvel article 56.4 L.I.R., ajouté par le Projet de loi C-33 adopté par la Chambre des communes le 15 juin 2007, prévoit des règles applicables aux sommes reçues ou à recevoir au titre d'une clause restrictive, laquelle inclut les engagements de non-concurrence. Ces règles s'appliquent aux sommes reçues ou à recevoir après le 7 octobre 2003. Toutefois, les sommes reçues avant 2005 aux termes d'une entente écrite passée le ou avant le 7 octobre 2003 entre les parties sans lien de dépendance sont soustraites aux nouvelles règles.

Ces changements ont été proposés en réponse aux jugements de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Fortino* c. *La Reine*[35] et *Manrell* c. *La Reine*[36], où il a été conclu qu'un paiement fait en contrepartie d'un engagement de non-concurrence effectué relativement à une vente d'actions était non imposable parce que ne constituant pas un produit de disposition de biens. Le nouvel article 56.4 L.I.R. est destiné à renverser ces décisions et à mettre un frein à l'avantage fiscal découlant des paiements effectués en vertu de ces engagements. En effet, en raison de ces jugements, de nombreux contribuables ont structuré la vente de leur entreprise de façon à attribuer des montants considérables aux engagements de non-concurrence, dans l'espoir qu'ils seraient reçus en franchise d'impôt.

Le présent texte n'a pas pour objectif de décrire de façon exhaustive toutes les règles relatives à l'imposition des sommes reçues au titre d'une clause restrictive. À cet égard, nous vous référons aux textes[37] portant sur le sujet.

Le nouvel article 56.4 L.I.R. prévoit l'inclusion, dans le revenu du contribuable, du montant intégral reçu ou à recevoir par celui-ci. Il s'agit

---

35 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.).

36 2003 D.T.C. 5225 (C.A.F.).

37 Voir, entre autres, Jean-François PELLAND, « Les clauses de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 8:1-38.

d'un montant qui est imposable en totalité en tant que revenu ordinaire contrairement au gain en capital ou à la vente d'un bien en immobilisations admissibles. Ces nouvelles règles ont une portée très large et il existe très peu d'exceptions prévoyant la non-imposition des sommes reçues en vertu de clauses restrictives. Ainsi, une somme reçue ou à recevoir au titre d'une clause restrictive ne sera pas visée par les nouvelles règles si :

1) la somme a été incluse au revenu d'emploi d'un contribuable au cours d'une année en vertu de l'article 5 ou 6 L.I.R., ou l'aurait été si elle avait été reçue au cours de cette année;

2) la somme serait à inclure, selon l'élément E de la formule applicable figurant à la définition de « montant cumulatif des immobilisations admissibles » (ci-après « MCIA ») au paragraphe 14(5) L.I.R., dans le calcul du MCIA du contribuable relativement à l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte et le contribuable et l'acheteur font, sur le formulaire prescrit, le choix conjoint de se prévaloir du présent alinéa relativement à la somme;

3) la somme représente un « produit de disposition » additionnel provenant de la disposition d'une participation admissible dans la mesure où certaines conditions sont respectées.

Il est à noter que pour se prévaloir de ces exceptions, la clause restrictive doit être accordée en faveur d'une personne avec laquelle le contribuable n'a aucun lien de dépendance. Le critère du lien de dépendance peut toucher de façon importante certains contribuables.

Le paragraphe 56.4(3) L.I.R. n'offre aucun allégement aux contribuables transigeant avec lien de dépendance. Prenons le cas suivant :

- M. A et M. B détiennent respectivement 40 % des actions avec droit de vote de OPCO 1, une société qui exerce ses activités dans le domaine des assurances;

- M. C détient la totalité des actions avec droit de vote de OPCO 2, une société qui est également dans le domaine des assurances;

- M. A, M. B et M. C sont des frères;

- OPCO 1 (ci-après « Acheteur ») et OPCO 2 (ci-après « Vendeur ») signent une convention de vente d'actifs pour un montant de 500 000 $;

- dans le cadre de la vente de son fonds de commerce, le Vendeur accepte de signer une entente l'empêchant de concurrencer l'Acheteur;

- la convention comprend également une clause de non-concurrence selon laquelle M. C s'engage, pour une période de cinq ans, à ne pas transiger avec la clientèle vendue et à ne pas participer ni travailler dans une entreprise de courtage d'assurance dans un rayon de 20 kilomètres du bureau de l'Acheteur.

Quel est le traitement fiscal de la somme reçue dans le cadre de la clause de non-concurrence? Dans le cadre d'entreprises de services, il arrive fréquemment que l'achalandage soit l'actif le plus important. Si le vendeur ne signe pas de clause de non-concurrence, il est difficile d'attribuer une valeur à l'achalandage. Considérant que la clause de non-concurrence fait directement mention à M. C, nous pouvons considérer qu'une valeur importante accordée aux actifs du Vendeur peut raisonnablement être attribuée à la clause de non-concurrence. Toutefois, sans une telle clause, l'Acheteur n'aurait pas acquis la clientèle du Vendeur. Ainsi, les autorités fiscales pourraient, en vertu de l'article 68 L.I.R., assujettir la totalité du produit de disposition de l'achalandage à l'application de l'article 56.4 L.I.R., et ce, même si le contrat n'accorde aucun montant précis à la clause de concurrence.

Par conséquent, M. C pourrait être tenu d'inclure, en vertu des dispositions du nouvel article 56.4 L.I.R., un montant pouvant aller jusqu'à 500 000 $ dans ses revenus, et ce, qu'il ait ou non reçu de somme d'argent.

Comme mentionné précédemment, une des exceptions dans le cas d'une vente d'actifs comme celle-ci permet au vendeur d'inclure la somme reçue comme produit de disposition d'un bien en immobilisations admissibles. Cette somme bénéficierait d'un traitement avantageux par l'effet de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. puisque seulement la moitié du profit serait imposable. De plus, le CDC serait augmenté de 250 000 $.

Toutefois, pour se prévaloir de cette exception, aucun lien de dépendance ne doit exister entre le Vendeur et l'Acheteur. Or, dans le présent cas, il existe un lien de dépendance entre ces derniers puisque la personne qui contrôle le Vendeur (M. C) est liée à chaque membre du groupe qui contrôle l'Acheteur (M. A et M. B). Ainsi, le Vendeur et M. C ne pourraient pas se prévaloir de l'une des exceptions prévues au paragraphe 56.4(3) L.I.R. et seraient ainsi assujettis à l'application des nouvelles règles de l'article 56.4 L.I.R.

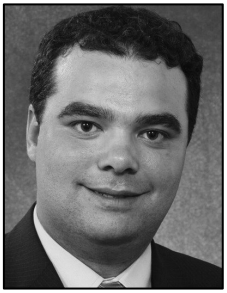
Examinons la situation où des actifs cibles sont transférés par une société vendeuse à une filiale à 100 %. Une entente de non-concurrence est signée entre la société vendeuse et sa filiale. Cette opération est suivie par une vente des actions de la filiale à un acheteur avec lequel elle n'a pas de lien de dépendance. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'opération globale est effectuée entre parties sans lien de dépendance, il ne semble pas possible d'appliquer l'une des exceptions du paragraphe 56.4(3) L.I.R. à l'opération portant sur les actifs puisque la société vendeuse et sa filiale ont un lien de dépendance entre elles. Si la société vendeuse avait disposé de ses actifs directement à l'acheteur et que l'entente de non-concurrence était intervenue entre la société vendeuse et l'acheteur, cette dernière aurait pu se prévaloir de l'exception prévue au paragraphe 56.4(3) L.I.R.

À la lumière de ce qui précède, nous sommes en mesure de constater que les conséquences fiscales de l'application de l'article 56.4 L.I.R. sont très pénalisantes pour les contribuables qui ont un lien de dépendance, et ce, même si la réalité économique de la transaction démontre que les parties traitent à distance. Il est fréquent que la forme d'une opération soit dictée pour des considérations autres que fiscales de sorte que le refus du choix dans ces circonstances semble inapproprié du point de vue de la politique fiscale et qu'il puisse même être défavorable.

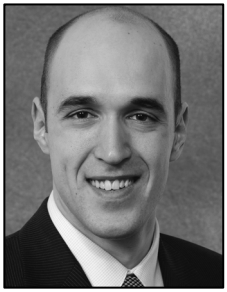
CONCLUSION

L'objectif de ce texte était de faire ressortir certains changements survenus dans les derniers mois touchant les réorganisations d'entreprises. À la lumière de ce texte, il est possible de constater que l'environnement fiscal entourant les réorganisations d'entreprises a changé de façon importante. Certains « vieux » réflexes des praticiens doivent être modifiés pour tenir compte de ces nouveautés. Il est à prévoir que la prochaine année sera tout aussi fertile en changements…

ARTICLE 55 L.I.R. REVISITÉ – CHANGEMENTS RÉCENTS VISANT L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. DANS LE CADRE D'UNE TRANSACTION DE VENTE D'ACTIONS



Christian Meighen
Avocat, LL.M. fisc.
Stikeman Elliot s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Avocats



Pierre-Louis Le Saunier
Avocat
Stikeman Elliot s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Avocats

TABLE DES MATIÈRES

NOTE AU LECTEUR 18:3

INTRODUCTION 18:4

1. PRINCIPES ET CONCEPTS GÉNÉRAUX 18:7

1.1. CONDITIONS 18:8
1.1.1. Société résidant au Canada 18:9
1.1.2. Dividende imposable déductible 18:9
1.1.3. Série d'opérations 18:10
1.1.4. Diminution sensible du gain en capital 18:14
1.2. EFFET DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. 18:16
1.3. EXCEPTIONS 18:16
1.3.1. Partie IV L.I.R. 18:16

1.3.2. Revenu protégé 18:20
1.3.3. Alinéa 55(3)a) L.I.R. 18:32
1.3.4. Alinéa 55(3)b) L.I.R. 18:35

2. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION 18:36

2.1. UTILISATION DU REVENU PROTÉGÉ 18:36
2.1.1. Les techniques classiques d'extraction du revenu protégé 18:37
2.1.2. Nouvelles restrictions aux techniques d'utilisation du revenu protégé 18:38
2.2. L'ALINÉA 55(5)F) L.I.R. 18:42
2.3. LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 18:44
2.4. CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'IMPOSITION DES DIVIDENDES 18:46
2.4.1. Dividendes déterminés 18:46
2.4.2. Caractéristiques de base du nouveau régime 18:48
2.4.3. Impact du nouveau régime sur l'utilisation du revenu protégé 18:49
2.5. OFFRES PUBLIQUES D'ACHAT 18:49
2.5.1. Le transfert à Acquisico 18:51
2.5.2. Le transfert à la société cible 18:51
2.5.3. La fusion 18:52
2.5.4. Autres considérations 18:52

CONCLUSION 18:54

ANNEXE 18:55

NOTE AU LECTEUR[*]

Entre le moment du Congrès de l'APFF en octobre 2007 et la publication du présent texte, le sujet dont traitent les auteurs a connu des développements importants.

D'abord, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a publié le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* n° 37[1] afin de clarifier sa position administrative concernant le calcul du revenu protégé en main à la suite de l'arrêt *La Reine* c. *Kruco*[2]. En se fondant sur les paragraphes 35 à 38 et 41 de l'arrêt *Kruco*, l'ARC a pris comme position que les montants qui doivent réduire le revenu protégé en main ne sont pas limités uniquement aux impôts et dividendes, mais doivent aussi tenir compte des sorties de fonds qui n'ont pas été déduites dans le calcul du revenu net fiscal d'une société, mais qui ont néanmoins pour effet de réduire d'un montant correspondant le revenu disponible après impôts de la société. L'ARC a confirmé que les dépenses non déductibles effectuées avant le moment de détermination du revenu protégé en main réduisent le revenu protégé en main attribuable à des actions sur lesquelles un dividende est payé.

La position de l'ARC, bien qu'elle clarifie certaines questions demeurées en suspens depuis le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* n° 33 publié en 2005[3], soulève tout de même plusieurs questions. Étant donné le raisonnement de l'ARC concernant les sorties de fonds qui doivent réduire le revenu protégé en main, on peut s'interroger à savoir si les dépenses qui ne donnent pas lieu à de telles sorties de fonds (par exemple l'amortissement) peuvent augmenter le revenu protégé en main même si ceci semble contraire aux principes de l'arrêt *Kruco*. Par ailleurs, l'accent mis par l'ARC sur la prise en compte des sorties de fonds après le calcul du revenu et avant le versement du dividende apparaît discutable, puisque cette façon de procéder ne correspond pas à la réalité du calcul du revenu et des sorties de fonds d'une société. Il sera intéressant de suivre l'évolution de ces questions à l'avenir.

---

[*] Les auteurs tiennent à remercier M[e] Éric Lévesque de son apport dans la rédaction de ce texte.

[1] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 37, 15 février 2008.

[2] [2003] 4 C.T.C. 185 (C.A.F.) (ci-après « *Kruco* »).

[3] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 33, 16 septembre 2005.

Notons finalement que la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Ottawa Air Cargo Centre Ltd*. c. *La Reine*[4] a été confirmée par la Cour d'appel fédérale. De l'avis de la Cour, la juge de première instance a conclu à bon droit que le paragraphe 55(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5] ne s'applique pas.

INTRODUCTION

Le paragraphe 55(2) L.I.R. constitue l'une des règles antiévitement incontournables de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La connaissance de cette disposition en fiscalité des sociétés s'avère indispensable étant donné les pièges qu'elle recèle et les avantages qu'elle offre.

Le paragraphe 55(2) L.I.R. a pour but premier de faire obstacle aux arrangements dans le cadre desquels une société utilise la déduction pour dividendes intersociétés afin de réduire le gain en capital réalisé lors d'une vente d'actions. De façon générale et sous réserve de certaines exceptions, lorsque l'un des objets du versement de dividende (ou l'un des résultats dans le cadre de l'application du paragraphe 84(3) L.I.R.) est la réduction sensible du gain en capital lors de la disposition des actions, le montant du dividende que la société reçoit sera réputé constituer, au lieu d'un dividende, un produit de disposition des actions ou un gain en capital.

Malgré le fait qu'il constitue une mesure spécifique antiévitement, le paragraphe 55(2) L.I.R. contient plusieurs exceptions qui s'avèrent être des outils de planification fiscale indispensables. Par exemple, le concept de revenu protégé permet d'éviter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cas où une portion du dividende qui a réduit le gain en capital peut raisonnablement être attribuée au revenu qu'une société a gagné ou réalisé après 1971. Ce revenu protégé viendra réduire le montant de dividende requalifié en gain en capital.

La politique fiscale qui sous-tend cette exception vise principalement à retirer le revenu protégé du champ de requalification du dividende de façon à éviter qu'un revenu ayant déjà été assujetti à l'impôt ne soit imposé de nouveau à titre de gain en capital[6]. En effet, le montant attribuable au revenu protégé a déjà fait l'objet d'une imposition et, partant, devrait être traité

---

4 [2007] C.C.I. 193; confirmé par [2008] C.A.F. 54 (ci-après « *Air Cargo* »).

5 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

6 Voir *Air Cargo*, précité, note 4, par. 27; *Kruco*, précité, note 2, par. 32.

comme un dividende déductible à titre de dividende intersociétés. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne vise pas à empêcher le versement libre d'impôt du revenu protégé sous forme de dividende à d'autres sociétés résidant au Canada.

Il faut préciser d'emblée que la réduction du gain en capital résultant de l'utilisation du revenu protégé ne permet en principe que le report de l'imposition du montant de revenu protégé qui aurait autrement été imposé à titre de gain en capital lors de la vente d'actions. En effet, la redistribution par une société à un particulier de sommes reçues à titre de dividendes et découlant du revenu protégé d'une autre société demeure imposable. Par contre, si une société ne prévoit pas distribuer les sommes provenant du dividende, il y aura réduction pure et simple de l'impôt payable[7].

De façon générale, dans une situation où l'utilisation du revenu protégé vise un report de l'imposition, l'attrait d'une telle planification dépendra du taux effectif d'imposition du gain en capital par rapport à celui du dividende. Si le taux effectif d'imposition du dividende est plus élevé que celui du gain en capital, il faudra aussi tenir compte de la période de détention envisagée par la société avant la distribution à l'actionnaire ainsi que du taux de rendement anticipé sur les sommes provenant du revenu protégé. À cet égard, il est intéressant de rappeler comment l'attrait des techniques d'utilisation du revenu protégé a pu varier historiquement.

Jusqu'au moment de la réduction à 50 % du taux d'inclusion du gain en capital en 2000, la différence de taux effectif pour un particulier entre le traitement de dividende et celui de gain en capital rendait très attrayante l'utilisation du revenu protégé. Par exemple, pour l'année 1999, un particulier résidant au Québec qui vendait les actions de sa société devait s'imposer sur le gain en capital au taux marginal le plus élevé d'environ 38 % alors que le taux effectif d'imposition du dividende était de 35 %. Bien entendu, il fallait tenir compte de l'impôt corporatif résultant de la vente des actions de la société exploitante par une société de portefeuille lorsque le revenu protégé était inférieur à la plus-value des actions, mais cette différence de taux (38 % *versus* 35 %) faisait en sorte que le revenu protégé demeurait un élément incontournable dans toute planification fiscale reliée à une vente d'actions.

À la suite de la réduction à 50 % du taux d'inclusion du gain en capital en 2000, l'attrait des techniques d'utilisation du revenu protégé diminua

---

7 Dans la mesure où l'impôt de la Partie IV L.I.R. ne s'applique pas.

sensiblement. Par exemple, le taux effectif d'imposition du gain en capital pour un particulier résidant au Québec en 2003 était d'environ 24 % par rapport à 33 % pour les dividendes. Ainsi, avant de pouvoir bénéficier des avantages reliés au report de l'imposition par l'utilisation du revenu protégé, un particulier devait détenir et investir, par l'entremise de sa société, les sommes provenant du revenu protégé pour une période variant en fonction des taux effectifs d'imposition et du rendement sur l'investissement. D'autres considérations pratiques devaient être prises en compte, par exemple l'âge de l'actionnaire, le montant de sa retraite ainsi que les ressources disponibles pour gérer l'investissement des sommes provenant du revenu protégé. D'ailleurs, certains actionnaires refusaient de se prévaloir de cette possibilité étant donné l'incertitude reliée au rendement sur l'investissement, la complexité d'une telle planification et les avantages escomptés.

Depuis 2006, la mise en place du nouveau régime d'imposition des dividendes déterminés ne peut que renouveler l'intérêt des contribuables pour l'utilisation du revenu protégé et des éléments de planification offerts par le paragraphe 55(2) L.I.R. En effet, la différence entre le taux effectif d'imposition des dividendes déterminés et le taux effectif sur le gain en capital au Québec n'est que d'un peu plus de 5 % (29,7 % contre 24 %) de sorte qu'il y a réduction de la période de détention requise des sommes provenant du revenu protégé pour garantir un avantage à l'actionnaire utilisant cet attribut fiscal dans le cadre d'une vente d'actions. Dans certaines provinces du Canada, le taux effectif d'imposition des dividendes déterminés est même inférieur à celui du gain en capital, de sorte que cette détention n'est plus nécessairement requise. Un actionnaire peut ainsi, dans certaines circonstances, rapatrier dès la vente des actions l'ensemble du produit de disposition tout en profitant d'un avantage fiscal immédiat.

Par ailleurs, on note certains changements législatifs récents qui ont un impact direct sur les techniques d'extraction du revenu protégé. Il nous apparaît important de bien comprendre les conséquences de ces changements pour éviter de rendre inefficaces de telles techniques.

C'est dans ce contexte que nous nous proposons d'aborder dans le présent texte certains éléments de planification reliés au paragraphe 55(2) L.I.R. Le but du présent texte sera d'illustrer les avantages et inconvénients découlant des techniques de planification auxquelles s'applique cette disposition dans le cadre de transactions visant la vente d'entreprise, et ce, à la lumière des changements législatifs, jurisprudentiels et administratifs récents. Toutefois, avant d'aborder le cœur de notre sujet, nous résumerons les principes régissant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Ce résumé ne

se veut pas exhaustif, car la disposition a déjà fait l'objet de nombreux commentaires pertinents. À cet effet, le lecteur voudra sans doute se référer aux excellents textes portant sur le sujet[8].

1. PRINCIPES ET CONCEPTS GÉNÉRAUX

Afin de bien situer le cadre de notre analyse, il convient de citer la version actuelle du paragraphe 55(2) L.I.R. :

> « Dans le cas où une société résidant au Canada a reçu un dividende imposable à l'égard duquel elle a droit à une déduction en vertu des paragraphes 112(1) ou (2) ou 138(6) dans le cadre d'une opération, d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements dont l'un des objets (ou, dans le cas d'un dividende visé au paragraphe 84(3), dont l'un des résultats) a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été

---

[8] Marie-Pierre ALLARD, « L'utilisation du revenu protégé par le versement de dividendes discrétionnaires », (2006), vol. 54, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 87-114; Greg C. BOEHMER et John M. CAMPBELL, « Safe Income and Safe Income on Hand: An Update », dans *2005 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 5:1-33; Duncan OSBORNE, « Practical Issues in Computing Safe Income », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 42:1-18; Mark D. BRENDER, « Subsection 55(2): Part 1 », (1997), vol. 45, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 343-373; Mark D. BRENDER, « Subsection 55(2): Part 2 », (1997), vol. 45, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 806-843; Ronald J. FARANO, QC, « Subsection 55(2) - The Moving Goalposts », dans *1993 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 1A:1-46; Camil VACHON, « Paragraphe 55(2) L.I.R. – Où en sommes-nous? », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 1:1-40; André LORTIE, « Calcul du revenu protégé en main », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 2:1-72; François AUGER, « Questions particulières concernant le revenu protégé en main », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 3:1-34; Camil VACHON, « La présomption de gain en capital et le mécanisme d'application du paragraphe 55(2) L.I.R. », (2001), vol. 22, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 239-264; André LORTIE, « Le revenu protégé ou la conversion d'un gain en capital en dividende entre sociétés canadiennes imposables », (2001), vol. 22, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 265-322; Camil VACHON, « La présomption de gain en capital et le mécanisme d'application du paragraphe 55(2) L.I.R. », dans *Colloque – Comment utiliser l'article 55 L.I.R. face aux nouvelles interprétations des autorités fiscales*, 90, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 1:1-25, à la page 1:1; André LORTIE, « Le revenu gagné ou réalisé après 1971 ou la conversion d'un gain en capital en dividende entre sociétés canadiennes imposables », dans *Colloque – Comment utiliser l'article 55 L.I.R. face aux nouvelles interprétations des autorités fiscales*, 90, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 2:1-57, à la page p. 2:2.

réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande immédiatement avant le dividende et qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à autre chose qu'un revenu gagné ou réalisé par une société après 1971 et avant le moment de détermination du revenu protégé quant à l'opération, à l'événement ou à la série, malgré tout autre article de la présente loi, le montant du dividende (à l'exclusion de la partie de celui-ci qui est assujettie à l'impôt en vertu de la Partie IV L.I.R. qui n'est pas remboursé en raison du paiement d'un dividende à une société lorsqu'un tel paiement fait partie de la série) :

a) est réputé ne pas être un dividende reçu par la société;

b) lorsqu'une société a disposé de l'action, est réputé être le produit de disposition de l'action, sauf dans la mesure où il est inclus par ailleurs dans le calcul de ce produit;

c) lorsqu'une société n'a pas disposé de l'action, est réputé être un gain de la société pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu de la disposition d'une immobilisation. »

1.1. CONDITIONS

Les conditions générales d'application du paragraphe 55(2) L.I.R. sont au nombre de quatre :

1) une société résidant au Canada;

2) reçoit un dividende imposable déductible aux paragraphes 112(1), 112(2) ou 138(6) L.I.R.;

3) dans le cadre d'une opération, d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements;

4) dont l'un des objets est de diminuer sensiblement le gain en capital qui aurait été réalisé lors de la disposition d'une action à la juste valeur marchande (ci-après « JVM »).

Si le dividende versé à une société est visé par le paragraphe 84(3) L.I.R., la quatrième condition sera satisfaite si le **résultat** du versement du dividende, par opposition à ses objets, est de diminuer sensiblement le gain en capital qui aurait été réalisé lors de la disposition d'une action à la JVM.

Nous traiterons ci-après de chacune des conditions générales d'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Comme le but du présent texte est d'étudier l'application de cette disposition dans le cadre d'une vente

d'actions d'une société canadienne et que le versement de dividendes dans le but de minimiser le prix de vente et le gain en capital donne généralement lieu à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., notre révision des conditions demeurera sommaire. Nous nous attarderons davantage au concept de revenu protégé qui constitue souvent l'élément déterminant pour ce type de planification.

1.1.1. Société résidant au Canada

Le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique uniquement aux sociétés résidant au Canada, puisque cette mesure vise à empêcher la réduction du gain en capital par le versement de dividendes intersociétés déductible dans le calcul du revenu imposable.

En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une société constituée au Canada sera réputée être résidente du Canada[9]. Une société incorporée à l'extérieur du Canada sera quant à elle considérée comme résidente du Canada si le centre de direction et de contrôle de cette société se situe au Canada. Cette détermination s'effectue en fonction des règles de common law[10]. Par ailleurs, si les règles d'une convention fiscale à laquelle le Canada est partie viennent trancher la résidence d'une société en faveur du Canada, cette société sera également réputée résidente du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[11].

1.1.2. Dividende imposable déductible

Le paragraphe 55(2) L.I.R. vise uniquement les dividendes imposables qui sont déductibles aux paragraphes 112(1), 112(2) ou 138(6) L.I.R. Par conséquent, les dividendes en capital ainsi que les dividendes versés par les sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA ») qui sont déductibles à l'article 113 L.I.R. ne sont pas visés par le paragraphe 55(2) L.I.R.[12] Dans ce dernier cas, le régime applicable aux dividendes provenant de SÉA s'appliquera.

---

9 Voir par. 250(4) L.I.R.

10 Voir *De Beers Consolidated Mines Ltd.* c. *Howe (Surveyor of Taxes)*, [1906] A.C. 455 (H.L.); *Gurd's Products Co.* c. *La Reine*, [1985] 2 C.T.C. 85 (C.A.F.).

11 Voir par. 250(5) L.I.R.

12 Les sociétés étrangères affiliées pourront toutefois contribuer au revenu protégé. Voir al. 55(5)d) L.I.R.

Bien entendu, les dispositions qui empêchent la déductibilité d'un dividende aux paragraphes 112(1), 112(2) ou 138(6) L.I.R. viendront limiter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Ce sera notamment le cas des paragraphes 112(2.1) à (2.4) L.I.R. qui visent les dividendes versés sur certaines actions telles que les actions privilégiées à terme.

Finalement, il faut rappeler que la portée du paragraphe 55(2) L.I.R. est élargie en raison du fait que cette disposition s'applique aux dividendes réputés, notamment ceux de l'article 84 L.I.R. Plusieurs circonstances sont ici visées, par exemple la capitalisation du surplus d'apport[13], la liquidation d'une société[14], le rachat ou l'acquisition par une société de ses actions[15] ou la réduction du capital versé d'actions[16]. Il est d'ailleurs souvent facile d'oublier de vérifier l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. en raison de la multitude de situations qui peuvent donner lieu à un dividende réputé.

1.1.3. Série d'opérations

Le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique à l'égard d'un dividende reçu par une société résidant au Canada dans le cadre d'une opération, d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements dont l'un des objets (ou le résultat si le paragraphe 84(3) L.I.R. s'applique) est la diminution sensible de la partie du gain en capital, qui sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'actions. L'utilisation de la notion de série d'opérations au paragraphe 55(2) L.I.R. fait en sorte que l'examen concernant l'application potentielle de cette disposition doit s'effectuer à l'égard de chaque bénéficiaire d'un dividende[17].

La notion de série d'opérations a fait l'objet de nombreux commentaires en doctrine et en jurisprudence, notamment en raison du rôle fondamental qu'elle joue dans l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») contenue à l'article 245 L.I.R.[18] Une révision complète de cette

---

13 Par. 84(1) L.I.R.

14 Par. 84(2) L.I.R.

15 Par. 84(3) L.I.R.

16 Par. 84(4) L.I.R.

17 *CRA Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Toronto, Ont., Thomson Carswell, interprétation technique 9921000F, 2 septembre 1999.

18 Voir Louis TASSÉ, « "Série d'opérations" : où en sommes-nous? », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 28:1-44; C. VACHON, « Paragraphe 55(2) L.I.R. – Où en sommes-nous? », *loc. cit.*, note 8;

(à suivre…)

notion dépasse largement le contexte du présent texte. Nous nous limiterons donc à une discussion des développements récents dans ce domaine.

Un constat s'impose : l'évolution jurisprudentielle récente concernant la notion de série d'opérations tend vers un élargissement de la portée de cette notion telle qu'elle est définie au paragraphe 248(10) L.I.R. Rappelons que cette disposition inclut dans une série d'opérations les opérations et événements liés terminés **en vue** de réaliser une série.

Dans sa décision de 2005 dans l'affaire *Hypothèques Trustco Canada* c. *Canada*[19], la Cour suprême du Canada a causé un certain degré de confusion avec des commentaires émis en *obiter* dans le cadre d'une discussion générale portant sur les principes d'application de la RGAÉ :

> « Le paragraphe 248(10) élargit le sens de l'expression "série d'opérations" de manière à inclure les "opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série". La Cour d'appel fédérale a conclu, au par. 36 de l'arrêt OSFC, que c'est le cas lorsque les parties à l'opération "étaient au courant de la série [...], de façon qu'on puisse dire qu'elles en avaient tenu compte lorsqu'elles ont décidé de terminer l'opération". Nous tenons à ajouter que les mots "en vue de réaliser" sont employés non pas dans le sens d'une connaissance véritable, mais dans le sens plus général de "en raison de" ou "relativement à" la série. Ces mots peuvent s'appliquer à des événements survenus soit avant soit après l'opération d'évitement de base visée par le par. 245(3). Comme nous l'avons vu :
>
> [TRADUCTION] Il est très peu probable que le législateur ait voulu inclure, dans la définition légale de l'expression "série d'opérations", les opérations liées terminées en vue de réaliser une série d'opérations subséquente, mais non les opérations liées en vue desquelles le contribuable a terminé une série d'opérations préalable[20]. » (Notre soulignement)

(…suite)

Jasmine SIDHU, « The Post-Supreme Court World of GAAR - Where Are We? », dans *2006 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 16:1-31; Elizabeth J. JOHNSON, Geneviève C. LILLE et James R. WILSON, « A Reasoned Response to the CRA's Views on the Scope and Interpretation of Paragraph 95(6)(b) », (2006), vol. 54, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 571-632; Brian J. ARNOLD, « Policy Forum: Confusion Worse Confounded - The Supreme Court's GAAR Decisions », (2006), vol. 54, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 167-209; Mark D. BRENDER, « Series of Transactions: A Case for a Purposive Interpretation », (2007), vol. 55, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 211-234.

19 [2005] 2 R.C.S. 601 (ci-après « *Trustco* »).

20 *Id.*, par. 26.

Dans sa tentative manifeste et louable de rendre plus objective la détermination de l'existence d'une série d'opérations en ayant recours à des notions fondées sur les liens intrinsèques entre plusieurs transactions, la Cour suprême du Canada a semblé cautionner une analyse *a posteriori* des transactions effectuées. En d'autres termes, l'existence d'une série d'opérations sera démontrée s'il est possible d'établir qu'une opération est effectuée en raison de ou relativement à une série d'opérations qui lui est antérieure. Cette détermination n'est pas sans poser problème, car, en fiscalité, une transaction dépend généralement de transactions antérieures ou d'attributs fiscaux créés lors de telles transactions. De surcroît, la Cour suprême du Canada, dans son *obiter*, n'a pas précisé le seuil à partir duquel il est possible de conclure qu'une transaction est réalisée en raison de ou relativement à une autre transaction. En l'absence d'un tel seuil, de nombreuses transactions pourraient faire partie de la même série malgré le fait qu'elles ont peu de lien entre elles.

Il n'est pas certain que la Cour suprême du Canada ait vraiment voulu cautionner ce qu'il est convenu d'appeler une détermination *a posteriori* de l'existence d'une série d'opérations. D'abord, il faut rappeler que le commentaire de la Cour suprême visait à rejeter l'analyse proposée par le juge Rothstein dans l'arrêt *OSFC Holdings Ltd.* c. *La Reine*[21], fondée sur la connaissance subjective des opérations à venir pouvant compléter une série d'opérations. Les notions introduites par la Cour pour la détermination d'une série d'opérations permettent une analyse plus objective des transactions sans être fondées sur l'intention des parties en cause. De plus, il faut remarquer que l'expression « en raison de » peut très bien s'appliquer à la détermination prospective de l'existence d'une série. Par exemple, lors d'une fusion de deux sociétés dans le but d'utiliser les pertes d'une des deux sociétés pour réduire le gain en capital lors d'une vente subséquente d'éléments d'actifs de l'autre société, il est raisonnable de conclure que la fusion s'effectue en raison de la vente des éléments d'actif à survenir. Aucune analyse *a posteriori* n'est nécessaire ici. Le fait que la Cour suprême du Canada ait fait référence à l'application du terme « en raison de » et « relativement à » en relation à des événements survenus avant ou après l'opération d'évitement ne diminue pas la pertinence de l'interprétation suggérée ici. Lorsqu'on lit attentivement la citation du professeur Duff, il semble que l'on se réfère uniquement à des situations où une série d'opérations précède une opération liée ou encore lorsqu'une opération liée précède une série d'opérations. Dans les deux cas, l'existence de la série qui inclut les opérations liées peut s'effectuer sur une base prospective

[21] [2001] 4 C.T.C. 82 (C.A.F.).

uniquement. Finalement, une analyse *a posteriori* apparaît contraire au sens premier de l'expression « en vue de » utilisée au paragraphe 248(10) L.I.R.

La Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *M.I.L. Investments S.A.* c. *La Reine*[22] semble avoir compris les problèmes pouvant découler de l'utilisation des expressions « en raison de » et « relativement à » aux fins de déterminer l'existence d'une série d'opérations. Il doit exister un seuil au-delà duquel il est possible de conclure qu'une transaction s'effectue en raison d'une autre ou relativement à une autre. C'est ce qui est reflété dans les propos du juge Bell lorsqu'il écrit :

> « There must be a strong nexus between transactions in order for them to be included in a series of transactions. In broadening the word "contemplation" to be read in the sense of "because of" or "in relation to the series", the Supreme Court cannot have meant mere possibility, which would include an extreme degree of remoteness. Otherwise, legitimate tax planning would be jeopardized, thereby running afoul of that Court's clearly expressed goals of achieving "consistency, predictability and fairness"[23]. » (Notre soulignement)

La position prise par le juge Bell dans la décision *M.I.L. Investments* et le développement de la notion de *strong nexus* semblait constituer l'amorce d'un test légal permettant de tracer la ligne entre les transactions qui sont entreprises « en raison » d'autres transactions et, par le fait même, de déterminer l'existence d'une série avec un niveau raisonnable de certitude. Toutefois, malgré ces développements, la Cour canadienne de l'impôt a décidé récemment d'établir *a posteriori* l'existence d'une série d'opérations sur la base d'éléments qui établissent un lien ténu entre deux séries d'opérations. Dans l'affaire *Copthorne Holdings Ltd.* c. *La Reine*[24], un prédécesseur du contribuable avait vendu en 1993 les actions d'une filiale à une société liée avant d'effectuer une fusion horizontale. Cette fusion permettait de préserver le capital versé des actions de la filiale, lequel provenait d'investissements effectués à travers des entités du groupe. Aucun plan ou projet n'existait à l'époque pour utiliser la valeur intrinsèque du capital versé. Toutefois, à la suite de l'introduction en 1994 du régime concernant le revenu étranger accumulé tiré de biens (ou régime « FAPI » en anglais), certaines filiales des sociétés canadiennes du groupe devinrent assujetties au régime. Dans ce contexte, le groupe corporatif décida de

---

22 [2006] 3 C.T.C. 2509 (C.C.I.); confirmé par [2007] C.A.F. 236 (ci-après « *M.I.L. Investments* »).

23 *Id*., par. 65.

24 [2007] C.C.I. 481 (ci-après « *Copthorne* »), en appel devant la Cour d'appel fédérale.

réorganiser sa structure canadienne, notamment par voie de rachat d'actions privilégiées dont le capital versé incluait le capital versé préservé en 1993 lors de la fusion horizontale. Le capital versé des actions privilégiées alors rachetées vint réduire le montant du dividende réputé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. L'ARC décida d'appliquer la RGAÉ pour refuser l'utilisation du capital versé préservé lors de la fusion de 1993 et cotisa le contribuable sur la base de la Partie XIII L.I.R. en invoquant sa responsabilité pour la retenue sur le montant du dividende.

Sur la question de la série d'opérations, la juge Campbell a essentiellement reconnu l'existence d'un lien fort – *strong nexus* – *a posteriori* sur la seule base de la connaissance et de la prise en considération, lors de transactions subséquentes en 1995, du capital versé préservé lors de transactions de 1993[25]. Si les principes énoncés par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Copthorne* venaient à être confirmés en appel, il sera sans doute difficile de déterminer le début et la fin d'une série d'opérations. L'utilisation d'un attribut fiscal s'effectue en principe sur la base de la connaissance et de la prise en considération de celui-ci. À notre avis, l'affaire *Copthorne*, lorsque lue attentivement, adopte une approche qui tend à vider de sa substance le critère du lien fort et permet d'établir l'existence de séries de transactions sur la base de liens ténus.

À la lumière de la jurisprudence récente, il apparaît quasiment impossible d'éviter, dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R., l'existence d'une série d'opérations lorsque le versement d'un dividende déductible et la disposition d'actions sont rapprochés dans le temps. Il sera aussi plus aisé d'établir qu'un dividende versé à une société qui occasionne un remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. fait partie de la même série d'opérations que le dividende déductible et, donc, que le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique.

1.1.4. Diminution sensible du gain en capital

Le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquera que dans la mesure où l'un des objets de l'opération ou de la série d'opérations est de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisé lors de la disposition d'une action à la JVM immédiatement avant le versement du dividende.

---

[25] *Id.*, par. 42.

Le calcul du gain en capital potentiel s'effectue sur la base d'une disposition à la JVM. La question de savoir s'il y a eu une diminution sensible du gain en capital est plus difficile, puisque le terme « sensiblement » utilisé au paragraphe 55(2) L.I.R. n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par ailleurs, la jurisprudence offre peu de précisions sur la méthode de détermination de l'existence d'une diminution sensible d'un gain en capital. Dans l'affaire *VIH Logging Ltd.* c. *La Reine*[26], la juge Sharlow écrivait ce qui suit :

> « La question de savoir si un dividende entraîne une diminution "sensible" d'un gain en capital doit être résolue d'une manière contextuelle, qui prenne en compte tous les faits et circonstances utiles. La diminution ici était d'environ 45 000 $, dans le contexte d'une série d'opérations qui faisait intervenir des dividendes totalisant plus de 1,7 million de dollars. À mon avis, il était loisible au juge, compte tenu des circonstances de cette affaire, de dire que la diminution de 45 000 $ du gain en capital n'était pas "sensible". Il s'ensuit que le juge a eu raison de dire que le critère de l'objet, exposé dans le paragraphe 55(2), n'était pas rempli pour le dividende en actions[27]. »

Dans l'affaire *Trico Industries Ltée* c. *Canada*[28], il semblait évident qu'une réduction du gain en capital de 100 % par suite d'un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. avait eu pour effet de diminuer sensiblement le gain en capital.

La position officielle de l'ARC sur ce point est que la diminution sensible d'un gain en capital doit être analysée en « dollars absolus » et cette détermination dépend des faits de chaque espèce[29]. Il semble toutefois que la réduction sensible du gain en capital n'inclut pas l'augmentation d'une perte en capital[30].

---

26 [2004] 2 C.T.C. 2149 (C.A.F.).

27 *Id*., par. 49.

28 [1994] 2 C.T.C. 2053 (C.C.I.).

29 *CRA Views*, *op. cit*., note 17, interprétation technique 5-9276, 30 avril 1990; John R. ROBERTSON, « Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective on the Provisions of Section 55 », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 81-109.

30 *CRA Views*, *op. cit*., note 17, interprétation technique 1990-341, octobre 1990.

1.2. EFFET DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.

L'effet du paragraphe 55(2) L.I.R. apparaît très clairement à la lecture de cette disposition. Dans la mesure où ses conditions d'application sont remplies, le montant du dividende reçu par une société qui est attribuable à autre chose qu'au revenu protégé et qui n'est pas assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. est réputé ne pas constituer un dividende. Pour la société qui a disposé de l'action, ce montant sera traité comme le produit de disposition de l'action (ou un gain de la société si la société n'a pas disposé de l'action)[31]. En d'autres termes, le dividende assujetti au paragraphe 55(2) L.I.R. est requalifié en gain en capital, et ce, pour l'application de l'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette requalification aura pour effet d'assujettir le montant du dividende au taux d'imposition du gain en capital. Il sera donc impossible de bénéficier du report de l'imposition par le versement de dividendes intersociétés.

1.3. EXCEPTIONS

1.3.1. Partie IV L.I.R.

La partie d'un dividende assujettie à l'impôt de la Partie IV L.I.R. ne peut faire l'objet d'une requalification en gain en capital en vertu du paragraphe 55(2) L.I.R. Toutefois, cette exclusion ne s'applique que dans la mesure où le montant du dividende assujetti à la Partie IV L.I.R. qui est versé à une société n'est pas remboursé. Si un remboursement de l'impôt de la Partie IV est acquis par le paiement d'un dividende à une société et que ce dividende fait partie de la même série d'opérations ou d'événements que le dividende déductible, l'exception ne s'applique pas.

Le dividende assujetti à l'impôt de la Partie IV sera considéré comme payé à même le revenu protégé de sorte que ce revenu sera réduit du montant des dividendes auxquels la Partie IV L.I.R. s'applique[32]. Pour déterminer la mesure dans laquelle l'exception relative à la Partie IV s'applique, le montant du dividende versé à une société donnant droit à un remboursement de l'impôt de la Partie IV réduit directement le revenu protégé et ne tient pas

---

[31] Il se pourrait que dans certaines circonstances, par exemple le paiement de dividendes sur des actions privilégiées, la personne qui doit s'imposer sur le gain en capital ne soit pas la même que le récipiendaire du dividende.

[32] *CRA Views*, *op. cit*., note 17, interprétations techniques 9416065, 5 juillet 1995; 9711005, 16 juin 1997; *943963 Ontario Inc*. c. *La Reine*, [1999] 4 C.T.C. 2119 (C.C.I.).

compte de la portion du dividende inadmissible au remboursement de la Partie IV[33]. Ainsi, si un dividende de 100 $ entraîne un impôt de la Partie IV de 33,33 $ et qu'un montant de 13,33 $ est remboursé parce qu'un dividende de 40 $ a été payé à une autre société dans le cadre de la même série d'opérations, le montant assujetti au paragraphe 55(2) L.I.R. sera de 40 $ alors que l'autre portion du dividende (60 $) tombera sous l'exception de la Partie IV L.I.R.

L'arrêt *Canutilities* fournit un exemple d'une tentative d'un contribuable d'appliquer l'exception de la Partie IV L.I.R. afin d'éviter la requalification d'un dividende déductible en gain en capital au motif que le versement ultérieur d'un dividende occasionnant un remboursement de l'impôt de la Partie IV ne fait pas partie de la même série d'opérations que le versement du dividende déductible. Dans cette affaire, le contribuable argumentait sur le fait que le versement régulier d'un dividende de façon régulière conformément à une pratique établie depuis 1950 (ci-après « dividende courant ») ne pouvait faire partie de la même série d'opérations que le versement du dividende déductible. De l'avis du contribuable, le remboursement occasionné par le versement du dividende courant ne faisait pas échec à l'application de l'exception du paragraphe 55(2) fondée sur la Partie IV L.I.R.

La Cour d'appel fédérale a conclu que le dividende courant faisait partie de la même série d'opérations que le dividende déductible, et ce, malgré le fait que le dividende courant avait une existence propre. De l'avis de la Cour, il était suffisant pour conclure à l'existence d'une série d'opérations que les transactions soient préarrangées. Pour qu'il existe une série de common law, il suffit qu'au moment où l'opération initiale est achevée, les opérations subséquentes visant à éviter l'impôt aient été déterminées par des personnes qui ont la ferme intention de les mettre en œuvre ainsi que la capacité de le faire et que toutes ces opérations soient par la suite effectuées[34].

Lorsque l'on considère les principes actuels de détermination de l'existence d'une série d'opérations discutée précédemment ainsi que la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canutilities*, on a peine à

---

[33] *Canutilities Holdings Ltd.* c. *La Reine*, [2004] 3 C.T.C. 210 (C.A.F.) (ci-après « *Canutilities* »), par. 77.

[34] *Id.*, par. 64. Il faut toutefois lire ces commentaires à la lumière de la position de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Trustco* sur l'intention subjective d'effectuer une série d'opérations.

imaginer des situations où le versement d'un dividende donnant droit au remboursement de la Partie IV L.I.R. fera partie d'une autre série d'opérations que celle du dividende déductible. La proximité temporelle d'un dividende déductible et d'un dividende donnant droit au remboursement de la Partie IV L.I.R., même si ce dernier a une existence propre, rendra quasiment inéluctable l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

Dans les circonstances où un dividende est assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R., il est intéressant de s'interroger à savoir s'il existe des circonstances dans lesquelles une société peut s'imposer sur un gain en capital en vertu du paragraphe 55(2) L.I.R. sans avoir à subir les effets de la Partie IV L.I.R. C'est ce qui fut tenté dans l'affaire *Air Cargo*[35].

Dans cette cause, la compagnie appelante reçut des montants provenant du rachat d'actions privilégiées par la compagnie Air Stol Inc. (ci-après « Air Stol »). Chaque montant reçu était immédiatement redistribué sous forme de dividende à l'actionnaire de l'appelant, une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »), et un choix était effectué pour bénéficier du traitement de dividende en capital sur une portion de ces sommes. Dans ses déclarations de revenus, l'appelante déclara ces montants à titre de gain en capital en vertu du paragraphe 55(2) plutôt qu'à titre de dividende taxable en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. Aucun dividende ne fut déclaré en vertu de la Partie IV L.I.R. L'ARC décida de cotiser l'appelant sur la base de la Partie IV L.I.R. au motif que les dividendes imposables reçus étaient assujettis à cette partie de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'appelante tentait essentiellement de distribuer à son actionnaire une portion du produit du rachat des actions en franchise d'impôt en bénéficiant du traitement de dividende en capital provenant de la portion non imposable du gain en capital causée par le paragraphe 55(2) L.I.R. L'actionnaire n'était alors plus assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. sur les dividendes en capital. L'appelante minimisait aussi son impôt résultant du gain en capital en utilisant des pertes autres qu'en capital dont elle disposait. Cette situation était beaucoup plus avantageuse qu'un rachat d'actions privilégiées assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. Dans ce dernier cas, évidemment, le versement du dividende n'est pas comptabilisé dans le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »).

L'appelante justifia sa décision de ne pas déclarer en vertu de la Partie IV L.I.R. le montant des dividendes réputés provenant du rachat des actions

---

[35] Précité, note 4.

privilégiées par le fait que le montant de ces dividendes aurait de toute façon été admissible à un remboursement de l'impôt lors de leur versement à l'actionnaire de l'appelante. De l'avis de l'appelante, le fait pour un dividende d'être assujetti à la Partie IV L.I.R. et de pouvoir être remboursé respectait les termes de l'expression « à l'exclusion de la partie de celui-ci qui est assujettie à l'impôt en vertu de la Partie IV L.I.R. qui n'est pas remboursé en raison du paiement d'un dividende » contenus au paragraphe 55(2) L.I.R.

L'appelante alléguait que ces termes ne requièrent pas que l'impôt de la Partie IV L.I.R. soit remboursé dans les faits. Il suffit qu'un contribuable puisse démontrer son droit au remboursement pour que le paragraphe 55(2) L.I.R. continue de s'appliquer.

La juge Lamarre rejeta les prétentions de l'appelante au motif que la possibilité pour un contribuable de recevoir un remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. n'empêche pas l'application de l'exception de la Partie IV L.I.R. du paragraphe 55(2)[36]. Suivant le raisonnement de la juge, l'appelante se devait d'obtenir un remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. afin de bénéficier de la requalification en gain en capital du produit du rachat des actions privilégiées[37].

Dans les situations où l'impôt de la Partie IV L.I.R. s'applique à un dividende, l'affaire *Air Cargo* confirme qu'il ne sera pas possible de bénéficier du traitement du paragraphe 55(2) L.I.R. sans qu'une autre personne se soit imposée sur le dividende donnant lieu au remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. et l'application de cette disposition[38]. En effet, le remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. implique nécessairement que le récipiendaire du dividende se soit imposé en vertu de la Partie IV L.I.R. (s'il est une société) ou en vertu de la Partie I L.I.R. (s'il est un particulier). Si le remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. n'est pas obtenu, donc si une autre personne ne s'impose pas sur ce dividende, la Partie IV L.I.R. s'appliquera et tout bénéfice relié au traitement de gain en capital et découlant du paragraphe 55(2) L.I.R. sera perdu.

---

36 *Id.*, par. 24.

37 *Id.*

38 Dans la mesure où le dividende donnant droit au remboursement fait partie de la même série d'opérations.

L'affaire *Air Cargo* soulève tout de même quelques questions intéressantes sur l'interaction de l'impôt de la Partie IV L.I.R. avec les règles du paragraphe 55(2). Si l'appelante avait obtenu un remboursement d'impôt au titre de dividende (ci-après « RTD ») lors du versement d'un dividende à son actionnaire des sommes provenant du rachat d'actions par Air Stol, le paragraphe 55(2) L.I.R. se serait alors appliqué. Du même coup, le CDC de l'appelante aurait été augmenté à la fin de son année fiscale. Dans la mesure où l'appelante fait un choix pour que le dividende versé à son actionnaire constitue un dividende en capital, on peut se questionner sur l'effet de ce choix sur le montant de RTD, lequel déterminait initialement l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

1.3.2. Revenu protégé

La portion du gain en capital attribuable à du revenu gagné ou réalisé par une société après 1971, c'est-à-dire le revenu protégé, n'est pas assujettie au paragraphe 55(2) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas la notion de revenu protégé. Elle fait référence uniquement au « revenu gagné ou réalisé par une société après 1971 et avant le moment de détermination du revenu protégé quant à l'opération, à l'événement ou à la série ». L'expression « revenu gagné ou réalisé par une corporation » désigne le montant déterminé conformément aux alinéas 55(5)b), c) ou d) L.I.R. Ces dispositions s'appliquent respectivement aux sociétés privées résidant au Canada, aux sociétés autres que des sociétés privées résidant au Canada ou aux SÉA de sociétés résidant au Canada.

Le « moment de détermination du revenu protégé » relativement à une série d'opérations est défini comme le premier en date des moments suivants :

- le moment après la disposition ou la première augmentation de participation visée à l'un des sous-alinéas 55(3)a)(i) à (v) L.I.R. qui a résulté de la série d'opérations;

- le moment avant le premier versement de dividendes dans le cadre de la série d'opérations[39].

[39] Par. 55(1) « moment de détermination du revenu protégé » L.I.R.

L'impossibilité manifeste de déterminer avec précision les règles de calcul du revenu protégé à la lecture de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a laissé aux autorités fiscales la responsabilité et la liberté d'édicter ces règles. Aussi, plusieurs textes fondamentaux sont venus au fil du temps jeter les bases et clarifier les règles de calcul du revenu protégé[40]. Toutefois, l'évolution jurisprudentielle récente a modifié substantiellement ces règles et, partant, les positions de l'ARC.

Dans l'arrêt *Kruco*[41], la question principale en litige portait sur la détermination du revenu protégé et la prise en considération du revenu fictif (*phantom income* en anglais) concernant les crédits d'impôt à l'investissement. De l'avis de l'ARC, le revenu protégé de l'intimée devait faire l'objet d'un premier rajustement à la baisse pour tenir compte du montant réduit de déduction pour amortissement donnant lieu à un revenu fictif sans aucune entrée additionnelle de fonds. Le deuxième rajustement effectué par l'ARC découlait de l'application de l'alinéa 12(1)t) L.I.R., qui exige que les crédits d'impôt à l'investissement soient directement inclus dans le revenu dans certaines circonstances. Une fois encore, l'ARC était d'avis que cette inclusion n'était pas appuyée par une entrée de fonds correspondante et, par conséquent, l'inclusion créait des revenus fictifs.

En rejetant les rajustements proposés par l'ARC, la Cour d'appel fédérale a énoncé le principe fondamental que le revenu gagné ou réalisé doit être déterminé en fonction des règles contenues à la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour la détermination du revenu net, sous réserve de certaines exceptions mentionnées spécifiquement à l'article 55 L.I.R., par exemple les déductions pour recherche scientifique et développement expérimental de l'article 37.1 L.I.R. auxquelles se réfère l'alinéa 55(5)c) L.I.R.[42] Le revenu

---

40 J. R. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 29; Michael A. HILTZ, « Section 55: An Update », dans *1984 Corporate Management Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1984, pp. 40-46; Robert J. L. READ, « Section 55: A Review of Current Issues », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 18:1-28; Michael A. HILTZ, « The Butterfly Reorganization: Revenue Canada's Approach », dans *1989 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1990, pp. 20:32-48; Michael A. HILTZ, « Income Earned or Realized: Some Reflections », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 15:1-24; Ted HARRIS, « An Update of Revenue Canada's Approach to the Butterfly Reorganization », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 14:1-15.

41 Précité, note 2.

42 *Id.*, par. 36.

fictif ne peut être retiré du « revenu gagné ou réalisé » puisque ce rajustement altérerait le montant réputé être un revenu gagné ou réalisé par une société privée au sens de l'alinéa 55(2)c) L.I.R. De l'avis de la Cour, le revenu protégé ne sera réduit que par référence aux sorties de fonds qui ont lieu après que le revenu eut été calculé conformément à l'alinéa 55(5)c) L.I.R., mais avant que le dividende ne soit versé. Le revenu net calculé devient ainsi un point de départ et est rajusté par référence aux sorties de fonds effectuées après que le revenu eut été déterminé et qui réduisent le revenu auquel le gain en capital peut être raisonnablement attribuable.

Depuis l'arrêt *Kruco*, on peut résumer la méthode de détermination du revenu protégé en fonction des deux étapes suivantes :

1) Le revenu protégé correspond au revenu déterminé conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tel qu'il est rajusté par les alinéas 55(5)c), d) et e) L.I.R., selon le cas;

2) Le revenu protégé est rajusté en fonction du revenu demeuré disponible auquel le gain en capital peut raisonnablement être attribué (ci-après « revenu protégé en main »), ce qui implique une réduction du revenu protégé pour tenir compte de sorties de fonds comme les impôts ou les dividendes payés par la société.

Malgré certaines hésitations[43], l'ARC et Revenu Québec ont accepté les principes énoncés dans l'arrêt *Kruco* et ont modifié plusieurs de leurs positions administratives qui forçaient la réduction du revenu protégé par des montants de revenu fictif[44]. Toutefois, en dépit des clarifications apportées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kruco* et les nombreuses positions administratives émises par l'ARC, certains aspects du calcul du revenu protégé nécessitent toujours des éclaircissements, notamment la répartition du revenu protégé, le calcul du revenu protégé en main et le revenu protégé provenant des SÉA. Nous traiterons dans l'ordre de ces trois sujets.

1.3.2.1. La répartition du revenu protégé

La *Loi de l'impôt sur le revenu* n'indique pas précisément comment le revenu protégé doit être réparti entre plusieurs classes d'actions. Seul le

---

43 *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétation technique 2003-0030225, 10 octobre 2003.

44 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 3; REVENU QUÉBEC, interprétation technique 05-0106038, 3 novembre 2005.

critère très vague de l'attribution raisonnable est énoncé au paragraphe 55(2) L.I.R.

L'ARC a pour position qu'une action possédée par un actionnaire d'une société ne participera au revenu protégé que durant la période de détention relative à l'action donnée. L'ARC justifie sa position par le fait qu'un gain ne peut être réalisé avant l'acquisition d'un bien et, par conséquent, une action possédée par un actionnaire d'une société ne peut participer au revenu protégé en main réalisé que durant la période débutant au moment de l'acquisition de l'action par l'actionnaire donné et se terminant avant le « moment de détermination du revenu protégé » quant à la série d'opérations[45]. Ainsi, le revenu protégé d'une société ne pourrait être attribué à une catégorie d'actions dont les actions ont été émises après que la société eut réalisé ce revenu. De façon corollaire, une personne qui fait l'acquisition d'une action ne peut bénéficier du revenu protégé attribuable à cette action avant son moment d'acquisition.

La position traditionnelle de l'ARC concernant la répartition du revenu protégé entre plusieurs actions veut que cette répartition doive s'effectuer en fonction du droit des actions de participer dans le revenu de la société dans l'hypothèse où cette société serait liquidée. Lors du Congrès de 1988 de l'Association canadienne d'études fiscales, l'ARC a pris pour position que l'attribution du revenu protégé en main entre les actions de différentes catégories devait se faire comme suit :

> « Our view is that income will be attributable to a particular class of shares in the same proportion in which each class of shares would be entitled to earnings of the corporation if all earnings were to be distributed in the process of dissolution. Once the income earned or realized is allocated among the various classes of shares, the extent to which the income allocated to a particular share is reflected in a gain on that share must be determined[46]. »

La méthode de calcul proportionnel de l'ARC pour la répartition du revenu protégé en main fut confirmée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Reine* c. *Nassau Walnut Investments Inc*.[47]

Si la répartition du revenu protégé doit s'effectuer entre les différentes catégories d'actions en fonction de la période de détention et de ce qu'il est

---

45 *CRA Views*, *op. cit*., note 17, interprétation technique 2003-0006305, 31 mars 2003.

46 R. J. L. READ, *loc. cit*., note 40, 27.

47 [1998] 1 C.T.C. 33 (C.A.F.) (ci-après « *Nassau Walnut* »).

convenu d'appeler le droit au dividende, la question du calcul du revenu protégé lors de roulements en franchise d'impôt devait nécessairement faire l'objet d'un aménagement particulier, puisque le principe de la période de détention semble à première vue empêcher le maintien du revenu protégé lors d'un tel transfert. Sur ce point, l'ARC a pour position que lorsqu'il existe un transfert d'actions visé par un roulement, tel qu'il est prévu aux articles 51, 85, 85.1 et 86 L.I.R., toutes les actions qui ont été émises lors du roulement participent proportionnellement au revenu protégé en main attribuable aux actions échangées immédiatement avant le transfert[48]. En ce qui concerne les options, la date d'émission de l'option constituera la date à partir de laquelle on attribue le revenu protégé aux actions sous-jacentes[49].

Il est intéressant de s'interroger à savoir si la position de l'ARC sur la préservation du revenu protégé lors de roulements relève d'une concession administrative ou des principes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À notre avis, la position de l'ARC ne peut pas découler d'une simple concession administrative. D'abord, il faut constater à la lecture du paragraphe 55(2) L.I.R. que la disposition s'applique uniquement dans la mesure où il est **raisonnable** d'attribuer une partie du gain en capital à autre chose que du revenu gagné ou réalisé par une société après 1971. Ainsi, dans le cadre d'un roulement parfait, la portion du gain en capital latent attribuable à du revenu gagné ou réalisé par une société après 1971 n'est pas diminuée. Ce n'est que lorsqu'un transfert occasionne une réalisation de la plus-value qu'un gain en capital peut cesser d'être attribuable à du revenu gagné ou réalisé après 1971.

Dans ce dernier cas, le nouvel acquéreur des actions devrait en principe perdre le bénéfice du revenu protégé puisqu'il y a eu réalisation du gain en capital. Le changement d'actionnaire n'empêche pas à lui seul l'utilisation du revenu protégé, contrairement à la réalisation de la plus-value latente. Il faut rappeler ici que le revenu protégé est rattaché aux actions et non à l'actionnaire[50].

De plus, l'intention du législateur, tel qu'elle est exprimée dans les sources d'interprétation connexes, semble appuyer, du moins indirectement, la préservation du revenu protégé lors de roulements. Dans le Budget de 1979[51], il apparaît clairement que l'intention législative est de requalifier les

---

48 *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétation technique 2001-0093375, 5 octobre 2001.

49 *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétation technique 9127805, 14 février 1992.

50 *Nassau Walnut*, précité, note 47.

51 CANADA, ministère des Finances, *Budget 1979*, 11 décembre 1979.

dividendes en gain en capital seulement dans la mesure où la plus-value attribuable aux actifs sous-jacents n'a pas été taxée :

> « Concerns have been expressed as to the legislative scope and intended application of this anti-avoidance provision. A number of plans have been developed whereby, as a preliminary step to certain sales of shares, a corporate vendor extracts what are in substance sale proceeds in the form of tax-free intercorporate dividends or deemed dividends to decrease the value - or increase the cost base - of the shares to the point where capital gains tax is avoided. These tax-free dividends frequently exceed the earnings of the corporation to be sold. Such excessive dividends are usually motivated only by the vendor's desire to reduce his exposure to capital gains tax.
>
> As a general rule, the objective of the tax law is that on most arm's-length and on certain non-arm's length intercorporate share sales, a capital gain should arise at least to the extent that the sale proceeds reflect the unrealized and untaxed appreciation since 1971 in the value of underlying assets. This objective will generally be achieved where tax-free dividends on shares are limited to post-1971 taxed retained earnings. Rules will be introduced to clarify the intention of the law in this respect. These rules will ensure that where it can reasonably be considered that one of the main purposes of a tax-free intercorporate dividend was to reduce the proceeds on a disposition of a share, the capital gain otherwise determined will be adjusted to reflect the extent to which aggregate tax-free dividends have exceeded post-1971 taxed retained earnings. » (Notre soulignement)

Ainsi, diminuer le revenu protégé lors d'un roulement équivaudrait à taxer sous forme de gain en capital un gain latent attribuable à du revenu protégé, ce qui va à l'encontre de l'intention législative. À cet égard, il faut souligner que la juge Woods dans l'affaire *729658 Alberta Limited* c. *La Reine*[52] a reconnu que les positions de l'ARC sur le roulement étaient en harmonie avec le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'objet du paragraphe 55(2) L.I.R. tels que révélés dans les documents budgétaires de 1979 publiés lors de l'annonce de l'adoption de cette disposition[53].

Si l'on accepte le principe de la préservation du revenu protégé lors de roulements en franchise d'impôt, la question qui surgit ensuite est celle de savoir dans quelle mesure le revenu protégé doit être réduit lorsqu'une personne réalise, dans le cadre d'un roulement, une portion du gain en capital latent. À première vue, il semblerait que le revenu protégé sera réduit dans la mesure où un gain est réalisé. Toutefois, la Cour canadienne de l'impôt semble être allée encore plus loin dans la décision *729658 Alberta*.

---

[52] [2004] 4 C.T.C. 2261 (C.C.I.) (ci-après « *729658 Alberta* »).

[53] *Id.*, par. 26.

Dans cette affaire, la position de l'ARC sur la répartition du revenu protégé de façon proportionnelle lors de roulements en franchise d'impôt fut sérieusement remise en question. Deux actionnaires (Ronald Lauterstein et Lewis Nickerson) détenaient chacun 50 % des actions de Comcare Ltd. (ci-après « Comcare »), une SPCC. Dans les semaines précédant la vente des actions de Comcare à un acheteur n'ayant aucun lien de dépendance avec les deux actionnaires, ces derniers mirent en place une série d'opérations qui visait à différer l'impôt payable à l'égard du montant de revenu protégé alloué à leurs actions. Les deux actionnaires transférèrent leurs actions de Comcare à leur compagnie de gestion respective par voie de roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. en échange d'un billet et d'actions de leur compagnie de gestion. La somme convenue pour fixer le produit de disposition des actions équivalait à la différence entre la JVM des actions et le montant du revenu protégé en main. L'émission d'un billet par les sociétés de gestion d'environ 2 M$ permit aux deux actionnaires de s'imposer sur un dividende du même montant par l'application de l'article 84.1 L.I.R. Étant donné qu'à cette époque le taux d'imposition des dividendes pour les individus était plus bas que le taux effectif résultant de l'impôt corporatif sur le gain en capital réalisé par une société de gestion et l'impôt sur le dividende applicable aux individus, les deux actionnaires avaient un intérêt à s'imposer sur un dividende et de profiter du revenu protégé sur la portion restante du produit de disposition des actions lors de la disposition des actions à l'acheteur par les sociétés de gestion. Ainsi, à la suite du transfert des actions de Comcare aux sociétés de gestion, des dividendes imposables furent payés par Comcare aux compagnies de gestion pour un montant d'environ 2 M$, lequel égalait le revenu protégé en main attribuable aux actions. Les actions de Comcare furent ensuite vendues par les compagnies de gestion pour un montant d'environ 10 M$, soit un produit de disposition équivalent au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de ces actions pour chaque compagnie de gestion. La contrepartie pour les actions de Comcare était égale à la JVM des actions avant la série d'opérations moins les dividendes payés précédemment aux compagnies de gestion personnelle.

L'appel visait à déterminer comment le gain accumulé sur les actions de Comcare devait être réparti entre le revenu protégé et l'augmentation non réalisée de la valeur des actifs de Comcare dans le contexte où une portion de cette valeur était réalisée lors du roulement aux compagnies de gestion. Plus particulièrement, l'issue du litige dépendait de l'opinion de la Cour sur le sens à donner aux termes « qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable » (*reasonably be attributable*) au paragraphe 55(2) L.I.R. De l'avis de la juge Woods, cette expression n'a jamais été considérée comme signifiant que les gains accumulés devaient être alloués sur une base proportionnelle entre le revenu protégé et l'augmentation de valeur non

réalisée sur les actifs sous-jacents de Comcare. Au contraire, les gains devaient d'abord être alloués au revenu protégé et, si un dividende excédait le montant de revenu protégé, ce gain devait être alloué à l'augmentation de valeur non réalisée sur les actifs sous-jacents de Comcare[54].

Pour soutenir sa position, la juge Woods fit remarquer que rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sous-tend la répartition non proportionnelle du revenu protégé, mais que cette méthode est nécessaire afin d'atteindre les objectifs législatifs du paragraphe 55(2) L.I.R., soit de distribuer en franchise d'impôt le revenu réalisé ou gagné par voie de dividende[55]. De l'avis de la juge, le fait de réduire le revenu protégé lors du roulement en fonction de la proportion que représente le gain en capital réalisé par rapport à la JVM des actions (5/6) rendrait imposable le revenu protégé dans cette proportion, ce que la *Loi de l'impôt sur le revenu* tente d'éviter, tel qu'il appert d'une interprétation téléologique et contextuelle de la disposition.

Il faut donc désormais accepter le principe qu'aucune répartition proportionnelle du revenu protégé ne doit être effectuée lors d'un roulement. C'est seulement dans la mesure où un dividende excédera le revenu protégé que celui-ci sera requalifié en gain en capital. Toutefois, il faut rappeler que la juge Woods, dans un *obiter dictum*, a refusé de se prononcer sur l'application des principes qu'elle énonce aux situations impliquant l'exonération de gain en capital. Dans sa décision, la juge Woods écrit ceci :

> « The administrative practice that the Crown has referred me to has no application to the facts in these appeals. The statement by the Canada Revenue Agency applies where a partial subsection 85(1) rollover is used to take advantage of the capital gains exemption. It is not necessary to express a view regarding this administrative practice. The facts in these appeals are quite different from those that the Canada Revenue Agency considered[56]. » (Notre soulignement)

Il n'en fallait pas plus à l'ARC pour adopter une lecture restrictive de la décision *729658 Alberta*. Dans une interprétation technique, l'ARC a refusé de reconnaître la préservation du revenu protégé lors d'un roulement dans le cadre duquel une somme convenue était fixée pour utiliser l'exonération de gain en capital contenue à l'article 110.6 L.I.R.[57] Selon l'ARC, le revenu

---

54 *Id.*, par. 19.

55 *Id.*, par. 22.

56 *Id.*, par. 30.

57 *Id.*, par. 19.

protégé en main attribuable à des actions ordinaires lors de ce transfert devait être réduit proportionnellement, et ce, au motif qu'une portion du gain en capital latent sur les actions ordinaires avait été réalisée lors du transfert des actions à une société de gestion.

La position de l'ARC sur ce point apparaît discutable. Si l'on accepte la position et l'argumentation de la juge Woods dans l'affaire *729658 Alberta*, il faut souligner que l'exonération de gain en capital tire son fondement de principes autres que ceux qui justifient le maintien du revenu protégé dans le cadre de roulements. Le fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* offre un avantage en exonérant une portion du gain en capital réalisé lors d'un transfert n'a aucun lien rationnel avec l'attribution d'un gain en capital à un revenu gagné ou réalisé après 1971. Le contribuable devrait pouvoir bénéficier à la fois de l'exonération et du revenu protégé.

À la lumière de ce qui précède, il faudra demeurer prudent lors de l'élaboration de planifications visant à utiliser le revenu protégé sur la base des principes de l'affaire *729658 Alberta*. Dans le cadre d'une planification utilisant l'exonération de gain en capital en conjonction avec le revenu protégé, l'ARC semble toujours d'avis que la répartition du revenu protégé lors du roulement doit s'effectuer proportionnellement. Cela aurait pour effet de réduire le montant du revenu protégé disponible lors du versement de dividende. On pourra tout de même limiter les risques en ayant recours à un type de planification analysée en détail par la professeure Marie-Pierre Allard[58], inspiré de certaines techniques de planification proposées par M. Vance Sider[59].

L'attitude de l'ARC concernant la répartition proportionnelle du revenu protégé laisse présager des tentatives d'affaiblir la portée de la décision *729658 Alberta* ou encore de distinguer cette décision dans le cadre de litiges à venir et de l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À notre avis, toute planification fondée sur cette affaire devrait faire l'objet d'une analyse détaillée quant au niveau de risque encouru.

Il faut souligner ici que les planifications fiscales comme celle effectuée dans l'affaire *729658 Alberta* seront peu susceptibles de se reproduire dans le contexte actuel où le taux d'imposition du dividende est plus élevé que

---

58 M.-P. ALLARD, *loc. cit.*, note 8.

59 Vance A. SIDER, « Corporate Restructuring Issues: Private Corporations », dans *Corporate Management Tax Conference 1990*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 5:1-28.

celui du gain en capital. À l'époque de l'affaire *729658 Alberta*, les contribuables pouvaient tirer un avantage de l'application du paragraphe 84.1 L.I.R., ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Hormis les planifications visant l'utilisation de l'exonération de gain en capital ou de pertes en capital accumulées, il y aura sans doute peu de planifications comme celle de l'affaire *729658 Alberta*.

1.3.2.2. Le revenu protégé en main

Le revenu protégé à un moment donné relativement à une action d'une société détenue par un actionnaire de la société représente la portion du revenu protégé réalisé par la société qu'il est raisonnable de considérer comme contribuant au gain en capital non réalisé sur l'action en question[60]. Pour contribuer à un gain non réalisé sur des actions, le revenu protégé devra par conséquent être disponible ou « en main ». Ainsi, le revenu distribué sous forme de dividende ou affecté au paiement d'impôts n'est pas en main. Il ne peut ni contribuer à la JVM d'une action ni au gain latent de cette action.

Outre les dividendes et l'impôt payable, on peut se questionner sur les autres éléments qui doivent être pris en considération pour déterminer le revenu protégé en main. L'ARC a pris pour position dans une interprétation technique publiée après l'arrêt *Kruco* mais avant la publication du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* n° 33 reconnaissant la validité de l'arrêt *Kruco*, que les primes d'assurance payées par une société doivent être déduites du revenu protégé en main[61]. Cependant, l'ARC est d'avis que lorsque la police comporte une valeur de rachat, il est possible qu'une partie des primes payées contribue à l'augmentation de la valeur de rachat de la police et au gain inhérent à une action particulière du capital-actions d'une société. Cette position apparaît fondée, puisque les sommes payées à titre de prime d'assurance, lesquelles ne sont pas prises en compte dans le calcul du revenu de la société, ne peuvent contribuer au gain latent sur une action.

Par ailleurs, même si depuis l'arrêt *Kruco* l'ARC a dû modifier plusieurs de ses positions, la logique qui sous-tend certaines d'entre elles devrait en principe demeurer applicable. Il en irait ainsi des dépenses non déductibles dans le revenu d'un contribuable, par exemple certaines pénalités encourues en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ce type de dépense réduit les

---

60 Voir par exemple *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétation technique 2005-0112141E5, 3 février 2005.

61 *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétation technique 2005-0113931I7, 23 mars 2005.

sommes pouvant contribuer au gain latent sur une action. Toutefois, le traitement des dépenses dont la déductibilité est reportée ne devrait pas réduire le revenu protégé, puisqu'elles sont prises en considération dans le calcul du revenu à la première étape de la détermination du revenu protégé.

1.3.2.3. Les sociétés étrangères affiliées

L'alinéa 55(5)d) L.I.R. définit le revenu gagné ou réalisé par une SÉA d'une société résidant au Canada. La règle générale veut que ce revenu soit égal au total des sommes que la société résidant au Canada pourrait déduire en vertu des alinéas 113(1)a) et b) L.I.R. en assumant que cette dernière est propriétaire de toutes les actions de la SÉA, qu'elle en dispose à la JVM et qu'elle fait un choix concernant le produit de disposition des actions en vertu du paragraphe 93(1) L.I.R. Dans ces circonstances, une société résidant au Canada se verra généralement attribuer un revenu protégé d'une SÉA égal (si la SÉA lui versait un dividende à partir de son surplus net) à la portion du dividende prélevé sur le surplus exonéré et au montant intrinsèque d'impôt étranger déductible de la portion du dividende prélevé sur le surplus imposable.

Malgré l'alinéa 55(5)d) L.I.R., une société résidant au Canada devra tout de même comptabiliser le revenu protégé provenant d'une société étrangère non affiliée. Dans l'arrêt *Lamont Management Ltd.* c. *La Reine*[62], la Cour d'appel fédérale a confirmé que le revenu protégé d'une « corporation » au paragraphe 55(2) L.I.R. visait ce type de société. Toutefois, cette position n'est pas sans poser problème lors de la détermination du revenu protégé des sociétés étrangères non affiliées, puisque les règles de l'alinéa 55(5)d) L.I.R. ne peuvent s'appliquer.

Le juge Rothstein, écrivant pour la majorité dans l'arrêt *Lamont*, traita des règles devant guider la détermination du revenu protégé dans un tel cas en citant avec approbation le professeur Krishna[63] :

> « [TRADUCTION] Les gains de la filiale sont établis selon les lois fiscales du pays où la filiale réside si ce pays exige que ce revenu soit calculé conformément à ses lois. Si le pays de résidence ne précise pas la méthode de calcul du revenu, celui-ci est calculé selon les lois du pays où la filiale exerce

---

62 [2000] 3 C.T.C. 18 (C.A.F.) (ci-après « *Lamont* »).

63 Vern KRISHNA, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5e éd., Toronto, Carswell, 1995.

ses activités. Si aucun des deux pays étrangers ne précise la méthode de calcul, le revenu est calculé selon les règles fiscales canadiennes. »

L'ARC aurait beaucoup de mérite à clarifier cette question, car les règles de détermination du revenu protégé pour les sociétés étrangères non affiliées demeurent nébuleuses.

Le traitement des pertes touchant les comptes de surplus des SÉA doit aussi faire l'objet d'une attention particulière. Dans la décision *La Reine* c. *Brelco Drilling Ltd.*[64], la Cour d'appel fédérale a confirmé que, dans certaines circonstances, il faut considérer les pertes d'une SÉA dans le calcul du revenu protégé en main d'une société résidant au Canada. La Cour d'appel fédérale n'a pas précisé le principe guidant cette détermination et a renvoyé la cause à la Cour canadienne de l'impôt pour déterminer si le calcul retenu par l'ARC était raisonnable et s'il reflétait la valeur effective des dividendes provenant du revenu protégé[65]. Devant la Cour canadienne de l'impôt, l'ARC a reconnu que les pertes des SÉA ne réduisaient pas le revenu protégé consolidé de la société mère. La décision n'offre donc aucune autre précision sur les principes devant guider la prise en compte des pertes de SÉA.

Malgré l'absence de principe jurisprudentiel, l'ARC a pour position officielle que le revenu protégé consolidé d'une société mère résidant au Canada devra prendre en compte les pertes de SÉA dans la mesure où ces pertes ont pour effet de diminuer la JVM de la société mère[66].

L'exemple souvent cité est celui où une société mère garantit les dettes de ses SÉA. Il apparaît raisonnable dans ces circonstances de conclure que le revenu protégé sera touché par les pertes des filiales. Toutefois, l'ARC demeure d'avis que les pertes d'une filiale peuvent réduire le revenu protégé en main d'une société mère dans des situations autres que celles où elle a garanti directement ou indirectement les pertes de sa SÉA[67].

Par ailleurs, le revenu d'une SÉA pour une année en cours qui n'entre pas dans le calcul de son surplus exonéré et de son surplus imposable en raison d'une fin d'année survenue avant le moment du calcul de ces surplus

---

64 [1999] 3 C.T.C. 95 (C.A.F.).

65 *Brelco Drilling Ltd.* c. *La Reine*, [1999] 4 C.T.C. 2737 (C.C.I.).

66 *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétation technique 2001-0093385, 5 octobre 2001.

67 *Id.*

pourra être inclus dans le revenu protégé dans la mesure où ce revenu se qualifierait autrement à titre de surplus exonéré (ou de montant intrinsèque d'impôt étranger) déductible aux alinéas 113(1)a) et b) L.I.R.[68]

1.3.3. Alinéa 55(3)a) L.I.R.

Les alinéas 55(3)a) et 55(3)b) L.I.R. créent deux exceptions à l'application de la requalification prévue au paragraphe 55(2) L.I.R. L'alinéa 55(3)a) concerne les réorganisations entre personnes liées tandis que l'alinéa 55(3)b) L.I.R. vise certaines réorganisations entre personnes non liées connues sous le nom de transactions papillon.

Les exceptions contenues aux alinéas 55(3)a) et 55(3)b) L.I.R. dépassent largement le cadre du présent texte qui vise seulement à couvrir les éléments de planification fiscale dans le cadre d'une vente d'actions. Nous nous contenterons donc de résumer brièvement les principes qui sous-tendent ces exceptions. Pour une analyse plus complète, le lecteur pourra se référer aux nombreux textes portant sur le sujet[69].

L'alinéa 55(3)a) L.I.R. est formulé à la négative. Pour éviter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., aucun des événements énumérés aux sous-alinéas 55(3)a)(i) à 55(3)a)(v) L.I.R. ne doit se produire « dans le

---

[68] *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétations techniques 9611945, 9 décembre 1996; 9523075, 23 février 1996; 9414365, 27 octobre 1994.

[69] Jean-François THUOT, « Analyse de l'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 4:1-38; Benoît LACOSTE BIENVENUE, « Transactions papillon : règles générales », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 5:1-44; Serge BILODEAU et Mark D. BRENDER, « Réorganisation d'entreprises et l'alinéa 55(3)b) L.I.R. : des problèmes et des solutions », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 6:1-44; Franco GADOURY, « Transactions papillon : particularités concernant les sociétés publiques et solutions de rechange », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 8:1-40; Camil VACHON, « Notion d'augmentation sensible de participation d'un tiers non lié », dans *Colloque – Paragraphe 55(3) L.I.R.*, 106, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 1:1-39; Serge BILODEAU, « Réorganisation d'entreprises et l'alinéa 55(3)b) L.I.R. : des problèmes et des solutions », dans *Colloque – Paragraphe 55(3) L.I.R.*, 106, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 2:1-20; Mark D. BRENDER, « Le risque des opérations entre personnes liées et les tests de l'alinéa 55(3)a) L.I.R. », (2001), vol. 22, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 325-362.

cadre d'une opération, d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements dans le cadre duquel le dividende a été reçu ».

L'examen portant sur l'application de l'alinéa 55(3)a) L.I.R. doit s'effectuer pour chacun des dividendes versés par la société au cours de la série. En effet, rien n'empêche certains dividendes d'une même série d'opérations de bénéficier de l'exception et d'autres dividendes de la même série d'être imposés en fonction du paragraphe 55(2) L.I.R.

Par ailleurs, pour trouver application, chacune des opérations décrites aux sous-alinéas 55(3)a)(i) à (v) L.I.R. requiert que les opérations soient effectuées entre personnes non liées.

Il faut rappeler que l'on ne peut prétendre que les personnes qui sont devenues liées à la suite d'une réorganisation corporative bénéficient de l'exception de l'alinéa 55(3)a) L.I.R., car le test visant à déterminer si deux personnes sont liées s'effectue immédiatement avant l'opération visée par l'un des sous-alinéas 55(3)a)(i) à (v) L.I.R. À l'inverse, les personnes qui sont liées avant l'opération et qui deviennent non liées par la suite, comme dans le contexte d'un partage d'actifs dans le cadre d'un divorce, pourront bénéficier de l'exception.

Finalement, il faut garder à l'esprit que l'alinéa 55(5)e) L.I.R. prévoit des règles particulières aux fins de l'application de l'article 55 L.I.R. qui concernent le statut d'actionnaire déterminé, le fait pour une personne d'être liée à une autre et les acquisitions du contrôle.

1.3.3.1. Sous-alinéa 55(3)a)(i) L.I.R.

La première des cinq opérations visées par l'alinéa 55(3)a) L.I.R. concerne « la disposition de biens en faveur d'une personne ou d'une société de personnes qui était une personne non liée immédiatement avant la disposition ». L'application de cette disposition comporte deux exceptions faisant en sorte que les dispositions suivantes peuvent être effectuées sans perdre le bénéfice du paragraphe 55(3)a) L.I.R. : i) la disposition d'argent effectuée lors du versement d'un dividende ou de la réduction du capital versé au titre d'une action[70] et ii) la disposition de biens effectuée à la JVM[71].

---

[70] Div. 55(3)a)(i)(A) L.I.R.

[71] Div. 55(3)a)(i)(B) L.I.R.

1.3.3.2. Sous-alinéa 55(3)a)(ii) L.I.R.

Ce sous-alinéa prévoit qu'une « augmentation sensible de la participation directe totale dans une société d'une ou de plusieurs personnes ou sociétés de personnes qui étaient des personnes non liées immédiatement avant le moment donné » est une opération qui empêchera le contribuable de se prévaloir de l'exception de l'alinéa 55(3)a) L.I.R. Il convient de noter que ce sous-alinéa ne vise pas une augmentation sensible découlant d'une disposition d'actions du capital-actions d'une société pour un produit de disposition au moins égal à leur JVM ni une augmentation de la participation indirecte dans une société, c'est-à-dire par le biais de sociétés interposées.

1.3.3.3. Sous-alinéa 55(3)a)(iii) L.I.R.

Le troisième sous-alinéa prévoit deux opérations qui ne doivent pas être effectuées dans le cadre d'une série pour pouvoir profiter de l'exception de l'alinéa 55(3)a) L.I.R. La première opération est une « disposition des actions du capital-actions du payeur de dividende en faveur d'une personne ou d'une société de personnes qui était une personne non liée immédiatement avant le moment donné ». La seconde opération interdite est une « disposition de biens dont plus de 10 % de la JVM provenait, à un moment au cours de la série, d'actions du capital-actions du payeur du dividende en faveur d'une personne ou d'une société de personnes qui était une personne non liée immédiatement avant le moment donné ». La seconde opération vise à empêcher une société d'effectuer indirectement la première opération.

Il convient de noter que le Projet de loi C-33[72] amende la seconde opération interdite pour y permettre la disposition d'actions du capital-actions du bénéficiaire du dividende même si plus de 10 % de la JVM de ces actions provient d'actions du payeur du dividende. Cette modification s'applique seulement aux dividendes reçus après le 21 février 1994.

L'exemple suivant qui provient des notes explicatives accompagnant le Projet de loi C-33[73] illustre une situation visée par la nouvelle exception créée par le projet de loi. Une société (A ltée) est propriétaire des actions d'une autre société (Filiale ltée). Dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance, A ltée acquiert les actions d'une troisième société (Cible ltée) à

---

[72] CANADA, ministère des Finances, *Loi de 2006 modifiant l'impôt sur le revenu*, 22 novembre 2006.

[73] *Id.*

leur JVM. Cible ltée est propriétaire des actions de deux sociétés – C1 Filiale ltée et C2 Filiale ltée. Cible ltée transfère, dans le cadre d'une opération à impôt différé en vertu de l'article 85 L.I.R., les actions de C2 Filiale ltée à Filiale ltée en contrepartie d'actions de cette dernière. Par la suite, Filiale ltée rachète les actions détenues par Cible ltée. Par suite de ce rachat, Cible ltée reçoit un dividende réputé. Dans cette situation, même si Cible ltée et Filiale ltée ne sont pas des sociétés liées avant la série d'opérations, l'exception continuera de s'appliquer, car les biens faisant l'objet d'une disposition (un rachat en l'occurrence) sont des actions du bénéficiaire du dividende, Cible ltée.

1.3.3.4. Sous-alinéa 55(3)a)(iv) L.I.R.

Cette disposition est similaire au sous-alinéa précédent. Elle prévoit aussi deux opérations qui ne doivent pas être effectuées à la suite de la réception d'un dividende dans le cadre d'une série d'opérations pour pouvoir profiter de l'exception de l'alinéa 55(3)a) L.I.R. La première opération interdite est une « disposition des actions du capital-actions du bénéficiaire du dividende en faveur d'une personne ou d'une société de personnes qui était une personne non liée immédiatement avant le moment donné ». La seconde opération interdite est une « disposition de biens dont plus de 10 % de la JVM provenait, à un moment au cours de la série, d'actions du capital-actions du payeur du dividende en faveur d'une personne ou d'une société de personnes qui était une personne non liée immédiatement avant le moment donné ». Il convient de noter que cette seconde opération vise aussi la disposition des actions du bénéficiaire du dividende.

1.3.3.5. Sous-alinéa 55(3)a)(v) L.I.R.

La cinquième opération interdite en vertu de l'alinéa 55(3)a) L.I.R. est l'augmentation sensible du total des participations directes dans le payeur du dividende. De façon similaire à l'opération visée au sous-alinéa 55(3)a)(ii) L.I.R., cette disposition vise une augmentation de la participation au sein du payeur de dividende. De plus, cet alinéa ne crée pas une exception pour les augmentations découlant d'une disposition d'actions à la JVM. Ceci s'explique probablement par le fait que la JVM des actions du payeur de dividende est directement visée par le paiement de dividende.

1.3.4. Alinéa 55(3)b) L.I.R.

L'alinéa 55(3)b) L.I.R.vise à permettre à une société ayant plus d'un actionnaire de procéder à une réorganisation dans laquelle la société liquide ses actifs en faveur de ses actionnaires au prorata de l'actionnariat de chacun

d'eux. Ce type de réorganisation est mieux connu sous le nom de « transaction papillon » et a pour résultat de reporter la réalisation d'un gain en capital sur les biens transférés par le versement de dividendes intersociétés libres d'impôt. Ainsi, même si les transactions papillon devraient normalement être imposées à titre de gain en capital de par l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., elles bénéficient d'une exemption de l'application de ce paragraphe à l'alinéa 55(3)b) L.I.R., sous réserve de remplir certaines conditions.

Pour pouvoir profiter de l'exception prévue à l'alinéa 55(3)b) L.I.R., le dividende doit être reçu lors d'une réorganisation dans le cadre de laquelle :

1) la société cédante a effectué une attribution en faveur d'une ou de plusieurs autres sociétés[74];

2) la société cédante a été liquidée ou il y a eu un rachat complet de ses actions[75];

3) le dividende doit avoir été reçu lors d'un rachat autorisé relativement à l'attribution ou à la liquidation de la société cédante[76].

Ces trois conditions sont cumulatives et le manquement à une seule de ces conditions entraînera en principe l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

2. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION

2.1. UTILISATION DU REVENU PROTÉGÉ

Le revenu protégé constitue la pierre angulaire des planifications visant à bénéficier du paragraphe 55(2) L.I.R. Le but recherché lors de l'utilisation du revenu protégé est généralement simple : réduire le gain en capital afin de maximiser le revenu après impôts entre les mains de l'actionnaire.

---

74 Div. 55(3)b)(i)(A) L.I.R.

75 Div. 55(3)b)(i)(B) L.I.R.

76 S.-al. 55(3)b)(ii) L.I.R.

2.1.1. Les techniques classiques d'extraction du revenu protégé

Traditionnellement, la cristallisation du revenu protégé s'effectue à l'aide de quatre méthodes. La première méthode consiste à verser un dividende en argent (ou en nature) lorsqu'une société dispose de liquidités suffisantes pour payer un tel dividende. La réduction de la valeur de la société payant le dividende entraîne une réduction du gain en capital lors de la vente des actions. Ce dividende n'est pas requalifié en gain en capital dans la mesure où il ne dépasse pas le montant du revenu protégé attribuable aux actions de la société qui l'a payé.

La deuxième méthode s'effectue par voie de rachat d'actions. Le rachat des actions d'un actionnaire entraîne en principe une inclusion au revenu du dividende réputé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. et une déduction au paragraphe 112(1) L.I.R. d'un montant équivalent au revenu protégé attribuable aux actions rachetées. Le dividende n'est pas requalifié en gain en capital dans la mesure où il ne dépasse pas le montant du revenu protégé attribuable aux actions rachetées. L'actionnaire peut ensuite vendre les actions restantes de la société ayant procédé au rachat. Le gain en capital alors réalisé est nécessairement réduit par la diminution antérieure de valeur des actions occasionnée par le rachat. Cette technique peut poser problème lorsque des actions privilégiées doivent être rachetées. Selon l'ARC, les dividendes sur ces actions ne sont pas cumulatifs. Elles ne bénéficient donc pas de l'accumulation du revenu protégé et le paragraphe 55(2) L.I.R. vient requalifier en gain en capital une portion du dividende résultant du rachat.

La troisième méthode consiste à augmenter le capital versé des actions d'une société sans augmentation de la valeur des actifs ou une réduction du passif. Il faudra prendre soin toutefois de vérifier les restrictions imposées par la loi corporative applicable à la société. À la suite de l'augmentation du capital versé, l'actionnaire est réputé par le paragraphe 84(1) L.I.R. avoir reçu un dividende d'un montant égal à l'augmentation du capital versé. La réduction du gain en capital lors de la disposition subséquente des actions résultera de l'augmentation du PBR des actions requise par l'alinéa 53(1)b) lorsqu'un dividende est réputé versé en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R.

Finalement, la quatrième méthode requiert le paiement d'un dividende en actions dotées d'un capital versé égal au revenu protégé que l'on désire cristalliser. Jusqu'à l'adoption prochaine du Projet de loi C-33, la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit le PBR des actions versées par voie de dividende en actions en fonction du capital versé de ces actions. En vertu de l'alinéa 52(3)a) L.I.R., le coût d'une action pour un actionnaire ayant reçu un

dividende en actions est égal au montant du dividende. Le montant du dividende en actions, tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R., équivaut à son tour à « l'augmentation, découlant du dividende, du capital versé de la société qui a versé le dividende ». Le capital versé des actions distribuées par voie de dividendes détermine donc le montant du dividende. Le capital versé devant être ajouté au PBR des actions en vertu de l'alinéa 52(3)a) L.I.R. lors du versement du dividende en actions permet ensuite la réduction du gain en capital lors de la disposition ultérieure des actions. La valeur totale de la société n'aura pas changé, mais les actions vendues auront un PBR plus élevé.

2.1.2. Nouvelles restrictions aux techniques d'utilisation du revenu protégé

Le Projet de loi C-33 introduit de nouvelles dispositions législatives qui modifient substantiellement le traitement fiscal du capital versé lors d'un versement de dividendes en actions et lors d'une augmentation de capital versé. Ces modifications sont passées relativement inaperçues à la suite du dépôt du Projet de loi C-33 en novembre 2006 étant donné l'importance des modifications proposées relatives aux fiducies non résidentes et aux entités de placement étrangères ainsi que les chambardements occasionnés par les mesures portant sur les fiducies de revenu. Ces propositions législatives méritent une attention particulière, car elles recèlent plusieurs pièges qui doivent être évités dans le cadre de planifications visant l'utilisation du revenu protégé.

Lorsque le Projet de loi C-33 entrera en vigueur, la détermination du PBR d'actions versées à titre de dividende en actions conformément à l'alinéa 52(3)a) L.I.R. devra s'effectuer comme suit pour les sommes reçues à partir du 9 novembre 2006 :

> « a) si le dividende en actions est un dividende, l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii) :
>
> (i) le montant du dividende en actions,
>
> (ii) le montant du dividende que l'actionnaire peut déduire en application du paragraphe 112(1) dans le calcul de son revenu imposable. »

L'ajout du sous-alinéa (ii) à l'alinéa 52(3)a) L.I.R. a pour effet d'exclure du calcul du PBR d'une action reçue par voie de dividende en actions le montant du dividende qu'une société peut déduire en application du paragraphe 112(1) L.I.R. dans le calcul de son revenu imposable. Ainsi,

seules les sommes constituant un revenu imposable pour la société récipiendaire du dividende seront ajoutées au PBR des actions.

Les notes techniques accompagnant la proposition législative portant sur l'alinéa 52(3)a) L.I.R. indiquent que les modifications apportées font suite à celles proposées en 2005 pour le nouvel article 143.3 L.I.R. qui, on se rappellera, avait été proposé à la suite de la décision *Alcatel Canada Inc.* c. *La Reine*[77]. Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a décidé que la contribuable avait effectué une dépense d'un montant égal à l'avantage imposable inclus au revenu de certains employés en vertu de l'article 7 L.I.R. Ces employés étant engagés dans des travaux admissibles de recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE »), la Cour a établi que cet avantage imposable faisait partie des salaires admissibles au crédit d'impôt de RS & DE. Il est difficile de comprendre pourquoi le législateur a rédigé une proposition législative dotée d'une portée aussi large si l'objectif était de viser les situations assujetties à l'article 143.3 L.I.R.

Dans le contexte des scénarios d'utilisation du revenu protégé, le nouvel alinéa 52(3)a) L.I.R. signifie essentiellement que le PBR des actions reçues par dividende sera inexistant, puisque la déduction du paragraphe 112(1) L.I.R. s'appliquera en principe dans tous les cas. Dès lors, la réduction du gain en capital lors d'une vente d'actions ne sera plus possible, puisque ces actions n'auront fait l'objet d'aucune augmentation de PBR. Par exemple, si la méthode d'utilisation du revenu protégé consiste à vendre les actions d'une société une fois que la valeur de ces actions ordinaires a été réduite par le versement d'un dividende en actions privilégiées, le récipiendaire du dividende n'obtient aucune augmentation de PBR sur ses actions privilégiées. Par conséquent, le récipiendaire doit s'imposer lors du rachat ou de la vente des actions privilégiées.

Quant à l'alinéa 53(1)b) L.I.R., l'augmentation du PBR d'une action lors de l'augmentation de son capital versé devra s'effectuer comme suit pour les dividendes reçus à partir du 9 novembre 2006 :

> « b) lorsque le bien est une action du capital-actions d'une société résidant au Canada, l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

[77] [2005] 2 C.T.C. 2001 (C.C.I.).

(i) le total des sommes représentant chacune le montant d'un dividende afférent à l'action que le contribuable est réputé, en vertu du paragraphe 84(1), avoir reçu antérieurement,

(ii) la partie du total déterminé selon le sous-alinéa (i) qui se rapporte à des dividendes, à la fois :

(A) à l'égard desquels le contribuable a obtenu une déduction en application du paragraphe 112(1) dans le calcul de son revenu imposable,

(B) qui découlent, directement ou indirectement, de la conversion d'un surplus d'apport en capital versé; […]. »

Les modifications proposées par l'alinéa 53(1)b) L.I.R. visent essentiellement à restreindre l'augmentation du PBR d'une action lors de la hausse de son capital versé en excluant la partie du dividende réputé au paragraphe 84(1) L.I.R. à l'égard de laquelle i) l'actionnaire a obtenu une déduction en application du paragraphe 112(1) L.I.R. dans le calcul de son revenu imposable **et** ii) qui découle, directement ou indirectement, de la conversion par la société émettrice de l'action de son surplus d'apport en capital versé. Les situations visées par le législateur dans ces modifications législatives sont celles où une société convertit un surplus d'apport en capital versé alors que le surplus d'apport résulte d'un transfert antérieur en franchise d'impôt (par exemple un roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.). L'application de l'alinéa 53(1)b) dans sa version actuelle aurait normalement pour effet d'augmenter le PBR des actions du montant du dividende réputé au paragraphe 84(1) L.I.R. Toutefois, le nouvel alinéa 53(1)b) L.I.R. viendra désormais empêcher cette augmentation dans la mesure où elle découle de la conversion d'un surplus d'apport.

Le libellé de l'alinéa 53(1)b) L.I.R. fait en sorte que cette disposition ne se limite pas aux circonstances où le surplus d'apport découle d'un roulement d'actifs dans une société. En effet, la nouvelle disposition peut s'appliquer à toute augmentation de capital versé qui résulte d'une conversion de surplus d'apport en capital versé. Il faudra donc demeurer prudent lors de l'augmentation du capital versé d'actions dans le cadre d'une planification fiscale visant à utiliser le revenu protégé et éviter de convertir un surplus d'apport en capital versé. Par exemple, dans le cadre de planifications fiscales permettant l'utilisation de l'exonération de gain en capital contenue à l'article 110.6 L.I.R. en conjonction avec une cristallisation du revenu protégé, il faudra prendre soin de ne pas convertir

un surplus d'apport en capital versé si la technique de cristallisation utilisée est celle de l'augmentation du capital versé[78].

Les nouveaux alinéas 53(1)b) et 52(3)a) L.I.R. influeront désormais sur les planifications fiscales visant l'utilisation du revenu protégé, mais aussi celles qui requièrent le versement de dividendes en action ou la conversion de surplus d'apport. Tel que le soulignait le Comité mixte du Barreau canadien et de l'Institut canadien des comptables agréés dans leurs recommandations au ministre des Finances du Canada en mars 2007 :

> « The amendments, if enacted in their present form, will prevent taxpayers from implementing routine transactions in an efficient way or, in some cases, at all. There cannot be any justification for such broad-reaching amendments that will place a roadblock in the way of taxpayers who want to undertake acceptable transactions[79]. »

Une situation pour laquelle l'alinéa 53(1)b) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer est celle où un surplus d'apport résultant d'un transfert en franchise d'impôt d'un bien à une société est converti en capital versé alors que le gain en capital latent sur le bien a déjà été réalisé par la société lors d'une disposition. La réalisation du gain en capital par la société ne modifiera en rien le surplus d'apport, mais lors de la conversion du surplus en capital versé, le nouvel alinéa 53(1)b) L.I.R. empêchera l'augmentation du PBR des actions.

À la lumière de ce qui précède, on comprendra que les seules techniques de cristallisation du revenu protégé qui demeurent disponibles sont le versement d'un dividende en argent ou en nature, le rachat d'actions et l'augmentation du capital versé des actions (autrement que par conversion d'un surplus d'apport). Dans ces circonstances, une société qui ne possède pas les liquidités pour verser un dividende ou encore racheter ses actions sera restreinte quant aux méthodes dont elle dispose pour cristalliser le revenu protégé.

Une solution disponible pour pallier ce problème consiste à verser un dividende en argent payable à l'aide d'un billet à ordre. Le billet est par la suite transféré à la société à titre de paiement pour la souscription d'actions.

---

78 Voir M.-P. ALLARD, *loc. cit.*, note 8.

79 COMITÉ MIXTE SUR LA FISCALITÉ DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN ET DE L'INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Submission of the CICA-CBA Joint Committee on Taxation: Bill C-33 Proposed Amendments to Paragraphs 52(3)(a) and 53(1)(b)*, mars 2007, p. 2.

La contribution du billet permet d'assurer la hausse du PBR des actions qui seront ensuite vendues à l'acheteur (ou rachetées avant la vente)[80]. Le billet, une fois transféré à la société, est annulé par confusion. Une possibilité consisterait à vendre le billet à l'acheteur avec les actions de la société sans effectuer de souscription d'actions. Le versement du dividende en argent pourrait aussi être financé à même un prêt temporaire d'une journée. L'actionnaire qui reçoit le dividende peut ensuite utiliser l'argent du dividende pour souscrire à des actions de la société. Cette dernière rembourse par la suite le prêt temporaire.

2.2. L'ALINÉA 55(5)F) L.I.R.

Le calcul du revenu protégé en main est difficile à établir avec certitude en raison des multiples positions de l'ARC et des différents principes établis dans la jurisprudence. Par ailleurs, une erreur dans l'établissement du montant du revenu protégé aura un impact négatif. En effet, lorsqu'un dividende imposable excède le revenu protégé en main, le dividende en entier est assujetti au paragraphe 55(2) L.I.R. et non la partie excédentaire seulement. Il existe certains outils afin de minimiser l'impact de cette règle.

Un premier outil consiste à effectuer une désignation en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. Cet alinéa permet à la société ayant reçu un dividende imposable de désigner une partie du dividende à titre de dividende distinct. Cette technique est particulièrement utile lorsque le dividende est un dividende présumé comme celui résultant d'un rachat d'actions au paragraphe 84(3) L.I.R. En effectuant la désignation de l'alinéa 55(5)f) L.I.R., la société désignera un premier dividende égal au montant du revenu protégé qu'il peut établir avec certitude. Par la suite, la société désignera plusieurs dividendes distincts en fonction du niveau d'incertitude dans la détermination du revenu protégé[81]. L'ARC considère qu'il faut établir un montant précis dans la désignation et qu'il ne suffit pas de déclarer un dividende distinct qui vise « l'excédent du revenu protégé »[82].

Le choix de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. doit être effectué dans la déclaration de revenus ou au plus tard dans les 90 jours suivant la mise à la poste de

---

80 À notre connaissance, cette technique a déjà été décrite dans une décision favorable de l'ARC dans le cadre d'une demande de décision anticipée : *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, décision anticipée 2007-023133R3, 2007.

81 A. LORTIE, « Calcul du revenu protégé en main », *loc. cit.*, note 8.

82 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 5-7578, 30 mai 1989.

l'avis de cotisation initial. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et les mesures d'allègement au paragraphe 220(3.2) L.I.R. ne permettent pas d'effectuer un choix tardif[83]. Par contre, l'ARC permettra de faire un choix tardif si toutes les conditions suivantes sont réunies : i) il y a eu un effort raisonnable du contribuable pour calculer le revenu protégé au début de la série de transactions;(ii) la transaction a été divulguée; iii) l'excédent du produit de disposition sur le revenu protégé a été déclaré comme gain en capital dans la déclaration du contribuable; iv) le contribuable fait une demande écrite au ministre de cotiser à nouveau l'excédent[84]; et v) le contribuable informe le ministre par écrit qu'il ne déposera pas d'avis d'opposition concernant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.[85] Les arrêts *Nassau Walnut* et *Gestion Jean-Paul Champagne inc.* c. *MRN*[86] représentent deux cas où une désignation tardive a été acceptée par les tribunaux pour des raisons d'équité.

L'équivalent québécois du choix de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. est contenu au paragraphe 308.6f) de la *Loi sur les impôts*[87]. Anciennement, cette disposition permettait au contribuable de faire une désignation de dividende distinct au Québec même si aucune désignation équivalente n'était faite au fédéral. Cela pouvait donner lieu à certaines planifications fiscales[88]. Toutefois, le ministère des Finances du Québec a annoncé en 2006 que si aucune désignation de dividende distinct n'est effectuée pour l'application de l'impôt fédéral, aucune désignation ne sera possible pour l'application de l'impôt au niveau provincial[89].

Une seconde technique pour minimiser l'impact de l'assujettissement de la totalité d'un dividende au paragraphe 55(2) L.I.R. est de déclarer une série de dividendes distincts ou d'effectuer une série d'augmentations de capital

---

83 *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 1145-1184, question 1.2., aux pages 1148-1150.

84 Pour les quatre premiers critères, voir *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 82, « Table ronde entre l'Agence, l'Association du Barreau du Manitoba et l'ICCA », 24 février 1992, question 24.

85 Pour l'ajout du cinquième critère, voir *supra*, note 83.

86 [1996] 2 C.T.C. 2537 (C.C.I.).

87 L.R.Q., c. I-3 et mod.

88 Voir F. AUGER, *loc. cit.*, note 8, 3:30-33.

89 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006.

versé. Dans un tel cas, un premier dividende équivalent au revenu protégé sera déclaré et d'autres dividendes distincts seront déclarés en fonction des niveaux d'incertitude dans la détermination du revenu protégé. Cette technique évite la production de choix et diminue les interventions à effectuer auprès de l'ARC.

2.3. LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

L'application de la RGAÉ dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R. demeure incertaine à plusieurs égards. D'abord, il faut constater l'absence de décision jurisprudentielle sur le sujet. Ensuite, les positions administratives de l'ARC sont peu nombreuses et laconiques. Par exemple, l'ARC a déjà indiqué qu'une distribution de biens lors d'une réorganisation papillon dans un contexte où un bénéficiaire du transfert ne reçoit pas sa part proportionnelle de chaque type de biens d'une société donnée ne respecterait pas l'objet de l'alinéa 55(3)b) L.I.R. et serait assujettie à la RGAÉ. L'ARC a aussi précisé que le paragraphe 245(2) L.I.R. s'appliquerait à une opération qui fait partie d'une série d'opérations organisée en vue d'éviter les effets de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.[90] Sur cette base, certains auteurs sont d'avis que si un contribuable organise ses affaires afin de s'assurer que le bénéficiaire du dividende déductible ne soit pas rattaché à la société payeuse, et ce, dans le but d'assujettir le dividende à l'impôt de la Partie IV L.I.R. et éviter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., la RGAÉ pourrait s'appliquer[91]. Mentionnons aussi que l'ARC a reconnu que la RGAÉ ne s'appliquait pas dans certaines décisions anticipées concernant les paragraphes 55(2) et 55(3) L.I.R.[92]

On peut s'interroger à savoir dans quelle mesure la RGAÉ pourrait trouver application dans une situation où l'assujettissement au paragraphe 55(2) L.I.R. permet d'obtenir un avantage fiscal contesté par l'ARC. Par exemple, on peut imaginer une situation où l'ARC cotiserait un contribuable en vertu de la RGAÉ au motif que le traitement de gain en capital en vertu du paragraphe 55(2) L.I.R. fait échec, de façon abusive, à l'application d'une autre disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans ce contexte, un

---

90 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement - article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 21 octobre 1988, par. 7.

91 C. VACHON, « Paragraphe 55(2) L.I.R. – Où en sommes-nous? », *loc. cit.*, note 8, 1:29-30.

92 Voir *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, interprétation technique 2004-0106161E5, 12 janvier 2005; décisions anticipées 2004-0067531R3 et 2005-0118951R3.

premier obstacle à l'application de la RGAÉ viendrait du principe que cette disposition ne doit pas trouver application lorsqu'une disposition antiévitement qui est plus spécifique s'applique déjà. C'est du moins ce que la Cour suprême du Canada semblait indiquer dans l'arrêt *Trustco* en reconnaissant le principe que la « RGAÉ représente une mesure de dernier recours »[93]. La Cour faisait en ce sens écho aux nombreux énoncés sur le sujet émis par les cours inférieures dans les décisions *Overs* c. *La Reine*[94], *CIT Financial Ltd.* c. *La Reine*[95], *Geransky* c. *La Reine*[96], *Jabs Construction Ltd.* c. *La Reine*[97] et *Xco Investments Ltd.* c. *La Reine*[98].

Dans le même contexte, un deuxième obstacle à l'application de la RGAÉ serait la difficulté de démontrer, au stade final de la détermination de l'évitement fiscal abusif, comment l'objet d'une disposition antiévitement spécifique comme le paragraphe 55(2) L.I.R. n'est pas respecté lorsque cette disposition s'applique tel qu'il est prévu par le législateur. Dans un scénario d'utilisation du revenu protégé d'une société (sans création artificielle de revenu protégé), les opérations en cause permettent de verser sous forme de dividendes intersociétés le montant du revenu protégé qui représente un revenu déjà imposé au sein de la société. Cela est conforme à l'intention du législateur et il semble difficile de démontrer le caractère abusif d'une série d'opérations qui a atteint ce résultat.

Certes, la Cour suprême du Canada a reconnu dans l'arrêt *Trustco* qu'un mécanisme qui contourne l'application de certaines dispositions comme des règles antiévitement particulières de manière contraire à leur objet ou à leur esprit peut donner lieu à un abus[99]. On pourrait sur cette base argumenter sur le fait que l'utilisation d'une exception contenue dans une mesure antiévitement revient à contourner cette disposition, mais il serait difficile de démontrer l'abus lorsque le législateur a pris soin d'édicter une telle exception[100]. De plus, dans les situations où l'opération d'évitement

---

93 *Trustco*, précité, note 19, par. 21.

94 [2006] 3 C.T.C. 2255 (C.C.I.), par. 21.

95 [2004] 1 C.T.C. 2232 (C.C.I.), par. 74.

96 [2001] 2 C.T.C. 2147 (C.C.I.), par. 25.

97 [1999] 3 C.T.C. 2556 (C.C.I.), par. 42.

98 [2006] 1 C.T.C. 2220 (C.C.I.).

99 *Trustco*, précité, note 19, par. 45.

100 Voir par contre *Desmarais* c. *La Reine*, [2006] 3 C.T.C. 2304 (C.C.I.).

constitue une utilisation pure et simple du paragraphe 55(2) L.I.R., on a peine à imaginer comment une opération ne serait pas conforme à l'objet et au but de cette disposition.

À la lumière de ces brèves considérations, il sera intéressant d'observer les développements jurisprudentiels et administratifs dans l'application de la RGAÉ dans le cadre du paragraphe 55(2) L.I.R.

2.4. CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'IMPOSITION DES DIVIDENDES

2.4.1. Dividendes déterminés

Le but du présent texte n'est pas d'expliquer de façon détaillée l'ensemble des règles applicables aux dividendes déterminés, car M. Stéphane Leblanc l'a déjà fait avec brio lors de ce congrès. Nous dresserons simplement un portrait global du sujet.

Tout d'abord, rappelons que le nouveau régime se veut une réponse aux craintes exprimées par le gouvernement fédéral au sujet de l'imposition des fiducies de revenu et autres entités intermédiaires.

Le nouveau régime d'imposition des dividendes entraîne au fédéral une réduction du taux d'impôt sur le revenu de dividendes déterminés (pour le particulier ayant un revenu égal ou supérieur au taux d'imposition marginal le plus élevé), pour l'année 2007 à 14,55 % par opposition à 19,58 % pour les dividendes autres que déterminés. Pour les dividendes déterminés, cette réduction est effectuée par l'augmentation de la majoration du dividende (qui passe de 25 % à 45 % des dividendes reçus) et du crédit d'impôt pour dividendes fédéral (qui passe de 13,33 % à 18,97 % du dividende majoré). À cet égard, l'ensemble des provinces s'est harmonisé avec le fédéral et les taux combinés au 3 octobre 1007 sont les suivants :

	Taux effectif G/C individu[101]	Dividende déterminé	Dividende autre que déterminé	Taux effectif G/C corporatif
Fédéral	14,50 %	14,55 %	19,58 %	17,90 %[102]
Alberta	19,5 %	17,45 %[103]	25,21 %[104]	22,90 %
Colombie-Britannique[105]	21,85 %	18,47 %	31,58 %	23,90 %
Île-du-Prince-Édouard	23,69 %	24,44 %	33,61 %	25,90 %
Manitoba	23,20 %	23,83 %	36,75 %	24,90 %[106]
Nouveau-Brunswick	23,48 %	23,18 %	35,40 %	24,40 %
Nouvelle-Écosse	24,13 %	28,35 %	33,06 %	25,90 %
Ontario	23,20 %	24,64 %[107]	31,34 %	24,90 %
Québec[108]	24,11 %	29,69 %	36,35 %	22,85 %[109]
Saskatchewan	22,00 %	20,35 %	30,83 %	24,40 %[110]
Terre-Neuve	23,52 %	30,63 %	35,60 %	24,90 %

[101] Les taux provinciaux sont assujettis à une surtaxe pour l'Ontario, la Nouvelle-Écosse, Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard.

[102] Réduction du taux effectif d'impôt fédéral sur le revenu de placement pour 2008. Le taux effectif du gain en capital corporatif sera de 17,35 % et aura un effet sur tous les taux combinés provinciaux à la baisse.

[103] 16 % en 2008 et 14,5 % en 2009.

[104] 26,46 % en 2008 et 27,71 % en 2009.

[105] 19,9 % pour les dividendes déterminés et 32,7 % pour les dividendes autres que déterminés en 2009.

[106] Selon certaines conditions, le taux sera réduit d'un demi-point de pourcentage au 1er juillet 2008 en vertu de la réduction de 1 % du taux général d'impôt des sociétés proposée par le gouvernement du Manitoba.

[107] Taux en réduction sur cinq ans pour atteindre 22,38 % en 2010.

[108] Après le 23 mars 2006.

[109] Du 20 février 2007 au 1er janvier 2008.

[110] Au 1er juillet 2007. Proposition de réduction du taux général d'impôt des sociétés par le gouvernement de la Saskatchewan sur les prochaines années.

2.4.2. Caractéristiques de base du nouveau régime

Pour mettre en place le nouveau régime d'imposition des dividendes déterminés, la *Loi de l'impôt sur le revenu* incorpore des règles relatives à la capacité d'une société de verser des dividendes déterminés, à la désignation des dividendes déterminés et à l'imposition des pénalités en cas de désignation excessive. De plus, les nouvelles règles prévoient des rajustements applicables en cas de fusion ou de liquidation et lorsqu'une société change de statut (SPCC à non-SPCC et vice-versa).

Selon la définition prévue au paragraphe 89(1) L.I.R., un dividende déterminé doit être un dividende imposable et être reçu par une personne résidant au Canada. Par conséquent, il n'est pas possible d'effectuer une désignation pour des dividendes en capital, mais une désignation peut être effectuée pour les dividendes réputés.

En général, pour une SPCC, les dividendes déterminés comprennent les dividendes versés et désignés comme tels après 2005, dans la mesure où le revenu de la SPCC n'est pas un revenu de placement (autre qu'un dividende déterminé d'une société publique) et est assujetti au taux général fédéral d'impôt sur le revenu des sociétés (c'est-à-dire le revenu d'entreprise exploitée activement non assujetti à la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »)). Une société publique ou une autre société qui n'est pas une SPCC (par exemple une société privée) peut généralement verser des dividendes déterminés, sauf si elle a reçu des dividendes autres que déterminés. Toutefois, si cette société était auparavant une SPCC, son compte de revenu à taux réduit (ci-après « CRTR ») comprendra généralement le revenu ayant fait l'objet de la DPE lorsqu'elle était une SPCC.

Pour déterminer la capacité d'une société de verser des dividendes déterminés, la *Loi de l'impôt sur le revenu* crée deux nouveaux comptes, soit le compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG ») et le CRTR.

Le nouveau régime d'imposition des dividendes exige que chaque SPCC détermine son CRTG à la fin de l'année d'imposition. Essentiellement, une SPCC aura un CRTG positif dans la mesure où son revenu n'est pas du revenu de placement et n'a pas été assujetti à la DPE. La *Loi de l'impôt sur le revenu* permet à une SPCC de distribuer des dividendes déterminés uniquement dans la mesure où son CRTG affiche un solde positif à la fin de son année d'imposition. De plus, une SPCC peut épuiser son CRTG avant de verser des dividendes autres que déterminés, mais elle n'y est pas obligée.

En ce qui concerne une société autre qu'une SPCC, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que cette société, si elle a un CRTR, doit verser des dividendes autres que déterminés avant les dividendes déterminés. De façon générale, selon le paragraphe 89(1) L.I.R., la société autre qu'une SPCC aura un CRTR dans la mesure où elle aurait reçu des dividendes autres que des dividendes déterminés. Cependant, la plupart des sociétés autres qu'une SPCC n'auront pas de CRTR, de sorte que tous les dividendes qu'elles versent seront généralement des dividendes déterminés.

En vertu du paragraphe 89(14) L.I.R., la société qui verse le dividende doit aviser chaque bénéficiaire par écrit, au moment du versement, que le dividende versé est un dividende déterminé. Il n'est pas possible de produire tardivement une désignation, ni de la modifier ou de la révoquer.

2.4.3. Impact du nouveau régime sur l'utilisation du revenu protégé

Le nouveau régime d'imposition décrit précédemment réduit l'écart entre le taux effectif d'imposition des dividendes (plus particulièrement celui des dividendes déterminés) et le taux effectif d'imposition du gain en capital. On peut constater à partir du tableau ci-dessus que dans certaines provinces comme l'Alberta, la Saskatchewan, le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique, les dividendes déterminés sont même imposés à un taux plus faible que celui du gain en capital. Dans d'autres provinces comme l'Île-du-Prince-Édouard, l'Ontario et le Manitoba, l'écart est minime entre les deux taux. C'est seulement au Québec, à Terre-Neuve et en Nouvelle-Écosse qu'un écart de plus de 4 % subsiste.

Ce rapprochement des taux d'imposition a pour conséquence de réduire la période nécessaire de détention par une société du produit des dividendes provenant du revenu protégé avant la distribution de celui-ci à l'actionnaire et augmente l'attrait d'une planification fondée sur l'utilisation du revenu protégé. Dans certains cas, la période de détention pour l'actionnaire de la société ayant reçu les dividendes sera nulle. Les exemples présentés dans l'annexe du présent texte démontrent de façon détaillée l'impact du nouveau régime d'imposition des dividendes.

2.5. OFFRES PUBLIQUES D'ACHAT

L'utilisation du revenu protégé dans le cadre d'offres publiques d'achat (ci-après « OPA ») revêt certaines particularités tant au plan fiscal que réglementaire. L'actionnaire qui désire cristalliser le revenu protégé attribuable aux actions d'une société publique ne sera généralement pas en

mesure de forcer le versement d'un dividende ou le rachat des actions pour bénéficier du revenu protégé et ainsi réduire son gain en capital lors de la vente d'actions. Les droits rattachés aux actions empêcheront aussi une société publique de discriminer ses actionnaires. Par ailleurs, il serait surprenant qu'il existe un consensus parmi les actionnaires concernant le versement d'un dividende ou le rachat d'actions afin d'utiliser le revenu protégé. Dans ce contexte, une technique laissant à chaque actionnaire l'initiative de cristalliser le revenu protégé attribuable aux actions qu'il détient s'est développée. Cette technique, qui peut prendre plusieurs formes, s'appelle communément *holdco alternative* ou *holding company alternative* en anglais. Nous parlerons ci-après de « choix de sociétés de portefeuille ».

Le choix de sociétés de portefeuille vise essentiellement à permettre à un actionnaire de vendre les actions de la société visée dans le cadre d'une OPA par l'entremise d'une société de gestion, et ce, après avoir utilisé le revenu protégé attribuable aux actions de la société publique afin de bénéficier d'une réduction du gain en capital lors de la vente des actions. Les choix de sociétés de portefeuille sont, de nos jours, pratique courante. Encore cette année, plusieurs sociétés publiques visées par des OPA ont permis à leurs actionnaires de se prévaloir de ce choix[111]. L'ARC a aussi reconnu la validité de telles transactions[112].

Trois méthodes peuvent en principe être utilisées pour mettre en œuvre un choix de sociétés de portefeuille à la suite du transfert des actions de la société cible à une société de gestion :

- le transfert des actions des sociétés de gestion à la société acheteuse (ci-après « Acquisico »);

- le transfert des sociétés de gestion à la société publique cible avant l'achat des actions de cette dernière par Acquisico;

- la fusion des sociétés de gestion avec la société cible avant l'achat des actions de cette dernière.

---

[111] Voir les circulaires du 8 juin 2007 relativement à l'offre publique d'achat sur Van Houtte Inc., du 4 mai 2007 relativement à l'offre publique d'achat sur Hub International Inc. et du 5 mars 2007 relativement à l'offre publique d'achat sur Alliance Atlantis Communications.

[112] Pour des exemples de décisions anticipées portant sur des transactions où une société publique a eu recours à un choix de sociétés de portefeuille, voir *CRA Views*, *op. cit.*, note 17, décisions anticipées 2003-0037013, 2002-0136163 et 9923853.

2.5.1. Le transfert à Acquisico

Dans le cadre de la première méthode, une société actionnaire désirant se prévaloir du choix de sociétés de portefeuille transfère ses actions de la société cible à une société de gestion par voie de roulement. Si l'actionnaire est un individu, ce dernier crée une première société de gestion à laquelle il transfère par voie de roulement ses actions de la société cible et la société de gestion transfère à nouveau, à l'aide d'un roulement, les actions de la société cible à une seconde société de gestion. Par la suite, tant par l'individu que par la société actionnaire, la société de gestion (ci-après « Gesco ») qui détient les actions de la société cible utilise l'une des méthodes de cristallisation du revenu protégé, soit l'augmentation du capital versé, le versement d'un dividende ou encore le rachat d'actions. Lors de l'achat des actions de la société cible par Acquisico, l'actionnaire de Gesco vend la totalité des actions de cette société. Acquisico peut ensuite liquider (ou fusionner) Gesco afin de détenir les actions de la société cible nouvellement achetée. Acquisico peut aussi, à certaines conditions, effectuer une désignation d'un montant déterminé au paragraphe 88(1)d) L.I.R. (*bump*) pour hausser le PBR des actions de la société cible reçues de Gesco et, si la société cible doit aussi être liquidée (ou fusionnée), sur les immobilisations non amortissables de cette société qui ne sont pas des biens non admissibles.

La méthode du transfert à Acquisico demeure relativement simple et n'implique pas de situation d'inceste corporatif comme dans le cadre du transfert à la société cible décrit plus bas. Le fait que les transactions publiques récentes impliquant Van Houtte Inc., Hub International Inc. et Alliance Atlantis Communications aient toutes eu recours à cette méthode témoigne sans doute de son attrait.

2.5.2. Le transfert à la société cible

La seconde méthode consiste à transférer à Gesco les actions de la société cible et à utiliser ensuite l'une des techniques de cristallisation du revenu protégé. Toutefois, au lieu de vendre par la suite les actions de Gesco à Acquisico, l'actionnaire de Gesco transfère cette société à la société cible avant son achat par Acquisico. Gesco devient ainsi une filiale de la société cible et l'actionnaire vendeur redevient actionnaire de la société cible[113]. La

[113] Cette méthode entraîne nécessairement une situation d'inceste corporatif qui sera résolue lors de la liquidation ou de la fusion de la société de gestion dans ou avec la société cible.

société cible peut ensuite liquider Gesco et Acquisico peut acquérir les actions de la société cible.

L'un des avantages de la méthode du transfert à la société cible est qu'elle permet à Acquisico de faire l'acquisition directe des actions de la société cible sans avoir à détenir la société cible par le biais de sociétés comme Gesco. Cela s'avère très utile lorsque les termes d'une OPA ne permettent pas que les actionnaires de la société cible vendent leur participation dans une société de gestion. Dans de telles circonstances, le transfert de Gesco à la société cible apparaît souhaitable.

Finalement, parmi les autres avantages que comporte la méthode du transfert à la société cible, il faut souligner qu'elle permet d'éviter l'application à Gesco du paragraphe 142.6(1) L.I.R. et du régime des biens évalués à la valeur du marché dans une situation où Acquisico est une institution financière au sens de l'article 142.2 L.I.R. et que Gesco détient moins de 10 % d'Acquisico[114]. Dans une telle situation, Gesco sera réputée avoir disposé de ses titres de créance déterminés et de ses biens évalués à la valeur du marché immédiatement avant la fin de son année d'imposition qui se termine immédiatement avant l'acquisition de Gesco par Acquisico, et ce, pour un produit de disposition égal à la JVM de ces biens. Gesco hériterait alors d'une dette fiscale, laquelle devra être supportée par Acquisico lors de la liquidation de Gesco (ou de sa fusion avec Acquisico).

2.5.3. La fusion

Dans le cadre de la troisième méthode, après avoir transféré les actions de la société cible à Gesco par roulement et procédé à la cristallisation du revenu protégé, Gesco fusionne avec la société cible avant son acquisition par Acquisico. Cette méthode est peu pratique, puisqu'elle requiert une fusion de la société cible avant l'acquisition de ses actions par Acquisico. Le fait que la société cible soit publique rendra cette possibilité laborieuse. La fin d'année causée par la fusion peut aussi constituer un désavantage relié à l'utilisation de la fusion.

2.5.4. Autres considérations

Le plan d'arrangement proposé dans le cadre d'une OPA où les actionnaires peuvent se prévaloir du choix de sociétés de portefeuille décrira généralement les conditions devant être remplies par l'actionnaire pour

[114] Par. 142.2(1) « bien évalué à la valeur du marché » et par. 142.2(2) L.I.R.

bénéficier de ce choix[115]. À cet égard, Acquisico imposera généralement aux actionnaires des conditions, représentations et garanties afin de faciliter l'intégration des sociétés de portefeuille au groupe et s'assurer qu'Acquisico n'hérite pas de dettes fiscales ou d'un passé à risque. C'est pourquoi les choix de sociétés de portefeuille seront généralement assujettis aux conditions suivantes :

- la société de portefeuille admissible devra être constituée en vertu du même régime qu'Acquisico (ou avoir été continuée en vertu de ce régime avant l'acquisition);

- la société de portefeuille admissible devra être une société à but unique qui n'exerce aucune activité, n'a jamais eu d'employés, n'a jamais détenu et ne détient pas d'actifs autres que les actions, n'a jamais conclu d'opérations autres que celles décrites dans le plan d'arrangement ou d'autres opérations visant à faciliter les opérations décrites dans le plan d'arrangement avec le consentement de l'acheteur;

- la société de portefeuille admissible n'aura aucune responsabilité ni obligation de quelque nature que ce soit (sauf envers l'acheteur et la société cible aux termes des modalités des opérations décrites dans la convention d'acquisition);

- avant la date de prise d'effet de l'arrangement, la société de portefeuille admissible n'aura pas déclaré ni versé de dividendes ni d'autres distributions, sauf au titre d'une augmentation du capital versé ou par l'entremise de l'émission d'un ou de plusieurs billets à ordre d'un montant en capital déterminé;

- la société de portefeuille admissible aura été le seul propriétaire légal et véritable des actions de la société cible;

- la société de portefeuille admissible n'aura aucune action en circulation, autre que les actions remises à l'acheteur par l'actionnaire d'une société de portefeuille admissible, qui doit être le seul propriétaire véritable de ces actions.

Par ailleurs, la législation sur les valeurs mobilières obligera la société publique à offrir le choix de sociétés de portefeuille à tous ses actionnaires,

---

[115] Un contrat de vente d'actions contenant les mêmes conditions sera ensuite signé entre la société cible et l'actionnaire se prévalant du choix de sociétés de portefeuille.

même si en pratique le nombre d'actionnaires qui se prévaudront de cette solution demeure limité. Il ne sera donc pas possible de favoriser un nombre restreint d'actionnaires.

CONCLUSION

À la suite des récentes modifications législatives, les praticiens en fiscalité devront jeter un regard nouveau sur les techniques de planification entourant l'utilisation du revenu protégé. D'une part, ces techniques devront être adaptées de façon à éviter certains pièges pouvant réduire ou annuler les avantages découlant de telles planifications et, d'autre part, l'opportunité de toute utilisation du revenu protégé devra être réévaluée à la suite de l'introduction du régime de dividendes déterminés. À cet égard, malgré le fait que les taux d'imposition applicables aux dividendes déterminés rendent plus attrayantes les planifications utilisant le revenu protégé en réduisant la période de détention requise d'une partie du produit de disposition des actions par une société de portefeuille, dans la plupart des provinces l'utilisation du revenu protégé ne sera avantageuse que si les actionnaires ne s'objectent pas à ce qu'une portion plus ou moins importante du produit de la vente soit conservée dans une société de portefeuille.

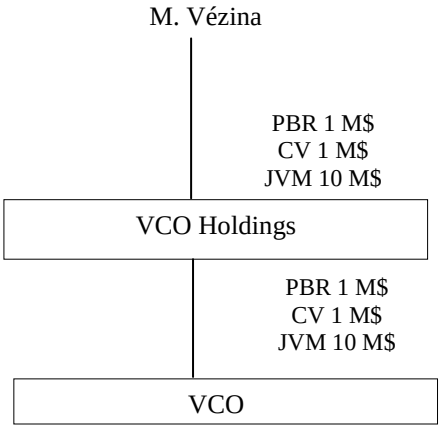
Il sera aussi intéressant de suivre l'évolution du concept de revenu protégé, particulièrement en ce qui a trait à son calcul dont les règles demeurent nébuleuses malgré la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Kruco*.

ANNEXE

Cas pratique

Description du cas

- M. Vézina veut disposer des actions de VCO Holdings pour 10 M$ le 15 octobre 2007.
- M. Vézina a déjà pleinement profité de son exemption de gain en capital.
- M. Vézina détient 100 % des actions de VCO Holdings qui elle-même détient 100 % des actions de VCO, une société exploitante dans le secteur de la restauration.
- Le PBR des actions de VCO Holdings pour M. Vézina est de 1 M$.
- Le PBR des actions de VCO pour VCO Holdings est de 1 M$.
- Le revenu protégé de VCO et de VCO Holdings est de 2 M$.
- Le CRTG de VCO Holdings est de 2 M$.
- Le lieu de résidence fiscale de M. Vézina n'est pas clair. D'ici le 31 décembre 2007, M. Vézina hésite entre Montréal, Toronto et Calgary pour s'établir de façon définitive.
- Organigramme de VCO Holdings



Scénario 1 : M. Vézina vend directement les actions de VCO Holdings à un tiers pour 10 M$.

Résultat

- Gain en capital imposable : 4 500 000 $
- Impôt payable
  - Québec 2 169 900 $
  - Ontario 2 088 450 $
  - Alberta 1 755 000 $
- Produit net
  - Québec 7 830 100 $
  - Ontario 7 911 550 $
  - Alberta 8 245 000 $
- Taux d'impôt effectif
  - Québec 24,11 %
  - Ontario 23,21 %
  - Alberta 19,50 %

Scénario 2 : M. Vézina ne trouve pas d'acheteur pour VCO Holdings. VCO Holdings doit donc procéder à la vente de VCO. M. Vézina a besoin de la totalité du produit de la vente entre ses mains. À des fins de comparaison, aucun dividende déterminé n'est versé et le revenu protégé n'est pas utilisé.

Résultat

- Gain en capital imposable par VCO Holdings : 4 500 000 $
- Impôts totaux
  - Québec 855 897,30 $ par VCO Holdings (après RTD)
    1 324 631,33 $ par M. Vézina
    2 180 528,63 $

– Ontario 1 110 595,50 $ par VCO Holdings (après RTD)
1 062 239,37 $ par M. Vézina
2 172 834,87 $

– Alberta 860 397,30 $ par VCO Holdings (après RTD)
917 543,84 $ par M. Vézina
1 777 941,14 $

- Produit net
  - Québec 7 819 471,37 $
  - Ontario 7 827 165,13 $
  - Alberta 8 222 058,86 $
- Taux d'impôt effectif
  - Québec 24,23 %
  - Ontario 24,14 %
  - Alberta 19,75 %

Scénario 3 : équivalent au scénario 2 (pas de revenu protégé), mais le dividende déterminé de 2 M$ est utilisé[*].

Résultat

- Gain en capital imposable par VCO Holdings : 4 500 000 $

[*] L'ARC a récemment mentionné (document 2007-0233771C6) que si un dividende est désigné par une SPCC à titre de dividende déterminé, le CRTG de la SPCC est diminué même si le dividende est requalifié au paragraphe 55(2) L.I.R. Comme la désignation du paragraphe 89(14) L.I.R. ne peut être partielle, il faut s'assurer de ne pas désigner un montant plus important que le revenu protégé. (La méthode de dividendes successifs est à privilégier à l'alinéa 55(5)f) L.I.R.)

- Impôts totaux
  - Québec 855 897,30 $ par VCO Holdings (après RTD
    1 191 631,33 $ par M. Vézina
    2 047 528,63 $
  - Ontario 1 110 595,50 $ par VCO Holdings (après RTD)
    928 239,37 $ par M. Vézina
    2 038 834,87 $
  - Alberta 860 397,30 $ par VCO Holdings (après RTD)
    762 343,84 $ par M. Vézina
    1 622 741,14 $
- Produit net
  - Québec 7 952 471,37 $
  - Ontario 7 961 165,13 $
  - Alberta 8 377 258,86 $
- Taux d'impôt effectif
  - Québec 22,75 %
  - Ontario 22,65 %
  - Alberta 18,03 %

Scénario 4 : revenu protégé et dividende déterminé sont utilisés.

Résultat

- Gain en capital imposable : 3 500 000 $
- Impôts totaux
  - Québec 665 697,90 $ par VCO Holdings (après RTD)
    1 624 268,81 $ par M. Vézina
    2 289 966,71 $

– Ontario 809 197,90 $ par VCO Holdings (après RTD)
1 336 097,38 $ par M. Vézina
2 145 295,28 $

– Alberta 669 197,90 $ par VCO Holdings (après RTD)
1 062 645,21 $ par M. Vézina
1 731 843,11 $

- Produit net
  - Québec 7 710 033,29 $
  - Ontario 7 854 704,72 $
  - Alberta 8 268 156,89 $
- Taux d'impôt effectif
  - Québec 25,44 %
  - Ontario 23,84 %
  - Alberta 19,24 %

Scénario 5 : pas de dividende déterminé (ci-après « DD »), mais le revenu protégé (ci-après « RP ») est utilisé.

Résultat

- Gain en capital imposable : 3 500 000 $
- Impôts totaux payables
  - Québec 665 697,90 $ par VCO Holdings (après RTD)
    1 757 268,81$ par M. Vézina
    2 422 966,71 $
  - Ontario 809 197,90 $ par VCO Holdings (après RTD)
    1 470 097,38 $ par M. Vézina
    2 279 295,28 $

- Alberta 669 197,90 $ par VCO Holdings (après RTD)
  1 217 845,21 $ par M. Vézina
  1 887 043,11 $

- Produit net
  - Québec 7 577 033,29
  - Ontario 7 720 704,72
  - Alberta 8 112 956,89

- Taux d'impôt effectif
  - Québec 26,92 %
  - Ontario 25,33 %
  - Alberta 20,97 %

SOMMAIRE	QUÉBEC	ONTARIO	ALBERTA
Scénario 1 (vente directe)			
Produit net	7 830 100 $	7 911 550 $	8 245 000 $
Scénario 2 (pas de RP ni de DD)			
Produit net pour Holdco avant distribution	7 944 103 $	7 759 603 $	7 939 603 $
CDC	4 500 000 $	4 500 000 $	4 500 000 $
Scénario 3 (pas de RP, DD est utilisé)			
Produit net pour VCO Holdings	7 944 103 $	7 759 603 $	7 939 603 $
CDC	4 500 000 $	4 500 000 $	4 500 000 $
Produit net à M. Vézina	7 952 471 $	7 961 165 $	8 377 259 $
Scénario 4 (RP et DD sont utilisés)			
Produit net pour VCO Holdings	8 400 969 $	8 257 469 $	8 397 469 $
CDC	3 500 000 $	3 500 000 $	3 500 000 $
Produit net à M. Vézina	7 710 033 $	7 854 705 $	8 268 157 $
Scénario 5 (RP est utilisé, pas de DD)			
Produit net pour VCO Holdings	8 400 969 $	8 257 469 $	8 397 469 $
CDC	3 500 000 $	3 500 000 $	3 500 000 $
Produit net à M. Vézina	7 577 033 $	7 720 705 $	8 112 957 $

Conclusion

- Sauf en Alberta, l'utilisation du dividende déterminé et du revenu protégé ne permet pas de réduire l'impôt total exigible à un niveau inférieur à l'impôt payable sur un gain en capital réalisé par un individu. Les éléments causant cet écart sont : i) le fait que pour profiter du revenu protégé il faille accepter de « transférer » le gain en capital « non protégé » à une société payant des impôts sur le gain en capital à un taux plus élevé (sauf au Québec) que le taux applicable lorsqu'un individu réalise le gain en capital; ii) le fait que le CDC équivalent à la moitié du revenu protégé est « perdu », montant sur lequel le taux d'impôt sur le dividende déterminé s'appliquera, dans le meilleur des cas, au lieu du taux applicable sur le gain en capital d'un individu.

- Cet effet négatif peut être diminué si le dividende payé à l'individu peut se qualifier à titre de dividende déterminé, mais même dans ce cas, le scénario 1 est toujours le plus avantageux si l'ensemble du produit doit être rapatrié, sauf en Alberta. En fait, comme le taux effectif global d'un gain en capital réalisé (le taux effectif total une fois que le produit de la vente est rapatrié entre les mains d'un individu) par une société de portefeuille est, en Ontario et au Québec, plus bas que le taux de dividende déterminé, il est toujours plus avantageux dans ces provinces de ne pas utiliser le revenu protégé si l'individu veut rapatrier la totalité du produit de disposition.

- Dans le scénario 3, le revenu protégé n'est pas utilisé, mais un dividende déterminé de 2 M$ est le plus avantageux. Toutefois, dans les scénarios 4 et 5, la société dispose d'un produit net plus élevé variant de 456 866 $ à 497 866 $ par rapport aux scénarios 2 et 3, sommes sur lesquelles il sera possible de générer un rendement additionnel si les sommes demeurent dans la société de gestion assez longtemps pour combler un manque à gagner situé entre 106 460 $ et 242 438 $. Si l'on compare les scénarios 3 et 4, on a un manque à gagner situé entre 134 000 $ et 155 200 $. Si l'on compare les scénarios 3 et 5, ce manque à gagner se situe entre 240 460 $ et 375 438 $.

- Combien de temps faut-il investir environ 500 000 $ pour générer après impôts :

  i) un montant situé entre 106 460 $ et 242 438 $, selon la province, lorsque le dividende déterminé est utilisé;

ii) un montant situé entre 240 460 $ et 375 431 $ lorsqu'aucun dividende déterminé n'est utilisé?

- Pour optimiser les stratégies d'utilisation du revenu protégé, au Québec, en plus du capital versé, il faut seulement extraire les fonds représentant le moindre de trois fois l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») ou du dividende déterminé. Le CDC et le capital versé doivent être conservés par la société de gestion (revenu de placement : 45,69 % *versus* 48,22 %).

- En Ontario, en plus du capital versé, il est avantageux d'extraire le total du CDC et un montant équivalent à trois fois l'IMRTD puisque dans cette province, le revenu de placement est imposé à 49,79 % entre les mains d'une société et à 46,41 % entre celles d'un individu et même le dividende non déterminé est imposé à un taux inférieur à 33,33 %, soit le taux de RTD.

- Le même raisonnement que l'Ontario s'applique en Alberta sauf que, dans cette province, on peut aussi extraire en plus un montant équivalent au dividende déterminé puisque celui-ci est taxé à un taux moindre que le gain en capital (17,45 % *versus* 19,50 %) et le revenu de placement gagné par un individu est taxé à un taux inférieur de 6,79 % que lorsqu'il est gagné par une société.

- Évidemment dans chaque province où le taux de dividende applicable est plus élevé que le taux effectif global sur le de gain en capital, la règle d'or est de conserver un montant équivalent à l'économie d'impôts générée pour la période la plus longue possible entre les mains de la société de gestion pour compenser le taux d'impôt plus élevé sur le dividende. La baisse des taux d'impôt sur les dividendes déterminés ne fait que réduire cette période nécessaire de détention dans certaines circonstances.

LES CLAUSES D'AJUSTEMENT DE PRIX REMPLACENT-ELLES UNE ÉVALUATION?



François Giroux
Avocat
BCF

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 19:3

1. JUSTE VALEUR MARCHANDE 19:3

1.1. DÉFINITION 19:3
1.2. PERTINENCE DE LA JVM 19:4
1.2.1. Commentaires généraux 19:4
1.2.2. Principale application pratique 19:5
1.3. L'IMPORTANCE DE L'ENJEU 19:6
1.3.1. Connaître la JVM 19:7
1.3.2. Tenir compte de la JVM 19:8

2. QU'EST-CE QU'UNE CAP? 19:9

2.1. DÉFINITION 19:9
2.2. CONTEXTE JURIDIQUE 19:9
2.2.1. Notion d'obligation 19:9

2.2.2. Le contrat, source d'obligation 19:9
2.2.3. La simulation 19:13
2.3. NATURE JURIDIQUE DE LA CAP 19:13
2.4. LA CAP EN JURISPRUDENCE 19:14
2.4.1. Jurisprudence fiscale 19:14
2.4.2. Jurisprudence civile 19:20
2.5. POSITION DES AUTORITÉS FISCALES À L'ÉGARD DES CAP 19:22
2.6. DISCUSSION 19:24
2.7. PRINCIPES DE RÉDACTION DES CAP 19:25

CONCLUSION 19:26

INTRODUCTION*

La *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] utilise fréquemment le concept de juste valeur marchande (ci-après « JVM ») afin de déterminer les conséquences fiscales de certaines transactions ou certains événements. Dans notre système fiscal d'autocotisation, cela implique que le contribuable doit prendre position à l'égard de la JVM d'un bien lorsque la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait de celle-ci un élément pertinent dans le calcul de son impôt. L'objectif du présent texte est d'étudier les clauses d'ajustement de prix (ci-après « CAP »), de déterminer si la présence d'une telle clause, bien rédigée, permet au contribuable d'éviter les écueils fiscaux des transactions avec lien de dépendance, ou s'il devra procéder à une évaluation (de ses propres moyens, ou en ayant recours à un professionnel) de la JVM dans tous les cas.

Bien que la JVM et les CAP soient pertinentes à l'égard d'autres types de transactions, le présent texte met l'accent sur les transactions assujetties à l'article 69 L.I.R.

1. JUSTE VALEUR MARCHANDE

1.1. DÉFINITION

Étant donné que la notion de JVM est au cœur du présent texte, nous devons en rappeler la définition traditionnelle, telle qu'elle est exprimée dans l'affaire *Re Mann Estate* :

> « [...] "juste valeur marchande" s'entend du prix le plus élevé, estimé en argent, qu'un vendeur sérieux peut obtenir pour le bien, sur un marché libre non assujetti à des restrictions, d'un acheteur sérieux averti sans lien de dépendance[2]. »

Cette définition omet toutefois un élément essentiel de la notion de JVM : sa relative imprécision, puisqu'elle provient d'un exercice

---

* L'auteur désire remercier M^e^ Boriana Christov de son aide précieuse à la rédaction du présent texte.

1 L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

2 [1972] 5 W.W.R. 23 (C.S.C.-B.), p. 27; confirmé par [1973] C.T.C. 561 (B.C.C.A.); confirmé par [1974] C.T.C. 222 (C.S.C.) (ci-après « *Re Mann Estate* »).

d'évaluation, qui est un art et non une science exacte, comme l'exprime la Chambre des Lords :

> « If the asset is difficult to value, but is none the less of a money value, the best valuation possible must be made. Valuation is an art, not an exact science. Mathematical certainty is not demanded, nor, needed, is it possible. It is for the commissioners to express in the money value attributed by them to the asset their estimate, and this is a conclusion of fact to be drawn from the evidence before them[3]. »

Or, le caractère fondamentalement imprécis de la JVM pose certains problèmes dans le cadre de la rédaction d'une CAP, comme nous le verrons ci-dessous.

1.2. PERTINENCE DE LA JVM

1.2.1. Commentaires généraux

En général, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne tente pas de s'immiscer dans les transactions commerciales des contribuables. Ainsi, un contribuable est libre de traiter aux conditions qu'il désire, y compris la considération reçue et, sauf exception, les conséquences fiscales d'une transaction découleront directement des conditions qu'il a négociées.

Ce principe souffre de quelques exceptions, principalement lorsqu'une transaction intervient entre un contribuable et une personne avec laquelle il a un lien de dépendance au sens de l'article 251 L.I.R. La logique d'une telle exception tient à l'incidence que peut avoir un lien de dépendance sur les conditions d'une transaction, tel qu'il est mentionné en doctrine :

> « The Act contains stringent anti-avoidance rules to govern transfers of property between persons who do not deal with each other at arm's length. The purpose of these rules is to discourage taxpayers who have close social, family, or economic relationships with each other from artificially avoiding tax through manipulation of transaction values[4]. »

Cette même inquiétude quant aux opportunités indues de planification fiscale entre personnes ayant un lien de dépendance ressort également en

---

3 *Gold Coast Selection Trust Limited* c. *Humphrey*, [1948] 2 All E.R. 379, 384.

4 Vern KRISHNA, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9e éd., Toronto, Carswell 2006, p. 201.

jurisprudence, comme en fait foi ce passage de la décision *Viking Food Products Ltd.* c. *MRN*[5] :

> « While it is impossible to generalize with any degree of precision, it is probably not too inaccurate to say that, where special rules are made for situations where persons are not dealing at arm's length, the legislative purpose is to guard against tax avoidance, which tax avoidance would put some persons in a specially favoured position with a resultant unfairness to taxpayers not in a position to make similar arrangements[6]. »

Devant de telles situations, le législateur a décidé que les conséquences fiscales d'une transaction doivent être déterminées non pas en relation avec les conditions négociées par les parties, mais plutôt en fonction des conditions qu'auraient négociées des parties n'ayant aucun lien de dépendance. Évidemment, l'élément principal de la transaction qui sera remis en question est le prix.

À cet égard, le législateur a décidé d'utiliser la notion de JVM. Ainsi, lorsqu'une transaction est effectuée par des parties ayant un lien de dépendance, le prix convenu par elles sera comparé à la JVM du bien ou service faisant l'objet de la transaction, et certaines conséquences fiscales de la transaction seront déterminées en faisant abstraction du prix convenu par les parties, et en y substituant plutôt la JVM.

1.2.2. Principale application pratique

La principale disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visant à déterminer les conséquences fiscales d'une transaction intervenue entre parties ayant un lien de dépendance est l'article 69 L.I.R., qui se lit comme suit :

> « (1) [Contreparties insuffisantes]
>
> Sauf disposition contraire expresse de la présente loi :
>
> a) le contribuable qui a acquis un bien auprès d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance pour une somme supérieure à la juste valeur marchande de ce bien au moment de son acquisition est réputé l'avoir acquis pour une somme égale à cette juste valeur marchande;

---

5 67 D.T.C. 5067, 5070 (C. de l'É.).

6 *Id*.

b) le contribuable qui a disposé d'un bien en faveur :

(i) soit d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance sans contrepartie ou moyennant une contrepartie inférieure à la juste valeur marchande de ce bien au moment de la disposition,

(ii) soit d'une personne au moyen d'une donation entre vifs,

(iii) soit d'une fiducie par suite de la disposition d'un bien qui n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien;

est réputé avoir reçu par suite de la disposition une contrepartie égale à cette juste valeur marchande;

c) le contribuable qui acquiert un bien par donation, legs ou succession ou par suite d'une disposition qui n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien est réputé acquérir le bien à sa juste valeur marchande. »

D'emblée, un élément important ressort de la lecture de cet article : aucune notion d'intention n'y est présente. Ainsi, les raisons ayant conduit les parties à traiter pour un montant autre que la JVM d'un bien n'ont aucune importance. Par conséquent, un contribuable qui a été mal conseillé, qui a mal évalué la « vraie valeur » du bien, qui a tenu compte d'éléments propres à lui pour déterminer le prix (comme pourrait, par exemple, le faire un acheteur « stratégique » sans lien de dépendance!) est traité de la même façon que celui qui a volontairement accepté de sous-évaluer le bien de façon à permettre une réduction indue d'impôts.

Intuitivement, il semble logique que l'existence d'un lien de dépendance augmente les chances que les parties décident de traiter à un montant différent de la JVM. De plus, un test d'intention serait fort difficile à appliquer dans de telles circonstances. Les contribuables qui ont un lien de dépendance et qui traitent entre eux doivent donc porter une attention particulière à la JVM, car toute transaction effectuée à un prix autre aura pour effet d'entraîner des conséquences fiscales disproportionnées eu égard au prix convenu entre les parties, ainsi qu'un phénomène de double imposition, au sens large de cette expression.

1.3. L'IMPORTANCE DE L'ENJEU

La *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a pas en soi pour effet de forcer des personnes ayant un lien de dépendance à traiter à la JVM. La liberté contractuelle des parties demeure en principe entière.

Par contre, les conséquences fiscales que subissent ces personnes si elles ne traitent pas à la JVM peuvent être désastreuses. Par conséquent, le fait d'ignorer (c'est-à-dire soit de ne pas la connaître ou de ne pas en tenir compte) la JVM d'un bien lors d'une transaction est périlleux.

1.3.1. Connaître la JVM

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, lorsque l'article 69 L.I.R. s'applique, certaines conséquences fiscales de la transaction seront déterminées non pas en fonction du prix convenu par les parties, mais en fonction de la JVM du bien.

Lorsqu'une personne envisage de procéder ou non à une transaction, l'impact fiscal de la transaction envisagée fera habituellement partie des facteurs pris en considération par la personne. Or, si celle-ci n'a aucune idée de la JVM du bien, elle prend donc sa décision sans avoir tous les renseignements pertinents en main.

Prenons, par exemple, la situation d'une mère qui désire vendre sa résidence secondaire à son fils. Cette résidence a un coût fiscal de 100 000 $ et est grevée d'une hypothèque de 50 000 $. Les parties conviennent d'un prix de vente de 200 000 $. Après paiement de l'impôt et remboursement de l'hypothèque, madame croit conserver la somme de 125 000 $, qu'elle estime suffisante pour assurer ses vieux jours.

Qu'en sera-t-il si la JVM est évaluée à 300 000 $? En vertu de l'alinéa 69(1)b) L.I.R., madame sera réputée avoir disposé de la résidence pour 300 000 $, malgré le fait qu'elle n'en ait reçu que 200 000 $. Après impôt, elle ne conservera que la somme de 100 000 $. Le déficit vient réduire son capital de retraite de 20 %. Aurait-elle dû connaître la JVM de sa résidence avant de vendre celle-ci à son fils? Assurément.

Cet exemple illustre l'importance de connaître la JVM du bien avant de traiter, car ce montant aura une incidence directe sur le résultat de la transaction.

Une fois la JVM connue (du moins estimée), les parties peuvent choisir plusieurs options, dont les quatre principales sont les suivantes :

1) Faire fi de la JVM et subir des conséquences fiscales déphasées eu égard aux termes de leur transaction;

2) Ne pas traiter;

3) Modifier les termes de la transaction envisagée, non pas afin de traiter à la JVM mais plutôt afin d'indemniser (sous forme d'un rajustement au prix de vente) la partie qui subit des conséquences fiscales négatives en raison de l'inadéquation des termes de la transaction et de la JVM (avec l'itération requise afin de bien remplir cet objectif);

4) Modifier du tout au tout leur transaction, et traiter à la JVM (avec ou sans CAP).

Le présent texte vise cette dernière situation, plus particulièrement lorsqu'une CAP est utilisée.

1.3.2. Tenir compte de la JVM

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, les parties peuvent traiter en tenant compte de la JVM de deux façons : en modifiant le prix de vente, soit pour pleinement refléter la JVM ou pour pleinement refléter les conséquences fiscales découlant de l'écart entre la JVM et le prix qui aurait normalement été convenu entre elles.

Mais est-ce suffisant? En théorie oui, mais si l'objectif des parties est de s'assurer que les conséquences fiscales de leur transaction soient pleinement connues dès qu'elles contractent, la notion même de JVM fait échec à leur volonté. En effet, la détermination de la JVM d'un bien est un exercice d'évaluation, fondé sur des hypothèses, dont la moindre variation peut entraîner un écart significatif dans le résultat.

Ainsi, le contribuable qui, armé d'une évaluation effectuée par un évaluateur agréé, croit avoir toutes les données en main pour quantifier l'incidence de la JVM sur une transaction projetée se trompe. Il a au mieux réduit considérablement le risque relié à un écart entre le prix de vente et la JVM. En effet, le montant indiqué par le contribuable à titre de JVM du bien peut être contesté par les autorités fiscales, et le rapport d'évaluation obtenu par le contribuable n'élimine pas ce risque, bien qu'il le minimise à plusieurs égards.

Par conséquent, il est usuel, dans le cadre de transactions impliquant des contribuables ayant un lien de dépendance, d'ajouter une CAP au contrat.

2. QU'EST-CE QU'UNE CAP?

2.1. DÉFINITION

Il n'existe pas de définition précise de ce que constitue une CAP. Afin de bien cerner ce concept tout en demeurant assez large pour englober les diverses approches existant dans la pratique, nous croyons qu'une CAP doit se définir selon son but. Il s'agit donc d'une disposition contractuelle dont le but est de minimiser le préjudice subi par l'une ou l'autre des parties au contrat en raison d'un écart entre le prix qui aurait autrement été convenu entre elles et la JVM du bien.

Dans les prochains paragraphes, nous étudierons la nature juridique de ces clauses, et le contexte juridique dans lequel elles s'insèrent.

2.2. CONTEXTE JURIDIQUE

Afin de bien situer la CAP dans son contexte juridique, il y a lieu de résumer certains principes fondamentaux du droit des obligations et des contrats.

2.2.1. Notion d'obligation

En droit civil québécois, une obligation est un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes, par lequel une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'exécuter une prestation consistant à faire ou ne pas faire quelque chose, sous peine d'une contrainte judiciaire[7]. Pour qu'une obligation soit valide, plusieurs conditions doivent être remplies : notamment, son objet doit être licite (c'est-à-dire conforme à l'ordre public), possible (nul n'est tenu à l'impossible) et déterminé ou déterminable (nous reviendrons sur cette question ci-dessous).

2.2.2. Le contrat, source d'obligation

L'une des principales sources d'obligations est le contrat. Selon l'article 1378 du *Code civil du Québec*[8], un contrat est un accord de volonté par lequel une ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs

---

[7] Pierre-Gabriel JOBIN et Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 6e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2005, p. 19.

[8] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

autres à exécuter une prestation. Bien que le contrat puisse être unilatéral (une seule des parties possède des obligations, comme, par exemple, le contrat de don), les CAP se retrouveront dans les contrats bilatéraux[9] à titre onéreux[10], où les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre et où chaque partie reçoit un avantage en contrepartie de son obligation. En effet, un prix ne peut se définir que dans le cadre d'un contrat bilatéral (le prix est la contrepartie versée pour une prestation) et, en présence d'un prix, le contrat est nécessairement à titre onéreux.

Afin qu'un contrat soit valide, les prestations de chaque partie doivent être déterminées ou déterminables[11] au moment de sa conclusion. En effet, pour qu'il y ait accord de volonté des parties, il faut nécessairement que le créancier de la prestation connaisse l'étendue de son droit, et le débiteur, l'étendue de son obligation[12]. Si le contrat ne respecte pas ce principe, il est nul. Par conséquent, le rédacteur d'une CAP doit s'assurer que celle-ci n'a pas pour effet de faire perdre à la prestation de l'acquéreur (c'est-à-dire le paiement du prix) son caractère déterminé ou déterminable. En effet, au moment de la conclusion d'un contrat contenant une CAP, le prix ne sera pas déterminé, puisque les parties ont convenu qu'il pourrait être modifié subséquemment. Dès lors, la validité du contrat repose sur le caractère déterminable du prix.

Afin que le prix soit déterminable au sens du second alinéa de l'article 1373 C.c.Q., il faut qu'au moment de la formation du contrat les parties se soient entendues sur des critères prédéterminés et objectifs permettant de déterminer celui-ci. Les auteurs Pineau et Gaudet définissent ainsi ces deux conditions :

> « Les critères doivent être prédéterminées parce qu'en principe le juge ne peut se substituer aux parties afin d'élaborer lui-même le contenu de la prestation. Il faut donc que les parties aient prévu des dispositions suffisamment précises pour qu'un juge, en cas de litige, puisse connaître le contenu de la prestation. Ainsi, une vente "pour un prix qui sera ultérieurement déterminé par les parties" ou "pour un juste prix" ne saurait être valide, car la détermination de la prestation de l'acheteur (le prix) n'est pas déterminable : si le juge acceptait de

---

9 Tel qu'il est défini à l'article 1380 C.c.Q.

10 Tel qu'il est défini à l'article 1381 C.c.Q.

11 Art. 1373, al. 2 C.c.Q.

12 Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Montréal, Les Éditions Thémis inc., 2001, p. 274.

> fixer un prix sur une base aussi imprécise, ce serait lui, et non les parties qui se trouverait à "conclure" le contrat. […]
>
> Les critères devant aussi servir à la détermination du contenu de la prestation doivent aussi être "objectifs", en ce sens qu'ils ne doivent pas dépendre directement de la volonté de l'une des parties au contrat[13]. »

Lorsque, en vertu du contrat, les parties conviennent simplement que le prix d'un bien est sa JVM, peut-on prétendre que le prix est déterminé? À notre avis, la réponse à cette question est négative, puisqu'un exercice supplémentaire est nécessaire pour traduire cette expression sous forme d'argent. Est-il au moins déterminable? Bien qu'il subsiste un certain doute dans notre esprit[14], à notre avis, cela n'est pas le cas. L'évaluation n'étant pas une science précise, une simple référence au fait que le prix consiste en la JVM du bien n'est pas suffisante pour affirmer que le prix est déterminable. Les hypothèses et variables qui seront utilisées pour tenter de déterminer la JVM peuvent varier d'une personne à une autre, et le fait pour les parties de ne pas avoir précisé d'une quelconque façon ces hypothèses et variables fait en sorte que le prix ne pourra être déterminé « par une simple opération ou une série d'opérations arithmétiques, sans aucun arbitraire d'appréciation »[15], ce qui est requis pour que le prix soit considéré comme étant déterminable. Dans une telle situation, on peut affirmer que l'intention des parties à l'égard de l'utilisation de ces hypothèses et variables n'est pas évidente, et on ne se trouve pas ici en présence de critères suffisamment « prédéterminés »[16].

Afin de donner lieu à un prix déterminable, la JVM devra être encadrée :

---

13 *Id*., p. 274-275.

14 La notion de JVM est bien définie sur le plan conceptuel, puisque les tribunaux et les évaluateurs agréés appliquent de façon constante la définition de l'arrêt *Re Mann Estate*. Si le tribunal était saisi d'un recours visant l'exécution du contrat, des expertises visant la détermination de la JVM lui permettraient d'arriver à un montant. Est-ce suffisant pour que l'on puisse affirmer qu'il y a eu accord selon la volonté des parties sur cette question, élément fondamental de l'existence d'une obligation contractuelle?

15 Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., Paris, Longmans, Green and Co. Ltd., 1929, p. 823, cité dans l'affaire *The Bristol Aeroplane Company of Canada Limited* c. *McGill et autres*, (1963) B.R. 829 (C.A.), 834.

16 Par contre, il semble qu'en common law une vente « pour un prix raisonnable » ou pour « la JVM » soit suffisante afin qu'un contrat de vente existe : voir l'affaire *Barnabé* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 1824 (C.C.I.); appel rejeté, 99 D.T.C. 5387 (C.A.F.).

> « Par contre, rien n'empêche un vendeur et un acheteur de nommer un tiers aux fins de déterminer le prix de vente : cette évaluation devant lier les parties, le prix de vente est considéré comme déterminable, ce qui permet à la vente d'être valide, même si, lors de sa conclusion, le prix demeurait inconnu des parties[17]. »

Par exemple, les parties pourraient convenir que le prix d'un bien sera sa JVM, telle qu'elle est déterminée par M. X, évaluateur agréé. C'est d'ailleurs exactement ce que les parties ont fait dans l'arrêt *Wagner et autres* c. *La Reine*[18] rendu par la Cour d'appel fédérale :

> « L'auteur Michel Pourcelet reflète bien l'état du droit lorsqu'il affirme que "le prix doit être déterminé ou tout au moins déterminable." Il ajoute ceci : "il n'est pas nécessaire que le prix soit fixé d'une manière absolue : il suffit qu'il puisse être déterminé". Sur ce point, je suis d'avis qu'une formule appropriée avait été insérée dans la résolution qui permettait d'établir le prix. Le prix était déterminable, selon moi. Cette tâche était confiée à M. Jean Bélanger de l'étude de comptables agréés Bélanger Hébert, ci-dessus mentionnée, et à l'évaluateur agréé, M. Claude Métras. En passant, cette clause me paraît aussi valable en principe que la clause de rajustement de prix qui figure dans bien des contrats de vente où la détermination finale du prix est laissée au ministre du Revenu national et aux tribunaux en cas de contestation[19]. »

Nous reviendrons ci-dessous sur l'analyse que la Cour fait de la portée juridique de la CAP.

Finalement, le contrat a force de loi entre les parties et est opposable aux tiers. Cela ne signifie pas qu'il puisse créer des obligations pour ceux-ci[20], mais plutôt que le contrat est un fait juridique qu'ils doivent respecter[21].

---

17 J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 12, p. 275.

18 97 D.T.C. 1188 (C.F.) (ci-après « *Wagner (C.F.)* »); confirmé par 2001 D.T.C. 5674 (C.A.F.) (ci-après « *Wagner (C.A.F.)* »).

19 À première vue, cette clause peut laisser une ambiguïté quant au caractère déterminable du prix, puisque cette détermination est confiée à deux personnes. En se référant à la preuve, le tribunal a toutefois conclu que les parties ne s'en remettaient véritablement qu'à l'évaluateur Métras sur cette question.

20 Art. 1440 C.c.Q.

21 J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 12, p. 491.

2.2.3. La simulation

Comme nous le verrons ci-dessous, la notion de simulation est centrale à l'analyse que les tribunaux ont faite à ce jour de la portée juridique des CAP. L'article 1451 C.c.Q. définit ce qu'est une simulation :

> « Il y a simulation lorsque les parties conviennent d'exprimer leur volonté réelle non point dans un contrat apparent, mais dans un contrat secret, aussi appelé contre-lettre.
>
> Entre les parties, la contre-lettre l'emporte sur le contrat apparent. »

Les tiers de bonne foi peuvent, quant à eux, se prévaloir à leur guise du contrat apparent ou de la contre-lettre :

> « Les tiers de bonne foi peuvent, selon leur intérêt, se prévaloir du contrat apparent ou de la contre-lettre, mais s'il survient entre eux un conflit d'intérêts, celui qui se prévaut du contrat apparent est préféré[22]. »

Depuis l'arrêt *Victuni* c. *MRN*[23], rendu en 1980 par la Cour suprême du Canada, il est reconnu que les autorités fiscales ne doivent pas, lors de l'établissement d'une cotisation fiscale, être considérées comme des tiers au sens de l'article 1452 C.c.Q. Ainsi, les autorités fiscales doivent (avec quelques exceptions) tenir compte des véritables liens juridiques entre les parties pour déterminer les conséquences fiscales d'une transaction, et ne peuvent utiliser le contrat apparent[24].

2.3. NATURE JURIDIQUE DE LA CAP

Qu'est-ce qu'une CAP sur le plan juridique? Il ne s'agit en fait que d'une simple modalité de détermination d'un des éléments essentiels d'un contrat, le prix. La présence d'une CAP n'aura pas pour effet d'assujettir l'obligation de payer à un terme, et ne constitue pas une condition résolutoire ou suspensive. En effet, pour qu'une obligation soit à terme, son exigibilité doit être suspendue jusqu'à l'arrivée d'un événement futur et certain[25]. Or, il

---

22 Art. 1452 C.c.Q.

23 [1980] 1 R.C.S. 580.

24 Pour une récente étude de ces questions, voir David CHAMPAGNE, *L'opposition des transactions simulées aux autorités fiscales*, (2006), vol. 27, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 625-692, p. 625.

25 Art. 1508 C.c.Q.

n'est pas certain que les autorités fiscales contesteront le montant de la JVM établi par les parties, et qu'une cotisation fiscale finale déterminant une autre JVM en résultera. Par ailleurs, pour qu'une obligation soit conditionnelle, elle doit dépendre d'un événement futur et incertain[26]. Bien qu'une nouvelle cotisation fiscale finale soit effectivement un événement futur et incertain, une CAP ne prévoit pas que l'obligation de payer le prix dépend de cet événement futur et incertain : elle ne fait que prévoir la possibilité que ce prix soit modifié en raison de cet événement futur et incertain.

2.4. LA CAP EN JURISPRUDENCE

2.4.1. Jurisprudence fiscale

Les CAP ont rarement fait l'objet de décision des tribunaux. La première décision sur celles-ci fut l'affaire *Guilder News Co. (1963) Ltd. et autres* c. *MRN*[27]. Bien que les motifs de la Cour fédérale soient pour le moins succincts, le raisonnement juridique de la Cour d'appel fédérale est quant à lui assez intéressant. Dans cette affaire, une compagnie avait vendu des actions d'une autre compagnie à ses actionnaires (des individus), pour une contrepartie manifestement moindre que la JVM. L'article 4 des contrats de vente était une CAP usuelle, rédigée comme suit :

> « It being the intention of the Vendor and the Purchaser that the prices herein stipulated should represent the fair market value of the shares being purchased and sold herein, the parties hereto agree that in the event that the Minister of National Revenue should at any time hereafter make a final determination that the fair market value of the said shares as of the date of the Agreement is less than or greater than the prices herein stipulated, the prices herein stipulated shall be automatically adjusted *nunc pro tunc* to conform with such fair market value as finally determined and all necessary adjustments shall be made, including adjustment of the above mentioned promissory note [28]. »

Le ministère alléguait que la CAP n'était qu'un trompe-l'œil ou simulation (*sham*) et que les parties n'avaient jamais eu l'intention que celle-ci modifie leurs obligations contractuelles l'une envers l'autre. La cotisation fiscale visait l'ajout d'un avantage imposable au revenu des individus en raison du prix dérisoire payé par ceux-ci pour acheter les actions.

---

[26] Art. 1497 C.c.Q.

[27] 72 D.T.C. 6146 (C.F.); infirmé par 73 D.T.C. 5048 (C.A.F.) (ci-après « *Guilder News* »).

[28] *Id*., 5051.

À la défense de la validité de la CAP, les défendeurs ont soutenu que leur contrat, y compris la CAP prévue à l'article 4, constituait essentiellement une vente à la JVM, à déterminer par une tierce partie (en l'occurrence, les autorités fiscales).

La Cour a rejeté la position des défendeurs. Tout d'abord, le juge en chef Jackett (opinion à laquelle souscrit le juge Bastin) en vient à la conclusion que, compte tenu du fait que le prix de vente indiqué au contrat était manifestement moins élevé que la JVM, l'affirmation contenue dans la première phrase de l'article 4 du contrat de vente selon laquelle les parties désiraient traiter à la JVM « is a departure from the truth and can have no effect (unless it be as evidence that the clause was in fact a "sham")[29] ».

Puis, le juge en chef Jackett énonce que l'analyse de la portée juridique du contrat de vente, y compris la CAP, doit s'effectuer comme suit :

> « Leaving aside the untruthful introductory portion of clause 4, an examination of clause 4 shows that it does not have the effect of making the sale at a price equal to actual value to be determined. When clause 4 is considered in the context of the whole of the 1964 sale agreement, what one finds is that, by an agreement executed on June 10, 1964, the company agreed to sell specified shares to the individual for a specified amount, which was obviously below their value, which sale was to be completed on the same day but subject to an agreement between the parties (clause 4) that "in the event" that the Minister of National Revenue should "at any time hereafter" make a final determination that the value of the shares as of the date of the agreement is less than or greater than the price stipulated in the agreement, such prices are to be adjusted retroactively to conform to the value as so determined.
>
> This agreement is radically different from a sale that is expressly made for a consideration equal to value. This is an agreement for a sale at a price obviously less than value, which price is to be the only amount payable until such time, if any, as the Minister of National Revenue determines the value of the shares that happen to be the subject matter of this sale. While it can be said, as a matter of law, that a simple sale for value, with no other provisions, cannot result in a benefit, it cannot be said, as a matter of law that the 1964 sale is such a sale merely because it is an agreement containing clause 4. That sale is at a substantial undervaluation and, except in a certain event, it will continue indefinitely to be so. Even if that event should arise at some subsequent time, the individual will have had the benefit of not having had to pay the amount in excess of the "price" until that subsequent time and this, in days of high interest, can be a substantial benefit[30]. »

---

[29] *Id*., 5052.

[30] *Id*.

Il est important de se rappeler (et le juge en chef Jackett prend bien soin de souligner ceci) qu'il s'agissait en l'espèce de déterminer si les parties avaient obtenu un avantage (au sens de l'article 15 L.I.R.) et que cette question s'apprécie au moment de la vente, et non en tenant compte d'événements subséquents[31] :

> « Immediately after the 1964 sale, in these cases, the individual had the shares for which he had paid an amount obviously less than their value and he had assumed an obligation that, in a certain event, he would, at some time in the future, pay an amount equal to the difference between price and that value. Clearly, his position just after the 1964 sale was an improvement over his position just before that sale. He had something worth substantially more than he had paid for it and there was only a possibility that he might have to pay the difference and, if that eventuality should arise, the difference would not have to be paid until some time in the future[32]. »

Le juge en chef Jackett n'a pas explicitement nié la validité de la CAP : il a plutôt conclu que, quoi qu'il en soit, le fait pour les individus de ne pas avoir eu à payer la JVM des actions pendant un certain temps (qui aurait pu être infini si les autorités fiscales n'étaient pas intervenues) constituait un avantage imposable au sens de l'article 15 L.I.R. De fait, le juge en chef Jackett semble même reconnaître la validité de la CAP, et qu'elle aurait pu avoir pour effet de réduire le montant de l'avantage :

> « I do not overlook the fact that, in this case, the assessments were apparently made on the basis that the benefit was equal to the difference between value and

---

[31] Il est intéressant de noter que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») adopte une vision différente sur cette question : ainsi, lorsqu'une CAP satisfait aux exigences du *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clauses de rajustement de prix », 6 août 1974 (dont nous discuterons ci-dessous), l'ARC n'ajoutera pas d'avantage imposable à l'actionnaire en vertu de l'article 15 L.I.R. :

> « Lorsqu'une société dispose d'un bien en faveur d'un actionnaire pour une contrepartie inférieure à la juste valeur marchande du bien et que la société est réputée, selon l'alinéa 69(1)b), avoir reçu un produit de disposition égal à cette juste valeur marchande, le Ministère peut permettre un rajustement correspondant du prix d'achat pour l'actionnaire (p. ex. dans le cas d'erreur involontaire ou en présence d'une clause de rajustement du prix. […]. Si le Ministère permet un tel rajustement du prix d'achat et que l'actionnaire finit par verser à la société la totalité de la juste valeur marchande du bien (établie à la date d'achat), aucun avantage selon le paragraphe 15(1) ne sera accordé à l'actionnaire. »

AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-432R2, « Avantages accordés à des actionnaires », 10 février 1995, par. 13.

[32] *Guilder News*, précité, note 27.

> price paid whereas, on my view of the effect of clause 4, the benefit *may* have been something less than that amount. (This would depend on the facts of the particular appellant's position immediately after the 1964 sale. Having regard to the reporting practices of the appellant and the efficiency and perspicacity of the respondent's assessing and investigative officers, the possibility of clause 4 coming into operation might have been *de minimus* or it might have been so real that it was a mere matter of time)[33]. »

Malheureusement, les contribuables avaient adopté une approche « tout ou rien » en alléguant que la CAP éliminait purement et simplement toute possibilité d'une avantage imposable, acceptant en quelque sorte que, s'il y avait avantage, son quantum fût la différence entre le prix convenu et la JVM.

Le juge Sheppard a rédigé ses propres motifs pour trancher ce débat : selon lui, la CAP n'était effectivement qu'une simulation (*sham*) :

> « Clause 4 was a mere sham, and in any event has no application on the facts of the case, for the following reasons:
>
> 1. Fair value was not considered at the time the agreement was negotiated by the parties. Hence, there was never any intention to sell at the market value but only at par.
>
> 2. There was no finding by the Minister of the fair market value within the meaning of Clause 4. There was at the most an assessment by the Minister under the power of the *Income Tax Act*, and not a valuation pursuant to clause 4.
>
> 3. Further, the agreement acknowledging the further indebtedness was a mere sham as it acknowledges that the balance of indebtedness is payable on demand of the selling company but without interest (AB p. 183) and as the company is wholly owned and controlled by the member acknowledging as a party there is no possibility that the company could collect[34]. »

On peut résumer ainsi le raisonnement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Guilder News* :

1) L'affirmation par les parties qu'elles désiraient traiter à la JVM était une simulation, dont on ne doit pas tenir compte. L'écart manifeste entre le prix convenu et la JVM fait preuve de cette simulation;

---

33 *Id*.

34 *Id*., 5054.

2) Pour les juges Jackett et Bastin, la CAP semble valide, mais n'a pas pour effet d'éliminer complètement l'avantage économique qu'ont reçu les contribuables du fait de ne pas avoir eu à débourser la pleine JVM dès la signature du contrat. La CAP, en rajustant le prix de vente, aurait pu réduire le montant de l'avantage imposable, mais aucune preuve n'a été faite quant au quantum de cette réduction;

3) Pour le juge Sheppard, la CAP elle-même était une simulation et n'aurait, par ailleurs, pas été applicable de toute façon, ses conditions d'application n'étant pas remplies en l'espèce.

Plusieurs années plus tard, les CAP ont de nouveau fait l'objet de l'attention des tribunaux dans l'arrêt *Wagner*. Dans cette affaire, une compagnie avait transféré des terrains à une société en nom collectif (ci-après « SENC ») formée par ses actionnaires (des individus). La CAP à l'étude se lisait comme suit :

> « Advenant le cas où les autorités fiscales compétentes évaluaient de façon différente la juste valeur marchande des biens transférés et que suite à une négociation finale ou à un jugement d'un tribunal compétent en la matière, l'établissement ainsi obtenu de la valeur marchande fiscale était différente de celle établie aux présentes, et attendu que les parties déclarent vouloir transiger ici à la juste valeur marchande, il est convenu entre les parties qu'advenant le cas où la valeur marchande était augmentée, que le prix de vente entre elles sera modifié en conséquence[35]. »

La Cour fédérale a résumé ainsi le ratio decidendi de l'arrêt *Guilder News* : « À la lumière des observations du juge en chef Jackett dans cette dernière cause, il me faut donc examiner la preuve dans le but de déterminer si les parties entendaient réellement établir le prix des trois lots à la juste valeur marchande. » La Cour vint à la conclusion que cela n'était pas le cas et rejeta l'appel des contribuables. La Cour d'appel fédérale rejeta l'appel des contribuables succinctement :

> « Quant au deuxième volet de l'appel, nous sommes d'avis que les faits permettaient au premier juge de conclure que les parties à la vente n'avaient pas l'intention de transiger à la juste valeur marchande et que donc elles ne pouvaient s'en remettre à la clause de réajustement de prix qui fut insérée au contrat[36]. »

---

35 *Wagner (C.F.)*, précité, note 18, 1203.

36 *Wagner (C.A.F.)*, précité, note 18, 5675.

Dans la mesure où la Cour conclut effectivement que les parties n'avaient pas du tout l'intention de traiter à la JVM, la simulation doit nécessairement inclure la CAP elle-même, puisque celle-ci ne fait qu'ajuster cette JVM.

Finalement, la Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée à nouveau sur l'application d'une CAP dans l'affaire *Leung* c. *MRN*[37]. Les contribuables (deux frères) ont vendu les actions d'une compagnie à Follow Signal Development inc. (ci-après « Follow »), une compagnie avec laquelle ils avaient un lien de dépendance. Les contrats de vente indiquaient que l'intention des parties était de traiter à la JVM, soit la somme de 500 000 $ chacun. Environ un an plus tard, Follow revendait les actions pour 3 M$ (soit le triple du prix qu'elle avait payé pour les acquérir des contribuables) à une compagnie publique contrôlée par les contribuables.

Des expertises furent présentées à la Cour afin de déterminer la JVM des actions. Après étude de la question, la Cour en vint à la conclusion que la JVM des actions, au moment de leur vente à Follow, était nulle. Le ministère alléguait par ailleurs que les contribuables ne pouvaient tirer profit de l'application de la CAP, puisqu'ils n'avaient pas fait d'effort raisonnable pour déterminer la JVM des actions au moment de la vente. La Cour a rejeté cette prétention, en soulignant que le comptable et conseiller d'affaires des contribuables avait témoigné que les parties et lui-même avaient étudié cette question, en tenant compte de l'historique des ventes et profits de la compagnie, ainsi que l'incidence d'un incendie survenu deux ans auparavant, et avaient conclu que la somme de 1 M$ était raisonnable. La Cour a accueilli l'appel des contribuables, et a ordonné au ministère d'émettre de nouvelles cotisations pour tenir compte du fait que la JVM des actions était nulle.

Il ressort de cette décision que la notion d'effort raisonnable (qui fait partie des critères d'application des CAP, selon l'ARC, tel que nous le verrons ci-dessous) n'impose pas un fardeau énorme pour les contribuables, et certainement pas l'obligation d'obtenir une évaluation professionnelle.

Récemment, la Cour canadienne de l'impôt a rendu une décision qui, bien que ne portant pas directement sur la question des CAP, donne des indices de l'approche qu'auront les tribunaux à leur égard. Dans l'affaire *Maslanka et autres* c. *La Reine*[38], les contribuables étaient associés d'une

---

[37] 92 D.T.C. 1090 (C.C.I.).

[38] 2004 D.T.C. 2933 (C.C.I.).

SENC qui effectuait de la recherche scientifique et du développement expérimental. L'une des questions en litige était de trancher si les contribuables étaient des « commanditaires ou assimilés » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (ce qui limite leur capacité de déduire les pertes attribuées par la société), compte tenu du fait qu'ils avaient une entente de revente de leur participation dans la SENC pour un montant fixe (45 % de leur investissement initial). En effet, une telle entente de revente fera en sorte que l'associé est un « commanditaire ou assimilé », à moins que, conformément à l'exception prévue au sous-alinéa 96(2.2)d)(iv) L.I.R., le prix de revente convenu ne dépasse pas la JVM de la participation. Le juge Archambault fait un commentaire très intéressant quant à l'incidence qu'aurait pu avoir une CAP dans l'entente de revente :

> « Aucun des accords d'achat produits lors de l'audition ne contient une clause d'ajustement de prix qui aurait pu s'appliquer si la juste valeur marchande de la participation avait été inférieure à 45 % du prix payé; s'il y avait eu une telle clause, l'entente aurait bénéficié de l'exclusion que l'on trouve au sous-alinéa 96(2.2)*d*)(iv) de la Loi[39]. »

Ainsi, selon la Cour, si une entente de vente prévoit un prix de vente fixe, mais assujetti à une CAP, cette entente constitue une « convention permettant au contribuable de disposer de son intérêt dans la société pour un montant qui ne dépasse pas sa juste valeur marchande – déterminée indépendamment de la convention – à la date de la disposition[40] ». Bien qu'il ne s'agisse que d'un *obiter*, nous y voyons un endossement non équivoque de la validité et de la portée juridique des CAP, de la part de la Cour canadienne de l'impôt.

2.4.2. Jurisprudence civile

L'impact civil d'une CAP était au cœur d'une récente décision de la Cour supérieure du Québec, l'affaire *Désormiers* c. *Lalumière*[41]. M^me^ Désormiers a vendu les actions qu'elle détenait dans le capital-actions de Placage Alto Ltée à son fils, M. Lalumière, pour la somme de 500 000 $, que les parties avaient indiqué être « la juste valeur marchande des dites actions établie par les parties sur la base d'une évaluation indépendante d'un

---

39 *Id*., 2940.

40 *Id*.

41 C.S. Montréal, n^o^ 755-05-000239-945, 28 avril 2006, j. Riordan; [2006] R.J.Q. 2060.

bureau d'experts-comptables[42] ». Le contrat de vente contenait une CAP se lisant comme suit :

> « Les parties s'entendent à réviser le prix des dites actions dans le cas ou le Ministre du revenu n'accepterait pas la valeur marchande des actions de "ALTO" telle qu'établie ci-dessus. Dans ce cas, les billets ci-dessus seront annulés et remplacés par de nouveaux qui reflèteront cette juste valeur marchande révisée […][43]. »

Malheureusement, Alto perdit son principal client, et M. Lalumière cessa d'effectuer les versements du prix de vente. M. Lalumière a obtenu une opinion d'un représentant de l'ARC indiquant que la JVM des actions d'Alto était nulle au moment de la vente. Content de sa trouvaille, M. Lalumière alléguait non seulement qu'il ne devait plus continuer à effectuer les paiements du prix de vente, mais qu'il avait droit au remboursement des sommes déjà payées à sa mère, puisque la CAP ramenait le prix de vente à zéro…

Après étude de la preuve, dont le témoignage du contrôleur (qui a rédigé le contrat de vente!) selon lequel c'était lui qui avait ajouté la CAP expressément dans le but d'éviter la double imposition, le juge Riordan conclut comme suit :

> « Cette clause n'édicte pas que le nouveau prix d'achat sera égal au prix attribué par le Ministère. Elle prévoit que de nouveaux billets seront émis qui "reflèteront" la juste valeur marchande établie par celui-ci. Refléter comment?
>
> […]
>
> Il n'est tout simplement pas plausible que les parties aient l'intention que le prix d'achat tombe à zéro en conséquence d'une telle évaluation par le Ministère.
>
> […]
>
> Il s'ensuit que les parties n'avaient nullement l'intention que la valeur déterminée par le Ministère serve comme prix d'achat des actions. L'intention derrière la clause de révision était uniquement de prévoir un dédommagement pour Réjean en cas de double imposition[44]. »

---

42 *Id*., par. 11.

43 *Id*., par. 30.

44 *Id*., par. 41, 44 et 47.

Le juge Riordan rejette donc l'application de la CAP. Outre les ambiguïtés découlant du texte même de la clause, c'est la conviction que, eu égard à la preuve factuelle qui lui fut présentée, la CAP ne reflétait pas la véritable intention des parties qui l'a amené à cette conclusion.

Ainsi, tant en jurisprudence fiscale que civile, les tribunaux sont prompts à déclarer que les CAP ne s'appliquent pas, en fondant leur décision sur le fait que ces dispositions ne reflètent pas la véritable intention des parties ou qu'elles constituent une simulation.

2.5. POSITION DES AUTORITÉS FISCALES À L'ÉGARD DES CAP

La position de l'ARC relativement aux CAP est énoncée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-169[45], publié peu après la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Guilder News*. Ainsi, l'ARC accepte de calculer les conséquences fiscales d'une transaction en tenant compte d'une CAP seulement si les conditions suivantes sont remplies :

> « a) L'accord révèle que les parties ont réellement l'intention de transférer le bien à sa juste valeur marchande et établit cette valeur, aux fins de l'arrangement, par une méthode juste et raisonnable.
>
> b) Chaque partie en cause dans cet arrangement avertit le ministère, par une lettre jointe à sa déclaration pour l'année du transfert du bien
>
> (i) qu'il est prêt à ce que le prix indiqué dans l'accord soit revu par le ministère conformément à la clause du rajustement du prix,
>
> (ii) qu'il prendra les mesures nécessaires pour régler tout excédent ou déficit du prix, et
>
> (iii) qu'une copie de l'accord sera adressée au ministère si ce dernier l'exige.
>
> c) L'excédent ou le déficit du prix est vraiment remboursé ou payé, ou la responsabilité légale est rajustée[46]. »

L'ARC considère que, lorsqu'il y a un écart important entre la valeur fixée par les contribuables et la JVM déterminée par elle, cela tend fortement

---

[45] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, *op. cit.*, note 31.

[46] *Id.*

à démontrer que les contribuables n'ont pas fait d'effort réel pour déterminer la JVM, ce qui justifie selon elle de ne pas tenir compte de la CAP[47].

La condition décrite au paragraphe b) ci-dessus a fait l'objet de certains assouplissements[48], notamment en ce qui a trait à une transaction effectuée par roulement en vertu des articles 85[49] ou 97 L.I.R.[50], lorsqu'un remaniement de capital est effectué conformément à l'article 86 L.I.R.[51], ou encore lorsqu'une conversion de biens a lieu en vertu de l'article 51 L.I.R.[52]

De plus, l'ARC a énoncé qu'elle déterminerait les conséquences fiscales d'une transaction en tenant compte d'une CAP non seulement lorsque les parties acceptaient la JVM comme déterminée par les autorités fiscales, mais aussi lorsque la JVM est établie par jugement final des tribunaux à la suite d'une contestation de la cotisation fiscale par le contribuable[53].

La position administrative de l'ARC date de plus de 30 ans. Le niveau de sophistication des transactions s'est considérablement amélioré depuis ce temps. Des mécanismes de rajustement quelque peu différents de celui décrit dans le *Bulletin d'interprétation* IT169 se sont souvent fait offrir une fin de non-recevoir simplement parce que leur mécanisme n'était pas exactement conforme à celui décrit au bulletin[54], ce qui est regrettable.

---

47 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2002-0162427, 15 novembre 2002.

48 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1989 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1990, pp. 45:1-60.

49 AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 9527537, 27 octobre 1995.

50 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2004-0081631E5, 6 juillet 2004.

51 *Id*.

52 *Id*.

53 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 1998*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 43:13-60, question 4.5, aux pages 43:32-33.

54 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 9525957, 5 janvier 1996, 9829125, 10 mars 1999, 2003-0004125, 1er avril 2003. Par contre, l'ARC a démontré une certaine ouverture à l'égard de clauses « d'ajustement de la valeur de la contrepartie » dans l'interprétation technique 2005-0112321E5, 11 avril 2005. Il reste à définir comment une modification de la valeur de la contrepartie d'une transaction ne constitue pas par ailleurs un rajustement du prix de celle-ci…

2.6. DISCUSSION

Quel fouillis! Dans les prochains paragraphes, nous tenterons de développer une théorie d'application des CAP.

Une disposition contractuelle selon laquelle les parties se fient à des éléments externes (par exemple, une JVM déterminée par les autorités fiscales ou par les tribunaux) pour déterminer le prix de vente est valide, constitue la loi des parties, et est opposable aux tiers. Par contre, si cette disposition contractuelle ne constitue qu'une simulation (ce qui pourra être démontré, notamment par les agissements des parties avant et après la signature du contrat), les autorités fiscales ont parfaitement raison de ne pas se fier au contrat apparent, mais plutôt à la véritable entente entre les parties. Lorsque les parties déclarent vouloir traiter à la JVM et utilisent un prix de vente substantiellement différent de celle-ci, les tribunaux auront tendance à conclure à la simulation, et à comprendre dans celle-ci la CAP elle-même.

En l'absence d'une simulation, la CAP aura pour effet de modifier le prix de vente d'un bien, et fera en sorte que les conséquences fiscales du contrat de vente sera proportionnelles aux conditions de celui-ci (c'est-à-dire que l'article 69 L.I.R. ne s'appliquera pas). Les conditions énoncées au *Bulletin d'interprétation* IT-169 nous apparaissent dénuées de tout fondement juridique, et ne pourraient être valides que si effectivement l'application d'une CAP relevait d'une concession administrative de la part de l'ARC, ce qui ne nous apparaît pas être le cas (sous réserve des prochains paragraphes) eu égard aux règles du droit des contrats. En vertu du droit pur et dur des contrats, les autorités fiscales doivent, sous réserve de simulation, cotiser en fonction de la validité de la CAP.

Malheureusement, l'analyse ne s'arrête pas là. En effet, il faut regarder au-delà du contrat. Dans sa déclaration de revenus, le vendeur doit indiquer le produit de disposition du bien, ce qui ne signifie pas automatiquement le prix de vente du bien. En effet, l'article 69 L.I.R. prévoit que le produit de disposition, lorsque les parties ont un lien de dépendance, est réputé être la JVM du bien. Nul n'étant censé ignorer la loi, le contribuable doit donc, dans sa déclaration de revenus, indiquer la JVM du bien comme produit de disposition, et non pas le prix de vente de celui-ci comme il est prévu au contrat de vente.

Lorsque le contribuable déclare une JVM sans avoir tenté de déterminer celle-ci de façon raisonnable, les autorités fiscales disposeront vraisemblablement d'un délai indéterminé pour procéder à l'émission d'une nouvelle cotisation, le contribuable ayant probablement fait une présentation

erronée des faits au sens du paragraphe 152(4) L.I.R. Dans certains cas, il pourrait par ailleurs y avoir faute lourde de la part du contribuable, avec les conséquences pénales qui se rattachent à une telle faute[55].

Dans une telle situation, la simulation attend vraisemblablement le contribuable qui prétendrait que la CAP est valide, si l'on se fie au courant jurisprudentiel actuel.

2.7. PRINCIPES DE RÉDACTION DES CAP

Compte tenu de ce qui précède, nous croyons que les principes de rédactions suivants feront en sorte de maximiser les chances d'application d'une CAP[56] :

1) Définir le prix en fonction de la JVM du bien vendu, par exemple en utilisant la formulation suivante : « le prix de vente est la juste valeur marchande du bien ». Cela servira à établir clairement l'intention des parties de traiter à la JVM.

2) Par la suite, encadrer cette notion de JVM, en énonçant que celle-ci a fait l'objet d'une détermination par les parties : « les parties ont déterminé que cette juste valeur marchande correspond à la somme de… ». Les parties pourront par ailleurs consigner dans le contrat de vente les critères ayant conduit à cette détermination, en utilisant une formulation inclusive (« notamment »). Elles pourront également simplement conserver dans leurs dossiers les documents et renseignements sur lesquels elles se sont fondées pour faire cette détermination.

3) Finalement, inclure une CAP en vertu de laquelle les parties conviennent de substituer à leur propre détermination de la JVM celle effectuée de façon finale par les autorités fiscales ou judiciaires, et de faire tous les rajustements nécessaires afin de donner effet à cette nouvelle détermination.

---

55 Par exemple, la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R.

56 Le choix d'énoncer des principes généraux plutôt que d'inclure une formulation précise de ces dispositions est volontaire. L'auteur espère ne pas être accusé de paresse intellectuelle, ou encore de vouloir bassement conserver des secrets de rédaction (il n'en a pas); il s'agit simplement d'encourager la créativité de tout un chacun, tout en fournissant les paramètres généraux que l'auteur pense être les plus appropriés.

La nuance est mince entre la formulation ci-dessus et celle couramment utilisée dans les contrats, mais elle existe néanmoins. En effet, nous voyons une différence entre « le prix de vente du bien est sa juste valeur marchande, que les parties ont déterminé être X » et une formulation indiquant que « le prix est X, montant que les parties considèrent être la JVM du bien ».

Finalement, la CAP ne peut être purement potestative. Par exemple, nous avons vu à quelques reprises des formulations où, à la suite d'une détermination de la JVM par les autorités fiscales, les parties se réservent le droit d'accepter ou non cette détermination, c'est-à-dire d'appliquer ou non la CAP. À notre avis, une telle formulation est problématique, car elle crée une nette impression de simulation. En effet, par définition, l'application de la CAP aura pour effet de rendre l'obligation d'une des parties plus onéreuse. Or, si l'application de la CAP dépend de la volonté de la part de la partie en question d'en accepter l'application, la CAP relève plus de la fiction que du droit des contrats… À notre avis, les tribunaux reconnaîtront l'artificialité de cette situation, et concluront que l'intention des parties n'était pas de la voir s'appliquer, mais plutôt de créer une illusion qu'elle s'appliquerait. Dans ce cas, les tribunaux appliqueront vraisemblablement les règles de la simulation.

CONCLUSION

Lorsque des contribuables ayant un lien de dépendance traitent entre eux, une épée de Damoclès plane au-dessus de leur tête : dans la mesure où le prix convenu par les parties ne correspond pas à la JVM, diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* auront pour effet d'attribuer des conséquences fiscales différentes de celles qui auraient normalement découlé du prix convenu entre elles. Ces conséquences s'appliqueront, et ce, que les parties aient effectivement eu l'intention de réduire artificiellement leur dette fiscale ou non. Devant ces règles fiscales, les parties ont deux choix : conserver leur liberté contractuelle intacte et subir des conséquences fiscales disproportionnées, ou altérer ce qui aurait normalement été leur entente, faisant ainsi en sorte que les conséquences fiscales de leur transaction seront proportionnelles à leurs obligations contractuelles. Dans ce second cas, une CAP est tout indiquée. Bien rédigée, cette clause n'aura pas pour effet de faire permettre au prix sa condition essentielle de validité, soit son caractère déterminable.

Compte tenu du principe de l'opposabilité des contrats aux tiers, les autorités fiscales ne peuvent passer outre au fait que l'entente entre les parties prévoit expressément une clause faisant en sorte d'éliminer les effets néfastes de la détermination que le prix originalement convenu entre elles ne

correspondait pas exactement à la JVM. Il en va de même des parties : en cas d'application de la CAP, le prix sera modifié, et l'obligation d'une d'entre elles s'en trouvera d'autant plus onéreuse. Néanmoins, le fait pour les parties de devoir déclarer la JVM du bien à titre de produit de disposition dans leurs déclarations de revenus freinera l'ardeur de ceux qui désirent abuser de la flexibilité que permet une CAP. En effet, une variation substantielle entre la JVM indiquée (au contrat ou dans la déclaration de revenus) et la véritable JVM du bien amènera vraisemblablement les tribunaux à conclure que les parties n'ont jamais eu la véritable intention d'appliquer la CAP, ce qui aura pour effet de la rendre inopérante. Afin d'éviter de se trouver dans une telle situation, les parties devraient faire des efforts raisonnables afin de déterminer la JVM, ce qui, dans l'état actuel du droit, ne représente pas un fardeau indu.

EMPLOYÉS *VERSUS* TRAVAILLEURS AUTONOMES : NOUVELLES DÉCISIONS, NOUVELLES TENDANCES?



Yves St-Cyr
Associé, avocat
Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Marie-Pierre Allard
Avocate, M. Fisc.
Professeure agrégée
Université de Sherbrooke

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (YVES ST-CYR)

INTRODUCTION 20:3

1. ARRÊTS DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE DU CANADA 20:5

1.1. ARRÊT *WOLF* C. *CANADA* 20:5
1.2. ARRÊT *LE LIVREUR PLUS INC.* C. *CANADA* 20:7
1.3. ARRÊT *9041-6868 QUÉBEC INC.* C. *MRN* 20:8
1.4. ARRÊT *COMBINED INSURANCE COMPANY OF AMERICA* C. *MRN* 20:9

CONCLUSION 20:12

PARTIE B (MARIE-PIERRE ALLARD)

INTRODUCTION 20:15

1. DÉCISIONS DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 20:17

1.1. AFFAIRE *CARREAU* C. *LA REINE* 20:17
1.2. AFFAIRE *HÔPITAL JUIF DE RÉADAPTATION* C. *MRN* 20:20
1.3. AFFAIRE *LÉVESQUE* C. *MRN* 20:24

2. DÉCISIONS DES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS 20:26

2.1. AFFAIRE *SEITZ* C. *ENTRAIDE POPULAIRE DE LANAUDIÈRE INC.* 20:26
2.2. AFFAIRE *VEILLEUX* C. *SMRQ* 20:28
2.3. AFFAIRE *97980 CANADA INC.* C. *SMRQ* 20:31

3. FACTEURS DE DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN LIEN DE SUBORDINATION EN DROIT CIVIL 20:34

3.1. INTENTION DES PARTIES 20:34
3.2. CONTRÔLE DU PAYEUR SUR L'EXÉCUTION DU TRAVAIL 20:35
3.3. CONTRÔLE DU PAYEUR SUR LES CONDITIONS DE TRAVAIL 20:35
3.4. INDICES D'AUTONOMIE DU TRAVAILLEUR 20:36
3.5. RÉMUNÉRATION ET AVANTAGES 20:36
3.6. INTÉGRATION DU TRAVAILLEUR DANS L'ENTREPRISE DU PAYEUR 20:37

CONCLUSION 20:38

PARTIE A

Yves St-Cyr, associé, avocat
Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

INTRODUCTION

Une multitude de décisions émanant des provinces de common law et de la province de Québec ont été rendues concernant la détermination du statut d'employé ou de travailleur autonome au cours des dernières décennies. Cependant, certains auteurs de doctrine prétendent que le « flottement jurisprudentiel » persiste toujours quant à cette détermination dans la province de Québec relativement à l'application de lois fédérales. En effet, ces auteurs prétendent que les principes édictés par les tribunaux des provinces de common law, aux fins de cette détermination, ont été importés en droit québécois, portant ainsi atteinte au caractère bijuridique du Canada.

Nous sommes loin d'être en désaccord sur ce caractère, lequel a d'ailleurs été consacré par l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*[1]. Nous sommes cependant en désaccord avec ceux qui affirment qu'il existe toujours un « flottement jurisprudentiel » quant à la détermination du statut d'employé ou de travailleur autonome dans la province de Québec.

En effet, nous ne croyons pas que les principes de common law aient été importés en droit québécois. Il faut se rappeler que la détermination du statut d'employé ou de travailleur autonome demeure une question factuelle. Certains éléments, facteurs déterminants, indices ou critères demandent à être analysés afin de permettre à un tribunal de déterminer l'existence d'un lien de subordination. Certains de ceux-ci seront applicables à une situation donnée, alors que d'autres seront plus ou moins utiles dans une situation de faits différente. Qui plus est, étant donné que le monde du travail est en constante évolution, de nouveaux facteurs, indices ou critères devront être développés afin de s'ajuster à cette évolution. D'ailleurs, certains de ceux-ci pourraient tout simplement devenir désuets, voire inapplicables.

Le fait que les tribunaux québécois utilisent, entre autres, le critère à quatre volets[2] tirant son origine d'une province de common law et qui a été

---

1 L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

2 Ce critère à quatre volets comprend : le contrôle; la propriété des outils; la chance de profit et le risque de perte; et l'intégration à l'entreprise.

plus particulièrement établi par l'affaire *Wiebe Door Services Ltd.* c. *MRN*[3] n'a pas pour résultat d'importer les principes de common law en droit civil québécois. Ces quatre volets du critère ne sont que des indices de détermination qui sont utilisés par les tribunaux québécois, en plus d'autres indices, le cas échéant, pour justement permettre d'établir s'il existe ou non un lien de subordination conformément à l'article 2085 du *Code civil du Québec*[4].

Bien que nous soyons d'accord avec notre consœur, M^e^ Marie-Pierre Allard[5], à propos du fait qu'il faille, au Québec, appliquer un cadre d'analyse fondé uniquement sur le droit civil, nous ne croyons pas que l'utilisation par les tribunaux québécois du critère à quatre volets de l'arrêt *Wiebe Door* porte atteinte au principe du bijuridisme au Canada.

Qui plus est, nous sommes d'avis que bien que le lien de subordination soit associé au contrôle qu'une personne a sur un travailleur (art. 2085 C.c.Q.), nous rappelons au lecteur que la notion de contrôle élaborée par les tribunaux de common law, notamment dans l'affaire *Wiebe Door*, met l'accent sur un « contrôle immédiat » sur les tâches du travailleur. Le contrôle dont fait mention le *Code civil du Québec* est une notion beaucoup plus large et peut comprendre, entre autres éléments, ledit « contrôle immédiat » sur le travailleur, le cas échéant. Cette notion plus large de la notion de contrôle a d'ailleurs été soulignée par M^e^ Robert P. Gagnon dans les propos suivants :

> « […] Cette subordination juridique classique était caractérisée par le contrôle immédiat exercé par l'employeur sur l'exécution du travail de l'employé quant à sa nature et à ses modalités. Elle s'est progressivement assouplie pour donner naissance à la notion de subordination juridique au sens large. […] On en est ainsi venu à assimiler la subordination à la faculté, laissée à celui qu'on reconnaîtra alors comme l'employeur, de déterminer le travail à exécuter, d'encadrer cette exécution et de la contrôler[6]. »

Nous ne sommes pas en désaccord non plus avec notre consœur, M^e^ Allard, lorsqu'elle prétend qu'il n'est pas nécessaire de recourir aux critères élaborés par la common law pour déterminer le lien de subordination

---

3 [1986] 3 C.F. 533 (C.A.) (ci-après « *Wiebe Door* »).

4 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

5 M^e^ Allard est l'auteure de la partie B du présent texte.

6 Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5^e^ éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 67.

dans la province de Québec. Toutefois, il n'est pas interdit non plus d'avoir recours au critère à quatre volets établi dans l'affaire *Wiebe Door*, dans la mesure où celui-ci peut s'avérer suffisant, dans un cas particulier, pour établir le lien de subordination entre une personne et un travailleur. Au même titre, il n'est pas interdit que les tribunaux québécois puissent, de pair, utiliser le critère à quatre volets de l'arrêt *Wiebe Door* en plus d'autres éléments, indices d'encadrement ou facteurs de détermination selon les faits précis du cas à l'étude, aux fins de déterminer l'existence d'un lien de subordination.

Il faut bien mentionner enfin qu'il n'y a pas de règle ou de principe consacré par la jurisprudence quant à la détermination du statut d'un travailleur œuvrant dans un domaine particulier. On ne peut donc tirer de conclusions générales voulant que pour un type de travail, que ce soit par exemple un représentant d'assurances, un consultant en informatique ou encore un courtier, la détermination du statut du travailleur devienne sans équivoque. Il faut se rappeler qu'à moins de faits identiques, cette détermination est fonction des faits de chaque dossier et de l'appréciation que le tribunal en fera.

Dans la présente partie, nous effectuerons donc une analyse des jugements récents rendus par la Cour d'appel fédérale relativement à l'application de lois fédérales dans la province de Québec.

1. ARRÊTS DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE DU CANADA

1.1. ARRÊT *WOLF* C. *CANADA*[7]

La Cour d'appel fédérale avait à déterminer le statut du travailleur, M. Wolf, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[8].

M. Wolf avait fourni des services à Canadair en tant que consultant en aérospatiale en vertu d'un contrat avec la société Kirk-Mayer. Il pouvait être appelé à travailler sur plusieurs projets en même temps. Personne ne lui indiquait comment effectuer son travail et il exécutait sa prestation seul. Wolf avait accès à un ordinateur spécialisé pouvant traiter une quantité considérable d'informations et avait également accès aux archives de Canadair. Aucune promesse de contrat pour l'avenir n'avait été faite à

---

7 [2002] 4 C.F. 396 (C.A.) (ci-après « *Wolf* »).

8 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

M. Wolf et il ne participait pas au fonds de retraite, non plus qu'aux avantages sociaux. Il ne bénéficiait d'aucune option d'achat d'actions. Pour ses années d'imposition 1990 à 1995, le ministre a refusé la déduction de dépenses d'entreprise en considérant que Wolf avait gagné un revenu d'emploi[9].

La Cour d'appel fédérale devait conclure que Wolf avait un statut d'entrepreneur au sens de l'article 2098 C.c.Q. Elle précisait également que l'existence d'une convention tripartite ou la présence d'un intermédiaire entre la personne qui embauche et la personne qui exécute le travail n'avait aucun effet sur la qualification juridique des services rendus.

La juge Desjardins devait affirmer que la distinction entre un contrat de travail et un contrat de services, aux termes du *Code civil du Québec*, pouvait être examinée à la lumière des critères élaborés au cours des années tant en droit civil qu'en common law. C'est ainsi qu'elle devait conclure, en appliquant le critère à quatre volets de l'affaire *Wiebe Door* et de l'arrêt *671122 Ontario Ltd*. c. *Sagaz Industries Canada Inc*.[10], que le volet « contrôle » était neutre dans les circonstances et incompatible avec le statut soit de travailleur autonome, soit de salarié. En appliquant les autres volets, soit la propriété des outils et le degré de risque financier ainsi que les chances de profit, la juge Desjardins conclut que Wolf était un travailleur autonome.

Nous tenons à mentionner que le volet « contrôle » analysé par la juge Desjardins faisait nécessairement référence, selon nous, à la notion de « contrôle immédiat » et non au contrôle au sens large. À l'instar de M^e^ Robert P. Gagnon, nous sommes d'avis que la notion de contrôle dont fait état l'article 2085 C.c.Q. est beaucoup plus large que celle du « contrôle immédiat ». Par ailleurs, nous croyons que le « contrôle immédiat » peut, selon les faits, se retrouver comme indice, étant un facteur parmi d'autres, permettant de déterminer s'il existe un lien de subordination et, par voie de conséquence, s'il existe un contrôle suffisant (au sens large) sur le travailleur conformément à l'article 2085 C.c.Q. Ainsi, le « contrôle immédiat » serait, selon nous, un indice parmi tant d'autres permettant de déterminer s'il existe un contrôle, au sens plus large, tel qu'il est requis par le *Code civil du Québec*.

---

9 L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, qui est entré en vigueur le 1^er^ juin 2001, ne s'appliquait donc pas aux années visées par les avis de cotisation.

10 [2001] 2 R.C.S. 983 (ci-après « *Sagaz* »).

Le juge Décarie devait préciser, pour sa part, que les dispositions du nouveau Code civil ne modifiaient pas de façon substantielle l'état antérieur du droit au Québec quant à la détermination du statut d'employé ou de travailleur autonome. Il réaffirmait donc l'application des articles 2085 et 2099 C.c.Q.

Par ailleurs, le juge Décarie a mis l'accent sur le contrat intervenu entre les parties et sur les circonstances permettant de découvrir la véritable réalité contractuelle de celles-ci. Il insista sur le fait qu'en droit civil, comme en common law, l'ensemble de la relation entre les parties doit être analysée (intention des parties) afin de déterminer s'il existe un lien de subordination. Après avoir revu les circonstances dans lesquelles le contrat avait été formé, l'interprétation que les parties en avait donnée ainsi que l'usage dans l'industrie aérospatiale, il conclut que M. Wolf n'était pas dans une position de subordination.

Nous sommes d'avis que cette démarche est conforme aux principes du droit civil québécois, notamment aux articles 1425 et suivants C.c.Q.

1.2. ARRÊT *LE LIVREUR PLUS INC.* C. *CANADA*[11]

Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale devait déterminer, aux fins de l'assurance-emploi, si les livreurs de Livreur Plus Inc. étaient des employés de celle-ci ou s'ils étaient des entrepreneurs indépendants.

Des contrats de livraison ont été conclus entre Livreur Plus Inc. et diverses pharmacies du Québec. Livreur Plus Inc. a sous-traité l'exécution de ces contrats avec des livreurs indépendants. Il appert que l'intention des parties auxdits contrats était que les relations entre les livreurs indépendants et Livreur Plus Inc. soient de type entrepreneur/sous-traitant. Bien que les livreurs indépendants aient dû s'astreindre à un certain horaire et qu'ils aient reçu une rémunération minimale garantie, ils devaient fournir leur propre véhicule et en assumer tous les frais d'exploitation et d'entretien.

La Cour d'appel fédérale réaffirmait le principe selon lequel l'intention déclarée des parties quant à la nature de leur relation contractuelle devait être analysée afin de déterminer s'il existait un lien de subordination. Elle précisait de plus que le critère à quatre volets énoncé dans l'arrêt *Wiebe Door*, à savoir le degré de contrôle, la propriété des instruments de travail, les chances de bénéfices et les risques de pertes et enfin l'intégration, n'était

---

[11] [2004] A.C.F. n° 267 (C.A.F.) (ci-après « *Livreur Plus* »).

qu'un point de repère. Toutefois, ce critère à quatre volets, bien qu'il ait été utilisé comme point de repère, fut tout de même analysé par la Cour d'appel fédérale afin de déterminer le lien de subordination.

La Cour ajoutait cependant qu'il ne fallait pas au plan du contrôle confondre le contrôle du résultat et le contrôle de l'exécution des travaux par l'ouvrier chargé de les réaliser. La Cour d'appel fédérale devait donc établir que les livreurs indépendants de Livreur Plus Inc. n'étaient pas des employés.

1.3. ARRÊT *9041-6868 QUÉBEC INC. C. MRN*[12]

La Cour d'appel fédérale devait déterminer si M. Tambeau occupait un emploi assurable auprès de la société 9041-6868 Québec inc. aux fins de l'assurance-emploi.

Il est important de mentionner que la Cour, dans cette affaire, a clairement établi que le contrat de louage de services devait être analysé à la lumière du droit québécois lorsque le droit provincial est celui du Québec. Elle reprit en effet l'application de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* qui en codifie le principe.

La Cour d'appel fédérale réitéra le principe de l'interprétation d'un contrat tel que celui-ci est prévu à l'article 1425 C.c.Q. en précisant qu'il faut rechercher l'intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés à un contrat. Qui plus est, la Cour invoque l'article 1426 C.c.Q. qui prévoit, pour sa part, que l'on doit tenir compte de la nature du contrat pour l'interpréter, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages. Plus précisément, en recherchant l'intention des parties au contrat conclu entre elles, les agissements de celles-ci doivent également être analysés. Finalement, la Cour d'appel fédérale applique les articles 2085, 2098 et 2099 C.c.Q., lesquels prévoient la différence entre un contrat de travail et un contrat d'entreprise au Québec.

Cette approche retenue par la Cour d'appel fédérale est, croyons-nous, conforme à ce que cette même Cour avait énoncé, de manière plus timide, dans les affaires *Livreur Plus* et *Wolf*.

---

12 [2005] C.A.F. 334 (ci-après « *9041-6868 Québec inc.* »).

Bien que la Cour d'appel fédérale ait énoncé que le contrat, l'interprétation que les parties en ont faite ainsi que les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu étaient des facteurs importants, elle a réitéré les propos de M[e] Robert P. Gagnon afin de préciser ceci :

> « Il est intéressant de noter qu'en droit civil québécois, la définition même du contrat de travail met l'accent sur "la direction ou le contrôle" (art. 2085 CCQ), ce qui fait du contrôle l'objet même de l'exercice et donne beaucoup plus qu'un simple indice d'encadrement […][13]. »

Ainsi, en rapportant les propos de Robert P. Gagnon, la Cour ne pouvait faire référence à la notion de « contrôle immédiat » mais plutôt à celle de la « subordination juridique au sens large », telle que celle-ci est définie par M[e] Gagnon, soit la faculté, laissée à celui qu'on reconnaîtra comme employeur, de déterminer le travail à exécuter, d'encadrer cette exécution et de la contrôler[14].

La Cour d'appel fédérale devait conclure qu'il s'agissait dans cette affaire d'un contrat de travail plutôt que d'un contrat d'entreprise au sens du *Code civil du Québec*.

1.4. ARRÊT *COMBINED INSURANCE COMPANY OF AMERICA* C. *MRN*[15]

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer, aux fins de l'assurance-emploi, si le travail exécuté par Mélanie Drapeau pour Combined Insurance Company of America (ci-après « Combined ») avait été exécuté en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise.

Combined est une compagnie d'assurances dont l'objet est la vente à travers le Canada de différentes polices d'assurance. M[me] Drapeau avait signé deux contrats avec Combined et s'engageait à faire le placement de contrats d'assurance à son propre compte en qualité d'entrepreneur indépendant. Celle-ci était rémunérée sous forme de commissions et agissait pour Combined sur une base non exclusive. Elle avait été recrutée par M. Jean-Guy St-Laurent, gérant de district, lui-même sous contrat avec Combined en tant qu'entrepreneur indépendant. Combined avait dispensé des cours de formation à M[me] Drapeau et un stage obligatoire avait été effectué par celle-ci afin de se conformer aux exigences de la réglementation

---

13 *Id*., par. 12.

14 R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 6.

15 [2007] C.A.F. 60 (ci-après « *Combined Insurance Company of America* »).

en matière d'assurance. M. St-Laurent agissait à titre de maître de stage auprès de M^me^ Drapeau et supervisait les actes que posait cette dernière dans le cadre de sa formation, puisque l'assurance responsabilité devait entrer en vigueur strictement à la fin du stage, soit au moment où l'Autorité des marchés financiers allait décerner un permis de vente d'assurances à M^me^ Drapeau.

M. St-Laurent était en droit de recevoir une quote-part des primes générées par la vente de nouvelles polices par les représentants de son équipe, dont M^me^ Drapeau faisait partie. Combined ne mettait aucun bureau à la disposition de M^me^ Drapeau. Aucun service téléphonique ou de papeterie ne lui était offert. Les coûts devaient être supportés par celle-ci. Elle devait également supporter le coût de tout matériel de promotion, incluant les cartes professionnelles, et utiliser son propre véhicule automobile et en acquitter toutes les dépenses.

Pour l'année d'imposition concernée, M^me^ Drapeau déclara avoir reçu des revenus à titre de travailleur autonome et avait déduit de ses revenus les dépenses qu'elle avait engagées pour les gagner. Elle a affirmé qu'elle savait qu'un employé ne pouvait déduire de telles dépenses.

La Cour d'appel fédérale jugea que les agissements des parties étaient conformes au contrat intervenu entre celles-ci. Elle devait établir que l'intention des parties était effectivement que M^me^ Drapeau offrait ses services à titre d'entrepreneur indépendant.

La Cour d'appel fédérale a précisément fondé son analyse de la question sur les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* (art. 2085, 2098 et 2099 C.c.Q.).

La recherche de l'intention des parties, conformément aux articles 1425 et suivants C.c.Q., et les agissements de celles-ci ont permis à la Cour d'appel fédérale de déterminer s'il existait **un lien de subordination** entre M^me^ Drapeau et Combined.

Plus précisément, la Cour d'appel fédérale conclut qu'il n'existait pas de lien de subordination entre Combined et M^me^ Drapeau. Pour ce faire, elle a non seulement repris le critère à quatre volets énoncé dans l'affaire *Wiebe Door* et dans l'arrêt *Sagaz*, mais elle a également appliqué une série d'autres éléments ou facteurs déterminants tels que ceux-ci :

- la présence obligatoire au lieu de travail et le respect de l'horaire de travail;

- le contrôle des absences pour vacances;

- les pouvoirs de sanction;

- l'imposition des moyens d'exécution du travail;

- la remise de rapports d'activités;

- le contrôle de la qualité et de la quantité de travail.

Nous sommes d'avis qu'il ressort clairement de cet arrêt que l'analyse de la Cour d'appel fédérale, eu égard à la détermination du statut d'employé ou de travailleur indépendant dans la province de Québec, demeure conforme aux jugements mentionnés plus haut, soit les affaires *Wolf*, *Livreur Plus* et *9041-6868 Québec inc.* Le fait d'avoir utilisé le critère à quatre volets énoncé dans l'arrêt *Wiebe Door* et repris dans l'arrêt *Sagaz*, en plus des éléments, indices ou facteurs déterminants mentionnés plus haut, n'a aucunement pour résultat, selon nous, d'écarter le principe de bijuridisme au Canada.

Pourtant, c'est en invoquant l'atteinte à ce principe que Sa Majesté la Reine porta devant la Cour suprême du Canada une autorisation d'appeler de cette décision. Dans son mémoire, la Couronne prétendait que la Cour d'appel fédérale avait écarté le principe du bijuridisme au Canada en appliquant, parmi les facteurs servant à déterminer l'existence d'un lien de subordination au Québec, le critère à quatre volets établi dans la célèbre affaire *Wiebe Door*.

Avec égards, nous ne croyons pas que la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Combined Insurance Company of America*, ait mis de côté ce principe reconnu. La Cour suprême du Canada devait d'ailleurs rejeter la demande d'autorisation d'en appeler.

Dans la mesure où les tribunaux partent du principe qu'en droit québécois il faut déterminer s'il existe un lien de subordination au sens du *Code civil du Québec*, afin d'établir si une personne exécute un travail comme employé ou travailleur indépendant, tous les critères, éléments, indices ou facteurs peuvent être utilisés pour en arriver à une telle détermination, selon les faits propres à chaque dossier.

Nous rappelons que l'utilisation, au Québec, de critères, d'éléments, d'indices ou de facteurs qui ont également été utilisés dans les provinces de common law (ou qui tirent leur origine de ces provinces) pour déterminer le statut d'un employé ou d'un travailleur indépendant ne peut être considéré comme une importation des principes de common law en droit québécois. Comme la Cour d'appel l'a d'ailleurs mentionné dans l'arrêt *Combined Insurance Company of America*, il ne s'agit que d'indices ou de points de repère qui peuvent s'avérer utiles, même au Québec, pour déterminer, dans les faits, si nous sommes en présence d'un lien de subordination[16].

CONCLUSION

Il semble que certains tribunaux et auteurs de doctrine associent l'expression « lien de subordination » à la notion de « contrôle » telle que celle-ci a été définie dans le critère à quatre volets établi par les affaires *Wiebe Door* et *Sagaz*, soit « le contrôle immédiat ».

Le juge Pierre Archambault, dans son ouvrage relatif au contrat de travail, réaffirme le principe selon lequel le *Code civil du Québec* requiert l'existence d'un lien de subordination aux fins de déterminer le statut d'un travailleur. Le juge Archambault nous enseigne ceci :

> « En vertu du Code civil, une fois que l'existence du lien de subordination est établie, il n'est pas nécessaire de considérer les autres critères, comme celui de l'entreprise, comportant notamment les trois éléments suivants : la propriété des outils, la possibilité de profit et le risque de perte[17]. »

Avec égards, nous sommes en désaccord avec le juge Archambault sur cette affirmation, puisque celle-ci semble vouloir limiter la détermination du lien de subordination à l'élément « contrôle » (soit le « contrôle immédiat ») tel qu'il a été développé dans l'affaire *Wiebe Door*. Rien n'empêche que les autres éléments (ou volets) du critère établi dans cette affaire puissent servir à établir la présence d'un lien de subordination au Québec.

---

16 *Id.*, par. 38.

17 Pierre ARCHAMBAULT, « Contrat de travail : Pourquoi *Wiebe Door Services Ltd*. ne s'applique pas au Québec et par quoi on doit le remplacer », dans *L'Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien : Deuxième recueil d'études en fiscalité (2005)*, Montréal, Association de planification fiscale et financière - Ministère de la Justice du Canada, 2005, pp. 2:1-86, à la page 2:44.

Se référant, de toute évidence, aux propos de la juge Desjardins dans l'affaire *Wolf*, il affirme également qu'il n'est pas possible de conclure que le critère de contrôle puisse être neutre et qu'il ne puisse constituer un bon indice afin de déterminer la nature du contrat entre les parties[18]. Nous réitérons, à cet égard, que la notion de contrôle dont fait mention la juge Desjardins dans l'affaire *Wolf* est, selon nous, celle du « contrôle immédiat » eu égard à l'application du critère à quatre volets établi par les affaires *Wiebe Door* et *Sagaz*.

La détermination d'un lien de subordination se fait par l'analyse d'éléments, d'indices ou de facteurs qui nous amèneront à conclure qu'une personne effectue un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur. Ce contrôle dont fait mention le *Code civil du Québec* ne peut consister au seul « contrôle immédiat » tel que cette notion avait été élaborée par les tribunaux de common law.

En effet, tel qu'il est relaté par M^e^ Robert P. Gagnon :

> « Historiquement, le droit civil a d'abord élaboré une notion de subordination juridique dite stricte ou classique […] caractérisée par le contrôle immédiat exercé par l'employeur sur l'exécution du travail de l'employé quant à sa nature et à ses modalités. […] cette notion s'est progressivement assouplie pour devenir une notion de subordination juridique au sens large. Il est devenu irréaliste qu'un employeur soit en mesure de dicter ou même de surveiller de façon immédiate l'exécution du travail. On en est ainsi venu à assimiler la subordination ou la faculté, laissée à celui qu'on reconnaîtra alors comme l'employeur, de déterminer le travail exécuté, d'encadrer cette exécution et de la contrôler. En reversant la perspective, le salarié sera celui qui accepte de s'intégrer dans le cadre de fonctionnement d'une entreprise pour la faire bénéficier de son travail[19]. » (Notre soulignement)

Nous sommes donc d'avis que l'état actuel du droit veut que le critère à quatre volets établi par les affaires *Wiebe Door* et *Sagaz* puisse servir de point de repère ou d'indice aux tribunaux québécois afin de déterminer l'existence d'un lien de subordination au sens du *Code civil du Québec*, au même titre que les autres critères, éléments, indices ou facteurs de détermination tels que ceux-ci seront plus amplement énumérés par notre consœur, M^e^ Allard, à la partie B du présent texte.

---

18 *Id*., 2:44-45.

19 R. P. GAGNON, *op. cit.* note 6.

D'ailleurs, nous vous rappelons que la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Combined Insurance Company of America* a rejeté la demande de permission d'en appeler de Sa Majesté la Reine qui invoquait plus particulièrement que la Cour d'appel fédérale, dans cette affaire, avait écarté le principe du bijuridisme au Canada en appliquant, entre autres, le critère à quatre volets des arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz*.

PARTIE B

Marie-Pierre Allard, avocate, M. Fisc.
Professeure agrégée
Université de Sherbrooke

INTRODUCTION*

Notre confrère M^e^ Yves St-Cyr a fait état de la jurisprudence récente de la Cour d'appel fédérale. Nous ne partageons pas toutes ses conclusions à l'égard de ces décisions, mais notre analyse de celles-ci a été exposée dans un article publié récemment[1]. Nous ne reprendrons pas cette analyse ici, mais nous soulignons l'importance qu'il faut accorder, à notre avis, à l'application du *Code civil du Québec*[2] lorsqu'il est nécessaire d'interpréter la notion d'« employé » aux fins de l'application d'une loi fédérale au Québec[3]. Or, en droit civil, l'article 2085 C.c.Q. prévoit que le critère distinctif d'un contrat de travail est le lien de subordination, c'est-à-dire le pouvoir de direction ou de contrôle de l'employeur sur l'employé. Le droit civil est à cet égard différent de la common law, qui prescrit une démarche globale intégrant plusieurs critères, notamment celui du contrôle, mais sans qu'aucun de ces critères ne soit prépondérant[4]. Il est donc important, à notre avis, de ne pas appuyer l'analyse du lien de subordination en droit civil sur des précédents de common law. Bien que le résultat final quant au statut du travailleur puisse être le même dans une situation de faits donnée, et bien que les critères de common law puissent parfois correspondre à certains indices de l'existence d'un lien de subordination en droit civil, il est important d'appliquer un cadre d'analyse fondé uniquement sur le droit civil : il en va de la préservation du caractère bijuridique du Canada, et de la protection de

---

* L'auteure est professeure agrégée à la Faculté d'administration de l'Université de Sherbrooke.

1 Marie-Pierre ALLARD et Chantal JACQUIER, « La valse-hésitation de la Cour d'appel fédérale dans l'application des lois fédérales au Québec », (2007), vol. 28, n^o^ 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 19-58.

2 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

3 *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21 et mod., art. 8.1.

4 *Wiebe Door Services Ltd.* c. *MRN*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.) (ci-après « *Wiebe Door* »); *671122 Ontario Ltd.* c. *Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983 (ci-après « *Sagaz* »).

la tradition de droit civil de la province de Québec, qui « témoigne du caractère unique de la société québécoise »[5].

Nous sommes toutefois d'accord avec M[e] St-Cyr pour adopter la définition large de la notion de lien de subordination en droit civil, proposée par M[e] Robert P. Gagnon :

> « Historiquement, le droit civil a d'abord élaboré une notion de subordination juridique dite stricte ou classique qui a servi de critère d'application du principe de la responsabilité civile du commettant pour le dommage causé par son préposé dans l'exécution de ses fonctions (art. 1504 C.c.B.-C.; art. 1463 C.c.Q.). Cette subordination juridique classique était caractérisée par le contrôle immédiat exercé par l'employeur sur l'exécution du travail de l'employé quant à sa nature et à ses modalités. Elle s'est progressivement assouplie pour donner naissance à la notion de subordination juridique au sens large. La diversification et la spécialisation des occupations et des techniques de travail ont, en effet, rendu souvent irréaliste que l'employeur soit en mesure de dicter ou même de surveiller de façon immédiate l'exécution du travail. On en est ainsi venu à assimiler la subordination à la faculté, laissée à celui qu'on reconnaîtra alors comme l'employeur, de déterminer le travail à exécuter, d'encadrer cette exécution et de la contrôler. En renversant la perspective, le salarié sera celui qui accepte de s'intégrer dans le cadre de fonctionnement d'une entreprise pour la faire bénéficier de son travail. En pratique, on recherchera la présence d'un certain nombre d'indices d'encadrement, d'ailleurs susceptibles de varier selon les contextes : présence obligatoire à un lieu de travail, assignation plus ou moins régulière du travail, imposition de règles de conduite ou de comportement, exigence de rapports d'activité, contrôle de la quantité ou de la qualité de la prestation, etc. Le travail à domicile n'exclut pas une telle intégration à l'entreprise[6]. » (Notre soulignement)

M[e] Gagnon fait ainsi ressortir que le droit civil a trouvé sa propre solution au problème de l'insuffisance du critère du « contrôle » au sens strict, c'est-à-dire le contrôle immédiat sur l'exécution du travail, dans un contexte de bouleversement du monde du travail et de spécialisation grandissante des travailleurs. Le droit civil a ainsi évolué vers une conception plus large du lien de subordination juridique, et ce, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux critères élaborés par la common law pour résoudre le même problème.

---

5 *Loi d'harmonisation n[o] 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, Préambule. Sur cette question, voir l'argumentation développée dans M.-P. ALLARD et C. JACQUIER, *loc. cit.*, note 1.

6 Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5[e] éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 67.

Nous effectuerons donc une analyse de certains jugements récents de la Cour canadienne de l'impôt ainsi que des tribunaux québécois, afin de dégager quels sont les facteurs qui peuvent indiquer la présence ou l'absence d'un lien de subordination au sens de l'article 2085 C.c.Q. Le présent texte ne vise pas à faire une revue exhaustive de la jurisprudence sur ce sujet, mais à présenter des décisions choisies pour leur intérêt et leur représentativité eu égard à la démarche applicable.

Par la suite, nous présenterons une synthèse de ces facteurs de détermination de l'existence d'un lien de subordination, tirés de la jurisprudence.

1. DÉCISIONS DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

1.1. AFFAIRE *CARREAU* C. *LA REINE*[7]

Dans cette décision du juge Paul Bédard, la question en litige consistait à déterminer, aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[8], si le contribuable était actionnaire d'une société exploitant une « entreprise de prestation de services personnels »[9].

M. Carreau était un informaticien, actionnaire unique de la société 9043-5769 Québec inc. (ci-après « 9043 »). Cette société avait conclu un contrat de sous-traitance pour une autre société, Sodéfi informatique inc., qui avait contracté avec Hydro-Québec pour la fourniture de certains services d'analyse et de programmation. À la suite de la décision du ministre du Revenu national de qualifier 9043 d'entreprise de prestation de services personnels, de nouvelles cotisations avaient été émises. Après la faillite de 9043, M. Carreau, qui avait reçu des dividendes de la société au cours des années visées par les nouvelles cotisations, fut personnellement cotisé en vertu de l'article 160 L.I.R.

Il s'agissait donc de savoir si 9043 était une entreprise de prestation de services personnels, et partant, si M. Carreau aurait raisonnablement pu être considéré comme un employé de la personne à laquelle les services étaient fournis, n'eût été l'existence de 9043. Il fallait donc déterminer l'existence d'un lien de subordination entre Hydro-Québec et M. Carreau.

---

7 2006 D.T.C. 2230 (C.C.I.) (ci-après « *Carreau* »).

8 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

9 Par. 125(7) « entreprise de prestation de services personnels » L.I.R.

Les faits pertinents étaient les suivants. M. Carreau travaillait à temps plein pour Hydro-Québec et n'avait aucun autre client. La société 9043 recevait des honoraires à tarif fixe pour chaque heure réellement travaillée par M. Carreau. Ce dernier avait l'obligation de travailler dans les locaux d'Hydro-Québec, sur des ordinateurs appartenant à celle-ci. Les mandats lui étaient assignés par le patron de l'équipe informatique, sur une base régulière, et M. Carreau ne participait pas aux décisions quant à l'aspect budgétaire des projets d'Hydro-Québec. Personne ne lui donnait d'instructions sur la façon d'exécuter son travail, puisque personne chez Hydro-Québec ne possédait les compétences pour ce faire. En outre, M. Carreau devait respecter le même horaire de travail que les employés d'Hydro-Québec afin de pouvoir communiquer avec eux. Il devait aviser Hydro-Québec en cas d'absence ou de congé, et il ne bénéficiait d'aucun des avantages réservés aux employés d'Hydro-Québec (vacances payées, congés de maladie, régime de retraite, etc.).

Afin de déterminer l'existence d'une relation employeur-employé, le juge Bédard établit d'emblée que le cadre d'analyse applicable doit être celui qui est prévu au *Code civil du Québec* :

> « Pour répondre à cette question, il faudra déterminer essentiellement s'il y avait ou non un lien de subordination "*de facto*" entre l'appelant et Hydro, car on peut dire qu'au Québec, ce qui distingue fondamentalement un entrepreneur d'un employé est l'absence, dans le premier cas, d'un lien de subordination entre le prestataire de services et le client et la présence, dans le second cas, du droit de l'employeur de diriger et de contrôler l'employé. En effet, il faut se rappeler que quand les tribunaux ont à définir des notions de droit privé québécois aux fins de l'application d'une loi fédérale, ils doivent se conformer à la règle d'interprétation à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* du Canada. Ainsi, pour distinguer un entrepreneur d'un employé, on est tenu, du moins depuis le 1er juin 2001, de se fonder sur les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* (C.C.Q.). Ces règles sont incompatibles avec les règles énoncées dans des arrêts comme *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553, et *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983. Contrairement à la situation en common law, les éléments constitutifs des contrats de travail ont été codifiés et les tribunaux n'ont plus, depuis l'entrée en vigueur de l'article 2085 C.C.Q. et de l'article 2099 C.C.Q., le 1er janvier 1994, la latitude qu'ont les tribunaux de common law pour définir ce qui constitue un contrat de travail ou un contrat d'entreprise. S'il est nécessaire de s'appuyer sur des décisions jurisprudentielles pour déterminer si l'appelant a rendu "*de facto*" des services à Hydro à titre d'employé ou d'entrepreneur, il faudra choisir celles qui ont appliqué une approche conforme aux principes de droit civil[10]. » (Notre soulignement)

---

[10] *Carreau*, précité, note 7, 2232.

Le juge Bédard est donc d'avis que les précédents de common law n'ont pas d'application au Québec, et que la question doit être tranchée uniquement à la lumière du *Code civil du Québec*. Toutefois, il ajoute que certains indices de l'existence ou de l'absence d'un lien de subordination peuvent être utilisés en droit civil, même s'ils sont également utilisés en common law :

> « Pour ce faire, des indices d'autonomie tels que ceux qui ont été utilisés dans l'affaire *Wiebe Door*, précitée, soit la propriété des outils et le risque de perte ou la possibilité de profit, pourront être utilisés pour démontrer qu'il y avait absence de lien de subordination entre l'appelant et Hydro. Bien que ces indices d'autonomie ne sont pas des éléments essentiels à un contrat de service, ils peuvent toutefois être très révélateurs à l'égard de l'absence d'un lien de subordination[11]. » (Notre soulignement)

Le tribunal conclut que dans un tel cas de travailleur spécialisé, où le contrôle ne peut s'exercer directement sur la manière d'exécuter le travail, le lien de subordination doit être interprété dans son sens large :

> « Dans un tel cas, le lien de subordination peut se traduire par l'imposition de règles de conduite ou par les directives du donneur d'ouvrage sur l'endroit où les travaux doivent être exécutés et sur le moment et le délai dans lequel le travail doit être effectué. Ce lien de subordination peut aussi se traduire par un degré élevé d'intégration du travailleur aux activités du donneur d'ouvrage, ce qui est en soi un indice de lien de subordination[12]. » (Notre soulignement)

---

[11] *Id.* Dans l'affaire *9079-6038 Québec inc.* c. *MRN*, [2005] C.C.I. 743 (ci-après « *9079-6038* »), au paragraphe 13, le juge Paul Bédard précisait ainsi sa pensée quant à l'utilisation de tels indices d'autonomie :

> « Je suis d'avis toutefois que contrairement à l'approche en common law, une fois qu'un juge est en mesure de conclure à l'absence d'un lien de subordination, son analyse s'arrête là pour déterminer s'il s'agit d'un contrat de service. Il n'est pas nécessaire de considérer la pertinence de la propriété des outils ainsi que le risque de perte ou la possibilité de profit, puisqu'en vertu du *Code civil*, l'absence du lien de subordination constitue le seul élément constitutif du contrat de service qui le distingue du contrat de travail. Les éléments tels la propriété des outils et les risques de perte ou la possibilité de profit ne sont pas des éléments essentiels à un contrat de service. Par contre, l'absence d'un lien de subordination est un élément essentiel. À l'égard des deux formes de contrat, il faut décider s'il existe ou non un lien de subordination. Évidemment, le fait que le travailleur se comportait comme entrepreneur pourrait être un indice de l'absence de lien de subordination. »

[12] *Carreau*, précité, note 7, 2233-2234.

Le juge Bédard, après avoir analysé l'ensemble des faits afin d'y déceler des indices de l'existence d'un lien de subordination, conclut qu'il existe effectivement un tel lien. L'obligation de travailler dans les locaux d'Hydro-Québec, le fait que le travailleur recevait des directives sur le moment et l'endroit où le travail devait être effectué et sur le respect d'un horaire déterminé, son obligation d'aviser en cas d'absence, ainsi que l'assignation régulière de tâches à exécuter, furent considérés comme des indices de la présence d'un lien de subordination. De plus, le juge conclut que le degré d'intégration de M. Carreau au sein de l'entreprise d'Hydro-Québec indiquait la présence d'un lien de subordination :

> « À mon avis, l'appelant a accepté de s'intégrer au cadre de fonctionnement d'Hydro pour la faire bénéficier de son travail. En l'espèce, l'appelant a consacré à un seul payeur environ 40 heures de travail par semaine à longueur d'année, et ce, pendant toute la période pertinente. La présence obligatoire à des lieux de travail assignés conformément à l'horaire établi de façon à ce que l'appelant puisse communiquer avec les autres employés d'Hydro me laisse ainsi croire que l'appelant était largement intégré à l'entreprise d'Hydro. L'assignation régulière de tâches à exécuter et l'imposition de règles de conduite m'amènent aussi à conclure qu'il y avait en l'espèce un degré élevé d'intégration de l'appelant aux activités d'Hydro, ce qui démontre en soi qu'il y avait un lien de subordination en l'espèce entre l'appelant et Hydro[13]. » (Notre soulignement)

Le degré d'intégration du travailleur à l'entreprise du payeur est en effet considéré comme un facteur dans l'analyse du lien de subordination en droit civil[14].

Le juge Bédard a donc analysé la preuve uniquement à la lumière du droit civil du Québec, sans avoir recours aux précédents de common law. Il a dégagé certains indices permettant de déceler la présence d'un lien de subordination. Bien que certains de ces indices puissent être similaires à ceux qui sont utilisés en common law, le cadre d'analyse demeure celui du droit civil.

1.2. AFFAIRE *HÔPITAL JUIF DE RÉADAPTATION* C. *MRN*[15]

Dans cette décision du juge Pierre Archambault, il s'agissait de déterminer si la travailleuse était une employée aux fins de l'application de

---

13 *Carreau*, précité, note 7, 2235.

14 R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 6, p. 67.

15 [2005] C.C.I. 260 (ci-après « *Hôpital Juif* »).

la *Loi sur l'assurance-emploi*[16]. M^me^ Boucher avait été embauchée comme orthophoniste afin de travailler dans 11 centres hospitaliers de soins de longue durée (ci-après « CHSLD ») relevant de l'Hôpital Juif de réadaptation (ci-après « Hôpital »). Selon la preuve présentée, l'Hôpital n'exerçait aucun contrôle immédiat sur la façon dont M^me^ Boucher exécutait son travail. Cependant, l'Hôpital payait sa prime d'assurance responsabilité, lui offrait de la formation gratuite pour laquelle ses heures étaient rémunérées, et lui versait le même salaire qu'aux employés salariés, majoré de 35 % afin de compenser les avantages sociaux.

Le juge Archambault a conclu que M^me^ Boucher était une employée de l'Hôpital. Selon lui, les règles du droit civil ne sont pas identiques à celles de la common law sur la question de la nature du contrat de travail, et les précédents de common law ne devraient donc pas être appliqués au Québec[17]. Selon lui, en droit civil québécois, la preuve doit être analysée sous deux volets, afin de pouvoir conclure à l'existence ou non d'un lien de subordination : d'une part, la preuve du contrat de travail et de l'intention des parties et, d'autre part, la preuve de l'exécution du contrat de travail.

Quant au premier volet, le juge Archambault explique que conformément à l'article 1425 C.c.Q., le contrat doit s'interpréter en fonction de l'intention commune des parties, c'est-à-dire l'intention exprimée lors de la conclusion du contrat, de même que l'intention qui se dégage implicitement de la conduite des parties dans l'application de leur entente. En l'espèce, le juge conclut que le contrat écrit ne prévoyait rien relativement au statut d'employée ou de travailleuse autonome de M^me^ Boucher. Quant à l'intention des parties, elle est ambiguë : selon les témoins de l'Hôpital, celui-ci considérait M^me^ Boucher comme une travailleuse autonome, mais plusieurs éléments dans l'attitude de l'Hôpital soulèvent un doute eu égard à sa véritable intention. Ainsi, par exemple : l'Hôpital payait les primes d'assurance responsabilité de M^me^ Boucher; l'Hôpital lui a envoyé une lettre dans laquelle on lui souhaitait la bienvenue parmi « notre équipe »; sa rémunération était majorée de 35 % pour tenir compte des avantages sociaux; l'Hôpital lui a non seulement payé de la formation, mais il la rémunérait pour y assister. Tous ces éléments paraissent contredire l'intention de l'Hôpital de considérer M^me^ Boucher comme une travailleuse autonome. Par contre, l'interprétation du contrat par M^me^ Boucher a toujours clairement été qu'elle se considérait comme une

---

16 L.C. 1996, c. 23.

17 *Hôpital Juif*, précité, note 15, par. 28.

employée. En somme, quant au premier volet, la preuve ne mène pas à une conclusion claire.

En ce qui a trait au deuxième volet, qui s'attarde à l'exécution du contrat, le juge Archambault le scinde en deux parties, la première étant la preuve directe du pouvoir de direction ou de contrôle, démontrant que l'employeur a effectivement exercé ce pouvoir :

> « [103] La meilleure preuve sera la preuve directe de faits établissant que le travail s'est réellement effectué sous la direction et le contrôle du payeur. Cette preuve pourra être faite par des documents ou témoignages révélant des directives précises données au travailleur non seulement sur le travail à accomplir (le "quoi"), mais aussi sur la manière de le faire (le "comment"), l'endroit où il doit être exécuté (le "où"), et le moment où il doit être effectué et dans quel délai (le "quand"). À ces faits, pourront s'ajouter ceux démontrant que le payeur a supervisé le travail, notamment en exigeant que le travailleur rende des comptes régulièrement, en remplissant régulièrement des fiches d'évaluation du travail accompli par le travailleur, en rencontrant celui-ci pour lui communiquer les résultats de l'évaluation et, peut-être, en le sanctionnant. Avec l'ensemble de tels éléments de preuve, il pourrait être relativement facile de conclure à l'existence d'un lien de subordination.
>
> […]
>
> [105] Une autre preuve directe de l'exercice du pouvoir de direction d'un employeur pourrait être celle établissant que le payeur forme le travailleur, à moins que la formation ne porte que sur la connaissance des produits à vendre. L'imposition de règles de conduite ou de comportement constitue aussi une preuve directe, sauf si les règles correspondent à des normes applicables peu importe le statut du travailleur, notamment des normes légales[18]. » (Notre soulignement)

Pour ce qui est de la deuxième partie, il s'agit d'analyser les indices de subordination, qui peuvent permettre de conclure à l'existence d'un lien de subordination même si le pouvoir de direction ou de contrôle n'a pas été exercé directement :

> « [106] Il faut rappeler que ce qui est la marque du contrat de travail, ce n'est pas le fait que la direction ou le contrôle a été exercé effectivement par l'employeur, mais le fait que l'employeur avait le pouvoir de les exercer. Dans des circonstances où l'employeur n'a pas exercé de façon régulière son pouvoir de direction ou de contrôle, il n'est pas aisé de faire la preuve de ce "pouvoir". Ce n'est donc pas étonnant que, pour résoudre ce problème, les tribunaux de common law ont opté pour des critères autres que celui du contrôle. Par contre,

---

[18] *Id.*, par. 31.

> au Québec, les tribunaux n'ont pas cette latitude. Ils doivent conclure à l'existence ou à l'absence du lien de subordination pour qualifier une entente soit de contrat de travail ou de contrat de service. Il faut donc avoir recours au moyen de la preuve par présomption de fait, soit celui de la preuve indirecte ou indiciaire.
>
> [107] Dans le choix et la pondération des indices, on doit avoir présentes à l'esprit les dispositions du Code civil elles-mêmes qui distinguent le contrat de travail du contrat de service. La question qu'il faut se poser est la suivante : est-ce qu'un fait indiciaire rend probable l'existence d'un pouvoir de direction ou de contrôle ou, au contraire, rend-il probable l'autonomie du travailleur dans l'exécution du contrat? Ce qui suit ne constitue qu'une liste bien partielle d'indices, qui pourra être modifiée et complétée. L'utilité, la pertinence et la valeur probante (faits "graves, précis et concordants") de ces indices et de ceux qu'on pourra y ajouter devront être appréciées selon les circonstances particulières de chaque cas[19]. » (Notre soulignement)

L'un de ces indices de subordination, selon le juge Archambault, est le degré d'intégration du travailleur dans les activités du payeur. Ce degré d'intégration peut lui-même être révélé par la présence de certains indices : la nature du travail (Le travailleur occupe-t-il un poste hiérarchique dans l'entreprise du payeur?); le nombre d'heures et de payeurs (Le travailleur a-t-il d'autres clients? Reçoit-il la majeure partie de ses revenus du payeur en cause?); le lieu du travail (Est-ce que le travail s'effectue à l'établissement du payeur?); la fourniture du matériel, de l'équipement et du personnel ainsi que le remboursement des dépenses; l'étendue du pouvoir décisionnel du travailleur; la propriété du résultat du travail accompli par le travailleur (La clientèle servie est-elle celle du payeur? Le payeur s'occupe-t-il de la perception des comptes? Le payeur détient-il la propriété intellectuelle du résultat des recherches du travailleur?).

En l'espèce, le juge Archambault conclut qu'il existe des preuves directes de l'exercice du pouvoir de direction ou de contrôle par l'employeur. Bien qu'il s'agissait d'une professionnelle qui avait beaucoup de latitude dans l'exécution de son travail et qu'elle pouvait décider de ses tâches et de son horaire, les deux supérieures de M^me^ Boucher à l'Hôpital définissaient les tâches à exécuter et lui ont donné des consignes à plusieurs reprises, notamment quant à l'opportunité de se présenter au travail dans certains CHSLD. De plus, lorsque M^me^ Boucher avait des problèmes ou devait prendre une décision, elle s'en remettait à la décision de sa superviseure.

---

19 *Id.*

Par ailleurs, le tribunal conclut qu'il existe des indices d'intégration de la travailleuse dans l'Hôpital, ce qui constitue en soi un indice de l'existence d'un lien de subordination. À cet égard, le juge mentionne la lettre adressée à M^me^ Boucher dans laquelle l'Hôpital lui souhaitait la bienvenue dans « notre équipe »; sa participation aux réunions d'équipe avec les autres employés; sa présence régulière dans les locaux de l'Hôpital; son travail à temps plein pour l'Hôpital, qui était sa seule source de revenus; le fait que l'Hôpital lui fournissait tout le matériel nécessaire pour ses présentations et lui remboursait les achats qu'elle faisait; le fait que l'Hôpital lui offrait de la formation et lui payait même ses heures pour y assister.

Le juge Archambault a ainsi établi un cadre d'analyse conforme au droit civil, et a élaboré certains indices permettant de déterminer l'existence ou non d'un lien de subordination.

1.3. AFFAIRE *LÉVESQUE* C. *MRN*[20]

Il s'agit également d'une décision en matière d'assurance-emploi, rendue cette fois par le juge Pierre Dussault. La question en litige était de déterminer si une gardienne d'enfants à domicile, M^me^ St-Jules, était l'employée de M. Lévesque, le père des enfants, aux fins de la *Loi sur l'assurance-emploi*. M^me^ St-Jules avait été embauchée pour garder les enfants de M. Lévesque au domicile de celui-ci, pour des périodes de trois à cinq jours par semaine. Il lui versait une rémunération fixe de 40 $ par jour. M^me^ St-Jules ne pouvait se faire remplacer par une autre personne, mais elle bénéficiait d'un horaire flexible : elle travaillait selon ses disponibilités et elle était libre de travailler ailleurs ou d'avoir d'autres activités. Elle n'avait aucune permission à demander lorsqu'elle n'était pas disponible, elle en informait simplement M. Lévesque et celui-ci devait alors trouver une autre gardienne. Lorsqu'elle s'occupait des enfants, M^me^ St-Jules ne recevait aucune instruction sur la façon d'exécuter son travail : elle était libre de faire ce qu'elle voulait avec les enfants, et M. Lévesque lui demandait un compte rendu à la fin de la journée.

Le juge Dussault a conclu que M^me^ St-Jules était une travailleuse autonome. Certains facteurs pouvaient indiquer la présence d'un lien de subordination[21] : le fait que M^me^ St-Jules rendait sa prestation de travail au

---

[20] [2005] C.C.I. 248 (ci-après « *Lévesque* »).

[21] Le juge Dussault cite notamment l'énumération des facteurs d'existence d'un lien de subordination que l'on retrouve dans l'affaire *Seitz* c. *Entraide populaire de*

(à suivre…)

domicile de M. Lévesque, le fait qu'elle ne pouvait se faire remplacer et le fait qu'elle avait une rémunération fixe de 40 $ par jour sans avoir aucune dépense à effectuer ou quoi que ce soit à fournir. Par contre, selon le juge Dussault, l'analyse ne s'arrête pas là : il faut « déterminer la relation globale des parties »[22] afin « d'établir dans quelle proportion les indices pouvant mener à la conclusion qu'il existe un lien de subordination sont prédominants par rapport aux autres »[23]. Selon lui, les indices de l'absence d'un lien de subordination étaient prépondérants en l'espèce : le fait que M^me^ St-Jules était libre de choisir les moyens d'exécution de son travail, le fait qu'elle choisissait son horaire de travail et qu'elle pouvait travailler ailleurs, et surtout l'intention des parties, qui avaient toujours considéré leur entente comme un contrat entre un client et une travailleuse autonome, et qui s'étaient toujours comportées comme tel. À souligner, le juge a tenu compte du contrat entre les parties et de leur intention commune, même s'il s'agissait d'un contrat verbal.

Quant au fait que M^me^ St-Jules devait rendre des comptes après chaque journée, le juge Dussault considère qu'il ne s'agit pas d'un facteur déterminant. Après avoir rappelé que selon la jurisprudence, « il ne faut pas confondre le contrôle du résultat et le contrôle du travailleur »[24], il s'exprime ainsi :

> « Quiconque a déjà fait garder ses enfants dira qu'il est tout à fait normal et habituel de demander un compte rendu à la gardienne à la fin de la soirée ou de la journée, tout comme il est normal de demander d'être avisé lorsque la gardienne prévoit faire des sorties à l'extérieur de la maison avec ses enfants. Le contraire démontrerait une certaine insouciance de la part des parents. Le fait que monsieur Lévesque demande un compte rendu à la fin de la journée ne peut être qu'un indice neutre ne pouvant servir à établir un lien de subordination entre l'appelant et madame St-Jules. L'appelant ne faisant que s'assurer un certain droit de regard étant donné la nature des services offerts par madame St-Jules, soit des services qui touchaient directement le bien-être de ses propres enfants. Même dans les garderies, le personnel fait rapport aux parents[25]. » (Notre soulignement)

(…suite)
Lanaudière inc., [2001] J.Q. n^o^ 7635 (C.Q.) (ci-après « *Seitz* »), qui sera analysée ci-dessous.

22 *Lévesque*, précité, note 20, par. 26.

23 *Id.*

24 *Id*., par. 24.

25 *Id*., par. 27.

Ce cas d'espèce démontre bien comment les facteurs indiquant la présence ou non d'un lien de subordination peuvent varier selon les circonstances et la nature particulière du contrat. Encore une fois, la Cour canadienne de l'impôt a analysé certains indices afin de déterminer l'existence d'un lien de subordination en droit civil, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des précédents de common law.

2. DÉCISIONS DES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS

2.1. AFFAIRE *SEITZ* C. *ENTRAIDE POPULAIRE DE LANAUDIÈRE INC.*[26]

Dans cette décision de la juge Monique Fradette, de la Cour du Québec, il s'agissait de déterminer si M. Seitz était un employé de l'Entraide populaire de Lanaudière inc. (ci-après « Entraide ») qu'il poursuivait pour congédiement sans cause juste et suffisante. L'Entraide, un organisme à but non lucratif, vendait des billets de loterie afin d'amasser des fonds pour venir en aide aux personnes démunies. L'organisme déterminait les points de vente, et le vendeur qui acceptait l'assignation devait se rendre au point de vente désigné et être présent pendant les heures d'ouverture. Les vendeurs étaient rémunérés selon le nombre de billets vendus. M. Seitz avait été embauché pour vendre ces billets de loterie dans les centres commerciaux et les expositions.

La Cour du Québec a décidé qu'il s'agissait en l'espèce d'un travailleur autonome. La juge Fradette rappelle d'abord que la subordination est « l'élément de qualification du contrat de travail le plus significatif »[27]. Elle ajoute que selon la jurisprudence, la subordination est définie comme « la faculté qu'a l'employeur de déterminer le travail à exécuter, de l'encadrer et de le contrôler »[28]. Elle développe ensuite une série de facteurs ou d'« indices d'encadrement » qui peuvent démontrer l'existence d'un lien de subordination :

> « La jurisprudence exige, pour qu'il y ait un contrat de travail, l'existence d'un droit de surveillance et de direction immédiate. Le simple fait qu'une personne donne des instructions générales sur la manière d'effectuer le travail, ou qu'elle se réserve un droit d'inspection et de supervision sur le travail, ne suffit pas à convertir l'entente en un contrat de travail.

---

[26] Précité, note 21.

[27] *Id*., par. 57.

[28] *Id*., par. 59.

> Une série d'indices développée par la jurisprudence permet au tribunal de déterminer s'il y a présence ou non d'un lien de subordination dans la relation des parties.
>
> Les indices d'encadrement sont notamment :
>
> - la présence obligatoire à un lieu de travail
> - le respect de l'horaire de travail
> - le contrôle des absences du salarié pour des vacances
> - la remise de rapports d'activité
> - le contrôle de la quantité et de la qualité du travail
> - l'imposition des moyens d'exécution du travail
> - le pouvoir de sanction sur les performances de l'employé
> - les retenues à la source
> - les avantages sociaux
> - le statut du salarié dans ses déclarations de revenus
> - l'exclusivité des services pour l'employeur[29] »

La Cour a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'indices d'encadrement en l'espèce. M. Seitz était libre d'accepter ou de refuser les assignations proposées par l'Entraide et il pouvait organiser ses horaires de travail comme il le souhaitait. L'organisme ne lui imposait aucun quota de vente et il était libre des moyens d'exécution de son travail. Par ailleurs, M. Seitz se considérait lui-même comme travailleur autonome, comme en faisaient foi ses déclarations de revenus[30], et contrairement à ce qu'il soutenait devant le tribunal afin d'obtenir compensation pour son congédiement.

---

29 *Id.*, par. 60-62.

30 Il convient de noter que la crédibilité de M. Seitz avait été sérieusement minée par le fait qu'il avait produit plusieurs déclarations de revenus frauduleuses, en ne déclarant pas tous ses revenus.

2.2. AFFAIRE *VEILLEUX* C. *SMRQ*[31]

Il s'agit également d'une décision de la Cour du Québec, rendue cette fois par le juge Peter Bradley. Le tribunal devait déterminer si M[e] Veilleux, une avocate, avait droit à l'exonération d'impôt prévue par le paragraphe 725d) de la *Loi sur les impôts*[32], à titre d'employée d'un organisme relié à l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU »).

M[e] Veilleux, qui exerçait par ailleurs sa profession dans un bureau de pratique privée pour son propre compte, avait été embauchée à titre de conseil commis d'office pour représenter un accusé indigent devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda (ci-après « TPIR »), un organisme de l'ONU. Elle avait été embauchée par le greffier du TPIR à titre de conseil principal pour cet accusé : elle dirigeait l'équipe de défense, assistée par un coconseil nommé par le greffier et payé par le TPIR. Son travail devait être effectué en partie dans les établissements du TPIR en Tanzanie et en Belgique, et en partie dans ses bureaux de Lévis; en effet, elle devait participer à des rencontres préparatoires avec l'accusé et avec les juges chargés du dossier, et assister aux audiences du TPIR à Arusha en Tanzanie. Lorsqu'elle travaillait dans les établissements du TPIR, elle avait un bureau à sa disposition, ainsi que tous les services et équipements nécessaires (secrétariat, bibliothèque, équipements informatiques, téléphone, photocopieur, etc.). Par ailleurs, tous les frais et dépenses nécessaires, notamment pour ses déplacements, lui étaient remboursés. M[e] Veilleux était rémunérée selon un taux horaire fixe, déterminé par le greffier du TPIR. Bien qu'elle ait eu d'autres clients dans le cadre de sa pratique privée pendant cette période, les revenus qu'elle recevait du TPIR représentaient la majeure partie de ses revenus (entre 70 et 80 %). Par contre, elle ne bénéficiait pas d'avantages sociaux tels que vacances, congés de maladie, assurance responsabilité ou régime de pension.

Le juge Bradley a retenu les critères suivants de la jurisprudence québécoise :

> « […] 1. l'intégration de l'individu à l'entreprise;
>
> 2. la subordination ou le contrôle;

---

31 [2006] R.D.F.Q. 184 (C.Q.) (ci-après « *Veilleux* »).

32 L.R.Q., c. I-3 et mod.

3. la possibilité de profits et pertes;

4. la propriété des outils, articles et instruments de travail[33]. »

Quant au premier critère, celui de l'intégration, le juge conclut que les éléments suivants démontrent l'intégration de M^e^ Veilleux au TPIR : les membres de l'équipe de défense qu'elle dirigeait étaient tous nommés et payés par le TPIR; elle devait exécuter son travail en bonne partie dans les établissements du TPIR; le TPIR mettait à sa disposition un bureau et tous les équipements et services nécessaires; ses dépenses étaient entièrement remboursées; une carte d'identité et une lettre de mission signée par le greffier l'identifiaient comme conseil principal d'un accusé auprès du TPIR; ses honoraires étaient fixés selon un taux horaire déterminé par le greffier et payés sur une base mensuelle régulière; M^e^ Veilleux travaillait essentiellement pour le TPIR, comme le démontre la part importante de ses revenus provenant du TPIR.

En ce qui concerne le second critère, celui que le juge appelle « la subordination ou le contrôle », il mentionne que l'intensité du contrôle varie en fonction du niveau hiérarchique ou du degré d'expertise ou de spécialisation du travailleur. Ainsi, dans un contrat de services professionnels, le contrôle ne portera pas directement sur les moyens d'exécution du travail :

> « Dès lors, l'élévation du niveau hiérarchique de l'emploi ou du savoir requis atténue énormément le degré de contrôle lequel portera non pas sur la façon d'exécuter le travail, mais plutôt sur la régularité de son accomplissement comme sur la qualité de son exécution.
>
> Ainsi, dans un contrat de services professionnels, le principal peut exercer un contrôle sur la prestation de services pour s'assurer que ceux-ci ont été bien rendus, mais n'a pas le contrôle sur le contenu professionnel des services rendus[34]. »

Le juge conclut qu'en l'espèce, le TPIR exerçait un tel contrôle sur la prestation de services de M^e^ Veilleux. En effet, il est d'avis qu'elle « faisait l'objet d'un rattachement hiérarchique et que sa prestation de travail était

---

33 *Veilleux*, précité, note 31, par. 38. Ces critères sont tirés de l'arrêt *Distributeurs Clé d'Or Inc.* c. *SMRQ*, [1988] A.Q. n^o^ 624 (C.A.) (ci-après « *Distributeurs Clé d'Or* »). Cet arrêt, rendu en 1988, ne se fondait pas sur l'article 2085 C.c.Q., qui n'était pas en vigueur à l'époque, mais sur la jurisprudence antérieure qui fut subséquemment codifiée dans le nouveau *Code civil du Québec.*

34 *Veilleux*, précité, note 31, par. 66-67.

suffisamment encadrée »[35] pour conclure à l'existence d'un contrôle de sa prestation de travail. Cette conclusion se fonde sur les éléments de fait suivants : M[e] Veilleux était assujettie à des règles et directives du TPIR; le greffier du TPIR pouvait lui retirer sa commission ou refuser ses honoraires; le greffier la remplaçait en cas d'absence pour maladie ou une autre cause; le greffier déterminait le taux horaire payable; et enfin, elle devait fournir des états détaillés du travail effectué.

Nous soulignons que le critère du « contrôle » dont il est question ici semble être celui du contrôle au sens strict ou classique du terme dont parle M[e] Robert P. Gagnon dans son ouvrage mentionné ci-dessus[36], et non le « lien de subordination » au sens moderne et élargi. En effet, les éléments de preuve retenus par le juge relativement à ce critère relèvent tous du contrôle immédiat de l'employeur sur la prestation de travail de l'employé. Ainsi, la démarche du juge Bradley n'est pas incompatible avec l'article 2085 C.c.Q. : les quatre « critères » qu'il mentionne, incluant le « contrôle » au sens strict du terme, servent à déterminer l'existence d'un « lien de subordination » au sens large, tel qu'il est défini par M[e] Gagnon.

Quant au troisième critère, celui des possibilités de profits et de pertes, le juge le décrit ainsi :

> « […] il faut se placer dans un perspective économique afin de déterminer si le contribuable a encouru les risques financiers inhérents à la conduite d'une entreprise ou s'il a tout simplement perçu une rémunération en vertu d'un contrat de travail[37]. »

En l'espèce, le juge a conclu que M[e] Veilleux n'avait aucun risque de perte ni chance de profit, en raison des éléments de fait suivants : elle ne pouvait représenter aucun autre accusé du TPIR et elle ne pouvait accepter de rémunération d'autre source qu'avec la permission de l'accusé qu'elle représentait; en cas de maladie ou d'autre cause de remplacement, c'est le greffier du TPIR qui nommait un autre conseil; elle était payée pour toutes ses heures travaillées, suivant justification, selon un taux horaire fixe déterminé par le TPIR; elle n'assumait pas de mauvaises créances; toutes ses dépenses étaient remboursées.

---

35 *Id*., par. 83.

36 R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 6.

37 *Veilleux*, précité, note 31, par. 86.

Pour ce qui est du quatrième critère mentionné par le juge, la propriété des outils, il conclut que ce critère n'est pas déterminant en l'espèce, puisque lorsque M^e^ Veilleux travaillait dans les établissements du TPIR, tous les équipements et services étaient fournis, mais lorsqu'elle travaillait dans son bureau de Lévis, elle fournissait ses propres outils de travail.

Cette décision de la Cour du Québec est fondée sur le droit civil. Bien que les quatre critères mentionnés par le juge Bradley ressemblent étrangement aux quatre volets du critère de l'arrêt *Wiebe Door*, la démarche du juge est compatible avec le *Code civil du Québec*, dans la mesure où l'on interprète ces quatre « critères » comme des facteurs démontrant l'existence d'un lien de subordination au sens large, tel qu'il est défini par la jurisprudence québécoise et par M^e^ Robert P. Gagnon[38].

2.3. AFFAIRE *97980 CANADA INC.* C. *SMRQ*[39]

Dans cet arrêt, la Cour d'appel du Québec a confirmé un jugement de la Cour du Québec[40] portant sur le statut d'employés ou de travailleurs autonomes de plusieurs artificiers, aux fins de l'application de diverses lois fiscales à l'employeur. Les artificiers étaient embauchés pour assumer la partie technique de la préparation des feux d'artifice. Ils travaillaient selon un plan déterminé par le directeur artistique, mis en œuvre par le directeur des opérations.

En première instance, la Cour du Québec a conclu qu'il s'agissait d'employés. Le juge Dumais a appliqué les quatre critères mentionnés dans l'affaire *Veilleux,* qui tiraient leur origine de l'arrêt *Distributeurs Clé d'Or* de la Cour d'appel du Québec.

Quant à la propriété des outils de travail, c'était le payeur qui fournissait les gros outils et les véhicules que les artificiers devaient utiliser. En ce qui concerne la possibilité de profits et pertes, les artificiers étaient payés soit à la journée, soit à la semaine et étaient assurés de leur rémunération, ils n'assumaient donc aucun risque. Pour ce qui est du critère d'intégration, le juge se contente de mentionner que « l'intégration des artificiers à

---

38 R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 6.

39 [2005] J.Q. n^o^ 995 (C.A.) (ci-après « *97980* »).

40 [2001] J.Q. n^o^ 7882 (C.Q.).

l'entreprise est totale : ils sont l'entreprise, une fois le projet conçu et apprêté par le directeur artistique »[41].

Enfin, quant au critère du « contrôle » proprement dit, le juge estime que les artificiers sont clairement assujettis au contrôle du payeur :

> « Le Tribunal, sur ce point, constate que le travailleur n'a pas, une fois engagé, quelque initiative personnelle. Il œuvre selon un plan déterminé par le directeur artistique, mis en œuvre par le directeur des opérations.
>
> Évidemment, il est prouvé, une fois que les tenants et aboutissants du projet sont connus, que les artificiers travaillent sans autre directive, du moins dans l'exécution dudit projet. Mais au sens du Tribunal, ces travailleurs ont alors la même autonomie que celle qui est dévolue à tout travailleur spécialisé, sans plus, sous direction artistique et technique, au projet déjà accepté par l'appelante.
>
> En fait, une fois engagés pour un spectacle, les artificiers n'ont plus aucun choix personnel. Ils œuvrent selon leur compétence et sont dirigés dans des lignes extrêmement précises, sans aucune initiative personnelle. Le contrôle est total: temps, lieu, limite artistique. L'appelante fait concevoir le projet, les artificiers l'exécutent, ne l'interprètent pas, sous directive de deux (2) directeurs, l'un technique, l'autre artistique, auxquels ils obéissent[42]. »

La Cour d'appel du Québec a confirmé cette décision, dans un très court jugement. Elle considère que le juge de première instance a bien appliqué les critères sous-jacents à l'article 2085 C.c.Q. Toutefois, la Cour d'appel poursuit en affirmant que ces critères sont les mêmes que ceux énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sagaz* :

> « Pour arriver à la conclusion que les pyrotechniciens et Patrick Bougier n'étaient pas des travailleurs autonomes et, en conséquence, rejeter l'appel des cotisations émises par l'intimé à l'égard de ces personnes, le juge de première instance a bien appliqué, en fonction de la preuve, les critères sous-jacents à la définition du contrat de travail contenu à l'article 2085 C.c.Q.
>
> Ces mêmes critères ont été énoncés par la Cour suprême du Canada postérieurement au jugement entrepris dans 67122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc. [2001] 2 R.C.S. 983, plus particulièrement aux paragraphes [47] et [48] :

---

41 *Id.*, par. 35.

42 *Id.*, par. 36-38.

> "[47] [...] La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches.
>
> [48] Ces facteurs, il est bon de le répéter, ne sont pas exhaustifs et il n'y a pas de manière préétablie de les appliquer. Leur importance relative respective dépend des circonstances et des faits particuliers de l'affaire."[43] »

Il est très dommage, à notre avis, que la Cour d'appel du Québec ait fait référence à une décision de common law[44] pour interpréter le *Code civil du Québec*. La Cour suprême du Canada a pourtant mis en garde les tribunaux de droit civil à plusieurs reprises contre ces emprunts à la common law, notamment dans l'arrêt *Desrosiers* c. *Le Roi* :

> « Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, [...] le code civil et le common law contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raison citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière[45]. » (Notre soulignement)

Il semble donc que même la Cour d'appel du Québec ne soit pas à l'abri de la tentation de s'inspirer de précédents de common law. Pourtant, il n'était pas nécessaire de recourir à la common law, puisque la jurisprudence québécoise de droit civil a élaboré ses propres facteurs de détermination de

---

43 *97980 (C.A.)*, précité, note 39, par. 1-2.

44 L'arrêt *Sagaz* portait sur la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur pour la faute de l'employé en common law.

45 (1920) 60 R.C.S. 105, 126.

l'existence d'un lien de subordination au sens de l'article 2085 C.c.Q. Nous tenterons justement d'établir une synthèse de ces facteurs dans la prochaine section du présent texte.

3. FACTEURS DE DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN LIEN DE SUBORDINATION EN DROIT CIVIL

À partir de la jurisprudence des tribunaux québécois et des tribunaux fédéraux dans des causes provenant du Québec, nous avons déterminé certains facteurs pouvant être utilisés comme indices de l'existence d'un lien de subordination. Cette énumération de facteurs n'est évidemment pas exhaustive et ne peut servir que d'illustration ou d'inspiration. Nous avons regroupé ces facteurs sous certaines rubriques, non pas en fonction de catégories fixes établies par la jurisprudence, mais simplement selon un classement qui nous apparaissait clair et logique. Bien entendu, aucun de ces facteurs ne peut, à lui seul, déterminer l'existence ou non d'un lien de subordination : le poids et l'importance accordés à chacun de ces facteurs varieront selon les circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Il s'agit d'analyser la relation des parties de façon globale : l'existence d'un lien de subordination demeure une question de fait.

3.1. INTENTION DES PARTIES

Selon l'article 1425 C.c.Q., pour interpréter un contrat, il faut rechercher la commune intention des parties. Cette intention peut donc servir à découvrir l'existence d'un lien de subordination ou à la réfuter. Cependant, il faut examiner la conduite des parties et non seulement le contrat écrit. La qualification de la nature du contrat par les parties ne reflète pas nécessairement la véritable nature juridique de leur relation. Voici comment s'exprimait le juge Paul Bédard de la Cour canadienne de l'impôt à cet égard :

> « Certes, l'entente de travail entre l'appelante et les agents mentionne clairement que l'agent comprend bien qu'il est un travailleur autonome. Toutefois, même si les parties contractantes ont en l'espèce manifesté clairement leur intention dans leur contrat écrit, cela ne signifie pas que je doive considérer ce fait comme décisif. Encore faut-il que le contrat soit exécuté conformément à ce qui y est prévu. Ce n'est pas parce que les parties ont stipulé que le travail sera exécuté par un travailleur autonome qu'il n'existe pas de relation employeur-employé. En définitive, je dois vérifier si la stipulation contractuelle correspond à la réalité. Cette vérification m'apparaît essentielle, car trop souvent les parties ont intérêt à masquer la nature véritable d'un contrat. En effet, trop souvent les employeurs, désirant diminuer leurs charges fiscales liées aux salaires, décident de traiter leurs employés comme des travailleurs autonomes. Souvent, les employés ne négocient pas leurs contrats d'égal à égal,

> contrats que je décrirais la plupart du temps comme des contrats d'adhésion. Ces employés ont généralement un besoin urgent de travailler et signent le contrat tel que soumis par leur employeur sans qu'il fasse l'objet de quelque négociation que ce soit. Voilà pourquoi il faut vérifier attentivement si la stipulation contractuelle est conforme à la réalité[46]. »

3.2. CONTRÔLE DU PAYEUR SUR L'EXÉCUTION DU TRAVAIL

Nous parlons ici de contrôle au sens strict du terme, tel qu'il est défini par M^e^ Robert P. Gagnon. Ce facteur de contrôle est plus spécifique que le lien de subordination au sens large, il n'en constitue que l'un des aspects. Voici certains indices qui peuvent révéler un contrôle de l'employeur sur l'exécution du travail par l'employé :

- le payeur établit une description de tâches pour le travailleur;
- le payeur assigne les dossiers ou les tâches à effectuer de façon régulière;
- le payeur détermine et planifie les étapes d'un projet;
- le payeur applique des mesures de vérification et d'évaluation de la quantité et de la qualité du travail (davantage que dans le cas d'un client qui contrôle le résultat du travail d'un entrepreneur).

3.3. CONTRÔLE DU PAYEUR SUR LES CONDITIONS DE TRAVAIL

Ces indices peuvent révéler un « contrôle » de l'employeur dans un sens un peu plus large, par exemple lorsqu'il s'agit d'un professionnel ou d'un travailleur spécialisé :

- présence obligatoire au lieu de travail déterminé par le payeur;
- disponibilité ou horaire imposé ou contrôlé par le payeur;
- absences (maladie ou vacances) contrôlées par le payeur;
- règles de conduite ou de comportement imposées par le payeur;
- sanctions disciplinaires pouvant être imposées par le payeur.

---

46 *9079-6038*, précité, note 11, par. 16.

3.4. INDICES D'AUTONOMIE DU TRAVAILLEUR

La présence de ces indices démontre au contraire une certaine autonomie du travailleur, et tend à démontrer l'absence d'un lien de subordination :

- lorsque le contrat vise un mandat à effectuer, plutôt qu'une durée déterminée ou indéterminée;
- possibilité de profits et pertes pour le travailleur (contrôle des coûts, contrôle des prix, risques financiers, responsabilité professionnelle, etc.);
- obligation de résultat du travailleur (par opposition à une obligation de moyens ou à l'obligation de se rendre disponible pour travailler);
- possibilité pour le travailleur d'embaucher des sous-traitants ou des employés, ou de se faire remplacer;
- le travailleur fournit ses propres outils de travail;
- le travailleur a la liberté de refuser un contrat ou une tâche;
- le travailleur a la possibilité d'avoir d'autres clients (absence de clause de non-concurrence).

3.5. RÉMUNÉRATION ET AVANTAGES

Ces indices peuvent laisser croire à la présence d'un lien de subordination :

- indemnité de départ prévue au contrat;
- rémunération du travailleur sur une base annuelle (par opposition à forfaitaire ou horaire);
- outils de travail fournis par le payeur (automobile, cellulaire, ordinateur, etc.);
- frais de formation assumés par le payeur;
- prime d'assurance responsabilité payée par le payeur;

- bureau ou lieu de travail fourni par le payeur;
- vacances, congés payés;
- régime de retraite;
- autres avantages sociaux généralement réservés aux employés (ou rémunération majorée pour compenser de tels avantages sociaux).

3.6. INTÉGRATION DU TRAVAILLEUR DANS L'ENTREPRISE DU PAYEUR

L'intégration du travailleur est considérée depuis longtemps par la jurisprudence québécoise comme un indice démontrant la présence d'un lien de subordination. Toutefois, cette question doit être posée du point de vue du travailleur plutôt que de celui du payeur. Voici la mise en garde du juge Archambault à cet égard :

> « Pour déterminer s'il y a intégration, la question n'est pas de savoir si le travail du travailleur est nécessaire pour l'entreprise du payeur. Si le payeur a retenu les services du travailleur, c'est généralement parce qu'il en avait besoin. La réponse à cette question n'est donc pas utile. Il faut plutôt se demander dans quelle mesure le travail s'intègre réellement dans les activités du payeur. Prenons l'exemple d'un dentiste (un peu comme dans l'affaire *Dr Denis Paquette*) qui travaillerait 35 heures par semaine à longueur d'année dans une clinique dentaire, en fonction des heures d'ouverture normales de la clinique, qui utiliserait les services d'une assistante et tout l'équipement fournis par la clinique et qui facturerait ses honoraires aux patients à des taux correspondant à ceux fixés au barème de la clinique. Et comparons cette situation à celle du plombier appelé à venir réparer un robinet à cette clinique. Manifestement, même si le travail de chacun de ces travailleurs est nécessaire à la clinique, le dentiste est intégré dans la clinique alors que le plombier ne l'est pas[47]. »

Les indices suivants peuvent servir à indiquer l'intégration du travailleur dans l'entreprise du payeur :

---

47 Pierre ARCHAMBAULT, « Contrat de travail : Pourquoi *Wiebe Door Services Ltd.* ne s'applique pas au Québec et par quoi on doit le remplacer », dans *L'Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien : Deuxième recueil d'études en fiscalité (2005)*, Montréal, Association de planification fiscale et financière - Ministère de la Justice du Canada, 2005, pp. 2:1-86, à la page 2:78, par. 112. Cet extrait est cité dans la décision du même juge dans l'affaire *Hôpital Juif*, précité, note 15, par. 32.

- présence obligatoire du travailleur sur les lieux de travail avec les employés du payeur;

- réunions avec les employés du payeur;

- assignation régulière du travail par le payeur;

- absence d'autres sources de revenus pour le travailleur (ou le payeur est la principale source de revenus du travailleur);

- fourniture des outils de travail par le payeur;

- remboursement des dépenses engagées par le travailleur.

CONCLUSION

Nous avons donc effectué un survol de certaines décisions de la Cour canadienne de l'impôt et des tribunaux québécois, et dégagé un certain nombre de facteurs pouvant être utilisés afin de déterminer l'existence d'un lien de subordination, conformément à la démarche appropriée en droit civil en application de l'article 2085 C.c.Q. Certains des facteurs déterminés peuvent être les mêmes que ceux qui sont utilisés en common law : cela n'a aucun impact et ne légitime pas le recours à des précédents de common law pour appuyer un raisonnement qui doit être basé sur une approche civiliste autonome. D'autres facteurs peuvent évidemment s'y ajouter, en conservant toujours à l'esprit que la question finale est la suivante : compte tenu de l'ensemble des faits et des indices révélés par la preuve, existe-il un pouvoir de direction ou de contrôle du payeur sur le travailleur, c'est-à-dire la « faculté […] de déterminer le travail à exécuter, d'encadrer cette exécution et de la contrôler »[48]? Ce critère du lien de subordination est en bout de ligne le seul facteur distinctif du contrat de travail en droit civil québécois.

Nous constatons que la Cour canadienne de l'impôt est de plus en plus consciente de l'importance d'appliquer une démarche basée sur le droit civil et de ne pas appuyer son raisonnement sur des précédents de common law. Nous souhaiterions que la Cour d'appel fédérale, de même que la Cour d'appel du Québec, en fassent autant : le respect du cadre d'analyse du droit civil est essentiel afin d'assurer la protection, à long terme, de l'autonomie et de l'existence même du système de droit civil au Québec.

---

[48] R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 6, p. 67.

ANNÉE D'IMPOSITION OU D'EXERCICE, VOILÀ LA QUESTION



Richard Gagné
Associé, CA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 21:5

1. ANNÉE D'IMPOSITION 21:5

1.1. PARTICULIER 21:5
1.2. SOCIÉTÉ 21:7
1.3. FIDUCIE TESTAMENTAIRE 21:8
1.4. FIDUCIE NON TESTAMENTAIRE 21:8
1.5. SOCIÉTÉ DE PERSONNES 21:9
1.6. EXERCICE COMPTABLE 21:9
1.7. EXERCICE FLOTTANT 21:10
1.8. FIN D'ANNÉE D'IMPOSITION RÉPUTÉE LORSQUE L'EXERCICE COMPTE PLUS DE 365 JOURS 21:10
1.8.1. Date de production des déclarations de revenus 21:12
1.8.2. Prêt à un actionnaire 21:12
1.8.3. Rémunération impayée 21:12

2. CHOIX DE FIN D'EXERCICE FINANCIER 21:13

2.1. SECTEUR D'ACTIVITÉ 21:13
2.2. CHARTE FÉDÉRALE *VERSUS* CHARTE DU QUÉBEC 21:13
2.2.1. Charte fédérale 21:13
2.2.2. Charte du Québec 21:14
2.3. SUCCESSION ET FIDUCIE TESTAMENTAIRE 21:14
2.4. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES 21:16
2.5. SOCIÉTÉ PAR ACTIONS MEMBRE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 21:16
2.6. INTRODUCTION D'UN NOUVEL ASSOCIÉ 21:18
2.7. TAXE SUR LE CAPITAL 21:19
2.8. IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R. ET LA CIRCULARITÉ 21:20

3. CHANGEMENT DE FIN D'EXERCICE FINANCIER 21:21

3.1. DEMANDE DE CHANGEMENT D'EXERCICE FINANCIER 21:22
3.1.1. Fédéral 21:22
3.1.2. Québec 21:23
3.2. EXERCICE FINANCIER MODIFIÉ PAR L'EFFET DE LA LOI 21:23
3.2.1. Acquisition de contrôle d'une société 21:24
3.2.2. Fusion de sociétés canadiennes imposables 21:24
3.2.3. Liquidation selon le paragraphe 88(2) L.I.R. 21:25
3.2.4. Faillite d'une société 21:25
3.2.5. Société qui devient exonérée ou cesse de l'être 21:26
3.2.6. Fin d'année – Changement de statut 21:26
3.2.7. Contribuable qui cesse de résider au Canada 21:27
3.2.8. Perte de statut de fiducie testamentaire 21:27
3.2.9. Société qui devient exonérée ou cesse de l'être 21:28
3.2.10. Autres situations 21:28

4. RÈGLE ANTIÉVITEMENT ET FIN D'ANNÉE 21:28

4.1. FUSION AVEC UNE SOCIÉTÉ INACTIVE 21:29
4.2. CHANGEMENTS D'UN FIDUCIAIRE 21:29
4.3. RETARDER LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R. 21:30

5. EXERCICE FINANCIER ABRÉGÉ 21:30

5.1. DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT 21:30
5.2. MONTANT CUMULATIF DES IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES 21:31
5.3. DÉPENSES DE RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL 21:31
5.4. DÉDUCTION ACCORDÉE AUX PETITES ENTREPRISES 21:32
5.5. ACOMPTES PROVISIONNELS DE SOCIÉTÉS 21:32

5.6. FRAIS D'AMÉNAGEMENT CANADIENS 21:33
5.7. FRAIS D'ÉMISSION, DE VENTE D'ACTIONS, D'UNITÉS, DE PARTICIPATIONS ET D'EMPRUNT 21:33
5.8. APPLICATION POTENTIELLE DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. 21:34
5.9. VIEILLISSEMENT DE CERTAINS ATTRIBUTS FISCAUX 21:34

CONCLUSION 21:34

INTRODUCTION*

Depuis quelques années, la fiscalité constitue une source de financement non négligeable pour les entreprises. La complexité des règles fiscales force souvent les propriétaires d'entreprises à faire appel aux services de spécialistes en fiscalité dans le but de différer l'impôt.

La notion d'« année d'imposition » ou d'« exercice » revêt une importance cruciale lorsque vient le moment de déterminer le revenu ou le revenu imposable d'un contribuable. Une connaissance approfondie des règles fiscales y afférentes permettrait de différer l'impôt et, par conséquent, de combler ce besoin d'autofinancement des entreprises.

Dans le cadre du présent texte, nous nous proposons d'analyser cette notion, à la lumière, entre autres, des dispositions législatives, de la jurisprudence, des publications émises par les autorités fiscales, de la doctrine, afin d'en faire ressortir les pièges à éviter ainsi que les possibilités de planification à l'égard de certains éléments, notamment : détermination de la fin d'année, fin d'année comptable et fin d'année fiscale, contribuables tenus d'avoir une fin d'année le 31 décembre, modification de la fin d'année, implications d'une fin d'année abrégée, fin d'année réputée, etc.

1. ANNÉE D'IMPOSITION

La *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] fait souvent référence à la notion « année d'imposition » pour déterminer le revenu et le revenu imposable d'un contribuable. C'est à l'article 249 L.I.R. que nous retrouvons la définition de cette notion.

1.1. PARTICULIER

Pour un particulier, l'année d'imposition correspond à l'année civile[2]. Celui-ci doit généralement déterminer ses revenus provenant des différentes

---

* L'auteur tient à remercier M. Jean-Marie Similien, M. Fisc., de Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l., de sa collaboration à la rédaction de ce texte.

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Sous réserve de mentions expresses de notre part, les références aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquent aussi à celles correspondantes de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

2 Al. 249(1)b) L.I.R.

sources pour la période allant du 1er janvier au 31 décembre de chaque année[3]. Lorsque le particulier exploite une entreprise durant l'année, le revenu provenant de cette entreprise doit être déterminé selon « l'exercice » (financier) de l'entreprise, lequel doit se terminer le 31 décembre[4]. La *Loi de l'impôt sur le revenu* permet cependant aux particuliers et aux sociétés de personnes dont l'ensemble des associés est composé de particuliers de choisir une méthode alternative[5]. Cette méthode leur donne la possibilité de prolonger leur exercice financier au-delà de la fin de l'année civile. Les contribuables qui font ce choix sont cependant tenus d'inclure un « revenu d'entreprise supplémentaire » dans leur revenu pour chaque année d'imposition[6]. Ce « revenu d'entreprise supplémentaire » est en fait une estimation du revenu généré par l'entreprise du contribuable pour la période qui s'échelonne de la fin de l'exercice financier jusqu'au 31 décembre de l'année civile où se termine l'exercice de l'entreprise. Ces contribuables doivent également inclure dans leur revenu la totalité du revenu tiré de l'entreprise pour l'exercice financier qui se termine dans l'année civile. Évidemment, le montant de revenu supplémentaire inclus dans le revenu au cours d'une année d'imposition donnée est à déduire dans le calcul du revenu au cours de l'année d'imposition suivante[7].

Il est important de noter que lorsqu'un particulier a été propriétaire d'une entreprise et en a disposé au cours d'un exercice financier de celle-ci, cet exercice peut, si le contribuable en fait le choix, être réputé se terminer à la date où il l'aurait été si le contribuable n'avait pas disposé de l'entreprise au cours de cet exercice[8]. Ce choix n'est valide que si le contribuable est un résident du Canada à la date où l'exercice financier de l'entreprise serait réputé se terminer si le choix était valide[9].

---

3 Selon la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21 et mod., al. 37(1)a), la notion d'année s'entend de toute période de 12 mois en tenant compte que l'expression « année civile » s'entend de l'année commençant le 1er janvier.

4 Al. 249.1(1)b) L.I.R.

5 Par. 249.1(4) L.I.R.

6 Par. 34.1(1) et 34.1(2) L.I.R.

7 Par. 34.1(3) L.I.R.

8 Par. 25(1) L.I.R.

9 Par. 25(2) L.I.R.

1.2. SOCIÉTÉ

Pour une société, l'année d'imposition correspond plutôt à son « exercice »[10]. Celle-ci doit déterminer ses revenus provenant des différentes sources pour la période qu'elle a choisie pour son « exercice ». L'expression « exercice » est définie au paragraphe 249.1(1) L.I.R. Ce paragraphe précise que l'exercice d'une entreprise ou d'un bien d'une personne[11] ou d'une société de personnes s'entend de la période pour laquelle les comptes correspondants de la personne ou de la société de personnes sont arrêtés pour l'établissement d'une cotisation en vertu de la présente loi[12]. Toutefois, un exercice ne peut excéder :

- dans le cas d'une société, 53 semaines;

- dans le cas d'un particulier, de la plupart des sociétés de personnes[13], d'une fiducie non testamentaire et d'une société professionnelle[14], le

---

10 Al. 249(1)a) L.I.R.

11 Par. 248 (1) L.I.R. :

> « "personne" Sont comprises parmi les personnes tant les sociétés que les entités exonérées de l'impôt prévu à la partie I sur tout ou partie de leur revenu imposable par l'effet du paragraphe 149(1), ainsi que les héritiers, liquidateurs de succession, exécuteurs testamentaires, administrateurs ou autres représentants légaux d'une personne, selon la loi de la partie du Canada visée par le contexte. La notion est visée dans des formulations générales, impersonnelles ou comportant des pronoms ou adjectifs indéfinis. »

12 Par. 249.1(1) L.I.R.

13 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), art. 8901; selon cet article, la société en commandite Gaz Métropolitain est une société de personnes visée par règlement pour l'application de l'alinéa 249.1(1)b) L.I.R., conformément à la définition d'« exercice ». De ce fait, l'exercice financier de Gaz Métropolitain pourra ainsi prendre fin au plus tard 12 mois après son début, plutôt qu'à la fin de décembre de chaque année.

14 Par. 248(1) L.I.R. :

> « "société professionnelle" Société qui exerce la profession d'avocat, de chiropraticien, de comptable, de dentiste, de médecin ou de vétérinaire. »

Au Québec, la définition d'avocat inclut les notaires, en vertu du paragraphe 232 1) L.I.

31 décembre de l'année au cours de laquelle l'exercice a commencé, sauf si l'entreprise n'est pas exploitée au Canada; et

- dans tous les autres cas, 12 mois.

La mention d'une année d'imposition par rapport à une année civile signifie l'année d'imposition qui coïncide avec cette année civile, ou qui se termine au cours de cette année[15]. Aucun changement ne peut être apporté à l'exercice habituel sans le consentement du ministre[16].

1.3. FIDUCIE TESTAMENTAIRE

Dans le cas d'une fiducie testamentaire, l'année d'imposition correspond à la période pour laquelle les comptes de la fiducie sont arrêtés pour l'établissement d'une cotisation en vertu de la présente loi[17]. Cependant, tel qu'il est indiqué au paragraphe 249(5) L.I.R., cette période ne peut se prolonger au-delà de 12 mois. Enfin, aucun changement ne peut être apporté au moment où cette période prend fin sans l'assentiment du ministre du Revenu national.

C'est dire que si une personne décède le 6 septembre 2007 par exemple, le liquidateur pourra choisir n'importe quelle date de fin d'exercice pourvu que celle-ci n'excède pas le 5 septembre 2008.

1.4. FIDUCIE NON TESTAMENTAIRE

L'exercice d'une entreprise ou d'un bien d'une fiducie non testamentaire ne peut se prolonger au-delà de la fin de l'année civile où il a commencé[18]. Cependant, des règles particulières s'appliquent à l'égard de l'année d'imposition d'une fiducie de fonds commun de placement. En effet, l'année d'imposition d'une telle fiducie peut se terminer le 15 décembre si elle en fait le choix et si elle était une telle fiducie le 74e jour après la fin de l'année civile.

---

15 Par. 249(2) L.I.R.

16 Par. 249.1(7) L.I.R.

17 Selon l'alinéa 249(1)c) L.I.R. du Projet de loi C-33, dont la première lecture au Sénat a été effectuée le 18 juin 2007.

18 S.-al. 249.1(1)b)(i.1) L.I.R.

1.5. SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Selon le paragraphe 96(1) L.I.R., lorsqu'un contribuable est membre d'une société de personnes, il doit calculer son revenu pour une année d'imposition comme si la société de personnes était une personne distincte résidant au Canada. De plus, l'alinéa 96(1)b) L.I.R. précise que l'année d'imposition de la société de personnes correspond à son exercice.

Le paragraphe 249.1(1) L.I.R. apporte des précisions quant à l'exercice d'une société de personnes. Le sous-alinéa 249.1(1)b)(ii) L.I.R. y indique que lorsqu'au cours de l'exercice un des associés est un particulier, une société professionnelle ou une société de personnes à laquelle s'applique le présent sous-alinéa, alors l'exercice de la société de personnes ne peut se prolonger au-delà de la fin de l'année civile dans laquelle il a commencé. Dans les autres cas, l'exercice ne peut se prolonger au-delà de 12 mois après le moment où il a commencé.

1.6. EXERCICE COMPTABLE

La notion d'« exercice comptable » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'exercice utilisé pour la comptabilité concorde généralement avec l'exercice financier qui, lui, est défini aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, bien qu'il n'existe aucune exigence à cet effet[19]. Autrement dit, les entreprises peuvent avoir un exercice comptable différent de leur exercice financier. Toutefois, pour modifier l'exercice comptable afin de le faire coïncider avec l'exercice financier, l'assentiment du ministre doit être obtenu[20]. En pratique, il est toutefois peu fréquent qu'une société ait un exercice comptable différent de l'année d'imposition. Un même exercice comptable et fiscal a notamment l'avantage de faciliter la consolidation des états financiers d'un groupe de sociétés.

Cependant, lorsqu'une société décide de changer son exercice comptable, il pourrait ne pas être avantageux qu'elle demande une modification de son exercice aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, la modification de l'exercice financier aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pourrait entraîner un vieillissement de certains attributs fiscaux tels que les pertes fiscale ou encore l'accroissement du fardeau fiscal de la

---

19 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 5-0402, 1982 et A-0975, 1985.

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-179R, « Changement d'exercice financier », 23 mai 1993, par. 13.

société (par exemple, la perte de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») parce que les revenus ne sont pas gagnés uniformément). Afin de pallier ces conséquences non désirées, il pourrait alors être avantageux de repousser le moment où la société demandera aux autorités fiscales de modifier son exercice.

1.7. EXERCICE FLOTTANT

Certaines sociétés choisissent un jour donné de la semaine qui est le plus près possible d'une certaine date de l'année pour fermer leurs comptes, par exemple le dernier vendredi de chaque année civile. Dans la mesure où l'exercice financier de l'entreprise ne dépasse pas 53 semaines, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») confirme cette pratique et est d'avis qu'aucun changement n'est réputé intervenir[21]. C'est dire que l'assentiment du ministre n'est pas nécessaire pour avoir des « exercices financiers flottants ».

Le paragraphe 1100(3) R.I.R. prévoit que la dépense d'allocation du coût en capital ne peut dépasser le produit du montant maximal autrement déductible par le rapport entre le nombre de jours de l'année d'imposition et 365. Cependant, par pratique administrative, les autorités fiscales acceptent qu'une société ayant adopté un exercice flottant ne soit pas assujettie à l'application du paragraphe 1100(3) R.I.R. pourvu que l'exercice contienne 12 mois et qu'il ait été utilisé de façon constante et accepté par les autorités fiscales[22].

1.8. FIN D'ANNÉE D'IMPOSITION RÉPUTÉE LORSQUE L'EXERCICE COMPTE PLUS DE 365 JOURS

Le paragraphe 249(3) L.I.R. s'applique lorsque l'exercice d'une société compte plus de 365 jours et que, de ce fait, elle n'a pas d'année d'imposition qui se termine dans une année civile donnée. Dans un tel cas, la première année d'imposition de la société qui se termine au cours de l'année civile suivante est réputée se terminer le dernier jour de l'année civile donnée. Le législateur s'assure ainsi que toutes les sociétés ont au moins une année d'imposition qui se termine pendant une année civile.

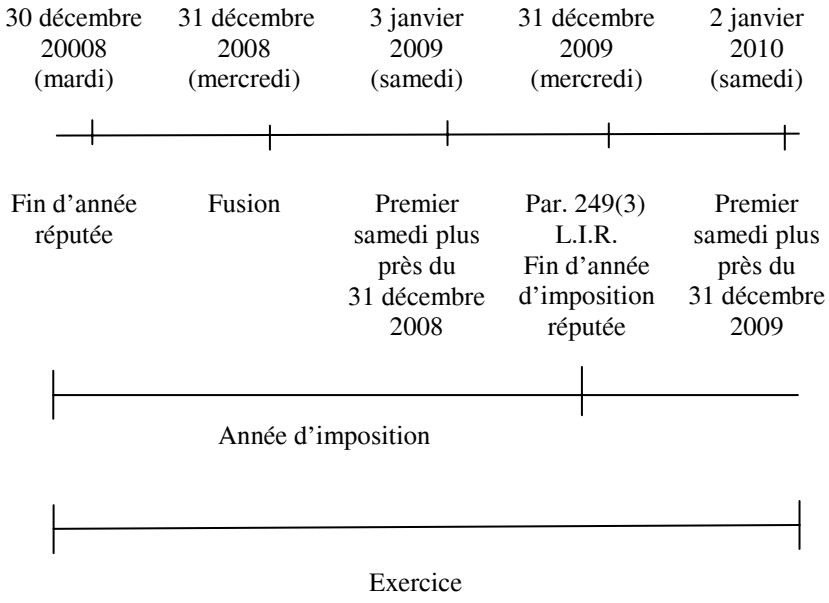
---

[21] *Id*., par. 12.

[22] *Tax Window Files*, *op. cit*., note 19, interprétation technique 58969, 21 novembre 1989.

Prenons l'exemple qui suit. Une société A a une année flottante se terminant le samedi le plus près du 31 décembre de chaque année. La société A fusionne avec la société B le mercredi 31 décembre 2008. La société fusionnée AB désire conserver une année flottante se terminant le samedi le plus près du 31 décembre de chaque année. La société AB sera-t-elle obligée d'avoir un exercice financier se terminant le samedi 3 janvier 2009 (c'est-à-dire un exercice financier de 4 jours)? Ou est-ce que l'exercice peut se terminer le samedi 2 janvier 2010? Puisqu'une société peut avoir un exercice financier n'excédant pas 53 semaines, elle pourrait donc opter pour une fin d'année se terminant le 2 janvier 2010, soit le premier samedi le plus près du 31 décembre 2009. L'exercice de la société AB se terminant le 2 janvier 2010 serait de plus de 365 jours et elle n'aurait aucune année d'imposition se terminant en 2009. Cependant, par l'effet du paragraphe 249(3) L.I.R., la société AB serait réputée avoir une fin d'année d'imposition se terminant le 31 décembre 2009[23], bien que son exercice se termine le 2 janvier 2010.

L'exemple qui précède peut être illustré comme suit :



[23] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9402665, 6 avril 1994.

1.8.1. Date de production des déclarations de revenus

Au paragraphe 249(3) L.I.R., il est précisé que la présomption de fin d'année s'applique à « la présente loi ». Il en découle donc qu'aux fins de l'alinéa 150(1)c) L.I.R., la société AB devra produire sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition terminée le 31 décembre 2009 au plus tard le 30 juin 2010. Cette déclaration de revenus devra comprendre les revenus de l'exercice se terminant le 2 janvier 2010. En effet, bien que le paragraphe 249(3) L.I.R. stipule que l'année d'imposition se termine le 31 décembre 2009, il n'en demeure pas moins que l'exercice se termine le 2 janvier 2010[24]. La prochaine année d'imposition commencera le 1er janvier 2010 et comprendra l'exercice couvrant la période du 3 janvier 2010 au 1er janvier 2011.

1.8.2. Prêt à un actionnaire

Le paragraphe 15(2.6) L.I.R. prévoit qu'un prêt consenti à un actionnaire et visé par le paragraphe 15(2) L.I.R. doit être inclus au revenu de ce dernier s'il n'est pas remboursé dans un délai d'un an suivant la fin de l'année d'imposition du prêteur ou du créancier. C'est donc dire qu'un prêt consenti à un actionnaire le 2 janvier 2010 devra être remboursé au plus tard le 31 décembre 2010 afin d'éviter l'inclusion au revenu de l'actionnaire[25]. En effet, compte tenu du fait que la date de l'octroi du prêt (2 janvier 2010) est comprise dans l'année d'imposition terminée le 31 décembre 2009, le délai d'un an commence à courir à compter du 1er janvier 2010. Afin d'accroître le délai pour rembourser le prêt, il serait préférable de repousser d'une journée le moment de l'octroi du prêt. Ainsi, un prêt consenti le 3 janvier 2010 devra être remboursé au plus tard le 1er janvier 2012 afin d'éviter l'application du paragraphe 15(2.6) L.I.R.

1.8.3. Rémunération impayée

Tel qu'il est prévu au paragraphe 78(4) L.I.R., un contribuable ne peut déduire une rémunération qui est impayée le 180e jour suivant la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle elle est engagée. Dans l'exemple qui précède, le délai à partir duquel commençait à courir la période de

---

[24] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 19, interprétation technique 9823456, 1er octobre 1998.

[25] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 19, interprétation technique 2005-0131701E5, 29 mai 2006.

180 jours serait donc le 31 décembre 2009 (fin d'année d'imposition) et non le 2 janvier 2010 (fin d'exercice)[26].

2. CHOIX DE FIN D'EXERCICE FINANCIER

2.1. SECTEUR D'ACTIVITÉ

De façon générale, les entreprises choisissent comme date de fin d'exercice financier ou comptable celle qui correspond le mieux à leur cycle, c'est-à-dire la période au cours de laquelle leurs stocks ou la demande pour leurs produits sont à leur plus bas niveau. Cependant, d'autres considérations telles que la date d'exercice financier des autres sociétés du groupe dont la société fait partie ou une planification fiscale sont aussi des critères dans le choix de l'exercice financier.

2.2. CHARTE FÉDÉRALE *VERSUS* CHARTE DU QUÉBEC

2.2.1. Charte fédérale

Une nouvelle société, constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[27], peut choisir n'importe quelle fin d'année d'imposition dans la mesure où celle-ci n'excède pas 53 semaines, et ce, à compter de la date de constitution en société ou de la date de fusion[28]. Ainsi, une société dont la date de constitution est, par exemple, le 18 décembre 2006 et qui choisit le 31 décembre de chaque année comme date de fin d'année d'imposition se voit contrainte de produire sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2006, même si ses activités ne débutent que le 20 janvier 2007. Il s'ensuit que la date de constitution ou de la fusion d'une société a préséance sur la date de début de ses activités pour une société à charte fédérale.

---

26 *Id.*

27 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, T4012 – *Guide* T2, « Déclaration de revenus des sociétés », 2007, chap. 1, ligne 070 : « Est-ce la première année pour laquelle une déclaration est produite après une constitution en société? ».

2.2.2. Charte du Québec

Une nouvelle compagnie, constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies*[29] du Québec, peut choisir, elle aussi, n'importe quelle fin d'année d'imposition dans la mesure où celle-ci n'excède pas 53 semaines. Le début du premier exercice financier d'une compagnie peut coïncider avec le début des activités de l'entreprise de cette dernière, car l'exercice financier est, par définition, en relation avec les comptes de la compagnie à l'égard de l'entreprise qu'elle exploite[30]. La date à laquelle l'entreprise d'une société commence demeure une question de fait qui doit être analysée à la lumière des circonstances particulières de chaque cas. Revenu Québec considère qu'une entreprise a commencé lorsqu'on peut déterminer que le genre d'activité qui doit être exercé l'est et qu'il existe une structure organisationnelle suffisante permettant d'entreprendre les activités préliminaires essentielles[31].

Il appert que c'est la date du début des activités de la nouvelle entreprise qui doit être retenue comme point de départ de l'exercice financier d'une compagnie nouvellement constituée et non pas la date d'incorporation de celle-ci pour les compagnies constituées en vertu de la *Loi sur les compagnies* du Québec. En appliquant l'exemple indiqué à la section 2.2.1. du présent texte, le premier exercice financier de la compagnie pourra débuter le 20 janvier et se terminer le 31 décembre 2007, puisque la date de début des activités de la compagnie est le 20 janvier 2007.

2.3. SUCCESSION ET FIDUCIE TESTAMENTAIRE

C'est au paragraphe 108(1) L.I.R. que nous retrouvons la définition de « fiducie testamentaire ». Il s'agit d'une fiducie ou d'une succession qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès (y compris une fiducie visée au paragraphe 248(9.1) L.I.R.). Le liquidateur ne peut effectuer aucun choix quant à la date du début de l'exercice financier de la fiducie testamentaire ou de la succession.

Néanmoins, en vertu de l'alinéa 249(1)c) L.I.R., le liquidateur peut déterminer la fin de l'exercice financier de celle-ci selon sa convenance.

---

29 L.R.Q., c. C-38.

30 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 7.2, « Début de l'exercice financier d'une société », 31 août 2005, par. 4.

31 *Id*., par. 6.

Contrairement à un particulier « physique » et à une fiducie entre vifs, cette année d'imposition peut ne pas coïncider avec l'année civile. L'exercice financier de la succession et de la fiducie testamentaire ne peut cependant excéder 12 mois suivant le décès du particulier. De ce fait, étant donné que les sommes devant être incluses dans le calcul du revenu d'un bénéficiaire pour une année d'imposition sont considérées comme ayant été gagnées par le bénéficiaire au dernier jour de l'année d'imposition de la fiducie[32], une planification fiscale peut être envisagée afin de différer l'impôt de la succession et de la fiducie testamentaire. En effet, bien qu'un choix de fin d'exercice au 31 décembre soit plus simple pour la comptabilisation des activités d'une succession ou d'une fiducie testamentaire, il est généralement préférable de choisir une fin d'exercice à une autre date que le 31 décembre de façon à différer les paiements d'impôt et des acomptes provisionnels, le cas échéant.

À titre d'exemple, M. X est détenteur de 500 actions privilégiées de la société XYZ inc. dont la valeur de rachat s'élève à 5 M$ et le taux de rendement est de 1 % par mois, calculé sur la valeur de rachat de celles-ci. Le testament de M. X prévoit une fiducie testamentaire au bénéfice de ses enfants pouvant recevoir les biens de la succession à son décès, afin que les revenus de placement provenant de la succession puissent être imposés dans la fiducie testamentaire plutôt que dans les mains de ses héritiers. Advenant le décès de M. X survenu le 1er mars 2007, les liquidateurs de la succession pourraient choisir une fin d'année d'imposition se terminant le 28 février 2008, tandis que les fiduciaires de la fiducie testamentaire pourraient choisir une fin d'année d'imposition se terminant le 31 janvier 2008. Les revenus de la succession seraient attribués à la fiducie testamentaire le dernier jour de son exercice financier se terminant le 28 février 2008. Ces revenus devront être ajoutés dans le calcul du revenu de la fiducie testamentaire pour son exercice se terminant le 31 janvier 2009 et pourraient être attribués aux bénéficiaires pour l'année d'imposition se terminant en 2009. Les bénéficiaires de la fiducie seront réputés avoir gagné les revenus provenant de cette fiducie testamentaire durant l'année civile 2009. Les enfants devront ainsi déclarer ces revenus dans leur déclaration de 2009 et payer les impôts y afférents au plus tard le 30 avril 2010. Pour y parvenir, l'existence de la fiducie testamentaire devrait être prévue dans le testament de M. X.

---

[32] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-342R, « Fiducies – Revenu payable à des bénéficiaires », 21 mars 1990, par. 6.

2.4. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES

Il arrive fréquemment que les sociétés choisissent leur fin d'exercice en fonction de celle des sociétés associées du groupe de sociétés dont elles font partie. Le fait de choisir une même date de fin d'exercice pour toutes les sociétés du groupe peut présenter certains avantages tels que ceux-ci :

- faciliter la préparation des états financiers consolidés;
- faciliter le partage entre les sociétés associées de la limite de dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE ») de 2 M$;
- faciliter le partage de la DPE entre les sociétés associées;
- faciliter le partage de la déduction progressive aux fins de la taxe sur le capital du Québec de 1 M$ entre les sociétés associées;
- cependant, tel qu'il est indiqué ci-après, il existe d'autres situations où il est plus avantageux de choisir une fin d'exercice financier différente.

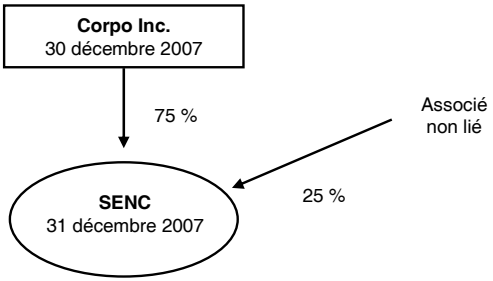
2.5. SOCIÉTÉ PAR ACTIONS MEMBRE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

La *Loi de l'impôt sur le revenu* stipule expressément que l'année d'imposition d'une société correspond à son « exercice » et que celle-ci doit déterminer ses revenus provenant des différentes sources pour la période qu'elle a choisie pour son « exercice »[33]. De la sorte, une société par actions, membre d'une société de personnes générant du revenu d'entreprise, a l'avantage de pouvoir différer l'impôt payable sur un exercice financier en choisissant une fin d'exercice différente de celle de la société de personnes.

À titre d'exemple, advenant le cas où la fin d'exercice de la société de personnes est le 31 décembre 2007, l'attribution de ses revenus aux associées devrait être effectuée à cette date. Chaque société qui est associée d'une société de personnes doit s'imposer sur sa part du revenu pour une année d'imposition de la société de personnes qui s'est terminée au cours de l'année d'imposition de la société. Si la société par actions choisit une fin d'exercice se terminant le 30 décembre 2007, cette dernière différera l'imposition de sa quote-part du revenu de l'exercice financier de 2007

[33] Par. 25(2) L.I.R.

provenant de la société de personnes jusqu'au 30 décembre 2008. Outre l'avantage de différer l'imposition du revenu d'entreprise de la société de personnes, la société par actions pourrait profiter d'un taux d'impôt réduit dans la mesure où ce choix d'exercice lui permet d'utiliser la DPE d'une façon plus judicieuse. L'exemple qui suit nous permet de constater qu'une société pourrait augmenter sa DPE.



Si Corpo Inc. a un exercice se terminant le 31 décembre :

	Exercice 2007	Exercice 2008
	$	**$**
Revenu d'entreprise exploitée activement (ci-après « REEA »)		
Corpo Inc.	300 000	Néant
Société en nom collectif (ci-après « SENC »)	533 333	533 333
Quote-part SENC (75 %) attribuable à Corpo Inc.	400 000	400 000
Plafond de la DPE de Corpo. Moindre de :		
REEA	600 000[(1)]	300 000[(2)]
Plafond des affaires	400 000	400 000
Impôt estimatif (fédéral et Québec)	180 540	87 900
	268 440	

(1) 300 000 $ plus (moindre de ¾ de 533 333 $ et de ¾ de 400 000 $).

(2) Moindre de ¾ de 533 333 $ et de ¾ de 400 000 $.

Si Corpo Inc. a un exercice se terminant le 30 décembre :

	30 décembre		
	2007	**2008**	**2009**
Plafond de la DPE de Corpo. Moindre de :	**$**	**$**	**$**
REEA	300 000	300 000	300 000
Plafond des affaires	400 000	400 000	400 000
Impôt estimatif (fédéral et Québec)	63 360[(1)]	87 900[(2)]	87 900
	239 160		

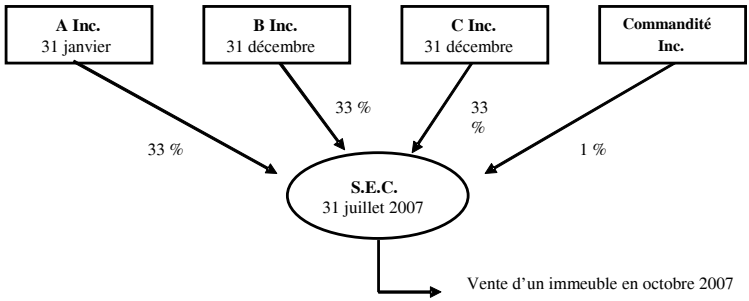
(1) 300 000 $ × 21,12 %.

(2) [(300 000 × 19 %) + (100 000 x 30,9 %)].

Le choix d'un exercice se terminant le 30 décembre permettrait donc à Corpo d'épargner 29 280 $ dans l'exemple qui précède.

2.6. INTRODUCTION D'UN NOUVEL ASSOCIÉ

Tel qu'il est indiqué à la section 1.5., lorsqu'au cours d'un exercice d'une société de personnes un des associés est un particulier, alors l'exercice de la société de personnes ne peut se prolonger au-delà de l'année civile dans laquelle il a commencé. Afin de permettre aux associés de maximiser l'utilisation du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), l'introduction d'un particulier à titre d'associé pourrait être avantageux tel qu'il est illustré dans l'exemple qui suit :

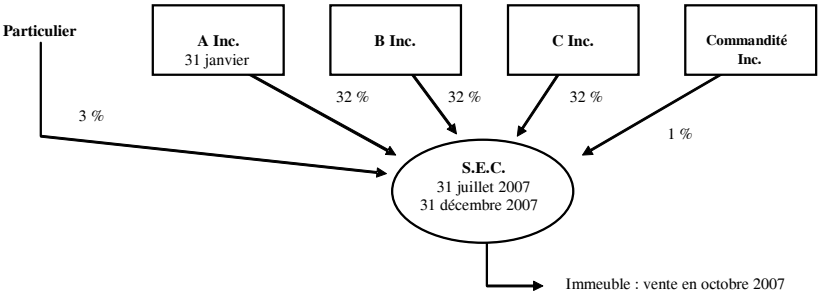


- La vente de l'immeuble génère un gain en capital imposable de 1 M$;

- A Inc. voudrait profiter du CDC plus rapidement.

Selon la structure initiale, l'inclusion au CDC provenant de la vente de l'immeuble n'aurait lieu qu'en date du 1er août 2008.

Introduction d'un particulier à titre d'associé :



L'admission d'un particulier à titre d'associé de la S.E.C. après le 31 juillet 2007 et avant le 31 décembre 2007 aura pour effet de provoquer une fin d'exercice en date du 31 décembre. Conséquemment, la société A Inc. pourra profiter d'un ajout à son CDC à compter du 1er janvier 2008[34], soit sept mois plus tôt que dans la situation initiale.

2.7. TAXE SUR LE CAPITAL

Aux fins de la taxe sur le capital, il est souvent très avantageux que la société mère choisisse une date de fin d'exercice différente de celle de sa filiale afin de réduire le montant du capital versé de la filiale et, par conséquent, le montant de la taxe sur le capital à payer du groupe. Par exemple, la société mère (ci-après « MèreCo ») pourra choisir une fin d'exercice se terminant le 30 septembre de chaque année alors que la filiale aura une fin d'exercice se terminant le 31 octobre de chaque année (ci-après « FilleCo »). Dans la mesure où les lois corporatives le permettent, la société FilleCo pourra déclarer un dividende de 5 M$ en date du 31 octobre 2007 en faveur de la société MèreCo, lequel sera payable le 31 décembre 2007 afin

[34] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 19, interprétation technique 2003-0037505, 14 novembre 2003.

de réduire son compte « bénéfices non répartis ». Par conséquent, le capital versé de la société FilleCo se trouvera réduit du montant du dividende, ce qui engendrera une diminution du montant de la taxe sur le capital à payer. Parallèlement, la société MèreCo verra son revenu augmenté de 5 M$ et, par ricochet, son capital versé du même montant. Néanmoins, le montant de la taxe sur le capital à payer par la société MèreCo sera différé d'une année d'imposition puisque celui-ci ne sera payable qu'à la fin de son année d'imposition se terminant le 30 septembre 2008.

2.8. IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R. ET LA CIRCULARITÉ

Lorsqu'une société reçoit un dividende d'une société qui n'est pas une société rattachée au sens du paragraphe 186(4) L.I.R., l'impôt de la Partie IV L.I.R. peut s'appliquer[35]. Un dividende reçu d'une société rattachée peut également être assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. calculé en fonction du remboursement au titre de dividendes de la société payante.

Dans le cadre d'une réorganisation papillon par exemple, une société cédante et une société cessionnaire peuvent être des sociétés rattachées entre elles et le rachat des participations croisées peut créer entre celles-ci un mouvement de circularité de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »). Dans un tel cas, l'impôt de la Partie IV L.I.R. de la société cédante et de la société cessionnaire sera égal au montant du remboursement au titre de dividendes qu'aura reçu la société payante.

Par exemple, la société A détient des actions privilégiées de la société B dont la valeur de rachat s'élève à 7 M$ et le captal versé est marginal. La société B détient, elle aussi, des actions privilégiées de la société A dont la valeur de rachat s'élève à 6 M$ et le capital versé est marginal. La société B a un solde d'IMRTD de 450 000 $. Leur fin d'exercice financier est le 31 décembre de chaque année. Le 1er octobre 2007, la société B rachète 50 % des actions privilégiées détenues par la société A. La société B est donc réputée avoir versé un dividende de 3,5 M$ à la société A et récupère le montant total de l'IMRTD disponible, soit 450 000 $. Conséquemment, la société A paie un montant d'impôt de la Partie IV L.I.R. correspondant au montant de 450 000 $ récupéré par la société B. De même, le 7 octobre 2007, la société A rachète 50 % des actions privilégiées détenues par la société B. La société A est donc réputée avoir versé un dividende de 3 M$ à la société B et récupère le montant total de l'impôt de la Partie IV L.I.R. payé, soit 450 000 $. Par conséquent, la société B paiera un montant d'impôt de la

35 Al. 186(1)a) L.I.R.

Partie IV correspondant au montant de 450 000 $ récupéré par la société A, d'où la circularité du solde d'IMRTD disponible.

Le problème de circularité a été reconnu par les tribunaux dans l'affaire *Les Entreprises Michèle L'Heureux Inc*. c. *SMRQ*[36]. L'ARC est d'avis que le mouvement circulaire de l'IMRTD ne peut être éliminé même si les sociétés en cause abandonnent leur droit au remboursement au titre de dividende[37].

En pratique, le montant des dividendes réputés découlant du rachat des participations croisées diffère généralement d'une société à l'autre. Dans certains cas, il est possible de manipuler le capital versé des actions pour égaliser les dividendes réputés entre la société cédante et la société cessionnaire. L'interposition d'une fin d'année d'imposition entre les deux dates de rachat constitue un moyen couramment utilisé par les spécialistes en fiscalité afin de pallier le problème de circularité de l'IMRTD.

À titre d'exemple, la société B mentionnée dans l'exemple ci-dessus rachète 50 % des actions privilégiées détenues par la société A le 30 décembre 2007 et récupère ainsi son solde d'IMRTD de 450 000 $. La société A paie un montant d'impôt de la Partie IV L.I.R. correspondant au montant de 450 000 $ récupéré par la société B. Le 3 janvier 2008, la société A, de son côté, rachète 50 % des actions privilégiées détenues par la société B et récupère ainsi le montant d'impôt de la Partie IV L.I.R. payé au cours de son année d'imposition 2008. L'interposition d'une année d'imposition entre les deux dates de rachat d'actions privilégiées des sociétés A et B permet de pallier le problème de circularité de l'IMRTD.

3. CHANGEMENT DE FIN D'EXERCICE FINANCIER

En vertu du paragraphe 249.1(7) L.I.R., aucun changement ne peut être apporté au moment où un exercice financier se termine pour l'application de la présente loi sans l'assentiment du ministre. L'ARC expose dans un bulletin d'interprétation les critères et la procédure à respecter lorsqu'un contribuable demande une modification de l'exercice financier d'une entreprise[38].

---

36 94 D.T.C. 1689 (C.C.I.).

37 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 19, interprétation technique 2003-0047961E5, 26 janvier 2004.

38 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 20.

3.1. DEMANDE DE CHANGEMENT D'EXERCICE FINANCIER

3.1.1. Fédéral

Selon l'ARC, les demandes de changement d'exercice financier doivent être motivées uniquement par des « raisons commerciales valables », comprenant normalement les suivantes :

> « a) Une corporation modifie son exercice financier pour qu'il se termine à la même date que celui de sa corporation mère ou d'une corporation associée;
>
> b) Une entreprise modifie son exercice financier pour qu'il se termine pendant sa période creuse annuelle ou pendant la saison où son stock est à son plus bas niveau;
>
> c) Un contribuable a transféré un bien utilisé dans l'exploitation d'une entreprise à une corporation, conformément à l'article 85, ou à une société, conformément au paragraphe 97(2), et il modifie l'exercice financier de l'entreprise pour que celui-ci se termine le jour qui précède immédiatement celui du transfert. Cette pratique est acceptable lorsque l'unique motif de la modification est de permettre que la déduction pour amortissement puisse être demandée pour le dernier exercice financier se terminant avant le transfert et que l'auteur et le bénéficiaire du transfert n'ont pas droit tous les deux à la déduction pour amortissement à l'égard d'un bien donné pour une période commune[39]. »

De plus, dans son bulletin, l'ARC précise que l'avantage personnel du contribuable ou son désir de réduire ou de différer ses impôts ne constituent pas des raisons commerciales valables. Enfin, l'ARC n'accepte généralement aucun changement rétroactif.

Tout contribuable qui n'est pas un organisme de charité enregistré ou une association canadienne enregistrée de sport amateur doit soumettre une demande écrite de modification d'exercice financier au directeur du bureau de district d'impôt de sa localité[40]. Les organismes de charité enregistrés et les associations canadiennes enregistrées de sport amateur doivent adresser leur demande comme suit :

---

[39] *Id*., par. 3.

[40] *Id*., par. 4.

Directeur
Division des organismes de charité
Revenu Canada, Impôt
Ottawa (Ontario) K1A 0L8

La demande de changement d'exercice financier doit être accompagnée d'un exposé écrit des raisons du changement demandé, et cet exposé doit porter la signature du contribuable ou de son mandataire.

3.1.2. Québec

La demande de changement d'exercice financier doit respecter les mêmes critères que ceux mentionnés au niveau fédéral, celle-ci doit néanmoins être adressée selon la région concernée :

Québec

Service de renseignements et traitement des requêtes
Direction générale des contribuables
Ministère du Revenu du Québec
3800, rue de Marly
Sainte-Foy (Québec) G1X 4A5

Montréal

Service de renseignements et traitement des requêtes
Direction générale des contribuables
Ministère du Revenu du Québec
3, Complexe Desjardins
Montréal (Québec) H5B 1A4

La demande de changement d'exercice financier devra être accompagnée d'un mémoire écrit, signé par le contribuable ou son mandataire et exposant les motifs de changement.

3.2. EXERCICE FINANCIER MODIFIÉ PAR L'EFFET DE LA LOI

Il existe des événements qui peuvent entraîner une modification de l'exercice financier d'un contribuable sans que celui-ci soit dans l'obligation de soumettre une demande de changement d'exercice financier, notamment ceux qui sont survenus par l'effet de la loi. De plus, le fait de produire validement certains choix prévus par la loi prolonge l'exercice financier

au-delà du jour auquel il se terminerait sans l'exercice du choix. En voici quelques exemples.

3.2.1. Acquisition de contrôle d'une société

À un moment donné, lorsqu'il y a acquisition de contrôle d'une société, par une personne ou par un groupe de personnes, l'année d'imposition de la société est réputée se terminer immédiatement avant ce moment. Cependant, lorsque l'acquisition de contrôle se produit dans les sept jours suivant la fin de l'année d'imposition régulière d'une société, celle-ci peut choisir de prolonger sa fin d'année d'imposition régulière jusqu'au moment précédant l'acquisition de contrôle et ainsi éliminer une année d'imposition additionnelle.

Le moment de l'acquisition du contrôle d'une société acquise est réputée être au début du jour de cette acquisition de contrôle, sauf si la société produit un choix pour que l'acquisition de contrôle ait lieu au moment où le contrôle est effectivement acquis dans la journée[41]. Le moment de la fin de l'année d'imposition de la société acquise dépendra donc de l'exercice ou non du choix prévu au paragraphe 256(9) L.I.R.

3.2.2. Fusion de sociétés canadiennes imposables

Lorsqu'il y a fusion de plusieurs sociétés canadiennes imposables, les années d'imposition des sociétés remplacées prennent fin immédiatement avant la fusion. La date d'entrée en vigueur de la fusion est édictée par le droit des sociétés et est normalement la date d'émission du certificat de fusion. La fusion a lieu au premier instant de cette date à moins qu'un temps précis ne soit spécifié sur le certificat de fusion. La date de son année d'imposition des sociétés remplacées sera donc en fonction de la date et de l'heure indiquées sur le certificat de fusion, le cas échéant.

Lorsqu'une fusion a lieu le même jour qu'une acquisition de contrôle et qu'aucun choix n'est produit en application du paragraphe 256(9) L.I.R., il n'y a qu'une seule fin d'année d'imposition[42].

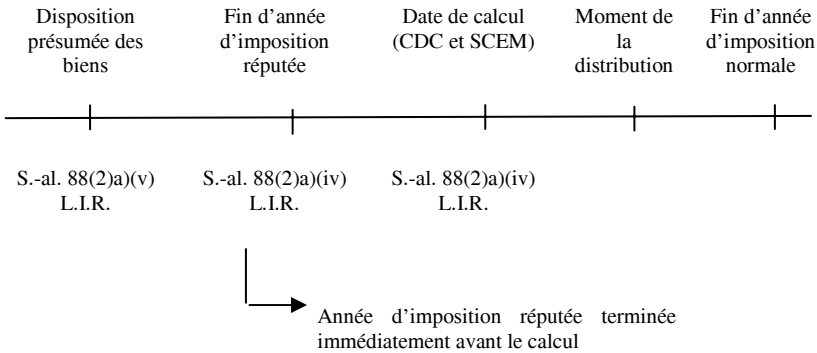
---

41 Par. 256(9) L.I.R.

42 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 19, interprétation technique 2004-0105481E5, 27 janvier 2005.

3.2.3. Liquidation selon le paragraphe 88(2) L.I.R.

Lorsqu'une société canadienne (autre qu'une filiale à l'égard de laquelle s'applique le paragraphe 88(1) L.I.R.) est liquidée et qu'à un moment donné (moment de la distribution), la totalité ou presque des biens lui appartenant sont attribués à ses actionnaires, une année d'imposition de la société est réputée se terminer immédiatement avant le moment de la distribution[43]. Cette année d'imposition n'est applicable qu'aux fins de l'alinéa 88(2)a) L.I.R., c'est-à-dire en vue de départager le moment où il y a disposition présumée des biens de la société et le moment du calcul de certains comptes fiscaux de la société (CDC, surplus de capital en main (SCEM), etc.) Ainsi, le dividende de liquidation sera réputé versé entre la fin d'année d'imposition réputée en vertu de l'alinéa 88(2)a) L.I.R. et la fin d'année d'imposition normale de la société. Ces étapes peuvent être illustrées comme suit :



3.2.4. Faillite d'une société

Une année d'imposition est réputée avoir pris fin le jour précédant celui où la société fait faillite et une nouvelle année d'imposition est réputée commencer le jour où la société a fait faillite[44]. Cependant, l'exercice d'une telle société n'est pas réputé prendre fin le jour précédant la faillite. En effet, tel qu'il est indiqué dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 8, il n'y a pas dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* de disposition selon laquelle une société qui fait faillite est réputée ne pas avoir établi d'exercice avant ce moment-là. Par conséquent, l'exercice

---

43 S.-al. 88(1)a)(iv) L.I.R.

44 Al. 128(1)d) L.I.R.

préalablement établi en vertu de la définition de ce terme au paragraphe 248(1) L.I.R. demeurera l'exercice de la société pour les années d'imposition postérieures à celle où elle a fait faillite[45]. La société qui fait faillite doit donc obtenir l'assentiment des autorités fiscales pour changer son exercice.

3.2.5. Société qui devient exonérée ou cesse de l'être

À un moment donné, lorsqu'une société devient exonérée d'impôt ou cesse de l'être, son année d'imposition est réputée prendre fin immédiatement avant ce moment et une nouvelle année d'imposition est réputée commencer à ce moment[46]. Quant à son exercice, la *Loi de l'impôt sur le revenu* précise qu'il est réputé ne pas avoir été établi avant ce moment. Ainsi, la société n'a pas à faire de demande auprès des autorités fiscales pour changer son exercice.

3.2.6. Fin d'année – Changement de statut

Le paragraphe 249(3.1) L.I.R., qui s'applique aux années d'imposition se terminant après 2005, s'applique lorsqu'une société devient ou cesse d'être une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») autrement qu'en raison d'une acquisition de contrôle à laquelle s'applique le paragraphe 249(4) L.I.R. Lorsque le paragraphe 249(3.1) L.I.R. s'applique, l'année d'imposition de la société est réputée prendre fin immédiatement avant son changement de statut et une nouvelle année d'imposition est réputée commencer à ce moment. Pour déterminer l'exercice de la société après le changement de statut, la société est réputée ne pas avoir fixé d'exercice avant ce moment. La société pourra donc choisir la date de la fin de son nouvel exercice[47].

Ce nouveau paragraphe pourrait s'appliquer lorsque, par exemple, un des actionnaires majoritaires cessera d'être résident canadien ou encore lors de l'arrivée d'un nouvel actionnaire non résident qui, sans acquérir le contrôle, entraînerait toutefois une majorité d'actionnaires non résidents. Aussi, le paragraphe 249(3.1) L.I.R. trouvera application lorsqu'une société fixe le choix de ne plus être une SPCC en vertu du paragraphe 89(11) L.I.R.

---

45 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 8, 4 novembre 1996.

46 Al. 149(1)a) L.I.R.

47 Al. 249(3.1)d) L.I.R.

Compte tenu du fait qu'une société doit être une SPCC tout au long de l'année pour profiter de la DPE, l'introduction de ce nouveau paragraphe permettra à une SPCC de satisfaire à cette exigence en tout temps puisqu'une société ne pourra plus être une SPCC pour seulement une partie de son année d'imposition.

Enfin, ce nouveau paragraphe sera pertinent pour le traitement fiscal des dividendes déterminés. En effet, lorsqu'une société devient une SPCC, le paragraphe 89(4) L.I.R. s'appliquera pour déterminer la majoration du compte de revenu à taux général à la fin de l'année où elle est devenue une SPCC. Aussi, le paragraphe 89(8) L.I.R. s'applique pour calculer la majoration du compte de revenu à taux réduit d'une société qui cesse d'être une SPCC.

3.2.7. Contribuable qui cesse de résider au Canada

Lorsqu'une société ou une fiducie cesse de résider au Canada à un moment donné, son année d'imposition est réputée prendre fin immédiatement avant ce moment et sa nouvelle imposition est réputée avoir commencé à ce moment[48]. Quant à son exercice, la *Loi de l'impôt sur le revenu* précise qu'il est réputé ne pas avoir été établi avant ce moment.

Si, à un moment donné, un particulier (sauf une fiducie) cesse de résider au Canada et qu'il exploitait une entreprise au Canada autrement que par l'entremise d'un établissement stable, alors l'exercice de son entreprise est réputé prendre fin immédiatement avant le moment donné[49]. Ce contribuable est réputé ne pas avoir établi d'exercice avant ce moment.

3.2.8. Perte de statut de fiducie testamentaire

Une fiducie peut perdre son statut de fiducie testamentaire dans certaines circonstances. Par exemple, ce serait le cas si un bien était remis à la fiducie testamentaire autrement que par suite du décès du particulier. Aussi, une perte de statut de fiducie testamentaire pourrait survenir dans l'éventualité où la fiducie contracterait une dette dont est créancier ou garant un bénéficiaire de la fiducie.

---

48 Al. 128.1(4)a) L.I.R.

49 Al. 128.1(4)a.1) L.I.R.

Lorsqu'une fiducie perd son statut de fiducie testamentaire, l'exercice à l'égard d'une entreprise ou d'un bien de la fiducie est réputé prendre fin. Son année d'imposition est aussi réputée avoir pris fin immédiatement avant la perte de son statut.

3.2.9. Société qui devient exonérée ou cesse de l'être

À un moment donné, lorsqu'une société devient exonérée ou cesse d'être exonérée de l'impôt de la Partie I L.I.R. sur son revenu imposable, elle est réputée avoir une année d'imposition qui prend fin juste avant le changement et une nouvelle année d'imposition commence à la date de son changement de statut[50]. La société est réputée ne pas avoir établi d'exercice avant ce moment et peut donc choisir la fin de son nouvel exercice.

3.2.10. Autres situations

Il existe plusieurs autres situations où l'exercice financier d'une société peut être modifié par l'effet de la loi. Ce serait notamment le cas dans les situations suivantes :

- le contribuable qui devient ou cesse d'être une institution financière[51];
- la révocation de l'enregistrement d'un contribuable comme organisme de charité enregistré[52].

4. RÈGLE ANTIÉVITEMENT ET FIN D'ANNÉE

Au fil des ans, les autorités fiscales ne se sont pas prononcées souvent quant à la possibilité d'appliquer la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») dans des situations où un contribuable planifie le moment d'une fin d'année d'imposition en vue d'obtenir un avantage fiscal. Néanmoins, nous exposerons ci-après quelques situations où l'ARC a clairement laissé entendre qu'elle pourrait invoquer la RGAÉ.

---

50 Par. 149(10) L.I.R.

51 Par. 142.6(1) L.I.R.

52 Par. 188(1) L.I.R.

4.1. FUSION AVEC UNE SOCIÉTÉ INACTIVE

Une société qui vend un bien en immobilisation admissible doit généralement attendre le début de l'année d'imposition qui suit avant de pouvoir faire le choix de verser un dividende à même son CDC. Afin de devancer ce moment, la société pourrait envisager de fusionner avec une société inactive (*Shell Company*) de façon à provoquer une fin d'année réputée[53].

Cependant, une telle planification risquerait fort de déplaire à l'ARC. En effet, au paragraphe 21 de la *Circulaire d'information* 88-2, l'ARC a précisé que la définition du terme « exercice » du paragraphe 249.1(7) L.I.R. prévoit expressément qu'aucun changement ne peut être apporté au moment où un exercice se termine sans l'assentiment du ministre. Aux dires de l'ARC, « le fait d'utiliser les dispositions du paragraphe 87(2) pour contourner cette exigence constituerait un abus dans l'application du paragraphe 87(1), de sorte que le paragraphe 245(2) s'appliquerait »[54].

4.2. CHANGEMENTS D'UN FIDUCIAIRE

Nous retrouvons de plus en plus de situations où l'actionnaire de contrôle d'une société est une fiducie. À la lumière des positions récentes de l'ARC, il appert qu'un changement de tout fiduciaire d'une fiducie entraînerait généralement un nouveau groupe de personnes qui contrôle la société de sorte que les règles relatives à l'acquisition de contrôle pourraient s'appliquer. Une de ces règles prévoit la fin d'une année d'imposition immédiatement avant cette acquisition de contrôle. Afin de pouvoir profiter d'un avantage fiscal (tel l'encaissement accéléré d'un CDC), une planification consisterait à remplacer un des fiduciaires. Si aucun motif commercial n'a conduit à ce remplacement de fiduciaire, il y a fort à parier que l'ARC pourrait invoquer la RGAÉ afin de refuser la possibilité pour la société d'avoir une fin d'année réputée.

---

[53] Fin d'année d'imposition immédiatement avant la fusion en vertu de l'alinéa 87(2)a) L.I.R.

[54] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement - article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 21 octobre 1988, par. 21.

4.3. RETARDER LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

Afin de différer le paiement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. payable par une société, le choix d'une fin d'année d'imposition différente pour la société mère pourrait être envisagé. Afin d'illustrer cette planification, voyons l'exemple qui suit qui a été tiré d'un texte publié lors d'une conférence prononcée à l'Association canadienne d'études fiscales[55].

Une société privée (ci-après « OPCO ») a une année d'imposition se terminant le 31 décembre. OPCO réalise un gain en capital important ce qui a pour effet d'augmenter son compte d'IMRTD. Avant le 31 décembre, les actionnaires d'OPCO ont transféré leur participation à une société nouvellement constituée (ci-après « GESCO ») dont la fin d'année d'imposition a été fixée au 30 novembre. La société OPCO a versé un dividende imposable entre le 1er et le 31 décembre de façon à obtenir un remboursement au titre de dividendes. Compte tenu de la date du versement du dividende, l'impôt de la Partie IV L.I.R. n'est exigible qu'à la fin de la prochaine année d'imposition de GESCO se terminant le 30 novembre de l'année civile suivante.

Appelée à commenter cette planification, l'ARC avait alors conclu que le transfert d'actions et la création de GESCO constituaient des transactions d'évitement dont l'avantage fiscal consistait à différer le paiement de l'impôt de la Partie IV L.I.R.

5. EXERCICE FINANCIER ABRÉGÉ

Il arrive rarement que le premier exercice financier d'une société corresponde exactement à une année d'imposition complète de 12 mois. Cette situation engendre certainement des implications fiscales puisque bon nombre d'allègements fiscaux octroyés par les autorités fiscales le sont sur cette base. Nous décrivons ci-après quelques-unes des situations où l'exercice financier abrégé a un impact pour un contribuable.

5.1. DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT

Lorsque le premier exercice financier d'une société est inférieur à 52 semaines, la déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») que celle-ci pourrait réclamer dans sa déclaration de revenus se trouve réduite

---

[55] « Revenue Canada Round Table », dans *British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994.

proportionnellement au nombre de jours de cette année d'imposition par rapport à 365[56]. Par exemple, une société, constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* le 15 juillet 2006 et dont la fin d'exercice financier se termine le 31 décembre 2006, ne pourra déduire qu'un montant de 1 042 $[57] au titre de la DPA relativement à du matériel informatique neuf acquis le 15 juillet au montant de 10 000 $ pour cet exercice financier.

5.2. MONTANT CUMULATIF DES IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que lorsque l'année d'imposition compte moins de 12 mois, la somme déductible au titre du montant cumulatif des immobilisations admissibles ne peut dépasser la proportion de la somme maximale déductible par ailleurs que représente le nombre de jours de l'année d'imposition par rapport à 365[58]. C'est dire qu'une société, nouvellement constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* le 12 septembre 2006, dont la fin d'exercice financier se termine le 31 décembre de chaque année, qui acquiert des immobilisations admissibles au montant de 20 000 $, ne pourra déduire à ce titre qu'un montant de 316 $[59], relativement à cet exercice financier.

5.3. DÉPENSES DE RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Le paragraphe 127(10.6) L.I.R. expose des règles concernant la détermination de la limite de dépenses en matière de RS & DE d'une SPCC. Dans le cas où un contribuable a un exercice financier de moins de 51 semaines, l'alinéa 127(10.6)b) L.I.R. prévoit une répartition de sa limite de dépenses en fonction du nombre de jours de son exercice financier par rapport à 365. Par exemple, une société, constituée le 16 août 2006 et dont la fin d'exercice financier se termine le 31 décembre 2006, aura droit à une limite de dépenses au titre de RS & DE de 750 685 $[60].

---

56 Par. 1103(1) R.I.R.

57 Calcul : (10 000 $ × 50 % × 45 %) × 169/365.

58 Al. 20(1)b) L.I.R.

59 Calcul : (20 000 $ × 75 % × 7 %) × 110/365.

60 Calcul : (2 000 000 $ × 137/365).

5.4. DÉDUCTION ACCORDÉE AUX PETITES ENTREPRISES

Le paragraphe 125(1) L.I.R. prévoit une réduction de l'impôt des sociétés, généralement appelée la DPE, de l'impôt de la Partie I L.I.R. payable par ailleurs, pour une année d'imposition, par une société qui, tout au long de cette année d'imposition, était une SPCC. Cette DPE se présente sous la forme d'un crédit d'impôt annuel égal à 16 % du moins élevé des montants suivants :

a) le total net des revenus que la société tire, pour l'année, d'entreprises exploitées activement;

b) le revenu imposable de la société pour l'année (sous réserve de certains rajustements);

c) le « plafond des affaires » de la société pour l'année.

Pour l'année 2007, le plafond des affaires est de 400 000 $[61] pour une société dont l'exercice financier commence le 1er janvier et se termine le 31 décembre. Lorsque l'exercice financier d'une société est inférieur à 51 semaines, son plafond des affaires relativement à cet exercice financier est égal à la fraction de son plafond des affaires pour l'année, représentée par le rapport entre le nombre de jours de cette année d'imposition par rapport à 365[62]. À titre d'exemple, la société ABC a été constituée le 28 avril 2007 en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et a une fin d'exercice financier se terminant le 31 octobre de chaque année. Dans ce cas, son plafond des affaires maximum ne peut dépasser 203 836 $[63] relativement à cette année d'imposition. Cela est aussi vrai lorsque la société a plus d'un exercice financier se terminant dans la même année civile[64].

5.5. ACOMPTES PROVISIONNELS DE SOCIÉTÉS

Pour calculer leurs acomptes provisionnels, les sociétés ont recours à trois méthodes[65]. Lorsque la méthode 2 ou 3 est utilisée, la base des

---

61 Par. 125(2) L.I.R.

62 Al. 125(5)b) L.I.R.

63 Calcul : 400 000 $ × 186/365.

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déduction accordée aux petites entreprises », 3 juin 2002, par. 28.

65 Al. 157(1)a) L.I.R.; par. 157(3) L.I.R.

acomptes provisionnels pour une année d'imposition antérieure de moins de 12 mois sera calculée en fonction d'un équivalent de 12 mois. Cette base s'appelle la « base d'acomptes provisionnels rajustée » et est calculée en divisant 365 par le nombre de jours dans l'année d'imposition. Le résultat ainsi obtenu est multiplié par l'impôt réel exigible[66]. Par exemple, une société ayant un montant d'impôt à payer de 30 000 $ relativement à son exercice financier débutant le 15 janvier 2007 et se terminant le 31 mars 2007 devra effectuer des acomptes mensuels de 12 007 $[67].

5.6. FRAIS D'AMÉNAGEMENT CANADIENS

Les frais d'aménagement canadiens (ci-après « FAC ») constituent une autre catégorie de déductions dites de ressources qui est significative dans le cadre d'une exploitation minière. Les FAC engagés dans un exercice donné s'ajoutent au solde des frais d'aménagement cumulatifs canadiens (ci-après « FACC »). Les FACC donnent droit annuellement à une déduction d'un maximum de 30 % calculée sur le solde résiduel à la fin d'une année donnée. Il convient de noter qu'aux fins de l'impôt du Québec, l'article 413 L.I. autorise pour toute année d'imposition une déduction d'un maximum de 100 % du solde disponible. Le paragraphe 66(13.1) L.I.R. s'applique à une année d'imposition abrégée et fait en sorte de réduire proportionnellement le montant de la déduction pour les FAC.

5.7. FRAIS D'ÉMISSION, DE VENTE D'ACTIONS, D'UNITÉS, DE PARTICIPATIONS ET D'EMPRUNT

En vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R., les frais engagés après 1987 relativement à des émissions, à des ventes d'actions, d'unités ou de participations et à des frais d'emprunt ne sont déductibles qu'en fractions égales sur une période de cinq ans. Néanmoins, lorsque l'exercice financier de la société est abrégé, la déduction est multipliée par le rapport entre le nombre de jours de l'année d'imposition par rapport à 365. À titre d'exemple, une société qui engage des frais d'émission d'obligations de 80 000 $, dont l'exercice financier est de 121 jours, aura droit à une déduction au titre de frais d'émission n'excédant pas 5 304 $[68].

---

66 Par. 5301(1) R.I.R.

67 Calcul : [(30 000 $ × 365/76) ÷ 12 mois].

68 Calcul : (80 000 $ × 20 % × 121/365).

5.8. APPLICATION POTENTIELLE DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R.

Lorsqu'une société consent un prêt à un actionnaire[69], le montant du prêt ou de la dette doit être inclus dans le revenu de ce dernier pour l'année d'imposition au cours de laquelle le prêt et consenti. Toutefois, le paragraphe 15(2.6) L.I.R. prévoit que le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas si l'actionnaire ayant bénéficié du prêt de sa société le rembourse au plus tard dans l'année d'imposition qui suit celle au cours de laquelle le prêt a été consenti. Dans l'éventualité où une société aurait une fin d'année d'imposition abrégée, son délai pour le remboursement du prêt ou de la dette serait écourté.

5.9. VIEILLISSEMENT DE CERTAINS ATTRIBUTS FISCAUX

Une société ayant une année d'imposition abrégée verra sa période d'utilisation de certains de ces attributs fiscaux écourtée d'une année. Ce sera notamment le cas relativement au délai pour utiliser les pertes autres que des pertes en capital, les crédits d'impôt à l'investissement reporté, les dons reportés et le crédit fédéral pour impôt étranger sur le revenu d'une entreprise. Les changements législatifs visant à accroître le délai d'utilisation des pertes fiscales et des crédits d'impôt à l'investissement compensent en partie cet inconvénient.

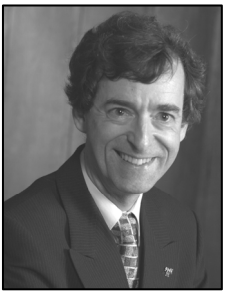
CONCLUSION

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de conclure qu'une bonne compréhension et surtout qu'une bonne utilisation des règles fiscales concernant la notion d'« année d'imposition » ou d'« exercice » peuvent constituer d'excellents outils pouvant permettre à un contribuable de différer l'impôt et, par ricochet, être un bon moyen permettant aux entreprises de s'autofinancer. Néanmoins, advenant le cas où un contribuable désire modifier la date de fin d'exercice de son entreprise, la demande doit être acheminée au bon endroit et motivée par des raisons commerciales valables. De plus, étant donné la complexité des règles fiscales, le contribuable tirera avantage de requérir les services de spécialistes en fiscalité afin de parvenir à atteindre certains objectifs.

---

[69] Actionnaire autre qu'une société résidant au Canada ou aux actionnaires qui sont des sociétés de personnes dont tous les associés sont des sociétés résidant au Canada.

INTERACTION DE LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES, DU TESTAMENT, DES CONTRATS D'ASSURANCE ET DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS DANS UN CONTEXTE DE PLANIFICATION SUCCESSORALE



Luc Martel
Associé, avocat, M. Fisc.
Martel, Cantin avocats
et professeur associé
Université de Sherbrooke

TABLE DES MATIÈRES

1. **PRINCIPAUX DOCUMENTS** 22:5

2. **TESTAMENT *VERSUS* ACTE DE FIDUCIE** 22:12

2.1. FACULTÉ D'ÉLIRE 22:12
2.1.1. La faculté d'élire est-elle légale? 22:13
2.1.2. La faculté d'élire est-elle illimitée? 22:13
2.1.3. La faculté d'élire est-elle évolutive? 22:13
2.1.4. Qui peut exercer la faculté d'élire? 22:14

2.1.5. Devrait-on accorder à d'autres personnes que l'auteur du gel le pouvoir d'exercer la faculté d'élire? 22:14
2.1.6. Ce qui fait l'objet de l'exercice de la faculté d'élire 22:14
2.1.7. Comment exerce-t-on la faculté d'élire? 22:15
2.1.8. Quel effet l'exercice de la faculté d'élire a-t-il? 22:15
2.2. FIDUCIAIRES REMPLAÇANTS OU ADDITIONNELS 22:16

3. TESTAMENT *VERSUS* FIDUCIE *VERSUS* REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS 22:18

3.1. STIPULATION D'INSAISISSABILITÉ 22:19
3.2. STIPULATION D'INALIÉNABILITÉ 22:20
3.3. OPPOSABILITÉ AUX TIERS 22:20
3.4. À QUEL MOMENT DEVIENT-IL OPPORTUN DE PROCÉDER À LA PUBLICATION DE LA STIPULATION D'INSAISISSABILITÉ OU D'INALIÉNABILITÉ? 22:21

4. ACTE DE FIDUCIE *VERSUS RÈGLEMENT 45-106* 22:22

4.1. RESTRICTION À LA LIBRE CESSION DES TITRES 22:22
4.2. ÉMISSION À UNE PERSONNE VISÉE 22:24
4.2.1. Qualification par les bénéficiaires 22:24
4.2.2. Qualification par les fiduciaires 22:26

5. TESTAMENT *VERSUS* CONVENTION D'ACTIONNAIRES 22:27

5.1. CLAUSE DE DOUBLE OPTION 22:27
5.1.1. Dans la convention entre actionnaires 22:31
5.1.2. Dans le testament 22:32
5.2. CONTRÔLE DE LA COMPAGNIE 22:33

6. TESTAMENT *VERSUS* ASSURANCE VIE 22:36

6.1. LEGS À TITRE PARTICULIER 22:36
6.2. DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE 22:37

7. CONVENTION D'ACTIONNAIRES *VERSUS* TESTAMENT *VERSUS* ASSURANCE 22:39

8. CONVENTION D'ACTIONNAIRES *VERSUS* ACTE DE FIDUCIE 22:43

8.1. CLAUSE D'ACHAT/VENTE D'ACTIONS 22:43
8.2. CLAUSE DE VOTE 22:44
8.3. POUR LIER LES ÉVENTUELS DÉTENTEURS DES ACTIONS LORS DE LA LIQUIDATION DE LA FIDUCIE 22:44
8.4. CLAUSE D'ACHAT/VENTE D'ACTIONS 22:46

9. CONVENTION D'ACTIONNAIRES *VERSUS* CONJOINT 22:47

9.1. SI NON MARIÉ OU MARIÉ EN SÉPARATION DE BIENS 22:47
9.2. SI MARIÉ EN SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS 22:48

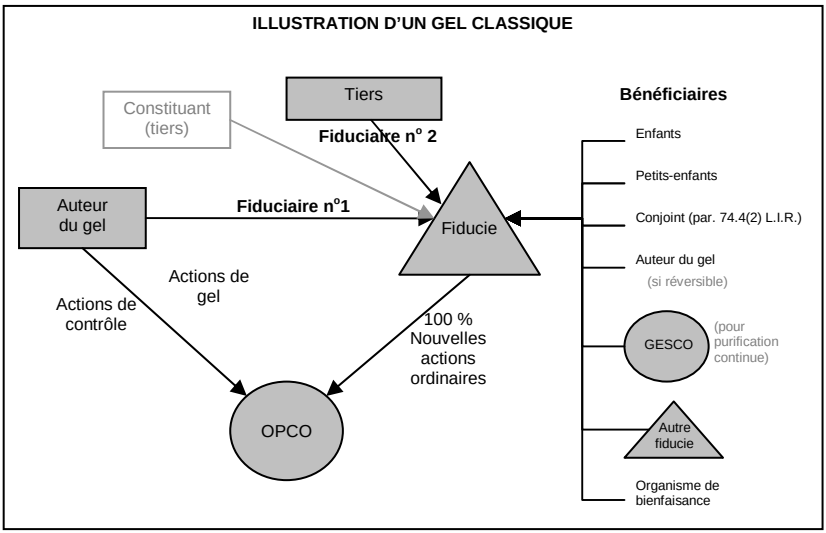
CONCLUSION 22:50

ANNEXE A 22:52

ANNEXE B 22:55

Lorsqu'une personne dans les affaires souhaite réaliser une planification successorale et, tout particulièrement, la transmission de son entreprise à ses enfants, à des employés-clés ou à toute autre personne, un ensemble de documents juridiques seront préparés pour donner effet à la planification la plus appropriée que les conseillers de la personne d'affaires pourront imaginer.

Aux fins du présent texte, il sera présumé que la planification retenue favorise les enfants de la personne dans les affaires. Également, nous considérerons que la planification retenue suit le modèle classique représenté par le tableau ci-après.



1. PRINCIPAUX DOCUMENTS

Pour réaliser une planification comme celle illustrée ci-dessus, la personne dans les affaires (ci-après « auteur ») verra à la préparation des documents nécessaires pour procéder aux étapes suivantes :

L'auteur doit d'abord prévoir un échange de ses actions participantes en actions non participantes de gel, ayant les caractéristiques requises pour que les autorités fiscales ne mettent pas en doute la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de ces actions de gel. Il est important que les droits, privilèges, conditions et restrictions afférents aux actions de gel soient tels que l'évaluation de celles-ci corresponde à la JVM des actions participantes

de l'auteur, non seulement à la date de l'échange par ce dernier en de telles actions de gel, mais également par la suite jusqu'au rachat ou à la disposition de celles-ci par l'auteur[1].

Si de telles actions de gel ne sont pas prévues au capital-actions autorisé de la compagnie exploitée par l'auteur, il y aura lieu de modifier les statuts de cette compagnie pour créer de telles actions privilégiées de gel. Par la même occasion, le cas échéant, il y aurait lieu de prévoir dans le capital-actions autorisé une catégorie d'actions de contrôle[2], des actions privilégiées à dividende discrétionnaire et des actions privilégiées pouvant être émises pour un capital versé minime, mais ayant une valeur de rachat élevée. Chacune de ces catégories d'actions a un rôle à jouer dans une planification successorale.

Par la même occasion, le rédacteur des statuts de modification pourrait profiter de l'occasion pour ajouter aux statuts de la compagnie la clause de restrictions sur les cessions de titres que le nouveau *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*[3] de la *Loi sur les valeurs mobilières*[4] du Québec propose d'ajouter afin de qualifier la compagnie à titre de d'« émetteur fermé », permettant à celle-ci d'émettre des actions de son capital-actions en étant dispensée de prospectus et d'inscription autrement requis par l'autorité des marchés financiers (ci-après « AMF »).

Donc, pour cette première étape, différentes procédures corporatives seront nécessaires :

- Résolution des administrateurs autorisant le règlement modifiant les statuts de la compagnie, le cas échéant;

- Résolution des actionnaires pour ratifier le règlement modifiant les statuts de la compagnie adopté par les administrateurs[5];

---

1 Pour plus de détails quant aux droits, privilèges, conditions et restrictions que doivent avoir des actions de gel, voir Luc MARTEL, « Les techniques de gel successoral », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 4:1-121, aux pages 4:30 et suiv.

2 Les actions de contrôle sont des actions non participantes, votantes et, préférablement, automatiquement rachetables au décès de leur détenteur.

3 R.Q. c. V-1.1, r.0.1.001 (ci-après « *Règlement 45-106* »).

4 L.R.Q., c. V-1.1 (ci-après « L.V.M. »).

5 Si la compagnie exploitant l'entreprise est de juridiction fédérale, seule une résolution spéciale des actionnaires sera requise pour ainsi modifier les statuts de la société.

- Résolution des administrateurs autorisant l'achat de gré à gré des actions participantes de l'auteur et l'émission des actions de gel en contrepartie de cet achat[6];

- Annulation du certificat représentant les actions participantes de l'auteur;

- Émission du nouveau certificat représentant les actions de gel émises à l'auteur;

- Inscription dans les registres du livre corporatif de la compagnie de l'annulation des actions participantes de l'auteur et de l'émission des nouvelles actions de gel;

- Le cas échéant, émission d'actions de contrôle à l'auteur du gel, comprenant la résolution des administrateurs autorisant cette émission, la délivrance d'un certificat d'actions et l'inscription de cette délivrance dans les registres appropriés du livre corporatif de la compagnie.

Par la suite, l'auteur devra prévoir la constitution d'une fiducie entre vifs, familiale, discrétionnaire et, si désiré, réversible. Un acte de fiducie sera rédigé en conséquence. La fiducie souscrira aux nouvelles actions participantes devant être émises par la compagnie faisant l'objet de la planification, de sorte que la croissance future de cette compagnie appartienne aux bénéficiaires de la fiducie plutôt qu'à l'auteur du gel. Évidemment, si l'auteur du gel est lui-même bénéficiaire de la fiducie, rendant celle-ci « réversible », il lui sera toujours possible de récupérer cette croissance, en tout ou en partie, plutôt que de la transmettre aux autres bénéficiaires de la fiducie.

L'acte de fiducie comprendra, pour le moins, les clauses suivantes :

- clause d'affectation, soit la description de la raison d'être de la fiducie[7];

---

6 À moins que l'échange n'ait été effectué à même les statuts de modification dans le cadre d'un « remaniement de capital », voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 86(1).

7 Il est important de bien définir l'affectation de la fiducie pour éviter les situations catastrophiques comme celle, par exemple, qui est arrivée à M. Rose, dans l'affaire *Rose* c. *Rose*, [2006] CAN L II 20856 (C.S. Ont.), décision no 08-002/05, 19 juin 2006.

- liste des bénéficiaires potentiels[8];
- choix du ou des fiduciaires de la fiducie, en prêtant une attention particulière à ce qui suit :
- application possible du paragraphe 75(2) L.I.R.[9];
- dispositions du sous-paragraphe 2.4(2)j) du *Règlement 45-106*[10];
- nomination de fiduciaires remplaçants[11];
- prise de décision des fiduciaires;
- remise des revenus (discrétionnaire);
- remise du capital (discrétionnaire);
- faculté d'élire[12];

---

[8] Le choix des bénéficiaires de la fiducie aura une incidence sur la qualification de la fiducie comme souscripteur de titres d'un « émetteur fermé » sans que les formalités de l'inscription et du prospectus aient à être suivis. Voyez le sous-paragraphe 2.4(2)j) du *Règlement 45-106*. En vertu du sous-paragraphe j), une fiducie tombe dans la liste des catégories de personnes admissibles comme souscripteur d'un « émetteur fermé » pourvu que **tous les bénéficiaires** soient des personnes visées aux sous-paragraphes a) à h) de ce paragraphe 2.4(2). Comme il arrive fréquemment que l'acte de fiducie prévoit dans la liste des bénéficiaires potentiels d'autres personnes que celles visées aux sous-paragraphes a) à h) de cet article 2.4 (2), il est plutôt rare que l'on puisse qualifier une fiducie entre vifs en raison du choix de ses bénéficiaires.

[9] Il est souvent fait référence à ce paragraphe 75(2) L.I.R. comme étant celui de la « fiducie avec droit de retour »; si ce paragraphe trouve application, il provoque l'attribution de tout revenu ou toute perte résultant des biens de la fiducie ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition de ces biens entre les mains de l'auteur du transfert de ces biens à la fiducie. De plus, le fait que ce paragraphe se soit appliqué à la fiducie, à tout moment au cours de l'existence de la fiducie, prive cette dernière, sauf certains cas d'exceptions, du « roulement » des biens qu'elle possède à ses bénéficiaires lors de sa liquidation : par. 107(4.1) L.I.R.

[10] Nous reviendrons sur ce sous-paragraphe dans la section 4., intitulée « Acte de fiducie *versus Règlement 45-106* ».

[11] Nous reviendrons sur ce sujet à la section 2., intitulée « Testament *versus* Acte de fiducie ».

[12] Nous reviendrons sur cette question de la faculté d'élire à la section 2., intitulée « Testament *versus* Acte de fiducie ».

- insaisissabilité et incessibilité[13];

- clause de « propre » prévoyant que les biens de la fiducie sont remis à un bénéficiaire en guise de propre à ce bénéficiaire, non soumis à tout partage en vertu du régime matrimonial du bénéficiaire en question[14];

- pouvoir des fiduciaires : l'acte de fiducie devrait donner plein pouvoir aux fiduciaires afin de leur laisser toute latitude quant à l'administration des biens. De toute manière, le *Code civil du Québec* prévoit que le fiduciaire exerce tous les droits afférents au patrimoine de la fiducie et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. De plus, il agit à titre « d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration », ce qui signifie, entre autres choses, que le fiduciaire doit « conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but de la fiducie l'exige » sans compter que le fiduciaire peut « pour exécuter ses obligations, aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et faire tout autre acte nécessaire ou utile, y compris tout espèce de placement »[15]. Il sera également judicieux de prévoir, parmi les pouvoirs des fiduciaires, certains pouvoirs spéciaux de nature fiscale permettant aux fiduciaires de faire tous les choix fiscaux appropriés pour le bien commun des bénéficiaires, même si un tel choix pouvait préjudicier un bénéficiaire au détriment des autres;

- date de cessation de la fiducie, prévoyant la possibilité d'une liquidation lors du 21e anniversaire de la date de constitution de la fiducie si les fiduciaires souhaitent éviter une disposition réputée des biens détenus par la fiducie au terme des 21 ans d'existence de celle-ci.

Le but de la présente énumération des clauses à prévoir dans l'élaboration d'une fiducie entre vifs n'étant pas de faire une étude de fond

---

13 Nous reviendrons sur cette question de l'insaisissabilité et de l'incessibilité à la section 3., intitulée « Testament *versus* Fiducie *versus* Registre des droits personnels et réels mobiliers ».

14 Voir le deuxième alinéa de l'article 450 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), qui stipule que « sont propres à chacun des époux […] les biens qui lui échoient au cours du régime, par […] donation et, si […] le donateur l'a stipulé, les fruits et revenus qui en proviennent ». Donc, si l'acte de fiducie prévoit une telle stipulation de propre, non seulement seront propres les biens remis au bénéficiaire, mais le seront également les fruits et revenus qui en proviennent.

15 Art. 1278, 1306 et 1307 C.c.Q.

sur la fiducie entre vifs, laquelle fait l'objet de multiples articles d'auteurs émérites, nous limitons ici la revue des clauses que devrait comprendre l'acte de fiducie.

L'auteur doit aussi prévoir la rédaction d'une convention entre actionnaires traitant du sort pouvant être réservé aux actions détenues par chacun des actionnaires de la compagnie faisant l'objet de la planification. Cette convention contiendra les clauses d'achat/vente d'actions usuelles dont les suivantes :

- droit de premier refus;
- offre obligatoire des actions d'un actionnaire en certaines circonstances, dont le décès et divers cas de « retrait des affaires » (invalidité, retraite, régime de protection, cessation d'emploi, concurrence, fraude ou vol, faillite, contravention à la convention, divorce et séparation, etc.);
- clause *piggyback* ou d'entraînement en certaines circonstances;
- clause *shotgun* lorsqu'elle est jugée appropriée;
- clause d'interdiction d'hypothéquer ses actions;
- clause de préemption advenant de nouvelles émissions d'actions;
- clause d'évaluation des actions;
- clause de paiement des actions;
- clause d'assurance vie sur la tête des actionnaires;
- clause d'achat par la compagnie plutôt qu'entre les actionnaires;
- clause de vote (élection des administrateurs).

Ce qui précède n'est qu'une liste partielle des sujets habituellement traités dans la convention entre actionnaires et ne doit pas être considérée comme une liste exhaustive des sujets devant s'y retrouver[16].

---

[16] Nous reviendrons sur ce sujet à la section 8., intitulée « Convention d'actionnaires *versus* Acte de fiducie ».

L'auteur doit prévoir une convention unanime d'actionnaires, dont la seule fin consiste à restreindre le pouvoir des administrateurs et à augmenter celui des actionnaires quant à la gestion de la compagnie. L'objet de la convention unanime consiste à réaliser ce renversement dans le partage des pouvoirs entre les administrateurs et les actionnaires. Ce genre de convention unanime sera utilisé pour conférer à l'auteur de la transmission le contrôle qu'il souhaite sauvegarder sur les décisions qu'il juge importantes, jusqu'à la date à laquelle il sera prêt à concéder ce contrôle à la relève[17].

L'auteur prévoira une planification testamentaire : l'élaboration d'une planification successorale, comprenant la transmission de l'entreprise exploitée par l'auteur de la planification, pourra être pour ce dernier l'occasion de réviser son testament en fonction du nouveau contexte dans lequel il se trouve. Encore une fois, le présent texte n'a pas pour objet de traiter à fond de la rédaction d'un testament, bien que nous soulignions certaines dispositions testamentaires qui auraient avantage à se retrouver dans le testament de l'auteur de la planification par suite de la réalisation de cette planification.

Soulignons pour le moment la possibilité, dorénavant, d'ajouter au testament une clause de don d'organes et de tissus qui, lorsque le testament est reçu devant notaire, pourra être inscrite dans un registre informatisé auprès de la Régie de l'assurance maladie du Québec (ci-après « RAMQ »), grâce à une entente intervenue entre cette dernière et la Chambre des notaires. Le Barreau du Québec ne faisant pas partie de cette entente, une clause de don d'organes et de tissus comprise dans un testament préparé par un avocat et signé devant témoins ne peut bénéficier de la même inscription auprès de la RAMQ[18].

Enfin, l'auteur doit prévoir la rédaction d'un mandat en cas d'inaptitude, si ce n'est déjà fait, ou encore la révision du mandat existant pour s'assurer que le choix du ou des mandataires désignés est toujours valable en date courante. Il ne faut pas oublier que l'auteur de la transmission peut, dans son

---

17 Nous reviendrons sur ce sujet à la section 8., intitulée « Convention d'actionnaires *versus* Acte de fiducie ».

18 Voilà donc un élément additionnel militant en faveur de la signature d'un testament devant notaire, même s'il est préparé par un avocat ou un fiscaliste, en plus du fait que le testament notarié, contrairement aux autres formes de testament (soit le testament devant témoins et le testament olographe) ne nécessite pas d'être vérifié, à la demande de tout intéressé, auprès de la Cour, en la manière prescrite au *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. ») (art. 772 C.c.Q.).

mandat en cas d'inaptitude, désigner plus d'un mandataire, et même nommer un ou des mandataires différents selon les responsabilités qui leur sont conférées, telles que, par exemple, la protection de la personne (accès au dossier médical, traitement à recevoir, refus à l'acharnement thérapeutique, etc.) et protection du patrimoine, lequel peut se subdiviser en la gestion des biens personnels de l'auteur (résidence, chalet, régime enregistré d'épargne-retraite, assurance vie, placements personnels, comptes personnels, etc.) et la gestion des biens commerciaux (actions de compagnies exploitées activement, participation dans une société en nom collectif, etc.).

Comme nous pouvons le constater, une planification successorale peut requérir la préparation de plusieurs documents et il arrive que certains de ces documents interagissent avec d'autres et que ce qui est dit dans l'un puisse être complété par certaines dispositions contenues dans un autre.

Le présent texte veut justement souligner cette interaction entre le testament, la convention entre actionnaires et l'acte de fiducie utilisés dans le cadre d'une planification successorale classique, comprenant la transmission de l'entreprise incorporée exploitée par l'auteur.

2. TESTAMENT *VERSUS* ACTE DE FIDUCIE

2.1. FACULTÉ D'ÉLIRE

Il est fréquent pour l'auteur d'un gel qui n'a pas encore réglé ses trois incertitudes[19] de considérer la constitution d'une fiducie entre vifs pour souscrire aux nouvelles actions participantes après que l'auteur de la transmission eut échangé ses propres actions participantes contre de nouvelles actions non participantes de gel.

Dans un tel acte de fiducie entre vifs, l'auteur du gel pourra prévoir une liste des bénéficiaires potentiels de la fiducie et donner aux fiduciaires la discrétion de répartir les biens de la fiducie entre ce ou ces bénéficiaires.

---

[19] Pour plus de détails quant à ces trois incertitudes, voir Luc MARTEL, « Les fiducies dans un contexte de transmission d'entreprise – Financement », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 30:1-46, aux pages 30:11-25. Les trois incertitudes dont il est question sont :

a) incertitude quant au choix du ou des bénéficiaires ultimes;

b) incertitude quant à la répartition entre le ou les bénéficiaires ultimes;

c) intention réelle de se défaire de la croissance des biens détenus par la fiducie.

Cependant, l'auteur du gel, bien qu'il puisse souhaiter s'arroger cette faculté d'élire le ou les bénéficiaires de son choix, n'entend probablement pas accorder cette même faculté à ses fiduciaires remplaçants.

C'est pourquoi l'acte de fiducie prévoira en sa faveur une clause de faculté d'élire en vertu de laquelle il se réserve le droit de décider à qui et dans quelle proportion les biens de la fiducie seront répartis lors de la liquidation de cette dernière.

Cette clause de faculté d'élire emporte différents questionnements.

2.1.1. La faculté d'élire est-elle légale?

Le *Code civil du Québec* prévoit expressément que le constituant d'une fiducie peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part[20].

2.1.2. La faculté d'élire est-elle illimitée?

En cas de fiducie personnelle, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles **ils doivent**[21] choisir les bénéficiaires est clairement déterminée dans l'acte constitutif[22].

2.1.3. La faculté d'élire est-elle évolutive?

Celui qui a la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part peut l'exercer comme il l'entend; il peut modifier ou révoquer sa décision pour les besoins de la fiducie. Cependant, celui qui exerce la faculté ne peut le faire à son propre avantage[23]. C'est pourquoi, lorsque la fiducie se veut réversible, c'est-à-dire que les biens de la fiducie puissent revenir à l'auteur du gel, alors que ce dernier est l'un des fiduciaires, il faudra faire attention à la façon de formuler la clause de remise des biens de la fiducie, afin de minimiser les recours possibles des bénéficiaires écartés de la distribution

---

20 Art. 1282 C.c.Q.

21 Dans le texte anglais, les mots *he may* sont utilisés, ce qui semble plus approprié dans le contexte : voir art. 1282, al. 2 C.c.Q. en versions française et anglaise.

22 Art. 1282, al. 2 C.c.Q.

23 Art. 1283 C.c.Q.

finale des biens, au profit d'un seul bénéficiaire (en l'occurrence, l'auteur du gel).

2.1.4. Qui peut exercer la faculté d'élire?

Habituellement, l'auteur du gel souhaite être celui qui pourra exercer la faculté d'élire. Ce qui ne constitue aucun problème en vertu du *Code civil du Québec*, qui prévoit que cette faculté d'élire peut être conférée à un fiduciaire ou à un tiers[24].

Donc, l'auteur du gel, même s'il n'était pas lui-même fiduciaire de la fiducie, pourrait tout de même intervenir à titre de tiers dans l'exercice d'une faculté d'élire prévue à l'acte de fiducie.

2.1.5. Devrait-on accorder à d'autres personnes que l'auteur du gel le pouvoir d'exercer la faculté d'élire?

Par exemple, ce pouvoir devrait-il être accordé au conjoint de l'auteur du gel? Si oui, l'exercice qu'en fera le conjoint sera-t-il permis uniquement à défaut pour l'auteur du gel d'avoir lui-même exercé cette faculté d'élire ou le conjoint pourra-t-il exercer cette faculté d'élire au détriment de l'exercice qu'en aurait fait l'auteur lui-même? Cette question sera à discuter avec l'auteur du gel.

Peut-être l'auteur du gel verra-t-il l'utilité d'accorder à un autre membre de sa famille le pouvoir d'exercice de cette faculté d'élire. En certaines circonstances, l'auteur du gel pourrait même vouloir attribuer ce pouvoir d'exercice à un ami proche en qui il met toute sa confiance.

2.1.6. Ce qui fait l'objet de l'exercice de la faculté d'élire

Le *Code civil du Québec* donne au constituant, au fiduciaire ou à un tiers :

- la faculté d'élire les bénéficiaires, mais seulement parmi ceux prévus à la catégorie de personnes, clairement déterminée dans l'acte constitutif, parmi lesquelles il doit choisir le ou les bénéficiaires, dans le cas d'une fiducie personnelle (c'est-à-dire une fiducie constituée à titre gratuit dans

[24] Art. 1282, al. 1 C.c.Q.

le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être)[25];

- la faculté de déterminer la part de chacun des bénéficiaires mentionnés à l'acte de fiducie[26];

- les modalités de la remise des biens constituants la part de chacun des bénéficiaires : les biens seront-ils remis en pleine propriété, en fiducie[27]? Quelles seront les conditions de remises par tranches? avec certains délais? etc.

2.1.7. Comment exerce-t-on la faculté d'élire?

C'est ici que le testament peut venir compléter l'acte de fiducie dans le cas où ce dernier acte de fiducie prévoit que l'exercice d'une faculté d'élire peut s'effectuer par tout document écrit, sous seing privé ou notarié.

L'exercice de la faculté d'élire peut alors s'effectuer :

- par une simple lettre d'exercice écrite sous seing privé ou devant notaire;

- par une disposition du testament de l'auteur du gel. Sans doute est-ce là la dernière possibilité pour l'auteur du gel d'exercer une telle faculté d'élire.

2.1.8. Quel effet l'exercice de la faculté d'élire a-t-il?

La clause de la faculté d'élire prévue à un acte de fiducie a pour objet de permettre à l'auteur du gel de déterminer qui seront les bénéficiaires des biens de la fiducie, et dans quelle proportion entre eux et de quelle manière ces biens seront remis à ces bénéficiaires, et d'imposer cette détermination à tout fiduciaire remplaçant, de sorte que ce soient les volontés de l'auteur du gel qui dictent la remise des biens de la fiducie lors de la liquidation de celle-ci, quand bien même cette liquidation serait postérieure de plusieurs années au décès de l'auteur du gel.

---

[25] Art. 1267 et 1282 C.c.Q.

[26] Art. 1282, al. 1 C.c.Q. *in fine*.

[27] L'acte de fiducie devra alors prévoir la possibilité que d'autres fiducies puissent être bénéficiaires de la fiducie visée.

Le ou les fiduciaires remplaçants devront respecter les dispositions de la faculté d'élire exercée par l'auteur du gel, à moins que ce dernier n'ait autorisé son conjoint ou toute autre personne à annuler son propre exercice de faculté d'élire.

Mais qu'advient-il si ni l'auteur du gel, ni son conjoint, ni aucune autre personne autorisée à ce faire n'ont exercé la faculté d'élire prévue à l'acte de fiducie? À défaut d'instructions précises, les fiduciaires devront suivre les dispositions de l'acte de fiducie. C'est pourquoi il est préférable que l'acte de fiducie comporte une « clause par défaut », c'est-à-dire une clause prévoyant pour le moins un choix de bénéficiaires, de détermination de leur part et de modalités de remise des biens de la fiducie. En l'absence d'une telle clause par défaut et si aucune indication ne permet de fournir l'identité d'un ou des bénéficiaires en vertu de l'acte de fiducie, les biens pourraient devoir être remis au constituant de la fiducie, ce qui ne ferait certainement pas l'affaire de l'auteur du gel dans la plupart des cas.

Rappelons-nous que la faculté d'élire est importante dans un acte de fiducie, car elle permet à l'auteur du gel ou à toute autre personne expressément désignée à l'acte de fiducie de choisir des bénéficiaires (parmi la catégorie de personnes prévue à l'acte) et de déterminer la part de ces bénéficiaires dans les biens de la fiducie ainsi que la façon de leur remettre ces biens, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation du tribunal[28].

2.2. FIDUCIAIRES REMPLAÇANTS OU ADDITIONNELS

Un testament ou tout autre document externe peut également permettre de compléter un acte de fiducie en donnant l'opportunité à l'auteur du gel de choisir un ou des fiduciaires remplaçants aux fins de la fiducie mise en place dans le cadre de sa planification successorale.

Habituellement, l'acte de fiducie prévoira la nomination du ou des premiers fiduciaires, ainsi que celle des fiduciaires remplaçants, le cas échéant.

Mais rien n'empêche que l'acte de fiducie donne à l'auteur du gel le pouvoir discrétionnaire :

---

[28] S'il faut modifier l'acte de fiducie plutôt que de pouvoir exercer une telle faculté d'élire dans un document externe à cet acte de fiducie pour effectuer ces choix, le fiduciaire devra obtenir l'autorisation du tribunal : art. 1294, al. 2 C.c.Q.

- de changer l'ordre des fiduciaires remplaçants nommés à l'acte;

- de nommer d'autres fiduciaires remplaçants que ceux nommés à l'acte;

- d'attribuer aux fiduciaires remplaçants un ordre de remplacement de son choix;

- d'ajouter un ou des fiduciaires additionnels de son choix.

L'auteur du gel devra cependant s'assurer que ce pouvoir discrétionnaire n'emporte pas d'effets néfastes, tels que :

- l'application des règles d'attribution de la « fiducie avec droit de retour »[29] : en effet, dans le cas où l'auteur du gel aurait par ailleurs été l'auteur du transfert de biens à la fiducie et qu'il aurait évité le piège de la remise à lui-même des biens de la fiducie (ce qui élimine la possibilité d'une fiducie « réversible » en faveur de l'auteur du gel), ne pourrait-il pas tomber dans le piège qu'il soit considéré que les biens de la fiducie ne puissent être disposés qu'avec son consentement ou suivant ses instructions? Si l'auteur du gel a le pouvoir de désigner son ou ses cofiduciaires, pourrait-il être considéré qu'indirectement son consentement sera requis pour la disposition des biens de la fiducie puisque la décision de remettre les biens ne pourra être prise que par des fiduciaires choisis selon son consentement?

À ce sujet, il y a certainement une nuance à apporter entre le pouvoir de nomination et/ou remplacement discrétionnaire du ou des cofiduciaires agissant avec l'auteur du gel et le pouvoir de simplement désigner le ou les fiduciaires remplaçants advenant une vacance. De plus, s'il doit y avoir plus de deux fiduciaires en fonction, même si l'auteur du gel avait le pouvoir de désigner les deux personnes agissant avec lui à titre de fiduciaires, il reste que la décision de disposer des biens de la fiducie se prendrait à la majorité des fiduciaires, donnant aux fiduciaires majoritaires le pouvoir de faire fi du consentement ou des instructions de l'auteur du gel à titre de fiduciaire minoritaire, dans le cas où l'acte de fiducie leur octroi cette discrétion. Évidemment, si l'acte de fiducie prévoit que l'auteur du gel doit faire partie de la majorité dans le cas d'une décision majoritaire, on ne pourra écarter la règle d'attribution prévue à la fiducie avec droit de retour.

---

[29] Par. 75(2) L.I.R.

- la perte du statut d'« émetteur fermé » : le choix de tout fiduciaire remplaçant devra aussi, dorénavant, se faire en ayant en tête la nouvelle notion d'« émetteur fermé » du *Règlement 45-106*[30].

Ce pouvoir de nomination de fiduciaires remplaçants ou additionnels pourrait être exercé par écrit, sous seing privé ou devant notaire, soit par une simple lettre à cet effet, ou encore par testament, lequel constituerait sans doute la dernière occasion pour l'auteur du gel de choisir ainsi le ou les fiduciaires remplaçants au sein de la fiducie entre vifs.

Dans le cas où l'auteur du gel désigne plusieurs fiduciaires remplaçants devant agir ensemble, ou encore si l'auteur du gel fait en sorte que le nombre de fiduciaires passe de un à deux ou de deux à plus de deux fiduciaires en fonction, l'acte de fiducie, ou à défaut le document écrit prévoyant la nomination de ce ou ces fiduciaires remplaçants ou additionnels, devra prévoir clairement les autres dispositions connexes nécessaires à l'exercice du pouvoir par les fiduciaires, telles que la clause de vote (à l'unanimité, à la majorité, avec droit de veto, etc.), une clause de délégation de pouvoirs entre fiduciaires, une clause de démission et remplacement, etc.

Il demeure intéressant pour l'auteur du gel de pouvoir ainsi modifier le choix des fiduciaires dans un document externe plutôt que de tenter de modifier l'acte de fiducie, lequel acte ne pourrait être ainsi modifié sans l'autorisation du tribunal[31].

3. TESTAMENT *VERSUS* FIDUCIE *VERSUS* REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS

La plupart des testaments et actes de fiducie comportent des clauses prévoyant que les biens ou droits légués ou remis aux légataires ou aux bénéficiaires le sont en guise de « propres », et avec stipulations d'insaisissabilité et d'inaliénabilité.

Nous avons déjà traité de la remise des biens en guise de propres précédemment. Voyons maintenant ce qui en est des stipulations d'insaisissabilité et d'inaliénabilité.

---

30 Nous reviendrons sur cette question à la section 4., intitulée « Acte de fiducie *versus* *Règlement 45-106* ».

31 Art 1294, al. 2 C.c.Q.

3.1. STIPULATION D'INSAISISSABILITÉ[32]

Une clause d'insaisissabilité dans un acte de fiducie (ou dans un testament) est sans effet, à moins que :

- l'acte en question ne soit fait à titre gratuit (ce qui est le cas de notre acte de fiducie familiale discrétionnaire);

- la stipulation ne soit temporaire ni justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

Néanmoins, le bien demeure saisissable par un créancier postérieur à la donation ou au legs, avec la permission du juge et pour la portion que ce dernier détermine[33].

Donc, la saisissabilité des biens est la règle générale et l'insaisissabilité, l'exception[34].

En plus des biens expressément stipulés insaisissables, sont également insaisissables les provisions alimentaires adjugées en justice, de même que les sommes ou pensions données ou léguées à titre d'aliments, encore que le titre qui les a constituées ne les ait pas déclarées insaisissables; elles peuvent néanmoins être saisies pour dettes alimentaires[35].

Ainsi, un bien demeure saisissable par un créancier alimentaire, sans la permission du tribunal et sans égard même à la date de naissance de la créance alimentaire. Mais qu'entend-on par « dettes alimentaires »?

Ce n'est pas parce qu'il est question d'aliments qu'il faille se limiter uniquement à des choses comestibles[36].

---

32 Voir l'article 2649 C.c.Q.

33 Art. 553, al. 3 C.p.c.

34 Voir Marc JOLIN, *Les impôts sur le revenu et le décès*, t. 2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, novembre 2004, feuilles mobiles, aux pages III-1-9-1 à III-1-9-12.

35 Art. 553, al. 4 C.c.Q.

36 *Dame Savard* c. *Fiset*, [1960] C.S. 700, 708.

Le mot « aliments », dans son sens juridique, signifie les choses indispensables à la subsistance d'une personne[37].

Ainsi, les dettes alimentaires sont « toutes celles qui ont été encourues pour assurer les besoins et la conservation de la vie : la nourriture; le logement; le vêtement; l'entretien, l'instruction; les frais de médecin, chirurgien, pharmacien, d'hôpital, de garde-malade; l'ameublement indispensable… »[38].

3.2. STIPULATION D'INALIÉNABILITÉ[39]

La restriction à l'exercice du droit de disposer d'un bien ne peut être stipulée que par donation ou par testament et n'est valide que si elle est :

- temporaire; et
- justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

Néanmoins, dans le cas d'une **substitution** ou d'une **fiducie**, la stipulation d'inaliénabilité peut valoir pour leur durée.

La stipulation d'inaliénabilité rend le bien insaisissable pour toute dette contractée, **avant ou pendant** la période d'inaliénabilité, par la personne qui reçoit le bien, sous réserve cependant des dispositions du *Code de procédure civile*[40].

3.3. OPPOSABILITÉ AUX TIERS

Qu'il s'agisse d'une stipulation d'insaisissabilité ou d'inaliénabilité, le *Code civil du Québec* prévoit que toute telle stipulation n'est opposable aux tiers que si elle est publiée au registre approprié[41].

---

37 *Fortier* c. *Miller*, [1943] R.C.S. 470, 483.

38 Pierre Ciotola, *La saisissabilité des biens donnés ou légués à titre insaisissable*, (1975), vol. 77, n° 10 *Revue du Notariat* 485-587, pp. 499 et suiv.

39 Art. 1212 C.c.Q.

40 Art. 1215 C.c.Q.

41 Art. 1214 (pour une stipulation d'inaliénabilité) et 2649 (pour une stipulation d'insaisissabilité) C.c.Q.

Le registre approprié est selon le cas[42] :

- **pour un bien meuble** : le Registre des droits personnels et réels mobiliers (ci-après « RDPRM »);

- **pour un immeuble** : le Registre foncier de la circonscription foncière où est situé l'immeuble.

3.4. À QUEL MOMENT DEVIENT-IL OPPORTUN DE PROCÉDER À LA PUBLICATION DE LA STIPULATION D'INSAISISSABILITÉ OU D'INALIÉNABILITÉ?

Dans le cas d'une fiducie entre vifs : la publication de ces stipulations devrait s'effectuer lors de la signature de l'acte de la fiducie ou sitôt après cette signature. Il faudra indiquer, dans l'inscription au RDPRM, le nom, l'adresse et la date de naissance des personnes en faveur de qui la stipulation est apportée. Une mise à jour périodique des inscriptions auprès du RDPRM deviendra nécessaire advenant le fait que de nouveaux bénéficiaires de la fiducie prennent naissance, dans le cas, par exemple, où parmi les bénéficiaires se trouvent les enfants et petits-enfants de l'auteur du gel et qu'un enfant ou petit-enfant naît après la constitution de la fiducie. En pratique, à moins que l'auteur du gel ne fasse mention à son conseiller de l'arrivée de nouveaux bénéficiaires, il sera difficile pour ce conseiller de mettre ainsi à jour les inscriptions de ces stipulations.

Dans le cas d'un testament : la publication de ces stipulations ne sera requise que lors de l'ouverture de la succession. Il est inutile de procéder aux inscriptions de ces stipulations dès la signature du testament, étant donné que le testament et ses légataires pourront être révisés plusieurs fois avant le décès du testateur. Par contre, il serait approprié d'inscrire dans le testament une clause de rappel à l'intention du liquidateur, laquelle clause pourrait ressembler à ce qui suit :

> « Mon liquidateur verra à inscrire les stipulations d'insaisissabilité et d'inaliénabilité prévues au présent testament au RDPRM en ce qui a trait aux biens meubles, et aux livres fonciers de la circonscription foncière dans laquelle est situé l'immeuble, dans le cas d'un immeuble, afin de protéger les droits des personnes bénéficiant de ces stipulations et de rendre ces stipulations opposables aux tiers. »

---

42 Art. 2970 C.c.Q.

Une clause de ce genre pourrait également être prévue à l'acte de fiducie entre vifs, ne serait-ce que pour rappeler aux fiduciaires de procéder aux inscriptions requises pour rendre les stipulations d'insaisissabilité et d'inaliénabilité prévues à l'acte de fiducie opposables aux tiers.

4. ACTE DE FIDUCIE *VERSUS RÈGLEMENT 45-106*

Dans la planification successorale envisagée au début du présent texte, il est question qu'une fiducie entre vifs souscrive aux nouvelles actions participantes de la compagnie exploitée par l'auteur du gel à la suite par ce dernier de l'échange de ses actions participantes contre des actions privilégiées non participantes de gel.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau *Règlement 45-106*, toute émission d'actions fait l'objet d'un certain contrôle par l'AMF à moins que cette émission ne puisse faire l'objet d'une dispense.

Toutes les compagnies privées, et particulièrement une compagnie exploitée par l'auteur d'un gel, sa famille et ses employés, chercheront à jouir du statut d'« émetteur fermé » afin de bénéficier de la dispense automatique de prospectus et d'inscription offerte à ce genre d'émetteur de titre.

Pour bénéficier de la dispense d'« émetteur fermé », la compagnie doit restreindre la libre cession de ses titres et émettre ceux-ci uniquement aux personnes prévues à la liste des catégories de personnes admissibles comme souscripteurs de titres d'un « émetteur fermé ».

4.1. RESTRICTION À LA LIBRE CESSION DES TITRES

Pour ce qui est de la restriction sur la libre cession des titres, les statuts de constitution ou la convention entre les porteurs du titre à émettre doivent comporter une clause du type suivant :

> « Tant que la compagnie bénéficiera du statut d'émetteur fermé au sens du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*, tout transfert de titres (autres que les actions et les titres de créances non convertibles) de la compagnie sera assujetti au consentement du conseil d'administration de la compagnie exprimé dans une résolution adoptée par celui-ci ou, le cas échéant, aux restrictions contenues dans toute convention entre les porteurs. »

La clause ci-dessus présuppose que les statuts de la compagnie comportent par ailleurs la clause de restrictions sur les transferts d'actions qu'on retrouvait la plupart du temps dans les compagnies privées remplissant

les conditions de la « société fermée », l'ancienne façon pour les compagnies d'être dispensées des tracasseries imposées par la *Loi sur les valeurs mobilières*.

Les deux autres clauses requises par l'ancien article 5 L.V.M. pour qualifier une compagnie comme « société fermée », soit :

- une restriction du nombre des actionnaires à 50, non compris les salariés présents ou passés de la compagnie et ses filiales;

- une interdiction d'effectuer un « appel public à l'épargne »;

sont devenues inutiles en vertu du nouveau *Règlement 45-106*. Ces clauses peuvent être abrogées des statuts de constitution de la compagnie sans nuire au statut d'« émetteur fermé » de cette dernière.

Même si ces deux dernières clauses ne sont plus requises dans les statuts d'une compagnie, il demeure que, dans les faits, la compagnie ne devra pas chercher à effectuer un appel public à l'épargne et devra respecter la limite des 50 véritables propriétaires de titres lors de chaque opération visée par le *Règlement 45-106*.

Contrairement à l'ancienne restriction requise d'une « société fermée », la limite des 50 véritables propriétaires de titres n'est requise que lors d'une émission et non à tout moment. Même si dans les faits la limite est dépassée, cela n'importe pas du moment que lors d'une émission ou d'un transfert elle soit de nouveau respectée.

Il est assez facile pour la compagnie de respecter la première condition requise pour jouir du statut d'émetteur fermé, soit de faire en sorte que les titres de la compagnie soient assujettis à des restrictions à leur libre circulation (sauf les titres de créances non convertibles). L'AMF reconnaît elle-même que les compagnies dont les seuls titres en circulation sont des actions et dont les statuts comprennent l'ancienne clause de restrictions sur les transferts d'actions requises pour se qualifier à titre de « société fermée » n'ont pas besoin de modifier leurs statuts pour bénéficier du statut d'émetteur fermé, dans la mesure où évidemment ces compagnies n'émettent pas d'autres titres que des actions.

Dans le cas de notre planification de transmission, comme les seuls titres devant faire l'objet d'échange ou d'émission sont des actions du capital-actions de la compagnie, l'ancienne clause de restrictions sur les transferts d'actions contenue aux statuts de constitution de la compagnie qualifiera

cette dernière à titre d'émetteur fermé, dispensé de prospectus et d'inscription.

Par contre, la question de la restriction des titres de la compagnie à la libre circulation n'est que la première condition requise pour préserver le statut d'émetteur fermé.

L'autre condition, toute aussi importante, est que les titres que la compagnie entend placer ne doivent être placés qu'auprès de personnes visées par le *Règlement 45-106*.

4.2. ÉMISSION À UNE PERSONNE VISÉE

La fiducie entre vifs constituée aux fins de la planification sera-t-elle une « personne visée » aux fins du *Règlement 45-106*?

Sont des personnes visées par le *Règlement 45-106* les personnes énumérées à la « déclaration de dispense d'émetteur fermé » jointe au présent texte comme **annexe A**.

Une telle déclaration aura avantage, désormais, à être signée par tout souscripteur d'actions d'une compagnie fermée cherchant la dispense d'émetteur fermé.

Comme vous le verrez, à la déclaration, une fiducie est une personne visée parmi la liste des catégories de personnes prévues au paragraphe 2.4(2) du *Règlement 45-106* dans la mesure où :

- soit **tous les bénéficiaires** sont des personnes visées par ailleurs;
- soit une **majorité des fiduciaires** sont des personnes visées par ailleurs[43].

4.2.1. Qualification par les bénéficiaires

Dans le contexte particulier de la fiducie entre vifs, familiale et discrétionnaire utilisée dans le cadre d'une planification successorale, il y a peu de chance que ce genre de fiducie se qualifie comme personne visée au sous-paragraphe 2.4(2)j) du *Règlement 45-106*, étant donné que tous les bénéficiaires mentionnés à l'acte de fiducie ne seront pas eux-mêmes des

[43] Par. 2.4(2) du *Règlement 45-106*.

personnes visées aux sous-paragraphes 2.4(2)a) à h) de ce règlement. En effet, afin de donner à la fiducie entre vifs toute la souplesse désirée en vue du partage éventuel des biens entre les bénéficiaires et de l'exercice d'une faculté d'élire parmi des personnes clairement déterminées dans l'acte de fiducie, cet acte de fiducie devra prévoir le plus de bénéficiaires possible, dont ordinairement :

- l'auteur du gel lui-même, dans le cas d'une fiducie qui se veut réversible;
- le conjoint de l'auteur du gel, dans le cas où la règle de l'intérêt réputé corporatif du paragraphe 74.4(4) L.I.R. n'est pas un risque;
- les enfants de l'auteur du gel;
- les petits-enfants de l'auteur du gel;
- d'autres fiducies dont les bénéficiaires seront choisis parmi les personnes physiques ci-dessus mentionnées à titre de bénéficiaires;
- une compagnie de portefeuille contrôlée par l'auteur du gel ou dont les actionnaires sont les autres personnes mentionnées ci-dessus comme bénéficiaires;
- des organismes de bienfaisance.

Dans l'état actuel de rédaction du *Règlement 45-106*, dès que des petits-enfants sont prévus comme bénéficiaires à l'acte de fiducie, la fiducie n'est pas une personne visée au sous-paragraphe 2.4(2)j) du *Règlement 45-106*, étant donné que les petits-enfants ne font pas partie de la liste des catégories de personnes visées à ce règlement. Les père et mère ainsi que les grands-parents de l'auteur du gel sont dans cette liste, ainsi que les enfants de l'auteur du gel, mais pas ses petits-enfants. On peut donc qualifier deux générations en ligne ascendante, mais pas en ligne descendante quant à l'auteur du gel. Il serait question que cette anomalie soit corrigée, mais cela n'a pas encore été fait à ce jour. De plus, nulle part il n'est prévu dans la liste des catégories de personnes visées des organismes de bienfaisance.

Bref, il y a plus de chance de qualifier une fiducie entre vifs dans un tel contexte de planification successorale par le choix des fiduciaires que par celui des bénéficiaires.

4.2.2. Qualification par les fiduciaires

Pour ce qui est des fiduciaires, il suffit qu'une majorité de ceux-ci fasse partie de la liste des catégories de personnes visées par ailleurs.

Le règlement utilisant les mots une « majorité des fiduciaires », faut-il en déduire que la fiducie doive nécessairement comporter plus de deux fiduciaires? Qu'en est-il d'une fiducie comportant un seul fiduciaire? Ou encore n'ayant que deux fiduciaires dont l'un jouit d'un vote prépondérant en cas d'égalité des voix? En réponse à ces interrogations, la direction des affaires juridiques de l'AMF mentionnait qu'une fiducie n'ayant qu'un fiduciaire et que ce fiduciaire fasse partie de la liste des personnes énumérées au paragraphe 2.4(2) du *Règlement 45-106* bénéficierait de la dispense d'émetteur fermé. Par contre, si une fiducie a deux fiduciaires, un se retrouvant dans la liste et l'autre pas, la dispense ne trouverait pas application étant donné que la majorité requise ne sera pas atteinte. Le fait que le fiduciaire faisant partie de la liste jouisse d'un vote prépondérant en cas d'égalité des voix ne permettra pas à la fiducie de satisfaire au statut d'émetteur fermé. Le comité des Autorités canadiennes en valeurs mobilières responsable du *Règlement 45-106* n'a pas pris en considération la nature du pouvoir décisionnel d'un fiduciaire lors de l'élaboration de ce sous-paragraphe de l'article 2.4 du *Règlement 45-106*.

Étant donné que le choix des fiduciaires devient primordial pour la qualification de la fiducie comme personne visée à l'une des catégories de personnes prévues au paragraphe 2.4(2) du *Règlement 45-106*, il serait judicieux de prévoir dans l'acte de fiducie une mise en garde au constituant ou aux premiers fiduciaires ou à toute autre personne à qui l'acte de fiducie donne le pouvoir de nommer des fiduciaires ou des fiduciaires remplaçants, afin que toute telle nomination se fasse en conformité avec l'exigence requise à ce règlement.

Au sujet des fiduciaires remplaçants, nous avons demandé à l'AMF si une fiducie se qualifiait comme personne visée aux fins d'une dispense d'émetteur fermé dans le cas où les premiers fiduciaires étaient en majorité des personnes visées par ailleurs, mais que leurs remplaçants ne l'étaient pas? La réponse à cette question a été la suivante : « [...] nous sommes d'avis qu'il faut considérer la qualification du fiduciaire en place lors du placement particulier pour lequel l'émetteur veut utiliser l'article 2.4. »

En tout état de cause, une disposition comme la suivante pourrait être inscrite à l'acte de fiducie dans la section traitant des fiduciaires et de leur remplacement :

> « Règlement 45-106. Tant lors de la nomination des *fiduciaires* à la constitution de la fiducie, que lors du remplacement des *fiduciaires*, le *constituant*, d'une part, et toute autre personne habilitée à nommer un ou des *fiduciaires* remplaçants ou additionnels, d'autre part, verront à ce que toute telle nomination de *fiduciaire(s)* se fasse dans le respect du sous-paragraphe 2.4(2)j) du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* dans le cas où la fiducie entend souscrire à des actions du capital-actions d'une compagnie privée sans compromettre le statut d'"émetteur fermé" de celle-ci, lui permettant de procéder à des émissions d'actions sans avoir à suivre les formalités de l'inscription et du prospectus autrement requises par la *Loi sur les valeurs mobilières*. »

5. TESTAMENT *VERSUS* CONVENTION D'ACTIONNAIRES

5.1. CLAUSE DE DOUBLE OPTION

Une convention entre actionnaires vise habituellement les buts suivants :

- conserver le caractère privé de la compagnie en empêchant les tiers d'en devenir actionnaires;

- assurer un marché pour les actions.

Il y a bien sûr d'autres buts également recherchés par une convention d'actionnaires, mais aux fins des présentes contentons-nous de ceux-ci. En vue d'atteindre ces buts, dans le cas du décès d'un actionnaire, la convention prévoit une obligation d'achat de la part du ou des survivants et une obligation de vente de la part du défunt et de sa succession.

Pour des raisons fiscales, il peut devenir profitable d'aller à l'encontre de ces buts, par exemple :

- pour prendre avantage d'une double déduction pour gains en capital de 750 000 $;

- pour éviter la règle de la « minimisation des pertes » dans une situation non « grandpérisée »[44].

---

[44] Voir Paul et Luc MARTEL, *Les conventions entre actionnaires, une approche pratique*, 9e édition, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2007, pp. 214 et suiv.

Pour pouvoir profiter de ces dispositions fiscales, la convention entre actionnaires doit permettre à un actionnaire de transmettre ses actions à son conjoint, allant ainsi à l'encontre de la protection :

- du ou des actionnaires survivants (contre l'entrée d'un tiers dans la compagnie);

- de la succession de l'actionnaire décédé (contre l'absence d'un marché pour les actions).

Pour joindre les avantages fiscaux et les buts de la convention (caractère « fermé » et un marché pour les actions), la clause de double option a été imaginée[45].

Au lieu d'une obligation réciproque d'achat et de vente, les actionnaires peuvent prévoir dans leur convention une clause de double option, aussi appelée clause d'option réciproque. En vertu d'une telle clause, les actionnaires prévoient ceci :

- un *put*, c'est-à-dire l'option pour le conjoint[46] légataire des actions de l'actionnaire décédé d'exiger l'achat de ces actions par le ou les actionnaires survivants, ou encore par la compagnie émettrice;

- un *call*, c'est-à-dire une option pour la compagnie ou le ou les actionnaires survivants d'exiger du conjoint légataire que les actions de l'actionnaire décédé lui ou leur soient cédées.

La clause de double option n'est pas sans susciter certaines questions quant à sa mise en application. Pour que les avantages fiscaux recherchés puissent être atteints, il est important que le conjoint survivant de l'actionnaire décédé puisse, par dévolution irrévocable, hériter des actions de l'actionnaire décédé. Pour qu'il y ait dévolution irrévocable, il ne faut pas que le conjoint soit contraint, par une convention ou autrement, de revendre

---

[45] Le concept de la double option a été reconnu par l'ARC, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-140R3, « Conventions d'achats-vente », 14 avril 1989, et *Bulletin d'interprétation* IT-449R, « Sens de l'expression "a été par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 8 d) (ce dernier bulletin est aujourd'hui archivé, c'est-à-dire qu'il n'est plus tenu à jour par l'ARC).

[46] La double option est également possible et avantageuse avec une fiducie exclusive en faveur du conjoint.

ou de disposer de quelque manière des actions dont il a hérité. Selon l'ARC, un bien est révolu irrévocablement lorsque le légataire obtient un droit de propriété absolu sur ce bien, de manière que ce droit ne peut être annulé par aucun événement ultérieur, même si le légataire peut ne pas pouvoir bénéficier immédiatement de tous les avantages découlant du droit obtenu[47].

Lorsque le bien légué est une action de compagnie et que cette action est assujettie à un accord d'achat/vente, le legs de cette action à un conjoint peut-il être dévolu irrévocablement à ce dernier? À ce sujet, l'ARC mentionne que :

> « […] lorsque, aux termes de l'accord d'achat/vente, l'exécuteur testamentaire de la succession du contribuable est tenu de vendre les actions et que l'autre partie est tenue de les acheter, les actions ne seront pas réputées être dévolues irrévocablement au bénéficiaire. **Toutefois, si l'accord d'achat/vente ne fait qu'accorder à l'autre partie l'option de se porter acquéreur des actions, option qui pourrait être levée ou non, et que les exécuteurs testamentaires du contribuable transfèrent les actions au bénéficiaire avant la levée de l'option, les actions seront considérées dévolues irrévocablement au bénéficiaire au moment du transfert.** Ces mêmes observations s'appliquent lorsque le bénéficiaire est une fiducie créée par l'application du testament du contribuable et que les exécuteurs testamentaires sont aussi des fiduciaires de la fiducie »[48].

Il est important que les actions soient dévolues au conjoint de l'actionnaire décédé avant la levée d'une option (le *call* des actionnaires survivants) pour que cette dévolution soit irrévocable et qu'elle permette le roulement des actions entre les mains du conjoint légataire.

Il est donc recommandé que les options, le *put* et le *call*, soient alternatives plutôt que coexistantes, afin d'éviter le risque que les actionnaires survivants n'exercent leur option d'achat des actions léguées au conjoint avant que les actions ne soient irrévocablement transférées à ce dernier. Si le *call* n'est disponible qu'après la dévolution irrévocable des actions au conjoint de l'actionnaire décédé, cette option ne pourra être exercée avant que le conjoint n'ait irrévocablement acquis, par dévolution, les actions de l'actionnaire décédé.

---

47 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-449R, *op. cit.*, note 45, par. 1.

48 *Id.*, par. 8 d).

C'est pourquoi, dans l'exemple de clause de double option jointe ci-après, vous remarquerez que non seulement le *call* ne prend naissance qu'après l'expiration du délai accordé pour le *put*, mais de plus aucune des deux options n'est octroyée avant que la dévolution irrévocable en faveur du conjoint n'ait eu lieu.

L'autre difficulté rencontrée avec la clause de double option est la notion de droit civil communément appelée « pacte sur succession future »[49].

Avec la double option, une tierce personne (l'éventuel conjoint légataire) peut, en vertu d'une convention à laquelle elle n'est pas partie, jouir d'une option de vendre des actions qui ne font pas partie de son patrimoine lors de la signature de la convention, ou encore doit vendre de telles actions si la demande lui en est faite. Comment pourra-t-on prétendre que cette tierce partie est légalement liée par ces options, si elle n'y intervient pas personnellement[50]?

Et si cette tierce personne intervient effectivement à la double option, la prohibition de transiger relativement à une succession non ouverte n'aurait-elle pas pour effet de rendre nulle toute entente par laquelle cette tierce personne qui aurait hérité des actions de son conjoint actionnaire serait forcée de vendre ces actions aux actionnaires survivants si ceux-ci exerçaient leur option (le *call*)?

Voici quelques pistes de solution à ce dilemme :

- émettre des actions au conjoint afin qu'il puisse devenir partie à la convention : il sera probablement alors facile de lier le conjoint quant aux actions émises à son nom; mais qu'en est-il des actions qu'il ne pourra avoir que par succession?

- transmettre les actions de l'actionnaire décédé à son conjoint par legs universel ou à titre universel :

---

[49] Art. 631 C.c.Q. : « Nul ne peut exercer d'option sur une succession non ouverte ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui dont la succession est en cause. »

[50] Pour une étude plus approfondie sur la question de la double option et du pacte sur succession future, voir P. et L. MARTEL, *op. cit.*, note 44, pp. 73-77.

  - le legs universel ou à titre universel saisi le légataire des obligations du défunt[51];

  - mais qu'en est-il des obligations personnelles du conjoint légataire?

  - *quid* si le legs des actions ne peut être « universel » ou « à titre universel »?

- prévoir que le legs des actions au conjoint est conditionnel à ce que ce dernier intervienne à la convention pour se déclarer lié par la clause de double option.

C'est cette dernière solution que nous préférons et que nous intégrons dans les documents devant être signés par les actionnaires de la compagnie. Pour rendre la clause de double option opposable au conjoint légataire d'un actionnaire, il y a lieu de prévoir à la convention entre les actionnaires, d'une part, et au testament de l'actionnaire, d'autre part, du texte prévoyant ce qui suit :

5.1.1. Dans la convention entre actionnaires

- Prévoir la clause d'offre irrévocable usuelle des actions d'un actionnaire décédé à son ou ses actionnaires;

- Prévoir ensuite une exception à l'application de cette offre irrévocable prenant effet si :

  - l'actionnaire décédé a légué ses actions à son conjoint ou à une fiducie exclusive au bénéfice de son conjoint, et

  - le légataire s'est engagé par écrit à respecter la clause de double option relativement aux actions léguées, cette clause étant exerçable sitôt la dévolution irrévocable de ces actions[52].

Rien n'empêcherait les actionnaires de prévoir de plus que l'exception à l'offre irrévocable ne sera possible que si les actions dont il est question se qualifient à la déduction pour gains en capital.

---

[51] Art. 739, al. 2 C.c.Q. *a contrario.*

[52] C'est-à-dire au plus tard dans les 36 mois suivant le décès : par. 70(6) L.I.R.

En effet, à quoi servirait de reporter l'impôt sur le gain en capital sur la tête du conjoint de l'actionnaire décédé si ce conjoint ne peut pas réduire l'impôt qu'aurait autrement subi l'actionnaire décédé lui-même? Il faut faire bien attention à cette dernière condition à l'exception, car qui dit qu'il ne serait pas possible de purifier la compagnie avant la revente des actions par le conjoint, si c'est en raison d'une contamination de la compagnie lors du décès de l'actionnaire qui empêchait le gain en capital sur ces actions d'être déductible? Également, dans le cas où il se crée un compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») dans la compagnie par suite du décès de l'actionnaire dont la vie était assurée par la compagnie, il peut demeurer avantageux de bénéficier d'une clause de double option[53].

5.1.2. Dans le testament

- Prévoir, dans un codicille ou dans le testament, s'il devient nécessaire de le réviser à la suite de la planification de transmission, un legs des actions de la compagnie au conjoint ou à une fiducie exclusive à son bénéfice, conditionnel à ce que le légataire intervienne à la clause de double option contenue à la convention entre actionnaires.

Voici la rédaction suggérée de la clause que devrait contenir la convention entre actionnaires pour prévoir la double option en guise d'exception à l'offre irrévocable autrement prévue lors du décès d'un actionnaire :

> « .- L'offre irrévocable automatique dont il est fait mention à l'article * ci-devant n'aura pas lieu si :
>
> • les actions ordinaires ou privilégiées détenues par l'actionnaire décédé dans la compagnie ont été irrévocablement dévolues à son conjoint (au sens de la LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU), par legs en pleine propriété ou en fiducie testamentaire exclusive (au sens du paragraphe 70(6) de la LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU du Canada et des articles correspondants de la LOI SUR LES IMPÔTS du Québec), et
>
> • le legs est conditionnel à ce que le légataire de ces actions ordinaires ou privilégiées se soit engagé par écrit à respecter les dispositions des paragraphes a) et b) ci-après,
>
> et dans ce cas :

---

53 Voir P. et L. MARTEL, *op. cit.*, note 44, pp. 218-219.

a) option de vente : le conjoint de l'actionnaire décédé ou le ou les fiduciaires de la fiducie exclusive créée pour le bénéfice de ce conjoint auront, dans les soixante (60) jours qui suivront la dévolution irrévocable de ces actions ordinaires ou privilégiées, l'option de vendre ces actions aux prix et conditions dont il est fait mention aux articles * et * ci-après, et l'exercice de cette option, par simple avis écrit adressé à ou aux actionnaires survivants, aura pour ces derniers le même effet que celui d'une offre irrévocable déclenchée conformément à l'article * ci-devant;

b) option d'achat : si, à l'expiration du délai de soixante (60) jours dont il est fait mention au paragraphe a) ci-devant, le conjoint de l'actionnaire décédé ou le ou les fiduciaires de la fiducie exclusive ne se sont pas prévalus de leur option de vendre, le ou les actionnaires survivants auront alors, pendant les * (*) mois qui suivront l'expiration de ce délai, l'option d'acheter toutes les actions ordinaires ou privilégiées ainsi irrévocablement dévolues, auquel cas, sur simple avis écrit de la volonté du ou des actionnaires survivants d'exercer cette option d'achat, le conjoint survivant ou le ou les fiduciaires de la fiducie exclusive auront l'obligation de leur vendre ces actions aux prix et conditions dont il est fait mention aux articles * et * ci-après. »

Voici maintenant une clause de legs conditionnel des actions que pourrait contenir le codicille ou le testament de l'actionnaire désirant prendre avantage d'une clause de double option :

« Je lègue à mon conjoint, en pleine et absolue propriété, (ou selon le cas : je lègue à un patrimoine d'affectation autonome et distinct, lequel patrimoine je confie à mes fiduciaires nommés ci-après, en fiducie, pour le bénéfice exclusif de mon conjoint,) les actions du capital-actions de la compagnie *, le legs de ces actions étant par contre conditionnel à ce que mon conjoint (ou : mes fiduciaires) s'engage(nt) par écrit, lors du transfert de ces actions à son (leur) nom, à se conformer aux conventions pouvant être intervenues entre les actionnaires de cette compagnie et, tout particulièrement, à toute disposition de "double option" ou d'"option réciproque" contenue dans ces conventions et à se reconnaître lié(s) par ces conventions et cette disposition, faute de quoi mon liquidateur devra se conformer aux autres dispositions des conventions trouvant alors application, ce qui le cas échéant peut avoir pour effet de rendre caduc le legs de ces actions, tel qu'il sera déterminé dans ces conventions, et ce sera plutôt le produit de la disposition de ces actions qui fera partie du présent legs. »

5.2. CONTRÔLE DE LA COMPAGNIE

L'auteur d'un gel successoral est ordinairement préoccupé par la question du contrôle de la compagnie faisant l'objet du gel. L'auteur d'un gel souhaitera conserver le contrôle de la compagnie dans les situations suivantes :

- tant que sa sécurité financière demeure liée à celle de la compagnie;

- tant que les bénéficiaires du gel ne sont pas aptes à assurer la relève de la compagnie (malgré le fait que la sécurité financière de l'auteur du gel ne soit plus une inquiétude pour ce dernier);

- parce qu'il ne peut s'en empêcher (même si sa sécurité financière est assurée et que la relève est bien en place).

Plusieurs méthodes sont disponibles à l'auteur du gel pour lui permettre d'ainsi conserver le contrôle de la compagnie[54]. Sans vouloir développer outre mesure ce sujet, ce qui n'est pas le but recherché par le présent texte, mentionnons tout de même les techniques de contrôle ci-après :

1) par le biais d'une fiducie familiale discrétionnaire, au bénéfice de laquelle le gel est effectué, en confiant à l'auteur du gel le rôle de fiduciaire unique de la fiducie (en présumant que l'auteur du gel ne souhaite pas une fiducie réversible), ou encore, toujours par le biais d'une fiducie familiale discrétionnaire, en confiant à l'auteur du gel un vote prépondérant en cas d'égalité entre deux fiduciaires (si la fiducie se veut réversible)[55];

2) par le biais d'une convention entre actionnaires prévoyant la nomination de l'auteur du gel comme administrateur unique de la compagnie;

3) par le biais d'une convention unanime d'actionnaires, donnant à l'auteur du gel un droit de veto ou un vote prépondérant sur les décisions qu'il juge importantes;

4) en détenant des actions non participantes, votantes, lui octroyant plus de vote qu'à tous les autres actionnaires ensemble.

Dans ce dernier cas, soit celui où le contrôle est assuré par des actions votantes, qu'advient-il au décès du détenteur de ces actions de contrôle?

---

[54] Pour plus de détails sur ce sujet, voir Luc MARTEL, « Convention d'actionnaires dans un contexte de relève d'entreprise », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, p. 13:1-63.

[55] L'article 1275 C.c.Q., prévoyant qu'une fiducie doit absolument avoir au moins un fiduciaire qui n'est pas lui-même bénéficiaire de la fiducie. Pour ce qui est du vote prépondérant, voir l'affaire *James (Succession de)*, C.S. Québec, n° 500-14-021797-030, 29 avril 2004, j. Hurtubise, par. 87 (REJB 2004-61697).

- Si les actions de contrôle sont automatiquement rachetables au décès de leur détenteur, la compagnie rachète les actions votantes et elles sont annulées, mettant ainsi fin au contrôle qu'elles octroyaient à l'auteur du gel[56];

- Si les actions de contrôle ne sont pas rachetables au décès de leur détenteur, mais que les statuts prévoient que le vote accordé à cette catégorie s'éteint au décès de l'auteur du gel[57], les actions peuvent alors être transmises par testament ou suivant la convention entre actionnaires sans pour autant transmettre le contrôle de la compagnie au cessionnaire de ces actions?

- Si les actions votantes ne sont pas rachetables au décès de leur détenteur, conservent leur vote et ne font l'objet d'aucune clause particulière dans la convention entre actionnaires, elles sont alors transmissibles par testament.

L'auteur du gel devra dans cette dernière situation apporter une attention particulière au legs des actions de contrôle. Du legs de ces actions dépendra la passation du pouvoir à ou aux légataires de celle-ci!

Cela nous amène à soulever les points suivants que l'auteur du gel devra traiter dans son testament :

- À qui l'auteur du gel veut-il transférer le contrôle de la compagnie lors de son décès?

- L'auteur du gel souhaite-t-il créer un palier de contrôle transitoire, par exemple par un legs des actions votantes en « fiducie de contrôle »?

---

[56] L'auteur du gel souhaitait-il pouvoir les léguer à une autre personne à qui il voulait transmettre le contrôle de la compagnie? Si oui, il lui faudra, soit modifier les statuts pour enlever le droit de rachat par la compagnie au décès du détenteur, soit faire en sorte que la personne à qui l'on veut céder le contrôle détienne elle-même des actions de contrôle en nombre suffisant pour détenir plus de votes que tous les autres actionnaires ensemble après le rachat des actions de contrôle de l'auteur du gel; pour conserver son contrôle, l'auteur du gel devra personnellement détenir, grâce à ses actions de contrôle, plus de votes que ceux détenus par les autres actionnaires, y compris le détenteur de contrôle de remplacement. Ou encore il suffirait d'accorder une procuration à l'auteur du gel pour voter les actions détenues par le détenteur de contrôle de remplacement, la vie durant de l'auteur du gel.

[57] Attention à l'affaire *Bowater Canadian Ltd and R. L. Crain Inc.*, (1987) 62 O.R. (2e) 752.

- Attention au legs universel résiduel pouvant englober les actions de contrôle dans le cas où ces dernières ne font l'objet d'aucun legs à titre particulier! L'auteur du gel veut-il que son légataire universel prenne le contrôle de la compagnie?

- Attention également au legs en parts égales à plusieurs personnes des actions de contrôle! Comment les légataires de ces actions sauront-ils exercer un contrôle partagé?

- Attention, finalement, à ce que les actions de contrôle ne tombent pas *ab intestat* par faute de les avoir incluses dans les dispositions testamentaires. Les actions de contrôle seraient alors réparties entre les héritiers selon l'ordre de dévolution de la succession prévu au *Code civil du Québec*[58].

6. TESTAMENT *VERSUS* ASSURANCE VIE

Souvent, une personne dans les affaires prend une police d'assurance sur sa vie afin de protéger sa famille advenant son décès. Cette personne souhaite, de plus, prendre en considération le produit de la police d'assurance dans sa planification testamentaire. Par exemple, il voudrait constituer des fiducies d'éducation pour ses enfants, ou encore une fiducie de fractionnement pour son conjoint.

Cependant, considérant les risques commerciaux que la personne dans les affaires doit prendre dans le cadre de l'exploitation de son entreprise[59], elle craint que sa succession ne soit pas solvable lors de son décès et elle ne veut pas rendre le produit d'assurance saisissable par ses créanciers.

6.1. LEGS À TITRE PARTICULIER

Une première possibilité serait de léguer à titre particulier le produit de la police d'assurance, sachant qu'un légataire à titre particulier qui accepte le

---

[58] Art. 666 et suiv. C.c.Q.

[59] Par exemple, l'entrepreneur doit accorder son endossement personnel aux créanciers de son entreprise incorporée.

legs n'est pas un héritier[60] et qu'en conséquence il n'est pas tenu aux dettes de la succession[61].

Cependant, le légataire à titre particulier est néanmoins saisi, comme un héritier, des biens légués par le décès du défunt ou par l'événement qui donne effet à son legs[62]. Ainsi, si les autres biens de la succession ne suffisent pas à payer les dettes de la succession, le légataire à titre particulier demeure tenu à ces dettes, jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille[63].

Ce qui veut dire qu'un legs à titre particulier ne répond pas entièrement à la préoccupation de la personne dans les affaires puisque le produit de la police d'assurance demeure saisissable par ses créanciers si toutes les dettes de la succession ne peuvent être acquittées à même les biens échus aux héritiers.

6.2. DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE

Une autre possibilité consiste à désigner la personne pour la protection de laquelle la police d'assurance est prise comme bénéficiaire de cette police, de sorte que le produit de l'assurance étant payable directement au bénéficiaire de la police, il ne passe pas par la succession du décédé et échappe à ses créanciers. Par contre, une telle désignation de bénéficiaire ne permet pas au testateur de transmettre le produit d'assurance de la façon qu'il aurait favorisée, qu'il s'agisse de la constitution d'une fiducie, d'une substitution ou d'un usufruit. Il faut alors compléter une telle désignation de bénéficiaire par une clause testamentaire de renonciation au bénéfice d'assurance. Nous y reviendrons tout à l'heure.

En ce qui concerne la désignation de bénéficiaire, retenons ce qui suit :

- la désignation se fait soit dans la police, soit dans un autre écrit revêtu, ou non, de la forme testamentaire[64];

---

60 Art. 739 C.c.Q.

61 Art. 823 et 827 C.c.Q.

62 Art. 739 C.c.Q.

63 Art. 827 et suiv. C.c.Q.

64 Art. 2448 C.c.Q. : ainsi, la désignation de bénéficiaire pourrait même être prévue au testament de la personne dans les affaires.

- lorsque le bénéficiaire est le conjoint, le descendant ou l'ascendant du titulaire de la police, les droits conférés par le contrat sont insaisissables tant que le bénéficiaire n'a pas touché la somme assurée[65];

- cependant, si le bénéficiaire est le conjoint du titulaire de la police, la désignation est irrévocable, à moins de stipulation contraire ou à moins qu'elle ne soit prévue dans un testament[66];

- tout bénéficiaire, autre que le conjoint du titulaire, est révocable par ce dernier, sauf stipulation contraire dans la police ou dans un écrit distinct autre qu'un testament[67];

- toute désignation de bénéficiaire demeure révocable tant que l'assureur ne l'a pas reçue, quels que soient les termes employés[68].

Si la succession du testateur n'est pas insolvable et que le testateur désire pouvoir léguer le produit de la police d'assurance prise sur sa vie comme il l'entend par testament, la désignation de bénéficiaire qu'il a pu faire pour protéger le produit de sa police d'assurance doit alors être contrecarrée par une clause de renonciation au bénéfice d'assurance pouvant ressembler à ce qui suit :

> « **Renonciation au bénéfice d'assurance.** Les droits, avantages ou bénéfices accordés à mes légataires et bénéficiaires en vertu de mon présent testament leur sont faits à la condition expresse de renoncer au bénéfice des polices d'assurance qui leur seraient payables par suite de mon décès et que j'aurais pu contracter en leur faveur jusqu'à cette époque. Le produit de telles polices d'assurance sera ajouté à la masse de ma succession et remis à mes légataires ou, le cas échéant, administrés par mes fiduciaires au bénéfice de mes légataires et bénéficiaires, conformément aux dispositions de mon présent testament.

---

65 Art. 2457 C.c.Q. : ainsi les créanciers du titulaire n'ont pas accès aux droits conférés par le contrat d'assurance pour toute créance contre le titulaire.

66 Art. 2449 C.c.Q. : attention alors au titulaire qui envisage ultérieurement, lorsque sa situation financière se sera stabilisée, de modifier la désignation de bénéficiaire qu'il aurait pu faire en faveur de son conjoint; si la désignation est irrévocable, il ne pourra plus la modifier sans le consentement du conjoint, à moins qu'il n'ait stipulé le contraire dans la désignation ou à moins que cette désignation n'ait été faite par testament.

67 Art. 2449 C.c.Q.

68 Art. 2451 C.c.Q.

> Rien de contenu aux présentes ne sera interprété de manière à ce que le produit de telles polices d'assurance puisse servir ou être saisi pour le paiement des dettes de ma succession. »

Grâce à une telle clause de renonciation au bénéfice d'assurance, le testateur conserve une certaine latitude quant à la planification testamentaire du produit de la police d'assurance prise sur sa vie, pourvu cependant que le bénéficiaire désigné du produit de cette police veuille bien y renoncer.

Normalement, nous devrions nous retrouver dans l'une des situations ci-après :

- si la succession n'est pas solvable, le bénéficiaire conserve le produit de la police et renonce à la succession;

- si la succession est solvable, mais que le produit de la police d'assurance demeure supérieur au legs prévu dans le testament en faveur du bénéficiaire du produit d'assurance, celui-ci préférera sans doute renoncer à son legs et conserver le produit d'assurance;

- si la succession est solvable et que le legs prévu par le testament en faveur du bénéficiaire du produit de la police excède le produit d'assurance, le bénéficiaire n'hésitera pas à renoncer au bénéfice du produit d'assurance pour pouvoir hériter, à moins que les modalités du legs (en fiducie ou en substitution, par exemple) ne lui plaisent pas.

7. CONVENTION D'ACTIONNAIRES *VERSUS* TESTAMENT *VERSUS* ASSURANCE

Le prochain sujet traite de planification *post mortem*, et tout particulièrement dans le contexte de la situation suivante :

- l'auteur du gel a fait en sorte que sa compagnie assure sa vie; la compagnie est donc propriétaire et bénéficiaire du produit de la police d'assurance prise sur la vie de l'auteur du gel;

- le produit de la police d'assurance prise par la compagnie sur la vie de l'auteur du gel est inférieur à la JVM des actions de gel détenues par l'auteur du gel lors de son décès;

- le paiement des dettes de la succession de l'auteur du gel ainsi que celui de certains legs prévus au testament de l'auteur du gel dépendent des

liquidités offertes par le produit de la police d'assurance prise sur la vie de l'auteur du gel par la compagnie;

- l'auteur du gel souhaite « rouler », c'est-à-dire transmettre, sans impôt immédiat, les actions de gel qu'il pourra détenir lors de son décès à une fiducie exclusive au bénéfice de son conjoint.

Comment faire pour atteindre les objectifs ci-dessus, soit pouvoir utiliser le produit de l'assurance prise sur la vie de l'auteur du gel par la compagnie pour le paiement des dettes et des legs quant à la succession de l'auteur du gel, et transmettre avec roulement les actions de gel à une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint?

Le but de ce texte n'est pas de faire l'étude exhaustive de la planification *post mortem* et successorale optimale disponible à la succession de l'auteur du gel, d'autres textes traitant explicitement de ce sujet[69]. Notre propos est plutôt de suggérer l'ajout, dans le testament de l'auteur du gel, d'une clause recommandant au liquidateur, pendant qu'il aura la saisine légale[70] des actions de gel et avant leur remise à la fiducie exclusive :

- d'étudier le choix offert par le paragraphe 164 (6) L.I.R., particulièrement si les actions sont « grandpérisées »;

- d'étudier la possibilité d'une planification « pipeline »;

- de regarder si toute autre planification *post mortem* serait bénéfique pour la succession et le *de cujus*.

Une telle clause, même si le testateur n'y comprendra rien, servira de mise en garde au liquidateur et l'incitera à consulter qui de droit pour s'assurer qu'il ne passe pas à côté d'une planification *post mortem* avantageuse et puisse par la suite être tenu responsable de ne pas avoir joué son rôle de liquidateur de manière responsable.

---

69 Voir justement le texte de Claudine Puglièse, « Planification *post mortem* et successorale – mise à jour », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 12:1-27.

70 Art. 625 et 777 C.c.Q.

De plus, le testament pourrait comprendre une clause additionnelle, encore une fois adressée au liquidateur, lui suggérant, toujours pendant qu'il aura la saisine légale des actions de gel :

- de verser un dividende sur les actions de gel et de consulter un fiscaliste pour décider si ce dividende aurait avantage à être imposable ou non imposable à même le CDC de la compagnie généré par la perception du produit de la police d'assurance prise sur la vie de l'auteur du gel;

- de racheter des actions de gel et de traiter le dividende réputé découlant de ce rachat, soit comme un dividende imposable, soit comme un dividende non imposable en utilisant le CDC de la compagnie généré par la perception du produit de la police d'assurance prise par cette dernière sur la vie de l'auteur du gel;

de manière à permettre à tout ou partie du produit de la police d'assurance prise par la compagnie sur la vie de l'auteur du gel de se retrouver dans la succession.

Une telle clause insérée dans le testament permettra d'étendre les pouvoirs autrement accordés au liquidateur, lesquels sont ceux d'un administrateur du bien d'autrui chargé de la simple administration[71].

Voici à quoi pourrait ressembler une telle clause de recommandation au liquidateur :

> « Le liquidateur étudiera la pertinence et, le cas échéant, prendra avantage, pendant qu'il aura la saisine des actions que je pourrai détenir lors de mon décès dans toute compagnie, de toute planification post-mortem pour minimiser les impôts (telle, par exemple, la planification dite du "pipeline", ou celle du "bump", ou encore le choix offert par le paragraphe 164(6) de la LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU, ce choix pouvant nécessiter le rachat ou l'achat de gré à gré d'actions de cette compagnie (en débutant par les actions qui n'ont pas fait l'objet d'une "cristallisation"), tout en s'assurant que toute perte en capital que ce rachat ou achat de gré à gré pourra entraîner, ne soit pas réputée nulle en vertu de quelque disposition de la LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU); mon liquidateur pourra, s'il le juge utile, profiter du compte de dividendes en capital de cette compagnie et, plus particulièrement de celui généré par la perception de tout produit de police(s) d'assurance prise sur ma vie par cette compagnie, pour faire en sorte que ce rachat ou cet achat se fasse libre d'impôt sous la forme d'un dividende à même ce compte de dividendes en capital; de toute manière, je veux que le produit de toute assurance prise sur ma

---

[71] Art. 802 C.c.Q.

> vie par une compagnie dont je serai actionnaire lors de mon décès, puisse servir à ma succession pour le paiement des dettes et dépenses mentionnées à l'article * ci-après et le règlement des legs prévus à l'article * ci-après, et, pour ces fins, les fonds issus de tout tel produit d'assurance pourront être versés à ma succession de la manière jugée la plus appropriée par mon liquidateur, que ce soit sous la forme d'un rachat ou achat de gré à gré d'actions de cette compagnie dont mon liquidateur aura la saisine, sous celle de la déclaration d'un dividende en bonne et due forme, ou de toute autre manière déterminée par mon liquidateur, avec ou sans choix fiscaux pour que tout dividende, réel (si simple dividende déclaré) ou réputé (si achat ou rachat d'actions à prime), provienne du compte de dividendes en capital de ces compagnies. »

L'auteur du gel devra aussi s'assurer que la convention pouvant intervenir entre les actionnaires de la compagnie ayant fait l'objet du gel ne comporte pas de clause prévoyant un rachat forcé des actions de gel ou une politique prédéterminée de rachat des actions de gel qui vienne en contradiction avec la planification *post mortem* qui serait à son avantage.

Dans l'élaboration de la planification *post mortem* que le liquidateur pourra entreprendre, sur le conseil de son fiscaliste, il ne faudra pas oublier de prendre en considération certaines prises de position de l'ARC.

L'un des objectifs mentionnés précédemment était le roulement des actions de gel à une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint de l'auteur du gel. Selon l'ARC, le fait qu'un dividende soit versé sur les actions de gel avant leur remise à une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint pourrait contaminer la possibilité d'un roulement à cette fiducie exclusive. Relativement à cette situation, l'ARC mentionne ceci :

> « […] L'application du paragraphe 70(6) L.I.R. à l'égard des actions dans une situation comme celle que vous nous mentionnez semble aller à l'encontre de la politique fiscale sous-jacente au paragraphe 70(6) L.I.R. Nous avons donc soumis cette situation au ministre des Finances[72]. »

Voilà qui augure mal pour l'auteur du gel s'il comptait sur le produit de la police d'assurance prise sur sa vie par la compagnie comme source des liquidités nécessaires pour acquitter les dettes de sa succession, incluant les impôts, et effectuer certains legs à titre particulier de sommes d'argent.

---

[72] « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-40, question 7, aux pages 57:17-18. Voir également *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 2002-0140925 et 2002-0155535, 23 janvier 2003.

Heureusement, un roulement demeure possible selon l'ARC, pour les actions de gel qui seraient encore entre les mains du liquidateur après le rachat d'un certain nombre d'entre elles et l'utilisation du CDC de la compagnie en paiement de la partie de ce rachat qui serait réputée être un dividende. Dans cette situation, l'ARC est d'avis que les actions rachetées ne seront pas dévolues irrévocablement à la fiducie au bénéfice exclusif du conjoint et que, par conséquent, le paragraphe 70(5) L.I.R. s'appliquera à l'égard de ces actions. Cependant, les autres actions de la compagnie qui seront dévolues irrévocablement à la fiducie exclusive en faveur du conjoint bénéficieraient du roulement prévu par le paragraphe 70(6) L.I.R.[73]

Donc, jusqu'à ce que le ministère des Finances ne se prononce sur la première situation, soit celle d'un dividende versé à la succession sur les actions de gel avant la transmission de celles-ci à la fiducie exclusive, il serait préférable de procéder avec la seconde situation, soit celle d'un rachat d'une partie des actions de gel, représentant un montant suffisant pour que la succession puisse respecter ses obligations à l'égard de ses créanciers et de ses légataires.

8. CONVENTION D'ACTIONNAIRES *VERSUS* ACTE DE FIDUCIE

Dans la planification successorale envisagée au début du présent texte, l'auteur du gel détient les actions de contrôle et les actions de gel, tandis qu'une fiducie familiale discrétionnaire détient la totalité des nouvelles actions participantes, donnant droit à la plus-value à compter de la date du gel. Bien que la fiducie familiale comprenne plusieurs bénéficiaires discrétionnaires, il demeure que, tant qu'elle existera et que ses biens n'auront pas été distribués entre ses bénéficiaires, cette fiducie familiale est l'unique détentrice des actions participantes de la compagnie faisant l'objet du gel.

Quelle serait alors l'utilité d'une convention entre actionnaires lorsque toutes les actions participantes sont détenues par un seul actionnaire, en l'occurrence la fiducie familiale?

8.1. CLAUSE D'ACHAT/VENTE D'ACTIONS

Comment pourrait-on rédiger des clauses d'achat/vente d'actions (clause de premier refus, clause d'offre automatique, clause d'entraînement, etc.) alors que les actionnaires ultimes, c'est-à-dire ceux parmi les bénéficiaires de

---

[73] « Table ronde sur les produits financiers », *loc. cit.*, note 72.

la fiducie à qui des actions détenues par cette dernière seront distribuées, sont encore indéterminés. En effet, c'est le propre d'une fiducie familiale discrétionnaire que de réserver à ou aux fiduciaires la discrétion de répartir les biens de la fiducie entre les bénéficiaires de celle-ci, sous réserve de l'exercice de la faculté d'élire habituellement octroyée à l'auteur du gel dans une telle planification successorale.

Tant qu'il n'y aura pas eu liquidation de la fiducie et répartition des actions entre les bénéficiaires, on ne pourra savoir s'il y aura une participation majoritaire attribuée à un bénéficiaire ou si tous les bénéficiaires recevront une part égale des actions détenues par la fiducie.

Comment alors rédiger des clauses d'achat/vente entre actionnaires alors que l'on ignore encore qui seront ces actionnaires et dans quelles proportions ils détiendront les actions de la compagnie?

8.2. CLAUSE DE VOTE

Dans une planification successorale classique, l'auteur du gel fait en sorte de conserver le contrôle de la compagnie aussi longtemps que cela fait son affaire. Ce contrôle lui est habituellement conféré par la détention d'actions privilégiées votantes non participantes, rachetables au décès du détenteur, lesquelles actions votantes ne passent pas par la fiducie familiale discrétionnaire. Elles sont détenues directement par l'auteur du gel.

Peut-être l'auteur du gel, malgré le fait que, dans l'immédiat, il soit le seul à détenir le pouvoir décisionnel dans la compagnie, aimerait prévoir ce qui adviendra du contrôle de la compagnie après son décès ou après tout autre événement lui faisant perdre ce contrôle.

Comment alors l'auteur du gel pourra-t-il lier les éventuels actionnaires à certaines clauses d'achat/vente d'actions ou de vote?

8.3. POUR LIER LES ÉVENTUELS DÉTENTEURS DES ACTIONS LORS DE LA LIQUIDATION DE LA FIDUCIE

La question du pouvoir décisionnel est assez facile à régler. L'outil à utiliser est la « convention unanime d'actionnaires » ayant justement pour

objet de permettre de circonscrire le pouvoir décisionnel d'une compagnie[74]. Une convention unanime d'actionnaires peut avoir lieu même avec un actionnaire unique, par une déclaration écrite signée par lui[75]. Dans le cas présent, la convention unanime serait signée par tous les actionnaires actuels, soit l'auteur du gel et la fiducie familiale. La beauté de la convention unanime est qu'elle lie :

- les administrateurs[76];
- la compagnie; et
- les nouveaux actionnaires[77].

Ainsi, lorsque la fiducie sera liquidée et les actions détenues par cette dernière distribuées à ses bénéficiaires, ceux-ci seront liés par la convention unanime signée par l'auteur du gel et la fiducie, au même titre que s'ils en avaient été eux-mêmes signataires dès le départ. L'auteur du gel pourra donc dicter aux bénéficiaires de la fiducie la façon dont il veut que les décisions se prennent au sein de la compagnie une fois qu'il aura cessé d'en exercer le contrôle. Évidemment, rien n'empêchera les bénéficiaires à qui les actions seront remises de modifier la convention unanime s'ils sont unanimement d'accord pour le faire. Tant que les nouveaux actionnaires ne seront pas tous désireux de modifier la convention unanime signée par l'auteur du gel et la fiducie, la façon d'exercer le pouvoir décisionnel mentionné à cette convention unanime devra être respectée par les bénéficiaires-actionnaires.

Il n'est pas nécessaire que l'existence de la convention unanime soit inscrite sur les certificats d'actions de la compagnie pour lier les nouveaux actionnaires. Par contre, une copie de la convention unanime doit être insérée dans le livre de la compagnie, avec les statuts et les règlements de celle-ci[78].

---

74 *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »), par. 146(1) et *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »), art. 123.91.

75 Par. 146(2) L.C.S.A. et art. 123.91, al. 2 L.C.

76 Par. 122(2) et 146(5) L.C.S.A. et art. 123.91 et suiv. L.C.

77 Par. 146(3) et (4) L.C.S.A. et art. 123.93 L.C., ce dernier article créant expressément une dérogation au principe général de l'article 1440 C.c.Q. à savoir que nul n'est tenu par un document auquel il n'est pas une partie contractante.

78 Al. 20(1)a) L.C.S.A. et par. 123.111(1) L.C.

8.4. CLAUSE D'ACHAT/VENTE D'ACTIONS

Contrairement à la convention unanime d'actionnaires, tout nouvel actionnaire n'est pas lié par une convention entre actionnaires à laquelle il n'est pas partie contractante[79].

Comment faire alors pour lier les nouveaux actionnaires? Voici quelques pistes de solutions :

- émettre quelques actions aux bénéficiaires de la fiducie familiale entre vifs, de manière que ceux-ci soient personnellement actionnaires, et les faire intervenir à la convention entre actionnaires souhaitée par l'auteur du gel;

- prévoir dans l'acte de fiducie de la fiducie familiale, une clause rendant la remise d'actions à un bénéficiaire conditionnelle à ce que ce bénéficiaire signe la convention entre actionnaires qui lui sera présentée par les fiduciaires. Un bénéficiaire qui refuserait de signer la convention se verrait simplement privé de toute participation dans la compagnie si c'est là ce qui est prévu à l'acte de fiducie.

Voici d'ailleurs ce à quoi pourrait ressembler une clause de remise d'actions conditionnelle :

> « Dans le cas où parmi les biens de la fiducie il y aurait des actions d'une compagnie privée et que la fiducie, à titre d'actionnaire de toute telle compagnie privée, est partie à une convention intervenue entre les actionnaires de cette compagnie privée, les *fiduciaires* devront faire en sorte que tout bénéficiaire devant recevoir des actions de la compagnie détenues par la fiducie, se soit préalablement engagée, par écrit, à être liée par la convention d'actionnaires au même titre que l'était la fiducie, *mutatis mutandis*, à défaut de quoi les *fiduciaires* ne devront pas attribuer et transférer de telles actions à ce bénéficiaire s'ils jugent, à leur pleine et entière discrétion, que ce refus portera préjudice à ou aux autres actionnaires de la compagnie.
>
> Ou encore, bien que la fiducie ne soit pas partie à une convention d'actionnaires, si les *fiduciaires* jugent qu'il serait préférable qu'une telle convention intervienne entre les bénéficiaires à qui des actions de la compagnie seraient remises, les *fiduciaires* pourront rendre la remise des actions à tout tel bénéficiaire conditionnelle à ce que ce bénéficiaire signe la convention préparée à cet effet par le soin des *fiduciaires*, à défaut de quoi, le bénéficiaire refusant de signer la convention, sera réputé avoir renoncé à ce que ces actions lui soient

[79] Art. 1440 C.c.Q.

> remises et les *fiduciaires* devront alors, en ce qui a trait à ces actions, agir comme si ce bénéficiaire était décédé. »

Idéalement, il serait préférable que la convention entre actionnaires à laquelle l'auteur du gel souhaiterait lier les éventuels bénéficiaires-actionnaires soit préparée et jointe à l'acte de fiducie du vivant de l'auteur du gel. À moins que l'auteur du gel ne fasse suffisamment confiance à ses fiduciaires remplaçants pour laisser à ceux-ci le soin de préparer la convention entre actionnaires qu'ils jugeront la plus appropriée au moment de la liquidation de la fiducie et de la distribution des actions entre les bénéficiaires de celle-ci.

Encore une fois, rien n'empêchera les bénéficiaires-actionnaires de modifier ultérieurement la convention entre actionnaires à laquelle ils auront consentie pour pouvoir recevoir les actions de la compagnie détenues par la fiducie.

9. CONVENTION D'ACTIONNAIRES *VERSUS* CONJOINT

Lorsque les actionnaires d'une compagnie sont des particuliers et qu'ils vivent en couple, est-il de mise de faire intervenir le conjoint d'un actionnaire à la convention entre actionnaires intervenue entre les détenteurs des actions d'une compagnie?

La réponse à cette question dépend du statut matrimonial de chacun des actionnaires.

9.1. SI NON MARIÉ OU MARIÉ EN SÉPARATION DE BIENS

Dans le cas où l'actionnaire n'est pas marié avec son conjoint ou encore s'il est marié en séparation de biens avec son conjoint, il est inutile de faire intervenir le conjoint de cet actionnaire à la convention entre actionnaires pour les raisons suivantes :

- chaque membre du couple a l'administration, la jouissance et la libre disposition de tous ses biens[80], y compris toute action qu'il détiendrait dans le capital-actions d'une compagnie;

---

[80] Art. 486 C.c.Q.

- advenant la dissolution du couple non marié ou marié en séparation de biens, il n'y a pas de partage des biens entre les membres du couple, chacun conservant les biens qui lui appartiennent personnellement;

- les actions de compagnie ne faisant pas partie des biens compris dans le « patrimoine familial »[81], la détention de ces actions par un membre du couple ne contribuera pas à créer une créance en faveur de son conjoint advenant une dissolution d'époux mariés en séparation de biens; pour ce qui est d'un couple non marié, la question du patrimoine familial ne se pose même pas;

- le membre du couple qui est actionnaire de la compagnie ne requiert pas le concours de son conjoint pour valablement aliéner ou nantir ses actions.

9.2. SI MARIÉ EN SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Pourvu que les actions détenues par un conjoint soient « propres » à ce conjoint, il n'y a aucune nécessité ou aucun intérêt à faire intervenir l'autre membre du couple à la convention intervenue entre les actionnaires de la compagnie. Seront propres à un actionnaire les actions :

- détenues par lui au début du régime matrimonial[82];

- acquises pendant le régime avec des propres;

- acquises pendant le régime, majoritairement avec des propres, à charge de récompense pour les acquêts utilisés[83];

- reçues au cours du régime, par succession ou donation[84].

De plus, les époux mariés en société d'acquêts ont chacun « l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres et de ses acquêts »[85]. Donc, chaque époux vote les actions qu'il détient comme

---

81 Art. 415 C.c.Q.

82 Art. 450, al. 1 C.c.Q.

83 Art. 451 C.c.Q.

84 Art. 450, al. 2 C.c.Q.

85 Art. 461 C.c.Q.

il l'entend. Par contre, les dividendes qu'un époux pourra recevoir sur ses actions, qu'il les détienne en guise de propres ou d'acquêts, seront des acquêts, à moins que les actions n'aient été acquises, pendant le régime, par succession ou donation, avec stipulation de propre[86].

Là où l'intervention du conjoint d'un actionnaire aurait son utilité est la situation où les actions font partie des « acquêts » du conjoint actionnaire, et sont donc susceptibles de faire l'objet d'un partage entre le conjoint actionnaire et son conjoint advenant la dissolution du régime matrimonial.

Dans cette situation, les actionnaires auraient avantage à inviter tout conjoint marié en société d'acquêts avec l'un d'entre eux à intervenir à la convention entre actionnaires afin de prévenir d'avance ce qui adviendrait advenant la dissolution du régime matrimonial de l'actionnaire marié en société d'acquêts et le partage des acquêts (comprenant les actions de la compagnie détenues par le conjoint actionnaire) entre les époux.

Une telle clause d'intervention à la convention par un conjoint marié en société d'acquêts à l'un des actionnaires aurait pour objet ce qui suit :

- déclaration par le conjoint de l'actionnaire qu'il a pris connaissance de la convention;

- engagement du conjoint de l'actionnaire à accepter d'être lié par la convention s'il devient propriétaire d'actions de la compagnie par suite d'un partage d'acquêts;

- engagement du conjoint de l'actionnaire à offrir les actions qu'il pourrait recevoir lors du partage des acquêts :

  – d'abord à son conjoint-actionnaire,

  – puis aux autres actionnaires de la compagnie;

  aux prix et aux conditions prévus à la convention;

- engagement du conjoint de l'actionnaire à privilégier les biens autres que les actions de la compagnie dans tout partage d'acquêts entre les époux de manière à éviter, dans la mesure du possible, les complications qu'un partage des actions entraînerait.

---

[86] Art. 450, al. 2 C.c.Q.

Vous trouverez ci-après une suggestion de clause d'intervention de la part de conjoints mariés en société d'acquêts :

« *.- Mmes *Mm. * et * interviennent aussi aux présentes pour :

- déclarer être respectivement marié(e)s, sous le régime légal de la société d'acquêts, à * et * ;

- déclarer avoir pris connaissance des présentes conventions intervenues entre les *actionnaires*, et plus particulièrement des clauses relatives au transfert d'actions entre vifs ou pour cause de mort; et

- pour signifier leur accord à toutes et chacune des clauses de ces conventions et y concourir là où leur participation est et/ou sera nécessaire.

Il est entendu que le régime matrimonial que * et * partagent avec leur conjoint respectif ne devra d'aucune façon nuire ou empêcher l'exécution de toute clause des présentes conventions, de sorte que, entre autres, advenant tout partage d'acquêts entre conjoints par suite de la dissolution du régime matrimonial, aucune des actions de la *compagnie* qui ferait partie de ce partage ne pourra être inscrite ou transférée au nom de * ou de * sans être au préalable offerte :

a) en premier lieu, à son conjoint, qui bénéficiera d'un délai de dix (10) jours pour acheter ces actions; et

b) en second lieu, si le conjoint ne s'est pas prévalu de cette offre à l'intérieur du délai de dix (10) jours, aux autres *actionnaires* qui bénéficieront d'un délai de cinq (5) jours pour accepter l'offre, au prorata entre eux du nombre d'actions ordinaires qu'ils détiennent ou dans toute autre proportion dont ils conviendront.

Dans l'un et l'autre cas, l'offre sera faite au prix prévu à l'article * ci-devant, payable comptant.

Afin d'éviter, dans la mesure du possible, les problèmes qu'un tel partage entre époux des actions de la *compagnie* pourrait susciter, chacun(e) de * et de * accepte par les présentes que, lors de tout partage des acquêts entre elle (lui) et son conjoint, il pourra être fait en sorte, si son conjoint le demande, que les actions de la *compagnie* fassent partie du lot de son conjoint, sujet à compensation en faveur de son propre lot, plutôt que d'être réparties entre les lots de chacun des époux. »

CONCLUSION

Comme vous avez été à même de constater à la lecture de ce qui précède, les documents utilisés dans le cadre d'une planification successorale sont de plus en plus sophistiqués et complexes et ils ne doivent pas être rédigés en vase clos, mais bien au contraire s'ouvrir aux autres composantes

d'une telle planification successorale, de manière que l'ensemble de la documentation forme un tout homogène qui satisfait aux objectifs de l'auteur du gel et des membres de sa famille.

Il est donc fréquent qu'il y ait des recoupements entre les différentes pièces maîtresses d'une bonne stratégie successorale, soit l'acte de fiducie, la convention entre actionnaires, la convention unanime, le testament et les contrats d'assurance. Ce qui précède n'est qu'un aperçu de cette interaction entre certains des documents principaux utilisés dans le contexte d'une planification successorale. Pour connaître les autres, vous devrez nous consulter…

ANNEXE A

Provincial

Déclaration
(Dispense – Émetteur fermé – Art. 2.4 2))

Je déclare et représente par la présente qu'en date du *, date à laquelle *j'acquiers *je souscris, pour mon propre compte, à * actions * du capital-actions de la compagnie *, je fais*ais partie de la catégorie suivante d'acquéreur dont j'ai coché la case :

a) - un dirigeant de la compagnie ☐
- un salarié de la compagnie ☐
- un fondateur de la compagnie, participant activement à l'activité de celle-ci ☐
- une personne participant au contrôle de la compagnie, c'est-à-dire détenant seul ou avec d'autres *(cocher une des deux cases)*
  - plus de 20 % des titres votants, ou ☐
  - un nombre suffisant de titres de la compagnie pour exercer une influence importante sur le contrôle de celle-ci. ☐

b) - le conjoint ☐
- le père ou la mère ☐
- le grand-père ou la grand-mère ☐
- le frère ou la sœur ☐
- le fils ou la fille ☐

de M (me) _____, lequel (laquelle) occupe la fonction suivante dans la compagnie,
- administrateur ☐
- membre de la haute direction ☐
- fondateur participant activement à l'activité de la compagnie ☐
- une personne participant au contrôle de la compagnie (au sens du paragraphe (a) ci-dessus) ☐

c) - le père ou la mère ☐
- le grand-père ou la grand-mère ☐
- le frère ou la sœur ☐
- le fils ou la fille ☐

de M (me) _____, conjoint
de M (me) _____ lequel (laquelle)
occupe la fonction suivante dans la compagnie : (cocher une case)

- administrateur ☐
- membre de la haute direction ☐
- fondateur participant activement à l'activité de la compagnie ☐
- une personne participant au contrôle de la compagnie (au sens du paragraphe (a) ci-dessus) ☐

d) un ami très proche (c'est-à-dire connaissant bien personnellement cette personne, depuis assez longtemps pour être en mesure d'apprécier ses capacités et sa loyauté) des administrateurs, membres de la haute direction ou fondateurs de l'émetteur ou des personnes participant au contrôle de celui-ci; ☐

e) un proche partenaire (c'est-à-dire ayant déjà eu directement des relations d'affaires suffisantes avec cette personne pour être en mesure d'apprécier ses qualités et sa loyauté) de M (me) _____, lequel (laquelle) occupe la fonction suivante dans la compagnie, ☐

- administrateur ☐
- membre de la haute direction ☐
- fondateur participant activement à l'activité de la compagnie ☐
- une personne participant au contrôle de la compagnie (au sens du paragraphe (a) ci-dessus) ☐

f) *(Transfert seulement)*

- le conjoint ☐
- le père ou la mère ☐
- le grand-père ou la grand-mère ☐
- le frère ou la sœur ☐
- le fils ou la fille ☐

(*cocher une des deux cases)*

- du porteur vendeur des titres ☐
- de M (me) _____, conjoint du porteur vendeur des titres ☐

g) un porteur de titres (actions ou autres) de la compagnie ☐

h) un « investisseur qualifié », au sens de l'article 1.1 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* ☐

i) une personne (incluant une personne morale, une compagnie de personnes, une fiducie, ou une association) dont les *(cocher une case)*
   - administrateurs ☐
   - véritables propriétaires de titres votants ☐

   sont en majorité des personnes visées au(x) paragraphe(s) suivants ci-dessus :

   a) ☐ b) ☐ c) ☐ d) ☐
   e) ☐ f) ☐ g) ☐ h) ☐

j) une fiducie ou une succession dont *(cocher une case)*
   - tous les bénéficiaires ☐
   - une majorité des fiduciaires ou liquidateurs ☐

   sont des personnes visées au(x) paragraphe(s) suivants ci-dessus :

   a) ☐ b) ☐ c) ☐ d) ☐
   e) ☐ f) ☐ g) ☐ h) ☐

k) une personne qui n'est pas du public pour les motifs suivants : ☐

_____

_____

Et j'ai signé, ce *.

(signature)

Nom: *
Adresse: *

ATTESTATION DE L'ÉMETTEUR FERMÉ

J'atteste qu'en date de l'acquisition des titres de la compagnie * par *, la compagnie se qualifiait comme émetteur fermé selon le Règlement 45-106.

Et j'ai signé, ce *.

(signature)

Nom: *
Fonction: *

ANNEXE B

Fédéral

Déclaration
(Dispense – Émetteur fermé – Art. 2.4 2))

Je déclare et représente par la présente qu'en date du *, date à laquelle *j'acquiers *je souscris, pour mon propre compte, à * actions * du capital-actions de la société *, je fais*ais partie de la catégorie suivante d'acquéreur dont j'ai coché la case :

a) - un dirigeant de la société ☐
- un salarié de la société ☐
- un fondateur de la société, participant activement à l'activité de celle-ci ☐
- une personne participant au contrôle de la société, c'est-à-dire détenant seul ou avec d'autres *(cocher une des deux cases)*
  - plus de 20 % des titres votants, ou ☐
  - un nombre suffisant de titres de la société pour exercer une influence importante sur le contrôle de celle-ci. ☐

b) - le conjoint ☐
- le père ou la mère ☐
- le grand-père ou la grand-mère ☐
- le frère ou la sœur ☐
- le fils ou la fille ☐

de M (me) _____, lequel (laquelle) occupe la fonction suivante dans la société,
- administrateur ☐
- membre de la haute direction ☐
- fondateur participant activement à l'activité de la société ☐
- une personne participant au contrôle de la société (au sens du paragraphe (a) ci-dessus) ☐

c) - le père ou la mère ☐
- le grand-père ou la grand-mère ☐
- le frère ou la sœur ☐
- le fils ou la fille ☐

de M (me) _____, conjoint
de M (me) _____ lequel (laquelle)
occupe la fonction suivante dans la compagnie : (cocher une case)

- administrateur ☐
- membre de la haute direction ☐
- fondateur participant activement à l'activité de la société ☐
- une personne participant au contrôle de la société (au sens du paragraphe (a) ci-dessus) ☐

d) un ami très proche (c'est-à-dire connaissant bien personnellement cette personne, depuis assez longtemps pour être en mesure d'apprécier ses capacités et sa loyauté) des administrateurs, membres de la haute direction ou fondateurs de l'émetteur ou des personnes participant au contrôle de celui-ci; ☐

e) un proche partenaire (c'est-à-dire ayant déjà eu directement des relations d'affaires suffisantes avec cette personne pour être en mesure d'apprécier ses qualités et sa loyauté) de M (me) _____, lequel (laquelle) occupe la fonction suivante dans la société, ☐

- administrateur ☐
- membre de la haute direction ☐
- fondateur participant activement à l'activité de la société ☐
- une personne participant au contrôle de la société (au sens du paragraphe (a) ci-dessus) ☐

f) *(Transfert seulement)*

- le conjoint ☐
- le père ou la mère ☐
- le grand-père ou la grand-mère ☐
- le frère ou la sœur ☐
- le fils ou la fille ☐

(*cocher une des deux cases)*

- du porteur vendeur des titres ☐
- de M (me) _____, conjoint du porteur vendeur des titres ☐

g) un porteur de titres (actions ou autres) de la société ☐

h) un « investisseur qualifié », au sens de l'article 1.1 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* ☐

i) une personne (incluant une personne morale, une société de personnes, une fiducie, ou une association) dont les *(cocher une case)*
   - administrateurs ☐
   - véritables propriétaires de titres votants ☐

   sont en majorité des personnes visées au(x) paragraphe(s) suivants ci-dessus :

   a) ☐ b) ☐ c) ☐ d) ☐
   e) ☐ f) ☐ g) ☐ h) ☐

j) une fiducie ou une succession dont *(cocher une case)*
   - tous les bénéficiaires ☐
   - une majorité des fiduciaires ou liquidateurs ☐

   sont des personnes visées au(x) paragraphe(s) suivants ci-dessus :

   a) ☐ b) ☐ c) ☐ d) ☐
   e) ☐ f) ☐ g) ☐ h) ☐

k) une personne qui n'est pas du public pour les motifs suivants : ☐

_____

_____

Et j'ai signé, ce *.

(signature)

Nom: *
Adresse: *

ATTESTATION DE L'ÉMETTEUR FERMÉ

J'atteste qu'en date de l'acquisition des titres de la société * par *, la société se qualifiait comme émetteur fermé selon le Règlement 45-106.

Et j'ai signé, ce *.

(signature)

Nom: *
Fonction: *

CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES – LE RACHAT AU DÉCÈS ET EN CAS D'INVALIDITÉ



Robert Laniel
Notaire, DESS comm.,
Pl. Fin., DESS fisc., TEP
Investissements Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 23:3

1.1. RÔLE DE LA CONVENTION 23:3
1.2. RÔLE DE L'ASSURANCE 23:3
1.3. ÉVÉNEMENTS ASSURABLES 23:4
1.3.1. Décès 23:4
1.3.2. Invalidité 23:4

2. CONSÉQUENCES FISCALES LIÉES AU MODE DE DÉTENTION EN ASSURANCE VIE 23:5

2.1. STRUCTURE CORPORATIVE 23:5
2.1.1. Détention personnelle 23:5
2.1.2. Détention corporative 23:6

2.2. INVALIDITÉ 23:16
2.2.1. Détention personnelle 23:16
2.2.2. Détention corporative 23:16

3. TYPE DE PRODUIT D'ASSURANCE 23:18

3.1. ASSURANCE VIE 23:18
3.1.1. Détermination du coût de base rajusté d'une police d'assurance vie 23:18
3.1.2. Caractéristiques de l'assurance temporaire 23:19
3.1.3. Assurance permanente 23:19
3.1.4. Police vie universelle 23:20
3.1.5. Assurance vie multiple 23:21
3.1.6. Cas de l'actionnaire surprimé ou très âgé 23:23
3.2. PRESTATIONS DU VIVANT 23:24
3.2.1. Assurance invalidité aux fins de rachat de parts 23:24
3.2.2. Assurance maladies graves 23:24

4. RÉFLEXIONS SUR LA RÉDACTION DE LA CONVENTION 23:25

4.1. NATURE DES OBLIGATIONS 23:25
4.1.1. Offres réciproques et acceptations irrévocables 23:25
4.1.2. Offres irrévocables et acceptations optionnelles 23:25
4.1.3. Obligation de contracter une assurance 23:25
4.1.4. Autres clauses pertinentes 23:26
4.2. ACTIONNAIRES AVEC OU SANS LIEN DE DÉPENDANCE 23:27
4.3. ACTIONS SPÉCIALES D'ASSURANCE 23:28
4.4. RÉFÉRENCE AUX MODES DE DÉTENTION ET TYPES DE TRANSACTION 23:29

CONCLUSION 23:29

INTRODUCTION

La convention d'actionnaires est un acte juridique très complexe. Des éléments tant humains, financiers, légaux que fiscaux doivent inspirer sa rédaction. Souvent les intérêts des différents intervenants s'affrontent en raison de leur âge, leur niveau d'implication dans la société ou encore leur situation financière.

Nous concentrerons ici notre étude sur le retrait d'un actionnaire à la suite d'une maladie ou d'un décès. Nous analyserons les clauses de la convention entre actionnaires relatives aux différents produits d'assurance disponibles sur le marché et suggérerons l'usage de certaines clauses

1.1. RÔLE DE LA CONVENTION

La convention d'actionnaires a pour but premier de créer un marché pour des actions de sociétés privées à un prix juste et équitable.

L'absence de convention pourrait mettre les actionnaires restants dans une position de force, leur permettant de dicter leurs conditions aux cédants. Le statu quo permettrait à une relève plus ou moins talentueuse de s'immiscer au sein de l'entreprise. Un dérapage pourrait mener tout bêtement à la liquidation de la société.

Ainsi, la convention assurera la sécurité financière des actionnaires cédants, aidera à prévenir les conflits pouvant résulter de telles transactions et contribuer de cette façon à la survie de l'entreprise.

1.2. RÔLE DE L'ASSURANCE

L'assurance, dans un contexte de décès ou d'invalidité, fournira, au moment opportun, les sommes nécessaires au financement des transactions découlant des obligations contractées dans la convention d'actionnaires. Ces liquidités permettront à l'actionnaire malade ou à la succession du défunt de satisfaire leurs besoins. Elles assureront également pour la société une transition et une passation des pouvoirs plus harmonieuses, tout en diminuant les risques de stress financier pouvant mener la société à la ruine.

Pensons au décès ou à l'invalidité de l'actionnaire clé possédant les principaux contacts de l'entreprise. Les actionnaires restants pourraient se voir refuser le financement nécessaire à l'acquisition de telles actions. La convention d'actionnaires non supportée par des polices d'assurance pourrait

ultimement être inapplicable et la réalisation des offres qu'elle renferme compromise. Inversement, des polices d'assurance, sans conventions qui lient l'usage que l'on peut faire des prestations, permettraient à leurs bénéficiaires de diversifier leur utilisation à des usages autres que ceux auxquels elles étaient originairement destinées. Ce n'est que l'usage combiné de ces deux instruments qui permettra d'assurer le niveau de protection souhaitable pour toutes les parties concernées.

1.3. ÉVÉNEMENTS ASSURABLES

Outre le décès et l'invalidité, les situations rencontrées ne présenteront pas toujours des conditions assurables. Cela dit, les produits d'assurance modernes permettent une utilisation dans des contextes de retraite et autres transactions entre vifs. Notamment, les valeurs de rachat d'une police de type vie universelle peuvent être utilisées afin d'obtenir un financement nécessaire à réaliser une transaction entre actionnaires.

1.3.1. Décès

La majorité des conventions d'actionnaires couvre l'éventualité du décès des actionnaires. Il a été démontré que l'assurance vie, dans un tel contexte, s'avère, presque toujours, être le moyen le plus économique de financer un transfert d'actions entre la succession de l'actionnaire décédé et les actionnaires survivants. Cette affirmation est d'autant plus vraie si le décès survient prématurément. Qu'adviendra-t-il du cas où un actionnaire donné n'est pas assurable? De quoi est fait le plan B? On peut commencer à mettre de l'argent de côté afin d'accumuler les sommes nécessaires advenant un tel décès. Les assureurs ont développé des produits qui permettent le paiement du fonds d'accumulation au premier décès dans des polices conjointes qui peuvent être une panacée à la non-assurabilité d'un actionnaire donné. Nous apporterons nos commentaires eu égard à cette planification de façon plus détaillée à la section 3.1.6.

1.3.2. Invalidité

Un nombre beaucoup plus restreint de conventions d'actionnaires s'intéresse à l'invalidité. Pourtant, les statistiques démontrent qu'avant l'âge de la retraite, une personne donnée aurait huit fois plus de risques de devenir invalide que de décéder. Comment peut-on alors expliquer ce désintéressement? Le coût des primes plus élevé joue sûrement un rôle important. Ceci s'explique justement par le niveau de risques qui est plus élevé. Par ailleurs, alors que les personnes se qualifiant pour l'assurance vie sont en grand nombre, elles sont beaucoup moins nombreuses en assurance

invalidité. Alors que l'assurance vie n'assure qu'une seule condition, le décès, l'assurance invalidité couvre un très grand nombre de circonstances. Le risque de fraude constitue également un facteur aggravant.

2. CONSÉQUENCES FISCALES LIÉES AU MODE DE DÉTENTION EN ASSURANCE VIE

2.1. STRUCTURE CORPORATIVE

Avant toutefois de prendre une décision finale relativement au mode de détention, il serait sage d'examiner attentivement l'organigramme corporatif de l'entreprise afin de connaître la ou les sociétés concernées, la qualité, le nombre d'actionnaires, les actions émises en faveur de chaque actionnaire ainsi que leurs caractéristiques fiscales.

2.1.1. Détention personnelle

La détention personnelle d'une police d'assurance vie permet essentiellement d'avoir recours à la méthode croisée au moment de la réalisation de la transaction. Prenons l'exemple où A et B sont coactionnaires d'AB inc. A assurera la vie de B et inversement, B la vie de A. Cette méthode, outre sa simplicité, a pour avantage de protéger le capital assuré et les valeurs de rachat des créanciers de la société exploitante. Sur le plan fiscal, dans la mesure où les actions de la société sont des actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »), le cédant pourra utiliser son exonération pour gains en capital.

Par ailleurs, ce mode de détention comporte plusieurs désavantages. Notamment les primes, dans un tel contexte, n'étant pas une dépense admissible[1], ces dernières devront être acquittées personnellement par les actionnaires à même leurs revenus après impôts. De plus, une grande disparité d'âge, d'état de santé ou l'usage ou non de tabac pourrait créer une grande disparité entre les primes payables. Finalement, plus nombreux sont les actionnaires, plus nombreux seront les polices à émettre et à administrer. En effet, un groupe de cinq actionnaires nécessiterait l'émission de 20 polices différentes.

---

1 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), al. 20(1)e.2).

2.1.2. Détention corporative

Les polices d'assurance détenues par une société donnent accès à un certain nombre de planifications et avantages qui ne sont pas possibles avec la détention personnelle.

2.1.2.1. Rôle du compte de dividendes en capital[2]

Le produit d'assurance (tant le capital assuré que le fonds d'accumulation, le cas échéant) versé à une société privée donnée est ajouté à son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), déduction faite du coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de ladite société dans telle police. À même ce compte, un dividende en capital peut être versé aux actionnaires en franchise d'impôt[3]. Soulignons que l'alinéa 89(1)d) L.I.R. ne vise que l'assurance vie.

Rappelons-nous également que sur le plan juridique, un dividende en capital est toujours un dividende et qu'il est assujetti aux règles et procédures applicables à la déclaration d'un dividende[4]. Parmi ces règles, soulignons plus particulièrement le test de solvabilité et la règle de la proportionnalité[5].

Soulignons de plus que, dans l'éventualité où la société aurait subi par exemple des pertes en capital, il se pourrait que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») considère que le CDC soit négatif. Ceci aurait alors comme conséquence d'éroder le montant du dividende en capital disponible en franchise d'impôt.

2.1.2.2. Influence de l'assurance sur la valeur des actions

Aux termes du paragraphe 70(5) L.I.R., la juste valeur marchande des actions sera déterminée immédiatement avant le décès. Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. stipule que le capital assuré ne sera pas comptabilisé dans la

---

2 Al. 89(1)d) L.I.R.

3 Par. 248(1) « dividende en capital » et 83(2) L.I.R.

4 *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »), art. 123.70 et 123. 71; *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »), art. 42 et 188.

5 Yvon MARTINEAU, *Manuel des corporations du Québec*, vol. A, Scarborough, Ont., Carswell, feuilles mobiles, pp. 7-47, par. 7.35.

valeur des actions. Toutefois, les valeurs de rachat des polices d'assurance seront quant à elles prises en considération, le cas échéant.

2.1.2.3. Méthode du « billet à ordre »

Cette méthode permet essentiellement de réaliser une transaction entre actionnaires générant un gain en capital qui rendrait possible l'utilisation de l'exonération pour gains en capital, le cas échéant, dans la mesure où toutes les autres conditions sont remplies[6]. Cette méthode n'est rendue possible que grâce à l'existence du crédit au CDC. En voici succinctement les étapes en prenant toujours le même exemple où A et B sont coactionnaires d'AB inc. :

- AB inc. a contracté préalablement des polices d'assurance sur les vies de A et B;

- A décède et B, aux termes de la convention d'actionnaires, doit se porter acquéreur des actions de la société ayant appartenu à A;

- afin de nous assurer que le dividende en capital ne soit versé qu'à B, nous procéderons à la transaction entre la succession de A et B en acquittant le prix de vente des actions négociées au moyen d'un billet à ordre;

- une fois que B est enregistré dans les registres de la société comme étant le seul actionnaire, un dividende en capital lui sera versé, par hypothèse, équivalant au montant du billet. Ce dernier utilisera ces fonds afin de rembourser le billet remis à la succession. Le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions de B sera augmenté du prix ainsi payé[7].

Outre l'utilisation potentielle de l'exonération pour gains en capital, d'autres avantages plus pragmatiques sont associés à cette méthode. Soulignons tout spécialement la possibilité pour la société même d'acquitter le paiement des primes. Celle-ci étant généralement imposée à un taux moindre que celui des particuliers, une économie en résultera. Par exemple, en arrondissant, une personne dont le taux marginal est près de 50 % requerra 2 000 $ pour acquitter une prime de 1 000 $, alors qu'une société admissible à la déduction accordée aux petites entreprises dont le taux d'imposition serait d'environ 20 % n'aurait besoin que de 1 250 $ de revenus

---

6 Par 110.6(1) « actions admissibles de petite entreprise » L.I.R.

7 Art. 54 « prix de base rajusté » L.I.R.

pour acquitter la même prime. Soulignons également l'effet de nivellement des primes qui élimine toute disparité liée à l'âge, au sexe, à l'état de santé, etc., et un meilleur contrôle du paiement des primes.

Parmi les inconvénients, soulignons la saisissabilité potentielle des valeurs de rachat ou du capital assuré au moment de la réclamation, la possibilité que des créanciers garantis puissent s'opposer à la déclaration de dividendes, et dans le cas d'une importante valeur de rachat, la possibilité pour celle-ci de disqualifier les AAPE.

2.1.2.4. Rachat d'actions

La prestation étant versée à la société, celle-ci peut alors procéder au rachat de ses actions. Tel rachat par la société entraîne l'annulation des actions[8]. Sur le plan fiscal, ce rachat, aux termes du paragraphe 84(3) L.I.R., générera un dividende pour le cédant égal à la différence entre le prix de ce rachat et le capital versé des actions visées. Puisque les actions détenues par la succession auront généralement un PBR élevé à la suite d'une disposition réputée de ces actions au décès[9] et un capital versé bas, leur rachat entraînera un dividende réputé, tel que précité, et une perte en capital pour la succession. La succession se prévaudra quant à elle des dispositions du paragraphe 164(6) L.I.R. et appliquera cette perte en capital à l'encontre du gain en capital réalisé par le défunt. Bien sûr, le rachat d'actions ne favorisera pas l'actionnaire détenant des AAPE et qui disposerait par ailleurs de son exonération pour gains en capital.

Comme il en a été abondamment question dans ce congrès, les amendements ayant introduit les règles de minimisation des pertes[10], en vigueur depuis le 26 avril 1995, ont changé les planifications fiscales ayant cours avant cette date et qui ressemblaient à ce que nous avons décrit au paragraphe précédent. Bien que des règles « grand-père »[11] aient « protégé » les planifications déjà faites, après cette date, celles qui ont suivi sont

---

8 Par. 123.42 1) L.C.; art. 36 L.C.S.A.

9 Al. 53(1)a) et par. 70(5) L.I.R.

10 Par. 112(3) L.I.R.

11 Martin LORD, « Règles sur la minimisation des pertes : nouveautés et aspects pratiques des règles transitoires », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 2:1-44.

touchées par ces amendements qui viennent réduire à 50 %[12] le montant de la perte en capital que la succession peut appliquer à l'encontre du gain en capital de l'actionnaire décédé, ceci dans la mesure où un dividende en capital d'assurance vie était utilisé au-delà de ce pourcentage pour effectuer tel rachat.

En conséquence, dans la mesure où le rachat est effectué entièrement à même un dividende en capital, la perte en capital de la succession sera réduite de moitié, ainsi un impôt sur l'autre moitié du gain en capital réputé au décès devra alors être versé. À la suite de ces opérations, le PBR des actionnaires survivants ne sera toujours pas rajusté, puisqu'ils n'ont pas été personnellement visés dans la transaction. Le non-ajustement du PBR des actionnaires survivants, avec les nouvelles règles, entraîne une situation de double imposition.

Revenons brièvement aux règles de minimisation des pertes, elles ont maintenant plus de 22 ans et il est important de retourner très loin dans le temps pour voir si les règles « grand-père » pouvaient ou non s'appliquer. Il est essentiel d'obtenir tous les renseignements entourant la situation telle qu'elle existait au 26 avril 1995. Les polices en vigueur à ce moment peuvent avoir disparu et avoir été remplacées plus d'une fois. La non-exigence d'un écrit rend la description des faits et des circonstances très pertinente. Le détective en vous devra soumettre les clients à un interrogatoire en règle avant de rejeter du revers de la main l'application des règles « grand-père ».

2.1.2.5. Le compte de revenu à taux général

Le Budget fédéral 2006[13] a introduit un nouveau régime de taxation des dividendes, créant une nouvelle catégorie, les dividendes admissibles qui sont taxés à un taux d'imposition inférieur. La législation requiert que les sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») déterminent leur compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG »). Une SPCC peut déclarer des dividendes admissibles dans la mesure où le solde du CRTG est positif à la fin de l'année où le dividende est déclaré. Une SPCC peut

---

12 Depuis le 18 octobre 2000, CANADA, ministère des Finances, *Énoncé économique et mise à jour budgétaire*, 18 octobre 2000. Entre le 28 février 2000 et le 17 octobre 2000, le taux d'inclusion du gain en capital avait été fixé à 66 2/3 %. Entre le 26 avril 1995 et avant le 28 février 2000, le taux d'inclusion était de 75 %.

13 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 2 mai 2006.

distribuer en premier un dividende admissible et épuiser son CRTG avant de déclarer un dividende non admissible.

Lorsque l'on rédige une convention d'actionnaires, il serait sage de prendre en considération l'usage que l'on pourrait faire du CRTG lors d'une transaction en découlant. Au moment d'un décès, les parties en présence risquent d'avoir des vues diamétralement opposées en ce qui a trait à l'usage du CRTG. Par exemple, des conventions de vote ou autres mécanismes pourraient être retenus afin de contrôler leur usage dans la réalisation des transactions, le cas échéant. Il serait même suggéré aux clients ayant déjà une convention d'actionnaires de la réviser à la lumière de ces nouvelles règles.

2.1.2.6. La solution du 50 %, une planification optionnelle

Dans l'éventualité où les nouvelles règles s'appliquent à votre dossier, une planification est disponible afin de réduire l'impact des règles de minimisation des pertes. Cette planification, ou du moins la possibilité d'y avoir recours, devrait être prévue à la convention. On pourrait également prévoir la possibilité d'un compromis entre la succession de l'actionnaire décédé et les actionnaires survivants. Le résultat de cette planification a pour effet d'augmenter sensiblement la note fiscale de la succession, mais par ailleurs, elle permet aux actionnaires survivants d'avoir accès à un solde important au CDC, leur donnant droit à l'avenir à un dividende en franchise d'impôt.

Voici brièvement le processus. Prenons pour exemple une société dont la valeur est de 1 M$. Nous avons deux actionnaires en parts égales, A et B. À la suite du décès de A, et de l'encaissement de la prestation d'assurance par la société, le CDC est crédité de 500 000 $. Dans la mesure où nous déclarons un dividende en capital de 250 000 $ et un dividende imposable de 250 000 $ pour acquitter le prix de rachat des actions, la succession pourra réclamer une perte en capital de 500 000 $ équivalente au gain en capital de l'actionnaire décédé. Dans cet exemple, la succession devra appuyer l'imposition d'un dividende de 250 000 $. L'ancienne méthode visant l'utilisation de la totalité du dividende en capital disponible de 500 000 $ aurait déclenché, en tenant compte de l'application des règles, un gain en capital net de 250 000 $. Dividende contre gain en capital, il existe une différence qui pourrait également être réduite par le versement d'un dividende admissible, le cas échéant. Par contre, en ayant recours à la solution du 50 %, puisque seulement la moitié du CDC a été utilisée pour réaliser la transaction, l'autre moitié reste ainsi disponible aux actionnaires survivants.

En prenant toujours le même exemple[14], nous vous soumettons le tableau ci-joint, mettant en parallèle les trois situations suivantes : 1) l'utilisation du CDC utilisé à 100 %; 2) la solution du 50 %; et 3) le cas où il y a transaction latérale entre la succession de A et B et sans assurance.

	CDC à 100 %	Solution du 50 %	Sans rachat
Gain en capital de A	500 000	500 000	500 000
Gain en capital net (après perte de la succession)	250 000	0	500 000
Dividende imposable pour la succession	0	250 000	s. o.
Dividende en capital pour la succession	500 000	250 000	s. o.
Impôt sur le gain en capital	62 500	0	125 000
Impôt sur les dividendes imposables	0	83 500	s. o.
Solde au CDC après le rachat	0	250 000	s. o.

2.1.2.7. Les avantages et les inconvénients de la détention corporative

Résumons succinctement la liste des avantages et des inconvénients qui favoriseront ou rejetteront la détention corporative.

Avantages

- Surtout pour les sociétés admissibles à la déduction pour petites entreprises, une économie substantielle peut être réalisée;

[14] Les taux d'imposition utilisés sont de 50 % pour le revenu et de 33 1/3 % pour les dividendes.

- facilité administrative lorsqu'il y a pluralité d'actionnaires en évitant un trop grand nombre de contrats en circulation (par exemple, 5 actionnaires correspondent à 20 polices);

- transaction latérale permise grâce à l'usage du CDC (méthode du billet à ordre);

- l'utilisation possible du concept de propriété partagée;

- l'utilisation possible des bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») pour acquitter les primes.

Désavantages

- Les valeurs de rachat du vivant et la prestation versée au moment du décès seront le gage commun des créanciers de la société, surtout lorsque les polices sont détenues par la société exploitante;

- la non-qualification de la valeur de rachat comme actif d'entreprise exploitée activement;

- les problèmes pouvant survenir advenant une vente d'actions lorsque l'assuré veut conserver la propriété de sa police;

- les règles de minimisation des pertes;

- la non-répartition du CBR dans les cas de polices vie multiple.

2.1.2.8. Autres structures de détentions corporatives

Il existe plusieurs combinaisons possibles des principes vus précédemment. À cet effet, nous vous référons au texte de M[e] Murray Sklar[15]. D'autre part, l'organigramme corporatif de nos clients peut susciter le recours à une combinaison des méthodes précitées. C'est le cas notamment lorsque le montant d'assurance est insuffisant pour couvrir la valeur des actions.

---

[15] Murray SKLAR, « Produits financiers et compte de dividendes en capital : ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 20:1-38.

1. Méthode croisée corporative

Prenons l'exemple suivant : nous avons ici une compagnie opérante (ci-après « OPCO ») qui est détenue en parts égales par deux sociétés de gestion (ci-après « GESCO A ») et (ci-après « GESCO B »), elles-mêmes détenues respectivement par A et B. Pour différentes considérations, on pourrait souhaiter que les polices d'assurance ne soient pas détenues par OPCO. Dans une telle éventualité, et avec une structure comme celle-ci, GESCO A pourrait détenir une police sur la vie de B et GESCO B sur la vie de A.

Outre ceux déjà mentionnés, un autre avantage de cette structure est que les primes d'assurance pourraient être payées à même des capitaux provenant d'OPCO qui seraient versés aux sociétés de gestion par le biais d'un dividende intercorporatif libre d'impôt[16], dans la mesure où les sociétés sont rattachées. Indirectement, les primes sont acquittées avec des revenus imposés au taux d'OPCO.

Parmi les désavantages, nommons l'absence de nivellement de primes dans l'éventualité où il y aurait disparité entre les primes pour toutes considérations liées à l'âge, à l'état de santé et à l'usage de tabac.

2. GESCO titulaire, OPCO bénéficiaire

Nous avons ici une société de gestion (ci-après « GESCO ») rattachée qui est titulaire de polices produisant ainsi les avantages que nous avons déjà décrits ci-dessus. Par contre, dans la mesure où OPCO en serait le bénéficiaire, le montant versé au CDC ne serait pas amputé du CBR de la police. En effet, le paragraphe 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R. attribue le CBR d'une police au titulaire de cette dernière, alors que le CDC[17] est attribué au bénéficiaire. L'ARC a admis l'existence de cette incohérence dans la loi[18], mais a aussi fait miroiter le recours à la règle générale antiévitement.

---

16 Par. 112(1) L.I.R.

17 Al. 89(1)d) L.I.R.

18 « Capital Dividend Account – No Reduction if Corporate Beneficiary not Policyowner », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, Annual meeting and taxation issues update, 1er mars 1995.

3. Méthode antitransfert

Toute méthode croisée pose un problème pour les actionnaires restants, advenant le départ de l'un d'entre eux. Par ailleurs, du vivant, celui qui désire quitter la société et partir avec la police qui est détenue par une société sur sa vie éprouve des difficultés lors d'une détention croisée. En effet, le transfert d'une police d'assurance vie à un actionnaire entraînera une disposition potentiellement taxable pour la société (entre personnes avec lien de dépendance[19], à concurrence de l'excédent de la valeur de rachat sur le CBR). Par ailleurs, tel transfert peut également entraîner un avantage imposable pour l'actionnaire cessionnaire, car dans son cas, l'ARC retiendra non pas la valeur de rachat comme produit de disposition, mais plutôt la valeur marchande de la police[20]. Afin d'évaluer les conséquences fiscales pour cet actionnaire, les services d'un actuaire pourraient être retenus afin de déterminer la valeur marchande de la police.

Peu importe la méthode retenue, la convention d'actionnaires devrait traiter de la manière d'effectuer de tels transferts.

Voici une suggestion de planification qui mérite de s'y arrêter. Dans l'éventualité où, tel qu'il est décrit ci-dessus, des sociétés de gestion contrôlées par chacun des actionnaires sont en place, il serait possible de leur faire détenir les polices sur la vie de leur actionnaire respectif et nommer la société exploitante bénéficiaire irrévocable. Sans que ça soit la réponse à tous les maux, on pourrait ainsi éviter d'éventuels transferts de polices. Afin de prévoir l'approvisionnement nécessaire à l'acquittement des primes, la société exploitante peut verser un dividende intercorporatif, tel qu'il est décrit ci-dessus. En plus, cela aurait pour effet de maximiser le crédit éventuel au CDC, pour les raisons mentionnées ci-dessus.

4. Propriété partagée d'assurance vie

L'évolution des produits d'assurance ayant mené aux polices « vie universelle », il est devenu plus facile de distinguer les droits relatifs à l'assurance proprement dite de ceux liés au volet épargne. Cette possibilité de déterminer les deux composantes a fait évoluer le vieux concept connu initialement sous le nom de *split-dollar*. La propriété partagée d'assurance tient compte de l'évolution des produits d'assurance modernes. Nous

---

19 Par. 148(7) L.I.R.

20 Voir la section 4.2. ci-dessous.

n'aborderons que les aspects pratiques de ce concept et vous référerons à d'autres articles de confrères en la matière[21]. Nous insisterons sur les applications de ce concept. En voici des exemples utilisables dans un contexte de convention d'actionnaires :

- L'actionnaire détiendra personnellement le fonds d'accumulation et la société détiendra le capital-décès. Cette planification a pour effet d'exclure la valeur de rachat des actifs saisissables de la société ainsi que de ceux pouvant disqualifier ses actions pour l'exonération pour gains en capital. Cette planification permet notamment à l'actionnaire (ou une autre entité) de détenir un fonds d'accumulation qui croît à l'abri de l'impôt[22] et dont il peut disposer par le biais de retrait, de prêt sur police et de prêt hypothécaire en donnant la police en garantie.

- Typiquement, en présence de sociétés de gestion, celles-ci détiendront le fonds d'accumulation et la société exploitante le capital-décès. Cette planification permet de greffer un avantage supplémentaire. À partir du moment où une police doit être prise sur la vie d'un coactionnaire et que l'autre actionnaire dispose de capitaux dont il peut disposer librement, celui-ci peut ainsi choisir de surcapitaliser sa police. Ceci lui permettra d'utiliser les BNR de sa société de gestion et de réduire ainsi le revenu imposable de cette dernière. Cette planification permettrait à chacun des actionnaires de décider individuellement et selon leur capacité financière des montants qu'ils désireraient déposer dans le fonds d'accumulation de leur police respective.

  Soulignons qu'une telle structure pourra nuire à la qualification d'AAPE des sociétés concernées, à moins que la personne derrière les sociétés ne détienne personnellement des actions d'une valeur équivalente au montant d'exonération disponible.

---

21 Jocelyne GAGNON et Claude MÉNARD, « L'assurance à propriété partagée », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 1:1-32; « Shared Ownership, The Evolution of the Split-Dollar Concept », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 1er octobre 1995; William D. HAWLEY, « Ownership, Transfer and Multiple Interests in Life Insurance », dans *1994 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994.

22 Voir nos commentaires à cet effet à la section 3.1.4. ci-dessous.

2.2. INVALIDITÉ

2.2.1. Détention personnelle

Les commentaires faits ci-dessus à la section 2.1.1. s'appliquent de la même façon à l'assurance invalidité. Généralement, le montant des primes sera toutefois substantiellement plus élevé, ce qui rend cette planification plus coûteuse.

2.2.2. Détention corporative

Le statut fiscal des produits de prestations du vivant est très différent. Il n'y a pas d'équivalent à l'article 148 L.I.R. Bien que des représentants de l'ARC aient laissé entendre que certains projets de loi étaient sur les tables à dessin, l'encadrement législatif des prestations du vivant est plus ou moins absent et certainement dépassé à la lumière des nouveaux produits mis en marché. L'industrie a mis au point des produits qui n'avaient aucunement été imaginés par le législateur et dont les tenants et aboutissants sont laissés par moment à l'interprétation. Citons à titre d'exemple l'assurance-rachat de parts et à la rigueur, les polices d'assurance maladies graves qui seraient recommandées dans le contexte d'une convention d'actionnaires. La loi ne s'adresse pas spécifiquement à ces produits. On ne dispose que des règles entourant les régimes d'assurance maladie[23]. Malgré cela, à moins d'un revirement de politique fiscale sans précédent, nous croyons que les prestations d'invalidité (sommes forfaitaires) ou de maladies graves reçues dans un contexte où les primes ont été acquittées avec de l'argent après impôts devraient demeurer non imposables.

2.2.2.1. Absence de crédit au compte de dividendes en capital

L'alinéa 89(1)d) L.I.R. ne s'applique qu'au produit d'assurance vie[24]. Ainsi, une prestation d'assurance invalidité ou maladies graves versée à une société ne pourra être remise à l'actionnaire inapte que par le biais d'un dividende imposable. Cette situation aura un impact important sur la

---

23 Al. 6(1)a), 6(1)f), par. 6(1), 56(1), 248(1) et art. 60 L.I.R., ainsi que AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-85R2, « Fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », 1er janvier 1995, IT-223, « Assurance-frais généraux vs. l'assurance-revenu (archives) », 26 mai 1975 et IT-428, « Régimes d'assurance-salaire », 1er janvier 1995.

24 Capital assuré, plus valeur du fonds d'accumulation, le cas échéant, moins le PBR de la police.

décision que l'on prendra quant au mode de détention, ainsi qu'à la façon de structurer la transaction.

2.2.2.2. Influence de l'assurance sur la valeur des actions

Dans la mesure où il n'y a pas d'équivalent aux paragraphes 70(5) et 70(5.3) L.I.R. en matière de rachat en cas d'invalidité, il serait très important d'avoir recours dans la rédaction de la convention à une clause qui exclura du calcul du prix des actions le montant des prestations reçues ou à recevoir. Nous nous attarderons davantage à cet aspect dans la section 4.2.

2.2.2.3. Méthode du « billet à ordre »

Par rapport à nos commentaires de la section 2.1.2.3., la différence majeure résulte dans le fait que le dividende qui sera versé pour rembourser le billet sera imposable. Dans ces circonstances, avant d'avoir recours à cette méthode, il faudra évaluer la possibilité de déclarer un dividende plus élevé pour que le montant net corresponde au montant nécessaire pour réaliser la transaction. Il faudra alors vraisemblablement augmenter la couverture d'assurance du même montant et subir une hausse de primes correspondante, en admettant que l'assureur endosse cette manœuvre.

Dans la mesure où les actions sont des AAPE, l'actionnaire invalide pourra, le cas échéant, exercer son exonération pour gains en capital. Conséquemment, le PBR des actions des actionnaires restants sera ajusté à la hausse du montant du prix de vente[25].

2.2.2.4. Rachat d'actions

Dans un contexte d'invalidité, la transaction a lieu du vivant de l'actionnaire. Conséquemment, les dispositions précitées relatives à la disposition réputée au décès ou encore aux règles de minimisation des pertes ne s'appliquent pas ici. Ce rachat sera soumis au paragraphe 84(3) L.I.R. Le calcul du dividende réputé sera le résultat de la différence entre la somme reçue au moment du rachat et le capital versé des actions ainsi rachetées. Le produit de disposition sera obtenu par l'excédent de la différence entre la somme reçue et le dividende réputé sur le PBR de ces actions. En l'absence d'un CDC, cette méthode, en cas de détention corporative, risque de s'avérer la plus rentable. Avant d'opter pour une détention personnelle ou corporative, les coûts fiscaux devront être analysés avec soin.

---

[25] Par. 53(1) et 40(3) L.I.R.

3. TYPE DE PRODUIT D'ASSURANCE

3.1. ASSURANCE VIE

3.1.1. Détermination du coût de base rajusté d'une police d'assurance vie

Sur le plan fiscal, le CBR[26] d'une police d'assurance vie est essentiellement le résultat de la différence entre le montant de primes versées et le coût net d'assurance pure[27] (ci-après « CNAP »). Ce CNAP augmente progressivement chaque année. D'un côté, les primes versées sont additionnées et de l'autre les CNAP sont déduits annuellement. Ces derniers coûts sont déduits indépendamment des termes ou types d'assurance vie choisis par le client. On comprend bien que si l'on opte pour une police temporaire d'un an, le montant de la prime versée risque d'être très près du CNAP et le CBR s'y rattachant, faible. Par contre, si on choisit une police temporaire 100 ans, les primes seront nivelées pendant toute la durée du contrat. Ainsi, le montant des primes versées durant les premières années du contrat sera de beaucoup supérieur aux CNAP successivement déduits. Par ailleurs, après un certain point de croisement, le CNAP, qui croît de façon exponentielle, dépassera le montant de primes payées et viendra ainsi diminuer inexorablement le CBR de la police jusqu'à ce qu'il devienne nul. Conséquemment, dans les cas d'une police détenue par la société, l'impact potentiel du CBR devra être pris en considération dans la planification, puisque celui-ci réduira d'autant le montant pouvant être crédité au CDC.

---

26 Par. 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R.

27 En anglais *Net Cost of Pure Insurance* (ci-après « NCPI »). Joel T. CUPERLAND et Florence MARINO, *Canadian Taxation of Life Insurance*, 3e éd., Scarborough, Ont., Carswell, 2006, p. 12 :

> « NCPI is calculated by multiplying the "net amount at risk" under the policy by the probability of death for the year. The 1969-1975 Canadian Institute of Actuaries Select and Ultimate Mortality Tables are used in order to determine the probability of death in respect of the insured under the policy. To determine the net amount a risk under the policy for the year, Regulation 308 provides that either the accumulating fund (determined without regard to any policy loan) or the cash surrender value determined as of the end of the year (whichever is the method regularly followed by the insurer) be subtracted from the death benefit (excluding accidental death benefits but including term insurance riders). »

3.1.2. Caractéristiques de l'assurance temporaire

L'assurance temporaire convient particulièrement bien aux jeunes sociétés en émergence. Le coût des primes étant plus abordable, un maximum de liquidités peut être alloué aux opérations et au développement de l'entreprise.

Les termes pour lesquels ces polices sont émises varient d'un à cent ans. Durant le terme, les primes sont fixes. Le client aura tout avantage à privilégier une police dont le renouvellement sera garanti, le tout afin de protéger son assurabilité et de ne pas avoir à subir les tests de requalification. Une police de qualité devrait également garantir le montant des primes qui seront exigées aux renouvellements successifs. L'absence d'un tel engagement permettrait à la compagnie d'assurance d'exiger ce qu'elle voudrait au moment du renouvellement.

Le choix du terme est déterminé par le client. Plus le terme est long, plus les primes du terme initial seront élevées. À chaque renouvellement de terme, la prime sera haussée. Prenons l'exemple d'une police temporaire 100 ans. La prime sera beaucoup plus élevée au début. Par contre, elle restera au même taux, la vie durant de l'assuré. Au fur et à mesure que les personnes assurées prendront de l'âge, elles réaliseront les bénéfices d'avoir eu recours à ce type de police.

Au décès de l'assuré, le bénéficiaire ne recevra normalement que le montant du capital assuré.

3.1.3. Assurance permanente

C'est l'ancêtre de la police vie universelle. Toutefois, de plus en plus d'assureurs la retirent de leur offre de produits. Les polices d'assurance permanente offrent certains avantages sur le plan financier. Elles seront généralement assorties d'une valeur de rachat qui peut ou non être utilisée par le client de son vivant. Généralement, le rendement est prévu au contrat selon un calcul plus ou moins occulte. Les options de placement sont inexistantes ou très limitées.

Au décès de l'assuré, le bénéficiaire recevra le montant du capital assuré plus, le cas échéant, le montant de la valeur de rachat.

3.1.4. Police vie universelle

L'assurance vie universelle comprend un volet assurance et un volet épargne. Avec la réforme en vigueur depuis le 1er décembre 1982, on a encadré le volet épargne. Il doit y avoir un certain ratio entre les volets assurance et épargne. Le non-respect de ce ratio peut avoir comme impact de faire perdre à la police son statut de police exonérée, entraînant ainsi une disposition réputée[28]. Une telle perte de statut rendrait taxable l'excédent du montant de la valeur de rachat sur le CBR de la police[29]. Les compagnies s'engagent généralement par contrat à maintenir le statut exonéré de leur police.

La gamme importante des options de placement offertes au client lui donne un plus grand contrôle sur son fonds d'accumulation qui lui est accessible par le biais de retrait, d'emprunt sur police ou en consentant une hypothèque mobilière sur celle-ci en garantie d'un prêt consenti par une autre institution financière. L'intérêt de ce type de police est que tout montant de primes acquittées qui excède le montant du coût d'assurance et des divers frais est investi suivant les instructions du client.

Certaines règles fiscales[30] plafonnent le montant de primes qui peuvent y être versées. De plus, afin d'assurer le respect du ratio précité, les polices sont soumises à un test annuel d'exonération[31]. Dans l'éventualité où une police donnée échoue au test, deux possibilités s'offrent aux compagnies d'assurance :

- si le contrat le permet et si la compagnie d'assurance pratique cette politique, il est possible d'augmenter annuellement jusqu'à concurrence de 8 % la couverture d'assurance de sorte à minimiser ou éliminer tout retrait forcé;

- si après cette augmentation la police ne passe toujours pas le test, un retrait forcé devra être effectué, donnant ainsi lieu à une disposition partielle pouvant avoir des conséquences fiscales plus ou moins

---

28 Par. 148(2) L.I.R.

29 Al. 56(1)j) et par. 148(1.1) L.I.R.

30 La réserve actuarielle maximum à l'impôt (ci-après « RAMI »), plus amplement commentée aux articles 307 et suivants et à l'alinéa 1401(1)c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

31 Art. 306 R.I.R.

importantes[32]. Par ailleurs, soulignons que les sommes conservées à l'intérieur de la police vont croître à l'abri de l'impôt.

3.1.5. Assurance vie multiple

Ce type de police permet d'assurer plus d'une personne dans un même contrat. Les avantages qui peuvent en découler viennent de rabais consentis à l'égard des frais de police (environ quelques dollars par mois) et de la mise en commun possible d'un fonds d'accumulation. Avant d'y avoir recours, il serait très important d'examiner le contrat afin de vérifier si celui-ci permet la scission en contrat distinct. Pensons au cas d'un couple en affaires qui divorce ou encore de partenaires qui mettent fin à leur association.

Soulignons que sur le plan fiscal, la législation n'a pas suivi l'évolution des produits d'assurance. La police vie multiple est constituée aux termes d'un contrat unique ayant toutes les caractéristiques d'une police d'assurance, notamment un « seul » CBR. Aux termes du paragraphe 89(1) à la définition de « compte de dividendes en capital », à l'alinéa d) L.I.R., seul l'excédent du CBR sur le produit d'assurance sera crédité au CDC.

Pour mieux comprendre, prenons comme exemple trois actionnaires (A, B et C) qui ont une police vie multiple détenue par leur société ABC inc. Chacun d'eux est assuré pour 1 M$ et en ce moment, le CBR de la police s'élève à 300 000 $ (CBR qui aurait été égal à 100 000 $ par police si trois contrats distincts avaient été émis). Dans ce cadre, imaginons que A décède cette semaine, le CDC de la société sera crédité d'une somme de 700 000 $ (prestation décès moins CBR, soit 1 000 000 $ - 300 000 $). Disons que la semaine suivante B décède à son tour. Une fois encore, le CDC de la société sera crédité d'une même somme de 700 000 $. Dans la mesure où des contrats distincts auraient été signés, le crédit au CDC eut été par hypothèse de 900 000 $ à chaque décès.

Un second argument pour décourager l'utilisation d'une vie multiple dans un environnement corporatif vient d'une opinion de l'ARC émise à l'occasion d'une table ronde de la Conference for Advanced Life

---

[32] Il y aura une conséquence fiscale à ce retrait, dans la mesure où la valeur de rachat excède le PBR de la police. Lors d'un retrait partiel, la règle du prorata s'applique. Ainsi, pour déterminer la portion à inclure dans le revenu au sens de l'alinéa 56(1)j) et du paragraphe 148(1.1) L.I.R. en prenant comme un retrait équivalant à 2 % de la valeur de rachat, on soustraira le même 2 % du CBR de la police. La différence ainsi obtenue devra être incluse dans les revenus du titulaire de la police.

Underwriting[33]. Questionnée sur la nouvelle formulation du paragraphe 70(5.3) L.I.R., à savoir si la référence à l'expression « […] toute police d'assurance stipulant **que la vie du contribuable était assurée** […] » pouvait sous-entendre et inclure **toute police dans laquelle l'actionnaire décédé aurait été l'une des personnes assurées**, celle-ci a répondu comme suit :

> « Subsection 70(5.3) refers to "any life insurance policy under which the taxpayer was the person whose life was insured." In our view, this wording contemplates that there can be only one life insured (i.e., the deceased shareholder) under the policy. Accordingly, it is our opinion that subsection 70(5.3) will not have application in the case of multiple life policies.
>
> With regard to the Dec. 17, 1999, draft legislation, since draft subsection 70(5.3) contains similar wording referring to "the person whose life was insured," we are of the view that this draft subsection will also not apply to multiple life policies.
>
> In our opinion, in order for the provisions of subsection 70(5.3) to apply to multiple life policies, a legislative amendment would be required[34]. »

Depuis la publication de cette position, un Avis de motion de voies et moyens a été déposé le 5 juin 2000[35] qui a mené à la rédaction de ce nouveau paragraphe 70(5.3) L.I.R., qui se lit dorénavant comme suit :

> « Fair market value – For the purposes of subsections (5) and 104(4) and section 128.1, the fair market value at any time of any property deemed to have been disposed of at that time as a consequence of a particular individual's death or as a consequence of the particular individual becoming or ceasing to be resident in Canada shall be determined as though the fair market value at that time of any life insurance policy, under which the particular individual (or any other individual not dealing at arm's length with the particular individual at that time or at the time the policy was issued) was a person whose life was insured, were the cash surrender value (as defined in subsection 148(9)) of the policy

---

33 « Tax Policy Roundtable », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 1er juillet 2000, question 1.

34 Soulignons que cette question avait été antérieurement posée lors de la « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 46:1-60, question 4.1., aux pages 46:42-43.

35 CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi de l'impôt sur le revenu, *les Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu et certaines lois liées à la* Loi de l'impôt sur le revenu, 5 juin 2000.

> immediately before the particular individual died or became or ceased to be resident in Canada, as the case may be. » (Notre soulignement)

3.1.6. Cas de l'actionnaire surprimé ou très âgé

Qu'adviendra-t-il de telles circonstances? Nous avons soulevé cette question précédemment. Elle nous amène à commenter l'utilisation d'une nouvelle option de décès que l'industrie a mis au point. Cette dernière permet, dans le cas d'une police d'assurance vie conjointe payable au dernier décès, de remettre au premier décès une prestation équivalente au fonds d'accumulation. Des compagnies d'assurances permettent à ces personnes d'être l'une des personnes assurées sur la police en basant leur tarification principalement sur la personne assurable. Dans ce contexte, les clients maximiseront les versements de primes afin de bénéficier d'une rapide capitalisation dans la police. Le fonds ainsi créé (qui croît dans le cadre d'une police exonérée à l'abri de l'impôt) serait ainsi disponible advenant le décès de cet actionnaire.

Maintenant, le paiement du fonds d'accumulation est-il bel et bien un paiement d'assurance? Cette question a été soumise à l'ARC[36], laquelle a finalement répondu, avec réserve, que la version actuelle du paragraphe 148(9) à la définition de « disposition », au sous-alinéa j)(ii) L.I.R., permet de conclure qu'il s'agit bien d'un paiement consécutif à un décès.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la pertinence de cette planification dans le cas où l'une des personnes « assurées » ne serait pas assurable. Nous vous soumettons un extrait de l'opinion précitée de l'ARC, lequel se lit comme suit :

> « Our understanding of the intent of the legislation is that the tax free build up allowed under exempt policies is intended to be distributed from an exempt policy on a tax free basis only on the realization of the mortality risk which would not occur as a consequence of the death of the first person to die under a joint last-to-die policy. » (Notre soulignement)

Les questions qui se posent alors sont les suivantes : la compagnie d'assurance aurait-elle émis une police d'assurance sur la vie de cette personne? Y a-t-il eu ou non réalisation d'un risque de mortalité? Répondre par la négative à ces questions permettrait, à notre avis, à l'ARC, dans l'état actuel, de nuancer l'opinion favorable précitée.

---

[36] AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2000-003388, Conference for Advanced Life Underwriting, 11 septembre 2000.

3.2. PRESTATIONS DU VIVANT

3.2.1. Assurance invalidité aux fins de rachat de parts

La police qui convient le mieux dans un contexte de rachat d'actions en cas d'invalidité est celle qui garantira qu'advenant une telle situation, un montant forfaitaire sera déboursé, permettant ainsi d'acquitter le prix de vente des actions ou tout au moins, un acompte substantiel sur ces dernières.

Il serait particulièrement important en vue de la rédaction de la convention d'actionnaires de prendre connaissance des délais d'admissibilité stipulés dans la police et le cas échéant, des exclusions qu'elle pourrait comporter. Il serait prudent d'harmoniser les dispositions de la convention avec celles de la police d'assurance, notamment en ce qui concerne le délai de carence et les définitions d'invalidité.

3.2.2. Assurance maladies graves

Les principes de tarification des polices d'assurance maladies graves diffèrent de ceux de l'assurance invalidité. En effet, puisque le risque couvert est limité à des maladies prédéfinies, les conditions d'admissibilité sont moins contraignantes. Ainsi, le risque constitué par une personne donnée en invalidité pourrait faire l'objet d'un rejet, alors que la même personne pourrait être approuvée pour une couverture de maladies graves. Certains secteurs d'activité sont plus difficilement assurables en invalidité alors qu'ils ne posent aucun problème en maladies graves.

Puisque le risque est limité, le montant des primes est donc réduit. Ce facteur attire la clientèle réticente à payer les primes pour une couverture en invalidité. Pour toutes les raisons précitées, et particulièrement avec les couvertures étendues qui peuvent couvrir jusqu'à une quinzaine de maladies, plusieurs clients optent pour une police maladies graves dans le but de financer un rachat d'actions en cas d'invalidité. Encore ici, il faudra prendre connaissance des délais de carence stipulés dans la police, des exclusions qu'elle pourrait comporter, le cas échéant, et de la liste des maladies couvertes. Il sera ici essentiel d'arrimer les obligations d'achat-vente de la convention avec les conditions qui sont couvertes par la police retenue.

4. RÉFLEXIONS SUR LA RÉDACTION DE LA CONVENTION

4.1. NATURE DES OBLIGATIONS

4.1.1. Offres réciproques et acceptations irrévocables

En cas de décès ou d'invalidité, avant d'avoir recours à des offres réciproques à acceptation irrévocable, très contraignantes pour les actionnaires restants, il serait important d'évaluer les polices d'assurance en vigueur et de voir à les réviser ponctuellement afin de s'assurer qu'elles répondent aux besoins suscités par les obligations créées à la convention. Dans un contexte comme celui-ci, certains assureurs offrent des avenants d'assurabilité garantie qui permettent à la personne assurée d'augmenter sa couverture d'assurance sans preuve d'assurabilité et simplement avec preuve financière établissant l'augmentation de valeur des actions de la société. Cet avenant est offert à une fraction du coût qui serait normalement exigé pour une couverture supérieure.

Dans la mesure où des polices d'assurance adéquates couvrent les risques de mortalité et d'invalidité, nous croyons que l'on devrait toujours avoir recours à ce type d'offres dans la convention. Qu'advient-il si les clients sont prêts à assurer leur vie, mais pas l'invalidité? Ou encore ceux qui sont assurables en vie mais pas en invalidité? Certains actionnaires le sont, alors que d'autres ne sont pas assurables. Nous devrons alors considérer la situation financière personnelle des clients ainsi que celle de la société afin de pouvoir guider adéquatement les clients concernés.

4.1.2. Offres irrévocables et acceptations optionnelles

Bien évidemment, dans ce contexte, la balle est dans le camp des actionnaires restants. Ils disposent d'une option d'acquérir les actions de l'actionnaire décédé ou invalide. Nous devons reconnaître que ce type d'offres apporte peu à la sécurité financière des actionnaires cédants.

4.1.3. Obligation de contracter une assurance

La nature de cette obligation devrait être explicitée. Par contre, dans la réalité, c'est souvent le jeu de l'œuf ou la poule. En ce sens, soit les polices ont été contractées avant la rédaction et la signature de la convention, soit la convention est rédigée sans que l'on sache si les personnes sont assurables ou non. Relativement à la seconde partie de cet énoncé, nous croyons que les juristes concernés devraient attendre d'avoir une confirmation de l'assurabilité des clients avant de leur remettre un projet final. L'obtention

ou non des polices adéquates au financement des obligations d'achat-vente devrait avoir des conséquences sur la rédaction de la convention.

Le recours à une annexe énumérant les polices en vigueur sera utile pour plusieurs raisons. Notamment, elle confirme le respect des engagements pris à cet effet et elle permet à tous d'avoir les références utiles aux fins de vérification. Dans le passé, elle aurait fourni la preuve qu'une police avait été détenue principalement dans le but de financer le rachat d'actions et aurait garanti l'application des règles « grand-père » relatives aux amendements apportés au paragraphe 112(3) L.I.R.[37]

4.1.4. Autres clauses pertinentes

Plusieurs autres clauses devraient être incluses dans une convention d'actionnaires lorsque des polices d'assurance ont été contractées.

Droit de rachat des polices. Dans l'éventualité où la détention personnelle des polices d'assurance aurait été retenue, une clause prévoyant le droit de rachat par les actionnaires survivants des polices détenues sur leur tête par la succession de l'actionnaire décédé devrait être incorporée à la convention. Le décès de l'actionnaire met, dans les faits, fin à son intérêt assurable, toutefois, celui-ci n'est, en droit, constaté qu'au moment de l'émission de la police[38]. Sans une telle clause, il ne serait pas possible aux actionnaires restants d'exiger le transfert des polices prises sur leur personne après le décès ou le départ de leur coactionnaire.

Fin de la convention. Une clause au même effet pourrait être retenue, laquelle mettrait fin à la convention.

Clause d'incessibilité. Dans la mesure où nous voulons réserver l'usage du capital assuré aux fins de la convention, il serait utile d'avoir une clause qui interdira ou limitera la possibilité pour tout actionnaire donné titulaire de polices de céder en garantie, d'hypothéquer, d'aliéner ou de racheter sans au moins avoir obtenu l'assentiment des coactionnaires.

Propriété partagée. Si un ou plusieurs actionnaires ont contracté une entente de propriété partagée d'assurance, il pourrait s'avérer utile de soustraire la portion fonds d'accumulation des polices assujetties de

---

37 Règles de minimisation des pertes.

38 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2418.

l'application de certaines clauses telles que « droit de rachat des polices » et de réviser toutes autres clauses touchant le transfert de polices. Il faudrait vraisemblablement harmoniser la convention d'actionnaires avec la convention de propriété partagée, voire rédiger des conventions de vote afin de permettre l'exercice des droits des titulaires des fonds d'accumulation.

4.2. ACTIONNAIRES AVEC OU SANS LIEN DE DÉPENDANCE

Nous croyons que toute convention devrait comporter une clause selon laquelle, quel que soit le mode d'évaluation des actions choisi, en aucun cas il ne serait tenu compte de la valeur du produit de l'assurance (vie ou invalidité, le cas échéant) dans la détermination de la valeur des actions aux fins de la convention.

Alors qu'en assurance vie, nous disposons du paragraphe 70(5.3) L.I.R., qui confirme que la valeur des actions (et donc leur produit de disposition réputé) immédiatement avant le décès d'un actionnaire donné n'inclura que la valeur de rachat des polices d'assurance vie (et non le produit d'assurance). Celui-ci est d'application restreinte puisqu'il ne s'applique pas à l'assurance invalidité. Il ne couvre pas non plus la position de la succession, celle-ci pouvant avoir à inclure la valeur marchande de polices dans la valeur des actions. Il y a aussi les polices d'assurance détenues par la société sur la vie des autres actionnaires survivants. À cet effet, la *Circulaire d'information* 89-3[39], au paragraphe 40, répond de façon précise après avoir fait référence au paragraphe 70(5.3) L.I.R. de la façon suivante :

> « Cette règle s'applique au contribuable décédé, mais s'il y a deux ou plusieurs actionnaires et qu'une police d'assurance vie détenue par la corporation est nécessaire au financement d'une convention d'achat d'actions, il faut déterminer la valeur des polices détenues par la corporation sur la vie des autres actionnaires.
>
> Les facteurs à considérer pour déterminer la valeur de ces polices comprennent alors les suivants:
>
> a) la valeur de rachat de la police;
>
> b) le montant du prêt sur police qui peut être obtenu;
>
> c) la valeur nominale;

---

39 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », par. 40-41.

d) l'état de santé de la personne assurée et son espérance de vie;

e) les privilèges de conversion;

f) les autres modalités de la police, par exemple les avenants temporaires et les clauses de doublement de la prestation;

g) le coût de remplacement[40]. »

Pour toutes ces raisons, une telle clause d'exclusion du produit d'assurance, dans la détermination de la valeur des actions, devrait avoir un effet tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire. Alors qu'en l'absence de lien de dépendance cette clause sera toujours utilisée et sans problème, l'éventualité d'un lien de dépendance pourrait faire craindre le spectre de l'article 69 L.I.R. Ne connaissant pas de précédent en cette matière, nous croyons qu'une bonne rédaction des clauses de la convention, qui, par ailleurs, seraient conformes à celles qui auraient été normalement rédigées en l'absence de lien de dépendance, devrait éliminer tout problème sur ce plan.

4.3. ACTIONS SPÉCIALES D'ASSURANCE

Le recours à l'émission d'une ou plusieurs catégories d'actions d'assurance pourrait être une façon de résoudre les doutes soulevés par une application potentielle de l'article 69 L.I.R. dans l'éventualité où il existe un lien de dépendance entre certains actionnaires.

Cependant, l'utilité principale de ces actions est bien réelle lorsqu'un ou quelques actionnaires (par exemple, des employés actionnaires minoritaires) ne sont pas inclus dans les offres d'achat-vente qui sont réservées aux actionnaires majoritaires et dirigeants de l'entreprise. Ces actions permettent alors que, le cas échéant, le dividende en capital et le produit d'assurance ne soient versés qu'aux détenteurs sélectionnés de ces actions spéciales.

Lorsque de telles actions ont été émises, la convention devrait comporter des engagements de vote permettant d'assurer aux détenteurs de ces actions qu'ils recevront leur part de dividendes.

---

40 *Id.*

4.4. RÉFÉRENCE AUX MODES DE DÉTENTION ET TYPES DE TRANSACTION

La convention d'actionnaires peut de façon précise déterminer, notamment, le ou les modes de détention des polices d'assurance retenus et la façon dont seront structurées les transactions en découlant.

Nous croyons que le manque de rigueur des entrepreneurs à mettre régulièrement à jour leur convention et la possibilité à tout moment de se faire imposer des modifications législatives pouvant modifier de façon importante la planification initiale demandent une rédaction empreinte d'une certaine flexibilité.

C'est ainsi qu'on permettra une détention de police d'assurance par la société, sans en faire une obligation.

Relativement aux types de transaction, on pourrait par exemple autoriser la succession d'un actionnaire décédé à demander le rachat de ses actions au lieu de procéder par transaction latérale entre actionnaires. Dans un tel contexte, à cause de l'impact sur le PBR des actions des survivants, ceux-ci pourraient s'opposer dans la mesure où ils subiraient un préjudice, permettant ainsi de négocier l'utilisation de la méthode du 50 %.

CONCLUSION

Comme vous êtes vous-mêmes en mesure de le constater, plusieurs éléments devront être pris en considération dans la rédaction de la convention d'actionnaires de vos clients. Il y a un amalgame de notions financières, fiscales, juridiques et même humaines qui devront être évaluées afin de guider et conseiller votre client adéquatement.

LE FRACTIONNEMENT DU REVENU DE PENSION – CAS PRATIQUE



Coordonnatrice
Natalie Hotte
Pl. Fin., D. Fisc.
Financière Banque Nationale inc.



Sylvain Chartier
Pl. Fin., M. Fisc.
Planification Financière
Banque Nationale inc.



Daniel Laverdière
Pl. Fin., ASA
Planification Financière
Banque Nationale inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 24:3

1. LES PARAMÈTRES FISCAUX 24:3

2. CRÉDITS D'IMPÔT RELIÉS À LA RETRAITE 24:6

2.1. MONTANT POUR REVENU DE PENSION 24:6
2.2. MONTANT EN RAISON DE L'ÂGE 24:8
2.3. CRÉDIT POUR CONJOINT 24:8
2.4. TRAITEMENT DES CRÉDITS AU QUÉBEC 24:8

3. PROGRAMMES SOCIAUX 24:9

3.1. LE FONDS DES SERVICES DE SANTÉ 24:9
3.2. LA PENSION DE SÉCURITÉ DE LA VIEILLESSE 24:10

4. CAS PRATIQUES 24:12

4.1. CAS N^{O} 1 ..... 24:12
4.2. CAS N^{O} 2 ..... 24:14
4.3. CAS N^{O} 3 ..... 24:15
4.4. CAS N^{O} 4 ..... 24:16
4.5. CAS N^{O} 5 ..... 24:16
4.6. CAS N^{O} 6 ..... 24:18
4.7. CAS N^{O} 7 ..... 24:20

5. SOMMAIRE DES IMPACTS 24:21

6. ASPECTS ADMINISTRATIFS 24:21

7. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE 24:22

7.1. RENTE OU VALEUR DE TRANSFERT 24:22
7.2. COTISATION AU RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE DU CONJOINT 24:23

INTRODUCTION*

Le gouvernement fédéral surprenait un peu tout le monde en annonçant, le 31 octobre 2006, qu'à compter de l'année fiscale 2007, les contribuables qui touchent des revenus de retraite pourraient allouer à leur conjoint jusqu'à 50 % de ces revenus, sans transfert de fonds. Le Budget du Québec du 20 février 2007[1] reprenait cet engagement qui était finalement adopté le 22 juin 2007. Pour que le revenu soit admissible au fractionnement, celui-ci doit se qualifier au crédit pour revenu de pension.

Pour sa part, le ministère des Finances du Québec annonçait dans son *Bulletin d'information* du 20 décembre 2006[2] son intention de s'harmoniser aux nouvelles règles fédérales. Deux mois plus tard, le Budget du Québec du 20 février 2007 précisait à nouveau les intentions du gouvernement du Québec. À notre connaissance, le mouvement d'harmonisation se veut pancanadien. La décision de fractionner le revenu de pension[3] est un choix effectué annuellement et peut être différent dans chacune des déclarations fiscales (fédérale et provinciale). Il convient toutefois de préciser que l'admissibilité au fractionnement doit avant tout se valider selon la définition du gouvernement fédéral.

Le présent texte vise à illustrer l'impact financier estimatif des économies potentielles découlant de la possibilité de fractionnement du revenu de pension.

1. LES PARAMÈTRES FISCAUX

La base de la popularité des stratégies de fractionnement du revenu repose sur la progressivité des tables d'impôt. Par conséquent, dans un système fiscal à taux unique (par exemple, l'Alberta), la stratégie a peu

---

* Comme le congrès de l'Association de planification fiscale et financière a eu lieu les 3, 4 et 5 octobre 2007, le présent texte ne reflète pas les modifications à l'impôt des particuliers découlant de l'Énoncé économique de Jim Flaherty, ministre des Finances du Canada, présenté le 30 octobre 2007.

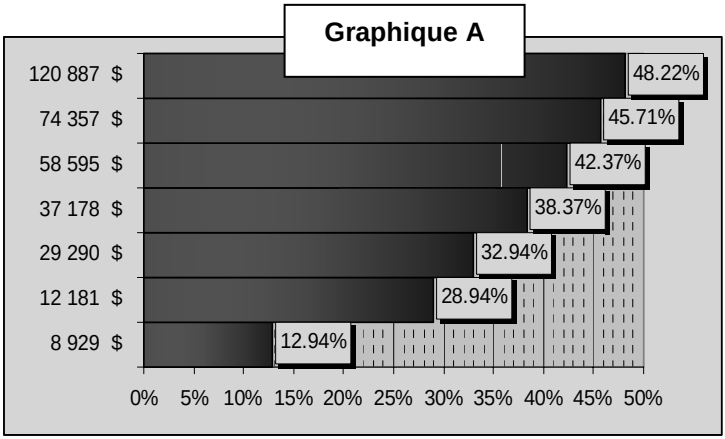
1 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 20 février 2007.

2 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2007-10, « Bonification du crédit d'impôt pour services de productions cinématographiques et autres mesures fiscales », 20 décembre 2006.

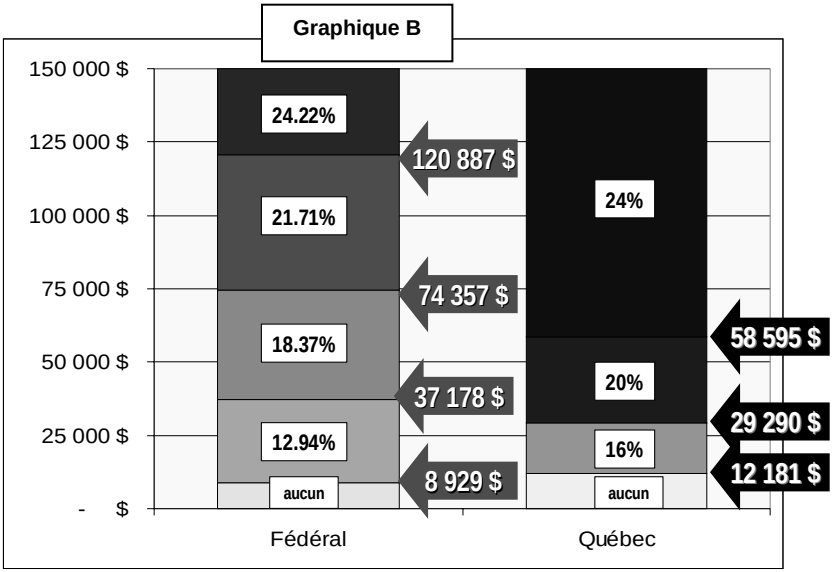
3 La terminologie au Québec utilise davantage le mot « retraite » que « pension ».

d'intérêt. Nos commentaires se limiteront à l'impact fiscal pour les contribuables du Québec.

Dans un premier temps, le graphique A illustre la table d'impôt combinée 2007. On y retrouve les principaux paliers d'imposition et le taux applicable par tranche de revenu. Les deux premiers paliers correspondent aux crédits de base personnels, celui du Québec étant majoré de 25 % afin de refléter le fait que le taux du crédit est de 20 %, alors que le premier palier d'imposition est de 16 % (25 % = 20 %/16 % – 1).



Puisqu'une décision différente peut être prise dans chacune de nos déclarations fiscales, il convient d'examiner plus attentivement les tables non combinées (graphique B).



On devine déjà que le fractionnement maximal est plus rapidement atteint au Québec, car le seuil maximal est atteint dès 58 595 $. Tout fractionnement au-delà de ce montant ne permet plus d'économies. Toutefois, du côté fédéral, le montant limite pour l'efficacité du fractionnement est de 120 887 $.

En combinant ces deux tables, on peut tirer certaines conclusions préliminaires. Par exemple, un couple dont les revenus sont de 30 000 $ et 36 000 $ ne devrait pas tirer avantage à déclarer deux revenus imposables de 33 000 $. Toutefois, si le revenu de 36 000 $ est remplacé par 136 000 $, les économies pourraient être substantielles si l'on parvient à déclarer deux fois 83 000 $. D'ailleurs, les économies seraient semblables si un membre reçoit 75 000 $ et l'autre 91 000 $. Avant de conclure trop rapidement, il faut toutefois s'arrêter à l'impact des autres paramètres fiscaux.

Il est important de rappeler que les principaux paramètres fiscaux sont indexés annuellement, habituellement selon la croissance de l'indice des prix à la consommation au Québec et celle applicable au Canada. Le gouvernement du Québec a toutefois déjà annoncé que les paliers 2008 augmenteront significativement en 2008, passant de 29 290 $ et 58 595 $ à 37 500 $ et 75 000 $ respectivement. En raison du nouveau crédit de base, aucun impôt ne sera payable au Québec en bas de 12 767 $ de revenu imposable (actuellement 12 181 $).

2. CRÉDITS D'IMPÔT RELIÉS À LA RETRAITE

Les principaux crédits d'impôt reliés à la retraite sont les suivants :

- montant pour revenu de pension;
- montant en raison de l'âge;
- montant pour conjoint.

2.1. MONTANT POUR REVENU DE PENSION

Le crédit fédéral pour revenu de pension est important, car il sert de base, tant au fédéral qu'au provincial, pour établir le revenu admissible pour le fractionnement.

De façon générale, les éléments que nous pouvons qualifier à titre de **revenu admissible au montant pour revenu de pension fédéral** sont :

- Les rentes de retraite payables par les régimes de pension agréés (souvent appelés régimes complémentaires de retraite au Québec ou simplement « fonds de pension »).

- S'ils sont reçus à la suite du décès de l'époux ou du conjoint de fait **ou** si le pensionné est âgé d'au moins 65 ans :

  – les versements de rente dans le cadre d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») ou d'un régime de participation différée aux bénéfices (ci-après « RPDB »);

  – les versements de rente et les paiements prévus par un fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »), incluant les FERR immobilisés comme le fonds de revenu viager (ci-après « FRV »).

- Si le pensionné est âgé d'au moins 65 ans :

  – la partie imposable d'une rente achetée avec des fonds non enregistrés;

  – le revenu généré par un dépôt à terme souscrit auprès d'une compagnie d'assurance (contrat de rente).

Les **revenus non admissibles** reliés à la retraite sont entre autres :

- la pension de sécurité de la vieillesse (ci-après « PSV »);
- les suppléments de revenu garanti;
- les prestations du Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ ») ou du Régime de pensions du Canada (ci-après « RPC »);
- les rentes d'un REÉR, FERR et RPDB si le prestataire a moins de 65 ans;
- les retraits forfaitaires d'un REÉR;
- les sommes reçues en vertu d'une convention de retraite;
- les montants reçus d'un régime de retraite surcomplémentaire (*top-hats*);
- les allocations de retraite;
- la partie imposable d'une valeur de transfert.

Bien que les revenus du RRQ/RPC ne soient pas admissibles pour le fractionnement, leurs réglementations respectives permettent déjà la division des montants entre conjoints selon certains critères. Un transfert de fonds a toutefois lieu dans ces cas et le choix est habituellement permanent (non annuel), quoique réversible.

On notera que l'âge du conjoint n'influence pas la capacité de fractionner le revenu avec celui-ci. Par exemple, un retraité de 66 ans peut faire le choix de fractionner son FERR avec sa conjointe de 59 ans. Toutefois, dans cette situation, seul le retraité de 66 ans aura droit au crédit pour revenu de pension.

Le montant qu'il est possible de réclamer aux fins du calcul de ce crédit au fédéral en 2007 est le moindre de 2 000 $ et ledit revenu de pension. Aucune réduction subséquente ne s'applique à ce montant.

Au Québec, le montant pour revenu de retraite est le moindre du revenu de retraite et 1 500 $ en 2007 et la règle de 65 ans exigée au fédéral ne s'applique pas. Toutefois, le Québec appliquera le critère d'âge de 65 ans du fédéral aux fins du fractionnement du revenu de pension. Le montant de

1 500 $ est toutefois réduit de 15 % de l'excédent du revenu **familial** excédant 29 290 $.

2.2. MONTANT EN RAISON DE L'ÂGE

Pour avoir droit à ce montant dans le calcul de ses crédits, le particulier doit être âgé de plus de 65 ans au 31 décembre de l'année fiscale. Le montant au fédéral est de 5 177 $ en 2007. Ce montant est toutefois réduit de 15 % de l'excédent du revenu **individuel** excédant 30 936 $.

Au Québec, en 2007, le montant disponible comme crédit si le particulier a plus de 65 ans est de 2 200 $. Le montant de 2 200 $ est toutefois réduit de 15 % de l'excédent du revenu **familial** excédant 29 290 $.

2.3. CRÉDIT POUR CONJOINT

Au fédéral, le montant disponible correspond au crédit de base de 8 929 $ en 2007. Ce montant est réduit de tout revenu du conjoint. C'est la partie non utilisée du crédit qui est transférable (lorsque le crédit est plus élevé que l'impôt payable).

Au Québec, le crédit pour conjoint n'existe pas spécifiquement mais un transfert du crédit de base du conjoint est possible si ce dernier ne l'utilise pas en totalité dans sa propre déclaration de revenus. Le traitement fiscal est donc similaire à celui du fédéral.

2.4. TRAITEMENT DES CRÉDITS AU QUÉBEC

Pour bien comprendre l'impact des crédits au Québec, il est bon de rappeler que le calcul est effectué de façon combinée, tant pour les montants en jeu que pour les revenus du couple.

Par exemple, pour un couple ayant des revenus de 25 000 $ et 35 000 $ (soit 60 000 $ combinés), la valeur des crédits dans le calcul de l'impôt du Québec sera comme suit :

	Monsieur	Madame	Total
Montant pour revenu de pension	1 500 $	1 500 $	3 000 $
Montant en raison de l'âge	2 200 $	2 200 $	4 400 $
Total pour calcul des crédits	3 700 $	3 700 $	7 400 $
Revenus	25 000 $	35 000 $	60 000 $
Seuil des revenus			29 290 $
Excédent			30 710 $
15 % de l'excédent (réduction des crédits)			4 606.50 $
Montant ajusté pour calcul des crédits			2 793.50 $

3. PROGRAMMES SOCIAUX

Plusieurs programmes sociaux existent mais deux d'entre eux ont une incidence particulière pour les retraités.

3.1. LE FONDS DES SERVICES DE SANTÉ

Le Fonds des services de santé (ci-après « FSS ») sert à financer les soins de santé au Québec. Les employeurs cotisent à ce fonds entre 2,70 % et 4,26 % de la masse salariale. Les particuliers n'ont pas à y cotiser sauf s'ils ont des revenus de retraite, de placements ou d'entreprises. Dans ce cas, la cotisation est calculée comme suit en 2007 :

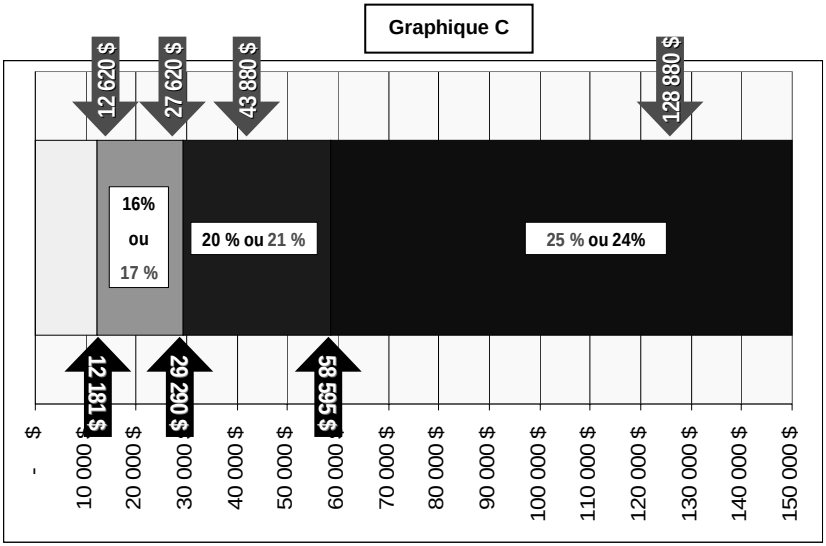
1 % des revenus excédant 12 620 $ jusqu'à un maximum de 150 $

plus

1 % des revenus excédant 43 880 $ jusqu'à un maximum additionnel de 850 $

Le premier montant de 150 $ est atteint lorsque les revenus individuels de retraite, de placements et d'entreprises totalisent 27 620 $. Pour sa part, la cotisation maximale de 1 000 $ est atteinte lorsque ces revenus sont de 128 880 $.

Considérant ces frais additionnels qui touchent particulièrement les retraités, les paliers d'imposition du Québec prennent davantage la forme du graphique C. Un couple ayant des revenus de 30 000 $ et 50 000 $ pourrait penser que le fractionnement du revenu de pension n'a pas d'effet au Québec pour eux, car ils se situent tous deux entre 29 290 $ et 58 595 $. Toutefois, s'ils reçoivent chacun 40 000 $, une économie de cotisation au FSS sera réalisée, car le contribuable de 50 000 $ n'aura plus à cotiser sur l'excédent de 43 880 $, ayant abaissé son revenu à 40 000 $.



De façon similaire, un couple ayant des revenus respectifs de 60 000 $ et 180 000 $ se verrait désavantagé au Québec de fractionner les revenus à 120 000 $ chacun en raison :

- de l'absence d'économie résultant des paliers de base;

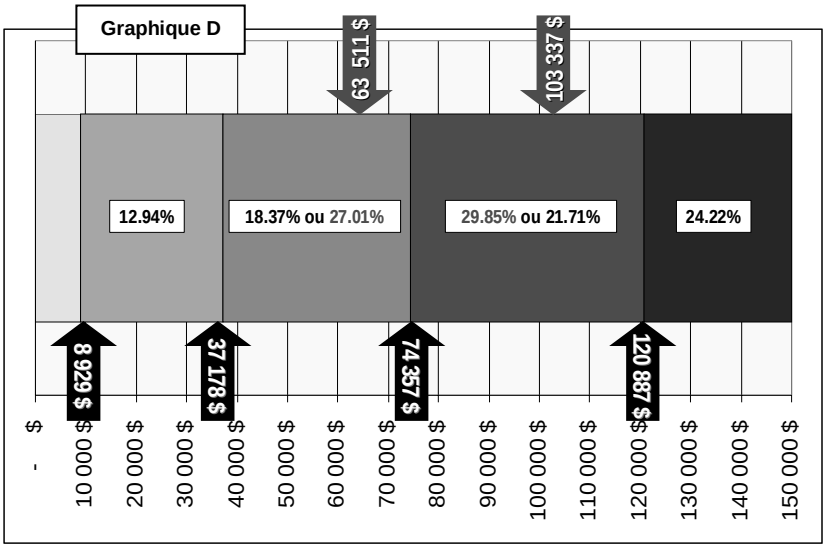
- de la hausse du coût de la cotisation au FSS, car certains revenus exemptés supérieurs à 128 880 $ deviendraient assujettis à la cotisation lorsqu'ils seront transférés au conjoint.

Quand vient le temps de vérifier la pertinence de fractionner les revenus de retraite, la dernière situation est un exemple où il pourrait être préférable de s'abstenir au fractionnement dans la déclaration fiscale du Québec. Vous verrez dans le cas pratique n° 6 ci-après une situation où il pourrait être pertinent de ne fractionner qu'au fédéral. Le cas n° 7 présentera une situation où il y aura un fractionnement aux deux paliers gouvernementaux, mais les montants au Québec seront moindres.

3.2. LA PENSION DE SÉCURITÉ DE LA VIEILLESSE

La PSV est un montant mensuel de 497,83 $ (troisième trimestre de 2007) payable aux Canadiens ayant au moins 65 ans. Pour avoir droit à ce

plein montant, 40 années de résidence sont nécessaires. Sur une base annuelle, le montant correspond à 5 973,96 $.



Contrairement à la prestation du RRQ qui n'est versée qu'en fonction des cotisations versées au régime et de l'historique salarial, la PSV est dite universelle, étant versée à une grande majorité de résidents. Puisque aucune cotisation n'a été prélevée spécifiquement à ce programme et que son financement se fait à même les impôts généraux, une règle de récupération s'applique en fonction des revenus individuels nets. La récupération est de 15 % de l'excédent de 63 511 $ (incluant la PSV), ce qui fait en sorte qu'à 103 337 $ de revenus, la PSV est entièrement récupérée à titre de remboursement de programmes gouvernementaux.

Le graphique D reprend les paliers d'imposition du fédéral en incorporant l'effet de la récupération de la PSV. Le montant indiqué de 103 337 $ correspond au seuil de récupération complète pour le troisième trimestre de 2007. On retiendra des taux indiqués dans ce graphique que malgré la récupération à un rythme de 15 %, ce taux ne fait pas que s'additionner aux taux de base de la table d'impôt. En effet, la prestation de la PSV retournée n'a pas à être imposée (ni au fédéral ni au provincial), ce qui fait en sorte que son coût réel est de 8,64 % ou 8,14 %, selon le niveau des revenus.

On devine par le graphique qu'il existe des situations où le revenu imposé à la tranche supérieure de 24,22 % pourrait se voir imposer à 27,01 % ou même 29,85 % s'il était transféré à un conjoint dont le revenu se situe entre 63 511 $ et 103 337 $. Ces situations devraient bien entendu être évitées en raison de l'inefficacité du fractionnement.

Selon les statistiques[4] de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») pour l'année fiscale 2005 (publiées en 2007), seulement environ 11 % des contribuables de 65 ans ou plus déclaraient un remboursement en tout ou en partie de la PSV.

4. CAS PRATIQUES

Les sections précédentes ne visaient pas à être une recherche fiscale exhaustive, mais plutôt une brève introduction nécessaire pour présenter divers cas pratiques. Le but ici est simplement d'avoir un ordre de grandeur des économies potentielles et des interactions entre quelques paramètres fiscaux spécifiquement choisis.

Il convient de rappeler que le gouvernement fédéral a préparé un simulateur sur Internet[5] permettant d'estimer les économies d'impôt fédéral. Les utilisateurs noteront que l'impôt du Québec est absent et que l'impôt fédéral calculé correspond à celui applicable hors Québec (donc sans abattement).

Les conseillers financiers et les comptables pourront évaluer les économies réelles de 2007 en utilisant les logiciels traditionnels servant à préparer les déclarations fiscales des particuliers.

4.1. CAS N° 1

Couple de 65 ans, régime de pension agréé (ci-après « RPA ») 50 000 $ et FERR 20 000 $

Nous présumons qu'une prestation de la RRQ est déjà divisée (6 000 $ chacun) et que les revenus sont inégaux (50 000 $ contre 20 000 $). Les deux personnes reçoivent la PSV et la règle de récupération ne s'applique pas.

---

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA
(en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/agency/stats/gb05/sfp/interim/pdf/table4-f.pdf).

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA
(en ligne : http://www.fin.gc.ca/pensioncalc/mm/calc_f.html).

Dans cet exemple, pour niveler les revenus, il suffit de transférer 15 000 $ du RPA au conjoint, car il est inutile de se rendre à 25 000 $ (50 % de 50 000 $). L'économie d'impôt combinée sera de 524 $. Les crédits fédéraux en raison de l'âge changent individuellement mais le total reste identique. Les cotisations au FSS baissent de façon globale, car le fractionnement réduit le coût à 300 $ (2 × 150 $) au lieu de 405 $ (271 $ + 134 $).

Âge	**64**	**64**	**64**	**64**
Économie combinée	**ACTUEL**		**Fractionné**	
3 641 $	*Client fortuné*	*Conjoint*	*Client fortuné*	*Conjoint*
CLIENT				
RPA	**60 000 $**	**0 $**	30 000 $	30 000 $
REER/FERR	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
RRQ	**6 000 $**	**6 000 $**	6 000 $	6 000 $
PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Autres revenus	**10 000 $**	**0 $**	10 000 $	0 $
Revenu total	76 000 $	6 000 $	46 000 $	36 000 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Revenu imposable	76 000 $	6 000 $	46 000 $	36 000 $
Impôt federal base	-14 369 $	-930 $	-7 703 $	-5 580 $
Crédit pers. Base	1 384 $	1 384 $	1 384 $	1 384 $
Crédit conjoint	454 $	0 $	0 $	0 $
Crédit raison d'âge	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit revenu pension	310 $	0 $	310 $	310 $
Transf. Conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Abattement Qc	2 016 $	0 $	992 $	641 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
IMPÔT FEDERAL	**-10 205 $**	**0 $**	**-5 018 $**	**-3 245 $**
Impôt provincial	-14 725 $	-960 $	-8 028 $	-6 028 $
Crédit pers. base	1 949 $	1 949 $	1 949 $	1 949 $
Crédit conjoint transfert	989 $	0 $	0 $	0 $
Crédit Âge/Pension	0 $	0 $	0 $	0 $
Cotisation FSS	-371 $	0 $	-150 $	-150 $
IMPÔT PROVINCIAL	**-12 158 $**	**0 $**	**-6 229 $**	**-4 229 $**
Net	53 638 $	6 000 $	34 753 $	28 526 $
Net total en 2007	**59 638 $**		**63 279 $**	

4.2. CAS N° 2

Couple de 64 ans, RPA 60 000 $ et autres revenus 10 000 $

Nous présumons qu'une prestation de la RRQ est déjà divisée (6 000 $ chacun) et que les revenus sont inégaux (70 000 $ contre aucun).

Dans cet exemple, pour niveler les revenus, il faudrait transférer 35 000 $ du RPA mais les règles limitent à 25 000 $ (50 % de 50 000 $). Bien que les revenus imposables soient différents, 46 000 $ et 36 000 $, l'économie combinée sera de 3 641 $. Les crédits fédéraux pour revenu de pension sont doublés (2 × 310 $). Les cotisations au FSS chutent de façon globale, car le fractionnement réduit le coût à 300 $ (2 × 150 $) au lieu d'une fois 371 $.

Âge	**64**	**64**	**64**	**64**
Économie combinée	**ACTUEL**		**Fractionné**	
3 641 $	*Client fortuné*	*Conjoint*	*Client fortuné*	*Conjoint*
CLIENT				
RPA	**60 000 $**	**0 $**	30 000 $	30 000 $
REER/FERR	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
RRQ	**6 000 $**	**6 000 $**	6 000 $	6 000 $
PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Autres revenus	**10 000 $**	**0 $**	10 000 $	0 $
Revenu total	76 000 $	6 000 $	46 000 $	36 000 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Revenu imposable	76 000 $	6 000 $	46 000 $	36 000 $
Impôt federal base	-14 369 $	-930 $	-7 703 $	-5 580 $
Crédit pers. Base	1 384 $	1 384 $	1 384 $	1 384 $
Crédit conjoint	454 $	0 $	0 $	0 $
Crédit raison d'âge	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit revenu pension	310 $	0 $	310 $	310 $
Transf. Conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Abattement Qc	2 016 $	0 $	992 $	641 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
IMPÔT FEDERAL	**-10 205 $**	**0 $**	**-5 018 $**	**-3 245 $**
Impôt provincial	-14 725 $	-960 $	-8 028 $	-6 028 $
Crédit pers. base	1 949 $	1 949 $	1 949 $	1 949 $
Crédit conjoint transfert	989 $	0 $	0 $	0 $
Crédit Âge/Pension	0 $	0 $	0 $	0 $
Cotisation FSS	-371 $	0 $	-150 $	-150 $
IMPÔT PROVINCIAL	**-12 158 $**	**0 $**	**-6 229 $**	**-4 229 $**
Net	53 638 $	6 000 $	34 753 $	28 526 $
Net total en 2007	**59 638 $**		**63 279 $**	

4.3. CAS N° 3

Couple de 65 ans, RPA 60 000 $ et autres revenus 10 000 $

Nous présumons qu'une prestation de la RRQ est déjà divisée (6 000 $ chacun) et que les revenus sont inégaux (70 000 $ contre aucun). Les deux personnes reçoivent la PSV et la règle de récupération ne s'applique que partiellement pour le client plus fortuné (récupération de 2 759 $).

Dans cet exemple, pour niveler les revenus, il faudrait transférer 35 000 $ du RPA mais les règles limitent à 30 000 $ (50 % de 60 000 $). Bien que les revenus imposables soient différents, 51 903 $ et 41 903 $, l'économie combinée sera de 5 130 $. Les crédits fédéraux pour revenu de pension sont doublés (2 × 310 $). Les crédits totaux fédéraux en raison de l'âge augmentent légèrement, passant de 0 $ et 802 $ à 315 $ et 547 $. Les cotisations au FSS chutent de façon globale, car le fractionnement réduit le coût à 300 $ (2 × 150 $) au lieu d'une fois 371 $. Une grande composante de l'économie provient de la conservation complète des deux PSV.

Âge	**65**	**65**	**65**	**65**
Économie combinée	**ACTUEL**		**Fractionné**	
5 130 $	***Client fortuné***	***Conjoint***	***Client fortuné***	***Conjoint***
CLIENT				
RPA	**60 000 $**	**0 $**	30 000 $	30 000 $
REER/FERR	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
RRQ	**6 000 $**	**6 000 $**	6 000 $	6 000 $
PSV	5 903 $	5 903 $	5 903 $	5 903 $
Autres revenus	**10 000 $**	**0 $**	10 000 $	0 $
Revenu total	81 903 $	11 903 $	51 903 $	41 903 $
Récupération PSV	-2 759 $	0 $	0 $	0 $
Revenu imposable	79 144 $	11 903 $	51 903 $	41 903 $
Impôt federal base	-15 187 $	-1 845 $	-9 002 $	-6 802 $
Crédit pers. Base	1 384 $	1 384 $	1 384 $	1 384 $
Crédit conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit raison d'âge	0 $	802 $	315 $	547 $
Crédit revenu pension	310 $	0 $	310 $	310 $
Transf. Conjoint	341 $	0 $	0 $	0 $
Abattement Qc	2 170 $	0 $	1 154 $	753 $
Récupération PSV	-2 759 $	0 $	0 $	0 $
IMPÔT FEDERAL	**-13 740 $**	**0 $**	**-5 839 $**	**-3 808 $**
Impôt provincial	-15 479 $	-1 904 $	-9 209 $	-7 209 $
Crédit pers. base	1 949 $	1 949 $	1 949 $	1 949 $
Crédit conjoint transfert	45 $	0 $	0 $	0 $
Crédit Âge/Pension	0 $	0 $	0 $	0 $
Cotisation FSS	-371 $	0 $	-150 $	-150 $
IMPÔT PROVINCIAL	**-13 857 $**	**0 $**	**-7 410 $**	**-5 410 $**
Net	54 306 $	11 903 $	38 654 $	32 685 $
Net total en 2007	**66 209 $**		**71 339 $**	

4.4. CAS N° 4

Couple de 64 ans, RPA 241 774 $

Ce cas est tout à fait théorique et les revenus sont totalement inégaux puisqu'un des conjoints n'en a aucun. La prestation de la RRQ n'est pas versée. Les règles actuelles des régimes de pension agréés ne permettent pas de verser des rentes de cette ampleur en raison de la limite par année de participation.

Dans cet exemple, pour niveler les revenus, il suffit de transférer 120 887 $ du RPA au conjoint. Ce montant correspond au palier d'imposition maximal en 2007. L'économie combinée sera de 10 464 $. Les crédits fédéraux pour revenu de pension sont doublés (2 × 310 $). Les cotisations au FSS augmentent de façon globale, car le fractionnement porte le coût à 1 840 $ (2 × 920 $) au lieu d'une fois 1 000 $. Ce scénario n'est pas optimal, il aurait fallu se limiter à un transfert de 58 595 $ aux fins de l'impôt du Québec.

4.5. CAS N° 5

Couple de 65 ans, RPA 103 216 $

Nous présumons qu'une prestation de la RRQ est déjà divisée (6 000 $ chacun) et que les revenus sont inégaux. Les deux personnes reçoivent la PSV et la règle de récupération fait perdre à l'un d'eux la totalité de sa PSV.

Dans cet exemple, pour niveler les revenus, il suffit de transférer 51 608 $ du RPA. Chacun a alors un revenu imposable de 63 511 $, soit le seuil pour ne pas commencer à perdre sa PSV. L'économie combinée sera de 8 394 $. Les crédits fédéraux pour revenu de pension sont doublés (2 × 310 $). Les crédits fédéraux en raison de l'âge diminuent, passant d'un montant de 802 $ à deux fois 45 $. Les cotisations au FSS chutent de façon globale, car le fractionnement réduit le coût à 575 $ (2 × 287 $) au lieu d'une fois 803 $.

Âge	65	65	65	65
Économie combinée	**ACTUEL**		**Fractionné**	
8 394 $	*Client fortuné*	*Conjoint*	*Client fortuné*	*Conjoint*
CLIENT				
RPA	**103 216 $**	**0 $**	51 608 $	51 608 $
REER/FERR	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
RRQ	**6 000 $**	**6 000 $**	6 000 $	6 000 $
PSV	5 903 $	5 903 $	5 903 $	5 903 $
Autres revenus	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
Revenu total	115 119 $	11 903 $	63 511 $	63 511 $
Récupération PSV	-5 903 $	0 $	0 $	0 $
Revenu imposable	109 216 $	11 903 $	63 511 $	63 511 $
Impôt federal base	-23 005 $	-1 845 $	-11 556 $	-11 556 $
Crédit pers. Base	1 384 $	1 384 $	1 384 $	1 384 $
Crédit conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit raison d'âge	0 $	802 $	45 $	45 $
Crédit revenu pension	310 $	0 $	310 $	310 $
Transf. Conjoint	341 $	0 $	0 $	0 $
Abattement Qc	3 460 $	0 $	1 620 $	1 620 $
Récupération PSV	-5 903 $	0 $	0 $	0 $
IMPÔT FEDERAL	**-23 413 $**	**0 $**	**-8 197 $**	**-8 197 $**
Impôt provincial	-22 696 $	-1 904 $	-11 727 $	-11 727 $
Crédit pers. base	1 949 $	1 949 $	1 949 $	1 949 $
Crédit conjoint transfert	45 $	0 $	0 $	0 $
Crédit Âge/Pension	0 $	0 $	0 $	0 $
Cotisation FSS	-803 $	0 $	-287 $	-287 $
IMPÔT PROVINCIAL	**-21 506 $**	**0 $**	**-10 066 $**	**-10 066 $**
Net	70 200 $	11 903 $	45 248 $	45 248 $
Net total en 2007	**82 103 $**		**90 497 $**	

Âge	64	64	64	64
Économie combinée	ACTUEL		Fractionné	
10 464 $	*Client fortuné*	*Conjoint*	*Client fortuné*	*Conjoint*
CLIENT				
RPA	**241 774 $**	**0 $**	120 887 $	120 887 $
REER/FERR	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
RRQ	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Autres revenus	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
Revenu total	241 774 $	0 $	120 887 $	120 887 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Revenu imposable	241 774 $	0 $	120 887 $	120 887 $
Impôt federal base	-61 097 $	0 $	-26 040 $	-26 040 $
Crédit pers. Base	1 384 $	1 384 $	1 384 $	1 384 $
Crédit conjoint	1 384 $	0 $	0 $	0 $
Crédit raison d'âge	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit revenu pension	310 $	0 $	310 $	310 $
Transf. Conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Abattement Qc	9 573 $	0 $	4 017 $	4 017 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
IMPÔT FEDERAL	**-48 446 $**	**0 $**	**-20 329 $**	**-20 329 $**
Impôt provincial	-54 510 $	0 $	-25 497 $	-25 497 $
Crédit pers. base	1 949 $	1 949 $	1 949 $	1 949 $
Crédit conjoint transfert	1 949 $	0 $	0 $	0 $
Crédit Âge/Pension	0 $	0 $	0 $	0 $
Cotisation FSS	-1 000 $	0 $	-920 $	-920 $
IMPÔT PROVINCIAL	**-51 612 $**	**0 $**	**-24 469 $**	**-24 469 $**
Net	141 716 $	0 $	76 090 $	76 090 $
Net total en 2007	**141 716 $**		**152 179 $**	

4.6. CAS N° 6

Couple de 65 ans, FERR 140 000 $ et 50 000 $

Nous présumons qu'une prestation de la RRQ est déjà divisée (6 000 $ chacun) et que les revenus sont inégaux (140 000 $ contre 50 000 $). Les deux personnes reçoivent la PSV et la règle de récupération fait perdre à l'un d'eux la totalité de sa PSV.

Dans cet exemple, pour niveler les revenus, il suffit de transférer 45 000 $ du retrait de FERR. Dans ce cas, la charge fiscale augmente de 2 400 $, donc le fractionnement s'avère inefficace. Suivant le fractionnement, on perd deux PSV. Les crédits fédéraux en raison de l'âge,

baissent passant d'un total de 82 $ à nul. Les cotisations au FSS augmentent de façon globale, car le fractionnement fait grimper le coût à 1 442 $ (2 × 721 $) au lieu de 1 271 $ (1 000 $ + 271 $). Comme le conjoint a déjà plus de 58 595 $, soit le palier d'imposition le plus élevé au Québec, le fractionnement aurait dû être effectué uniquement au fédéral. L'exemple ci-dessus n'optimise pas la fiscalité.

Âge	**65**	**65**	**65**	**65**
Économie combinée	**ACTUEL**		**Fractionné**	
-2 400 $	*Client fortuné*	*Conjoint*	*Client fortuné*	*Conjoint*
CLIENT				
RPA	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
REER/FERR	**140 000 $**	**50 000 $**	95 000 $	95 000 $
RRQ	**6 000 $**	**6 000 $**	6 000 $	6 000 $
PSV	5 903 $	5 903 $	5 903 $	5 903 $
Autres revenus	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
Revenu total	151 903 $	61 903 $	106 903 $	106 903 $
Récupération PSV	-5 903 $	0 $	-5 903 $	-5 903 $
Revenu imposable	146 000 $	61 903 $	101 000 $	101 000 $
Impôt federal base	-33 323 $	-11 202 $	-20 869 $	-20 869 $
Crédit pers. Base	1 384 $	1 384 $	1 384 $	1 384 $
Crédit conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit raison d'âge	0 $	82 $	0 $	0 $
Crédit revenu pension	310 $	310 $	310 $	310 $
Transf. Conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Abattement Qc	5 219 $	1 555 $	3 164 $	3 164 $
Récupération PSV	-5 903 $	0 $	-5 903 $	-5 903 $
IMPÔT FEDERAL	**-32 313 $**	**-7 870 $**	**-21 914 $**	**-21 914 $**
Impôt provincial	-31 525 $	-11 341 $	-20 725 $	-20 725 $
Crédit pers. base	1 949 $	1 949 $	1 949 $	1 949 $
Crédit conjoint transfert	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit Âge/Pension	0 $	0 $	0 $	0 $
Cotisation FSS	-1 000 $	-271 $	-721 $	-721 $
IMPÔT PROVINCIAL	**-30 576 $**	**-9 664 $**	**-19 497 $**	**-19 497 $**
Net	89 015 $	44 369 $	65 492 $	65 492 $
Net total en 2007	**133 384 $**		**130 984 $**	

4.7. CAS N° 7

Couple de 64 ans, RPA 140 000 $ et 50 000 $

Nous présumons qu'une prestation de la RRQ est déjà divisée (6 000 $ chacun) et que les revenus sont inégaux (140 000 $ contre 50 000 $). Dans cet exemple, pour niveler les revenus, il suffit de transférer 45 000 $ du RPA. L'économie combinée sera de 1 175 $, mais n'est pas optimale. Les cotisations au FSS augmentent de façon globale, car le fractionnement fait grimper le coût à 1 442 $ (2 × 721 $) au lieu de 1 271 $ (1 000 $ + 271 $).

Puisque le revenu imposable atteignait déjà 56 000 $ pour le conjoint moins fortuné, un transfert aux fins de l'impôt du Québec aurait dû être limité à 2 595 $ (pour atteindre 58 595 $). L'économie fiscale sur cette partie aurait été de 4 % (soit 24 % contre 20 % et 1 % du FSS) sans avoir à payer inutilement 1 % du FSS sur tout transfert excédentaire. Par conséquent, l'exemple ci-dessus n'optimise pas la fiscalité.

Âge	**64**	**64**	**64**	**64**
Économie combinée	**ACTUEL**		**Fractionné**	
1 175 $	***Client fortuné***	***Conjoint***	***Client fortuné***	***Conjoint***
CLIENT				
RPA	**140 000 $**	**50 000 $**	95 000 $	95 000 $
REER/FERR	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
RRQ	**6 000 $**	**6 000 $**	6 000 $	6 000 $
PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Autres revenus	**0 $**	**0 $**	0 $	0 $
Revenu total	146 000 $	56 000 $	101 000 $	101 000 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
Revenu imposable	146 000 $	56 000 $	101 000 $	101 000 $
Impôt federal base	-33 323 $	-9 903 $	-20 869 $	-20 869 $
Crédit pers. Base	1 384 $	1 384 $	1 384 $	1 384 $
Crédit conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit raison d'âge	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit revenu pension	310 $	310 $	310 $	310 $
Transf. Conjoint	0 $	0 $	0 $	0 $
Abattement Qc	5 219 $	1 355 $	3 164 $	3 164 $
Récupération PSV	0 $	0 $	0 $	0 $
IMPÔT FEDERAL	**-26 410 $**	**-6 855 $**	**-16 011 $**	**-16 011 $**
Impôt provincial	-31 525 $	-10 028 $	-20 725 $	-20 725 $
Crédit pers. base	1 949 $	1 949 $	1 949 $	1 949 $
Crédit conjoint transfert	0 $	0 $	0 $	0 $
Crédit Âge/Pension	0 $	0 $	0 $	0 $
Cotisation FSS	-1 000 $	-271 $	-721 $	-721 $
IMPÔT PROVINCIAL	**-30 576 $**	**-8 351 $**	**-19 497 $**	**-19 497 $**
Net	89 015 $	40 795 $	65 492 $	65 492 $
Net total en 2007	**129 809 $**		**130 984 $**	

5. SOMMAIRE DES IMPACTS

Les impacts du fractionnement du revenu peuvent être importants, car plusieurs programmes sociaux fiscaux sont parfois compromis. Nous vous invitons à consulter le site de Claude Laferrière[6] qui publie chaque année le taux marginal réel d'imposition.

Nos commentaires se limiteront à ceux-ci :

- le **crédit de pension** peut soit rester identique ou augmenter en raison du fractionnement, mais toujours marginalement;
- le **crédit pour conjoint** peut rester identique ou diminuer (le conjoint utilisant lui-même son crédit);
- le **crédit en raison de l'âge** peut augmenter ou même diminuer, mais toujours marginalement;
- les cotisations au **FSS** peuvent augmenter ou diminuer, mais toujours marginalement;
- la **PSV** peut être perdue ou récupérée et les montants peuvent être significatifs.

6. ASPECTS ADMINISTRATIFS

L'ARC a confirmé certains aspects administratifs sur son site Internet[7] notamment :

- le payeur de la pension n'est pas concerné par le fractionnement;
- le choix se fera au moyen du Formulaire T1032[8] lors de la production de la déclaration fiscale;

---

6 Claude LAFERRIÈRE (en ligne : http://www.er.uqam.ca/nobel/r14154/).

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/agency/budget/2007/pension-f.html).

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/t1032/LISEZ-MOI.html).

- impôt retenu à la source attribué au prorata de l'attribution du revenu de pension;

- il n'y aura aucun impact sur la taxe sur les produits et services/taxe de vente du Québec ni la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE), car ces montants sont calculés sur les revenus nets des deux époux;

- il n'y aura aucune réduction de l'impôt retenu à la source, car le fractionnement est un choix annuel;

- les acomptes provisionnels peuvent être calculés selon l'estimation pour l'année. Il faut faire attention en cas d'erreurs, les pénalités sont significatives.

L'ARC a déjà publié un projet de Formulaire T1032. On notera que si une personne se qualifie à titre de conjoint pendant seulement une partie de l'année, le fractionnement sera alors limité.

7. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

La nouvelle législation peut permettre un fractionnement d'impôt plus important et plus facile à effectuer. Il est primordial de faire les simulations annuelles permettant d'optimiser la situation de chacun des couples de retraités.

Nous allons aborder deux sujets qui seront touchés par les nouvelles règles :

- le choix entre la rente d'un RPA ou la valeur de transfert;

- la cotisation au REÉR du conjoint.

7.1. RENTE OU VALEUR DE TRANSFERT

Lors de la terminaison d'emploi, un participant à un RPA à prestations déterminées se voit habituellement offrir le choix de conserver la rente (immédiate ou différée) ou d'opter pour une valeur de transfert.

La documentation a couvert en long et en large les avantages et désavantages d'une option plutôt qu'une autre. Nous profitons simplement de l'occasion pour rappeler ici qu'un participant qui opte pour conserver sa rente de retraite pourra avoir accès à l'option de fractionner ses revenus avec

son conjoint plus rapidement, dans la mesure où il est âgé de moins de 65 ans et qu'il a besoin de ces revenus. En effet, le fractionnement des revenus pour celui qui préfère conserver sa valeur de transfert ne pourra être effectué qu'à compter de 65 ans lors des retraits de son FRV (qui est un FERR) ou des versements d'une rente souscrite auprès d'un assureur.

Il est important de noter que la partie excédentaire de la valeur de transfert qui est imposable immédiatement ne peut être fractionnée avec le conjoint.

7.2. COTISATION AU RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE DU CONJOINT

Une technique de fractionnement du revenu couramment utilisée consiste à cotiser au REÉR du conjoint. Simple, sans risques fiscaux au-delà de la période de trois ans[9], cette stratégie avait un seul handicap : les fonds devenaient la propriété du conjoint. Pour les gens mariés n'ayant pas renoncé au partage du patrimoine familial, ce problème n'existe pas réellement puisque advenant un divorce, la valeur des biens est partagée en part égale entre les conjoints. Pour les conjoints de fait, le risque de rupture est une barrière importante à l'utilisation de la stratégie.

Les nouvelles règles permettent de fractionner avec le conjoint jusqu'à concurrence de 50 % des revenus de pension encaissés.

Compte tenu que ces nouvelles règles de fractionnement nécessitent simplement un choix fiscal et aucun transfert de fonds, doit-on penser que la cotisation au REÉR du conjoint devient désuète?

Pour les gens qui ne sont pas soumis à l'application des règles du patrimoine familial (par exemple, conjoints de fait) et qui avaient déjà une appréhension envers la cotisation au REÉR du conjoint, le nouveau choix fiscal annuel de fractionner les revenus de pension devient définitivement la stratégie à adopter.

Cependant, pour les conjoints mariés, de nombreux points militent en faveur de continuer de cotiser au REÉR du conjoint, notamment :

---

[9] Pour éviter les règles d'attribution, les fonds doivent demeurer pendant une période suffisante pour couvrir trois fins d'années civiles après la dernière cotisation.

- la cotisation au REÉR du conjoint permet un fractionnement de 100 % des nouvelles cotisations à un REÉR alors que les règles de fractionnement limitent à 50 % la possibilité de diviser les revenus. Le REÉR déjà accumulé pourra profiter des règles de fractionnement;

- la cotisation au REÉR du conjoint permet un fractionnement avant 65 ans. L'âge moyen de retraite au Québec étant de l'ordre de 59 ans[10], la cotisation au conjoint pourra combler la période transitoire;

- si le conjoint est plus jeune, la cotisation en sa faveur prolonge le report d'impôts jusqu'à ce que ce dernier atteigne 72 ans;

- la cotisation au REÉR du conjoint immunise contre une modification législative limitant ou, pire encore, abolissant le fractionnement fiscal;

- advenant l'obligation ou la nécessité d'effectuer un retrait prématuré du REÉR, la cotisation au REÉR du conjoint assure une imposition moins importante en cas de retrait de sa part;

- la cotisation au REÉR du conjoint permettra de doubler les montants pouvant être utilisés avec le Régime d'accès à la propriété (RAP) si le conjoint n'a pas par ailleurs déjà 20 000 $ dans son REÉR. Des fonds deviendraient également disponibles pour le Régime d'encouragement à l'éducation permanente (REEP);

- le retrait de ces sommes du bilan du cotisant peut s'avérer une protection contre des créanciers pour autant que ces transferts ne soient pas effectués au moment d'une insolvabilité (le cas échéant leur validité pourrait être remise en question par l'application des dispositions du *Code civil du Québec*[11] ou la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[12]).

De plus, la cotisation au REÉR du conjoint demeurera utile dans certaines circonstances où il s'agit du seul élément de planification possible, telles que :

---

[10] QUÉBEC, Régie des rentes, « RRQ Transition travail – retraite », Service des statistiques et des ménages, novembre 2005.

[11] L.Q. 1991, c. 64.

[12] L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

- une personne de plus de 71 ans et ayant un « revenu gagné » pourra cotiser au REÉR de son conjoint si ce dernier est âgé de moins de 72 ans. La déduction pourra réduire son revenu imposable;

- au décès d'un contribuable, la cotisation au REÉR du conjoint demeure la seule option possible pour profiter d'une dernière déduction et prendre charge des déductions inutilisées.

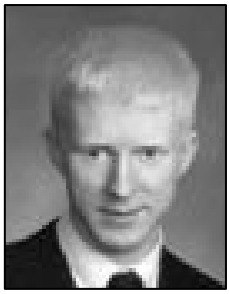
Comme rien n'est parfait, la cotisation au REÉR du conjoint amène quelques conséquences négatives. Évidemment, le transfert des sommes à un conjoint signifie une perte de contrôle pour le cotisant. Par conséquent, les sommes seront investies selon le profil d'investisseur du conjoint.

Également, un dirigeant d'entreprise incorporé ayant cotisé de façon importante au REÉR du conjoint pourrait ne pas être en mesure de racheter la totalité de ses années pour services passés d'un « régime de retraite individuel » (RRI).

Pour plusieurs, ces désavantages sont tout de même peu problématiques face à tous les avantages de cotiser au REÉR du conjoint.

En fait, de façon générale, la cotisation au REÉR du conjoint permet de simplifier toutes stratégies permettant de fractionner et ainsi de réduire l'impôt sans que le conjoint le plus fortuné ait à s'imposer sur des retraits.

LA RÉPARTITION DU REVENU DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES



Didier Fréchette
Avocat
Osler, Hoskin & Harcourt
s.e.n.c.r.l./s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 25:3

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX 25:4

1.1. LA CONVENTION DE SOCIÉTÉ ET LE PARAGRAPHE 96(1) L.I.R. 25:4
1.2. « TIMING » DE LA RÉPARTITION DU REVENU ENTRE LES ASSOCIÉS 25:7
1.3. POSSIBILITÉ D'ATTRIBUER UNE PERTE À UN ASSOCIÉ ET UN REVENU À UN AUTRE ASSOCIÉ POUR UN MÊME EXERCICE 25:10
1.4. DÉDUCTIBILITÉ D'UN SALAIRE OU D'HONORAIRES VERSÉS À UN ASSOCIÉ 25:11

2. L'ARTICLE 103 L.I.R. : LE CARACTÈRE RAISONNABLE DE LA RÉPARTITION 25:18

2.1. LE PARAGRAPHE 103(1) L.I.R. 25:18
2.2. LE PARAGRAPHE 103(1.1) L.I.R. 25:25

2.3. JURISPRUDENCE SUR LE PARAGRAPHE 103(1) L.I.R. 25:29
2.3.1. Arrêt *Xco Investments* 25:30
2.3.2. Affaire *Penn West Petroleum* 25:34
2.4. JURISPRUDENCE SUR LE PARAGRAPHE 103(1.1) L.I.R. 25:39

3. APPLICATIONS PARTICULIÈRES 25:43

3.1. ATTRIBUTION DU GAIN LATENT LORSQU'UN ASSOCIÉ A FAIT UN APPORT PAR VOIE DE ROULEMENT 25:43
3.2. RÉPARTITION « EN DEUX ÉTAPES » 25:45
3.3. RÉPARTITION DU REVENU ET DES PERTES LORSQU'UN ASSOCIÉ FAIT UN APPORT EN SERVICES ET QUE D'AUTRES ASSOCIÉS FONT UN APPORT EN CAPITAL 25:49
3.3.1. Structure des fonds de capital d'investissement 25:52
3.3.2. Impact des taxes à la consommation 25:54
3.4. UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES POUR METTRE EN PLACE UN GEL SUCCESSORAL 25:57

CONCLUSION 25:62

INTRODUCTION*

La société de personne représente un véhicule juridique privilégié pour l'exploitation d'une entreprise ou la réalisation d'un projet en commun. Dans le secteur immobilier, la société de personnes représente une alternative plus « malléable » que l'indivision. Dans le secteur des fonds d'investissement, la société en commandite représente généralement le véhicule de choix en raison de sa nature fiscalement transparente et de la responsabilité limitée pour les investisseurs (les commanditaires). La société de personnes est aussi utilisée dans le contexte d'une réorganisation corporative intragroupe par exemple, afin d'utiliser les pertes d'une société affiliée ou, jusqu'à récemment, dans la mise en place de fiducies de revenu.

Dans toutes ces situations, la société de personnes permet aux parties de se partager les profits selon une méthode qui convient à leur situation propre. Dans certains cas, les profits (et les distributions en espèce) seront partagés sur une base simple (par exemple, en fonction du nombre d'unités ou de points). Dans d'autres cas, les parties adoptent des formules plus complexes pour refléter leurs circonstances particulières. Pareillement, la répartition du revenu aux fins fiscales peut, sous certaines réserves, être modelée par les parties pour correspondre à leurs objectifs commerciaux et fiscaux. L'objectif du présent texte est de passer en revue les considérations fiscales s'appliquant à la répartition du revenu et des pertes entre les associés d'une société de personnes.

Comme nous le verrons, la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] ne contient pas de règles détaillées concernant la répartition du revenu aux fins fiscales entre les associés. Le législateur s'en remet plutôt à la volonté contractuelle des parties. La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient cependant, à l'article 103, une règle générale permettant au ministre de modifier une répartition jugée déraisonnable. Nous passerons en revue les conditions d'application de cette disposition, de même que la jurisprudence récente la mettant en cause. Ensuite, nous étudierons diverses situations où les associés peuvent convenir de répartir disproportionnellement le revenu fiscal de la société afin de refléter leurs circonstances particulières.

---

* M^e^ Fréchette pratique dorénavant chez KPMG s.r.l., s.e.n.c.r.l.

1 L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX

1.1. LA CONVENTION DE SOCIÉTÉ ET LE PARAGRAPHE 96(1) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne traite pas les sociétés de personnes comme des contribuables distincts directement redevables de l'impôt de la Partie I. Ce sont les associés de la société qui doivent s'imposer sur le revenu gagné par celle-ci. L'alinéa 12(1)l) L.I.R. prévoit qu'un contribuable doit inclure dans son revenu pour une année d'imposition les sommes qui constituent, selon la sous-section j, un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien par le contribuable pour l'année. Afin d'établir ce montant, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un processus en deux étapes :

1) Les alinéas 96(1)a) à c) L.I.R. prévoient qu'il faut d'abord déterminer le revenu de la société de personnes comme si elle était une personne distincte résidant au Canada, son année d'imposition correspondait à son exercice et chacune de ses activités était exercée par celle-ci en tant que personne distincte[2].

2) Il faut ensuite **répartir** ce revenu (ou cette perte) entre les associés. L'alinéa 96(1)f) L.I.R. prévoit ce qui suit :

> « le montant du revenu de la société de personnes, pour une année d'imposition, tiré d'une source quelconque ou de sources situées dans un endroit donné, constituait le revenu du contribuable tiré de cette source ou de sources situées dans cet endroit donné, selon le cas, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société de personnes se termine, jusqu'à concurrence de la part du contribuable; […]. » (Notre soulignement)

L'alinéa 96(1)g) L.I.R. contient une règle semblable prévoyant que la perte d'un associé provenant d'une source particulière correspond à la perte de la société de personnes **jusqu'à concurrence de la part** dont il est tenu[3].

Cette interprétation s'accorde au passage suivant de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *CSI Development Corp*. c. *La Reine* :

---

[2] Les alinéas 96(1)d) à e.1) L.I.R. prévoient ensuite certains rajustements d'application particulière.

[3] L'alinéa 96(1)g) L.I.R. contient aussi une règle visant à empêcher qu'un « associé déterminé » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. (sans tenir compte de l'alinéa b) de cette définition) ne jouisse d'une perte de la société de personnes découlant de dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS & DE) déduites en vertu de l'article 37 L.I.R.

> « Section 96 essentially requires a partner to compute its income or losses from the partnership at the partnership level and make an allocation as provided by the partnership agreement. Subsection 96(1) provides further that a partners' share of the income retains its source in the hands of the partner[4]. »

Le revenu fiscal de la société pour chaque exercice doit ainsi être attribué aux associés – peu importe qu'il ait été versé aux associés ou réinvesti dans la société. La société de personnes se distingue donc de l'autre type d'entité « fiscalement transparente » – la fiducie – où un montant doit généralement être versé ou devenir payable au bénéficiaire dans l'année pour être déduit dans le calcul du revenu de la fiducie en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R.

Ce revenu ou cette perte ainsi attribué à l'associé conserve sa nature (revenu d'entreprise, revenu de bien, gain en capital) et est réputé avoir été gagné directement par l'associé de la source originale (et il ne s'agit pas d'un revenu de bien provenant de la participation dans la société de personnes)[5]. Encore ici, la société de personnes se démarque de la fiducie, puisque l'alinéa 108(5)a) L.I.R. prévoit spécifiquement que le montant inclus dans le revenu d'un bénéficiaire en vertu du paragraphe 104(13) L.I.R. est réputé être un revenu tiré d'un bien qui constitue la participation dans la fiducie.

C'est la deuxième étape du processus décrit ci-dessus qui fait l'objet du présent texte, soit la détermination de la part d'un associé dans le « revenu ou la perte aux fins fiscales » – c'est-à-dire le revenu ou la perte calculé conformément aux alinéas 96(1)a) à e) L.I.R. – pour une année d'imposition particulière. Comme nous pouvons le constater, les alinéas 96(1)f) et g) L.I.R. font expressément référence à cette « part » mais n'indiquent aucunement comment celle-ci doit être déterminée.

C'est en fonction du contrat de société que la part doit être déterminée. En plus de prévoir comment les bénéfices et autres entrées de fonds seront distribués aux associés[6], la convention doit donc prévoir clairement comment

---

4 99 D.T.C. 1139 (C.C.I.), par. 15.

5 Comme nous le verrons à la section 2.2., le paragraphe 96(1.8) L.I.R. représente une exception à ce principe dans le contexte de l'application des règles d'attribution aux associés passifs.

6 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2202; il est prévu ce qui suit :

> « La part de chaque associé dans l'actif, dans les bénéfices et dans la contribution aux pertes est égale si elle n'est pas déterminée par le contrat. Si le contrat ne détermine que la part de chacun dans l'actif, dans les

(à suivre…)

le revenu et les pertes aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* seront répartis entre les associés. La liberté contractuelle représente donc le point de départ pour déterminer la part de chaque associé.

La jurisprudence confirme que, sous réserve de l'article 103 L.I.R., les associés sont libres de répartir le revenu ou la perte de la société de personnes comme bon leur semble[7]. Les associés peuvent donc faire preuve de créativité et utiliser des méthodes peu orthodoxes pour partager les revenus et les pertes aux fins fiscales.

Une décision peut sembler mettre un bémol à ce principe. Dans l'affaire *Péloquin* c. *MRN*[8], le contribuable invoquait une entente avec son ex-épouse (cette dernière niait l'existence de ladite entente) en vertu de laquelle il devenait responsable pour la totalité des pertes de la société. La Cour a cité la disposition antérieure à l'article 2203 C.c.Q. (qui prévoit qu'une entente qui dispense l'associé de l'obligation de partager les pertes est inopposable aux tiers) et a conclu que le ministre doit être considéré comme un tiers de sorte que cette entente ne lui était pas opposable. Or, il est généralement établi que le ministre ne doit pas être considéré comme un tiers lorsqu'il agit comme cotiseur[9] et une entente valide et réelle prenant effet entre les associés (ce qui ne semblait pas exister ici) devrait normalement être reconnue à des fins fiscales.

Dans plusieurs conventions de société de personnes, la clause gouvernant les distributions aux associés et celle prévoyant la répartition du revenu aux fins fiscales fonctionneront en tandem. Par contre, aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne l'exige et la réalité commerciale requiert parfois que le revenu fiscal soit attribué selon une méthode qui diverge de celle gouvernant les distributions. Par exemple, lorsqu'un associé a fait un apport sur une base de roulement (en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R.), les parties peuvent convenir que les distributions

---

(…suite)

bénéfices ou dans la contribution aux pertes, cette détermination est présumée faite pour les trois cas. »

7 Voir *Xco Investments et autres* c. *La Reine*, 2007 D.T.C. 5146 (C.A.F.); confirmant 2005 D.T.C. 1731 (C.C.I.) (ci-après « *Xco Investments* ») et *Penn West Petroleum Ltd. et autres* c. *La Reine*, 2007 D.T.C. 715 (C.C.I.) (ci-après « *Penn West Petroleum* »).

8 84 D.T.C. 1857 (C.C.I.).

9 Voir par exemple *Haeck* c. *SMRQ*, [2002] R.D.F.Q. 73.

seront versées en parts égales, mais que le gain fiscal latent sera attribué entièrement à cet associé[10].

En outre, même si la participation des associés est souvent exprimée sous forme de pourcentage ou en termes de nombre d'unités, rien n'exige que ce soit le cas. Par exemple, dans une interprétation technique, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») souligne ceci :

> « We acknowledge that the provisions of the Act do not require a partner's share of a partnership's loss to be apportioned according to the value of his initial contribution expressed as a percent of the value of all partners' initial contributions[11]. »

Par ailleurs, sous réserve de l'article 103 L.I.R., rien n'exige que les pertes fiscales soient nécessairement réparties sur la même base que les revenus. Par exemple, lorsqu'un associé fait un apport de capital et un autre associé fait un apport de services, les associés peuvent convenir que les pertes seront attribuées en priorité à l'associé ayant fait un apport de capital[12].

En somme, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas comment le revenu fiscal doit être réparti entre les associés. Dans la mesure où les parties prévoient dans une entente juridique valide la répartition de 100 % du revenu et des pertes de la société entre les associés, une telle entente devrait être reconnue aux fins fiscales sous réserve de l'application potentielle de l'article 103 L.I.R.

1.2. « TIMING » DE LA RÉPARTITION DU REVENU ENTRE LES ASSOCIÉS

Lorsque les associés de la société changent au cours de l'exercice, particulièrement lorsqu'un associé se retire de la société, il faut déterminer parmi quel groupe d'associés le revenu de la société doit être réparti. Le paragraphe 96(1) L.I.R. s'applique « lorsqu'un contribuable est associé d'une société de personnes » et ne précise pas à quel moment ce statut doit être déterminé. Il est généralement reconnu qu'un revenu ou une perte peut être attribué à un associé en vertu des alinéas 96(1)f) ou g) L.I.R., même s'il n'est plus associé à la fin de l'exercice. Cette pratique est courante dans les

---

[10] Nous traiterons de ce mécanisme à la section 3.1. du présent texte.

[11] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1990-108, août 1990.

[12] Nous traiterons de cette question à la section 3.2. du présent texte.

sociétés en commandite cotées en Bourse et dans les cabinets de professionnels. L'ARC reconnaît ce principe :

> « Income allocated to a partner from a partnership for a fiscal period during which that person was a partner will be included in that person's taxable income pursuant to paragraph 96(1)(f) of the Act in the taxation year during which the fiscal year of the partnership ends[13]. » (Notre soulignement)

Par ailleurs, dans un autre document, l'ARC justifie une décision anticipée confirmant qu'un revenu peut être attribué à un associé dont les unités sont rachetées au cours de l'année comme suit : « At a point in time during the year the Limited Partner is a partner (as required to meet the conditions of the preamble to 96(1)) »[14]. (Notre soulignement)

En outre, les notes explicatives publiées par le ministère des Finances pour le nouveau paragraphe 96(1.01) L.I.R. mentionnent que cette disposition vient « préciser » qu'un revenu est attribuable à un contribuable même s'il a cessé d'être un associé de la société avant la fin de l'exercice de la société[15].

Toutefois, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mathew* c. *Canada*[16], dans son résumé des faits, laisse entendre qu'un contribuable doit être associé à la fin de l'exercice d'une société pour se voir attribuer une perte :

> « Les règles relatives aux sociétés de personnes édictées à l'art. 96 de la Loi prévoient que le revenu ou les pertes d'une société sont transmis à ses associés à la fin de l'année d'imposition. Pourvu qu'ils soient encore des associés à la fin de l'année d'imposition, les associés ont le droit de demander la déduction au prorata de leurs parts des pertes de la société, peu importe le moment où ils se sont joints à celle-ci. »

Cet énoncé, dans le rappel des faits, ne fait évidemment pas partie du *ratio decidendi* de la décision de la Cour – cette question n'était tout simplement pas devant la Cour. Ce passage ne reflète pas la pratique acceptée dans la communauté fiscale et nous ne croyons pas qu'il est

---

13 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1991-218, août 1991.

14 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 9803733, 10 juillet 1998.

15 CANADA, ministère des Finances, Notes explicatives relatives au Projet de loi C-10, 29 octobre 2007, art. 91.

16 [2005] 2 R.C.S. 643 (ci-après « *Mathew* »), par. 9.

supporté par le libellé du paragraphe 96(1) L.I.R., sauf bien sûr dans le cas où la formule de répartition du revenu et des pertes dans la convention de société précise que le revenu et les pertes doivent être attribués uniquement aux associés à la fin de l'exercice.

Notons toutefois que d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* exigent expressément que le contribuable soit un associé à la fin de l'exercice de la société. C'est le cas, par exemple, des paragraphes 110.1(4) et 118.1(8) L.I.R. qui visent à attribuer les dons de bienfaisance faits par la société aux associés. C'est aussi le cas pour le calcul des « frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz » d'un contribuable[17]. Notons en outre que les ajustements au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la participation dans la société de personnes prévus aux sous-alinéas 53(1)c)(i) et 53(2)c)(i) L.I.R. pour le revenu ou la perte attribué à un associé sont généralement possibles seulement si l'associé détient la participation à la fin de l'exercice. Cependant, l'ajout du nouveau paragraphe 96(1.01) L.I.R. (rétroactif à 1995) proposé par le ministère des Finances vise à éliminer le risque de double imposition qui existait lorsqu'un associé disposait de sa participation au cours de l'exercice de la société.

Même si une partie du revenu ou de la perte de la société **peut** être attribuée à un associé qui s'est retiré au cours de l'exercice, les parties à la convention de société peuvent par ailleurs convenir, sous réserve de l'application potentielle de l'article 103 L.I.R., que la répartition sera effectuée en fonction des participations respectives des associés à la fin de l'exercice de la société, sans tenir compte de la date où ils ont acquis une participation dans la société. Dans une interprétation technique, l'ARC déclare ceci :

> « Subject to section 103 of the Act, the Department accepts that a partner at the end of a fiscal period of the partnership is entitled to be allocated his share of the partnership's income or loss for the entire fiscal period of the partnership, in accordance with the partnership agreement, regardless of when he became a member of the partnership[18]. »

Bref, dans la mesure où un contribuable a été associé d'une société de personnes à un moment ou à un autre durant l'exercice de la société, la convention de société peut prévoir qu'une partie du revenu et des pertes de la

---

17 Voir l'alinéa b) de la définition au paragraphe 66.4(5) L.I.R.

18 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1991-164, mai 1991.

société lui sera attribuée. Le « timing » de la répartition du revenu peut s'avérer important lorsqu'un tiers acquiert, directement ou indirectement, une participation dans une société de personnes. Cette situation s'est présentée au cours de la dernière année notamment dans le contexte d'acquisition de fiducies de revenu. En effet, plusieurs fiducies de revenu détiennent des participations importantes dans une société de personnes. Dans le contexte de l'acquisition de la totalité des unités d'une fiducie de revenu, l'acquéreur voudra généralement liquider la fiducie avant la fin de l'année. Dans cette situation, il peut devenir nécessaire de modifier la convention de société pour s'assurer que le revenu de la société de personnes sous-jacente sera attribué au public (par le biais de la fiducie de revenu) jusqu'à la date de clôture de l'offre publique d'achat. Il semble que l'ARC considère que l'article 103 L.I.R. ne s'applique pas à un amendement à la convention de société visant à modifier le « timing » de la répartition du revenu de la société de personnes pour obtenir ce résultat[19].

1.3. POSSIBILITÉ D'ATTRIBUER UNE PERTE À UN ASSOCIÉ ET UN REVENU À UN AUTRE ASSOCIÉ POUR UN MÊME EXERCICE

Il serait parfois approprié d'un point de vue commercial d'attribuer un revenu à un associé et une perte à un autre associé pour un même exercice de la société de personnes. Une telle répartition peut d'ailleurs, comme nous le verrons à la section 3. du présent texte, découler de l'application de la méthode particulière de répartition des revenus et des pertes convenue par les parties.

L'ARC semble avoir comme position[20] que les alinéas 96(1)f) et g) L.I.R. ne permettent pas 1) d'attribuer une perte à un associé à moins que la société n'ait réalisé une perte pour l'exercice, ou 2) d'attribuer à un associé un montant de revenu excédant le revenu net de la société pour l'exercice calculé conformément aux alinéas 96(1)a) à e) L.I.R. Dans la mesure où la convention de société prétend attribuer un montant à un associé excédant le revenu fiscal de la société pour l'exercice, l'ARC considère qu'il s'agira alors d'une attribution de capital venant réduire le PBR de la participation en vertu du sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R.

---

19 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2007-0245281R3, 2007.

20 Voir en particulier AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 1999-0011325, 2 juin 2000 et 2002-0117125, 20 juin 2002.

Cette position découle de la mécanique du paragraphe 96(1) L.I.R. – soit la détermination du revenu ou de la perte pour chaque source au niveau de la société de personnes et, ensuite, la détermination de la « part » du contribuable dans ce revenu ou cette perte. Le terme « part » (pouvant être défini comme la **partie d'une chose attribuée à quelqu'un**) fait donc référence à une « fraction » du revenu – ce qui sous-entend que la part ne pourrait excéder 100 % du revenu ou de la perte. Corollairement, si une société de personnes a un revenu et une perte de zéro pour un exercice, aucun revenu ou perte ne pourrait être attribué aux associés[21].

Notons cependant que les alinéas 96(1)f) et g) L.I.R. envisagent un calcul distinct pour chaque « source » de revenu ou de perte de la société de personnes. Ainsi, le principe exposé ci-dessus devrait être limité au revenu ou à la perte provenant d'une source particulière. Dans le mesure où la convention de société prévoit que les associés se partagent les revenus ou les pertes de différentes sources selon différentes proportions (comme c'était le cas par exemple dans l'arrêt *Xco Investments*), et qu'une source a produit une perte pour l'exercice alors que l'autre source a produit un revenu pour le même exercice, sous réserve de l'application de l'article 103 L.I.R., rien n'empêche qu'un revenu soit attribué à un associé et une perte attribuée à un autre associé pour le même exercice.

1.4. DÉDUCTIBILITÉ D'UN SALAIRE OU D'HONORAIRES VERSÉS À UN ASSOCIÉ

Il arrive que les parties à une convention de société souhaitent verser un salaire ou des honoraires à un associé avant que les profits (ou les pertes) ne soient répartis entre tous les associés selon leur participation respective.

D'un point de vue commercial, il peut s'agir d'une méthode pour compenser un associé pour son apport de service particulier. Par exemple, dans l'affaire *Archbold* c. *Canada*[22], l'épouse avait droit à une commission de 10 % sur les ventes et la perte de la société, après avoir déduit cette commission, était répartie entre les deux associés. Dans le contexte d'une société en commandite, il arrive souvent que des « honoraires » soient versés

---

21 Voir par contre Wolfe D. GOODMAN, « Can Nil Partnership Income Be Allocated So as to Show a Profit for One Partner and a Loss for Another? », (2000), vol. IX, n° 3 *Goodman on Estate Planning* 731 (Federated Press), dans lequel l'auteur soutient qu'une société n'ayant aucun revenu pour une année peut attribuer une perte de 100 000 $ à un associé et un revenu de 100 000 $ à l'autre.

22 [1995] 1 C.T.C. 2872 (C.C.I.) (procédure informelle) (ci-après « *Archbold* »).

au commandité afin de rémunérer son rôle de gestion. Le montant ainsi versé au commandité est parfois calculé en fonction des dépenses qu'il engage, notamment le traitement de ses propres employés.

D'un point de vue fiscal, cette stratégie peut apparaître comme une façon d'éviter l'application de l'article 103 L.I.R., puisque cet article vise la répartition du revenu net (après avoir déduit les dépenses). Par contre, le salaire ou les honoraires versés seront bien entendu assujettis à l'article 67 L.I.R. de sorte que le paiement d'un montant déraisonnable, compte tenu de la valeur des services, ne serait pas déductible. Par ailleurs, comme nous l'avons vu à la section 1.3., les alinéas 96(1)f) et g) L.I.R. ne semblent pas permettre qu'un revenu soit attribué à un associé et qu'une perte (provenant de la même entreprise) soit attribuée à un autre associé pour un même exercice (c'est du moins la position de l'ARC). Le paiement d'un salaire ou d'honoraires à un associé pourrait permettre d'accomplir indirectement ce résultat dans la mesure où le salaire est une dépense déductible au niveau de la société de personnes.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-138R[23] mentionnait que les traitements qu'une société verse aux associés ne constituent pas une dépense de l'entreprise, mais bien une façon de répartir les bénéfices. Par contre (et curieusement), le calcul décrit au paragraphe 11 de ce bulletin laissait entendre qu'un salaire versé à un associé pouvait être déduit au niveau de la société de sorte que l'autre associé pouvait se voir attribuer une perte pour le même exercice.

L'ARC a retiré ce bulletin en 2000 et a indiqué que le calcul au paragraphe 11 est inexact[24]. L'ARC a fait connaître sa position actuelle sur cette question au congrès annuel de l'Association canadienne d'études fiscales de 2003[25] :

- Le « salaire » versé à un associé n'est pas déductible lors du calcul du revenu de la société de personnes. Toute rémunération versée à un associé pour un travail effectué dans le cadre de l'entreprise de la société

---

[23] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-138R (annulé), « Calcul et transmission du revenu d'une société », 29 janvier 1979.

[24] Voir par exemple AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0066067F, 10 mai 2001.

[25] Cette position a ensuite été publiée dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, 21 mai 2004 (ci-après « *Nouvelles techniques* n° 30 »).

doit plutôt être considérée comme une distribution du revenu ou un prélèvement sur le capital.

- Deux raisons expliquent cette position :

  – Si la déduction était autorisée, l'associé tirerait deux sources de revenus de l'exploitation d'une seule entreprise : 1) la rémunération et 2) la part des revenus ou des pertes de la société de personnes attribuée à cet associé;

  – Autoriser une déduction reviendrait à permettre à l'associé qui reçoit la rémunération de se prévaloir d'une déduction au titre d'une somme qu'il se paierait à lui-même.

- Cependant, la somme versée à un associé serait déductible si les honoraires en question sont payés en contrepartie de services fournis par l'associé **à d'autres titres qu'en qualité d'associé (c'est-à-dire si les services ne sont pas reliés à la détention de sa participation dans la société de personnes)**. Une telle entente ne contreviendrait pas au principe interdisant de conclure un contrat avec soi-même.

La jurisprudence sur la question est partagée.

La Cour canadienne de l'impôt a examiné indirectement cette question dans l'affaire *Crestglen Investment* c. *MRN*[26] pour conclure que le traitement fiscal du revenu tiré par un associé est le même qu'il s'agisse de sommes distribuées par la société ou d'argent affecté aux services de gestion de la société :

> « Moreover, a partnership is not a distinct legal entity apart from the partners. A partner cannot be both the employer and the employed in the same partnership business. The tax treatment of a partners [partner's] partnership income is the same whether it is partnership distribution or monies allocated for partnership management services. Thus a partner cannot be an employee of a partnership that is capable of entering into a contract of employment with the partnership and as a consequence an incorporated employee could not become an employee

[26] 93 D.T.C. 462. La question en litige portait sur l'application de la définition d'« entreprise de prestation de services personnels » au paragraphe 125(7) L.I.R. La Cour a conclu que ce concept ne s'appliquait pas lorsque le prétendu « employé constitué en société » est un associé d'une société de personnes.

> of a partnership that [sic] the incorporated employee was a partner[27]. » (Notre soulignement)

À l'opposé, dans l'affaire *Archbold*, la juge Lamarre Proulx s'est fondée sur le paragraphe 24(6) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario[28] pour conclure qu'un associé peut convenir contractuellement d'être également un salarié de la société de personnes. Il serait donc possible qu'une perte soit attribuée aux associés même si l'un d'eux a par ailleurs reçu un salaire de la société. Notons cependant que cette décision a été rendue selon la procédure informelle et ne contient pas une discussion très élaborée. De plus, l'ARC a clairement énoncé dans le bulletin *Nouvelles techniques* n° 30 qu'elle ne considérait pas cette décision comme un précédent dans d'autres cas.

Le *Code civil du Québec* ne contient pas de disposition portant spécifiquement sur la dualité associé-salarié. Cette question a récemment été soulevée dans la cause *Auray-Blais* c. *La Reine*[29]. Les contribuables dans cette affaire voulaient déduire dans le calcul du revenu d'une société de personnes un salaire versé à M. Blais même si ce dernier était également un associé de la société. Selon le ministre, le montant versé représentait plutôt une attribution de capital prévue au sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R.

Le juge Bédard a donné raison au ministre. Il mentionne d'abord qu'une société de personnes n'est pas une personne distincte de ses associés et que la Cour d'appel du Québec a reconnu ce principe dans l'arrêt *Québec (Ville de)* c. *Cie d'immeubles Allard ltée*[30]. Le juge cite ensuite la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Drolet* c. *Charron*[31]. Le juge Bédard conclut ainsi :

---

27 *Id.*, 466.

28 L.R.O. 1990, c. P.5. Cette disposition prévoit que, **sous réserve d'un contrat exprès ou tacite entre les associés**, aucun associé n'a droit à une rémunération pour sa participation à la conduite de l'entreprise de la société.

29 2005 D.T.C. 1600 (C.C.I.) (procédure informelle) (ci-après « *Auray-Blais* »).

30 [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.).

31 [2005] R.J.D.T. 667. Dans cette affaire, une associée détenant une part de 35 % dans une société en participation réclamait notamment une indemnité de préavis, alléguant avoir été victime d'un congédiement déguisé. La Cour d'appel a rejeté cette réclamation en notant que les parties ont choisi d'adopter une structure juridique qui est incompatible avec le contrat de travail défini à l'article 2085 C.c.Q.

> « […] n'ayant pas une personnalité juridique distincte de ses associés, une société de personnes ne peut pas embaucher à titre d'employé un de ses associés étant donné qu'une personne ne peut pas s'employer soi-même. Ceci est encore plus vrai lorsque la société de personnes n'est formée que de deux associés[32]. » (Notre soulignement)

Notons aussi qu'au moins une décision rendue dans le contexte de la *Loi sur l'assurance-emploi*[33] supporte cette position[34].

La position de l'ARC étant fondée en partie sur l'impossibilité juridique de contracter avec soi-même, il convient de mentionner l'arrêt *Adams* c. *La Reine*[35] dans lequel la Cour d'appel fédérale a jugé qu'un groupe de 18 médecins copropriétaires d'un immeuble ne pouvaient pas déduire un paiement incitatif à la location effectué à une société de personnes dont les seuls associés étaient les mêmes médecins[36]. La Cour a refusé la déduction au motif que les médecins avaient effectivement versé le paiement incitatif à eux-mêmes[37].

En somme, à moins de pouvoir démontrer que les services ne sont pas rendus à titre d'associé de la société de personnes (mais plutôt dans le cadre d'une entreprise distincte exploitée par l'associé), la position de l'ARC et la prépondérance des autorités jurisprudentielles veulent que le salaire ou les honoraires versés à un associé ne représentent pas une dépense déductible au niveau de la société de personnes.

---

32 *Auray-Blais*, précité, note 29, par. 30.

33 L.R.C. 1996, c. 23.

34 Dans l'affaire *Cline-Shuit* c. *MRN*, [2001] T.C.J. 140, le juge Beaubier a conclu qu'un associé détenant une participation de 35 % dans une société de personnes ne pouvait à la fois être considéré comme un employé de la société. Par contre, dans l'affaire *Latourelle* c. *MRN*, [1998] C.C.I. 96768, la juge Lamare Proulx s'est abstenue de fonder sa décision sur l'impossibilité d'un contrat d'emploi entre un associé et une société dont il est associé au motif qu'aucune jurisprudence ou doctrine québécoise n'avait été présentée.

35 98 D.T.C. 6232 (C.A.F.).

36 Les médecins dans cette affaire semblent avoir comme position que ce montant ne devait pas être inclus dans le revenu de la société de personnes au motif qu'il s'agissait d'un avantage non imposable au titre du capital.

37 La Cour note toutefois que l'effet juridique aurait pu être différent si la copropriété avait été formée de 18 personnes dont cinq seulement étaient membres de la société. La Cour reconnaît aussi qu'il est bien établi qu'un associé peut louer un immeuble dont il est propriétaire à la société de personnes.

Cette conclusion peut amener des difficultés pratiques. Par exemple, dans une société en commandite, il arrive que les individus affectés à la gestion de la société soient des employés du commandité. Ce dernier reçoit alors une distribution périodique de la société de personnes afin de couvrir sa masse salariale. Or, dans la mesure où ce montant n'est pas déductible au niveau de la société de personnes, les commanditaires pourraient se voir privés d'une perte à laquelle ils auraient eu droit si les employés étaient engagés directement par la société de personnes. Ce sera le cas si le revenu fiscal de la société est inférieur aux « frais de gestion » versés au commandité – une partie des « frais de gestion » payés au commandité sera alors traitée comme une attribution de capital. De son côté, le commandité (qui est souvent une société formée exclusivement à cette fin) aura des dépenses de salaires inutilisées, puisqu'elles seront supérieures au revenu fiscal attribué par la société de personnes.

Une solution potentielle pour éviter ces difficultés pratiques consiste à utiliser une entité distincte (qui n'est pas directement associée de la société de personnes) pour rendre les services à la société de personnes. Par exemple, un particulier associé dans une société de personnes peut incorporer une compagnie dont il est le seul actionnaire. Cette compagnie pourra recevoir des honoraires de la société de personnes sans que les restrictions décrites ci-dessus s'appliquent. Il faut comprendre que la position de l'ARC se fonde sur l'interaction entre le droit privé et le paragraphe 96(1) L.I.R., et non sur une question de politique fiscale. Nous pouvons donc difficilement concevoir comment la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») s'appliquerait à une telle structure. D'ailleurs, l'ARC encourage les contribuables dans le bulletin *Nouvelles techniques* nº 30 à procéder ainsi.

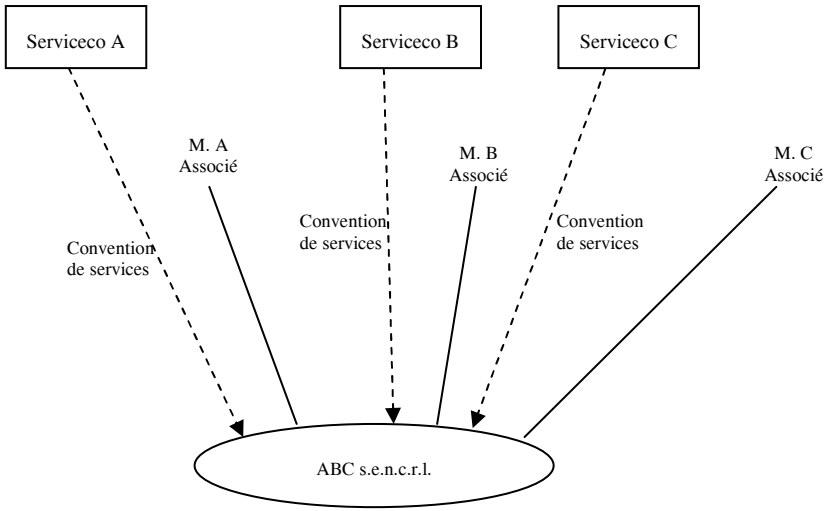
Au cours des dernières années, l'ARC a émis une série de décisions anticipées[38] qui illustrent ce stratagème. Ces décisions ont été rendues dans le contexte de réorganisations de sociétés de personnes afin de tirer profit de la législation provinciale permettant à certains professionnels de pratiquer par l'entremise d'une société par actions.

Les professionnels (en général, des médecins) continuent d'exercer personnellement, **à titre d'associés de la société de personnes**, leurs fonctions de gestion, d'enseignement et de promotion. Par ailleurs, chaque

---

[38] Voir par exemple AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2006-0198101R3, 16 mai 2007; 2006-0199731R3, 24 janvier 2007 et 2006-0213701R3, 24 mai 2007.

associé incorpore une société par actions (ci-après « compagnie contractante ») et cette compagnie contractante conclut **une convention de service** avec la société de personnes en vertu de laquelle la société de personnes sous-traite l'exécution des services professionnels aux compagnies contractantes en échange d'honoraires :



Cette structure préserve la société de personnes existante entre les professionnels (avec certaines modifications) tout en permettant à chaque compagnie contractante de réclamer sa propre déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») sur les quatre cent mille premiers dollars de revenu provenant d'une entreprise exploitée activement[39].

Dans ces décisions, l'ARC a conclu que, sous réserve des articles 18 et 67 L.I.R., les honoraires payables par la société de personnes aux compagnies contractantes étaient déductibles dans le calcul du revenu de la société de personnes conformément au paragraphe 96(1) L.I.R.

En outre, il est intéressant de noter que l'ARC a conclu, sous certaines réserves, que le paragraphe 103(1) L.I.R. ne s'appliquera pas dans une telle structure. Par exemple, dans la décision anticipée 2006-0198101, l'ARC déclare ceci :

---

[39] Notons toutefois que plusieurs décisions anticipées mentionnent que chaque société pourra réclamer sa propre DPE **pourvu qu'il n'existe pas de société de personnes entre les sociétés contractantes**. L'ARC ne se prononce donc pas sur cette question.

> « The sharing of income between the Partners of the Partnership will not be subject to adjustment pursuant to subsection 103(1) of the Act solely as a result of an Electing Partner, or the Principal of an Electing Partner, as applicable, being allowed, pursuant to amendments to the Partnership Agreement, to incorporate a Professional Corporation and provide all of his or her Professional Services to the Partnership through that Professional Corporation for a fee. »

Nous pouvons donc constater que l'ARC ne semble pas avoir d'objection de principe à ce qu'un associé fournisse des services indirectement à une société de personnes par le biais d'une entité distincte. Ces décisions dénotent par ailleurs que l'utilisation d'une telle structure n'est pas, en soi, un motif pour déclencher l'application du paragraphe 103(1) L.I.R.

2. L'ARTICLE 103 L.I.R. : LE CARACTÈRE RAISONNABLE DE LA RÉPARTITION

L'article 103 L.I.R. est la disposition clé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* touchant la répartition du revenu dans une société de personnes. Il contient deux règles différentes, selon que les membres de la société de personnes aient ou non un lien de dépendance entre eux. Cette disposition peut avoir pour effet de changer les conséquences fiscales pour les associés. Par contre, elle ne modifiera pas les conséquences civiles ou commerciales découlant de la convention.

2.1. LE PARAGRAPHE 103(1) L.I.R.

Le paragraphe 103(1) L.I.R. permet au ministre de remettre en question la répartition du revenu ou d'une perte d'une société de personnes, que les associés aient un lien de dépendance entre eux ou non :

> « **103. (1) Entente au sujet du partage des revenus, etc. visant à réduire l'impôt ou en différer le paiement –** Lorsque les associés d'une société de personnes sont convenus de partager en proportions déterminées tout revenu ou perte de la société de personnes provenant d'une source donnée ou de sources situées dans un endroit déterminé ou tout autre montant qui se rapporte à une activité quelconque de la société de personnes et qui doit entrer en ligne de compte dans le calcul du revenu ou du revenu imposable de tout associé de cette société de personnes et lorsqu'il est raisonnable de considérer que cette convention a pour objet principal de réduire les impôts ou de différer le paiement des impôts qui auraient pu être ou devenir payables par ailleurs en vertu de la présente loi, la part du revenu ou de la perte, selon le cas, ou de l'autre montant, revenant à chaque associé de la société de personnes est le montant qui est raisonnable, compte tenu des circonstances, y compris les proportions dans lesquelles les associés sont convenus de partager les profits et

> les pertes de la société de personnes provenant d'autres sources ou de sources situées à d'autres endroits. » (Notre soulignement)

Notons d'abord qu'il a fallu attendre plusieurs décennies avant que les tribunaux ne soient appelés à interpréter cette disposition dans le contexte d'opérations commerciales. Comme nous le verrons en détail plus loin, jusqu'à récemment, une seule décision rapportée discutait du caractère raisonnable de la méthodologie utilisée pour répartir les bénéfices dans le contexte commercial. Les autres décisions rapportées visaient des sociétés formées entre membres d'une même famille. En outre, la plupart des positions administratives émises par l'ARC se limitent à énoncer que l'application du paragraphe 103(1) L.I.R. est une question de fait devant être déterminée en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes. Il était donc difficile de déterminer la portée de cette disposition.

Trois conditions doivent être réunies pour que le paragraphe 103(1) L.I.R. trouve application.

Première condition : partage non uniforme des revenus ou des pertes

Le paragraphe 103(1) L.I.R. s'applique lorsque les associés ont convenu de partager en proportions déterminées tout revenu ou perte de la société de personnes « provenant d'une source donnée ou de sources situées dans un endroit déterminé ou tout autre montant qui se rapporte à une activité quelconque de la société ».

Cette formulation est ambiguë, mais semble signifier que le paragraphe 103(1) L.I.R. vise les situations où la convention de société prétend attribuer certains éléments de revenus (ou de pertes) à certains associés, et non à d'autres. Comme nous le verrons, c'est d'ailleurs le genre de situation où l'ARC a invoqué le paragraphe 103(1) L.I.R. avec succès dans l'arrêt *Xco Investments* et dans l'affaire *Penn West Petroleum*. Autrement dit, le libellé du paragraphe 103(1) L.I.R. laisse entendre que cette disposition ne serait pas applicable lorsque les associés ont convenu de partager le revenu ou la perte provenant de toutes les sources et de toutes les « activités » et de tous les endroits d'une manière uniforme. Par exemple, le paragraphe 103(1) L.I.R. ne s'appliquerait pas lorsque tous les revenus provenant de toutes les sources et de toutes les activités sont partagés en fonction du nombre d'unités ou en fonction du capital investi. La dernière partie du paragraphe 103(1) L.I.R. semble d'ailleurs corroborer cette interprétation, puisqu'elle précise que, pour déterminer le caractère raisonnable d'une attribution de revenu provenant d'une source, d'un endroit ou d'une activité donné(e), il faut tenir compte des « proportions dans lesquelles les associés sont

convenus de partager les profits et les pertes de la société de personnes provenant d'autres sources ou de sources situées à d'autres endroits ». (Notre soulignement)

En outre, le paragraphe 103(1.1) L.I.R. ne contient pas de langage similaire et semble donc viser tout partage de revenus ou de pertes. Cette différence entre les deux dispositions fait ressortir le fait que le champ d'application du paragraphe 101(1) L.I.R. est plus limité que celui du paragraphe 103(1.1) L.I.R.

Deuxième condition : l'objet principal de l'entente sur la répartition

La formule de répartition des revenus et des pertes peut être remise en question « s'il est raisonnable de considérer » que la convention a pour objet principal de réduire les impôts ou de différer le paiement des impôts qui auraient pu être ou devenir payables par ailleurs en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le paragraphe 103(1) L.I.R. prévoit qu'il faut déterminer l'objet principal « de la convention ». Le libellé suggère que la « convention » vise la convention mentionnée dans l'introduction, soit la convention par laquelle les parties ont convenu de partager le revenu provenant d'une source, d'une activité ou d'un endroit particulier. Cependant, malgré le texte clair du paragraphe 103(1) L.I.R., dans la cause *Penn West Petroleum*, le juge en chef Bowman semble avoir rejeté l'argument du contribuable selon lequel seule la convention de société était pertinente pour déterminer si le paragraphe 103(1) L.I.R. trouvait application (dont les clauses pertinentes semblaient avoir été conclues indépendamment des opérations faisant l'objet du litige). La Cour a plutôt conclu que l'ensemble des relations contractuelles entre les parties devait être analysé :

> « Counsel for the appellant argued that there was no agreement to which subsection 103(1) could apply. Specifically he contends that one cannot "piggybank" the letter agreement onto section 3.17 of the partnership agreement. At the time of the letter agreement of December 29, 1994, Phillips was not a partner. It became a partner on January 30, 1995. When Phillips became a partner, the letter agreement continued to be in effect and from January 30, 1995 onwards the arrangement between the partners consisted of the contractual relations that subsisted between them in their entirety and it is to those contractual relations that one must look in determining whether subsection 103(1) applies[40]. »

[40] *Penn West Petroleum*, précité, note 7, par. 29.

Cette approche n'est pas sans conséquence. En effet, la détermination de l'objet principal de la répartition convenue par les associés devrait normalement se faire **au moment où la méthodologie a été adoptée par les parties**. Or, comme nous le verrons, tant dans l'arrêt *Xco Investments* que dans l'affaire *Penn West Petroleum*, la Cour semble plutôt considérer l'objet principal de transactions subséquentes (et en apparence non liées) à l'établissement de la méthodologie de partage du revenu.

Plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* utilisent l'expression « s'il est raisonnable de considérer ». Soulignons en particulier la ressemblance qui existe entre le paragraphe 103(1) L.I.R. et la définition d'« opération d'évitement » au paragraphe 245(3) L.I.R. Cette définition vise une opération dont découlerait un avantage fiscal, **sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables**.

Lorsqu'il y a à la fois un objet fiscal et un objet non fiscal, les deux dispositions exigent que l'on soupèse l'importance relative des motivations auxquelles obéissait l'opération (ou la convention). Comme la Cour suprême nous l'enseigne, il doit s'agir d'une analyse objective basée sur les faits :

> « Là encore, l'examen porte sur les faits. Le contribuable ne peut se soustraire à l'application de la RGAÉ en déclarant simplement que l'opération a été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Le juge de la Cour de l'impôt doit soupeser la preuve pour décider s'il est raisonnable de conclure que l'opération n'a pas été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Cette décision fait appel au caractère raisonnable, ce qui indique qu'il faut envisager objectivement la possibilité que les événements se prêtent à diverses interprétations[41]. »

Même si les paragraphes 103(1) et 245(3) L.I.R. sont forts semblables, leur libellé respectif est formulé de manière opposée. L'utilisation des termes « sauf s'il raisonnable de considérer » au paragraphe 245(3) L.I.R. laisse en effet entendre que le contribuable devrait recevoir le bénéfice du doute dans un cas limite. Autrement dit, la RGAÉ ne s'appliquerait pas si le contribuable a raisonnablement démontré que la transaction a été mise en place principalement à des fins non fiscales (même si le ministre a également fait une démonstration raisonnable d'un autre objet principal)[42]. À l'opposé,

---

41 *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada*, 2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.), par. 29.

42 Voir **par analogie** l'analyse de la Cour d'appel fédérale dans *La Reine* c. *Compagnie Pétrolière Impériale*, 2004 D.T.C. 6044, par. 40 dans le contexte du paragraphe 245(4) L.I.R. (avant les modifications de 2005).

le paragraphe 103(1) L.I.R. pourrait conceptuellement s'appliquer dès que le ministre a démontré que l'objet principal de l'arrangement est de réduire ou différer l'impôt (même s'il est raisonnable de croire, selon la preuve du contribuable, qu'il existe un différent objet principal)[43].

La détermination de l'objet principal de la répartition convenue par les associés devrait se faire au moment où la méthodologie a été adoptée par les parties, et non au moment où cette méthodologie devient pertinente. Aussi, la jurisprudence récente nous enseigne que toute modification apportée à une convention de société en prévision d'une transaction sera scrutée à la loupe pour déterminer son objet principal.

On peut se demander si l'objet doit être de réduire ou reporter l'impôt de tous les associés sur une base consolidée, ou plutôt d'un associé particulier. La jurisprudence nous enseigne que le paragraphe 103(1) L.I.R. pourrait s'appliquer dès qu'il y a réduction de l'impôt payable par un des associés. En particulier, dans l'affaire *Penn West Petroleum*, la Cour a jugé que le paragraphe 103(1) L.I.R. s'appliquait puisque l'impôt payable par un des associés était manifestement réduit, sans que les conséquences fiscales pour l'autre associé aient été prises en compte :

> « There are three other arguments that should be mentioned briefly. The first is that there was no reduction of tax because the tax consequences merely got moved to Phillips. Certainly the purpose of the arrangement was to reduce the appellant's tax. I have no idea what Phillips' tax situation might have been at the time but if the intent is to reduce one taxpayer's tax this is in my view sufficient to invoke subsection 103(1)[44]. »

Enfin, le paragraphe 103(1) L.I.R. n'impose pas un test de résultat. Cette disposition ne devrait pas s'appliquer du simple fait que la méthodologie utilisée pour répartir le revenu ou les pertes a occasionné, dans les faits, une réduction ou un report d'impôts pour un exercice donné, si tel n'était pas l'objet principal de la méthodologie lorsqu'elle a été adoptée. Par exemple, une méthode particulière de répartition du revenu pourrait avoir comme conséquence, pour un exercice donné, la réduction de l'impôt payable par un associé, mais le paragraphe 103(1) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer si cette

---

[43] Voir par analogie *Canada* c. *Nassau Walnut Investments Inc.*, 97 D.T.C. 5051 où la Cour d'appel fédérale a conclu que, lorsque la méthode adoptée par le ministre pour la répartition du revenu protégé est raisonnable, le paragraphe 55(2) L.I.R. devrait s'appliquer, abstraction faite du caractère raisonnable de la méthode choisie par le contribuable.

[44] *Penn West Petroleum*, précité, note 7, par. 45.

méthode a été adoptée par les parties afin, par exemple, d'assurer un traitement juste et équitable de tous les associés, refléter le capital investi ou s'assurer que le traitement fiscal reflète la réalité commerciale.

Troisième condition : le caractère déraisonnable de la répartition

Lorsque les deux conditions ci-dessus sont réunies, le paragraphe 103(1) L.I.R. exige que la répartition du revenu soit raisonnable compte tenu des circonstances, à défaut de quoi le paragraphe 103(1) L.I.R. trouvera application.

Notons d'abord que les « circonstances » devant être prises en compte pour déterminer le caractère raisonnable de la répartition incluent « les proportions dans lesquelles les associés sont convenus de partager les profits et les pertes de la société de personnes provenant d'autres sources ou de sources situées à d'autres endroits » − autrement dit, les dispositions de la convention de société sont pertinentes pour déterminer si la répartition du revenu entre les associés dans une situation particulière est raisonnable. En fait, l'ARC semble accorder une grande importance à l'existence d'une convention préétablie pour déterminer si la répartition pour une année particulière est raisonnable :

> « It is our opinion that profit sharing arrangements similar to the one described to us in your memorandum, would not, in and by themselves, result in the application of section 103. The allocation of income was consistent with some **predetermined method** and it was not a spontaneous or optional arrangement decided after or upon the termination of any given year or any given event[45]. » (Notre soulignement)

Ainsi, l'existence de principes préétablis dans la convention peut non seulement démontrer que l'objet principal d'une « entente » sur la répartition fiscale n'était pas le report ou la réduction de l'impôt, mais aussi que la méthodologie choisie est raisonnable dans les circonstances (puisqu'elle est conforme à la convention). Par ailleurs, une répartition non conforme avec les principes préétablis dans la convention, ou la modification de la convention en prévision d'une transaction particulière, risque davantage d'être considérée comme déraisonnable.

---

[45] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique B-4406, 7 juin 1983. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1990-137, septembre 1990.

Le libellé du paragraphe 103(1) L.I.R. peut laisser entendre qu'il existe **une seule** répartition raisonnable dans des situations données. En effet, ces dispositions exigent que les associés s'imposent sur **le** montant qui est raisonnable dans les circonstances. Par contre, la jurisprudence laisse entendre que plus d'une répartition peut être « raisonnable ». Citons par exemple les propos du juge en chef Bowman dans l'arrêt *Xco Investments* :

> « Selon moi, un traitement raisonnable de cet arrangement en vertu de l'article 103 serait de considérer la part du revenu revenant à Woodwards comme étant la somme qu'elle a effectivement reçue (557 556 $), [...][46]. » (Notre soulignement)

Ces propos donnent à entendre qu'il pourrait y avoir plus d'« un traitement raisonnable » dans une situation donnée. La Cour fédérale suggère aussi qu'il peut exister plus d'une répartition raisonnable dans l'affaire *Signum Communications Inc.* c. *La Reine* :

> « […] but if the method which they chose to allocate or share the loss was unreasonable the Minister was entitled to intervene and direct (in effect) that it be shared in a reasonable manner. […]
>
> However, when there is a rational, reasonable and normal formula employed in the allocation of the losses, as there was in this case where they were allocated in proportion to the capital contributed, there are no grounds on which the Minister can invoke the provisions of section 103[47]. » (Notre soulignement)

Bref, la jurisprudence nous enseigne que, dans la mesure où le contribuable peut démontrer que la répartition est « raisonnable », le ministre ne devrait pas être en mesure de la contester au motif qu'une autre méthodologie serait « plus raisonnable ».

Par ailleurs, dans l'arrêt *Xco Investments*, le juge en chef Bowman rappelle que l'article 103 L.I.R. (tout comme l'article 245 L.I.R.) exige une détermination objective de la répartition et ne confère pas au ministre un pouvoir discrétionnaire :

> « Premièrement, bien que le terme "raisonnable" soit relatif et que ce qui est raisonnable doit dépendre de l'ensemble des circonstances, la détermination de ce qu'il en est ne représente nettement pas une mesure discrétionnaire de la part du ministre. Ce serait totalement inacceptable si, en examinant la décision du

---

[46] *Xco Investments*, précité, note 7, par. 35.

[47] 88 D.T.C. 6427 (C.F.), par. 22-23; confirmé par 91 D.T.C. 5360 (C.A.F.) (ci-après « *Signum Communications* »).

> ministre sur ce qui est "raisonnable", la Cour était entravée par la théorie que la décision du ministre était discrétionnaire et que devaient être observées les règles concernant l'examen d'une mesure discrétionnaire et le fait de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du ministre. Si vaste que puisse être la portée de l'article 245, celui-ci ne confère pas des pouvoirs discrétionnaires au ministre, que ce soit dans la décision d'appliquer cet article ou dans la détermination des conséquences de ce dernier[48]. »

Enfin, bien que l'ensemble des circonstances soit pertinent, il semble qu'un critère prédominant veuille que la répartition du revenu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reflète dans la mesure du possible la réalité économique et commerciale des relations entre les associés. Citons les propos de l'ARC :

> « We cannot find any support in the available literature or anywhere else to support your contention that the absence of a mathematical formula in the Act by which partnership income may be allocated is a result of Parliament's desire that the income tax treatment should reflect, to the extent reasonable, the business terms reached by arm's length partners as to their allocation of partnership income. We do not, however, disagree with your contention[49]. »

Nous verrons à la section 2.3.1. que c'est aussi l'approche suivie par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Xco Investments* pour déterminer quelle devrait être la répartition raisonnable dans les circonstances.

2.2. LE PARAGRAPHE 103(1.1) L.I.R.

Le paragraphe 103(1.1) L.I.R. s'applique lorsqu'il existe un lien de dépendance entre les associés d'une société de personnes :

> « **(1.1) Entente au sujet des revenus, etc. en proportions déraisonnables –** Lorsque plusieurs associés d'une société de personnes qui ont, entre eux, un lien de dépendance conviennent de partager tout revenu ou toute perte de la société de personnes, ou tout autre montant qui se rapporte à une activité quelconque de la société de personnes, et qui doit entrer en ligne de compte dans le calcul du revenu ou du revenu imposable de ces associés et que la part du revenu, de la perte ou de cet autre montant revenant à l'un de ces associés n'est pas raisonnable dans les circonstances, compte tenu du capital qu'il a investi dans la société de personnes ou du travail qu'il a accompli pour elle ou de tout autre facteur pertinent, cette part est réputée, indépendamment de toute convention, être le montant qui est raisonnable dans les circonstances. » (Notre soulignement)

---

48 *Xco Investments*, précité, note 7, par. 39.

49 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 11.

L'ancien paragraphe 74(5) L.I.R., abrogé en 1979 concurremment à l'introduction du paragraphe 103(1.1) L.I.R., prévoyait que lorsqu'un mari et sa femme étaient associés, le revenu d'un des conjoints provenant de l'entreprise pouvait, à la discrétion du ministre, être réputé appartenir à l'autre conjoint. Le paragraphe 103(1.1) L.I.R. reconnaît qu'une société de personnes valide et véritable peut être formée par des membres d'une même famille et remplace le pouvoir discrétionnaire du ministre par des critères neutres et objectifs pour déterminer la répartition raisonnable dans les circonstances.

Nous pouvons dénoter quatre différences entre les paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R. Premièrement, le paragraphe 103(1.1) L.I.R., contrairement au paragraphe 103(1) L.I.R., ne semble pas se limiter aux situations où les associés ont spécifiquement convenu d'attribuer certains éléments de revenus provenant de certaines sources ou de certaines activités à un groupe d'associés et non à d'autres. Deuxièmement, le paragraphe 103(1.1) L.I.R. ne contient pas de test d'objet et peut donc être invoqué par le ministre sans qu'il soit nécessaire de démontrer que l'objet principal de la convention est la réduction ou le report de l'impôt. Il s'agit sans doute de la différence la plus importante par rapport au paragraphe 103(1) L.I.R. Troisièmement, le paragraphe 103(1.1) L.I.R. énumère deux critères spécifiques pour déterminer le caractère raisonnable d'une répartition, soit le capital investi et le travail accompli, mais précise que « tout autre facteur pertinent » doit aussi être pris en compte. Quatrièmement, le paragraphe 103(1.1) L.I.R. précise que la détermination du caractère raisonnable de la répartition doit se faire indépendamment de toute convention, alors que le paragraphe 103(1) L.I.R. prévoit qu'il faut tenir compte des proportions dans lesquelles les associés sont convenus de partager les profits et les pertes provenant d'autres sources (et donc des dispositions de la convention de société).

Selon l'ARC, pour déterminer la valeur du travail accompli par un associé, on doit prendre à la fois en considération le temps consacré et l'expertise apportée. Si la fonction dont s'acquitte un associé ne nécessite pas d'aptitudes ou de formation spécialisée, la participation de ce dernier sera régulière et prendra beaucoup de son temps. Si un associé est spécialisé dans un domaine propre aux activités de la société, sa participation peut être irrégulière et prendre une moins grande partie de son temps, mais néanmoins donner droit à une part importante des revenus de la société[50]. En bout de

[50] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-231R2, « Sociétés – Associés ayant un lien de dépendance », 3 mars 1986, par. 3.

ligne, l'objectif est de déterminer la valeur véritable du travail accompli et le critère de l'expertise n'est, selon nous, qu'un des facteurs pertinents.

Dans le contexte du paragraphe 103(1.1) L.I.R., les tribunaux ont généralement considéré que le caractère raisonnable s'entend du « caractère commercial » de cette répartition. Il faut donc faire une comparaison avec une situation comparable impliquant des associés traitant à distance. Dans l'arrêt *Fillion* c. *La Reine*, la Cour mentionne ceci :

> « Bien que le test de la raisonnabilité ne soit pas un simple exercice mathématique et qu'il sous-entend la prise en considération de multiples facteurs, il doit cependant reposer sur des fondements acceptables et raisonnables dans le cadre d'opérations comparables aux activités économiques généralement reconnues[51]. »

Dans un même ordre d'idées, dans l'affaire *Archbold*, la Cour souligne ceci :

> « Le partage des profits et des pertes qui peut paraître raisonnable à un mari qui tire son revenu d'un emploi et qui désire aider sa femme à lancer une entreprise familiale ne l'est pas au sens du paragraphe 103(1.1) de la Loi. Dans le contexte de la Loi de l'impôt sur le revenu, raisonnable veut dire raisonnable sur le plan des affaires[52]. »

Les tribunaux appliquent donc, dans la détermination du caractère raisonnable de la répartition du revenu en vertu du paragraphe 103(1.1) L.I.R., une analyse fort semblable à l'analyse du caractère raisonnable d'une déduction aux fins de l'article 67 L.I.R. C'est normal puisque ces deux dispositions jouent un rôle semblable et complémentaire.

Puisque le paragraphe 103(1.1) L.I.R. est souvent invoqué dans des planifications visant à fractionner le revenu entre les membres d'une famille, il convient de discuter de l'interaction de cette disposition avec les règles d'attribution[53].

Les règles d'attribution visent le revenu de bien et les gains en capital, mais non le revenu d'entreprise. Ainsi, dans la mesure où un contribuable transfère une participation dans une société de personnes à un enfant mineur

---

[51] 2003 D.T.C. 61 (C.C.I.); confirmé par 2004 D.T.C. 6293 (C.A.F.) (ci-après « *Fillion* »), par. 59.

[52] *Archbold*, précité, note 22, par. 9.

[53] Voir en particulier les articles 74.1 à 74.5 L.I.R.

sans contrepartie adéquate et que la société exploite une entreprise, l'enfant sera considéré gagner du revenu d'entreprise conformément à l'alinéa 96(1)f) L.I.R. de sorte que le paragraphe 74.1(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas[54]. Or, le paragraphe 96(1.8) L.I.R. a été adopté précisément afin de pallier cette lacune. Cette disposition prévoit que, pour l'application du paragraphe 56(4.1) et des articles 74.1 et 74.3 L.I.R., lorsqu'un particulier transfère ou prête à une autre personne une participation dans une société de personnes, la part de la personne sur le revenu de la société de personnes est réputée être un revenu tiré d'un bien qui constitue la participation dans la société (de sorte que les règles d'attribution peuvent trouver application). Il s'agit donc d'une disposition semblable à l'alinéa 108(5)a) L.I.R. dans le contexte des fiducies, mais de portée beaucoup plus restreinte. Le paragraphe 96(1.8) L.I.R. représente donc une exception au paragraphe 96(1) L.I.R. (qui prévoit que le revenu de la société conserve sa nature entre les mains des associés). Le paragraphe 96(1.8) L.I.R. s'applique uniquement si l'enfant mineur ou le conjoint est un « associé déterminé » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. et il ne s'applique donc généralement pas pour attribuer le revenu d'entreprise de la société lorsque les membres de la famille participent activement dans une société en nom collectif[55].

L'ARC considère aussi que, lorsqu'un apport de capital est fait par un associé avec des fonds provenant d'un cadeau ou d'un prêt sans intérêt consenti par un autre associé avec qui le bénéficiaire a un lien de dépendance et que le transfert a pour but de permettre à ce dernier d'effectuer l'apport de capital, l'apport, aux fins du paragraphe 103(1.1) L.I.R., sera considéré comme ayant été effectué par l'auteur du transfert et non par le bénéficiaire du transfert[56]. Il semble difficile de déterminer sur quelle assise juridique l'ARC fonde cette position. Même si le paragraphe 103(1.1) L.I.R. fait référence aux « autres facteurs pertinents », la provenance des fonds utilisés par un associé pour investir dans une société n'est pas nécessairement considérée comme un facteur pertinent dans un contexte commercial pour déterminer la répartition des revenus. De plus, une telle planification pourrait déjà être assujettie aux règles d'attribution dans la mesure où le paragraphe 96(1.8) L.I.R. trouve application (si la participation dans la société représente un « bien substitué »). Le paragraphe 103(1.1) L.I.R. ne devrait pas permettre à l'ARC d'élargir le cercle de personnes visées par les règles

---

[54] Voir *Hollinger* c. *MNR*, 73 D.T.C. 5003 (C.F.); confirmé par 74 D.T.C. 6604 (C.A.F.).

[55] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0029571E5, 14 janvier 2004.

[56] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 50, par. 4.

d'attribution lorsque celles-ci ne s'appliquent pas (par exemple, parce qu'il s'agit d'un enfant majeur).

2.3. JURISPRUDENCE SUR LE PARAGRAPHE 103(1) L.I.R.

Jusqu'à tout récemment, il existait très peu de décisions de jurisprudence mettant en cause la répartition du revenu entre associés d'une société de personnes sans lien de dépendance[57]. Il était donc partiellement difficile de délimiter la portée du paragraphe 103(1) L.I.R.

Dans l'arrêt *Signum Communications*[58], le contribuable avait investi 2 500 $ pour acquérir une participation dans une société en commandite détenant des films. Le contribuable réclamait, sur une période de deux ans, des déductions totalisant environ 120 000 $ représentant sa part des pertes d'exploitation de la société. La convention de société prévoyait une répartition des revenus et des pertes en fonction du capital contribué.

Après avoir conclu qu'aucun principe fiscal[59] ou de common law n'empêchait un commanditaire de réclamer une perte excédant le montant qu'il a contribué à la société, la Cour s'est prononcée sur l'argument du ministre voulant que l'attribution de la perte à l'appelante devrait être refusée en vertu du paragraphe 103(1) L.I.R. puisqu'elle donne lieu à une réduction ou un report d'impôts et que toute attribution de perte à l'appelante excédant 2 500 $ n'était pas raisonnable dans les circonstances.

La Cour a rejeté cet argument du revers de la main :

> « If, for example, the partners had agreed that the entire loss of $816,650 for 1974 should have been allocated to the plaintiff there would be grounds for a re-allocation under section 103 because, prima facie, that would not be a reasonable sharing of the loss. However when there is a rational, reasonable and normal formula employed in the allocation of the losses, as there was in this case where they were allocated in proportion to the capital contributed, there are no grounds on which the Minister can invoke the provisions of section 103[60]. » (Notre soulignement)

---

57 Voir par exemple *Tenenbaum* c. *MRN*, 77 D.T.C. 390 (C.A.I.).

58 Précité, note 47. Notons que la Cour d'appel fédérale n'a pas abordé l'application de l'article 103 L.I.R.

59 Les faits dans cette cause remontent avant l'introduction des règles sur la « fraction à risque » aux paragraphes 96(2.1) à 96(2.7) L.I.R.

60 *Signum Communications*, précité, note 47, par. 22.

En appliquant l'article 103 L.I.R., la Cour met l'accent, à bon droit selon nous, sur le caractère logique et rationnel de la formule de répartition prévue à la convention, et non sur le caractère offensant de la planification sur le plan de la planification fiscale. Même si le résultat ultime n'était pas nécessairement conforme à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'article 103 L.I.R. n'était pas l'outil approprié pour contrer cette planification.

Comme nous le verrons ci-dessous, le juge en chef Bowman a récemment rendu deux décisions étoffées impliquant spécifiquement la répartition du revenu dans le contexte de transactions commerciales.

2.3.1. Arrêt *Xco Investments*

La question en litige dans cette affaire était de déterminer si le ministre était en droit de réattribuer le revenu que les appelantes avaient au départ attribué à Woodwards Store Ltd. (ci-après « Woodwards »), récemment admise comme troisième associée dans leur société de personnes.

La société de personnes détenait deux immeubles, Topaz et Westhill. Lorsque la société a été créée en 1986, le contrat de société prévoyait que, aux fins fiscales et comptables, le revenu serait attribué aux associées conformément à leur participation proportionnelle respective.

Les transactions suivantes ont été mises en place en 1992 en prévision de la vente de l'immeuble Westhill Apartments à un tiers (une offre d'achat a été faite la journée suivante) :

1) Woodwards, une société ouverte œuvrant dans le commerce de détail et ayant d'importantes pertes autres qu'en capital, s'est jointe à la société de personnes, **mais uniquement relativement à Westhill Apartments**. On lui a ainsi donné le droit de participer à 80 % des revenus locatifs et du produit net de disposition de l'immeuble Westhill Apartments. En contrepartie, elle a fait un apport de 1 260 000 $, représentant 80 % de l'avoir net de la société de personnes dans Westhill Apartments[61], moins

[61] Il est intéressant de noter qu'une série de prêts circulaires (qualifiée de « tour de passe-passe » par le juge en chef Bowman) ont été mis en place en prévision de l'admission de Woodwards afin d'augmenter de 5 M$ l'hypothèque grevant l'immeuble Westhill Apartments. Selon le juge en chef Bowman, ces transactions avaient comme but évident de réduire l'équité dans l'immeuble afin de permettre à Woodwards de devenir associée dans la société de personnes sans investir une somme

(à suivre…)

une réduction de 6,5 % (apparemment de manière à tenir compte du gain fiscal latent).

2) Le contrat de société initial a été modifié de manière à refléter la participation de 80 % de Woodwards dans Westhill Apartments. Toutefois, aucun changement n'a été fait à la formule de répartition des revenus établie en 1986.

3) Woodwards avait le droit pendant une période de 180 jours de se retirer de la société de personnes, mais une fois l'immeuble Westhill Apartments vendu, elle ne pouvait se retirer qu'après la fin de l'exercice.

Comme prévu, l'immeuble Westhill Apartments a été vendu à un tiers pour 10 850 000 $. La part de 80 % du produit net revenant à Woodwards s'élevait à 1 808 690 $. Woodwards a aussi reçu sa part des revenus provenant de l'immeuble. Woodwards a donc réalisé un gain économique d'environ 549 000 $ (plus environ 8 000 $ de revenu locatif); 80 % du revenu aux fins fiscales découlant de cette vente, soit 5 749 000 $, a été attribué à Woodwards. Ce revenu a été épongé par les pertes de Woodwards. Quinze jours après la fin de l'exercice financier au cours duquel l'immeuble a été vendu, Woodwards a cédé sa participation dans la société à l'appelante pour 1 $.

Le juge en chef Bowman mentionne d'abord que c'est seulement si les parties ont établi une société de personnes valide que l'article 103 L.I.R. peut s'appliquer. Le juge mentionne ensuite ceci :

> « Le degré relatif de motivation basée sur des considérations fiscales est un élément que je dois prendre en compte, mais, que la réduction de l'impôt ait été ou non la raison exclusive, principale, prédominante ou essentielle relativement au rôle de Woodwards dans la société de personnes, aucune de ces motivations ne diminue la validité des relations créées par les documents[62]. »

Le juge conclut que le contrat de société de personnes était valide et ne constituait pas un trompe-l'œil et que la formule de répartition est juridiquement possible et valide :

(…suite)
trop importante (puisque Woodwards était à l'époque dans une situation financière précaire).

62 *Xco Investments*, précité, note 7, par. 14.

> « Ce qui est un peu inusité, c'est la limitation de la participation de Woodwards dans la société de personnes à une participation de 80 % dans Westhill Apartments. Je ne vois pas d'obstacle juridique au fait de limiter la participation d'un associé dans le revenu et le bien de la société de personnes à une partie de l'entreprise de la société de personnes. Les associés sont libres de créer des moyens non orthodoxes de diviser les profits et les actifs de la société de personnes sans invalider ces dispositions. C'est toutefois une indication de l'objet de cette forme de division quelque peu étrange[63]. » (Notre soulignement)

Ainsi, la Cour reconnaît que la convention de société avec Woodwards pourrait, en l'absence d'une disposition antiévitement spécifique, fonctionner comme il était prévu.

Par contre, le juge en chef note que l'objet prédominant de ces transactions était évidemment de réaliser des économies d'impôts. En échange d'une somme d'un peu plus d'un demi-million de dollars, les appelantes s'attendaient à réaliser des économies d'impôts de plus de 2 M$. En fait, le juge en chef dit avoir été incapable d'identifier une quelconque fin commerciale ou non fiscale! La contribution de Woodwards a été **éphémère** et **pratiquement sans risque**. La preuve à l'audience a en effet démontré que l'association avec Woodwards n'avait jamais été perçue comme une entente à long terme. La vente de Westhill Apartments était imminente et on ne s'attendait pas à ce que Woodwards demeure une associée au-delà de l'exercice financier au cours duquel la vente a eu lieu. Par ailleurs, en vertu d'un contrat de dépôt entre les mains d'un tiers, l'apport de 1 260 000 $ de Woodwards était protégé jusqu'à ce qu'elle reçoive sa distribution initiale provenant de la vente de l'immeuble Westhill Apartments.

En confirmant la décision du juge en chef Bowman, la Cour d'appel fédérale note par ailleurs que l'apport de Woodwards n'était ni nécessaire ni utile et insiste sur le fait qu'il n'y avait aucune communauté d'intérêts commerciaux entre Woodwards (société oeuvrant dans le commerce au détail) et la société de personnes, exploitant une entreprise immobilière.

Il est donc déraisonnable, dans ces circonstances, de lui attribuer 80 % du revenu provenant de Westhill Apartments. Selon le juge en chef Bowman, c'est précisément ce genre d'entente que le paragraphe 103(1) L.I.R. vise. Toutefois, la Cour conclut que, puisque les appelantes n'ont jamais bénéficié du montant de 557 000 $ représentant le gain de Woodwards, elles ne devraient pas être imposées sur ce revenu. Une telle

---

63 *Id.*, par. 20.

répartition correspond davantage, selon le juge en chef Bowman, à la « réalité économique » de l'arrangement.

Cette affaire démontre qu'il est relativement simple d'utiliser une société de personnes pour tirer profit des pertes accumulées d'un contribuable sans lien de dépendance. Le juge en chef Bowman considère que la RGAÉ se serait probablement par ailleurs appliquée. La Cour suprême a en effet clairement indiqué que l'utilisation du paragraphe 96(1) L.I.R. pour vendre une perte à des tiers peut donner lieu à un évitement fiscal abusif au sens du paragraphe 245(4) L.I.R.[64]

Il ressort clairement des motifs du juge en chef Bowman et de ceux de la Cour d'appel fédérale que la formule utilisée était juridiquement valide et qu'elle n'était pas en soi déraisonnable ou irrationnelle. Le seul aspect sortant de l'ordinaire était que la participation de Woodwards était limitée à un seul bien de la société de personnes. Or, là n'était pas l'élément offensant – le résultat aurait vraisemblablement été le même si l'immeuble Westhill Apartments avait été le seul actif de la société. Nous serions donc en présence d'une clause de répartition des profits tout à fait standard, mais qui, dans les circonstances particulières, a produit un résultat déraisonnable. Comme nous l'avons vu, c'est le caractère éphémère et sans risque de la participation de Woodwards qui, aux yeux de la Cour, a rendu cette répartition déraisonnable dans les circonstances.

Il semble néanmoins que c'est en réalité l'admission de Woodwards dans la société qui a produit un résultat fiscal offensant (soit le transfert de pertes à des tiers). La convention de société n'avait rien de déraisonnable. Il est permis de croire que cette affaire aurait dû être décidée en vertu de la RGAÉ, et non en vertu de l'article 103 L.I.R. Même si le résultat avait vraisemblablement été le même, cette nuance est pertinente. En particulier, l'application de l'article 103 L.I.R. à cette transaction laisse entendre que le résultat aurait été le même si une telle structure avait été utilisée entre parties affiliées. Or, le transfert de pertes entre parties affiliées n'est généralement pas considéré comme donnant lieu à un abus de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de sorte que la RGAÉ ne pourrait généralement pas s'appliquer.

---

[64] Voir *Mathew*, précité, note 16. Notons que les contribuables dans l'arrêt *Xco Investments* avaient argumenté qu'il s'agissait d'un partage de profits et non d'un transfert de pertes. La Cour d'appel fédérale a rejeté cet argument au motif que, d'une manière ou d'une autre, le principal objet était la réduction de l'impôt, le critère d'application du paragraphe 103(1) L.I.R. était donc satisfait.

2.3.2. Affaire *Penn West Petroleum*

Peu de temps après la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Xco Investments*, le juge en chef Bowman a rendu une autre décision importante mettant en cause le paragraphe 103(1) L.I.R. Le contribuable appelant dans cette affaire était un associé d'une société de personnes détenant des biens pétrolifères et gaziers. L'un de ces biens, appelé Blueberry Property, faisait l'objet d'un pacte de préférence consenti à Phillips Petroleum Resources Ltd. (ci-après « Phillips ») et à d'autres entités pour lesquelles Phillips agissait.

La convention de société en place prévoyait comme principe « par défaut » que le revenu aux fins fiscales était réparti entre les associés en fonction de leur participation respective **à la fin de l'exercice**. Par exception, la convention de société prévoyait que, lorsqu'un bien était cédé à un associé, tout revenu aux fins fiscales (et tout autre montant pertinent aux fins fiscales) découlant de cette distribution était attribué exclusivement à cet associé.

La société de personnes était tenue, en raison du pacte de préférence, de transférer la Blueberry Property à Phillips, mais les négociations achoppaient sur le prix. Afin de trouver un compromis, l'appelante a offert à Phillips d'acquérir des unités de la société de personnes. L'offre indiquait qu'en vertu des termes de la convention de société, un associé pouvait demander le rachat de ses unités en échange de biens de la société. Dans l'éventualité d'une demande de rachat par Phillips, l'appelante s'engageait, par ailleurs, à accepter de transférer la Blueberry Property à Phillips. Certaines modifications (en apparence assez mineures) ont été apportées à la convention de société. L'offre prévoyait par ailleurs que, dans la mesure où les autorités fiscales refusaient l'attribution du revenu à Phillips (comme il était prévu à la convention de société), Phillips s'engageait à verser un montant additionnel de 7 % du revenu ne lui ayant pas été attribué.

La transaction s'est effectuée comme prévu : la société de personnes a donc été réputée avoir réalisé un produit de disposition égal à la juste valeur marchande (« JVM ») du bien en vertu du paragraphe 98(2) L.I.R. et a attribué la totalité de ce montant à Phillips. (C'est donc Phillips, et non Penn West Petroleum, qui a subi une réduction de ses « frais cumulatifs à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz »[65].) Le ministre a refusé

[65] Voir le paragraphe 66.4(6) L.I.R. Comme l'alinéa 96(1)f) L.I.R. le fait pour le revenu de la société de personnes, cette disposition vient attribuer à un contribuable certains

(à suivre…)

l'attribution du produit de disposition réputé entièrement à Phillips et a cotisé les contribuables sur la base d'une répartition en fonction de la participation respective des associés (92,7 % pour Penn West Petroleum et 5,3 % pour Phillips) **immédiatement avant le transfert**. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel du contribuable.

Dans ses motifs, le juge en chef Bowman réitère que les associés d'une société de personnes peuvent, en général, répartir le revenu de la société par contrat comme ils l'entendent et peuvent, en particulier, répartir le revenu provenant d'une source particulière différemment du revenu provenant d'une autre source. Il émet par contre une réserve sur la possibilité d'attribuer contractuellement du revenu fictif, soit du revenu qui existe strictement parce qu'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (comme le paragraphe 98(2) L.I.R.) le prévoit :

> « I have serious reservations as to whether this can be achieved as a matter of law. Obviously partners can contractually divide up a real pie any way they like but I have a conceptual difficulty in seeing how a pie that exists only because the Income Tax Act deems that it exists and belongs to the partnership can, by agreement, be given to one of the partners along with the tax consequences that flow from that notional ownership[66]. »

Le juge en chef note qu'un tel montant n'existerait vraisemblablement pas d'un point de vue comptable.

Toutefois, comme la validité juridique d'une telle clause n'a pas été remise en question par les parties, le juge en chef Bowman a préféré ne pas trancher la question. Il reconnaît cependant qu'il est conceptuellement tout aussi problématique de répartir ce « revenu fictif » en vertu de la participation de chaque associé et qu'il serait logique que les montants réputés reçus soient pris en compte aux fins de l'article 103 L.I.R., cette fiction découlant du paragraphe 96(1) L.I.R.

La Cour reconnaît que la vente de la Blueberry Property à Phillips était une transaction motivée exclusivement par de réelles considérations commerciales. Cependant, cette motivation commerciale n'est pas suffisante, selon la Cour, pour amoindrir le fait que les parties ont mis en place un arrangement dans le but de répartir de façon disproportionnée le revenu afin

---

(…suite)

montants au niveau de la société de personnes en fonction de la « part » du contribuable, telle qu'elle est déterminée dans la convention de société.

66 *Penn West Petroleum*, précité, note 7, par. 33.

de réduire l'impôt payable par l'appelante. Phillips est devenue associée de la société avec comme objectif précis d'extraire la Blueberry Property et avec l'intention évidente d'en ressortir peu après. Le test d'objet principal au paragraphe 103(1) L.I.R. était donc respecté.

Le juge Bowman identifie les facteurs suivants pour conclure que l'attribution du gain réputé à Phillips n'était pas raisonnable dans les circonstances :

- Contrairement à la situation où un associé transfère un bien à la société par voie de roulement (auquel cas il peut être raisonnable d'attribuer le gain latent au moment de l'apport exclusivement à cet associé)[67], Phillips n'a rien transféré à la société et la clause ne visait pas à attribuer le fardeau fiscal à l'associé qui avait tiré profit d'un roulement;

- Phillips est devenue associée de la société de personnes avec le seul but d'en ressortir – sa participation était donc éphémère;

- La convention de société a été amendée afin d'accommoder cette transaction;

- Une convention d'indemnité avait été mise en place afin de réduire les risques pour Phillips découlant de sa participation dans la société de personnes.

Tout comme dans l'arrêt *Xco Investments*, le caractère éphémère et (du moins selon la Cour) sans risque de la participation de Phillips semble avoir été l'élément déterminant.

En somme, il était déraisonnable, selon la Cour, d'attribuer à un associé détenant une participation proportionnelle de 5,3 % pendant 25 jours la totalité du produit de disposition d'un bien distribué à cet associé.

Cette décision soulève plusieurs questions.

Notons d'abord que certaines des conclusions de faits du juge en chef peuvent sembler difficiles à comprendre. Par exemple, il semble que les modifications ayant été apportées à la convention de société étaient mineures et ne changeaient pas la substance de la convention en place avant cette

---

[67] Ce mécanisme sera traité à la section 3.1. du présent texte.

transaction. En outre, la clause d'indemnité ne visait que l'attribution de revenu aux fins fiscales – il semble qu'elle ne venait donc pas réduire les risques commerciaux normaux découlant de la participation dans la société.

Il est intéressant de noter que la cotisation du ministre n'était pas fondée sur le principe de réparation « par défaut » dans la convention de société. En effet, en vertu de cette règle, aucun montant n'aurait été attribué à Phillips puisqu'elle n'était plus associée à la fin de l'exercice de la société (le 31 janvier 1996).

Les faits dans cette affaire nous semblent moins offensants d'un point de vue de politique fiscale que ceux dans l'arrêt *Xco Investments*. En effet, dans l'arrêt *Xco Investments*, Woodwards agissait à titre d'« accommodateur » afin de permettre au vendeur d'un immeuble locatif de tirer profit de ses pertes accumulées. Dans l'affaire *Penn West Petroleum*, nous sommes en présence d'une transaction commerciale de bonne foi entre deux parties qui, dans le contexte de négociations serrées, ont choisi de structurer une transaction d'une façon particulière. De plus, contrairement à Woodwards qui avait d'importantes pertes accumulées, aucune preuve ne semble avoir été faite que Phillips (et les autres entités au nom desquelles Phillips agissait) était indifférente à cette attribution.

La discussion portant sur le critère d'application du paragraphe 103(1) L.I.R. prend donc toute son importance dans cette décision puisque, contrairement à l'arrêt *Xco Investments*, il n'est pas clair que la RGAÉ aurait pu être invoquée pour arriver au même résultat. Un argument convaincant pourrait être soulevé selon lequel toutes les transactions mises en place visaient à structurer une transaction commerciale de bonne foi, soit la vente de la Blueberry Property à Phillips. Il n'y aurait donc pas d'« opération d'évitement » au sens du paragraphe 245(3) L.I.R. Pensons par exemple aux propos du juge en chef Bowman lui-même dans l'affaire *Evans* c. *La Reine* :

> « La deuxième question est de savoir si l'opération ou la série d'opérations constitue une opération d'évitement. En termes clairs, est-il "raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables - l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable"?
>
> Il s'agit essentiellement d'une question de fait. Peut-on raisonnablement supposer que la motivation était surtout de nature non fiscale? L'objectif économique consistait à verser les fonds de la société en commandite entre les mains de M. Evans. Une simple déclaration et un paiement d'un dividende à M. Evans auraient permis d'obtenir le même résultat, mais cela aurait eu de lourdes conséquences fiscales pour lui. Les arrangements passablement complexes de M. Evans avaient pour effet de parvenir au même résultat, sans

> être frappé par l'impôt que le simple paiement d'un dividende supposerait. Je n'accepte pas l'argumentation de l'appelant selon laquelle le but était principalement un transfert de fortune à ses enfants. Tous les fonds, ou presque, aboutissaient entre les mains de M. Evans. À la fin de l'exercice 1999, l'endettement de la société en commandite à l'endroit de M. Evans excédait la valeur des actions qu'il détenait.
>
> Alors, quels sont les faits? Un objet non fiscal consistait à verser les fonds de la société en commandite entre les mains de M. Evans, et une méthode permettait d'obtenir ce résultat au moyen d'une série d'opérations dont la principale motivation - sans doute la seule motivation - était de lui verser les fonds avec des prélèvements d'impôts passablement réduits.
>
> Les paragraphes 27 à 35 de l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* traitent de la question de savoir si une opération constitue une opération d'évitement. Les paragraphes 30 à 35 soulignent l'importance de préserver le droit d'un contribuable à organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d'impôts. Ils se lisent comme suit.
>
> Les tribunaux doivent examiner les rapports entre les parties et les opérations véritablement intervenues entre elles. Les faits des opérations sont cruciaux pour décider s'il y a eu opération d'évitement. Il est utile de se demander ce qui n'est pas suffisant pour établir l'existence d'une opération d'évitement au sens du par. 245(3). Les notes explicatives précisent ceci, à la p. 495 :
>
> Le paragraphe 245(3) ne permet pas de "requalifier" une opération afin de déterminer s'il s'agit ou non d'une opération d'évitement. Autrement dit, il ne permet pas de considérer une opération comme une opération d'évitement parce qu'une autre opération, qui aurait pu permettre d'obtenir un résultat équivalent, se serait traduite par des impôts plus élevés.
>
> […]
>
> Je considère comme une question de fait que la motivation principale de la série d'opérations qui nous occupe ici consistait, pour M. Evans, à toucher les fonds de la société en commandite. La méthode choisie était conçue de façon à lui permettre de le faire en payant le moins possible d'impôts[68]. »

En outre, il semble que la Cour ait accordé une grande importance au concept de participation proportionnelle des associés **exprimée sous forme de pourcentage**. Or, plusieurs conventions de société ne sont pas si rudimentaires et il n'est pas toujours possible de résumer la participation d'un associé particulier à un pourcentage (pensons par exemple aux clauses prévoyant une répartition en cascade des revenus selon des formules

---

[68] [2005] C.C.I. 684, par. 18-22.

complexes). Dans un tel cas, on peut se demander en vertu de quel « principe sous-jacent » le gain réputé (en vertu du paragraphe 98(2) L.I.R.) lors de la distribution de la Blueberry Property aurait été réparti.

Enfin, les réserves du juge Bowman sur la possibilité d'attribuer contractuellement un gain fiscal réputé aux associés sont étonnantes. En effet, même la répartition en fonction de la participation proportionnelle des associés immédiatement avant la transaction découle directement de la convention de société, **puisque c'est cette convention qui détermine les participations de chaque associé**[69]. S'il n'est pas possible de prévoir contractuellement comment le revenu réputé doit être réparti, on peut se demander qui s'imposera sur ce revenu et sur quelle base, puisque ni l'alinéa 96(1)f) L.I.R. ni le paragraphe 66.4(6) L.I.R. ne précisent comment la « part » d'un associé doit être déterminée. Il n'est donc pas surprenant que le juge en chef Bowman semble, finalement, avoir rejeté son propre *obiter dictum*.

Il convient de noter que le contribuable a porté cette cause en appel.

2.4. JURISPRUDENCE SUR LE PARAGRAPHE 103(1.1) L.I.R.

Les décisions rapportées où le paragraphe 103(1.1) L.I.R. a été invoqué mettent généralement en cause des sociétés de personnes entre conjoints ou avec d'autres membres d'une famille qui sont contestées par le ministre au motif que la société sert de mécanisme de fractionnement de revenu. Comme nous le verrons, la stratégie consiste simplement à attribuer des pertes d'exploitation au conjoint ayant le revenu le plus élevé (en justifiant cette attribution par le capital investi par ce conjoint) ou à attribuer des revenus aux membres de la famille bénéficiant d'un taux d'imposition inférieur. Nous présentons ci-dessous quelques-unes de ces décisions afin d'illustrer les éléments factuels pris en compte par les tribunaux.

L'affaire *Fillion* représente un exemple flagrant de l'utilisation d'une société de personnes pour effectuer du fractionnement de revenu. Le contribuable œuvrait dans le domaine des assurances. À la suite des conseils reçus d'un fiscaliste, M. Fillion a mis en place différentes sociétés de personnes ayant comme objectifs, aux dires du contribuable, d'intéresser

---

[69] Le juge en chef Bowman semble reconnaître cette réalité au paragraphe 33 *in fine* : « One might ask parenthetically why then is it not just as problematic to allocate to the partners their pro rata shares of the deemed proceeds, in this case 5.27% to Phillips and 92.82% to the appellant? ».

éventuellement ses deux fils à prendre la relève de l'entreprise et d'exprimer sa reconnaissance à l'endroit de son épouse qui avait collaboré bénévolement au démarrage de l'entreprise. M. Fillion a ensuite dirigé une portion de ses revenus vers ces sociétés de personnes.

La juge Tardif note que la preuve n'a mis en lumière aucune formule objective ou rationnelle pour effectuer le partage des revenus. Les critères utilisés pour le partage des revenus des sociétés ne reposaient aucunement sur le capital investi par les membres ou sur le travail accompli pour la société. Le contribuable a réparti le revenu des sociétés de manière arbitraire avec comme seul objectif la réduction du fardeau fiscal de la famille. Plusieurs éléments factuels corroboraient cette conclusion : l'épouse de M. Fillion qui, selon ce dernier, fournissait un apport considérable à la société, recevait des revenus moindres que ceux de ses deux fils alors âgés de 14 et de 18 ans, le fils de 14 ans recevait autant que son frère de 18 ans et les montants versés aux membres de la famille se situaient systématiquement en deçà des exemptions personnelles de base de sorte qu'il n'y avait aucun impôt à payer.

Les trois causes qui suivent visent toutes des sociétés formées entre conjoints. Dans les trois cas, le capital est fourni par le mari et ce dernier veut naturellement que les pertes de la société lui soient attribuées.

Dans la cause *Spencer* c. *La Reine*[70], une société de personnes formée par M. et M^me^ Spencer exploitait une entreprise de broderie; 90 % des pertes générées par la société de personnes au cours des années en litige ont été attribuées à M. Spencer et 10 % à son épouse. Comme M. Spencer occupait par ailleurs un emploi à temps plein, l'attribution de pertes de la société de personnes lui a permis de recevoir des remboursements d'impôt importants. M. Spencer avait fourni du financement pour un montant de 20 000 $ à la société de personnes. Par contre, en considérant le rôle de M^me^ Spencer dans la comptabilité de la société, le fait que M. Spencer ait travaillé plus de 1 000 heures supplémentaires à son emploi régulier au cours des années en litige (ce qui démontre qu'il avait peu de temps à consacrer aux activités de la société), le fait que certaines factures aient été émises par M^me^ Spencer personnellement (et non au nom de la société), la Cour a jugé qu'une répartition des pertes de 75 % à M. Spencer et 25 % à son épouse était appropriée.

---

70 [2003] 4 C.T.C. 2679 (C.C.I.) (procédure informelle).

L'affaire *Zalesky* c. *La Reine*[71] présente des faits semblables. Une société de personnes entre conjoints exploitait une entreprise de vente de produits domestiques. Les associés avaient d'abord attribué 100 % de la perte d'exploitation à M. Zalesky. En appel, le contribuable proposait plutôt une répartition de 75 % des pertes en sa faveur et de 25 % à son épouse. Le ministre invoquait le paragraphe 103(1.1) L.I.R. pour ramener cette répartition à 50/50. M. Zalesky avait un emploi de jour à temps plein comme postier et rentrait généralement à la maison vers 13 h. Son épouse n'occupait pas d'emploi, mais sa capacité de consacrer du temps aux activités de la société était limitée par des problèmes de santé. La Cour conclut que le temps consacré par chaque époux à l'entreprise était environ le même. Par contre, comme c'est M. Zalesky qui avait financé les pertes de l'entreprise avec ses revenus d'emploi, la Cour a accepté la répartition proposée de 75 % en sa faveur.

Comme nous l'avons vu à la section 1.4., la cause *Archbold* a reçu beaucoup d'attention dans la communauté fiscale parce qu'elle aborde la question de la déductibilité du « salaire » versé à un associé au niveau de la société de personnes. Dans cette affaire, M. et M^me^ Archbold exploitaient une entreprise de confection de vêtements. M. Archbold occupait un emploi à temps plein au gouvernement fédéral, mais participait aux activités de l'entreprise à concurrence de deux à trois heures par jour. C'est aussi lui qui a fourni 100 % du capital. M^me^ Archbold travaillait dans l'entreprise du lundi au vendredi et n'avait pas d'autre revenu. La formule de répartition prévoyait que M^me^ Archbold reçoive une « commission » de 10 % des ventes; 70 % des profits (après paiement de cette « commission ») devaient être attribués à M. Archbold, et 30 % à M^me^ Archbold. Par contre, 100 % des pertes devaient être attribuées à Monsieur. La juge Lamarre Proulx note que le paragraphe 103(1.1) L.I.R. exige que la répartition soit raisonnable sur le plan des affaires. Or, M. Archbold a admis qu'il n'aurait pas conclu une entente similaire avec une personne sans lien de dépendance. Dans cette perspective, la juge accepte la répartition de 50 % des pertes à M. Archbold telle qu'elle est proposée par le ministre, mais cette perte a été calculée après avoir déduit la « commission » versée à M^me^ Archbold.

Les faits dans l'affaire *Fraser* c. *La Reine*[72] sont intéressants, car il s'agit d'une des rares décisions mettant en cause le paragraphe 103(1.1) L.I.R. qui ne semble pas contenir d'éléments de fractionnement de revenu. Deux sœurs (M^me^ MacDonald et M^me^ Fraser) ont formé une société de

---

71 [2000] 4 C.T.C. 2126 (C.C.I.) (procédure informelle).

72 97 D.T.C. 1305 (C.C.I.).

personnes avec le conjoint de M^me^ MacDonald afin de détenir les actions d'une société par actions. La société de personnes a émis des unités aux trois associés en proportion du nombre d'actions que chaque associé a contribué à la société de personnes. À la suite des procédures de divorce, M^me^ Fraser était tenue de payer 707 000 $ à son ex-conjoint. Afin de l'aider financièrement, M^me^ MacDonald a emprunté 707 000 $ d'une banque et fait un apport de cette somme à la société de personnes sous la forme d'une contribution de capital (mais sans recevoir d'unité additionnelle). M^me^ Fraser a ensuite retiré cette somme de la société, de sorte que son compte de capital a été débité pour ce montant. Malgré ces transactions, les participations respectives de chaque associé (mesurées par le nombre d'unités) n'ont pas changé. Par contre, ils ont convenu verbalement que M^me^ MacDonald recevrait une « attribution préférentielle » suffisante pour couvrir l'intérêt sur son prêt.

La Cour conclut que cette attribution était raisonnable dans les circonstances. Un banquier d'affaires qui investissait dans une petite entreprise similaire aurait aussi exigé une attribution prioritaire. Le rendement additionnel accordé à M^me^ MacDonald représentait une exigence commerciale normale dans les circonstances. Même si cette formule n'était pas constatée par écrit, la convention de société prévoyait spécifiquement que les associés pouvaient convenir de payer des distributions prioritaires. Notons par ailleurs que l'attribution préférentielle du revenu imposable à M^me^ MacDonald correspondait aux flux monétaires (puisqu'elle avait effectivement reçu des distributions préférentielles). La répartition du revenu imposable représentait donc fidèlement la réalité économique de la situation.

En somme, le fisc a réussi, avec un certain succès, à contester la répartition du revenu et des pertes entre membres d'une famille. Plusieurs décisions mettent en cause des situations où un conjoint contribue davantage de capital alors que l'autre conjoint contribue davantage de son temps. Comme nous le verrons à la section 3.3., il est normal d'un point de vue commercial, et généralement acceptable d'un point de vue fiscal, dans une telle situation que les pertes soient attribuées en priorité aux associés ayant fait un apport de capital – du moins jusqu'à concurrence de cet apport. Une telle approche ne devrait donc pas nécessairement être considérée comme déraisonnable aux fins du paragraphe 103(1.1) L.I.R. Par ailleurs, les faits dans ces causes sont souvent décousus et il semble parfois que les associés ne suivaient aucun principe prédéterminé pour répartir le revenu ou les pertes d'une année à l'autre (sauf peut-être le désir de réduire le fardeau fiscal de la famille). Afin de mettre toutes les chances de leur côté, les membres d'une famille qui exploitent une entreprise en commun devraient à tout le moins

prévoir dans une convention de société écrite les principes en vertu desquels les revenus et les pertes seront répartis et s'en tenir à ces principes.

3. APPLICATIONS PARTICULIÈRES

3.1. ATTRIBUTION DU GAIN LATENT LORSQU'UN ASSOCIÉ A FAIT UN APPORT PAR VOIE DE ROULEMENT

Lorsqu'un associé apporte un bien à la société par voie de roulement en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. mais que sa participation dans la société (exprimée par le compte de capital ou le nombre d'unités) reflète la pleine JVM du bien, les parties prévoiront souvent au contrat de société que, lorsque la société de personnes dispose du bien, tout bénéfice ou gain fiscal qui en découle doit, dans la mesure où il s'est accumulé avant la date du transfert du bien à la société, être attribué entièrement à l'associé qui a apporté ce bien à la société. L'ARC accepte généralement que l'article 103 L.I.R. ne s'applique pas dans ces situations[73]. Notons en outre que dans l'affaire *Penn West Petroleum*, le juge en chef Bowman a reconnu qu'on retrouve fréquemment ce genre de clause et qu'un tel mécanisme est généralement raisonnable.

Bien qu'il soit très courant, un tel mécanisme peut occasionner des difficultés pratiques. Par exemple, lorsque la récupération d'amortissement doit être attribuée à un associé en particulier, mais qu'une perte d'exploitation vient éponger une partie de ce revenu au niveau de la société, il peut être difficile de donner plein effet à l'intention des parties. Prenons l'exemple suivant :

- Les associés A et B cèdent un immeuble ayant un coût en capital de 4 M$ à une société en commandite en 2004 et reçoivent un nombre d'unités correspondant à la JVM de l'immeuble. Au moment du transfert, la JVM de l'immeuble était de 4 M$ et sa fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») était de 3 M$;

---

[73] Voir par exemple AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-338R2 (annulé), « Participation dans une société de personnes – Incidence de l'admission d'un nouvel associé dans la société de personnes ou du départ d'un associé sur le prix de base rajusté », 10 juillet 1995, par. 5 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 50, par. 5.

- Les associés A et B se sont engagés à assumer en totalité les impôts sur le gain latent de 1 M$ (sous forme de récupération d'amortissement) à la date du roulement;

- La société vend l'immeuble en 2007 pour 3,5 M$. Au moment de la vente, la FNACC était toujours de 3 M$;

- En 2007, compte tenu de la récupération d'amortissement de 500 000 $, la société réalise un bénéfice net fiscal de 300 000 $, puisque les opérations courantes génèrent une perte d'exploitation de 200 000 $;

- La société souhaite pour 2007 attribuer la totalité du revenu fiscal net de 300 000 $ aux associés A et B et ne rien attribuer à l'ensemble des autres commanditaires.

Dans une interprétation technique récente mettant en cause des faits semblables[74], l'ARC refuse de se prononcer définitivement, mais elle insinue qu'une telle répartition pourrait représenter un « transfert de revenu déraisonnable » des associés A et B aux autres associés, puisque les autres associés ont absorbé une partie du gain latent au moment du roulement (autrement, on leur aurait attribué une perte de 200 000 $).

Même s'il est vrai que les autres associés s'imposent indirectement sur une partie du gain latent existant au moment du roulement, il est difficile de trouver une solution de rechange qui permettrait d'éviter ce « transfert de revenu ». La solution idéale dans l'exemple ci-dessus serait sans doute d'attribuer un revenu de 500 000 $ aux associés A et B et une perte de 200 000 $ à l'ensemble des associés. Or, comme nous l'avons vu à la section 1.3., l'ARC semble considérer qu'une telle répartition n'est pas permise par les alinéas 96(1)f) et g) L.I.R. Pour invoquer l'article 103 L.I.R., le ministre devrait non seulement conclure que l'approche adoptée par le contribuable est déraisonnable, mais aussi être en mesure de présenter une approche de remplacement valide et raisonnable dans les circonstances.

Dans un autre ordre d'idées, il est important de noter qu'un tel mécanisme d'attribution n'est pas automatique et doit être prévu spécifiquement à la convention de société. La question se pose de savoir si le paragraphe 103(1) L.I.R. pourrait s'appliquer si les parties ont choisi de **ne pas** prévoir un tel mécanisme dans le contrat. Comme nous l'avons vu à la

---

[74] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0170071E5, 30 octobre 2006.

section 2.1., le paragraphe 103(1) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer lorsque le revenu provenant de toutes les sources et de toutes les activités de la société est réparti de manière uniforme. Même en faisant abstraction de cet argument, il peut exister des circonstances commerciales valides pour lesquelles les parties pourraient choisir de ne pas inclure une telle clause, par exemple si le montant crédité au compte de capital du cédant (ou le nombre d'unités qu'il reçoit) est réduit pour tenir compte du passif d'impôt futur, ou si les autres associés ont aussi fait un apport par voie de roulement. En outre, lorsque les parties n'envisagent pas que les biens contribués par voie de roulement soient revendus par la société, elles pourraient préférer négocier sur d'autres aspects de la transaction.

En plus de l'article 103 L.I.R., si la convention **ne** prévoit **pas** que le gain latent sera attribué exclusivement au cédant, les parties devraient considérer l'application potentielle du paragraphe 69(11) L.I.R. qui peut avoir comme effet d'empêcher le cédant de bénéficier du roulement au paragraphe 97(2) L.I.R. En effet, si la société dispose du bien dans les trois ans, le paragraphe 69(11) L.I.R. pourrait s'appliquer dans la mesure où une partie du gain est épongé par des attributs fiscaux d'un associé non affilié (ou par une exemption d'impôt). Notons que le paragraphe 69(11) L.I.R. contient un test d'objet. Cette disposition vient donc restreindre la possibilité d'utiliser une société de personnes pour profiter des attributs fiscaux d'un contribuable non affilié en « roulant » un bien à la société.

3.2. RÉPARTITION « EN DEUX ÉTAPES »

Les parties à une convention de société peuvent vouloir refléter, dans l'élaboration d'un mécanisme de répartition du revenu, le fait que la valeur économique de l'apport d'un associé ne correspond pas nécessairement aux attributs fiscaux résultant de cet apport.

Comme nous l'avons vu à la section 3.1., lorsqu'un associé fait un apport par voie de roulement, les parties peuvent convenir que le gain latent au moment du roulement soit attribué entièrement à l'associé qui a bénéficié du roulement lors d'une revente du bien par la société, sans pour autant avoir de répercussions sur les autres droits économiques des parties.

Par contre, cette méthode ne permet pas de compenser les autres associés pour le fait que la société de personnes aura droit à une déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») inférieure en raison du fait que le bien a été contribué par voie de roulement.

Par exemple, si deux associés (A et B) font chacun un apport d'un bien amortissable d'une valeur de 500 $, la DPA au niveau de la société serait calculée sur une FNACC totale de 1 000 $. Par contre, si A contribue le bien amortissable par voie de roulement avec une somme convenue de 250 $, la participation financière (mesurée en termes d'unités ou autrement) de chaque associé restera la même (50 %), mais la FNACC totale pouvant servir à éponger le revenu fiscal au niveau de la société pour les années futures sera uniquement de 750 $. En l'absence d'un mécanisme d'attribution particulier, le revenu fiscal attribué à B dans les années futures sera donc supérieur. Cette conséquence découle du fait que le revenu et la DPA doivent être calculés au niveau de la société de personnes.

Afin de remédier à cette iniquité, les parties peuvent convenir de mettre en place un mécanisme d'attribution du revenu fiscal visant à compenser B pour la FNACC inférieure au niveau de la société de personnes. Un tel mécanisme peut prendre la forme d'une « répartition en deux étapes ». La première étape vise à attribuer un montant correspondant au revenu fiscal calculé au niveau de la société **sans tenir compte de la DPA** sur une base de 50/50. Cette proportion reflète le fait que chaque associé a contribué un bien de valeur égale à la société et participe également dans les profits de la société. La deuxième étape consiste à attribuer un montant correspondant à la DPA déduite au niveau de la société de personnes sur une base du tiers à A et deux tiers à B. Cette proportion reflète l'apport respectif de A et B dans la FNACC au niveau de la société. Prenons l'exemple suivant :

Revenu au niveau de la société pour l'exercice :

Revenu pré-DPA pour l'exercice : 1 000 $

DPA pour l'exercice (20 % × 750 $) : (150 $)

Revenu à attribuer aux associés aux fins de l'alinéa 96(1)f) L.I.R. : **850 $**

Répartition du revenu entre les associés :

1re étape : répartition du revenu pré-DPA

- Associé A (50 %) : 500 $
- Associé B (50 %) : 500 $

2e étape : répartition fictive de la DPA

- Associé A (33,33 %) : (50 $)
- Associé B (66,67 %) : (100 $)

Répartition fiscale finale aux fins de l'alinéa 96(1)f) L.I.R.

- Associé A : 450 $
- Associé B : 400 $[75]

Total : **850 $**

Le même mécanisme pourrait s'appliquer pour la déduction prévue à l'alinéa 20(1)b) L.I.R. lorsqu'un associé contribue une immobilisation admissible à la société.

Alors que le recours au mécanisme visant à attribuer le gain latent à l'associé ayant bénéficié du roulement (décrit à la section 3.1.) est relativement fréquent, le mécanisme exposé ci-dessus est plus rare, probablement en raison de sa complexité accrue dans la rédaction et l'application de la convention. Pourtant, un tel mécanisme est nécessaire lorsque l'objectif des parties est de remettre B dans la même position fiscale que si A n'avait pas fait son apport par voie de roulement.

Une telle approche peut convenir commercialement non seulement lorsqu'un associé fait un apport par voie de roulement, mais aussi dans d'autres situations, par exemple lorsqu'une partie contribue un bien amortissable à la société alors qu'une autre partie fait un apport en argent. Selon les circonstances, les parties pourront alors répartir le revenu aux fins fiscales de manière à refléter le fait que le premier associé a contribué à la base amortissable (FNACC) de la société et non le deuxième.

Ainsi, même si le paragraphe 96(1) L.I.R. exige que la DPA soit calculée au niveau de la société, les parties sont libres, sous réserve de l'application potentielle de l'article 103 L.I.R., de diviser le revenu net entre elles sur une base qui leur convient, même si un des éléments dans ce calcul tient compte de la DPA déduite au niveau de la société.

---

[75] Nous pouvons constater que le montant de 400 $ correspond au revenu qui aurait été attribué à B si l'apport de A n'avait pas été fait par voie de roulement.

Un tel mécanisme peut cependant entraîner des difficultés pratiques. En particulier, la technique de calcul en deux étapes pourrait donner lieu à une situation où il faut attribuer un revenu à A et une perte à B afin de donner plein effet à l'intention des parties. Par exemple, imaginons dans l'exemple ci-dessus que le revenu au niveau de la société avant la DPA est de 150 $. La société a donc un revenu net nul pour l'exercice. L'application de la formule exigerait qu'un revenu de 25 $ soit attribué à A et une perte de 25 $ soit attribuée à B. Or, comme nous l'avons vu à la section 1.3., l'ARC semble avoir comme position que les alinéas 96(1)f) et g) L.I.R. ne permettent pas une telle répartition. Afin d'éviter une telle situation, la convention de société pourrait prévoir que, lorsque l'application de la formule de répartition donne un tel résultat, la DPA (ou toute autre déduction discrétionnaire) pour l'exercice sera réduite afin d'éviter qu'un revenu et une perte soient attribués aux associés pour le même exercice.

Lors de la table ronde de 2005 du Tax Executives Institute[76], l'ARC a été appelée à se prononcer sur un mécanisme de répartition du revenu en deux étapes. Le Tax Executives Institute soutenait qu'une telle répartition ne devrait pas être contestée en vertu de l'alinéa 96(1)f) L.I.R. (puisqu'il ne s'agit pas d'une disposition antiévitement), mais uniquement en vertu de l'article 103 L.I.R. L'ARC a refusé de commenter au motif que la question visait des dossiers présentement en vérification. Il convient de préciser que la situation factuelle présentée à l'ARC visait spécifiquement une situation où un associé se voyait attribuer une perte et un autre associé un revenu pour le même exercice. On peut donc penser qu'il s'agissait là de l'élément le plus problématique, et non la formule de répartition du revenu en tant que telle.

Une telle approche devra évidemment se conformer aux exigences de l'article 103 L.I.R. pour avoir les effets escomptés. Notons que l'ARC énonce ce qui suit dans une interprétation technique :

> « Where deductions, such as those described in paragraphs 20(1)(a) and (b) of the Act, that are taken at the partnership level are effectively transferred to the partner level, subsection 103(1) of the Act may apply. This is a question of fact to be determined on an analysis of all circumstances relevant to a particular situation. Of course, it may also be necessary in a particular situation to determine whether a relationship between persons is in fact a partnership or is a joint venture[77]. »

---

[76] « TEI/CRA Income Tax Liaison – Questions and Responses », dans *Canada Revenue Agency – Tax Executives Institute Liaison Meeting*, 6 décembre 2005, question 8.

[77] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9816975, 10 août 1998.

Comme pour la plupart des interprétations techniques émises par l'ARC concernant l'article 103 L.I.R., ce document est particulièrement laconique – l'ARC se contente de rappeler que l'article 103 L.I.R. **pourrait** s'appliquer, sans se prononcer sur le test d'objet principal ou même sur le caractère raisonnable du partage en question. De plus, le document n'indique pas comment les parties visaient à accomplir un tel « streaming » de la DPA. Cependant, la dernière phrase de la citation laisse entendre que les associés tentaient peut-être de réclamer directement la DPA sur les actifs détenus par la société, d'où le commentaire de l'ARC selon lequel les parties ont peut-être mis en place une relation de copropriété (*joint venture*) et non une relation de société.

En l'absence de circonstances particulières, on peut penser qu'un tel mécanisme de répartition n'a généralement pas comme objectif la réduction ou le report de l'impôt, mais vise plutôt à assurer un traitement équitable entre les associés. En fait, un tel mécanisme vise précisément à éviter que l'utilisation de la société de personnes ne donne lieu à un transfert d'attributs fiscaux entre associés. Par ailleurs, même si elle peut sembler complexe et peu orthodoxe, cette formule est fondée sur des principes rationnels et logiques et vise à refléter les différences entre les apports faits par chaque associé. Il pourrait donc être difficile pour l'ARC de remettre en question son caractère raisonnable.

3.3. RÉPARTITION DU REVENU ET DES PERTES LORSQU'UN ASSOCIÉ FAIT UN APPORT EN SERVICES ET QUE D'AUTRES ASSOCIÉS FONT UN APPORT EN CAPITAL

Les sociétés de personnes sont fréquemment utilisées pour mettre en place un fonds d'investissement ou un projet de développement immobilier. La répartition du revenu entre les associés investisseurs (les commanditaires dans une société en commandite) est normalement déterminée en proportion du capital investi. Cette approche ne peut évidemment pas fonctionner lorsque l'un des associés fait plutôt un apport en service, en expertise ou en savoir-faire. Cet associé sera plutôt rétribué sous la forme d'« honoraires » fixes versés périodiquement, d'un pourcentage des actifs sous gestion, ou d'un pourcentage des revenus bruts ou des gains réalisés.

Comme nous l'avons vu, lorsque l'associé gestionnaire reçoit une distribution en vertu de la convention de société, il faut tenir compte du fait que cette distribution ne constitue vraisemblablement pas une dépense déductible au niveau de la société. Évidemment, dans la mesure où le revenu fiscal attribué au commandité correspond aux distributions qui lui ont été versées dans l'année, le résultat devrait être acceptable (et équitable),

puisque le revenu attribué aux commanditaires sera diminué d'un montant équivalent au revenu attribué au commandité. La situation se complique lorsque le revenu total aux fins fiscales de la société est inférieur aux distributions versées au commandité dans l'année. Par équité pour l'ensemble des associés, il convient dans ce genre de cas de prévoir un mécanisme d'attribution de « rattrapage » pour les années au cours desquelles le revenu fiscal est réalisé de façon à faire en sorte qu'un montant de revenu fiscal soit attribué en priorité à l'associé gestionnaire jusqu'à concurrence des distributions qui lui ont été versées.

Exemple

Une société en commandite est créée pour acquérir et convertir un immeuble locatif en condominiums. Le contrat de société prévoit des distributions mensuelles au commandité (qui a fait un apport de capital symbolique) de 2 % des coûts de conversion. Au cours des deux premières années, le commandité reçoit ainsi 200 000 $ en distribution, mais la société ne réalise aucun revenu.

Les distributions constitueront des attributions de capital, réduisant le PBR de la participation du commandité dans la société en vertu du sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R.[78]

Dans la troisième année, la société réalise un revenu aux fins fiscales et comptables (provenant de la vente des unités de condominium) de 500 000 $. La convention de société prévoit que cette somme doit être versée entièrement aux commanditaires. Cependant, à des fins fiscales, un montant de 200 000 $ est attribué au commandité à titre de « rattrapage » pour les distributions qu'il a reçues au cours des années précédentes.

Cette attribution de « rattrapage » représente du « revenu fantôme » dans le sens où elle ne correspond pas à une distribution reçue dans l'année. Il y aura donc une augmentation du PBR de sa participation immédiatement après la fin de la troisième année en vertu du sous-alinéa 53(1)e)(i) L.I.R.

---

[78] Le commandité ne sera généralement pas assujetti au paragraphe 40(3.1) L.I.R. qui prévoit qu'un gain en capital sera réalisé lorsque le PBR de la participation est négatif. Il convient toutefois de revoir la définition de « commanditaire » au paragraphe 40(3.14) L.I.R. ou d'« associé déterminé » au paragraphe 248(1) L.I.R. (cette dernière vise les associés « passifs »).

Il est difficile de voir comment l'article 103 L.I.R. pourrait s'appliquer à une telle formule de rattrapage. Il semble tout à fait raisonnable de vouloir s'assurer que la répartition du revenu aux fins fiscales reflète dans la mesure du possible la réalité économique et commerciale de la transaction. Il va de soi qu'un tel mécanisme de rattrapage devrait être prévu de façon détaillée dans la convention de société afin d'être reconnu par les autorités fiscales.

Par ailleurs, les investisseurs exigeront généralement que les pertes de la société leur soient attribuées à l'exclusion de l'associé gestionnaire (qui a fait un apport financier symbolique), à tout le moins jusqu'à concurrence de leur apport financier. La convention de société pourrait donc prévoir que les pertes fiscales soient attribuées exclusivement aux commanditaires.

Exemple

Reprenons notre exemple, mais imaginons que le projet est un échec. La société ne réalise aucun revenu et est liquidée au cours de la troisième année. Tous les actifs de la société servent à repayer les créanciers.

Les commanditaires se verront alors attribuer une perte qui reflète leur apport de capital. Aucune perte ne sera attribuée au commandité.

Le commandité réalisera un gain en capital de 200 000 $ correspondant au PBR négatif de sa participation. Le traitement fiscal pour le commandité reflète le fait que les distributions faites au commandité équivalent, en quelque sorte, à une « avance » sur des revenus futurs qui ne se sont jamais matérialisés.

Encore ici, nous constatons que les conséquences fiscales reflètent la réalité économique de la transaction et l'article 103 L.I.R. ne devrait pas s'appliquer pour changer la répartition des pertes. Il semble tout à fait raisonnable dans ce contexte d'attribuer les pertes fiscales sur une base différente de celle utilisée pour la répartition du revenu.

Notons que l'ARC a signalé dans le passé que le paragraphe 103(1) L.I.R. pourrait s'appliquer à une situation où un associé est exclu dans la répartition des pertes[79]. La demande d'interprétation visait une situation où les pertes étaient attribuées aux associés jusqu'à concurrence de leur contribution en capital, à l'exclusion d'un associé ayant contribué un bien

[79] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9513447, 2 août 1995.

par voie de roulement. L'ARC mentionne qu'une convention de société prévoit normalement que les profits et les pertes sont répartis sur la même base d'année en année et que toute déviation à ce principe devrait être justifiée par des raisons valides. Le document ne fournissait en effet aucune raison commerciale expliquant pourquoi une portion des pertes ne serait pas attribuée à l'associé ayant fourni un bien par voie de roulement en fonction de la valeur économique de son apport. La situation est donc bien différente de notre exemple où le commandité ne fait aucun apport de capital.

3.3.1. Structure des fonds de capital d'investissement

Dans les fonds de capital d'investissement, la rétribution du commandité prend souvent la forme de « frais de gestion » calculés en fonction de la valeur des actifs sous gestion (par exemple 1-2 %). Ces frais n'ont pas comme objectif la réalisation de bénéfices importants et visent essentiellement à compenser le commandité pour les dépenses qu'il engage. De plus, le commandité a généralement droit à un pourcentage des gains effectivement réalisés par le fonds. L'expression anglaise *carried interest* est couramment utilisée pour désigner une participation octroyée au commandité en échange de son expertise particulière et qui n'emporte aucun droit sur le capital actuel de la société, mais seulement sur les gains futurs. Ainsi, le commandité touchera habituellement, en vertu de la convention de société en commandite, un pourcentage (traditionnellement de l'ordre de 20 %) des gains réalisés par le fonds, mais seulement lorsque les investisseurs (les commanditaires) auront réalisé un rendement donné (traditionnellement entre 6 et 10 %) sur leur investissement. Un mécanisme de récupération peut être mis en place si le fonds réalise des pertes dans les années suivantes.

La structure juridique choisie pour mettre en place la rétribution du gestionnaire peut avoir différentes conséquences fiscales. Si le gestionnaire est rétribué en vertu d'une convention de gestion, les sommes gagnées seront généralement imposées comme du revenu d'entreprise.

La situation est différente si le gestionnaire acquiert une participation dans la société. Comme nous l'avons vu, le paragraphe 96(1) L.I.R. exige que la caractérisation du revenu soit effectuée au niveau de la société de personnes. Ainsi, dans un fonds de capital d'investissement, la détermination du caractère fiscal d'un gain, à titre de gain en capital ou de revenu d'entreprise, s'effectue au niveau de la société de personnes. Dans le contexte d'un fonds de capital d'investissement fermé (*private equity*), le gain réalisé lors de la revente des actions pourrait, en théorie, être considéré comme du revenu d'entreprise au motif, par exemple, que les actions ne rapportent généralement pas de dividende et que l'activité principale de la

société de personnes consiste à acquérir et revendre des actions de sociétés fermées. Cela dit, il semble que plusieurs fonds (pour ne pas dire la plupart) prennent la position que ces transactions donnent lieu à des gains en capital et cette position n'est généralement pas contestée par les autorités fiscales.

Lorsque la rétribution du gestionnaire comporte une composante de *carried interest*, soit un pourcentage des gains réalisés par le fonds, les sommes qui lui seront versées par la société préserveront leur caractère et seraient potentiellement imposées entre ses mains comme un gain en capital. Nous pouvons donc constater qu'il pourrait être avantageux dans certains cas de structurer la rétribution d'un gestionnaire sous la forme d'une participation dans la société de personnes plutôt qu'en vertu d'une convention de gestion.

La même distinction existe aux États-Unis, puisque les gains en capital à long terme (y compris les gains réalisés par une société de personnes) bénéficient d'un taux d'imposition de 15 % plutôt que de 35 % pour le revenu ordinaire. Le traitement fiscal favorable dont jouissent les gestionnaires de fonds d'investissement fermés a été exposé récemment au public par l'appel public à l'épargne de Blackstone Group LP.

Différentes propositions législatives ont été introduites au cours des derniers mois afin de mettre fin à ce traitement préférentiel. L'argument veut que le taux d'imposition réduit applicable aux gains en capital vise à encourager les investisseurs à faire travailler leur capital en prenant des risques, et non à rémunérer un service[80]. Or, plusieurs estiment que les montants versés en vertu d'un *carried interest* constituent, à tout le moins en partie, la rémunération pour un service. Tant dans le contexte du revenu d'emploi que du revenu d'entreprise, la rémunération ne profite généralement pas d'un taux d'imposition réduit du simple fait qu'elle dépende de la performance de l'entreprise. Par exemple, la rémunération d'un auteur dépend du nombre d'exemplaires vendus et est néanmoins imposée comme du revenu ordinaire. De plus, puisque le moment de l'imposition dépend de la réalisation d'un gain par le fonds, certains considèrent que le *carried interest* représente une façon de reporter indûment le paiement de l'impôt. Trois options ont été proposées pour corriger cette situation : imposer le gestionnaire au moment de l'octroi de la participation en utilisant une méthodologie d'évaluation semblable à celle employée pour

---

[80] Voir entre autres CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE, *The Taxation of Carried Interest - Testimony before the Committee on Finance*, United States Senate, 11 juillet 2007 (en ligne : http://www.cbo.gov).

déterminer la valeur des options en comptabilité (notamment la méthode Black-Scholes), imposer les distributions au moment où elles sont versées au gestionnaire, mais à titre de revenu ordinaire et assimiler la participation à un prêt sans intérêt consenti par les commanditaires de sorte qu'une partie des sommes reçues par le gestionnaire serait traitée comme de l'intérêt réputé selon un taux prescrit.

Aucune proposition semblable n'existe présentement au Canada. Pour le moment, la question principale chez nous demeure centrée sur le caractère du gain (gain en capital ou revenu). Il sera intéressant de voir si le Canada suivra l'exemple des États-Unis sur cette question.

3.3.2. Impact des taxes à la consommation

L'impact de la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et de la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») doit aussi être analysé lorsqu'un associé effectue un apport en services à la société. Cette analyse est particulièrement importante lorsque l'entreprise exploitée par la société comporte la prestation de « fournitures exonérées » au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*[81] et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[82]. Les fournitures exonérées sont celles que l'on retrouve à l'annexe V L.T.A. et incluent, en particulier, les fournitures d'immeubles d'habitation, y compris la location résidentielle (sauf en général la vente d'un immeuble neuf par le constructeur), de services de santé, de services d'enseignement et les fournitures de services financiers. Pour l'application de la TVQ, les fournitures exonérées[83] sont sensiblement les mêmes que celles en vertu du régime de la TPS, **à l'exception** des services financiers, qui sont détaxés selon le régime de la TVQ[84].

Dans le cas, par exemple, d'un cabinet d'avocats, la société de personnes peut s'inscrire en TPS et en TVQ et peut normalement récupérer la TPS et la TVQ payées sous la forme de crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») (ou de remboursements de taxe sur les intrants (ci-après « RTI »)). Par contre, prenons l'exemple d'un fonds de capital de risque structuré en société de personnes. Les activités d'un tel fonds constituent

---

81 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

82 L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

83 Art. 93 à 172.1 L.T.V.Q.

84 Art. 198 L.T.V.Q.

généralement des « services financiers » de sorte qu'elles ne se qualifient pas à titre d'« activité commerciale » au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*[85].

Certains services de gestion, de conseils ou d'administration rendus au fonds ne constituent pas un service financier[86] et aucune autre disposition de l'annexe V L.T.A. n'exonère de tels services. Ainsi, dans la mesure où des services de gestion ou de conseils sont rendus au fonds en vertu d'une convention de gestion, il peut s'agir d'une fourniture taxable et la TPS sera généralement exigible sur ces services. Or, puisque les activités du fonds ne représentent pas une « activité commerciale » au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, le fonds ne pourra pas réclamer un CTI[87]. La TPS représentera donc des frais d'exploitation additionnels nets pour le fonds.

Comme nous l'avons vu, le gestionnaire pourrait aussi acquérir une participation dans la société de personnes (pouvant prendre la forme d'un *carried interest*). La participation sera un « effet financier »[88]. Le paiement du revenu ou du capital d'une société de personnes à ses associés représente un « service financier »[89], de telle manière qu'aucune TPS ne sera exigible relativement à ces paiements[90]. Il peut donc sembler intéressant de faire en sorte que les services de gestion soient rétribués par le biais d'une participation dans la société de personnes, plutôt qu'en vertu d'une convention de gestion.

Cependant, il faut aussi se pencher sur les paragraphes 272.1(1) et 272.1(3) L.T.A. Le paragraphe 272.1(1) prévoit que tout acte accompli par

---

85 Voir les définitions de « services financiers » et d'« activité commerciale » au paragraphe 123(1) L.T.A.

86 Voir les exclusions prévues aux alinéas p) et q) de la définition de « service financier » au paragraphe 123(1) L.T.A. Voir aussi l'arrêt *Fonds mutuels C.I. Inc.* c. *Canada*, 99 G.T.C. 7075 (C.A.F.) où la Cour d'appel fédérale a conclu que la prestation de services de gestion par un fiduciaire/gestionnaire n'était pas un service financier exonéré.

87 Par. 169(1) L.T.A. Puisque les services financiers sont détaxés aux fins de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, le fonds pourrait réclamer un RTI pour la TVQ payée.

88 Voir l'alinéa d) de la définition d'« effet financier » au paragraphe 123(1) L.T.A.

89 Voir les alinéas d) et f) de la définition de « service financier » au paragraphe 123(1) L.T.A.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique I-11635-8/25314A, 15 janvier 1996.

90 Par ailleurs, la définition de « fourniture » au paragraphe 123(1) L.T.A. exclut spécifiquement la fourniture d'argent (en vertu de la définition de « bien » au même paragraphe).

une personne **à titre d'associé** d'une société de personnes est réputé avoir été accompli par celle-ci dans le cadre des activités de la société et non par la personne. Dans un tel cas, il n'y a pas de fourniture entre l'associé et la société de personnes et aucune TPS n'est applicable.

À l'opposé, le paragraphe 272.1(3) L.T.A. s'applique lorsqu'une personne qui est un associé d'une société de personnes fournit un service à celle-ci **en dehors du cadre des activités de la société**. Dans un tel cas, le montant que la société convient de payer relativement au service (ou, lorsque la société n'exploite pas une entreprise commerciale, la JVM de ces services) est réputé être la contrepartie de la fourniture. La TPS sera alors exigible sur cette fourniture (s'il s'agit d'une fourniture taxable).

L'article 272.1 L.T.A. exige donc que nous déterminions si les services de gestion seraient rendus au fonds « à titre d'associé », auquel cas aucune TPS ne serait applicable, ou plutôt « en dehors du cadre des activités de la société », auquel cas la TPS sera exigible sur la JVM de ces services. L'ARC s'est penchée sur cette disposition[91] et donne deux exemples pour éclaircir la distinction.

Dans le premier cas, une société en commandite est créée pour construire et exploiter une maison de retraite. Selon le contrat de société, le commandité agit comme gérant unique de la maison de retraite et recevra un pourcentage des bénéfices de la société. Le commandité ne rend des services à aucune autre personne. Selon l'ARC, le paragraphe 272.1(1) L.T.A. s'appliquerait aux services de gestion exécutés par le commandité.

À l'opposé, pour illustrer l'application du paragraphe 272.1(3) L.T.A., l'ARC donne l'exemple d'une société de personnes exploitant une entreprise forestière dont un des associés est comptable. Cet associé a fait un apport à la société et reçoit des bénéfices dans la même proportion que les autres associés. De plus, selon la convention de société, le comptable fournit des services de comptabilité à la société et reçoit une rémunération mensuelle en fonction de son taux horaire habituel. Dans un tel cas, la TPS s'appliquerait même si les services de comptabilité sont prévus au contrat de société de

---

[91] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-244, « Sociétés de personnes – Application du paragraphe 272.1(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* », 9 août 2004.

personnes, puisque le comptable reçoit un montant distinct pour les services qu'il fournit, et qu'il exploite une entreprise de comptabilité distincte[92].

Le paragraphe 272.1(3) L.T.A. reconnaît implicitement qu'un associé peut fournir des services à une société de personnes en qualité autre que celle d'associé. Ces services seront alors assujettis à la TPS et à la TVQ. Cette disposition correspond selon nous à la position de l'ARC en impôt sur la déductibilité des sommes versées à un associé en contrepartie de services[93]. Autrement dit, dans la mesure où la taxe est exigible sur les services fournis par un associé à une société de personnes, la somme versée par la société devrait être une dépense déductible et non une attribution de revenu ou de capital.

L'exemple du comptable fournissant des services à une société exploitant une entreprise forestière donné par l'ARC pour illustrer l'application du paragraphe 272.1(3) L.I.R. représente un cas clair et démontre qu'il ne suffit pas d'inclure les termes d'une convention de service dans la convention de société pour éviter l'application des taxes à la consommation. Si les circonstances démontrent que l'associé exploite une entreprise distincte et que le contrat de société sert de paravent à une convention de service, l'ARC pourrait considérer que la TPS s'applique au soi-disant « apport » de services.

3.4. UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES POUR METTRE EN PLACE UN GEL SUCCESSORAL

Dans le contexte corporatif, la technique bien connue du « gel successoral » consiste à mettre en place une structure permettant au détenteur des actions participantes de faire en sorte que la croissance future de la société profite à d'autres personnes, afin notamment d'assurer la relève de l'entreprise et de limiter l'impôt payable au décès sur le gain en capital réputé[94]. Traditionnellement, le gel successoral vise à avantager les membres de la prochaine génération, mais il peut aussi être mis en place en faveur de personnes non liées, par exemple un groupe d'employés clés.

---

92 Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 11635-8, 26 mai 2004 où l'ARC a émis une position semblable dans le contexte des services financiers.

93 Voir la section 1.4. du présent texte.

94 Par. 70(5) L.I.R.

Le gel est habituellement mis en place en convertissant les actions participantes en actions privilégiées ayant une valeur de rachat égale à la JVM actuelle des actions participantes. De nouvelles actions participantes sont ensuite émises pour une somme symbolique aux nouveaux actionnaires, directement ou par l'entremise d'une fiducie. L'ARC ne conteste généralement pas une telle planification[95] – elle considère que l'article 74.4 L.I.R. vient l'encadrer en limitant les opportunités de fractionnement de revenu lorsque la société ne se qualifie pas de « société exploitant une petite entreprise »[96].

Dans le contexte des sociétés de personnes, il est possible de créer contractuellement des « parts privilégiées » donnant droit de recevoir, prioritairement, un montant fixe du capital de la société de personnes en cas de liquidation ou de rachat de cette part, alors qu'un autre type de part « ordinaire » donnerait droit au reliquat du capital. L'ARC reconnaît que rien n'empêche la création de parts assorties de droits différents en ce qui concerne le partage du capital, du revenu, des pertes ou des autres attributs de la société[97]. De telles unités sont utilisées dans certaines structures corporatives. Par exemple, certaines fiducies de revenu avaient été structurées en utilisant des unités privilégiées et des unités ordinaires d'une société de personnes.

Bien qu'il soit possible de créer des parts privilégiées, il convient de noter que l'ARC considère que l'ensemble des unités (d'une ou de plusieurs catégories) détenues par un contribuable dans une société de personnes constitue un seul bien aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (soit la participation dans la société de personnes). Ces parts privilégiées ne représentent donc pas un bien distinct, mais uniquement une façon de partager les bénéfices et les pertes de la société[98].

Nous pouvons donc constater qu'*a priori*, un gel successoral peut être mis en place par le biais d'une société de personnes. Par exemple, le propriétaire d'un immeuble locatif pourrait contribuer cet immeuble à la

---

95 Voir en particulier AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition général anti-évitement – article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 21 octobre 1988.

96 Définie au paragraphe 248(1) L.I.R.

97 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 25.

98 Voir par exemple AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0227191, 10 janvier 2008.

société par voie de roulement en échange de parts privilégiées rachetables lui donnant un droit au capital fixe correspondant à la JVM actuelle de l'immeuble et ses enfants pourraient ensuite acquérir pour une somme symbolique des parts participantes leur donnant droit à la croissance future de l'immeuble.

Quel serait l'intérêt de mettre en place un gel successoral par le biais d'une société de personnes plutôt qu'en utilisant la structure corporative traditionnelle? Reprenons l'exemple d'un particulier détenant personnellement un immeuble locatif et désirant « geler » cet immeuble en faveur de ses enfants. En utilisant la structure corporative traditionnelle (en transférant l'immeuble à une société par actions sur une base de roulement), les objectifs de planification successorale seront atteints, mais l'immeuble sera détenu par une société par actions, ce qui avait pour conséquence, du moins jusqu'à tout récemment, un impôt plus élevé sur les revenus de location (en raison du taux d'imposition élevé de 16,25 % au Québec sur les revenus de placement) et l'assujettissement à la taxe sur le capital. L'utilisation d'une société de personnes pouvait permettre d'accomplir la planification successorale souhaitée sans subir les coûts fiscaux et administratifs découlant de l'utilisation d'une société par actions. Évidemment, la réduction considérable du taux d'imposition corporatif sur les revenus passifs annoncée par le gouvernement du Québec en 2007 (à 11,4 % en 2008 et 11,9 % à partir de 2009) et l'abolition progressive de la taxe sur le capital d'ici à 2011 atténuent considérablement les conséquences négatives résultant de l'utilisation d'une société par actions pour gagner du revenu passif, de sorte que l'incitatif à développer des structures de rechange pour implanter le gel successoral sera moins grand.

L'ARC rappelle cependant, dans le bulletin *Nouvelles techniques* n^{o} 30, que le partage des attributs fiscaux de la société de personnes « pourrait » être assujetti à l'article 103 L.I.R. Ainsi, l'ARC considère depuis longtemps que le paragraphe 103(1.1) L.I.R. devrait s'appliquer lorsque de telles parts privilégiées sont utilisées pour mettre en place un gel successoral traditionnel, puisque la répartition du revenu ne tiendrait pas compte du capital investi par les différents associés. Ainsi, dans l'exemple décrit ci-dessus visant à geler la valeur d'un immeuble locatif, l'ARC a indiqué qu'elle considère que l'article 103 L.I.R. s'appliquerait :

> « Dans le cadre de la table ronde sur la fiscalité tenue lors du congrès de 1992 de l'Association canadienne d'études fiscales (question 13), le Ministère a indiqué que la répartition du revenu d'une société de personnes doit tenir compte de l'apport en capital des associés ou de l'apport non monétaire de chacun d'eux et ce, indépendamment du fait qu'une société de personnes soit ou non utilisée comme véhicule de gel successoral. Le ministère a ajouté que le

> paragraphe 103(1) ou (1.1) de la Loi pourrait s'appliquer si la répartition du revenu de la société de personnes ne tient pas compte de l'apport de chaque associé. La question de savoir si la répartition du revenu de la société de personnes tient compte de l'apport de chaque associé est une question de fait qui doit être déterminée en tenant compte des particularités de chaque cas.
>
> Considérant la situation décrite dans votre lettre, nous sommes d'avis que la répartition du revenu ne tient pas compte de l'apport de chaque associé. Par conséquent, nous sommes d'opinion que le Ministère devrait appliquer le paragraphe 103(1.1) de la Loi afin de répartir, pour fins fiscales, le revenu de la société de personnes en fonction de l'apport de chaque associé[99]. » (Notre soulignement)

L'ARC a réitéré sa position générale sur cette question récemment dans le cadre de la conférence annuelle de 2007 de la Society of Trust and Estate Practitioners :

> « As stated in *Income Tax Technical News* No. 30, dated May 31, 2004, in our view, there is no impediment to the creation of partnership interests that carry different entitlements to share in the income, loss or other attributes of the partnership. However, the sharing of these tax attributes is subject to section 103 of the ITA. In considering the application of section 103 of the ITA, we would examine whether one of the principal reasons for the separate interests was the reduction or postponement of tax, or in the case where two or more members of the partnership are not dealing with each other at arm's length, whether the amount of income or loss allocated to the unit is reasonable having regard to the circumstances, including capital invested and work performed.
>
> With respect to the potential application of subsection 56(2) of the ITA, in our view, section 103 would be the more specific legislation applicable to partnerships and so the potential application of subsection 56(2) has never been raised as an issue.
>
> In order to provide any definitive comments on a particular arrangement whereby a partnership is used in an estate freeze, and on whether subsections 56(2), 103(1) or 103(1.1) of the ITA would apply, we would need to review all of the facts and documentation related to the transactions. Such a review would normally only be undertaken in the context of an advance income tax ruling request[100]. »

---

[99] Voir entre autres AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9525985, 16 octobre 1995.

[100] « Practitioner/CRA Round Table », dans *2007 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 8 juin 2007, question 18.

L'ARC ne ferme pas complètement la porte à l'utilisation d'une société de personnes pour mettre en place un gel successoral. Par contre, en réalité, il semble que l'ARC n'ait jamais émis d'interprétation technique ou de décision anticipée favorable confirmant que l'article 103 L.I.R. ne s'appliquera pas lorsqu'une société de personnes est utilisée pour mettre en place un gel successoral traditionnel dans un contexte familial.

Certains se demandent pourquoi l'ARC adopte cette position, alors qu'une planification similaire peut être mise en place par le biais d'une société par actions. La première raison, évidente, est qu'il n'existe pas d'équivalent à l'article 103 L.I.R. dans le contexte corporatif qui exigerait que les termes d'un capital-actions soient « raisonnables » dans les circonstances. Autrement dit, le législateur a jugé nécessaire de conférer au ministre des pouvoirs accrus en matière de société de personnes et l'ARC se prévaut de ces pouvoirs. Le paragraphe 103(1.1) L.I.R. reflète vraisemblablement la perception du législateur (et de l'ARC) selon laquelle les participations dans une société de personnes sont plus facilement « manipulables » que les actions d'une société. Par exemple, il est possible que les droits des associés dans le capital et le revenu puissent fluctuer d'une année à l'autre sans nécessairement entraîner de disposition de cette participation (comme, par exemple, dans une société de professionnels) et sans que des règles antiévitement équivalentes aux paragraphes 51(2), 86(2) ou 15(1) L.I.R. puissent s'appliquer. Le potentiel d'abus semble donc plus grand. Par ailleurs, l'article 74.4 L.I.R. vient limiter la possibilité d'effectuer du fractionnement de revenu par le biais d'une société par actions avec des enfants mineurs ou avec le conjoint et reflète une politique législative visant à limiter, dans une certaine mesure, le gel successoral aux entreprises actives plutôt qu'aux sociétés de placement. Il n'existe pas d'équivalent à l'article 74.4 L.I.R. dans le contexte des sociétés de personnes.

Cela dit, comme nous l'avons vu à la section 2.4., la jurisprudence nous enseigne que, pour déterminer si le paragraphe 103(1.1) L.I.R. doit s'appliquer, il faut se demander si la même transaction aurait été mise en place avec des parties sans lien de dépendance. Or, le gel successoral est fréquemment utilisé pour permettre à des employés non liés de participer à la croissance future de l'entreprise[101]. Dans un tel contexte, l'employé n'est généralement pas considéré comme ayant reçu un avantage en vertu des articles 6 ou 7 L.I.R. (à condition, évidemment, que la valeur de rachat des actions privilégiées reflète la pleine JVM de l'entreprise), et ce, même si

[101] *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod., par 6205(2), où de telles planifications sont prévues.

c'est le lien d'emploi qui a incité l'employeur à émettre des actions à son employé. Cet exemple démontre qu'il peut être raisonnable de mettre en place un gel successoral avec des parties non liées. Ainsi, dans la mesure où le gel vise à encourager un enfant à prendre la relève de l'entreprise et que ce dernier s'implique activement dans l'entreprise de la société de personnes, il nous semble que le gel successoral en sa faveur pourrait être raisonnable aux fins du paragraphe 103(1.1) L.I.R.

Bref, compte tenu de l'incertitude découlant de l'application potentielle de l'article 103 L.I.R. et du refus de l'ARC d'élaborer une position administrative sur cette question, il semble difficile de mettre en place un gel successoral en faveur de personnes ayant un lien de dépendance, à moins de pouvoir démontrer qu'une structure similaire aurait été créée avec des personnes sans lien de dépendance, par exemple lorsque le détenteur des parts ordinaires s'implique activement dans l'entreprise. En outre, les changements à l'imposition des sociétés par actions au Québec devraient réduire l'attrait de la société de personnes comme véhicule de gel successoral.

CONCLUSION

La société de personnes possède plusieurs caractéristiques qui en font un véhicule de choix pour plusieurs types d'opérations commerciales. Cette popularité s'explique en grande partie par sa transparence au plan fiscal, mais aussi par le fait que, tant aux fins civiles que fiscales, ce véhicule juridique permet aux parties d'établir un mécanisme de répartition du revenu et des pertes souple et adapté à leur situation particulière.

Cependant, l'article 103 L.I.R. introduit une incertitude quant aux conséquences fiscales découlant de l'utilisation d'une société de personnes. Or, les transactions commerciales exigent généralement un degré de prévisibilité élevé sur les conséquences fiscales. Dans certains cas, les parties préféreront obtenir une décision anticipée afin de confirmer le caractère raisonnable du mécanisme de répartition du revenu choisi. Dans d'autres situations, des considérations pratiques rendent cette option impossible.

La jurisprudence récente illustre que les autorités fiscales peuvent utiliser le paragraphe 103(1) L.I.R. avec succès pour contester la répartition du revenu dans des situations jugées inappropriées. Toutefois, tant dans l'arrêt *Xco Investments* que dans l'affaire *Penn West Petroleum*, certains faits particulièrement défavorables pour le contribuable semblent avoir pesé lourd dans la balance (en particulier le caractère éphémère et sans risque de la participation du tiers dans la société). En l'absence de ces faits défavorables,

nous croyons que l'article 103 L.I.R. ne devrait généralement pas empêcher les contribuables de structurer leurs opérations en fonction de leurs objectifs commerciaux particuliers, notamment en prévoyant un mécanisme personnalisé pour la répartition du revenu ou des pertes, avec le degré de prévisibilité requis.

LES ENTITÉS INTERMÉDIAIRES DE PLACEMENT DÉTERMINÉES : AU-DELÀ DES FIDUCIES DE REVENU



Elaine Marchand
Avocate
Osler, Hoskin & Harcourt
s.e.n.c.r.l./s.r.l.



Jean-Frédérick Ménard
Avocat
Osler, Hoskin & Harcourt
s.e.n.c.r.l./s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 26:3

1. 2004-2006 : COMMENT EN SOMMES-NOUS ARRIVÉS LÀ? 26:4

1.1. VALSE-HÉSITATION : MALHEUR OU BÉNÉDICTION? 26:4
1.2. LA SALVE FINALE 26:6

2. ESQUISSE DE LA STRUCTURE FISCALE MISE EN CAUSE 26:7

2.1. LA PREMIÈRE GÉNÉRATION DE FIDUCIES DE REVENU 26:7
2.2. LA DEUXIÈME GÉNÉRATION DE FIDUCIES DE REVENU 26:8
2.3. IMPACT SUR LES RECETTES FISCALES 26:9

3. LA SOLUTION ADOPTÉE 26:10

3.1. L'ANNONCE DU 31 OCTOBRE 2006 ..... 26:10

3.2. APPLICATION AUX FIDUCIES 26:11
3.3. APPLICATION AUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES 26:11

4. LES CONCEPTS CLÉS DU NOUVEAU RÉGIME D'IMPOSITION DES FIDUCIES INTERMÉDIAIRES DE PLACEMENT DÉTERMINÉES 26:11

4.1. « FIDUCIE INTERMÉDIAIRE DE PLACEMENT DÉTERMINÉE » 26:12
4.1.1. Exclusion des fiducies de placement immobilier 26:12
4.1.2. Résidence au Canada 26:16
4.1.3. « Placement » et « titre » 26:16
4.1.4. « Bien hors portefeuille » 26:26
4.2. « GAINS HORS PORTEFEUILLE » 26:29

5. LA MÉCANIQUE DE L'IMPOSITION DES FIDUCIES INTERMÉDIAIRES DE PLACEMENT DÉTERMINÉES ET DE LEURS BÉNÉFICIAIRES 26:30

5.1. IMPOSITION DE LA FIPD 26:30
5.2. IMPOSITION DES DISTRIBUTIONS AUX BÉNÉFICIAIRES DE LA FIPD 26:32
5.3. AUTRES APPLICATIONS POTENTIELLES DES RÈGLES EIPD 26:33
5.3.1. Instruments novateurs 26:33
5.3.2. Titrisation 26:35

6. VERS 2011 : RÈGLES TRANSITOIRES 26:36

6.1. LES « PRÉCISIONS CONCERNANT LA "CROISSANCE NORMALE" DES FIDUCIES DE REVENU ET AUTRES ENTITÉS INTERMÉDIAIRES » 26:36
6.1.1. La croissance normale : appréciation quantitative 26:37
6.1.2. La croissance normale : appréciation qualitative 26:37

CONCLUSION 26:39

INTRODUCTION

Le début des années 2000 a été marqué par l'émergence fulgurante des fiducies de revenu sur les marchés canadiens. Après avoir été malmenés par les soubresauts des titres technologiques et par une troublante suite de scandales financiers chez nos voisins du sud, les marchés financiers canadiens ont trouvé un nouveau souffle sous l'impulsion de cette structure juridique et fiscale innovatrice. Entre 1995 et 2004, la capitalisation boursière des entités intermédiaires est passée de 1,3 milliard à 118,7 milliards de dollars[1]. Au 31 octobre 2006, elle s'élevait à plus de 200 milliards.

Depuis lors, les fiducies de revenu n'ont eu cesse de faire parler d'elles. D'abord, sous le gouvernement libéral de Paul Martin s'est amorcée une longue valse-hésitation quant à la position à adopter relativement à ce que certains décrivaient comme une bénédiction pour l'économie canadienne et d'autres comme une aberration économique et une brèche béante dans les revenus fiscaux de l'État canadien.

Comme on le sait – trois ans et deux élections fédérales plus tard –, c'est l'avis des détracteurs des fiducies de revenu qui a prévalu. C'est pourquoi l'âge d'or de cette structure apparaît maintenant bel et bien révolu au Canada. En effet, cette saga a pris un tournant déterminant le 31 octobre 2006 lorsque le gouvernement conservateur de Stephen Harper a annoncé un nouveau « Plan d'équité fiscale » sonnant le glas pour la création de nouvelles entités et posant l'horizon fatidique de 2011 pour celles qui existaient déjà. Depuis que le Projet de loi C-52[2] a été promulgué en juin dernier, nous avons une vision plus juste des défis qui attendent les entités intermédiaires de placement déterminées (ci-après « EIPD »)[3] et leurs

---

1 CANADA, ministère des Finances, *Questions fiscales et autres liées aux entités intermédiaires cotées en bourse (fiducies de revenu et sociétés de personnes en commandite)*, septembre 2005. On entend ici par « entités intermédiaires » les fiducies et les sociétés de personnes cotées en Bourse (connues aussi par l'acronyme anglais « FTE » – pour *Flow-Through Entities*).

2 *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2007*, L.C. 2007, c. 29 (ci-après « Projet de loi C-52 »).

3 C'est là l'expression consacrée par les nombreux documents produits par le ministère des Finances pour regrouper à la même enseigne la structure plus courante de la fiducie de revenu et son pendant moins usité, la société en commandite cotée en Bourse. Dans le but d'alléger le texte, sauf mention explicite, toute référence à une fiducie, à une société de personnes ou à une société en commandite sera une référence à une telle entité cotée en Bourse.

conseillers. Les nouvelles dispositions présentent aussi des difficultés d'interprétation qui rendent incertain le champ d'application de ce nouveau régime d'imposition, de telle sorte que certaines structures autres que les fiducies de revenu devront maintenant être analysées à la lumière de ces nouvelles règles.

Dans le présent texte, nous examinerons les règles adoptées par le Parlement canadien ayant trait à la fiscalité des EIPD (ci-après « règles EIPD »). Après un bref aperçu du régime dans son ensemble, nous nous attarderons à exposer l'application des règles EIPD aux fiducies ainsi que le mécanisme d'application différée de ces règles, mis en place pour faciliter la transition des entités visées. Au fil de notre examen, nous soulèverons certains écueils et ambiguïtés que risquent de rencontrer ceux qui seront appelés à interpréter et appliquer les règles EIPD. Toutefois, avant de procéder à cette analyse, il est pertinent de rappeler les grands jalons du processus politique et législatif ayant mené à l'adoption des règles EIPD contenues dans le Projet de loi C-52.

1. 2004-2006 : COMMENT EN SOMMES-NOUS ARRIVÉS LÀ?

1.1. VALSE-HÉSITATION : MALHEUR OU BÉNÉDICTION?

Le débat sur l'efficience économique et l'équité fiscale du recours massif à la structure des entités intermédiaires par les entreprises canadiennes a fait rage au Canada pendant plusieurs années[4]. C'est toutefois en 2004 que le débat a quitté les pages des revues savantes et les éditoriaux économiques des journaux pour entrer résolument dans la sphère politique.

Dans un premier temps, dans le cadre du budget déposé le 23 mars 2004, le ministre des Finances d'alors, Ralph Goodale, tenta de calmer l'appétit des marchés pour ce genre de produit en annonçant que, dorénavant, les caisses de retraite se verraient imposer une limite de 1 % de la valeur comptable de leurs actifs quant aux parts de titres de fiducies de revenu qu'elles pourraient détenir et de 5 % quant aux parts d'une seule fiducie[5]. Cette tentative de s'attaquer à un segment ciblé de la demande pour les parts de fiducie de revenu s'avérera infructueuse. En effet, quelques semaines plus tard, la proposition fut « différée » pour permettre la tenue de consultations,

---

4 Voir par exemple Paul D. HAYWARD, « Income Trusts: A Tax-Efficient Product or the Product of Tax Inefficiency? », (2002), vol. 50, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1529-1569.

5 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004.

à la suite des pressions d'investisseurs institutionnels influents voyant d'un mauvais œil cette intervention dans la composition de leur portefeuille[6]. À ce titre, il suffit de penser au Ontario Teachers' Pension Plan, détenteur notamment d'une participation dans le Fonds de revenu Pages Jaunes dépassant alors largement le seuil de 5 % proposé par le ministre Goodale[7].

La riposte du gouvernement prendra d'abord la forme d'une consultation du ministère des Finances, commandée dans le budget de mars 2005 et rendue publique le 8 septembre 2005. La publication d'un document de réflexion et l'annonce de consultations publiques sur la question eurent peu d'impact sur les marchés. Qui plus est, des quotidiens rapportaient que le PDG de la Banque Royale du Canada laissait entendre, quelques jours seulement après la publication du livre blanc, que la plus grande institution bancaire canadienne pourrait se laisser séduire par la tendance et transférer certaines de ses opérations dans une structure de fiducie de revenu[8].

Plusieurs analystes s'entendent pour dire que cette déclaration eut un effet vivifiant sur le gouvernement. En effet, celui-ci s'attendait probablement à ce que l'annonce de consultations publiques tempère les ardeurs du marché et que ses acteurs reconnaissent la possibilité que le processus de consultation lancé par le gouvernement soit susceptible de changer la donne pour les EIPD. Or, personne sur les parquets n'a semblé s'inquiéter outre mesure.

Ainsi, le 19 septembre 2005, le gouvernement prit la décision d'envoyer un signal plus fort aux marchés. Le ministre des Finances Goodale a alors annoncé avoir fait la demande à son homologue du Revenu, John McCallum, de suspendre toutes les décisions anticipées concernant des structures faisant appel à une entité intermédiaire.

Bien que plusieurs projets impliquant la mise en place d'une entité intermédiaire n'aient pas nécessité de décision anticipée pour aller de

---

6 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2004-036, « Le ministre des Finances annonce des consultations sur l'investissement des caisses de retraite dans des fiducies de revenu d'entreprise », 18 mai 2004.

7 Voir par exemple PRESSE CANADIENNE, « Teachers dénonce les intentions du fédéral concernant les fiducies de revenu », 25 mars 2004.

8 David SCANLAN et Sean B. PASTERNAK, « Royal Bank considers income trust: But tax cuts would relieve pressure to make conversions, CEO Nixon says », *The Gazette*, 14 septembre 2005, p. B1.

l'avant, ce moratoire eut l'effet d'une douche froide et la plupart des chantiers furent alors interrompus.

Finalement, bien que l'annonce du 19 septembre ait mentionné que la consultation publique sur l'avenir des fiducies de revenu suivrait son cours jusqu'au 31 décembre 2005, le ministre des Finances Goodale annonça le 23 novembre 2005 l'intention de son gouvernement de ne pas imposer les fiducies de revenu et d'opter plutôt pour une hausse du taux de majoration des dividendes et du taux du crédit d'impôt pour dividendes. En somme, plutôt que de rétablir la neutralité du traitement fiscal des fiducies de revenu et des grandes sociétés publiques en imposant les premières, l'annonce du gouvernement suggérait de le faire en diminuant l'impôt effectivement payable par les particuliers sur les dividendes reçus des secondes.

Bien que l'annonce faite le 23 novembre 2005 ait été accompagnée d'une reprise des décisions anticipées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et qu'elle ait été présentée comme une solution définitive au débat sur les fiducies de revenu, la question n'en était pas moins devenue un enjeu important de la campagne électorale fédérale de janvier 2006.

1.2. LA SALVE FINALE

Comme on le sait, c'est le parti conservateur de Stephen Harper qui fut appelé à former le gouvernement à l'issue de cette élection. Puisque Stephen Harper lui-même avait pris position en faveur des fiducies de revenu dans une virulente lettre à l'éditeur publiée dans le *National Post* à la suite de l'annonce du 19 septembre 2005[9], il semblait acquis que la place des fiducies de revenu était assurée dans le paysage financier canadien.

C'était sans compter les annonces successives et rapprochées des deux plus grandes sociétés de télécommunication canadiennes, BCE et Telus, voulant qu'elles aient l'intention de restructurer leurs opérations pour prendre elles aussi la forme de fiducies de revenu.

Ainsi, placé devant la possibilité de voir les plus grandes sociétés publiques canadiennes ne plus payer d'impôt, le gouvernement conservateur fait volte-face et annonce, le 31 octobre 2006, par la voix du ministre des Finances Jim Flaherty, des mesures visant à marginaliser l'utilisation des entités intermédiaires de placement. Suivit ensuite en décembre 2006 le

[9] Stephen HARPER, « Questioning income trusts puts seniors at risk », *National Post*, 26 octobre 2005.

communiqué[10] exposant le régime de transition destiné à offrir aux EIPD existantes au moment de l'annonce du 31 octobre de profiter d'une période de grâce jusqu'en 2011 avant de se voir appliquer les règles EIPD. Finalement, le 22 juin 2007, le Projet de loi C-52 contenant les règles EIPD reçut la sanction royale.

Avant de nous pencher sur l'analyse de ces règles, rappelons brièvement les structures fiscales dont elles visent à stopper la prolifération.

2. ESQUISSE DE LA STRUCTURE FISCALE MISE EN CAUSE

L'intuition fondamentale à la base de l'utilisation d'une entité intermédiaire cotée en Bourse pour l'exploitation d'une entreprise est relativement simple. Il s'agit essentiellement d'interposer une entité transparente entre les investisseurs et l'entité exploitant l'entreprise de façon que les revenus tirés de l'exploitation de l'entreprise soient attribués aux investisseurs et imposés entre leurs mains.

2.1. LA PREMIÈRE GÉNÉRATION DE FIDUCIES DE REVENU

L'évolution de la mise en œuvre de cette intuition a connu deux étapes principales[11]. La première génération de fiducies de revenu était structurée de manière à éliminer l'impôt payable par l'entité opérante par le biais d'un important effet de levier. Dans ce premier cas, une fiducie répondant à la définition de fiducie de fonds commun de placement[12] (ci-après « FFCP ») est mise sur pied. Cette fiducie détient toutes les actions ordinaires d'une société par actions chargée d'exploiter une entreprise et de détenir les biens nécessaires pour ce faire. Ensuite, des parts de cette entité fiscalement transparente sont offertes au public. Le produit de l'émission est investi dans des titres de créance de l'entité opérante. Ce faisant, la FFCP se confirme à la condition énoncée à l'alinéa 132(6)b) L.I.R. puisque sa seule activité consiste à investir ses fonds dans des biens. Les titres de créance émis par la société opérante en faveur de la FFCP seront habituellement des créances

---

10 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2006-082, « Précisions concernant la "croissance normale" des fiducies de revenu et autres entités intermédiaires », 15 décembre 2006.

11 Pour une discussion plus détaillée des deux « générations » de fiducies de revenu, voir Didier FRÉCHETTE, « L'évolution des structures des fiducies de revenu », (2005), vol. 10, n° 4 *Stratège* 14-19.

12 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), art. 132.

subordonnées à un financement bancaire, et les autres termes et conditions de ces titres de créance seront structurés de façon à justifier un taux d'intérêt supérieur à l'intérêt applicable au financement bancaire. Le produit des titres de créance et des emprunts bancaires servira plus particulièrement à faire l'acquisition de biens utilisés pour gagner un revenu ou d'une entreprise, permettant ainsi à la société opérante de déduire les intérêts payés ou payables dans le calcul de son revenu.

De cette manière, en raison de ses dépenses donnant lieu à une déduction, au premier chef les intérêts versés sur les titres de créance émis à l'entité publique, la société opérante pourra réduire – voire éliminer – son revenu imposable et paiera très peu d'impôt ou n'en paiera aucun. Finalement, puisqu'il s'agit d'une entité transparente au plan fiscal, la FFCP sera en mesure d'attribuer ses revenus, notamment ses revenus d'intérêts, à ses bénéficiaires qui en assumeront la charge fiscale.

2.2. LA DEUXIÈME GÉNÉRATION DE FIDUCIES DE REVENU

La deuxième génération emploie une structure légèrement plus complexe. Toutefois, elle permet d'éviter certains écueils de la première génération, notamment la possibilité que des revenus trop importants dépassent les intérêts payables par l'entité opérante (puisque pour être déductible l'intérêt doit être raisonnable) et se traduisent par une imposition pour cette entité. C'est pourquoi, dans ce deuxième scénario, la fiducie qui procède à l'émission publique de ses parts investit dans une deuxième fiducie[13] qui, pour sa part, devient associée d'une société de personnes qui occupera la position d'entité opérante. Puisqu'il s'agit d'une structure entièrement composée d'entités transparentes, tous les revenus peuvent ultimement être attribués aux bénéficiaires de l'entité publique. Pour la même raison, l'entité peut aussi verser certains montants à titre de remboursement de capital à ses bénéficiaires, ce qui a pour effet de faire bénéficier ces derniers du taux d'inclusion de 50 % pour les gains en capital

[13] Une fiducie d'investissement à participation unitaire au sens du paragraphe 108(2) L.I.R. L'utilisation de deux fiducies résulte principalement du fait qu'une fiducie pourrait être considérée comme exploitant une entreprise si elle devenait associée d'une société de personnes, risquant ainsi de perdre son statut de FFCP en raison de la condition énoncée à l'alinéa 132(6)b) L.I.R. Même si l'article 253.1 L.I.R. offre un certain confort sur cette question dans le cas où une fiducie devient un commanditaire d'une société en commandite, plusieurs fiducies de revenu qui ont vu le jour après l'introduction de cette disposition ont néanmoins été structurées en utilisant deux fiducies.

en plus de reporter cette inclusion jusqu'au moment de la disposition (ou de la disposition présumée) des parts de la FFCP[14].

De plus, d'autres déductions fiscales sont disponibles, notamment la déduction pour les frais de financement[15] et la déduction pour amortissement[16] ou pour les immobilisations admissibles[17] qui n'ont pas de contrepartie dans l'encaisse de l'entité opérante, sans compter les déductions au titre des frais d'exploration et d'aménagement accordées aux entreprises œuvrant dans le secteur des ressources minières et pétrolières, dont plusieurs se sont transformées en fiducies de revenu.

2.3. IMPACT SUR LES RECETTES FISCALES

Qu'il s'agisse de la première ou de la deuxième génération de fiducies de revenu, du point de vue du contribuable, la finalité fiscale de la structure sera accomplie puisque la quasi-totalité de l'impôt payable aura été transférée de l'entité opérante vers les investisseurs. Si l'on fait maintenant entrer en scène les investisseurs exonérés d'impôt tels que les caisses de retraite et les régimes enregistrés d'épargne-retraite, de même que les investisseurs non résidents[18], on perçoit d'autant plus clairement l'économie d'impôts générale qui découle de l'utilisation d'une entité intermédiaire dans la structure d'exploitation d'une entreprise et, bien entendu, la diminution correspondante des recettes fiscales de l'État. À cela s'ajoute aussi l'impact de l'utilisation de cette structure sur les recettes fiscales provinciales. En effet, en raison du transfert des revenus de l'entité opérante vers les

---

14 Notamment, les distributions de capital faites par la FFCP réduiront le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») du porteur de parts en vertu de l'alinéa 53(2)h) L.I.R. et ce dernier pourrait être réputé avoir réalisé un gain en capital de la disposition de ses parts si le PBR de celles-ci était par ailleurs inférieur à zéro; voir le paragraphe 40(3) L.I.R.

15 Al. 20(1)e) L.I.R.

16 Al. 20(1)a) L.I.R.

17 Al. 20(1)b) L.I.R.

18 Ceux-ci ne sont soumis qu'à un impôt de retenue fédéral de 25 % en vertu de l'alinéa 212(1)c) L.I.R. et ils bénéficient aussi souvent en plus d'un taux réduit à 15 % par une convention fiscale (voir par exemple *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention Canada-États-Unis »), art. XXII(2)); voir aussi le paragraphe 132(5.1) et l'article 218.3 de la Partie XIII.2 L.I.R. qui prévoit une retenue de 15 % sur les distributions, effectuées par une FFCP, qui ne sont pas par ailleurs assujetties à l'impôt de la Partie I ou de la Partie XIII L.I.R.

bénéficiaires de l'entité publique, les revenus tirés de l'exploitation de cette entreprise sont soustraits à l'assiette fiscale de la province où cette exploitation a lieu en faveur de l'assiette fiscale de la province où réside l'investisseur[19].

3. LA SOLUTION ADOPTÉE

3.1. L'ANNONCE DU 31 OCTOBRE 2006

Le 31 octobre 2006, le ministre des Finances du Canada a fait part de la décision du gouvernement de modifier radicalement le régime d'imposition des fiducies de revenu. Dans son communiqué de presse, le ministre invoque le rétablissement de l'équilibre et de l'équité du régime fiscal canadien en « assurant l'uniformité du traitement fiscal dont font l'objet les fiducies de revenu et les sociétés »[20]. Avant de présenter les concepts clés de ce régime de même que les mesures de transition qui en accompagnent la mise en œuvre, il convient d'en tracer les grandes lignes.

En somme, l'approche adoptée par le ministre des Finances consiste à prélever directement des fiducies et des sociétés de personnes correspondant respectivement à la définition de « fiducie intermédiaire de placement déterminée » et à celle de « société de personnes intermédiaire de placement déterminée », un impôt à un taux équivalent au taux fédéral et provincial combiné moyen applicable aux sociétés sur les revenus que ces entités tirent de l'exploitation d'une entreprise au Canada. De plus, les distributions faites par ces entités sont réputées être des dividendes de grandes sociétés publiques[21] entre les mains des investisseurs, qu'ils soient bénéficiaires d'une fiducie de revenu ou commanditaires d'une société en commandite.

---

19 Évidemment, si l'investisseur est un non-résident du Canada, ces revenus échappent complètement à l'impôt provincial. Soulignons d'ailleurs l'appui immédiat qu'a reçu le ministre des Finances Flaherty à l'égard de l'annonce du 31 octobre 2006 de la part, entre autres, du ministre des Finances du Québec par voie d'un communiqué de presse : voir QUÉBEC, ministère des Finances, *Communiqué*, « Imposition des fiducies de revenu – M. Audet satisfait de l'équité fiscale introduite par le ministre des Finances du Canada », 1er novembre 2006 (en ligne : www.finances.gouv.qc.ca/documents/Communiques/fr/20061101.pdf).

20 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* no 2006-061, « Le nouveau gouvernement du Canada annonce son Plan d'équité fiscale », 31 octobre 2006.

21 Par. 89(1) « dividende déterminé », al. b) L.I.R.

3.2. APPLICATION AUX FIDUCIES

Dans le cas d'une fiducie de revenu, cela revient à interdire la déduction des revenus visés dans le calcul de son revenu imposable en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R. et à imposer ce revenu au taux moyen d'imposition des sociétés. Néanmoins, en ce qui concerne les revenus non assujettis au nouveau régime, la fiducie conserve le choix de les attribuer à ses bénéficiaires ou de s'imposer sur ceux-ci au taux personnel marginal le plus élevé. De même, le mécanisme permettant le retour du capital de la fiducie à ses bénéficiaires n'est pas entravé.

3.3. APPLICATION AUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES

En ce qui concerne les sociétés de personnes, la mécanique diffère légèrement en raison du fait que ces entités ne sont normalement pas assujetties à l'impôt. Toutefois, l'objectif d'imposer les revenus tirés de l'exploitation d'une entreprise[22] au sein de l'entité intermédiaire demeure. C'est pourquoi les nouvelles règles introduisent une exception au principe de la transparence fiscale des sociétés de personnes en créant un impôt sur les revenus tirés de l'exploitation d'une entreprise au Canada pour celles d'entre elles qui répondent à la définition d'EIPD. Ainsi, une société de personnes EIPD est réputée avoir reçu un dividende d'une société canadienne imposable équivalent à la différence de ses gains hors portefeuille imposables et l'impôt payable en vertu de la Partie IX.1 L.I.R.[23]

Tel qu'il a été mentionné plus haut, l'analyse du traitement des sociétés de personnes en vertu des règles EIPD dépasse le cadre du présent texte. C'est pourquoi nous nous contenterons de diriger le lecteur vers le paragraphe 96(1.11) et l'article 197 L.I.R. Ces dispositions établissent un régime d'imposition des sociétés de personnes EIPD parallèle à celui s'appliquant aux fiducies, que nous examinerons ci-dessous.

4. LES CONCEPTS CLÉS DU NOUVEAU RÉGIME D'IMPOSITION DES FIDUCIES INTERMÉDIAIRES DE PLACEMENT DÉTERMINÉES

Le 22 juin 2007, le Projet de loi C-52 recevait la sanction royale et de ce fait nombre de modifications furent incorporées à la *Loi de l'impôt sur le*

---

22 Nous faisons référence ici au revenu tiré de l'exploitation d'une entreprise; comme nous le verrons, les revenus assujettis à cet impôt – les « gains hors portefeuille » – comprennent des revenus d'autres sources.

23 Al. 96(1.11)b) L.I.R.

revenu. Le législateur a opté pour un appareil conceptuel presque entièrement neuf pour encadrer les EIPD. Nous amorcerons donc notre analyse avec la gamme de concepts inédits introduits dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

4.1. « FIDUCIE INTERMÉDIAIRE DE PLACEMENT DÉTERMINÉE »

Le paragraphe 122.1(1) L.I.R. contient les principales définitions relatives aux règles EIPD applicables aux fiducies. La pierre d'assise de ces règles est sans contredit la définition de « fiducie intermédiaire de placement déterminée » (ci-après « FIPD ») puisqu'elle sert à déterminer si une fiducie est assujettie ou non aux règles EIPD pour l'année. Cette définition se lit comme suit :

> « Est une fiducie intermédiaire de placement déterminée pour une année d'imposition la fiducie, sauf celle qui est une fiducie de placement immobilier pour l'année, qui répond aux conditions suivantes au cours de l'année :
>
> a) elle réside au Canada;
>
> b) les placements qui y sont faits sont cotés ou négociés sur une bourse de valeurs ou un autre marché public;
>
> c) elle détient un ou plusieurs biens hors portefeuille. »

4.1.1. Exclusion des fiducies de placement immobilier

Notons d'abord que la définition de FIPD exclut explicitement les fiducies qui répondent à la définition de « fiducie de placement immobilier » (ci-après « FPI »). En effet, en manœuvrant le revirement de politique fiscale que constitue l'adoption des règles EIPD, le législateur a annoncé son intention de ne pas porter atteinte à la structure plus ancienne des fonds de placement immobilier, communément désignée par l'acronyme anglais « REIT » (*Real Estate Investment Trust*).

Pourtant, la première version des règles EIPD qu'a fait circuler le ministère des Finances portait sérieusement atteinte aux structures de FPI telles qu'on les retrouvait sur le terrain[24]. En effet, la définition de FPI mise de l'avant en décembre 2006 était extrêmement restrictive et ne correspondait pas à un nombre important de FPI actuellement existantes.

---

[24] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant les fiducies et sociétés de personnes intermédiaires de placement déterminées*, décembre 2006.

Tout d'abord, une FPI ne devrait pas détenir de biens hors portefeuille autres que des biens immeubles ou réels situés au Canada. Or, la définition de « bien immeuble ou réel » n'incluait pas un droit ou un intérêt dans un bien défini comme bien immeuble ou réel. Puisque la définition de « bien canadien immeuble, réel ou minier » au paragraphe 248(1) L.I.R. contient cette précision, il eut été difficile de soutenir que de tels droits ou intérêts étaient susceptibles d'être implicitement inclus.

De plus, les biens que pouvait détenir une FPI étaient définis de façon très restreinte. Par exemple, les biens amortissables à un taux annuel de plus de 5 % étaient explicitement exclus de la définition de « bien immeuble ou réel ». Or, certains biens généralement associés aux FPI sont amortissables à un taux supérieur à 5 %. On peut penser ici aux baux d'une durée de moins de 20 ans[25] et aux stationnements[26]. Une fiducie de placement immobilier ne pouvait non plus détenir des actions d'une société de gestion immobilière sans risquer de perdre sa qualification de FPI, toujours en raison de l'étroitesse de la définition de « bien immeuble ou réel » dans la proposition législative initiale. Enfin, une structure commune dans le cas des FPI, soit le fait d'interposer une ou plusieurs entités intermédiaires entre l'entité publique et les biens immobiliers détenus, risquait elle aussi de disqualifier la fiducie parce que l'intérêt de l'entité publique dans l'entité intermédiaire ne constituerait pas un « bien immeuble ou réel ».

Bien qu'un nombre d'incertitudes persistent, plusieurs de ces irritants ont été corrigés dans le texte qui a été adopté par le Parlement. Ces corrections ont été principalement effectuées par le biais d'un renversement de la perspective de la législation. En effet, selon les règles EIPD adoptées le 22 juin 2007, une FPI peut détenir des biens hors portefeuille qui sont des « biens admissibles de FPI », catégorie de biens qui inclut mais qui va au-delà de la définition de « bien immeuble ou réel ». Cette nouvelle catégorie comprend, outre les « biens immeubles ou réels », les biens suivants :

- les titres d'une entité qui tire la totalité ou la quasi-totalité de ses revenus de la gestion, de la location ou de l'entretien de biens immeubles ou réels qui font partie des immobilisations de la fiducie ou d'une entité dont elle détient une action ou une participation;

---

25 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), annexe II, Catégorie 14.

26 Annexe II R.I.R., Catégorie 17.

- les titres de toute entité dont les seuls biens sont le titre de propriété de « biens immeubles ou réels » de la fiducie (ou de la fiducie et un ou plusieurs autres propriétaires véritables)[27] ou des biens accessoires à l'activité de la fiducie;

- des biens accessoires à l'activité de la fiducie.

Afin d'être exemptés de l'application des règles EIPD, les FPI doivent remplir des conditions relatives à la composition de leur actif et des conditions relatives à leurs sources de revenus. Notamment, au moins 75 % du revenu brut d'une FPI doit provenir[28] de loyers de biens immeubles ou réels situés au Canada, d'intérêts d'hypothèques sur des biens immeubles ou réels situés au Canada ou de gains en capital provenant de la disposition de tels biens. De plus, les loyers de biens immeubles ou réels, les intérêts, les dividendes, les redevances et les gains en capital provenant de la disposition de biens immeubles ou réels doivent représenter au moins 95 % du revenu brut de la fiducie. Selon le ministère des Finances, ces conditions font en sorte qu'une FPI ne peut détenir des biens immeubles ou réels situés au Canada indirectement par l'intermédiaire de plus d'une entité transparente[29]. Plus précisément, cette condition sur la provenance des revenus ne serait pas remplie si la FPI tire des revenus de ces sources de façon indirecte, en tant que bénéficiaire d'une fiducie qui est à son tour associé d'une société de personnes qui détient des biens immeubles ou réels[30]. En effet, la lecture

---

27 Les règles EIPD créent ainsi un accommodement pour les sociétés prête-nom.

28 La version anglaise de la disposition utilise le terme *derived.*

29 *Supra*, section 2.2.

30 La position contraire trouve un certain appui dans la jurisprudence. En effet, dans certaines décisions portant sur le sens du mot *derived*, on semble avoir accepté qu'une participation indirecte dans les revenus d'une source était suffisante pour qu'un contribuable soit considéré avoir des revenus provenant de cette source. Dans l'affaire *Gilhooly* c. *MRN*, [1945] C.T.C. 203, la Cour de l'Échiquier devait se pencher sur le droit d'un contribuable de réclamer une allocation pour épuisement en vertu de l'alinéa 5(1)a) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, 1927 à l'égard du revenu provenant d'une exploitation minière (*income "derived from" mining*). La contribuable était bénéficiaire de la succession de son père et avait réclamé une allocation pour épuisement à l'égard des dividendes en actions qui avaient été versés aux exécuteurs testamentaires par une société minière. Dans ce contexte, le juge Cameron a dit ce qui suit :

> « The word "derive" is defined in *Murray's New English Dictionary*, volume 3, page 230, as "to flow, spring, issue, emanate, come, arise, originate, having its derivation from" and in

(à suivre…)

combinée des définitions de « bien immeuble ou réel » et de « bien admissible de FPI » ne permet d'inclure qu'un seul niveau intermédiaire.

En considérant la définition de « bien admissible de FPI », et des modifications apportées à la définition de « bien immeuble ou réel », il semble admis qu'une FPI sera exemptée de l'application des règles EIPD si elle est une associée d'une société de personnes qui remplirait les conditions prévues aux alinéas a) à d) de la définition de FPI si elle était une fiducie[31]. D'une part, quant à la condition relative à la composition de son actif, la FPI détiendrait des « biens admissibles de FPI ». D'autre part, quant aux conditions relatives à ses sources de revenu, la fiducie remplirait ces conditions en ce que la « provenance » de ses revenus serait les biens immobiliers ou réels de la société de personnes. En effet, l'alinéa 96(1)f) L.I.R. prévoit qu'aux fins du calcul du revenu d'un associé, le revenu de la société de personnes d'une source quelconque située dans un endroit donné est réputé être le revenu de l'associé tiré de cette source située dans cet endroit donné.

(…suite)

> the *Shorter Oxford English Dictionary*, Volume 1, as "to draw, fetch, obtain; to come from something as its source".
>
> [...] Can there be any question that mining dividends are derived from mining? I think not. [...]
>
> In *Commissioners of Taxation v. Kirk*, [1900] A.C. 588 at 592, Lord Davey said "Their Lordships attach no special meaning to the word "derived", which they treat as synonymous with arising or accruing". […]
>
> The emphasis in Section 5(1)(a) of the *Income War Tax Act* is on the derivation of the income – not on the recipient – and I have no difficulty in reaching the conclusion that a shareholder in a mining company does derive his income from mining and is clearly entitled to the deduction established from time to time by the Minister. […]
>
> Nor do I think that the mere intervention of a trustee or executor (whose duty is merely to collect mining dividends and turn over that income in the proportions and to the persons mentioned in the testator's will, as in this case) results in the ultimate beneficiary being deprived of the right of deduction for depletion. »

Voir également les décisions suivantes : *MRN* c. *Hollinger North Shore*, [1960] C.T.C. 136 (C.S.C.); *Westar Mining Ltd.* c. *La Reine*, [1992] 2 C.T.C. 11 (C.A.F.); *Kemp* c. *MRN*, [1947] C.T.C. 343 (C. de l'É.).

31 Voir l'alinéa a) de la définition de « bien immobilier ou réel ».

De même, la reconnaissance du fait que la détention d'immeubles tels que ceux que détiennent les fiducies de placement immobilier existantes nécessite d'offrir aussi certains services de gestion et d'entretien, de même que la détention de biens accessoires pour assurer la pleine jouissance de ces immeubles contribuera à diminuer le risque que certaines fiducies qui ont toujours été considérées comme des illustrations typiques de la notion de fiducie de placement immobilier se voient refuser l'exemption qui leur est destinée pour des motifs techniques.

4.1.2. Résidence au Canada

Nous passerons rapidement sur le paragraphe a) de la définition de FIPD qui semble être l'un des seuls éléments du nouveau régime à ne pas soulever d'inquiétudes particulières. En effet, rien ne suggère que l'interprétation du critère de résidence de la fiducie sera différente en ce qui a trait aux FIPD de celle qui prévaut généralement par rapport aux fiducies[32].

On ne peut cependant en dire autant des autres éléments de la définition de FIPD qui comportent leur lot d'ambiguïtés. En fait, comme nous le verrons, l'une des caractéristiques principales du régime mis en place par le législateur est d'avoir été dessiné à très grands traits et de ratisser très large.

4.1.3. « Placement » et « titre »

L'article 122.1 L.I.R. définit un « placement » fait dans une EIPD comme suit :

---

[32] Il est intéressant de noter cependant que les règles EIPD créent un nouveau facteur territorial d'assujettissement à l'impôt en introduisant, dans le cas des sociétés de personnes, le concept de « société de personnes résidant au Canada ». Le paragraphe 248(1) L.I.R. la définit comme suit :

> « "société de personnes résidant au Canada" Société de personnes qui, au moment considéré, selon le cas :
>
> a) est une société de personnes canadienne;
>
> b) résiderait au Canada si elle était une société (étant entendu que la société de personnes dont le siège de direction et de contrôle est situé au Canada est visée ici);
>
> c) a été établie sous le régime des lois d'une province. »

> « “placement” Est un placement dans une fiducie ou une société de personnes :
>
> a) le bien qui est un titre de la fiducie ou de la société de personnes;
>
> b) le droit qu’il est raisonnable de considérer comme reproduisant le rendement ou la valeur d’un titre de la fiducie ou de la société de personnes. »

La définition de placement fait référence à celle de « titre » d’une fiducie ou d’une société de personnes qui se trouve elle aussi à l’article 122.1 L.I.R. Elle se lit ainsi :

> « “titre” Est un titre d’une entité donnée le droit, absolu ou conditionnel, conféré par l’entité ou par une entité qui lui est affiliée, de recevoir, dans l’immédiat ou dans le futur, une somme qu’il est raisonnable de considérer comme représentant soit tout ou partie du capital ou du revenu de l’entité donnée, soit des intérêts payés ou à payer par celle-ci. Il est entendu que les éléments ci-après constituent des titres :
>
> a) toute dette de l’entité donnée;
>
> b) si l’entité donnée est une société :
>
> (i) toute action de son capital-actions,
>
> (ii) tout droit de contrôler, de quelque manière que ce soit, les droits de vote rattachés à une action de son capital-actions;
>
> c) si elle est une fiducie, toute participation au revenu ou au capital de la fiducie;
>
> d) si elle est une société de personnes, toute participation à titre d’associé de la société de personnes;
>
> e) le droit à l’un des éléments visés au présent alinéa ou aux alinéas a) à d) ou le droit d’acquérir l’un de ces éléments. »

Notons d’emblée que la définition de « titre » est pour le moins englobante. Nous reviendrons sur le fait qu’elle vise non seulement les droits conférés par l’entité en examen, mais aussi à ceux émis par des tiers. Néanmoins, dans un premier temps, relevons le fait que la gamme de droits visés est des plus vastes. Toutes les formes d’investissement et leurs dérivés paraissent être couverts : dettes, actions, unités de fiducie ou de société de personnes, tout comme les options d’achat et les obligations ou actions convertibles ou échangeables. Deux observations s’imposent à cet égard.

4.1.3.1. Inclusion de la dette

Tout d'abord, il y a lieu de s'interroger sur le fait que toute dette de l'entité est réputée à l'alinéa a) constituer un « titre » et par le fait même un « placement » dans l'entité. Il y a là une part d'incohérence compte tenu du fait qu'en vertu des mesures transitoires d'application des règles EIPD sur lesquelles nous reviendrons, seules les participations aux capitaux propres d'une entité sont réputées contribuer à la croissance d'une entité. L'émission de titres de créance non convertibles par une fiducie qui profite des mesures transitoires ne peut faire en sorte d'accélérer l'application des règles EIPD à cette fiducie, sans qu'il soit question de mesurer cet endettement contre la capitalisation boursière au 31 octobre 2006. À l'inverse, une fiducie nouvellement constituée après le 31 octobre 2006 qui émet des titres de créance admissibles à une répartition dans le public peut être considérée comme une FIPD.

De plus, à la lumière du fait que l'intérêt payable sur la dette émise par la fiducie pourra être déduit et qu'il réduira les gains hors portefeuille qui seraient par ailleurs assujettis au nouvel impôt de l'alinéa 122(1)b) L.I.R., il est d'autant plus difficile de tenter de justifier cette inclusion. L'inclusion de la dette de l'entité donnée dans la définition de « titre » est particulièrement problématique en considérant la notion très fluide de « marché public » que nous examinerons plus loin.

4.1.3.2. Inclusion des droits de contrôle

De plus, les droits liés au contrôle de fait d'une société par actions[33], qu'ils soient issus d'une convention entre actionnaires ou d'une convention de gestion, bien qu'ils puissent ne pas conférer le droit de recevoir quelque somme d'argent que ce soit, sont réputés constituer des « titres » par le biais du sous-alinéa b)(ii) de la définition.

À l'égard de cette dernière catégorie de droits, il y a lieu de relever l'imprécision de la formulation législative. En effet, tant en anglais qu'en français, les droits énumérés aux alinéas a) à e) sont introduits comme des instances de la définition édictée au paragraphe introductif par l'usage des formulations « Il est entendu que les éléments ci-après constituent des titres » et « "[security]" [means…] and for greater certainty includes ». Or, il semble évident que le droit de contrôler les droits de vote rattachés à une action du capital-actions d'une société ne correspond pas à la définition de

[33] Par. 256(5.1) L.I.R.

« titre » énoncée au paragraphe introductif. Il ne fait pas de doute que l'intention du législateur était de traiter ces droits comme des « titres » bien qu'ils ne correspondent ni à l'acceptation courante du terme ni à la définition que le législateur propose.

Néanmoins, il sera intéressant de voir quel impact l'inclusion d'un tel droit dans l'énumération aura sur l'interprétation du paragraphe introductif de la définition[34].

4.1.3.3. Paragraphe b) de la définition de « placement »

Considérons en premier lieu l'alinéa b) de cette définition de « placement ». Un droit accordé ou émis par quiconque qu'il est raisonnable de considérer comme reproduisant (en anglais : *replicates*)[35] le rendement ou la valeur d'un titre de la fiducie sera considéré comme un placement de cette fiducie aux fins de déterminer si elle est une FIPD. Donc, une fiducie pourrait être une FIPD à son insu et sans qu'elle puisse avoir un contrôle sur cette qualification.

On comprend ici que le législateur visait vraisemblablement les produits dérivés et les autres instruments financiers qui peuvent synthétiquement imiter la valeur et le rendement des titres de la fiducie. Toutefois, cette branche de la définition est possiblement plus englobante. Par exemple, dans le cas d'une fiducie de revenu qui détient toutes les parts d'une fiducie intermédiaire, qui, à son tour, est un commanditaire minoritaire d'une société de personnes (le cas classique des fiducies de revenu de deuxième génération), est-ce qu'on peut considérer que la part de la fiducie de revenu qui est cotée en Bourse est « un droit qu'il est raisonnable de considérer comme reproduisant le rendement ou la valeur d'un titre » de la société de personnes?

---

[34] Puisque les droits de contrôle sur les actions d'une société seront uniquement considérés comme des « titres » lorsque cette société est l'entité en examen (soit l'« entité donnée »), il semble que cette partie de la définition de titre soit davantage pertinente lorsqu'il est question d'examiner les biens détenus par une entité afin de déterminer si elle est une FIPD plutôt que de déterminer si l'entité est une FIPD en raison des « placements » qui y sont faits.

[35] Il s'agit d'un libellé plutôt inusité dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'ancien alinéa 4900(1)n.1) R.I.R. utilisait aussi ce terme dans le contexte des fonds indiciels. En français, le terme utilisé était « imiter ».

Prenons un deuxième exemple : si un fonds indiciel émet des parts qui reproduisent la valeur d'un groupe de titres qui inclurait le titre d'une entité donnée, est-ce un « placement » dans cette entité aux fins des règles EIPD?

À ce titre, relevons le sens usuel du verbe « reproduire » qui est de « répéter, rendre fidèlement, donner l'équivalent de (qqch.) ».

Il en va de même pour le verbe *to replicate* qui évoque une copie exacte (*a replica*). Selon nous, il faut voir dans le choix de ces deux termes une invitation à la retenue, une condition exigeante étant donné l'absence de lien requis entre le créateur ou l'émetteur de ce droit et la fiducie en examen. C'est d'ailleurs aussi le sens de la superposition d'un critère voulant que l'on ne retienne que les droits qui peuvent « raisonnablement » être considérés comme en reproduisant d'autres. Il serait déraisonnable que le statut fiscal d'une fiducie et de ses bénéficiaires puisse être déterminé par le geste d'un tiers qui, par ingénierie financière, émet un instrument qui simule la valeur et le rendement des titres de la fiducie. Dès lors, le libellé semble indiquer que le législateur exige dans ces cas une copie fidèle.

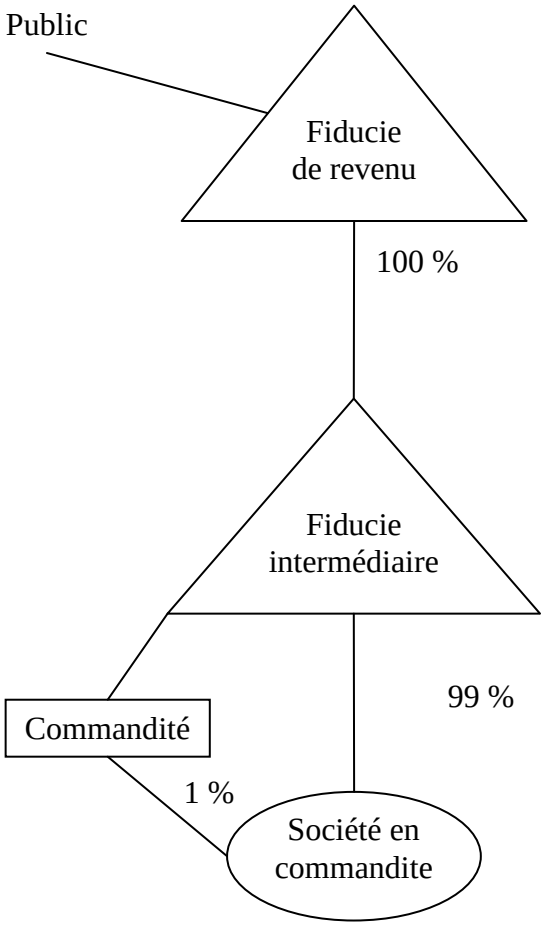
Dans le premier exemple présenté ci-dessus, selon les circonstances, on pourra prétendre que les titres de la fiducie de revenu ne reproduisent pas nécessairement la valeur ou le rendement des parts de la société de personnes.

Bien que la fiducie gagne tout son revenu de ses placements indirects dans la société de personnes, le rendement sur les parts de la fiducie dépendra nécessairement de la situation particulière de la fiducie. Cette dernière aura vraisemblablement des dépenses et engagera des frais qui sont propres à elle et qui auront un impact sur les distributions versées à ses porteurs de parts et qui pourront faire en sorte que ces distributions seront différentes des distributions faites par la société de personnes. Les termes et conditions des parts de la fiducie pourront être comparés à ceux des parts de la société de personnes et certains de ces termes et conditions pourront avoir un impact sur la valeur relative des deux titres.

En somme, nous croyons que l'intention du législateur était de viser les dérivés classiques des titres de la fiducie et non d'appliquer cette définition de « placement » comme mécanisme d'assujettissement pour les entités sous-jacentes d'une EIPD.

4.1.3.4. Paragraphe a) de la définition de « placement »

Pour sa part, en raison du fait que la définition de « titre » inclut aussi les droits conférés par une entité affiliée, le paragraphe a) de la définition de « placement » peut s'appliquer dans des situations inattendues. Cette définition crée des difficultés dans l'application des règles EIPD lorsqu'on examine les entités en amont d'une fiducie (ou d'une société de personnes) résidente du Canada et qui détient des biens hors portefeuille. Les termes utilisés ont une portée très large : un droit conféré par une entité affiliée à la fiducie en examen de recevoir une somme dont il est raisonnable de considérer comme représentant soit **tout ou partie du capital ou du revenu de cette fiducie**, soit des intérêts payés ou à payer par cette fiducie. Considérons une structure typique :



Est ce que la fiducie intermédiaire ou la société de personnes sous-jacente dans cette structure sont susceptibles d'être assujetties aux règles EIPD? Plus précisément, il s'agit de déterminer si les parts cotées en Bourse de la fiducie représentent un droit de recevoir tout ou une partie du capital ou du revenu de la fiducie intermédiaire ou de la société de personnes[36]. Aucune des annonces ministérielles ne laisse entendre que ce soit là l'intention du législateur; néanmoins, une application littérale des textes législatifs mène possiblement à cette conclusion. Avec égards pour l'opinion contraire, nous ne croyons pas qu'il s'agisse de la bonne interprétation.

Certains arguments peuvent être invoqués à l'encontre de cette interprétation. Tout d'abord, même s'il est exact sur le plan économique de dire que les distributions faites aux détenteurs de parts sont financées par les revenus provenant des entités sous-jacentes, force est d'admettre que dans un sens juridique plus strict, les parts de l'entité publique ne confèrent que le droit de recevoir « une somme qu'il est raisonnable de considérer comme représentant soit tout ou partie du capital ou du revenu » de l'entité publique. Ainsi, à leur face même, les parts de l'entité publique ne constitueraient pas des « titres » des entités sous-jacentes.

Dans une perspective plus technique, on peut ajouter que la conjonction des règles EIPD et de celles autrement applicables aux fiducies limitent largement la possibilité que le porteur de parts de l'entité publique puisse être raisonnablement considéré comme ayant le droit de recevoir le capital ou le revenu de l'entité sous-jacente. En vertu de l'alinéa 108(5)a) L.I.R., un montant inclus dans le revenu d'un bénéficiaire d'une fiducie par le biais du paragraphe 104(13) ou 104(14) ou de l'article 105 L.I.R. est réputé être un revenu tiré d'un « bien qui constitue une participation dans la fiducie et non un revenu tiré d'une autre source ». En somme, tous les montants visés font l'objet d'une requalification au sein de l'entité qui verse effectivement les sommes aux bénéficiaires. Ainsi, il serait contradictoire de prétendre que ces sommes « représentent » le revenu ou le capital d'une autre entité alors même que la *Loi de l'impôt sur le revenu* les rattache explicitement à l'entité publique, en réputant la source dont elles proviennent.

Enfin, une telle application de la définition de « titre » dans le contexte des fiducies de revenu constituées selon le modèle de deuxième génération serait inconséquente avec l'application des règles EIPD dans le contexte des

---

[36] La fiducie de revenu serait affiliée à la fiducie intermédiaire et à la société de personnes en vertu de l'alinéa 251.1(1)g) L.I.R. et de la définition d'« associé détenant une participation majoritaire ».

FPI. Comme nous l'avons vu, la politique législative semble clairement permettre une exemption pour les fiducies de placement immobilier et un bon nombre de modifications ont été apportées aux dispositions initialement annoncées au mois de décembre 2006 pour créer des accommodements pour les fiducies de placement immobilier. Parmi ces modifications se trouvent des dispositions qui permettent à une fiducie d'investir dans des entreprises immobilières par l'intermédiaire de sociétés de personnes. Les définitions de « bien admissible de FPI » et de « bien immobilier ou réel » admettent maintenant qu'une fiducie puisse être exemptée des règles EIPD si ses placements immobiliers sont détenus par l'intermédiaire d'une société de personnes. Or, l'exemption créée pour les FPI serait complètement inutile si la société de personnes est elle-même assujettie aux règles EIPD sur la base que les parts de la fiducie constituent des droits de recevoir le capital ou le revenu de la société de personnes. En effet, la définition de « société de personnes intermédiaire de placement déterminée » ne prévoit aucune exemption pour des sociétés de personnes qui seraient des FPI si elles étaient des fiducies.

Qui plus est, il semble que la politique fiscale n'est pas mieux servie par une application littérale de la définition de « placement ». L'objectif de mettre sur un pied d'égalité les sociétés publiques qui distribuent leurs bénéfices après impôts et les fiducies de revenu est atteint sans qu'il soit nécessaire d'assujettir à ce nouvel impôt toutes les entités sous-jacentes.

À notre avis, une interprétation contextuelle de l'ensemble des règles EIPD, qui rend les dispositions cohérentes les une avec les autres, et qui tient compte de l'objet des dispositions doit être privilégiée.

L'inclusion de la « dette de l'entité donnée » dans la définition de « titre » et partant, dans la définition de « placement », peut donner lieu à des situations inattendues. Prenons un exemple. Deux sociétés privées, A et B, sont les deux seules associées d'une société de personnes qui exploite une entreprise au Canada. La société de personnes émet des titres de créance par voie de prospectus. Les titres ne sont pas inscrits à la cote d'une Bourse de valeurs. Le produit de l'émission est utilisé pour gagner un revenu de l'entreprise. Si l'on considère que ces titres de créance sont négociés sur un marché public, la société de personnes sera une EIPD, et ses gains hors portefeuille seront assujettis à l'impôt. On peut s'interroger sur l'objectif que cette qualification aura atteint dans les circonstances – selon le niveau d'endettement de la société de personnes, elle aura réduit ses gains hors portefeuille par sa dépense d'intérêt, réduisant ainsi le revenu de la société de personnes assujetti à cet impôt.

Les définitions de « placement » et « marché public » seront aussi problématiques dans plusieurs circonstances. Prenons un autre exemple : Société A et Société B sont les deux seules associées d'une société de personnes. Société A détient une participation de 70 % alors que Société B détient une participation de 30 %. Société B émet des billets par voie de prospectus sans que ces billets soient cotés en Bourse, et utilise le produit pour faire un prêt à la société de personnes. Société A obtient un emprunt bancaire pour financer sa participation. Les sociétés A et B ne sont pas des sociétés publiques au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si l'on considère que les billets émis par Société B reproduisent le rendement des « titres » de la société de personnes (en l'occurrence la dette de la société de personnes) et si l'on considère que les faits et gestes des courtiers qui négocient ces titres créent un « marché public », la société de personnes sera une EIPD assujettie à l'impôt sur ses gains hors portefeuille. Société A sera réputée avoir reçu un dividende et sa dépense d'intérêt sur son emprunt bancaire ne pourra pas servir à réduire son fardeau fiscal. Si Société A et Société B sont des sociétés affiliées, les billets émis par Société B pourrait aussi faire en sorte que la société de personnes est une EIPD dans la mesure où le billet constitue un droit de recevoir une somme que l'on peut raisonnablement considérer comme représentant des intérêts payés ou à payer par la société de personnes.

À notre avis, il serait utile que le ministère des Finances se penche à nouveau sur les définitions de « titre », « placement » et « marché public » afin d'en réduire (ou préciser) la portée. Nous reconnaissons que la définition de « titre » est pertinente aux fins de déterminer si une entité possède un bien hors portefeuille et une définition large est possiblement justifiée à cet égard. Toutefois, lorsqu'il s'agit de déterminer si une entité est une EIPD, nous croyons que la définition de « titre » devrait avoir une portée plus restreinte, notamment en éliminant les titres de créance. Bien qu'on puisse admettre que les titres de créance convertibles (ou les titres de créance possédant d'autres modalités d'un titre de participation) devraient être parmi ceux qui peuvent qualifier une fiducie ou société de personnes comme une EIPD, les titres de créance qui ne comportent aucune modalité de ce genre ne devraient pas être considérés à cette fin. De même, des précisions sur le type de droits qu'une entité affiliée peut conférer et qui se traduiront par l'existence d'un « titre » de l'entité donnée sont nécessaires pour éviter que des structures corporatives internes et d'autres structures de financement soient dorénavant assujetties à ces règles[37].

---

[37] Voir THE JOINT COMMITTEE ON TAXATION OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION AND THE CANADIAN INSTITUTE OF CHARTERED

(à suivre…)

4.1.3.5. « Cotés ou négociés sur une bourse de valeurs ou un autre marché public »

Le risque de conséquences inattendues apparaît d'autant plus aigu qu'une autre couche d'ambiguïté vient s'ajouter lorsqu'on considère la définition de placement dans le contexte de la définition d'une FPID. Cette dernière ajoute une condition, soit celle que les placements qui sont faits dans la FPID soient « cotés ou négociés sur une bourse de valeurs ou un autre marché public ». Or, s'il est relativement aisé de reconnaître une Bourse de valeurs, la définition de « marché public » se trouvant au paragraphe 122.1(1) L.I.R. est non seulement plus ample, mais elle est aussi ouverte. Elle se lit comme suit :

> « "marché public" S'entend notamment d'un système de commerce, ou d'un autre mécanisme organisé, où des titres, susceptibles d'émission publique, sont cotés ou négociés. En est exclu tout mécanisme qui est mis en œuvre dans le seul but de permettre l'émission d'un titre ou d'en permettre le rachat, l'acquisition ou l'annulation par l'émetteur. »

Il s'agit donc de déterminer dans quelles circonstances un placement qui n'est pas inscrit à la cote d'une Bourse de valeurs sera néanmoins considéré comme « coté ou négocié » sur un « marché public ». La question se pose notamment à l'égard d'une entité qui optera pour l'émission de titres de créance comme alternative au financement bancaire. Dans ce cas, les investisseurs qui prennent le soin de lire les prospectus, déclarations d'enregistrement ou autres documents de vente remarqueront que dans bien des cas, les émetteurs de tels titres de créance stipulent que ces derniers ne seront pas inscrits à la cote d'une Bourse et qu'à ce titre, ils n'offrent aucune garantie quant à l'existence d'un marché secondaire. Néanmoins, il demeure souvent possible pour les détenteurs d'avoir recours à un courtier pour vendre ces titres. De là l'importance de bien saisir ce que constitue un « marché public » au sens du paragraphe 122.1(1) L.I.R.

Puisqu'il doit s'agir d'un système qui peut recevoir des titres susceptibles d'émission publique[38], la définition de « marché public » laisse

---

(…suite)

ACCOUNTANTS, *Submission of the CICA-CBA Joint Committee on Taxation*, « December 21, 2006 Draft Legislative Proposals Concerning Specified Investment Flow-Through Trusts and Partnerships », 31 janvier 2007 (ci-après « Rapport du comité mixte sur la fiscalité »). *Infra*, section 5.3.

[38] Bien qu'il s'agisse d'une nouvelle expression dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des titres susceptibles d'émission publique sont présumément ceux qui ont été visés par prospectus, par une déclaration d'enregistrement ou un autre document de vente (à suivre…)

entendre qu'il doit s'agir d'un système ou d'un mécanisme relativement sophistiqué. À première vue, certains systèmes interagent de marché et les systèmes de négociation hors cote apparaissent susceptibles de constituer des marchés publics. Toutefois, il semble plausible que les efforts informels mis en œuvre par les courtiers pour vendre et acheter de tels titres de créance n'ont pas la sophistication et l'organisation nécessaires pour constituer des « mécanismes organisés » au sens de la définition de marché public. En effet, dans bien des cas, ces efforts prendront la forme d'une série d'appels téléphoniques. De même, dans le cas extrême d'un système interagent de marché où le prix d'achat et de vente d'un billet peut être inscrit sur un « babillard électronique » destiné à augmenter la liquidité des titres qui y figurent en permettant une plus large diffusion de l'information les concernant, cette inscription demeure informelle et elle est à l'usage des seuls courtiers qui souscrivent à ce service. Il s'agit d'une façon pour les courtiers de trouver preneur pour un titre donné; une fois le titre négocié, il est possible qu'aucune information additionnelle à l'égard du titre n'apparaisse sur ces babillards. S'il y a là le début d'un « système » de commerce, la dimension « publique » de la chose demeure absente.

Bien entendu, un examen minutieux du fonctionnement de tous ces systèmes de commerce et de négociation est donc de mise si une fiducie ou une société compte émettre des titres qui sont susceptibles d'émission publique.

4.1.4. « Bien hors portefeuille »

La troisième et dernière condition que doit remplir une fiducie pour être qualifiée de FIPD est de détenir « un ou plusieurs biens hors portefeuille ». Ce dernier critère va au cœur de la problématique qui, aux yeux du législateur, caractérise les fiducies de revenu, c'est-à-dire l'utilisation d'une structure historiquement réservée à des activités d'investissement – la fiducie de fonds commun de placement – aux fins de l'exploitation d'une entreprise. Pourtant, contrairement aux FPI, cette structure ne fait pas l'objet d'une exclusion explicite. Comme on le verra plus loin, ce choix du législateur n'est pas sans causer quelques incertitudes du côté des véhicules communs

(…suite)

comparable et qui sont placés conformément aux lois en matière de commerce de valeurs mobilières. Cette formulation n'est pas sans rappeler le paragraphe 4803(2) R.I.R. qui définit l'expression « admissible à une répartition dans le public ». D'ailleurs, la version anglaise de « marché public » fait référence à *qualified for public distribution*, une expression qui se rapproche davantage de *qualified for distribution to the public* que l'on retrouve au paragraphe 4803(2) R.I.R.

de placement, bien qu'il paraisse indubitable que l'objectif de politique fiscale derrière la mise en œuvre des règles EIPD soit de s'attaquer à tout autre type de structures.

Les règles EIPD offrent la définition suivante de ce qui constitue un « bien hors portefeuille » :

> « "bien hors portefeuille" Sont des biens hors portefeuille d'une fiducie ou d'une société de personnes pour une année d'imposition les biens ci-après qu'elle détient à un moment de l'année :
>
> a) des titres d'une entité déterminée, si la fiducie ou la société de personnes détient, à ce moment, des titres de cette entité qui, selon le cas :
>
> (i) ont une juste valeur marchande totale qui excède 10 % de la valeur des capitaux propres de l'entité,
>
> (ii) compte tenu des titres d'entités affiliées à l'entité déterminée que la fiducie ou la société de personnes détient, ont une juste valeur marchande totale qui excède 50 % de la valeur des capitaux propres de la fiducie ou de la société de personnes;
>
> b) des biens canadiens immeubles, réels ou miniers, si, au cours de l'année, la juste valeur marchande totale de l'ensemble des biens détenus par la fiducie ou la société de personnes qui sont des biens canadiens immeubles, réels ou miniers excède 50 % de la valeur de ses capitaux propres;
>
> c) des biens que la fiducie ou la société de personnes, ou une personne ou une société de personnes avec laquelle elle a un lien de dépendance, utilise à ce moment dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada. »

Le paragraphe a) formule les deux scénarios où des titres détenus par une fiducie peuvent constituer des « biens hors portefeuille ». La première hypothèse vise le cas où la fiducie détient une participation significative dans une « entité déterminée »[39], soit lorsque la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des titres que détient la fiducie dépasse 10 % de la valeur des « capitaux propres » d'une entité déterminée. La deuxième hypothèse est un test de concentration et vise le cas où les titres de l'entité déterminée (incluant les titres des entités affiliées à cette entité déterminée) détenus par la fiducie ont une JVM qui excède 50 % de la valeur des capitaux propres de la fiducie.

---

[39] Définie comme une entité (société, fiducie ou société de personnes) résidant au Canada ou une entité dont la principale source de revenu est une ou plusieurs sources situées au Canada.

Puisqu'il est question de mesurer le placement par le rapport entre la JVM des « titres » détenus par la fiducie et des capitaux propres, soit de la fiducie, soit de l'entité déterminée, deux observations s'imposent. Tout d'abord, compte tenu des divers droits qui sont inclus dans la définition de « titre », il sera souvent difficile de déterminer si les proportions décrites aux alinéas a)(i) et a)(ii) sont respectées. En effet, la JVM de certains droits ne sera pas nécessairement évidente dans tous les cas. Ensuite, puisque les capitaux propres n'incluent pas les dettes ou les autres types de droits, le rapport entre la JVM des titres et la valeur des capitaux propres pourra favoriser une conclusion selon laquelle les titres sont des biens hors portefeuille, notamment lorsque l'entité déterminée a un important ratio capitaux empruntés/capitaux propres[40].

Pour sa part, le paragraphe b) fait appel à la définition de « biens canadiens immeubles, réels ou miniers » introduite par le Projet de loi C-52 au paragraphe 248(1) L.I.R. Constituent de tels biens, notamment, les biens immeubles ou réels selon le droit commun situés au Canada (nonobstant la définition de « bien immeuble ou réel » aux fins de la définition de FPI), les avoirs miniers, les avoirs forestiers, les actions d'une société (ou un intérêt dans une fiducie ou une société de personnes) dont plus de 50 % de la JVM est dérivée directement ou indirectement de tels biens. Lorsque la JVM des « biens canadiens immeubles, réels ou miniers » détenus par une fiducie excède 50 % de la valeur de ses capitaux propres, ceux-ci constituent des « biens hors portefeuille » pour la fiducie.

Finalement, le paragraphe c) pose comme « biens hors portefeuille » les biens que la fiducie ou une personne ou une société de personnes avec laquelle elle a un lien de dépendance utilise dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada.

Ainsi, alors que le paragraphe a) fait appel à une appréciation comptable de la concentration des investissements de la fiducie et que le paragraphe b) repose sur une caractérisation fondée sur la qualification juridique et fiscale de la nature des biens détenus par la fiducie, le paragraphe c) énonce pour sa part un test fonctionnel.

Or, l'application d'un test fonctionnel tel que celui-ci, visant à déterminer si des biens sont utilisés dans le cadre de l'exploitation d'une

---

[40] Plusieurs autres difficultés dans l'application de l'alinéa a) de la définition de « bien hors portefeuille » ont été notées dans le Rapport du comité mixte sur la fiscalité. Nous référons le lecteur à ce rapport pour une description détaillée de ces difficultés.

entreprise, ouvre la porte à une plus large part de subjectivité et par le fait même à l'incertitude. Nous devons notamment nous demander si un fonds commun de placement classique exploite une entreprise. En effet, la gestion de placements peut nécessiter un niveau d'activité susceptible d'être jugé suffisant pour que l'on conclue à l'existence d'une entreprise. Si tel était le cas, il faudrait ensuite se demander si les investissements détenus par le fond sont « utilisés » dans le cadre de l'exploitation de ladite entreprise et partant, s'ils doivent être qualifiés de « biens hors portefeuille ». Il va sans dire que la portée de ce test aurait été utilement et significativement limitée par l'addition d'une condition négative visant à exclure les entreprises dont l'activité principale est de gagner un revenu de bien non autrement inclus dans la définition de bien hors portefeuille.

Le paragraphe b) a sa part d'incohérence aussi. Alors que les FPI sont exemptes des règles EIPD, il semble que les fonds communs de placement cotés dont les placements dans des titres immobiliers, y compris des parts de FPI (soit des titres qui sont inclus dans la définition de « bien canadiens immeuble, réel ou minier ») représenteront plus de 50 % de la valeur de leurs capitaux propres seront des FIPD et seront assujettis à l'impôt prévu par l'alinéa 122(1)b) L.I.R. Ce sera le cas même si la participation de ce fonds dans chacune des entités déterminées dans lesquelles elle investit n'excède pas les tests quantitatifs prévus à l'alinéa a) de la définition de « bien hors portefeuille ». À notre avis, lorsqu'il s'agit véritablement d'un organisme de placement collectif qui détient un portefeuille diversifié de placements dans le secteur immobilier, les règles EIPD ne devraient pas trouver application, d'autant plus qu'en l'espèce, elles semblent s'appliquer dans un secteur d'activité que la politique fiscale désirait exempter.

Précisons qu'une fiducie sera donc assujettie aux règles EIPD pour son année d'imposition si elle répond aux trois conditions de la définition au cours de l'année. Puisqu'un bien sera un bien hors portefeuille pour une année d'imposition si, à un moment de l'année, les tests comptables de concentration des investissements de la fiducie sont enfreints – et cela pourrait arriver à l'insu de la fiducie dans certains cas –, les fiducies de placement devront être très prudentes pour ne pas se retrouver assujetties à l'impôt sur leurs gains hors portefeuille.

4.2. « GAINS HORS PORTEFEUILLE »

La dernière définition édictée au paragraphe 122.1(1) L.I.R. à laquelle il faut s'arrêter est celle de « gains hors portefeuille » qui, comme on le verra, sert à limiter les montants déductibles par une FIPD au sous-alinéa 104(6)b)(iv) L.I.R.

Le montant des « gains hors portefeuille » d'une FIPD correspond essentiellement à son revenu imposable tiré de l'exploitation d'une entreprise au Canada[41] ou de biens hors portefeuille. Ainsi, il est déterminé par l'addition a) des revenus tirés de l'exploitation d'une entreprise au Canada ou d'un bien hors portefeuille (à l'exception d'un dividende imposable que la fiducie a reçu), déduction faite des pertes attribuables à l'exploitation de cette entreprise ou de tels biens et b) des gains en capital imposables provenant de la disposition de biens hors portefeuille dans l'année et la moitié des montants réputés par le paragraphe 131(1) L.I.R. être des gains en capital relatifs à des biens hors portefeuille, déduction faite des pertes en capital déductibles résultant de la disposition de biens hors portefeuille dans l'année. Donc, les revenus de sources étrangères qui ne sont pas gagnés par l'intermédiaire d'une « entité déterminée » et les dividendes sont notamment exclus de l'assiette fiscale de cet impôt.

5. LA MÉCANIQUE DE L'IMPOSITION DES FIDUCIES INTERMÉDIAIRES DE PLACEMENT DÉTERMINÉES ET DE LEURS BÉNÉFICIAIRES

5.1. IMPOSITION DE LA FIPD

Voyons maintenant comment ces nombreux éléments s'intègrent les uns avec les autres pour déterminer, d'une part, l'impôt payable par une fiducie répondant à la qualification de FIPD et, d'autre part, la qualification de ses distributions entre les mains des bénéficiaires de la FIPD.

Dans un premier temps, le paragraphe 104(6) L.I.R. a été modifié, notamment par l'ajout du sous-alinéa 104(6)b)(iv) L.I.R., pour empêcher qu'une FIPD puisse déduire de son revenu les gains hors portefeuille devenus payables à ses bénéficiaires dans l'année. Le montant déterminé par le sous-alinéa 104(6)b)(iv) L.I.R. est le « montant de distribution non déductible ». Ce montant est pertinent pour la détermination du dividende réputé selon le paragraphe 104(16) L.I.R. et du « montant de distribution imposable » au paragraphe 122(3) L.I.R.

Ensuite, l'article 122 L.I.R. modifié vient déterminer l'impôt payable par une fiducie non testamentaire. La formule d'imposition prévoit le taux d'imposition habituel de 29 % du montant imposable de la fiducie et y ajoute, dans le cas d'une FIPD, un montant supplémentaire. Cette somme est

---

[41] Une modification parallèle à celle suggérée pour la définition de « bien hors portefeuille » serait utile afin d'exclure le revenu d'une entreprise de placement dont l'objet principal est de tirer un revenu de biens autre que des biens hors portefeuille.

calculée en multipliant le taux d'imposition FIPD par le « montant de distribution imposable » de la fiducie pour l'année.

Le taux FIPD est calculé en additionnant les fractions décimales correspondant au « taux net d'imposition du revenu des sociétés » pour l'année, au « facteur fiscal provincial » et en soustrayant la fraction décimale correspondant au taux d'imposition normalement applicable aux fiducies non testamentaires. Le « taux net d'imposition du revenu des sociétés » et le « facteur fiscal provincial » sont définis au paragraphe 248(1) L.I.R. Le premier est établi à 21 % pour 2007, 20,5 % pour 2008, 20 % pour 2009, 19 % pour 2010 et 18,5 % pour 2011. Le deuxième est fixé à 13 %. Ainsi, pour 2007, le taux FIPD sera équivalent à 34 %[42].

Quant au « montant de distribution imposable » d'une FIPD, il est défini par le paragraphe 122(3) L.I.R. comme le moindre de : a) le montant imposable (soit le revenu imposable) de la fiducie pour l'année, ou b) la somme obtenue par la formule A/(1-(B+C)) où A représente le montant de distribution non déductible, tel qu'il est obtenu en vertu du sous-alinéa 104(6)b)(iv) L.I.R.; B représente le taux net d'imposition du revenu des sociétés applicable pour l'année et C le facteur fiscal provincial pour l'année. Le montant assujetti à l'impôt spécial sera donc le moindre du revenu imposable de la fiducie ou de ses gains hors portefeuille pour l'année. Ainsi, une FIPD peut effectivement appliquer ses pertes autres qu'en capital en provenance d'autres sources pour réduire son revenu et diminuer l'impôt payable sur ses gains hors portefeuille.

Comme suite à l'annonce faite le 1er novembre 2006 selon laquelle la législation fiscale québécoise serait harmonisée à la législation fiscale fédérale en ce qui concerne les règles EIPD, mais qu'un régime d'imposition autonome québécois serait instauré, le ministère des Finances du Québec a exposé les modalités de ce nouveau régime, notamment le taux d'imposition ainsi que la formule de répartition des affaires applicables à une EIPD assujettie à l'impôt québécois[43].

---

42 Le ministère des Finances du Québec a approuvé son intention d'imposer lui aussi certains revenus des EIPD. Toutefois, le mécanisme qui sera adopté n'est pas encore connu. On ignore aussi si le gouvernement fédéral harmonisera son régime avec celui du Québec.

43 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2007-5, « Modifications au congé fiscal pour les PME manufacturières des régions ressources éloignées et autres mesures fiscales », 26 juin 2007.

Les taux d'imposition qui s'appliqueront aux gains hors portefeuille distribués aux détenteurs de parts par des EIPD assujetties à l'impôt québécois seront de 9,9 % pour 2007, 11,4 % pour 2008 et 11,9 % pour 2009[44]. De plus, une formule de répartition des affaires entre les provinces devra être mise en œuvre. Selon le *Bulletin d'information* 2007-5, la formule de répartition sera calquée sur celle utilisée par des sociétés qui ont des activités au Québec et à l'extérieur du Québec, soit une formule basée sur le revenu brut de l'entité intermédiaire et les salaires versés par elle. Compte tenu du fait que, dans le contexte des fiducies de revenu, la FIPD assujettie à l'impôt sera généralement la fiducie cotée en Bourse qui, par définition, n'a aucune activité autre que son activité de placement, il est à prévoir que la formule de répartition dont il sera question pour les FIPD devra tenir compte de la répartition des affaires de l'entité opérante sous-jacente. Enfin, des modifications devront être apportées aux règles EIPD fédérales pour faire place à l'administration autonome par le Québec de son propre régime d'imposition pour les EIPD faisant affaire au Québec.

5.2. IMPOSITION DES DISTRIBUTIONS AUX BÉNÉFICIAIRES DE LA FIPD

Le paragraphe 104(16) L.I.R. spécifie le traitement des distributions faites par une fiducie à partir de gains hors portefeuille entre les mains des bénéficiaires de la fiducie. Lorsqu'un « montant de distribution non déductible » est déterminé en vertu du sous-alinéa 104(6)b)(iv) L.I.R., chaque bénéficiaire de la fiducie auquel une somme est devenue payable est réputé avoir reçu un dividende imposable versé par une société canadienne imposable. De même, aux fins de l'impôt de la Partie XIII L.I.R., le dividende est réputé avoir été payé par une société résidente au Canada et partant, assujetti à l'impôt de retenue de la Partie XIII L.I.R.[45] Le montant de

---

[44] À l'instar de la situation qui prévaut pour les sociétés de raffinage de pétrole et les institutions financières, lesquelles sont assujetties à un taux d'imposition de 11,9 % depuis le 1er juin 2007 sur la totalité de leurs revenus, les EIPD qui seraient des sociétés de raffinage de pétrole ou des institutions financières si elles étaient des sociétés seront assujetties à un taux d'imposition de 11,9 % sur leurs gains hors portefeuille distribués aux détenteurs de parts.

[45] Notons ici que la fiction n'est pas complète; le bénéficiaire est réputé avoir reçu un dividende imposable versé par une société canadienne imposable mais il n'est pas réputé être le propriétaire effectif d'actions d'une société dans la même proportion que son droit de bénéficiaire dans la FIPD. Partant, un bénéficiaire non résident ne pourra se prévaloir des allègements prévus par certaines conventions fiscales relativement à l'imposition canadienne des dividendes lorsque ceux-ci dépendent du nombre ou du pourcentage des droits de vote possédés par le bénéficiaire effectif du dividende. À titre d'exemple, voir l'article X(2) de la Convention Canada-États-Unis. Le cinquième protocole amendant la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* (1980) a

(à suivre…)

ce dividende réputé est déterminé en multipliant la fraction représentant la somme payable au bénéficiaire sur le total des sommes payables dans l'année par la fiducie par le « montant de distribution non déductible » établi au sous-alinéa 104(6)b)(iv) L.I.R. Ainsi, seules les distributions faites à partir de gains hors portefeuille sont soumises à ce régime.

5.3. AUTRES APPLICATIONS POTENTIELLES DES RÈGLES EIPD

Comme nous l'avons vu, les règles EIPD sont potentiellement applicables dans plusieurs structures qui sont loin de celles que le ministre Flaherty avait en vue lors de l'annonce du 31 octobre 2006. En plus de contenir leur lot d'ambiguïtés lorsqu'elles sont appliquées aux fiducies de revenu qu'elles ciblaient expressément, les nouvelles règles EIPD peuvent potentiellement s'appliquer à des structures corporatives internes et à des organismes de placement collectif cotés en Bourse. Parmi les structures qui sont potentiellement assujetties à ce nouveau régime, mentionnons aussi les instruments novateurs utilisés par les banques canadiennes pour respecter les normes de fonds propres auxquelles les institutions financières fédérales sont soumises et les programmes de titrisation.

5.3.1. Instruments novateurs

Les normes de fonds propres prescrites par le Bureau du surintendant des institutions financières (ci-après « BSIF »), auxquelles sont soumises les institutions financières fédérales, sont à l'origine de ces financements. Le BSIF exige que les banques maintiennent un certain niveau de capitaux propres par rapport à l'actif pondéré en fonction des risques, et ce, afin qu'elles aient une capitalisation suffisante pour absorber des pertes sans mettre à risque leurs obligations envers les déposants. Les fonds propres de

(…suite)

été signé le 21 septembre 2007. Des modifications ont été apportées à l'article X(3) de la Convention Canada-États-Unis afin de préciser que le terme « dividende » employé dans l'article X désigne également les revenus soumis au même régime fiscal que les revenus provenant d'actions par la législation de l'État dont le « payeur » est un résident, l'article X(3) de la Convention Canada-États-Unis faisant référence à la « société distributrice » dans son ancienne version. De plus, les notes diplomatiques qui accompagnent la convention précisent qu'il est entendu que les distributions versées par les fiducies de revenu canadiennes, qui sont considérées comme des dividendes selon la législation fiscale canadienne sont réputées être des dividendes aux fins de l'article X de la Convention Canada-États-Unis. Aucune fiction additionnelle n'est prévue pour qu'un bénéficiaire qui est une société puisse se prévaloir du taux réduit de 5 % applicable lorsque le bénéficiaire effectif du dividende est une société qui possède au moins 10 % des droits de vote du payeur.

catégorie 1 comprennent les actions ordinaires, les bénéfices non répartis et les actions privilégiées perpétuelles non cumulatives. Les distributions versées par l'institution financière à l'égard de ces éléments de son capital ne sont pas déductibles. Les institutions financières peuvent évidemment émettre des débentures, mais ces titres ne feront pas partie de leurs fonds propres de catégorie 1.

Toutefois, il est permis d'inclure certains « instruments novateurs » dans les fonds propres de catégorie 1 pourvu qu'ils ne représentent pas plus de 15 % des fonds propres de catégorie 1. Selon les lignes directrices du BSIF, ces instruments ne peuvent être émis par l'institution financière, mais doivent plutôt être émis par une entité contrôlée par celle-ci.

La structure consiste à constituer une fiducie d'investissement à participation unitaire et à émettre des parts comportant droit de vote à l'institution financière. Certaines structures sont fondées sur un prêt, c'est-à-dire que l'actif principal de la fiducie sera un titre de créance émis par l'institution financière. D'autres structures sont fondées sur l'actif; par exemple, une institution financière pourra céder ses créances hypothécaires à la fiducie. La fiducie émettra des parts dans le public et le produit de l'émission sera utilisé pour acquérir soit les titres de créance émis par l'institution, soit certains actifs de l'institution financière. Les revenus d'intérêts gagnés sur les biens en fiducie seront distribués aux porteurs de parts. Ainsi, les revenus d'intérêts seront imposés entre les mains des investisseurs. À des fins réglementaires, les parts émises par la fiducie sont considérées faire partie des fonds propres de catégorie 1 de l'institution financière. Résultat : ces instruments novateurs permettent à l'institution financière de déduire l'intérêt payé à la fiducie sur un montant de capital qui fait partie des fonds propres de catégorie 1 de l'institution financière.

En vertu des règles EIPD, la fiducie sera une FIPD si ses parts sont susceptibles d'émission dans le public et sont négociés sur un marché public. La fiducie sera résidente du Canada, et elle aura des biens hors portefeuille (par exemple, les titres de créance de l'institution financière auront une JVM qui excède 50 % des capitaux propres de la fiducie). Dès lors, si la fiducie est visée par les règles EIPD, les revenus d'intérêts seront imposables pour la fiducie, et ensuite entre les mains des porteurs de parts en tant que dividende imposable réputé.

Ces instruments novateurs sont utilisés par un bon nombre de nos institutions financières[46]. Les structures mises en place avant le 31 octobre 2006 bénéficient vraisemblablement des mesures transitoires. Il sera intéressant de voir selon quelles conditions et de quelle façon le ministre des Finances adaptera les règles EIPD à ces structures.

5.3.2. Titrisation

Certaines structures de titrisation font appel à l'utilisation d'une fiducie ou d'une société de personnes. Les structures de titrisation sont une autre forme de financement qui permet de « monétiser » des éléments d'actif qui génèrent un revenu. Plus particulièrement, ces actifs seront isolés dans un véhicule distinct. Ce véhicule émettra ensuite des titres de participation ou des titres de créance garanties par l'actif sous-jacent.

Par exemple, dans certaines structures, l'actif (par exemple des créances commerciales, des prêts hypothécaires, etc.) est cédé à une société de personnes. Une fiducie résidente au Canada détiendra des parts de la société de personnes (le cédant sera habituellement l'autre associé). Cette fiducie pourra ensuite émettre des titres de créance au public; ceux-ci seront adossés à l'actif détenu par la société de personnes. Les revenus générés par l'actif seront attribués aux associés de la société de personnes. La fiducie utilisera ces revenus pour verser des intérêts sur les titres de créance émis au public.

À la lumière des règles EIPD, et en présumant que l'on doive considérer que les titres de créance émis par la fiducie sont négociés sur un « marché public », la fiducie sera une FIPD puisqu'elle remplit toutes les conditions applicables[47]. Toutefois, dans la mesure où la fiducie déduit l'intérêt payé sur les titres de créance émis au public, cette qualification serait, en principe, sans conséquences pratiques puisque la fiducie n'aurait pas de gains hors portefeuille.

Cependant, qu'en est-il de la société de personnes? On voit ici que les définitions de « placement » et « titres » pourraient être applicables dans la mesure où l'on considère que les titres de créance émis au public « reproduise le rendement ou la valeur » des unités de la société de personnes. De même, comme nous l'avons vu, si la fiducie et la société de

---

[46] Scotia Bank Capital Trust, BMO Capital Trust et RBC Capital Trust sont parmi les émetteurs de ces instruments novateurs.

[47] La participation dans la société de personnes canadienne sera un bien hors portefeuille.

personnes sont affiliées au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, on pourrait considérer que les titres de créance de la fiducie sont des « titres » de la société de personnes si les titres de créance constituent un droit de recevoir une somme qu'il est raisonnable de considérer comme représentant soit tout ou partie du capital ou du revenu de la société de personnes. Si cela s'avérait être la bonne interprétation, la société de personnes pourrait être une EIPD, assujettie à l'impôt sur ses gains hors portefeuille[48].

6. VERS 2011 : RÈGLES TRANSITOIRES

Paradoxalement, malgré les efforts du législateur pour incorporer dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* un dispositif complexe d'imposition des EIPD, il y a fort à parier que les règles EIPD ne seront appliquées que dans des circonstances exceptionnelles.

En effet, en pratique, ce n'est probablement pas ce nouveau régime qui retiendra le plus l'attention, mais plutôt les règles transitoires qui en repoussent l'application jusqu'en 2011 pour les fiducies auxquelles il se serait appliqué le jour de son annonce par le ministre des Finances.

Le paragraphe 122.1(2) L.I.R. énonce deux conditions pour cette application différée. Tout d'abord, seules les fiducies qui répondaient à la définition de FIPD le 31 octobre 2006 sont exclues de l'application immédiate du nouveau régime. Dans les autres cas, les règles EIPD sont réputées applicables depuis le 31 octobre 2006. La deuxième condition est celle de ne pas excéder une « croissance normale » telle qu'elle est décrite dans les « précisions publiées par le ministère des Finances le 15 décembre 2006, et leurs modifications successives » (ci-après « précisions »).

6.1. LES « PRÉCISIONS CONCERNANT LA "CROISSANCE NORMALE" DES FIDUCIES DE REVENU ET AUTRES ENTITÉS INTERMÉDIAIRES »

Le 15 décembre 2006, le ministre des Finances publiait un court communiqué de presse[49] exposant les conditions à respecter par une fiducie qui, nonobstant le paragraphe 122.1(2) L.I.R., serait qualifiée de FIPD, pour préserver son droit d'être imposée selon l'ancien régime.

---

48 *Supra*, sections 4.1.3.3. et 4.1.3.4.; il faudrait considérer si les biens de la société de personnes sont des « biens hors portefeuille » (par exemple, est-ce que ces biens sont utilisés dans l'exploitation d'une entreprise au Canada?).

49 CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 10.

6.1.1. La croissance normale : appréciation quantitative

Tout d'abord, sur le plan quantitatif, les précisions posent deux mesures pour apprécier la croissance annuelle d'une EIPD. Ainsi, une EIPD pourra croître annuellement du plus élevé de deux montants, soit un montant fixe de 50 M$ ou le montant équivalent à sa « zone sûre » pour l'année. La capitalisation boursière de l'EIPD à la fermeture des marchés le 31 octobre 2006 servira de point de référence pour la détermination de la « zone sûre ». Pour la période allant du 1er novembre 2006 au 31 décembre 2007, la zone sûre correspondra à 40 % du montant de la capitalisation boursière de référence. Pour les trois années suivantes, 2008, 2009 et 2010, la zone sûre annuelle sera de 20 % du montant de référence. Ainsi, les EIPD bénéficiant de l'application différée du régime pourront augmenter leurs capitaux propres d'un montant d'au minimum 200 M$ et d'au plus 100 % de leur capitalisation boursière au 31 octobre 2006. Il faut aussi noter que le montant annuel de 50 M$ par année n'est pas cumulatif alors que celui fondé sur la capitalisation boursière l'est.

Comme nous l'avons vu, les définitions de « placement » et « titre » se prêtent à une interprétation voulant qu'une société de personnes ou une fiducie qui est affiliée à une fiducie de revenu dont les titres se négocient sur un marché public puisse, elle aussi, être considérée comme une EIPD.

Si cela s'avérait être une interprétation juste des dispositions en cause et une qualification voulue par le législateur, il semble en résulter une incohérence dans l'application des normes de croissance puisque cette société de personnes et cette fiducie n'ont possiblement pas de capitalisation boursière comme point de référence pour déterminer leur « zone sûre » de croissance. À moins que ces EIPD « par affiliation » puissent considérer la capitalisation boursière de l'entité affiliée cotée en Bourse comme leur point de référence, il semble qu'elles soient assujetties à une limite de croissance de 50 M$.

6.1.2. La croissance normale : appréciation qualitative

En ce qui concerne les émissions contribuant à la croissance d'une entité, notons d'abord qu'aux fins de la détermination de la capitalisation boursière de l'EIPD au 31 octobre 2006, le ministre précise que seules les unités de l'EIPD en circulation à ce moment doivent être prises en compte. Les dettes de l'EIPD, même si elles sont négociées publiquement, n'ont donc pas à être considérées. Il en va de même pour les options et les autres titres convertibles en unités de l'EIPD. En ce qui concerne la croissance future des EIPD, les précisions soulignent qu'aux fins de l'appréciation de la croissance

d'une EIPD, toute émission de capitaux propres sera réputée contribuer à la croissance de l'entité. Par exemple, à cette fin, les instruments financiers convertibles en participation dans l'entité seront considérés comme contribuant à la croissance.

Toutefois, le remplacement de dettes en circulation au 31 octobre par des capitaux propres, ce qui inclut la conversion de tels instruments en participation dans l'EIPD, ne sera pas traité comme contribuant à la croissance de l'entité. Ce qu'il faut retenir à cet égard est que la dette en question doit être la dette de la fiducie de revenu. Selon le ministère des Finances, l'émission de capitaux propres dont le produit servirait à remplacer une dette d'une entité sous-jacente serait comptée comme une croissance de la fiducie de revenu.

Il semble aussi que le remplacement de la dette qui résulte du refinancement, après le 31 octobre 2006, d'une dette qui était en circulation au 31 octobre 2006 ne devrait pas être considéré comme entraînant une croissance de la fiducie de revenu. Bien que les précisions ne le précisent (!) pas, on pourrait croire que si le paragraphe 20(3) L.I.R. est applicable au refinancement de la dette initiale, le remplacement de la nouvelle dette par des parts de la fiducie de revenu ne devrait pas empiéter sur sa zone sûre.

De même, les titres échangeables pour des capitaux propres de l'entité et en circulation à la date de référence seront exclus. Enfin, la fusion de plusieurs EIPD ou la réorganisation d'une telle entité ne seront pas considérées comme entraînant une croissance de l'entité résultante, sauf si elles donnent aussi lieu à une majoration nette de ses capitaux propres.

Il existe plusieurs autres circonstances où une fiducie de revenu peut être tenue d'émettre des parts. Les précisions n'en font pas mention. Par exemple, une fiducie de revenu peut être tenue d'émettre des parts additionnelles à ses porteurs dans le cas où ses liquidités sont insuffisantes pour distribuer un montant en espèces équivalent au revenu devenu payable au porteur de part. De même, dans les régimes d'intéressement de certaines fiducies de revenu, il peut exister des régimes de réinvestissement des distributions en parts additionnelles de la fiducie de revenu. Ces situations particulières et d'autres ont été portées à l'attention du ministère des Finances[50], mais jusqu'à maintenant aucune précision additionnelle sur la

[50] Voir THE JOINT COMMITTEE ON TAXATION OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION AND THE CANADIAN INSTITUTE OF CHARTERED ACCOUNTANTS, *Submission of the CICA-CBA Joint Committee on Taxation*, (à suivre…)

« croissance normale » n'a été publiée. Il semblerait donc que les émissions de parts dans ces circonstances constituent une « croissance » de la fiducie de revenu qui devra être mesurée contre sa zone sûre.

CONCLUSION[51]

La tentation est grande de voir dans les règles EIPD le chant du cygne des fiducies de revenu. Nous nous serions donc livrés ici à un exercice vain puisque la véritable finalité poursuivie par le législateur n'est pas d'encadrer l'utilisation des EIPD mais plutôt de décourager qui que ce soit d'y avoir recours et de cette façon faire définitivement disparaître ces structures du paysage fiscal canadien.

(…suite)

« December 15, 2006 Guidance on "Normal Growth" for Income Trusts and Other Flow-Through Entities », 21 février 2007.

[51] Entre le moment où le présent texte a été soumis et celui de sa publication, le ministre des Finances a apporté quelques éclaircissements et annoncé que certaines modifications seront apportées aux règles EIPD. Bien que certaines zones d'ombre demeurent, le ministre des Finances s'est prononcé sur plusieurs des difficultés soulevées dans notre texte. En effet, le 20 décembre 2007, le ministre des Finances Jim Flaherty a annoncé des modifications techniques aux règles EIPD dans le but d'en préciser certains aspects. Dans le *Communiqué* n° 2007-106 et dans le document d'information connexe, le ministre des Finances propose de corriger, par voie législative, certaines des difficultés d'application et d'interprétation évoquées dans le présent texte. Notamment, la définition d'EIPD sera modifiée de façon à exclure les fiducies et les sociétés de personnes dont les capitaux propres ne sont pas transigés publiquement et appartenant en totalité à une EIPD, à une FPI, à une société canadienne imposable, à une autre entité qui répond à ces critères ou à plusieurs de ces entités. De même, la définition des « placements » susceptibles d'entraîner l'assujettissement d'une entité aux règles EIPD sera modifiée pour exclure les titres de créance transigées publiquement si aucun de ces titres ne présente les caractéristiques des capitaux propres et qu'au moins 90 % de la JVM de ces titres est détenue par des entités qui ne sont pas affiliées à la fiducie ou à la société de personnes. De plus, la définition de « biens hors portefeuille » sera modifiée de façon à en exclure les titres des « entités hors portefeuille », soit toute entité ne détenant aucun bien hors portefeuille. Enfin, un nombre de modifications sont proposées pour préciser l'application des règles EIPD aux FPI. Les modifications techniques annoncées le 20 décembre 2007 s'appliqueront selon le même calendrier que les règles EIPD actuellement en vigueur. Le lecteur est invité à consulter le communiqué et le document d'information par rapport aux problématiques discutées dans notre texte. Bien entendu, il sera aussi important d'étudier attentivement l'avant-projet de loi annoncé par le ministre des Finances lorsque celui-ci sera rendu public. (11 février 2008)

Pourtant, comme on vient de le voir, les mailles du filet mis en place sont fines et risquent fort de capturer autre chose que la proie auxquelles elles sont destinées. Aussi, il faut espérer que les ambiguïtés relevées ici feront au plus tôt l'objet d'une interprétation éclairante par l'ARC, de lignes directrices additionnelles de la part du ministère des Finances, voire d'amendements visant à rectifier le tir. En effet, même si le législateur atteint en définitive son objectif et que la majorité des fiducies de revenu présentement existantes se convertiront en sociétés par actions, les risques d'applications périphériques de ces règles, dont nous avons relevé quelques exemples, ne disparaîtront pas pour autant. À ce titre, il est d'ailleurs pertinent de relever le fait que malgré la promesse d'un mécanisme de conversion sans incidence fiscale dans les précisions, rien n'a encore été annoncé quant à l'approche qui sera adoptée.

JURISPRUDENCE D'INTÉRÊT EN FISCALITÉ INTERNATIONALE



Serge Bilodeau
Associé, FCA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 27:3

1. DÉCISIONS CONCERNANT LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 27:3

1.1. L'AFFAIRE *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE* 27:3
1.2. L'AFFAIRE *COPTHORNE HOLDINGS LTD.* C. *LA REINE* 27:7

2. LA NOTION DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF 27:11

2.1. INDOFOOD 27:11
2.2. L'AFFAIRE *PRÉVOST CAR INC.* C. *LA REINE* 27:13

3. DROIT FISCAL EUROPÉEN 27:15

3.1. MARKS & SPENCER PLC 27:15
3.2. CADBURY SCHWEPPES PLC 27:17

INTRODUCTION*

Ce texte présente un survol de certaines décisions-clés récentes en matière de fiscalité internationale qui auront un impact sur les structures corporatives et sur les transactions transfrontalières.

La première section présente deux nouvelles causes canadiennes qui concernent l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») à des transactions internationales. La deuxième examine les principaux développements judiciaires relatifs au concept de bénéficiaire effectif. Enfin, la troisième présente deux décisions sur l'application des règles antiévitement spécifiques dans le contexte de la communauté européenne.

1. DÉCISIONS CONCERNANT LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

En 2004, la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*[1] et l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] ont été amendés afin d'étendre de manière explicite la portée de la RGAÉ aux conventions fiscales, avec effet rétroactif à l'égard des transactions effectuées depuis le 12 septembre 1998[3]. La loi est dorénavant explicite : dans le contexte d'une structure ou d'une transaction internationale, la RGAÉ peut être appliquée lors de l'abus d'une règle fiscale canadienne ou de l'abus d'une convention fiscale.

1.1. L'AFFAIRE *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE*[4]

Malgré la quantité croissante de jurisprudence relative à la RGAÉ dans un contexte de droit national, il n'y avait pas, avant 2006, de jurisprudence sur l'application la de RGAÉ dans un contexte où était allégué l'abus de traité. La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *MIL*

---

* L'auteur tient à remercier son collègue, M^e^ Jakub Malczewski, avocat chez KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l., de sa précieuse collaboration.

1 L.R.C. (1985), c. I-4.

2 L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

3 La loi reçut un effet rétroactif notamment parce qu'il semble avoir toujours été la position du ministère des Finances que la RGAÉ s'appliquait dans ces circonstances.

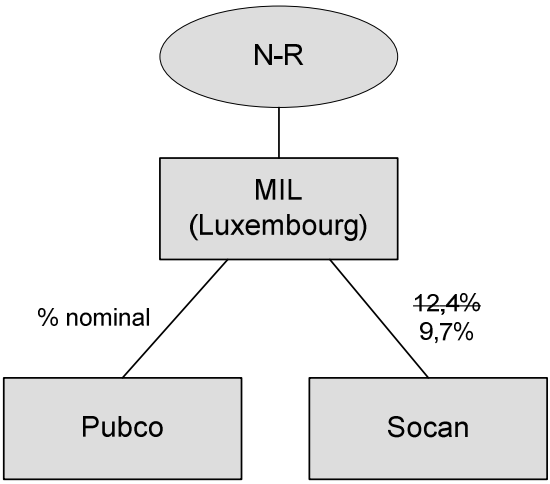
4 2006 D.T.C. 3307 (C.C.I.); [2006] 5 C.T.C. 2552; confirmé par [2007] C.A.F. 236 (ci-après « *MIL (Investments) S.A.* »).

(Investments) S.A. fut donc la première à apporter des indications à l'égard de ce qui distingue une structure internationale abusive d'une structure acceptable, quoique motivée par des considérations fiscales.

Le 13 juin 2007, le jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *MIL (Investments) S.A.* fut confirmé par la Cour d'appel fédérale. À la lumière de cette nouvelle décision, il convient de réexaminer une cause qui demeure, à ce jour, le seul précédent judiciaire canadien en matière de chalandage fiscal.

Le contribuable (ci-après « MIL ») était une société incorporée en 1993 aux îles Caïman qui détenait une participation de 12,4 % dans une certaine société publique canadienne (ci-après « Socan »). En juin 1995, MIL a échangé 2,68 % de ses actions de Socan contre des actions d'une société publique canadienne (ci-après « Pubco ») par le biais d'une transaction exonérée d'impôt en vertu de l'article 85.1 L.I.R. qui a eu l'effet de réduire sa participation dans Socan à 9,7 %. Un mois plus tard, MIL a été continuée au Luxembourg et a disposé de ses actions de Pubco, réalisant ainsi un gain en capital de 65 M$. En août 1996, Pubco et une autre société publique ont tous les deux tenté d'acquérir Socan dans le cadre d'offres publiques d'achat. Pubco a ultimement déposé l'offre la plus élevée, menant MIL à lui céder ses actions et à réaliser un autre gain en capital de 426 M$.

Illustration 1 : *MIL (Investments) S.A.*



MIL a fait valoir que le gain de 426 M$ était exonéré d'impôt en vertu de la *Convention fiscale entre le Canada et le Luxembourg*[5]. En effet, le paragraphe 5 de l'article 13 de la Convention Canada-Luxembourg en vigueur à cette époque prévoyait que les gains tirés de la disposition d'actions par un résident du Luxembourg n'étaient imposables qu'au Luxembourg, à moins que l'exception prévue au paragraphe 4 de ce même article ne s'applique. Cette exception prévoyait notamment que le Canada pouvait imposer de tels gains si les actions qui étaient disposées constituaient une « participation substantielle » dans la société canadienne et si leur valeur était principalement tirée de biens immobiliers situés au Canada. Une participation substantielle existait lorsque le résident du Luxembourg et les personnes qui y étaient associées détenaient 10 % ou plus des actions de la société. En l'occurrence, MIL a fait valoir que son gain n'était pas imposable au Canada puisqu'elle détenait moins de 10 % des actions de Socan et qu'elle était admissible aux bénéfices de la Convention Canada-Luxembourg au moment de la disposition.

En première instance, la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'aucune des opérations mises en cause n'était des opérations d'évitement. Tout d'abord, l'échange d'actions de Socan pour des actions de Pubco qui a permis à MIL de réduire sa participation dans Socan au-dessous de 10 %, c'est-à-dire au-dessous de la limite requise par la Convention Canada-Luxembourg, avait un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. Selon des témoignages, cette opération avait pour objet de permettre à MIL d'échanger une partie de sa participation dans Socan pour des actions moins volatiles. Par ailleurs, la vente des actions à Pubco dans le cadre de l'offre publique d'achat ne faisait pas partie de la série d'opérations qui incluait la migration de MIL au Luxembourg, car cette vente n'aurait pas pu être anticipée au moment de la migration. La Cour canadienne de l'impôt conclut également que l'utilisation d'une disposition d'un traité à laquelle le Canada et le Luxembourg ont tous les deux donné leur accord ne pouvait être qualifiée d'abusive. À cet égard, la Cour canadienne de l'impôt jugea que si le Canada avait été inquiet des faibles taux d'impôt dans les pays avec lesquels elle concluait des conventions, le Canada devrait y remédier en renégociant les traités en question plutôt qu'en tentant d'y appliquer la RGAÉ.

---

5 *Convention entre le Canada et le Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 17 janvier 1989 et abrogée le 1er janvier 2001 (ci-après « Convention Canada-Luxembourg »).

En deuxième instance, la Cour d'appel fédérale a d'entrée de jeu déclaré que la Couronne, pour avoir gain de cause, aurait à la persuader que l'une des opérations en cause était une opération d'évitement et que l'avantage fiscal obtenu par MIL constituait un abus de l'objet du paragraphe 4 de l'article 13 de la Convention Canada-Luxembourg. L'aveu de MIL selon lequel sa continuation au Luxembourg avait été effectuée pour des motifs fiscaux (une admission faite postérieurement à la décision de la Cour canadienne de l'impôt) facilita à cet égard la tâche de la Couronne.

Selon la Cour d'appel fédérale, même si la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la disposition par MIL en août 1996 de ses actions de Socan ne constituait pas, en soi, une opération d'évitement, l'avantage fiscal que MIL en a éventuellement tiré pouvait être assujetti à la RGAÉ si cette disposition faisait partie de la série d'opérations ou avait été effectuée en prévision de la série d'opérations lors de laquelle l'avantage fiscal s'est cristallisé.

Selon un des critères d'application de la RGAÉ développé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada*[6], si

> « […] le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante »[7].

À cet égard, la Cour d'appel fédérale a conclu que puisque MIL et la Couronne ont présenté une preuve au soutien de leurs positions en première instance, il était improbable que la décision de la Cour canadienne de l'impôt soit le résultat d'une erreur manifeste et dominante

La Cour d'appel fédérale a également estimé que l'avantage fiscal obtenu par MIL ne constituait pas un abus de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la convention applicable. Elle constata que la *Loi de l'impôt sur le revenu* « entend soustraire les non-résidents à l'impôt sur les gains provenant de l'aliénation de biens exonérés en vertu du traité fiscal »[8], et que la Couronne lui demandait

---

6 2005 D.T.C. 5547, [2005] 5 C.T.C. 215 (C.S.C.).

7 *Id.*, par. 66.

8 *MIL (Investments) S.A.*, précité, note 4, par. 6.

> « [d']aller au-delà de cette conformité textuelle aux dispositions applicables et à conclure à l'existence d'un objet qui [lui] autoriserait [à] écarter des termes mêmes du texte législatif. Il […] est impossible de conclure à l'existence d'un tel objet »[9].

L'argument de la Couronne voulant que la Convention Canada-Luxembourg ne doive pas être interprétée de manière à autoriser une double non-imposition a également été écarté par la Cour d'appel fédérale, qui a déclaré que « le point que soulève la DGAÉ est l'incidence de la fiscalité canadienne, et non la renonciation du fisc luxembourgeois à des recettes publiques »[10].

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de l'ARC pour les raisons susmentionnées et a confirmé la décision favorable au contribuable rendue par la Cour canadienne de l'impôt. Cette défaite n'écarte cependant pas la possibilité que l'ARC applique à l'avenir la RGAÉ de façon agressive à l'égard de transactions internationales. Les amendements apportés en 2003 aux commentaires à la Convention modèle de l'OCDE[11] ont d'ailleurs confirmé que les règles antiévitement nationales ne sont pas incompatibles avec les conventions fiscales. Ainsi, l'application potentielle de la RGAÉ doit plus que jamais être considérée lors de toute planification internationale qui s'appuie sur des avantages conférés par une convention fiscale.

1.2. L'AFFAIRE *COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. LA REINE*[12]

À l'instar de l'affaire *MIL (Investments) S.A.*, la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Copthorne* concerne l'application de la RGAÉ à une réorganisation transfrontalière. Cependant, il n'est plus ici question de chalandage fiscal, mais plutôt d'abus des règles nationales relatives au capital versé.

Les faits qui ont donné lieu au litige sont particulièrement complexes. Essentiellement, un non-résident (ci-après « N-R ») a mis en place la

---

9 *Id*.

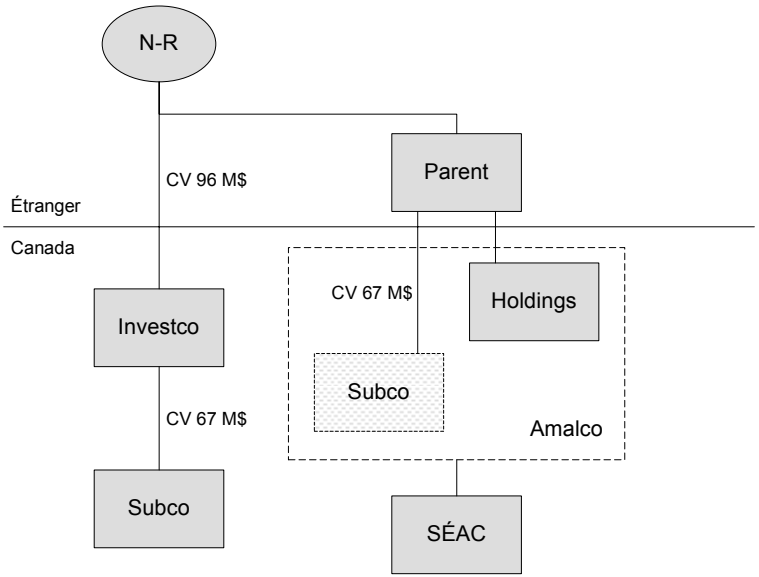
10 *Id*., par. 8.

11 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, version abrégée, Paris, OCDE, 15 juillet 2005 (ci-après « Convention modèle de l'OCDE »).

12 2007 D.T.C. 1230 (ci-après « *Copthorne* »).

structure présentée dans l'illustration 2 afin d'effectuer certains investissements au Canada.

Illustration 2 : *Copthorn*



À l'origine, N-R avait versé 96 M$ en capital dans Investco, laquelle a ensuite versé 67 M$ en capital dans Subco. Dans le cadre d'une première série de transactions, le groupe corporatif a été réorganisé avec l'objectif d'en simplifier la structure en combinant Subco et Holdings. Pour ce faire, Investco a transféré ses actions de Subco à Holdings, et Holdings a vendu ses actions à sa société mère non résidente Parent en considération de leur juste valeur marchande qui était devenue négligeable. Subco et Holdings ont alors fusionné et la société résultante (ci-après « Amalco ») a hérité du capital versé de 67 M$ de Subco. Or, ce capital versé de 67 M$ provenait directement du capital versé de 97 M$ de N-R dans Investco. Il s'ensuit que la transaction a eu l'effet de dédoubler le capital versé en question.

Dans une deuxième série de transactions, le groupe a été à nouveau réorganisé en réponse à un changement législatif aux règles de revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB »), à la suite duquel les revenus réalisés par une certaine société étrangère affiliée contrôlée (ci-après « SÉAC ») d'Amalco sont devenus du RÉATB imposable de manière courante au Canada. En réponse à ces nouvelles règles, l'entreprise de SÉAC

a été vendue à une autre société non résidente du groupe en considération d'une note qui a été distribuée, d'abord, de SÉAC à Amalco et, ensuite, d'Amalco à une nouvelle société mère qui avait été constituée à la Barbade. Cette distribution n'était pas un dividende réputé (qui aurait été sujet à une retenue) puisqu'elle provenait du capital versé de 67 M$ d'Amalco.

Le litige prit naissance lorsque l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») s'est appuyée sur la RGAÉ pour refuser d'accorder au contribuable le bénéfice du capital versé de 67 M$ qui avait été dédoublé lors de la première série d'opérations. L'ARC a conséquemment cotisé une retenue de 9 M$ sur la distribution à la société mère à la Barbade en qualifiant cette distribution de dividende réputé. Elle a également imposé une pénalité de 10 % pour l'omission d'effectuer cette retenue.

Le contribuable s'est opposé à la cotisation en soutenant que l'augmentation du capital versé lors de la première série d'opérations et l'utilisation du capital versé lors de la deuxième série d'opérations ne faisaient pas partie de la même série d'opérations. En effet, cette deuxième série n'aurait pas eu lieu n'eût été pour les changements législatifs à la suite desquels les revenus de SÉAC sont devenus du RÉATB. Par ailleurs, le contribuable plaida qu'aucun abus d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a eu lieu, car les diverses opérations ont eu exactement l'effet voulu par les règles fiscales qui, en l'occurrence, ont un objectif clair.

La Cour canadienne de l'impôt a rejeté les prétentions du contribuable et a déterminé que la RGAÉ s'appliquait aux opérations mises en cause. Essentiellement, celles-ci constituaient une série de transactions d'évitement abusives qui ont permis au contribuable de réaliser un avantage fiscal par le biais d'une distribution exonérée de retenue d'impôt.

La question fondamentale relativement à l'application de la RGAÉ a été de déterminer si les opérations effectuées pour augmenter le capital versé de même que les opérations effectuées pour distribuer la note faisaient partie de la même série d'opérations. En effet, dans l'affaire *MIL (Investments) S.A.*, le contribuable avait pu convaincre la Cour canadienne de l'impôt que la transaction d'évitement alléguée, c'est-à-dire la migration d'une société au Luxembourg, et l'avantage fiscal obtenu, c'est-à-dire l'exemption du gain en capital lors d'une vente d'actions, ne faisaient pas partie de la même série de transactions puisque la vente éventuelle n'aurait pas pu être anticipée au moment de la migration. La Cour canadienne de l'impôt a toutefois différencié ce précédent des transactions mises en cause. Selon elle, la vente dans l'affaire *MIL (Investments) S.A.* des actions du contribuable à une société publique dans le cadre d'une offre publique d'achat effectuée par un

tiers a été faite à l'insu du contribuable. Or, dans la présente cause, les opérations effectuées pour distribuer la note étaient essentiellement internes, nonobstant le fait qu'elles furent motivées par le changement au régime des SÉAC. En somme, selon la Cour canadienne de l'impôt, lorsque Holdings a remis les actions de Subco à Parent avant la fusion, elle aurait fait cette opération avec le seul objectif d'augmenter le capital versé transfrontalier lors d'une transaction ultérieure. Aux fins de la notion élargie de série au paragraphe 248(1) L.I.R., cette augmentation du capital versé a été effectuée pour en tirer un avantage fiscal dans le cadre d'une seule série d'opérations, et ce, même si les opérations subséquentes de distribution n'étaient pas encore connues.

Dans un deuxième temps, la Cour canadienne de l'impôt a déterminé que le transfert des actions de Subco par Holdings à sa société mère Parent constituait une transaction d'évitement aux fins du paragraphe 245(3) L.I.R. L'objectif prétendu de cette transaction avait été de simplifier la structure corporative des filiales canadiennes du groupe. Cependant, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que dans le contexte où la transaction permettait de préserver le capital versé de Subco pour la distribution éventuelle, son objectif était inéluctablement la réalisation d'un avantage fiscal.

La Cour a également déterminé que la transaction d'évitement en question était une transaction abusive. En effectuant une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur le capital versé, elle a conclu que les transactions mises en cause n'étaient pas abusives prises individuellement. Cependant, elle a aussi examiné les transactions dans leur ensemble suivant le précédent établi dans l'arrêt *Lipson* c. *La Reine*[13] et, sur la base de cette analyse, a estimé que l'effet combiné des transactions qui ont entraîné un dédoublement de capital versé était abusif.

Ayant déterminé que la RGAÉ s'appliquait aux transactions mises en cause, la Cour canadienne de l'impôt a néanmoins refusé que le contribuable ait à payer la pénalité de 10 % réclamée par l'ARC pour le défaut d'avoir effectué la retenue. La Cour canadienne de l'impôt a rappelé que la RGAÉ n'est pas une disposition punitive et que l'imposition d'une pénalité dans ces

---

[13] [2007] CarswellNat 640; [2007] C.A.F. 113; confirmant *Lipson* c. *La Reine*, [2006] 3 C.T.C. 2494; 2006 D.T.C. 2687; [2006] CarswellNat 982; [2006] C.C.I. 148, procédure générale. Une demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été effectuée le 14 mai 2007.

circonstances équivaudrait à exiger que les contribuables s'autocotisent sur la RGAÉ au risque d'être pénalisés.

2. LA NOTION DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF

En tenant compte des difficultés liées à l'application de la RGAÉ aux transactions transfrontalières, le concept de bénéficiaire effectif, qui est théoriquement plus simple que la RGAÉ et qui est souvent explicitement incorporé dans les conventions fiscales, pourrait devenir un outil plus fréquemment utilisé par les autorités fiscales pour combattre les structures internationales ayant peu de substance. Élaborée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») et mentionnée dans les commentaires à la Convention modèle de l'OCDE, cette règle antiévitement prévoit que seuls les bénéficiaires effectifs de dividendes, intérêts ou redevances, par opposition aux entités tels les agents ou fiduciaires, peuvent se prévaloir des bénéfices des conventions fiscales.

2.1. INDOFOOD

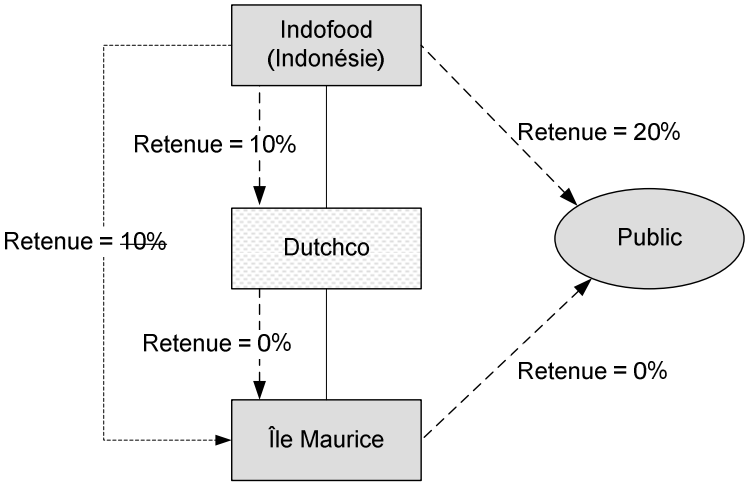
Dans la célèbre cause *Indofood International Finance Limited* v. *JPMorgan Chase Bank, N.A., London Branch*[14], une société indonésienne (ci-après « Indofood ») a émis de la dette sur le marché international par le biais d'une filiale établie dans l'île Maurice. Cette structure permettait à Indofood de bénéficier, dans un premier temps, du taux de retenue sur les intérêts de 0 % prévu dans les lois fiscales mauriciennes (plus avantageuses à cet égard que les lois fiscales indonésiennes qui prévoyaient un taux de 20 %) et, dans un deuxième temps, du traité fiscal favorable entre l'Indonésie et l'île Maurice qui prévoyait une retenue sur les intérêts de 10 %. En somme, l'utilisation de la société intermédiaire permettait à la société indonésienne de réduire la retenue effective de 20 % à 10 %.

Les modalités de la dette prévoyaient son rachat avant échéance par Indofood si le taux de retenue réduit n'était plus disponible. C'est ce qui est finalement arrivé lorsque l'Indonésie mit un terme au traité avec l'île Maurice. Cependant, lorsque Indofood a demandé de racheter la dette, sa demande fut refusée par le fiduciaire. Selon ce dernier, le taux réduit demeurait disponible si la dette était restructurée afin de bénéficier de la

[14] [2005] EWHC 2103 (Ch.); infirmé par [2006] EWCA Civ 158 (2 mars 2006) (ci-après « *Indofood* »).

Convention fiscale entre l'Indonésie et les Pays-Bas[15], qui prévoyait également un taux de retenue sur les intérêts de 10 %.

Illustration 3 : *Indofood*



Dans un jugement infirmant une décision de la High Court favorable au fiduciaire, la Cour d'appel britannique a conclu que la dette ne pouvait pas être restructurée pour bénéficier de la Convention Indonésie-Pays-Bas, car, le cas échéant, la nouvelle filiale établie aux Pays-Bas ne serait pas le « bénéficiaire effectif » des intérêts. En l'occurrence, selon la Cour d'appel britannique, la nouvelle filiale néerlandaise aurait simplement été une société relais ou un conduit, et lui accorder les avantages de la Convention Indonésie-Pays-Bas aurait été contraire à la notion de bénéficiaire effectif telle qu'elle est exprimée dans le commentaire de l'OCDE de 2003 :

> « Il serait également contraire à l'objet et au but de la convention que l'État de la source accorde une réduction ou une exonération à un résident d'un État contractant qui agit, autrement que dans le cadre d'une relation d'agent ou autre mandataire, comme un simple relai pour le compte d'une autre personne qui bénéficie réellement du revenu en cause. Pour ces raisons, […] une société relais ne peut pas être considérée normalement comme le bénéficiaire effectif si, bien qu'étant le propriétaire du revenu dans la forme, elle ne dispose dans la

[15] *Convention entre le Royaume des Pays-Bas et la République d'Indonésie en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signée le 29 janvier 2002 (ci-après « Convention Indonésie-Pays-Bas »).

> pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées[16]. »

Cette interprétation restreinte du concept de bénéficiaire effectif a suscité une certaine polémique chez les sociétés multinationales canadiennes, puisqu'elle semble exclure plusieurs types courants de sociétés holdings. À cet égard, à la conférence de l'Association fiscale internationale (mieux connue sous son acronyme anglais IFA) qui a eu lieu le 8 mai 2006, l'ARC a mentionné qu'il appartiendra aux tribunaux canadiens de décider si l'interprétation dans la décision *Indofood* du concept de bénéficiaire effectif sera retenue aux fins canadiennes. Or, les tribunaux canadiens auront maintenant l'occasion de décider de la question dans l'affaire *Prévost Car Inc.* c. *La Reine*[17].

2.2. L'AFFAIRE *PRÉVOST CAR INC.* C. *LA REINE*

Dans cette affaire, le contribuable canadien (ci-après « Socan ») était détenu par une société de portefeuille résidant aux Pays-Bas (ci-après « Dutchco »). Cette société de portefeuille était, quant à elle, détenue conjointement par une société suédoise (ci-après « Suède Co ») et une société anglaise (ci-après « R.-U. Co »). La contestation de l'ARC vise la retenue de 5 % prélevée par Prévost Canada conformément à l'article 10 de la *Convention fiscale entre le Canada et les Pays-Bas*[18] à l'égard d'un dividende versé de Socan à Dutchco. Selon l'ARC, le dividende versé par Socan était assujetti à la retenue plus élevée prévue dans les conventions fiscales conclues avec la Suède et le Royaume-Uni puisque Dutchco était un conduit et n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes.

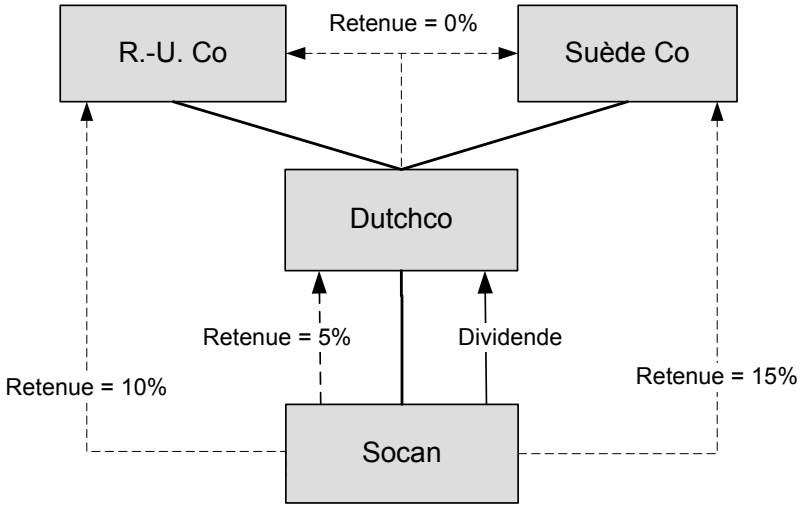
---

16 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 11.

17 Causes n^{os} 2004-4226 (IT) G et 2004-2006 (IT) G (ci-après « *Prévost Car* »).

18 *Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signée le 27 mai 1986 et modifiée par deux protocoles signés le 4 mars 1993 et le 25 août 1997 (ci-après « Convention Canada-Pays-Bas »).

Illustration 4 : *Prevost Car Inc.*



Pour démontrer que Dutchco agissait comme simple conduit, l'ARC souligne que cette société n'avait aucune activité et ne disposait d'aucun bureau, employé ou actif autre que les actions de Prévost Canada. Par ailleurs, l'ARC fait valoir que Dutchco avait l'obligation de transférer les dividendes reçus de Socan à la société suédoise et à la société anglaise. Par conséquent, selon l'ARC, Dutchco n'avait pas de discrétion à l'égard des dividendes et n'en était pas le bénéficiaire effectif.

Pour sa défense, le contribuable plaide que Dutchco est une société de portefeuille typique dont l'objectif principal est de permettre à deux sociétés de mettre en commun leurs ressources pour exploiter conjointement une entreprise. Elle n'aurait donc pas été constituée pour servir de conduit aux fins fiscales.

L'enjeu juridique principal de l'affaire *Prévost Car* est l'interprétation de l'expression « bénéficiaire effectif », qui n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni dans les conventions fiscales canadiennes. La Cour canadienne de l'impôt aura notamment à décider s'il faut donner à cette expression le sens qui lui est reconnu en droit fiscal international et suivre ainsi le précédent de l'affaire *Indofood*, ou bien l'étendre au sens plus large,

et donc plus favorable au contribuable, qui a été développé dans la jurisprudence canadienne dans des causes telles que *Williams* c. *La Reine*[19]. En attendant la décision, les contribuables ayant des sociétés holdings et voulant s'assurer de remplir le test de bénéficiaire effectif seraient avisés de les organiser sur la base des principes établis dans l'affaire *Indofood*.

3. DROIT FISCAL EUROPÉEN

La jurisprudence européenne en matière de fiscalité internationale est d'un intérêt sans cesse croissant pour les praticiens canadiens. Les décisions des tribunaux européens sur l'abus de règles fiscales internationales étant nettement plus nombreuses que les décisions canadiennes, elles ont, dans l'ensemble, une influence plus importante sur le développement et l'interprétation de la Convention modèle de l'OCDE.

3.1. MARKS & SPENCER PLC

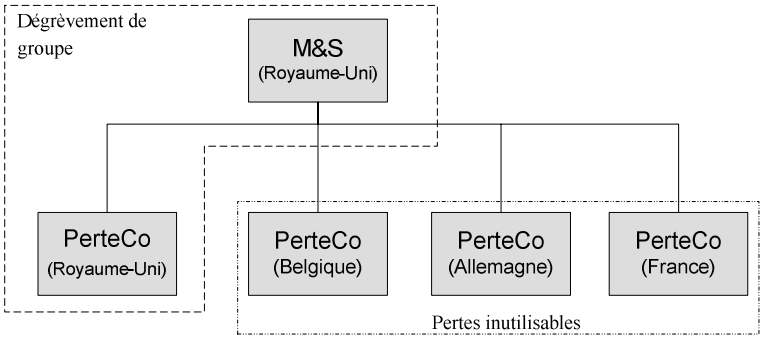
La décision de la Cour de justice des communautés européennes rendue le 13 décembre 2005 dans l'affaire *Marks & Spencer plc* c. *David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*[20] concerne la légalité des règles fiscales qui impliquent une différence de traitement entre contribuables résidents et non résidents.

La société britannique Marks & Spencer (ci-après « M & S ») était la société mère de filiales établies au Royaume-Uni et dans d'autres États. En 2001, M & S a annoncé la cessation de ses activités sur le continent européen. Sa filiale établie en France a été cédée à des tiers, tandis que celles établies en Belgique et en Allemagne ont cessé toute activité commerciale. Puisque ces trois filiales étaient déficitaires, M & S chercha à utiliser le régime de dégrèvement de groupe pour utiliser leurs pertes à l'encontre de ses bénéfices au Royaume-Uni. Or, le régime britannique de dégrèvement de groupe ne permettait pas à une société de déduire de ses bénéfices imposables les pertes de ses filiales constituées à l'étranger. Une déduction était permise uniquement à l'égard des pertes des filiales constituées au Royaume-Uni, ainsi qu'à l'égard des établissements stables des sociétés britanniques à l'étranger. Les autorités fiscales britanniques ont donc refusé la déduction réclamée par M & S.

---

19 2005 D.T.C. 1228 (C.C.I.).

20 Cause n° C-446/03 (ci-après « *Marks & Spencer* »).



M & S porta en appel la décision des autorités fiscales britanniques, faisant valoir que le régime de dégrèvement de groupe du Royaume-Uni était contraire aux articles 43 et 48 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après « traité CE ») relatifs à la liberté d'établissement, et demanda qu'une déduction soit accordée à l'égard des pertes subies par des filiales qu'elles soient ou non des résidentes britanniques.

La liberté d'établissement constitue l'une des libertés fondamentales prévues au traité CE, au même titre que la liberté de circulation des capitaux et la libre circulation des marchandises. Sont considérées comme restrictions « toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté »[21]. La politique derrière ce principe est de faciliter la création d'un marché unique, dans lequel les résidents de la communauté européenne peuvent faire affaire sans que les frontières nationales ne leur fassent obstacle. En l'occurrence, la législation fiscale britannique était doublement mise en cause, d'une part, parce qu'elle n'accorderait pas les mêmes avantages aux sociétés mères selon qu'elles disposent de filiales ou de succursales étrangères et, d'autre part, en ce qu'elle défavoriserait les groupes de sociétés désirant s'établir à l'étranger par rapport aux groupes résidant au Royaume-Uni.

La Cour de justice des communautés européennes a donné raison à M & S dans une décision nuancée, jugeant que la mesure restrictive en cause allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'essentiel des objectifs poursuivis par la législation, et ce, lorsqu'une filiale non résidente a épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui existent dans son État de résidence, et où il n'existe pas de possibilité pour que les pertes de la filiale

[21] *Caixa-Bank France* c. *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, cause n° C-442/02, par. 11.

étrangère puissent être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers, notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci.

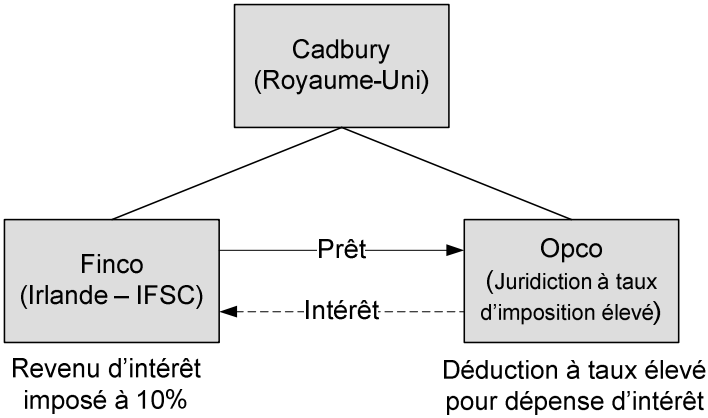
La Cour de justice des communautés européennes a cependant précisé que la résidence des contribuables peut, dans plusieurs cas, constituer un facteur pouvant justifier des règles fiscales qui impliquent une différence de traitement entre contribuables résidents et contribuables non résidents. Ainsi, les États membres peuvent adopter ou maintenir des règles basées sur la résidence ayant pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner ou d'échapper à l'emprise de la loi fiscale nationale. Cette exception importante au principe de la liberté d'établissement, nécessaire pour permettre aux États membres de mettre en place des règles antiévitement, s'est d'ailleurs rapidement retrouvée au cœur de l'affaire *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd.* c. *Commissioners of Inland Revenue*[22].

3.2. CADBURY SCHWEPPES PLC

L'affaire *Cadbury Schweppes* impliquait une société résidente du Royaume-Uni (ci-après « Cadbury ») dont les filiales incluaient deux sociétés irlandaises (ci-après « Finco ») établies dans l'International Financial Services Center (centre de services financiers internationaux) de Dublin (ci-après « IFSC »). Les activités des filiales établies dans l'IFSC consistaient à récolter des fonds et à les mettre à la disposition des autres filiales du groupe.

22 Cause n° C-196/04 (ci-après « *Cadbury Schweppes* »).

Illustration 5 : *Cadbury Schweppes*



Les Finco établies dans l'IFSC bénéficiaient d'un taux d'imposition préférentiel de 10 %. Par conséquent, leurs bénéfices se sont trouvés soumis à un « niveau inférieur d'imposition » au sens de la législation britannique sur les sociétés étrangères contrôlées (ci-après « SÉC »), et les autorités fiscales du Royaume-Uni ont estimé qu'aucune des conditions permettant d'écarter l'imposition prévue par ladite législation ne trouvait à s'appliquer à ces filiales. Les Commissioners of Inland Revenue ont donc réclamé à Cadbury la somme de 8 638 633,54 GBP au titre de l'impôt sur les sociétés pour les bénéfices réalisés par les filiales en question, en application de la législation sur les SÉC. Cadbury s'est opposée à cette cotisation sur la base que la législation sur les SÉC portait atteinte à sa liberté d'établissement en faisant obstacle à ce qu'elle s'implante en Irlande ou un autre État ayant un régime fiscal plus avantageux.

La Cour de justice des communautés européennes s'est d'abord penchée sur la question de savoir si le fait pour une société établie dans un État de la Communauté européenne de créer et de doter de capitaux des sociétés dans un autre État de la Communauté européenne, et ce, dans l'unique but de bénéficier du régime fiscal plus favorable, constitue un usage abusif de la liberté d'établissement. S'appuyant sur les arrêts *Centros Ltd.* v. *Erhvervs-og Selskabbstyrelsen*[23] et *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor*

[23] Cause n° C-212/97.

Amsterdam v. *Inspire Art Ltd*.[24], elle a déterminé que le fait qu'une société profite de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel elle réside n'autorise pas, à lui seul, à la priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité CE.

La Cour de justice des communautés européennes s'est ensuite attardée sur la question de savoir si les articles 43 et 48 du traité CE relatifs à la liberté d'établissement dans la communauté européenne s'opposent à l'application d'une législation telle que celle sur les SÉC. Elle a constaté que la législation mise en cause comportait une différence de traitement des sociétés résidentes en fonction du niveau d'imposition frappant la société dans laquelle elles détiennent une participation. Plus précisément, lorsque la société résidente a constitué une SÉC dans un État où elle était soumise à un « niveau inférieur d'imposition », les bénéfices réalisés par une telle société contrôlée sont attribués à la société résidente, qui est imposée sur ces bénéfices, alors qu'une pareille imposition n'existait pas à l'égard des sociétés contrôlées constituées et imposées au Royaume-Uni ou dans un État dans lequel elle n'est pas soumise à un « niveau inférieur d'imposition ». Cette différence de traitement crée un désavantage fiscal pour la société résidente à laquelle la législation sur les SÉC est applicable. De plus, une telle mesure qui restreint la liberté d'établissement ne peut être justifiée que lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation d'un État, ce qui n'est pas le cas de la législation britannique, qui s'applique de manière généralisée[25].

Ultimement, la Cour de justice des communautés européennes a déterminé que pour que la législation sur les SÉC soit conforme au droit communautaire, l'application de l'imposition prévue par ladite législation doit être exclue lorsque, nonobstant l'existence de motivations de nature fiscale, la constitution d'une SÉC correspond à une réalité économique[26]. Cette constatation doit reposer sur des éléments objectifs et vérifiables par des tiers, relatifs, notamment, au degré d'existence physique de la SÉC en termes de locaux, de personnel et d'équipements. Si ces éléments peuvent être vérifiés, le fait que les activités de la SÉC auraient tout aussi bien pu être effectuées par la société mère ne saurait permettre de conclure à l'existence d'un montage purement artificiel.

---

[24] Cause n° C-167/01.

[25] *Id.*, par 51.

[26] *Id.*, par 61.

Puisque les règles britanniques mises en cause pouvaient s'appliquer à des situations qui n'étaient pas des montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt, la Cour de justice des communautés européennes donna raison à Cadbury Schweppes. La portée du jugement n'est cependant pas circonscrite aux règles britanniques, puisque plusieurs pays de la communauté européenne, dont la France et l'Allemagne, ont également des règles antiabus qui peuvent s'appliquer à des structures corporatives ayant de la substance économique[27].

[27] À noter que le Royaume-Uni et l'Allemagne ont déjà entrepris d'adapter leurs règles relatives aux SÉC pour se conformer à cette décision.

LE NOUVEAU PROTOCOLE MODIFIANT LA CONVENTION FISCALE CANADA-ÉTATS-UNIS



Pierre Bourgeois
Associé, CA
PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TEXTE NON DISPONIBLE

FINANCEMENT D'OPÉRATIONS À L'ÉTRANGER – OÙ EN SOMMES-NOUS?



Nicolas Legault
CMA, M. Fisc.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. MESURES SUR LE CUMUL DE DÉDUCTIONS D'INTÉRÊTS ET DES FRAIS CONNEXES ET LE NOUVEL ARTICLE 18.2 L.I.R. 29:5

1.1. RÈGLE GÉNÉRALE 29:5
1.2. CALCUL DU MONTANT NON DÉDUCTIBLE 29:9
1.3. CALCUL DU MONTANT NON DÉDUCTIBLE – RÈGLES POUR LES PARTIES LIÉES 29:12
1.4. EXCEPTION POUR GROUPE CONSOLIDÉ 29:14

2. AUTRES CHANGEMENTS LÉGISLATIFS 29:18

2.1. NOTION DE PARTICIPATION ADMISSIBLE 29:18
2.2. EXONÉRATION DE RETENUE D'IMPÔT SUR LES PAIEMENTS D'INTÉRÊTS ENTRE PARTIES SANS LIEN DE DÉPENDANCE 29:19
2.3. DÉCLARATION EN MONNAIE FONCTIONNELLE 29:19

3. NOUVEAU PROTOCOLE 29:20

4. NOUVELLE CONVENTION FISCALE ENTRE L'ISLANDE ET LES ÉTATS-UNIS 29:21

Lors de la présentation de son Budget 2007-2008[1], le ministre des Finances du Canada, Jim Flaherty, a surpris en proposant une nouvelle mesure visant à refuser la déduction des intérêts sur la dette utilisée pour investir dans des sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA »). Cette proposition était l'un des changements de politique fiscale les plus importants en matière de fiscalité internationale depuis l'instauration des règles sur les SÉA en 1972. Ces propositions ont évidemment soulevé un tollé dans la communauté des fiscalistes et des chefs d'entreprises canadiennes. Ceux-ci avaient fortement manifesté leur crainte que l'élimination de la déduction dans toutes les situations compromette la compétitivité mondiale des entreprises canadiennes.

Fort heureusement, le ministre des Finances du Canada est venu rapidement restreindre la portée des mesures initialement annoncées lors du budget et a de plus reporté à 2012 l'application de ces règles. Les mesures révisées incluses dans un plan appelé « Initiative de lutte contre les paradis fiscaux » visent essentiellement à empêcher les sociétés canadiennes de demander la déduction des frais d'intérêts et frais connexes au Canada dans la mesure où elles financent leurs SÉA d'une manière qui donne lieu à une deuxième déduction des frais d'intérêts dans une juridiction étrangère (structure de financement permettant le cumul de déductions). Plus précisément, l'initiative de lutte contre les paradis fiscaux annoncée par le ministre comportait quatre volets :

- interdire le cumul de déductions et autres mécanismes d'évitement de l'impôt;

- n'appliquer les nouvelles règles qu'en 2012 (contrairement aux mesures annoncées lors du budget qui pouvaient en partie s'appliquer dans certains cas dès 2008);

- utiliser les revenus fiscaux produits par l'initiative pour réduire les impôts des sociétés;

- nommer un comité consultatif d'experts chargé de trouver des moyens d'accroître l'équité et la compétitivité du régime de fiscalité internationale du Canada.

---

[1] CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

En plus de ces mesures, l'année 2007 fut fertile en nouveaux développements qui touchent le financement d'opérations à l'étranger. Entre autres :

- nouveau protocole à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[2];

- élimination de la retenue d'impôts sur les paiements d'intérêts entre parties sans lien de dépendance;

- abrogation annoncée de la division 95(2)a)(ii)(A) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3], qui permet le financement d'opération à l'étranger de sociétés liées dans lesquelles la société canadienne n'a pas de « participation admissible »;

- signature d'une nouvelle convention fiscale entre l'Islande et les États-Unis.

Les mesures détaillées relativement à l'interdiction du cumul de déductions d'intérêts et des frais connexes ont été dévoilées le 2 octobre 2007[4] et ont eu force de loi le 14 décembre 2007[5]. L'objectif du présent document est de revoir sommairement ces nouvelles mesures ainsi que les autres changements importants qui sont survenus au cours de l'année 2007 et qui influenceront le financement des opérations étrangères.

---

[2] Le cinquième protocole modifiant la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (ci-après « Convention »), conclue à Washington le 26 septembre 1980 et modifiée par les protocoles faits les 14 juin 1983, 28 mars 1984, 17 mars 1995 et 29 juillet 1997 (ci-après « Nouveau protocole »). Le Nouveau protocole a été signé le 21 septembre 2007 et ratifié par le Canada le 14 décembre 2007 par le Projet de loi S-2. Il n'a toujours pas été ratifié par les États-Unis.

[3] L.R.C. (1985), 5^{e} supp., c.1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

[4] *Propositions législatives et notes explicatives pour mettre en œuvre des mesures résiduelles du budget de 2007 concernant l'impôt sur le revenu* (ci-après « propositions législatives »).

[5] *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2007 et de certaines dispositions de l'énoncé économique déposé au Parlement le 30 octobre 2007*, Projet de loi C-28, 30 octobre, sanctionné le 14 décembre 2007 (ci-après « Projet de loi C-28 »).

1. MESURES SUR LE CUMUL DE DÉDUCTIONS D'INTÉRÊTS ET DES FRAIS CONNEXES ET LE NOUVEL ARTICLE 18.2 L.I.R.

Les nouvelles mesures visant à limiter la déductibilité des intérêts dans certaines circonstances se trouvent dans le nouvel article 18.2 L.I.R. Ces mesures seront applicables relativement aux intérêts payés ou payables pour toute période commençant après 2011.

1.1. RÈGLE GÉNÉRALE

La règle de base sur laquelle repose l'article 18.2 L.I.R. est énoncée dans le nouveau paragraphe 18.2(2) L.I.R. Selon cette règle, aucune somme ne sera déductible dans le calcul du revenu d'une société[6] au titre de sa « dépense de financement déterminée » relativement à un « prêt entre sociétés affiliées », sauf dans la mesure où cette dépense excède son « revenu total résultant d'un cumul de déductions » pour l'année relativement au prêt. Ainsi, la dépense de financement déterminée de la société et son revenu total résultant d'un cumul de déductions sont déterminés annuellement. La non-déductibilité des intérêts est permanente.

En termes généraux, une dépense de financement déterminée d'une société relativement à un prêt entre sociétés affiliées pour une année d'imposition correspond aux intérêts (ou autres frais visés à l'alinéa 20(1)e) L.I.R.) payés ou payables par la société dans l'année au titre de l'argent emprunté qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été utilisé, directement ou indirectement, pour financer un prêt entre sociétés affiliées[7]. De plus, toute somme payable pour un bien, s'il est raisonnable de considérer que le bien ou un bien qui lui est substitué est utilisé, directement ou indirectement, pour financer un prêt entre sociétés affiliées sera considérée comme constituant une dépense de financement déterminée[8].

Ainsi, pour établir s'il existe un lien entre une dépense de financement et un prêt entre sociétés affiliées, il sera essentiel de faire un suivi de l'origine des fonds. En faisant mention expresse de l'expression « directement ou indirectement », le paragraphe 18.2(3) L.I.R. permet ainsi

---

6 Le paragraphe 18.2(9) L.I.R. comporte des règles particulières visant les situations dans lesquelles les intérêts et autres dépenses sont engagés par une société de personnes.

7 Par. 18.2(3) L.I.R.

8 S.-al. 18.2(3)a)(ii) L.I.R.

d'élargir l'application de cette règle à diverses situations dont le financement au Canada n'a pas de lien immédiat avec un prêt entre sociétés affiliées. Il sera donc important de revoir tous les faits et circonstances d'une transaction pour être capable de juger de l'application du paragraphe 18.2(3) L.I.R. Il est toutefois intéressant de constater que, contrairement à la version publiée le 14 mai 2007, le législateur n'utilise pas la notion de « série d'opérations ou d'événements » dans le libellé de l'article 18.2 L.I.R. L'application de l'expression « directement ou indirectement » est toutefois incertaine et peut être sujette à interprétations contradictoires[9]. Une interprétation large du mot « indirectement » dans ce contexte pourrait avoir pour effet de limiter indûment la capacité des contribuables de structurer ou de restructurer leurs affaires de manière à pouvoir continuer de déduire les intérêts. À cet effet, il est intéressant de noter, dans les notes explicatives relatives aux propositions législatives, que le législateur a fourni une série d'exemples de cas où une dépense constitue une dépense de financement déterminée et des exemples de cas où elle ne constitue pas une telle dépense :

Exemple 1 : Financement classique

CieCan emprunte de l'argent à une banque et en verse le produit à une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA1 ») en échange d'actions de SÉA1. Cette dernière utilise les fonds pour consentir un prêt à une autre société étrangère affiliée (ci-après « SÉA2 ») dont CieCan est propriétaire à 100 %. Le prêt que SÉA1 consent à SÉA2 est un prêt entre sociétés affiliées.

Selon les Notes explicatives, les frais d'intérêts de CieCan au titre de l'emprunt bancaire représentent une dépense de financement déterminée, puisqu'il est raisonnable de considérer que l'argent emprunté a été utilisé pour financer le prêt entre sociétés affiliées.

Exemple 2 : Financement indirect

CieCan possède la totalité des actions de Filiale Can1 et de Filiale Can2. Filiale Can1 contracte un emprunt bancaire et en utilise le produit pour acheter un bien de Filiale Can2. Cette dernière utilise le produit de disposition du bien pour financer un prêt entre sociétés affiliées. Filiale Can1 supporte les frais d'intérêts découlant du prêt bancaire pour l'année d'imposition.

---

[9] Voir Guy FORTIN et Mélanie BEAULIEU, « The Meaning of the Expressions "In the Ordinary Course of Business" and "Directly or Indirectly" », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 36:1-37.

Selon les Notes explicatives, les fonds empruntés par Filiale Can1 sont considérés comme étant utilisés pour financer le prêt entre sociétés affiliées. Il ne nous semble pas évident que cette interprétation soit conforme à la lettre ou à l'esprit de ces nouvelles règles. Par exemple, si Filiale Can2 avait financé sa propre acquisition du bien en question à l'aide d'argent emprunté, « l'utilisation actuelle » de cet argent pourrait être considérée comme le financement du prêt entre SÉA. Cette interprétation large entraînerait vraisemblablement une double comptabilisation de dépense de financement déterminée. De plus, si Filiale Can2 avait émis des titres pour financer l'acquisition du bien en question, « l'utilisation actuelle » des titres devrait alors également être considérée comme le financement du prêt entre SÉA. Il nous semble inapproprié dans ce contexte de considérer que l'argent emprunté par Filiale Can1 a été utilisé pour financer le prêt entre SÉA, étant donné que le prêt entre SÉA devrait être considéré comme ayant été financé grâce aux capitaux propres de Filiale Can2 et que Filiale Can1 devrait, selon les principes de suivi des fonds, être réputée utiliser l'argent emprunté pour tirer un revenu exclusivement des biens acquis. Il nous semble particulièrement inapproprié d'interpréter les règles proposées d'une manière si large qu'elles empêcheraient les contribuables qui disposent de capitaux propres suffisants pour financer leurs prêts entre SÉA de prendre des mesures raisonnables pour structurer ou restructurer leurs affaires en conséquence.

Exemple 3 : Biens substitués

CieCan achète auprès d'un tiers toutes les actions de Filiale Can en échange d'un billet portant intérêt. Aussitôt après l'achat, CieCan vend au comptant l'ensemble des actifs de Filiale Can et utilise le produit pour financer un prêt entre sociétés affiliées.

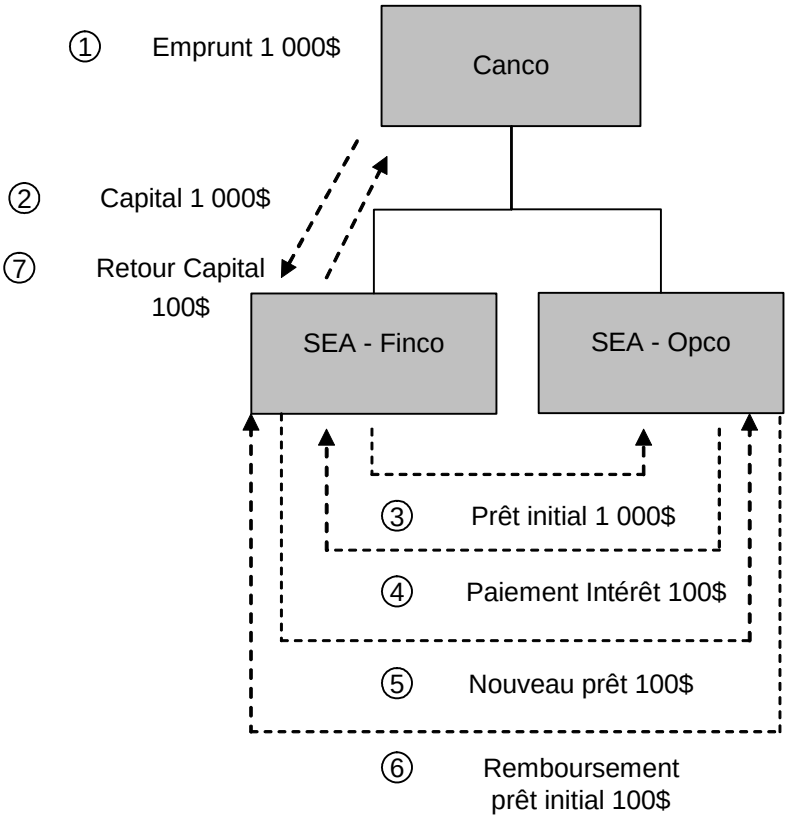
Selon les Notes explicatives, bien que le prêt soit financé au moyen du produit de disposition provenant de la vente des actifs, les actions de la société propriétaire des actifs ont été acquises au moyen du billet portant intérêt. Il serait donc raisonnable de considérer que des biens de la société ont été substitués à des biens qui ont été utilisés pour financer le prêt entre sociétés affiliées.

Exemple 4 : Prêt existant

CieCan emprunte de l'argent d'une banque pour acheter, auprès d'un tiers, des actions de Filiale Can. Cette dernière a déjà un prêt entre sociétés affiliées.

Selon les Notes explicatives, dans la mesure où il n'y a aucun lien, que ce soit par une série d'opérations ou autrement, entre le paiement des actions et l'existence du prêt (les Notes explicatives indiquent qu'un tel lien pourrait exister dans le cas où, par exemple, le vendeur a investi des fonds additionnels dans Filiale Can en prévision de la vente pour que celle-ci puisse financer le prêt entre sociétés affiliées), le produit de l'emprunt n'est pas considéré comme étant utilisé pour financer le prêt.

Comme le démontre les commentaires fournis dans les Notes explicatives, les situations où un emprunt pourrait être considéré comme lié à un prêt entre SÉA pourraient être aussi variées que multiples. L'interprétation de l'application de ces règles pourrait être incertaine dans plusieurs circonstances. Par exemple, comment devrait-on analyser la situation où une société canadienne utilise ses propres fonds pour financer un prêt entre SÉA et, par la suite, doit emprunter pour financer ses propres opérations canadiennes? Est-ce que l'ARC pourra prétendre que le montant emprunté à la suite du financement du prêt entre SÉA a été utilisé indirectement pour financer ce prêt étant donné que la société canadienne a dû emprunter par la suite pour financer les opérations canadiennes? Également, comment analyser une situation où une SÉA utilise le revenu d'intérêts sur un prêt entre sociétés affiliées pour refinancer la société exploitante? Comme il est démontré dans l'exemple ci-dessous, SÉA – Finco utilise le montant d'intérêt reçu pour rembourser le prêt initial, et la société de financement retourne le montant à la société canadienne sous forme de retour de capital. Est-ce que l'on peut toujours faire un lien entre l'emprunt initial effectué par la société canadienne et le nouveau prêt?



Finalement, étant donné que ces règles ne comportent aucune règle grand-père, il pourrait être très difficile de déterminer en pratique si certains anciens prêts peuvent être liés ou non à un prêt entre sociétés affiliées.

1.2. CALCUL DU MONTANT NON DÉDUCTIBLE

Comme il a été mentionné ci-dessus, une dépense de financement déterminée pourra être non déductible que si elle est liée à un prêt entre sociétés affiliées. En termes généraux, un prêt entre sociétés affiliées est défini comme étant une dette dont est créancière une SÉA de la société canadienne donnée[10] si le revenu que la société affiliée tire des intérêts payés

[10] Ou une société avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance ou une société de personnes dont une telle société affiliée est un associé.

ou payables au titre de la dette constitue un revenu qui est inclus, en vertu du sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R., dans le revenu d'entreprise exploitée activement de la société affiliée. Ainsi, ces nouvelles mesures ne s'appliquent que s'il y a un paiement d'intérêts entre sociétés affiliées et ne s'appliqueraient probablement pas à certaines structures de financement permettant un cumul de déductions qui utilisent des instruments dits « hybrides » (par exemple, instruments considérés comme étant de la dette à des fins fiscales étrangères et de l'équité à des fins fiscales canadiennes).

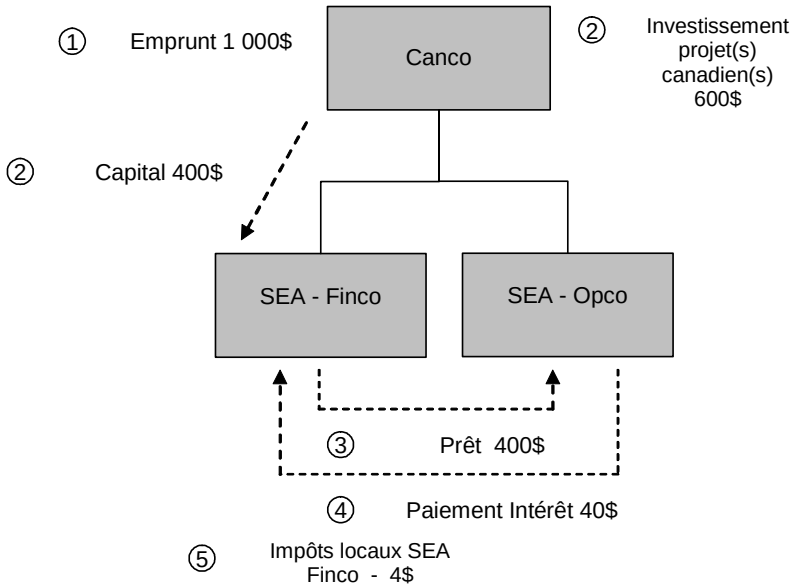
Le montant d'intérêts non déductibles sera limité toutefois au revenu total résultant d'un cumul de déductions pour l'année relativement au prêt entre sociétés affiliées. Le revenu total résultant d'un cumul de déductions peut être défini sommairement comme étant le total du « pourcentage de participation »[11] du contribuable dans les revenus de SÉA qui sont inclus, en vertu du sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R., dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement de la SÉA, déduction faite de l'impôt étranger accumulé majoré[12] applicable à ce revenu. Plus précisément, le revenu total résultant d'un cumul de déductions, tel qu'il est défini dans le paragraphe 18.2(1) L.I.R., comprend le « montant des gains exonérés résultant d'un cumul de déductions » de la société ainsi que le « montant des gains imposables résultant d'un cumul de déductions » pour l'année d'imposition considérée relativement au prêt entre sociétés affiliées. Chacun de ces montants est déterminé en fonction du « montant des gains exonérés redéfinis » ou du « montant des gains imposables redéfinis » d'une SÉA, réduit du montant majoré des impôts étrangers sur le revenu payé par la SÉA (ou par toute autre SÉA de la société, ou d'une société avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance), qu'il est raisonnable de considérer comme étant applicable au « revenu redéfini » et rajusté en fonction du « pourcentage de participation » de la société relativement à la SÉA donnée.

---

[11] Tel qu'il est défini au paragraphe 18.2(1) L.I.R.. Cette définition est une adaptation du même terme défini au paragraphe 95(1) L.I.R. En termes généraux, en vertu de l'article 18.2 L.I.R., le pourcentage de participation, pour la société donnée d'une action (appelée « action déterminée ») de la SÉA donnée, correspond au pourcentage qui serait déterminé selon les sous-alinéas b)(i) ou (ii) de la définition de « pourcentage de participation » au paragraphe 95(1) L.I.R. au titre de l'action déterminée relativement à la société créancière à la fin de l'année d'imposition donnée si cette société était une SÉA contrôlée de la société donnée.

[12] Plus précisément, l'impôt étranger accumulé applicable à ce revenu majoré du facteur fiscal approprié (tel qu'il est défini au paragraphe 95(1) L.I.R.) applicable à la société donnée pour son année d'imposition.

Prenons l'exemple suivant :



Bien que la totalité de la dépense d'intérêts puisse être considérée comme étant une dépense de financement déterminée[13], le montant non déductible serait limité aux revenus nets d'intérêts (40 $ – (4 $ (impôt étranger) × facteur fiscal approprié) de SÉA Finco sur le prêt de 400 $.

Les règles de limitation des intérêts s'appliqueront, que la SÉA qui finance le prêt intragroupe (ci-après « Finco ») soit résidente ou non d'un pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada ou non – comme il est noté ci-dessus, le revenu total résultant d'un cumul de déductions comprend le « montant des gains exonérés résultant d'un cumul de déductions » et le « montant des gains imposables résultant d'un cumul de déductions ». Lorsque Finco n'est pas résidente d'un pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada, son revenu d'intérêts qui est recaractérisé comme étant du revenu d'entreprise par l'effet du sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R. devrait être inclus dans son surplus imposable. Pour éviter une

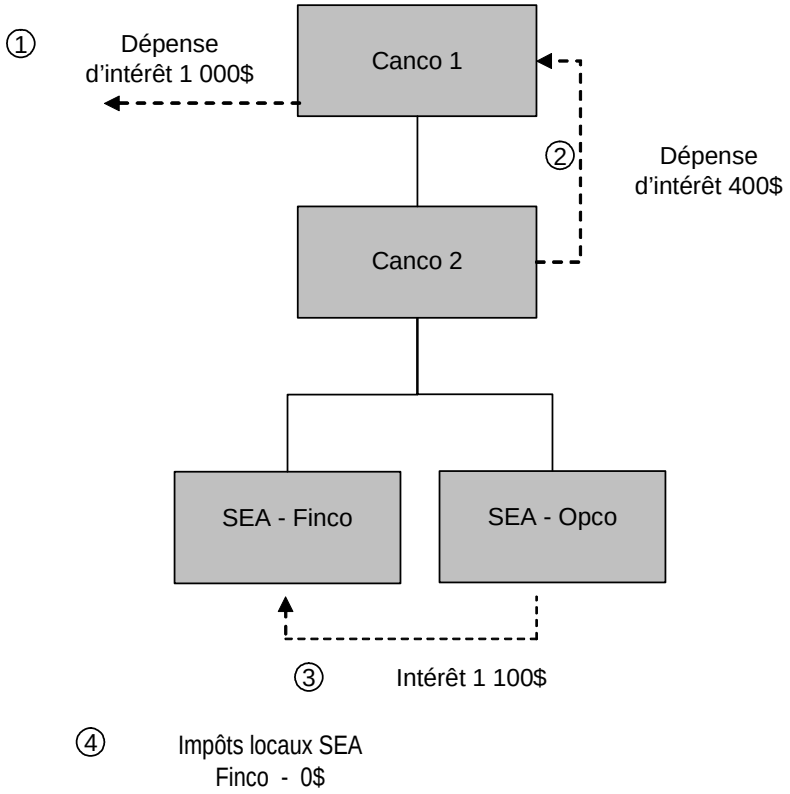
[13] Le sous-alinéa 18.2(3)a)(i) L.I.R. mentionne l'argent emprunté, dans la mesure où il est raisonnable de considérer qu'il est utilisé au cours de l'année, directement ou indirectement, pour financer le prêt en tout ou en partie.

éventuelle double imposition potentielle, une société aura droit à une déduction à l'égard des dividendes versés à même le « surplus imposable » d'une SÉA dans la mesure où elle s'est déjà vu refuser la déduction de dépenses de financement déterminées. Cette déduction est permise en vertu du mécanisme de l'actuel paragraphe 91(5) L.I.R., qui permet la distribution en franchise d'impôts de revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB ») antérieurement imposés, ou par le nouveau paragraphe 91(5.1) L.I.R. De plus, les dépenses d'intérêts refusées en vertu de l'article 18.2 L.I.R. qui sont attribuables à un montant inclus dans le surplus imposable sont ajoutées au prix de base rajusté des actions de la SÉA ou de la participation dans la société de personnes pour éviter une double imposition advenant la cession de la SÉA[14].

1.3. CALCUL DU MONTANT NON DÉDUCTIBLE – RÈGLES POUR LES PARTIES LIÉES

L'article 18.2 L.I.R. contient des règles visant les situations dans lesquelles la société qui engage la dépense de financement déterminée n'est pas la même que celle qui a un revenu total résultant d'un cumul de déductions, attribuant l'excédent du revenu total résultant d'un cumul de déductions de l'autre société à la société ayant la dépense de financement déterminée. Plus particulièrement, les paragraphes 18.2(4) à (7) L.I.R. pourront s'appliquer lorsqu'une société a une dépense de financement déterminée relativement à un prêt entre sociétés affiliées pour une année donnée qui excède son revenu total résultant d'un cumul de déductions relativement à ce prêt, mais qu'une autre société qui lui est liée a, à l'inverse, un revenu total résultant d'un cumul de déductions relativement à ce prêt qui excède sa dépense de financement déterminée relativement à un prêt. Prenons l'exemple suivant :

[14] Cette addition est prévue au paragraphe 92(1) L.I.R. Si le refus a trait à une dépense de financement déterminée d'une société de personnes dont la société est un associé, le montant de déduction est ajouté au prix de base de la participation dans la société de personnes (voir le nouveau sous-alinéa 53(1)e)(xiv) L.I.R.



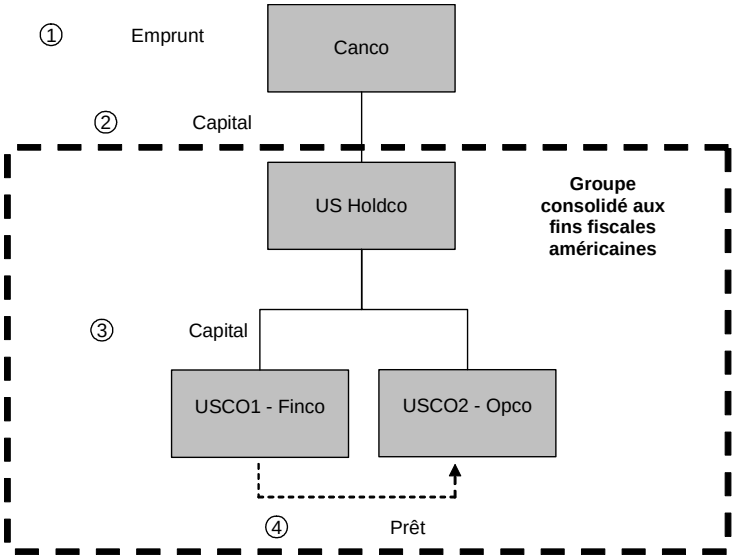
La dépense de financement déterminée de Canco1 est de 600 $ (car elle est réduite du montant d'intérêts reçu de Canco2), mais son revenu total résultant d'un cumul de déductions est de zéro, car Canco1 n'a pas de pourcentage de participation dans SÉA Finco. La dépense de financement déterminée de Canco2 est de 400 $ et son revenu total résultant d'un cumul de déductions est de 1 100 $. Le montant non déductible pour Canco2 sera de 400 $. Les règles aux paragraphes 18.2(4) à (5) L.I.R. s'appliqueront pour présumer le montant « inutilisé » du revenu total résultant d'un cumul de déductions de Canco2 comme étant inclus dans le revenu total résultant d'un cumul de déductions de Canco1. En conséquence, le montant non déductible pour Canco1 sera de 600 $.

Lorsque ces dispositions s'appliquent à plus d'une société liée relativement à une société débitrice, cette dernière peut déterminer la

manière dont le *revenu* total résultant d'un cumul de déductions sera attribué[15]. Si elle ne le fait pas ou qu'elle le fait de telle façon que l'une des sociétés affiliées continue d'afficher un montant de revenu total résultant d'un cumul de déductions et la société débitrice, une dépense de financement déterminée, le ministre du Revenu national pourra décider de l'attribution de l'excédent du revenu total résultant d'un cumul de déductions[16].

1.4. EXCEPTION POUR GROUPE CONSOLIDÉ

Le paragraphe 18.2(8) L.I.R. prévoit deux petites exceptions à l'application de la définition de prêt entre sociétés affiliées. Une exception s'applique d'abord à l'égard d'une dette due par une SÉA donnée qui réside dans le même pays que la SÉA créancière, pourvu que les deux sociétés déterminent leur revenu, aux fins d'imposition selon la législation fiscale de ce pays, sur une base consolidée ou combinée, en tant que membre du même groupe consolidé. À titre d'exemple, prenons le cas suivant :



Bien que cette exception s'applique dans un contexte américain, il n'est pas clair que cette exception visera tous les régimes de regroupement fiscal

15 Par. 18.2(6) L.I.R.

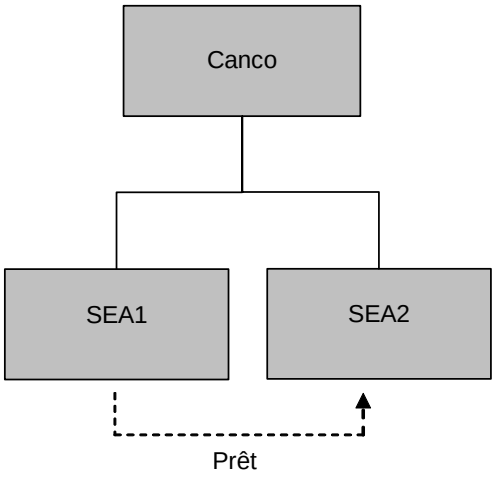
16 Par. 18.2(7) L.I.R.

possibles – par exemple, le régime d'allégement pour les regroupements du Royaume-Uni.

La seconde exception s'applique à l'égard des dettes entre certaines SÉA d'institutions financières (telle qu'elle est décrite au sous-alinéa 95(2)l)(iv) L.I.R.), pourvu que les dettes en question aient pris naissance dans le cours normal des activités de la SÉA. Les entreprises admissibles ne comprennent que celles qu'une SÉA exploite à titre de banque étrangère, de société de fiducie, de caisse de crédit, de compagnie d'assurances ou de négociateur en valeurs mobilières ou en marchandises, et dont les activités sont réglementées à la condition que les entreprises en question soient menées principalement par des personnes avec lesquelles la SÉA donnée n'a pas de lien de dépendance.

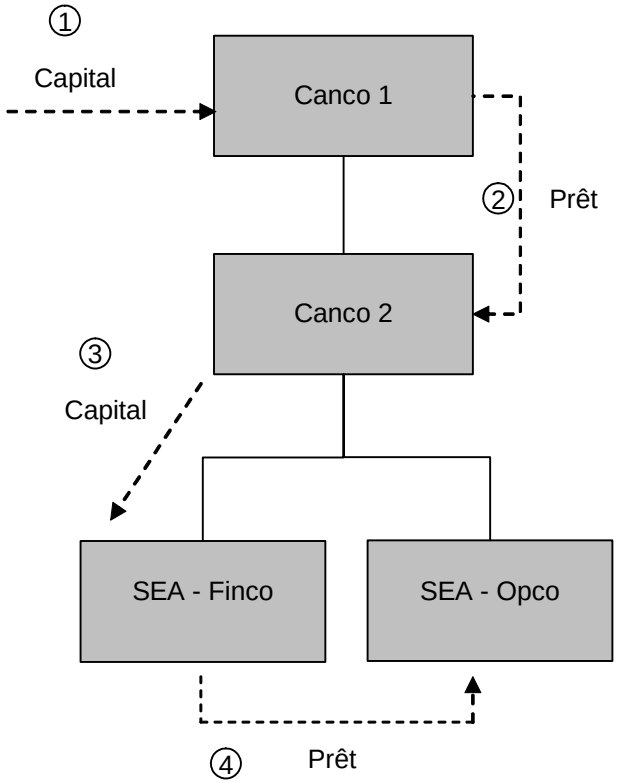
En conclusion, il nous semble difficile de clairement cerner la politique fiscale précise derrière les nouvelles règles prévues à l'article 18.2 L.I.R. Ces règles visent uniquement le financement intragroupe à l'aide de structure classique, mais ne visent aucun type de financement hybride (instruments qui sont considérés comme de la dette à des fins fiscales étrangères, mais qui ne le sont pas à des fins fiscales canadiennes – par exemple, certains types d'actions privilégiées) et ne visent aucun autre type de transaction intragroupe de nature passive, comme des redevances, revenus de location, etc. De plus, les règles présentement rédigées visent plusieurs situations où il n'y pas de cumul de déductions, par exemple :

Exemple 1



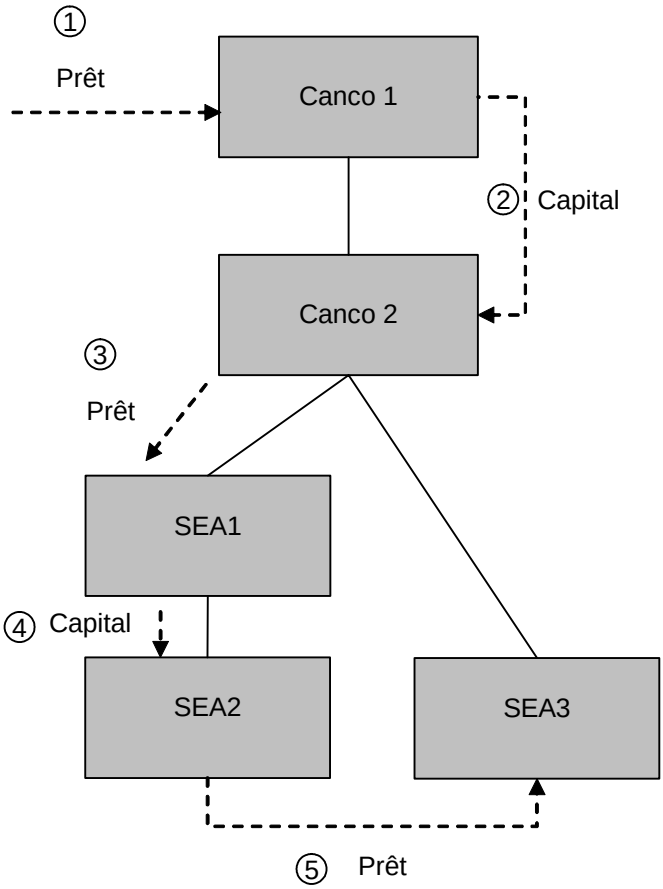
Si SÉA1 et SÉA2 sont imposées au même taux d'impôt (qui est inférieur au taux canadien), il n'y a pas de déduction étrangère dans l'ensemble, mais les règles de l'article 18.2 L.I.R. peuvent tout de même s'appliquer pour limiter la déductibilité d'intérêts au niveau de Canco. Également, les règles de l'article 18.2 L.I.R. peuvent s'appliquer même si le taux d'impôt de SÉA1 est aussi élevé que le taux canadien, mais que cette dernière ne paie pas d'impôt une année donnée parce qu'elle utilise des pertes antérieures ou parce qu'elle a par ailleurs des pertes d'exploitation.

Exemple 2



Dans cette situation, les intérêts payés par Canco2 pourront être non déductibles en vertu des règles prévues à l'article 18.2 L.I.R., mais ces mêmes intérêts devront être inclus dans le revenu de Canco1. Cette situation ne constitue pourtant pas une situation où il y a cumul de déductions.

Exemple 3

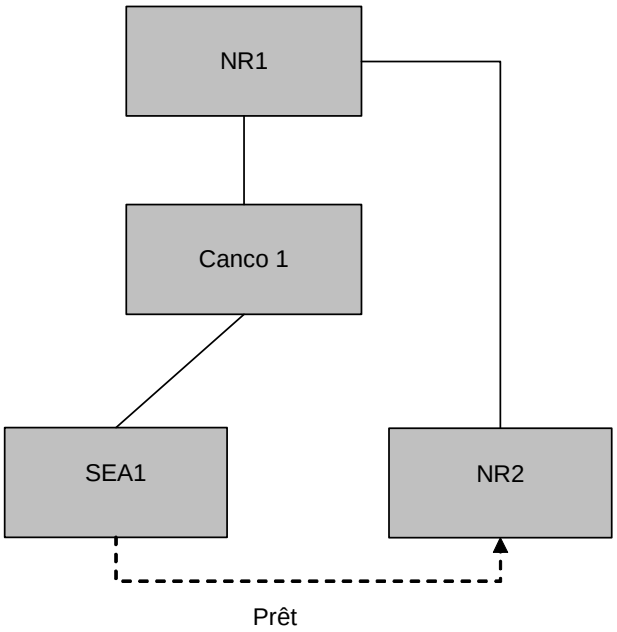


Cette autre situation plus complexe démontre un autre cas qui ne constitue pourtant pas une situation où il y a cumul de déductions (aucune déduction dans l'ensemble au Canada), mais que les règles de l'article 18.2 L.I.R. peuvent s'appliquer pour limiter la déductibilité des intérêts au Canada. Plus précisément, dans ce cas, les intérêts payés par Canco1 pourraient être non déductibles alors que le revenu d'intérêts reçu par Canco2 serait tout de même imposable.

2. AUTRES CHANGEMENTS LÉGISLATIFS

2.1. NOTION DE PARTICIPATION ADMISSIBLE

Comme il a été annoncé dans le Budget de 2007, le Projet de loi C-28 comprenait des modifications aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui limiteront l'application des règles sur le financement par une SÉA à une autre société non résidente aux situations dans lesquelles une société canadienne du groupe lié détient une participation admissible[17] dans cette autre société. Plus précisément, la division 95(2)a)(ii)(A) L.I.R. sera abrogée pour les années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable commençant après 2008. Cette disposition permet essentiellement de recaractériser certains revenus passifs (dont le revenu d'intérêts) comme revenu d'entreprise exploitée activement lorsque ces revenus proviennent de sociétés non résidentes qui étaient liées au contribuable canadien du simple fait qu'elles étaient sous le contrôle de la même société mère non résidente.



[17] Essentiellement, lorsque des actions du capital-actions d'une société représentant au moins 10 % en vote et en valeur sont détenues au sein d'un groupe canadien lié. Voir l'alinéa 95(2)m) L.I.R. et l'alinéa 95(2)n) L.I.R.

Ce changement de cap en ce qui a trait à la notion de participation admissible touche également plusieurs autres règles applicables dans le calcul du RÉATB d'une SÉA. Plus particulièrement, cette limitation est incluse dans les règles de l'alinéa 95(2)g) L.I.R. et les dispositions connexes qui ont pour effet d'éliminer les gains ou pertes de change qui résultent de la variation de la valeur de la monnaie canadienne relativement aux dettes (et convention de couverture de change) et aux actions de certaines sociétés non résidentes. Donc, à partir de 2009, ces dispositions ne s'appliqueront qu'aux transactions entre SÉA dans lesquelles une société canadienne du groupe lié détient une participation admissible.

Il est à noter que le Projet de loi C-28 renfermait également une série de révisions aux règles sur le financement entre sociétés affiliées s'inscrivant dans la foulée de précédents projets de modifications publiés le 20 décembre 2002 et revus par les propositions du 27 février 2004. Plusieurs de ces révisions reprennent les mesures figurant dans les propositions de 2004. Cependant, à certains égards, le Projet de loi C-28 révise les propositions de 2004 afin de traiter de questions purement techniques ou de questions de rédaction en plus d'étendre ou de restreindre la portée effective de certaines règles. L'analyse de ces modifications dépasse le cadre du présent texte.

2.2. EXONÉRATION DE RETENUE D'IMPÔT SUR LES PAIEMENTS D'INTÉRÊTS ENTRE PARTIES SANS LIEN DE DÉPENDANCE

Le Budget de 2007 annonçait l'élimination de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. sur l'intérêt payé ou crédité à des personnes non résidentes sans lien de dépendance. L'application de cette mesure était toutefois conditionnelle à l'entrée en vigueur du Nouveau protocole. Le Projet de loi C-28 a devancé l'application de cette mesure au 1er janvier 2008. Plus précisément, le nouvel alinéa 212(1)b) L.I.R. ne s'applique dorénavant qu'aux montants d'intérêts reçus de personnes résidant au Canada avec lesquelles le récipiendaire non résident a un lien de dépendance ainsi qu'aux intérêts sur des créances participatives. Cette nouvelle mesure est la bienvenue puisqu'elle facilitera le financement des sociétés canadiennes tout en évitant d'avoir à recourir à l'ancienne exception prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R., qui comportait son lot de complexités et d'incertitudes.

2.3. DÉCLARATION EN MONNAIE FONCTIONNELLE

Le nouvel article 261 L.I.R. permet essentiellement aux sociétés admissibles d'exprimer leurs résultats fiscaux canadiens dans leur monnaie fonctionnelle plutôt qu'en dollar canadien. Les monnaies fonctionnelles admissibles comprennent la monnaie des États-Unis, celle de l'Union

monétaire européenne et celle du Royaume-Uni. Ces règles permettront dans certains cas d'apporter une solution aux fluctuations de change qui peuvent survenir lors de financements intragroupes. De plus, ces règles obligent généralement tous les autres contribuables à utiliser le taux affiché par la Banque du Canada à midi pour convertir les montants dans une autre monnaie en dollar canadien, ou tout autre taux de change que le ministre estime acceptable.

3. NOUVEAU PROTOCOLE

Le 21 septembre 2007, le Canada et les États-Unis ont conjointement rendu public le Nouveau protocole. Ce Nouveau protocole est le fruit de près d'une décennie de négociations entre les deux pays. Le Nouveau protocole prévoit, entre autres, l'élimination des retenues d'impôt sur les intérêts versés à des personnes résidant au Canada ou aux États-Unis. En général, l'élimination des retenues d'impôt sur les intérêts versés à des parties non liées entrera en vigueur à compter du premier jour du deuxième mois qui commence après la date d'entrée en vigueur du Nouveau protocole. Dans le cas des paiements entre parties liées, l'élimination des retenues d'impôt sera instaurée progressivement au cours d'une période de trois ans débutant pendant la première année civile qui se termine après l'entrée en vigueur du Nouveau protocole. Plus précisément, le taux de retenue à la source sera réduit à 7 % le premier jour du deuxième mois qui commence après la date d'entrée en vigueur du Nouveau protocole, à 4 % la deuxième année suivant l'entrée en vigueur du Nouveau protocole et, finalement, réduit à 0 % la troisième année qui suit l'entrée en vigueur du Nouveau protocole.

De plus, le Nouveau protocole élimine des retenues d'impôt sur les paiements pour garantie d'emprunt[18]. Cette mesure entrera en vigueur à compter du premier jour du deuxième mois qui commence après la date d'entrée en vigueur du Nouveau protocole. Dans un contexte canadien, ce type de paiement est généralement considéré comme étant un paiement d'intérêts[19]. En conséquence, il est difficile de déterminer laquelle des mesures d'élimination de retenues à la source s'appliquera aux fins de la convention fiscale – l'article XI sur le paiement d'intérêts ou l'article XXII sur le paiement de garantie pour emprunt. Cela peut avoir une incidence puisque la mesure d'élimination de retenues à la source sur les paiements de frais pour garanties d'emprunts s'appliquera plus rapidement que la mesure sur les intérêts lorsque les paiements sont faits à des personnes liées. Il nous

[18] Art. XXII(4) de la Convention, précité, note 2.

[19] Par. 214(15) L.I.R.

semble que la mesure sur les paiements pour garantie d'emprunt devrait vraisemblablement avoir préséance sur la mesure relativement au paiement d'intérêts, étant donné qu'elle est plus précise que celle sur le paiement des intérêts[20].

4. NOUVELLE CONVENTION FISCALE ENTRE L'ISLANDE ET LES ÉTATS-UNIS[21]

Le 23 octobre 2007, les États-Unis et l'Islande ont signé une nouvelle convention fiscale et un nouveau protocole qui remplaceront la convention fiscale actuelle entrée en vigueur en 1975. La nouvelle convention inclut un article sur les restrictions apportées aux avantages, y compris une disposition dite triangulaire. La nouvelle convention commencera à s'appliquer, en ce qui concerne l'article sur les restrictions apportées aux avantages, à compter du 1er janvier de l'année suivant l'année de l'entrée en vigueur de la convention. Par conséquent, si l'entente est ratifiée en 2008, la convention prendra généralement effet en 2009. Cependant, la convention prévoit une période transitoire facultative de 12 mois relativement à son application. Les dispositions de la convention de 1975 peuvent donc continuer de s'appliquer jusqu'en 2010 seulement pour les contribuables qui étaient assujettis à la convention de 1975 et qui ont exercé un choix dans ce sens. Les multinationales canadiennes qui utilisent une société islandaise ayant une succursale dans un pays tiers pour financer leurs filiales américaines seront généralement touchées par l'article sur les restrictions apportées aux avantages et, par conséquent, les intérêts payés par leurs filiales américaines pourront être assujettis à une retenue à la source de 30 %. Malgré le fait que le taux de retenue à la source sur les intérêts d'un payeur américain à un payeur canadien sera réduit à 0 % en vertu du nouveau protocole, la société de financement islandaise pourrait se voir refuser le taux de retenue de 0 % sur les intérêts que lui verse la filiale américaine en raison de la disposition dite triangulaire prévue dans l'article sur les restrictions apportées aux avantages. En vertu de cette disposition triangulaire, les intérêts pourraient être assujettis à une retenue à la source de 15 % lors du paiement à une société de financement islandaise.

---

[20] Le préambule de l'article XXII de la Convention, qui exclut les éléments de revenus qui sont traités dans les autres articles de la convention fiscale, ne semble pas s'appliquer au paragraphe 4 sur les paiements de garantie d'emprunt : « Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, […] ».

[21] *Convention entre les États-Unis d'Amérique et l'Islande tendant à éviter la double imposition et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et d'impôts sur la fortune*, signée le 23 octobre 2007.

Toutefois, il est intéressant de noter que, lorsque le taux de retenue à la source sur les intérêts d'un payeur américain à un payeur canadien sera réduit à 0 % en vertu du nouveau protocole, plusieurs nouvelles juridictions pourront être utilisées pour y localiser une société finançant les activités américaines d'un groupe de multinationales.

RÉCENTS DÉVELOPPEMENTS EN MATIÈRE DE FIDUCIE



Fanny Brodeur
Avocate, LL.M. fisc.
Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l. Avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 30:3

1. INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES CONCERNANT LA RÈGLE PRÉVUE AU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. 30:3

1.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-0140951C6 ..... 30:4
1.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2006-0196231C6 ..... 30:6
1.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2006-0218501E5 ..... 30:8
1.4. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2007-0240421C6 ..... 30:10

2. JURISPRUDENCE RÉCENTE À LA SUITE DE L'ARRÊT *THIBAULT* 30:11

2.1. L'AFFAIRE *THIBAULT* 30:12
2.1.1. Les faits 30:12
2.1.2. Décisions de première instance et de la Cour d'appel 30:13

2.1.3. Décision de la Cour suprême du Canada 30:13
2.2. L'AFFAIRE *BAGNOUD* 30:16
2.2.1. Les faits 30:16
2.2.2. Questions en litige 30:17
2.2.3. Décision de la Cour supérieure 30:17
2.2.4. Décision de la Cour d'appel 30:17
2.3. L'AFFAIRE *NORBOURG* 30:19
2.3.1. Les faits 30:19
2.3.2. Jugement de la Cour supérieure 30:19
2.3.3. Décision de la Cour d'appel 30:21
2.4. L'AFFAIRE *NEAULT* 30:23
2.4.1. Les faits 30:23
2.4.2. Question en litige 30:23
2.4.3. Décision 30:23

3. MODIFICATIONS PROPOSÉES AU PARAGRAPHE 248(3) L.I.R. 30:24

CONCLUSION – RÉPERCUSSIONS SUR LA PRATIQUE 30:29

INTRODUCTION[*]

Le droit applicable en matière de fiducie n'a cessé d'évoluer depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*[1], et ce, aussi bien sur le plan civil que sur le plan fiscal. Au cours des dernières années, plusieurs aspects relatifs aux fiducies, notamment la notion de patrimoine distinct et de droit de retour, ont été étudiés par les auteurs et les autorités fiscales. Jusqu'à tout récemment, la jurisprudence était en revanche moins volumineuse. Toutefois, on assiste actuellement à une augmentation du nombre de décisions rendues concernant les règles applicables aux fiducies.

Le présent texte a pour but de faire état de certains développements récents en matière de fiducie, tant du point de vue civil que du point de vue fiscal. Dans un premier temps, il sera question de l'analyse des positions administratives de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») quant à l'application de la règle édictée par le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] lorsqu'une société émet des actions à une fiducie et lorsqu'un prêt est octroyé à une fiducie. Dans un second temps, le présent texte fera l'examen de certaines décisions survenues à la suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Banque de la Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*[3], dans lequel le tribunal a refusé d'accorder le caractère insaisissable à des régimes d'épargne-retraite autogérés au Québec. Finalement, il sera question des modifications proposées au paragraphe 248(3) L.I.R.

1. INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES CONCERNANT LA RÈGLE PRÉVUE AU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

Tout d'abord, rappelons le libellé du paragraphe 75(2) L.I.R. :

> « 75 (2) Lorsque, en vertu d'une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition :
>
> a) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :

---

[*] L'auteure tient à remercier Gabrielle Bélanger, stagiaire, et Corine Di Maria, étudiante, chez Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l. Avocats, de leur précieuse aide à la rédaction de ce texte.

1 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

2 L.R.C. (1985), 5[e] supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

3 [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

i) ou bien revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus directement ou indirectement (appelée "la personne" au présent paragraphe),

ii) ou bien être transportés à des personnes devant être désignées par la personne après la création de la fiducie;

b) soit que, pendant l'existence de la personne, il ne soit disposé des biens qu'avec son consentement ou suivant ses instructions,

tout revenu ou toute perte résultant des biens ou de biens y substitués, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition des biens ou de biens y substitués, est réputé, durant l'existence de la personne et pendant qu'elle réside au Canada, être un revenu ou une perte, selon le cas, ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de la personne. »

En vertu de la règle prévue à ce paragraphe, les revenus (pertes) ou gains en capital imposables (pertes en capital déductibles) générés par les biens transférés (ou les biens substitués) à une fiducie sont attribuables à la personne dont les biens ont été reçus, et non pas à la fiducie.

Les écrits concernant le paragraphe 75(2) L.I.R. sont nombreux[4]. Le but des présentes n'est pas de soulever tous les problèmes d'application potentiels de cette disposition, mais plutôt de faire état du changement de la position de l'ARC relativement à l'application de cette disposition dans deux situations précises.

1.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-0140951C6[5]

Dans un premier temps, avant d'aborder la nouvelle position de l'ARC, il convient de faire un retour en arrière. Lors de la Table ronde[6] du congrès

---

4 Voir par exemple : Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « La fiducie de droit civil à la lumière de l'arrêt *Thibault* », *Colloque – Les fiducies*, 147, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 1:1-23; Nancy BÉLANGER et Marie-Josée JALBERT, « Pot-pourri fiscal », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 25:3-89, aux pages 25:27-61.

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0140951C6, 7 octobre 2005.

6 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72.

de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») tenue en 2005, l'ARC a eu à examiner la situation suivante.

Une fiducie constitue une société en vertu de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*[7]. Toutes les actions de la société sont émises à la fiducie. La société est bénéficiaire discrétionnaire du revenu et du capital de la fiducie. Selon l'acte de fiducie, les actions de la société détenues par la fiducie peuvent être attribuées à la société. Donc, la société peut devenir propriétaire de ses propres actions.

Voici les deux questions qui ont été posées à l'ARC relativement à cette situation :

1) Est-ce que le paragraphe 75(2) L.I.R. peut s'appliquer aux revenus, aux pertes, aux gains en capital imposables et aux pertes en capital déductibles réalisés par la fiducie de façon à les attribuer à la société?

2) Lorsque la fiducie distribue du revenu à la société, cette distribution peut-elle être déduite du revenu de la fiducie sur la base du paragraphe 104(6) L.I.R., compte tenu du fait que la fiducie détient toutes les actions de la société?

L'ARC a répondu à cette question en rappelant que, de façon générale, elle considère que la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. est remplie lorsque la personne, incluant une société, de qui des biens ont été reçus directement ou indirectement par une fiducie détient une participation au capital dans cette fiducie. Selon l'ARC, le fait que cette participation au capital soit assujettie à une discrétion ne peut avoir pour effet d'empêcher l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. puisque le simple fait que les biens soient susceptibles de revenir à la personne de qui ils ont été reçus directement ou indirectement suffit à remplir la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.

Eu égard à la situation hypothétique mentionnée ci-dessus, l'ARC a mentionné qu'il semble que, dans la mesure où le scénario décrit ne contrevient pas au droit des sociétés et au droit des fiducies applicables, le paragraphe 75(2) L.I.R. serait susceptible de s'appliquer dans un tel cas. Également, tel qu'il est indiqué au paragraphe 10 du *Bulletin*

---

7 L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

d'interprétation IT-369R[8], l'ARC considère que les montants attribués à une personne en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. doivent normalement être exclus soit du revenu d'un bénéficiaire de la fiducie à qui ils ont été payés ou en faveur de qui ils sont devenus payables au cours de l'année, soit du revenu de la fiducie lorsqu'ils n'ont pas été payés ou ne sont pas devenus payables à un bénéficiaire de la fiducie au cours de l'année. Ainsi, puisqu'il n'y aurait aucune inclusion au revenu en ce qui a trait à la fiducie, l'ARC mentionne que, compte tenu de la situation hypothétique présentée, la fiducie n'aurait droit à aucune déduction en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R. à l'égard de tout montant attribué à la société par application du paragraphe 75(2) L.I.R.

De façon pratique, la société aurait ainsi droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. à l'égard des dividendes attribués, ce qui aurait comme conséquence de rendre le dividende attribué à tout autre bénéficiaire non taxable pour ce bénéficiaire.

1.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2006-0196231C6[9]

En 2006, l'ARC a eu à prendre position sur une situation similaire à celle exposée précédemment. Plus précisément, l'ARC a eu à se pencher sur les faits suivants.

Une fiducie est seule détentrice des actions ordinaires de la société constituée en vertu de la Partie IA L.C. La fiducie est devenue actionnaire à la suite d'un gel successoral de la société. Afin d'avoir l'option d'incorporer une société de gestion bénéficiaire de la fiducie, l'acte constitutif de la fiducie contient notamment une clause prévoyant la désignation de bénéficiaire suivante :

> « [...] toute société par actions, constituée ou à être constituée et dont les seuls actionnaires seront l'un ou l'autre ou plusieurs des personnes ou patrimoine [*sic*] fiduciaire désignés aux termes du présent paragraphe incluant la fiducie. »

L'acte constitutif de la fiducie désigne divers bénéficiaires qui sont M. A, la conjointe de M. A, les enfants de M. A, les petits-enfants de M. A et

---

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990.

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0196231C6, 6 octobre 2006.

toute société en vertu de la clause décrite plus haut. Les fiduciaires sont M. A et un ami de M. A.

En vertu de ces dispositions, la société peut donc être considérée comme l'un des bénéficiaires discrétionnaires du revenu et du capital de la fiducie. À cet effet, tout comme dans la situation exposée dans l'interprétation technique 2005-0140951C6[10], la société se retrouve bénéficiaire de la fiducie à l'égard d'actions de son propre capital-actions, qui est la propriété de la fiducie.

En tenant compte des nouveaux faits énoncés ci-dessus, l'ARC a eu à répondre aux questions suivantes :

1) Le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera-t-il aux revenus, pertes, gains en capital imposables et aux pertes en capital déductibles réalisés par la fiducie à l'égard des actions de la société de façon à attribuer ces montants à la société?

2) Si oui, considérons que la société verse un dividende à la fiducie et qu'en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. ce dividende est réputé avoir été gagné par la société :

   i) les sommes reçues par la fiducie (c'est-à-dire le montant du dividende versé par la société) feront-elles partie du capital de la fiducie? et

   ii) ces sommes pourront-elles être distribuées aux autres bénéficiaires de la fiducie à titre de capital, de façon non imposable pour ceux-ci (puisque ces sommes ont déjà fait l'objet d'une inclusion dans le calcul du revenu de la société en raison du paragraphe 75(2) L.I.R.)?

3) L'ARC considère-t-elle qu'une telle application du paragraphe 75(2) L.I.R. n'est pas conforme à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'il y aurait lieu de pondérer la réponse fournie en 2005?

La réponse de l'ARC a été la même que celle donnée en 2005 concernant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Également, l'ARC a répété que les montants attribués à une personne en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. doivent normalement être exclus soit du revenu du bénéficiaire

---

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5.

de la fiducie à qui ils ont été payés ou en faveur de qui ils sont devenus payables au cours de l'année, soit du revenu de la fiducie lorsqu'ils n'ont pas été payés ou qu'ils ne sont pas devenus payables à un bénéficiaire de la fiducie au cours de l'année.

De plus, l'ARC a ajouté que, dans une situation telle que celle décrite plus haut, de même que dans une situation telle que celle considérée à la question 3 dans la Table ronde du Congrès 2005[11] de l'APFF, l'utilisation d'une disposition antiévitement telle que le paragraphe 75(2) L.I.R. dans le but d'obtenir un avantage fiscal (en l'espèce, l'utilisation du paragraphe 75(2) L.I.R. combinée à celle du paragraphe 112(1) L.I.R. permet d'éviter le paiement de tout impôt à l'égard des dividendes reçus par la fiducie et distribués à ses bénéficiaires) entraînerait l'application du paragraphe 245(2) L.I.R.

1.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2006-0218501E5[12]

Malgré ces deux interprétations techniques qui allaient dans le même sens, le 9 mars 2007, on a assisté à un revirement de la position administrative.

Plus précisément, il a été demandé à l'ARC de reconsidérer sa position adoptée à la question 14 lors du Congrès 2006[13] de l'APFF. L'ARC devait donc répondre à la question suivante : est-ce que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à une société qui émet des actions en faveur d'une fiducie dont elle pourrait devenir bénéficiaire en vertu d'une faculté d'élire?

Cette fois, l'ARC a révisé sa position précédemment adoptée et a répondu par la négative. En effet, l'ARC a précisé que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à la personne qui était propriétaire du bien avant sa détention par la fiducie. Comme une société n'est pas propriétaire de ses propres actions avant leur émission, il s'ensuit que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne peut s'appliquer lorsqu'une fiducie souscrit à des actions pour une contrepartie égale à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »), et ce,

---

11 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 6, aux pages 59:23-29.

12 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0218501E5, 9 mars 2007.

13 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 14, aux pages 53:31-34.

nonobstant le fait que la société soit bénéficiaire ou soit susceptible de le devenir ou encore qu'elle détienne l'un ou l'autre des pouvoirs décrits au sous-alinéa 75(2)a)(ii) et à l'alinéa 75(2)b) L.I.R.

Selon l'ARC, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait trouver application qu'à l'égard d'une personne qui avait la propriété du bien avant que ce dernier ne soit détenu par une fiducie selon l'une ou l'autre des conditions énoncées au paragraphe 75(2) L.I.R. Or, compte tenu du fait qu'une société n'est pas propriétaire de ses propres actions avant leur émission, il s'ensuit que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquera pas à une société qui émet des actions à une fiducie pour une contrepartie égale à leur JVM. Voici le raisonnement de l'ARC :

> « Selon nous, cette position respecte l'objet et l'esprit du paragraphe 75(2) de la Loi et découle des termes mêmes de cette disposition :
>
> - les notes explicatives de novembre 1983 et de novembre 1985 portant sur le paragraphe 75(2) de la Loi indiquent clairement que cette disposition s'applique lorsqu'une personne "transfère" un bien à une fiducie, ce qui, à la lumière de la jurisprudence en matière fiscale, implique nécessairement que cette personne avait la propriété du bien avant son transfert à la fiducie;
>
> - l'utilisation de l'expression "directement ou indirectement" au sous-alinéa 75(2)a)(i) de la Loi ne s'explique que si la personne à qui cette disposition est susceptible de s'appliquer est celle qui avait la propriété du bien avant qu'il ne soit détenu par la fiducie;
>
> - la version française du sous-alinéa 75(2)a)(i) de la Loi, qui définit la personne à qui le paragraphe 75(2) de la Loi est susceptible de s'appliquer comme étant "la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus directement ou indirectement" laisse entendre que le paragraphe 75(2) ne s'applique qu'à la personne qui avait la propriété du bien avant sa détention par la fiducie;
>
> - appliquer le paragraphe 75(2) de la Loi à l'égard d'une personne qui n'avait pas la propriété du bien avant sa réception par la fiducie irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le paragraphe 75(2) de la Loi, à savoir empêcher le partage de revenus par le truchement d'une fiducie; et
>
> - le sens général du terme "revenir" (Petit Robert : "Venir d'un lieu, d'une situation, au lieu, à la situation où l'on était auparavant.") utilisé dans la version française du sous-alinéa 75(2)a)(i) de la Loi et du terme "revert" (The Shorter Oxford Dictionary : "To return, to come or go back, to or from a place or position. Now rare. To return to the former possessor or heirs.") utilisé dans la version anglaise sous-entend que la personne à qui

> le bien peut revenir devait être propriétaire dudit bien avant sa détention par la fiducie[14]. »

Toutefois, l'ARC mentionne que, selon l'arrêt *La Reine* c. *Kieboom*[15], le paragraphe 75(2) L.I.R. pourrait trouver application lorsque les actions ne sont pas souscrites pour une contrepartie égale à leur JVM. Avec égards, nous croyons qu'une émission d'actions soit faite ou non à la JVM ne change pas le fait qu'il ne peut y avoir de transfert d'un bien qui n'existe pas et, par conséquent, l'arrêt *Kieboom* ne saurait être invoqué afin de rendre applicable cette disposition à un tel cas[16].

Finalement, l'ARC a également précisé que, selon l'article 1285 C.c.Q., une renonciation à un droit de bénéficiaire dans une fiducie n'est possible que si la personne est effectivement bénéficiaire au moment de la renonciation. En d'autres mots, une personne ne peut renoncer à la simple éventualité qu'elle devienne bénéficiaire d'une fiducie, comme il avait déjà été établi dans une interprétation technique datant de 2003[17]. Cette précision a été apportée, car, bien que l'ARC soit d'avis que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas à la présente situation, il avait déjà été argumenté qu'une renonciation au capital de la fiducie permettrait de rendre inapplicable le paragraphe 75(2) L.I.R.

1.4. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2007-0240421C6[18]

Récemment, l'ARC a eu à réviser sa position concernant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. lorsqu'une personne fait un prêt à la fiducie dont elle est bénéficiaire. En fait, l'ARC a eu à reconsidérer sa position à la suite de l'affaire *Howson* c. *La Reine*[19]. Dans cette affaire, un ami de la

---

14 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0218501E5, 9 mars 2007.

15 [1992] 2 C.T.C. 59; 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.) (ci-après « *Kieboom* »).

16 Voir également Marc JOLIN, « Une pièce en quatre actes : Paragraphe 75(2) L.I.R. et actions souscrites par une fiducie dont la société est elle-même bénéficiaire », dans *Colloque – Fiducies, protection d'actifs et placements insaisissables*, 168, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 6:2-13.

17 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0162985, 18 juillet 2003.

18 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0240421C6, 8 juin 2007.

19 [2006] C.C.I. 644 (ci-après « *Howson* »).

contribuable était le constituant de la fiducie familiale dont M^me^ Howson, son conjoint et ses descendants étaient bénéficiaires. Des fonds avaient été transférés à la fiducie par M^me^ Howson et du revenu s'était accumulé dans la fiducie sur ces fonds ainsi transférés. Le ministère prétendait que le transfert des fonds ne constituait pas un prêt et, par conséquent, le paragraphe 75(2) L.I.R. devait s'appliquer afin d'attribuer le revenu généré par ces sommes à M^me^ Howson. Le ministère prétendait que, puisqu'il n'y avait pas de sûreté et d'intérêts payables, il ne pouvait s'agir d'un prêt. Le ministère avait toutefois convenu que, s'il s'agissait d'un prêt, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas. Cependant, le tribunal a jugé qu'un prêt n'a pas à porter intérêt et qu'une garantie n'a pas à être fournie afin de constituer un contrat de prêt. En l'espèce, selon la preuve établie, il y avait véritablement un prêt et la règle d'attribution prévue au paragraphe 75(2) L.I.R. ne pouvait trouver application. La Cour canadienne de l'impôt a à juste titre précisé que le droit de retour en faveur du créancier n'était pas un droit prévu en vertu de la convention de fiducie, mais bien en vertu des termes de la convention de prêt, et, par conséquent, le paragraphe 75(2) L.I.R. était inapplicable.

Or, dans le *Bulletin d'interprétation* IT-369R[20], il est mentionné que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique aux prêts. Ainsi, à la suite de cette décision, lors d'une table ronde tenue le 8 juin 2007[21], l'ARC a mentionné qu'elle était prête à réviser sa position concernant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à des prêts. L'ARC a reconnu et accepté les conclusions de l'affaire *Howson* mais a précisé que d'autres règles d'attribution telles que les paragraphes 56(4.1) et 74.1(1) à (3) L.I.R. pourraient s'appliquer. Il est donc à prévoir que le *Bulletin d'interprétation* IT-369R sera révisé sous peu.

2. JURISPRUDENCE RÉCENTE À LA SUITE DE L'ARRÊT *THIBAULT*

En vertu de l'article 2644 C.c.Q., tous les biens contenus au patrimoine d'une personne constituent le gage commun de ses créanciers. Ainsi, la règle générale est qu'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») est saisissable, à moins que le régime ne respecte certaines dispositions législatives octroyant l'insaisissabilité. L'insaisissabilité ne résulte donc pas de l'unique volonté des parties puisque seule la loi peut accorder une telle protection[22]. En conséquence, les sommes déposées dans les REÉR auxquels

---

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 8, par. 1.

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18.

22 Art. 2645 C.c.Q. et *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »), art. 553.

le contribuable adhère volontairement, et qui ne sont pas créés par une loi ni enregistrés selon la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[23], sont saisissables. Pour être opposable aux créanciers, le REÉR devra pouvoir être qualifié de rente (dans la mesure où la désignation de bénéficiaire respecte les règles prévues à l'article 2457 et 2458 C.c.Q.) ou de fiducie au sens du *Code civil du Québec*.

L'arrêt *Thibault* a bouclé la saga judiciaire sur l'insaisissabilité des REÉR commencée depuis l'arrêt *Croft (Syndic de)*[24], où le juge Frank Barakett de la Cour supérieure a déclaré que tous les REÉR contractés auprès de ces institutions n'étaient pas nécessairement des rentes véritables[25]. Pour qu'un REÉR soit considéré comme une rente, il doit y avoir un dessaisissement ou aliénation du capital en faveur du constituant de la rente. En l'absence d'un tel dessaisissement, le contrat sera qualifié de simple dépôt ou prêt d'argent avec intérêts.

Voici donc un compte rendu de trois décisions qui ont fait suite à cet arrêt, mais d'abord rappelons brièvement les faits et l'arrêt *Thibault*.

2.1. L'AFFAIRE *THIBAULT*

2.1.1. Les faits

En 1998, M. Thibault a souscrit à un régime d'épargne-retraite autogéré auprès de la Banque de la Nouvelle-Écosse (ci-après « Régime »). Le Régime auquel M. Thibault a adhéré était émis par la société de fiducie, ScotiaMcLeod Inc. (ci-après « Scotia »). Aux termes de son contrat, M. Thibault est désigné comme propriétaire inscrit, sa femme est désignée comme bénéficiaire révocable et l'on prévoit que Scotia détient les fonds à titre de mandataire et fiduciaire. Les dispositions du Régime comprenaient une stipulation selon laquelle les fonds versés étaient insaisissables. Le Régime prévoyait également que M. Thibault pouvait demander au fiduciaire de se faire verser la totalité ou une partie de l'actif du Régime avant l'échéance et qu'il donnerait au fiduciaire certaines instructions relatives aux placements.

---

23 L.R.Q., c. R-15.

24 [1998] R.J.Q. 1917 (C.S.).

25 Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

Le 5 août 1999, avant la date d'échéance du Régime, la Banque de Nouvelle-Écosse obtenait un bref de saisie contre Scotia visant les fonds que cette dernière détenait pour le compte de M. Thibault. Comme la défense soutenait que le régime d'épargne-retraite autogéré était insaisissable, il a été demandé à la Cour supérieure d'annuler la saisie. Le tribunal a donc eu à décider si les fonds versés dans un régime d'épargne-retraite autogéré étaient saisissables au Québec.

2.1.2. Décisions de première instance et de la Cour d'appel

Le 27 septembre 1999, la Cour supérieure rejette la demande d'annulation de la saisie. Le tribunal en vient à la conclusion que les fonds versés dans le Régime, même protégés, étaient saisissables.

La Cour d'appel du Québec confirme le jugement de première instance. Les juges majoritaires (Chamberland et Fish) soutiennent que les conditions nécessaires à la création d'une rente n'étaient pas remplies. Aux termes de sa dissidence, le juge Rothman considère que M. Thibault s'était défait de son capital; en conséquence, les fonds versés au Régime étaient insaisissables.

2.1.3. Décision de la Cour suprême du Canada

2.1.3.1. Le Régime constituait-il une rente insaisissable?

En vertu du *Code civil du Québec*[26], le contrat de rente comporte cinq éléments, soit a) un débiteur, b) un rentier, c) une aliénation de capital, d) une obligation de payer et e) la mention d'un montant périodique déterminé dans le temps.

Conformément à son analyse de la demande d'adhésion au Régime et du Régime lui-même, le tribunal en vient à conclure que la propriété des fonds n'a pas été transférée et que M. Thibault en a conservé l'entière maîtrise. Ce n'est qu'à la date d'échéance, alors que l'actif passe sous le contrôle de Scotia, que la rente est constituée. En conséquence, les fonds détenus par Scotia sont saisissables puisqu'il n'y a pas aliénation du capital.

---

[26] Art. 2367 C.c.Q.

2.1.3.2. Le Régime constituait-il une fiducie insaisissable?

La constitution d'une fiducie nécessite le respect de trois conditions : i) un transfert de bien du patrimoine du constituant à un autre patrimoine, ii) l'affectation du bien transféré à une fin particulière et iii) l'acceptation par un fiduciaire de l'obligation de retenir ce bien et de l'administrer.

Le tribunal répond par la négative à chacune de ces conditions :

- En ce qui concerne la première condition, il n'y a eu aucun transfert de biens en faveur d'un patrimoine d'affectation, car M. Thibault pouvait retirer son actif en tout temps jusqu'à l'échéance du Régime.

- En ce qui concerne la deuxième condition, le tribunal conclut qu'avant la date d'échéance du Régime il n'y a eu aucune affectation des fonds à une fin particulière.

- En ce qui concerne la troisième condition, elle n'est pas remplie, et ce, en raison du fait que les directives reliées aux investissements provenaient de M. Thibault.

La Cour suprême a ensuite déterminé que le détenteur des sommes d'argent n'était fiduciaire que de façon nominale. À ce titre, malgré l'utilisation des mots « fiducie » et « fiduciaire » au contrat, le REÉR auquel M. Thibault a adhéré ne pouvait constituer une fiducie réelle puisque les actifs n'ont pas été transférés avant l'échéance du Régime. L'argument voulant que le Régime constitue une fiducie serait donc dicté par des considérations d'opportunité et non par la structure même du Régime.

2.1.3.3. Le législateur québécois a-t-il démontré l'intention de rendre tous les REÉR insaisissables?

Le législateur québécois n'a pas démontré son intention de rendre tous les REÉR insaisissables. L'article 187 de la *Loi modifiant la* Loi sur les assurances *et d'autres dispositions législatives*[27], entrée en vigueur le 19 décembre 2002, n'a pas modifié les règles sur l'insaisissabilité en général.

L'article 187 L.M.L.A. édicte ceci :

---

[27] L.Q. 2002, c. 70 (ci-après « L.M.L.A. »).

> « **187.** Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 178 de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (L.R.Q., chapitre S-29.01) ou après d'un assureur.
>
> Cet article est déclaratoire, mais il ne porte pas atteinte aux droits des parties dans les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002. Cependant, les assureurs et les sociétés de fiducie qui ont conclu un contrat de rente comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital doivent indemniser le contractant, ou selon le cas, le crédirentier, le titulaire ou le bénéficiaire de ce contrat, sur demande, pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies. »

Il n'en est ressorti par ailleurs aucune intention de la part du législateur de modifier la protection dont bénéficient les REÉR. Pour être en mesure de déterminer le caractère saisissable ou non de l'actif contenu dans un REÉR, il faut se référer au cadre nature juridique dans lequel l'adhérent y aura souscrit.

2.1.3.4. Quelle est l'application, s'il y a lieu, des dispositions de la *Loi modifiant la* Loi sur les assurances *et d'autres dispositions législatives*[28]?

Ainsi, le législateur précise le droit à l'égard d'une faculté de retrait total ou partiel en précisant que, malgré l'existence de telles clauses, ces contrats qui en contiennent constituent des contrats de rente et, par voie de conséquence, bénéficient de l'insaisissabilité. L'effet du retrait total a déjà été analysé dans l'arrêt *Les Coopérants* c. *Raymond Chabot Fafard Gagnon*[29]. Ainsi, la jurisprudence indique que mettre un terme à un contrat n'en change pas la nature. L'article 187 L.M.L.A. dissipe donc toute ambiguïté quant à l'incidence d'un retrait partiel du capital déjà investi dans un contrat de rente. Toutefois, ces amendements apportés n'ont pas changé la règle exigeant une aliénation de capital, c'est-à-dire l'absence de maîtrise, en tant que condition *sine qua non* à la constitution du contrat de rente[30].

---

28 *Id*.

29 [1994] R.L. 268 (C.A.).

30 Ces questions ont fait l'objet de précisions par le législateur dans le Projet de loi 136 : *Loi modifiant la* Loi sur les assurances *et la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.Q. 2005 c. 51 (en vigueur le 1er mars 2006).

À la suite de l'arrêt *Thibault*, quelques décisions des tribunaux québécois ont été rendues concernant la qualification de certains contrats. Il s'agit notamment des affaires *Pierre Roy et Associés Inc.* c. *Bagnoud*[31], *Fonds Norbourg Placements équilibrés (Liquidation de)*[32] et *Neault (Syndic de)*[33].

2.2. L'AFFAIRE *BAGNOUD*

Dans cette affaire, la Cour d'appel du Québec a été favorable à la reconnaissance de l'existence d'une fiducie dans le contexte d'un REÉR immobilisé, et ce, malgré le pouvoir du détenteur de faire certains choix quant au mode de gestion des placements. La Cour d'appel a atténué quelque peu la rigueur de l'approche de la Cour suprême dans l'arrêt *Thibault*.

2.2.1. Les faits

En juillet 1998, à la suite d'un changement d'emploi, l'intimée a demandé le transfert de la totalité des fonds accumulés dans son régime de pension agréé (ci-après « RPA ») chez son ancien employeur, vers un REÉR géré par le mis en cause, Les Services Investors Ltée (ci-après « Investors »). L'intimée a signé deux documents, « Fiducie d'épargne-retraite » et « Addenda », pour officialiser le transfert. Dans la convention de fiducie, il était notamment prévu que le fiduciaire devait garder les cotisations et les revenus de placement jusqu'à l'échéance du régime, que l'actif ne pouvait être cédé ni retiré (sauf en conformité avec les lois applicables), que le fiduciaire, à la demande du souscripteur, placerait les cotisations dans les placements admissibles prévus à la loi et que le fiduciaire pouvait modifier à son gré le régime. En 2001, quelques mois avant de faire cession de ses biens, M^me^ Bagnoud a nommé son conjoint de fait à titre de bénéficiaire révocable en cas de décès. Le syndic, chargé de l'administration de l'actif, a réclamé le versement des fonds visés, mais le fiduciaire lui a opposé un refus, alléguant qu'il s'agissait d'un bien insaisissable.

---

31 [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.) (ci-après « *Bagnoud* »).

32 C.A. Montréal, n^o^ 500-09-017020-066, 9 août 2007, jj. Brossard, Nuss, Rochon; 2007 QCCA 1076 (ci-après « *Norbourg* »).

33 C.S. Arthabaska, n^o^ 415-11-001038-055, 15 janvier 2007, j. Richard; 2007 QCCS 54 (ci-après « *Neault* »).

2.2.2. Questions en litige

La Cour devait répondre aux deux questions suivantes :

1) Le REÉR établi par l'intimée avant la cession de ses biens se qualifie-t-il comme une rente ou une fiducie?

2) Si le régime en question se qualifie comme une rente ou une fiducie, le syndic chargé de l'administration de l'actif peut-il saisir les fonds?

2.2.3. Décision de la Cour supérieure

La Cour supérieure a conclu qu'il y a eu une aliénation du montant reçu du RPA afin de constituer une rente, contrairement à l'affaire *Thibault*. Le tribunal précise également que l'article 2367 C.c.Q. ne vise pas expressément une aliénation permanente comme le prévoyait l'article 1787 du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après « C.c.B.C. »)[34]. Le tribunal se concentre ensuite sur la saisissabilité de la rente lorsque le bénéficiaire désigné, mais révocable, est le conjoint de fait[35]. Enfin, la Cour supérieure conclut que la référence au mot « conjoint » à l'article 2457 C.c.Q. implique la notion de conjoint de fait en vertu du droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*[36]. Toutefois, il est à noter que l'article 2457 C.c.Q. a été modifié en 2002 et la notion de conjoint a été remplacée par « l'époux ou le conjoint uni civilement »[37]. Il serait maintenant difficile de prétendre que cet article vise également le conjoint de fait. Somme toute, la requête du syndic est rejetée et le REÉR est déclaré insaisissable.

2.2.4. Décision de la Cour d'appel

Le tribunal rejette l'appel et conclut que le REÉR est insaisissable mais pour des motifs différents de ceux de la Cour supérieure. En effet, la Cour d'appel qualifie le REÉR de fiducie, donc insaisissable.

---

34 Il convient de préciser ici que la Cour suprême a établi que l'article 1787 C.c.B.C. n'utilisait pas le mot « aliénation » comme le fait l'article 2367 C.c.Q. et que l'acte d'aliénation a, en droit civil, une portée bien précise et incorpore la notion de permanence : affaire *Thibault*, précité, note 3, par. 24.

35 Art. 2457 et 2458 C.c.Q.

36 L.R.Q., c. C-12 et mod.

37 *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 57.

Après analyse des éléments constitutifs du contrat de rente tels qu'ils ont été énumérés dans l'arrêt *Thibault*[38], la Cour d'appel a d'abord conclu que le régime *Bagnoud* ne pouvait constituer une rente, contrairement à ce qui avait été décidé en première instance. Il ne s'agit pas d'une rente, car ce n'est qu'à l'échéance du REÉR qu'il y aura une liquidation de l'actif en vue de constituer une rente. Il n'y a pas encore un débirentier, ni une obligation de payer une rente, ni encore moins une périodicité de paiement. Le tribunal n'a donc pas à se prononcer sur la notion de « conjoint » prévu à l'article 2457 C.c.Q.

Dans les faits, il s'agissait plutôt d'une fiducie aux termes de l'article 1260 C.c.Q. Ainsi, les trois conditions nécessaires à l'établissement d'une fiducie ont été respectées :

i) un transfert de bien du patrimoine du constituant à un autre patrimoine;

ii) l'affectation du bien transféré à une fin particulière;

iii) l'acceptation par un fiduciaire de l'obligation de retenir ce bien et de l'administrer.

En effet, la preuve a établi que le capital de 68 000 $ transféré a cessé de faire partie du patrimoine de M^me^ Bagnoud, car il a été transféré à un patrimoine distinct[39]. La première condition est donc remplie. Quant à la deuxième condition, l'affectation du capital est manifestement à une fin particulière, à savoir l'achat d'une rente ou d'un autre véhicule assurant une sécurité à la retraite. Finalement, selon la Cour d'appel, la prérogative de donner ses instructions en matière d'investissements ne remet pas en cause le fait que le fiduciaire assure le contrôle et l'administration de la fiducie, car il se limite à indiquer des préférences parmi les véhicules d'investissement proposés par le fiduciaire[40]. Le véritable choix est fait par le fiduciaire. Pour toutes ces raisons, il y a eu constitution d'une fiducie et le capital ne fait donc plus partie du patrimoine de l'intimée, le régime est donc insaisissable.

---

38 Ces éléments sont analysés par Jean-François MICHAUD, « L'insaisissabilité de certains contrats émis par des assureurs : une mise à jour », *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 135-141.

39 Art. 1261 C.c.Q.

40 Voir art. 1278 C.c.Q. et John B. CLAXTON, « The Quebec R.R.S.P. and Bank of Nova Scotia v. Thibault », (2003), 63 *Revue du Barreau* 255-286, p. 274.

2.3. L'AFFAIRE *NORBOURG*[41]

2.3.1. Les faits

Il existait 29 fonds de placement Norbourg, distingués par la nature des placements qu'ils contenaient et tenus par la compagnie Northern Trust. Ces fonds étaient constitués en fiducies, certaines relevant du droit ontarien, les autres du droit québécois.

Le liquidateur ayant procédé à la vente des actifs de Norbourg, il s'est ensuite adressé à la Cour supérieure pour obtenir des directives concernant la façon de distribuer ces actifs aux différents investisseurs. En effet, le déficit constaté n'était pas le même en fonction du fonds d'investissement concerné.

Deux méthodes étaient alors envisageables. La première était la méthode de distribution fonds par fonds. Elle consistait à remettre la valeur réelle de leurs actifs à chaque investisseur, au prorata des unités détenues par chacun d'entre eux dans chacun des fonds. Ce type de distribution impliquait une perte moyenne très importante pour la majorité des investisseurs, mais réduite pour une minorité d'entre eux.

La deuxième méthode, la méthode de distribution globale, consistait à mettre tous les actifs détenus par Northern Trust en commun, et à les distribuer à l'ensemble des investisseurs au prorata de leur créance, sans égard pour leur choix d'investissement. Une telle méthode impliquait alors une perte importante, mais plus faible pour la majorité des investisseurs que dans le cas de l'application de la méthode de distribution par fonds. Cette perte était en outre égale pour tous les investisseurs, qui ne dépendent pas des choix d'investissements effectués parmi les options offertes par Norbourg.

2.3.2. Jugement de la Cour supérieure

Au nom de la Cour supérieure, le juge Robert Mongeon se prononça en faveur de la méthode de distribution par fonds. Son raisonnement était le suivant.

---

41 Précité, note 32. Cette section est une adaptation du texte de la conférence présentée par M^e^ Guy P. MARTEL, avocat chez Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l. Avocats devant l'Association du Barreau canadien, intitulée « Troisième conférence pancanadienne sur la faillite et l'insolvabilité », 6 et 7 septembre 2007.

Tout d'abord, ce n'était pas la structure fiduciaire qui était frauduleuse, mais les opérations d'achat et de vente des unités ayant été falsifiées. Chaque fonds ayant été légalement constitué, dans un but licite, il ne saurait donc être question d'annuler les structures juridiques des fonds sur la seule base de la maxime *Fraus omnia corrumpit*. Cette maxime aurait pu s'appliquer si certains clients, ou certains des fonds, avaient profité des actes frauduleux malgré eux. Or, ce n'était pas le cas en l'espèce, puisque l'origine et l'utilisation des sommes investies pouvaient être retrouvées.

Ensuite, quant à l'argument de l'arbitraire de la fraude, le juge Mongeon relève que le traçage des sommes est toujours réalisable, bien que Lacroix ait réussi à dilapider certains fonds plus facilement que d'autres. Il conclut à cet égard que ce n'est que dans l'hypothèse où tout l'argent des investisseurs aurait été versé et confondu dans un seul fonds, et sans qu'il soit possible de retrouver les investissements de chacun, que l'argument de l'arbitraire aurait pu être considéré. Or, en l'espèce, il n'y a eu aucune transaction irrégulière dont l'effet aurait été de créditer à certains fonds des sommes provenant d'autres fonds.

Enfin, le même argument est opposé à la théorie du patrimoine indivis : les opérations ayant été suffisamment documentées, les patrimoines distincts et légalement constitués doivent être respectés.

Avant de conclure sur le sujet, le juge Mongeon relève que la même solution devrait s'appliquer en common law et en droit civil québécois.

En ce qui concerne les fiducies du droit civil québécois, le juge Mongeon se réfère d'abord à l'article 1260 C.c.Q. pour en rappeler les trois conditions d'existence :

i) le constituant transfère son patrimoine à un autre patrimoine;

ii) les biens transférés sont affectés à une fin particulière; et

iii) un fiduciaire s'oblige à administrer les biens transférés.

Ces conditions ayant été réunies en l'espèce, les fonds Norbourg sont des fiducies validement constituées. En vertu de l'article 1297 C.c.Q., le patrimoine d'affectation de chacune de ces fiducies ne peut être distribué qu'à ceux qui y ont droit, c'est-à-dire chacun des clients-investisseurs, dans la proportion de la part qui leur revient.

Ainsi, le juge a donné priorité à la méthode de distribution par fonds.

2.3.3. Décision de la Cour d'appel

Le panel chargé de l'appel de cette décision était composé des juges André Brossard, André Rochon, et Joseph Nuss. Sous la plume du juge Brossard, ils confirmèrent à l'unanimité le jugement du juge Mongeon, sur deux motifs principaux.

Le premier de ces motifs était la traçabilité même des sommes investies par les victimes de la fraude au sein des fonds Norbourg. Selon la Cour d'appel :

> « [69] […] Le fait que le numéraire de tous les clients a été versé dans un même compte en fidéicommis n'est pas déterminant puisque l'identité des clients-investisseurs, le montant versé et le nombre d'unités achetées par chacun sont connus et bien enregistrés. »

Cela permet au tribunal de distinguer l'espèce des arrêts cités au soutien de la position de l'*amicus curiæ* qui avait fait appel du jugement de première instance. Ainsi, dans l'affaire *In re: Major Trust Co.*[42], il était impossible d'établir d'une quelconque manière les sommes déposées par les clients dans un compte unique en vue d'acheter des certificats de placement garantis qui, dans les faits, n'étaient jamais émis avant que les fonds soient subtilisés. De même, dans l'affaire *Law Society of Upper Canada* c. *Toronto Dominion Bank*[43], il s'agissait de sommes déposées par une multitude de clients dans le compte en fidéicommis d'un avocat, et duquel l'avocat avait effectué des retraits à ses fins personnelles. Il était impossible de déterminer ces sommes après leur dépôt.

Les trois juges s'attardèrent plus longtemps sur l'affaire *British Columbia* c. *Henfrey Samson Belair Ltd.*[44], où il s'agissait de la confusion, dans un seul et même compte global en fidéicommis, du numéraire perçu par un commerçant comme fiduciaire du gouvernement, en matière de taxes, et du numéraire appartenant en pleine propriété au commerçant. La juge en chef McLachlin, de la Cour suprême, affirma que l'article 18 de la *Social Service Tax Act*[45] créait une fiducie légale en faveur du gouvernement, pour les sommes perçues en son nom par les commerçants. Bien que ces sommes

---

42 (1972) 33 D.L.R. (3e) 481.

43 (1998) Carswell Ontario 4757-116 (C.A. Ont.), 24.

44 [1989] 2 R.C.S. 24 (ci-après « *Henfrey Samson Belair* »).

45 R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 18 (ci-après « S.S.T.A. »).

fussent mêlées aux recettes du commerçant dans son compte en banque, il était possible d'en établir la teneur en vertu de la fiducie créée par la loi.

L'appelant s'était appuyé sur cet arrêt pour relever qu'en l'espèce aucune fiducie légale ne venait remédier à la confusion des sommes au sein du compte en fidéicommis de Northern Trust. La méthode de distribution globale devait donc, selon lui, s'appliquer.

Le tribunal réfuta cet argument en affirmant que les livres et registres comptables et de transferts qui, en l'espèce, empêchaient toute confusion du numéraire et permettaient l'identification et le retraçage des sommes et des transactions valaient autant que la simple fiction légale résultant de l'article 18(1)b) S.S.T.A. dans l'affaire *Henfrey Samson Belair.*

Le second motif retenu par la Cour d'appel pour confirmer le jugement de première instance tient au moment auquel la fraude avait lieu, soit après la revente des unités. Le résultat des ventes était déposé au compte en fidéicommis de Northern Trust, et c'est alors que s'opérait la fraude, soit par le biais d'un rachat fictif d'unités, soit en plaçant ces sommes dans des actifs de moindre valeur, puis en ordonnant le transfert des sommes au compte de l'une des nombreuses filiales de Norbourg.

Cette façon de procéder avait pour résultat que la perte était subie fonds par fonds. Elle était donc dûment enregistrée et débitée à ce fonds particulier, au détriment d'un investisseur donné. Chaque fonds était ainsi vidé de ses actifs, alors que le nombre d'unités ou de parts enregistrées ne bougeait pas. Ce que l'investisseur perdait n'était donc pas le numéraire investi, mais la valeur de l'unité dont il était toujours propriétaire.

Et la Cour d'appel de conclure ceci : « La perte totale, qu'il ne faut pas confondre avec le numéraire dont se seraient illégalement et irrégulièrement approprié les auteurs de la fraude, a elle-même été identifiée et débitée, Fonds par Fonds[46]. »

Ainsi, cette décision rappelle qu'une fiducie est un patrimoine autonome et distinct et que seuls les bénéficiaires de cette fiducie, sauf rares exceptions, ont droit aux biens de la fiducie.

---

[46] *Norbourg*, précité, note 32, par. 85.

2.4. L'AFFAIRE *NEAULT*[47]

Dans cette affaire, il s'agissait d'une requête en revendication de la compagnie d'assurances requérante qui aurait versé par erreur au syndic le montant correspondant au rachat du capital d'un contrat de rente. La question tournait autour de l'insaisissabilité ou non du contrat de rente dont bénéficiait le failli, M. Neault, et sa conjointe.

2.4.1. Les faits

Le 31 août 2004, M. Neault adhère à un contrat de rente individuelle auprès de la compagnie d'assurances Industrielle Alliance, assurance et services financiers Inc. M. Neault y désigne son épouse comme bénéficiaire révocable. Le 19 septembre 2005, M. Neault fait cession de ses biens. Le syndic s'adresse à la compagnie d'assurances en demandant qu'on lui remette le REÉR de M. Neault. Le croyant divorcé à tort, la requérante acquiesce et remet les sommes au syndic. Après avoir réalisé son erreur, la requérante demande au syndic de lui rembourser des sommes versées par mégarde. Le syndic refuse et allègue que le capital du contrat de rente est saisissable en se fondant sur les préceptes de l'arrêt *Thibault.*

2.4.2. Question en litige

Le contrat de rente avec la mention de l'épouse comme bénéficiaire est-il saisissable ou insaisissable?

2.4.3. Décision

Le tribunal conclut qu'il s'agit en l'espèce d'un contrat de rente dont la bénéficiaire désignée, même si révocable, est l'épouse du failli. C'est au chapitre « Des assurances » du *Code civil du Québec*[48] que l'on stipule l'insaisissabilité des droits conférés par le contrat de rente. Ainsi, en vertu de l'article 2457 C.c.Q., lorsque le bénéficiaire désigné au contrat est l'époux (et ce, peut importe s'il est fait mention de bénéficiaire « irrévocable » ou non), les droits du contrat sont insaisissables tant que le bénéficiaire n'a pas touché la somme assurée.

---

47 Précité, note 33.

48 Plus particulièrement aux articles 2393, 2457 et 2458 C.c.Q.

Par l'adoption du Projet de loi 136[49], le législateur a décidé que, nonobstant les lacunes décelées dans le contrat de rente, tout contrat conclu avec une compagnie d'assurances[50] antérieurement au 1er mars 2006, offert à un cocontractant à titre de contrat de rente, le demeurait. Le contrat en l'espèce est bel et bien constitué avant cette date charnière. La requérante a de bonnes raisons pour soutenir que les droits du contrat étaient insaisissables et pour en demander le remboursement au syndic.

3. MODIFICATIONS PROPOSÉES AU PARAGRAPHE 248(3) L.I.R.[51]

Avec l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, la venue des arrêts *Thibault* et *Bagnoud* et de l'introduction au fédéral des articles 8.1 et 8.2 à la *Loi d'interprétation*[52], qui accorde préséance au droit privé de la province du contribuable pour définir les concepts juridiques non déjà définis par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, nul ne saurait s'étonner du fait que les conditions de création d'une fiducie fassent l'objet d'analyse et de discussions et que le paragraphe 248(3) L.I.R. ait été mis sous la loupe du législateur.

C'est donc dans un contexte marqué par l'ambivalence, où tribunaux, théoriciens et praticiens ont peine à se concerter afin d'en arriver à une position commune, que le législateur tente de clarifier la situation en proposant une modification au paragraphe 248(3) L.I.R.

Actuellement, les alinéas 248(3)a), b), c) et d) L.I.R. prévoient ceci :

> « (3) La présente Loi s'applique dans la province de Québec en conformité avec les règles suivantes :
>
> *a*) un usufruit est réputé être une fiducie – créée par testament lorsque l'usufruit a ainsi été créé – et les biens sujets à l'usufruit sont réputés avoir été transférés à la fiducie – par suite du décès du testateur le cas échéant – et être détenus en fiducie et non autrement;

---

49 Précité, note 30.

50 Il importe de rappeler que, dans l'affaire *Thibault*, le contrat avait été émis par une compagnie de fiducie, non par une compagnie d'assurances.

51 Pour une analyse complète des répercussions concernant les modifications proposées, voir : Diane BRUNEAU, « Réflexions sur le nouvel alinéa 248(3)d) L.I.R. et les véhicules de placement », dans *Colloque – Fiducies, protection d'actifs et placements insaisissables*, 168, Montréal, Association de planification financière et fiscale, 2007, pp. 3:1-19.

52 L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

b) un droit d'usage ou d'habitation est réputé être une fiducie – créée par testament lorsque le droit a ainsi été créé – et les biens sujets à un tel droit sont réputés avoir été transférés à la fiducie – par suite du décès du testateur le cas échéant – et être détenus en fiducie et non autrement;

c) une substitution est réputée être une fiducie – créée par testament lorsque la substitution a ainsi été créée – et les biens sujets à la substitution sont réputés avoir été transférés à la fiducie – par suite du décès du testateur le cas échéant – et être détenus en fiducie et non autrement;

d) un arrangement est réputé être une fiducie et les biens sujets à des droits et des obligations prévus par un arrangement, sauf une fiducie, détenus en fiducie et non autrement, si l'arrangement :

i) d'une part, découle d'un contrat écrit régi par la législation de la province de Québec et qui prévoit que l'arrangement est considéré comme une fiducie pour l'application de la présente Loi,

ii) d'autre part, crée des droits et des obligations qui sont sensiblement les mêmes que ceux découlant d'une fiducie, déterminés compte non tenu du présent paragraphe; »

Ainsi, selon les alinéas 248(3)a) à c) L.I.R., un usufruit, un droit d'usage ou d'habitation et une substitution sont réputés être une fiducie. L'alinéa 248(3)d) L.I.R. répute quant à lui un arrangement qui s'apparente à une fiducie à titre de fiducie au point de vue fiscal. Cette disposition, entrée en vigueur avant le *Code civil du Québec*, permettait de conforter les épargnants québécois. De fait, leur REÉR était valide au niveau fiscal, à condition bien entendu de s'apparenter à une fiducie de common law. Pour reprendre le terme utilisé par Diane Bruneau, le REÉR pouvait donc être une « simili-fiducie » au point de vue civil, mais être une fiducie au point de vue fiscal.

Le Projet de loi C-33[53], qui a été adopté par la Chambre des communes le 15 juin 2007, propose de modifier le paragraphe 248(3) L.I.R. Les règles énoncées aux alinéas 248(3)a) à c) L.I.R. seront regroupées à l'alinéa 248(3)a) L.I.R. et les alinéas 248(3)b) et c) L.I.R. traiteront de la présomption de validité d'une « simili-fiducie ». Précisément, voici le texte des alinéas 248(3)a), b) et c) L.I.R.

---

53 CANADA, ministère des Finances, *Loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, Projet de loi C-33, 39e Législature, 1re lecture le 22 novembre 2006, adopté par la Chambre des communes le 15 juin 2007.

« (3) Les règles ci-après s'appliquent dans le cadre de la présente loi.

a) si un bien est sujet, à un moment donné, à un usufruit, à un droit d'usage ou d'habitation ou à une substitution, les règles suivantes s'appliquent :

(i) l'usufruit, le droit d'usage ou d'habitation ou la substitution, selon le cas, est réputé, à ce moment :

(A) être une fiducie,

(B) être une fiducie créée par testament, si l'usufruit, le droit d'usage ou d'habitation ou la substitution, selon le cas, a ainsi été créé,

(ii) le bien est réputé :

(A) si l'usufruit, le droit d'usage ou d'habitation ou la substitution, selon le cas, est créé par suite du décès du testateur, avoir été transféré à la fiducie au décès du testateur et par suite de ce décès et non autrement,

(B) si l'usufruit, le droit d'usage ou d'habitation ou la substitution, selon le cas, est créé autrement, avoir été transféré, au premier moment où il est devenu sujet à l'usufruit, au droit d'usage ou d'habitation ou à la substitution, selon le cas, à la fiducie par la personne ayant consenti l'usufruit, le droit d'usage ou d'habitation ou la substitution,

(iii) le bien est réputé, tout au long de la période où il est sujet à l'usufruit, au droit d'usage ou d'habitation ou à la substitution, selon le cas, être détenu par la fiducie et non autrement;

b) un arrangement, sauf une société de personnes, un arrangement visé à l'alinéa c) ou un arrangement qui est une fiducie compte non tenu du présent alinéa, est réputé être une fiducie et les biens sujets à des droits et des obligations prévus par l'arrangement sont réputés, si l'arrangement est réputé par le présent alinéa être une fiducie, être détenus en fiducie et non autrement, dans le cas où l'arrangement :

i) d'une part, est établi avant le 31 octobre 2003 en vertu d'un contrat écrit qui, à la fois :

A) est régi par le droit de la province de Québec,

B) prévoit que l'arrangement est considéré comme une fiducie pour l'application de la présente loi,

ii) d'autre part, crée des droits et des obligations qui sont sensiblement les mêmes que ceux découlant d'une fiducie compte non tenu du présent paragraphe;

c) un arrangement, sauf celui qui est une fiducie compte non tenu du présent alinéa, est réputé être une fiducie et les biens sujets à des droits et des obligations prévus par l'arrangement sont réputés, si l'arrangement est réputé par le présent alinéa être une fiducie, être détenus en fiducie et non autrement, dans le cas où l'arrangement, à la fois :

i) est établi avant 2010,

ii) est établi en vertu d'un contrat écrit qui est régi par le droit de la province de Québec,

iii) est conclu entre un particulier et une société titulaire d'une licence ou par ailleurs autorisée par la législation fédérale ou provinciale à exploiter au Canada une entreprise consistant à offrir au public des services de fiduciaire,

(iv) est établi en conformité avec un modèle de régime ou de fonds qui, à la fois

(A) est présenté à titre de déclaration de fiducie ou prévoit que l'arrangement est considéré comme une fiducie pour l'application de la présente loi,

(B) est approuvé par le ministre pour l'application des articles 146 ou 146.3 de cette loi; »

Fait intéressant à noter, tel qu'il est libellé actuellement, le projet de loi a éliminé le paragraphe introductif qui précise que la « présente loi s'applique dans la province de Québec en conformité avec les règles suivantes ». On pourrait ainsi penser que, puisque le nouvel alinéa a) ne précise pas que l'usufruit, l'usage ou la substitution est celui établi selon le *Code civil du Québec*, cette disposition pourrait s'appliquer à ces institutions régies par d'autres juridictions. Toutefois, les notes explicatives semblent limiter la portée de cette disposition au Québec. Une précision à cet égard serait souhaitable.

Également, il convient de souligner que, dans la version précédente du projet de loi, un alinéa prévoyait qu'une fondation serait aussi réputée être une fiducie. Les propositions législatives visaient à s'assurer que les règles applicables aux fiducies (incluant les règles prévues aux articles 94 à 94.4 L.I.R.) s'appliquaient également aux fondations. Pour une raison inconnue,

cette présomption a disparu du Projet de loi C-33 tel qu'il avait été libellé en date du 15 juin 2007.

En vertu de l'alinéa 248(3)b) L.I.R. proposé, pour les simili-fiducies créées avant le 31 octobre 2003, c'est le *statu quo*, à l'exception de la précision concernant les sociétés de personnes. Le contrat régi par le droit de la province de Québec écrit avant cette date continuera d'être traité à titre de fiducie aux fins fiscales s'il s'apparente à celle-ci et s'il est prévu que l'arrangement est considéré comme étant une fiducie.

Quant au nouvel alinéa 248(3)c) L.I.R. proposé, il s'appliquera à un arrangement qui ne constitue pas une fiducie valide sous le régime du droit québécois afin qu'il soit réputé être une fiducie et que les biens assujettis à des droits et des obligations prévus par cet arrangement soient réputés être détenus en fiducie et non autrement si les conditions mentionnées sont respectées[54]. Cela donne donc du confort pour les contrats régis par le droit québécois conclus au plus tard le 31 décembre 2009. Toutefois, les conditions diffèrent de celles prévues par le libellé actuel de l'alinéa 248(3)d) L.I.R. De façon plus précise, le nouvel alinéa 248(3)c) L.I.R. n'exigera pas que l'arrangement crée des droits et des obligations semblables à ceux qui découlent d'une fiducie, mais des conditions supplémentaires devront être respectées : i) il devra s'agir d'un arrangement entre un particulier et une société autorisée à offrir au public des services de fiduciaire et ii) l'arrangement devra être conforme à un modèle de régime ou de fonds approuvé par l'ARC. Selon les notes explicatives, cette disposition vise les arrangements qui sont vendus à titre de REÉR ou de fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR ») en fiducie, mais qui ne constituent pas des fiducies valides sous le régime de droit québécois, soit parce qu'ils ont été établis avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* ou soit parce que le statut de l'arrangement peut être remis en cause à la suite de l'arrêt *Thibault*.

Ainsi, avec le nouveau libellé proposé par le Projet de loi C-33, à compter de 2010, il n'y aura plus de présomption assurant la validité d'un arrangement au Québec qui s'apparente à une fiducie de common law. Finalement, il faut préciser que la présomption prévue à ce nouvel alinéa 248(3)c) L.I.R. ne visera que les fiducies régissant les REÉR et les FERR et, par conséquent, toutes les autres fiducies devront respecter les

---

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0133321E5, 7 janvier 2007.

règles édictées par le *Code civil du Québec*, et ce, dès l'entrée en vigueur de ces modifications.

CONCLUSION – RÉPERCUSSIONS SUR LA PRATIQUE

Des arrêts *Thibault*, *Bagnoud* et *Norbourg* on peut tirer les constats suivants en matière de rédaction des fiducies de placement.

Dans la mesure où le libellé de la convention fiduciaire fait état d'un véritable transfert à un patrimoine fiduciaire, il sera difficile de prétendre qu'il ne puisse s'agir d'une véritable fiducie, tant du point de vue civil que du point de vue fiscal.

Par ailleurs, si la convention permet au contribuant de maintenir le droit de donner des directives au fiduciaire quant au choix de placements, il est possible que cela soit perçu comme n'étant pas une aliénation véritable du capital, et donc qu'il ne s'agit pas d'une fiducie, avec toutes les répercussions qui en découlent.

Sous la plume de la juge Deschamps dans l'arrêt *Thibault*, la Cour suprême en est arrivée au constat suivant :

> « La flexibilité des régimes autogérés est attrayante pour les épargnants puisque ceux-ci peuvent jouir d'une grande latitude au niveau de la disposition de leur actif sous réserve des contraintes fiscales. Néanmoins, cette flexibilité a un prix puisque l'actif détenu en vertu d'un tel régime est saisissable[55]. »

À la lumière de l'arrêt *Bagnoud*, certaines nuances peuvent toutefois être apportées. La variété des véhicules d'investissement que revêtent les REÉR ne permet pas de tirer de constats fixes sur leur saisissabilité. La plus grande prudence est de mise avant de se prononcer sur l'insaisissabilité d'un REÉR. Même si les dispositions d'un régime semblent claires, il faut garder à l'esprit que les termes « protégé » ou « insaisissable » ne sont pas gage de protection contre l'appétit des créanciers frustrés par la faillite ou le dessaisissement patrimonial de leur débiteur. Quant à la qualification des REÉR et des FERR au niveau fiscal, les contribuables peuvent encore avoir un peu de confort avant 2010, mais il y a fort à parier que les compagnies d'investissement feront leurs devoirs d'ici là et qu'elles nous proposeront de nouveaux véhicules de placement dans les années à venir, du moins, en ce qui a trait aux contrats régis par la province de Québec.

---

55 Précité, note 3, 780.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE SUR LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT



Denis Lacroix
Notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 31:3

1. DÉCISION PORTANT SUR DES OPÉRATIONS TRANSFRONTALIÈRES ET LE CHALANDAGE DE CONVENTION FISCALE..... 31:3

1.1. L'AFFAIRE *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE* 31:3

2. DÉCISIONS PORTANT SUR LE DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS 31:6

2.1. L'AFFAIRE *MCMULLEN* C. *LA REINE*..... 31:6
2.2. L'AFFAIRE *COPTHORNE HOLDINGS LTD.* C. *LA REINE*..... 31:9

3. AUTRES DÉCISIONS 31:12

3.1. L'AFFAIRE *LIPSON* C. *LA REINE*..... 31:12
3.2. L'AFFAIRE *MACKAY* C. *LA REINE* 31:15

INTRODUCTION

Dans le cadre de ce texte, nous procéderons à une revue des jugements récents portant sur la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »). Au cours de la dernière année, il a été intéressant de constater que les principes d'interprétation de la RGAÉ énoncés dans les jugements rendus par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Mathew* c. *La Reine*[1] et *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada*[2] n'ont pas été systématiquement pris en considération par les tribunaux.

Il semble que la majorité des juges sont conscients des préceptes énoncés par la Cour suprême mais qu'ils n'en tiennent pas nécessairement compte de manière rigoureuse au moment de rédiger leurs motifs. Dans cette conjoncture, il peut être difficile pour les contribuables d'organiser leurs affaires commerciales en s'assurant de respecter les lois fiscales et leur esprit.

L'an dernier[3], nous constations que le courant jurisprudentiel portant sur la RGAÉ créait des incertitudes qui pouvaient avoir l'effet d'épée de Damoclès sur les contribuables et leurs conseillers fiscaux. Dans le cadre du présent texte, il est possible de constater qu'un an plus tard la situation ne semble pas trop avoir changé.

1. DÉCISION PORTANT SUR DES OPÉRATIONS TRANSFRONTALIÈRES ET LE CHALANDAGE DE CONVENTION FISCALE

1.1. L'AFFAIRE *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE*[4]

L'arrêt *MIL Investments*, rendu par la Cour d'appel fédérale, porte sur le chalandage fiscal (*treaty shopping*) et l'application de la RGAÉ dans un contexte de convention fiscale.

---

1 [2005] C.S.C. 55 (ci-après « *Mathew* »).

2 [2005] C.S.C. 54 (ci-après « *Hypothèques Trustco Canada* »).

3 Denis LACROIX, « Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 27:1-23.

4 [2006] 5 C.T.C. 2552 (C.C.I.) (ci-après « *MIL Investments* »).

Dans cette cause, le contribuable (ci-après « MIL Investments ») était originellement constitué aux îles Caïmans et avait pour actionnaire unique M. Boulle (ci-après « M. B »). MIL Investments possédait environ 29 % des actions de Diamond Field Resources Ltd. (ci-après « DFR »), qui exploitait une entreprise active dans le domaine de l'exploration minière. M. B, quant à lui, détenait personnellement environ 0,5 % des actions de DFR. En 1994, DFR découvre un important gisement minier qui propulse sa valeur en Bourse et elle profite de cette occasion pour procéder à plusieurs émissions d'actions portant la participation de MIL Investments dans DFR à 11,9 %. Par la suite, MIL Investments a roulé bon nombre de ses actions de DFR à Inco en vertu de l'article 85.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5], ce qui a porté sa participation directe dans DFR à 9,8 %.

En juillet 1995, MIL Investments abandonnait sa résidence des îles Caïmans et était continuée au Luxembourg.

Entre août 1995 et mai 1996, MIL Investments disposait des actions qu'elle possédait dans diverses entités. Toutefois, ce n'est que la transaction résultant d'une offre d'achat, par le biais de laquelle Inco proposait d'acheter toutes les actions émises et en circulation de DFR, qui a été contestée par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») en vertu de la RGAÉ. En effet, à la suite de cette proposition, MIL Investments a disposé de ses actions dans DFR et a réalisé un gain en capital de 425 853 942 $.

En vertu de l'article 13 de la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*[6], le gain en capital résultant de la disposition d'actions d'une société canadienne tirant principalement ses revenus d'immeubles situés au Canada par un résident du Luxembourg est imposable au Canada seulement si le contribuable détient, seul ou concurremment avec des personnes liées, 10 % ou plus de sa valeur. En l'occurrence, le fait d'avoir réduit la participation de MIL Investments dans DFR en deçà de 10 % avant la continuation de ses activités au Luxembourg lui a permis de bénéficier de la protection prévue par la Convention Canada – Luxembourg se rapportant au gain en capital réalisé lors de la disposition des actions d'une société canadienne.

---

5 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

6 L.C. 2000, c. 11 (Projet de loi S-23), Loi de 1999 pour la mise en œuvre de conventions fiscales, annexe (ci-après « Convention Canada – Luxembourg »).

Les principales questions en litige dans cette affaire consistaient à déterminer s'il y avait une opération d'évitement et si MIL Investments avait abusé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la Convention Canada – Luxembourg. En première instance, la Cour canadienne de l'impôt avait conclu que la RGAÉ ne s'appliquait pas parce que la vente ferme des actions de DFR à Inco ne faisait pas partie d'une série d'opérations comprenant également la continuation des activités de MIL Investments au Luxembourg. Par conséquent, il ne pouvait être présumé qu'une série d'opérations avait été mise en place pour bénéficier de l'exemption prévue à la Convention Canada – Luxembourg. Essentiellement, le juge Bell avait décidé que la réduction de la participation de MIL Investments dans Canco et sa continuation au Luxembourg constituaient des opérations qui faisaient partie d'une série à laquelle il était impossible de rattacher la vente ferme des actions de MIL Investments à Inco. En effet, à ces moments-là, aucune des parties n'entrevoyait l'acquisition de DFR par quiconque. Donc, nul ne pouvait prévoir que MIL Investments disposerait de toutes ses actions de la société d'exploration minière dans le cadre d'une prise d'acquisition hostile.

Le jugement de la Cour canadienne de l'impôt a été confirmé par la Cour d'appel fédérale. Dans des motifs succincts, le tribunal affirme qu'il lui est inutile d'examiner si la vente ferme des actions de DFR par MIL Investments constitue une opération d'évitement en vertu du paragraphe 245(3) L.I.R. étant donné que l'appel peut aisément être rejeté sur la seule base qu'il n'y a clairement pas eu d'abus à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou à la Convention Canada – Luxembourg. Selon le tribunal, il est clair que l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la Convention Canada – Luxembourg était d'exempter les non-résidents de l'impôt en matière de gain en capital :

> « 5 We do not have to answer that question as we are of the view that the appeal would fail in any event as we are unable to see in the specific provisions of the Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the Act) and the Tax Treaty to which we were referred, interpreted purposively and contextually, any support for the argument that the tax benefit obtained by the respondent was an abuse or misuse of the object and purpose of any of those dispositions.
>
> 6 It is clear that the Act intends to exempt non-residents from taxation on the gains from the disposition of treat (sic) exempt property. It is also clear that under the terms of the Tax Treaty, the respondent's stake in DFR was treaty exempt property. The appellant urged us to look behind this textual compliance with the relevant provisions to find an object or purpose whose abuse would

> justify our departure from the plain words of the disposition. We are unable to find such an object or purpose[7]. »

Enfin, le tribunal rejette l'argument selon lequel l'esprit de la Convention Canada – Luxembourg n'est pas de permettre la double non-imposition en affirmant que la portée de la RGAÉ doit se limiter aux incidences fiscales canadiennes abusives :

> « To the extent that the appellant argues that the Tax Treaty should not be interpreted so as to permit double non-taxation, the issue raised by GAAR is the incidence of Canadian taxation, not the foregoing of revenues by the Luxembourg fiscal authorities[8]. »

Il est désormais difficile d'entrevoir comment cette disposition pourrait permettre de nier les bénéfices d'une convention à un contribuable sous prétexte qu'il se serait relocalisé dans une juridiction uniquement pour en tirer avantage. Lorsqu'une personne physique ou morale décide de devenir résidente d'une juridiction, elle s'assujettit de ce fait aux lois de ce pays et aux traités internationaux qui lui sont applicables. Le seul fait de s'assujettir ainsi à un traité fiscal ne peut, en soi, être considéré comme un abus de celui-ci.

2. DÉCISIONS PORTANT SUR LE DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS

2.1. L'AFFAIRE *MCMULLEN* C. *LA REINE*[9]

Dans cette affaire, l'appelant, M. McMullen (ci-après « M »), détenait 50 % des actions de la société DeBruyn McMullen Entreprises Limited (ci-après « DMEL »), qui exploitait une entreprise de chauffage et d'air conditionné dans deux villes distinctes, Kingston et Belleville.

En raison du conflit qui régnait entre l'appelant et son unique coactionnaire (ci-après « D »), ainsi que des difficultés financières de l'entreprise, DMEL a été scindée en deux à la suite de plusieurs opérations :

- La conjointe de D, M^me^ D, constitue une nouvelle société (ci-après « Dco »).

---

7 *MIL Investments*, précité, note 4, par. 5 et 6.

8 *Id.*, par. 8.

9 [2007] 2 C.T.C. 2463 (C.C.I.) (ci-après « *McMullen* »).

- DMEL modifie ses statuts pour convertir les actions ordinaires en actions ordinaires de catégorie A et pour créer une nouvelle catégorie, à savoir les actions ordinaires de catégorie B. Les actions ordinaires de catégorie A étaient échangeables contre des actions ordinaires de catégorie B au gré de leur détenteur.

- D convertit ses actions ordinaires de catégorie A en actions ordinaires de catégorie B.

- M vend ses actions ordinaires de catégorie A à Dco. M réclame l'exonération des gains en capital à l'égard du gain en capital réalisé en raison de cette disposition.

- DMEL déclare un dividende sur les actions ordinaires de catégorie A qui sont alors détenues par Dco. DMEL finance le montant du dividende par un prêt éclair. Dco utilisera éventuellement le montant du dividende pour payer le prix des actions acquises de M.

- M et sa conjointe, M^{me} M, constituent une nouvelle société (ci-après « MMco »).

- M transfère le solde de prix de vente des actions de DMEL à MMco, en contrepartie d'un billet à ordre.

- MMco acquiert la division de Kingston de DMEL en contrepartie de la prise en charge de certaines dettes et la remise du solde de prix de vente.

De façon simplifiée, on constate que la série d'opérations comprend deux éléments. Premièrement, il y a la vente de la moitié des actions émises de DMEL par M en faveur d'une société constituée par M^{me} D. Deuxièmement, il y a la vente (effectuée sans le bénéfice de roulement fiscal) de la division de Kingston à une société détenue par M et M^{me} M.

À la fin des différentes transactions, les entreprises de DMEL avaient été réparties entre les deux actionnaires d'origine, M et M^{me} M, détenant l'entreprise de Kingston, et D et M^{me} D, celle de Belleville.

Selon l'ARC, le montant reçu par l'appelant devait être considéré comme un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R., de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. ou de la RGAÉ.

La Cour canadienne de l'impôt a rejeté du revers de la main les deux premières prétentions de l'ARC et a examiné la troisième, dans le but de déterminer si la RGAÉ s'appliquait à la série d'opérations par le biais de laquelle l'appelant avait acquis l'une des deux entreprises de DMEL. Selon l'ARC, la série d'opérations en question, incluant la réorganisation du capital de DMEL, la vente des actions par l'appelant à la conjointe de son coactionnaire, la déclaration du dividende intercorporatif à la société de M^me^ D et la cession du montant du dividende à l'appelant à titre de paiement du produit de disposition, a transformé ce qui aurait été autrement un dividende en gain en capital non taxable en vertu de l'exemption prévue à l'article 110.6 L.I.R.

Selon le contribuable, les opérations contestées par l'ARC n'étaient pas des opérations d'évitement, car elles avaient toutes été effectuées pour des raisons commerciales, notamment le transfert d'une des divisions de DMEL aux fins de résoudre un conflit entre actionnaires. En outre, l'appelant a argué que les dispositions législatives prévoyant l'exonération sur le gain en capital visent expressément les situations où les contribuables souhaitent se défaire d'actions admissibles de petite entreprise.

En l'espèce, le tribunal a décidé qu'aucune des quatre opérations visées par l'ARC n'était une opération d'évitement puisque leur but principal n'était pas l'obtention d'un avantage fiscal. Ainsi, l'amendement des statuts de DMEL devait permettre le versement d'un dividende aux détenteurs d'actions d'une catégorie particulière. Similairement, la vente d'actions à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») par l'appelant à la conjointe de son coactionnaire a été conclue dans le but de résoudre le conflit qui régnait entre les détenteurs de parts de DMEL. Troisièmement, le juge Lamarre affirme que, même si la déclaration du dividende intercorporatif permettait à la société de M^me^ D d'éviter le paiement de l'impôt, elle ne bénéficiait pas directement à l'appelant. Enfin, le tribunal a considéré que la cession du montant du dividende intercorporatif à l'appelant n'était pas non plus, en soi, une opération d'évitement. Il est vrai que ce montant aurait simplement pu être versé à titre de dividende imposable. Toutefois, il a été considéré que M^me^ D souhaitait acheter les actions de l'appelant par le biais de sa société et que le choix des opérations effectuées n'entachait pas automatiquement leur caractère principalement commercial.

Avec égard, les faits de l'affaire *McMullen* ne justifiaient pas l'institution d'un recours en vertu de la RGAÉ justement parce que toutes les opérations ont été effectuées sur la base d'objets purement commerciaux. En

comparant les faits de cette cause avec ceux de l'affaire *Geransky* c. *La Reine*[10], il aurait été possible de conclure que la RGAÉ n'avait pas lieu d'être invoquée dans le but de caractériser de nouveau les conséquences fiscales des opérations entreprises par les McMullen et DeBruyn.

En effet, dans l'affaire *Geransky*, le contribuable et son frère étaient les actionnaires d'une société holding (ci-après « GH »), qui détenait toutes les actions d'une autre société (ci-après « GBC »). GBC exploitait une entreprise de construction de fondations de béton. À cette fin, elle avait, plusieurs années auparavant, acquis une cimenterie, qui alimentait en ciment les activités de construction. L'intention des parties était de vendre la cimenterie à un tiers. Dans cette optique, Geransky et son frère ont transféré des actions de GH ayant une JVM de 1 M$ à une nouvelle société pour une contrepartie composée d'actions du capital-actions de cette dernière. Du même coup, ils ont cristallisé l'exonération des gains en capital, de sorte que le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions de cette nouvelle société était d'environ 500 000 $. Lorsque Geransky et son frère ont disposé des actions de cette nouvelle société, aucun gain en capital n'a été réalisé en raison de la cristallisation antérieure de l'exonération des gains en capital. En l'occurrence, la Cour canadienne de l'impôt avait conclu à l'inapplicabilité de la RGAÉ en raison de la présence de motifs commerciaux véritables. La situation dans l'affaire *McMullen* est fortement similaire, il était par conséquent prévisible qu'une cour de justice conclurait que l'application de la RGAÉ n'était pas justifiée.

2.2. L'AFFAIRE *COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. LA REINE*[11]

L'affaire *Copthorne* est la plus récente cause rendue par la Cour canadienne de l'impôt sur l'application de la RGAÉ. Les faits de l'instance sont relativement complexes et impliquent un groupe de sociétés contrôlées par des non-résidents.

Les faits dans cette affaire s'échelonnent sur une période relativement étendue. Au début des années 1980, une société (ci-après « Copthorne I ») a été constituée pour acquérir un hôtel à Toronto. Le capital-actions de cette nouvelle entité comprenait une seule action qui était détenue par une société néerlandaise (ci-après « Big City ») et son capital versé (ci-après « CV »)

---

[10] 2001 D.T.C. 243 (C.C.I.) (ci-après « *Geransky* »).

[11] C.C.I. n° 2002-1316 (IT) G, août 2005, j. Rip (ci-après « *Copthorne* »).

était de 1 $. En conséquence, les deux sociétés du groupe devenaient directement ou indirectement contrôlées par les membres de la famille Li.

Peu de temps après son acquisition, l'hôtel a été revendu pour un produit de disposition important assujettissant Copthorne I à une imposition sur un gain en capital substantiel. En 1987, une nouvelle société canadienne a été constituée dans le groupe (ci-après « VHHC Investments »). Entre 1987 et 1991, plusieurs sommes d'argent ont été investies dans cette dernière par les membres de la famille Li et certaines sociétés liées, portant le CV de VHHC Investments à près de 96 736 845 $. Durant cette période, VHHC Investments a procédé à des investissements dans VHHC Holdings de manière à acquérir 67 401 279 actions ordinaires ayant un CV de 67 401 279 $. À ce moment-là, VHHC Holdings détenait les actions d'une autre société auxquelles se rattachait une perte en capital inhérente substantielle.

En 1992, VHHC Investments vendait ses 67 401 279 actions ordinaires dans VHHC Holdings à Copthorne I pour un produit de disposition de 1 000 $[12]. Le seul objectif de cette dernière opération était de transférer la perte en capital inhérente se rattachant aux actions détenues par VHHC Holdings à Copthorne I. Il était prévu que cette perte en capital serait utilisée par Copthorne I pour réduire le gain réalisé lors de la disposition de l'hôtel.

L'année suivante, la famille Li entrevoyait la fusion de plusieurs des sociétés canadiennes du groupe pour des raisons d'affaires, mais également afin de permettre une meilleure utilisation des pertes fiscales entre les entités. Or, dans le cadre de la fusion de Copthorne I et de VHHC Holdings, le CV de cette dernière aurait été totalement éliminé. Afin de contrecarrer cette possibilité, il a été décidé de vendre les actions de VHHC Holdings à Big City avant la fusion. C'est cette vente d'actions que l'ARC considère comme une opération d'évitement.

Par ailleurs, la fusion de l'ensemble des entités du groupe a permis la création de Copthorne II. Ainsi, avant cette opération, Big City détenait tout le capital-actions de Copthorne I et VHHC Holdings. À la suite de la fusion comprenant ces deux entités, Big City détenait tout le capital-actions de Copthorne II, auquel se rattachait un CV de 67 401 279 $.

---

[12] Selon les règles en vigueur à l'époque, toute perte en capital subie en raison de cette disposition était réputée nulle et devait être ajoutée au PBR des actions pour Copthorne I.

Enfin, en 1994, afin d'éviter l'application de nouvelles règles sur les sociétés étrangères affiliées, il était prévu que les sociétés canadiennes du groupe de la famille Li disposent de certains éléments d'actif et que les profits qui en découleraient soient rapatriés à l'extérieur du Canada. Par conséquent, une société a été constituée à la Barbade (ci-après « BarCo ») en vue d'acquérir toutes les actions de Copthorne II et de VHHC Investments dont le CV était respectivement de 67 401 280 $ et 96 736 845 $. En fusionnant Copthorne II et VHHC Investments, on obtenait Copthorne III, qui avait un CV de près de 165 M$. Cette dernière a racheté des actions de son capital-actions détenues par BarCo sans retenir l'impôt de la Partie XIII L.I.R. à l'égard de ce qui aurait été un dividende réputé en l'absence de CV.

Bien que les faits soient complexes, les aspects importants peuvent être résumés comme suit : un actionnaire souscrit à des actions de Aco pour 100 $. Aco utilise les 100 $ pour acquérir des actions de Bco. Il est clair que le CV total de Aco et Bco est de 200 $ mais qu'il correspond à une seule somme de 100 $. Si Aco transfère les actions de Bco à l'actionnaire, celui-ci détiendra des actions ayant un CV total de 200 $ pour un déboursé réel de 100 $.

L'ARC a invoqué l'application de la RGAÉ sous prétexte que le rachat des actions avait pu être effectué sans conséquence fiscale en raison de la création artificielle de CV au sein du groupe de sociétés de la famille Li. En conséquence, les autorités fiscales ont allégué qu'une partie du montant rapatrié par BarCo était imposable en vertu des paragraphes 215(6) et 212(2) L.I.R. et qu'il devait faire l'objet des retenues d'impôt de la Partie XIII L.I.R.; auquel cas les pénalités de l'article 227 L.I.R. étaient applicables.

Avant d'entreprendre une analyse systématique selon les préceptes énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Mathew* et *Hypothèques Trustco Canada*, la juge Campbell a reconnu que les séries d'opérations effectuées par l'appelant avaient finalement eu pour effet de gonfler le CV de Copthorne III d'une somme équivalant à près de 67 M$.

En outre, dans le cadre de son analyse portant strictement sur la RGAÉ, la juge a constaté d'abord qu'elle devait analyser deux séries d'opérations : celle se terminant par la vente des actions de Copthorne I à Big City et celle se terminant par le rachat des actions de Copthorne III. Puis, le tribunal a conclu que les deux « séries » faisaient partie de la même série d'opérations aux fins de l'article 245 L.I.R. Selon elle, il a été décidé de procéder à un rachat d'actions de Copthorne III parce que la vente avait permis de préserver un montant de CV substantiel. Si la juge avait conclu autrement, il n'aurait pas été possible de prétendre que l'opération d'évitement, la vente

des actions de Copthorne I à Big City, était liée au rachat des actions de Copthorne III. et la RGAÉ aurait été inapplicable. Cette conclusion a été obtenue en rattachant le rachat des actions de Copthorne III à la série de common law qui comprenait la vente à Big City par l'application du paragraphe 248(10) L.I.R.

En l'occurrence, ayant tiré cette conclusion, le tribunal a procédé à une analyse formelle des faits en l'espèce à la lumière des dispositions de la RGAÉ. D'abord, elle a affirmé qu'un avantage découlait de la série d'opérations parce qu'une somme avait été versée à un non-résident sans que cette somme soit réputée constituer un dividende et sans que l'impôt de la Partie XIII L.I.R. s'applique. Puis, il a été déterminé que la vente des actions à Big City constituait une opération d'évitement en vertu du paragraphe 245(3) L.I.R. parce qu'elle avait été réalisée principalement pour des objets fiscaux, soit la conservation du haut CV de Copthorne I. Enfin, l'analyse de l'objet et de l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a permis de conclure que le contribuable avait abusé des paragraphes 89(1) et 84(3) L.I.R. ainsi que de l'alinéa 87(3)a) L.I.R. de manière à permettre le redressement artificiel du CV d'une société issue de la fusion. Par conséquent, en vertu de la RGAÉ, le rachat d'actions de Copthorne III entraînait le versement d'un dividende réputé auquel devait être applicable l'impôt de la Partie XIII L.I.R.

Un des éléments intéressants qui ressort de cette cause est que le tribunal a refusé d'imposer des pénalités à l'appelant. Selon son raisonnement, les pénalités qui découlent de l'omission de payer de l'impôt ne sont pas applicables dans ce contexte. Techniquement, aucun impôt n'était payable en vertu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, donc le paragraphe 227(8) L.I.R. ne pouvait être appliqué. En outre, si les contribuables ne peuvent s'autocotiser en vertu de l'article 245 L.I.R., il n'y a aucune base juridique qui permet d'imposer des pénalités dans le contexte de la RGAÉ.

3. AUTRES DÉCISIONS

3.1. L'AFFAIRE *LIPSON* C. *LA REINE*[13]

L'an dernier, nous avions effectué une analyse de la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Lipson*. Dans cette affaire, la déductibilité des intérêts sur un prêt contracté pour acquérir une résidence personnelle était contestée par l'ARC.

---

[13] [2007] 3 C.T.C. 110 (C.A.F.) (ci-après « *Lipson* »).

Plusieurs opérations avaient été réalisées en vue de permettre cette déduction. D'abord, la conjointe de M. Lipson avait emprunté une certaine somme pour acquérir des actions dans la société de son mari à la JVM. Cette somme a été subséquemment utilisée par M. Lipson pour payer la nouvelle résidence du couple. Par ailleurs, la banque a subséquemment consenti un autre prêt au couple, garanti par la maison, qui devait servir à rembourser l'emprunt initial de M^me^ Lipson. Cette deuxième avance permettait de repayer les sommes empruntées pour l'achat des actions de la société familiale. Par conséquent, les intérêts qui étaient payés sur le deuxième emprunt étaient déductibles en vertu du paragraphe 20(3) L.I.R.

Par ailleurs, étant donné qu'aucun choix n'a été effectué afin que le paragraphe 73(1) L.I.R. ne s'applique pas lors du transfert des actions de M. Lipson à sa conjointe, les règles d'attribution devenaient applicables. Tous les revenus ou les pertes se rapportant aux actions acquises par M^me^ Lipson étaient ainsi attribués à son conjoint.

L'ARC contestait la déductibilité des intérêts sur le second prêt sous prétexte qu'il n'avait pas été contracté sur la base de véritables motifs non fiscaux, tel que l'exige la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En première instance, la Cour canadienne de l'impôt avait conclu que l'ensemble des opérations d'évitement abusait de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et du paragraphe 20(3) L.I.R. au sens de la RGAÉ. Ce faisant, elle considérait que la deuxième avance consentie par la banque à M^me^ Lipson servait finalement à acquérir la résidence familiale et non à rembourser un prêt contracté pour acquérir des actions. Selon nous, le tribunal omettait ainsi de prendre en considération la nature véritable de chaque transaction. Notamment, le tribunal faisait défaut de considérer que la vente d'actions était une opération bien réelle (bien que, sur le plan fiscal, ses effets fussent neutralisés par l'application des paragraphes 73(1) et 74.1(1) L.I.R.). Le tribunal a considéré l'objet de la série d'opérations, selon lui, comme rendant l'intérêt déductible à l'égard d'un prêt pour l'achat d'une maison, pour déterminer s'il y avait abus. Or, le paragraphe 245(4) L.I.R. ne s'applique pas à l'égard d'une série d'opérations mais à une opération en particulier.

C'est sous cet angle que la Cour d'appel fédérale a placé le débat :

> « The issue therefore is whether Bowman C.J. was entitled to take the overall purpose of the transactions into account in his misuse and abuse analysis and attribute to this purpose the weight that he did.
>
> I agree with the appellant that if the transactions are considered without regard to the overall purpose identified by Bowman C.J., it is difficult to find that there has been a misuse or abuse of any of the provisions relied upon. This is the

> conclusion that one must reach when regard is had to Bowman C.J.'s assessment of the object, spirit and purpose of the relevant provisions[14]. »

Le tribunal reconnaît bien le caractère réel de la vente d'actions entre conjoints :

> « In this case, Jordanna borrowed money to acquire shares which had the potential to produce and did produce non-exempt income. The change in the respective ownership positions of the appellant and his spouse is real from both a legal and an economic perspective, and this is unaltered by the distinct treatment which the attribution rules provide for the purposes of the Act. The shares no longer belong to the appellant; they belong to Jordanna[15]. »

Toutefois, le tribunal a décidé qu'il était approprié de considérer l'objet de la série d'opérations pour déterminer s'il y avait abus :

> « However, I believe that Bowman C.J. was entitled to consider the transactions as a whole and their overall purpose in the conduct of his misuse and abuse analysis and to give this factor the weight that he did. In the course of his reasons, Bowman C.J. found as a fact that these transactions formed part of a series, the purpose of which was to make interest payable on the mortgage deductible (Reasons, at paras. 16 and 23). Although, the appellant takes issue with this finding, I am of the view that it reasonably flows from the Statement of Agreed Facts[16]. »

Ainsi, même si le paragraphe 245(4) L.I.R. n'impose pas textuellement une analyse de la notion d'abus en ce qui a trait aux séries d'opérations, la RGAÉ lue dans son ensemble peut requérir un tel exercice. En l'espèce, il a été conclu que le juge Bowman, en première instance, avait procédé à un examen approprié des faits et que la Cour d'appel devait faire preuve de réserve en l'absence d'erreur de droit et d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits.

Nous avions déjà exprimé notre opinion selon laquelle le tribunal de première instance avait carrément nié le caractère véritable des opérations effectuées par les Lipson. De plus, nous avions jugé que le raisonnement du juge Bowman ne respectait pas le processus analytique imposé par les termes de la RGAÉ. En particulier, le juge Bowman avait incorporé dans l'analyse de l'abus des critères de commercialité (ou d'absence de commercialité) qui

---

14 *Id.*, par. 32 et 33.

15 *Id.*, par. 39.

16 *Id.*, par. 43.

n'ont pas leur place à ce niveau puisqu'ils doivent être considérés lorsqu'il s'agit de déterminer si une opération est une opération d'évitement. Une opération effectuée principalement pour des objets fiscaux ne donne pas nécessairement lieu à un abus.

Il nous semble donc que la Cour d'appel fédérale a suivi ce même schème de raisonnement, alors qu'elle aurait peut-être dû entreprendre une analyse de façon plus ou moins indépendante.

3.2. L'AFFAIRE *MACKAY* C. *LA REINE*[17]

Dans cette dernière affaire, les appelants sont des investisseurs immobiliers auxquels une banque avait présenté une offre d'achat d'un centre commercial situé en Colombie-Britannique (ci-après « Centre commercial »). La banque était devenue propriétaire du bien par le biais d'une saisie immobilière. Elle souhaitait vendre le bien pour 10 M$ alors que son PBR était de 16 M$. Les parties se sont entendues pour que la banque forme une société de personnes avec une société qu'elle avait elle-même constituée afin que le Centre commercial y soit transféré.

Une fois ce transfert effectué, les appelants ont acquis des unités de cette société de personnes et ont ensuite procédé à la réduction de la valeur de l'actif en vertu des paragraphes 18(13) et 10(1) L.I.R., provoquant ainsi une perte approximative de 6 M$. Cette perte a permis aux appelants de réduire leur revenu d'autres sources.

En l'espèce, les parties avaient convenu que la série d'opérations avait engendré un avantage fiscal pour les appelants. L'ARC a soutenu que la RGAÉ devait être appliquée puisque les parties avaient structuré la série d'opérations expressément dans le but d'obtenir un avantage fiscal d'une manière abusant du sens et de l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Quant à eux, les appelants ont argué que l'objectif principal de la série d'opérations était le transfert du Centre commercial à un prix de 10 M$ et non la création d'une perte fiscale. Par conséquent, l'essence du débat portait sur le paragraphe 245(3) L.I.R. et le concept d'opération d'évitement.

Dans le cadre de son analyse, le tribunal a appliqué les principes énoncés dans l'affaire *Hypothèques Trustco Canada*, selon lesquels, pour déterminer s'il y a opération d'évitement lorsque des objets véritables et non véritables sont identifiables, on doit examiner les faits, les relations entre les

[17] 2007 D.T.C. 425 (C.C.I.).

parties et les opérations qu'elles ont exécutées avec grande objectivité. En outre, le tribunal a conclu que cet examen ne peut porter uniquement sur une seule des opérations de la série d'opérations, mais sur la série d'opérations dans son ensemble. Cette opinion est énoncée comme suit :

> « I agree with the Respondent that subsection 245(3) requires the Court to determine the purpose of each transaction within a series to ascertain if the non-tax purpose was primary. If the non-tax purpose was primary for each transaction in the series, the GAAR cannot be applied to deny the tax benefit. However, I do not agree that every transaction must be assessed independently without regard to the overall purpose of the series. To do so would clearly frustrate the purpose of subsection 245(3). As paragraph 245(3)(b) explicitly considers that a series of transactions may result in a tax benefit, it is appropriate for this Court to consider the overall purpose of the series and it would be inappropriate to consider each transaction in a series in isolation from the overall purpose.
>
> […]
>
> While the overall purpose of the series will not be determinative, it remains one of the pertinent facts which this Court must consider in a determination of avoidance because the Court must determine if the overall purpose was the primary purpose of each transaction. Therefore while a transaction may initially present itself as one which the taxpayer has undertaken for the sole purpose of obtaining a tax benefit, its primary purpose may still be a non-tax purpose when assessed with reference to the overall series where the facts support that the dominant aim is to achieve a commercially reasonable deal in a tax effective manner[18]. »

En conséquence, le tribunal est d'opinion que la détermination d'un objet véritable au sens du paragraphe 245(3) L.I.R. doit se faire à la lumière de la finalité des opérations vues dans leur ensemble et pas uniquement à la lumière de chaque opération prise individuellement. Selon le tribunal, l'acquisition du Centre commercial était originellement motivée par des raisons commerciales, et ce, sans que quiconque ait initialement considéré les pertes fiscales qui pourraient en découler. Les bénéfices commerciaux engendrés par l'opération étaient ce que les parties souhaitaient principalement. Sur la base de cette conclusion, le tribunal est d'avis que l'objet de chaque opération ne peut être séparé de celui de l'ensemble de la série d'opérations sans frustrer l'esprit du paragraphe 245(3) L.I.R. et nier les réalités du marché. Toujours selon le tribunal, les aspects commerciaux de la vente du Centre commercial étaient hautement plus importants aux yeux des parties que les avantages fiscaux pouvant résulter de la création de

---

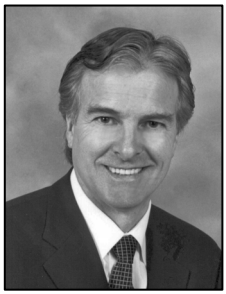
[18] *Id.*, par. 61 et 63.

pertes fiscales. À cet effet, on rappelle que la RGAÉ ne supprime pas l'un des préceptes à la base même du système fiscal canadien énoncé par la Chambre des Lords dans l'affaire *Inland Revenue Commissioners* c. *Duke of Westminster*[19], selon lequel les contribuables sont en droit d'arranger leurs affaires dans le but de minimiser le montant de leurs impôts payables.

À cet effet, il nous semble que, dans le cadre d'une analyse de la RGAÉ, l'objet de la série d'opérations n'est pas directement pertinent aux fins du paragraphe 245(3) L.I.R. Il nous semble que d'inférer que les termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent un examen des objets de la série d'opérations dans son ensemble dans le cadre du paragraphe 245(3) L.I.R. constitue une erreur méthodologique. Les termes de la RGAÉ sont clairs et justifient difficilement cette interprétation. Il y a une marge entre tenir compte du contexte global de la série d'opérations (ce qui est approprié) et substituer l'objet de chaque opération par l'objet de la série. Le raisonnement du tribunal semble une application du principe de « la fin justifie les moyens » et que, pour autant que la série d'opérations ait une finalité commerciale, il devient possible d'ajouter des opérations dans la série afin d'obtenir des avantages fiscaux.

[19] [1935] All E.R. 259 (H.L.).

JURISPRUDENCE FISCALE RÉCENTE



Coordonnateur
Alain Ménard
Associé, avocat, BA, MBA
Cain Lamarre Casgrain Wells
s.e.n.c.r.l.



Wilfrid Lefebvre
Associé principal, CR, avocat
Ogilvy Renault
s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Louis Tassé
Associé, avocat
Fasken Martineau DuMoulin
s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Marie-Andrée Legault
Avocate conseil
Direction des affaires fiscales
Ministère de la Justice du Canada



Nancy Morency
Avocate
Direction du contentieux du revenu
Ministère de la Justice du Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (WILFRID LEFEBVRE)

1. AFFAIRE *AMBULANCES 2000* – LES FAITS ET LA QUESTION EN JEU 32:5

1.1. ARGUMENTS 32:6
1.2. COMMENTAIRES 32:6

2. ARRÊTS *LA REINE* C. *BAXTER* ET *MAEGE* C. *LA REINE* 32:7

2.1. ARRÊT *BAXTER* 32:8
2.1.1. Les faits et questions en jeu 32:8
2.1.2. La décision 32:8
2.1.3. Commentaires 32:10
2.2. ARRÊT *MAEGE* 32:10
2.2.1. Commentaires 32:11

PARTIE B (LOUIS TASSÉ)

1. L'AFFAIRE *SMRQ* C. *6217125 CANADA INC.* 32:12

1.1. LES FAITS 32:12
1.2. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC 32:13
1.3. LA QUESTION EN LITIGE 32:13
1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC 32:13
1.5. COMMENTAIRES 32:14

2. L'AFFAIRE *PERFECT FRY COMPANY* C. *LA REINE* 32:15

2.1. LES FAITS 32:15
2.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 32:17
2.3. LES POSITIONS DES PARTIES 32:17
2.3.1. Première question 32:17
2.3.2. Deuxième question 32:18
2.4. LA DÉCISION 32:19
2.4.1. Première question 32:19
2.4.2. Deuxième question 32:20
2.5. COMMENTAIRES 32:20

3. L'AFFAIRE *SEDONA* 32:21

3.1. LES FAITS 32:21
3.2. LA QUESTION EN LITIGE 32:21
3.3. LES POSITIONS DES PARTIES 32:22
3.4. LA DÉCISION 32:22

3.5. COMMENTAIRES 32:23

PARTIE C (MARIE-ANDRÉE LEGAULT)

1. L'AFFAIRE *ANCHOR POINTE ENERGY LTD.* C. *LA REINE* 32:25

1.1. LES FAITS 32:25
1.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 32:26
1.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 32:27
1.4. COMMENTAIRES 32:28

2. L'AFFAIRE *ADDISON & LEYEN LTD.* C. *LA REINE* 32:30

2.1. LES FAITS 32:30
2.2. LES DÉCISIONS DES INSTANCES INFÉRIEURES 32:31
2.3. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA 32:32
2.4. COMMENTAIRES 32:34

3. L'AFFAIRE *LA REINE* C. *GILBERT* 32:35

3.1. LES FAITS 32:35
3.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 32:35
3.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 32:37
3.4. COMMENTAIRES 32:38

PARTIE D (NANCY MORENCY)

1. L'AFFAIRE *DUNNE* C. *SMRQ* 32:40

1.1. LES FAITS 32:40
1.2. LES ARGUMENTS DES PARTIES 32:40
1.3. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC 32:41
1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC 32:41
1.5. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA 32:42

2. L'AFFAIRE *MERCK FROSST CANADA & CO.* C. *SMRQ* 32:42

2.1. LES FAITS 32:42
2.2. LA QUESTION EN LITIGE 32:43
2.3. LES PRÉTENTIONS DES PARTIES 32:43
2.4. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC 32:44
2.5. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC 32:45

3. L'AFFAIRE *SMRQ* C. *LAMOTHE* 32:46

3.1. LES FAITS 32:46
3.2. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC 32:47
3.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC 32:47

PARTIE A

Wilfrid Lefebvre, associé principal, CR, avocat
Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

La complexité toujours croissante et les ajouts législatifs annuels à la législation fiscale occasionnent, il ne faut pas s'en surprendre, des erreurs commises sans que l'honnêteté ou la bonne foi des participants aux transactions soit mise en doute.

Il est donc fort approprié que les tribunaux, soit la Cour supérieure du Québec, aient, au cours des récentes années, jugé à propos d'utiliser leur pouvoir d'intervention pour corriger, dans les cas qui le justifient, ces erreurs.

La décision dans l'affaire *Ambulances 2000 inc*. c. *Vézeau*[1] rendue par le juge André Roy en décembre 2006 en est une bonne illustration.

1. AFFAIRE *AMBULANCES 2000* – LES FAITS ET LA QUESTION EN JEU

1) Le 16 juillet 2004, Ambulances 2000 vendait la presque totalité de ses biens pour une contrepartie de 4 650 000 $. Une part importante du produit de disposition reçu représentait l'achalandage d'Ambulances 2000 (c'est-à-dire les permis de transport ambulanciers).

2) Le 19 octobre 2004, la société déclarait et payait un dividende de 1 997 500 $ et déposait ce jour même le Formulaire T2054 afin d'effectuer le choix de considérer le dividende comme un dividende en capital libre d'impôt.

3) Ce n'est cependant que le 31 mars 2005 que prenait fin l'exercice financier d'Ambulances 2000.

4) À la suite d'une vérification de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), la société se voyait, le 31 août 2006, cotisée pour un montant d'impôt (plus intérêts) de 1 498 125 $, correspondant à 75 % du dividende en capital.

---

[1] C.S. Iberville, n° 755-17-000670-060, 6 décembre 2006, j. Roy (ci-après « *Ambulances 2000* »).

5) Le fondement de la cotisation était simple : le 19 octobre 2004, le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») d'Ambulances 2000 était nul puisque, aux termes de l'alinéa 89(1)c.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2], l'accroissement du CDC, dans le cas de disposition d'immobilisations admissibles, ne survient qu'à la fin de l'exercice financier.

6) Il était évident, et le juge Roy l'acceptait d'emblée, que l'absence de toute conséquence fiscale était une condition *sine qua non* à la déclaration du dividende.

1.1. ARGUMENTS

Évidemment, la demanderesse faisait valoir que la déclaration d'un dividende constitue un contrat unilatéral entre la société et l'actionnaire aux termes de l'article 1380 du *Code civil du Québec*[3]. Appliquant les principes en matière contractuelle qui veulent que l'erreur vicie le consentement des parties lorsqu'elle porte sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement (art. 1400 C.c.Q.), il devenait possible d'invoquer le droit de demander la nullité du contrat (art. 1407 C.c.Q.). Une fois résolu, le « contrat » est réputé n'avoir jamais existé (art. 1606 C.c.Q.).

Acceptant que l'erreur de l'expert-comptable n'était pas inexcusable, le juge Roy fit droit à la demande de la société et annula *ab initio* la résolution du 19 octobre 2004 déclarant le dividende en capital et déclara que l'annulation du dividende était opposable à toute personne, y compris toute autorité gouvernementale.

1.2. COMMENTAIRES

Deux aspects méritent mention :

1) Il est utile de rappeler que, tel que l'affirmait le juge Décary dans l'affaire *La Reine* c. *Lagueux & Frères Inc.*[4] :

> « Le droit fiscal, à mon avis, est un droit accessoire qui n'existe qu'au niveau des effets découlant des contrats. Une fois la nature de contrats déterminée par

---

2 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

3 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

4 [1974] C.F. 97.

> le droit civil, la *Loi de l'Impôt* intervient, mais seulement alors, pour imposer des conséquences fiscales a ces contrats. Sans contrat, sans droit et sans obligation il ne peut y avoir d'incidence fiscale. L'application de la *Loi de l'Impôt* est soumise à un diagnostic civil que ce diagnostic soit de droit civil ou de droit commun. »

Ainsi, dans la mesure où, sur le plan contractuel et en se basant sur le vice de consentement, les parties pouvaient demander la résolution du contrat, avec effet rétroactif, il devenait loisible à la Cour supérieure d'intervenir.

2) L'intervention des tribunaux dans ce type de dossier, qui n'implique aucunement une tentative de planification rétroactive, est amplement justifiée et souhaitable : il y a application d'un simple principe de justice, c'est-à-dire réparer une erreur commise de bonne foi. Il est également intéressant de constater que l'ARC, dans ces cas, ne s'oppose par nécessairement au résultat obtenu.

2. ARRÊTS *LA REINE* C. *BAXTER*[5] ET *MAEGE* C. *LA REINE*[6]

Ces deux décisions récentes de la Cour d'appel fédérale soulèvent deux questions.

1) La première qui, à ce jour, avait eu très peu d'attention judiciaire porte sur les dispositions visant les abris fiscaux et plus précisément sur la définition même de ce qu'est un « abri fiscal ».

2) La seconde discute de la notion de paiements contingents, un sujet sur lequel les tribunaux, même au niveau de la Cour suprême du Canada, se sont prononcés à maintes reprises[7].

---

5 [2007] C.A.F. 172 (ci-après « *Baxter* »).

6 [2007] C.A.F 125 (ci-après « *Maege* »).

7 La Cour suprême entendra au début de 2008 la cause *La Reine* c. *McLarty*, [2006] 4 C.T.C. 16, qui porte précisément sur cette question.

2.1. ARRÊT *BAXTER*

2.1.1. Les faits et questions en jeu

En 1998, M. Baxter a acquis une licence pour utiliser un logiciel servant à négocier des contrats à terme. Le coût d'acquisition était de 50 000 $ payé comme suit :

– 17 500 $ comptant (au moyen de quatre chèques);

– 32 500 $ au moyen d'un billet à ordre.

Deux questions se posaient :

a) La licence constituait-elle un « abri fiscal » au sens du paragraphe 237.1(1) L.I.R.?

b) Le billet à ordre représentait-il une éventualité, auquel cas le montant de 32 500 $ ne ferait pas partie du coût en capital?

Soulignons immédiatement que la Cour ne s'est pas prononcée sur cette deuxième question puisqu'elle en venait à la conclusion que la licence était bien un « abri fiscal ».

2.1.2. La décision

Parlant au nom de la Cour, le juge Ryer passe en revue les dispositions des définitions d'« abri fiscal » et d'« arrangement de don ». On se rappellera que ces définitions visent essentiellement des arrangements suivant lesquels, sur une période de quatre ans, il est raisonnable de considérer que les déductions ou crédits anticipés excéderont les coûts supportés ou les avantages à recevoir par le contribuable.

Au cœur de la définition, du moins certains le pensaient, était le fait que le caractère raisonnable requis par la définition devait être examiné à la lumière « […] des déclarations ou d'annonces faites ou envisagées relativement à l'arrangement […] ». Ainsi, si aucune telle déclaration n'est faite ni aucune annonce n'est envisagée, l'arrangement ne peut constituer un abri fiscal, tel qu'il a été compris par le juge Ryer :

> « De plus, la définition ne précise pas qui doit faire les déclarations ou annonces ni à qui celles-ci doivent être faites, mais je suis d'avis qu'elles doivent être

> faites aux acquéreurs éventuels du bien par la personne qui propose de le vendre ou une personne agissant en son nom. »

D'autre part, la Cour précise, à juste titre, que la définition ne précise ni la forme ni la manière que doivent prendre les annonces ou déclarations. La Cour souligne également que cette communication n'a pas à être par écrit.

Comme question de fait, M. Baxter savait, à la lecture des avis juridiques et du matériel de promotion reçus, que le montant de 50 000 $ engagé serait amorti sur une période de deux ans à titre de bien de la catégorie 12.

Par la suite, la Cour soulève et répond à une série de questions, dont les plus importantes étaient les suivantes :

– Quel est le bien?

> « La CCI a conclu que, aux fins de la définition d'abri fiscal, le bien était la licence PIT réellement acquise par M. Baxter. L'intimé a appuyé cette conclusion, alors que le ministre a essentiellement fait valoir que le bien était l'ensemble des licences PIT offertes en vente par TCL Trafalgar. À mon avis, la position du ministre est correcte. »

– Qu'est-ce qui constitue des « déclarations ou annonces »?

Le contribuable argumentait sur le fait que les déclarations ou annonces devaient être faites de façon formelle, ce à quoi la Cour répond :

> « Si TCL Trafalgar avait préparé et distribué un prospectus ou une notice d'offre qui contenait les explications de nature fiscale se trouvant dans les évaluations et dans l'avis fiscal, il est clair que l'exigence relative aux annonces de la définition d'abri fiscal aurait été satisfaite. Le fait que ces annonces se trouvaient dans des documents distincts, soit les évaluations et l'avis fiscal, qui accompagnaient la trousse de promotion remise aux acquéreurs éventuels des licences PIT, ne peut pas m'empêcher de conclure que l'exigence relative aux déclarations ou annonces dans la définition d'abri fiscal a été satisfaite. »

– À qui et par qui les déclarations ou annonces doivent-elles être faites?

Sur cette question, le juge Ryer en vient à la conclusion que tant la position de l'intimée (appuyée par la Cour canadienne de l'impôt) selon laquelle les déclarations ou annonces devaient avoir été faites à M. Baxter que celle du ministre qui prétendait qu'on n'avait pas à identifier une personne, était erronée.

La Cour en vint plutôt aux conclusions suivantes :

- Les déclarations ou annonces doivent être faites à l'acquéreur **éventuel** du bien.

- Chaque personne qui est un « promoteur » (ou une personne agissant pour son compte) au sens du paragraphe 237.1(1) L.I.R. peut être une des personnes qui doit avoir fait les déclarations ou annonces.

En concluant que la licence constituait un « abri fiscal », la Cour répondit à l'argument soulevé par les procureurs de M. Baxter :

> « Il est incongru de prétendre que même si l'avis fiscal informait les acquéreurs éventuels de licences PIT que le coût total d'acquisition de ces licences devrait être déductible sur deux années d'imposition, cet avis ne constituait pas une déclaration ou annonce faite aux acquéreurs éventuels satisfaisant à l'exigence mathématique de la définition d'abri fiscal. Il s'ensuit, à mon avis, qu'il est raisonnable de considérer que la déclaration contenue dans l'avis fiscal, selon laquelle le coût d'acquisition de licences PIT serait déductible sur une période de deux ans pour les investisseurs éventuels, a permis de conclure que l'exigence mathématique de la définition d'abri fiscal aurait été satisfaite pour ce qui est des achats éventuels de licences PIT par des acquéreurs éventuels. »

2.1.3. Commentaires

Étant donné les faits de cette cause, l'avantage fiscal escompté, les avis juridiques obtenus et les documents de promotion, il est difficile de trouver quelque faille au raisonnement du juge Ryer.

Rappelons les conséquences draconiennes qui résultent de cette conclusion : aux termes du paragraphe 237.1(6) L.I.R., M. Baxter ne pouvait demander et n'avait droit à aucune déduction (même sur la partie payée comptant) à l'égard du coût d'acquisition de sa licence puisqu'il ne pouvait fournir au ministre la preuve du formulaire prescrit et du numéro d'inscription de l'abri fiscal.

2.2. ARRÊT *MAEGE*

Cette brève décision de la Cour d'appel fédérale répond à deux questions d'interprétation visant la définition d'abri fiscal :

1) La motivation de l'investisseur est-elle pertinente aux fins de l'application de la définition?

En l'espèce, les contribuables prétendaient que leur décision d'investisseur était motivée non par les aspects fiscaux mais bien par la qualité du projet.

Le juge Noël, parlant au nom de la Cour, répond de façon négative à la question :

> « À cet égard, le juge Rip explique dans le cadre de son jugement que l'existence d'un abri fiscal n'est pas fonction de la motivation de l'investisseur, mais bien de l'équation prévue à l'article 237.1 de la Loi (motifs, para. 30). En l'occurrence, le produit de cette équation faisait en sorte que les exigences de l'article 237.1 étaient rencontrées. Nous ne décelons aucune erreur à cet égard. »

2) Quelle forme doivent prendre les déclarations ou annonces?

M^me^ Maege, l'un des contribuables concernés et qui était « promotrice » du projet et auteure des déclarations ou annonces visées par la définition soutenait qu'aucune déclaration ne lui avait été faite!

À cet argument, la Cour répondit :

> « À cet égard, nous sommes d'accord avec les propos du juge Rip lorsqu'il dit que le fait que l'appelante Maege ne se soit pas fait de déclarations à elle-même est sans importances. Ce qui importe, c'est qu'elle savait et s'attendait à ce que des conséquences fiscales avantageuses découlent de son investissement, conformément à ce qui fut annoncé. »

2.2.1. Commentaires

Ici encore, en raison des faits et circonstances du cas, il est difficile de prétendre que la décision est mal fondée.

Il est important cependant de souligner que M^me^ Maege était et admettait être une « promotrice ». La question de savoir si une personne n'agissant pas à titre de « promoteur » et n'ayant reçu aucune « déclaration ou annonce » mais étant parfaitement au courant des conséquences fiscales escomptées à la suite de la mise sur pied d'arrangements serait visée par ces dispositions reste en suspens.

PARTIE B

Louis Tassé, associé, avocat
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

1. L'AFFAIRE *SMRQ* C. *6217125 CANADA INC.*[1]

L'article 39.2 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[2] permet au ministre de présenter une demande auprès d'un juge de la Cour du Québec afin que celui-ci ordonne à la personne qui fait défaut de se conformer à une demande péremptoire de fournir les documents et renseignements exigés.

C'est dans le contexte de ce recours que la Cour d'appel du Québec a examiné l'étendue des pouvoirs de Revenu Québec à la suite du refus partiel du contribuable de se conformer à des demandes péremptoires dans la cause *6217125 Canada*.

1.1. LES FAITS

Dans cette affaire, Revenu Québec détenait une créance résultant d'un jugement contre 9037-1832 Québec inc. (ci-après « Québec inc. »), une société exploitant un complexe immobilier. Avant que Revenu Québec ne puisse percevoir sa créance, Québec inc. a vendu le complexe immobilier à 6217125 Canada inc. (ci-après « Canada inc. »).

Alléguant que cette aliénation était effectuée en fraude de ses droits, Revenu Québec a intenté une action en inopposabilité contre Canada inc. et lui a envoyé une demande péremptoire de production de documents ou de renseignements. L'intimée a répondu partiellement à la demande mais a refusé de transmettre quelque 3 278 documents exigés, dont le contenu était par ailleurs consigné dans des actes authentiques publiés au Bureau de la publicité des droits.

À la suite de ce refus, Revenu Québec a présenté une requête devant la Cour du Québec pour ordonnance de production en vertu de l'article 39.2 L.M.R.

---

1 2007 QCCA 306, Montréal, n° 500-09-016922-064, 1er mars 2007, jj. Robert, Dussault et Forget (ci-après « *6217125 Canada* »).

2 L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

1.2. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

La Cour du Québec procède d'abord à l'interprétation des articles régissant la demande péremptoire et arrive à la conclusion que ceux-ci doivent recevoir une interprétation stricte, vu l'importance des pouvoirs en jeu. Par conséquent, le recours peut être exercé uniquement aux fins énoncées explicitement dans la loi.

Or, la Cour du Québec remarque que la demande péremptoire de Revenu Québec en l'espèce a pour objectif de bonifier sa position aux fins du recours en inopposabilité, et non pas pour recouvrir un montant recevable en vertu d'une loi fiscale, ni pour appliquer une loi fiscale, comme le requièrent les dispositions pertinentes de la *Loi sur le ministère du Revenu*. Étendre l'application de la demande péremptoire à tout litige civil dans lequel Revenu Québec est impliqué accorderait à celui-ci des pouvoirs trop étendus. Sur cette base, la Cour du Québec conclut que la demande péremptoire est mal fondée et rejette la requête pour ordonnance de production.

Dans le cadre de son jugement, la Cour du Québec formule quelques observations. D'abord, elle précise qu'il n'y a aucun contentieux fiscal opposant les deux parties et que l'intimée ne fait l'objet d'aucune vérification ou enquête. Elle explique ensuite que l'équité procédurale permet à Revenu Québec d'invoquer les droits procéduraux prévus au *Code de procédure civile*[3] afin d'obtenir la production des documents et renseignements recherchés. De plus, elle rappelle que les 3 278 documents visés par la requête sont publiés et sont donc accessibles. Finalement, elle ne reconnaît aucun principe de droit qui permettrait à Revenu Québec de faire constituer son dossier civil par la partie adverse.

1.3. LA QUESTION EN LITIGE

La Cour d'appel du Québec est donc appelée à déterminer si le recours de Revenu Québec intenté en vertu de l'article 39.2 L.M.R. est bien fondé compte tenu des objectifs visés par la demande péremptoire.

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Saisie du pourvoi du sous-ministre, la Cour d'appel du Québec rejette l'appel mais invoque des motifs distincts de ceux élaborés par le tribunal de

[3] L.R.Q., c. C-25.

première instance. L'analyse de la Cour d'appel débute par une revue des conditions d'application établies par la Cour suprême du Canada relatives à toute demande péremptoire. Parmi celles-ci, la Cour d'appel mentionne qu'il n'est pas nécessaire que la personne faisant l'objet de la demande soit celle dont l'assujettissement à l'impôt est examiné par le fisc.

Ainsi, elle reconnaît le pouvoir de Revenu Québec d'obtenir d'un tiers des documents relatifs à une vérification sur un autre contribuable, de même que la possibilité qu'un tel recours soit exercé lors de procédures en exécution.

Malgré cette reconnaissance, la Cour d'appel est d'avis que Revenu Québec abuse des pouvoirs qui lui sont octroyés. D'une part, les 3 278 documents recherchés sont publiés au Bureau de la publicité des droits et donc accessibles par tout intéressé. D'autre part, le contribuable n'est pas en possession de ces documents et leur obtention engendrerait des coûts de photocopies de 121 120 $. Finalement, Revenu Québec exige de recevoir une copie intégrale de chaque contrat en question, alors que seuls certains des renseignements qui y figurent varient d'un acte à l'autre, de telle sorte qu'un contrat type accompagné d'un relevé des données particulières procurerait toute l'information requise.

Sur cette trame de fond, la Cour d'appel termine son analyse en rappelant le principe fondamental édicté par l'article 7 du *Code civil du Québec*[4], qui prévoit qu'aucun droit ne peut être exercé de manière excessive ou déraisonnable. Elle cite l'auteur Patrice Garant pour soutenir le fait que cette obligation s'applique également à Revenu Québec. Pour les motifs mentionnés précédemment, la Cour rejette le pourvoi en concluant que la demande adressée à l'intimée en l'espèce est déraisonnable.

1.5. COMMENTAIRES

Revenu Québec détient d'importants pouvoirs conférés par la *Loi sur le ministère du Revenu*. Outre le pouvoir d'exiger la production de documents (par. b) de l'article 39 (1er al.) L.M.R.), Revenu Québec peut également examiner des pièces, registres et autres documents (par. a) de l'article 38 (2e al.) L.M.R.), obliger une aide raisonnable du propriétaire de l'entreprise (par. c) de l'article 38 (2e al.) L.M.R.) ou encore obtenir des renseignements supplémentaires d'un contribuable (par. a) de l'article 39 (1er al.) L.M.R.).

---

4 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

Rien ne s'oppose à l'application des exigences de l'article 7 C.c.Q. à l'ensemble des pouvoirs détenus par Revenu Québec.

Il sera intéressant de suivre l'évolution de l'application de l'article 7 C.c.Q. à l'exercice des pouvoirs détenus par Revenu Québec. Notamment, est-ce que l'article 7 C.c.Q. pourrait limiter le droit de Revenu Québec d'exiger la production de documents relativement à des années d'imposition prescrites et pour lesquels le délai normal de conservation de six ans (art. 35.1 L.M.R.) est expiré? En de telles circonstances, il n'est pas clair qu'une telle demande soit objectivement raisonnable.

Il sera également intéressant de voir si l'article 7 C.c.Q. pourra être invoqué à l'égard de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Dans l'hypothèse où cette application était constitutionnellement possible, cette disposition pourrait servir d'argument dans le cadre d'un avis de cotisation émis par exemple en vertu de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5], qui permet au ministère du Revenu national (ci-après « MRN ») d'émettre un avis de cotisation en tout temps. Dans un cas où le MRN émettait un avis de cotisation plus de cinq ans après la connaissance de la transaction en litige, peut-on invoquer qu'il s'agit là d'un exercice déraisonnable du droit de cotiser? À titre de comparaison, la *Loi sur le ministère du Revenu* fixe à quatre ans suivant la connaissance par Revenu Québec de la cession du bien le droit de cotiser (art. 14.5 L.M.R.). Une telle norme peut-elle être invoquée à titre de critère objectif pour affirmer qu'un délai de cinq ans est déraisonnable?

Quoi qu'il en soit, il est clair que cette exigence pour Revenu Québec d'exercer ses droits d'une manière qui ne serait pas excessive ou déraisonnable constitue un moyen de contestation supplémentaire pour les contribuables qui pourraient être victimes de certains agissements abusifs de la part des autorités fiscales.

2. L'AFFAIRE *PERFECT FRY COMPANY* C. *LA REINE*[6]

2.1. LES FAITS

L'appelante, une société résidente du Canada, a effectué des activités de recherche scientifique et de développement expérimental (ci-après

---

5 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

6 2007 D.T.C. 588 (C.C.I.) (ci-après « *Perfect Fry* »).

« RS & DE ») au cours des années d'imposition 1993 à 1998. Durant cette période, elle était une filiale détenue à 100 % par Perfect Fry Corporation (ci-après « PFC »), une société publique dont les actions étaient cotées à une Bourse de valeurs prescrite. La majorité des actions de PFC était détenue par un groupe de particuliers résidents du Canada.

Durant la période visée, l'appelante a réclamé des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII »), sans toutefois demander le CII majoré prévu au paragraphe 127(10.1) L.I.R. ni le CII remboursable prévu au paragraphe 127.1(1) L.I.R., sur la base qu'elle n'était pas une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »).

En août 2001, l'appelante a formulé une demande auprès de l'ARC, qui réclamait des CII additionnels de 102 084 $ ainsi que des CII remboursables de 220 245 $ pour les années visées, de même que la déduction accordée aux petites entreprises pour l'année d'imposition 1995. La demande de l'appelante reposait sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Parthenon Investments Ltd.* c. *MRN*[7], qui avait conclu que l'expression « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » incluse dans la définition de « société privée sous contrôle canadien » au paragraphe 125(7) L.I.R. fait référence, dans le cadre d'une chaîne de sociétés, au contrôle *de jure* ultime exercé au dernier maillon de la chaîne.

En réponse à la demande de l'appelante pour des CII remboursables, l'ARC a émis un avis de détermination daté du 12 décembre 2002, qui établissait à zéro le montant des CII remboursables de l'appelante pour chacune des années visées.

En ce qui concerne les années d'imposition 1993 à 1995, le ministre a accepté la qualification de l'appelante à titre de SPCC ainsi que les CII additionnels réclamés. Cependant, la demande relativement aux CII remboursables a été rejetée.

Quant aux années d'imposition 1996 à 1998, le ministre a refusé la qualification de l'appelante à titre de SPCC et a donc refusé d'accorder les CII additionnels et CII remboursables réclamés.

---

7 97 D.T.C. 5343 (C.A.F.) (ci-après « *Parthenon* »).

2.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

La première question était de déterminer si l'appelante était en droit de réclamer des CII remboursables pour les années d'imposition 1993 à 1995.

La deuxième question visait la détermination du statut de l'appelante en tant que SPCC durant les années d'imposition 1996 à 1998.

2.3. LES POSITIONS DES PARTIES

2.3.1. Première question

En ce qui a trait aux années d'imposition 1993 à 1995, l'intimée a pris la position que, puisque l'appelante réclamait uniquement un remboursement d'impôt, la Cour n'avait pas compétence pour accorder le remède recherché. Selon le paragraphe 171(1) L.I.R., la Cour ne peut admettre un appel qu'en annulant la cotisation, en modifiant la cotisation ou en déférant la cotisation au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation. Par conséquent, les pouvoirs de la Cour n'incluent pas celui d'ordonner le paiement d'un remboursement, dans la mesure où il n'y aurait pas de modification à la cotisation ou détermination sous-jacente.

L'intimée soutient également que le ministre n'a pas le pouvoir de rembourser un montant à l'appelante en vertu de l'alinéa 164(1)b) L.I.R. À son avis, cette disposition oblige le ministre à effectuer un remboursement uniquement dans la mesure où le contribuable en fait la demande par écrit à l'intérieur de la période de nouvelle cotisation, qui est de trois ans à partir du jour de mise à la poste de l'avis de première cotisation dans le cas d'une SPCC. En l'instance, l'appelante a formulé sa demande de détermination après l'expiration de cette période.

Selon l'appelante, la Cour a compétence en l'espèce puisqu'elle s'oppose à la détermination relative aux CII remboursables et demande le paiement du remboursement résultant de ces CII.

L'appelante réfute le deuxième argument de l'intimée en précisant que le remboursement en l'espèce naît non pas d'une cotisation, mais bien d'une détermination. En effet, le paragraphe 152(1.2) L.I.R. édicte que l'ensemble des dispositions de la Division 1 L.I.R. relativement aux cotisations s'applique avec adaptations nécessaires aux déterminations. Par conséquent, la date limite pour déposer une demande de remboursement serait de trois ans à partir de la date de mise à la poste de l'avis de première détermination, délai respecté par l'appelante en l'espèce.

Par ailleurs, l'appelante invoque le fait que, puisque le paragraphe 127.1(1) L.I.R. n'établit aucune limite de temps pour réclamer un CII remboursable, cette disposition aurait préséance sur l'alinéa 164(1)b) L.I.R.

En dernier lieu, l'appelante soutient qu'un remboursement ordonné par la Cour serait payable en vertu du paragraphe 164(4.1) L.I.R. et non en vertu du paragraphe 164(1) L.I.R.

2.3.2. Deuxième question

Les parties conviennent que les alinéas a) et c) de la définition de SPCC formulée au paragraphe 125(7) L.I.R. ne s'appliquent pas en l'espèce. Le désaccord se situe plutôt en ce qui a trait à l'application de l'alinéa b) de la définition.

L'appelante argumente que le texte de l'alinéa b) est ambigu et qu'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique révèle que cette disposition ne s'applique pas dans le cas de l'appelante. D'une part, cette ambiguïté est créée par l'incertitude à savoir si la disposition doit s'appliquer lorsque les actions de la société en cause sont déjà détenues par une seule et unique personne. Ensuite, il y a ambiguïté du fait que l'objectif législatif de la disposition démontre qu'elle vise les situations où le contrôle d'une société ne peut être établi en raison d'une participation multiple des actions de son capital-actions, et non les situations où le contrôle de la société est déjà exercé par une ou plusieurs personnes[8]. Quant à l'analyse contextuelle, celle-ci démontre qu'il n'était pas de l'intention du législateur que l'alinéa b) ait pour effet de créer différents niveaux de contrôle d'une société, sinon le nouveau paragraphe 256(6.1) L.I.R. (adopté après les années d'imposition en vigueur) n'aurait pas de raison d'être.

Par ailleurs, l'appelante estime que, puisque l'alinéa b) crée une fiction légale, cette disposition devrait être interprétée de manière stricte, en conformité avec la position de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Survivance* c. *La Reine*[9].

---

[8] L'appelante appuie son point de vue en citant les Notes explicatives du ministère des Finances (CANADA, ministère des Finances, *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, Projet de loi C-28, L.C. 1998, c. 19, par. 145(2), de même que AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-458R2, « Société privée sous contrôle canadien », 31 mai 2000, et l'affaire *Silicon Graphics Ltd.* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) (ci-après « *Silicon Graphics* »).

[9] 2007 D.T.C. 5096 (C.A.F.).

En dernier lieu, l'appelante allègue que, même si l'alinéa b) s'applique en l'instance, le contrôle ultime doit tout de même être déterminé sous l'alinéa a) de la définition de SPCC afin de respecter les principes énoncés dans l'affaire *Parthenon*.

Selon l'intimée, le langage de la disposition est clair et non équivoque, de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire d'analyser le contexte ni la téléologie pour l'interpréter.

2.4. LA DÉCISION

2.4.1. Première question

La Cour commence son analyse en traitant de la question de compétence soulevée par l'intimée. Selon la Cour, il n'y a pas de doute qu'elle peut statuer sur le droit éventuel de l'appelante à des CII remboursables en vertu du paragraphe 127.1(1) L.I.R. Par ailleurs, malgré le fait que la Cour reconnaisse qu'elle ne peut ordonner au ministre de payer un remboursement, elle peut néanmoins déférer la détermination au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation. Dans un tel cas, la Cour conclut que l'obligation du ministre relativement aux remboursements tombe sous le paragraphe 164(4.1) L.I.R. et non sous l'alinéa 164(1)b) L.I.R., comme le prétendait l'intimée[10].

Quant au deuxième argument de l'intimée selon lequel le contribuable doit faire la demande de remboursement par écrit à l'intérieur de la période de nouvelle cotisation, la Cour est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une condition essentielle au droit d'obtenir un CII remboursable.

Par conséquent, elle ordonne que la détermination du ministre soit modifiée afin de refléter le fait que l'appelante a droit, en vertu de l'article 127.1 L.I.R., aux CII réclamés.

Quoique non nécessaire à l'issue du litige, la Cour rejette en *obiter* l'argument de l'intimée à savoir que le délai pour déposer une demande de remboursement résultant d'une détermination court à partir de la date de première cotisation, au lieu de la date de première détermination.

---

[10] La Cour cite l'affaire *Datacalc Research Corp.* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 1479 (C.C.I.), au soutien de cette conclusion.

2.4.2. Deuxième question

L'analyse de la Cour porte essentiellement sur l'interprétation de l'expression « personne donnée » employée à l'alinéa b) de la définition de SPCC. Dans cette optique, la Cour accepte l'argument de l'appelante voulant que l'expression soit ambiguë quant à savoir si elle fait référence à une personne hypothétique à qui la propriété de l'ensemble des actions détenues par des personnes non résidentes ou des sociétés publiques doit être attribuée, ou bien si elle signifie plutôt une personne individuelle ou unique. Cette ambiguïté est créée par les différences qui existent entre les versions anglaise et française de la disposition. En effet, le texte anglais emploie les termes *particular person*, dont la connotation diffère des termes « personne donnée ».

Puisque le texte même de la disposition est ambigu, l'analyse interprétative de la Cour se poursuit selon les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* c. *Canada*[11]. La Cour accepte les arguments de l'appelante relativement à l'objectif de la disposition et conclut ainsi que l'objectif de l'alinéa b) n'est pas d'attribuer les actions d'une société à une personne hypothétique lorsque ces actions sont déjà détenues par une seule et unique personne. Par conséquent, le contrôle de l'appelante doit être déterminé selon la détention d'actions véritable, de telle sorte que ce n'est pas Perfect Fry Corporation qui exerce le contrôle *de jure* en l'espèce, mais bien le groupe de résidents canadiens qui détient la majorité des actions avec droit de vote de cette dernière. L'appelante se qualifie donc de SPCC pour les années d'imposition 1996 à 1998.

2.5. COMMENTAIRES

Cette décision fait l'objet d'un appel en Cour d'appel fédérale. L'interprétation de l'alinéa b) de la définition de SPCC adoptée par la Cour représente un départ par rapport à l'interprétation traditionnelle accordée à cette disposition. À la lumière de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Sedona Networks Corporation* c. *La Reine*[12], qui sera discutée ci-après, il n'est pas clair que ce raisonnement soit suivi par cette même Cour d'appel fédérale (voir les commentaires sous l'affaire *Sedona*).

---

[11] 2005 D.T.C. 5523 (C.S.C.).

[12] 2007 D.T.C. 5359 (C.A.F.) (ci-après « *Sedona* »).

Par ailleurs, il est important de noter que, pour les années d'imposition débutant après novembre 1999, il faudra tenir compte de l'application du paragraphe 256(6.1) L.I.R. dont l'effet est de contrecarrer les conclusions de l'affaire *Parthenon*. Par conséquent, en reprenant les faits de l'affaire *Perfect Fry*, la société serait contrôlée à la fois par Perfect Fry Corporation et par le groupe de résidents canadiens, de telle sorte que son statut de SPCC serait perdu.

3. L'AFFAIRE *SEDONA*

3.1. LES FAITS

Sedona Networks Corporation (ci-après « Sedona ») était une société exploitant une entreprise de développement, production et distribution de produits destinés aux fournisseurs de services de réseau. Au cours de son année d'imposition 1999, elle a déboursé 2 929 361 $ en dépenses de RS & DE, et a réclamé un CII remboursable de 927 785 $.

Parmi les actionnaires de Sedona, la Bank of Montreal Capital Corporation (ci-après « BMCC ») détenait 438 597 actions avec droit de vote de catégorie B. La société BMCC était, quant à elle, une filiale à part entière de la Banque de Montréal (ci-après « BMO »), une société publique. BMCC avait conclu en 1996 une entente avec Ventures West Management TIP Inc. (ci-après « Ventures »), une SPCC, selon laquelle celle-ci détenait le droit d'exercer à son entière discrétion les droits de vote attachés aux actions de Sedona détenues par BMCC.

Par ailleurs, le 2 août 1999, celle-ci a octroyé 458 000 options d'achat d'actions ordinaires à un particulier non résident, M. Khezri. Cependant, les droits en question prenaient effet dès le 15 octobre 1999, soit 15 jours après la fin de l'année d'imposition de Sedona.

Le ministre a refusé d'octroyer les CII réclamés en se basant sur le fait que Sedona n'était pas une SPCC au cours de l'année d'imposition en cause.

Sedona a porté la cotisation en appel devant la Cour canadienne de l'impôt, qui a maintenu la cotisation du ministre.

3.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question centrale du litige est de déterminer si Sedona était une SPCC au cours de l'année 1999. Plus précisément, la Cour est appelée à interpréter l'alinéa b) de la définition de SPCC proposée au paragraphe

125(7) L.I.R., ainsi que l'application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. dans ce contexte.

3.3. LES POSITIONS DES PARTIES

L'alinéa b) de la définition de SPCC établit qu'une société n'est pas une SPCC dans le cas où si chaque action de son capital-actions appartenant à une personne non résidente ou à une société publique appartenait à une personne donnée, la société serait contrôlée par celle-ci.

Selon l'appelante, les actions détenues par BMCC ne sont pas détenues par un non-résident ou une société publique aux fins de cette disposition, de telle sorte que son statut de SPCC n'est pas perdu en raison de l'alinéa b).

L'intimée, quant à elle, est d'avis que ces actions sont effectivement détenues par une société publique étant donné que BMCC est contrôlée par BMO, une société publique. Cette position est tirée de l'affaire *Vineland Quarries and Crushed Stone Limited* c. *MRN*[13].

Sedona réfute les prétentions de l'intimée en précisant que les principes de l'affaire *Vineland Quarries* ne s'appliquent pas au cas présent puisque les droits de vote des actions en cause sont détenus par Ventures.

3.4. LA DÉCISION

Relativement à l'alinéa b) de la définition de SPCC, la Cour d'appel fédérale estime que cette disposition crée une règle selon laquelle l'ensemble des actions détenues par des non-résidents ou par des sociétés publiques doit être attribué à une personne donnée hypothétique pour ensuite déterminer si cette personne contrôle la société visée.

Afin de déterminer quelle partie détient les actions en cause aux fins de l'alinéa b), la Cour se réfère à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Duha Printers* c. *Canada*[14] afin de conclure que l'entente intervenue entre BMCC et Ventures ne constitue pas un acte constitutif aux fins du droit corporatif, ni une convention unanime d'actionnaires. Par conséquent, ce document n'a aucune incidence sur le contrôle *de jure* exercé sur Sedona.

---

[13] 66 D.T.C. 5092 (C. de l'É.) (ci-après « *Vineland Quarries* »).

[14] 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) (ci-après « *Duha Printers* »).

La Cour rejette les prétentions de Sedona selon lesquelles l'entente constitue une convention unanime d'actionnaires, car non seulement BMO n'est pas partie à l'entente, mais l'entente en question ne restreint pas de fait les pouvoirs des administrateurs de gérer les affaires de BMCC.

Par conséquent, les actions détenues par BMCC doivent être considérées comme détenues par une société publique, soit BMO, aux fins de l'application de l'alinéa b) de la définition de SPCC.

Quant au sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R., celui-ci énonce que, aux fins de la définition de SPCC, la personne qui a un droit « à des actions du capital-actions d'une société ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était propriétaire des actions à ce moment, […] ». Selon le juge de première instance, les droits d'option contemplés à ce sous-alinéa ne pourraient pas être attribués à une personne donnée aux fins de l'alinéa b) de la définition de SPCC en raison du fait que la disposition ne crée pas une présomption de propriété, mais bien une présomption de contrôle d'une société.

La Cour d'appel fédérale rejette cette analyse en maintenant que la présomption légale vise le concept de propriété et non celui de contrôle. Une option visée par le sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R. doit être présumée exercée et l'action sous-jacente acquise par le détenteur de l'option. Les votes liés à ces actions doivent ensuite être comptabilisés avec les actions réellement émises aux fins de l'alinéa b) de la définition de SPCC.

En tenant compte de ces conclusions, la Cour estime que l'attribution des actions détenues par des non-résidents ou par des sociétés publiques à une personne donnée hypothétique fait en sorte que Sedona ne se qualifie pas à titre de SPCC pour l'année d'imposition 1999. La décision de la Cour canadienne de l'impôt est donc maintenue.

3.5. COMMENTAIRES

L'alinéa b) de la définition de SPCC au paragraphe 125(7) L.I.R. a été adopté pour faire échec aux principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics* dans le contexte particulier des SPCC. Contrairement à l'affaire *Sedona*, qui a été rendue moins de deux mois après cette décision, les dispositions du paragraphe 256(6.1) L.I.R. n'étaient toutefois pas en vigueur au cours des années en litige, ce qui explique vraisemblablement la conclusion en apparence contradictoire de la Cour

canadienne de l'impôt quant à l'interprétation de l'alinéa b) de cette définition.

La Cour d'appel fédérale a refusé de considérer l'entente intervenue entre BMCC et Ventures aux fins de déterminer le contrôle *de jure* de la société visée, sur la base de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Duha Printers*. Il faut toutefois noter que cette dernière n'avait pas entièrement fermé la porte à l'examen de documents autres que la loi constitutive, le registre des actionnaires, les documents constituants et les conventions unanimes entre actionnaires. En effet, la Cour suprême du Canada avait précisé que tout autre document n'était pas **généralement** pertinent aux fins de la détermination du contrôle *de jure*. La Cour d'appel fédérale n'a pas commenté cette précision. Est-ce qu'une entente, qui ne constitue pas par ailleurs une convention unanime entre actionnaires, mais qui prévoit des obligations et des modalités pour sa modification semblables à une convention unanime entre actionnaires, pourrait être une exception à cette règle générale? Cette question reste entière.

PARTIE C

Marie-Andrée Legault, avocate conseil[*]
Ministère de la Justice du Canada

1. L'AFFAIRE *ANCHOR POINTE ENERGY LTD.* C. *LA REINE*[1]

Il est depuis longtemps établi qu'en matières fiscales le contribuable qui conteste une cotisation d'impôt assume le fardeau de démontrer que les hypothèses de fait sur lesquelles s'est basé le ministre du Revenu national (ci-après « Ministre ») pour établir la cotisation sont erronées[2].

Dans la présente affaire, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée pour la première fois sur la question de savoir sur qui, du contribuable ou du Ministre, reposait le fardeau de réfuter les hypothèses de fait retenues par le Ministre pour la première fois au stade de la ratification d'une cotisation. La Cour d'appel fédérale[3], contrairement à la Cour canadienne de l'impôt[4], a déterminé que ce fardeau appartenait au contribuable.

1.1. LES FAITS

En 1991, cinq prédécesseurs d'Anchor Pointe ont fait l'acquisition de données sismiques et, dans leurs déclarations de revenus pour 1991, ont déduit le coût de ces données à titre de « frais d'exploration au Canada » (ci-après « FEC »). En 1994, le Ministre a émis des nouvelles cotisations à l'égard des prédécesseurs en réduisant le montant de FEC admissibles, en tenant pour acquis qu'ils avaient déduit des montants dépassant la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des données sismiques.

Anchor Pointe (résultat d'une fusion de ses prédécesseurs) s'est opposée aux nouvelles cotisations. À la suite d'une entente entre les parties, les oppositions ont été tenues en suspens dans l'attente de la décision de la Cour

---

[*] Le présent texte témoigne des vues de l'auteure et non de celles du ministère de la Justice du Canada.

[1] [2007] C.A.F. 188 (ci-après « *Anchor Pointe n^o 2 (C.A.F.)* »).

[2] *Anderson Logging Co.* c. *British Columbia*, [1925] R.C.S. 45, 50 (ci-après « *Anderson Logging* »); *Johnston* c. *MRN*, [1948] R.C.S. 486, 487 (ci-après « *Johnston* »).

[3] *Anchor Pointe n^o 2 (C.A.F.)*, précité, note 1.

[4] *Anchor Pointe Energy Ltd.* c. *La Reine*, [2006] 4 C.T.C. 2353 (C.C.I.) (ci-après « *Anchor Pointe n^o 2 (C.C.I.)* »).

d'appel fédérale dans l'affaire *Global Communications Ltd.* c. *La Reine*[5], laquelle a été rendue en juin 1999. En 2000, le Ministre a ratifié les nouvelles cotisations sur la base des conclusions de cette décision, à savoir que le coût des données sismiques acquises dans le but de les revendre ou d'accorder des licences d'exploitation de ces données ne se qualifiait pas à titre de FEC.

Anchor Pointe a déposé un appel de ces nouvelles cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt, qui a donné lieu à une première série de procédures[6]. Anchor Pointe demandait la radiation, dans la réponse à l'avis d'appel du Ministre, des hypothèses de fait découlant de l'arrêt *Global*, au motif qu'elles n'avaient pas été considérées au moment de l'établissement des nouvelles cotisations mais seulement au stade de la ratification. Après un jugement de la Cour canadienne de l'impôt en faveur d'Anchor Pointe, la Cour d'appel fédérale a, pour sa part, décidé que le Ministre pouvait bel et bien inclure dans sa réponse à l'avis d'appel de nouvelles hypothèses de fait sur lesquelles il s'était basé au stade de la ratification, dans la mesure où il alléguait ces hypothèses de façon précise[7]. Le Ministre a donc produit une réponse modifiée à l'avis d'appel à la suite de cette décision de la Cour d'appel fédérale.

Une question demeurait toutefois sans réponse : qui devait assumer le fardeau de la preuve à l'égard des nouvelles hypothèses de fait retenues par le Ministre pour la première fois au stade de la ratification d'une cotisation? C'est ce qui a donné lieu à une deuxième série de procédures.

1.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT[8]

Selon le juge en chef Bowman, le fardeau de prouver les hypothèses de fait retenues au moment de la ratification d'une cotisation repose sur le Ministre. Pour en arriver à cette conclusion, il fait une revue exhaustive de la jurisprudence exposant les règles du fardeau de la preuve en matière fiscale et s'appuie plus particulièrement sur quatre décisions de la Cour suprême du

---

5 99 D.T.C. 5377 (ci-après « *Global* »).

6 *Anchor Pointe Energy Ltd.* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 2071 (C.C.I.) (ci-après « *Anchor Pointe n^o 1 (C.C.I.)* ») et *Anchor Pointe Energy Ltd.* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 2071 (C.A.F.) (ci après « *Anchor Pointe n^o 1 (C.A.F.)* »).

7 *Anchor Pointe n^o 1 (C.A.F.)*, précité, note 6, par. 28.

8 *Anchor Pointe n^o 2 (C.C.I.)*, précité, note 4.

Canada[9], lesquelles indiquent que c'est le contribuable qui a le fardeau de réfuter les hypothèses de fait sur lesquelles le Ministre s'est fondé pour établir sa cotisation. En fonction de ces décisions, le juge Bowman conclut qu'un contribuable en appelle d'une cotisation, et non d'une ratification[10]. De plus, il est clair pour lui que la ratification ne fait pas partie du processus d'établissement de la cotisation[11]. Enfin, il est d'avis que, du point de vue de l'équité procédurale, il est préférable d'imposer le fardeau de la preuve au Ministre à l'égard des hypothèses de fait soulevées pour la première fois au stade de la ratification :

> « Quite apart from the compelling precedential force of four Supreme Court of Canada judgments there are additional reasons for not saddling the taxpayer with the onus of disproving new "assumptions" that the Minister has come up with at the objection level. It is a simple matter of procedural fairness. The cards are already stacked in favour of the Crown, with the presumption of correctness of assessments, the Crown's right to plead unproved assumptions and to reverse onus of proof. I see no reason for stacking the cards any further by extending that reverse onus to "assumptions" made at the confirmation stage[12]. »

1.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE[13]

La Cour d'appel fédérale, dans un jugement unanime, renverse la décision de la Cour canadienne de l'impôt. Selon le juge Létourneau, qui rend jugement au nom de la Cour, bien que la cotisation, la nouvelle cotisation et la ratification constituent trois actes spécifiques accomplis par le Ministre dans le processus d'établissement de l'obligation fiscale d'un contribuable, le mot « cotisation » renvoie également au **produit** de ce processus. La Cour s'appuie à ce sujet sur un passage de l'affaire *Canada* c. *Consumers' Gas Co*., où le juge Hugessen s'exprimait ainsi :

> « What is put in issue on an appeal to the courts under the Income Tax Act is the Minister's assessment. While the word "assessment" can bear two constructions, as being either the process by which tax is assessed or the product of that assessment, it seems to me clear, from a reading of sections 152 to 177 of the Income Tax Act, that the word is there employed in the second sense only. This conclusion flows in particular from subsection 165(1) and from the

---

9 *Anderson Logging*, précité, note 2; *Johnston*, précité, note 2; *Hickman Motors Ltd.* c. *La Reine*, [1997] 2 R.C.S. 336 (ci-après « *Hickman Motors* »); *Placer Dome Canada Ltd.* c. *Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] C.S.C. 20 (ci-après « *Placer Dome* »).

10 *Anchor Pointe n^o 2 (C.C.I.)*, précité, note 4, par. 25 et 26.

11 *Id.*, par. 27.

12 *Id.*, par. 28.

13 *Anchor Pointe n^o 2 (C.A.F.)*, précité, note 1.

> well established principle that a taxpayer can neither object to nor appeal from a nil assessment[14]. »

De plus, bien qu'elle reconnaisse qu'un contribuable en appelle d'une cotisation et non d'une ratification, la Cour d'appel fédérale s'appuie sur les propos du juge Cattanach dans l'affaire *Parsons* c. *MRN* (avec lesquels le juge Bowman s'était dit en désaccord) pour déterminer que le processus de cotisation englobe également l'étape de la ratification :

> « That product refers to the amount of the tax owing as initially assessed or determined, and subsequently confirmed. From the perspective of the process itself, the assessment pursuant to sections 152 to 165 is not completed by the Minister until, within the time allotted by the Act, the amount of the tax owing is finally determined, whether by way or reconsideration, variation, vacation or confirmation of the initial assessment[15]. »

Enfin, la Cour rappelle la raison d'être de la règle faisant reposer le fardeau de la preuve sur l'appelant, à savoir que, dans le cadre d'un système d'autodéclaration, c'est le contribuable qui a la connaissance des faits particuliers à sa situation[16]. Elle indique également les conséquences néfastes qu'engendrerait un renversement du fardeau de la preuve sur le Ministre :

> « […] if the onus were to be on the [Minister], the [Minister] would be facing the daunting, if not impossible task of proving a negative, i.e. that the seismic data was not bought by the five predecessors of [Anchor Pointe], and subsequently used by them and [Anchor Pointe], for exploration purposes[17]. »

1.4. COMMENTAIRES

La décision de la Cour d'appel fédérale règle l'incertitude qui avait été créée par la Cour canadienne de l'impôt au sujet de la portée des règles régissant le fardeau de la preuve dans le cadre de la contestation d'une cotisation d'impôt. Elle respecte par ailleurs tous les principes énoncés antérieurement par la jurisprudence sur cette question.

Il est vrai que les quatre décisions de la Cour suprême du Canada sur lesquelles s'appuie le juge de la Cour canadienne de l'impôt au soutien de sa

---

14 [1987] 2 C.F. 60, 67 (C.A.F.) (ci-après « *Consumers' Gas* »).

15 [1984] 1 C.F. 804, 814 (C.A.F.) (ci-après « *Parsons* »).

16 *Anchor Pointe n^{o} 2 (C.A.F.)*, précité, note 1, par. 35, s'appuyant sur l'affaire *Les Voitures Orly Inc./Orly Automobiles Inc.* c. *La Reine*, [2005] C.A.F. 425, par. 20 (ci-après « *Voitures Orly* »).

17 *Anchor Pointe n^{o} 2 (C.A.F.)*, précité, note 1, par. 44.

décision[18] indiquent que le contribuable a le fardeau de réfuter les hypothèses de fait sur lesquelles s'est basé le Ministre en établissant sa cotisation. Cependant, le juge Bowman n'indique pas en quoi ces décisions appuient sa position voulant que la ratification ne fasse pas partie du processus de cotisation. Pourtant, aucune de ces décisions ne traite expressément d'hypothèses de fait considérées pour la première fois par le Ministre au moment de la ratification, et rien ne permet de conclure de ces décisions que la présence de telles hypothèses de fait entraînerait un renversement du fardeau de la preuve.

Par ailleurs, la décision de la Cour d'appel fédérale tient compte des principes plus haut mentionnés qui ont été antérieurement établis dans les affaires *Consumers' Gas*[19], *Parsons*[20] et *Voitures Orly*[21], ce que la Cour canadienne d'impôt n'a pas fait.

Enfin, la décision de la Cour canadienne d'impôt amenait un résultat illogique, en ce qu'elle imposait au Ministre un fardeau de preuve distinct selon qu'il avait considéré ses hypothèses de fait au moment de l'établissement de sa cotisation ou au moment de sa ratification. Pourtant, à la suite du dépôt d'un avis d'opposition, le Ministre, qu'il ratifie, annule une cotisation ou en émette une nouvelle, accomplit le même geste, à savoir déterminer le montant d'impôt à payer par ce contribuable. Or, la Cour d'appel fédérale confirme que rien ne justifie une telle distinction à propos des hypothèses de fait :

> « Second, the position taken by the motions judge ignores the second meaning of assessement under section 152 to 177 of the Act, i.e. the product of the assessment as opposed to the process. Either at the initial or at the objection stage, the Minister is attempting to determine the tax liability, and quantum, of the taxpayer. He is entitled, throughout this period, until his final determination, to rely upon facts newly discovered or revealed by the taxpayer, and assume them. Nothing in the meaning of assessment requires or permits that some facts be assumed by the Minister, others not, and that, as a result, two categories of assumptions of fact can be created with a different onus for each one. In my respectful view, this runs contrary to the rationale behind the onus of proof,

---

18 *Anderson Logging*, précité, note 2; *Johnston*, précité, note 2; *Hickman Motors*, précité, note 9; *Placer Dome*, précité, note 9.

19 Précité, note 14.

20 Précité, note 15.

21 Précité, note 16.

> especially in this case where the Minister would have to prove a negative, when all the evidence is in the hands or the taxpayer[22]. »

À la suite de la décision de la Cour d'appel fédérale, Anchor Pointe a déposé, en août 2007, une demande de permission d'appeler auprès de la Cour suprême du Canada. Il sera intéressant de voir si pour la Cour suprême cette affaire revêt un caractère d'intérêt national.

2. L'AFFAIRE *ADDISON & LEYEN LTD.* C. *LA REINE*[23]

L'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[24] permet au Ministre, **en tout temps**, d'établir une cotisation afin d'aller recouvrer, à certaines conditions, l'impôt impayé d'un débiteur fiscal auprès de certaines tierces personnes.

La Cour suprême du Canada vient fermer la porte qu'avait ouverte la Cour d'appel fédérale à l'utilisation par un contribuable du recours en contrôle judiciaire pour contester le délai écoulé avant que le Ministre n'établisse une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R.

2.1. LES FAITS

En 1988, la société York Beverages (1968) ltée (ci-après « York ») a vendu son entreprise d'embouteillage, à la suite de laquelle elle a effectué divers paiements à ses actionnaires. Un an plus tard, les actionnaires de York vendaient les actions qu'ils détenaient directement et indirectement dans York à une tierce partie.

En 1992, York a fait l'objet d'une nouvelle cotisation à l'égard de son année d'imposition 1989, à laquelle elle s'est opposée. Le Ministre n'a jamais donné suite à cet avis d'opposition et York n'a jamais interjeté appel de la nouvelle cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt.

Jugeant qu'il ne recouvrerait rien de York, le Ministre, en 2001, a envoyé aux personnes qui étaient actionnaires de cette dernière à l'époque des avis de cotisation établis en vertu de l'article 160 L.I.R., les rendant solidairement responsables de la dette fiscale de York jusqu'à concurrence des montants qu'ils avaient reçus d'elle en 1988 et 1989. Les contribuables

---

22 *Anchor Pointe n^o 2 (C.A.F.)*, précité, note 1, par. 40.

23 [2007] C.S.C. 33 (ci-après « *Addison (C.S.C.)* »).

24 L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

ont déposé des avis d'opposition, mais le Ministre n'y a jamais donné suite et les contribuables n'ont jamais déposé d'appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

En 2005, les contribuables ont présenté en Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire afin de faire annuler leurs cotisations, au motif que le temps pris par le Ministre pour établir les cotisations en vertu de l'article 160 L.I.R. constituait l'exercice abusif par ce dernier de son pouvoir discrétionnaire d'établir de telles cotisations. Le Ministre a, pour sa part, présenté une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire, au motif que la Cour canadienne de l'impôt, et non la Cour fédérale, avait compétence exclusive pour invalider une cotisation d'impôt.

2.2. LES DÉCISIONS DES INSTANCES INFÉRIEURES

Le juge Kelen de la Cour fédérale a accueilli[25] la requête en radiation aux motifs que les demandeurs n'étaient pas admis à demander un contrôle judiciaire et qu'ils pouvaient et auraient dû exercer d'autres recours, et plus particulièrement un appel de leurs cotisations à la Cour canadienne de l'impôt. L'exercice du recours au contrôle judiciaire est en effet limité par les dispositions de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*[26], lequel se lit comme suit :

> « 18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi. » (Notre soulignement)

La Cour d'appel fédérale[27] (à deux contre un) a pour sa part rejeté la requête en radiation de la Couronne et ordonné que le recours en contrôle judiciaire soit retourné en première instance pour être entendu sur le fond.

Selon la juge Sharlow, qui rendait jugement au nom de la majorité, une cotisation établie en vertu de l'article 160 L.I.R. constituait une mesure de

---

25 *Addison & Leyen Ltd.* c. *La Reine*, [2005] C.F. 411.

26 L.R.C. (1985), c. F-7 et mod. (ci-après « L.C.F. »).

27 *Addison & Leyen Ltd.* c. *Canada*, [2006] C.A.F. 107 (ci-après « *Addison (C.A.F.)* »).

recouvrement draconienne[28], principalement parce que, contrairement à une cotisation établie en vertu de l'article 152 L.I.R., cette disposition conférait au Ministre un pouvoir discrétionnaire, à savoir qu'il pouvait décider à tout moment d'établir ou non une telle cotisation[29]. Elle a donc conclu que le recours permettant au tribunal de contrôler l'exercice par le Ministre de ce pouvoir discrétionnaire était ouvert. À son avis, l'article 18.5 L.C.F. n'était pas assez explicite en ce qui concerne les cotisations établies en vertu de l'article 160 L.I.R., compte tenu du pouvoir discrétionnaire qu'il confère et également parce qu'il s'agit d'un outil de recouvrement et non de cotisation[30].

La juge Sharlow était également d'avis que la Cour fédérale avait le pouvoir d'annuler la cotisation à titre de remède, mais en précisant « qu'une réparation aussi extrême ne serait pas accordée à la légère, et ne le serait que dans les cas d'abus les plus flagrants »[31].

2.3. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

La Cour suprême du Canada vient renverser la décision de la Cour d'appel fédérale.

Bien qu'elle admette d'emblée que les officiers du Ministre constituent le genre de personnes visées par l'exercice de la compétence de la Cour fédérale prévue à l'article 18.5 L.C.F., elle précise que le recours au contrôle judiciaire ne demeurera possible que dans la mesure où la question n'est pas autrement susceptible d'appel[32].

La Cour décide cependant que le recours au contrôle judiciaire n'est pas possible dans les circonstances de la présente cause, où, rappelons-le, on demande l'annulation de cotisations au motif que le Ministre aurait pris trop de temps avant de les établir. En effet, le Ministre peut **en tout temps** établir une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R. Selon la Cour, accepter l'interprétation qu'a faite la majorité de la Cour d'appel fédérale de cette disposition équivaudrait à y ajouter un délai de prescription qui n'y figure tout simplement pas. La Cour fait siens[33] les propos du juge Rothstein,

---

28 *Id.*, par. 65.

29 *Id.*, par. 66.

30 *Id.*, par. 71.

31 *Id.*, par. 74.

32 *Addison (C.S.C.)*, précité, note 23, par. 8.

33 *Id.*, par. 9.

dissident en Cour d'appel fédérale, concernant la raison d'être de l'absence d'un tel délai :

> « Même si dans le sens retenu par les juges majoritaires, le paragraphe 160(1) peut être considéré comme un moyen de recouvrement draconien, il vise aussi une cible précise. Il ne vise que les transferts de biens à des personnes se trouvant dans des relations ou des situations particulières, et seulement lorsque le transfert est en contrepartie d'une valeur inférieure à la juste valeur marchande des biens transférés. Comme le paragraphe 160(1) s'applique dans des circonstances précises et limitées, l'intention du législateur n'est pas obscure. Le législateur voulait que le ministre puisse recouvrer les montants transférés dans ces circonstances limitées afin de régler l'obligation fiscale du premier contribuable, auteur du transfert. Compte tenu des circonstances entourant de telles transactions, il est clair que le législateur souhaitait qu'il n'y ait pas de délai de prescription ni aucune autre condition applicable au moment de l'établissement de la cotisation par le ministre[34]. »

Bien qu'elle rejette la possibilité d'un tel recours pour une question de délai à établir la cotisation, la Cour est d'avis que le recours au contrôle judiciaire dans certaines circonstances ne serait pas totalement exclu. Elle met cependant à son utilisation de sérieuses restrictions :

> « Le ministre dispose du pouvoir discrétionnaire d'établir une nouvelle cotisation à l'égard d'un contribuable en tout temps. Cela ne veut pas dire que l'exercice de ce pouvoir ne peut jamais faire l'objet d'un contrôle. Toutefois, en raison du terme "en tout temps" à l'art. 160 de la LIR, la longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir une cotisation à l'égard d'un contribuable ne suffit pas à fonder un contrôle judiciaire, sauf, peut-être, s'il s'agit d'autoriser un recours comme le *mandamus* pour inciter le ministre à faire preuve de diligence raisonnable une fois l'avis d'opposition déposé. De plus, en l'espèce, les allégations de fait dans la déclaration n'expliquent pas pourquoi il aurait été impossible d'examiner les questions relatives à l'obligation fiscale, tant en ce qui a trait à la cotisation fiscale sous-jacente établie à l'encontre de York qu'aux cotisations établies à l'égard des intimés au cours d'une procédure d'appel normale.
>
> Dans de telles circonstances, les tribunaux de révision ne doivent ouvrir la voie aux recours en contrôle judiciaire qu'avec beaucoup de circonspection. Il y a lieu de protéger l'intégrité et l'efficacité du système de cotisation et d'appel en matière fiscale. Le Parlement a édifié une structure complexe pour assurer le traitement d'une multitude de revendications se rapportant au fisc, et cette structure s'appuie sur un tribunal spécialisé et indépendant, la Cour canadienne de l'impôt. On ne saurait permettre que le contrôle judiciaire serve à créer une nouvelle forme de procédure connexe destinée à contourner le système d'appel établi par le Parlement en matière fiscale ainsi que la compétence de la Cour de

---

34 *Addison (C.A.F.)*, précité, note 27, par. 92.

l'impôt. Dans ce contexte le contrôle judiciaire devrait demeurer un recours de dernier ressort[35]. »

2.4. COMMENTAIRES

La Cour suprême du Canada vient confirmer que les recours ouverts à un contribuable pour contester une cotisation d'impôt ou la faire annuler, mis à part par le biais d'un appel devant la Cour canadienne de l'impôt, sont, pour ainsi dire, inexistants.

Déjà, par le passé, les tribunaux ont fermé la porte aux recours autres qu'un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt lorsqu'ils constituaient, indirectement ou de façon déguisée, la contestation d'une cotisation d'impôt. Par exemple, la Cour d'appel fédérale a décidé, dans l'affaire *Webster* c. *La Reine*[36], qu'un contribuable ne pouvait contester une cotisation par voie de contrôle judiciaire. Par ailleurs, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Smith et autres* c. *Canada (A.G.)*[37], a rejeté une demande de recours collectif, puisque cette demande constituait en réalité la contestation de cotisations d'impôt. La Cour d'appel fédérale a également déterminé à plusieurs reprises[38] que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour accorder des dommages-intérêts ou toute autre réparation en se basant sur le fait qu'une cotisation d'impôt serait invalide (à moins qu'elle n'ait déjà été annulée par la Cour canadienne de l'impôt) puisqu'elle se trouverait ainsi à permettre de contester accessoirement le bien-fondé de la cotisation.

D'autre part, bien que la juge Sharlow dans l'affaire *Addison (C.A.F.)* ait semé un doute à l'effet contraire[39], il semble acquis que seule la Cour canadienne de l'impôt a compétence pour annuler une cotisation d'impôt à titre de mesure corrective[40].

La Cour suprême du Canada laisse cependant ici la porte entrebâillée quant à la possibilité d'autres recours en matière de cotisation d'impôt et

---

35 *Addison (C.S.C.)*, précité, note 23, par. 10 et 11.

36 [2003] A.C.F. n° 1569 (C.A.F.) (Quicklaw), par. 19 et 20.

37 [2006] B.C.J. 237 (C.A. C.-B.), par. 10 et 17.

38 Voir toutes les décisions citées au paragraphe 20 dans l'affaire *La Reine* c. *Roitman*, [2006] C.A.F. 206 (Quicklaw).

39 Précité, note 27, par. 73.

40 *Angell et autres* c. *La Reine*, [2006] C.F. 1097, par. 54; *Bolton* c. *La Reine*, [1996] 200 N.R. 303 (C.A.F.); *James* c. *MRN*, [2000] A.C.F. 2135 (C.A.) (Quicklaw), principalement aux paragraphes 11 à 21.

cite, par exemple, le *mandamus* afin de forcer l'officier du Ministre à rendre sa décision sur une opposition. Il est curieux que la Cour ait donné cet exemple, d'une part, et indiqué, d'autre part, que les tribunaux ne devraient ouvrir ce genre de recours qu'en dernier ressort afin de protéger l'intégrité du régime de contestation de cotisations d'impôt mis sur pied par le Parlement. On peut en effet s'interroger sur l'opportunité de prendre un recours en *mandamus* alors que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit expressément un recours pour un contribuable insatisfait du délai qu'un officier du Ministre met à statuer sur son opposition : l'alinéa 169(1)b) L.I.R. lui permet de faire appel directement à la Cour canadienne de l'impôt si son opposition n'a pas été traitée dans les 90 jours suivant son dépôt.

La Cour suprême du Canada conclut que le recours à un contrôle judiciaire n'est pas totalement exclu, mais sans indiquer dans quelles circonstances il serait permis. Seuls l'avenir et l'imagination des contribuables et de leurs représentants pourront nous le dire.

3. L'AFFAIRE *LA REINE* C. *GILBERT*[41]

La décision de la Cour d'appel fédérale réitère les principes de droit applicables, dans le cadre de l'établissement d'une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R., lorsqu'une société verse un dividende à son actionnaire.

3.1. LES FAITS

Pierre et Adela Gilbert étaient les seuls actionnaires, en parts égales, et les seuls administrateurs de la société Sécovac, spécialisée en conception et vente de séchoirs à bois. En 1999 et 2000, Sécovac a déclaré et versé des dividendes totalisant 55 000 $ à chacun de ses actionnaires, alors qu'elle avait une dette fiscale supérieure aux dividendes versés. En juin 2002, le Ministre a établi une cotisation à l'égard de chacun des actionnaires en vertu de l'article 160 L.I.R. pour le plein montant des dividendes. Éventuellement, Pierre et Adela Gilbert ont fait appel de leur cotisation auprès de la Cour canadienne de l'impôt.

3.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT[42]

Au soutien de leur appel, les appelants avançaient trois arguments. Tout d'abord, ils ont fait valoir que le versement d'un dividende n'entraînait pas

---

41 [2007] C.A.F. 136 (ci-après « *Gilbert (C.A.F.)* »).

42 C.C.I. n^{os} 2002-3401 (IT) G et 2002-3402 (IT) G, jugement rendu le 17 octobre 2005 (ci-après « *Gilbert (C.C.I.)* »).

un enrichissement corrélatif du bénéficiaire. Il est acquis que, pour qu'il y ait transfert de biens, il doit y avoir appauvrissement de l'auteur du transfert et un enrichissement équivalent du bénéficiaire. Or, selon les appelants, ce n'était pas le cas ici puisque, selon eux, la valeur attribuable aux actions des actionnaires diminuait d'un montant équivalant aux dividendes versés. Les actionnaires ne s'étaient donc pas enrichis à la suite du versement des dividendes[43].

La juge Lamarre-Proulx a rejeté cet argument. Selon elle, il y avait bel et bien transfert de biens puisque, à la suite du paiement des dividendes, la société s'était appauvrie par la diminution de ses bénéfices non répartis, et les bénéficiaires avaient vu leurs revenus augmenter d'autant[44]. D'ailleurs, la Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Therrien* c. *Canada*[45], avait déjà répondu à ce genre d'argument :

> « Finalement, l'argument des appelants au sujet de la diminution de la valeur de leurs actions à la suite du paiement de dividendes, est fondamentalement vicié. Même si la valeur des actions des appelants a diminué à la suite du versement des dividendes (ce qui n'a pas été démontré ici) cela ne signifie pas que la société ait reçu une contrepartie en paiement des dividendes. Il n'a pas été démontré que la prétendue diminution de valeur des actions des appelants ait causé un enrichissement équivalent de la société[46]. »

Comme autre moyen, les appelants ont invoqué avoir fourni une contrepartie au versement des dividendes[47], en se basant sur un passage de la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Gestion Yvan Drouin inc.* c. *La Reine*[48] qui semblait évoquer cette possibilité.

La Cour canadienne de l'impôt a également rejeté cet argument[49] puisque, dans l'affaire *Neuman* c. *MRN*[50], la Cour suprême du Canada a clairement confirmé qu'aucune contrepartie ne pouvait être versée pour la

---

43 *Id.*, par. 14 à 18.

44 *Id.*, par. 30 et 31.

45 [2005] A.C.I. n^{o} 7 (Quicklaw) (ci-après « *Therrien* »).

46 *Id.*, par. 51.

47 *Gilbert (C.C.I.)*, précité, note 42, par. 20.

48 2001 D.T.C. 72 (C.C.I.), par. 42, 44, 45 et 46.

49 *Gilbert (C.C.I.)*, précité, note 42, par. 32.

50 [1998] 1 R.C.S. 770 (ci-après « *Neuman* »).

réception d'un dividende, en citant avec approbation les motifs dissidents du juge LaForest dans l'affaire *McClurg* c. *Canada*[51] :

> « […] le versement d'un dividende résulte de la propriété du capital-actions d'une société. Selon un principe fondamental du droit des sociétés, un dividende est le rapport du capital qui se rattache à une action et ne dépend d'aucune façon de la conduite d'un actionnaire donné[52]. »

Les appelants alléguaient, enfin, que la JVM des dividendes reçus devait être, selon la définition acceptée de cette expression, ce qu'une tierce personne, dans un marché libre, accepterait de payer pour acquérir le dividende. Selon eux, la JVM d'un dividende devait donc être son montant, diminué de l'impôt payable par le bénéficiaire sur ce dividende[53].

C'est sur cet argument que la juge Lamarre-Proulx a finalement donné gain de cause aux appelants :

> « […] en me fondant sur la notion de valeur marchande, quel serait le prix le plus élevé qu'un émetteur de dividende pourrait obtenir d'un tiers acquéreur, il me semble que la réponse ne peut être qu'il s'agit du montant du dividende moins l'impôt à payer sur ce dividende.
>
> Sur un autre plan, soit celui de l'appauvrissement du débiteur fiscal et de l'enrichissement du cessionnaire, au détriment du créancier fiscal, il me semble qu'à l'égard de ce créancier, l'appauvrissement et l'enrichissement sont à la hauteur du montant du dividende moins l'impôt payé à ce créancier à l'égard de ce dividende[54]. »

3.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE[55]

En appel, la Cour n'avait que deux questions à trancher : le versement d'un dividende constituait-il un transfert de biens sans contrepartie, et dans l'affirmative, quelle était la JVM de ce dividende?

Selon le juge Nadon, qui rendait jugement pour la Cour, la juge Lamarre-Proulx n'a commis aucune erreur en rejetant l'argument des contribuables selon lequel un dividende leur avait été versé à titre d'actionnaire de la société moyennant une contrepartie, puisqu'elle n'avait

---

51 [1990] 3 R.C.S. 1020 (ci-après « *McClurg* »).

52 *Neuman*, précité, note 50, 791.

53 *Gilbert (C.C.I.)*, précité, note 42, par. 19.

54 *Id.*, par. 39 et 40.

55 *Gilbert (C.A.F.)*, précité, note 41.

fait que suivre les enseignements du tribunal et de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Neuman*[56].

La Cour d'appel fédérale renverse cependant la décision de la juge Lamarre-Proulx sur la question de la JVM d'un dividende. En effet, la Cour d'appel fédérale avait établi auparavant, dans l'affaire *Hewett* c. *Canada*[57] que la JVM d'un bien devait être évaluée entre les mains de l'auteur du transfert et que la valeur marchande d'un bien transféré devait être la même dans le patrimoine de l'auteur du transfert que dans celui du bénéficiaire[58]. Voici comment la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Hewett* justifiait une telle conclusion :

> « Nous convenons avec le juge de la Cour de l'impôt que le but de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est d'empêcher un contribuable de faire échec à la réclamation par le ministre des impôts non payés en transférant ses biens à son conjoint, ou à certaines autres personnes, pour une contrepartie minimale ou nulle. À notre avis, cela signifie que les "biens" dont il est question dans l'article doivent être des biens du contribuable que le ministre aurait pu saisir si le transfert n'avait pas eu lieu[59]. »

Ainsi, le Ministre avait raison d'établir des cotisations à l'égard de chaque actionnaire en vertu de l'article 160 L.I.R. pour le plein montant du dividende versé, soit 55 000 $ chacun.

3.4. COMMENTAIRES

Cette décision de la Cour d'appel fédérale n'est pas surprenante, puisqu'elle ne fait que reprendre des principes de droit déjà bien établis par des tribunaux supérieurs.

À la suite du jugement de la Cour d'appel fédérale, Pierre et Adela Gilbert ont fait une demande de permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada. Cette demande leur a été refusée le 21 septembre 2007.

Il est cependant intéressant de noter qu'entre-temps ils ont fait à la Cour d'appel fédérale une demande de sursis d'exécution de leur dette en attendant que la Cour suprême ne statue sur leur demande de permission

---

56 *Id.*, par. 15; *Neuman*, précité, note 50.

57 [1997] A.C.F. n° 1541 (Quicklaw) (ci-après « *Hewett* »).

58 *Gilbert (C.A.F.)*, précité, note 41, par. 19.

59 Précité, note 57, par. 2.

d'appel[60]. Il faut se rappeler que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que les mesures de recouvrement que peut prendre le Ministre sont suspendues en cas d'opposition ou d'appel mais que cette suspension cesse après que la Cour canadienne de l'impôt eut rendu jugement[61].

Au soutien de leur requête, les contribuables alléguaient que le recouvrement immédiat de leur dette les forcerait à vendre leur résidence principale et que cela leur causerait un préjudice irréparable. Selon la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Noël, le Ministre a répondu à cette allégation de préjudice irréparable en s'engageant, en cas de jugement en sa faveur sur la requête, à ne pas saisir la résidence et à se limiter à enregistrer une hypothèque légale sur celle-ci.

Dans ce genre d'affaires, la Cour doit évaluer la prépondérance des inconvénients, à savoir laquelle des parties subirait le plus de préjudice à cause d'une décision défavorable à son égard. Voici comment le juge Noël a fait cette évaluation dans le présent cas :

> « À tout événement, l'intérêt public milite en faveur du recouvrement des dettes fiscales légalement exigibles. Autant les mesures de recouvrement envisagées par l'Agence incommodent et portent préjudice aux intimés, autant le fisc risque de se retrouver bredouille si ces mesures étaient suspendues. C'est à tort, selon moi, que les intimés affirment dans leur plaidoyer que la balance des inconvénients penche en leur faveur[62]. »

Une petite victoire pour l'intérêt public.

---

60 *La Reine* c. *Gilbert*, [2007] C.A.F. 254 (ci-après « *Gilbert* »).

61 Par. 225.1(2) et 225.1(3) L.I.R.

62 *Gilbert*, précité, note 60, par. 6.

PARTIE D

Nancy Morency, avocate
Ministère de la Justice du Québec

1. L'AFFAIRE *DUNNE* C. *SMRQ*[1]

Le 10 mai 2007, la Cour suprême du Canada a mis fin aux débats concernant la constitutionnalité des articles 608, 609 et 612.1 de la *Loi sur les impôts*[2] dans un contexte d'imposition de revenus gagnés au Québec par un non-résident. La Cour a décidé qu'une telle application n'étendait pas la compétence fiscale du Québec en dehors de ses limites territoriales et que c'est à bon droit que le sous-ministre du Revenu du Québec (ci-après « SMRQ ») avait imposé les revenus de l'appelant versés par la société et directement reliés aux activités de cette société au Québec.

1.1. LES FAITS

Ronald Dunne (ci-après « appelant ») est résident de l'Ontario et reçoit une pension de retraite de la firme comptable Ernst & Young à titre d'ancien associé. Selon le contrat de société, cette pension est payée à même les revenus annuels d'Ernst & Young, qui exploite son entreprise dans plusieurs provinces du Canada, y compris le Québec. Son établissement situé au Québec génère environ 20 % des revenus de cette société.

En 1997, le SMRQ a émis une cotisation à l'encontre de l'appelant en considérant comme imposable la partie des revenus de retraite de ce dernier qui correspondait à la fraction québécoise des revenus globaux d'Ernst & Young alors même que l'appelant, dans les faits, n'exerçait aucune activité professionnelle au Québec, n'y exploitait aucune entreprise et n'y possédait aucun bien.

1.2. LES ARGUMENTS DES PARTIES

Le SMRQ a prétendu, en première instance et devant la Cour d'appel du Québec, que, par le truchement des articles 25, 87, 600, 608, 609 et 612.1 L.I., le membre retraité d'une société qui exploite une entreprise au Québec,

---

1 [2007] C.S.C. 19.

2 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

bien que ce membre ne soit pas résident du Québec, doit payer de l'impôt sur les revenus de l'entreprise gagnés au Québec et qui lui sont versés.

Pour sa part, l'appelant prétendait ne pas être visé par le régime d'imposition du Québec, n'y ayant personnellement aucun établissement, condition essentielle pour que s'applique à un non-résident l'article 25 L.I.

Quant à l'aspect constitutionnel, l'appelant a soutenu devant chacune des instances et devant la Cour suprême du Canada, de façon subsidiaire, que, dans la mesure où les dispositions en cause invoquées par le SMRQ avaient pour effet de l'assujettir à l'impôt québécois, qu'elles devenaient ainsi contraires au paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[3], ayant pour effet d'étendre la compétence fiscale du Québec en dehors de ses limites territoriales.

1.3. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

La Cour du Québec a confirmé le point de vue de l'appelant et a décidé qu'« un revenu gagné au Québec », tel qu'il est mentionné à l'article 25 L.I., devait être attribuable à un établissement de ce contribuable au Québec selon l'article 1088 L.I. Tout en considérant que l'appelant était réputé, selon les articles 608, 609 et 612.1 L.I., avoir exercé une entreprise au Québec, pour que le revenu soit imposable au Québec, le contribuable devait également y avoir personnellement un établissement sans quoi ce revenu était réputé avoir été gagné en totalité ailleurs qu'au Québec selon l'article 1088R2 du *Règlement sur les impôts*[4]. Considérant sa conclusion sur l'application des dispositions litigieuses, le juge de première instance a décidé de ne pas traiter de l'aspect constitutionnel soulevé par l'appelant.

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Dans un jugement unanime, la Cour d'appel du Québec a infirmé le jugement de première instance et a rétabli l'avis de cotisation adressé à l'appelant par le SMRQ en considérant que c'était par l'entremise de la société que ce premier avait exercé une entreprise au Québec et y avait tenu un établissement et qu'en conséquence il était redevable de l'impôt sur le revenu que cette société avait gagné au Québec et qu'il avait lui-même reçu. La Cour a considéré l'appelant, bien qu'il soit retraité, comme étant visé par

---

3 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

4 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

l'article 25 L.I. en ce qu'il était un particulier résidant au Canada hors du Québec, réputé, conformément à l'article 612.1 L.I., avoir, au cours de l'année 1997, exercé une entreprise au Québec par l'entremise de sa société.

Quant à l'aspect constitutionnel des dispositions législatives en cause, la Cour d'appel a confirmé le pouvoir des provinces d'assujettir à l'impôt les revenus de non-résidents gagnés dans les limites de la province en précisant que le lien permettant l'imposition était le revenu directement rattaché à la province et donc couvert par le pouvoir de taxation provincial.

1.5. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Après une analyse du contrat de société et de la nature de l'allocation de retraite versée à l'appelant, la Cour suprême du Canada a confirmé que ce dernier recevait une part des revenus de la société attribués aux activités de cette dernière au Québec. Sur la base de cette analyse, la Cour suprême a confirmé le pouvoir des provinces d'imposer les revenus gagnés sur leur territoire alors remis par la suite à des personnes ne résidant pas dans cette province et qu'une telle imposition n'enfreignait pas les limites des pouvoirs de taxation conférés aux provinces par le paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867.*

2. L'AFFAIRE *MERCK FROSST CANADA & CO. C. SMRQ*[5]

2.1. LES FAITS

Merck Frosst Canada & Co. (ci-après « appelante ») est une société canadienne dont les actions sont détenues en totalité par un holding étranger, lui-même une filiale à part entière d'une société américaine, Merck & Co. (ci-après « société mère »).

La société mère a mis en place un régime d'options d'achat ou de souscription d'actions au bénéfice de ses employés et de ceux de ses filiales. L'appelante a conclu une entente avec la société mère afin de permettre à ses employés de bénéficier de ce régime d'options. Selon cette entente, l'appelante devait rembourser à la société mère les coûts découlant de l'attribution et de la levée éventuelle des options par ses employés.

Lors des années en litige, quatre types d'attributions ont servi à avantager les employés dont deux prévoyaient une attribution selon les

[5] 2007 QCCA 1075.

recommandations des filiales. Dans tous les cas, c'était la société mère qui décidait des employés admissibles aux bénéfices attribués et qui en informait par lettre lesdits employés.

Il n'était pas contesté que les bénéfices reçus par les employés de l'appelante pour les années en litige et totalisant une somme de 82 959 197,72 $ US étaient des avantages afférents à l'emploi qui devaient être inclus dans leur revenu et c'est volontairement que l'appelante a versé les retenues d'impôt aux autorités fiscales ainsi que les contributions au Fonds des services de santé (ci-après « FSS ») correspondant à 4,26 % des avantages reçus.

L'appelante a demandé au SMRQ le remboursement des contributions versées au FSS pour les années en litige qui s'élevaient à un peu plus de 3,5 M$, prétendant ne pas avoir versé de salaire selon l'article 34 de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[6], ce qui a été refusé, d'où la naissance du litige.

2.2. LA QUESTION EN LITIGE

Il s'agissait essentiellement pour le tribunal de déterminer si l'appelante était une personne ou un employeur qui avait **versé**, **alloué**, **conféré** ou **payé** à ses employés qui se présentaient au travail à son établissement au Québec du salaire sous forme d'avantages imposables et si, par le fait même, elle était tenue de payer une contribution de 4,26 % du salaire ainsi versé au FSS en vertu de l'article 34 L.R.A.M.Q.

2.3. LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

Le SMRQ prétendait que l'article 34 L.R.A.M.Q. devait se lire à la lumière de l'article 33.2 L.R.A.M.Q., qui mentionne ce qui suit :

> « 33.2. Dans la présente sous-section et la sous-section 2, un renvoi à un salaire qu'une personne ou un employeur verse, ou a versé, est un renvoi à un salaire que cette personne ou cet employeur verse, alloue, confère ou paie, ou a versé, alloué, conféré ou payé. »

En s'appuyant sur cet article, le SMRQ était d'avis que les avantages imposables eussent été **conférés** aux employés de l'appelante en **raison** ou **à l'occasion** de leur charge ou de leur emploi compte tenu des termes de

---

6 L.R.Q., c. R-5 (ci-après « L.R.A.M.Q. »).

l'entente intervenue entre la société mère et l'appelante, qui exigeaient l'accord préalable de cette dernière pour l'octroi des avantages à ses employés. Le SMRQ prétendait que c'est par ce lien d'emploi avec l'appelante que les employés de celle-ci ont été en mesure de bénéficier des options offertes par la société mère et que c'était donc l'appelante qui avait conféré, donc versé, lesdits avantages au sens de l'article 34 L.R.A.M.Q.

L'appelante avançait, pour sa part, qu'elle ne pouvait être identifiée comme étant la personne ayant versé les avantages attribués par la société mère et reçus par ses employés au sens de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* considérant que la décision d'octroyer de tels avantages ne lui appartenait pas en tant que filiale mais appartenait uniquement à la société mère. L'appelante insistait sur le fait que les termes de l'article 34 L.R.A.M.Q. étaient clairs et ne pouvaient viser que « l'employeur qui verse un salaire à son employé » de façon directe et non d'une façon détournée, comme le propose le SMRQ.

Elle invitait également le tribunal, en raison du libellé de l'article 34 L.R.A.M.Q., à limiter son attention strictement au moment auquel chaque employé avait effectivement exercé ou levé les options pour décider de la personne qui avait versé lesdits avantages. Selon l'appelante, à ce moment, la société mère était la seule visée en ce qu'elle avait fait des avances de fonds afin de permettre aux employés concernés de bénéficier du régime d'options octroyé, sans son concours.

2.4. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

Le juge a donné raison au SMRQ en concluant que les dispositions législatives applicables impliquaient l'existence d'un lien d'emploi entre un employeur et un employé et, selon la preuve présentée, a identifié l'appelante comme étant l'employeur.

Dans son jugement, le juge a considéré que le lien d'emploi des personnes travaillant dans l'établissement de l'appelante au Québec était avec cette dernière uniquement et non avec la société mère, comme le proposait l'appelante. Sur cette question, le juge précise que le fait de participer à l'octroi ou à l'attribution d'un avantage qui s'avère imposable ne crée pas automatiquement un lien d'emploi entre la personne ainsi avantagée et la partie qui lui a octroyé l'instrument lui permettant éventuellement de bénéficier de cet avantage.

Il poursuit en confirmant que l'expression « salaire qu'il verse », qui se retrouve à l'article 34 L.I., devait se lire de concert avec l'article 33.2

L.R.A.M.Q. et que l'acceptation par l'appelante de l'offre de la société mère selon les conditions stipulées dans l'entente mise en preuve amenait à conclure que l'appelante, dans les faits, était l'employeur qui avait « réellement conféré » l'avantage dont avait bénéficié ses employés sans quoi de tels bénéfices n'auraient pu leur être octroyés.

Par ailleurs, en ce qui concerne les articles 48 et 49 L.I., qui prévoient l'avantage qu'est présumé recevoir un employé qui acquiert un titre en vertu d'une convention à cet effet entre deux personnes admissibles ayant un lien de dépendance, le juge ne limite pas leur application à une personne admissible qui convient de vendre ou d'émettre un de ses propres titres à un de ses employés ou à un employé d'une personne admissible avec qui elle a un lien de dépendance, comme l'a proposé l'appelante. Il a considéré que ces articles englobaient également une personne admissible « qui convient » de vendre ou d'émettre un titre d'une autre personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, et ce, en faveur de ses propres employés, tel le cas en l'espèce.

En terminant, la Cour du Québec a réfuté la théorie proposée par l'appelante selon laquelle la société mère devait être considérée comme ayant versé les avantages concernés compte tenu du fait que la levée des options par les employés avait nécessité pour celle-ci une avance de fonds. Selon la preuve présentée, il est apparu au juge de première instance que, dans les faits, la société mère avait émis des actions à une valeur marchande supérieure au prix payé par l'employé sans aucune avance de fonds proprement dite alors que la différence avait été remise par l'appelante à la société mère à la fin de l'année. Le juge a ainsi considéré que l'attribution des options, même si effectuée selon les directives et initiatives de la société mère, l'avait été avec l'accord explicite de l'appelante et à ses frais et donc avait été conférée par l'appelante à ses employés.

2.5. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

La Cour d'appel du Québec est venue confirmer le refus des remboursements demandés et ainsi refuser les cotisations émises pour les mêmes motifs que le juge de première instance en insistant sur le fait que sans le lien d'emploi avec l'appelante et l'accord de cette dernière, les employés visés n'auraient pu être admissibles auxdits bénéfices, ce qui rattachait leur attribution directement à l'appelante. La Cour a également exclu la possibilité de deux employeurs dans le cas en l'espèce.

Selon la Cour d'appel, les dispositions de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* applicables au moment du litige donnaient

aux mots utilisés une extension qui débordait de beaucoup leur sens usuel en ce que le mot « salaire », par l'effet de l'article 33 L.R.A.M.Q. signifiait « revenu », ce qui comprenait, par l'effet de l'article 37 L.I., tous les avantages qu'un employé recevait ou dont il avait bénéficié en raison ou à l'occasion de son emploi, y compris, par l'entremise de l'article 49 L.I., tout avantage provenant d'un régime d'intéressement sous forme d'options. La Cour a également confirmé que le mot « verser » qui se retrouve à l'article 34 L.R.A.M.Q. devait s'entendre, par l'effet de l'article 33.2 L.R.A.M.Q., comme étant ce qui est versé, alloué, conféré ou payé et que, par conséquent, la gamme des circonstances susceptibles de satisfaire au critère établi par la loi était sensiblement plus étendue que ce qu'évoque, dans leur sens premier, les mots « verser un salaire ».

La Cour d'appel n'a également pas retenu l'argument de l'appelante à savoir que c'était au moment de la levée de l'option que la question devait être analysée, ne visant alors que la société mère. Sur cet aspect, la Cour a précisé qu'en concluant l'entente, l'appelante avait dès lors **conféré** à ses employés un avantage qui était devenu, lors de l'exercice par les employés de leur droit en vertu de leurs options, un revenu liquide et chiffrable.

3. L'AFFAIRE *SMRQ* C. *LAMOTHE*[7]

3.1. LES FAITS

En janvier 2001, M. Lamothe (ci-après « intimé ») a fait l'acquisition de débentures d'Air Canada pour une somme totale de 96 000 $ venant à échéance le 1er octobre 2007.

En octobre 2002, à la suite de l'omission d'Air Canada de verser des intérêts comme convenu, l'intimé tente sans succès de vendre ses débentures par l'entremise de son courtier qui estimait leur valeur marchande à 68 000 $ à la fin de l'année 2002.

En avril 2003, après l'obtention par Air Canada d'une ordonnance initiale en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[8], l'intimé estime que sa créance est irrécouvrable et décide de se prévaloir des articles 231 et 299 L.I. dans sa déclaration de revenus de

---

7 2007 QCCA 524.

8 L.R.C. (1985), c. C-36 (ci-après « L.A.C.C. »).

l'année 2002 afin de réclamer une perte en capital équivalant à 50 % de la somme investie pour l'achat des débentures.

Par ailleurs, en 2004, selon les termes de l'arrangement fait à ses créanciers, Air Canada a procédé au rachat des débentures, dont celles détenues par l'intimé pour un prix beaucoup plus bas que le prix payé lors de l'acquisition. Parallèlement, le SMRQ a refusé la perte réclamée par l'intimé en ce que, d'une part, la créance n'était pas due en 2002 et que, d'autre part, la preuve n'avait pas établi le caractère irrécouvrable de la créance lors de l'année d'imposition en litige.

3.2. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

La Cour du Québec a accueilli l'appel du contribuable.

Le juge de première instance mentionne tout d'abord que l'évaluation du caractère irrécouvrable d'une créance appartenait en premier lieu au contribuable selon des faits et des circonstances que lui seul était en mesure de connaître au moment où il a signé sa déclaration[9].

L'autre partie de son jugement portait sur l'article 299 L.I. où le juge est venu préciser qu'il pouvait trouver application sans qu'il soit nécessaire pour l'intimé de démontrer qu'Air Canada avait cessé d'exploiter de façon définitive son entreprise. Le fait que le contribuable, lors d'une année subséquente, ait perçu ladite créance[10] n'a pas été retenu par le juge comme étant un élément déterminant dans la démonstration du caractère recouvrable de la créance.

3.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

La Cour d'appel du Québec a renversé le jugement de première instance en soulignant, d'une part, que le juge ayant à juger d'une telle question ne pouvait se contenter de la perception subjective d'un contribuable qui devait plutôt démontrer le caractère raisonnable, et donc objectif, du bien-fondé de sa décision, et ce, autrement que par la rumeur publique ou par l'affirmation de sa propre croyance dans le caractère irrécouvrable de sa créance.

---

9 *Houle* c. *MRN*, [1989] 90 D.T.C. 1240.

10 *Hogan* c. *MRN*, 56 D.T.C. 183.

La Cour d'appel a poursuivi son analyse sur la base des critères établis dans les arrêts *Millette* c. *SMRQ*[11] et *Rich* c. *Canada*[12] et selon les faits et circonstances qui existaient lors de l'année d'imposition en litige et lors des premiers mois de l'année suivante, sans exclure la possibilité que des faits survenus postérieurement aient pu également servir à l'analyse du caractère irrécouvrable de la créance. Sur ce dernier aspect, même si la jurisprudence reconnaissait généralement que la décision prise par le contribuable en vertu de l'article 299 L.I. devait être fondée uniquement sur des faits survenus pendant le cours de l'année d'imposition visée, la Cour a considéré qu'on ne pouvait faire de cette affirmation un principe absolu ni exclure entièrement que des faits survenus postérieurement puissent confirmer le caractère irrécouvrable d'une créance en cours d'une année donnée et renforcer ainsi le jugement porté sur ce point par le contribuable.

Dans l'arrêt *Millette*[13], les critères établis pour déterminer le caractère irrécouvrable d'une créance et retenus par la Cour d'appel comme base de son analyse dans la présente affaire étaient les suivants :

> « 1) Il doit y avoir eu de la part du contribuable, une tentative véritable de recouvrer sa créance.
>
> 2) Si le recouvrement d'une créance pose seulement un doute, elle ne pourra être considérée comme une mauvaise créance, mais pourra donner lieu à une provision pour créance douteuse, si la créance a été incluse dans le calcul du revenu.
>
> 3) Lorsque la débitrice est une corporation, une créance devient mauvaise si la corporation a cessé d'exploiter son entreprise d'une façon définitive et n'a plus aucun actif pouvant être utilisé, soit pour produire un revenu, soit pour rembourser en tout ou en partie la dette de l'actionnaire. »

Dans l'arrêt *Rich*[14], la Cour d'appel fédérale a fait preuve de plus de souplesse dans les critères permettant d'évaluer le caractère irrécouvrable d'une créance en ce qu'elle a permis la preuve d'un ensemble d'éléments de fait permettant d'évaluer la santé financière de la débitrice de la créance sans exiger la cessation complète de ses activités et c'est cette souplesse qu'a préconisée la Cour d'appel dans la présente affaire.

---

[11] 2006 QCCA 673; J.E. 2006-1099; [2006] R.D.F.Q. 51 (ci-après « *Millette* »).

[12] [2003] 3 C.F. 493 (C.A.F.) (ci-après « *Rich* »).

[13] Précité, note 11.

[14] Précité, note 12.

Toutefois, malgré cette approche plus souple, la Cour d'appel a tout de même conclu que les faits ayant permis à l'intimé de conclure de façon raisonnable du caractère irrécouvrable de sa créance étaient survenus principalement en 2003 et en 2004 et non lors de l'année en litige, soit 2002. L'omission d'Air Canada de payer des intérêts et l'évaluation donnée par le courtier des débentures détenues par l'intimé, survenues en 2002, ont été considérées comme permettant tout au plus de conclure au caractère douteux de la créance. L'émission d'une ordonnance en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en avril 2003 n'a pas également été retenue par la Cour d'appel comme étant un fait démontrant à lui seul l'insolvabilité de la débitrice de la créance à la fin de l'année 2002 ni du caractère irrécouvrable de la créance lors de cette même année. La Cour a souligné, sur cet aspect, que l'émission d'une telle ordonnance ne pouvait tout au plus que démontrer l'insolvabilité d'Air Canada en avril 2003 et ne pouvait démontrer du caractère irrécouvrable d'une créance due par la débitrice considérant que cette dernière pouvait, dans le cadre d'un tel arrangement, proposer un dividende plus ou moins substantiel à ses créanciers dans l'avenir.

FISCALITÉ DES TRANSFERTS DES CONTRATS D'ASSURANCE



Bernard Larivière
BAA, Pl. Fin.
Planification financière
Banque Nationale



Hélène Marquis
Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 33:5

1. LES PRÉMISSES 33:6

1.1. NATURE DE LA POLICE D'ASSURANCE VIE 33:6

2. LES ASPECTS FISCAUX DU TRANSFERT D'UN INTÉRÊT 33:8

2.1. NATURE FISCALE DU CONTRAT D'ASSURANCE VIE 33:8
2.2. LA TERMINOLOGIE FISCALE DES TRANSFERTS DE POLICE D'ASSURANCE 33:10
2.2.1. Disposition 33:10
2.2.2. Intérêt dans une police d'assurance vie 33:13
2.2.3. Produit de disposition 33:14
2.2.4. Fonds d'accumulation 33:16
2.2.5. Coût de base rajusté de la police 33:17
2.3. LES DISPOSITIONS INTRINSÈQUES AU CONTRAT 33:18

2.3.1. Calcul du gain sur police imposable dans le cas de rachat total ou partiel de la police 33:19
2.3.2. Calcul du gain sur police imposable dans le cas d'une avance 33:20

3. LES TRANSACTIONS IMPLIQUANT DES TIERS 33:21

3.1. LES DISPOSITIONS SUSCEPTIBLES D'UN TRANSFERT EN FRANCHISE D'IMPÔT 33:21
3.1.1. Disposition en faveur d'un conjoint 33:21
3.1.2. Disposition en faveur d'un enfant 33:23
3.1.3. Particularités associées aux polices d'assurance « vies multiples » 33:24

4. LE CALCUL DU REVENU DU TITULAIRE D'UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE 33:24

4.1. LE CALCUL DE L'IMPÔT LORSQUE LES PARTIES TRANSIGENT SANS LIEN DE DÉPENDANCE 33:25
4.2. LE CALCUL DE L'IMPÔT SUR CERTAINS TYPES DE DISPOSITIONS ET LORSQUE LES PARTIES TRANSIGENT AVEC UN LIEN DE DÉPENDANCE 33:26
4.2.1. Donation entre vifs ou au décès 33:28
4.2.2. Distribution par une société 33:28
4.2.3. Transfert par le seul effet de la loi 33:28
4.2.4. Transfert en faveur de personnes avec qui le titulaire a un lien de dépendance 33:29
4.3. L'AVANTAGE IMPOSABLE 33:32

5. LES PRINCIPES D'ÉVALUATION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE 33:32

6. DISTRIBUTION PAR UNE SOCIÉTÉ ET TRANSFERT AVEC LIEN DE DÉPENDANCE 33:33

6.1. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS DES POLICES DÉTENUES PAR DES INDIVIDUS SELON LA MÉTHODE DE « DÉTENTION CROISÉE » 33:35
6.1.1. A et B transigent sans lien de dépendance 33:35
6.1.2. A et B transigent avec un lien de dépendance 33:36
6.2. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS EN FAVEUR D'UN ACTIONNAIRE OU D'UN EMPLOYÉ 33:36
6.2.1. Société cédante et actionnaire ou employé B transigent sans lien de dépendance 33:36

6.2.2. Société cédante et actionnaire ou employé B transigent avec un lien de dépendance ou la transaction est une distribution par la société 33:37
6.3. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE D'OPCO EN FAVEUR DE GESCO 33:39
6.4. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE ENTRE SOCIÉTÉS SŒURS 33:40
6.5. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE D'UN INDIVIDU À UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS 33:41
6.6. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE POUR GARANTIR UN EMPRUNT 33:42
6.7. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE ENTRE SOCIÉTÉS FUSIONNÉES 33:44
6.8. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE LORS D'UNE LIQUIDATION DE SOCIÉTÉS APPARENTÉES 33:44
6.9. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE À UNE FIDUCIE 33:44
6.10. DON D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE EN FAVEUR D'UN ORGANISME DE BIENFAISANCE 33:45

CONCLUSION 33:46

ANNEXE 33:47

INTRODUCTION*

Le présent texte se veut une analyse des conséquences fiscales du transfert d'un intérêt dans un contrat d'assurance vie, eu égard à certaines circonstances rencontrées couramment. En assurance de personnes, la règle de base veut que la souscription d'un contrat d'assurance comportant une protection en cas de maladie ou de décès ne soit pas un droit, mais bien un privilège réservé à celui qui remplit des critères contraignants quant à son état de santé, son âge, la prise de certains médicaments comme les antidépresseurs, son mode de vie, ses activités professionnelles et sportives ainsi que son bilan financier.

Il peut y avoir des circonstances où il peut devenir impossible ou onéreux de souscrire une nouvelle police d'assurance vie. Dans ces circonstances, le transfert à un tiers des intérêts d'un titulaire dans la police serait à considérer. Ce transfert d'intérêt comporte toutefois des conséquences fiscales qui ne sont pas toujours simples à reconnaître.

L'objectif que nous poursuivons sera donc d'établir les conséquences fiscales qui peuvent être générées par le transfert ainsi que les distinctions à apporter quant aux parties impliquées. À cette fin, nous réviserons principalement les dispositions parfois assez énigmatiques de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du règlement[1]. Nous nous référerons à leurs corollaires québécois, la *Loi sur les impôts* et le règlement qui en découle[2] à des fins interprétatives particulièrement, étant donné qu'elles sont similaires. Nous tenterons d'appliquer ces dispositions à des exemples pratiques auxquels nous sommes régulièrement confrontés.

---

* Les auteurs tiennent à remercier M. Christian Boucher, AVA, Adm.A., Pl. Fin., dont le texte est reproduit en annexe, pour les informations et les exemples fournis sur les principes applicables à l'évaluation d'un contrat d'assurance vie dans un contexte de transfert en faveur de tiers.

1 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »); *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

2 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »); *Règlement sur les impôts*, R.R.Q. 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »). Tout au long du présent texte, à moins d'éléments précis notoires pour le Québec, nos références aux dispositions fiscales seront celles de la loi fédérale.

1. LES PRÉMISSES

Les principes d'antisélection et de tarification propres à l'établissement du risque en assurance de personnes font en sorte que la capacité d'une personne de souscrire un contrat d'assurance sur sa vie et sur sa santé peut disparaître du jour au lendemain sans préavis. En plus des facteurs relatifs au refus d'assurance au moment de l'émission, il faut aussi prendre en compte les clauses de la police telles que l'exclusion de certaines garanties, l'augmentation du montant de la prime en raison de l'âge ou une tarification établissant une prime plus élevée (surprime) à cause de l'état de santé avant de prendre la décision de laisser tomber un contrat d'assurance ou de le remplacer. Les situations décrites ci-dessus font en sorte qu'un contrat d'assurance peut valoir son pesant d'or pour le titulaire du contrat. La situation peut changer dans le temps de même que les besoins en assurance et les raisons qui ont incité à la souscription initiale du contrat. Ainsi, une assurance d'entreprise souscrite pour financer le rachat des parts au décès d'un partenaire d'affaires peut se transformer en une assurance pour payer les impôts dus au décès après la vente de l'entreprise. Surgissent alors les problèmes relatifs à la détention et au transfert des intérêts dans le contrat.

1.1. NATURE DE LA POLICE D'ASSURANCE VIE

Une police d'assurance vie est d'abord et avant tout un contrat civil conclu entre un assureur et un assuré, par lequel l'assureur accepte de payer une réclamation moyennant une prime si le risque de la détérioration de la santé ou du décès de l'assuré se réalise alors que toutes les conditions du contrat sont respectées[3].

Les parties au contrat d'assurance peuvent aussi avoir à jouer un rôle important si des transactions subséquentes à son émission devaient survenir. Ces parties sont les suivantes :

- le titulaire ou le preneur, soit la personne qui détient le droit de propriété initial dans le contrat. Cette personne peut être l'assuré lui-même ou un tiers qui a un intérêt d'assurance dans la vie ou la santé de l'assuré;

---

[3] Pour plus de détails quant à la nature du contrat d'assurance en droit civil, le lecteur est invité à consulter le texte suivant : Paule GAUTHIER et Hélène MARQUIS, « Notions techniques de base en assurance de personnes », (2006), vol. 27, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 693-752.

- le titulaire subrogé, soit la personne qui est désignée pour devenir le titulaire du contrat en lieu et place du titulaire original advenant le décès du titulaire original. Il ne faut pas confondre cette notion avec celle de titulaire conjoint qui s'avère être copropriétaire avec le titulaire original. Le transfert de l'intérêt dans un contrat d'assurance vie à un titulaire subrogé ou à un titulaire conjoint peut déclencher une imposition comme nous le verrons plus loin;

- l'assuré, c'est-à-dire la personne sur laquelle le risque est souscrit. Il peut s'agir d'une ou de plusieurs personnes, soit une police conjointe payable au premier ou au deuxième décès ou un contrat multiassurances ou vies multiples, c'est-à-dire que plusieurs personnes sont assurées en même temps en vertu d'un contrat commun. Il convient de noter que les autorités fiscales ont déjà émis une opinion voulant que le changement d'assuré au titre d'une police ne constitue pas une disposition puisque cette opération ne change en rien la propriété de la police;

- le bénéficiaire, soit la personne appelée à recevoir la prestation d'assurance au moment de la réalisation du risque. Le bénéficiaire peut être révocable ou irrévocable. Généralement, le changement de bénéficiaire du contrat, qu'il soit révocable ou irrévocable, ne constitue pas une disposition d'un intérêt dans un contrat d'assurance. La désignation ou le changement du bénéficiaire au contrat est un privilège qui appartient au titulaire en exclusivité. Par contre, certaines compagnies d'assurances ont dans leurs contrats des dispositions qui accordent un droit de regard au bénéficiaire irrévocable si des transactions devaient survenir sur le contrat;

- le bénéficiaire en sous-ordre ou subrogé, soit celui qui touchera la prestation d'assurance en cas de prédécès du bénéficiaire en premier ordre[4].

Maintenant que nous connaissons les acteurs en présence, il convient d'analyser ce qu'il adviendra si les circonstances obligent à modifier la structure initiale de la détention d'une police d'assurance sur la vie.

---

[4] Pour plus de détails sur les questions relatives au bénéficiaire du contrat, on consultera le texte suivant : Bernard LARIVIÈRE et Hélène MARQUIS, « Désignations de bénéficiaires : rien n'est plus trompeur que l'évidence », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 25:1-50.

2. LES ASPECTS FISCAUX DU TRANSFERT D'UN INTÉRÊT

Pour commencer, mentionnons que le droit civil permet la cession d'un contrat d'assurance à un tiers à condition que cette personne ait un intérêt susceptible d'assurance dans la vie ou la santé de l'assuré. Si un tel intérêt n'existe pas à la base, l'assuré doit consentir à la cession[5]. Ce qui paraît d'une simplicité limpide peut toutefois se compliquer en termes d'éthique lorsque certaines transactions comme les *viatical settlements* et les *life settlements*[6] sont considérées.

La fiscalité relative à l'assurance vie peut paraître passablement complexe. En réalité, les conséquences fiscales rattachées au transfert d'un intérêt dans une police d'assurance sont relativement simples à la base comme nous le verrons plus loin. Par contre, les principes et les calculs nécessaires pour en arriver à l'application des règles fiscales qui engendrent ces conséquences sont complexes et obscurs, car différentes stratégies sur une même police peuvent donner des résultats différents. En fait, il nous faut commencer par le début et tenter de clarifier les définitions qui s'appliquent en l'espèce.

2.1. NATURE FISCALE DU CONTRAT D'ASSURANCE VIE

Comme la majorité des polices d'assurance vendues au Canada sont des polices d'assurance « exonérées », nous traiterons uniquement des règles afférentes à ce type de produit. Expliqué grossièrement, le terme « exonéré » signifie que les montants déposés à titre de prime dans le contrat d'assurance servent à acheter un capital qui sera versé libre d'impôt au bénéficiaire au moment de la réalisation du risque, soit au décès de l'assuré, pourvu que la limite d'exonération prévue à l'article 306 R.I.R. soit respectée tout au long

---

5 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2418, al. 2.

6 Connu sous son vocable anglais, le *viatical settlement* est un contrat par lequel le titulaire d'une police d'assurance atteint d'une maladie terminale vend sa police d'assurance vie pour une valeur escomptée du capital-décès. Plus récemment sont apparus sur le marché canadien les *life settlements*. Il s'agit de polices d'assurance souvent détenues par des personnes âgées, qui sont vendues à des tiers moyennant une contrepartie. Pour éviter l'impact fiscal causé par la disposition de la police d'assurance, une variante de ce type d'arrangement prévoit que le titulaire du contrat désigne irrévocablement l'acheteur à titre de bénéficiaire. Les autorités fiscales canadiennes ont déjà indiqué que l'existence d'une contrepartie dans ce type de transaction pouvait faire en sorte que la désignation de l'acheteur constitue une disposition imposable de la police.

de la vie du contrat[7]. Le capital libre d'impôt payé au décès est composé de la couverture de base qui a été souscrite et des valeurs de rachat. Selon le type de capital-décès sélectionné, les valeurs de rachat peuvent être incluses dans la couverture initiale souscrite au départ ou accroître le montant de cette couverture de base[8].

La plupart des règles touchant l'imposition du revenu tiré d'une police d'assurance exonérée se retrouvent à l'article 148 L.I.R. Le paragraphe 148(1) L.I.R. établit le principe de base applicable à tous les revenus tirés d'une police d'assurance vie et à tous les types de disposition pouvant survenir sauf quelques exceptions spécifiquement indiquées dans la loi[9]. Permettez-nous de citer un extrait de cet article de façon à faciliter la compréhension de ce qui suivra :

> « Dans le calcul du revenu du titulaire d'une police d'assurance pour une année d'imposition, il faut inclure, à l'égard de la disposition d'un intérêt dans une police d'assurance-vie […]
>
> l'excédent éventuel du produit de disposition de son intérêt dans la police que le titulaire, le bénéficiaire ou le cessionnaire a acquis le droit de recevoir au cours de l'année sur le coût de base rajusté, pour le titulaire de la police, de cet intérêt immédiatement avant la disposition. » (Notre soulignement)

Il ressort donc de cet article que, de façon générale, le titulaire de la police d'assurance vie doit inclure dans son revenu imposable, pour l'année d'imposition en cours, le montant imposable provenant du produit d'une police d'assurance vie, et ce, en vertu de l'alinéa 56(1)j) L.I.R. Le revenu qui en est tiré est un revenu de bien et non un gain en capital. Il doit donc être inclus en entier dans le revenu du titulaire.

Si nous poussons un peu plus loin notre analyse, force est de constater que la plupart des éléments contenus dans cet article sont par ailleurs définis dans la loi, et c'est là que les choses se corsent. Encore une fois et pour faciliter la lecture du présent texte, permettez-nous d'en citer les extraits pertinents.

---

7 Pour plus de détails sur les règles d'exonération des contrats d'assurance vie, veuillez vous référer à P. GAUTHIER et H. MARQUIS, *loc. cit.*, note 3, 724.

8 Par. 148(9) « disposition », s.-al. j)(ii) L.I.R.

9 Par. 148(7), 148(8), 148(8.1) et 148(8.2) L.I.R.

2.2. LA TERMINOLOGIE FISCALE DES TRANSFERTS DE POLICE D'ASSURANCE

2.2.1. Disposition

Nous retrouvons à la définition de « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R.[10] la description des différentes transactions qui constituent une disposition d'une police d'assurance vie ainsi qu'une série d'exclusions. Ces transactions peuvent être intrinsèques, c'est-à-dire survenir lors de transactions produisant un effet sur les caractéristiques du contrat, ou extrinsèques lorsque des tiers sont impliqués et que le contrôle de certains intérêts dans la police change de mains. Ce texte se lit ainsi :

> « En ce qui concerne les intérêts dans une police d'assurance-vie, sont compris dans la disposition :
>
> *a*) le rachat de la police;
>
> *b*) une avance consentie après le 31 mars 1978
>
> *c*) la dissolution de ces intérêts en raison de l'échéance de la police
>
> *d*) la disposition de ces intérêts par le seul effet de la loi;
>
> *e*) […] le paiement d'un montant […] qui est […] [une] rente viagère […][11], »

La loi fait ensuite référence à une série d'exclusions qui ne constituent pas une disposition d'un intérêt dans la police :

> « […] à l'exclusion toutefois de ce qui suit :
>
> *f)* la cession de la totalité ou d'une partie des intérêts la police en vue de la garantie d'une dette ou d'un prêt, autre qu'une avance sur police;
>
> *g*) la déchéance de la police par suite du non-paiement des primes relatives à la police si la police a été remise en vigueur au plus tard 60 jours après la fin de l'année civile au cours de la quelle la déchéance s'est produite;

---

[10] L'article 966 L.I. qui représente le pendant dans la loi québécoise est sensiblement au même effet, sauf qu'il utilise le terme « aliénation » au lieu de « disposition ».

[11] Les règles d'imposition particulières aux contrats de rente ne sont pas traitées dans le présent texte.

h) un versement en vertu d'une police à titre de prestation d'invalidité ou de décès par accident;

i) le versement d'une rente;

j) un versement en vertu d'une police d'assurance-vie (autre qu'un contrat de rente) qui :

(i) soit a été acquis pour la dernière fois avant le 1e décembre 1982,

(ii) soit une police exonérée,

à la suite du décès de toute personne dont la vie était assurée en vertu de la police;

k) une opération ou un événement par suite duquel un particulier devient en droit de recevoir, selon les modalités d'une police exonérée, le total du produit (avec ou sans participations de polices) payable en vertu de la police, sous forme de contrat de rente ou de versements de prestations, si, au moment de l'opération ou de l'événement, le particulier dont la vie est assurée en vertu de la police était atteint d'une invalidité totale et permanente. »

Qu'à cela ne tienne, à la lumière de cette définition, nous venons d'éliminer du champ d'imposition plusieurs transactions courantes survenant sur des polices d'assurance qui ne sont pas considérées comme une disposition.

Cela n'est toutefois pas un critère absolu, car les transactions énumérées plus haut ne sont qu'une infime partie des transactions pouvant survenir sur une police d'assurance. À certains égards, cette définition de « disposition » suscite des incertitudes quant au caractère imposable ou non de certaines transactions. Il convient de noter toutefois que le Projet de loi C-33[12] ajoute l'alinéa b.1) au paragraphe 248(1) « disposition » L.I.R. Cet ajout fera en sorte que par renvoi à la définition de « disposition » du paragraphe 148(9) L.I.R., lorsqu'un bien dont il est disposé constitue un intérêt dans une police d'assurance vie, l'opération qui constitue une disposition au sens de l'article 148 L.I.R. constituera aussi une disposition pour l'application de toutes les dispositions de la loi.

---

[12] CANADA, Chambre des communes, *Loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, Projet de loi C-33, adopté le 15 juin 2007.

Nous nous permettons de citer quelques exemples pour illustrer notre propos à ce chapitre. Par exemple, il est prévu à l'alinéa f) que la cession de la totalité des intérêts dans la police en vue de la garantie d'une dette ou d'un prêt est exclue de la définition. La cession de la totalité des intérêts, soit la cession absolue signifie le transfert de la propriété du contrat au créancier. Cette transaction peut s'effectuer sans impact fiscal pour le titulaire original du contrat. Qu'en est-il toutefois si un créancier a exigé le transfert du contrat à son nom et que le prêt est remboursé par le débiteur qui, ayant souffert de problèmes de santé, veut maintenant récupérer son contrat? Nous effectuerons une analyse plus poussée de ces conséquences potentielles dans la section 6.5.

Par contre, il est nécessaire de mentionner que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a déjà indiqué que certaines transactions relatives à la mise en garantie d'un contrat d'assurance pourraient constituer une disposition imposable. L'ARC considère comme une question de fait la détermination de ce qui constitue une « avance sur police ». Certaines stratégies prévoyant la mise en garantie d'un contrat contre l'obtention d'un emprunt pourraient être considérées comme telles particulièrement lorsqu'il n'y a aucune obligation de rembourser le prêt en question et les intérêts afférents avant le décès. L'ARC soutient qu'il lui serait alors possible d'invoquer la règle générale antiévitement (RGAÉ)[13].

Un autre exemple des difficultés engendrées par cette définition se retrouve dans les dispositions des alinéas h) et k). Il y est prévu le versement d'une prestation si une personne devient invalide, ou d'une rente si la personne dont la vie est assurée en vertu de la police était atteinte d'une invalidité totale et permanente. À ce chapitre, les contrats d'assurance ont habituellement une définition du type d'invalidité pouvant donner ouverture à une telle remise de capital sans qu'elle constitue une disposition d'un intérêt dans la police. Par contre, un mystère demeure : quelle définition de l'invalidité permettra en dernier ressort d'obtenir l'avantage fiscal, celui de la police ou les critères généralement appliqués par l'ARC pour donner droit au crédit d'impôt et autres avantages réservés aux personnes invalides? Vu les termes de la loi, nous serions tentés de dire que c'est la définition de la police d'assurance qui devrait primer.

L'autre question intéressante touche l'émission d'une rente en cas d'invalidité totale et permanente. Il existe deux façons d'accéder à cette rente

---

[13] *CRA Views*, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 2006-017540117, 30 mai 2006.

soit par une transformation de la police d'assurance vie en contrat de rente, soit par l'acquisition d'un nouveau contrat de rente avec le capital qui sera versé. Quel sera par la suite le statut des versements effectués à même cette rente? Si la rente est constituée à même le contrat d'assurance, ce versement sera-t-il exempt d'impôt? Si c'est un nouveau contrat de rente qui est acquis, le revenu imposable tiré de la rente annuellement sera-t-il imposable? S'agira-t-il d'un contrat de rente prescrit ou non prescrit dont le revenu sera imposable annuellement? Selon l'assureur qui a émis le contrat, les réponses à ces questions peuvent être différentes.

Enfin, l'ARC a déjà émis une interprétation technique par laquelle elle prévoit que le fait pour un assureur de consentir un prêt lorsque le titulaire de la police est atteint d'une maladie mortelle et de garantir cet emprunt par le transport du contrat aux fonds généraux de l'assureur ne constitue par une disposition. Par contre, le prêt ne doit pas être consenti en vertu d'une modalité du contrat sinon il sera alors considéré comme une avance sur police et fera donc l'objet d'une disposition imposable[14].

Ces quelques exemples sont donnés uniquement pour souligner les difficultés d'interprétation permettant de déterminer l'étendue des exclusions de la définition de disposition. Il faut donc garder en tête que l'imposition des transactions constitue la règle et les exclusions l'exception qui doit être analysée soigneusement quant elle se présente.

2.2.2. Intérêt dans une police d'assurance vie

L'autre terme important qui revient continuellement lorsqu'il est question de transaction survenant sur un contrat d'assurance vie est le mot « intérêt ». Si la loi contient une définition de l'intérêt au chapitre de l'assurance, il ne s'agit pas de l'intérêt dans le contrat, mais bien du montant de l'intérêt qui doit être exigé en vertu du contrat sur une avance sur police. Comme ce terme revient dans tous les articles traitant de la disposition et qu'il n'est défini nulle part, que ce soit par les autorités fiscales ou les tribunaux, il faut donc comprendre qu'il a ici le sens général que lui donne le dictionnaire, soit le sens absolu d'intérêt matériel, pécuniaire. Tout au long de cette analyse, le défi sera de déterminer la valeur de cet intérêt pécuniaire au moment donné où la transaction envisagée sur la police d'assurance surviendra.

---

[14] *Id*., interprétation technique 2002-0138895, 25 février 2003.

2.2.3. Produit de disposition

Comme nous l'avons mentionné en introduction, la présente analyse ne vise que les situations où la disposition de la police d'assurance vie survient lorsque les intérêts dans la police sont cédés à un tiers du vivant ou en raison d'un décès lorsque le titulaire de la police et l'assuré sont des personnes différentes. La définition de « produit de disposition » contient des informations sur le calcul de la valeur de l'intérêt dont il est disposé lorsque des transactions intrinsèques à la police sont envisagées. Elle est particulièrement laconique lorsqu'il s'agit de déterminer les balises du montant que le titulaire aurait le « droit de recevoir ». Le montant qu'on a le « droit de recevoir » n'est pas nécessairement égal au montant reçu. Est-ce que le montant reçu est suffisant pour respecter les normes fiscales ou serait-il plus approprié de procéder à l'évaluation des intérêts dont il est disposé? Est-ce le montant que le titulaire aurait le droit de recevoir s'il rachetait son contrat auprès de l'assureur? Est-ce qu'il est fait référence à la juste valeur marchande (ci-après JVM) du contrat? Le paragraphe 148(9) « produit de disposition » L.I.R. s'énonce ainsi :

> « Relativement à des intérêts dans une police d'assurance-vie, montant du produit que le titulaire, bénéficiaire ou cessionnaire de la police a le droit de recevoir lors de la disposition d'intérêts dans la police; il est entendu que :
>
> *a*) dans le cas du rachat ou de l'échéance de la police, le terme vise le montant calculé selon la formule suivante :
>
> (A - B) - C où :
>
> A représente la valeur de rachat des intérêts dans la police au moment du rachat ou de l'échéance,
>
> B […]
>
> C le total des montants représentant chacun :
>
> (i) soit un montant payable à ce moment par le titulaire de la police à l'égard d'une avance sur police consentie dans le cadre de la police,
>
> (ii) soit une prime relative à la police, qui est en souffrance à ce moment,
>
> (iii) soit une somme qui sert, immédiatement après le moment du rachat, à payer une prime relative à la police, en conformité avec les modalités de la police;
>
> *b*) dans le cas d'un avance sur police consentie après le 31 mars 1978, le terme vise le moins élevé des montants suivants :

> (i) le montant de l'avance, à l'exclusion de la fraction de ce montant qui sert, immédiatement après que l'avance a été consentie, à payer une prime relative à la police, en conformité avec les modalités de la police,
>
> (ii) l'excédent éventuel de la valeur de rachat de la police immédiatement avant que l'avance ait été consentie sur le total des soldes impayés à ce moment sur toute avance sur police à l'égard de la police;
>
> c) […]
>
> d) […]. » (Notre soulignement)

Pour sa part, l'alinéa 148(2)a) L.I.R. établit une présomption de « produit de disposition » de la façon suivante :

> « […] *a*) le titulaire de police qui, à un moment donné, obtient le droit de recevoir dans le cadre d'une police d'assurance-vie une somme donnée au titre ou en paiement intégral ou partiel d'une participation de police est réputé :
>
> (i) avoir disposé d'un intérêt dans la police au moment donné,
>
> (ii) avoir obtenu le droit de recevoir le produit de disposition, d'un montant égal à l'excédent éventuel du montant visé à la division (A) sur le montant visé à la division (B) :
>
> (A) la somme donnée,
>
> (B) la fraction de la somme donnée qui sert, immédiatement après le moment donné, au paiement d'une prime relative à la police ou au remboursement d'une avance consentie dans le cadre de la police, en conformité avec les modalités de la police; […]. »

Par analogie, il s'agit donc d'un concept similaire à celui de la « juste valeur marchande » pour déterminer le montant qui doit être considéré lorsqu'une disposition survient entre personnes n'ayant pas de lien de dépendance. C'est donc le montant que le tiers qui acquiert la participation est prêt à payer pour acquérir cette participation dans l'intérêt qui devient la base du calcul de ce qui doit être inclus dans le revenu du titulaire. La JVM s'évalue sur la base de personnes non contraintes d'acheter ou de vendre sur un marché libre. Il doit donc exister un marché pour disposer du bien.

Lorsque les parties transigent avec un lien de dépendance, le paragraphe 148(7) L.I.R. peut nous faciliter la vie en établissant clairement que le montant qui doit être considéré pour déterminer le revenu imposable du titulaire du contrat qui en dispose ne doit être ni plus ni moins élevé que les valeurs de rachat. Voici en quels termes ce principe est énoncé :

> « Lorsqu'un intérêt d'un titulaire dans une police d'assurance-vie fait l'objet d'une disposition […] par voie de don (soit entre vifs, soit par testament), par une distribution effectuée par une société ou par le seul effet de la loi, en faveur d'une personne, ou d'une autre manière, en faveur d'une personne avec laquelle le titulaire de la police avait un lien de dépendance, ce dernier est réputé dès lors acquérir le droit de recevoir un produit de disposition égal à la valeur de l'intérêt au moment de la disposition, et la personne qui acquiert l'intérêt […] est réputée l'acquérir à un coût égal à cette valeur. »

Deux autres définitions doivent alors être prises en compte quand vient le temps de déterminer le revenu du titulaire d'un contrat d'assurance vie. Il s'agit des termes « valeur » et « valeur de rachat ». La valeur d'un intérêt dans un contrat d'assurance vie est définie comme suit au paragraphe 148(9) « valeur » L.I.R. :

> « La valeur, à un moment donné, d'un intérêt dans une police d'assurance-vie est :
>
> *a*) lorsque l'intérêt comprend un intérêt dans la valeur de rachat de la police, la somme y afférente que le titulaire de l'intérêt aurait le droit de recevoir si la police était rachetée à ce moment;
>
> *b*) dans les autres cas, nulle. »

Cette valeur devrait donc correspondre à une valeur que nous qualifierons de valeur « nette » aux fins du présent texte, c'est-à-dire la valeur que le titulaire a le droit de recevoir à la suite du rachat du contrat tel qu'il est décrit à l'alinéa 148(9)a) « produit de disposition » L.I.R.

La valeur de rachat, quant à elle, est définie comme suit :

> « La valeur de rachat d'une police d'assurance-vie, à un moment donné, est sa valeur de rachat à ce moment, calculée compte non tenu des avances sur police consenties aux termes de la police, des participations de polices (autres que les bonifications d'assurance libérée) payables aux termes de la police, ni des intérêts payables sur ces participations. »

2.2.4. Fonds d'accumulation

Une autre composante de la police d'assurance doit être mentionnée à ce stade, il s'agit du « fonds d'accumulation »[15]. Ce dernier n'est pas défini dans la loi, mais dans les provisions techniques contenues au *Règlement de*

[15] Al. 307(1)b) R.I.R.

l'impôt sur le revenu. Comme ces provisions sont assez complexes, nous tenterons d'en rendre la teneur en termes simplifiés. Le fonds d'accumulation est en fait une mesure de l'épargne accumulée dans la police. Dans le cas d'une police comportant une valeur de rachat, il équivaut normalement à la valeur de rachat moins le solde impayé de toute avance sur police. En ce qui concerne une police sans valeur de rachat, ce fonds n'est pas nécessairement égal à zéro, mais il a une valeur actuarielle basée sur la notion de « réserve actuarielle maximale aux fins de l'impôt » (RAMI). Le fonds d'accumulation est la valeur qui est prise en compte pour déterminer le produit de disposition et le nouveau coût de base rajusté (ci-après « CBR ») du contrat quand la disposition survient en raison du décès du titulaire ou de l'assuré d'une police d'assurance non exonérée, ou lorsqu'une police cesse d'être exonérée[16]. Nous avons abordé cette question parce que la loi utilise le terme « valeur de rachat » et à d'autres moments celui de « fonds d'accumulation » pour désigner un produit de disposition. Il est important de comprendre que ces termes ne sont pas synonymes. L'objectif n'est pas d'effectuer le calcul compliqué qui s'y greffe. Heureusement, le montant du fonds d'accumulation fait habituellement partie des informations disponibles sur le relevé du contrat fourni au titulaire par l'assureur. S'il n'y est pas et que vous en avez besoin pour établir la planification de votre client, demandez-le.

2.2.5. Coût de base rajusté de la police

Finalement, le dernier élément fondamental qu'il faut considérer est le CBR du contrat. Il s'agit d'un nombre calculé selon une formule comportant plusieurs éléments. Ce coût de base est normalement fourni par la compagnie d'assurances qui a émis le contrat lorsqu'une demande lui parvient à cet effet. Il est possible que des transactions interviennent sur le contrat et que les rajustements au CBR doivent être effectués par le client lui-même ou plutôt par son comptable. Nous vous ferons grâce du texte de la loi à ce chapitre. De façon simple, nous pourrions dire d'un contrat acquis après le 1er décembre 1982 que le CBR tient essentiellement compte des primes payées dans le contrat plus tout produit de la disposition d'un intérêt moins le coût net de l'assurance pure. Il suffit d'avoir en tête que le CBR du contrat sera calculé à partir d'une série d'additions et de soustractions qui tiendront compte des éléments suivants, soit :

---

16 Al. 148(2)c) et d) L.I.R.

la somme du :

- total des montants dont chacun est le coût d'un intérêt qu'il a acquis dans la police avant ce moment,

- total des sommes représentant chacune une somme payée par lui ou pour son compte avant ce moment à titre de prime relative à la police,

- total des gains sur police imposables relativement à la disposition d'un intérêt dans la police avant ce moment,

- total des remboursements des avances sur police et ne dépassant pas le total du produit de disposition à l'égard de cette avance à l'exclusion des intérêts y afférents déductibles payés et des sommes remboursées sur cette avance qui étaient aussi déductibles;

moins :

- le total des montants dont chacun correspond au produit de disposition de son intérêt dans la police qu'il a acquis le droit de recevoir avant ce moment,

- le total des coûts nets de l'assurance pure chaque année déterminé par l'émetteur de la police conformément au règlement, à l'égard de l'intérêt immédiatement avant la fin de l'année civile se terminant au cours d'une année d'imposition commençant après le 31 mai 1985 et avant ce moment.

Si la police a fait l'objet d'un transfert de propriété, le nouveau CBR sera calculé en additionnant le montant du produit de disposition reçu ou présumé reçu par le vendeur et les primes subséquentes qui seront payées par l'acheteur. Le CBR du contrat n'est jamais un nombre négatif, mais la valeur est ramenée à zéro[17].

2.3. LES DISPOSITIONS INTRINSÈQUES AU CONTRAT

Les transactions intrinsèques au contrat comme le rachat total ou partiel et les avances sur police ont un impact sur les valeurs à considérer lors d'un transfert à un tiers. Le texte de la loi fait référence à des valeurs calculées

[17] Art. 257 L.I.R.

lorsqu'il s'agit de déterminer le produit de disposition du contrat et le CBR. La fiscalité applicable diffère selon que l'on fait un rachat de la police ou une avance, car la partie imposable du gain sur police alors réalisé sera calculée selon les données distinctes. Voici donc un exemple pour illustrer ces distinctions.

2.3.1. Calcul du gain sur police imposable dans le cas de rachat total ou partiel de la police

En ce qui concerne le rachat total, le gain imposable est calculé selon la formule qui suit :

Gain imposable = Produit de disposition moins CBR de la police dont voici un exemple :

Valeur de rachat totale	100 000 $
CBR du contrat	(50 000)
Gain sur police imposable	50 000 $

Le calcul du revenu imposable en ce qui concerne les polices faisant l'objet d'un rachat partiel doit être établi en fonction de la date de la dernière acquisition du contrat soit avant ou après le 2 décembre 1982.

Pour les polices acquises avant le 2 décembre 1982, un rachat partiel n'est imposable que si le total de toutes les dispositions depuis que la police existe excède le CBR du contrat.

Pour celles acquises après le 2 décembre 1982, le gain imposable se calcule selon une formule établie au prorata du montant du rachat et du CBR à ce moment[18] :

$$\text{CBR du rachat} = \frac{\text{Produit de disposition}}{\text{Fonds accumulé immédiatement avant}} \times \text{CBR de la police immédiatement avant}$$

Gain imposable = Rachat partiel moins CBR du rachat partiel, comme dans l'exemple suivant :

[18] Par. 148(4) L.I.R.

Fonds accumulé	200 000 $
CBR avant	150 000 $
Rachat partiel	50 000 $
CBR du rachat partiel	37 500 $
Gain imposable	12 500 $

2.3.2. Calcul du gain sur police imposable dans le cas d'une avance

Dans le cas d'une avance sur police, lorsque le montant de l'avance est inférieur au CBR du contrat, le CBR est alors diminué du montant de l'avance et il n'y a aucun montant imposable à inclure dans le revenu du contribuable. Voici un exemple.

Valeur de rachat	200 000 $
CBR	150 000 $
Avances	50 000 $
Solde du CBR	100 000 $
Gain imposable	0

Si l'avance sur police dépasse le CBR, ce dernier est ramené à zéro, car le CBR de la police ne peut pas être négatif et la différence entre le montant de l'avance et le CBR constitue le revenu imposable provenant de la police à inclure dans le revenu.

Par exemple :

Valeur de rachat	200 000 $
CBR	150 000 $
Avances	200 000 $
Solde du CBR	0
Gain imposable	50 000 $

Il est possible de capitaliser les intérêts courus sur une avance sur police sans pour autant déclencher une disposition imposable et sans avoir des répercussions sur le CBR. Si les intérêts de l'avance sont payés, le montant est ajouté au CBR. Si les intérêts sur l'avance sont déduits du revenu imposable selon les conditions habituelles prévues aux alinéas 20(1)c) et d) L.I.R., le paiement des intérêts ne s'ajoute pas au CBR.

Maintenant que nous connaissons les principes applicables qui sont définis dans la loi, nous essaierons de déterminer le montant imposable qui

devra se retrouver dans la déclaration de revenus annuelle des titulaires lorsqu'ils ont disposé d'un intérêt dans une police d'assurance en faveur d'un tiers.

3. LES TRANSACTIONS IMPLIQUANT DES TIERS

Les transactions impliquant des tiers sont aussi variées que fréquentes. Ne mentionnons que celles qui surviennent entre conjoints, parents et enfants, deux individus avec ou sans lien de dépendance, société et actionnaires, deux sociétés qu'elles soient ou non apparentées, celles qui impliquent des fiducies et des sociétés de personnes. Toutes n'ont pas les mêmes conséquences fiscales lesquelles peuvent différer selon que les parties traitent avec ou sans lien de dépendance ou qu'elles puissent bénéficier d'un transfert en franchise d'impôt.

3.1. LES DISPOSITIONS SUSCEPTIBLES D'UN TRANSFERT EN FRANCHISE D'IMPÔT

La cession d'une police d'assurance vie à un tiers, que ce soit du vivant ou au décès du titulaire, constitue une disposition par l'effet de la loi[19]. Certaines transactions impliquant des tiers peuvent faire l'objet d'un transfert direct en franchise d'impôt lorsque le cessionnaire et le cédant entretiennent des liens familiaux. Attention toutefois, un contrat d'assurance n'est pas un bien en immobilisation[20]. Il faut se référer aux règles particulières établies à l'article 148 L.I.R. pour déterminer quelles transactions pourront faire l'objet d'un transfert au CBR du contrat.

3.1.1. Disposition en faveur d'un conjoint

Le titulaire du contrat peut en disposer de son vivant pour un produit égal au CBR du contrat immédiatement avant le transfert, si l'acquéreur est son conjoint ou son ex-conjoint en règlement des droits découlant du mariage ou de l'union de fait à condition que ce conjoint soit résident au Canada au moment du transfert[21]. Le CBR du contrat pour l'acquéreur

---

19 Par. 248(8) L.I.R.

20 Art. 54 « immobilisation » et s.-al. 39(1)a)(iii) L.I.R.

21 Cela ne s'applique pas toutefois lorsque la police est scindée. L'ARC considère dès lors que la scission d'une police originale en deux nouvelles polices constitue une disposition imposable du contrat original. *CRA Views*, *op. cit.*, note 13, interprétation technique 2001-0073505, 23 juillet 2001.

demeure le même puisque la loi présume qu'il a acquis le bien pour le même coût[22].

Il est aussi possible que l'intérêt du titulaire d'un contrat d'assurance vie soit distribué à son conjoint à son décès. Le titulaire est alors réputé en avoir disposé pour un produit égal au CBR du contrat immédiatement avant le décès et le conjoint est réputé l'avoir acquis pour le même montant, à condition que les deux époux aient été résidents canadiens juste avant le décès[23]. Il serait possible de transférer le contrat sur la tête des deux conjoints, payable au deuxième décès, dans une fiducie exclusive en faveur du conjoint survivant en franchise d'impôt. Par contre, il semblerait que le fait pour une telle fiducie de détenir un contrat d'assurance sur la vie du bénéficiaire du revenu pourrait disqualifier la fiducie à titre de fiducie exclusive au conjoint si cette dernière doit en acquitter la prime[24].

Certaines situations doivent toutefois recevoir une attention spéciale. Les conjoints de fait qui se qualifient comme tels en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[25] ne sont pas appelés à la succession de l'un et de l'autre à moins de dispositions explicites à cet effet dans un testament ou une police d'assurance vie. Le droit de survie disponible pour les titulaires conjoints dans la common law ne l'est pas en droit civil du Québec. Dans ces circonstances, la proportion des intérêts détenus par l'un des titulaires dans la police d'assurance vie sera automatiquement partie de sa succession même si l'autre titulaire est le conjoint. À ce moment, il est donc nécessaire que les conjoints se désignent mutuellement comme titulaire subrogé de leurs intérêts dans la police ou que des dispositions testamentaires soient établies en conséquence. Si la portion des intérêts appartenant au titulaire décédé était dévolue à un tiers non admissible au transfert en franchise d'impôt, il y aurait alors une disposition imposable suivant les règles applicables aux personnes transigeant avec un lien de dépendance, que nous verrons plus loin. Il en serait de même des conjoints mariés dont l'un décéderait sans

---

22 Par. 148(8.1) L.I.R.

23 Par. 148(8.2) L.I.R.

24 « The CRA Responds: Tax Round Table 2006 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2006, question 3; « Practitioner/CRA Round Table », dans *2006 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 13 juin 2006, question 2; *CRA Views*, *op*. *cit*., note 13, interprétation technique 2006-0185551C6, 11 septembre 2006.

25 Par. 248(1) « conjoint de fait » L.I.R.

testament et sans désignation de titulaire subrogé si l'un des héritiers était un enfant différent de celui dont la vie est assurée.

3.1.2. Disposition en faveur d'un enfant

Finalement, l'intérêt d'un titulaire dans un contrat d'assurance vie peut être transféré de son vivant pour un produit de disposition égal au CBR du contrat immédiatement avant le transfert, à l'enfant[26] du titulaire à condition que la personne dont la vie est assurée soit elle-même cet enfant du titulaire ou un enfant du bénéficiaire du transfert[27].

De prime abord, ces questions paraissent simples. C'est sans compter l'interprétation très restrictive que l'ARC leur donne. En fait, il ne serait pas possible de transférer à un ou plusieurs enfants du titulaire un contrat qui compte plusieurs assurés. Le contrat ne peut pas non plus faire l'objet d'un legs par testament pour bénéficier du transfert en franchise d'impôt. Seule la désignation d'un titulaire subrogé qui serait l'enfant assuré ou une personne dont l'enfant assuré est l'enfant permettrait au décédé d'éviter l'impôt payable au moment du décès. Enfin, si une fiducie testamentaire est désignée pour détenir le contrat au décès du titulaire, même si cette fiducie est en faveur de l'enfant dont la vie est assurée, il ne serait pas possible de revendiquer le transfert libre d'impôt pour le défunt[28].

Ces questions ont été traitées uniquement sur la base d'interprétations techniques de la part des autorités fiscales et n'ont pas fait l'objet de décisions des tribunaux. Il serait fort intéressant de voir si elles seraient maintenues dans les mêmes termes si jamais un juge avait à se prononcer sur ces sujets.

---

[26] La définition de l'enfant dans ce cas précis fait référence à celle que nous retrouvons au paragraphe 148(9) « enfant » L.I.R., laquelle se réfère par renvoi à celle contenue au paragraphe 70(10) L.I.R. Pour une discussion de la définition d'enfant dans le cadre de l'assurance vie, voir Janine A.S. THOMAS, « Tax Consequences of Certain Transfers of Ownership of a Life Insurance Policy », (2003), vol. XI, n° 4 *Goodman on Estate Planning* 904-907.

[27] Par. 148(8) L.I.R.

[28] *CRA Views*, *op. cit.*, note 13, interprétations techniques 2004-0065441C6, 4 mai 2004; 2005-0125391E5, 29 août 2005; 2005-0137151E5, 12 décembre 2005. L'ARC s'est prononcée sur plusieurs de ces questions dans « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-39, question 10, à la page 57:21.

3.1.3. Particularités associées aux polices d'assurance « vies multiples »

Comme nous l'avons mentionné plus haut, il arrive fréquemment qu'une seule police d'assurance soit émise pour couvrir plusieurs membres d'une même famille, soit les parents et les enfants. Selon l'ARC, il n'est pas possible de transférer la police en franchise d'impôt à un enfant parmi les enfants dont la vie est assurée, car selon le libellé de la loi, un seul enfant peut être assuré pour faire l'objet de l'exception du paragraphe 148(8) L.I.R.[29]

Une interprétation récente est venue faire certaines nuances sur ces questions et ainsi donner un éclairage intéressant à certaines planifications populaires dans le marché familial. En fait, après une analyse de la question, l'ARC a émis l'opinion que le transfert d'une police d'assurance émise conjointement sur la vie du père et du fils et dont le fils était le titulaire subrogé remplissait les conditions du paragraphe 148(8) L.I.R. vu qu'en fait, seule la vie du fils demeure assurée après le décès du père[30]. Une position similaire a été adoptée si, à la suite d'une modification de la police, la protection sur la vie du père était retirée[31].

Cela étant dit, nous venons de voir les seules exceptions prévues dans la loi où une transaction qui par ailleurs serait une « disposition par le seul effet de la loi » pourrait bénéficier d'un avantage fiscal. Toute autre transaction en faveur de tiers ayant comme finalité le changement d'identité de la personne qui contrôle l'intérêt dans la police d'assurance vie ou un changement qui ferait en sorte qu'un nouveau contrat serait créé est imposable suivant les principes énoncés au paragraphe 148(1) ou 148(7) L.I.R.

4. LE CALCUL DU REVENU DU TITULAIRE D'UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE

Les paragraphes 201(5) et 217(2) R.I.R. imposent à l'émetteur du contrat d'assurance l'obligation d'indiquer sur les Feuillets T4 ou T5 le

---

29 « The CRA Responds: Tax Policy Roundtable 2004 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2004, question 3; *CRA Views*, *op*. *cit*., note 13, interprétation technique 2004-0065441C6, 4 mai 2004.

30 « The CRA Responds: Tax Policy Roundtable CALU 2005 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2005, question 7; *CRA Views*, *op*. *cit*., note 13, interprétation technique 2005-0116681C6, 3 mai 2005.

31 *CRA Views*, *op*. *cit*., note 13, interprétation technique 2005-0125391E5, 29 août 2005.

montant imposable que le titulaire doit inclure dans son revenu pour l'année d'imposition relativement à ces polices. De fait, seuls les renseignements apparaissant dans les comptes de l'émetteur sont disponibles pour ce dernier. Si des transactions sont survenues alors que l'émetteur ne peut en être informé, il est possible que certains rajustements au calcul du CBR, entre autres, n'aient pas été faits.

Le fait que les parties traitent ou non à distance constitue un autre élément à considérer pour déterminer le montant imposable des transactions. De plus, lors de certaines transactions impliquant des employés et des actionnaires, il faudra éventuellement tenir compte de la valeur que pourrait avoir un bénéfice imposable.

4.1. LE CALCUL DE L'IMPÔT LORSQUE LES PARTIES TRANSIGENT SANS LIEN DE DÉPENDANCE

Commençons par le plus simple : lorsque les parties transigent à distance, ce sont les dispositions des paragraphes 148(1) et 148(9) « produit de disposition » L.I.R. qui s'appliquent. La formule à utiliser se limite donc à ce qui suit :

Gain sur police = Produit de disposition moins CBR du contrat

De ce fait, le montant imposable à être inclus dans le revenu du cédant est celui que ce dernier est prêt à payer pour obtenir le contrat d'assurance vie. En général, il s'agira du montant payé si celui-ci représente le montant que le titulaire a « le droit de recevoir »[32]. Par exemple, imaginons un contrat hypothétique possédant les caractéristiques suivantes :

Capital-décès	100 000 $
Valeur de rachat	2 500 $
CBR du contrat	2 100 $

Une personne est prête à payer 2 100 $ pour acquérir ce contrat. Dans son revenu imposable pour l'année pendant laquelle la disposition est survenue, le titulaire du contrat devra inclure le montant calculé comme suit :

---

[32] Nous traiterons de certains principes relatifs à l'évaluation de la JVM des polices d'assurance vie à la section 5. du présent texte.

Produit de disposition	2 100 $
CBR du contrat	2 100 $
Revenu à inclure (al. 56(1)j) L.I.R.)	0

Les caractéristiques du contrat pour le nouveau titulaire seront les suivantes :

Capital-décès	100 000 $
Valeur de rachat	2 500 $
CBR du contrat	2 100 $

Si l'acquéreur décidait d'encaisser la valeur de rachat le lendemain, il réaliserait alors un gain sur police imposable de 400 $ qui devra être inclus en entier dans le calcul de son revenu imposable pour l'année d'imposition.

Si aucune contrepartie n'est payée, la transaction pourrait alors être qualifiée de « donation ». L'aspect fiscal de la transaction sera alors traité suivant les dispositions du paragraphe 148(7) L.I.R. que nous verrons ci-après.

4.2. LE CALCUL DE L'IMPÔT SUR CERTAINS TYPES DE DISPOSITIONS ET LORSQUE LES PARTIES TRANSIGENT AVEC UN LIEN DE DÉPENDANCE

Le paragraphe 148(7) L.I.R. dont le texte a été reproduit plus haut établit la valeur de l'intérêt dans une police d'assurance vie lorsqu'il fait l'objet d'une des quatre transactions suivantes :

- un don, soit entre vifs ou par testament;
- une distribution par une société;
- par le seul effet de la loi, par exemple en faveur du titulaire subrogé lors du décès du titulaire principal;
- ou en faveur d'une personne avec qui le titulaire avait un lien de dépendance.

Dans ces cas particuliers, le titulaire du contrat sera réputé acquérir le droit de recevoir un produit de disposition égal à la valeur de l'intérêt au moment de la disposition. La « valeur » est définie comme la valeur de

rachat que le titulaire aurait le droit de recevoir à ce moment, nette des avances sur police, des participations payables et des intérêts payables si le contrat était racheté à ce moment. Dans le cas où le contrat n'a pas de valeur de rachat, cette valeur est nulle. L'objectif poursuivi par cette disposition est d'établir la valeur de rachat comme la valeur étalon pour calculer le montant attribuable au revenu imposable du titulaire du contrat. Pour reprendre l'exemple donné plus haut, voici ce que le nouveau gain sur police donnerait :

Capital-décès	100 000 $
Valeur de rachat	2 500 $
Avances impayées	500 $
Produit de disposition	2 000 $
CBR du contrat	2 100 $

La titulaire dispose du contrat en faveur de son fils pour une valeur égale à zéro. Le titulaire du contrat devra inclure dans son revenu imposable pour l'année pendant laquelle la disposition est survenue le montant calculé comme suit :

Produit de disposition	2 000 $
CBR du contrat	2 100 $
Revenu à inclure (al. 56(1)j) L.I.R.)	0

Les caractéristiques du contrat pour le nouveau titulaire seront les suivantes, l'acquéreur étant réputé acquérir le contrat à un coût égal à cette valeur :

Capital-décès	100 000 $
Valeur de rachat	2 500 $
Avances impayées	500 $
CBR du contrat	2 000 $

Si le nouveau titulaire rachetait le contrat immédiatement après la transaction sans rembourser les avances impayées, il aurait un gain sur police égal à zéro[33], donc aucun revenu imposable ne serait tiré de la transaction.

[33] Par. 148(9) « produit de disposition », al. a) L.I.R.

4.2.1. Donation entre vifs ou au décès

Légalement, une donation survient lorsqu'un donateur transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à un donataire, que ce soit entre vifs ou à cause de mort. Autant en droit civil qu'en droit fiscal, la notion de « don » implique un appauvrissement du donateur et un enrichissement du donataire[34]. Imaginons quelques situations où nous pourrions prétendre à un tel don.

Un employeur non incorporé transfère une police d'assurance vie à un employé avec qui il n'a pas de lien de dépendance, sans contrepartie de la part de ce dernier qui accepte. Cette transaction pourrait se qualifier légalement comme une donation, particulièrement si la police en question comporte des valeurs de rachat, et être traitée sur le plan fiscal suivant le paragraphe 148(7) L.I.R.

Une situation similaire pourrait survenir entre deux actionnaires d'une société par actions qui détiennent chacun une police d'assurance vie sur la vie de l'un et de l'autre et qui désirent se la transférer ou la transférer à une société de gestion personnelle. Ces situations sont illustrées à la section 6. du présent texte.

4.2.2. Distribution par une société

Cette question sera examinée plus longuement à la section 6. du présent texte.

4.2.3. Transfert par le seul effet de la loi

Nous avons déjà traité de dispositions qui surviennent par le seul effet de la loi. Il en est ainsi de la disposition présumée de la police d'assurance survenant au décès en faveur du titulaire subrogé ou d'un légataire indiqué dans le testament. Lorsque les personnes impliquées ne sont pas admissibles au transfert en franchise d'impôt, ce sont les règles du paragraphe 148(7) L.I.R. qui devraient s'appliquer.

Par le passé, l'ARC a indiqué que pour déterminer s'il y a une disposition par le seul effet de la loi, le changement au contrat existant doit équivaloir à la création d'un nouveau contrat en vertu du *Code civil du Québec*. Une telle détermination ne peut être faite qu'après un examen de

[34] Art. 1806 et suiv. C.c.Q.; par. 248(30) L.I.R.

tous les faits d'une situation particulière, des termes du contrat et des modifications proposées[35]. Faut-il entendre de cette interprétation qu'une telle disposition survenant en faveur d'une personne ne traitant pas à distance sans qu'elle implique de changement majeur dans le contrat recevrait le traitement prévu à l'alinéa 148(2)a) L.I.R.? Nous croyons que tel devrait être le cas. Même si les dispositions du paragraphe 148(7) L.I.R. sont précises et qu'elles priment les dispositions générales de la loi, celles-ci semblent redondantes eu égard aux dispositions générales du paragraphe 148(9) « disposition » et de l'alinéa 148(2)a) L.I.R. quant à l'établissement du produit de disposition dans certaines circonstances.

4.2.4. Transfert en faveur de personnes avec qui le titulaire a un lien de dépendance

En matière fiscale, le concept de lien de dépendance est particulièrement extensible. En fait, ce concept est une question de fait qui peut évoluer selon les circonstances. L'alinéa 251(1)a) L.I.R. stipule que les personnes qui sont liées entre elles transigent avec un lien de dépendance.

4.2.4.1. Particuliers liés

La première catégorie de personnes liées est facile à identifier. Il s'agit des personnes qui sont liées par les liens du sang, ceux du mariage ou de l'union de fait ou ceux de l'adoption en droit ou en fait. Cette notion englobe les descendants, enfants et petits-enfants et inclut l'enfant d'un époux ou d'un conjoint de fait tant que dure le mariage ou l'union de fait, un frère ou une sœur du particulier ou de son époux ou conjoint de fait. Ce groupe inclut aussi les époux et les conjoints de fait des descendants, les parents ainsi que les frères et sœurs de l'époux ou du conjoint de fait. Ce groupe exclut toutefois les neveux, les nièces, les tantes et les oncles ainsi que les cousins[36].

4.2.4.2. Sociétés liées

Une société par actions peut avoir un lien de dépendance avec un individu avec qui elle est liée. Il en est de même pour deux ou plusieurs sociétés qui peuvent être liées entre elles. Le fait qu'une société soit liée à un individu ou que plusieurs sociétés soient liées entre elles s'établit en faisant

---

35 *CRA Views*, *op. cit.*, note 13, interprétation technique 1999-0014465F, 13 avril 2000.

36 Par. 251(6) L.I.R.

référence à la notion de contrôle de droit. Le contrôle de droit est basé sur la possession d'un nombre donné d'actions assorties d'un droit de vote qui confère une majorité lors de l'élection des membres du conseil d'administration de la société. La possibilité qu'il y ait un lien de dépendance entre des sociétés issues de personnes liées ou de groupes de personnes liées qui exercent un contrôle sur une ou des sociétés est très importante et peut réserver des surprises. Ainsi, une société qui est contrôlée par deux cousins n'est pas considérée comme contrôlée par un groupe de personnes liées. Par contre, voici un exemple très révélateur des pièges que comporte cette notion dans certaines circonstances.

> « **Exemple 1**
>
> A a deux enfants adultes, C et D. C a deux enfants, X et Y. De son côté, D a un enfant, Z. A détient toutes les actions émises et en circulation d'Aco et, de ce fait, contrôle cette dernière. Quant à Y et Z, ils détiennent chacun 50 % des actions ordinaires d'Opco. Comme Y et Z sont cousins, ils forment, aux fins de la Loi, un groupe non lié qui contrôle Opco. Puisque A est lié respectivement à Y et Z (A étant leur grand-parent), Aco et Opco sont liées […][37]. »

Dans les mêmes circonstances, si Aco avait trois actionnaires, A, H et I, qui ne détiennent pas le contrôle, si les trois actionnaires étaient des personnes liées, parent, frère, sœur, et que selon les données plus haut Y et Z étaient cousins, les sociétés Aco et Opco seraient liées. Par contre, si A était le grand-parent de Y et Z et que H et I n'avaient aucun lien avec A ni avec Y et Z, les sociétés Aco et Opco ne seraient pas liées. Toutefois, on doit faire preuve d'une sage circonspection, car les droits des minoritaires peuvent faire en sorte qu'ils exercent un contrôle de fait qui peut être pris en considération lors de la détermination d'un lien de dépendance.

4.2.4.3. Fiducie

Une fiducie est réputée être une personne aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[38]. Une fiducie personnelle entre vifs ou testamentaire et un contribuable sont réputés avoir un lien de dépendance lorsque le contribuable ou toute personne ayant avec lui un lien de dépendance a un droit de bénéficiaire dans la fiducie[39]. Le droit de bénéficiaire est défini dans la loi comme le droit immédiat ou futur, conditionnel ou non, discrétionnaire ou

---

[37] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 11.

[38] Par. 248(1) « particulier » L.I.R.

[39] Al. 251(1)b) L.I.R.

non, de recevoir à titre de bénéficiaire la totalité ou une partie du revenu ou du capital de la fiducie directement ou par entités interposées[40]. Un bénéficiaire d'une fiducie a un lien de dépendance avec cette dernière. Deux fiducies auront un lien de dépendance si elles ont des bénéficiaires communs. Normalement, une fiducie a un lien de dépendance avec son auteur, sauf si les circonstances font en sorte que ce dernier n'a aucune influence sur les fiduciaires. Si le transfert de biens à la fiducie se fait en raison du décès de l'auteur, la position de l'ARC veut qu'il s'agisse d'une opération avec lien de dépendance.

Une fiducie qui détient la majorité des droits de vote d'une société qui est contrôlée par les fiduciaires est considérée avoir un lien de dépendance avec la société en question et vice versa.

4.2.4.4. Société de personnes

Une société de personnes et une société par actions sont considérées comme ayant un lien de dépendance quand une société de personnes détient la majorité des actions avec droit de vote. Il en est de même lorsqu'un associé détient une participation déterminante; il est réputé avoir un lien de dépendance avec la société de personnes. Lorsqu'un groupe de personnes liées a une position déterminante dans la société de personnes, chaque membre du groupe est réputé avoir un lien de dépendance avec la société de personnes.

De façon générale, les tribunaux se sont déjà penchés sur ces questions de lien de dépendance. Ils ont appliqué certains critères pour déterminer si des parties agissaient avec ou sans lien de dépendance. Ces critères sont les suivants :

- un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties à une transaction;
- les parties à une transaction agissent de concert sans intérêts distincts;
- il y a exercice effectif (de fait) du contrôle.

---

[40] Par. 248(25) L.I.R.

4.3. L'AVANTAGE IMPOSABLE

Cette notion n'a pas à être examinée en regard du titulaire original du contrat, mais bien par rapport à l'acquéreur qui, s'il est bénéficiaire du transfert d'un contrat d'assurance vie à titre d'employé ou d'actionnaire, pourrait se voir dans l'obligation de rapporter un tel avantage dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition où il l'a reçu, avec les conséquences que cela implique pour le cédant et le cessionnaire.

5. LES PRINCIPES D'ÉVALUATION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE

Il existe plusieurs situations qui requièrent l'évaluation d'une police d'assurance vie. Sous certains aspects, la *Loi de l'impôt sur le revenu* indique précisément les aspects pécuniaires du contrat qui doivent être utilisés. Par exemple, le paragraphe 70(5.3) L.I.R. établit la valeur d'une police d'assurance détenue par une société comme la valeur de rachat immédiatement avant le décès de l'assuré pour établir la JVM des actions détenues par le défunt.

Par contre, les dispositions de la loi ne sont pas toujours aussi claires. Quelle valeur doit-on donner à des actions détenues par une fiducie exclusive au conjoint, quand la société est titulaire d'une police d'assurance payable au deuxième décès et que l'assuré est le conjoint survivant bénéficiaire de la fiducie? Jusqu'aux modifications apportées au paragraphe 70(5.3) L.I.R., les autorités fiscales étaient d'avis qu'en conformité avec les dispositions du paragraphe 104(4) L.I.R., c'était la valeur de la police d'assurance vie à la fin de la journée où le conjoint survivant est décédé qui constituait la valeur à considérer dans l'évaluation des actions dont il sera disposé par la fiducie. Depuis le 1er octobre 1996, à la suite des modifications apportées à la loi, ce sont les dispositions du paragraphe 70(5.3) L.I.R. qui trouvent application. Donc, ce sont les valeurs de rachat qui seront utilisées pour déterminer la valeur des actions dont la fiducie dispose au décès du dernier conjoint.

Par contre, une autre interrogation demeure. Ainsi, dans ce processus d'évaluation, quelle valeur faut-il donner aux polices d'assurance vie détenues par la société dont les actionnaires survivants sont les assurés? Dans le premier cas, l'ARC a déjà indiqué que ces polices doivent être évaluées à leur JVM pour établir la valeur des actions. Cette valeur ne correspond donc pas nécessairement à la valeur de rachat du contrat. Il est donc nécessaire d'établir la JVM de l'intérêt dans la police d'assurance vie par un processus plus élaboré. Les autorités fiscales ont déjà fourni des lignes directrices pour guider l'évaluateur dans cette tâche. À cette fin, les

principes d'évaluation des biens mobiliers tels qu'ils sont établis dans la *Circulaire d'information* 89-3[41] s'appliquent en toutes circonstances et non seulement lorsque les biens sont détenus par une société. Ces directives sont les suivantes :

- la valeur de rachat;
- le montant du prêt sur police qui peut être obtenu;
- la valeur nominale;
- l'état de santé de la personne assurée et son espérance de vie (la valeur médicale potentielle);
- les privilèges de conversion;
- les avenants et autres clauses permettant de bonifier la prestation;
- le coût de remplacement.

D'autres facteurs peuvent avoir une influence à la hausse ou à la baisse sur la valeur à octroyer à une police d'assurance vie comme s'il s'agissait d'un bloc d'actions majoritaires ou si l'état de santé de la personne dont le contrat est évalué risquait de s'améliorer. Enfin, le type de police faisant l'objet de l'évaluation et le mode de détention dans un contexte corporatif peuvent aussi influer sur le résultat final de la JVM. Veuillez consulter l'annexe I du présent texte pour un exemple plus pratique des méthodes d'évaluation de la JVM souvent utilisées dans un contexte de transfert de police d'assurance vie.

6. DISTRIBUTION PAR UNE SOCIÉTÉ ET TRANSFERT AVEC LIEN DE DÉPENDANCE

La révision des notions techniques énoncées ci-dessus s'avère nécessaire pour comprendre les impacts fiscaux rattachés aux diverses situations impliquant un transfert des polices d'assurance vie. Les règles visant à déterminer le revenu à inclure par un contribuable qui dispose d'une police d'assurance vie peuvent toutefois se résumer ainsi :

---

[41] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes d'évaluation des biens mobiliers », 25 août 1989, par. 40-41.

- la règle générale veut que lors de la disposition d'un intérêt qu'il détient dans une police d'assurance vie, le titulaire doive inclure, dans le calcul de son revenu imposable pour l'année où il en a disposé, le produit de disposition, c'est-à-dire le montant qu'il a acquis le droit de recevoir au cours de l'année moins le CBR du contrat;

- des règles particulières sont établies pour déterminer le montant que le titulaire a le droit de recevoir selon que les parties transigent avec ou sans lien de dépendance.

Si les parties transigent sans lien de dépendance, la règle veut que le montant du produit que le titulaire a le droit de recevoir soit :

- la somme donnée (contrepartie) moins la fraction de cette somme qui sert à acquitter le paiement d'une prime ou d'une avance;

- lors de la disposition, le nouveau CBR pour le cessionnaire sera réputé être la contrepartie additionnée du total des primes futures qu'il devra acquitter.

Si les parties transigent avec un lien de dépendance, ce sont les règles spécifiques établies au paragraphe 148(7) L.I.R. qui s'appliquent. Le montant, que le titulaire a acquis le droit de recevoir, est alors réputé être la « valeur », soit la valeur de rachat de la police diminuée des avances sur police et sans tenir compte des participations et des intérêts dus sur l'avance. Aux fins de cet exercice, nous utiliserons l'expression « valeur nette » pour désigner ce montant. Le montant devant être inclus dans le calcul du revenu du titulaire du contrat pour l'année d'imposition en question sera alors calculé comme suit :

- la valeur nette moins le CBR de la police immédiatement avant la disposition.

Le nouveau CBR pour le cessionnaire sera réputé être la valeur nette, augmenté du total des primes futures qu'il devra acquitter.

Si le transfert se fait à la suite d'une distribution par une société à un actionnaire ou si un employé est le cessionnaire, celui-ci peut avoir à inclure une somme égale au bénéfice imposable qu'il a alors reçu. Cette somme n'est pas égale à la « valeur nette » mais bien à la « juste valeur marchande » de la police établie selon les critères discutés à la section 5. du présent texte. Le fait d'inclure au revenu du cessionnaire un bénéfice imposable peut avoir

un impact sur le calcul de son nouveau CBR, comme nous l'avons vu plus haut.

Voyons maintenant quelques exemples pratiques des conséquences d'un tel transfert. Nous avons constitué ces exemples à partir d'une police type qui a les caractéristiques suivantes :

Assuré :	Homme 59 ans, non-fumeur Santé chancelante
Contrat :	Police d'assurance vie universelle
Capital assuré :	1 000 000 $
Fonds accumulé :	300 000 $
Valeur de rachat :	200 000 $
CBR :	100 000 $
Valeur nette :	200 000 $
JVM de la police :	600 000 $

6.1. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS DES POLICES DÉTENUES PAR DES INDIVIDUS SELON LA MÉTHODE DE « DÉTENTION CROISÉE »

Prenons la situation où A et B exploitent ensemble une entreprise. Ils détiennent une police d'assurance sur la vie de l'un et de l'autre selon la méthode de la « détention croisée ». Au moment où ils cessent d'exploiter l'entreprise, ils désirent se céder mutuellement leur police d'assurance respective. Dans l'hypothèse où l'une des polices possède les caractéristiques décrites plus haut, voici les conséquences fiscales de ces transactions.

6.1.1. A et B transigent sans lien de dépendance

La somme convenue entre les parties est de 100 000 $. Ce montant tient compte du fait que A a acquitté les primes sur la police de B.

Produit de disposition	100 000 $
CBR	100 000 $
Gain sur police	0

Le montant à inclure dans le revenu de A à la suite de la disposition en vertu de l'alinéa 56(1)j) L.I.R. sera nul.

Pour l'acquéreur B, le nouveau CBR de la police sera la somme convenue, soit 100 000 $.

6.1.2. A et B transigent avec un lien de dépendance

Dans ce cas précis, la *Loi de l'impôt sur le revenu* considère le produit de disposition égal à la valeur nette du contrat, soit la valeur de rachat diminuée des avances sur police impayées et autres considérations. La transaction se soldera comme suit sur le plan fiscal :

Produit de disposition	200 000 $
CBR	100 000 $
Gain sur police	100 000 $

Le montant à inclure dans le calcul du revenu imposable de A à la suite de la disposition en vertu de l'alinéa 56(1)j) L.I.R. est donc de 100 000 $.

Pour l'acquéreur B, le nouveau CBR de la police sera réputé être égal à la valeur nette, soit 200 000 $.

6.2. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS EN FAVEUR D'UN ACTIONNAIRE OU D'UN EMPLOYÉ

Il arrive fréquemment que des sociétés détiennent des polices d'assurance sur la vie de leurs actionnaires ou employés et qu'il soit de l'intérêt de ces derniers de conserver la police après la vente ou la liquidation de la société.

6.2.1. Société cédante et actionnaire ou employé B transigent sans lien de dépendance

Ces situations quoique rarissimes sont quand même plausibles dans certaines circonstances. Par contre, les parties seront rattrapées par les dispositions du paragraphe 148(7) L.I.R., car dans la plupart des cas, le transfert constitue une distribution par la société. Il existe une échappatoire et il s'agit de la situation où des parties qui transigent sans lien de dépendance le font à la JVM du contrat, établie suivant les principes d'évaluation applicables. Lors de la table ronde de la CALU en 2003[42], l'ARC a indiqué que si le transfert a lieu pour une contrepartie égale à la JVM du contrat en faveur d'un actionnaire ou d'un employé, la vente ne

[42] « The CCRA Responds: Tax Policy Roundtable 2003 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2003, question 5.

serait pas considérée comme une distribution par la société et de ce fait, le paragraphe 148(7) L.I.R. ne s'appliquerait pas.

Les conséquences du transfert de la police dans les circonstances d'une vente seraient les suivantes :

Contrepartie (JVM)	600 000 $
Produit de disposition	600 000 $
CBR	100 000 $
Gain sur police	500 000 $

La société cédante devra donc inclure dans le calcul de son revenu imposable pour l'année de la disposition un montant de 500 000 $ représentant son gain sur police.

Pour l'acquéreur B, les nouvelles caractéristiques de la police seront les suivantes :

Contrepartie versée	600 000 $
Avantage imposable	0

Le nouveau CBR de la police sera réputé être égal à la contrepartie payée, soit 600 000 $.

6.2.2. Société cédante et actionnaire ou employé B transigent avec un lien de dépendance ou la transaction est une distribution par la société

Que le transfert ait lieu sous la forme d'un don, à l'occasion d'une distribution par la société ou par l'effet de la loi, il sera présumé se faire pour un montant égal à la valeur nette de la police. Dans l'hypothèse où l'acquéreur verse la contrepartie de 200 000 $ à la société, les caractéristiques fiscales seront les suivantes :

Produit de disposition	200 000 $
CBR	100 000 $
Gain sur police	100 000 $

La société cédante devra donc inclure dans le calcul de son revenu imposable pour l'année de la disposition un montant de 100 000 $ représentant son gain sur police.

Pour l'acquéreur B, les nouvelles caractéristiques de la police seront les suivantes :

Contrepartie versée	200 000 $
Avantage imposable	400 000 $

Par ailleurs, l'actionnaire acquiert un intérêt dans une police d'assurance dont la JVM est supérieure à la valeur de rachat. De ce fait, l'ARC est d'avis que l'actionnaire en question devra inclure un avantage imposable suivant les dispositions du paragraphe 15(1) L.I.R. ou de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. s'il s'agit d'un employé, dans son revenu imposable pour l'année du transfert. L'avantage imposable devrait alors être égal à l'excédent de la JVM de la police sur la valeur de rachat[43].

Le nouveau CBR de la police devrait être de 600 000 $ malgré le fait que le paragraphe 148(7) L.I.R. répute ce CBR être égal à la valeur nette. Les autorités fiscales en sont venues à cette conclusion après avoir constaté que l'ajout d'un avantage imposable au revenu du cessionnaire faisait en sorte que ce dernier subissait un désavantage si la disposition de la loi était appliquée strictement. Après avoir refusé de permettre le rajustement du CBR au-delà de la somme représentée par la valeur nette pendant plusieurs années, elles ont mentionné dans des interprétations techniques relativement récentes qu'un rajustement en fonction de l'avantage imposable déclaré dans le revenu serait acceptable. De ce fait, le nouveau CBR de la police pour le cessionnaire devrait se calculer selon la formule suivante :

Nouveau CBR = Produit de disposition suivant le paragraphe 148(7) L.I.R. + (JVM du contrat – Valeur de rachat)[44]

Si la même situation était considérée sans qu'une contrepartie soit versée, le total de la JVM de la police devrait être inclus dans le calcul du revenu du cessionnaire à titre de bénéfice ou d'avantage imposable, soit 600 000 $.

---

[43] *CRA Views*, *op. cit.*, note 13, interprétation technique 9831355F, 4 janvier 1999. Il convient de noter que les autorités fiscales ont toujours eu comme position que l'avantage conféré à un actionnaire selon le paragraphe 15(1) L.I.R. n'est pas déductible du revenu de la société alors que celui conféré à un employé suivant l'alinéa 6(1)a) L.I.R. le serait.

[44] *CRA Views*, *op. cit.*, note 13, interprétations techniques 9327305, 13 janvier 1994 et 2003-0004275, 9 juin 2003.

Le nouveau CBR serait aussi de 600 000 $ calculé comme suit :

	Produit d'acquisition	200 000 $
Plus		
	JVM	600 000 $
Moins		
	Valeur de rachat	200 000 $
	Nouveau CBR	600 000 $

6.3. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE D'OPCO EN FAVEUR DE GESCO

Dans la situation où une société de gestion serait la cessionnaire du contrat d'assurance, les dispositions du paragraphe 148(7) L.I.R. trouveraient application pourvu que la transaction ne s'effectue pas au titre d'une vente à la JVM.

Voici un tableau illustrant les conséquences fiscales du transfert et les caractéristiques fiscales de la police et du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») des sociétés par la suite.

Conséquences pour Opco			
Contrepartie versée	Néant	200 000 $ (VR)	600 000 $ (JVM)
Produit de disposition	200 000 $	200 000 $	600 000 $
CBR	100 000 $	100 000 $	100 000 $
Gain sur police	100 000 $	100 000 $	500 000 $
Gesco			
Avantage imposable	600 000 $	400 000 $	0
Nouveau CBR	600 000 $	600 000 $	600 000 $
CDC	400 000 $	400 000 $	400 000 $

Si l'opération avait lieu pour des raisons d'affaires véritables comme la purification de la société exploitante pour maintenir l'exonération enrichie du gain en capital sur les actions admissibles de petite entreprises ou la protection des valeurs de rachat de la police contre les créanciers et qu'Opco était maintenue à titre de bénéficiaire du capital-décès de la police, le crédit potentiellement disponible au CDC d'Opco serait de 1 M$, car le CBR du contrat appartient au titulaire.

Le montant d'impôt payable par Gesco à tire d'avantage imposable peut être évité en déclarant un dividende d'une valeur égale à la JVM de la police soit 600 000 $. Ce dividende pourra être traité comme un dividende intersociétés si les sociétés sont rattachées, et de ce fait être déductible suivant les dispositions de la loi.

Si le dividende intersociétés est un dividende en nature, le nouveau CBR pour l'acquéreur Gesco sera maintenu à 200 000 $ parce que l'inclusion dans le revenu de Gesco se fera en fonction du fait que celle-ci reçoit un dividende et non en raison de l'inclusion d'un avantage imposable[45].

6.4. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE ENTRE SOCIÉTÉS SŒURS

Le transfert survenant entre sociétés sœurs s'aligne sur les dispositions du paragraphe 148(7) L.I.R. car au sens de la loi, ce sont des entités qui transigent avec un lien de dépendance. La seule exception à ce principe serait encore une fois une transaction intervenant à la JVM comme cela est illustré ci-après.

Dans la situation où Société A est titulaire d'une police d'assurance sur un actionnaire commun et qu'elle désire transférer cette police à Société B, les conséquences fiscales et les caractéristiques du contrat après la transaction seront les suivantes :

Société A			
Produit de disposition réputé	200 000 $	200 000 $	200 000 $
CBR	100 000 $	100 000 $	100 000 $
Gain sur police	100 000 $	100 000 $	100 000 $
Société B			
Contrepartie versée	Néant	200 000 $ (VR)	600 000 $ (JVM)
Avantage imposable	Néant	Néant	Néant
Nouveau CBR	200 000 $	200 000 $	200 000 $

[45] *CRA Views*, *op. cit.*, note 13, interprétation technique 9204375, 12 mars 1992.

Dans cette situation particulière, comme les sociétés sœurs ne sont pas actionnaires l'une de l'autre, il ne peut pas y avoir d'avantage imposable suivant le paragraphe 15(1) L.I.R. qui viendrait permettre d'augmenter le nouveau CBR d'un montant égal au produit de disposition plus la JVM moins la valeur de rachat. De ce fait, le CBR de la police sera réputé égal à la valeur nette[46].

À la table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers tenue au Congrès 2006 de l'APFF[47], l'ARC a indiqué que si la société cédante subit un appauvrissement en raison de l'opération ci-dessus, cette société confère alors un avantage imposable à l'actionnaire unique en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

6.5. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE D'UN INDIVIDU À UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Il arrive à l'occasion qu'un actionnaire veuille transférer de son vivant sa police d'assurance à sa société. Il est évident qu'il s'agit d'une disposition. Si nous présumons que l'actionnaire et sa société transigent avec un lien de dépendance, le paragraphe 148(7) L.I.R. s'appliquera en l'espèce. Il peut s'agir d'une transaction intéressante du point de vue fiscal dans l'état actuel du droit. En fait, l'actionnaire sera présumé avoir disposé de sa police pour un produit de disposition égal à sa valeur nette, laquelle est représentée par la valeur de rachat moins les rajustements prévus quant aux avances impayées entre autres. Le cédant devra inclure dans son revenu imposable pour l'année le gain de mortalité représenté par le produit de disposition moins le CBR du contrat à ce moment. Le nouveau CBR pour la société sera égal à la valeur de rachat.

Actionnaire cédant	
Produit de disposition réputé (valeur nette)	200 000 $
CBR	100 000 $
Gain sur police	100 000 $
Impôt (48,2 %)	48 200 $
Montant reçu net d'impôt	551 800 $

[46] *CRA Views, op. cit.*, note 13, interprétations techniques 9327305, 13 janvier 1994 et 2003-0004275, 9 juin 2003.

[47] « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 51:1-26, question 15, aux pages 51:23-24.

Société cessionnaire	
Contrepartie payée	600 000 $
Nouveau CBR	200 000 $
Crédit au CDC	800 000 $

Cette transaction représente un intérêt certain dans les circonstances où la JVM de la police est supérieure à la valeur de rachat et encore plus lorsque le CBR excède la valeur de rachat. L'actionnaire pourrait recevoir une contrepartie égale à la JVM du contrat en contrepartie sans que cette opération modifie son revenu imposable pour l'année. De plus, le nouveau CBR de la police serait de 200 000 $, ce qui représente un avantage certain étant donné que le crédit au CDC de la société au décès de l'actionnaire est constitué de l'excédent de la valeur de rachat sur le CBR de la police[48].

Avant d'agir de la sorte, il est important de procéder à une évaluation en bonne et due forme de la police.

6.6. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE POUR GARANTIR UN EMPRUNT

Comme nous l'avons vu dans la partie technique du présent texte, la cession totale ou partielle d'un intérêt dans une police d'assurance en vue de la garantie d'une dette ou d'un prêt à l'exclusion d'une avance sur police ne constitue pas une disposition imposable. De ce fait, les caractéristiques fiscales de la police demeurent donc inchangées. Dans l'exemple ci-après, le CBR de la police pour le créancier soit la banque restera le même. La rétrocession de la part du créancier peut toutefois constituer un problème.

En fait, la rétrocession n'est pas comprise dans les exclusions prévues par la loi. Les conséquences fiscales pourront être fort différentes selon que les parties transigent ou non à distance ou si la rétrocession se fait pour une valeur nulle ou à la JVM du contrat comme nous le verrons plus loin. Si nous poussons l'exercice au maximum, est-ce que l'évaluateur peut prendre en considération le fait que le débiteur a continué à payer la prime durant la

[48] À deux reprises lors des tables rondes de la CALU soit en 2002 et 2003, l'ARC a confirmé ce traitement fiscal : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0127455, mai 2002 et 2003-0040145, 6 octobre 2003. Chaque fois, il a cependant été mentionné que ce résultat a été porté à l'attention du ministère des Finances qui a confirmé son intention de revoir cette question dans le cours de la révision du régime fiscal applicable aux titulaires de polices d'assurance.

période où le contrat a été cédé en garantie lorsqu'il déterminera la JVM du contrat? Si la rétrocession se fait pour une contrepartie nulle, voici les conséquences fiscales qu'il faudrait envisager. Dans l'hypothèse où la banque transige sans lien de dépendance, la transaction devrait se faire à la JVM du contrat. Par contre, s'il est pris en considération que la rétrocession équivaut à un don, ce sont les dispositions du paragraphe 148(7) L.I.R. qui devraient s'appliquer, la rétrocession se fera donc au coût.

Rétrocession par la banque à l'emprunteur		
Contrepartie	0	0
Disposition à la JVM		600 000 $
Produit de disposition (valeur nette selon le paragraphe 148(7) L.I.R.)	200 000 $	
CBR	200 000 $	200 000 $
Gain sur police	0	400 000 $

La banque serait-elle prête à s'imposer sur ce montant de 400 000 $? Si la contrepartie nulle équivaut à un don ou à une « distribution », est-ce que l'on pourrait prétendre que le paragraphe 148(7) L.I.R. s'applique? À ce moment, la banque serait présumée avoir disposé de son intérêt dans le contrat pour un produit de disposition égal à la valeur nette, soit la valeur de rachat dans notre exemple. Dès lors, il n'y aurait pas de gain imposable.

Heureusement, les dispositions du *Code civil du Québec* portant sur la garantie fournie par l'hypothèque mobilière de la police d'assurance vie règlent toutes ces questions, parce qu'elle peut s'exécuter en donnant une sûreté sur le bien et non nécessairement une cession du droit de propriété. Ce régime semble toutefois mal compris par les institutions financières, et certains juristes se sont plu à en compliquer la structure préconisée par le *Code civil du Québec* d'où l'exigence fréquente de procéder par voie de cession absolue de la police avec les désavantages que cela peut comporter[49]. Il serait intéressant que de savants auteurs et les juges analysent ce type de transaction sous un angle différent, à savoir que la nature de l'obligation naissant d'un contrat d'assurance est d'abord et avant tout une réclamation du titulaire ou du bénéficiaire lorsque le risque vient à se réaliser. Ne

[49] Art. 2461 et 2462 C.c.Q.

pourrait-on pas analyser le tout comme une créance à l'égard de l'assureur et appliquer les règles de l'hypothèque sans dépossession[50]?

6.7. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE ENTRE SOCIÉTÉS FUSIONNÉES

La fusion de deux sociétés suivant les dispositions de l'article 87 L.I.R. entraîne-t-elle la disposition d'un intérêt dans une police d'assurance vie détenue par l'une des sociétés fusionnées? L'ARC a été appelée à se prononcer sur cette question à quelques reprises. Il appert que cette opération ne constitue pas une disposition d'un intérêt dans la police parce que la nouvelle société fusionnée est considérée comme la continuité des deux sociétés. De ce fait, la police conserve les mêmes caractéristiques fiscales qu'avant la fusion[51].

6.8. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE LORS D'UNE LIQUIDATION DE SOCIÉTÉS APPARENTÉES

La liquidation d'une société dans une autre société avec laquelle elle est apparentée (mère-fille) selon les règles de liquidation du paragraphe 88(1) L.I.R. n'a pas d'impact sur l'imposition de la société liquidée non plus que sur les caractéristiques fiscales de la police d'assurance dont les intérêts sont ainsi transférés. Le CR du contrat n'est alors pas rajusté. Cette opération s'effectue par transfert direct sans impôt en raison des règles énoncées au paragraphe 88(1) L.I.R. qui ont priorité sur celles du paragraphe 148(7) L.I.R.[52]

6.9. CESSION D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE À UNE FIDUCIE

En tout état de cause et sauf quelques rares exceptions prévues expressément par la loi ou les autorités fiscales, la cession d'un intérêt dans une police d'assurance vie à une fiducie constitue toujours une disposition, que cette opération survienne en faveur d'une fiducie entre vifs ou d'une

---

[50] Art. 2699 C.c.Q.

[51] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-474R, « Fusion de corporations canadiennes », 14 mars 1986; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9211260; *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 11 mai 1992.

[52] *CRA Views*, *op. cit.*, note 13, interprétation technique 2005-0116631C6, 3 mai 2005.

fiducie testamentaire. Selon que la fiducie transige ou non avec un lien de dépendance, les conséquences fiscales pour le cédant et les caractéristiques fiscales du contrat seront similaires à ce que nous avons vu plus haut.

Cédant		
Produit de disposition réputé (par.148(7) L.I.R.)	200 000 $	
Produit de disposition (JVM)		600 000 $
CBR	100 000 $	100 000 $
Gain sur police	100 000 $	500 000 $
Fiducie		
CBR	200 000 $	600 000 $
Bénéficiaire		
Transfert au bénéficiaire au CBR	200 000 $	600 000 $

6.10. DON D'UN INTÉRÊT DANS UNE POLICE D'ASSURANCE EN FAVEUR D'UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Titulaire cédant	
Produit de disposition réputé (par. 148(7) L.I.R.) Valeur nette	200 000 $
CBR	100 000 $
Gain sur police	100 000 $
Œuvre de bienfaisance	
CBR	200 000 $

Le don d'un contrat d'assurance vie comportant des valeurs de rachat permet au donateur d'obtenir les allégements fiscaux prévus par la loi pour un montant égal à la valeur de rachat diminuée des avances impayées entre autres. Il sera alors disposé du contrat et le gain sur police devra être inclus

dans le revenu imposable du donateur pour l'année d'imposition pendant laquelle la donation a eu lieu[53].

CONCLUSION

Le sujet des conséquences fiscales du transfert d'un intérêt dans une police d'assurance vie n'est pas des plus simples à aborder vu la multitude de situations possibles, la complexité des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les nombreuses interprétations et directives avancées par les autorités fiscales portant sur ces sujets. Il est donc important d'apporter une attention particulière aux transactions envisagées de façon à soupeser les conséquences fiscales qui pourraient en découler et de garder en mémoire que l'évaluation des intérêts dans la police d'assurance est nécessaire dans bien des cas.

[53] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance-vie comme dons de charité », 6 septembre 1991, par. 5.

ANNEXE

Rapport d'évaluation – Juste valeur marchande d'un contrat d'assurance vie*
Assuré : Jean St-Jean

Évaluation d'un contrat d'assurance
Méthodologie

Rédigé par Christian Boucher
Octobre 2007

Introduction

Comme toute autre évaluation, l'évaluation d'un contrat d'assurance est basée sur le prix qu'un tiers serait prêt à payer pour acquérir les droits conférés par le contrat.

Le droit conféré par un contrat d'assurance est essentiellement la prestation de décès en échange du paiement des primes futures.

La valeur est composée de deux parties distinctes

Il existe deux parties distinctes ayant une valeur dans un contrat d'assurance vie :

1. La **valeur intrinsèque**
2. La **valeur médicale potentielle**

La « **valeur intrinsèque** » est la valeur économique tangible immédiate du contrat, calculée par l'actualisation de la différence de primes.

La « **valeur médicale potentielle** » d'un contrat d'assurance vie est la valeur du contrat obtenue en utilisant la « méthode d'actualisation de la prestation ». La différence entre l'actualisation des primes payées et l'actualisation de la prestation touchée à l'espérance de vie (c'est la méthode d'actualisation de la prestation), nous arrivons toujours à un gain net pour le propriétaire du contrat. C'est la valeur médicale potentielle du contrat.

Cependant, lors de l'émission du contrat, sa valeur médicale potentielle n'a pas de réelle valeur économique pour le propriétaire du contrat puisqu'il est en santé et est alors en mesure, si l'assureur ne veut pas émettre le contrat, de s'en procurer un autre équivalent chez un autre assureur.

Cette valeur médicale potentielle existe pour différentes raisons propres à l'industrie de l'assurance vie, notamment les taux de déchéances utilisés pour établir les primes et la pression de la compétition pour abaisser les primes.

La valeur médicale potentielle peut se « cristalliser » en une réelle valeur économique lorsque l'assuré ne peut plus, du fait de son âge ou de son état de santé, s'assurer aux mêmes conditions. Cette valeur peut se cristalliser graduellement (par exemple du simple fait de vieillir) ou complètement (par exemple par la découverte d'un problème de santé majeur et irréversible).

* Extrait d'un document, à titre d'exemple, préparé par Christian Boucher, AVA, Adm.A., Pl. Fin., et avec son autorisation, Services financiers Christian Boucher, 2600, boul. Laurier, bureau 2680, Sainte-Foy (Québec) G1V 4M6; téléphone : (418) 577-1313; (877) 577-1313; télécopieur : (418) 577-1414; inextenso.net.

Deux calculs

Il existe donc deux calculs importants pour établir la valeur d'un contrat d'assurance vie :

1. Calcul de l'**actualisation de la prestation**
2. Calcul de l'**actualisation de la différence de primes**

Le calcul de « **l'actualisation de la prestation** » est utilisé pour établir la valeur complète actuelle du contrat (valeur intrinsèque plus valeur médicale potentielle complètement cristallisée).

Ainsi, ce calcul donne des valeurs précises si l'assuré n'est plus assurable. En effet, dans un tel cas, la valeur médicale potentielle est complètement cristallisée.

Le calcul de « **l'actualisation de la différence de primes** » permet de trouver la valeur intrinsèque du contrat en excluant entièrement sa valeur médicale potentielle. Cette méthode actualise les « économies » futures réalisées avec les primes du contrat actuel par rapport à un nouveau contrat. Cette valeur représente une valeur plancher à laquelle il faut ajouter la partie « cristallisée » de la valeur médicale potentielle.

Faits et hypothèses à établir

Nos calculs nécessitent l'établissement de trois (3) faits ou hypothèses :

1. l'espérance de vie de l'assuré qui indiquera combien de temps les primes seront payables et dans combien de temps la prestation future pourra être encaissée;
2. le taux d'intérêt qui sera exigé (comme retour sur l'investissement) par le tiers acquéreur qui versera les primes futures en plus d'un montant aujourd'hui (la « juste valeur marchande ») pour obtenir, à l'espérance de vie de l'assuré, la prestation de décès;
3. les garanties quant au niveau des **primes**, la valeur des **comptes de placements** payables au décès, ou tout autre élément spécifique au contrat évalué et ayant une incidence sur sa valeur.

Conclusion

La valeur d'un contrat d'assurance n'est souvent pas la simple différence entre la prestation actualisée et les primes futures actualisées à l'espérance de vie.

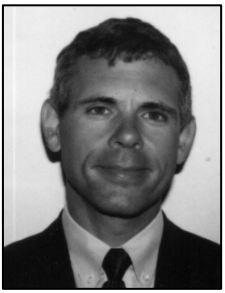
En effet, selon les termes du contrat et la situation propre de l'assuré, il peut être trop facile de prouver qu'un tiers n'aurait pas d'intérêt à payer ce prix pour le contrat évalué.

Et cette situation rend incertaines les planifications fiscales basées sur ce type d'évaluation.

LE DRAME APRÈS LA PASSION : LE PORTEFEUILLE DE PROTECTIONS FINANCIÈRES DANS LES ENTENTES DE DIVORCE



Gilles Chevalier
Pl. Fin.
Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.



René Vallerand
Avocat
Donati Maisonneuve s.e.n.c.
Avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 34:3

1. PRÉSENTATION DU CAS 34:3

1.1. SITUATION AU MOMENT DU DIVORCE 34:3
1.2. SITUATION EN 2007 ..... 34:4

2. COMMENT ÉVALUER LES PERTES FINANCIÈRES DU BÉNÉFICIAIRE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE EN CAS DE DÉCÈS OU D'INVALIDITÉ DU PAYEUR 34:5

2.1. ÉVALUATION DES PERTES EN CAS DE DÉCÈS 34:5
2.1.1. Évaluation du risque financier dans le cas d'une obligation alimentaire viagère 34:5

2.1.2. Évaluation des pertes dans le cas d'une obligation à durée limitée 34:6
2.2. ÉVALUATION DES PERTES EN CAS D'INVALIDITÉ DU PAYEUR 34:6

3. STRUCTURE DU PORTEFEUILLE DE PROTECTIONS FINANCIÈRES 34:6

3.1. ÉVALUATION DU BESOIN, COMPARAISON DES DIFFÉRENTES ÉVALUATIONS 34:6
3.2. CONSIDÉRATIONS FISCALES 34:8
3.3. CHOIX DES PRODUITS ET COÛTS AFFÉRENTS 34:8
3.3.1. Assurance vie 34:8
3.3.2. Prestations du vivant 34:9
3.4. NÉGOCIATION ENTRE LES PARTIES 34:10
3.5. PROPRIÉTAIRES DES CONTRATS ET BÉNÉFICIAIRES 34:11

4. ASPECTS LÉGAUX 34:11

4.1. OBLIGATIONS DU PAYEUR 34:11
4.2. DROITS DU BÉNÉFICIAIRE 34:13
4.2.1. Vis-à-vis du preneur 34:13
4.2.2. Vis-à-vis de l'assureur 34:14
4.2.3. Vis-à-vis du représentant 34:14
4.3. RESPONSABILITÉ DU CONSEILLER 34:15

CONCLUSION 34:15

INTRODUCTION

Le divorce est une situation stressante pour les deux intervenants. En plus des questions familiales viennent s'ajouter les questions financières. Dans tout ce brassage émotif, où les deux intervenants veulent en finir au plus vite et sont concentrés sur leurs besoins à court terme, il reste malheureusement peu de vision pour la sécurité à long terme.

Un ex-conjoint, dépendant financièrement d'une pension alimentaire à vie, aura tout avantage à se protéger contre le décès prématuré ou l'invalidité de celui ou celle qui verse ce revenu.

Le payeur, quant à lui, devrait vérifier attentivement le contenu et l'impact à long terme d'une clause d'assurance qui lui est proposée.

Notre texte fonctionnera comme une étude de cas. Nous allons en premier lieu vous donner les détails, analyser les conséquences des actes posés et finalement y aller de recommandations.

1. PRÉSENTATION DU CAS

1.1. SITUATION AU MOMENT DU DIVORCE

M. Jean Tremblay s'est marié en 1988 et a eu un enfant de son mariage. Il divorce en 2001, il a alors 58 ans et son enfant a 11 ans. M. Tremblay a des revenus importants et a une entreprise opérante d'une valeur de 10 M$. Le client verse une pension alimentaire de 100 000 $ par année la vie durant plus un supplément tant que son enfant est dépendant.

Dans l'entente de divorce, l'article concernant l'assurance se lit comme suit :

> « Monsieur s'engage, dès la signature des présentes, à ce que Madame soit bénéficiaire d'une police d'assurance sur sa vie pour une couverture de 1 000 000 $, il devra fournir la preuve du paiement de la prime le 15 mai de chaque année. »

M. Tremblay, voulant en finir le plus rapidement possible, accepte ces conditions et souscrit une assurance temporaire de 10 ans renouvelable jusqu'à 80 ans. La prime annuelle est de 4 195 $ pour 10 ans. Le client ne veut pas discuter des autres possibilités de produits, car il croit qu'il pourra éventuellement modifier cette clause.

1.2. SITUATION EN 2007

Le client vit maintenant avec sa nouvelle conjointe. Il veut lui garantir une certaine sécurité s'il décédait prématurément, puisque son légataire universel sera son fils. Le client se souvient de ce contrat qu'il a dû souscrire lors de son divorce et demande à son conseiller de procéder au changement de bénéficiaire pour la nouvelle conjointe (irrévocable).

Lors de cette rencontre de service, le client est sensibilisé au fait que la prime annuelle de l'assurance va augmenter à 30 825 $ en 2011.

Le 15 mai, l'ex-épouse communique avec le client pour avoir la preuve qu'elle est la bénéficiaire, mais le client ne rend pas ses appels. Elle décide de communiquer directement avec le conseiller en assurances qui lui indique qu'il ne peut lui transmettre quelconque information, car elle n'est pas la titulaire du contrat.

L'ex-épouse décide d'entamer des procédures d'outrage au tribunal et envoie une citation à comparaître au conseiller lui enjoignant d'apporter les documents présumés de changement de bénéficiaire.

Les questions qui se posent :

- Quelles sont les conséquences légales pour M. Tremblay d'avoir modifié le contrat?

- Quelle est la responsabilité du conseiller qui a procédé au changement de bénéficiaire tout en sachant qu'il faisait partie d'une entente de divorce?

- Comment M. Tremblay pourra-t-il éviter l'augmentation importante des primes en 2011, tout en respectant les clauses de son divorce?

- L'assurance n'étant renouvelable que jusqu'à l'âge de 80 ans, qu'arrivera-t-il s'il est encore vivant à cet âge, la prime annuelle augmentant à 90 945 $?

- Quelle est la situation fiscale du client étant donné que son entreprise est titulaire du contrat, mais que son ex-épouse est bénéficiaire?

- Est-ce que l'ex-épouse devrait demeurer inflexible sur les conditions d'assurance, étant donné que le client pourrait avoir de la difficulté à honorer les primes et que les probabilités sont que tout cet argent sera

dépensé en vain à cause de l'espérance de vie de M. Tremblay qui est plus longue que la durée prévue du contrat?

2. COMMENT ÉVALUER LES PERTES FINANCIÈRES DU BÉNÉFICIAIRE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE EN CAS DE DÉCÈS OU D'INVALIDITÉ DU PAYEUR

2.1. ÉVALUATION DES PERTES EN CAS DE DÉCÈS

Si la Cour accorde une pension alimentaire viagère à un ex-conjoint, elle reconnaît d'une certaine façon que ce conjoint est financièrement dépendant. Cette pension est probablement l'actif financier le plus important du bénéficiaire et comme elle cesse légalement lors du décès du payeur, il serait sensé de se prémunir contre ce risque.

2.1.1. Évaluation du risque financier dans le cas d'une obligation alimentaire viagère

Une méthode efficace et simple d'établir le niveau de risque est de calculer la valeur commuée d'une rente qui correspondrait au versement de la pension alimentaire. Ainsi, le capital requis pour procurer une rente de 8 335 $ par mois serait de 1 852 675 $. Si la pension alimentaire est indexée, le capital requis pour l'achat de la rente serait de 2 642 360 $.

Une autre méthode serait de calculer quel serait le capital requis afin que le rendement des intérêts soit suffisant pour payer la pension alimentaire. Par exemple, une pension de 8 335 $ par mois représente un capital de 2 M$ à 5 % de rendement projeté.

L'autre aspect important à considérer est l'aspect fiscal. La prestation de décès de l'assurance vie n'est pas imposable, donc le montant intégral du capital assuré sera versé au bénéficiaire. Par contre, le rendement sur les placements sera imposable comme tout autre placement. Donc si une assurance de 2 M$ a été souscrite sur la vie du payeur, le rendement projeté des placements étant à 5 %, le revenu net encaissé par la bénéficiaire sera approximativement de 62 000 $. Elle conserve néanmoins le capital pour ses propres héritiers ou pour le liquider à un âge plus avancé afin de compenser une perte de pouvoir d'achat causée par l'inflation.

Certains facteurs peuvent réduire ces montants. En premier lieu, l'espérance de vie étant plus courte au fur et à mesure du vieillissement de la bénéficiaire, la valeur commuée des versements futurs est d'autant diminuée. Par exemple, une femme de 50 ans non-fumeuse a une espérance de vie de

34 ans. Dans ce contexte, le total des versements futurs est de 3,4 M$. Mais 10 ans plus tard, l'espérance de vie d'une femme de 60 ans est de 26 ans, soit un total des versements futurs de 2,6 M$.

2.1.2. Évaluation des pertes dans le cas d'une obligation à durée limitée

Dans le cas d'une pension à durée limitée, on actualisera les versements futurs pour figurer l'équivalence en capital. Dans ce cas-ci, comme la durée des paiements est connue le calcul sera plus précis.

2.2. ÉVALUATION DES PERTES EN CAS D'INVALIDITÉ DU PAYEUR

Il n'est pas possible de souscrire une assurance salaire sur la vie du payeur. Par contre, on peut souscrire une assurance en cas de maladie grave. Essentiellement, il s'agit de souscrire une protection qui, comme dans le cas de l'assurance vie, procurera une prestation forfaitaire non imposable si le client est victime d'une maladie grave telle que définie dans le contrat. Il faudra coordonner les clauses de paiement de pension, car le client est toujours vivant et si la rente ne cesse pas automatiquement dans le cas du paiement de l'assurance, il serait obligé de continuer le paiement de la pension alimentaire au moment où ses revenus seraient probablement diminués.

3. STRUCTURE DU PORTEFEUILLE DE PROTECTIONS FINANCIÈRES

3.1. ÉVALUATION DU BESOIN, COMPARAISON DES DIFFÉRENTES ÉVALUATIONS

Le tableau ci-dessous nous permet de comparer le capital requis pour chacune des méthodes.

Revenu recherché de 100 000 $ par année pour une femme de 45 ans.

	Solution A	**Solution B : Rente**	**Solution C : Rente**
Type de placement	Rente non indexée	Rente indexée	Revenu de placement
Capital requis	1 852 675 $	2 642 360 $	2 000 000 $

Analysons les coûts d'assurance de chacune de ces hypothèses :

SOLUTIONS A et C : normalisées à 2 M$ de capital assuré

Ans	Temporaire 10 ans	Temporaire 100 ans	Vie universelle prime minimum	Vie universelle acquittée en 10 ans (6 %)
1 à 9	8 315	33 613	35 678	72 156
10 à 20	61 575	33 613	35 678	
20 à 30	181 815	33 613	35 678	
	Cesse à 85 ans			
Total	1 971 605	907 551	963 306	721 560
Valeur de rachat	0	0	0	436 606
Coût net	1 971 605	907 551	963 306	284 954

(Homme de 58 ans non-fumeur)

SOLUTION B : 2,7 M$ de capital assuré

Ans	Temporaire 10 ans	Temporaire 100 ans	Vie universelle prime minimum	Vie universelle acquittée en 10 ans
1 à 9	11 199	45 358	48 113	97 000
10 à 20	83 100	45 358	48 113	
20 à 30	245 424	45 358	48 113	
	Cesse à 85 ans	45 358	48 113	
Total	2 660 958	1 224 666	1 299 051	970 000
Valeur de rachat	0	0	0	586 000
Coût net	2 660 958	1 224 666	1 299 051	384 000

Le choix d'un produit de type vie universelle permet de capitaliser à l'intérieur du contrat, ce qui viendra augmenter la valeur payable au décès. Dans cette situation, il serait préférable d'avoir une police à deux bénéficiaires, soit le montant équivalant au montant prévu par le jugement de divorce et une somme équivalant à la valeur de rachat payable à la succession (ou autre bénéficiaire). Cette solution ne peut être valable que si le payeur est aussi le titulaire du contrat. Nous verrons les détails plus loin.

3.2. CONSIDÉRATIONS FISCALES

Une pension alimentaire payable à l'ex-conjoint est totalement imposable entre les mains du bénéficiaire et déductible pour le payeur. Étant donné que le revenu provenant de la rente est moins imposable, il serait approprié de réduire le montant de capital requis afin d'en arriver au même montant net. Dans ce cas-ci, on réduirait le capital de la solution A de 1 852 000 $ à 1,3 M$. La prestation mensuelle de la rente indexée (solution B) est imposable entièrement dans les 10 premières années du contrat, elle diminue graduellement à 80 % pour les 10 années suivantes et à 58 % dégressif par la suite. On ne réduirait donc pas le montant de capital requis si on recherchait une solution indexée, car elle ne procure pas suffisamment d'avantages fiscaux à court terme. Le capital requis pour la solution C n'est pas réduit, car le revenu de placement est pleinement imposable. Donc, en tenant compte de l'impact fiscal, on se retrouve avec le montant de capital à protéger qui varie de façon importante selon la solution retenue.

	Solution A	**Solution B : Rente**	**Solution C : Rente**
Type de placement	Rente non indexée	Rente indexée	Revenu de placement
Capital requis	1 300 000 $	2 642 360 $	2 000 000 $

Cette méthode de calcul permet aux deux parties de vraiment quantifier le risque financier. Il est important de souligner par contre que dans la solution B le revenu total net encaissé par le bénéficiaire serait de 4 332 000 $ *versus* 2,4 M$ dans la solution A et 4,4 M$ dans la solution C (conserve le capital). Comme notre objectif est que les avocats et les clients s'entendent, on peut s'attendre à ce que le payeur favorise la solution A.

3.3. CHOIX DES PRODUITS ET COÛTS AFFÉRENTS

3.3.1. Assurance vie

Nous avons vu précédemment que l'obligation légale de procurer une assurance peut coûter entre 5 % et 48 % (5 431 $ à 48 113 $) du montant de la pension alimentaire.

Si les intervenants s'entendent pour une somme de 1,3 M$, les coûts seraient les suivants :

Ans	Temporaire 10 ans	Temporaire 100 ans	Vie universelle prime minimum	Vie universelle acquittée en 10 ans (6 %)
1 à 9	5 431	21 866	23 242	46 810
10 à 20	40 050	21 866	23 242	
20 à 30	118 206	21 866	23 242	
	Cesse à 85 ans			
Total	1 282 252	874 640	929 680	468 100
Valeur de rachat	0	0	0	283 205
Coût net	1 282 252	874 640	929 680	184 895

Si le payeur et le bénéficiaire ont la possibilité de visualiser les coûts de façon claire, ils éviteront probablement les problèmes liés à l'achat d'une assurance temporaire.

3.3.2. Prestations du vivant

Généralement les produits de prestations du vivant sont complètement ignorés dans l'établissement des protections financières dans le cadre d'un divorce. Connu comme assurance maladies graves, ce produit paiera une somme forfaitaire si l'assuré est victime d'une maladie grave (cancer, crise cardiaque, AVC, etc.).

Comme la probabilité d'une maladie grave est plus importante que celle d'un décès prématuré, l'impact financier peut être dommageable pour les deux parties. Le payeur pourrait se retrouver avec des difficultés financières l'empêchant de verser la pension alimentaire ce qui se répercutera automatiquement sur la situation financière du bénéficiaire.

Voici un tableau qui démontre les différents déboursés requis pour se procurer cette protection.

Comparaison de coût pour une protection de 500 000 $

	Temporaire 10 ans à 75 ans	Temporaire 10 ans à 75 ans	Temporaire uniforme à 75 ans	Temporaire 100 ans
Prime de base **Renouvellement 10 ans**	11 580 27 015	11 580 27 015	14 280	19 190
Remboursement des primes au décès		470	615	1 470
Remboursement des primes à 75 ans			17 087	12 515
Information additionnelle				La 16e année, le client peut annuler son contrat et récupérer toutes les primes payées.
Prime totale	27 015 $	27 485 $	31 982 $	33 175 $

3.4. NÉGOCIATION ENTRE LES PARTIES

En théorie, on peut faire de beaux scénarios, mais remises dans le contexte d'un divorce, les clauses de protection financière peuvent devenir des irritants pour les deux parties. Lorsqu'il y a une bataille pour chaque cent de pension, le bénéficiaire sera déçu de voir 20 % de sa pension partir en primes d'assurance et le payeur, souvent déjà irrité par la somme qu'il doit débourser, pourrait être fermé à toute augmentation.

Il faut donc ajuster le portefeuille en fonction de la réalité financière du couple. Pourquoi par exemple ne pas faire une combinaison d'assurances temporaire et permanente? Si on utilise notre exemple à 1,3 M$, une combinaison des deux produits verrait la prime diminuer de 21 866 $ à 13 650 $. L'assurance temporaire pourrait être abandonnée lors du renouvellement dans 10 ans (ou être diminuée). Puisque la période de

paiement aura diminué compte tenu du vieillissement du bénéficiaire, cette solution pourrait représenter une alternative valable, d'autant plus qu'une somme de 650 000 $ demeurerait en vigueur.

3.5. PROPRIÉTAIRES DES CONTRATS ET BÉNÉFICIAIRES

SITUATION A
Titulaire : payeur
Bénéficiaire : ex-conjoint révocable

Cette solution est attrayante pour le payeur, car il bénéficie d'une plus grande flexibilité. Il peut transformer son contrat, faire des versements additionnels en désignant deux bénéficiaires. Il récupère aussi son contrat si le bénéficiaire le « prédécède ». Attention par contre de ne pas se retrouver en défaut par rapport au jugement.

SITUATION B
Titulaire : payeur
Bénéficiaire : ex-conjoint irrévocable

Cette solution contraint davantage le payeur, car il ne peut utiliser son contrat de la façon qu'il veut puisque l'autorisation du bénéficiaire est requise pour chaque transaction. Par contre, il a encore l'avantage de récupérer son contrat si le bénéficiaire le « prédécède ».

SITUATION C
Titulaire : ex-conjoint
Bénéficiaire : ex-conjoint

Cette formule est une recette intéressante pour éviter les confrontations futures. Les deux parties décident d'une somme supplémentaire à être payée en sus du montant de la pension alimentaire et l'ex-conjoint bénéficiaire de la pension alimentaire assure le payeur.

4. ASPECTS LÉGAUX

4.1. OBLIGATIONS DU PAYEUR

Suivant l'entente de divorce de 2001, l'une des mesures accessoires prévoit que Monsieur doit assurer sa vie pour la somme de 1 M$ en spécifiant que Madame est bénéficiaire. Selon cette entente, Madame, créancière de l'obligation de Monsieur, n'a pas à se soucier du type de produit auquel celui-ci a souscrit, du montant des primes ou de

l'augmentation de celles-ci à l'échéance, un T-10 dans le cas présent. Ses droits sont clairs et sans équivoque : être bénéficiaire d'une assurance de 1 M$ sur la vie de Monsieur.

Certes, il aurait été beaucoup plus prudent de prévoir que Madame soit bénéficiaire irrévocable, mais les droits de celle-ci relèvent bien plus du jugement de divorce que du contrat d'assurance. Madame n'a aucunement à se soucier de l'échéance de la police, du droit de Monsieur de changer de bénéficiaire (puisqu'elle n'a pas été désignée irrévocablement) ou même de la déchéance de la police en cas du non-paiement des primes. C'est en vertu du jugement de divorce qu'elle exerce les droits et la violation de celui-ci par Monsieur déclenche les droits d'exécution de Madame, que ce soit par un recours en injonction ou, plus brutalement, un recours en outrage au tribunal. Dans un cas comme dans l'autre, les conséquences sont sérieuses : un ordre de la cour d'obtempérer au jugement de divorce, une amende ou, pire encore, une peine d'emprisonnement sont possibles, sans compter la condamnation à tous les frais de cour reliés à de telles procédures.

Monsieur a-t-il des recours? Comme tout jugement sur mesures accessoires est révisable lorsque les conditions entre les époux changent, il est possible qu'une augmentation substantielle dans la prime à l'échéance de 10 ans puisse modifier la capacité de Monsieur de continuer à payer la même pension alimentaire. Dans un tel cas, il est possible pour Monsieur de s'adresser à la cour pour faire valoir que l'augmentation de la prime devrait entraîner une réduction équivalente de la pension alimentaire. Certes, le défaut des parties, surtout de Monsieur, de considérer en 2001 la souscription à une police de type permanent ou à un T-100 sera examiné. Devront être également déposés au soutien de la procédure les bilans des parties. Évidemment, si les actifs et les revenus de Monsieur n'ont cessé de s'accroître, le tribunal risque d'être fort peu sympathique à une augmentation substantielle de la prime du T-10 qui aurait comme résultat de réduire la pension alimentaire payable à Madame. Tout est ici question des circonstances propres en l'espèce et tous les scénarios sont possibles. Ayons toutefois à l'esprit qu'un manque de planification en 2001, voire un refus de considérer un T-100 ou une police de type permanent, risque d'entraîner des conséquences surtout pour Monsieur.

Quoi qu'il en soit, Monsieur ne peut « se faire justice à lui-même » en mettant fin au paiement des primes de l'assurance vie ou en changeant de bénéficiaire et contrevenir ainsi au jugement de divorce.

L'article 2460 du *Code civil du Québec*[1] prévoit :

> « **Art. 2460**. Même si le bénéficiaire a été désigné à titre irrévocable, le titulaire de la police et l'adhérent peuvent disposer de leurs droits, sous réserve des droits du bénéficiaire. »

Pour Monsieur, les droits de Madame lui échoient en vertu du jugement de divorce et Monsieur n'a d'autre choix que de les respecter.

4.2. DROITS DU BÉNÉFICIAIRE

Distinguons ici les droits du bénéficiaire vis-à-vis du preneur, de l'assureur et du représentant.

4.2.1. Vis-à-vis du preneur

Dans le contexte du scénario qui nous occupe, les droits du bénéficiaire lui échoient, tel qu'il est discuté précédemment, du jugement de divorce.

Dans un contexte hors divorce, les droits du bénéficiaire s'établissent selon que la désignation est irrévocable ou non. Si la désignation est révocable, le bénéficiaire n'a essentiellement aucun droit. Le titulaire est libre de disposer du contrat comme il l'entend, ce qui comprend la faculté de changer de bénéficiaire en tout temps. Si la désignation est irrévocable, le titulaire n'a plus cette faculté de changer de bénéficiaire comme bon lui semble. Par contre, l'article 2454 C.c.Q. prévoit :

> « **Art. 2454**. Le titulaire de la police a le droit de participer aux bénéfices et aux autres avantages qui lui sont conférés par le contrat, même si le bénéficiaire a été désigné irrévocablement. »

Ainsi, même en présence d'une désignation irrévocable, le titulaire peut faire prévaloir ses droits pour autant qu'il s'agisse de bénéfices ou autres avantages prévus dans le contrat. Quels sont-ils? Voici une liste non exhaustive :

- avances sur police;
- valeurs de rachat prévues à sa police;

---

1 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

- participations y prévues;
- remboursement des primes à échéance prévu au contrat;
- droit de transformation, prévu au contrat, en un autre type d'assurance;
- droit prévu au contrat à une assurance supplémentaire sans preuve d'assurabilité.

Dans tous les cas cependant, il ne pourrait s'agir de la faculté pour le titulaire de remplacer à sa guise le bénéficiaire nommé irrévocablement.

4.2.2. Vis-à-vis de l'assureur

Les droits du bénéficiaire sont ici fort limités. Le cocontractant de l'assureur est le titulaire du contrat et non pas le bénéficiaire. Certes, l'article 2453 C.c.Q. prévoit :

> « **Art. 2453**. Le bénéficiaire et le titulaire subrogé sont créanciers de l'assureur; toutefois, l'assureur peut alors opposer les causes de nullité ou de déchéance susceptibles d'être invoquées contre le titulaire ou l'adhérent. »

Mais il faut lire ce droit de créance comme un droit qui naît qu'éventuellement, au décès de l'assuré. Le fait que l'assureur puisse lui opposer les causes de nullité ou de déchéance le prouve, car ce n'est évidemment qu'à l'exécution du contrat d'assurance donc, au décès de l'assuré, que ceci pourra se faire.

Par contre, même s'il n'est qu'éventuel, ce droit doit permettre au bénéficiaire de vérifier qu'il existe toujours, de façon latente, jusqu'à l'exécution éventuelle du contrat. Il s'agit là, selon nous, de la seule information que peut transmettre l'assureur au bénéficiaire.

4.2.3. Vis-à-vis du représentant

Le bénéficiaire a encore moins de droits à faire valoir contre le représentant. Celui-ci n'est certainement pas son cocontractant et aucune règle de droit ne vient obliger celui-ci à collaborer ou fournir des informations au bénéficiaire. Au contraire, il doit assurer la confidentialité des renseignements personnels qui visent son client.

4.3. RESPONSABILITÉ DU CONSEILLER

À l'origine, le représentant qui a suggéré à Monsieur, eu égard à l'obligation qui provenait du jugement de divorce, de souscrire à un produit de type permanent ou à un T-100 n'engage aucune responsabilité si Monsieur refuse sa suggestion.

Par contre, engage-t-il sa responsabilité lorsqu'il accepte de procéder au changement de bénéficiaire comme demandé par son client, en toute connaissance du jugement de divorce? En droit, pour que Madame, privée de ses droits par Monsieur, puisse rechercher la responsabilité du représentant, celle-ci doit prouver sa faute, le dommage qui en résulte et le lien de causalité entre la faute et le dommage. Le dommage, c'est la perte irrémédiable du statut de bénéficiaire. Or, comme nous l'avons vu précédemment, Madame dispose de bien des recours avant de perdre ses droits. Quant au lien de causalité, il faut tout de même constater que l'intervention du représentant n'était pas nécessaire pour effectuer le changement de bénéficiaire, Monsieur pouvant s'adresser directement à l'assureur. Ainsi, même si on dit que le représentant est fautif, le lien entre la faute et le dommage s'en trouve rompu.

De plus, pour rechercher la responsabilité du représentant, Madame se trouverait dans la singulière position d'invoquer sa propre turpitude puisqu'elle-même, à l'origine, n'avait pas pris la précaution élémentaire d'exiger que sa désignation soit irrévocable.

Somme toute, Madame aurait fort à faire pour réussir dans un recours contre le représentant. Néanmoins, ne serait-ce qu'en considérant les frais et les pertes de temps à engager ou à subir en cas de recours judiciaire, peut-être est-ce plus prudent pour le représentant de refuser de procéder à un changement de bénéficiaire qu'il sait être en contradiction avec un jugement.

CONCLUSION

Il est clair que dans notre cas type les deux avocats et probablement les deux clients ont négligé l'aspect des protections financières et ont décidé de s'entendre sur un montant fixe sans rapport aux besoins et surtout sans en analyser les conséquences. Si le client avait compris que cette clause était permanente, il aurait réalisé que payer 532 090 $ de primes d'assurance vie pour un contrat de 1 M$ dont on a de fortes probabilités de survivre n'est pas un très bon achat. En fait, il aurait été préférable qu'il estime la valeur financière de cette clause et régler cette question lors des négociations financières plutôt que de pousser le problème vers l'avant.

PLACEMENTS D'AUJOURD'HUI





Anne-Marie Girard-Plouffe
Adm.A., Pl. Fin., AVA,
GPC, FICVM
Option Fortune inc.

Paule Gauthier
CA, LL.M. fisc., TEP
RBC Dominion Valeurs Mobilières

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (ANNE-MARIE GIRARD-PLOUFFE)
Pour une atténuation intégrée des risques de longévité, d'inflation et de volatilité

INTRODUCTION 35:5

1. L'ARCHITECTURE FINANCIÈRE MODERNE ET LE COÛT DU RISQUE 35:9

1.1. LES BILLETS À REVENU PRÉVISIBLE À LONGUE VUE 35:10
1.1.1. La recherche d'un flux de trésorerie mensuel, stable et prévisible 35:10
1.1.2. Indexation des retraits et inflation 35:11
1.1.3. La protection du capital et les événements de marché 35:12

1.1.4. Une source de liquidités anticipées : le marché secondaire quotidien 35:13
1.1.5. La répartition d'actifs en fonction du cycle de vie 35:13
1.1.6. À qui s'adressent-ils? 35:14
1.2. LES RENTES INDIVIDUELLES À CAPITAL VARIABLE 35:16
1.2.1. Nature des bonis en période d'accumulation 35:17
1.2.2. Cristallisation des gains sur placement 35:17
1.2.3. Durée de la rente et bonis 35:19
1.2.4. Les garanties au décès 35:19
1.2.5. Les frais et le risque 35:20

2. LES FONDS CATÉGORIE ET LES FONDS T 35:20

2.1. GÉNÉRALITÉS 35:20
2.2. DISTINCTIONS ET APPLICATIONS 35:21

3. LES FONDS COMMUNS À CAPITAL GARANTI 35:22

3.1. CARACTÉRISTIQUES DES FONDS À VERROUILLAGE AUTOMATIQUE 35:22
3.2. COMPARAISON AVEC LES BILLETS LIÉS 35:24
3.3. APPLICATIONS 35:24

4. LES FONDS À ÉCHÉANCE OU CYCLE DE VIE 35:25

4.1. UNE AUTRE MANIÈRE DE GÉRER LA VOLATILITÉ 35:25

5. LES RENTES VIAGÈRES 35:27

5.1. POUR ÉTAYER LA LONGÉVITÉ OU LE DÉCÈS PRÉMATURÉ 35:27

CONCLUSION 35:28

PARTIE B (PAULE GAUTHIER)
Produits financiers d'aujourd'hui

INTRODUCTION 35:29

1. MODIFICATIONS FISCALES FÉDÉRALES ET PROVINCIALES 35:29

1.1. DIMINUTION DE L'IMPÔT DES SOCIÉTÉS AU QUÉBEC 35:29
1.1.1. Sortir ou ne pas sortir les revenus de placement d'une société de portefeuille 35:30
1.1.2. Impacts sur l'assurance vie corporative 35:31
1.1.3. Allocation d'actifs 35:32
1.2. L'INCORPORATION DES PLACEMENTS EST-ELLE AVANTAGEUSE? 35:33
1.3. PLACEMENTS DÉTENUS EN FIDUCIE PERSONNELLE 35:34

1.4. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS ET LES *VIATICAL SETTLEMENTS* 35:34
1.5. PLACEMENTS ADMISSIBLES AUX REÉR 35:34
1.6. RETENUE SUR PAIEMENTS D'INTÉRÊTS À DES NON-RÉSIDENTS 35:35

2. LE RETOUR DE CAPITAL SOUS PLUSIEURS FORMES 35:35

2.1. BILLETS INDICIELS AVEC RETOUR DE CAPITAL 35:35
2.1.1. Imposition à l'échéance 35:36
2.1.2. Règles sur le revenu couru 35:36
2.1.3. Retour de capital 35:38
2.1.4. Imposition à l'échéance sur les billets avec retour de capital 35:38
2.1.5. Imposition à la vente sur le marché secondaire 35:39
2.2. FONDS SÉRIE T 35:39
2.2.1. Entités intermédiaires de placement déterminées 35:39
2.2.2. Fiducie de fonds commun de placement 35:40
2.2.3. Année d'imposition d'une fiducie de fonds commun de placement 35:40
2.2.4. Distribution de revenu et nature du revenu 35:41
2.2.5. Distributions de capital 35:41
2.2.6. Distribution de gains en capital et CDC 35:42
2.2.7. Disposition de participations 35:42
2.2.8. Imposition des garanties 35:43
2.2.9. Problèmes de délai de production des déclarations de fiducies 35:43
2.2.10. Bénéficiaires de capital et de revenu d'une fiducie personnelle 35:43
2.3. PAIEMENTS DE CAPITAL DES FONDS DISTINCTS 35:44
2.3.1. Que sont les fonds distincts? 35:44
2.3.2. Conduit transférant la nature du revenu aux investisseurs imposables 35:45
2.3.3. Imposition des garanties à l'échéance ou au décès – Fonds distincts non enregistrés 35:46
2.3.4. Retraits par retour de capital 35:46
2.4. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 35:46

3. FONDS MUTUELS CONSTITUÉS EN SOCIÉTÉ 35:47

3.1. INVESTISSEURS IMPOSABLES 35:47
3.2. IMPOSITION DES REVENUS DU FONDS CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS 35:48
3.2.1. Société de placement à capital variable 35:48
3.2.2. Société de placement 35:49

3.2.3. Taux d'imposition effectifs des différents revenus gagnés 35:49
3.2.4. Dividende sur gain en capital et CDC 35:50
3.2.5. Rachat d'actions de SPCV 35:50

CONCLUSION 35:51

PARTIE A
Pour une atténuation intégrée des risques de longévité, d'inflation et de volatilité

Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA
GPC, FICVM
Option Fortune inc.

INTRODUCTION

L'actualité socio-économique d'aujourd'hui pointe sans cesse vers l'évolution de la démographie et de ses conséquences sur le segment de la population communément appelé les *baby-boomers*.

D'ores et déjà, cette cohorte, dont le poids dans notre société dicte les tendances depuis plus de 50 ans, est-elle aux portes de la retraite que la menace de longévité dans un monde inflationniste et des marchés financiers volatiles risquent de compromettre son avenir économique.

Quel paradoxe! On vit de plus en plus vieux et la fortune accumulée en vue de la retraite risque de s'épuiser plus rapidement une fois aux prises avec les soins de santé, l'accroissement du coût de la vie et le rendement imprévisible de ses actifs. « Depuis 160 ans, les statistiques indiquent que l'espérance de vie des femmes s'est accrue de trois mois par année, année après année, soit de 40 ans au total[1]. » Et l'espérance de vie continue d'augmenter malgré les facteurs de risque associés, entre autres, à la pollution et à l'obésité, ajoute l'auteure de l'article. « Et les deux tiers des retraités sous-estiment leur longévité d'au moins cinq ans, indique une étude réalisée par la Société des actuaires en 2005[2]. »

Voici les probabilités qu'une personne de 65 ans, en bonne santé, vive jusqu'à :

---

1 Hélène BARIL, « Retraite : préparez-vous à manquer d'argent », *La Presse*, 29 mai 2007 (en ligne : http://lapresseaffaires.cyberpresse.ca/apps/pbc.dll/article?AID=/20070529).

2 *Id*.

Âge	Homme	Femme
70	93 %	96 %
80	71 %	81 %
90	33 %	44 %
95	16 %	23 %

Source : Table de mortalité 2000, Rentes, Société des actuaires.

Toujours selon les mêmes sources, dans le cas d'un couple, il y a 50 % de probabilités que l'un des deux conjoints vive jusqu'à 90 ans. Ce qui suppose que, dans l'avenir, il se pourrait que les enfants de ce couple soient aussi à la retraite au décès du dernier survivant de leurs parents.

Cela étant dit, le portefeuille type d'un *baby-boomer* de 55 ans renferme, entre autres choses, des obligations, des actions (peut comprendre les actions de l'entreprise personnelle) et des propriétés immobilières. Les obligations servent à protéger le capital investi, à procurer des liquidités, tandis que les actions protègent contre l'inflation. L'immobilier constitue un bien corporel qui peut avoir une utilité tangible pour son propriétaire. Les investisseurs accumulent ainsi certains actifs qui pourront se transformer en source de revenu et d'autres qui procurent et continueront de procurer un style de vie; ces biens seront légués idéalement aux enfants à condition bien sûr de ne pas avoir à les liquider faute de ressources financières à longue vue. On estime à 4,25 trillions de dollars les sommes disponibles dans le marché de gestion du patrimoine d'ici 2014[3].

Ainsi, de toutes ces catégories d'actifs, aucune ne peut garantir la mesure de son évolution dans le temps au cœur de l'environnement socio-politico-économique. Prenons l'exemple d'un homme de 55 ans qui détient 650 000 $ dans son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), 2,5 M$ dans un compte de placement et dont le revenu annuel est de 500 000 $. Il cotise au maximum à son REÉR chaque année et aimerait prendre sa retraite à 65 ans. Il pense avoir besoin de 15 000 $ net par mois pour vivre une fois la famille élevée et l'épargne terminée[4]. Avec

[3] Marla GROSS, « Fonds distincts et tendances du marché », (2007), vol. 32, n° 3 *Sécurité financière* 15-16 (en ligne : www.chambresf.com/Communications/Sécurité financière Magazine/juin-juillet-août 2007).

[4] Le taux moyen d'imposition utilisé est de 43 %.

des projections de rendement de 6 % et un taux d'inflation de 3 %, il léguera à ses héritiers à son décès, en plus de ses biens immobiliers, environ 1,5 M$ à l'âge de 82 ans[5]. Par contre, si l'on ajoute cinq ans à cette espérance de vie, il lui manquera environ 1,24 M$ pour subvenir à ses besoins de revenu de 82 à 87 ans. Sans doute devra-t-il vendre sa maison ou réduire nettement son coût de vie pourvu qu'il n'ait pas à financer des soins de santé de longue durée. En effet, un séjour de cinq ans dans un centre de soins ou encore sous les soins constants d'une personne à la maison peut coûter 300 $ par jour et plus[6]. Cet état entraînerait une ponction de plus de 1 M$ dans le patrimoine financier.

Nous venons de voir le premier risque de manquer d'argent, soit celui relié à la longévité d'une personne en bonne santé et à la durée de vie prolongée d'une autre en mauvaise santé. « En moyenne, le Canadien qui vit jusqu'à 65 ans connaîtra une retraite d'environ 18 ans. Il sera relativement en bonne santé durant les neuf premières années. Par contre, durant les neuf années suivantes, sa santé déclinera et ses problèmes s'aggraveront tous les trois ans, passant de légers à modérés, puis à graves. Autrement dit, au cours des six dernières années de sa vie, le Canadien moyen recevra probablement des soins à domicile pendant trois ans, puis dans un établissement pendant trois autres années[7]. »

En reprenant le même exemple et en majorant de 1 % le taux d'inflation sans majorer du même facteur le rendement ni modifier les taux d'imposition, on se retrouve dans une situation encore pire pour l'homme qui décède à 82 ans, car il lui aura manqué près de 600 000 $ en fin de vie et un peu moins de 4 M$ s'il survit jusqu'à 87 ans!

---

5 Les espérances de vie sont basées sur la table de mortalité ICA-86-92 à l'âge le plus près de la date de naissance, c'est-à-dire à plus ou moins six mois de la date de naissance.

6 GOUVERNEMENT DU CANADA, « Les défis d'une société vieillissante », dans *Faits saillants 1999 et après – Conseil consultatif sur le troisième âge*.

7 *Id*.

Années	0	1	2	4
1	1 000 $	990 $	980 $	962 $
10	1 000 $	905 $	820 $	676 $
20	1 000 $	820 $	673 $	456 $
30	1 000 $	742 $	552 $	308 $

Valeur future de 1 000 $.

Pour ce qui est de la fiscalité, une majoration de 1,5 % du taux effectif projeté de 43 % aura peu d'effet à 82 ans, soit une diminution d'environ 150 000 $ du capital et sensiblement la même proportion à 87 ans. Il va sans dire qu'une réduction du taux d'imposition durant les années de retraite laissera plus d'argent en fin de vie que le cas contraire. Ainsi, cet aspect devrait dicter en bonne partie la répartition des actifs, puisqu'il s'agit d'un des seuls risques que l'on puisse pour ainsi dire **gérer** de manière ponctuelle. En effet, la longévité et la volatilité des marchés présentent des défis plutôt incertains.

Pour illustrer ce dernier élément, soit la volatilité des marchés, prenons l'exemple de la séquence des rendements. Étant donné les hauts et les bas du marché, les gens font face à des risques même si ce qu'ils recherchent avant tout est de compenser l'inflation pour ne pas survivre à leurs épargnes. Ce qui compte, c'est le moment où le marché bascule. La séquence des rendements du marché, donnée en exemple ci-après, n'aura que peu d'incidence sur le portefeuille d'un épargnant qui place à longue vue pour la retraite, mais elle en aura énormément sur celui qui prend sa retraite et qui puise dans son capital investi pour ce faire. Dans le tableau qui suit[8], les pertes du premier portefeuille sont majeures au départ, ce qui en réalité risque peu d'arriver. Toutefois, si cela se présentait, il serait intéressant de voir ce qui adviendrait du portefeuille à courte vue[9].

---

[8] Ce tableau repris par Investissements Manuvie est inspiré de l'étude du D[r] Moshe Milevsky, professeur de finance à l'Université York, The IFID Centre/York University.

[9] INVESTISSEMENTS MANUVIE, *Des solutions pour planifier vos finances*, Édition spéciale, novembre 2007, p. 7.

Valeur de départ des portefeuilles A et B = 206 049 $
Revenu annuel prélevé = 10 302 $ (5 % de la valeur à la première année) rajusté par la suite en fonction de l'inflation. Taux d'inflation = 3 %

	PORTEFEUILLE A RENDEMENTS FAIBLES AU DÉPART			PORTEFEUILLE B RENDEMENTS ÉLEVÉS AU DÉPART		
ÂGE	RENDEMENT	RETRAIT	VALEUR ACC.	RENDEMENT	RETRAIT	VALEUR ACC.
65	--	--	206 049 $	--	--	206 049 $
66	-34,2 %	10 302 $	128 801 $	28,2 %	10 302 $	250 947 $
67	-10,6 %	10 612 $	105 662 $	22,0 %	10 612 $	293 209 $
68	13,6 %	10 930 $	107 615 $	17,9 %	10 930 $	332 807 $
69	11,5 %	11 258 $	107 439 $	7,4 %	11 258 $	345 344 $
70	27,4 %	11 595 $	122 104 $	19,8 %	11 595 $	399 831 $
71	1,5 %	11 943 $	111 813 $	9,8 %	11 943 $	425 901 $
72	-18,4 %	12 302 $	81 201 $	25,8 %	12 302 $	520 308 $
73	2,0 %	12 671 $	69 901 $	-2,2 %	12 671 $	496 469 $
74	-8,7 %	13 051 $	51 904 $	35,8 %	13 051 $	656 482 $
75	14,0 %	13 442 $	43 847 $	19,7 %	13 442 $	769 718 $
76	12,4 %	13 846 $	33 721 $	7,8 %	13 846 $	814 831 $
77	12,0 %	14 261 $	21 796 $	28,6 %	14 261 $	1 029 533 $
78	-9,5 %	14 689 $	6 432 $	-9,5 %	14 689 $	918 434 $
79	28,6 %	6 432 $	0 $	12,0 %	15 129 $	1 011 701 $
80	7,8 %	--	0 $	12,4 %	15 583 $	1 119 636 $
81	19,7 %	--	0 $	14,0 %	16 051 $	1 258 087 $
82	35,8 %	--	0 $	-8,7 %	16 532 $	1 133 539 $
83	-2,2 %	--	0 $	2,0 %	17 028 $	1 138 841 $
84	25,8 %	--	0 $	-18,4 %	17 539 $	914 982 $
85	9,8 %	--	0 $	1,5 %	18 065 $	910 371 $
86	19,8 %	--	0 $	27,4 %	18 607 $	1 136 107 $
87	7,4 %	--	0 $	11,5 %	19 166 $	1 245 389 $
88	17,9 %	--	0 $	13,6 %	19 741 $	1 392 337 $
89	22,0 %	--	0 $	-10,6 %	20 333 $	1 226 572 $
90	28,2 %	--	0 $	-34,2 %	20 943 $	793 304 $
	8,0 %	**167 334 $**	0 $	**8,0** %	**375 619** $	**793 304** $

- Portefeuille A – Mauvais rendements au cours des premières années.
- Portefeuille B – Rendements favorables au cours des premières années.
- Le portefeuille B produit les meilleurs résultats.

1. L'ARCHITECTURE FINANCIÈRE MODERNE ET LE COÛT DU RISQUE

De nouveaux types de produits structurés d'inspiration étatsunienne de quelques années déjà ont vu le jour récemment au Canada dans le but d'apporter aux investisseurs d'autres options que les rentes viagères et les placements à revenu fixe traditionnels, tels les certificats de placement garanti (ci-après « CPG ») et les obligations, pour assurer une certaine forme de revenu à la retraite. Mais comme, dans toute chose, **rien ne se perd et que rien ne se crée**, le choix d'un véhicule de placement devra toujours s'effectuer en connaissance du prix du risque, soit les frais de contrepartie.

Dans la première partie de ce texte, nous verrons deux versions de ce type de produit structuré. La première version consiste en un billet lié à des fonds communs de placement et la seconde en une rente variable émise par une compagnie d'assurance vie.

1.1. LES BILLETS À REVENU PRÉVISIBLE À LONGUE VUE

Le marché regorge d'émissions de billets à capital protégé procurant aux détenteurs de parts des revenus mensuels indexés sur le rendement des actifs sous-jacents auxquels ils sont liés. Toutefois, la plupart de ces billets sont à service immédiat pour ne durer que de 5 à 8 ans et les distributions varient dans le temps selon les conditions de marché.

Les structures dont nous allons parler rejoignent davantage l'objectif de longévité et de fiabilité dont nous avons fait état au préalable. Ainsi, dans le but de garantir pendant un certain nombre d'années un revenu à la retraite indexé à l'inflation, à l'abri de la volatilité des marchés, ces billets, offerts par voie d'émissions à durée limitée contrairement à la souscription directe des fonds communs de placement qui y sont reliés, présentent trois caractéristiques principales : l'attrait sur le plan fiscal d'un portefeuille de fonds commun de placement activement gérés, l'accès à un programme de répartition de l'actif systématique en fonction du cycle de vie et des frais annuels du portefeuille fixés à 1,99 %. Ces derniers n'augmenteront ni ne diminueront pendant la durée des billets de dépôt. Les frais annuels du portefeuille de fonds incluent les services de gestion de placements, les coûts liés à la répartition de l'actif systématique continue, ainsi que tous les autres frais pour maintenir le programme de billets, y compris tous les frais administratifs versés aux conseillers. Cependant, tout comme pour les autres billets liés, les sommes investies dans lesdits billets ne sont pas placées directement dans des fonds communs de placement, mais dans des billets de dépôt garantis émis par une institution financière, lesquels constituent des titres de créance garantis par l'institution en question.

1.1.1. La recherche d'un flux de trésorerie mensuel, stable et prévisible

Les investisseurs ont le choix entre trois billets à échéances diverses. Ainsi, la personne qui désire obtenir des revenus immédiatement souscrira à cette version, tandis que celle qui voudra commencer à recevoir des revenus dans 5 ou 10 ans choisira les autres options. L'objectif premier de ce type de billet est de permettre à l'investisseur de considérer le risque de ponction de ses revenus, d'abord, par l'impôt en cours d'accumulation et, ensuite, durant le retrait de sa rente.

Pendant la phase de remboursement du capital, les investisseurs reçoivent des remboursements du capital mensuels correspondant à une partie proportionnelle de 6,60 % par année de la somme la plus élevée entre i) la valeur du portefeuille des fonds à la fin de la phase d'accumulation et ii) le montant de dépôt. Ces remboursements du capital sont non imposables mais réduiront le prix de base rajusté des billets de dépôt. Le premier remboursement du capital aura lieu à la fin de la période d'accumulation choisie. Les remboursements du capital mensuels se poursuivront, peu importe les conditions du marché ou le rendement du portefeuille des fonds, jusqu'à ce que les montants de remboursement du capital globaux totalisent 99 $ par billet de dépôt[10].

Tout comme les rentes variables constituées de fonds distincts que nous verrons plus loin, la nouvelle valeur de départ des billets différés de 5 ou 10 ans, une fois touchée l'année du début du versement de capital, est fixée au montant le plus élevé entre la valeur marchande et le dépôt d'origine. Toutefois, seule la valeur du dépôt d'origine est garantie.

Par exemple, une personne ayant investi 100 000 $ en 2007 dans un Billet différé 10 ans™, dont la valeur serait de 185 000 $ en 2017, recevra 6,6 % par année pendant 15 ans (100 / 6,6 % = 15 ans) calculé à partir de la juste valeur marchande de 185 000 $. Néanmoins, seulement les premiers 100 000 $ déposés à la souscription seront garantis au fil du remboursement dans les 15 années suivantes. Si les marchés reculaient de manière importante et que la valeur marchande se retrouvait à 125 000 $ deux ans plus tard, ce n'est pas le premier versement des 185 000 $ de la rente qui serait garanti mais plutôt le versement des 100 000 $ déposés à la souscription.

1.1.2. Indexation des retraits et inflation

Afin de minimiser la perte éventuelle du pouvoir d'achat dans le temps, les remboursements du capital mensuels seront rajustés chaque année afin de refléter toute augmentation du taux d'inflation tel qu'il est mesuré par l'indice des prix à la consommation du Canada si le rendement du portefeuille sous-jacent le permet. En effet, dans le cas où les actifs ne croîtraient pas au-dessus d'une valeur plancher dont nous verrons plus loin la définition, le rajustement à l'inflation ne serait pas possible puisque seule la valeur du dépôt à l'origine est garantie.

---

[10] BMO BANQUE DE MONTRÉAL, Portefeuille de revenu *Quasi*-Retraite[MC] Dynamique[MD].

1.1.3. La protection du capital et les événements de marché

Comme il a été démontré dans le texte que nous avons présenté l'année dernière sur les billets liés[11], il faut toujours garder à l'esprit que, lorsque l'on opte pour des billets liés, deux risques se présentent à nous. Le premier concerne la qualité de l'émetteur, en général une banque, et le second celui du rendement du portefeuille sous-jacent. Dans bien des cas, une baisse considérable de la valeur des fonds sur lesquels le billet est lié provoquerait un événement de marché qui forcerait l'achat d'annuités théoriques en vue de garantir le remboursement mensuel du montant de dépôt garanti jusqu'à l'échéance.

Pendant la durée de chaque billet de dépôt détenu jusqu'à l'échéance, le porteur recevra au moins le montant de dépôt. En plus du remboursement du montant de dépôt, les investisseurs pourront recevoir un rendement variable à l'échéance en fonction du rendement du portefeuille de fonds[12].

Par exemple, dans le cas des billets dont nous parlons, les valeurs planchers qui déclencheraient la protection du capital sont de 73 $ sur 100 $ pour le Billet à paiement immédiat™, 60 $ par billet pour ceux qui sont différés 5 ans™ et 50 $ par billet pour ceux qui sont différés 10 ans™. Ces seuils diminuent avec les années. En d'autres mots, la valeur marchande des portefeuilles sous-jacents à répartition d'actif devrait accuser une chute considérable avant qu'un événement de marché justifie la transformation du portefeuille investi dans une annuité et que se termine la possibilité de croissance future du billet.

Un événement de maintien du capital donne lieu au remboursement du capital impayé du montant de dépôt, peu importe le rendement du portefeuille des fonds. Un événement de maintien du capital ne se produira que si la valeur du portefeuille des fonds cesse d'excéder la valeur actuelle des remboursements des capitaux impayés des billets de dépôt. Quand survient un événement de maintien du capital, les billets de dépôt ne seront plus exposés au portefeuille des fonds, mais ils seront plutôt exposés à une annuité fixe théorique qui continuera de procurer des remboursements du capital mensuels (sans tenir compte de l'inflation future) et le solde du dépôt impayé à l'échéance. Lorsqu'un événement de maintien du capital survient,

---

[11] Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, « Tour du monde du placement en 45 minutes… », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 35:1-45, aux pages 35:5-24.

[12] BMO BANQUE DE MONTRÉAL, *op. cit.*, note 10.

l'investisseur ne sera plus assujetti aux frais annuels du portefeuille de fonds de 1,99 %[13].

1.1.4. Une source de liquidités anticipées : le marché secondaire quotidien

Les billets de dépôt sont négociables quotidiennement sur un marché secondaire que l'émetteur s'est engagé à organiser, en déployant des efforts raisonnables.

Un porteur peut avoir accès au marché secondaire, s'il en est, en rachetant le billet de dépôt par l'intermédiaire du système d'inscription de commandes pour les organismes de placement collectif FundSERV[14] avant l'échéance. Lorsque le détenteur de billets choisit de vendre sa position, la valeur du dépôt d'origine n'est plus garantie. La disposition s'effectuera à la valeur marchande du billet au moment de la transaction.

Selon le moment de la souscription et l'option de frais de négociation anticipée retenue, un pourcentage du montant de dépôt pourrait être retiré du produit de la valeur de rachat sur le marché secondaire. Toutefois, il faut noter un fait important, il n'y aura aucuns frais de négociation anticipée si les billets sont vendus à la suite du décès du détenteur. Il s'agit d'un élément distinctif, car, en ce qui a trait aux fonds communs de placement proprement dits avec frais de rachat anticipé, il n'y aurait pas suppression de ces frais au décès.

1.1.5. La répartition d'actifs en fonction du cycle de vie

La répartition d'actif et le rééquilibrage du portefeuille des fonds se rajusteront pendant la durée de 20, 25 ou 30 ans du billet de dépôt par l'entremise d'un rééquilibrage systématique de la partie constituée de titres de participation et de la partie constituée de titres à revenu fixe. Ainsi, tel qu'il est illustré dans le tableau qui suit, la proportion des actifs investis dans les fonds d'actions et de croissance sera réduite au fil des ans de manière à

---

13 *Id.*

14 « FundSERV » signifie le système maintenu et exploité par FundSERV Inc. en vue de faciliter la communication électronique avec les entreprises participantes, notamment pour recevoir des ordres, compenser des ordres, passer des contrats, régler des ordres, transmettre des avis d'exécution d'achat et rembourser des placements ou des instruments.

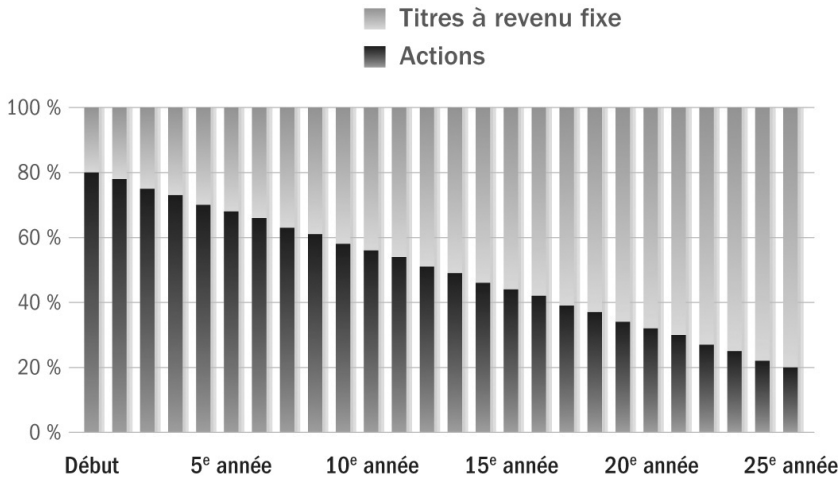
réduire le risque de volatilité dans le temps. Dans le cas où la répartition d'actif initiale du portefeuille est constituée de 70 % de titres de participation et de 30 % de titres à revenu fixe, cette affectation changera chaque année à la date de rééquilibrage. La répartition vers la partie constituée de titres de participation diminuera, tandis que la répartition vers la partie constituée de titres à revenu fixe augmentera dans la même mesure.

À l'échéance, la répartition cible vers la partie constituée de titres de participation sera de 22,5 % et la répartition cible vers la partie constituée de titres à revenu fixe sera de 77,5 %.

Néanmoins, cela n'est pas garanti, car, si un événement de maintien du capital ou un événement extraordinaire se produit, cela peut toujours provoquer le remplacement du portefeuille de fonds sous-jacent par des annuités fixes théoriques où aucune autre exposition du portefeuille ne permettra une majoration future de sa valeur. Au contraire, le montant global du portefeuille des fonds calculé à la date de l'événement extraordinaire sera investi dans des annuités fixes théoriques et tout rendement positif à l'égard des parts de fonds à la suite de l'événement extraordinaire ne fera pas augmenter la valeur des billets de dépôt.

1.1.6. À qui s'adressent-ils?

Compte tenu des frais de gestion raisonnables dans les premières années de détention, les billets peuvent s'adresser aux personnes qui recherchent des revenus fiables à partir de comptes de placement non enregistrés, afin de bénéficier d'allègements fiscaux pendant un certain nombre d'années, ainsi qu'à des investisseurs dont la sécurité du capital est essentielle et qui désirent confier à des gestionnaires la répartition cyclique des actifs de leur portefeuille. Les retraits de capital garantis dans le temps à partir du dépôt d'origine et rajustés par la suite peuvent apporter une sécurité supplémentaire dans le cas de baisses de marché majeures au début de la phase d'encaissement. Les personnes disposant d'un fonds de pension à prestations garanties à la retraite ont peut-être moins besoin d'avoir recours à cette structure pour s'assurer de retraits réguliers. De plus, il se pourrait qu'avec les années les frais de gestion de 1,99 % deviennent exagérés une fois la répartition des actifs affectée essentiellement aux revenus fixes. Ainsi, la vente sur le marché secondaire des billets avant l'échéance pourrait être envisagée. Il faudra évaluer combien de capital a été remboursé, estimer l'impact fiscal et évaluer quelle est la valeur marchande du billet à ce moment donné.



- **Billets à paiement immédiat^MC**

  – Distributions rajustées en fonction de l'inflation; versement commençant immédiatement et correspondant à 6,60 % du montant du dépôt;

  – Répartition initiale de l'actif comprenant 60 % d'actions et 40 % de titres à revenu; rajustement progressif pour que cette composition passe éventuellement à 25 % d'actions et à 75 % de titres à revenu fixe.

- **Billets différés 5^MC**

  – Distributions rajustées en fonction de l'inflation; versement commençant après cinq ans et correspondant à 6,60 % du montant le plus élevé entre le dépôt initial et la valeur marchande courante;

  – Répartition initiale de l'actif comprenant 70 % d'actions et 30 % de titres à revenu; rajustement progressif pour que cette composition passe éventuellement à 22,5 % d'actions et à 77,5 % de titres à revenu fixe.

- **Billets différés 10^MC**

  – Distributions rajustées en fonction de l'inflation; versement commençant après 10 ans et correspondant à 6,60 % du montant le plus élevé entre le dépôt initial et la valeur marchande courante;

  – Répartition initiale de l'actif comprenant 80 % d'actions et 20 % de titres à revenu; rajustement progressif pour que cette composition passe éventuellement à 20 % d'actions et à 80 % de titres à revenu fixe.

1.2. LES RENTES INDIVIDUELLES À CAPITAL VARIABLE

Les rentes variables à retrait garanti minimal sont très populaires aux États-Unis. En 2004, les ventes de ces produits ont atteint les 128 M$ et 69 % de ces rentes variables étaient revêtues de l'avenant de retrait minimum garanti. Les actifs totaux investis dans ce type d'instrument financier s'élèvent à 1,1 G$[15].

Ce qui amplifie les effets négatifs de la séquence des rendements dont nous avons parlé en introduction est que plusieurs épargnants réagissent à une baisse du marché en déplaçant une plus grande partie de leur portefeuille dans des obligations et autres placements à revenu fixe au détriment de la portion consacrée aux titres de participation.

« Cela risque en fait d'aggraver la situation », déclare M. Milevsky, parce que, en procédant ainsi, les épargnants renoncent au potentiel de plus-value de leur capital et à la protection contre l'inflation.

Comme nous l'avons vu précédemment dans la description des billets liés à revenu prévisible à longue vue, une solution pourrait reposer sur une nouvelle catégorie de produit, connue sous le nom de rente variable avec Garantie de retrait minimum. Cette option offre une protection contre les perturbations sérieuses de la séquence des rendements, en procurant des versements mensuels garantis, peu importe le cycle du marché durant lequel l'épargnant décide de prendre sa retraite. Comme nous l'avons mentionné, il est également possible d'accroître le revenu mensuel si le rendement des actifs sous-jacents est au rendez-vous.

---

[15] Jim OTAR, « Annuities and Inflation », (2007) *Advisor's Edge Report*, p. 12 (en ligne : www.advisor.ca).

Il y a plus de quatre ans aux États-Unis, ce concept a connu un succès considérable sur le marché. Il est récent que les épargnants canadiens puissent y adhérer.

Tout comme pour les billets liés qui ne sont pas des fonds communs ni des fonds distincts, les dépôts de capital confiés à la compagnie d'assurances, puisqu'il s'agit en réalité de fonds distincts, seront retournés au rentier à raison de 5 % par année pendant 20 ans (100 / 5 % = 20 ans). Ainsi, si une personne souscrit à ce type de rente variable, elle est assurée que l'argent confié à l'assureur lui sera au moins remis au cours des 20 années au cours desquelles elle exigera un revenu, et ce, indépendamment du rendement des marchés sous-jacents. La valeur des retraits garantis basée sur le montant initial du dépôt ne fluctuera pas selon le marché, tandis que la valeur du portefeuille de fonds distincts dans lequel le dépôt a été investi pourra varier à la hausse ou à la baisse dans le temps.

1.2.1. Nature des bonis en période d'accumulation

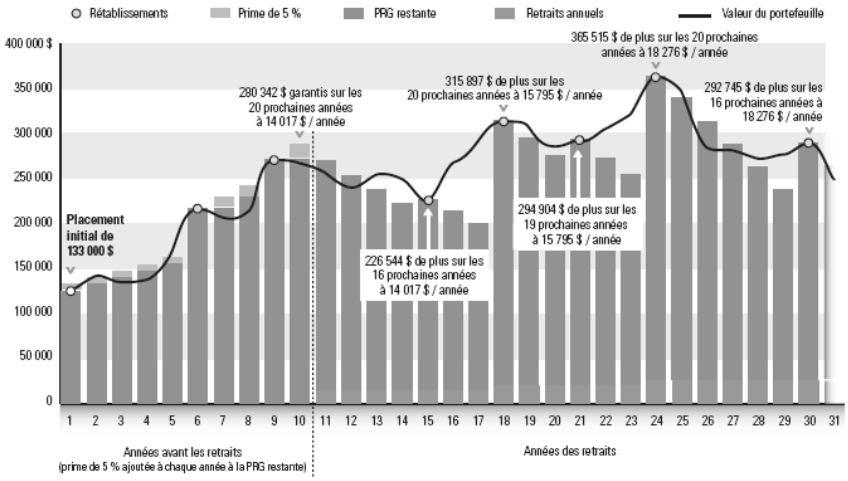
Contrairement aux billets dont nous avons parlé, les produits offerts par les compagnies d'assurances sont *a priori* des fonds distincts qui offrent les diverses options comme des garanties de capital à l'échéance et au décès, mais aussi des bonis qui s'ajoutent à la valeur garantie de retour de capital dans le cas où l'épargnant ne touche pas à son argent pendant un maximum de 10 ans après le dépôt d'origine. Ce qui pourrait majorer le placement initial d'au moins 50 %. Par contre, en cas d'annulation et encaissement du placement, le boni de 5 % ne serait pas versé à l'épargnant, à moins que la valeur marchande des fonds dans lesquels ses épargnes ont été investies n'ait aussi augmenté de 5 % ou plus au cours des années d'accumulation.

1.2.2. Cristallisation des gains sur placement

Comme nous l'avons vu au début pour les billets structurés, la valeur du remboursement garanti, une fois la période de retrait garanti amorcée, sera établie en fonction du montant le plus élevé entre la valeur marchande du billet à ce moment donné et la valeur de départ. En ce qui a trait aux fonds distincts à paiement minimum garanti, c'est aussi la valeur la plus élevée entre les deux qui détermine le remboursement de capital sauf que cette valeur garantie peut être supérieure à la valeur de départ si, en cours d'accumulation, des bonis de 5 % ont été versés et que la croissance des actifs a permis la cristallisation triennale d'une somme supérieure à la valeur investie au début. En effet, pendant la période de service de la rente, tous les 3 ans pendant les 30 premières années du contrat, les gains sur placement et les bonis sont cristallisés automatiquement. Le montant garanti de l'épargne

et du revenu de retraite pourrait ainsi augmenter avec le temps et faire obstacle aux effets de l'inflation.

Rétablissements automatiques – Ils améliorent le revenu et allongent la période de retrait[*]



Remarque : Les rétablissements du capital garanti de SunWise Elite Plus fonctionnent indépendamment des rétablissements du revenu garanti de SunWise Elite Plus.

[*] Les retraits excédentaires supérieurs au montant du retrait garanti rétablissent le revenu garanti à 5 % du montant de base rajusté PRG après le retrait et pourraient raccourcir la durée.

[**] Ce tableau est de nature informative seulement. Il n'a pas été conçu pour prévoir ou prédire le rendement des placements. Il suppose un marché volatil et des rendements moyens annuels de l'ordre de 8,2 %. De plus, il laisse entendre que les prélèvements annuels correspondent à 5 % du montant garanti.

Dans cet exemple, on constate les effets positifs du versement annuel de bonis de 5 % qui contribuent à l'augmentation de la prestation du retrait minimum garanti à la 11^{e} année.

Qui plus est les gains immobilisés tous les trois ans permettent de prolonger la période de retrait garanti et même de majorer le montant du retrait garanti. Pendant la retraite, on pourra allonger la durée du retrait jusqu'à un maximum de 20 ans et augmenter le revenu annuel.

La valeur de rachat du contrat en cours de période correspond à sa valeur marchande moins les frais de négociation anticipée.

Lorsque les marchés financiers sont favorables, comme dans cet exemple, la durée des retraits garantis peut aller jusqu'à 30 ans à compter du début de la retraite. Le risque de vivre plus vieux que ses épargnes peut être grandement atténué, au même titre que le risque d'inflation. Qui plus est, dans cet exemple, la séquence des rendements, bien qu'elle soit négative à un moment donné, n'a pas vraiment d'effet sur les garanties.

Toutefois, dans le cas d'un marché adverse, la garantie expirant 20 ans après la date du premier retrait, une personne âgée de 65 ans au moment du début du versement de sa rente verra ses revenus cesser à l'âge de 85 ans. Comme nous l'avons constaté précédemment, cette personne a de fortes chances d'être toujours en vie. D'ailleurs, aux États-Unis, la période de garantie est viagère. Toutefois, pour pouvoir bénéficier de retraits viagers, le rentier doit convertir le solde du contrat en rente viagère[16].

1.2.3. Durée de la rente et bonis

Si la personne n'a pas besoin de retirer l'argent dès le départ, la compagnie d'assurances lui versera un boni de 5 % durant les années où aucun retrait n'est effectué afin d'augmenter le solde de retrait garanti. Le boni s'ajoute uniquement au solde du dépôt garanti d'origine et non à la valeur marchande du contrat. En d'autres termes, on ne peut pas encaisser le boni, mais celui-ci s'ajoute au solde de retrait garanti[17]. Si on reprend notre exemple du départ, la personne de 55 ans qui compte prendre sa retraite dans 10 ans pourra recevoir le boni de 150 000 $ au cours de ces 10 années et voir le solde de retrait garanti passer de 100 000 $ à 150 000 $ peu importe le rendement du marché sous-jacent pendant ces 10 années d'accumulation. Les portefeuilles ne sont pas rééquilibrés de manière automatique selon l'âge du rentier.

1.2.4. Les garanties au décès

Dans le cas d'un fonds distinct, lorsqu'un rentier-successeur a été désigné, le contrat demeure en vigueur jusqu'au décès du second rentier et le solde du retrait garanti et toutes les autres garanties demeurent intacts à la suite de la réinitialisation.

---

16 *Id.*

17 FINANCIÈRE MANUVIE, Revenu Plus.

Dans la plupart des cas, le conjoint peut maintenir le contrat en vigueur ou recevoir la prestation de décès. En ce qui a trait aux contrats de fonds enregistré de revenu de retraite, ils sont maintenus en vigueur par défaut. Dans le cas des contrats dont le bénéficiaire n'est pas le conjoint et au titre desquels aucun rentier-successeur n'a été désigné, la seule option possible est le versement de la prestation de décès au bénéficiaire[18].

1.2.5. Les frais et le risque

Il existe différents types de frais reliés à la gestion, au commissionnement et autres. Dans le cas des rentes variables à retrait minimum de 5 %, il y a aussi d'autres frais reliés au retrait minimum garanti et au choix des garanties au décès. Les frais d'assurance annuels et les frais de garantie peuvent varier de 0,25 % à 0,70 % selon le type de fonds choisi dans le portefeuille en sus des frais de gestion de base de + ou - 2,70 %[19].

Le calcul des frais rattachés aux diverses garanties doit être pris en considération pour établir le coût du risque. Le coût cumulatif de ces frais doit être inclus dans l'évaluation totale du placement. Des illustrations sont disponibles à cet effet.

Bref, les billets structurés à retraits garantis et les fonds distincts à revenu minimum garanti offrent de nouvelles avenues aux investisseurs. La protection du capital et la prévisibilité des retraits et de leur durée dans le temps peuvent donner l'occasion aux personnes plus craintives de considérer les marchés financiers de toutes sortes. Ce qui compte cependant, c'est de savoir bien mesurer si les retraits garantis de 6,6 % indexés dans le cas des billets liés et ceux de 5 % du dernier solde cristallisé dans le cas des fonds distincts suffiront à compenser les frais et restrictions additionnels liés à ce type d'investissement.

2. LES FONDS CATÉGORIE ET LES FONDS T

2.1. GÉNÉRALITÉS

Toujours dans le même ordre d'idées, et ce, afin de sécuriser le risque de longévité à la retraite en réduisant les impôts à payer en cours de décaissement et en contrecarrant au mieux l'inflation, les fonds communs de

---

18 *Id*.

19 SUN WISE ELITE FONDS DISTINCTS, Sun Life du Canada, *Prospectus*, p. C25.

placement de catégorie T procurent un revenu qui jouit d'un avantage fiscal dont il est fait état dans la partie B de ce texte[20].

Mis à part cette fiscalité avantageuse qui peut consentir, entre autres, à certaines personnes la récupération de prestations d'état comme la sécurité de la vieillesse et certains crédits d'impôt, tout comme le permettent certains billets de dépôts dont nous avons parlé précédemment, les fonds T facilitent la planification du revenu à la retraite et prolongent la valeur du portefeuille sous-jacent. Ils réduisent, par le fait de la fiscalité et de la récupération d'autres avantages, la ponction du capital brut nécessaire au coût de la vie.

C'est pour cette raison qu'on attribue à ces instruments financiers des qualités qui contribuent à sécuriser le risque de longévité et celui de la volatilité dans une moindre mesure.

En effet, contrairement aux rentes variables et billets liés dont nous avons parlé précédemment, le remboursement du capital investi n'est pas garanti si les placements sous-jacents n'ont pas donné le rendement requis pour assurer le retour complet du capital initial ou majoré à l'investisseur.

Ainsi, il se pourrait que, dans un marché baissier draconien ou encore prolongé, les retraits prévus de 5 ou 8 % par année empiètent sur le capital investi et ne soient jamais récupérés dans le temps, surtout à moyen terme (de deux à cinq ans). Qui plus est, comme les distributions mensuelles ne sont pas garanties, le solde de la valeur marchande du placement pourrait être inférieur au montant requis pour effectuer les distributions prévues, engendrant ainsi une diminution graduelle et des retraits, et du capital.

C'est pour cette raison que certains investisseurs ne devraient opter pour les fonds T que pour générer un supplément de revenu fiscalement avantageux, surtout si les retraits prévus sont de l'ordre de 8 ou 9 % par année, comme certaines maisons de fonds l'autorisent.

2.2. DISTINCTIONS ET APPLICATIONS

Cependant, les liquidités mensuelles sont plus stables qu'avec la plupart des services de remboursement de capital et, comme nous l'avons vu, plus élevées que celles de nombreux types de placements garantis, d'où la mise

---

[20] Paule GAUTHIER, « Placements d'aujourd'hui », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 35:1-52, aux pages 35:29-52.

en garde sur la volatilité des fonds communs choisis dans ce cadre. Par contre, l'efficacité sur le plan fiscal peut faciliter la réduction des retraits à 5 %, et augmenter ainsi les chances de préservation et d'accroissement du capital initial afin de supplanter l'inflation.

Les sommes placées dans les fonds T ne sont pas immobilisées contrairement à la plupart des CPG et des rentes. Il peut cependant y avoir des frais de gestion élevés et des frais de négociation anticipée. Chaque famille de fonds propose un barème de frais différents. Contrairement aux billets liés, les fonds communs de placement et les fonds distincts ne sont jamais désinvestis en permanence et peuvent recouvrer leur valeur d'origine dans le temps même après une chute considérable des investissements au cours d'une période de temps donnée.

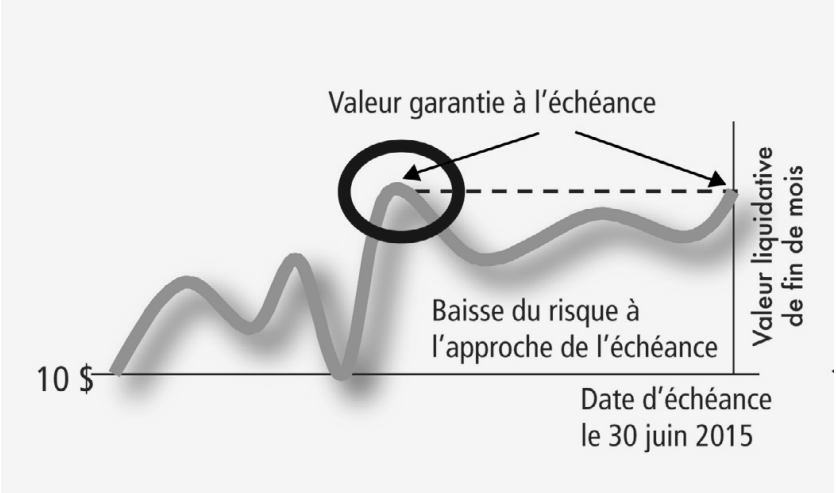
3. LES FONDS COMMUNS À CAPITAL GARANTI

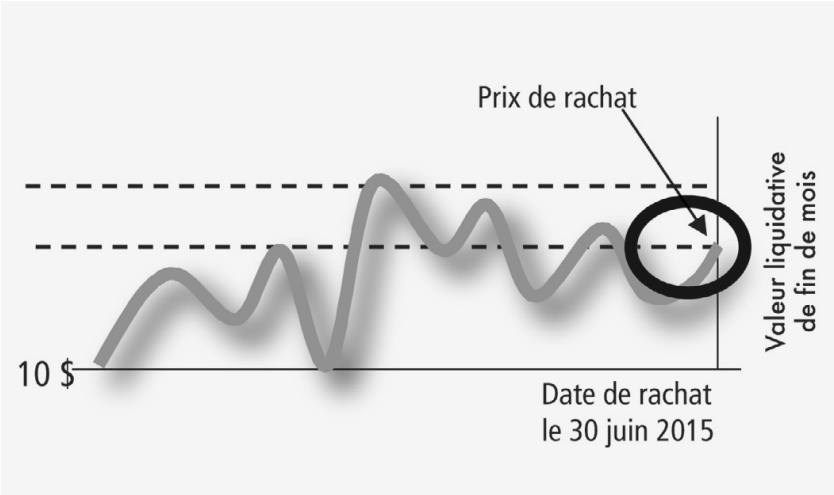
3.1. CARACTÉRISTIQUES DES FONDS À VERROUILLAGE AUTOMATIQUE

Il s'agit d'une autre formule offrant une garantie de capital sans que la menace d'un événement de marché provoque le retrait du portefeuille entier des marchés. Le principe de verrouillage permet aux fonds de conserver leur valeur liquidative par part en fin de mois chaque fois qu'elle atteint un nouveau sommet. Par la suite, cette nouvelle valeur devient alors le nouveau montant garanti payable à l'échéance, soit en 2010, 2015, 2020 ou 2025. On peut aussi parler de fonds **cycle de vie** ne produisant pas de revenus mensuels, mais permettant de protéger le capital et la croissance afin de sécuriser davantage le revenu de retraite.

La garantie de recevoir la valeur liquidative par part à la date de création du fonds diminue les craintes de perdre son capital à condition que le placement soit conservé jusqu'à l'échéance[21].

[21] FONDS CLIC OBJECTIF IA CLARINGTON, Fonds communs de placement.





Le principe de verrouillage mensuel est conçu pour conserver automatiquement les gains en fin de mois qui se produisent au fil des ans indépendamment du rendement futur des marchés dans lesquels les fonds sont investis.

Le caractère rétroactif favorise l'investissement dans ces fonds même si leur valeur marchande quotidienne est inférieure à la dernière valeur

verrouillée, en permettant d'acheter, à un prix inférieur à sa garantie, le fonds sur le marché secondaire et de s'assurer de recevoir à l'échéance au moins le prix de la valeur liquidative par part la plus élevée jamais enregistrée.

La répartition automatique de l'actif réduit le risque de volatilité à l'approche de la date d'échéance en augmentant la proportion des titres à revenu fixe au sein du portefeuille.

Les frais de gestion sont concurrentiels et baissent au fil des ans en fonction des modifications de la répartition de l'actif du portefeuille, contrairement aux billets liés que nous avons vus et qui conservent les mêmes frais tout au long du placement. Toutefois, les frais de départ du fonds à verrouillage sont plus élevés et peuvent atteindre 2,85 %. Quant à eux, les frais annuels des fonds distincts à rente variable et retraits garantis peuvent atteindre les 3,45 %.

Lors du rachat des parts, des frais de négociation anticipée peuvent s'appliquer et, comme dans les autres exemples, c'est la valeur liquidative par part du jour où elles sont vendues qui sera distribuée, comme dans tout autre fonds commun de placement, fonds distinct ou billet lié.

3.2. COMPARAISON AVEC LES BILLETS LIÉS

Chaque jour, l'émetteur examine le nombre de parts émises par le fonds et le multiplie par le montant garanti. Ensuite, il achète un nombre suffisant d'obligations d'État à coupon zéro pour couvrir ce montant. Par exemple, si le fonds compte 1 000 000 de parts en circulation et que le montant garanti est de 10 $ par part, il aura besoin d'acheter un nombre suffisant d'obligations pour couvrir 10 M$.

3.3. APPLICATIONS

Ces fonds sont structurés de manière à procurer un rendement à long terme à peu près équivalant à celui d'un portefeuille de répartition mondiale de l'actif en assurant simultanément la protection du capital.

À l'échéance, ses placements en actions diminueront et ses placements à revenu fixe augmenteront pour être intégralement composés de titres à revenu fixe. La répartition de l'actif est en fonction de la valeur du montant garanti et de la durée à l'échéance. Dès que l'émetteur a acheté suffisamment d'obligations à coupon zéro pour couvrir le montant garanti, le reste de l'actif du fonds est réparti parmi les bons du Trésor et le portefeuille sous-jacent à sa discrétion.

Ces fonds sont des fiducies de fonds communs de placement. Une hausse des taux d'intérêt aura en général une incidence négative sur la valeur des obligations à coupon zéro dans le portefeuille d'un fonds. Cependant, au fur et à mesure qu'un fonds se rapprochera de son échéance, la valeur des obligations s'accroîtra jusqu'à ce qu'elles atteignent leur valeur à l'échéance. Les fluctuations des taux d'intérêt ne se répercuteront sur les investisseurs que s'ils font racheter leurs parts avant l'échéance.

Au fur et à mesure qu'un fonds se rapprochera de son échéance, son portefeuille renfermera une plus grande proportion de placements à revenu fixe. Les frais de gestion diminueront pour exprimer la plus grande proportion de l'actif attribué à des placements à revenu fixe. Le ratio des frais de gestion (ci-après « RFG ») sera moins élevé que celui d'un fonds mondial équilibré distinct moyen parce que les Fonds Clic objectif, contrairement aux fonds distincts, n'engagent pas de frais d'assurances additionnels à l'appui de la garantie, laquelle s'établit, selon les prévisions, à environ 1,25 % durant la dernière année avant l'échéance. Un tel RFG est moins élevé que celui de bon nombre de fonds d'obligations classiques (il convient de noter que ce sont des estimations qui risquent de changer). La garantie s'applique au fonds, non pas à l'investisseur, et elle resterait par conséquent en vigueur jusqu'à l'échéance si le bénéficiaire du défunt conservait le fonds[22].

4. LES FONDS À ÉCHÉANCE OU CYCLE DE VIE

4.1. UNE AUTRE MANIÈRE DE GÉRER LA VOLATILITÉ

Les investisseurs dont les décisions ne sont pas dictées par la peur ou l'appât du gain ont presque toujours des rendements supérieurs à leurs pairs qui utilisent la synchronisation de marché (*market timing*). Voilà les conclusions d'une étude effectuée par la firme DALBAR sur le comportement des investisseurs américains[23]. Selon Jody Bullen, porte-parole de DALBAR Canada, cet écart s'explique par le fait que les émotions et les autres facteurs humains brouillent souvent le jugement des investisseurs. D'ailleurs, ceux qui changent souvent de placements dans le but d'obtenir de meilleurs rendements chaque trimestre ont rarement de meilleurs résultats que ceux qui adoptent une stratégie d'investissement à long terme (*buy and hold*).

---

22 FONDS CLIC OBJECTIF IA CLARINGTON, Brochure explicative.

23 DALBAR, *Quantitative Investment Behaviour Study* (QAIB).

A priori, les portefeuilles de placement se construisent à partir de la découverte des besoins d'une personne, et particulièrement dans la compréhension et le respect de sa tolérance au risque. Par un curieux effet du hasard, les données issues de cette démarche tentent de fluctuer dans le même sens que la volatilité des marchés. En interrogeant un investisseur sur le risque qu'il est prêt à prendre quand les marchés sont à la hausse, on obtiendra des réponses tout autres que celles que l'on aurait si des questions similaires lui étaient posées en période de turbulence et d'instabilité. Avons-nous en tant qu'investisseur les connaissances voulues et la capacité de répondre en toute objectivité à ces questions afin que le portefeuille élaboré en fonction de notre tolérance au risque colle à notre horizon d'investissement? C'est pour cette raison que certaines maisons de fonds proposent maintenant aux investisseurs des solutions qui peuvent les aider à faire face à la volatilité ainsi qu'aux effets néfastes que risquent de provoquer la volatilité des marchés et leurs propres émotions sur leurs épargnes.

Ainsi, la compréhension du risque prend une tout autre allure. Les fonds à échéance pourront servir aux investisseurs qui souhaitent planifier aussi bien l'horizon de temps qui les sépare de la retraite que la gestion courante de leurs actifs financiers. De sorte qu'après avoir circonscrit le niveau de risque raisonnable on déterminera en fonction de l'âge la capacité future de supporter le risque dans le temps. C'est en acceptant la prémisse selon laquelle il est plus objectif d'établir le niveau de risque en se fondant sur l'âge et l'horizon temporel que les portefeuilles sont bâtis et sont rééquilibrés au fil du temps.

En effet, la répartition des actifs et leur rééquilibrage tiennent compte du temps qui reste avant l'échéance choisie. Au départ, un portefeuille de cycle de vie[24] privilégie les actions pour optimiser la croissance lorsque la personne a assez de temps pour gérer la volatilité.

Ensuite, son actif fait l'objet d'un rajustement graduel pour réduire la teneur en actions au fur et à mesure que l'échéance du portefeuille choisi approche. En effet, diverses échéances, dont une échéance à revenu immédiat, peuvent être choisies, et ce, pour une période aussi lointaine que l'année 2045.

---

[24] FIDELITY INVESTMENTS CANADA, Point de vue. L'importance du placement cycle de vie basé sur l'âge, mai 2006, 22 p.

5. LES RENTES VIAGÈRES

5.1. POUR ÉTAYER LA LONGÉVITÉ OU LE DÉCÈS PRÉMATURÉ

Quand la retraite approche, choisir les options de revenu les plus prometteuses est sans doute l'une des décisions les plus importantes à effectuer.

Une rente peut garantir un revenu pendant une certaine période de temps ou durant toute la vie, dans le cas d'une rente viagère. Une rente s'apparente à une créance hypothécaire inversée. C'est le titulaire/rentier qui prête les fonds. Au lieu d'emprunter, il investit un montant forfaitaire auprès d'une institution financière en contrepartie de versements périodiques composés de capital et d'intérêts au cours de sa vie et de celle de son conjoint, le cas échéant.

Les rentes viagères peuvent constituer une partie importante d'un portefeuille de revenu équilibré, parce qu'elles permettent de prévoir et de planifier le revenu de retraite sans avoir à gérer les placements qui la composent. De plus, elle permet de survivre à son espérance de vie sans cesser le versement à une échéance donnée à moins d'avoir opté pour une rente à durée limitée.

La fiscalité rattachée aux rentes prescrites présente aussi certains avantages qui permettent à certains d'utiliser une partie des économies fiscales réalisées sur le revenu encaissé pour souscrire à une assurance vie en vue de remplacer le capital de la rente au décès du dernier survivant des deux conjoints.

D'ailleurs, une fois à la retraite, plusieurs personnes ne requièrent plus autant de protection en assurance vie pour remplacer l'homme au travail au décès et peuvent utiliser le capital de ces assurances. Dans certains cas, ces assurances sont déjà libérées (assurance vie universelle ou viagères garanties) en vue d'assurer ces rentes et de bonifier le revenu de retraite en contrecarrant les effets de la longévité et de la volatilité des marchés.

En ce qui concerne l'inflation, il est intéressant de constater que, dans plusieurs situations, le rendement net des annuités excède à un point tel celui de placements en revenus fixes traditionnels lourdement taxés qu'une inflation modérée exigerait plusieurs années avant que le taux bonifié de la rente ne rejoigne celui d'un CPG. Plusieurs options garantissant le paiement au conjoint ou aux bénéficiaires désignés du souscripteur sont offertes dans l'éventualité d'un décès prématuré. En vertu de l'option choisie, un montant

minimum est versé, peu importe ce qui arrive au rentier. Ce dernier peut également choisir d'indexer son revenu de rente en vue de le protéger contre l'inflation.

CONCLUSION

LA RÉSILIENCE

« Dans ce livre, tout peut être faux[25]. »

Peut-on vraiment prédire l'avenir? On peut tout de même s'inspirer des faits pour supposer que l'amélioration de la longévité, combinée avec la disparation éventuelle des régimes de retraite à prestations déterminées et l'augmentation des coûts de santé, dictera à l'industrie des services financiers la création de produits et services plus orientés vers la sécurisation des risques plutôt que la gestion des risques de base comme nous l'avons connu par le passé.

L'industrie devra s'adapter et concevoir des produits qui permettront aux gens de migrer d'une protection à l'autre non seulement en ce qui concerne la santé et le bien-être, mais aussi en ce qui a trait à l'évolution de leurs besoins financiers en fonction de leur cycle de vie au cœur d'une réalité familiale combien diverse.

[25] Richard BACH, *Illusions ou le Messie récalcitrant*, Paris, Flammarion, 1977, 168 p.

PARTIE B
Produits financiers d'aujourd'hui

Paule Gauthier, CA, LL.M. fisc., TEP
RBC Dominion Valeurs Mobilières

INTRODUCTION

Le présent texte porte sur la situation des investisseurs qui sont résidents canadiens et qui détiennent des placements comme immobilisations. Il se veut une analyse sommaire des éléments fiscaux essentiels de certains produits financiers. Les produits dont il sera question ont été choisis soit parce qu'ils se sont vu appliquer des modifications fiscales au cours de l'année, soit parce qu'ils sont le reflet d'une évolution des marchés financiers et qu'une analyse fiscale peut être pertinente. Ce texte ne prétend pas être complet ni inclure l'information fiscale utile aux situations de chacun des investisseurs particuliers.

Les principaux produits financiers étudiés comprendront les produits ayant une caractéristique de retour de capital, soit les billets indiciels, les fonds série T, ainsi que les nouveaux fonds distincts. En plus de traiter de la fiscalité des propriétaires de titres, ce texte s'attarde sur la fiscalité de l'entité émettrice lorsque cet aspect peut modifier le rendement total des titres et influencer leur attrait pour les investisseurs.

1. MODIFICATIONS FISCALES FÉDÉRALES ET PROVINCIALES

1.1. DIMINUTION DE L'IMPÔT DES SOCIÉTÉS AU QUÉBEC

Les modifications à l'imposition des dividendes déterminés introduites durant l'année 2006 et leurs impacts sur la planification fiscale relative aux investissements ont été traités dans le texte présenté lors du congrès[1] de l'année dernière. Au cours de l'année 2007, on a annoncé la diminution du taux d'imposition des sociétés au Québec, entraînant des impacts importants relativement à la planification fiscale.

Le tableau suivant résume les taux d'imposition selon que les placements sont détenus par un particulier, par une société de gestion qui

[1] Paule GAUTHIER, « Le tour du monde du placement en 45 minutes », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 35:1-45, aux pages 35:25-45.

accumule ses revenus, ou par une société de gestion qui distribue ses revenus à ses actionnaires résidents canadiens.

2007		Taux marginal maximum combiné Fédéral-Provincial			Ratios		
	Types de revenus	Si gagné personnellement	Si gagné par une société de portefeuille	Si gagné par une société et distribué chaque année	Si gagné personnellement	Si gagné par une société de portefeuille	Si gagné par une société et distribué chaque année
Québec	Intérêt	48,22 %	45,69 %	48,46 %	1,00	1,00	1,00
	Dividendes déterminés	29,69 %	33,33 %	29,69 %	1,36	1,23	1,36
	Dividendes ordinaires	36,35 %	33,33 %	36,35 %	1.23	1,23	1.23
	Gain en capital	24,11 %	22,85 %	24,23 %	1,47	1,42	1,47

Note : Les taux combinés de la société et les taux personnels présument que la totalité des impôts remboursables est versée chaque année par une déclaration de dividende suffisant.

Une société de gestion qui détient un portefeuille de placement générera trois principaux types de revenus de placement : un revenu d'intérêts sur les titres de créances, un revenu de dividendes sur les actions qu'elle détient et un gain en capital (ou une perte) lorsqu'elle dispose de ses titres.

On note que les revenus d'intérêts et de gain en capital sont moins imposés lorsqu'ils sont réalisés par une société de portefeuille qui les capitalise que lorsqu'ils sont réalisés personnellement par l'actionnaire. Mais dès lors que la société de portefeuille distribue ces mêmes revenus à ses actionnaires, l'impôt global payé par la société et l'actionnaire est le plus élevé.

1.1.1. Sortir ou ne pas sortir les revenus de placement d'une société de portefeuille

Il y a longtemps que les placements étaient normalement sortis de la compagnie dès qu'un compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») ou qu'un solde d'impôt en main remboursable était disponible. Ce paradigme est-il toujours vrai? Pour ce qui est du dividende en capital, il appert que oui parce que le calcul continu de ce compte pourrait entraîner la disparition d'un solde de CDC qu'on aurait négligé de sortir.

En ce qui a trait aux autres revenus, on peut se demander que faire de ces revenus de placement qui s'accumulent dans la société de portefeuille : les conserver dans la société ou les distribuer aux actionnaires qui sont des particuliers. Au Québec, la distribution des revenus d'intérêts déclenchera un impôt additionnel immédiat de 0,46 % (soit 52,50 % moins 52,04 %) parce qu'ils seront vraisemblablement distribués sous forme de dividende ordinaire et non de dividende déterminé. En effet, les revenus d'intérêts réalisés dans la société, bien qu'ils soient imposés à un taux élevé, ne font pas partie du « compte de revenu à taux général ».

Les dividendes déterminés reçus par une société de portefeuille pourront, eux, être distribués sous forme de dividendes déterminés et bénéficieront donc d'une réduction d'impôt passant de 33 % dans la société (Partie IV de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2]) à 29,65 % dans les mains de l'actionnaire qui est un particulier. Il sera donc primordial de distribuer les revenus de dividendes de sociétés publiques aux actionnaires qui sont des particuliers.

1.1.2. Impacts sur l'assurance vie corporative

Lorsqu'une société de portefeuille détenant une assurance vie avec valeur de rachat prévoit effectuer le rachat partiel de leur police ou le retrait partiel ou total des fonds de la police, elle doit aussi tenir compte des changements sur l'imposition des dividendes.

Le rachat des fonds peut déclencher l'imposition d'un gain de police imposable dans la société de portefeuille. Ce gain est assimilable à un revenu de placement tel qu'un revenu d'intérêts et l'imposition totale de ce revenu sera de 52,04 % dans la société, et il augmentera à 52,5 % lorsqu'il est distribué à l'actionnaire puisque le revenu de placement n'influe pas sur le « compte de revenu à taux général » et ne pourra pas être acheminé aux actionnaires sous la forme d'un dividende déterminé, mais plutôt d'un dividende ordinaire imposable à 36,35 % au Québec.

Néanmoins, l'assurance vie détenue par une société par actions qu'elle n'encaissera qu'au décès de l'assuré bénéficie de l'exonération d'impôt sur la croissance des fonds durant la vie de la police, de la non-imposition de la prestation décès, en plus de pouvoir acheminer la majeure partie de la valeur au décès par le CDC. Les polices détenues jusqu'au décès sont donc encore

---

2 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

plus favorisées par la hausse d'imposition des dividendes à cause de cette comparaison.

1.1.3. Allocation d'actifs

Cette analyse nous amène à la question de l'allocation d'actifs et de revenus de placement entre les différentes personnes morales et fiscales. Deux scénarios sont à considérer.

Scénario n^{o} 1 – La société peut distribuer ses revenus de placement chaque année.

Les revenus de dividendes admissibles réalisés dans la société sont assujettis aux impôts de la Partie IV L.I.R. de 33 %. Ils devraient être distribués aux actionnaires particuliers résidents du Canada afin que le taux effectif total descende à 29,65 %. Plusieurs investisseurs ont pris l'habitude de réaliser leurs revenus d'intérêts dans leurs régimes enregistrés de toute façon, ce qui laisse les gains en capital imposés de façon plus avantageuse sur le plan fiscal dans le compte personnel de l'actionnaire.

Dans un tel scénario, la meilleure allocation fiscale d'actifs sera favorisée comme suit :

Société	Dividendes admissibles distribués	29,69 %
Particulier	Gains en capital	24,11 %
Régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »)	Intérêts	0 %

Scénario n^{o} 2 – La société doit capitaliser ses revenus de placement.

La société peut être dans l'obligation de conserver ses revenus de placement pour diverses raisons. On évitera alors de faire réaliser à la société des dividendes admissibles et des intérêts, pour favoriser le gain en capital.

Société	Gains en capital	24,63 %
Particulier	Dividendes déterminés	29,69 %
REÉR	Intérêts	0 %

1.2. L'INCORPORATION DES PLACEMENTS EST-ELLE AVANTAGEUSE?

Pour faire suite à la question relative à la sortie ou non des revenus de placement de la société, la baisse des taux d'imposition corporatifs amène à s'interroger sur la pertinence de l'incorporation des placements. Devrait-on commencer à incorporer les placements? *A priori*, les revenus de placement réalisés par une société de portefeuille seront systématiquement plus imposés que lorsqu'ils sont réalisés personnellement quand on tient compte de l'intégration totale de niveaux d'imposition de la société et de l'actionnaire. L'incorporation des placements ne semble donc pas une option plus intéressante qu'elle ne l'était auparavant si on sort les revenus de la société. Pourtant, à court terme, il y a une réelle économie d'impôt de quelques points, mais seulement pour les revenus d'intérêts et de gain en capital, et seulement si ces revenus s'accumulent dans la compagnie. Si on devait incorporer des placements, les titres de dettes et les titres de croissance sont ceux qui pourraient générer une économie d'impôt. Les titres générant du revenu de dividendes ne feraient pas bénéficier la société et seraient plus imposés.

La taxe sur le capital, avant son élimination en 2011, réduirait potentiellement à néant l'économie d'impôt si les titres ne se qualifiaient pas de placements admissibles comme c'est le cas pour plusieurs titres de dettes d'institutions financières ou d'émetteurs non constitués en société pour ne nommer que ceux-ci.

Un gel successoral d'une société détenant des placements de portefeuille implique généralement une société autre qu'une société exploitant une petite entreprise et sera, par conséquent, soumis à une règle d'attribution spécifique[3] dont l'effet est essentiellement de réputer des intérêts au taux prescrit sur le montant qui a été transféré à la société dans le but de diminuer le revenu de l'auteur du transfert pour imposer son conjoint ou ses enfants ou neveux de moins de 18 ans. Dans certaines situations, lorsque le gain espéré au cours des années futures est significativement plus élevé que le taux prescrit, des planifications pourraient être envisagées, bien qu'assujetties aux règles d'attribution, mais dont le revenu de seconde génération en serait libéré.

---

[3] Par. 74.4(2) L.I.R.; *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

1.3. PLACEMENTS DÉTENUS EN FIDUCIE PERSONNELLE

Il y a eu un certain débat sur la possibilité de conserver le caractère déterminé des dividendes qui sont alloués aux bénéficiaires de fiducies personnelles. Outre ce débat, on remarque que les Feuillets T3 prévoient la possibilité de conserver la nature déterminée des dividendes lorsqu'ils sont alloués par une fiducie.

1.4. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS ET LES *VIATICAL SETTLEMENTS*

Certains produits d'assurance sur la vie de purs étrangers sont quelquefois négociés comme placements. Ils permettent à des personnes assurées dont l'espérance de vie est restreinte d'avoir accès à des liquidités de leur vivant, pour être en mesure de se soigner et d'être traitées avec dignité au moment de leurs derniers jours. Ces polices proviennent le plus souvent d'émetteurs américains sur la vie d'assurés américains puisque les États-Unis ont un marché relativement organisé de ces produits depuis quelques années. Des Canadiens ont commencé à se porter propriétaires de ces polices. Au décès du propriétaire de police canadien, devrait-on inclure ces produits dans la succession américaine du défunt?

Il semble que oui, puisque la valeur de rachat d'une police d'assurance souscrite auprès d'une compagnie d'assurance vie faisant affaire aux États-Unis, sur la vie d'une personne autre que le défunt, devrait normalement être incluse dans la succession américaine du propriétaire de police défunt en vertu de la règle générale voulant que les dettes aient pour *situs* le lieu de résidence ou de juridiction d'incorporation du débiteur.

Il existe bien une exemption pour les polices américaines sur la vie du défunt[4], mais cette condition n'est pas respectée lorsque l'assuré est un parfait étranger pour le propriétaire de la police.

1.5. PLACEMENTS ADMISSIBLES AUX REÉR

La définition des placements admissibles aux régimes enregistrés a été modifiée à la suite du budget présenté en mars 2007[5]. La définition inclut maintenant les titres de créance ayant reçu une cote d'évaluation supérieure

---

4 *Internal Revenue Code of 1986* et mod., § 2105(a).

5 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

d'une agence de notation visée par règlement[6] et faisant partie d'une émission d'au moins 25 M$, ainsi que les titres (sauf les contrats à terme) inscrits à la cote d'une Bourse de valeurs visée par règlement.

Ces modifications permettent maintenant certains investissements dans des fiducies et des sociétés en commandite étrangères et dans des obligations en dollars canadiens émises par des entités étrangères.

1.6. RETENUE SUR PAIEMENTS D'INTÉRÊTS À DES NON-RÉSIDENTS

Le Budget fédéral de 2007 a fait l'objet de l'annonce de l'entente de principes sur différentes composantes d'une mise à jour de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[7]. Selon cette entente, l'assujettissement aux retenues fiscales des paiements d'intérêts entre les deux pays sera diminué progressivement et éventuellement non assujetti à la retenue fiscale par le payeur.

Conditionnelle à cette modification, la retenue d'impôt canadienne sur les intérêts versés à tous les non-résidents quel que soit leur pays de résidence sera ensuite éliminée lorsque ces intérêts seront versés entre personnes sans lien de dépendance.

2. LE RETOUR DE CAPITAL SOUS PLUSIEURS FORMES

2.1. BILLETS INDICIELS AVEC RETOUR DE CAPITAL

Les billets indiciels traditionnels prévoient, en règle générale, que le revenu sera payable à l'échéance et lié à un ou plusieurs indices. Dans certains cas, le rendement peut être relié à une année particulière, par exemple lorsqu'il est bloqué chaque année, mais il est souvent impossible de modifier un rendement à chacune des années précises. Il peut y avoir un rendement maximal ou non, un rendement minimal ou non, ou dans certaines circonstances seulement. Le capital peut être entièrement ou partiellement garanti comme il peut arriver qu'il ne le soit pas du tout. Ces titres de dette sont émis en produits structurés sous une variété de conditions différentes et peuvent théoriquement être modulés à l'infini.

---

[6] Les agences de notation visées au paragraphe 4900(2) R.I.R. sont : A.M. Best Company Inc., Dominion Bond Rating Service Limited Fitch, Inc., Moody's Investors Service Inc., la division Standard and Poor's de McGraw-Hill Companies Inc.

[7] S.C. 1984, c. 20 et mod.

Les titres de dette ont beaucoup évolué durant la dernière décennie. La dernière vague des produits structurés a vu l'arrivée d'une caractéristique de retour de capital durant le terme du billet.

2.1.1. Imposition à l'échéance

Lorsque le revenu est payable à l'échéance, il est normalement inclus dans le revenu à ce moment sous la forme d'un revenu de placement, à moins qu'il n'ait déjà été inclus dans le revenu au cours d'une année précédente, par les mécanismes de revenu couru.

2.1.2. Règles sur le revenu couru

Il est assez rare que les propriétaires des produits structurés actuels subissent les effets négatifs de l'imposition sur le revenu couru, et les raisons sont diverses.

En tant que dettes, les billets sont *a priori* soumis aux règles sur les intérêts courus[8] lorsqu'ils ne se qualifient pas comme titres de créance indexés[9]. Le calcul du revenu couru[10] est fait sur une base d'anniversaire de contrat[11] pour les détenteurs qui sont des particuliers ou des fiducies ayant des particuliers comme bénéficiaires. Quant aux sociétés, sociétés de personnes, fiducies de fonds commun de placement et fiducies ayant une société ou une société de personnes en tant que bénéficiaires, elles calculent leur revenu couru sur une base annuelle de fin d'exercice[12].

Le principe général de calcul du revenu couru prévu au règlement renvoie à des mathématiques financières de base, qui demandent d'actualiser chaque année le montant des paiements futurs connus des événements futurs déterminés, afin de reconnaître le revenu couru[13]. Dans le cas des billets

---

8 Par. 12(3) et 12(4) L.I.R.; art. 7000 R.I.R.

9 Selon la définition au paragraphe 248(1) L.I.R., un « titre de créance indexé » est un titre de créance dont les modalités prévoient le rajustement, déterminé en fonction de la variation du pouvoir d'achat de la monnaie, d'un montant payable relativement au titre pour une période au cours de laquelle il était en circulation.

10 Réputé être de l'intérêt par le paragraphe 7000(2) R.I.R.

11 Par. 12(4) L.I.R.

12 Par. 12(3) L.I.R.

13 L'alinéa 7000(1)d) R.I.R. inclut à titre de créance visée par règlement une créance à l'égard de laquelle le montant des intérêts payables pour une année d'imposition

(à suivre…)

indiciels, le montant à inclure dans le revenu est le montant maximal des rendements annualisés qui pourraient être versés à l'égard de la créance pour l'année[14]. Il faut donc tenir compte de différents scénarios de paiements de rendement et s'imposer sur le rendement maximal obtenu.

C'est le mot « maximal » qui est la première pierre d'achoppement du règlement pour les billets liés puisque, la plupart du temps, il n'y a aucun rendement maximal prévu au contrat. Le revenu des billets ne peut pas être déterminé avant l'avènement d'un rachat anticipé ou de l'échéance, et il est impossible de faire le calcul prévu au règlement. Cette situation a été reconnue dans quelques interprétations techniques[15] et dans une décision anticipée[16] où l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a exprimé l'opinion selon laquelle aucun intérêt couru sur l'élément indexé n'était imposable avant le rachat ou l'échéance[17].

Il existe certaines opinions fiscales suggérant aussi que, même dans le cas d'un rendement maximal prévu au contrat, le rendement maximal ne pourrait pas être imposé dans une année puisqu'il ne se rapporterait pas à une année particulière antérieure au rachat. En réalité, les dispositions fiscales contiennent des complications qui ne permettent pas de comprendre facilement dans quelles circonstances les règlements déclencheraient effectivement une imposition annuelle, si bien que, dans la majorité des cas, il semble que la pratique administrative de l'ARC soit de considérer

---

(…suite)
dépend, en vertu des modalités de la créance, d'une condition devant être remplie après la fin de cette année. Il n'est pas clair de déterminer expressément les cas auxquels la disposition de l'alinéa 7000(1)d) R.I.R. s'applique. L'alinéa 7000(2)d) R.I.R. prescrit le montant à inclure dans le revenu comme le montant maximal des intérêts qui pourraient être versés à l'égard de la créance pour l'année.

14 Al. 7000(2)d) R.I.R.

15 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9719753, 3 octobre 1997; 9806325, 24 mars 1998.

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-61 (archivé), « Règles relatives à l'intérêt couru », 20 avril 1995. L'instrument analysé dans cette décision diffère des billets étudiés dans le présent texte en ce qu'il comprend une portion « intérêt annuel » et une portion « boni à l'échéance », lequel boni est lié à un indice. Les problèmes de calcul de revenu couru du boni sont exactement les mêmes que ceux des billets analysés.

17 Moment où serait déclenchée une imposition directement en vertu de l'alinéa 12(1)c) L.I.R. pour le revenu recevable ou reçu.

qu'aucune accumulation réputée de l'intérêt sur les titres conditionnels indiciels n'a lieu.

Toutefois, lorsqu'un tel plafond existe, il est normalement assez élevé. Si une accumulation réputée maximale devait avoir lieu sur ces titres à cause d'un plafond élevé, le revenu maximal pourrait être significativement supérieur à ce que l'investisseur pourrait raisonnablement s'attendre à recevoir. Dans un tel cas, il serait possible de déduire du revenu les sommes déraisonnablement élevées par la provision pour créances douteuses[18].

2.1.3. Retour de capital

En général, le retour de capital est payable périodiquement selon une formule basée sur l'indice sous-jacent, donc le revenu. Toutefois, le paiement reste désigné comme paiement de capital et non de revenu, et, de cette façon, il ne déclenche pas d'inclusion dans le revenu du récipiendaire, mais plutôt une diminution du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») du billet[19]. Ces produits sont ordinairement structurés pour éviter l'application du paragraphe 16(1) L.I.R., qui permet de recaractériser des paiements de capital et d'intérêt combinés dans des proportions déraisonnables.

2.1.4. Imposition à l'échéance sur les billets avec retour de capital

Le revenu habituellement inclus à l'échéance du billet est calculé comme l'excédent du produit reçu sur le coût du billet. Le coût ayant subi des diminutions au cours des années par le versement périodique de capital, une proportion assez importante du produit de disposition à l'échéance sera donc incluse dans le revenu. Lorsque la totalité du coût du billet a été remboursée pendant la détention, c'est la totalité du paiement à l'échéance qui sera incluse dans le revenu. C'est le moment où se paie le coût du report d'impôts.

L'impact psychologique de l'imposition différée peut être plus négatif que les conséquences fiscales réelles sont avantageuses : le détenteur pouvait avoir l'impression qu'on lui versait du revenu non imposable tout au cours

---

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9806325, 24 mars 1998.

[19] Voir à ce propos Kevin KELLY et Rosemarie LIPMAN, « Periodic Principal Repayment (ROC) Notes », (2005), vol. XIII, n° 2 *Corporate Finance*, Federated Press.

de la période de détention alors qu'en fait on lui remboursait le coût de son billet. Les investisseurs préoccupés par la conservation du capital pourraient être surpris de voir leur capital amputé de moitié à l'échéance à cause de la ponction fiscale.

2.1.5. Imposition à la vente sur le marché secondaire

La vente avant l'échéance peut théoriquement générer un gain en capital au lieu d'un revenu. Il faut toutefois se questionner sur l'application de la règle générale antiévitement lorsque les billets sont vendus avant l'échéance prévue, dans le but de convertir un revenu de placement en gain en capital. Les billets structurés de ce type ne sont pas négociés en Bourse et n'ont habituellement pas de marché secondaire organisé. Le placeur pour compte prévoit souvent maintenir un marché secondaire hebdomadaire pour les billets, mais il se réserve habituellement le droit, à son seul gré, de ne pas y donner suite.

2.2. FONDS SÉRIE T

Les fonds communs de placement vont refléter la caractéristique de remboursement de capital dans leurs versions de produits appelés fonds série T. Ces fonds sont imposés selon les règles habituelles des fonds communs de placement.

2.2.1. Entités intermédiaires de placement déterminées

Les fiducies de fonds commun de placement ne devraient pas être visées par l'application des nouvelles règles sur les entités de placement déterminées et les raisons en sont expliquées ci-dessous.

Une fiducie intermédiaire de placement déterminée pour une année d'imposition répond aux conditions suivantes : au cours de l'année, elle réside au Canada, les placements qui y sont faits sont cotés ou négociés sur une Bourse de valeurs ou un autre marché public et elle détient un ou plusieurs biens hors portefeuille.

Les biens hors portefeuille sont généralement des titres dont la participation par fiducie est importante. Le niveau maximum de participation est fixé à 10 % de la valeur des capitaux propres de l'entité, ou 50 % de la valeur des capitaux propres de la fiducie. Des investissements dans le secteur immobilier, ou minier, ou dans le cadre d'une exploitation d'une entreprise seront aussi des biens hors portefeuille.

Les fonds communs de placement ne sont normalement pas cotés ni négociés en Bourse puisque les transactions ne se font pas sur le marché, mais avec l'émetteur. Ils ne devraient normalement pas détenir de biens hors portefeuille non plus, quoique cela puisse arriver. Ils ne devraient donc pas être visés par les dispositions du Projet de loi C-52[20], prévoyant l'imposition des entités intermédiaires de placement déterminées (ci-après « EIPD ») à compter du 1er janvier 2011.

Toutefois, si un fonds commun était considéré comme une EIPD, l'entité serait assujettie aux dispositions du Projet de loi C-52, elle devrait payer des impôts sur les revenus distribués, et les distributions seraient réputées constituer des dividendes imposables.

2.2.2. Fiducie de fonds commun de placement

La fiducie de fonds commun de placement est une qualification fiscale qui est une sous-catégorie des fiducies d'investissements à participation unitaire. Elle doit avoir des investissements plutôt passifs et doit satisfaire aux conditions réglementaires portant sur le nombre de détenteurs de ses unités ainsi que la répartition et le commerce de celles-ci[21]. Les seules activités admissibles sont l'investissement de ses fonds dans des biens, sauf des biens immeubles ou des droits dans de tels biens : soit l'acquisition, la détention, l'entretien, la location, l'amélioration ou la gestion de biens immeubles qui font partie de ses immobilisations ou des droits dans de tels biens, ou une combinaison de ces placements[22].

2.2.3. Année d'imposition d'une fiducie de fonds commun de placement

La fin d'année d'imposition d'une fiducie entre vifs est le 31 décembre, mais une fiducie de fonds commun de placement peut faire le choix d'avoir sa fin d'année d'imposition le 15 décembre. Cette disposition de la loi fournit un délai utile pour le calcul et la distribution de revenus de fin d'année.

Puisque que les distributions de revenus au porteur de parts se font en fin d'année, un acheteur qui effectue l'achat de parts en fin d'année se verra

---

[20] *Loi d'exécution du budget de 2007*, L.C. 2007, c. 29, sanctionné le 22 juin 2007.

[21] Al. 132(6)c) L.I.R.; art. 4801 R.I.R.

[22] Par. 132(6) L.I.R.

imposer sur le revenu réalisé par la fiducie au cours de l'année entière, mais réellement gagné par l'ancien propriétaire puisque cette portion de revenu sera reflétée dans le prix de l'unité à l'achat.

2.2.4. Distribution de revenu et nature du revenu

Un porteur de parts non exempt d'impôt sera généralement tenu d'inclure dans son revenu la portion du revenu de la fiducie qui lui est payée ou qui lui devient payable au cours de cette année d'imposition déterminée. Un montant est considéré comme payable à un porteur de parts au cours d'une année d'imposition si le porteur de parts a le droit au cours de l'année d'exiger le paiement du montant. Le revenu réalisé par la fiducie sera généralement réputé être un revenu de biens pour le porteur de parts. Il perd donc sa nature propre à l'exception des dividendes imposables qui garderont leur nature[23] et des dividendes en capital qui ne seront pas imposables aux résidents canadiens[24]. Le revenu étranger et l'impôt étranger payé peuvent aussi être alloués sous leur forme aux porteurs de parts.

La fiducie de fonds commun de placement demande une déduction dans le calcul de son revenu, pour tout montant de revenu payable ou payé aux porteurs de parts, ce qui amène son revenu imposable à zéro. Les pertes réalisées par une fiducie ne peuvent être allouées directement à un porteur de parts et traitées comme une perte d'un porteur de parts. Plutôt, le fiduciaire peut se prévaloir d'une déduction pour allocation de revenu aux porteurs d'un montant inférieur au revenu afin de lui permettre d'utiliser les pertes subies[25].

2.2.5. Distributions de capital

L'imposition des distributions de capital est un élément important de la popularité des fonds série T auprès des investisseurs dans les comptes non enregistrés puisqu'il permet un certain report d'impôts. En effet, tout montant payé par le fonds à un porteur de parts en excédent du revenu net du fonds sera généralement un retour de capital et ne sera pas inclus dans le revenu du porteur de parts pour l'année en cause.

---

[23] Par. 104(19) L.I.R.

[24] Par. 104(20) et 132(3) L.I.R.

[25] Par. 104(13.1) L.I.R.

Cet excédent réduira quand même le PBR des parts de fiducie pour le porteur de parts[26]. Lorsque le PBR d'une part de fiducie devient inférieur à zéro, le montant négatif constitue un gain en capital résultant d'une disposition des parts de fiducie au cours de l'année par le porteur.

Au moment de la disposition réelle ou réputée de la part de fiducie par un porteur, il réalise un gain en capital (ou subit une perte en capital) calculé sur la différence entre le produit de disposition de l'unité (moins certains frais) et le PBR à ce moment.

Certaines distributions de capital n'entraînent pas de réduction du PBR des parts de la fiducie. Il en est ainsi de la distribution de portion non imposable des gains en capital, et des dividendes en capital[27].

2.2.6. Distribution de gains en capital et CDC

Les fonds communs de placement constitués en fiducies peuvent faire bénéficier les porteurs de parts constitués en société par actions de l'ajout au CDC pour la portion non imposable des gains en capital réalisés par le fonds et distribués au porteur constitué en société.

En effet, la définition du CDC d'une société inclut un montant calculé comme le moindre de deux montants[28] :

- le montant par lequel la distribution excède le montant désigné comme gain en capital imposable pour le porteur de parts, et

- la portion non imposable du gain en capital du fonds attribué à la société.

2.2.7. Disposition de participations

La disposition des participations dans des unités de fonds commun de placement donne lieu à un gain ou à une perte en capital puisque les unités sont considérées comme des immobilisations. Le gain ou la perte en capital est l'excédent du produit de disposition sur le PBR de l'unité et les dépenses engagées à l'achat.

---

[26] Al. 53(2)h) L.I.R.

[27] Div. 53(2)h)(i.1)(B) L.I.R.

[28] Par. 89(1) « compte de dividendes en capital », al. f) L.I.R.

2.2.8. Imposition des garanties

Certains fonds communs de placement possèdent une caractéristique de garantie du capital. En fait, pour un fonds examiné[29], c'est le fonds qui possède une garantie que, lors de l'échéance de chaque fonds, il aura la valeur suffisante pour effectuer le rachat d'unités à la valeur garantie pour les investisseurs. L'investisseur ne sera impacté qu'au rachat des unités si la valeur totale encaissée permet d'établir que le fonds a exercé sa garantie. Pour l'investisseur, la garantie se reflétera dans le produit de disposition et donc dans le calcul du gain ou de la perte en capital.

2.2.9. Problèmes de délai de production des déclarations de fiducies

On voit aussi les fonds de fonds, constitués d'une fiducie qui détient des participations dans d'autres fiducies. Beaucoup de fiducies effectuent des paiements à leurs porteurs de parts tout au long de l'année sans qu'on puisse distinguer la portion « capital » de la portion « revenu » avant la toute fin d'année. Ce n'est qu'à ce moment qu'est connue la proportion de revenus sur les versements déjà effectués calculée à partir du revenu total de la fiducie. Lorsqu'une fiducie détient une autre fiducie, les délais deviennent problématiques. Les fiducies doivent produire leurs déclarations fiscales 90 jours après leur fin d'année et, puisque plusieurs fiducies publiques ont choisi le 15 décembre comme fin d'exercice, leur échéance est souvent le 15 mars de l'année suivante.

Le dernier Budget fédéral 2007 reconnaît ce problème et prévoit que le gouvernement travaille avec l'industrie des fonds de placement pour mettre au point un processus pouvant équilibrer les besoins en délais suffisants du fiduciaire et les besoins en information suffisamment précoce des porteurs de parts. Des propositions législatives sont attendues au cours de l'année 2007 pour atténuer cet irritant.

2.2.10. Bénéficiaires de capital et de revenu d'une fiducie personnelle

Les fiduciaires de fiducies personnelles sont aussi touchés par le délai dans la connaissance de la proportion revenu-capital lorsqu'ils doivent verser tout le revenu à un bénéficiaire et réserver le capital à un autre bénéficiaire. Si les fiduciaires versent au bénéficiaire du revenu la totalité de l'argent

[29] IA CLARINGTON INVESTMENTS INC., *Prospectus simplifié*, 4 juillet 2007, p. 13.

perçu mensuellement provenant des participations en unités de fiducies, ils se verront lui verser aussi une portion du capital. S'ils ne lui versent pas, ils auront versé au bénéficiaire des montants insuffisants puisqu'une portion constitue du revenu. Pour cette raison, il est peut-être sage pour les fiduciaires de fiducies personnelles de considérer plutôt des investissements générant des paiements de dividendes ou d'intérêts, qui sont clairement du revenu.

2.3. PAIEMENTS DE CAPITAL DES FONDS DISTINCTS

Les compagnies d'assurance vie se sont adaptées au marché pour offrir une caractéristique de retour de capital dans leur version de fonds d'investissement que sont les fonds distincts. En raison des particularités des fonds distincts, un rappel des caractéristiques fiscales et légales est nécessaire.

2.3.1. Que sont les fonds distincts?

Les fonds distincts établis par les assureurs sont des contrats de rente à capital variable. Ce sont les produits créés par les compagnies d'assurances qui se rapprochent des fonds communs de placement. Ils se qualifient à titre de contrats de rente parce qu'ils incluent un engagement en vue du versement d'une rente[30] et qu'ils comportent certaines garanties minimales à l'échéance d'au moins 75 % des primes versées. Par conséquent, ils ne constituent pas des valeurs mobilières ni ne sont soumis aux dispositions réglementaires quant à la délivrance de prospectus.

Les sommes prélevées doivent être maintenues dans des fonds distincts des autres fonds de l'assureur, d'où l'origine de leur appellation commerciale[31]. Ils font toutefois partie des fonds généraux de l'assureur et ne sont pas constitués en fiducie. Dans le jargon fiscal, ils sont désignés comme des polices à fonds réservé et sont définis par l'ARC comme une entente conclue entre une personne et un assureur en vertu de laquelle les

---

[30] Hélène MARQUIS, *Protection contre les créanciers*, Document de référence, Financière Sun Life, août 2005, p. 3.

[31] Élyse LEMAY, « Aspects légaux des contrats de REÉR chez les assureurs vie », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 45:1-30.

gains de la personne sont fonction des gains réalisés par l'assureur sur un groupe déterminé de biens[32].

Il s'agit donc d'une assurance vie pouvant, du point de vue de l'investisseur, paraître semblable à un fonds commun de placement mais qui, en réalité, comporte des différences sur les plans légal et fiscal.

Une différence importante réside dans le fait que le propriétaire n'achète pas de parts du fonds mutuel ou de l'actif sous-jacent, mais il achète plutôt un placement de la compagnie d'assurance vie dont la valeur est fonction du rendement du sous-jacent ou du fonds mutuel sous-jacent. La compagnie d'assurances peut réinvestir les sommes dans des fonds mutuels ou directement dans les placements sous-jacents selon le cas.

2.3.2. Conduit transférant la nature du revenu aux investisseurs imposables

Bien qu'ils ne soient pas constitués en fiducie, les fonds distincts sont assujettis à des règles fiscales spéciales qui permettent de générer des avantages équivalents. Les fonds réservés d'une compagnie d'assurance vie qui ne sont pas des placements enregistrés[33] sont réputés être détenus en fiducie[34], et le revenu, les gains en capital imposables de même que les pertes en capital déductibles[35] sont attribués aux détenteurs des polices. L'allocation des revenus est prévue pour être effectuée d'une manière semblable à celle qui est accordée aux bénéficiaires d'une fiducie, à certaines différences près. Les fonds mutuels ne peuvent pas allouer les pertes en capital aux porteurs de parts alors que cela est permis pour les fonds distincts.

---

32 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* 96-100, « Le ministre propose des mesures touchant les polices à fonds réservé et autres contrats de rente », 19 décembre 1996.

33 Par. 204.4(1) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9425495, 21 octobre 1994.

34 Par. 138.1(1) L.I.R.

35 Par. 138.1(3) L.I.R.

2.3.3. Imposition des garanties à l'échéance ou au décès – Fonds distincts non enregistrés

De par leur définition même, les fonds distincts possèdent automatiquement une caractéristique de garantie de capitale à l'échéance et au décès.

Cette garantie à l'échéance et au décès constitue du gain en capital en vertu de la pratique des autorités fiscales. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et les interprétations techniques indiquent à ce sujet qu'un montant reçu par le titulaire de la police à l'égard des garanties – qu'il affecte ou non vers l'acquisition d'unités additionnelle – est réputé être le produit de disposition d'une participation dans le fonds réservé et qu'il entraîne la réalisation d'un gain en capital[36].

2.3.4. Retraits par retour de capital

Les retraits de fonds distincts sont des rachats partiels du contrat. Ils constituent des dispositions qui entraînent la réalisation d'un gain ou d'une perte en capital. Les retours de capital ont été perçus à l'occasion comme étant des mécanismes de report d'impôts par l'argumentation que, du montant total retiré, seule une portion du retrait sera imposée comme du gain en capital, soit celle correspondant à la proportion de l'accroissement totale sur la valeur du compte. Cette perception apparaît exagérée puisque l'accroissement total de valeur sera effectivement imposé chaque année, non comme gain en capital, mais comme revenu réalisé par la fiducie réputée et allouée au propriétaire sur le Feuillet T3 tel qu'il est expliqué plus haut.

2.4. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Les produits à retour de capital doivent être considérés attentivement dans la décision du choix des produits d'investissements avec le produit d'un emprunt. Par la présence et la nature de remboursements de capital, cette caractéristique peut mettre en péril la possibilité de déduire la totalité des intérêts sur emprunts lorsque les retours de capital ne sont pas réinvestis dans d'autres investissements générateurs de revenus puisqu'on ne peut plus affirmer que le capital initial ou de remplacement est utilisé dans le but de générer un revenu. Le problème se pose lorsque les retours de capital sont utilisés pour financer les dépenses courantes d'un ménage, par exemple.

---

[36] Al. 138.1(1)j) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0102235, 13 mai 2002.

La synchronicité des revenus et des dépenses d'intérêts peut aussi constituer une embûche à la déductibilité des intérêts dans les produits dont le revenu est imposable à l'échéance, comme c'est le cas pour plusieurs billets. La disponibilité des revenus durant l'année de déduction des intérêts est en soi un problème, qui est amplifié lorsque l'emprunteur est un particulier soumis à la limite des frais de placement.

3. FONDS MUTUELS CONSTITUÉS EN SOCIÉTÉ

Les organismes de placement collectifs peuvent être établis en tant que fiducie de fonds commun de placement ou en tant que société de placement à capital variable (ci-après « SPCV »), laquelle est essentiellement un fonds mutuel constitué en société. Lorsqu'ils sont établis sous forme de sociétés, plusieurs fonds sont généralement disponibles à l'intérieur d'une même société et les actions émises par chacun des fonds sont divisées en catégories d'actions.

La valeur d'un investissement dans une SPCV est réalisée en faisant racheter les titres que l'on détient. Lorsqu'une SPCV émet plus d'une série d'actions, les porteurs de titres se partagent les revenus, les dépenses et tous les gains ou toutes les pertes en capital, généralement en proportion du nombre de titres dont ils sont propriétaires à cette date.

3.1. INVESTISSEURS IMPOSABLES

La principale différence entre la structure en société par actions et la structure en fiducie de fonds commun de placement est que la première structure permet de reporter l'impôt sur les gains en capital non réalisé par le fonds. En effet, une fois les actions achetées, il est généralement possible de changer d'un fonds à un autre sans matérialiser de gain en capital, en convertissant les actions d'une catégorie en actions d'une autre catégorie. La conversion bénéficie d'un roulement fiscal par les règles sur les conversions d'actions[37] avec pour conséquence le report du gain en capital jusqu'au moment où les actions sont rachetées.

Les SPCV peuvent verser des dividendes déterminés ou ordinaires et des dividendes sur les gains en capital. Les dividendes déterminés et ordinaires sont soumis aux règles de majoration et de crédit fiscal pour les dividendes de sociétés canadiennes imposables. Les dividendes sur les gains en capital sont réputés des gains en capital du porteur de parts.

---

[37] Art. 51 L.I.R.

Comme dans le cas des unités de fonds mutuels, le prix d'une action d'une SPCV peut comprendre des revenus et des gains en capital gagnés qui n'ont pas encore été réalisés ni versés comme dividendes. Un investisseur achetant une action avant la déclaration d'un dividende, souvent en décembre pour les dividendes ordinaires et en février pour les dividendes sur les gains en capital, devra s'imposer sur le dividende reçu, mais non gagné puisqu'il est inclus dans le prix d'achat.

3.2. IMPOSITION DES REVENUS DU FONDS CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Les sociétés privées ont accès au mécanisme de l'impôt remboursable au titre de dividende afin de réaliser l'intégration de leurs taux d'imposition avec ceux de leurs actionnaires. De leur côté, les fonds constitués en société par actions ne pourront pas profiter de ces mécanismes parce qu'ils ne sont pas des sociétés privées, mais ils auront toutefois des mécanismes légèrement différents pour atteindre ce but.

Ces mécanismes seront plus ou moins efficaces selon que le fonds se qualifie de SPCV seulement, ou bien s'il se qualifie aussi de « société de placement » (ci-après « SP »), tels qu'ils sont définis plus loin[38].

Le mécanisme d'intégration de la SPCV ressemble à celui des sociétés privées, à la différence que son impôt remboursable au titre de dividende permet l'intégration des dividendes imposables et des gains en capital imposables[39] seulement. L'intégration des revenus de placement, accomplie par une réduction de 20 % de l'impôt sur les revenus de placement autres que les gains en capital imposables[40] se fera seulement si la SPCV se qualifie aussi de SP. Une SPCV qui n'est pas une SP subira donc une double imposition de ses revenus de placement.

3.2.1. Société de placement à capital variable

La SPCV[41] est une société publique canadienne dont la seule activité est l'investissement de ses propres fonds (sauf des biens immeubles ou des

---

38 Les « sociétés de placement hypothécaire », visées par l'article 130.1 L.I.R. n'ont pas été traitées dans ce texte.

39 Par. 131(2) et 131(5) L.I.R.

40 Par. 130(1) L.I.R.

41 Par. 131(8) L.I.R.

droits dans de tels biens), l'acquisition, la détention, l'entretien, l'amélioration, la location ou la gestion de biens immeubles ou des droits dans de tels biens. Les actions qu'elle émet doivent être assorties d'une clause de rachat au gré du détenteur.

3.2.2. Société de placement

La SP[42] est une société publique qui détient essentiellement des titres négociables canadiens et en espèces et en tire 95 % de ses revenus et gains. Les revenus d'intérêts ne peuvent constituer plus de 25 % des revenus bruts, et au moins 85 % du revenu est distribué aux actionnaires chaque année. D'autres conditions sur la diversité de l'actionnariat sont aussi imposées. La version française des termes porte à confusion puisque, contrairement à ce qu'ils suggèrent en français, une société peut être une SPCV sans être une SP. Une société peut aussi être une SP sans être une SPCV, bien que cela soit moins courant.

3.2.3. Taux d'imposition effectifs des différents revenus gagnés

Les taux d'imposition effectifs combinés des revenus gagnés par l'intermédiaire d'un fonds mutuel constitué en société par actions et acheminés aux actionnaires du fonds sont les suivants. On note que des intérêts gagnés par une SPCV qui ne se qualifie pas de SP sont imposés à un taux effectif assez élevé, puisqu'ils ne bénéficient pas de mécanisme d'intégration pour contrecarrer la double imposition lorsque ces sommes sont versées aux actionnaires.

---

[42] Par. 130(3) L.I.R.

Taux intégrés combinés d'imposition des revenus gagnés par une société et distribués aux actionnaires qui sont des particuliers – 2007

	dividendes	intérêts	gain en capital
SPCV non SP	29,69 %	61,75 %	28,63 %
SPCV et SP	29,69 %	49,02 %	28,63 %
Société de portefeuille	29,69 %	48,46 %	24,09 %

Un investisseur qui achète des fonds du marché monétaire ou de titre à revenus fixes par l'intermédiaire d'une SPCV aurait avantage à s'assurer qu'elle se qualifie aussi de SP afin de ne pas réduire le rendement global de ses placements par l'imposition importante des intérêts.

3.2.4. Dividende sur gain en capital et CDC

Lorsque les fonds mutuels corporatifs réalisent et distribuent un gain en capital, il est possible de réaliser l'intégration pour l'actionnaire corporatif par le mécanisme du dividende sur gain en capital. Un dividende sur gain en capital d'un fonds mutuel corporatif est réputé être un gain en capital de l'actionnaire constitué en société, provenant de la disposition d'une immobilisation qu'il a effectuée au cours de l'année[43]. La portion non imposable du gain en capital réputé sera ajoutée au CDC de la société récipiendaire du dividende[44].

3.2.5. Rachat d'actions de SPCV

Le rachat d'actions d'une SPCV par la société elle-même n'est pas soumis à la règle qui répute le montant de l'excédent du produit de disposition sur le capital versé[45] comme étant un dividende. Par conséquent, à l'exercice du droit de rachat d'une action, un gain en capital (ou une perte en capital) sera réalisé.

---

43 Al. 131(1)b) L.I.R.

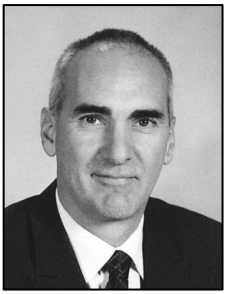
44 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9830585, 1er juin 1999.

45 Par. 131(4) L.I.R.

CONCLUSION

Ce tour d'horizon des placements de l'année 2007 était une simple récapitulation des règles habituelles avec mise à jour de certains éléments qui ont fait leur marque durant l'année dans le milieu des placements. « Pas de nouvelles, bonnes nouvelles » est un dicton qu'on pourrait croire qu'il a été inventé pour la fiscalité des placements, à défaut de refléter le marché.

LE RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES REVISITÉ – EMPLOI DES PROGRAMMES OU PRODUITS FINANCIERS SELON LE PROFIL DU SOUSCRIPTEUR



Richard Giroux
Adm.A., Pl. Fin.
Industrielle Alliance
Valeurs mobilières inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION : « IL FAUT SEMER POUR RÉCOLTER… » 36:3

1. LE RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES REVISITÉ EN 2007 ..... 36:4

1.1. DÉFINITIONS ET CARACTÉRISTIQUES 36:4
1.1.1. Les régimes non familiaux, familiaux et les régimes collectifs 36:5
1.2. DIFFÉRENTS TYPES DE RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES 36:5

2. LE RÉGIME INDIVIDUEL 36:6

2.1. RÈGLES GÉNÉRALES 36:6
2.2. FONCTIONNEMENT 36:6
2.3. ADMISSIBILITÉ 36:6

2.4. FACTEURS DE RISQUE 36:6
2.5. MARCHÉ SECONDAIRE ET LES FRAIS 36:7
2.6. TRANSFERT ET RETRAITS 36:7

3. LE RÉGIME COLLECTIF 36:8

3.1. RÈGLES GÉNÉRALES 36:8
3.2. FONCTIONNEMENT 36:9
3.3. ADMISSIBILITÉ 36:9
3.4. FACTEURS DE RISQUE 36:9
3.5. MARCHÉ SECONDAIRE ET LES FRAIS 36:9
3.6. TRANSFERT ET RETRAITS 36:10

4. LA SUBVENTION CANADIENNE POUR L'ÉPARGNE-ÉTUDES 36:10

4.1. LES FAITS 36:10
4.2. FONCTIONNEMENT 36:10
4.3. LA SUBVENTION CANADIENNE POUR L'ÉPARGNE-ÉTUDES BONIFIÉE 36:11
4.4. RÈGLES DU SUPPLÉMENT 36:11

5. LE CRÉDIT D'IMPÔT PROVINCIAL POUR L'ÉPARGNE-ÉTUDES ... 36:11

5.1. LES FAITS 36:11
5.2. LES RÈGLES 36:12

6. LE BON D'ÉTUDES CANADIEN 36:12

6.1. POTENTIEL D'AUGMENTATION 36:13
6.2. LES NOUVEAUTÉS EN BREF 36:14
6.3. TABLEAU DES SUBVENTIONS 36:15
6.4. LES OPTIONS 36:15
6.5. TABLEAU COMPARATIF 36:20
6.6. LE PROFIL D'INVESTISSEUR 36:21
6.6.1. Le profil croissance gestion active 36:21
6.6.2. Le profil équilibré gestion active 36:22
6.6.3. Le conservateur gestion passive 36:23

7. LE RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ 36:23

7.1. FONCTIONNEMENT 36:23
7.2. TABLEAU ET ADMISSIBILITÉ 36:24

CONCLUSION 36:24

ANNEXE 36:26

INTRODUCTION : « IL FAUT SEMER POUR RÉCOLTER… »

Soucieux de permettre à leurs enfants et petits-enfants de poursuivre des études postsecondaires, les Canadiens sont de plus en plus nombreux à explorer les avantages des régimes enregistrés d'épargne-études (ci-après « REÉÉ »). Or, certaines familles ne profitent toujours pas de l'aide fournie, notamment des récentes subventions fédérales et provinciales.

En effet, grâce aux programmes comme le bon d'études canadien (ci-après « BEC »), la subvention canadienne pour l'épargne-études bonifiée (ci-après « SCÉÉ ») et le crédit d'impôt provincial pour l'épargne-études (ci-après « CIRÉÉ »), les études postsecondaires sont maintenant à la portée de milliers d'enfants d'un bout à l'autre du pays.

Cette année, Statistique Canada prévoit de nouveau une augmentation des frais de scolarité des programmes d'études postsecondaires partout au Canada. Entre 1990-1991 et 2006-2007, les frais de scolarité des programmes d'études universitaires de premier cycle ont augmenté de 7 %, excédant le taux d'inflation par trois!

Depuis 2004-2005, les frais de scolarité en médecine dentaire ont en moyenne augmenté de 14,78 % par année comparativement à 13,4 % pour les frais de scolarité en médecine et à 11 % pour ceux en droit. Selon la Banque de Montréal, au cours des 20 prochaines années, on prévoit que les frais de scolarité à eux seuls vont augmenter à une moyenne annuelle de 3,7 %. D'ici 2020, un programme universitaire de quatre ans coûtera 96 000 $ et même plus si l'étudiant doit quitter le foyer familial pour ses études. Cette tendance a heureusement poussé nos gouvernements à l'action. Nous passerons en revue les différentes subventions et les récentes améliorations apportées à celles-ci.

L'accès aux études postsecondaires est l'un des cadeaux les plus précieux que vous puissiez offrir à un enfant. En plus de lui ouvrir de meilleures perspectives professionnelles et de stimuler l'estime de soi, les études postsecondaires présentent de nombreux avantages financiers que nous décrirons plus loin. Un sondage récent indique que les diplômés d'universités gagnent, au cours de leur vie, 1 M$ de plus que les diplômés du secondaire[1].

[1] ASSOCIATION DES UNIVERSITÉS ET COLLÈGES DU CANADA, *Mémoire présenté au Comité permanent des finances de la Chambre des communes*, (à suivre…)

Toutefois, compte tenu des tendances récentes, envoyer un enfant aux études est plus facile à dire qu'à faire. Le financement des études postsecondaires par l'État a diminué au fil des ans et les étudiants canadiens ne peuvent plus compter facilement sur des programmes d'aide.

Pas surprenant de voir tant de sollicitation directe auprès des parents dès la naissance de bébé et la venue soudaine de grandes campagnes publicitaires sur les REÉÉ. Les parents ne devraient compter que sur eux-mêmes pour assurer l'éducation et l'avenir de leurs enfants.

Nous allons tenter de mieux comprendre l'offre actuelle en distinguant d'abord les régimes individuels offerts par la plupart des institutions financières des régimes de bourses d'études.

1. LE RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES REVISITÉ EN 2007

1.1. DÉFINITIONS ET CARACTÉRISTIQUES

Un REÉÉ est un mécanisme d'épargne généralement utilisé par les parents en vue de contribuer aux études postsecondaires de leurs enfants. Il s'agit plus particulièrement d'un arrangement entre un promoteur, une personne ou un organisme et un souscripteur comme :

1) un particulier;

2) un particulier et son époux ou conjoint de fait;

3) un responsable public.

Le souscripteur verse des cotisations qui s'accumulent à l'abri de l'impôt. En retour, le promoteur convient de verser ou de faire verser, à même les fonds accumulés, des paiements d'aide aux études (ci-après « PAÉ ») pour le ou les bénéficiaires désignés par le souscripteur. Un REÉÉ est un régime d'épargne qui a été enregistré auprès de l'Agence du revenu du Canada.

(…suite)
« L'enseignement et la recherche universitaires : habiliter les Canadiens et leurs collectivités », 8 septembre 2003.

1.1.1. Les régimes non familiaux, familiaux et les régimes collectifs

Régimes non familiaux : Ces régimes ne peuvent compter qu'un bénéficiaire et aucune restriction ne s'applique à la désignation du bénéficiaire; toute personne peut donc être nommée bénéficiaire. Le souscripteur décide du montant et de la fréquence de ses cotisations. En tout temps, il peut décider d'interrompre momentanément ses cotisations.

Régimes familiaux : Ces régimes peuvent compter un ou plusieurs bénéficiaires. Chaque bénéficiaire doit être uni par les liens du sang ou de l'adoption à chaque souscripteur vivant du régime ou avoir été ainsi uni à un souscripteur initial décédé du régime. Le souscripteur décide du montant et de la fréquence de ses cotisations. En tout temps, il peut décider d'interrompre momentanément ses cotisations.

Régimes collectifs : Ces régimes sont généralement offerts par des entités non imposables telles les fondations. Ils sont administrés par groupe d'âge; par exemple, tous les contrats établis pour des bénéficiaires âgés de neuf ans sont administrés ensemble. Les cotisations sont calculées par l'actuaire de la fondation. Leur montant et leur fréquence demeurent fixes jusqu'à ce que le bénéficiaire ait atteint l'âge de 18 ans. Les intérêts accumulés sont exempts d'impôt sur le revenu et la SCÉÉ du gouvernement fédéral est de 20 %.

Le maximum de contribution de 4 000 $ par année n'existe plus et l'ancien 42 000 $ à vie par enfant est désormais plafonné à 50 000 $.

Le montant de subvention maximale par enfant demeure inchangé à 7 200 $.

N'importe quel résident canadien peut inscrire n'importe quel enfant. Un lien de sang est obligatoire par contre pour les régimes familiaux.

1.2. DIFFÉRENTS TYPES DE RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES

Il n'existe en fait que deux types de REÉÉ disponibles sur le marché, soit le régime individuel et le régime collectif.

Les règles générales, le fonctionnement et l'admissibilité auxdits régimes sont toutefois distincts malgré le fait que les subventions accordées soient régies par les mêmes lois et offrent les mêmes avantages fiscaux pour les bénéficiaires.

2. LE RÉGIME INDIVIDUEL

2.1. RÈGLES GÉNÉRALES

La durée de vie du programme se termine au plus tard le dernier jour de la 25e année suivant l'entrée en vigueur du contrat. Le souscripteur peut verser des cotisations jusqu'à la 21e année suivant la date d'entrée en vigueur du contrat inclusivement. Pour les bénéficiaires, il est possible de procéder à un transfert dans les 25 ans de vie du programme, sauf dans le cas où l'on veut conserver la SCÉÉ. Dans ce cas précis, les deux bénéficiaires doivent avoir moins de 21 ans, avoir un lien de sang ou d'adoption avec le souscripteur et être résidents canadiens.

2.2. FONCTIONNEMENT

Le souscripteur a le choix des montants et du moment du retrait des PAÉ dans les 25 ans de vie du contrat, pourvu que le bénéficiaire soit considéré comme étudiant admissible. Dans le cas des intérêts accumulés provenant d'un REÉÉ, lorsque l'enfant ne fait pas d'études, le terme utilisé par le Ministère change pour le paiement de revenus accumulés.

2.3. ADMISSIBILITÉ

L'étudiant doit être inscrit dans un programme d'études à temps plein, dans un établissement reconnu, d'une durée d'au moins trois semaines consécutives et requérant au moins 10 heures par semaine. Il va sans dire que ces conditions sont minimes pour avoir droit à de tels avantages.

Le retrait maximum est fixé à 5 000 $ pour les 13 premières semaines pour chaque période de 12 mois. Une preuve d'inscription à un programme postsecondaire est exigée.

2.4. FACTEURS DE RISQUE

Le souscripteur investira généralement au sein d'un programme offert par des fonds communs de placement ou par le biais d'un régime autogéré disponible auprès des institutions financières. Dans le cas d'un fonds commun de placement, le risque de perte du capital étant présent en l'absence de garantie du capital initial investi, la diversification et une saine répartition d'actifs sont à conseiller. Les frais initiaux ou les frais à la sortie des fonds sont exactement les mêmes que pour un investisseur en fonds communs de placement. Le choix des fonds disponibles est généralement semblable.

Le souscripteur est-il prêt à accepter des risques de volatilité plus importants compte tenu des subventions accordées dans le compte de l'enfant? Certains verront de forts rendements potentiels sertis d'un filet de sécurité en raison des subventions, d'autres ne voudront surtout pas prendre le risque d'une perte en capital qui pourrait annuler ou réduire les effets de la subvention. Il s'agit d'un choix personnel selon la tolérance au risque et la période de temps pendant laquelle ces fonds seront normalement investis.

2.5. MARCHÉ SECONDAIRE ET LES FRAIS

Puisqu'il s'agit généralement de fonds communs de placement, la liquidité journalière est disponible, à moins d'exceptions particulières ou de règles internes à une maison de fonds en particulier. Seule une situation de liquidation ou de gel d'actifs pour une période indéterminée d'une famille de fonds ou d'un fonds spécifique ferait en sorte que le souscripteur ne puisse avoir accès aux fonds d'études accumulés pour le compte du bénéficiaire. Par exemple, lors de la liquidation des fonds Évolution.

Le barème des frais d'entrée, frais modérés ou frais de sortie des fonds communs de placement s'applique au même titre dans les REÉÉ offerts par ces compagnies qu'un fonds commun habituel. Il appartient donc au souscripteur de lire en détail le prospectus et d'obtenir ce barème par son conseiller en placement. Certains frais de fermeture de compte chez les courtiers en valeurs mobilières doivent aussi être considérés.

2.6. TRANSFERT ET RETRAITS

Si l'étudiant ne poursuit pas ses études, il est possible de nommer un autre enfant bénéficiaire au sein d'une même famille, y compris ses parents. Il est également possible de transférer un maximum de 50 000 $ de l'actif du REÉÉ dans le régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») du souscripteur ou dans le REÉR de son conjoint (marié ou conjoint de fait), à condition que le souscripteur ait suffisamment de plafond de cotisations REÉR non utilisées et que le régime existe au moins depuis 10 ans.

Il faut aussi remplir une dernière obligation qui consiste à ce que tous les bénéficiaires ne puissent recevoir de PAÉ du régime. Il est aussi possible de retirer les cotisations sous forme de **remboursement de cotisations**, car cela est non imposable. Ensuite, on peut retirer les revenus accumulés, qui sont entièrement imposables et assujettis à une pénalité de 20 % en sus de l'impôt normalement exigible (par exemple, 10 000 $ - 2 000 $ (surtaxe) = 8 000 $ à être ajoutés à son revenu). Enfin, un souscripteur peut aussi faire

un don des revenus accumulés dans le régime à un collège ou à une université.

Le régime individuel est très souple en ce qui a trait au moment et au montant des retraits des PAÉ. C'est un régime moins contraignant que le régime collectif quant à son mode de fonctionnement, à la liquidité et à la panoplie de produits financiers disponibles comme les certificats de placements garantis (ci-après « CPG »), les fonds communs de placement, actions, obligations ou même les produits structurés.

3. LE RÉGIME COLLECTIF

3.1. RÈGLES GÉNÉRALES

Ces régimes sont généralement offerts par des entités non imposables telles les fondations. Ils sont admissibles par groupe d'âge. En effet, tous les contrats établis pour des bénéficiaires âgés de neuf ans sont administrés ensemble. Les cotisations sont calculées par l'actuaire de la fondation. Leur montant et leur fréquence demeurent fixes jusqu'à ce que le bénéficiaire ait atteint l'âge de 18 ans[2].

Les participants achètent des instruments d'épargne gérés entièrement et ces épargnes sont entièrement garanties. La politique de placement très prudente est déterminée par la fondation. Les rendements des épargnes et des subventions s'accumulent à l'abri de l'impôt et sont versés aux étudiants sous forme de bourses lors de leur inscription au cégep ou encore après avoir complété un certain nombre de crédits universitaires. Les options de bourses les plus restrictives offrent un rendement plus élevé[3].

Bref, si une personne recherche la garantie du capital et des rendements compétitifs, comparables à ceux d'un fonds commun de placement équilibré, sans avoir à se préoccuper du choix des placements au fil du temps, les régimes collectifs de bourses d'études méritent d'être considérés.

---

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : http://www.cra-arc.qc.ca/ta/registered/resp/faq-f.html).

3 LES FONDS UNIVERSITAS DU CANADA, *Prospectus 2006*. Les régimes d'épargne et bourses d'études Universitas et Reeeflex (en ligne : www.universitas.ca).

3.2. FONCTIONNEMENT

Les régimes collectifs offrent un avantage spécifique connu sous le nom d'« attrition ». Lorsque des souscripteurs résilient leur convention, ils récupèrent leur capital (épargne). Les subventions (SCÉÉ et BEC) sont alors retournées au gouvernement. Toutefois, tous les intérêts ayant été générés sur ce capital demeurent dans le fonds de bourses. Grâce au phénomène de l'attrition, les futurs bénéficiaires de cette cohorte tireront profit des sommes ainsi acquises lors de l'émission de leur(s) bourse(s).

Année 1	Remise du capital au souscripteur + possibilité de bourses
Année 2	1re bourse au bénéficiaire (intérêts + bonus + SCÉÉ et intérêts)
Année 3	2e bourse au bénéficiaire (intérêts + bonus + SCÉÉ et intérêts)
Année 4	3e bourse au bénéficiaire (intérêts + bonus + SCÉÉ et intérêts)

3.3. ADMISSIBILITÉ

L'étudiant doit être inscrit à des études postsecondaires à temps plein pour recevoir une, deux ou trois bourses d'études.

3.4. FACTEURS DE RISQUE

Le facteur de risque en matière de régime collectif est différent d'une fondation à l'autre. Certains programmes REÉÉ utiliseront des fonds distincts avec l'ensemble des caractéristiques uniques à ce type de véhicule financier, par exemple Diplôma, offert par Services financiers Industrielle Alliance. D'autres fondations utiliseront des obligations gouvernementales selon les paramètres établis par la fondation et son comité de gestion. Gestion Universitas, quant à elle, détient le droit d'inclure une portion en actions au sein du portefeuille même si elle garantit au souscripteur l'entière protection du capital du fait que sa charte est québécoise.

3.5. MARCHÉ SECONDAIRE ET LES FRAIS

Le marché secondaire d'un produit financier est fonction de la capacité de trouver un nouvel acquéreur au détenteur actuel d'un produit. Le promoteur pourrait offrir ce privilège lui-même selon des conditions ou des frais inhérents à cette demande. Le meilleur moyen de connaître ces

conditions demeure donc la lecture du prospectus qui divulgue en fait les éléments à considérer tels les frais et les autres conditions.

3.6. TRANSFERT ET RETRAITS

Si l'étudiant ne poursuit pas ses études, il est possible de nommer un autre enfant bénéficiaire au sein d'une même famille, y compris ses parents. Cela est possible dans les 25 ans de vie du programme, sauf si l'on veut conserver la SCÉÉ. Les deux bénéficiaires concernés doivent toutefois avoir moins de 21 ans et avoir un lien de sang ou d'adoption avec le souscripteur.

En ce qui a trait aux conditions de retrait, les mêmes conditions s'appliqueront une fois que le transfert des sommes accumulées dans un régime individuel sera effectué.

L'avantage du régime collectif réside dans le fait que le souscripteur a le choix du programme généralement à 18 ans même s'il contribue théoriquement depuis l'âge zéro. Certains parents y voient un avantage important, car après tout, il est difficile de connaître à l'avance les probabilités que de jeunes enfants fassent des études supérieures.

Il est ainsi possible de participer à un programme de cotisation unique et même de suspendre des cotisations en cours de route au besoin.

4. LA SUBVENTION CANADIENNE POUR L'ÉPARGNE-ÉTUDES

4.1. LES FAITS

La SCÉÉ a fortement progressé depuis cinq ans, elle est en fait cinq fois plus élevée qu'en 2001. Deux milliards de subventions ont été accordées à deux millions d'enfants au pays. Ainsi, 29 % des enfants canadiens reçoivent la SCÉÉ.

4.2. FONCTIONNEMENT

Depuis le 1er janvier 1998, le gouvernement fédéral offre une SCÉÉ. Elle a été bonifiée en 2005. La SCÉÉ est une mesure financière mise en place dans le but d'encourager les parents, grands-parents, proches et amis à aider les enfants à poursuivre des études postsecondaires. La SCÉÉ est versée directement dans le REÉÉ dont l'enfant est bénéficiaire.

Tous les enfants de 17 ans et moins peuvent recevoir une subvention s'ils sont résidents canadiens, ont un numéro d'assurance sociale, qu'on les

nomme bénéficiaires d'un REÉÉ et qu'une somme d'argent est versée dans leur REÉÉ.

4.3. LA SUBVENTION CANADIENNE POUR L'ÉPARGNE-ÉTUDES BONIFIÉE

La SCÉÉ bonifiée correspond à 20 % de la première tranche de 2 500 $ d'épargne versée, et ce, jusqu'à concurrence de 500 $ par enfant admissible et 7 200 $ viager.

Depuis le 1er janvier 2005, le taux de la SCÉÉ applicable à la première tranche de 500 $ de contributions annuelles dans un REÉÉ passera de 20 % à :

- 40 % pour le bénéficiaire dont le revenu familial n'excède pas 37 178 $;
- 30 % pour le bénéficiaire dont le revenu familial se situe entre 37 179 $ et 74 356 $;
- 20 % pour le bénéficiaire dont le revenu familial annuel est plus élevé que 74 357 $.

Ces montants seront ajustés annuellement.

4.4. RÈGLES DU SUPPLÉMENT

Cette subvention est non reportable, elle est donc entièrement perdue si inutilisée. Cependant, on peut la transférer uniquement entre frère et sœur. Elle ne peut dépasser la limite cumulative de 7 200 $ et aucun retrait de capital n'est autorisé après le 22 mars 2004 pour recevoir la subvention bonifiée (30 % à 40 %).

5. LE CRÉDIT D'IMPÔT PROVINCIAL POUR L'ÉPARGNE-ÉTUDES

5.1. LES FAITS

Dans son dernier budget[4], la province de Québec a proposé la mise sur pied d'un programme d'encouragement à l'épargne-études similaire au

[4] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 20 février 2007.

programme fédéral (SCÉÉ). Il s'agit du CIRÉÉ. Ce crédit d'impôt devrait représenter 50 % de la SCÉÉ pour toutes les cotisations effectuées depuis le 20 février 2007. Le niveau de CIRÉÉ annoncé est donc de 10 % à 20 % des cotisations à un REÉÉ, selon le revenu familial. Il est à noter que le programme provincial utilise le même barème (tranche de revenu net familial) que le régime fédéral.

5.2. LES RÈGLES

Le CIRÉÉ correspond à 10 % de la première tranche de 500 $ par année, jusqu'à concurrence de 250 $ par enfant annuellement.

Le taux du CIRÉÉ applicable à la première tranche de 500 $ de contributions annuelles dans un REÉÉ passera de 10 % à 15 % pour le bénéficiaire dont le revenu annuel se situe entre 37 178 $ et 74 357 $ et à 20 % pour le bénéficiaire dont le revenu annuel est de moins de 37 178 $. L'enfant pourra donc recevoir un montant de subvention pouvant atteindre 3 600 $. Ce montant fructifiera lui aussi à l'abri de l'impôt.

6. LE BON D'ÉTUDES CANADIEN

Le BEC est une nouvelle subvention du gouvernement fédéral pour les familles à faible revenu, pour les aider à épargner en vue du financement des études postsecondaires de leurs enfants. Le BEC est disponible pour tous les enfants nés après 2003 dans des familles ayant un revenu inférieur à 36 378 $.

Les familles qui reçoivent actuellement le supplément de la prestation nationale pour enfants (ci-après « SPNE »), anciennement appelé l'« allocation familiale », peuvent demander un BEC. Le BEC consiste en un paiement de 500 $, suivi de paiements annuels de 100 $ jusqu'à l'âge de 15 ans si le revenu familial est toujours admissible au SPNE. Le montant maximum pouvant être reçu est de 2 000 $. Il est toutefois important de souligner que certaines conditions s'appliquent.

En effet, les montants du BEC ne sont pas transférables ni partageables et doivent être remboursés si le bénéficiaire ne fréquente pas d'établissement d'enseignement postsecondaire, mais peuvent être récupérés s'il y a réouverture d'un REÉÉ. La date de référence pour les nouvelles modifications est du 1er juillet au 30 juin de chaque année.

6.1. POTENTIEL D'AUGMENTATION

Voici un exemple du potentiel d'augmentation pour un bébé naissant jusqu'à l'âge de 18 ans à raison d'une contribution annuelle de 1 000 $.

POTENTIEL D'AUGMENTATION :	7 300 $
CAPITAL	18 000 $
Bébé naissant avec une cotisation de 1 000 $ par année pendant 18 ans.	
SCÉÉ ET INTÉRÊTS	7 100 $
Subvention reçue durant la période de 18 ans incluant les intérêts versés.	
INTÉRÊTS	15 400 $
Intérêts à l'abri de l'impôt.	
TOTAL À 20 %	40 500 $
Subvention admissible pour un revenu familial net de :	
TOTAL À 30 %	42 000 $
Subvention admissible pour un revenu familial net de :	
TOTAL À 40 %	43 800 $
Subvention admissible pour un revenu admissible net de :	
TOTAL AVEC LE BEC	47 300 $

Dans son Budget de 2007[5], le gouvernement fédéral a apporté quelques changements visant à accorder plus de latitude aux familles qui économisent dans les régimes d'épargne-études. Le tableau suivant présente l'essentiel de ces nouveautés. Les chiffres présentés sont par bénéficiaire.

[5] CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

6.2. LES NOUVEAUTÉS EN BREF

	Avant 2007	À partir de 2007
Plafond des cotisations annuelles	4 000 $	Aucun
Plafond de cotisations cumulatives à vie	42 000 $	50 000 $
Maximum annuel (SCÉÉ) subvention de base	400 $ si droits (SCÉÉ) inutilisés, 800 $.	500 $ si droits (SCÉÉ) inutilisés, 1 000 $ à compter de 2008 et 900 $ en 2007 à cause du nouveau plafond de 500 $ valide à compter des années 2007 et suivantes.
Limite maximale de SCÉÉ cumulative à vie	7 200 $	7 200 $
Admissibilité aux PAÉ	Étudiant à temps plein seulement.	Possibilité de PAÉ pour études à temps partiel : – minimum de 12 heures de cours par mois; – PAÉ maximum, 2 500 $ par semestre de 13 semaines; – aucun changement pour les étudiants à temps plein.

6.3. TABLEAU DES SUBVENTIONS

Revenu net familial	CIRÉÉ (provincial)	SCÉÉ (fédéral)	BEC
Inférieur à 37 178 $	20 %	40 %	500 $ l'année de la naissance de l'enfant; 100 $ les années suivantes selon certaines conditions.
37 179 $ à 74 356 $	15 %	30 %	
74 357 $ et plus	10 %	20 %	

En tenant pour acquis qu'il y a près de 330 000 naissances canadiennes chaque année, 42 % de nouveau-nés sont admissibles à la prestation nationale pour enfants et 38 % sont également admissibles, car ils ont entre 0 et 17 ans. 120 000 nouveau-nés et 4,5 millions d'enfants de familles à faible ou moyen revenu bénéficieront du BEC et des améliorations récentes apportées à la SCÉÉ. On estime à 80 M$ l'investissement du gouvernement canadien pour venir en aide aux familles[6].

Le REÉÉ est donc bonifié globalement de 30 % à 60 % des épargnes selon le revenu familial et les montants épargnés annuellement, un effet combiné des deux programmes de subventions auxquels s'ajoute le BEC pour les familles admissibles.

6.4. LES OPTIONS

L'industrie des services financiers offre pour le REÉÉ trois choix distincts aux souscripteurs.

Nous allons donc tenter selon l'objectif recherché par le souscripteur de comparer l'offre sur le marché actuel selon les critères suivants.

---

6 Ressources humaines et Développement social Canada (en ligne : www.hrdc-drhc.gc.ca).

Profil du souscripteur investisseur, connaissances en matière de placements, objectif recherché compte tenu de l'horizon de temps, expérience personnelle en matière d'investissement, temps de gestion alloué pour en faire la surveillance, gestion du régime et tolérance aux risques.

Lorsque nous parlons du profil du souscripteur investisseur, nous faisons référence à la personne qui ouvre le régime pour le compte du bénéficiaire. Celle-ci n'est pas nécessairement le parent mais pourrait fort bien être un grand-parent, un tuteur voire un ami.

Il importe d'y voir l'ensemble des facteurs énumérés ci-dessus, car la décision d'opter pour un type de régime débute par l'intérêt du souscripteur à vouloir s'engager ou non dans la gestion du compte. Le choix des placements et leur surveillance, d'où la responsabilité qui en découle, devient donc un second facteur important.

Les fonds communs de placement, REÉÉ autogérés et régimes collectifs offerts par une fondation constituent essentiellement les trois façons d'investir pour le compte d'un enfant.

Chaque véhicule procure des avantages équivalents, car ils sont régis par les mêmes lois. Toutefois chaque véhicule n'a pas les mêmes règles et particularités.

La plupart des compagnies de fonds communs de placement offrent un programme REÉÉ. À des fins de comparaison, nous utiliserons le programme du groupe de fonds AIC. Mackenzie, groupe de fonds AGF, Fonds Dynamique, CI, Fidelity et bien d'autres offrent un régime similaire.

Une première distinction réside dans le fait qu'il est d'abord permis de souscrire à un programme de fonds communs de placement et continuer de verser des cotisations pendant 21 ans au sein d'un régime individuel, mais le régime doit être liquidé au plus tard 25 ans après son ouverture. Cela permet au REÉÉ de continuer à s'accroître à l'abri de l'impôt pendant les études du bénéficiaire. Les mêmes règles s'appliquent pour un REÉÉ autogéré pouvant détenir dans le compte du bénéficiaire plusieurs types de placements tels les fonds communs de placement, les actions, les obligations d'État, les indices boursiers, les billets liés à capital protégé ou non protégé, les dépôts à terme, les CPG, bref toute la panoplie des produits offerts actuellement sur le marché.

Les produits et les titres offerts dans un REÉÉ autogéré sont en vérité les mêmes qui sont offerts dans un REÉR autogéré. Dans le cas des

fondations comme Global, Régimes d'épargne-études USC inc. et Fondation Universitas, que nous utiliserons dans notre exemple, la souscription ne peut dépasser en moyenne l'âge de 14 ans, car il s'agit d'un régime collectif. Celle-ci est régie par une convention, dont la gestion des placements est assurée par le comité de gestion de cette même fondation. Des mandats précis sont donnés aux gestionnaires choisis selon la philosophie de placement et le style de gestion prudente adoptés par ce comité.

Une seule modification à cette politique est donc susceptible d'influer sur le risque global du portefeuille de placement pour l'ensemble des bénéficiaires. Seules les fondations à charte provinciale peuvent détenir d'autres titres que des obligations, une différenciation importante surtout pour le potentiel de rendement futur.

La seconde distinction et non la moindre réside dans l'obtention de trois bourses d'études pour les régimes collectifs régis par une fondation tels que Universitas et Reeeflex.

À titre d'exemple, cette fondation offre en plus de ces deux régimes d'épargne et bourses d'études un régime d'épargne et de PAÉ aussi appelé « individuel ».

Comme quoi le nom d'une entreprise distribuant des REÉÉ comme Fondation Universitas peut confondre le consommateur lors du choix final du programme approprié. Voilà pourquoi nous devons comparer des pommes avec des pommes et s'en tenir à trois grandes catégories, soit les régimes individuels offerts par les fonds communs de placement comme AIC et autres maisons de fonds et institutions financières, les REÉÉ autogérés offerts par plusieurs firmes de courtage en valeurs mobilières telles que Industrielle Alliance Valeurs mobilières inc. (ci-après « IAVM ») et les régimes collectifs tels ceux de la Fondation Universitas.

Pour les frais rattachés à chacun de ces programmes, nous utiliserons des termes différents pour définir les commissions selon le régime collectif comme les « frais d'adhésion ». En comparaison, une commission auprès d'une firme de courtage est basée généralement sur un pourcentage de l'investissement souscrit au sein du régime. Dans le cas de la Fondation Universitas, nous parlons par exemple de 200 $ par unité. Une unité sert dans ce cas-ci à établir selon l'attrition (moyenne d'âge des enfants appartenant au même groupe) leurs droits spécifiques à partager des bourses d'études collégiales ou universitaires. L'âge de l'enfant lors de la souscription détermine le nombre d'unités à l'échéance puisque plus l'enfant

est jeune, plus il recevra d'unités lors de l'encaissement des bourses ou lors du retrait.

Ce qui importe le plus pour le consommateur, c'est d'établir clairement les règles du jeu au départ et de comprendre ces nuances et différences du jargon employé ainsi que les frais et conditions s'y rattachant. D'autres éléments doivent aussi être pris en compte tels que les frais de « désenregistrement » du régime à l'échéance, les frais de gestion pour l'entité qui administre les placements sous-jacents, les choix de placements offerts, les réinvestissements de la croissance obtenue et ses options, les conditions à l'obtention des bourses universitaires Universitas ou les bourses postsecondaires Reeeflex, les programmes d'assurance vie offerts en option généralement par les régimes collectifs, les frais de retrait partiel en cours de route ou lors de la présentation des preuves exigées pour récupérer les sommes prévues, les garanties de capital s'il en est, et la flexibilité de chacun de ces choix. De quoi en perdre son latin, d'autant plus qu'il est rare de rencontrer un spécialiste en placement qui soit à l'affût de toutes ces offres et qui soit en mesure d'éclairer son client dans ce secteur d'activité.

La comparaison du rendement en est un exemple évident. Dans l'industrie des fonds communs de placement et des valeurs mobilières en général, le rendement d'un placement dans un fonds commun est toujours net des frais imputés tels que les commissions et les frais de gestion du fonds. Dans le cas d'une fondation comme Universitas, les rendements sont clairement identifiés ainsi que les frais. Ainsi, on peut clairement lire sur le rapport de la direction pour l'exercice financier de 12 mois se terminant le 31 décembre 2006 que le rendement pour 2006 a été de 7,75 % moins les frais totaux de 1,38 % composés des honoraires d'administration chargés par la filiale, des honoraires de placement et des honoraires du fiduciaire, soit un rendement net de 6,39 %. Il est également possible d'y voir le rendement moyen depuis trois ans, cinq ans et huit ans pour faire une comparaison avec d'autres options de produits de placements.

Nous devons par contre suggérer à l'investisseur de parcourir le prospectus et les rapports des comités de gestion des fondations afin de comparer des rendements nets avec des rendements nets, car tous n'ont pas opté pour cette forme de divulgation.

Un certificat d'actuaire procure aux souscripteurs dans les programmes collectifs une protection accrue, car ils vérifieront en général trois éléments cruciaux dans la divulgation du promoteur, soit la table de dépôt du prospectus le plus récent, la répartition des revenus et des dépenses de la

fondation par cohorte, et finalement, le calcul des bourses versées aux bénéficiaires durant une période déterminée.

Il est à noter que le canal de distribution des fonds communs de placement et des REÉÉ autogérés n'est pas le même que celui des fonds offerts par les fondations. Le conseiller en placement offre en général l'ensemble des produits sous une forme ou l'autre. Il appartient donc au client souscripteur de s'assurer que son conseiller puisse lui-même avoir les connaissances nécessaires pour l'aider à faire le choix du régime qui lui convient.

À l'instar des conseillers en placement ou en épargne collective, les fondations recourent généralement à une forme de distribution différente, soit une force de vente exclusive à leurs produits. La neutralité étant un facteur à considérer. La spécialisation dans un seul produit demeure un atout important en ce qui concerne la connaissance et la vulgarisation de la matière et des règles du REÉÉ en général.

Le tableau comparatif ci-après permettra au souscripteur d'y voir plus clair avant d'arrêter son choix.

6.5. TABLEAU COMPARATIF

	Fonds commun de placement AIC	REÉÉ autogéré IAVM	Régime collectif Universitas/Reeeflex
Flexibilité	Oui	Oui	Non/Oui
Garantie du capital	Non, à moins de faire un choix à capital garanti.	Non, à moins de faire un choix à capital garanti.	Oui
Choix des placements	Oui	Oui	Non
Bourses accordées	Aucune N/A	Aucune N/A	Trois bourses par régime selon l'admissibilité.
Mandat de gestion	Oui	Pas nécessairement.	Oui
Style de gestion	Dynamique	Dynamique	Passif
Facteur de risque	Selon le choix des fonds.	Selon le portefeuille.	Aucun
Dépôt minimum	30 $/mois; certains 50 $/mois comme AIC.	Aucun	15 $/mois 170 $/année
Frais de gestion/ Placement	1,50 % à 3,35 % selon le mandat et le fonds choisis.	Selon le choix des titres, peut ne pas être applicable. Par exemple, indice boursier.	Depuis 1999, les frais varient entre 1,36 % et 1,85 %.

Frais du fiduciaire	30 $/année	75 $/année	1,25 %
Commissions ou frais d'adhésion	Frais d'entrée, frais modérés ou frais de sortie (négociables).	Selon les titres choisis.	200 $ par unité
Frais de retrait partiel, complet ou fermeture	Aucuns	25 $	N/A
Option assurance vie	Non	Non	Oui
Ouvrir un régime avec subventions	Jusqu'à 18 ans	Jusqu'à 18 ans	Jusqu'à 14 ans

6.6. LE PROFIL D'INVESTISSEUR

Trois profils d'investisseurs peuvent alors être une solution pour départager les offres du marché : profil croissance gestion active, profil équilibré gestion active et le conservateur gestion passive.

6.6.1. Le profil croissance gestion active

L'investisseur ayant un profil croissance gestion active aurait normalement tendance à gérer lui-même son portefeuille, car il souhaite sans doute négocier des titres au sein du régime et acquérir des produits plus spéculatifs ou spécialisés sur une plus longue période.

À titre d'exemple, un souscripteur souhaite acheter des titres comme la Banque Royale, Power Corporation, Canadian Tire et Kinross Gold. Si tel est le cas, son seul choix serait un REÉÉ autogéré, car les autres solutions n'offrent pas la possibilité d'acquérir des actions individuelles.

Le profil croissance gestion active souhaite aussi pour la partie conservatrice de ce portefeuille acquérir des coupons détachés d'Hydro-Québec, des obligations d'épargne du Canada et finalement certains billets à

capital protégé liés à des indices boursiers. Il s'agit bien ici d'un besoin clairement défini, car l'investisseur possède sans doute une connaissance et un intérêt du marché boursier et a aussi du temps pour s'en occuper.

Une saine répartition d'actifs et le tour est joué. Les seules garanties possibles du capital dans les REÉÉ autogérés peuvent provenir de certains choix des placements au sein même du régime autogéré.

6.6.2. Le profil équilibré gestion active

L'équilibré gestion active aurait tendance à ouvrir un compte auprès de AIC et à profiter par le choix d'un fonds ou d'une combinaison de fonds communs de placement d'une gestion active prédéterminée par des gestionnaires internes ou externes de cette firme.

La diversification, la répartition géographique, la répartition des styles de gestion, comme le style valeur ou croissance seraient déjà assurés par le gestionnaire en place.

Pour aussi peu que 30 $ par mois, l'investisseur pourrait même acquérir des parts d'une façon systématique afin d'investir à un coût moyen malgré les aléas du marché boursier.

Par contre, l'équilibré gestion active fait le choix initial de confier un mandat de gestion à un portefeuilliste qui fera ce travail à sa place grâce à son expertise et à la possibilité de diversifier le portefeuille. Les fonds n'offrent toutefois aucune garantie pour le capital initial investi, de là l'importance de bien sélectionner le ou les fonds qui constitueront le portefeuille. Cette approche permet aussi à l'investisseur de modifier sa répartition d'actifs initiale en cours de route.

L'inconvénient de la formule propre aux fonds communs de placement ainsi qu'aux REÉÉ autogérés se présente lors de l'encaissement si la portion investie sur les marchés boursiers a perdu de la valeur.

Comme nul ne peut prévoir les cycles boursiers, il arrive malheureusement que l'intention d'accumuler davantage en vue des études devienne soudainement un cauchemar lors d'une correction boursière. Il est malheureux de constater que certains investisseurs ont perdu la plus-value et parfois une portion du capital initial sur les marchés boursiers juste avant la période de décaissement. Certains ont subi de telles pertes que toutes les subventions reçues depuis des années ainsi que le rendement accumulé se sont en partie estompés.

6.6.3. Le conservateur gestion passive

Le conservateur gestion passive opte généralement pour du GARANTI. C'est pourquoi les fondations ont un succès auprès de l'investisseur qui ne veut pas vivre le désagrément de perdre une bonne portion du portefeuille par malchance, par erreur ou à la suite d'une débandade boursière. Il est vrai que beaucoup de parents peuvent envisager de perdre du capital à un niveau de risque donné pour leur propre portefeuille, mais peu acceptent de perdre du capital pour le compte servant à capitaliser en vue des études de leurs enfants.

Chez Universitas, la répartition des actifs est composée, en date du 31 décembre 2006, de 60 % d'obligations, de 33 % d'actions canadiennes et de 6 % à 7 % de bons du Trésor. On y retrouve pour la portion actions du portefeuille des titres choisis par Jarilowsky Fraser Limitée. Pour la portion obligataire, soit la partie la plus importante du portefeuille, le mandat a été confié à Addenda Capital. En clair, il s'agit bel et bien d'un portefeuille de type conservateur bien diversifié, où l'on retrouve des titres boursiers soigneusement sélectionnés et un éventail d'obligations. Bref, si une personne recherche la garantie du capital et des rendements compétitifs, comparables à ceux d'un fonds commun de placement équilibré sans avoir à se préoccuper du choix des placements au fil du temps, les régimes collectifs de bourses d'études méritent d'être considérés.

Le choix devrait découler de l'analyse du profil de l'investisseur, de sa tolérance aux risques, du temps qu'il souhaite y consacrer, de ses connaissances en placements et de son habileté à faire croître le portefeuille de l'enfant.

7. LE RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ

7.1. FONCTIONNEMENT

Il est proposé dans le budget[7] d'introduire un nouveau régime afin d'aider les parents à épargner pour assurer la sécurité financière à long terme d'un enfant gravement handicapé. En vertu de cette proposition et à compter de 2008, les personnes handicapées ou leurs parents pourront cotiser un montant cumulatif maximal de 200 000 $ par bénéficiaire.

---

7 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4.

Les cotisations seront autorisées jusqu'à la fin de l'année où le bénéficiaire aura atteint 59 ans et les paiements provenant du régime devront commencer avant la fin de l'année où le bénéficiaire atteint 60 ans.

Pour être admissible, le bénéficiaire doit résider au Canada et être admissible au crédit d'impôt pour personnes handicapées.

Le régime enregistré d'épargne-invalidité (REÉI) s'inspirera de façon générale du REÉÉ. De façon semblable à un REÉÉ, les cotisations donneront droit à des subventions canadiennes pour l'épargne-invalidité (ci-après « SCÉI »), jusqu'à concurrence de 3 500 $ par année.

Ce montant est fonction du revenu net de la famille comme suit :

7.2. TABLEAU ET ADMISSIBILITÉ

Revenu familial net	Montant de SCÉI sur le premier niveau de revenu	Montant de SCÉI sur le niveau de revenu suivant
Jusqu'à 74 357 $	300 % sur la première tranche de 500 $	200 $ sur la prochaine tranche de 1 000 $
Plus de 74 357 $	100 % sur la première tranche de 1 000 $	s. o.

Les familles dont le revenu familial net est inférieur à 20 883 $ auront également droit aux bons canadiens pour l'épargne-invalidité (ci-après « BCÉI ») jusqu'à concurrence de 1 000 $ par année, indépendamment des cotisations[8].

Au moment du retrait, le bénéficiaire devra payer les impôts sur la croissance accrue ainsi que sur tout BCÉI ou toute SCÉI versé au régime.

Le montant de la cotisation peut être retiré en franchise d'impôt.

CONCLUSION

Les diverses subventions disponibles aux deux paliers de gouvernement devraient encourager les parents ou autres souscripteurs à bénéficier de l'un

[8] MACKENZIE PLACEMENTS, *Bulletin*, printemps 2007.

ou l'autre des programmes dont nous avons parlé, et ce, en fonction de leur profil d'investisseur.

Pour maximiser l'obtention des subventions, un grand-parent financièrement à l'aise pourrait cotiser à un REÉÉ pour ses petits-enfants, surtout si le parent qui en a la charge gagne peu. Le REÉÉ fait peau neuve et mérite d'être revisité à la suite des nouvelles mesures qui peuvent bonifier de 30 % à 60 % les épargnes des familles en fonction de leurs ressources financières. À ces sommes, rappelons-nous que s'ajoute aussi le BEC pour les familles admissibles.

Finalement, il fait plaisir de constater que les deux paliers de gouvernement s'entendent pour accorder une très haute importance au financement des études postsecondaires et multiplient, ces dernières années, les efforts en ce sens[9].

[9] Les renseignements contenus dans le présent texte ont été préparés par l'auteur, conseiller en placement d'IAVM, et peuvent ne pas être représentés par IAVM. Les présents commentaires ont été obtenus de sources fiables mais ne sont pas garantis et pourraient être incomplets. IAVM est membre du Fonds canadien de protection des épargnants.

ANNEXE

Exemple d'une répartition d'actifs pour un REÉÉ géré par un fonds commun du groupe AIC

AIC

Fonds diversifié universel AIC

FICHE FONDS EN BREF – T2 2007

Portefeuilliste

Anne-Mette de Place Filippini, vice-présidente principale, B.A., M.A.

- Est entrée chez AIC en août 2000 après avoir passé 10 ans à titre de conseillère principale en stratégie d'affaires et de portefeuille chez Monitor Group et Deloitte & Touche en Europe et en Amérique du Nord, y compris les fusions et les acquisitions.
- Portefeuilliste principale depuis mai 2003; cogestionnaire depuis avril 2002.
- Elle participe aussi à la gestion des Fonds actions mondiales AIC et Fonds équilibré universel AIC.

Gestion du fonds

- Recherche des sociétés offrant un faible risque. Achète des sociétés bien établies et dominantes dans leurs secteurs.
- Choix des actions selon une approche de style valeur, dont le cours est très inférieur à leur valeur intrinsèque.
- Stricte discipline d'achat et de vente. Les titres doivent être à rabais en permanence.
- Accent mis sur l'obtention de solides rendements absolus à un niveau de risque inférieur à la moyenne.
- Portefeuille concentré en titres très recherchés.

Pourquoi investir dans ce fonds

- Occasion de profiter de la récente sous-performance des actions universelles par rapport au marché canadien.
- La diversification d'actions universelles, sur tout un éventail de secteurs.
- Sociétés internationales avec un bilan solide et bien dirigées.
- Approche ascendante dans le choix de titres de style valeur.
- Portefeuille concentré, dicté par une stratégie très disciplinée d'achat et de vente.
- Les investisseurs imposables bénéficient du report de la perte en capital de 112 millions de $ pour contrebalancer les gains en capital futurs.

Codes du fonds

$ CA			$ US			Rachats et échanges seulement[1]		Cat. F[2]
FA	FVR	FR	FA	FVR	FR	FV $ CA[3]	FV $ US[3]	
725	326	316	825	926	946	325	925	014

[1] Les codes du fonds dans cette colonne concernent les parts achetées avant le 16 août 2000.
[2] L'option « Frais de vente » n'est disponible que pour les rachats et les échanges de parts.
[3] Disponible seulement par l'entremise des distributeurs qui ont conclu une entente de catégorie F d'AIC.

Détails du fonds

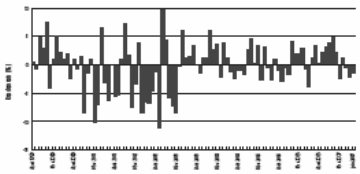
Actif sous gestion (au 30 juin 2007)	41,2 millions de $
Date de lancement	Le 15 juillet 1999
Frais de gestion	Parts de fonds d'investissement – 2 %
Ratio des frais de gestion	2,29 % (vérifié au 31 décembre 2006)

Rendements (au 30 juin 2007)

3 mois[1]	6 mois[1]	1 an	3 ans	5 ans	Depuis le lancement	Cumul
(5,0 %)	(4,3 %)	13,5 %	5,5 %	3,1 %	(3,5 %)	4,3 %

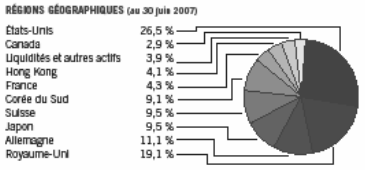
[1] Taux de rendement simples

RENDEMENTS MENSUELS (d'août 1999 à juin 2007)



Copyright © 2007 Morningstar Research Inc.

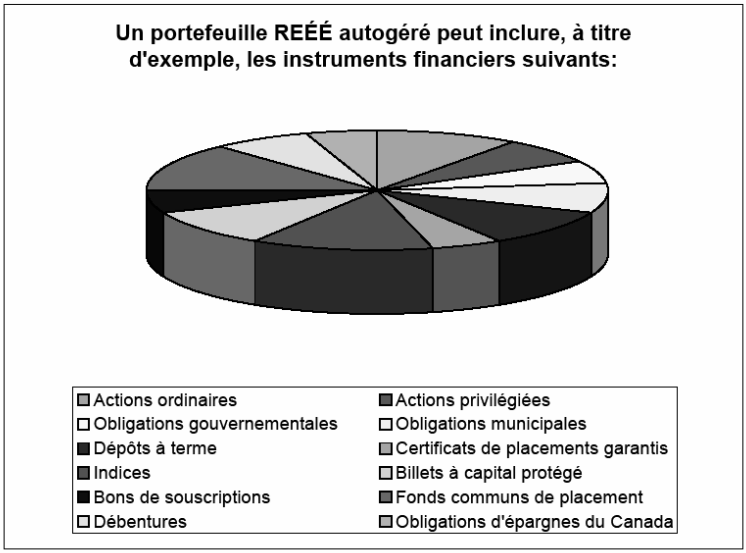
RÉGIONS GÉOGRAPHIQUES (au 30 juin 2007)



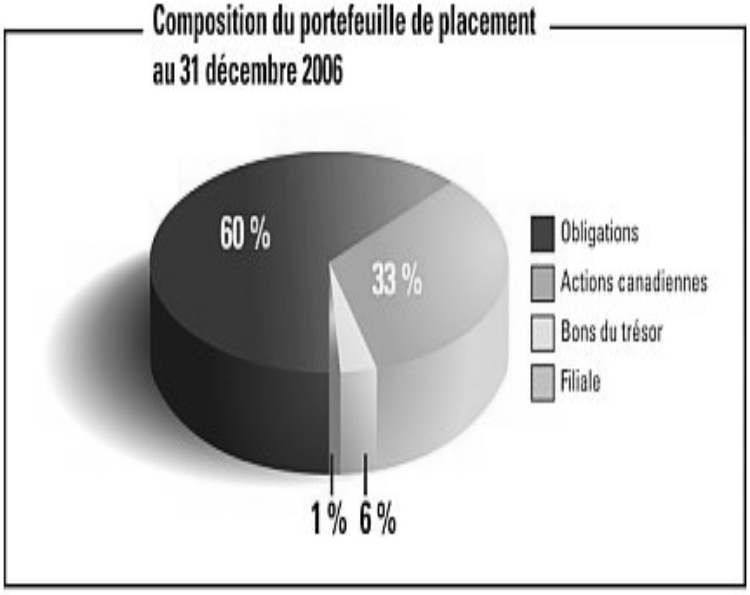
SECTEURS D'INVESTISSEMENT (au 30 juin 2007)

Industriel	16,6 %
Soins de santé	12,6 %
Biens de consommation essentiels	12,5 %
Finances	9,6 %
Matériaux	9,5 %
Conglomérats	9,1 %
Services des télécommunications	8,1 %
Technologies de l'information	7,7 %
Biens de consommation non essentiels	6,8 %
Liquidités et autres actifs	3,9 %
Biens publics	3,6 %

2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999
Valeur liquidative par part (au 30 juin) ($)								
3,78	3,33	3,27	3,22	2,70	3,25	4,67	6,10	-
Rendement par année civile (au 31 décembre) (%)								*Six mois
-	22,3	(0,6)	9,1	1,7	(33,4)	(19,6)	(4,4)	14,4*
Distributions annuelles ($)								
-	-	-	-	-	-	-	-	-



Voici un exemple d'une répartition d'actifs d'un compte REÉÉ administré par une fondation (Universitas).



LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE



Katia Sebastiani
Avocate, DESS fisc.
Cain Lamarre Casgrain Wells, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 37:3

1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES 37:4

1.1. REVENU ORDINAIRE 37:4
1.2. LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ONT UNE VALEUR 37:4

2. LES RÈGLES DE BASE – LA LÉGISLATION 37:5

2.1. IMPOSITION SELON LE PARAGRAPHE 56.4(2) L.I.R. 37:5
2.2. LES EXCEPTIONS AU PARAGRAPHE 56.4(2) L.I.R. 37:7
2.2.1. Les sommes constituant du revenu d'emploi 37:7
2.2.2. Les sommes constituant par ailleurs un montant cumulatif des immobilisations admissibles 37:7
2.2.3. Somme se rapportant à la vente d'actions ou d'une participation admissible 37:8

3. LA REQUALIFICATION ET RÉATTRIBUTION DU PRODUIT DE DISPOSITION 37:11

3.1. LA RÈGLE DE BASE 37:11
3.2. LES EXCEPTIONS À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 68 L.I.R. 37:12
3.2.1. Clause restrictive accordée par un employé – Par. 56.4(6) L.I.R. 37:12
3.2.2. Contrepartie constituant un montant pour achalandage 37:13
3.2.3. Exception pour la disposition d'actions – Par. 56.4(8) L.I.R. 37:16
3.3. LA CONTREPARTIE RAISONNABLEMENT ATTRIBUABLE À UNE CLAUSE DE NON-CONCURRENCE 37:19

CONCLUSION 37:20

INTRODUCTION

Nous vivons depuis maintenant quatre ans avec l'idée que des nouvelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] s'appliquent à l'imposition des clauses de non-concurrence. Cependant, depuis l'annonce initiale par le ministre des Finances du Canada en octobre 2003, le contenu spécifique de ces nouvelles dispositions a connu plusieurs changements et précisions. En effet, il y a eu trois versions des propositions législatives en cette matière, la dernière ayant été intégrée à l'Avis de motion de voies et moyens introduit le 9 novembre 2006[2]. Cette dernière version des dispositions proposées a reçu une première lecture devant le Sénat et devrait vraisemblablement être sanctionnée au cours de la prochaine session parlementaire. Il est à noter que les propositions législatives contiennent plusieurs nouveautés et changements par rapport aux propositions législatives de juillet 2005.

Ainsi, depuis l'annonce des nouvelles mesures concernant les clauses de non-concurrence, il était clair que le trou dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permettait aux personnes qui prenaient un engagement de non-concurrence dans le cadre de la vente de leurs actions d'une société exploitant une entreprise de recevoir sans imposition une contrepartie relativement à une telle clause de non-concurrence, était fermé. Cela n'était pas surprenant. Ce qui a surpris le monde fiscal est non seulement l'étendue des nouvelles règles mais également leur complexité. En effet, afin de bloquer ce trou le législateur a carrément créé un nouveau régime d'imposition à l'égard des clauses de non-concurrence.

Notre texte vise donc à décrire sommairement le nouveau régime d'imposition des clauses de non-concurrence et à guider le lecteur à travers les différentes exceptions, choix et modalités permettant aux contribuables d'obtenir un traitement fiscal le moins pénalisant possible.

---

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

2 CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens en vue du dépôt d'une loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, 9 novembre 2006 (ci-après « propositions législatives »). Les versions antérieures étaient contenues dans CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu*, 27 février 2004 (ci-après « propositions législatives de février 2004 ») et CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 18 juillet 2005 (ci-après « propositions législatives de juillet 2005 »).

1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

À notre avis, la seule façon d'aborder – et de comprendre – les nouvelles règles est de les lire en ayant à l'esprit les deux importantes prémisses sur lesquelles elles reposent.

1.1. REVENU ORDINAIRE

Tout d'abord, le principe de base stipulé par les nouvelles dispositions est que la contrepartie pour une clause de non-concurrence est imposable comme revenu ordinaire[3]. La position antérieure de l'Agence du revenu du Canada[4] (ci-après « ARC ») était que la contrepartie pour l'octroi d'une clause de non-concurrence par le vendeur des actifs d'une entreprise constituait une contrepartie pour la disposition d'un bien distinct consistant en son droit de faire concurrence et qu'un tel vendeur était réputé avoir reçu un montant en immobilisations admissibles, lequel devait être assujetti aux dispositions de l'article 14 L.I.R. Dans le cas d'une vente d'actions, l'ARC prenait la position que la contrepartie pour la clause de non-concurrence constituait une contrepartie additionnelle pour la disposition des actions. Essentiellement, la contrepartie pour la clause de non-concurrence était imposable à 50 %.

Les nouvelles règles imposent donc une nouvelle façon d'aborder les clauses de non-concurrence : la contrepartie constitue tout simplement un montant à inclure dans le revenu à titre de revenu ordinaire. Il y a une série d'exceptions qui pourront avoir pour effet d'accorder un traitement différent – et plus avantageux – à la contrepartie mais il faut toujours garder à l'esprit qu'à la base la contrepartie pour les clauses de non-concurrence est du revenu ordinaire.

1.2. LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ONT UNE VALEUR

Le deuxième principe formant la base du nouveau régime d'imposition est que les clauses de non-concurrence ont une valeur inhérente et, dans le cadre d'une transaction de vente qui comporte l'octroi d'une clause de non-concurrence, une partie du prix de vente est attribuable à cette valeur et doit en constituer la contrepartie.

---

[3] Par. 56.4(2) L.I.R. proposé.

[4] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-330R (annulé), « Dispositions de biens en immobilisations visées par une garantie, engagement ou d'autres obligations conditionnelles ou contingentes », 7 septembre 1990, par. 5 et 6.

Ici encore, il s'agit d'une nouvelle façon de voir les choses. En effet, auparavant, c'est-à-dire avant les décisions de la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Fortino* c. *La Reine*[5] et *Manrell* c. *La Reine*[6], il était rare que l'on se préoccupe d'une contrepartie pour la clause de non-concurrence dans le cadre d'une vente d'actions ou d'actifs, car il était généralement accepté qu'une telle contrepartie devait, conformément à la position de l'ARC, être ajoutée au produit de disposition des actions ou des actifs, selon le cas, et constituait une somme imposable. Conséquemment, le contribuable n'avait aucun avantage à identifier séparément cette contrepartie pour la clause de non-concurrence.

Toutefois, à la lumière de la nouvelle règle de base concernant les clauses de non-concurrence, le législateur voyait soudainement l'importance de s'assurer que la juste contrepartie pour la clause de non-concurrence lui était attribuée. À notre avis, c'est cette nouvelle composante du régime d'imposition des clauses de non-concurrence qui le rend si complexe. En effet, il n'est pas suffisant de simplement faire abstraction des clauses de non-concurrence – et du régime d'imposition qui s'y applique – dans le cadre d'une transaction de vente en s'assurant de ne pas attribuer une contrepartie à celles-ci. Au contraire, alors qu'auparavant la question ne se posait simplement pas, il est maintenant une partie essentielle de toute transaction de vente d'entreprise – car il est pratiquement toujours question de clauses de non-concurrence dans ce type de transaction – de soit s'assurer qu'une contrepartie juste et raisonnable soit attribuée aux clauses de non-concurrence ou tenter de profiter d'une des exceptions qui empêche l'ARC d'intervenir dans l'allocation du prix de vente convenue entre les parties.

2. LES RÈGLES DE BASE – LA LÉGISLATION

Les dispositions spécifiques qui intègrent les principes généraux susmentionnés sont les dispositions proposées du paragraphe 56.4(2) et de l'article 68 L.I.R.

2.1. IMPOSITION SELON LE PARAGRAPHE 56.4(2) L.I.R.

Le paragraphe 56.4(2) L.I.R. se lit comme suit :

> « **56.4(2) Revenu – clause restrictive** – Est à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition le total des sommes dont

[5] 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) (ci-après « *Fortino* »).

[6] 2003 D.T.C. 5225 (C.A.F.) (ci-après « *Manrell* »).

> chacune a trait à une clause restrictive du contribuable et est reçue ou à recevoir au cours de l'année par le contribuable ou par un contribuable avec lequel il a un lien de dépendance, à l'exception de toute somme qui a été incluse soit dans le calcul du revenu du contribuable par l'effet du présent paragraphe pour une année d'imposition antérieure, soit dans le revenu de la société admissible du contribuable par l'effet du présent paragraphe pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure. »

Les propositions législatives sont basées sur la notion de « clause restrictive » dont la définition est contenue au paragraphe 56.4(1) L.I.R. Cette définition est très large et inclut « tout accord, engagement ou renonciation à un avantage […] qui influe […] sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services ». Il est clair que cette définition comprend les clauses de non-concurrence qui sont, en effet, l'engagement clé dont – plus souvent qu'autrement – dépend toute transaction de vente d'entreprise que ce soit sous forme de vente d'actifs ou de vente d'actions. Nous soulignons que la définition est toutefois beaucoup plus large que simplement les clauses de non-concurrence et pourrait viser plusieurs autres types d'engagements[7].

Au-delà toutefois de la portée extensive de la définition, c'est le principe lui-même qui est, de notre avis, le plus surprenant. En effet, le but déclaré des nouvelles règles était de riposter aux décisions de la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Manrell* et *Fortino*. Or, pour atteindre ce but il n'était pas nécessaire de prévoir que la contrepartie pour les clauses de non-concurrence constitue du revenu ordinaire. Selon nous, des dispositions légiférant la position antérieure de l'ARC, sans introduire la notion de revenu ordinaire dans l'équation, auraient été suffisantes. D'ailleurs, cette position était généralement acceptée avant les arrêts *Manrell* et *Fortino* et aurait plus facilement été digérée par le monde fiscal. Par ailleurs, si cette position avait été prise, toute la question de l'allocation d'une portion du produit de disposition à la clause de non-concurrence ainsi que les complexités que celle-ci engendre auraient pu, selon nous, être évitées.

Malheureusement, ce n'est pas la route que le législateur a choisie. Plutôt, il a préféré prévoir dans une série d'exceptions contenues au paragraphe 56.4(3) L.I.R. proposé les circonstances dans lesquelles il est acceptable que la contrepartie pour la clause de non-concurrence soit imposable autrement qu'à titre de revenu ordinaire.

---

[7] Par exemple, les contrats de franchise, les conventions de distribution exclusives, les licences exclusives en matière de propriété intellectuelle voire des emprunts.

Nous soulignons finalement que c'est la personne qui accorde la clause de non-concurrence qui subit l'imposition de cette somme à titre de revenu ordinaire peu importe si elle a effectivement reçu une contrepartie ou non. En effet, le paragraphe 56.4(2) L.I.R. traite d'une somme relative à une clause restrictive d'un contribuable reçue par le contribuable ou par un contribuable avec lequel il a un lien de dépendance. Dans les cas où il y a effectivement une portion de la contrepartie qui est allouée à la clause de non-concurrence, il est envisageable qu'elle soit effectivement payée à la personne l'ayant accordée. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, il est possible, dans des cas où aucune contrepartie n'est spécifiquement allouée à la clause de non-concurrence, qu'une contrepartie qui est reçue par une personne autre que la personne qui accorde la clause de non-concurrence soit réputée, en raison de l'application de l'article 68 L.I.R., constituer une contrepartie pour la clause de non-concurrence. Dans ce cas, il y aurait une attribution de cette contrepartie réputée entre les mains de la personne qui s'est engagée en vertu de la clause.

2.2. LES EXCEPTIONS AU PARAGRAPHE 56.4(2) L.I.R.

Le paragraphe 56.4(3) L.I.R. contient trois exceptions à la règle de l'inclusion de la contrepartie pour une clause de non-concurrence dans le revenu ordinaire du contribuable l'ayant accordée. Chacune de ces exceptions exige qu'il n'y ait aucun lien de dépendance entre la personne qui accorde la clause de non-concurrence et la personne en faveur de qui elle est accordée. Cette dernière personne est identifiée comme étant l'acheteur dans le paragraphe 56.4(3) L.I.R. ainsi que dans cette section du présent texte.

2.2.1. Les sommes constituant du revenu d'emploi

L'exception prévue à l'alinéa 56.4(3)a) L.I.R. proposé précise que les sommes qui constituent des sommes à inclure dans les revenus d'emploi (art. 5 et 6 L.I.R.) du contribuable ayant accordé la clause restrictive ne sont pas assujetties au paragraphe 56.4(2) L.I.R.

2.2.2. Les sommes constituant par ailleurs un montant cumulatif des immobilisations admissibles

L'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. proposé prévoit une exception pour la contrepartie reçue pour une clause de non-concurrence si le montant est à inclure dans le montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA ») de la personne qui a accordé la clause. Pour bénéficier de cette

exception le contribuable et l'acheteur doivent produire un choix conjoint sur un formulaire prescrit[8].

Dans les cas où cette exception est applicable, il est généralement préférable de faire le choix à cet effet, car seulement la moitié du montant serait à inclure dans le revenu du contribuable. Toutefois, il est à noter que cette exception ne pourrait s'appliquer que si la personne qui accorde la clause est le propriétaire de l'entreprise qui est vendue. Ainsi, lorsque c'est une société qui vend ses actifs d'entreprise à un acheteur et que celui-ci exige une clause de non-concurrence du ou des actionnaires, une contrepartie (réelle ou présumée en vertu de l'article 68 L.I.R.) pour la clause de non-concurrence accordée par ces derniers et payable à ces derniers ne pourrait bénéficier de l'exception et devrait être incluse dans leur revenu ordinaire.

2.2.3. Somme se rapportant à la vente d'actions ou d'une participation admissible

Finalement, l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. proposé prévoit une exception qui pourrait s'appliquer aux clauses de non-concurrence accordées dans le cadre d'une vente d'actions. Pour que l'exception s'applique il faut que chacune des conditions suivantes soit remplie :

a) Le contribuable qui accorde la clause de non-concurrence dispose de biens constituant une participation admissible.

   Une participation admissible est définie comme étant soit une participation dans une société de personnes qui exploite une entreprise, une action du capital-actions d'une société qui exploite une entreprise ou une action du capital-actions d'une société dont au moins 90 % de la valeur est attribuable à des participations admissibles dans une autre société. Cette dernière catégorie de sociétés vise à rendre possible l'exception de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. lorsque le contribuable dispose d'actions de son holding plutôt que de disposer d'actions d'une société exploitante. En raison du critère du 90 %, en fait, seulement des holdings détenant uniquement des actions de l'exploitante « vendue » sont visés

[8] Selon le paragraphe 56.4(14) L.I.R. proposé, le formulaire prescrit doit être accompagné d'une copie de la clause restrictive et produit au plus tard à la date d'échéance de production de la personne qui a accordé la clause. Les formulaires prescrits n'ont pas encore été établis. Par ailleurs, pour les choix effectués avant la sanction royale des nouvelles dispositions, les contribuables ont un délai de six mois à compter de la sanction royale pour produire les formulaires de choix.

par l'exception. En pratique, la vente d'un holding dans le cadre d'une acquisition d'une société exploitante satisfera généralement cette exigence, car les holdings sont souvent vidés dans le cadre de ces transactions.

Par contre, la définition de participation admissible ne permet pas à un actionnaire d'un holding qui accorde une clause de non-concurrence de bénéficier de l'exception lorsque c'est son holding qui dispose des actions de l'exploitante détenues par le holding.

b) La participation admissible est disposée en faveur de l'acheteur (soit la personne en faveur de qui la clause de non-concurrence est accordée) ou d'une personne liée à l'acheteur.

c) La somme reçue constitue la contrepartie pour une clause restrictive qui est une clause de non-concurrence.

d) Il est raisonnable de considérer que la clause de non-concurrence a été accordée dans le but de maintenir ou protéger la valeur de la participation dont il est disposé en faveur de l'acheteur.

Cette condition d'application remplace l'ancienne condition contenue dans les propositions législatives de février 2004 et de juillet 2005 imposant une limite sur le montant de la contrepartie pouvant bénéficier de l'exception. Cette limite était basée sur un calcul représentant vraisemblablement l'augmentation de valeur de la participation admissible du vendeur attribuable au fait d'avoir accordé une clause de non-concurrence[9]. Selon nous, la nouvelle condition est plus souple car elle n'est pas basée sur des calculs. Par ailleurs, cette condition est souvent la base même des clauses de non-concurrence, soit la protection de la valeur des actions acquises par un acheteur. À la limite, l'ARC pourrait prétendre, dans un cas où il y a plusieurs actionnaires d'une société faisant l'objet d'une acquisition, que la clause de non-concurrence accordée par un vendeur protège la valeur des participations vendues par d'autres contribuables en plus de protéger la valeur de sa propre participation vendue. Toutefois, ceci, selon nous, n'est pas en contradiction avec la nouvelle condition du sous-alinéa 56.4(3)c)(iii) L.I.R.

---

[9] Selon nous, il était beaucoup plus évident dans les notes explicatives que dans la législation proposée elle-même qu'il s'agissait là de l'interprétation à donner à la disposition.

e) La disposition de la participation admissible n'est faite ni par roulement ni par rachat.

f) La somme est ajoutée au produit de disposition du contribuable pour sa participation admissible.

g) Le contribuable et l'acheteur font le choix conjoint sur le formulaire prescrit[10].

Lorsque cette exception est disponible, la contrepartie pour la clause de non-concurrence est incluse dans le produit de disposition relatif à la participation disposée. Le traitement préférentiel de gain en capital plutôt que de revenu ordinaire est donc disponible.

Il est à noter que cette exception n'est toutefois pas disponible dans plusieurs cas de vente d'actions, soit toute situation où la personne qui accorde la clause de non-concurrence ne dispose pas d'une participation admissible, incluant, à titre d'exemple :

- les actions de la société acquise sont détenues à 100 % par un holding qui en est le seul vendeur;

- les actions de la société acquise sont détenues par le contribuable mais c'est la conjointe du contribuable qui est la personne clé de qui l'acheteur exige une clause de non-concurrence. Une telle situation pourrait se produire notamment lorsque la détention d'actions a été planifiée en fonction de la protection d'actifs ou le fractionnement de revenus;

- à la suite d'un gel successoral, la totalité des actions ordinaires est détenue par les enfants ou une fiducie familiale discrétionnaire au bénéfice de ceux-ci et les actions détenues par le père ayant effectué le gel ont soit été complètement rachetées, soit été transférées à un holding avant l'acquisition.

Dans ces situations, il aurait été très facile de simplement n'accorder aucune contrepartie pour la clause de non-concurrence et plutôt d'attribuer la totalité de la contrepartie pour la transaction aux actions qui sont vendues et permettre aux vendeurs de s'imposer sur le gain en capital y afférent afin d'éviter que la personne ayant accordé la clause de non-concurrence ne subisse l'imposition pénalisante du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Toutefois, dans

[10] *Supra*, note 8, pour les modalités de production du choix.

la réalité de la nouvelle législation, ce n'est pas aussi simple en raison du nouvel article 68 L.I.R.

3. LA REQUALIFICATION ET RÉATTRIBUTION DU PRODUIT DE DISPOSITION

L'article 68 L.I.R. est l'expression de la prémisse voulant que les clauses de non-concurrence aient une juste valeur et les contribuables les ayant accordées doivent recevoir et s'imposer sur leur juste part du produit de la vente des actions ou de l'entreprise, selon le cas, dans le cadre de laquelle elles ont été accordées.

3.1. LA RÈGLE DE BASE

Le nouvel article 68 L.I.R. proposé se lit comme suit :

> « **68. Contrepartie mixte** – Dans le cas où il est raisonnable de considérer que le montant reçu ou à recevoir d'une personne représente en partie la contrepartie de la disposition d'un bien d'un contribuable, la contrepartie de la prestation de services par un contribuable ou la contrepartie d'une clause restrictive, au sens du paragraphe 56.4(1), accordée par un contribuable, les règles suivantes s'appliquent :
>
> a) la partie du montant qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de cette disposition est réputée être le produit de disposition du bien, quels que soient la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention, et la personne qui a acquis le bien à la suite de cette disposition est réputée l'acquérir pour un montant égal à cette partie;
>
> […]
>
> c) la partie du montant qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de la clause restrictive est réputée être à la fois une somme reçue ou à recevoir par le contribuable au titre de la clause, quels que soient la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention, et une somme payée ou payable au contribuable par la personne à laquelle la clause a été accordée. »

Ce qu'il est important de retenir à la lecture de cet article est que non seulement il est possible de requalifier la contrepartie reçue par un contribuable en contrepartie pour une clause de non-concurrence plutôt qu'une contrepartie pour la disposition de l'actif sous-jacent (soit l'action ou le bien d'entreprise, selon le cas), mais également que cette requalification peut se faire même si la personne qui reçoit la contrepartie n'est pas celle qui a accordé la clause de non-concurrence.

Conséquemment, même si les parties ont choisi de ne pas allouer une partie de la contrepartie reçue par la personne ayant accordé une clause de non-concurrence à la clause de non-concurrence, la présomption de l'article 68 L.I.R. fait en sorte que la portion de la contrepartie reçue par une personne autre que la personne qui a accordé la clause de non-concurrence, qu'il est raisonnable de considérer comme étant la contrepartie pour la clause de non-concurrence, soit traitée comme telle. Par ailleurs, même si les acquéreurs n'ont payé aucune contrepartie à la personne qui a accordé la clause de non-concurrence, la partie de la contrepartie requalifiée sera réputée être une contrepartie reçue par le contribuable qui a accordé la clause de non-concurrence au titre de la clause de non-concurrence. Finalement, même si les parties ont alloué une partie de la contrepartie pour la transaction à une clause de non-concurrence et que cette contrepartie a effectivement été payée à la personne qui a accordé la clause, l'article 68 L.I.R. pourrait tout de même s'appliquer si la contrepartie ainsi allouée et payée n'est pas raisonnable.

Si l'article 68 L.I.R. proposé s'applique pour requalifier ou réattribuer une somme, celle-ci sera assujettie aux dispositions de l'article 56.4 L.I.R. Ainsi elle pourrait soit bénéficier d'une des exceptions du paragraphe 56.4(3) L.I.R. pour être traitée comme une inclusion au MCIA ou un produit additionnel pour la disposition d'une participation admissible, soit devoir être incluse dans le revenu ordinaire de la personne qui a accordé la clause de non-concurrence à laquelle elle se rapporte.

Par ailleurs, il y a une série d'exceptions à l'application de l'article 68 L.I.R. qui font en sorte que l'ARC ne pourra pas réviser les modalités d'attribution d'une contrepartie payée dans le cadre d'une acquisition.

3.2. LES EXCEPTIONS À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 68 L.I.R.

C'est le paragraphe 56.4(5) L.I.R. proposé qui est l'exception à l'application de l'article 68 L.I.R. Lorsque le paragraphe 56.4(5) L.I.R. s'applique, il empêche l'article 68 L.I.R. de s'appliquer de manière à réputer une somme être reçue ou à recevoir par le contribuable pour la clause de non-concurrence. Le paragraphe 56.4(5) L.I.R. est applicable dans trois cas.

3.2.1. Clause restrictive accordée par un employé – Par. 56.4(6) L.I.R.

De façon générale, ce cas d'application de l'exception vise la clause de non-concurrence accordée à l'acheteur par un employé de la société acquise lorsque l'employé n'a pas de lien de dépendance avec l'acheteur. Plus

particulièrement, dans la mesure où seuls les vendeurs reçoivent une contrepartie qui pourrait raisonnablement être attribuable à la clause de non-concurrence accordée par l'employé et que ce dernier ne reçoit aucune contrepartie des acheteurs, il ne sera pas possible pour l'ARC d'effectuer une requalification du produit de la vente. Ainsi, dans un tel scénario, l'employé n'a pas à se préoccuper de s'imposer sur un montant qu'il n'a jamais reçu et les vendeurs des actions pourront – sous réserve de toute réallocation qui pourrait être faite à l'égard d'une contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence qu'ils auraient pu eux-mêmes accorder – considérer la totalité du prix de vente comme étant la contrepartie pour les actions vendues[11].

3.2.2. Contrepartie constituant un montant pour achalandage

Cette exception, prévue au paragraphe 56.4(7) L.I.R. proposé, vise des situations de clauses de non-concurrence accordées dans le cadre d'une transaction de vente d'actifs d'entreprise. Les conditions d'application de l'exception sont les suivantes :

a) la clause de non-concurrence est accordée par un contribuable (ci-après « vendeur ») en faveur d'une personne (ci-après « acheteur ») avec laquelle le contribuable n'a pas de lien de dépendance;

b) la clause restrictive est une clause de non-concurrence;

c) le vendeur ne reçoit aucune contrepartie pour la clause de non-concurrence. Il est à noter à cet égard que l'appellation « vendeur » utilisée dans le paragraphe 56.4(7) L.I.R. est quelque peu trompeuse, car elle vise la personne qui accorde la clause de non-concurrence et pas nécessairement le vendeur même des actifs.

d) la partie du produit de vente qu'il est raisonnable de considérer comme étant la contrepartie pour la clause de non-concurrence est incluse dans le montant pour achalandage du vendeur ou d'une société admissible du vendeur. Dans ce dernier cas, la société admissible doit être le contribuable qui reçoit la partie du produit de vente qui est la contrepartie pour la clause de non-concurrence. Le « montant pour achalandage » est un montant reçu par un contribuable en contrepartie de l'achalandage et inclus dans le calcul de son MCIA relatif à une entreprise exploitée au

[11] Al. 56.4(13)a) L.I.R.

Canada[12]. Une « société admissible » d'un vendeur est une société dans laquelle le vendeur détient des actions du capital-actions (directement ou indirectement) et dans laquelle des particuliers ayant un lien de dépendance avec le vendeur détiennent moins de 10 %, en nombre et en valeur, du capital-actions émis et en circulation[13];

e) il est raisonnable de considérer que la clause de non-concurrence a été accordée afin de protéger la valeur de l'achalandage acquis du vendeur ou de sa société admissible;

f) la vente des actifs ne se fait pas par roulement fiscal;

g) aucun particulier ayant un lien de dépendance avec le vendeur et aucune entité dans laquelle un tel particulier détient une participation ne reçoit, directement ou indirectement, une partie de la contrepartie qu'il est raisonnable de considérer comme étant la contrepartie pour la clause de non-concurrence;

h) un choix conjoint est produit par le vendeur, l'acheteur et, le cas échéant, la société admissible du vendeur.

Si l'exception du paragraphe 56.4(7) L.I.R. s'applique, la partie de la contrepartie qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie pour la clause de non-concurrence doit être ajoutée dans le calcul du MCIA du vendeur ou de sa société admissible, selon le cas. Ainsi, dans le cas de la vente des actifs par l'individu qui accorde la clause de non-concurrence, il n'est pas nécessaire d'allouer une partie de la contrepartie à la clause de non-concurrence, car l'exception du paragraphe 56.4(7) L.I.R. serait applicable et la contrepartie qui aurait dû être allouée à la clause de non-concurrence constituera un MCIA du vendeur. Le résultat serait le même que si une contrepartie était allouée à la clause de non-concurrence et les parties font le choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. Dans le cas de la clause de non-concurrence accordée par l'actionnaire de la société qui vend son entreprise, non seulement il n'est pas nécessaire, mais il est même préférable de ne pas allouer une partie de la contrepartie à la clause de non-concurrence car, si la société admissible reçoit la totalité du prix de vente, aucune réallocation ou requalification du prix de vente n'est possible et le plein montant qui aurait été attribué à la clause de non-concurrence sera imposable pour la société à

---

12 Par. 56.4(1) « montant pour achalandage » L.I.R.

13 Par. 56.4(1) « société admissible » L.I.R.

titre de MCIA. Une contrepartie allouée à la clause de non-concurrence serait incluse dans le revenu de l'actionnaire à titre de revenu ordinaire, car le choix de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. n'est pas permis dans ce cas.

Par contre, si l'exception n'est pas applicable – ce serait le cas par exemple si les membres de la famille de la personne qui a accordé la clause de non-concurrence, ou d'autres personnes ayant un lien de dépendance avec cette dernière, détiennent plus de 10 % des actions de la société qui vend les actifs d'entreprise – l'ARC pourrait requalifier de contrepartie pour la clause de non-concurrence la partie de la contrepartie qu'il est raisonnable de considérer comme étant une contrepartie pour la clause de non-concurrence et réattribuer cette contrepartie à la personne qui a accordé la clause. Il faudra alors déterminer si l'exception de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. pourrait venir en aide à la personne qui a accordé la clause de non-concurrence afin que cette dernière puisse s'imposer sur la somme comme MCIA plutôt que comme contrepartie pour la clause de non-concurrence. Malheureusement, dans l'exemple mentionné ci-dessus, l'exception ne serait pas applicable[14] et la personne ayant accordé la clause de non-concurrence devrait s'imposer sur la partie attribuable à la clause de non-concurrence à titre de revenu ordinaire.

Il est intéressant de noter qu'en raison de l'exigence voulant qu'aucune contrepartie attribuable à une clause de non-concurrence ne soit payable à un particulier ayant un lien de dépendance avec la personne qui accorde la clause (le particulier lié) ou une autre entité dans laquelle un particulier lié détient une participation, il ne sera jamais possible de bénéficier de l'exception du paragraphe 56.4(7) L.I.R. lorsque la totalité de la contrepartie pour une transaction de vente d'actifs est payée à la société si des membres de la famille de la personne qui accorde la clause de non-concurrence sont, directement ou indirectement, actionnaires de la société vendeuse. En effet, dans ce cas, la société vendeuse est un contribuable dans lequel un particulier lié détient une participation et si elle reçoit la totalité de la contrepartie pour la vente, incluant la partie que l'ARC pourrait considérer comme étant attribuable à la clause de non-concurrence, la condition n'est pas satisfaite.

Notons, finalement, que dans l'éventualité où l'exception du paragraphe 56.4(7) L.I.R. n'est pas applicable en raison du seul fait qu'un particulier lié

---

[14] Tel qu'il est mentionné à la section 2.2.2. ci-dessus, le choix de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. n'est pas applicable lorsque c'est l'actionnaire de la société vendeuse des actifs d'entreprise qui accorde la clause de non-concurrence.

ou un autre contribuable dans lequel un particulier lié détient une participation puisse avoir reçu une partie de la contrepartie qu'il est raisonnable de considérer comme étant la contrepartie pour la clause de non-concurrence, un choix de dernier ressort est possible en vertu de l'alinéa 56.4(9)b) L.I.R. proposé. Ce choix s'effectue conjointement par le vendeur et les particuliers liés ou autres contribuables en question ayant reçu une partie de la contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence en vertu de l'article 68 L.I.R. et a pour effet de réputer toute telle somme ne pas avoir été reçue par ces derniers et plutôt être une somme reçue par le vendeur à titre de montant pour achalandage[15]. Ainsi, le résultat serait que la personne ayant accordé la clause de non-concurrence aurait à s'imposer sur un MCIA.

3.2.3. Exception pour la disposition d'actions – Par. 56.4(8) L.I.R.

La dernière exception à la possibilité d'effectuer une requalification et réallocation de la contrepartie pour une transaction de vente est celle visant les dispositions d'actions[16]. Cette exception est nouvelle – elle était absente des versions antérieures des propositions législatives. Les conditions d'application de cette exception sont les suivantes :

a) La clause de non-concurrence est accordée par une personne (ci-après « vendeur ») à un contribuable (ci-après « acheteur ») avec lequel elle n'a aucun lien de dépendance. Tout comme dans le cas de l'exception du paragraphe 56.4(7) L.I.R., il faut porter une attention particulière dans la lecture de la disposition au fait que la personne qui est appelée « vendeur » est la personne qui accorde la clause de non-concurrence et pas nécessairement la personne qui dispose d'actions en faveur de l'acheteur.

b) La clause est une clause de non-concurrence.

c) La clause restrictive fait partie intégrante d'une convention écrite portant sur la disposition, en faveur de l'acheteur, d'actions du capital-actions

---

15 Al. 56.4(9)b) et 56.4(9)c) L.I.R.

16 Il est à noter que l'exception est plus large que la disposition d'actions seulement et vise en effet la disposition de biens dont une clause de non-concurrence protège la valeur. Toutefois, aux fins du présent texte, nous nous limitons à décrire l'exception en fonction de son application à la vente d'actions, car les critères d'application sont sensiblement les mêmes.

d'une société. Cette condition n'exige pas que la personne ayant accordé la clause soit la personne ayant effectué la disposition.

d) La disposition d'actions ne se fait ni par roulement ni par rachat.

e) Il est raisonnable de considérer que la clause de non-concurrence a été accordée dans le but de maintenir ou protéger la valeur des actions dont il a été disposé en faveur de l'acheteur.

f) Aucun particulier ayant un lien de dépendance avec le vendeur et aucun contribuable dans lequel un tel particulier détient une participation (ci-après désignés collectivement « vendeurs liés ») ne reçoit, directement ou indirectement, une partie de la contrepartie qu'il est raisonnable de considérer comme étant la contrepartie pour la clause de non-concurrence.

Si l'exception du paragraphe 56.4(8) L.I.R. proposé est applicable, il n'y aura aucune réattribution ou requalification de la partie de la contrepartie qu'il est raisonnable de considérer comme étant la contrepartie pour la clause de non-concurrence et celle-ci devra être incluse dans le produit de disposition des actions pour chaque personne ayant vendu des actions de la société acquise, au prorata[17]. Par exemple, si l'actionnaire unique qui détient les actions de sa société exploitante soit directement, soit indirectement par le biais d'un holding, dont il est lui-même le seul actionnaire, est celui qui accorde la clause de non-concurrence alors que c'est le holding qui a vendu les actions et qui reçoit la totalité de la contrepartie pour la transaction, aucune contrepartie n'ayant été allouée par les parties à la clause de non-concurrence, l'ARC ne pourra pas faire une réattribution de la partie de la contrepartie qu'elle considère comme étant relative à la clause de non-concurrence en vertu de l'article 68 L.I.R. et c'est le holding qui devra s'imposer sur cette contrepartie à titre de produit de disposition pour les actions de la société exploitante.

Il est à noter que contrairement à l'exception pour la vente d'actifs, l'exception pour la vente d'actions n'est pas assujettie à l'exercice d'un choix conjoint, elle est d'application automatique.

Ainsi, dans des structures corporatives relativement simples, comme celles décrites ci-dessus, nous croyons que la plupart des conditions d'application susmentionnées seront facilement remplies et les parties

---

[17] Al. 56.4(13)c) L.I.R.

n'auront pas à se préoccuper d'allouer ou non une contrepartie à la clause de non-concurrence. D'ailleurs, aucun formulaire de choix ne serait à produire, car l'exception est automatique. Toutefois, selon nous, la dernière condition énoncée ci-dessus, laquelle se retrouve à l'alinéa 56.4(8)g) L.I.R. proposé, devient problématique et devra être scrutée soigneusement si la structure de détention d'actions, directe ou indirecte, inclut des parties autres que la personne ayant accordé la clause de non-concurrence, et ce, particulièrement si les autres détenteurs d'actions sont des membres de la famille ou des entités détenues par ceux-ci.

En effet, l'alinéa 56.4(8)g) L.I.R. exige qu'aucun vendeur lié ne reçoive une partie de la contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence. Bien entendu, si l'ARC cherche à appliquer l'article 68 L.I.R., c'est qu'elle est d'avis qu'il y a une partie de la contrepartie pour la transaction de vente qualifiée par les parties à la transaction comme étant une contrepartie pour la disposition des actions et payée à ce titre à la personne qui les a vendues qui aurait dû être qualifiée de contrepartie pour la clause de non-concurrence. Or, si des membres de la famille détiennent soit des actions de la société exploitante dont les actions sont disposées, soit une participation dans une entité – par exemple une société de holding ou une fiducie familiale discrétionnaire – qui détient des actions de la société exploitante, ces personnes seront des vendeurs liés et en recevant la contrepartie identifiée par les parties comme le produit de disposition des actions, elles reçoivent forcément une contrepartie que l'ARC considère comme étant une contrepartie pour la clause de non-concurrence. Ainsi, l'exception ne sera pas applicable et, règle générale, il faudra considérer que la partie de la contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence reçue justement par de tels vendeurs d'actions est une contrepartie pour la clause de non-concurrence reçue par la personne qui l'a accordée et cette dernière devra, selon la règle générale, l'inclure dans son revenu à titre de revenu ordinaire[18].

Heureusement, comme dans le cas de l'exception pour le montant d'achalandage, il y a un choix de dernier ressort qui pourrait être effectué lorsque l'exception du paragraphe 56.4(8) L.I.R. n'est pas applicable en raison du seul fait que la condition de l'alinéa 56.4(8)g) L.I.R. n'est pas remplie. Ce choix, devant être produit par la personne qui a accordé la clause de non-concurrence et chacun des vendeurs liés ayant reçu la contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence, fait en sorte que la contrepartie réputée constituer une contrepartie pour la clause de non-concurrence reçue

[18] Par. 56.4(2) et art. 68 L.I.R.

par la personne qui l'a accordée soit plutôt traitée comme un produit de disposition provenant de la disposition d'immobilisations. Ce choix permet donc à la personne qui accorde la clause de non-concurrence d'obtenir un traitement de gain en capital plutôt que le traitement de revenu ordinaire et c'est donc le résultat le moins pénalisant. Toutefois, il n'en demeure pas moins que le contribuable qui accorde la clause de non-concurrence dans un tel scénario doit s'imposer sur une somme qu'il n'a pas reçue[19].

3.3. LA CONTREPARTIE RAISONNABLEMENT ATTRIBUABLE À UNE CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Tant l'article 68 L.I.R. que chacune des exceptions sont basés sur la notion de la contrepartie qui peut raisonnablement être considérée comme étant une contrepartie pour la clause restrictive. C'est cette notion qui, de façon générale, était étrangère à la législation fiscale et même du monde des affaires, qui ajoute de la complexité à des dispositions nouvelles déjà très complexes. En effet, les clauses de non-concurrence sont des composantes inhérentes de toute transaction de vente d'entreprise soit sous forme de vente d'actions ou de vente d'actifs et constituent un élément essentiel sans lequel les acheteurs ne seraient généralement pas prêts à conclure la transaction. Toutefois, il ne faisait pas partie de la culture générale des ventes d'entreprise d'attribuer une valeur aux engagements de non-concurrence ni de verser une contrepartie distincte pour ceux-ci. Les acheteurs versaient tout simplement une contrepartie pour les biens d'entreprise ou les actions laquelle contrepartie, bien entendu, était basée sur le fait que le vendeur et les personnes clés de l'entreprise acquise s'engageaient à ne pas concurrencer l'acheteur.

Toutefois, les nouvelles dispositions concernant les clauses restrictives ont changé cette réalité et maintenant il deviendra important de quantifier la contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence. En effet, même si les parties ne souhaitent pas allouer une partie de la contrepartie à la clause de non-concurrence, il faut pouvoir déterminer le montant qui y est raisonnablement attribuable afin de mettre les vendeurs et la personne qui accorde la clause de non-concurrence dans une position de pouvoir faire les différents choix qui s'imposent afin d'obtenir un traitement fiscal qui ne

---

[19] Par l'effet de l'alinéa 56.4(9)c.1) L.I.R., il sera possible pour le vendeur lié qui est une société, une fiducie ou une société de personnes de verser la contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence dans les 180 jours suivant sa réception sans autres incidences fiscales, car il y a une présomption que la somme ainsi versée était reçue par un tel vendeur lié à titre de mandataire pour la personne qui accorde la clause de non-concurrence.

serait pas pénalisant. En effet, pour l'instant, on ne sait pas si des choix tardifs ou modifiés en vertu de l'article 56.4 L.I.R. proposé seront permis. Conséquemment, si la réattribution et la requalification de la contrepartie se font après coup par l'ARC, alors que des choix tardifs ou modifiés ne sont pas permis, les vendeurs pourraient perdre la possibilité de bénéficier du traitement de gain en capital. Il est donc primordial pour ces derniers de s'assurer que soit les exceptions des paragraphes 56.4(5) à 56.4(8) L.I.R. sont applicables, soit les choix du paragraphe 56.4(9) L.I.R. sont faits et que pour ce faire, la contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence soit déterminée.

Mais la détermination de cette contrepartie attribuable à la clause de non-concurrence ne sera pas facile. En effet, comment détermine-t-on la valeur de la clause de non-concurrence? Dans une grande majorité des cas les acheteurs refuseraient tout simplement de procéder avec la transaction si les engagements de non-concurrence n'étaient pas donnés. Faut-il donc en conclure que la pleine valeur de la contrepartie est attribuable à la clause de non-concurrence? Nous croyons qu'une telle position serait déraisonnable. Comment alors faire cette évaluation? Nous ne croyons pas qu'il y a de réponse facile à cette question pour l'instant. Sûrement, des tendances vont s'établir au fur et à mesure que des interprétations techniques seront émises et que des décisions de jurisprudence seront rendues. Pour l'instant, les contribuables nagent dans l'inconnu et devront tenter de faire l'évaluation au meilleur de leurs connaissances lorsque ce sera nécessaire.

CONCLUSION

Le nouvel article 56.4 L.I.R. et l'article 68 L.I.R. modifié sont la réaction retentissante du ministère des Finances du Canada aux décisions de la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Manrell* et *Fortino*. Le coup encaissé par le Ministère en raison de ces décisions a été dur et il devait réagir pour protéger l'assiette fiscale contre des abus potentiels. Toutefois, selon nous, sa réaction, sous forme de la version actuelle et vraisemblablement finale des règles proposées, va au-delà de ce qui était nécessaire pour contrer de tels abus. En effet, une présomption d'inclure les contreparties **réelles** allouées aux clauses de non-concurrence dans le produit de disposition des actions ou des actifs dont il a été disposé dans la transaction dans le cadre de laquelle la clause de non-concurrence a été accordée aurait suffit pour assurer que ces contreparties soient imposables. Le Ministère a choisi, plutôt, de définir comme règle de base que de telles contreparties constituent un revenu ordinaire et, par surcroît, a, en pratique, imposé aux parties à toute transaction d'acquisition d'allouer une partie de contrepartie reçue aux clauses de non-concurrence accordées. Toutefois, la série d'exceptions et de

choix prévue à l'article 56.4 L.I.R. nous permet de conclure que généralement, le législateur n'est pas contraire à l'idée que les contreparties – réelles ou présumées – soient imposées à titre de gain en capital. Les différents choix et exceptions dictent également qui aura le fardeau de subir cette imposition. Malheureusement, cela a eu pour effet d'alourdir indûment le nouveau régime d'imposition. En effet, maintenant les contribuables, même ceux qui acceptent de subir une pleine imposition sur la contrepartie reçue dans le cadre d'une transaction de vente en l'allouant complètement aux actifs ou actions dont il est disposé, sont obligés de naviguer à travers les différents choix et exceptions afin de s'assurer de ne pas être pénalisés en se voyant dire par l'ARC qu'une partie de cette contrepartie est un revenu ordinaire et imposable comme tel.

FRAIS DE GESTION À L'INTÉRIEUR D'UN GROUPE



Hugues Lachance
CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 38:3

1. DÉFINITION 38:3

1.1. CARACTÈRE RAISONNABLE 38:4
1.1.1. Cadre législatif 38:4
1.1.2. Positions administratives 38:5
1.2. MÉTHODE DE FACTURATION 38:6
1.2.1. Facturation directe 38:6
1.2.2. Imputation indirecte 38:7

2. JURISPRUDENCE 38:8

2.1. AFFAIRE *COSTIGANE* C. *LA REINE* 38:8
2.2. AFFAIRE *PAZNER SCRAP METALS* C. *LA REINE* 38:8
2.3. AFFAIRE *SAFETY BOSS* C. *LA REINE* 38:8
2.4. AFFAIRE *LA REINE* C. *FERREL* 38:9

3. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION 38:10

3.1. UTILISATION DE PERTES 38:10
3.2. FIDUCIE DE SERVICES 38:12

CONCLUSION 38:13

INTRODUCTION

L'objectif du présent texte est d'analyser les conséquences fiscales à l'égard des frais de gestion dans un contexte canadien. Il existe des règles fiscales plus précises et une littérature abondante en ce qui a trait aux questions liées aux frais de gestion dans un contexte transfrontalier. Il n'est pas rare de voir les autorités fiscales remettre en question le caractère raisonnable des frais de gestion payables à une société ou autre entité ayant un lien de dépendance. Dans bien des cas, la documentation des services n'est pas suffisante pour justifier le montant des frais de gestion. De plus, la répartition des frais refacturés entre les sociétés du groupe n'est pas fondée sur une allocation raisonnable. Bien qu'il s'agisse en grande partie d'une question de fait, il existe certains paramètres visant à juger du caractère raisonnable ou non des frais de gestion.

Nous tenterons de définir ce que représentent des frais de gestion et de déterminer quels critères peuvent être utilisés pour juger du caractère raisonnable de tels frais et comment ces frais peuvent être facturés. Nous résumerons ensuite certaines décisions des cours canadiennes de l'impôt et, finalement, nous commenterons certains éléments de planification fiscale concernant les frais de gestion.

1. DÉFINITION

L'expression « frais de gestion » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]. On retrouve l'expression à l'alinéa 212(1)a) L.I.R. où l'on vient assujettir les honoraires ou frais de gestion ou d'administration à la retenue de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. lorsqu'un paiement est fait à une personne non résidente ayant un lien de dépendance[2].

Certains documents publiés par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») permettent de mieux comprendre ce que représente l'expression « frais de gestion ou d'administration ». Notamment, l'ARC considère que l'expression « gestion ou administration » comprend les fonctions de

---

1 L.R.C. (1985)5^{e} supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »)

2 Il faut noter que l'assujettissement à la retenue d'impôt ne s'applique que dans de rares cas. En effet, de nombreuses conventions fiscales signées par le Canada permettent de considérer les frais de gestion ou d'administration comme des profits d'entreprise et ne sont assujetties à aucun impôt canadien si le non-résident n'a pas d'établissement stable au Canada.

planification, direction, contrôle, les fonctions relatives aux systèmes et autres fonctions de gestion. Ces autres fonctions de gestion peuvent comprendre, entre autres, des services de gestion ou d'administration destinés à diverses sections d'une entreprise comme, par exemple, la comptabilité, les finances, le contentieux, le traitement électronique des données, les relations de travail, la consultation en gestion, les négociations patronales-syndicales, la gestion des ressources humaines et la fiscalité[3]. Cette liste ne constitue pas une définition exhaustive des honoraires de gestion.

1.1. CARACTÈRE RAISONNABLE

1.1.1. Cadre législatif

La déduction des frais de gestion dans un contexte national est principalement déterminée par les exigences de l'article 67 L.I.R. Pour être déductible, une dépense reliée aux frais de gestion doit être raisonnable dans les circonstances. Déterminer le caractère raisonnable d'une dépense, telle que des frais de gestion, est une question de fait qui devrait tenir compte, entre autres, des facteurs suivants :

- la nature des services rendus et le temps nécessaire pour rendre lesdits services; et

- les frais qui auraient pu être payés pour obtenir des services similaires de tierces parties[4].

On remarque que les facteurs énoncés précédemment sont également valides pour des transactions dans un contexte transfrontalier. Vous comprendrez que les principes énoncés en prix de transfert international[5] peuvent être utiles pour établir le caractère raisonnable des frais de gestion dans un contexte national, bien que les critères législatifs semblent moins contraignants lorsqu'il s'agit de transactions intérieures. L'article 67 L.I.R. impose moins de conditions et de contraintes que l'article 247 L.I.R.

---

3 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-468R, « Frais de gestion ou d'administration payés à des non-résidents », 29 décembre 1989.

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0154205, 14 janvier 2003.

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999.

Enfin, l'objet et l'esprit de l'article 67 L.I.R. peut se résumer avec la mention de cet extrait de l'arrêt *Gabco* c. *La Reine*[6] :

> « […] il ne s'agit pas, pour le ministre ou cette cour, de substituer leur jugement à ce qui constitue une somme raisonnable à payer mais plutôt, d'en arriver à la conclusion qu'aucun homme d'affaires raisonnable ne se serait engagé à payer une telle somme en ayant seulement le facteur commercial de l'appelant à l'esprit. »

1.1.2. Positions administratives

Les facteurs à considérer pour évaluer le caractère raisonnable des frais de gestion comprendront la nature, la qualité, la quantité et l'étendue des services rendus. On devra considérer également l'importance de l'activité ou du service pour la société et pour le groupe. Finalement, il faut s'assurer que la société qui paye pour les services de gestion ou d'administration en tire un avantage.

L'ARC a mentionné qu'elle contestera le caractère raisonnable des frais de gestion[7], et ce, même s'il s'agit d'honoraires de gestion versés à une société de gestion par une société exploitant une entreprise active. Cette mention a été faite dans le contexte de la rétribution de gestionnaires/actionnaires de société privée sous contrôle canadien[8].

Cette position de l'ARC vise, entre autres choses, à éviter certaines planifications fiscales que l'ARC pourrait juger inappropriées. Il est mentionné que l'acceptation de frais de gestion excessifs permettrait à certains contribuables de multiplier l'utilisation de la déduction pour petite entreprise[9] ou de faciliter le transfert de pertes entre sociétés sous contrôle commun[10].

---

6 1968 C.T.C. 313 (C. de l'É.) (ci-après « *Gabco* »)

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

8 Par. 125(7) L.I.R.

9 Par. 125(1) L.I.R.

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9641607, 2 avril 1997.

1.2. MÉTHODE DE FACTURATION

Les critères suivants s'inspirent des politiques de prix de transfert dans un cadre international, il ne s'agit pas d'une exigence afin de déterminer le caractère raisonnable d'une dépense de frais de gestion; par contre, ces méthodes peuvent considérablement faciliter la justification d'une telle dépense.

La préparation d'une facture est importante pour justifier la dépense de frais de gestion. La préparation d'une facture donne une forme juridique à l'opération contrairement à une simple écriture de journal. Il est recommandé de décrire les services rendus sur les factures ou d'avoir une entente de services qui décrit les services rendus et les parties concernées. Il est également préférable de procéder par une facturation mensuelle ou périodique :

> « Il peut aussi y avoir une majoration appliquée aux montants des frais de gestion. Une majoration de l'ordre de 15 % peut-être justifié mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une question de faits[11]. Pour déterminer si une majoration s'impose et son montant, s'il y a lieu, il faut tenir compte de divers facteurs, notamment :
>
> • la nature de l'activité;
>
> • l'importance de l'activité pour le groupe;
>
> • l'efficience relative du fournisseur du service;
>
> • les avantages que le groupe obtient de cette activité.
>
> Par exemple, il peut arriver que l'efficience relative de certains prestataires de services n'ayant aucun lien de dépendance ne soit pas comparable aux services intra-groupe, lorsque ces services sont offerts au groupe occasionnellement et non pas à titre d'activité normale et récurrente[12]. »

1.2.1. Facturation directe

La méthode de facturation directe consiste à établir une facturation spécifique pour chaque service identifiable. Le ministère préfère la méthode

---

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9634905, 25 mars 1997 et 9830935, 7 janvier 1999.

12 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, par. 164.

de facturation directe plutôt que la méthode d'imputation indirecte. La méthode de facturation directe devrait être utilisée dans les cas où le contribuable fournit à d'autres membres du groupe des services qui, selon le cas :

- sont les mêmes ou sont similaires à ceux fournis à des parties n'ayant aucun lien de dépendance; ou

- peuvent raisonnablement être définis et quantifiés.

1.2.2. Imputation indirecte

La méthode d'imputation indirecte consiste à répartir les coûts d'un service fourni à plusieurs entités et à allouer à l'entité visée sa quote-part de la valeur de ce service selon une base ou une clé de répartition. Toutefois, il arrive qu'un service soit offert à un certain nombre de parties ayant un lien de dépendance et qu'on ne puisse établir la part de la valeur du service directement attribuable à chacune des parties (par exemple, une étude de marché mondial qui sert à toutes les parties ayant un lien de dépendance). En pareil cas, on peut utiliser la méthode d'imputation indirecte. Cette méthode devrait produire une imputation comparable à celle que des parties n'ayant aucun lien de dépendance accepteraient. Cette méthode permettrait également l'imputation de certains frais généraux qui ont été expressément engagés à l'égard des services de gestion[13].

Le contribuable doit tenir compte de la nature et de l'utilisation du service, lors du choix d'une clé de répartition (par exemple, les ventes, les bénéfices bruts ou les bénéfices d'exploitation, les unités utilisées, produites ou vendues, le nombre d'employés ou le capital investi). Par exemple, la meilleure clé de répartition pour évaluer l'avantage que chaque membre d'un groupe retire d'un service centralisé de ressources humaines (tel que l'administration d'un régime d'avantages des employés du groupe) peut être le nombre proportionnel d'employés de chaque membre du groupe.

---

[13] Voir, à cet effet, AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-468R, « Frais de gestion ou d'administration payés à des non-résidents », 29 décembre 1989, par. 8. Le ministère y commente l'expression suivante : « une dépense engagée expressément ».

2. JURISPRUDENCE

2.1. AFFAIRE *COSTIGANE* C. *LA REINE*[14]

Un dentiste a établi une fiducie familiale, laquelle rendait des services de gestion et d'administration à la pratique professionnelle. Les enfants du dentiste étaient bénéficiaires de la fiducie. Des honoraires de gestion étaient versés à la fiducie pour les services, lesquels étaient facturés avec un multiple de quatre à cinq fois le salaire horaire des employés du dentiste. Les montants payés ont été considérés comme déraisonnables selon l'article 67 L.I.R. Le contribuable n'a pas été capable de démontrer qu'il aurait payé le même prix si des services semblables avaient été rendus par une personne sans lien de dépendance. Le tribunal a accordé une majoration de 15 %.

2.2. AFFAIRE *PAZNER SCRAP METALS* C. *LA REINE*[15]

Cette décision nous rappelle combien il est important de documenter les frais de gestion facturés entre sociétés sous contrôle commun. Le contribuable a déduit des frais de gestion payables à une société dont le président était administrateur du contribuable. L'ARC a refusé la totalité des frais de gestion et la Cour n'a admis qu'une partie de ces frais. Le contribuable n'a pas réussi à justifier les frais de gestion qui lui étaient facturés. Les factures ne décrivaient pas suffisamment les services rendus. D'autres décisions semblables ont également été rendues par les tribunaux[16].

2.3. AFFAIRE *SAFETY BOSS* C. *LA REINE*[17]

Safety Boss était une société contrôlée par un seul actionnaire dirigeant, lequel était non résident du Canada. La principale activité de la société consistait à éteindre des feux de puits de pétrole. L'expertise de la société était attribuable à l'expérience et à la notoriété de l'actionnaire dirigeant, M. Michael Miller, résident des Bermudes. M. Miller comptait plus de 30 ans d'expérience et était, à l'origine, résident canadien. L'ARC avait refusé une portion de la rémunération versée à titre de bonis et honoraires de

---

14 [2003] C.T.C. 2087 (C.C.I.).

15 91 D.T.C. 1153 (C.C.I.).

16 *Bronson Home Ltd*. c. *La Reine*, 93 D.T.C. 710 (C.C.I.) et *Agricultural and Industrial Corporation and Brimstone Export Limited* c. *La Reine*, 91 D.T.C. 1286 (C.C.I.).

17 2000 D.T.C. 1767 (C.C.I.) (ci-après « *Safety Boss* »).

gestion en prétendant qu'il s'agissait d'une dépense non déductible en raison du caractère déraisonnable de ceux-ci. De plus, la portion non raisonnable avait été considérée comme un avantage à un actionnaire et l'ARC désirait cotiser l'impôt de la Partie XIII L.I.R. sur ce montant.

Le juge Bowman a conclu que la rémunération versée et les honoraires de gestion étaient raisonnables étant donné que le succès de l'entreprise reposait essentiellement sur l'expertise importante très particulière de M. Miller. Ce dernier bénéficiait d'une notoriété mondiale. Le juge a considéré que, puisque des parties non liées comme l'État du Koweït acceptaient de verser des sommes importantes pour tirer profit de son expertise, les bonis et honoraires de gestion versés par Safety Boss à son principal actionnaire dirigeant étaient raisonnables. Le juge Bowman a appuyé ses conclusions sur l'arrêt *Gabco*. Il est mentionné que les sommes versées à l'actionnaire n'excédaient pas des sommes qui auraient été versées à une personne sans lien de dépendance :

> « It has in my view been overwhelmingly established that the bonus paid to Mr. Miller in 1991 and the fees paid in 1992 to his company SBIL were fully commensurate with the services rendered by Mr. Miller and were not in excess of the amounts that it would have been reasonable to pay had the parties been at arm's length[18, 19]. »

2.4. AFFAIRE *LA REINE* C. *FERREL*[20]

Cette affaire concerne un contribuable, Keith Ferrel, auteur d'une fiducie familiale qui détenait la totalité des actions participantes d'une société de gestion. Une entente de services est intervenue entre la fiducie et la société de gestion afin que la fiducie puisse rendre des services à la société en échange de frais de gestion. Le revenu gagné par la fiducie était attribué aux enfants mineurs de M. Ferrel. Les frais de gestion étaient pleinement déductibles puisqu'il y avait des services de gestion rendus par la fiducie. L'ARC a tenté de réallouer le revenu sur la base des paragraphes 56(2) et 56(4) L.I.R. à M. Ferrel sans succès. Cette décision en faveur du contribuable a entraîné l'introduction de l'impôt sur le revenu fractionné dans le budget de 1999.

---

18 Le juge a ajouté le commentaire suivant : « I have with some difficulty resisted the temptation to comment on what Mr. Miller received in comparison to what presidents of large public corporations or baseball and basketball players get paid. »

19 *Safety Boss*, précité, note 17, p. 13, par. 53.

20 99 D.T.C. 511 (C.A.F.).

3. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION

3.1. UTILISATION DE PERTES

Une planification d'utilisation de pertes serait d'augmenter le revenu de gestion ou d'administration d'une société déficitaire en lui permettant de rendre des services à d'autres sociétés du groupe sous contrôle commun. Rappelons, d'abord, que le ministre des Finances a publié des Notes explicatives[21] concernant le paragraphe 245(2) L.I.R. au sujet des transferts de revenus ou de déductions au sein d'un groupe de sociétés liées. On pouvait y lire ceci :

> « Des exceptions sont expressément prévues dans le cas des opérations qui permettraient à des corporations canadiennes liées à une corporation donnée de se prévaloir des pertes, des déductions ou des crédits acquis par cette dernière. En fait, l'agencement de la Loi, prise dans son ensemble, ainsi que l'objet déclaré et l'esprit des règles sur la limitation des pertes des corporations permettent manifestement des opérations de ce genre entre des corporations liées lorsque ces opérations ont par ailleurs des effets juridiques et qu'elles sont conformes à la lettre et à l'esprit de ces exceptions[22]. »

L'ARC a réitéré la position mentionnée dans les *Notes explicatives* du Projet de loi C-139 de 1988, sur une structure de financement avec actions ordinaires dans une *Circulaire d'information*[23] :

> « 5. – Consolidation des bénéfices et des pertes dans un groupe corporatif – Faits
>
> Bénéfices ltée et Pertes ltée sont des corporations canadiennes imposables. Pertes ltée est une filiale possédée en propriété exclusive par Bénéfices ltée. Pertes ltée a des pertes autres qu'en capital qui seraient déductibles si Pertes ltée avait des revenus. Afin que Pertes ltée produise des revenus dont elle peut déduire ses pertes autres qu'en capital, Bénéfices ltée emprunte de l'argent de sa banque et utilise les fonds pour souscrire à des actions ordinaires de Pertes ltée. Pertes ltée prête ces fonds à Bénéfices ltée à un taux d'intérêt commercial. Bénéfices ltée rembourse la banque. Le montant souscrit en actions ne dépasse pas le montant des fonds que Pertes ltée peut raisonnablement emprunter pour

---

21 CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives*, Projet de loi C-139, 30 juin 1988.

22 *Id*.

23 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Supplément 1 – Disposition générale anti-évitement », 13 juin 1990, par. 5.

son entreprise en se basant uniquement sur le crédit accordé par un prêteur avec lequel elle n'a aucun lien de dépendance.

Interprétation

Les Notes explicatives de l'avant-projet de législation et de règlement concernant la réforme fiscale, publiées par le ministre des Finances en juin 1988, stipulent que le transfert de revenus entre des corporations liées effectué au moyen d'opérations légalement valides n'entraînerait normalement pas un abus des dispositions de la Loi ou un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble. Les opérations effectuées entre Bénéfices ltée et Pertes ltée, qui sont des corporations liées, ne seraient donc pas considérées comme un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble. Cette interprétation n'aborde pas la question de la déductibilité de l'intérêt payable par Bénéfices ltée à sa banque ou à Pertes ltée. Cet intérêt serait déductible conformément à l'alinéa 20(1)c) de la Loi à la condition que Bénéfices ltée acquière les actions de Pertes ltée en vue de tirer un revenu des actions[24]. »

Et finalement en 1994[25], l'ARC reprenait cette même position :

« [L]e transfert de revenus ou de déductions entre des sociétés liées, par l'utilisation d'opérations légales et dans le respect des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi »), ne sera pas, d'ordinaire, considéré comme un abus de la Loi lue dans son ensemble, pour l'application de la règle générale anti-évitement énoncée à l'article 245. »

Ces positions de l'ARC ont été remises en question à certains moments par le passé. Une date importante fut le 26 avril 1995, date à laquelle l'ARC modifiait sa position afin que dorénavant le transfert d'attributs fiscaux soit permis entre sociétés canadiennes affiliées au lieu de sociétés liées. Ce changement visait à mieux cerner l'unité économique (c'est-à-dire le contribuable, son conjoint et les sociétés (et sociétés de personnes) qu'ils contrôlent), aux fins d'imposer des restrictions plus appropriées aux transferts d'attributs fiscaux[26].

---

24 *Id*.

25 « Tribune de Revenu Canada », dans *1994 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, pp. 47:1-20, question 2, aux pages 47:11.

26 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:1-42, question 1.1, aux pages 53:13-14.

Ainsi, le ministère accepte le transfert d'attributs fiscaux entre personnes affiliées; cependant, il a bien fait de préciser qu'il n'accepterait pas le transfert de tels attributs à l'extérieur d'un groupe de sociétés affiliées :

> « Il convient de souligner, bien entendu, qu'une opération de consolidation de pertes qui a pour but de contourner d'autres règles de limitation des pertes, comme celles prévues par le paragraphe 111(5) pourrait être considérée comme abusive[27]. »

Il semble donc permis de réorganiser les affaires et la structure d'un groupe de sociétés affiliées afin d'utiliser les pertes d'une des sociétés du groupe. L'utilisation de frais de gestion à cet égard serait possible dans la mesure où les frais sont raisonnables dans les circonstances. À cet effet, l'ARC s'est prononcée sur cette question :

> « In the Departement's view any method used to transfer losses within a corporate group will only be effective provided it complies with the provison of the Act, including section 67 of the Act which requires that any amount deducted in computing income will only be allowable to the extent that the amount is reasonable. Consequently, the Department's general position is that in order for management fees paid from one corporation to another to be deductible, such fees have been incurred by the payer for the purpose of earning income and the amount of such fees must be reasonable in the circumstances after considering the services rendered by the recipient ot its employees. »

3.2. FIDUCIE DE SERVICES

On pourrait procéder à la création d'une fiducie qui aurait pour but de rendre des services à une société exploitante (ci-après « OPCO »). On prend pour hypothèse que la fiducie n'a aucun lien de dépendance avec la société exploitante et que l'employé de la fiducie n'est pas actionnaire d'OPCO ou ne serait pas un actionnaire déterminé[28]. De plus, l'employé qui serait un cadre de la société serait imposé au taux marginal le plus élevé et les membres de la famille auraient un revenu faible. La planification comprendrait les étapes suivantes :

1) Création d'une fiducie entre vifs établie au bénéfice du conjoint et/ou des enfants;

---

27 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, 30 octobre 2002.

28 Par. 248(1) L.I.R.

2) La fiducie conclut un contrat de service avec OPCO pour fournir des services de gestion;

3) L'employé-cadre conclut un contrat d'emploi avec la fiducie;

4) La fiducie tire un revenu d'entreprise du contrat de service conclu avec OPCO;

5) La fiducie paye un salaire à l'employé-cadre;

6) La fiducie paye le revenu imposable résiduel au conjoint et/ou aux enfants.

L'une des problématiques de cette planification serait la possible application de l'article 120.4 L.I.R. Or, l'entreprise serait exploitée par la fiducie directement pour son propre compte et, dans le cas présent, le revenu gagné par la fiducie ne serait pas du « revenu fractionné »[29]. L'ARC s'est prononcée sur une structure semblable[30]. D'autres questions sont à revoir notamment à l'égard de la valorisation du contrat d'emploi et des taxes de vente.

CONCLUSION

Les frais de gestion à l'intérieur d'un groupe ne font pas l'objet de règles aussi détaillées que celles visant les prix de transfert internationaux. Cependant, le ministère continue d'apporter une attention particulière au caractère raisonnable des frais de gestion lorsque ceux-ci sont payables entre sociétés ayant un lien de dépendance. Les frais de gestion payés entre sociétés ayant un établissement dans différentes provinces du Canada ou encore les frais payés à une société de gestion ou toute autre entité (fiducie, société de personnes) sont susceptibles d'être examinés par le ministère. Il est donc tout aussi important de bien documenter les frais de gestion dans un contexte national. Cette documentation n'a pas à être aussi élaborée que celle requise dans un contexte international, mais une description des services rendus s'impose. Cette description peut se faire à même la facturation ou par la préparation d'une entente de services.

---

29 Par. 120.4(1) L.I.R.

30 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-1160965, 12 décembre 2002.

TAXES À LA CONSOMMATION – DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS



Maryse Janelle
Avocate, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 39:3

1. QUELQUES PARTICULARITÉS CONCERNANT L'EXPORTATION 39:3

1.1. BIENS MEUBLES INCORPORELS FOURNIS À DES NON-RÉSIDENTS 39:3
1.1.1. Exemples de fourniture de biens meubles incorporels détaxés 39:6
1.2. PIÈCES JUSTIFICATIVES REQUISES PAR L'ARC 39:7
1.3. EXPORTATION DE BIENS MEUBLES CORPORELS 39:8
1.3.1. Rappel des règles de détaxation 39:8
1.4. DÉCLARATION DE L'ACQUÉREUR 39:10
1.5. CERTIFICAT D'EXPÉDITION OU DE CENTRE DE DISTRIBUTION DES EXPÉDITIONS 39:11

2. IMPORTATIONS ET CRÉDITS DE TAXE SUR LES INTRANTS 39:11

2.1. LE PROBLÈME 39:12
2.1.1. TPS payable par l'importateur officiel/Droit au CTI pour l'importateur de fait 39:12
2.2. PARAGRAPHE 178.8(2) L.T.A. : L'IMPORTATEUR DE FAIT A DROIT AUX CTI 39:13
2.3. LES PARTIES PEUVENT S'ENTENDRE AFIN DE DÉPLACER LE CTI ... 39:14
2.4. TRANSFERT DES CTI POUR LA TPS PAYABLE PAR UN ACQUÉREUR NON INSCRIT 39:16
2.5. IMPORTATION DE PRODUITS EN VUE DE LA PRESTATION D'UN SERVICE COMMERCIAL 39:16

3. REMBOURSEMENT DE TAXE PAYÉE PAR ERREUR 39:16

4. DIVULGATIONS VOLONTAIRES 39:19

5. FISCALITÉ AUTOCHTONE 39:20

INTRODUCTION*

Bien que la législation concernant la taxe sur les produits et services[1] (ci-après « TPS ») et la taxe de vente du Québec[2] (ci-après « TVQ ») n'ait pas fait l'objet d'un nombre important de modifications pendant la dernière année, les décisions rendues par les tribunaux et les politiques administratives annoncées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et Revenu Québec ont maintenu l'intérêt des praticiens. Les sujets abordés dans ce texte ont été choisis pour leur intérêt dans une pratique générale en fiscalité. Les incidences liées aux importations et exportations sont multiples pour les entreprises que l'on dessert et les développements à cet égard méritent que l'on s'y arrête un peu. D'autre part, les questions d'administration comme la taxe payée par erreur, les divulgations volontaires et les modifications au calcul des pénalités et intérêts sont aussi d'actualité compte tenu de leur incidence pour nos clients.

À la fin de ce texte, nous prendrons quelques minutes pour résumer les objectifs et moyens retenus afin de mettre en place le régime parallèle de la TPS des Premières Nations[3].

1. QUELQUES PARTICULARITÉS CONCERNANT L'EXPORTATION

1.1. BIENS MEUBLES INCORPORELS FOURNIS À DES NON-RÉSIDENTS

En raison de l'application des présomptions relatives au lieu de la fourniture, la fourniture d'un bien meuble incorporel (ci-après « BMI ») est réputée effectuée au Canada si le bien peut être utilisé, en totalité ou en partie, au Canada[4]. Cette condition est interprétée très restrictivement faisant en sorte d'assujettir les BMI à la TPS ou la TVQ en l'absence de restriction

---

* L'auteure remercie M^me^ Maya Loutfi, qui a contribué à la préparation de ce texte.

1 *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

2 *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

3 *Loi sur la taxe sur les produits et services des premières nations*, L.C. 2003, c. 15 et mod.

4 Il convient toutefois de noter que les BMI se rapportant à un immeuble sont réputés fournis au Canada si l'immeuble y est situé. Les fournitures de BMI qui se rapportent à un bien meuble corporel habituellement situé au Canada sont réputées effectuées au Canada ainsi que les fournitures de BMI qui se rapportent à un service à rendre au Canada (art. 142 L.T.A.).

formelle et absolue d'utilisation au Canada ou au Québec. Or, la seule mesure de détaxation possible concernant les BMI visait les propriétés intellectuelles et le droit d'utiliser de telles propriétés. En effet, plusieurs décisions ont été rendues par les autorités fiscales, notamment en ce qui a trait à la fourniture de droits d'accès à une banque de données au Canada qui peut être utilisée au Canada, dans lesquelles le lieu de résidence de l'acquéreur a été jugé non pertinent afin de permettre l'application de mesures de détaxation étant donné qu'il ne s'agissait pas d'une propriété intellectuelle[5]. Cet état du droit faisait jusqu'alors en sorte d'entraîner l'application possible de la TPS et de la TVQ à des non-résidents pour des transactions n'ayant qu'un lien potentiel avec le Canada.

La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Dawn's Place* c. *La Reine*[6] illustre bien la problématique antérieure aux récents amendements législatifs. Une compagnie exploite un site pornographique et facture à ses clients des frais pour s'inscrire et visualiser les photos et les vidéos. La presque totalité des clients (90 %) est des non-résidents. La question est de savoir si la compagnie fournit des images, soit un BMI ou un droit de propriété intellectuelle du contenu de son site. La Cour d'appel fédérale conclut qu'il s'agit de la vente d'un BMI. Les conséquences de cette décision sont que tout exploitant d'un site Internet qui fournit des images à des abonnés non résidents doit percevoir et remettre la taxe sur ces fournitures.

Cet état du droit pouvait avoir une incidence négative à l'égard de l'industrie du commerce électronique lorsque les acquéreurs non résidents n'étaient pas inscrits et ne pouvaient pas réclamer la TPS ni la TVQ au moyen de crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») ou de remboursements de taxe sur les intrants (ci-après « RTI »).

Cette situation a donc été corrigée lors du dépôt du Budget fédéral par le ministre des Finances[7], en réaction à la décision rendue dans l'affaire *Dawn's Place*. En effet, les fournitures de BMI effectuées après le 19 mars 2007[8] à des personnes non résidentes et non inscrites aux fins de la TPS sont

---

5 REVENU QUÉBEC, (en ligne : www.taxnetpro.com), lettre d'interprétation 03-0101794, 24 février 2003; REVENU QUÉBEC, (en ligne : www.taxnetpro.com), lettre d'interprétation 03-0106520, 8 juillet 2003.

6 [2006] G.S.T.C. 137 (C.A.F.) (ci-après « *Dawn's Place* »).

7 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

8 En général, la fourniture est réputée effectuée au moment où l'entente visant la fourniture est passée (art. 133. L.T.A.). Cependant, selon l'article 136.1 L.T.A., si la

(à suivre…)

maintenant détaxées. L'utilisation croissante d'Internet, la force de ce secteur dans notre économie et la variété des produits qui peuvent être fournis sous forme incorporelle sont à l'origine de ce changement. Cette nouvelle mesure fiscale devrait permettre aux entreprises canadiennes qui font des affaires par le biais d'Internet de ne pas être désavantagées sur le plan concurrentiel pour leurs ventes à des non-résidents.

Pour faire une corrélation avec le régime actuel et asseoir l'assiette fiscale quant aux transactions liées à une utilisation canadienne, des exceptions sont prévues afin que ces changements ne s'appliquent pas aux fournitures de BMI suivantes :

- une fourniture effectuée à un particulier qui se trouve au Canada au moment où la fourniture est effectuée;

- une fourniture qui se rapporte à un immeuble situé au Canada ou à un bien meuble corporel qui est habituellement situé au Canada;

- une fourniture qui se rapporte à la fourniture d'un service effectué au Canada et qui n'est pas détaxée comme une exportation, un service de transport ou un service financier;

- une fourniture qui peut être utilisée seulement au Canada;

- une fourniture qui consiste à mettre une installation de télécommunication, qui est un BMI, à la disposition de l'acquéreur qui peut l'utiliser pour rendre un service de télécommunication;

- une fourniture qui est prescrite par règlement.

Il convient de noter que ces amendements législatifs introduits à l'article 10.1 de la Partie V de l'annexe VI L.T.A. sont rétroactifs à la date

---

(…suite)

fourniture est effectuée par licence à laquelle un paiement est imputable au cours d'une période où les BMI sont utilisés, elle sera considérée comme effectuée le premier en date des jours suivants :

- le premier jour de la période;
- le jour où le paiement devient exigible;
- le jour où le paiement est effectué.

d'introduction de la TPS le 1er janvier 1991. L'application de l'article 10.1 L.T.A. est rétroactive pour les fournitures effectuées après le 19 mars 2007 et à celles faites antérieurement à cette date dans les cas où la TPS n'a pas été facturée ni perçue pour ces fournitures par le fournisseur.

Si l'ARC a déjà cotisé un fournisseur pour une fourniture qui est détaxée à la suite de ces modifications, le fournisseur pourra présenter une demande pour qu'une nouvelle cotisation soit établie dans une période de deux ans suivant l'entrée en vigueur des amendements législatifs. Le contribuable recevra un remboursement de la somme de tout paiement en trop ainsi que l'intérêt au taux réglementaire pour la période commençant le jour où le contribuable a payé le montant et se terminant le jour où le remboursement lui est versé.

Notons que le Budget provincial du 24 mai 2007[9] annonce que des modifications seront également apportées au régime de la taxe de vente du Québec afin d'y intégrer les nouvelles mesures fédérales relatives aux exportations de BMI.

1.1.1. Exemples de fourniture de biens meubles incorporels détaxés

Voici des exemples donnés par l'ARC de fournitures de BMI qui seront maintenant détaxées en vertu des amendements législatifs[10] :

- abonnements à des sites Web octroyant le droit d'accéder, d'utiliser et de télécharger leur contenu numérisé (ex. : renseignements d'une base de données ou des images);

- abonnements à des sites Web interactifs offrant un droit d'accéder au contenu numérisé du site et d'utiliser ce contenu (ex. : jeux, musique et vidéos) pendant qu'ils sont en ligne;

- renseignements numérisés (ex. : articles et données du marché boursier) livrés périodiquement par voie électronique aux abonnés selon leurs préférences personnelles;

---

9 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 24 mai 2007, p. 42.

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-034, « Exportations de biens meubles incorporels », avril 2007, p. 2.

- produits numérisés (musique, images et livres) téléchargés à partir de sites Web et payés individuellement.

1.2. PIÈCES JUSTIFICATIVES REQUISES PAR L'ARC

Pour s'assurer que les fournitures de BMI soient détaxées, les fournisseurs doivent vérifier et conserver certaines preuves que les fournitures respectent les exigences de l'article 10.1 de la Partie V de l'annexe VI L.T.A. Les preuves suivantes sont jugées suffisantes, dans la mesure où elles sont tout obtenues :

- autodéclaration en ligne des clients attestant :
  - qu'ils ne sont pas inscrits aux fins de la TPS,
  - qu'ils ne sont pas résidents du Canada,
  - leur adresse domiciliaire complète;
- méthode de vérification de résidence satisfaisante appuyant l'autodéclaration :
  - si les clients paient les fournitures de BMI par carte de crédit ou carte de débit, soit que l'adresse domiciliaire déclarée du client est comparée à l'adresse de facturation, soit que l'adresse domiciliaire du client est comparée à l'emplacement de l'institution financière qui a délivré la carte,
  - l'utilisation d'un logiciel de géolocalisation;
- preuve satisfaisante que les clients sont physiquement à l'étranger au moment où la fourniture est effectuée. Sur ce point également, l'ARC acceptera l'utilisation d'un logiciel de géolocalisation.

1.3. EXPORTATION DE BIENS MEUBLES CORPORELS

1.3.1. Rappel des règles de détaxation

Les représentants de Revenu Québec ont rappelé les règles concernant les mesures de détaxation à l'importation lors du dernier symposium des taxes à la consommation[11].

Ainsi, la fourniture d'un bien meuble corporel est détaxée lorsque le fournisseur est responsable de l'exportation du bien comme suit[12] :

- Le mandataire expédie le bien à une destination hors Québec.

- Il transfère la possession du bien à un transporteur public ou à un consignataire dont les services ont été retenus pour expédier le bien à une destination hors du Québec.

- Il envoie le bien par courrier ou messagerie à une adresse hors du Québec.

De plus, lorsqu'une personne effectue une fourniture à une personne autre qu'un consommateur, la fourniture est détaxée lorsque l'acquéreur a l'intention d'expédier le bien hors du Canada (Québec) et que les conditions suivantes sont respectées[13] :

- L'acquéreur expédie le bien hors du Québec dans un délai raisonnable après qu'il lui a été délivré par la mandataire.

- Le bien n'est pas acquis par l'acquéreur pour consommation, utilisation ou fourniture au Québec (Canada) avant son expédition hors du Québec (Canada) par ce dernier.

- Entre le moment où la fourniture est effectuée et celui où l'acquéreur expédie le bien hors du Québec, le bien n'est pas davantage traité,

---

11 Serge BOUCHARD, Lucie SAINT-PIERRE, Carole THÉRIAULT, « Les sujets techniques de l'heure », dans *Colloque – Symposium sur les taxes à la consommation*, 169, Montréal, Association de planification fiscale et financière, mai 2007, pp. 8:1-72.

12 Art. 190 L.T.V.Q. et article 12 de la Partie V de l'annexe VI L.T.A.

13 Art. 179 L.T.V.Q. et article 1 de la Partie V de l'annexe VI L.T.A.

transformé ou modifié au Québec, sauf dans la mesure raisonnablement nécessaire ou accessoire à son transport.

- Le mandataire possède une preuve satisfaisante de l'expédition du bien hors du Québec par l'acquéreur.

- Lorsque la vente est faite à une personne autre qu'un consommateur, l'exportation physique peut être faite par l'acquéreur dans la mesure où celui-ci transmet des preuves d'exportation au fournisseur pour justifier la détaxation.

- L'obtention des documents justifiant l'application des mesures de détaxation doit être faite avec vigilance. Les autorités fiscales ont préparé une liste des documents qui peuvent constituer des preuves suffisantes d'exportation[14].

Les pièces suivantes seront jugées suffisantes par Revenu Québec pour démontrer que le bien a été exporté à l'extérieur du Québec et du Canada :

- certificat d'expédition;

- certificat de centre de distribution des expéditions;

- facture commerciale;

- convention d'achat ou facture du fournisseur au client;

- copie du connaissement délivré par le transporteur ou en son nom, ou des documents non négociables, tels les feuilles d'expédition, les feuilles de route, les feuilles de décomposition, les lettres de transport maritime, les reçus de marchandises et les documents de transport combinés ou multiples. Lorsque les connaissements ne sont pas utilisés dans le commerce en question, les parties doivent employer les expressions « franco transporteur (nom du point) » ou « port payé jusqu'à (nom du point) », ou bien préciser par le biais d'un Incoterm (FAB, CF ou CAF) que le vendeur doit fournir à l'acheteur les documents habituels ou une autre preuve de livraison des biens au transporteur;

---

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Série des mémorandums sur la TPS/TVH* Section 4.5.2, « Exportations – Biens meubles corporels », novembre 1997, par. 13; REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ. 179-2/R1, « Fourniture d'un bien meuble corporel à être expédié hors du Québec », 29 juin 2007, annexe.

- factures pour la fourniture, délivrées par le courtier en douane ou le transitaire;

- documents d'importation exigés par le pays vers lequel les biens sont expédiés;

- copie des documents provenant de l'organisme de réglementation étranger, si les biens ont été enregistrés dans le cas de véhicules motorisés, y compris les bateaux, les navires et les aéronefs.

Par contre, il convient de noter que, dans un contexte interprovincial, il peut être difficile d'obtenir certains types de preuves en raison, notamment, de la distance ou des moyens de transport utilisés. Revenu Québec a donc prévu certains allégements quant aux preuves admissibles.

1.4. DÉCLARATION DE L'ACQUÉREUR

Une déclaration écrite et signée par l'acquéreur, qui n'est pas un consommateur, attestant que le bien sera expédié hors du Québec sera une preuve jugée suffisante par Revenu Québec.

La déclaration doit contenir les informations suivantes :

- identification de l'acquéreur de la fourniture;

- numéro d'inscription de l'acquéreur aux fins de la TPS/TVH et de la TVQ, le cas échéant;

- description du bien;

- confirmation que le bien sera expédié hors du Québec, mais au Canada par l'acquéreur;

- attestation indiquant que la personne qui signe la déclaration y est autorisée.

Une déclaration distincte est requise pour chaque fourniture de bien meuble corporel.

1.5. CERTIFICAT D'EXPÉDITION OU DE CENTRE DE DISTRIBUTION DES EXPÉDITIONS

Si l'acquéreur (qui n'est pas un consommateur) est inscrit au régime de la TVQ, la remise par lui au fournisseur d'un certificat d'expédition ou de centre de distribution des expéditions, au sens des articles 350.23.7 et 427.3 L.T.V.Q., constitue des preuves jugées suffisantes par Revenu Québec[15].

2. IMPORTATIONS ET CRÉDITS DE TAXE SUR LES INTRANTS

L'ARC a publié le 1er juin dernier, l'*Énoncé de politique* P-125R, « Droit à des crédits de taxe sur les intrants pour la TPS »[16]. Bien qu'il se veuille une révision de l'*Énoncé de politique* P-125, le document en question discute abondamment du nouvel article 178.8 L.T.V.Q.[17], des incidences liées à l'application de l'article 180 L.T.V.Q. à l'égard du mécanisme de transfert des CTI d'un non-résident à un inscrit, ainsi que le CTI relatif à la TPS sur les produits importés en vue de la prestation d'un service commercial.

Compte tenu des faits récents dans ce secteur et en raison de la complexité des règles applicables, nous prendrons quelques minutes pour résumer l'application de ces différentes dispositions et nous vous invitons à prendre connaissance de l'énoncé de politique, qui comprend plusieurs exemples pratiques.

---

15 Art. 179.1 et 179.2 L.T.V.Q.

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-125R, « Révision de l'énoncé de politique sur la TPS/TVH P-125R, Droit à des crédits de taxe sur les intrants pour la taxe sur les produits importés », 19 décembre 2006.

17 CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens en vue du dépôt d'une loi modifiant la* Loi sur la taxe d'accise, *la* Loi de 2001 sur l'accise, *la* Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien *et d'autres lois en conséquence*, communiqué no 2006-073, 27 novembre 2006; *Loi modifiant la* Loi sur la taxe d'accise, *la* Loi de 2001 sur l'accise, *la* Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien *et d'autres lois en conséquence*, Projet de loi C-40 (S.C. 2007, c. 18).

2.1. LE PROBLÈME

2.1.1. TPS payable par l'importateur officiel/Droit au CTI pour l'importateur de fait

En vertu de l'article 212 L.T.A., la TPS à l'importation est payable par la personne redevable des droits imposés en vertu de la *Loi sur les douanes*[18]. Or, en vertu du paragraphe 17(3) de cette loi, c'est le déclarant qui est redevable des droits, alors que la personne qui est propriétaire des marchandises au moment du dédouanement devient solidaire du paiement de ces droits. Selon l'article 12 de cette loi, le déclarant est généralement la personne qui a en sa possession effective les biens lors de l'importation, le responsable du moyen de transport, l'exportateur de marchandises importées par messager ou courrier ou encore la personne pour le compte de laquelle les marchandises sont importées.

D'après l'ARC, c'est généralement l'importateur de fait[19] (c'est-à-dire le propriétaire des biens lors de leur importation) qui est la personne considérée comme ayant importé les produits pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales et, donc, ayant droit à des CTI[20]. Selon l'ARC, lorsqu'un importateur autorisé autre que l'importateur de fait a payé la TPS à l'importation, c'est quand même l'importateur de fait qui a droit à des CTI s'il peut démontrer que l'importateur officiel a payé la TPS **pour son compte** et dans la mesure où il respecte les exigences documentaires en obtenant une copie des documents d'importation.

---

18 L.R. (1985), 2e supp., c. 1.

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 2 :

> « […] L'importateur de fait est essentiellement la personne qui donne lieu à l'importation des produits. […] En règle générale, l'importateur de fait qui importe les produits pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales est soit la personne qui acquiert un bien fourni à l'étranger, soit le fournisseur dans le cas d'une fourniture de produits importés effectuée au Canada. »

L'importateur de fait peut être différent de l'importateur officiel qui figure sur la documentation.

20 Par. 169(1) L.T.A.

2.2. PARAGRAPHE 178.8(2) L.T.A. : L'IMPORTATEUR DE FAIT A DROIT AUX CTI

L'article 178.8 L.T.A. vise donc à clarifier le traitement applicable lorsque le transfert de propriété des biens est effectué à l'extérieur du Canada par un vendeur inscrit situé à l'extérieur du Canada et que les biens sont par la suite importés au Canada par le vendeur.

L'article 178.8 L.T.A. s'applique aux produits importés le 3 octobre 2003 ou par la suite ainsi qu'aux produits importés avant cette date s'ils ne sont pas visés par une déclaration en détail ou provisoire. Le paragraphe 178.8(2) L.T.A. ne s'applique pas à l'égard des produits importés dans un contexte de livraison directe ou lorsque l'article 180 L.T.A. s'applique à la taxe sur l'importation des produits. Cette disposition ne vise que les « fournitures déterminées » de produits qui sont effectués à l'étranger, c'est-à-dire que :

- les produits doivent être situés à l'étranger lorsque la convention visant la fourniture est conclue; ou

- la fourniture est réputée avoir été effectuée à l'étranger parce que les produits sont livrés ou mis à la disposition de l'acquéreur au Canada avant leur dédouanement (c'est-à-dire dans un entrepôt en douane).

Le paragraphe 178.8(2) L.T.A. a pour but de créer des présomptions afin de clarifier[21] le traitement applicable aux fins du calcul des CTI lorsque l'importateur de fait est différent de l'importateur officiel. On y établit donc que, par défaut, c'est l'importateur de fait qui est réputé avoir importé les biens visés par une fourniture déterminée et qu'il est réputé avoir payé la TPS à l'importation. Ce sont donc les activités exercées par l'importateur de fait qui détermineront si celui-ci est en mesure ou non de demander des CTI.

L'article 178.8 L.T.A. n'a pas d'incidence sur les responsabilités et obligations d'une personne à l'égard du paiement de la taxe sur l'importation de produits. Ainsi, si une personne autre que l'acquéreur agit à titre d'importateur officiel et est tenue de payer la taxe sur l'importation, cette

---

21 L'ARC mentionne précisément que la mise en place de l'article 178.8 L.T.A. n'a pas pour objet de modifier le traitement applicable avant ou après le 3 octobre 2003 et que la personne qui est considérée comme un importateur de fait selon les règles postérieures au 3 octobre 2003 aurait été également importateur de fait dans l'ancien régime.

personne continue d'être responsable du paiement de la taxe malgré le fait que la taxe est réputée être payée ou être due par l'acquéreur aux fins des CTI.

2.3. LES PARTIES PEUVENT S'ENTENDRE AFIN DE DÉPLACER LE CTI

Le paragraphe 178.8(3) L.T.A. permet aux parties de s'entendre pour que le fournisseur qui est l'importateur officiel, mais qui n'est pas l'importateur de fait (c'est-à-dire généralement le propriétaire des biens), demande le CTI et qu'il soit tenu de percevoir la taxe sur la fourniture effectuée à l'étranger.

Cela est possible si les conditions suivantes sont remplies :

- un fournisseur qui est un inscrit effectue une fourniture déterminée taxable de produits à l'étranger à l'acquéreur des produits;

- la taxe sur l'importation des produits est payée ou due par le fournisseur parce qu'il a déclaré les produits.

Le fournisseur et l'acquéreur peuvent à tout moment conclure une convention relativement à la fourniture et à l'importation des produits. La convention doit être établie en la forme prescrite et contenir les renseignements prescrits. Par conséquent, le Formulaire GST 532, intitulé « Accord et révocation d'un accord entre fournisseur et importateur effectif », doit être rempli. Il doit être conservé dans les registres des parties. Il n'est pas nécessaire qu'une copie soit envoyée à l'ARC.

Les effets de la convention sont ceux-ci :

1) Le fournisseur plutôt que l'acquéreur a droit à un CTI pour la taxe sur l'importation puisque :

   a) le fournisseur est réputé avoir importé les produits en vue de les fournir dans le cadre de ses activités commerciales (al. 178.8(4)c) L.T.A.);

   b) la taxe payée ou à payer sur les produits importés est réputée avoir été payée ou être due pour le compte du fournisseur, à l'exclusion de toute personne (al. 178.8(4)d) L.T.A.).

2) La fourniture des produits à l'acquéreur est réputée effectuée au Canada et le fournisseur est tenu de percevoir la taxe[22].

3) L'acquéreur aura droit à un CTI concernant la taxe sur la fourniture réputée si toutes les conditions applicables aux CTI sont remplies[23].

La convention entre l'acquéreur et le fournisseur peut être conclue après la fourniture et ainsi avoir un effet rétroactif de la façon suivante :

1) Le fournisseur a rétroactivement droit à un CTI pour la taxe sur l'importation.

2) La fourniture des produits à l'acquéreur est réputée effectuée au Canada et le fournisseur est tenu de percevoir la taxe au moment de la conclusion de la convention visant la fourniture. Si le fournisseur a demandé un CTI pour la taxe sur l'importation des produits, aucun intérêt ni pénalité n'est applicable si le fournisseur a également perçu la taxe sur la valeur réputée de la contrepartie de la fourniture lorsqu'elle est devenue exigible, s'il en a tenu compte dans sa taxe nette et qu'il a payé toute taxe nette exigible au moment voulu.

3) L'acquéreur n'aura plus droit à un CTI qu'il peut avoir demandé pour la taxe sur l'importation des produits. Le délai de prescription pour l'établissement d'une cotisation au titre de la taxe nette de l'acquéreur est prorogé à quatre ans suivant la date de la conclusion de la convention, afin de tenir compte du montant de CTI demandé[24].

L'article 178.8 L.T.A. prévoit d'autres règles particulières, dont la possibilité, dans l'éventualité où les produits font l'objet d'un allégement du droit de douane et que le vendeur et l'acquéreur n'ont pas fait le choix du paragraphe 178.8(3) L.T.A., que les parties s'entendent pour que l'importateur officiel demande l'abattement ou le remboursement à la place de l'importateur de fait. Dans ce cas, la personne qui fait office d'importateur devrait remettre à l'acquéreur une « note de redressement de taxe » indiquant le montant de l'abattement ou du remboursement obtenu.

---

22 Paragraphe 221(1) de la section II de la Partie IX L.T.A.

23 Art. 169 L.T.A.

24 Par 178.8(10) L.T.A.

2.4. TRANSFERT DES CTI POUR LA TPS PAYABLE PAR UN ACQUÉREUR NON INSCRIT

L'article 180 L.T.A. prévoit le transfert du CTI au vendeur dans les cas suivants :

- un non-résident qui n'est pas inscrit a payé la TPS à l'importation de biens au Canada en vue de les fournir au Canada; ou encore

- un non-résident qui n'est pas inscrit a payé la TPS lorsqu'il a transféré la possession matérielle de biens à un inscrit au Canada pour que celui-ci effectue, à son profit, la fourniture taxable d'un service commercial relatif aux biens[25].

Si le non-résident fournit à l'inscrit une preuve suffisante que la taxe a été payée sur l'importation, l'inscrit est réputé avoir payé cette taxe relativement à la fourniture des biens par le non-résident. La TPS réputée payée pour les biens acquis par l'inscrit dans ces conditions est récupérable au moyen d'un CTI dans la mesure des activités commerciales exercées par l'inscrit. Lorsque les biens sont acquis en vue de rendre un service commercial, l'acquéreur inscrit a aussi droit à un CTI puisqu'il est réputé avoir acquis ces biens dans le cadre de ses activités commerciales.

2.5. IMPORTATION DE PRODUITS EN VUE DE LA PRESTATION D'UN SERVICE COMMERCIAL

Lorsqu'une personne importe le bien d'un non-résident uniquement dans le but d'effectuer au profit du non-résident la fourniture taxable d'un service commercial relatif au bien, le paragraphe 169(2) L.T.A. prévoit que le CTI de cette personne est égal à la taxe qui a été payable ou payée sur l'importation.

3. REMBOURSEMENT DE TAXE PAYÉE PAR ERREUR

Le paragraphe 261(1) L.T.A. permet à un contribuable de réclamer le remboursement de taxe payée par erreur, et ce, même si la personne qui l'a

---

[25] Dans un tel cas, il sera important de vérifier l'incidence de l'article 179 L.T.A. concernant les livraisons directes et de voir si la TPS devrait être calculée sur la juste valeur marchande des produits plutôt que sur le prix des services rendus.

perçue ne l'a pas remise aux autorités fiscales[26]. L'obligation de payer la taxe prévue aux articles 165, 212 et 217 L.T.A. est indépendante des obligations du fournisseur de percevoir et de remettre les taxes payables prévues par les lois fiscales. La possibilité de demander le remboursement en vertu de l'article 261 L.T.A. existe à partir du moment où une personne a payé un montant au titre de la taxe, de la taxe nette ou d'une autre obligation selon la Partie IX L.T.A. alors qu'elle n'avait pas à payer ce montant ou à le verser. Il convient d'attirer votre attention sur le fait que l'article 261 L.T.A. prévoit en outre que, dans un tel cas, « le ministre lui rembourse le montant, indépendamment du fait qu'il ait été payé par erreur ou autrement ». L'expression « taxe payée par erreur » n'est donc pas correcte puisqu'on devrait plutôt parler d'un montant qui a été payé ou versé au titre de la taxe ou d'une autre obligation prévue par la loi alors qu'il n'avait pas à être ni payé ni versé.

Une des problématiques entourant les questions de « taxe payée par erreur » tient principalement à déterminer si un fournisseur peut faire une demande de remboursement de « taxe payée par erreur ». En effet, l'article 261 L.T.A. doit être invoqué par la personne qui a « payé » la taxe, généralement l'acquéreur de la fourniture[27]. De plus, il convient de garder à l'esprit que la personne qui a perçu un montant au titre de la taxe est tenue de le remettre aux autorités fiscales. Avec respect, il nous apparaît que permettre à ce fournisseur[28] d'obtenir un remboursement de taxe « versée par erreur » ne tient pas compte de l'obligation inconditionnelle de remettre un montant perçu au titre de la taxe, à moins que la taxe versée ne dépasse le montant effectivement perçu. De plus, il nous apparaît également qu'une distinction importante doit être faite entre un montant de taxe perçu de l'acquéreur d'une fourniture qui est conscient de payer un montant au titre de la taxe, et un montant de taxe versé ou remis aux autorités fiscales[29].

---

26 Notons cependant que toute personne qui perçoit une taxe a l'obligation de la remettre, peu importe que celle-ci soit payée par erreur ou qu'elle soit justifiée. Voir *McDonell* c. *La Reine*, [2005] G.S.T.C.134 (C.C.I.) (ci-après « *McDonell* »).

27 *McDonell*, précité, note 26; *800537 Ontario Inc*. c. *La Reine*, [2005] G.S.T.C. 165 (C.A.F.).

28 La situation pourrait être différente dans un contexte d'insolvabilité ou de faillite compte tenu du régime particulier créé par les différentes législations en cause.

29 Cette position est conforme à la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *West Windsor Urgent Care Centre Inc*. c. *La Reine*, [2005] G.S.T.C. 179 (C.C.I.), actuellement en appel devant la Cour d'appel fédérale.

Dans l'affaire *McDonell*[30], la demande de remboursement de taxe payée par erreur par le fournisseur a été rejetée, mais le tribunal a quand même fait état de deux situations où le fournisseur pourrait demander lui-même le remboursement :

1) Le fournisseur ne perçoit pas la TPS de l'acquéreur à l'égard d'une fourniture détaxée ou exonérée et il remet la taxe par erreur avec ses propres fonds.

2) Le fournisseur perçoit la taxe (par erreur ou non), mais il remet un montant plus important que celui que l'acquéreur lui a payé[31].

Lors du symposium des taxes à la consommation de l'Association de planification fiscale et financière de 2004[32], Revenu Québec avait confirmé qu'en vertu du paragraphe 296(2.1) L.T.A. le ministère public considérerait[33] un remboursement de taxe payée par erreur lors de l'établissement d'une cotisation pour la taxe nette d'une personne si elle avait erronément demandé des CTI/RTI plutôt que de faire une demande de remboursement de taxes payées par erreur. Or, en plus des critères d'admissibilité discutés ci-dessus, il convient de noter que, contrairement à une demande de CTI/RTI qui est généralement prescrite dans un délai de quatre ans suivant la fin de la période de déclaration où la taxe est devenue payable[34], une demande de remboursement de taxe payée par erreur doit être présentée dans les deux ans suivant le moment où la taxe a bien été « payée »[35]. Un contribuable ne peut présenter plus d'une demande de remboursement par mois[36]. De plus, il

---

30 Précité, note 27.

31 *Simard* c. *La Reine*, [2007] G.T.C. 797; *United Parcel Service Canada Ltd*. c. *La Reine* [2006] G.S.T.C. 146 (C.C.I.). Il convient de noter que cette décision a été renversée par la Cour d'appel fédérale le 7 février 2008.

32 Serge BOUCHARD, Pierre E. RODRIGUE et Jacques BOISVERT, « Les sujets techniques de l'heure », dans *Colloque – Symposium sur les taxes à la consommation*, 143, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 6:1-75.

33 Dans la mesure où cette personne avait effectivement droit au remboursement en vertu de l'article 261 L.T.A.

34 Par. 225(4) L.T.A. Le délai de prescription est cependant de deux ans dans le cas de « personne déterminée » (institutions financières) selon le paragraphe 225(4.1) L.T.A.

35 Par. 261(3) L.T.A.

36 Par. 261(4) L.T.A.

s'agit d'un recours résiduel, qui ne peut être utilisé que s'il n'existe aucun autre moyen pour obtenir un remboursement[37].

La tendance jurisprudentielle et les positions prises récemment par les autorités fiscales tendent à limiter les situations où les autorités fiscales acceptent de rembourser des montants au titre de « taxe payée par erreur ». Une raison de plus pour être vigilant et s'assurer que la taxe est effectivement payable avant de payer la taxe à un fournisseur dans le cadre de transactions particulières.

4. DIVULGATIONS VOLONTAIRES

Le processus de divulgation volontaire vise à favoriser le principe de l'autocotisation en permettant aux mandataires de régulariser une situation fiscale sans pénalités ni poursuite. La divulgation volontaire vise les personnes non délinquantes, ayant produit une ou plusieurs déclarations inexactes ou incomplètes et ayant omis de payer ou de remettre une taxe.

Les critères d'admissibilité varient aux fins de Revenu Québec et de l'ARC. Ainsi, pour Revenu Québec, une divulgation volontaire sera admissible si elle est spontanée, complète, que les renseignements sont vérifiables et que le contribuable veut acquitter sa dette[38]. Aux fins de l'ARC, la situation doit en plus faire en sorte que le contribuable soit soumis à une pénalité et les erreurs doivent généralement avoir eu lieu il y a plus d'un an[39].

L'ARC renoncera aux pénalités imposées en vertu de la loi et peut accorder un allègement du montant des intérêts sur arriérés à verser, une fois qu'il est établi que le contribuable a fait une divulgation volontaire valide[40]. Pour les transactions sans effet fiscal assujetties à des intérêts suivant les nouveaux taux prescrits, l'ARC va exiger le paiement des droits, mais elle considérera la réduction ou l'annulation de la portion des intérêts qui

---

37 Par. 261(2) L.T.A.

38 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM.4/R2, « Les divulgations volontaires », 31 mars 2004.

39 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* IC00-1R, « Programme des divulgations volontaires », 30 septembre 2002.

40 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* IC07-1, « Dispositions des allègements pour les contribuables », 31 mai 2007.

excèdent 4 % de la taxe qui n'a pas été perçue par le fournisseur, si certaines conditions sont remplies[41].

Revenu Québec renoncera aussi aux pénalités, mais elle imposera les intérêts. Contrairement à l'ARC, Revenu Québec n'exige pas le paiement des droits dans le cas d'une transaction sans effet fiscal.

5. FISCALITÉ AUTOCHTONE

La *Loi sur la taxe sur les produits et services des premières nations* a été sanctionnée le 19 juin 2003 afin de permettre à une Première Nation ou à un conseil de bande d'imposer une taxe équivalant à la TPS sur les fournitures de produits et services sur les territoires d'une réserve indienne. Diverses modifications ont eu lieu depuis cette date afin de permettre notamment à un conseil de bande d'imposer une taxe équivalant à une taxe à la consommation du Québec ainsi que d'autres provinces. Le gouvernement du Québec a ainsi annoncé lors du Budget du 23 mars 2006[42], l'instauration d'un cadre législatif afin de faciliter la mise en place d'une telle taxe sur le territoire du Québec.

À titre d'information, nous exposerons l'essentiel de ce régime particulier.

L'article 87 de la *Loi sur les Indiens*[43] fait en sorte qu'une personne qui a le statut d'Indien bénéficie généralement d'une immunité fiscale à l'égard des taxes à la consommation. C'est d'ailleurs cette disposition qui fait en sorte qu'un Indien qui acquiert des biens sur une réserve n'a pas à payer la TPS et la TVQ à l'égard de cette acquisition. Or, la *Loi sur la taxe sur les produits et services des premières nations* édicte que l'obligation d'acquitter une taxe prévue par un règlement autochtone l'emporte sur cette exemption prescrite à la *Loi sur les Indiens* ou sur toute exemption semblable. Après la mise en place de cette taxe autochtone, toute personne qui acquiert des biens et services qui lui sont fournis sur ce territoire devra payer la taxe autochtone, que cette personne soit indienne ou non. Le régime de taxe

---

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Avis sur la TPS/TVH* n° 212, « Harmonisation des dispositions administratives (comptabilité normalisée) – Modifications législatives à la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* – Questions et réponses », juillet 2006, par. 12, question 12.

42 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 23 mars 2006.

43 L.R.C. 1985, c. I-5 et mod.

remplacé cessera par ailleurs de s'appliquer aux biens et services fournis sur le territoire visé afin d'éviter toute double imposition. L'adoption d'une taxe autochtone est facultative et la Première Nation ou le conseil de bande qui désire imposer une telle taxe sur le territoire d'une réserve indienne doit le prévoir dans un texte législatif édicté par une Première Nation ou un conseil de bande (règlement autochtone). Ils doivent aussi signer une entente avec le gouvernement fédéral ou provincial, selon le cas, portant sur l'application de la taxe, l'estimation des recettes fiscales et leur partage avec le gouvernement concerné.

Le régime de taxe autochtone sera intégré au régime de taxe qu'il remplace. Les règles concernant l'assujettissement, les taux et l'application des taxes seront harmonisées et intégrées, de même que les règles relatives à la conformité.

L'IMMOBILIER ET LA FISCALITÉ



Françoise Chénier
CA, DESS fisc.
Samson Bélair/Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 40:5

1. DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 40:5

1.1. NOTIONS DE BASE 40:5
1.1.1. Nature du revenu 40:5
1.1.2. Calcul du revenu/de la perte 40:7
1.1.3. Attribution aux associés 40:8
1.1.4. Impôt minimum de remplacement 40:9
1.2. TAXE SUR LE CAPITAL 40:10
1.2.1. Assujettissement 40:10
1.2.2. Attribution aux associés 40:10
1.3. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION 40:10
1.4. AUTRES CONSIDÉRATIONS 40:12
1.4.1. Intégration de nouveaux associés actifs 40:12
1.4.2. Apport des associés 40:12

1.5. TRANSFERT DE L'IMMEUBLE 40:13
1.5.1. Transfert par voie de roulement 40:13
1.5.2. Droits de mutation 40:14
1.6. DISPOSITION D'UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 40:17
1.6.1. Calcul du prix de base rajusté 40:17
1.6.2. Attribution du revenu à un ancien associé (par. 96(1.01) L.I.R.) 40:18
1.6.3. Participation détenue par un non-résident 40:19
1.7. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS SELON LE STATUT FISCAL DE L'ASSOCIÉ 40:21
1.7.1. Non-résident 40:21
1.7.2. Fonds de pension 40:22
1.7.3. Société par actions 40:23
1.7.4. Particulier 40:23

2. DÉTENTION PAR UNE FIDUCIE 40:24

2.1. NOTIONS DE BASE 40:24
2.1.1. Nature du revenu 40:24
2.1.2. Calcul du revenu/de la perte 40:25
2.1.3. Attribution aux bénéficiaires 40:26
2.1.4. Choix d'imposition dans la fiducie 40:26
2.1.5. Taux d'imposition 40:27
2.1.6. Impôt minimum de remplacement 40:27
2.2. TAXE SUR LE CAPITAL 40:27
2.2.1. Assujettissement 40:27
2.3. TRANSFERT DE L'IMMEUBLE 40:28
2.3.1. Transfert par voie de roulement 40:28
2.3.2. Droits de mutation 40:28
2.4. RÈGLE DE 21 ANS 40:29
2.5. DISPOSITION D'UNE PARTICIPATION DANS UNE FIDUCIE 40:29
2.5.1. Calcul du prix de base rajusté 40:29
2.5.2. Participations détenues par un non-résident 40:30
2.6. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS SELON LE STATUT FISCAL DU BÉNÉFICIAIRE 40:31
2.6.1. Non-résident 40:31
2.6.2. Fonds de pension 40:32
2.6.3. Société par actions 40:33
2.6.4. Détention par une fiducie *versus* une société par actions 40:33

3. UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM 40:33

3.1. *LOI SUR L'INTÉRÊT* 40:33

3.2. OBJECTIFS FINANCIERS DE LA SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM 40:33
3.3. IMPACTS FISCAUX DE LA SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM 40:34
3.4. FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM 40:34
3.5. INCIDENCES FISCALES DU TRANSFERT À UNE SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM 40:36
3.6. EXEMPLE DE STRUCTURE 40:37
3.6.1. Avantages fiscaux et autres incidences 40:37

4. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE 40:39

4.1. BIEN EN INVENTAIRE *VERSUS* BIEN EN IMMOBILISATIONS 40:39
4.2. SOCIÉTÉ DE PERSONNES DONT UN ASSOCIÉ EST UN NON-RÉSIDENT 40:40

CONCLUSION 40:41

ANNEXE 40:42

INTRODUCTION*

Les divers modes de détention d'un immeuble comportent chacun des avantages et des inconvénients selon le profil fiscal ou financier des divers investisseurs. La présence d'investisseurs non résidents, de fonds de pension, de sociétés par actions ou de particuliers influence donc nécessairement le choix de la structure de détention.

Le présent texte porte sur les diverses considérations fiscales relatives à la détention d'un immeuble. Premièrement, nous aborderons les avantages et des inconvénients en matière d'impôt sur le revenu, de taxe sur le capital et de droits de mutation de l'utilisation de deux modes de détention soit la société de personnes et la fiducie pour différents types d'investisseurs. Deuxièmement, nous traiterons de l'utilisation d'une société prête-nom dans le contexte de l'immobilier. Finalement, certaines règles applicables à la disposition d'un immeuble par un vendeur non résident seront présentées.

1. DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

1.1. NOTIONS DE BASE

1.1.1. Nature du revenu

Selon le paragraphe 96(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], le revenu d'une société de personnes doit être calculé comme si elle était une personne distincte même si celle-ci n'est pas une personne au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ce revenu est ensuite attribué aux associés aux fins de l'impôt selon leur part respective. Le revenu ainsi attribué conserve sa nature entre les mains des associés (à titre de revenu d'entreprise ou de biens, par exemple) en vertu du paragraphe 4(1) et de l'alinéa 96(1)f) L.I.R.

Ainsi, dans le contexte de détention d'un immeuble par une société de personnes, le revenu ou la perte de location de même que le gain ou la perte en capital réalisé lors de la disposition de l'immeuble doivent d'abord être calculés au niveau de la société de personnes et doivent ensuite être attribués aux associés selon leur quote-part respective. Ces derniers doivent alors

* L'auteur tient à remercier Cindy Harvey, CA, LL.M. fisc., Valérie St-Pierre, DESS fisc., Mylène Tremblay, LL.M. fisc., et Gaétan Bisson, CA, M. Fisc., de leur précieuse collaboration à la rédaction du présent texte.

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

ajouter les montants ainsi attribués à leurs propres revenus. De cette façon, chaque associé peut utiliser les pertes locatives et les pertes en capital attribuées par la société de personnes à l'encontre de ses revenus et de ses gains en capital réalisés par ailleurs.

Le revenu de location gagné par une société de personnes peut être considéré à titre de revenu d'entreprise ou de revenu de biens. Il importe donc de caractériser le revenu de location selon les faits particuliers. Le *Bulletin d'interprétation* IT-434R traite de cette distinction :

> « 4. Lorsqu'elle n'est pas accessoire et ne fait pas partie intégrante de l'entreprise, la location de biens immeubles par un particulier ne constitue pas en soi une activité d'entreprise. Elle est considérée comme une activité d'entreprise seulement lorsque le propriétaire fournit aux locataires ou met à leur disposition des services quelconques qui font que l'activité de location dépasse la simple location de biens immeubles. En conséquence, lorsque la nature de l'activité particulière de location doit être déterminée, c'est le nombre et la nature des services fournis qui doivent être déterminés. La taille ou le nombre des biens loués, la mesure dans laquelle leur gestion ou surveillance occupe le temps du propriétaire et la question de savoir si l'installation est louée nue, fournie en appareils ou même partiellement ou complètement meublée sont des facteurs qui ne doivent pas servir à déterminer s'il s'agit d'une entreprise de location[2]. »

Le revenu de location est considéré, de prime abord, comme du revenu de biens. Pour renverser cette présomption, le locateur doit démontrer que le paiement du loyer se rapporte autant à l'utilisation des services offerts qu'à la jouissance des lieux loués. Ainsi, la caractérisation du revenu de location est tributaire de l'étendue des services offerts aux locateurs. À titre d'exemple, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») confirme que les éléments suivants constituent des services offerts qui permettent le rapprochement de la caractérisation à titre de revenus d'entreprise :

> « […] le fait de fournir le boire et le manger aux locataires, un restaurant ou un bar sur les lieux, des services de nettoyage pour les locaux loués, […], des services de femmes de chambre pour les locataires, un approvisionnement constant en draps propres, des approvisionnements d'articles de salle de bains, des services de commissionnaires ou d'autres services de protection, un service de ramassage et de livraison du courrier et des colis, etc.[3] »

---

[2] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-434R, « Location de biens immeubles par un particulier », 30 avril 1982, par. 4.

[3] *Id*., par. 6.

En bref, le traitement du revenu sera différent si la location de l'immeuble est assortie de plusieurs services ou si elle consiste en une simple location d'espace. Dans le premier cas, le revenu qui en découle pourrait être considéré comme un revenu d'entreprise et dans le second cas, comme un revenu de biens.

1.1.2. Calcul du revenu/de la perte

Le calcul du revenu net ou de la perte nette de location se fait au niveau de la société de personnes. Toutes les dépenses et déductions et provisions relativement à l'exploitation des immeubles locatifs, y compris la déduction pour amortissement (ci-après « DPA »), doivent être réclamées au niveau de la société de personnes. Les associés doivent donc prévoir à la convention de société de personnes les modalités de réclamation de la DPA par la société de personnes. Toutefois, puisque les associés ont parfois des intérêts divergents, il importe donc de s'entendre au préalable sur le montant de DPA qui sera réclamé. Cette problématique survient particulièrement lorsque certains associés sont des entités non imposables et ont ainsi avantage à conserver un solde élevé de fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») relatif aux immobilisations amortissables de la société de personnes afin d'en négocier ultérieurement la valeur dans l'éventualité d'une vente de leur participation à un acheteur imposable. Les intérêts des associés étant parfois divergents, il est donc important de prévoir à la convention de société les modalités de réclamation de la DPA.

La restriction à la DPA prévue au paragraphe 1100(11) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[4] s'applique également au niveau de la société de personnes. Cette disposition limite le montant de la DPA qui peut être réclamé par la société de personnes au montant de revenu net de location afin de ne pas créer de perte de location. Veuillez noter que lorsqu'un des associés est aussi propriétaire de biens locatifs, cette limite s'applique également de la même façon à ses propres immeubles locatifs.

Finalement, tout comme la DPA, lors de la vente de l'immeuble, la perte finale et la récupération d'amortissement se calculent également au niveau de la société de personnes.

---

4 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

1.1.3. Attribution aux associés

Le mode de partage du revenu net entre les associés est prévu à la convention de société de personnes ou, à défaut, par le *Code civil du Québec*[5], qui présume l'égalité entre les associés. La quote-part du revenu ou de la perte de location ainsi déterminée doit être incluse dans le revenu de l'associé dans l'année d'imposition au cours de laquelle l'exercice de la société de personnes se termine. Toutes les déductions permises dans le calcul du revenu imposable et de l'impôt à payer doivent nécessairement s'effectuer au niveau de chacun des associés puisque seul le calcul du revenu net s'effectue au niveau de la société de personnes. Ainsi, les associés d'une société de personnes doivent inclure dans leur revenu respectif la quote-part qui leur est attribuée, et ce, sans égard aux montants encaissés par ces derniers en guise de retrait ou de distribution.

Par contre, il existe une certaine flexibilité quant au partage du revenu. En effet, le contrat de société peut tenir compte de certaines particularités propres aux associés, telle l'attribution d'un revenu supplémentaire à l'associé qui a transféré des biens à la société en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R.[6]

Toutefois, pour toute répartition du revenu entre les associés, il est important de s'assurer que le paragraphe 103(1) L.I.R.[7] ne s'applique pas. Ce paragraphe laisse une discrétion au ministre de revoir l'attribution du revenu entre les associés de la façon dont il le juge raisonnable lorsqu'il est démontré qu'il est raisonnable de considérer que l'objet principal de la convention est de réduire ou de différer les impôts autrement payables.

À cet égard, notons la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Xco Investments Ltd. et autres* c. *La Reine*[8]. Il a alors été reconnu que le paragraphe 103(1) L.I.R. était applicable dans le cas où un associé acquiert une participation dans une société de personnes dans le but de se faire attribuer une partie du revenu qui lui permettra d'utiliser des pertes autres qu'en capital accumulées. En effet, selon le juge, l'objet principal de

---

5 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

6 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-231R2, « Sociétés – Associés ayant un lien de dépendance », 3 mars 1986, par. 5.

7 Le paragraphe 103(1.1) L.I.R. est applicable dans la situation où les associés ont un lien de dépendance entre eux.

8 2007 D.T.C. 5146 (C.A.F.).

l'allocation du revenu au nouvel associé était de lui permettre d'utiliser les pertes autres qu'en capital.

1.1.4. Impôt minimum de remplacement

Afin d'éviter qu'un particulier ne paie pas sa juste part d'impôt, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un mécanisme obligeant les particuliers utilisant des abris fiscaux ou certaines déductions dans le calcul de leur revenu net et de leur revenu imposable à payer un impôt minimum[9]. Cet impôt minimum est un calcul parallèle et indépendant du revenu imposable, excluant plusieurs déductions. Si l'impôt minimum net est supérieur à l'impôt fédéral net, l'impôt minimum doit alors être payé.

Les sociétés de personnes ne sont pas visées par cette mesure. Cependant, les associés de la société de personnes qui sont des particuliers ou des fiducies peuvent être assujettis à l'impôt minimum au fédéral et au Québec selon leur situation respective. Les associés qui sont des sociétés par actions et qui ont un établissement stable en Ontario peuvent également être assujettis à l'impôt minimum[10].

Aux fins du calcul du revenu imposable modifié, on doit ajouter les frais financiers relatifs aux fonds empruntés pour investir dans la société de personnes. Les intérêts sur les emprunts au niveau de la société de personnes doivent également être ajoutés au calcul du revenu imposable modifié puisque tout montant déductible dans le calcul du revenu ou de la perte de la société de personnes est réputé être déductible par l'associé selon la même proportion que sa quote-part du revenu[11]. Par conséquent, il n'y a aucun avantage à avoir une dette hypothécaire au niveau de la société de personnes plutôt qu'au niveau de l'individu ou de la fiducie directement.

---

9 En 2007, le taux de l'impôt minimum s'élève à 15,5 % au fédéral et à 16 % au Québec pour un total de 31,5 % comparativement au taux marginal de 48,22 % pour les particuliers.

10 *Loi sur l'imposition des sociétés* (Ontario), L.R.O. 1990, c. C.40 (ci-après « L.I.S.O. »), par. 57.1 et suiv.

11 Par. 127.52(2) L.I.R.

1.2. TAXE SUR LE CAPITAL

1.2.1. Assujettissement

Une société de personnes n'est pas assujettie à la taxe sur le capital. Les associés qui sont des sociétés par actions ayant un établissement stable situé au Québec sont redevables de la taxe sur le capital du Québec alors que les sociétés qui ne sont pas des sociétés par actions n'y sont pas assujetties.

1.2.2. Attribution aux associés

Les associés corporatifs doivent inclure dans le calcul de leur capital versé leur quote-part respective des dettes de la société de personnes que cette dernière aurait incluse si elle avait été une société par actions. Ils doivent également tenir compte de leur quote-part respective des biens admissibles et de l'actif de la société de personnes dans le calcul de la déduction pour placements. Ils ne doivent toutefois pas inclure, ni déduire, dans le calcul de leur capital versé des montants indiqués aux états financiers de la société de personnes résultant d'une opération intervenue entre la société de personnes et ses membres[12].

1.3. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION

L'utilisation d'une société de personnes pour détenir un immeuble permet de profiter de certains éléments de planification.

Premièrement, il existe une certaine flexibilité relative au partage du revenu lorsque la société de personnes doit attribuer une perte de location aux associés. En effet, la perte de location réalisée par la société de personnes peut être utilisée par les associés pour réduire leur revenu imposable. Toutefois, dans le cas de l'associé commanditaire d'une société en commandite, la fraction à risque de sa participation doit être suffisante pour pouvoir utiliser la perte, puisque le paragraphe 96(2.1) L.I.R. limite le montant de la perte qui peut être réclamé par un commanditaire à cette fraction à risque. Le montant de la perte qui excède cette limite ne peut être déduit et constitue une perte comme commanditaire, non déductible du revenu de l'associé dans l'année et exclue du calcul de la perte autre qu'en capital. Cependant, cette perte peut être reportée indéfiniment dans le futur et déduite par l'associé de sa part des revenus de la société en commandite selon les conditions prévues à l'alinéa 111(1)e) L.I.R.

---

[12] *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), par. 1136 3).

Deuxièmement, il existe également la possibilité de limiter l'effet de la restriction relative à la DPA lorsque les associés obtiennent directement le financement pour acquérir une participation dans une société de personnes se portant acquéreur d'un immeuble locatif, plutôt que la société de personnes emprunte pour financer l'achat de l'immeuble. Selon le paragraphe 1100(11) R.I.R., la DPA ne peut entraîner une perte ou en augmenter le montant sauf si tous les associés sont des sociétés donc l'activité principale est la vente ou la location d'immeubles. Dans les causes *Fredette* c. *La Reine*[13] et *Rousseau-Houle* c. *La Reine*[14], la Cour canadienne de l'impôt a estimé que la détention d'un immeuble locatif par une société de personnes pour limiter la règle prévue au paragraphe 1100(11) R.I.R. en déduisant les intérêts au niveau de l'associé permettait d'éviter l'application de cette règle et que la RGAÉ ne s'appliquait pas. Il faut toutefois faire attention à la règle au Québec à l'égard de la limitation de la déductibilité des frais de placement aux revenus de placement[15].

---

[13] 2001 D.T.C. 263 (C.C.I.). Dans cette décision, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que les opérations qui ont permis à la société de personnes de réaliser des bénéfices plus élevés et de se prévaloir d'une DPA supérieure à celle qui aurait pu être déduite si elle avait été la débitrice des prêts ne constituent pas des opérations d'évitement entraînant un abus dans l'application de la loi. Au paragraphe 70, la Cour a notamment indiqué ceci :

> « […] rien dans la Loi n'empêche l'utilisation d'une société – qu'elle soit une société par actions ou une société de personnes – pour détenir un immeuble locatif, et rien n'oblige un contribuable à obtenir le financement d'un tel immeuble par l'intermédiaire d'une société plutôt que de l'obtenir directement de l'associé ou des associés eux-mêmes. Au contraire, la possibilité d'utiliser une société est même reconnue expressément au sous-alinéa 1100(11)*a*)(ii) du Règlement. »

[14] 2001 D.T.C. 250 (C.C.I.). Dans cette décision, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») ne s'appliquait pas de manière à empêcher un contribuable de maximiser la DPA et la déduction pour intérêts lorsque ce dernier détient un immeuble par l'entremise d'une société de personnes tout en empruntant personnellement pour financer son apport à la société de personnes. La Cour a également indiqué qu'obliger la société de personnes à tenir compte, dans le calcul de son revenu, d'une dépense qu'elle n'a pas engagée contreviendrait directement à l'article 96 L.I.R., et que la RGAÉ constitue un outil puissant dont l'objet n'est pas de servir au ministre d'instrument pour forcer les contribuables à structurer leurs opérations de la façon la plus favorable pour les autorités fiscales.

[15] La règle prévue à l'article 737.0.1 L.I. limite la déductibilité des frais de placement aux revenus de placement.

Finalement, il ne faut pas oublier la possibilité de différer l'imposition au niveau d'un associé qui est une société par actions lorsque sa fin d'année d'imposition précède celle de la société de personnes. En effet, le revenu de la société de personnes doit être inclus dans le revenu des associés dans l'année d'imposition au cours de laquelle l'exercice de la société de personnes se termine. Par exemple, si l'exercice de la société de personnes se termine le 31 décembre 2007 et que l'exercice de la société par actions se termine plutôt le 31 octobre 2007, le revenu de la société de personnes pour l'exercice du 1er janvier au 31 décembre 2007 sera inclus dans la déclaration de la société du 31 octobre 2008, reportant ainsi l'imposition d'une année.

1.4. AUTRES CONSIDÉRATIONS

1.4.1. Intégration de nouveaux associés actifs

La société de personnes peut être une structure intéressante pour effectuer un gel successoral afin d'intégrer de nouveaux associés. Il s'agit en fait d'une planification semblable à celle utilisée dans le cas d'une société par actions qui fait plutôt appel à des parts privilégiées à valeur fixe et à des parts ordinaires de croissance.

Par contre, cette planification de gel peut être risquée si la répartition du revenu qui en découle n'est pas raisonnable compte tenu du capital investi ou du travail accompli par l'associé, en raison de l'application potentielle du paragraphe 103(1.1) L.I.R. Cette disposition s'applique dans le cas d'associés ayant un lien de dépendance et, contrairement au paragraphe 103(1) L.I.R., il n'est pas nécessaire que la répartition soit motivée principalement par le désir de réduire ou de différer l'impôt. Il suffit de prouver que la part du revenu d'un associé donné n'est pas raisonnable, compte tenu de l'apport de capital de chaque associé et du travail effectué par chacun d'eux pour le compte de la société de personnes ou de tout autre facteur pertinent dans les circonstances.

1.4.2. Apport des associés

Il arrive parfois qu'un associé effectue son apport à la société de personnes sous forme d'expertise ou de savoir-faire. Bien que cet apport soit validement reconnu tant d'un point de vue civil[16] que fiscal, il peut en résulter un avantage imposable conféré par les autres associés de la société de personnes à cet associé. Toutefois, selon la position administrative de

[16] Art. 2199 et 2200 C.c.Q.

l'ARC, aucun avantage n'est conféré si aucun crédit n'est porté au compte de capital de l'associé en reconnaissance de cet apport et qu'aucun retrait de fonds n'est fait d'une façon quelconque, immédiatement, plus tard ou au retrait de l'associé à cet égard[17]. L'ARC a également confirmé qu'il est acceptable de considérer la valeur des connaissances ou du savoir-faire de l'associé afin de déterminer la part de l'associé dans les profits de la société.

1.5. TRANSFERT DE L'IMMEUBLE

1.5.1. Transfert par voie de roulement

Selon le paragraphe 85(2) L.I.R., il est possible pour une société de personnes de transférer des biens à une société canadienne imposable pour une contrepartie comprenant des actions, et ce, en franchise d'impôt. Le principe est relativement semblable à celui guidant les transferts de biens par un contribuable à une société tel qu'il est prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. Cependant, selon les paragraphes 85(1) et 85(2) L.I.R., le transfert par voie de roulement d'un immeuble en inventaire à une société n'est pas permis.

Or, certains pourraient donc être tentés d'utiliser plutôt une société de personnes pour réaliser cette transaction et de se prévaloir des règles prévues au paragraphe 97(2) L.I.R. selon lesquelles un bien immeuble en inventaire est un bien admissible. Par exemple, un contribuable transfère un bien immeuble en inventaire à une société de personnes en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. en contrepartie d'une participation dans la société de personnes. Ensuite, le contribuable transfère sa participation dans la société de personnes à la société par actions en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. Finalement, on procède à la liquidation de la société de personnes en vertu du paragraphe 98(5) L.I.R., rendant ainsi la société par actions directement propriétaire du bien immeuble en inventaire. Selon l'ARC, cette planification pourrait entraîner l'application de la RGAÉ[18].

---

[17] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 91*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 1429-1470, question 6.1., à la page 1449.

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement - article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 21 octobre 1988, par. 22.

Toutefois, dans l'affaire *Loyens* c. *La Reine*[19], la situation est presque identique à celle que nous venons de décrire, excepté que la société a plutôt disposé de sa participation à une autre société sans lien de dépendance afin d'utiliser ses pertes autres qu'en capital; la RGAÉ ne s'est pas appliquée compte tenu du fait que l'esprit de la loi était respecté parce que le transfert n'avait pas pour but de transformer un revenu d'entreprise en gain en capital, mais de se prévaloir d'une déduction de pertes.

1.5.2. Droits de mutation

En plus des incidences en matière d'impôt sur le revenu, les conséquences en matière de droits de mutation doivent également être considérées lors du transfert d'un immeuble situé au Québec en faveur d'une société de personnes.

1.5.2.1. Revue des règles

Le transfert d'un immeuble est assujetti aux droits de mutation sous réserve de quelques exonérations applicables dans certains cas particuliers. Le transfert de parts d'une société de personnes qui détient un immeuble situé au Québec est également assujetti aux droits de mutation puisque la vente de parts constitue la vente de la part indivise de l'immeuble[20]. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, à la lumière du jugement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Ville de Laval* c. *Polyclinique médicale Fabreville, s.e.c.*[21], il serait possible de conclure que le transfert de parts d'une société de personnes détenant un immeuble n'entraîne pas l'application des droits de

---

[19] 2003 D.T.C. 355 (C.C.I.). Dans cette décision, deux frères impliqués dans une entreprise de développement et vente de terrains ont contourné la restriction sur la règle de roulement qui interdit le transfert, en faveur d'une société, des biens en inventaire avec report d'impôts. La Cour a conclu que la RGAÉ ne s'appliquait pas puisqu'il n'y avait pas d'abus des paragraphes 85(1) et 97(2) L.I.R. Par contre, si le produit de la vente des terrains avait été traité comme du gain en capital, la conclusion du juge aurait pu être différente.

[20] Dans le jugement rendu en vertu du *Code civil du Bas-Canada* par la Cour d'appel dans la cause *Québec (Ville de)* c. *Cie d'immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.), le juge a conclu que la société de personnes n'a pas de personnalité juridique distincte des associés qui la composent, et qu'elle ne peut donc pas détenir de patrimoine distinct. La Cour a également conclu que la vente des parts sociales était en fait la vente de parts indivises dans l'immeuble et le transfert d'une partie indivise d'un immeuble entraîne l'application des droits de mutation.

[21] C.A. Montréal, n° 500-09-016819-062, 27 mars 2007, jj. Brossard, Delisle et Thibault (ci-après « *Polyclinique médicale Fabreville* »).

mutation, car la société de personnes pourrait être considérée avoir un patrimoine distinct de celui de ses associés (voir la section 1.5.2.2.).

L'article 19 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*[22] prévoit l'exonération de droits de mutation à l'égard de certains transferts entre une personne morale et une personne contrôlant les actions, notamment lorsque le transfert est effectué entre deux personnes morales étroitement liées[23]. Cependant, la notion de « personnes morales » n'étant pas définie dans la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, nous devons donc nous référer à la jurisprudence.

1.5.2.2. Jurisprudence récente

La jurisprudence relative au droit à l'exonération des droits de mutation maintient une certaine confusion quant aux concepts de personnes morales, de personnalité juridique et de patrimoine de la société de personnes. La récente décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Polyclinique médicale Fabreville* illustre cette confusion. Le jugement rendu par la Cour d'appel a renversé le jugement de première instance en statuant sur le fait que la transaction ne profitait pas de l'exonération des droits de mutation. Dans cette affaire, les faits et les motifs de la décision sont les suivants.

Faits

- La société de personnes, Polyclinique médicale Fabreville, s.e.c. (ci-après « s.e.c. »), a vendu un immeuble à la société par actions, Polyclinique médicale Inc. (ci-après « Inc. »).

- S.e.c. et Inc. sont contrôlées à 100 % par le même particulier et la même société.

- L'exonération en vertu du paragraphe 19d) L.D.M.I. réclamée à l'égard de la transaction a été refusée par la Ville de Laval.

Décision de la Cour d'appel

- L'article 1 L.D.M.I. ne contient pas de définition propre à la « personne morale ».

---

22 L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »).

23 Par. d) de l'article 19 (1er al.) L.D.M.I.

- Une personne morale s'entend d'une **compagnie** en raison du deuxième paragraphe de l'article 19 L.D.M.I. qui énumère les situations où une personne morale est étroitement liée à une personne morale donnée[24].

- En vertu de l'article 2188 C.c.Q., seule la société par actions est une **personne morale** : « La société est en nom collectif, en commandite ou en participation. Elle peut être aussi par actions; dans ce cas, elle est une personne morale ».

- Une SEC n'est pas une personne morale au sens de l'article 1 L.D.M.I.

- L'exonération prévue par le paragraphe 19d) L.D.M.I. ne s'applique pas puisqu'il ne s'agit pas d'un transfert entre deux personnes morales.

- Il n'y a pas de vide juridique puisque le législateur ne s'est pas limité à l'emploi des mots « personnes physiques » et « personnes morales ».

- L'argument fondé sur l'absence d'un changement significatif de patrimoine est rejeté puisqu'une SEC a un patrimoine propre et distinct de celui de ses associés sans être une personne morale.

- Il appartient au législateur d'agir s'il considère que les exonérations prévues à l'article 19 L.D.M.I. devraient être élargies.

---

[24] « Pour l'application du paragraphe d) du premier alinéa, une personne morale est étroitement liée à une personne morale donnée si, au moment du transfert, l'une des situations suivantes s'applique :

a) au moins 90 % des actions émises, ayant plein droit de vote, du capital-actions de la personne morale sont la propriété de la personne morale donnée, d'une filiale déterminée de la personne morale donnée, d'une personne morale dont la personne morale donnée est une filiale déterminée, d'une filiale déterminée d'une personne morale dont la personne morale est une filiale déterminée ou d'une pluralité de telles personnes morales ou filiales;

b) au moins 90 % de la juste valeur marchande de toutes les actions émises et en circulation du capital-actions de la personne morale sont la propriété de la personne morale donnée;

c) au moins 90 % de la juste valeur marchande de toutes les actions émises et en circulation du capital-actions de la personne morale et de la personne morale donnée sont la propriété soit d'une même personne morale, soit d'un même groupe de personnes morales. »

Ainsi, dans cette affaire, la Cour d'appel a donc confirmé qu'une société de personnes n'est pas une personne morale tant en vertu du *Code civil du Québec* que de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* et que, par conséquent, le transfert d'un immeuble impliquant une société de personnes ne peut profiter d'une exonération de droits de mutation. La Cour d'appel a également confirmé que la société de personnes a un patrimoine propre et distinct de celui de ses associés. Il s'ensuit que les droits de mutation ne seraient pas applicables au transfert de parts d'une société de personnes détenant un immeuble. Malgré cette décision, une certaine confusion demeure à l'égard des concepts de personnes morales, de personnalité juridique et de patrimoine de la société de personnes. Dans ce contexte, il importe donc de valider au préalable auprès de la municipalité concernée la politique administrative relative à l'exonération des droits de mutation à l'égard de transferts d'immeubles impliquant une société de personnes.

1.6. DISPOSITION D'UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

1.6.1. Calcul du prix de base rajusté

Une participation dans une société de personnes représente une immobilisation, c'est-à-dire un bien dont la disposition se traduirait par un gain ou une perte en capital. Afin d'être en mesure de calculer le gain ou la perte en capital découlant d'une disposition, le détenteur de la participation doit connaître le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de cette participation. Celui-ci est égal au coût d'acquisition (montant de l'apport à la société de personnes ou montant payé pour acquérir la participation d'un autre associé) plus ou moins certains rajustements prévus à l'article 53 L.I.R.

Premièrement, il faut ajouter, entre autres, en vertu de l'alinéa 53(1)e) L.I.R., la part du revenu de la société de personnes pour l'exercice qui s'est terminé dans l'année d'imposition de l'associé (incluant 100 % des gains en capital et faisant abstraction de la majoration pour dividendes), les apports de capital effectués par l'associé détenant la participation durant l'année, les dividendes provenant du compte de dividendes en capital, l'excédent du produit d'une police d'assurance vie sur le PBR de la police.

Deuxièmement, il faut ensuite déduire, en vertu de l'alinéa 53(2)c) L.I.R., la part de la perte de la société de personnes (incluant 100 % des pertes en capital), les dons de bienfaisance et les contributions politiques effectués par la société de personnes pour le compte des associés, tout retrait de capital effectué durant l'année ainsi que plusieurs rajustements à la suite

de l'application de certaines règles techniques de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par ailleurs, en vertu de l'alinéa 96(1.01)b) L.I.R. proposé[25], lorsqu'un associé cesse d'être membre d'une société de personnes au cours d'une année d'imposition, la part du revenu qui lui est attribuée pour l'exercice dans lequel il se retire, s'il y a lieu, doit être ajoutée immédiatement dans le calcul du PBR. En effet, cet alinéa prévoit qu'il y a une fin d'année d'imposition réputée aux fins du calcul du PBR immédiatement avant le moment où le contribuable cesse d'être associé de la société de personnes. Par ailleurs, l'alinéa 96(1.01)a) L.I.R. proposé[25] prévoit que sa part du revenu pour cette période pourra lui être attribuée en fin d'année, car il sera réputé associé de la société de personnes à la fin de son année d'imposition aux fins du paragraphe 96(1) L.I.R.

Lorsque le total des montants qui doivent être retranchés du PBR en vertu du paragraphe 53(2) L.I.R. est supérieur au total des montants qui doivent être ajoutés au coût en vertu du paragraphe 53(1) L.I.R., le PBR devient alors négatif. Selon le paragraphe 40(3) L.I.R., lorsque le PBR devient négatif, il y a alors un gain en capital immédiat. Toutefois, dans certaines circonstances, le paragraphe 40(3) L.I.R. ne s'applique pas à une participation dans une société de personnes pour un associé qui prend une part active dans la gestion des activités de la société de personnes. Le PBR de la participation peut alors demeurer négatif à moins que la société de personnes ne cesse d'exister ou que l'associé ne se retire de la société. Toutefois, ce n'est pas le cas pour un associé commanditaire (passif) ou tout autre associé passif. À la fin de l'exercice de la société de personnes, ces associés passifs sont réputés avoir réalisé un gain en capital selon le paragraphe 40(3.1) L.I.R. Ce gain en capital réputé doit être ajouté au PBR de la participation en vertu du sous-alinéa 53(1)e)vi) L.I.R. Dans une pareille situation, il serait opportun de planifier un apport en capital afin de ramener le PBR à zéro.

1.6.2. Attribution du revenu à un ancien associé (par. 96(1.01) L.I.R.)[25]

L'alinéa 96(1.01)a) L.I.R. proposé prévoit que la part du revenu d'un associé qui se retire durant l'année d'imposition pour la période pendant laquelle il était associé pourra lui être attribuée en fin d'année, car il sera

---

[25] Projet de loi C-33 (1re lecture par le Sénat le 18 juin 2007) remplacé par le Projet de loi C-10 (2e lecture par le Sénat le 4 décembre 2007).

réputé associé de la société de personnes à la fin de son année d'imposition aux fins du paragraphe 96(1) L.I.R.

1.6.3. Participation détenue par un non-résident

La participation dans une société de personnes détenue par un non-résident est considérée comme un « bien canadien imposable » si, au cours de la période de 60 mois se terminant au moment de la disposition, 50 % ou plus de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la société de personnes est attribuable à des immeubles situés au Canada[26]. Lorsque cette exigence est remplie et que le non-résident dispose de sa participation, celui-ci doit produire une déclaration de revenus afin d'y inclure le gain en capital imposable réalisé lors de la disposition[27].

Afin de s'assurer que le non-résident produise une déclaration de revenus, l'ARC a établi une procédure à suivre[28]. Ce dernier doit aviser l'ARC qu'il se propose de vendre un bien canadien imposable afin d'obtenir un certificat conformément aux dispositions prévues à l'article 116 L.I.R. L'associé non résident doit ainsi faire une demande de certificat de conformité en produisant un formulaire prescrit soit préalablement à la vente, soit dans les 10 jours suivant celle-ci[29, 30]. Cette demande doit être accompagnée du paiement ou d'une garantie acceptable d'un montant équivalant à 25 % de l'excédent du produit de disposition sur le PBR[31]. Dans le cas où l'associé non résident réside dans un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale, le taux d'imposition pourrait être réduit ou le gain exempté. Cet impôt de 25 % représente un acompte sur l'impôt à payer par le non-résident. L'associé non résident a donc avantage à produire sa

---

26 Par. 248(1) « biens canadiens imposables », al. g) L.I.R.

27 Par. 2(3) et art. 115 L.I.R.

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 72-17R5, « Procédures concernant la disposition de biens canadiens imposables par des non-résidents du Canada – Article 116 », 15 mars 2005.

29 Par. 116(1), 116(2) et 116(3) L.I.R.

30 AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2062, « Demande par un non-résident du Canada d'un certificat de conformité relatif à la disposition d'un bien canadien imposable »; Formulaire T2062A, « Demande par un non-résident du Canada d'un certificat de conformité relatif à la disposition d'un avoir minier ou forestier canadien, d'un bien immeuble canadien (autre qu'une immobilisation) ou d'un bien canadien imposable ».

31 Par. 116(4) L.I.R.

déclaration de revenus, car l'acompte versé est normalement supérieur au montant d'impôt à payer sur la transaction, calculé sur le gain en capital imposable plutôt que sur le plein montant de gain en capital.

Lorsqu'aucun certificat de conformité n'a été obtenu préalablement à la vente à l'égard de la disposition projetée, le vendeur a l'obligation de déclarer la transaction aux autorités fiscales canadiennes dans les 10 jours suivants afin d'obtenir un certificat relatif au bien disposé. En cas de défaut, le vendeur est passible d'une pénalité de 25 $ par jour, pour un minimum de 100 $ et un maximum de 2 500 $[32, 33].

L'obtention d'un tel certificat permet de relever l'acheteur de son obligation de retenir 25 % du prix de vente dans la mesure où ce dernier n'a pas augmenté entre le moment où la demande de certificat a été produite et celui de la vente, auquel cas l'acheteur devrait alors retenir 25 % de l'excédent et le remettre au Receveur général dans les 30 jours qui suivent la fin du mois au cours duquel la transaction a eu lieu[34].

Dans le cas où l'immeuble est situé au Québec et que la participation dans la société de personnes constitue un « bien québécois imposable » aux termes du paragraphe e) de la définition de bien québécois imposable à l'article 1094 L.I., une retenue supplémentaire de 12 % du prix de vente est également requise[35]. Tout comme au fédéral, afin d'éviter de telles conséquences, il est recommandé de faire une demande de certificat de conformité préalablement à la vente. Une telle demande de certificat doit être produite sur un formulaire prescrit[36]. Le vendeur devra y annexer le paiement d'un montant équivalant à 12 % du gain en capital qui serait réalisé pour couvrir l'impôt du Québec que le vendeur pourrait devoir payer[37].

Ainsi, lorsque la participation est un bien québécois imposable, le taux de retenue global est donc de 37 % du gain en capital comparativement à

---

32 Par. 116(3) L.I.R.

33 Par. 162(7) L.I.R.

34 Par. 116(5) L.I.R.

35 Art. 1101 L.I.

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire TP-1097, « Avis d'aliénation réelle ou projetée de biens canadiens imposables, par un particulier ou une société résidant hors du Canada ».

37 Art. 1097 et 1098 L.I.

25 % pour un bien situé dans une autre province. Toutefois, l'ARC a confirmé qu'il n'existe aucune politique administrative permettant de réduire le taux de retenue de 25 % prévu au paragraphe 116(2) ou 116(4) L.I.R. dans le cas d'une disposition d'un bien québécois imposable[38].

1.7. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS SELON LE STATUT FISCAL DE L'ASSOCIÉ

La possibilité de transférer les pertes locatives aux associés ainsi que la conservation de la nature du revenu au niveau de ces derniers constituent les principaux avantages de l'utilisation d'une société de personnes pour détenir un immeuble. Outre le fait que la société de personnes soit un conduit fiscal parfait, ce mode de détention comporte également certains autres avantages et inconvénients selon les types d'investisseurs.

1.7.1. Non-résident

Une société de personnes dont un des associés est un non-résident ne se qualifie pas de « société de personnes canadienne ». En effet, selon l'article 102 L.I.R., une société de personnes est une « société de personnes canadienne » si tous les associés résident au Canada. Par conséquent, aucune des règles de roulement prévues aux paragraphes 97(2), 98(1) et 98(3) L.I.R. ne peut être utilisée.

Un associé non résident doit s'imposer sur ses revenus gagnés dans la société de personnes. Ainsi, il devra payer l'impôt de la Partie I L.I.R. sur un revenu d'entreprise et l'impôt de la Partie XIII L.I.R. sur un revenu de biens. Aux fins de l'impôt de la Partie XIII, la société de personnes est réputée être non résidente en vertu de l'alinéa 212(13.1)b) L.I.R. Le payeur du revenu de location à la société de personnes a la responsabilité de prélever une retenue de 25 % sur tout le revenu de location et non seulement sur la partie attribuable à la quote-part détenue par l'associé non résident. Par contre, la part de cet impôt retenu attribuable à l'associé qui est un résident du Canada peut être demandée par ce dernier à titre de crédit applicable à son impôt de la Partie I L.I.R.[39]

---

[38] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0141101C6, 7 octobre 2005; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 20., aux pages 53:46-47.

[39] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-81R, « L'impôt sur les non-résidents associés », 6 mai 1976, par. 7.

Cependant, il est possible de faire le choix du paragraphe 216(1) L.I.R. afin de payer l'impôt de la Partie I L.I.R. sur le revenu locatif net plutôt que l'impôt de la Partie XIII L.I.R. en produisant une déclaration distincte. La retenue de 25 % sera alors calculée sur le revenu net et elle ne sera applicable que sur la partie attribuable au non-résident. L'associé non résident n'aura cependant pas droit à une déduction de ce revenu aux fins du calcul du revenu imposable.

De plus, étant donné que le revenu de location ne constitue pas un revenu d'entreprise, le non-résident ne peut se prévaloir de l'abattement provincial de 10 %, car ce revenu ne constitue pas un revenu imposable gagné dans une province en vertu du paragraphe 124(1) L.I.R. Toutefois, ce revenu est imposable au Québec en vertu des articles 12 et 22 L.I. Le non-résident subit ainsi une augmentation de 10 % de son taux combiné d'impôt. Lors de la table ronde fédérale du Congrès 2006 de l'Association de planification fiscale et financière[40], le ministère des Finances a mentionné qu'il ne comptait pas modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour permettre l'abattement dans une telle situation.

Finalement, il convient de noter que les règles de capitalisation restreinte ne sont pas applicables lorsqu'un prêt est consenti directement à la société de personnes par un non-résident. En effet, l'ARC considère que le paragraphe 18(4) L.I.R. doit s'appliquer au niveau de la société de personnes et non au niveau des associés et qu'en conséquence, la restriction ne peut avoir effet puisque la société de personnes n'est pas une société par actions[41].

1.7.2. Fonds de pension

Une société de personnes est un conduit puisqu'elle n'est pas une entité imposable. Ainsi, la quote-part du revenu attribuée à un associé qui est une fiducie régie par un régime de pension agréé (ci-après « RPA ») sera exempte d'impôt en raison du statut non imposable de cet associé.

---

40 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 38, question 32., 53:66-67.

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9010955, 23 novembre 1990; 9822340, 25 novembre 1998; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 16, 8 mars 1999; « Table ronde de Revenu Canada », dans *1992 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 54:37-75, question 12, aux pages 54:45-46; Robert COUZIN et Stephen S. RUBY, « The Impact of Recent Cases », dans *1998 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, p. 52:14.

Toutefois, les fonds de pension doivent s'assurer de respecter certains critères d'exonération de l'impôt de la Partie I L.I.R., notamment à l'égard des activités permises[42, 43].

1.7.3. Société par actions

Pour une société par actions, le fait de détenir une participation dans une société de personnes peut être avantageux dans plusieurs situations. Par exemple, il est possible pour une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») d'éviter l'application des règles d'association, et ainsi augmenter le droit à la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »). En effet, dans la mesure où le revenu de location constitue du revenu d'entreprise, le revenu de la société de personnes attribué à la société peut être inclus dans le « revenu de société de personnes déterminé » de celle-ci et, de ce fait, donner droit à la DPE[44].

Par contre, le revenu de location considéré du revenu de biens constitue un revenu admissible aux fins de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») et du remboursement d'impôt au titre de dividende (ci-après « RTD »).

De plus, tel qu'il a été mentionné précédemment, il est possible pour un associé qui est une société par actions de choisir une fin d'exercice permettant le report de l'impôt payable par la société, de transférer la perte locative de la société de personnes aux associés et d'éviter l'assujettissement à l'impôt minimum de remplacement. Toutefois, contrairement aux autres types d'associés, une société par actions est assujettie à la taxe sur le capital selon sa quote-part.

1.7.4. Particulier

Il peut également être avantageux pour un particulier de détenir une participation dans une société de personnes. En effet, celui-ci n'est pas assujetti à la taxe sur le capital contrairement à l'associé qui est une société par actions. Par contre, ce dernier sera assujetti à l'impôt minimum de remplacement.

---

42 Al. 149(1)o.2) L.I.R.

43 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0164611 E 5, 27 janvier 2006.

44 Par. 125(7) « revenu de société de personnes déterminé » L.I.R.

2. DÉTENTION PAR UNE FIDUCIE

2.1. NOTIONS DE BASE

Aux fins fiscales, une fiducie constitue une entité distincte de ses bénéficiaires. Par ailleurs, en vertu du paragraphe 104(2) L.I.R., une fiducie est réputée être un particulier relativement aux biens qu'elle possède aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En conséquence, l'année d'imposition d'une fiducie entre vifs correspond à l'année civile conformément au paragraphe 249(1) L.I.R.

2.1.1. Nature du revenu

Le revenu de location gagné par la fiducie peut constituer du revenu d'entreprise ou du revenu de biens. Tel qu'il a été mentionné précédemment, il importe de caractériser le revenu de location selon les faits particuliers[45].

Dans le cas où le revenu de location gagné par la fiducie constitue du revenu de biens, un tel revenu attribué aux bénéficiaires conserve sa nature de revenu de biens. Par contre, dans le cas où il est déterminé que le revenu locatif gagné par une fiducie constitue plutôt du revenu d'entreprise, l'alinéa 108(5)a) L.I.R. prévoit que le revenu distribué par la fiducie à ses bénéficiaires perd sa nature et est automatiquement considéré comme du revenu de biens. Dans ce cas, le revenu d'entreprise attribué à un bénéficiaire corporatif réputé être du revenu de biens ne constitue pas un revenu admissible aux fins de la DPE, de l'IMRTD et du RTD. Par contre, un tel revenu est inclus dans le calcul du compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG »)[46]. En effet, le revenu qui, en l'absence de l'alinéa 108(5)a) L.I.R., ne serait pas un revenu de biens est exclu de la définition du « revenu de placement total » prévu au paragraphe 129(4) L.I.R. Ainsi, il n'est donc pas avantageux pour une société par actions de détenir des immeubles qui généreraient par ailleurs du revenu d'entreprise par une fiducie, puisque les revenus de location seraient alors assujettis au taux d'imposition des revenus de biens.

Par ailleurs, dans une interprétation technique qui, cependant, ne semble pas émise dans le cadre habituel, l'ARC a indiqué que le revenu distribué par

---

45 Voir la section 1.1.1. pour les critères de détermination.

46 Par. 89(1) « compte de revenu à taux général » L.I.R.

une fiducie à une SPCC[47] ne serait pas automatiquement considéré comme du « revenu de placement total » en vertu du paragraphe 129(4) L.I.R. L'ARC a signalé notamment que les exceptions prévues à l'alinéa b) de la définition de « revenu » au paragraphe 129(4) L.I.R.[48] pourraient trouver application selon le cas, et ce, même si le seul revenu attribué à la société par la fiducie était par ailleurs du revenu de biens gagné par cette dernière[49]. Il est donc important de s'assurer que le revenu gagné par la fiducie et distribué par cette dernière ne constitue pas un revenu qui se rapporte directement ou accessoirement à une entreprise exploitée activement, auquel cas le revenu de location distribué par la fiducie ne serait pas assujetti à l'IMRTD et ne profiterait pas du RTD. Ce revenu serait tout simplement imposé au taux d'impôt corporatif le plus élevé, sans toutefois avoir les bénéfices accordés au revenu de placement gagné par une SPCC.

2.1.2. Calcul du revenu/de la perte

Le calcul du revenu locatif ou de la perte locative se fait au niveau de la fiducie. Toutes les dépenses et déductions relativement à l'exploitation des immeubles locatifs, y compris la DPA, doivent être réclamées au niveau de la fiducie.

Tel qu'il a été mentionné à la section 1.1.2., le paragraphe 1100(11) R.I.R. limite le montant de DPA pouvant être demandé pour un bien locatif. La présomption au paragraphe 104(2) L.I.R. selon laquelle une fiducie est considérée comme un particulier fait en sorte d'assujettir les fiducies à la restriction prévue au paragraphe 1100(11) R.I.R. Ainsi, la DPA qu'une fiducie peut déduire dans le calcul de son revenu locatif est limitée au revenu net de location et elle ne peut donc se créer de perte locative ou en

---

47 Par. 125(7) L.I.R.

48 « […] Le revenu d'une société pour une année d'imposition tiré d'une source qui est un bien :

[…]

b) ne comprend pas le revenu tiré d'un bien qui, selon le cas :

(i) se rapporte directement ou accessoirement à une entreprise qu'elle exploite activement;

(ii) est utilisé ou détenu principalement pour tirer un revenu d'une entreprise qu'elle exploite activement. »

49 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0153561E5, 13 février 2006.

augmenter le montant. Comme la restriction relative à la DPA s'applique à l'égard de tous les biens locatifs, le total de la DPA demandée à l'égard de tous les biens ne doit pas dépasser le total du revenu tiré des loyers de tous les biens, moins le total des pertes résultant des loyers relatifs à ces biens.

2.1.3. Attribution aux bénéficiaires

Le revenu net ou la perte nette de location ainsi déterminé pour la fiducie peut être imposé au niveau de la fiducie ou au niveau des bénéficiaires, et être distribué ou non à ces derniers.

Le paragraphe 104(6) L.I.R. permet à une fiducie de déduire dans le calcul de son revenu un montant jusqu'à concurrence des montants devenus payables à un bénéficiaire. En vertu du paragraphe 104(24) L.I.R., « […] un montant n'est pas considéré comme payable dans une année d'imposition à moins qu'il ne soit payé dans l'année à la personne à qui il est payable ou que la personne à qui le montant est payable ait droit, dans l'année, d'en exiger le paiement »[50]. Ainsi, lorsque le revenu est devenu payable, le paragraphe 104(13) L.I.R. prévoit que l'imposition du revenu se fera au niveau des bénéficiaires, et ce, indépendamment du fait que le revenu ait été réellement versé ou non au bénéficiaire. Par contre, le revenu qui n'est pas payable au bénéficiaire est imposable au niveau de la fiducie.

Par ailleurs, les pertes locatives réalisées par une fiducie ne peuvent être attribuées aux bénéficiaires. Elles sont conservées au niveau de la fiducie à titre de pertes autres qu'en capital ou de pertes en capital selon le cas et pourront être utilisées ultérieurement contre les revenus ou les gains en capital.

2.1.4. Choix d'imposition dans la fiducie

Malgré le paragraphe 104(13) L.I.R., une fiducie peut choisir qu'un montant devenu payable à un bénéficiaire, en vertu des clauses de la fiducie, soit réputé ne pas lui être payable. En effet, les paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. prévoient des choix pour que des revenus réellement attribués aux bénéficiaires d'une fiducie soient réputés ne pas avoir été payés à ces derniers et soient imposés au niveau de la fiducie plutôt qu'au niveau des bénéficiaires, et ce, même si le bénéficiaire a encaissé la distribution. Ce choix peut être avantageux ou non selon le taux d'imposition des

---

[50] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-342R, « Fiducies – Revenu payable à des bénéficiaires », 21 mars 1990, par. 2.

bénéficiaires par rapport à celui de la fiducie qui correspond au taux marginal le plus élevé[51].

De plus, dans la mesure où les pertes fiscales réalisées par la fiducie ne peuvent être attribuées aux bénéficiaires et doivent être conservées par la fiducie pour une utilisation ultérieure, les paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. permettront de réputer des montants devenus payables à des bénéficiaires comme des revenus non payés. Ces montants seront conservés dans la fiducie et il sera possible d'utiliser les pertes accumulées par la fiducie en contrepartie. Ces dispositions permettent que les sommes payables à des bénéficiaires soient imposées au niveau de la fiducie plutôt qu'au niveau de ces derniers.

2.1.5. Taux d'imposition

La fiducie utilisée pour détenir un immeuble est une fiducie non testamentaire assujettie au taux marginal le plus élevé des particuliers soit 48,22 %. Il faut noter que ce taux peut être plus ou moins avantageux par comparaison avec le taux d'imposition des bénéficiaires.

2.1.6. Impôt minimum de remplacement

Tel qu'il a été mentionné à la section 1.1.4., la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un mécanisme obligeant les particuliers utilisant des abris fiscaux ou certaines déductions, dans le calcul de leur revenu net ou de leur revenu imposable, à payer un impôt minimum. Tout comme les particuliers, les fiducies sont assujetties à l'impôt minimum de remplacement (sauf les fiducies de fonds commun de placement qui comprennent des fiducies de placement immobilier). Ainsi, une fiducie pourrait devoir payer l'impôt minimum, et ce, même si elle a des pertes locatives. De même, les bénéficiaires de la fiducie qui sont des particuliers ou des fiducies pourraient également être assujettis.

2.2. TAXE SUR LE CAPITAL

2.2.1. Assujettissement

Les fiducies ne sont pas assujetties à la taxe sur le capital des provinces. Cette exemption procure toutefois un avantage marginal à la suite de l'abolition de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. au fédéral à compter de 2006 et

[51] Pour 2007, le taux marginal le plus élevé au Québec est de 48,22 %.

de la réduction progressive des taux de taxe sur le capital au niveau des provinces[52].

Par contre, si une société par actions assujettie à la taxe sur le capital de l'Ontario est bénéficiaire d'une fiducie, il y aura attribution d'une partie des dettes, des placements admissibles de la fiducie à la société pour le calcul de la taxe sur le capital de l'Ontario[53]. S'il s'avérait que cette disposition créée une charge fiscale supplémentaire importante, il pourrait être envisagé d'utiliser plutôt une autre société résidente d'une autre province que l'Ontario, qui, elle, serait bénéficiaire de la fiducie[54].

2.3. TRANSFERT DE L'IMMEUBLE

2.3.1. Transfert par voie de roulement

Le transfert d'un immeuble à une fiducie constitue une disposition à la JVM. En effet, de façon générale, aucun roulement n'est possible lors du transfert d'un immeuble en faveur d'une fiducie[55], et ce, tant pour un immeuble en inventaire que pour un immeuble qui est un bien en immobilisations.

2.3.2. Droits de mutation

Une fiducie constitue une entité juridique distincte de ses bénéficiaires et possède un patrimoine distinct. Par conséquent, le transfert d'unités de fiducie qui détient un immeuble situé au Québec n'est pas assujetti aux droits de mutation puisque la vente d'unités de fiducie ne constitue pas un transfert d'une partie indivise d'un immeuble appartenant au bénéficiaire cédant.

Tel qu'il a été mentionné précédemment à la section 1.5.2.1., le transfert d'un immeuble est assujetti aux droits de mutation sous réserve de quelques exonérations applicables dans certains cas particuliers. Toutefois, l'article

---

52 Pour le Québec, les taux annoncés sont les suivants : 0,49 % pour 2007, 0,36 % pour 2008, 0,24 % pour 2009, 0,12 % pour 2010 et 0 % pour 2011.

53 Par. 61(8) L.I.S.O.

54 Cette opération ou série d'opérations pourrait toutefois entraîner l'application de la règle antiévitement.

55 Certaines exceptions sont prévues dont l'article 107.4 L.I.R. qui permet de transférer des biens à une fiducie sans incidences fiscales par voie de roulement. Cependant, l'analyse de cette disposition dépasse le cadre du présent texte.

20 L.D.M.I. prévoit l'exonération de droits de mutation à l'égard de certains transferts impliquant une fiducie.

2.4. RÈGLE DE 21 ANS

Le paragraphe 104(4) L.I.R. constitue un inconvénient majeur pour les fiducies. En effet, les fiducies sont présumées disposer de tous leurs actifs à la JVM et les acquérir de nouveau tous les 21 ans. Cette disposition peut entraîner l'imposition d'un montant de gain en capital et de récupération de l'amortissement à l'égard de toute plus-value sur les biens de la fiducie depuis leur acquisition. Il existe différentes façons permettant d'éviter les conséquences négatives de cette disposition présumée. Par exemple, il pourrait être prévu à l'acte constitutif de la fiducie de remettre aux bénéficiaires tous les biens de la fiducie immédiatement avant la date du 21e anniversaire. Ainsi, dans le cas où le statut de fiducie personnelle[56] est maintenu, il serait possible de se prévaloir des règles de roulement prévues au paragraphe 107(2) L.I.R. et de remettre les biens de la fiducie aux bénéficiaires en règlement de leur participation.

De plus, il pourrait être possible d'avoir recours à différentes planifications afin de reporter l'application des règles prévues au paragraphe 104(4) L.I.R. Cependant, ces dernières peuvent comporter un certain risque.

2.5. DISPOSITION D'UNE PARTICIPATION DANS UNE FIDUCIE

2.5.1. Calcul du prix de base rajusté

Tout comme une participation dans une société de personnes, une participation dans une fiducie représente une immobilisation, c'est-à-dire un bien dont la disposition se traduirait par un gain ou une perte en capital. Afin d'être en mesure de calculer le gain ou la perte en capital découlant d'une disposition, le détenteur de la participation doit connaître le PBR de cette participation. Celui-ci est égal au coût d'acquisition plus ou moins certains rajustements prévus à l'article 53 L.I.R. Notamment, le rajustement prévu au sous-alinéa 53(2)h)(i.1) L.I.R. s'applique aux situations où une remise de

---

[56] Par. 248(1) L.I.R. : « fiducie non testamentaire dans laquelle aucun droit de bénéficiaire n'a été acquis pour une contrepartie payable directement ou indirectement à la fiducie ou une personne qui effectue un apport à la fiducie sous forme de transfert, cession ou autres dispositions de biens, à l'exclusion, après 1999, d'une fiducie d'investissement à participation unitaire ».

capital de la fiducie est effectuée en faveur d'un bénéficiaire autrement que dans le cadre de la disposition de sa participation au capital.

Lorsque le PBR devient alors négatif à la suite des rajustements prévus à l'article 53 L.I.R., le paragraphe 40(3) L.I.R. prévoit alors un gain en capital immédiat. Ce gain en capital réputé doit être ajouté au PBR de la participation en vertu de l'alinéa 53(1)a) L.I.R.

2.5.2. Participations détenues par un non-résident

Les participations suivantes dans une fiducie détenue par un non-résident sont considérées comme un « bien canadien imposable » :

- les participations dans une fiducie non résidente si, au cours de la période de 60 mois se terminant au moment de la disposition, 50 % ou plus de la JVM des biens de la fiducie et 50 % ou plus de la JVM des participations est attribuable à des immeubles situés au Canada[57];

- les participations au capital d'une fiducie (sauf une fiducie d'investissement à participation unitaire) résidant au Canada[58];

- les participations au revenu d'une fiducie résidant au Canada[59].

Lorsqu'un bénéficiaire non résident dispose de sa participation qui est un « bien canadien imposable », celui-ci doit produire une déclaration de revenus afin d'y inclure le gain en capital imposable réalisé lors de la disposition[60]. Il doit également obtenir un certificat conformément aux dispositions prévues à l'article 116 L.I.R. et effectuer un paiement d'un montant équivalant à 25 % du gain en capital conformément aux modalités décrites précédemment à la section 1.6.3. Dans le cas où la participation dans la fiducie constitue un « bien québécois imposable », il doit également obtenir un certificat de conformité préalablement à la vente et effectuer un paiement d'un montant équivalant à 12 % du gain en capital conformément aux modalités décrites précédemment à la section 1.6.3.

---

57 Par. 248(1) « biens canadiens imposables », al. k) L.I.R.

58 Par. 248(1) « biens canadiens imposables », al. h) L.I.R.

59 Par. 248(1) « biens canadiens imposables », al. o) L.I.R.

60 Par. 2(3) et art. 115 L.I.R.

2.6. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS SELON LE STATUT FISCAL DU BÉNÉFICIAIRE

L'impossibilité de transférer les pertes locatives aux bénéficiaires ainsi que la perte de la nature du revenu au niveau des bénéficiaires constituent les principaux inconvénients de l'utilisation d'une fiducie pour détenir un immeuble et, par conséquent, la fiducie est un conduit fiscal imparfait. Cependant, ce mode de détention comporte également certains autres avantages et inconvénients selon les types d'investisseurs.

2.6.1. Non-résident

Un bénéficiaire non résident doit s'imposer sur les revenus distribués par la fiducie. Ainsi, une retenue d'impôt de 25 % doit être prélevée sur toute somme distribuée par une fiducie à un bénéficiaire non résident qui aurait été assujetti à l'impôt de la Partie I L.I.R. s'il avait été un résident canadien[61].

De plus, dans le cas où le revenu n'est pas imposé dans la fiducie, un impôt additionnel de 36 % s'applique en vertu de la Partie XII.2 L.I.R.[62] afin qu'un non-résident ne puisse bénéficier d'un taux d'imposition réduit comparativement au taux d'imposition applicable aux résidents canadiens. Cet impôt est généralement égal à 36 % du « revenu de distribution »[63] de la fiducie payable à tout bénéficiaire, qu'il soit ou non résident du Canada[64]. Cependant, cet impôt ne s'applique pas si le fiduciaire atteste qu'aucun bénéficiaire de la fiducie n'est un bénéficiaire étranger ou assimilé au cours de l'année[65]. Cet impôt ne s'applique pas non plus à certaines fiducies[66].

---

61 Al. 212(1)c) L.I.R.

62 Art. 210 à 210.3 L.I.R.

63 Par. 210.2.(2) : Le « revenu de distribution » comprend le revenu de la fiducie provenant de gains imposables en capital nets provenant d'une disposition de biens canadiens imposables, déterminés comme si la fiducie était non résidente, de même que le revenu tiré a) de biens immeubles au Canada (sauf des avoirs miniers canadiens); b) d'avoirs forestiers; c) d'avoirs miniers canadiens acquis avant 1971; et d) d'entreprises exploitées au Canada.

64 Art. 210 à 210.3 L.I.R.

65 Art. 210.3 L.I.R.

66 Art. 210.1 L.I.R. : Les fiducies testamentaires, les fiducies de fonds commun de placement, les fiducies exonérées de l'impôt de la Partie I L.I.R. (par exemple un organisme de bienfaisance enregistré, une société à but non lucratif), les fiducies

(à suivre…)

Toutefois, pour éviter que les bénéficiaires de la fiducie qui ne sont pas des « bénéficiaires étrangers ou assimilés »[67] aient à supporter le fardeau de cet impôt spécial et pour prendre en considération l'impôt de la Partie I L.I.R. payé par ces bénéficiaires sur les sommes distribuées par la fiducie, la loi prévoit un crédit d'impôt remboursable à ces bénéficiaires au prorata de l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. payé par la fiducie qui peut leur être attribué[68]. Une société de personnes canadienne qui est bénéficiaire d'une fiducie peut transférer le crédit d'impôt à ses associés[69]. Le montant du crédit d'impôt ainsi attribué est alors réputé être un montant devenu payable par la fiducie à ces bénéficiaires autres que des « bénéficiaires étrangers ou assimilés » et, par conséquent, le montant du crédit d'impôt doit donc être inclus dans le calcul de leur revenu.

Finalement, il convient de noter que les règles de capitalisation restreinte prévues au paragraphe 18(4) L.I.R. ne sont pas applicables lorsqu'un prêt est consenti directement à la fiducie par un non-résident puisque la société de personnes n'est pas une société par actions.

2.6.2. Fonds de pension

Comme dans le cas du revenu attribué par une société de personnes, le revenu attribué par une fiducie à un bénéficiaire qui est une fiducie régie par un RPA sera exempt d'impôt en raison du statut non imposable de cet associé.

Toutefois, l'utilisation d'une fiducie pour détenir un immeuble pourrait contribuer à répondre aux critères d'exonération de l'impôt de la Partie I L.I.R. des fonds de pension à l'égard des activités permises[70, 71].

(…suite)
régies par un RPA ou les fiducies non résidentes ne sont pas assujetties à l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R.

67 Art. 210 L.I.R.

68 Par. 210.2(3) L.I.R.

69 Par. 210.2(4) L.I.R.

70 Al. 149(1)o.2) L.I.R.

71 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0164611 E 5, 27 janvier 2006.

2.6.3. Société par actions

Pour une société par actions, le fait de détenir une participation dans une fiducie est peu avantageux lorsque le revenu de location gagné par la fiducie constitue du revenu d'entreprise, du fait que le revenu d'entreprise distribué par une fiducie à un bénéficiaire corporatif qui est réputé du revenu de biens ne constitue pas un revenu admissible aux fins de la DPE, de l'IMRTD et du RTD. Par contre, un tel revenu est inclus dans le calcul du CRTG.

2.6.4. Détention par une fiducie *versus* une société par actions

Le tableau comparatif montré dans l'annexe permet de conclure qu'à la suite de l'abolition de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. et de la réduction progressive des taux de taxe sur le capital des provinces, l'utilisation d'une fiducie pour détenir un immeuble est désormais un véhicule moins intéressant pour les Canadiens. Par contre, avec l'introduction des nouvelles règles sur les dividendes déterminés, l'utilisation d'une société par actions pour détenir un immeuble devient un véhicule privilégié.

3. UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM

3.1. *LOI SUR L'INTÉRÊT*

Le paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt*[72] prévoit qu'une personne peut rembourser une hypothèque par anticipation avant le terme, en tout temps, cinq ans après l'avoir contractée en versant une pénalité équivalant à trois mois d'intérêt. Par contre, le paragraphe 10(2) de cette loi précise que les sociétés par actions ne peuvent profiter du remboursement par anticipation prévu au paragraphe 10(1) de cette même loi.

Ainsi, aux termes de la *Loi sur l'intérêt*, seule une société par actions ne peut rembourser un emprunt hypothécaire par anticipation après un terme de cinq ans.

3.2. OBJECTIFS FINANCIERS DE LA SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM

Bien que la *Loi sur l'intérêt* constitue une contrainte pour les sociétés par actions, elle permet cependant de fixer les conditions et modalités d'un

[72] L.R.C. (1985), c. I-15.

emprunt à long terme. Or, les institutions financières tout comme les emprunteurs désirent souvent fixer le taux d'intérêt à long terme pour des raisons de gestion du risque. Ainsi, lorsque le véritable propriétaire de l'immeuble n'est pas une société par actions, l'utilisation d'une société prête-nom qui agit à titre de mandataire pourrait permettre à une institution financière dans certaines situations, selon certains juristes, de prêter sur une période de plus de cinq ans et de fixer le taux d'intérêt à long terme et, s'il y a lieu, de profiter des bas taux d'intérêt.

3.3. IMPACTS FISCAUX DE LA SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM

Le transfert d'un immeuble à une société prête-nom qui agit à titre de mandataire peut se faire sans incidence fiscale négative en ce qui concerne ce qui suit :

- la taxe sur le capital lorsque le véritable propriétaire, à titre de mandant, est une personne non assujettie à la taxe sur le capital;

- les droits de mutation lors du transfert;

- le transfert sans incidences fiscales lorsqu'il y a impossibilité de transférer l'immeuble par voie de roulement (par exemple lorsque les dettes excèdent les attributs fiscaux).

Dans le cadre d'une transaction impliquant une société prête-nom, il est recommandé d'obtenir une décision anticipée tant au fédéral qu'au Québec.

3.4. FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM

La société prête-nom est souvent utilisée dans le contexte où le véritable propriétaire de l'immeuble est un individu, une fiducie ou une société de personnes. La société prête-nom détient l'immeuble et contracte l'emprunt hypothécaire à titre de mandataire alors que le véritable propriétaire de l'immeuble est le réel emprunteur tant d'un point de vue légal que fiscal. Le schéma suivant permet d'illustrer le fonctionnement de l'utilisation d'une société prête-nom :

Véritable propriétaire	**Personnes non assujetties à la taxe sur le capital** • Individus, fiducies, sociétés de personnes
Mandataire	**Société prête-nom (mandataire)** • Immeuble • Prêt hypothécaire

Les différentes étapes de l'utilisation et du fonctionnement de la société prête-nom sont les suivantes :

1) constitution d'une nouvelle société par actions, soit la société prête-nom, par le véritable propriétaire de l'immeuble et souscription par ce dernier à des actions pour une valeur nominale, par exemple 100 $;

2) vente de l'immeuble par le véritable propriétaire à la société prête-nom en vertu d'un contrat de vente en bonne et due forme pour bonne et valable considération;

3) conclusion d'une convention de mandat entre le véritable propriétaire de l'immeuble et la société prête-nom confirmant notamment que :

   i) la société prête-nom agit à titre de mandataire et de prête-nom,

   ii) la société prête-nom n'a aucun droit de propriété à l'égard de l'immeuble,

   iii) le véritable propriétaire conserve tous les attributs rattachés au droit de propriété de l'immeuble, c'est-à-dire l'usage, la jouissance et la capacité d'en disposer,

   iv) le véritable propriétaire assume toutes les responsabilités reliées à la détention de l'immeuble,

   v) le véritable propriétaire est le seul propriétaire des revenus provenant de l'immeuble et en assume toutes les dépenses;

4) emprunt hypothécaire par la société prête-nom.

3.5. INCIDENCES FISCALES DU TRANSFERT À UNE SOCIÉTÉ PRÊTE-NOM

Les incidences fiscales découlant du transfert d'un immeuble à une société prête-nom qui agit à titre de mandataire ont été confirmées par les autorités fiscales notamment par voie de décisions anticipées. Ces principales incidences sont les suivantes :

- Il n'y a aucune disposition de l'immeuble par le véritable propriétaire en vertu du paragraphe 248(1) L.I.R. et non-application du paragraphe 69(1) L.I.R.[73]

- Le véritable propriétaire (individu, fiducie ou société de personnes) demeure propriétaire de l'immeuble aux fins de la DPA[74].

- L'emprunt hypothécaire ne constitue pas une dette pour la société prête-nom aux fins de la taxe sur le capital[75].

- Les droits de mutation ne sont pas applicables[76].

- Le véritable propriétaire peut déduire les frais d'intérêt relatifs à l'emprunt hypothécaire[77].

- Le véritable propriétaire, en tant que mandant, doit inclure dans le calcul de son revenu les revenus provenant de l'immeuble ou en découlant, et ce, conformément à l'article 80 L.I.[78]

---

[73] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0073571R3, 23 juin 2004; 2003-0009383, 2 juillet 2003; 2003-0045613, 7 janvier 2003; 2002-0139683, 24 juin 2002.

[74] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-285R2, « Déduction pour amortissement – Généralités », 31 mars 1994, par. 15.

[75] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-7/R1, « Sociétés prête-nom ou mandataires », 30 septembre 1997, par. 5.

[76] *Douville* c. *Québec (Ville de)*, C.S. Québec, n° 200-17-004856, 11 mars 2005, j. Pelletier. Dans cette affaire, la décision a été rendue en faveur du contribuable au motif que la Ville de Québec connaissait l'existence de la convention de prête-nom. Par conséquent, cette dernière ne pouvait se prévaloir de l'article 1452 C.c.Q. afin de considérer le contrat de vente plutôt que la convention de prête-nom stipulant l'absence de transfert réel de la propriété de l'immeuble.

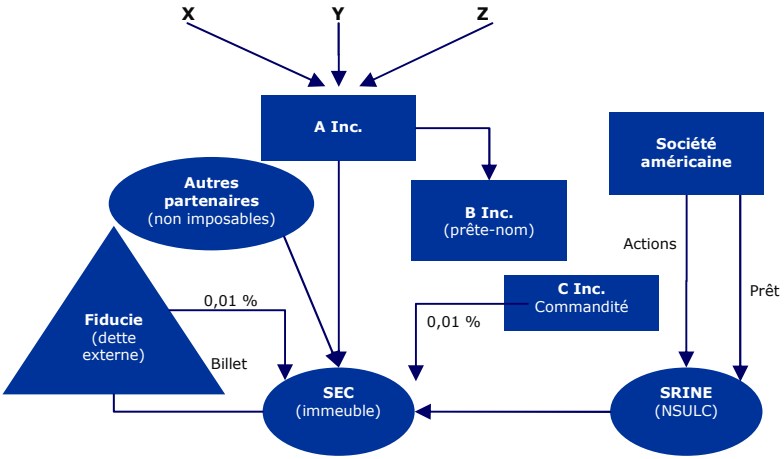
[77] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0101681R3, 8 décembre 2004; 2003-0045613, 7 janvier 2003.

[78] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 80-7/R1, « Contrat de prête-nom », 29 juin 2007, par. 4-5.

- Les considérations relatives à la TPS et à la TVQ doivent être analysées selon le type d'utilisation des différentes composantes de l'immeuble (résidentiel, commercial, pourcentage d'activités commerciales, etc.). Toutefois, de façon générale, on peut considérer que le transfert d'un immeuble à une société prête-nom peut se faire sans incidence négative sur le plan de la TPS et de la TVQ.

3.6. EXEMPLE DE STRUCTURE[79]

3.6.1. Avantages fiscaux et autres incidences



La structure corporative présentée ci-dessus permet de profiter des avantages fiscaux suivants en matière d'impôt sur le revenu et de la taxe sur le capital :

[79] Les effets du nouveau protocole à la convention fiscale Canada-États-Unis annoncé le 21 septembre 2007 n'ont pas été analysés aux fins du présent texte, les problèmes n'ayant pas été déterminés au moment de la présentation de la conférence. Les effets potentiels de ce nouveau protocole devront donc être analysés avant la mise en place d'une telle structure. Selon plusieurs auteurs, en vertu de ce nouveau protocole, les avantages de la convention seraient refusés de sorte que l'intérêt payé par une société à responsabilité illimitée (NSULC) sera assujetti à une retenue d'impôt de 25 %.

- Le transfert de l'immeuble à SEC est effectué en vertu des dispositions de roulement prévues au paragraphe 97(2) L.I.R. dans le cas où l'immeuble est transféré de A Inc. à la SEC.

- La SEC constitue un conduit fiscal du revenu à l'entité non imposable telle que des fonds de pension et permet donc la conservation du statut non imposable du revenu attribué à de telles entités.

- La quote-part du revenu attribué à la société par actions A Inc. profite d'un taux d'imposition plus avantageux que celui de la fiducie soit 32,02 % *versus* 48,22 %[80].

- La détention de la dette dans la fiducie permet de réduire la taxe sur le capital.

- La société américaine, associée de SEC par l'intermédiaire de SRINE (NSULC), évite la double imposition par le mécanisme de crédit d'impôt étranger.

- Les intérêts payés à la société américaine par SRINE (NSULC) réduisent l'impôt canadien de cette dernière et sont plutôt assujettis à une retenue à la source[81].

- L'utilisation de SRINE (NSULC) permet à la société américaine de profiter d'un report de la retenue d'impôt canadien jusqu'au versement des dividendes par SRINE (NSULC) plutôt que de payer l'impôt de succursale de la Partie XIV L.I.R.

Outre ces avantages fiscaux en matière d'impôt sur le revenu et de taxe sur le capital, les incidences suivantes découlent également de l'utilisation de cette structure :

---

[80] Le taux d'imposition combiné du revenu d'entreprise exploitée activement (ci-après « REEA ») non admissible à la DPE gagné au Québec par une société est de 32,02 % en 2007, 31,9 % en 2008 et 2009, 30,9 % en 2010 et de 30,4 % en 2011. Pour les quatre cent mille premiers dollars de REEA admissible à la DPE gagné au Québec par une société, le taux d'imposition combiné est de 21,12 % en 2007, 19,5 % en 2008 et 19 % en 2009, 2010 et 2011. (Ces taux ne tiennent pas compte de la réduction de taux proposée dans CANADA, ministère des Finances, *Énoncé économique*, 30 octobre 2007.)

[81] *Supra*, note 79.

- Il n'y a pas de désavantage en matière de TPS et de TVQ[82].

- Les incidences en matière de droits de mutation sont complexes et peuvent différer selon l'approche retenue[83].

- La société prête-nom B Inc. permet d'obtenir un emprunt et d'en fixer les termes et les modalités pour une période de plus de cinq ans, et ce, conformément à la *Loi sur l'intérêt*.

- La responsabilité légale est limitée.

4. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE

4.1. BIEN EN INVENTAIRE *VERSUS* BIEN EN IMMOBILISATIONS

Lors de la disposition d'un immeuble, il importe d'abord de déterminer si l'immeuble constitue un bien en inventaire ou un bien en immobilisations. Cette distinction est essentielle afin de déterminer la nature du revenu découlant d'une telle transaction[84].

Tel qu'il a été indiqué précédemment, le transfert d'un immeuble qui se qualifie de bien en immobilisations peut profiter d'un roulement fiscal, que le transfert soit effectué en faveur d'une société par actions ou d'une société de personnes. Par contre, le transfert d'un immeuble qui se qualifie de bien en inventaire ne peut profiter d'un roulement fiscal que dans la mesure où le transfert est effectué en faveur d'une société de personnes.

Alors que la disposition d'un bien en inventaire génère du revenu (ou une perte) d'entreprise imposable (ou déductible) à 100 %, la disposition d'un bien en immobilisations génère un gain (ou une perte) en capital imposable (déductible à 50 %)[85].

---

82 L'analyse exhaustive n'est pas présentée dans le cadre du présent texte.

83 L'analyse de ces incidences ne fait pas partie du cadre du présent texte.

84 La notion de revenu *versus* celle de gain en capital est l'objet d'une jurisprudence abondante.

85 Le terme d'entreprise, tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R., comprend les projets comportant un risque et les affaires de caractère commercial.

4.2. SOCIÉTÉ DE PERSONNES DONT UN ASSOCIÉ EST UN NON-RÉSIDENT

Lors de la disposition d'un immeuble par une société de personnes, chaque associé est considéré avoir disposé de sa quote-part de l'immeuble. Les dispositions prévues à l'article 116 L.I.R. s'appliquent à la disposition d'un immeuble par une société de personnes dont un associé est un non-résident[86]. En effet, lorsque l'immeuble est situé au Canada, la quote-part de l'immeuble constitue un « bien canadien imposable » aux termes de l'alinéa a) de la définition de « bien canadien imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R.[87]

Conformément aux dispositions prévues à l'article 116 L.I.R., les associés non résidents doivent faire une demande de certificat de conformité en produisant un formulaire prescrit soit préalablement à la vente, soit dans les 10 jours suivant celle-ci[88, 89]. Cette demande doit être accompagnée du paiement ou d'une garantie acceptable d'un montant équivalant à 25 % du gain en capital[90]. Dans le cas où l'associé non résident réside dans un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale, le taux d'imposition pourrait être réduit ou le gain exempté.

La politique de l'ARC à l'égard de la disposition d'un immeuble par une société de personnes est d'accepter un seul avis de disposition pour le compte de tous les associés. Cet avis doit être accompagné d'une liste comprenant les noms de tous les associés non résidents qui disposent ensemble de l'immeuble, ainsi que leurs adresses au Canada et à l'étranger, leur numéro d'identification, leur pourcentage de propriété et leur part du paiement ou de la garantie. Un certificat de conformité sera délivré par l'ARC à chacun des associés non résidents[91].

Les incidences pour le vendeur et pour l'acheteur relatives au défaut d'obtention d'un certificat de conformité préalablement à la vente à l'égard

---

86 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 28.

87 Par. 248(1) « bien canadien imposable », al. a) L.I.R.

88 Par. 116(1), 116(2) et 116(3) L.I.R.

89 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 30.

90 Par. 116(4) L.I.R.

91 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 28, par. 10.

de la disposition projetée sont les mêmes que celles décrites précédemment à la section 1.6.3.

Dans le cas où l'immeuble est situé au Québec et qu'il constitue un « bien québécois imposable » aux termes du paragraphe a) de la définition de bien québécois imposable à l'article 1094 L.I., un certificat de conformité préalablement à la vente doit également être obtenu et un paiement d'un montant équivalant à 12 % du gain en capital doit être effectué conformément aux modalités décrites précédemment à la section 1.6.3.

CONCLUSION

Les divers modes de détention d'un immeuble comportent des avantages et des inconvénients en matière d'impôt sur le revenu et de taxe sur le capital selon le type d'investisseur. Les considérations fiscales sont déterminantes dans le choix du mode de détention d'un immeuble. Une analyse des diverses considérations légales et d'affaires se rapportant particulièrement aux investisseurs, en plus des considérations fiscales, doit être judicieusement effectuée afin de déterminer le véhicule privilégié.

Ainsi, la détention d'un immeuble par le biais d'une société de personnes permet de remplir les objectifs parfois divergents d'investisseurs ayant des statuts fiscaux différents tels les non-résidents, les fonds de pension, les sociétés et les particuliers. Par ailleurs, à la suite de l'abolition de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. et de la réduction progressive des taux de taxe sur le capital des provinces, l'utilisation d'une fiducie pour détenir un immeuble est désormais un véhicule moins intéressant. Par contre, avec la réduction des taux corporatifs et l'introduction des nouvelles règles sur les dividendes déterminés, l'utilisation d'une société par actions pour détenir un immeuble devient un véhicule privilégié.

Finalement, l'utilisation d'une société prête-nom est utile d'un point de vue légal afin de remplir certains objectifs financiers et elle ne présente généralement aucun problème fiscal.

ANNEXE

Sommaire comparatif fiducie *versus* société par actions

	Taux global d'imposition	
	Revenu d'entreprise	**Revenu de biens**
Revenu de location gagné par une fiducie totalement attribué à une société par actions et distribué à un actionnaire particulier	52,20 %	48,46 %
Revenu de location gagné par une société par actions (revenu d'entreprise non admissible à la DPE) et distribué à un actionnaire particulier	52,20 %	48,46 %
Revenu de location gagné directement par un particulier ou une fiducie	48,22 %	48,22 %
Revenu de location gagné par une société par actions (non admissible à la DPE et avant la distribution à l'actionnaire particulier)	32,02 %	45,69 %

1) Tous les taux d'imposition mentionnés dans le tableau s'appliquent à une SPCC et comprennent les taux d'imposition en vigueur au fédéral et les taux annoncés lors du budget du Québec le 20 février 2007 pour 2007.

2) Le taux de 52,20 % tient compte du fait que tout le dividende versé à l'actionnaire est un dividende déterminé admissible au taux de 29,69 %. L'impôt corporatif payable est calculé en fonction d'un taux de 32,02 % (22,12 % + 9 %).

3) Le revenu de location gagné par une société par actions (revenu d'entreprise de 400 000 $ admissible à la DPE) et distribué à un actionnaire donne un taux d'imposition global de 49,79 %.

4) Le taux global d'imposition du revenu de location se qualifiant de revenu d'entreprise est de 52,2 % (soit le taux du REEA sans DPE) que le revenu de location soit gagné par l'intermédiaire d'une fiducie ou d'une société par actions.

PANEL RS & DE AVEC LES AUTORITÉS FISCALES



Coordonnateur
Carl Deslongchamps
Associé, D. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Claude Alie
Ing.
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.



François Barbin
Ing., premier directeur
R & D
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Serge Grenier
Associé, CA, DESS fisc.
Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.



Guy Perreault
CA, M. Fisc.
Ernst & Young
s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Hélène Marquis
M. Sc.
Agence du revenu
du Canada



Martin Pesant
Ing.
Agence du revenu du Canada

Gaétan Blouin
Agent de recherche en fiscalité
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1. **SUIVI SUR LE BUDGET FÉDÉRAL 2007** 41:3

2. **TEST DE TAILLE DE L'ENTREPRISE POUR LE CRÉDIT D'IMPÔT MAJORÉ DE 15 % POUR UN TOTAL DE 35 %** 41:3

3. **AUGMENTATION DE LA LIMITE DE 2 M$ DE DÉPENSES ADMISSIBLES** 41:5

4. **MODIFICATIONS AUX POLITIQUES D'APPLICATION RS & DE DE L'ARC** 41:5

5. **LORS DE LA RENCONTRE DE JANVIER DERNIER, DANS LE CADRE DU COLLOQUE EN RS & DE DE L'APFF, L'ARC A MODIFIÉ SA POSITION À L'ÉGARD DE LA DÉDUCTIBILITÉ DES MONTANTS VERSÉS À DES AGENCES DE PLACEMENT ENGAGÉES DANS LE CADRE D'ACTIVITÉS DE RS & DE** 41:6

6. **À LA SUITE DE LA PARUTION DE LA POLITIQUE D'APPLICATION RS & DE 2002-02R** 41:7

7. **SÉGRÉGATION ENTRE LES ACTIVITÉS DE RS & DE ET LES ACTIVITÉS NON ADMISSIBLES** 41:8

8. **ACTIVITÉS AU CANADA ET À L'EXTÉRIEUR DU CANADA** 41:11

9. **ADMISSIBILITÉ D'ACTIVITÉS DANS LE SECTEUR DE L'INFORMATIQUE OU TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION** 41:12

10. **PUBLICATION DES CENTRES DE RECHERCHE PUBLICS ADMISSIBLES ET DES CONSORTIUMS DE RECHERCHE ADMISSIBLES** 41:14

11. **APPLICATION DE LA NOTION DES DÉPENSES AU SOUTIEN D'ACTIVITÉS DE RS & DE** 41:15

12. **MODE DE SÉLECTION POUR DÉTERMINER SI UN DOSSIER FERA L'OBJET DE VÉRIFICATION** 41:15

13. **PIÈCES JUSTIFICATIVES DANS LE CAS DES SALAIRES ET SOUS-TRAITANTS DE SOUTIEN** 41:16

14. **APPLICATION DE LA NOTION DE « N'EÛT ÉTÉ » DES ACTIVITÉS DE RS & DE** 41:17

1. SUIVI SUR LE BUDGET FÉDÉRAL 2007[1]

Questions

- L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») travaille-t-elle actuellement avec le ministère des Finances à des améliorations au programme de recherche scientifique et de développement expérimental (ci-après « RS & DE »)?

- Si oui, peut-on savoir à quels aspects du programme de la RS & DE?

Réponses de l'ARC

- L'ARC et le ministère des Finances travaillent toujours en étroite collaboration en ce qui a trait, entre autres choses, au programme de la RS & DE, incluant des activités liées à l'énoncé du Budget 2007[2].

- Tel qu'il a été mentionné durant le colloque de la RS & DE de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF »), tenu en janvier 2007[3], et énoncé dans le rapport du Groupe d'action sur les questions relatives aux petites entreprises de l'Agence du revenu du Canada[4], la simplification des formulaires du programme de la RS & DE est une des mesures précises visant à réduire le fardeau de l'observation pour les entreprises que l'ARC s'est engagée à mettre en œuvre.

2. TEST DE TAILLE DE L'ENTREPRISE POUR LE CRÉDIT D'IMPÔT MAJORÉ DE 15 % POUR UN TOTAL DE 35 %

L'impôt de la Partie I.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5] a été aboli au 1er janvier 2006. Une société privée sous contrôle canadien a droit de recevoir un crédit d'impôt additionnel de 15 % pour une première tranche de

---

1 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

2 *Id*.

3 *Colloque – Le grand rendez-vous de la RS & DE avec les autorités fiscales, fédérale et québécoises*, 164, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007.

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Aider les petites entreprises en réduisant le fardeau lié à l'observation*, rapport du Groupe d'action sur les questions relatives aux petites entreprises de l'Agence du revenu du Canada, mars 2007.

5 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

2 M$ de dépenses admissibles de RS & DE. Afin d'avoir accès au remboursement des crédits d'impôt au taux élevé de 35 %, deux tests de taille d'entreprise doivent être remplis par la société. Lorsque le seuil de l'un des tests est respecté, un mécanisme de réduction progressive s'applique jusqu'à ce que le crédit additionnel de 15 % soit réduit à zéro. Cela a également une incidence sur le remboursement.

Le premier test est lié au revenu imposable qui doit être inférieur à 400 000 $. Le montant est progressivement réduit entre 400 000 $ et 600 000 $ et est à ce point totalement perdu.

Le second test est lié à l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. Le crédit majoré de 15 % est remboursé en totalité lorsque le capital imposable est sous le seuil de 10 M$. Ce crédit est réduit progressivement lorsque le capital imposable excède 10 M$ et est perdu en totalité au-delà de 15 M$.

Question

- Dans le but de libérer le contribuable et les vérificateurs de l'ARC du calcul du capital imposable selon la Partie I.3 L.I.R, qui est abrogé et qui peut être dans certains cas très laborieux; y a-t-il des discussions entre l'ARC et le ministère des Finances afin que le calcul du capital imposable et le calcul du revenu imposable soient remplacés par un seul test reposant sur l'actif total selon les états financiers consolidés de l'année précédente?

Réponse de l'ARC

- Les modifications législatives sont la responsabilité du ministère des Finances.

- Étant donné que toutes les propositions législatives qui sont discutées entre l'ARC et le ministère des Finances sont confidentielles, nous ne sommes donc pas en mesure de commenter les propositions qui feraient ou non l'objet de discussions interministérielles.

Question

- Y a-t-il des discussions entre l'ARC et le ministère des Finances afin que les seuils du capital imposable applicables dans le calcul de la réduction du crédit d'impôt majoré, qui n'ont pas changé depuis juin 1994, soient augmentés?

Réponse de l'ARC

- Tel qu'il a été mentionné, toutes les propositions législatives qui pourraient faire l'objet de discussion entre l'ARC et le ministère des Finances sont confidentielles.

- L'ARC administre le programme de la RS & DE. Bien que nous travaillions en étroite collaboration avec le ministère des Finances, les modifications législatives pour refléter un changement de politique fiscale, relative au programme de la RS & DE, seraient du ressort du ministère des Finances.

3. AUGMENTATION DE LA LIMITE DE 2 M$ DE DÉPENSES ADMISSIBLES

Question

Y a-t-il des discussions entre l'ARC et le ministère des Finances afin que la limite de 2 M$ concernant les dépenses de RS & DE admissibles d'une année aux fins de l'accès au remboursement soit augmentée?

Réponse de l'ARC

- Même réponse que la précédente, c'est-à-dire que les discussions sont confidentielles et que tout enrichissement au programme proviendrait du ministère des Finances.

4. MODIFICATIONS AUX POLITIQUES D'APPLICATION RS & DE DE L'ARC

Question

Il y a des rumeurs de modifications à venir dans les politiques d'application de l'ARC. Pouvez-vous nous donner de l'information relativement aux modifications envisagées et sur le moment où vous planifiez annoncer ces modifications?

Réponse de l'ARC

- Dans le rapport du Groupe d'action sur les questions relatives aux petites entreprises de l'Agence du revenu du Canada[6], l'ARC s'est engagée à élaborer un formulaire simplifié de demande pour le programme de la RS & DE ainsi qu'un outil d'autoévaluation afin d'aider les demandeurs à déterminer l'admissibilité potentielle à ce programme. Ceux-ci seront lancés à l'automne 2008.

- Tel que l'a mentionné M^{me} Dompierre lors de son allocution au colloque de la RS & DE de l'APFF de janvier 2007, les politiques d'application seront revues afin de les simplifier et d'en améliorer la présentation. Dans le cadre de cet exercice, des politiques pourront être consolidées et clarifiées au besoin et récrites dans un langage simple, mais le fond ne devrait pas changer. Il n'est pas question ici d'effectuer de grandes modifications aux applications de la loi relativement au programme, que ce soit en ce qui a trait à l'admissibilité des projets ou en ce qui concerne la déductibilité des dépenses.

5. LORS DE LA RENCONTRE DE JANVIER DERNIER, DANS LE CADRE DU COLLOQUE EN RS & DE DE L'APFF, L'ARC A MODIFIÉ SA POSITION À L'ÉGARD DE LA DÉDUCTIBILITÉ DES MONTANTS VERSÉS À DES AGENCES DE PLACEMENT ENGAGÉES DANS LE CADRE D'ACTIVITÉS DE RS & DE

Question

Est-ce que l'ARC a l'intention de publier, de façon officielle, sa position concernant les agences de placement?

Réponse de l'ARC

- Dans le cadre de l'exercice de simplification des politiques, la position concernant les agences de placement sera incorporée à la discussion des dépenses admissibles afférentes à des sous-traitants.

---

6 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 4.

6. À LA SUITE DE LA PARUTION DE LA POLITIQUE D'APPLICATION RS & DE 2002-02R[7]

Question

Est-ce que l'ARC a relevé des lacunes particulières, et aurait-elle des suggestions afin de mieux présenter les dépenses y afférentes?

Réponse de l'ARC

Veuillez noter que l'ARC ne présente pas ci-après les résultats d'une étude exhaustive sur la question.

- Certaines lacunes ont été relevées, à savoir :

  – Justifications faibles ou inexistantes à divers niveaux :

    a) on n'établit pas clairement en quoi le projet vise expressément un avancement technologique,

    b) on ne justifie pas chacun des essais :

      i) en quoi l'essai est nécessaire, les paramètres modifiés, l'information recherchée, les résultats, la date, la durée, etc.

      ii) la description détaillée du déroulement de chaque essai n'est pas requise,

    c) on ne fait pas le lien entre les essais :

      i) justifier l'enchaînement des essais, la quantité, les délais écoulés entre chacun, etc.,

    d) on ne présente pas les éléments essentiels justifiant ou démontrant le contexte du développement expérimental de chacun des essais (production commerciale ou production expérimentale (ci-après « PE »)).

---

[7] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE* 2002-02R, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 26 mars 2003.

- Voici quelques suggestions :

  – L'information conservée par l'entreprise est souvent suffisante pour démontrer le contexte expérimental des essais :

    a) demande d'autorisation acheminée à la direction,

    b) autorisation accordée par la haute direction (surtout dans le cas d'essais de PE),

    c) décision d'affecter des ressources additionnelles à une production,

    d) retrait du personnel affecté au contrôle de la qualité et réapparition après une certaine période,

    e) registre de disposition des produits (surtout lorsqu'il y a récupération du crédit), etc.

7. SÉGRÉGATION ENTRE LES ACTIVITÉS DE RS & DE ET LES ACTIVITÉS NON ADMISSIBLES

Lors de la préparation d'une description technique d'un projet de RS & DE, il est souvent utile de décrire l'ensemble des activités du projet d'entreprise pour la compréhension du projet. Cela amène souvent à décrire des activités non admissibles et peut entraîner de la confusion relativement aux dépenses incluses dans la réclamation (et déclencher un processus de vérification).

Lors d'une présentation récente sur les erreurs les plus fréquentes observées dans les dossiers de réclamation de RS & DE[8], M. Martin Pesant avait d'ailleurs soulevé cet élément comme étant une des difficultés rencontrées lors de l'évaluation des projets de RS & DE par les conseillers en recherche et technologie de l'ARC. Il a été recommandé de fournir des détails sur la manière dont la ségrégation a été faite entre les activités admissibles et non admissibles.

---

[8] Jean LOISELLE et Martin PESANT, « Palmarès de l'ARC des erreurs les plus fréquentes », dans *Colloque – Le grand rendez-vous de la RS & DE avec les autorités fiscales, fédérale et québécoises*, 164, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 2:1-37.

Question

Quelles sont les recommandations de l'ARC relativement à la description des activités de tels projets de manière à permettre une bonne compréhension de ceux-ci tout en évitant de fournir une description indûment volumineuse?

Réponse de l'ARC

- Bien que, pour la compréhension du projet de RS & DE, il soit parfois utile de décrire le projet d'entreprise pour avoir une bonne idée du contexte dans lequel se situent les travaux, il est rarement nécessaire de décrire l'ensemble des activités du projet d'entreprise. Il serait peut-être souhaitable de se limiter à décrire le contexte et de s'assurer de situer le début du projet de RS & DE en s'attardant à expliquer en détail ce qui est considéré comme l'avancement recherché.

- Il est plus important de décrire les travaux réclamés afin que l'ARC soit en mesure de comprendre la nature du projet de RS & DE du demandeur.

- Des indications montrant que le demandeur a clairement isolé les travaux de RS & DE de l'ensemble des travaux de son projet d'entreprise facilitent l'examen d'un projet. On devrait retrouver dans le descriptif une mention claire que le département a été fait et une explication de la base sur laquelle il a été fait.

- Comme il incombe à l'entreprise de faire un département, il lui incombe aussi d'en faire la démonstration. Cependant, si ce département a été fait, il devrait être simple d'en faire la démonstration. Le conseiller en recherche et technologie désire comprendre quelles sont les activités retenues, il désire aussi s'assurer que le demandeur comprend bien les notions d'admissibilité du programme et veut donc que ce dernier lui en fasse la démonstration. Une explication des critères qui ont été utilisés pour effectuer le département aide à la compréhension.

  À titre d'exemples :

  – Quelles sont les activités qui étaient prévues dans le cadre de la réalisation du bien commercial et qui sont courantes dans un tel mandat? Quels sont les moyens utilisés pour enregistrer les efforts liés à ces activités?

et/ou

  - Quelles sont les activités qui n'étaient pas prévues dans le cadre de la réalisation du bien commercial et qui ne sont pas courantes dans un tel mandat? Quels sont les moyens utilisés pour enregistrer les efforts liés à ces activités? Quelle est la méthode utilisée pour faire ressortir ces efforts du reste du travail accompli?

- Il est préférable que le descriptif ne soit pas trop volumineux. C'est pourquoi il est important d'y préciser l'ensemble de l'information disponible pour appuyer la réclamation ayant été à la base de celle-ci.

- L'ensemble de l'information colligée et servant à préparer la réclamation aurait avantage à être rassemblée en un même endroit afin de :

  - faciliter la rédaction du descriptif,

  - faciliter un éventuel examen.

Nous vous invitons à consulter les documents suivants pour plus d'information sur le sujet :

- *Politique d'application* 2004-03[9];

- *Guide pour la justification des aspects techniques d'une demande au titre de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE)*[10];

- Demande pour la recherche scientifique et le développement expérimental – guide pour le Formulaire T661[11].

---

[9] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* 2004-03, « Prototypes, usines pilotes/usines commerciales, produits sur commande et biens commerciaux », 5 octobre 2004.

[10] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide pour la justification des aspects techniques d'une demande au titre de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE)*, 12 août 2002.

[11] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *T661 – Demande pour la recherche scientifique et le développement expérimental (RS & DE) exercés au Canada*, 9 mai 2006.

8. ACTIVITÉS AU CANADA ET À L'EXTÉRIEUR DU CANADA

Dans le cadre d'un projet admissible, il est possible que certaines activités se déroulent à l'extérieur du Canada. Bien que ces activités ne donnent pas droit à un crédit d'impôt pour la RS & DE, elles sont essentielles au déroulement du projet admissible canadien. Parfois, des activités au Canada sont exécutées en lien avec les travaux faits à l'extérieur du Canada. Par exemple, des travaux de préparation d'un essai, de suivi et d'analyses des résultats pourraient être effectués au Canada relativement à un essai fait à l'extérieur du Canada.

Question

Comment l'ARC traite-t-elle l'admissibilité de ces travaux?

Réponse de l'ARC

- Les travaux d'un demandeur sont considérés comme de la RS & DE (admissibles) s'ils satisfont aux exigences décrites au paragraphe 248(1) L.I.R. La RS & DE peut être a) de la recherche pure, b) de la recherche appliquée ou c) du développement expérimental, et d) l'un des huit types de travaux « en support ». Pour que tout travail entrepris par un contribuable ou pour son compte soit considéré comme de type d), il doit satisfaire aux trois conditions suivantes :

  i) être proportionnel aux besoins de travaux visés par a), b) ou c) entrepris par le contribuable ou pour son compte;

  ii) appuyer directement les travaux visés par a), b) ou c); et

  iii) les travaux visés par a), b) ou c) que le travail appuie doivent être effectués au Canada.

- Dans les cas où les travaux visés par a), b) ou c) se déroulent au Canada mais où le travail de type d) est réalisé à l'extérieur du Canada, le travail de type d) est considéré comme étant de la RS & DE à l'extérieur du Canada[12].

---

[12] Cette position a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire suivante : *LGL Ltd*. c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6108 (C.A.F.).

- Dans les cas où les travaux visés par a), b) ou c) se déroulent à l'extérieur du Canada, alors aucun travail réalisé au Canada « en support » de ces travaux ne serait admissible[13].

- Dans le cadre du scénario présenté dans la question, si les travaux relatifs à l'essai réalisés **à l'extérieur du Canada** satisfont à la définition de la RS & DE, c'est-à-dire qu'ils sont des travaux a), b) ou c), alors les travaux de préparation de l'essai, de suivi et d'analyses des résultats, qui seraient par ailleurs considérés comme des travaux de soutien, ne seraient pas admissibles (en vertu du paragraphe 37(1) L.I.R.) même s'ils sont faits au Canada. Par contre, si les travaux qui sont réalisés au Canada sont des travaux visés par a), b) ou c), ces travaux sont alors considérés comme admissibles puisqu'ils sont faits au Canada.

9. ADMISSIBILITÉ D'ACTIVITÉS DANS LE SECTEUR DE L'INFORMATIQUE OU TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION

Tel qu'ils sont définis dans la *Circulaire d'information* IC86-4R3[14], les travaux qui combinent des technologies, des dispositifs ou des procédés standards sont admissibles si la combinaison inusitée de technologies établies (bien connues) et les principes guidant l'intégration de ces dernières comportent un élément important d'incertitude technologique; on peut alors parler d'une incertitude systémique. Si les objectifs ou les caractéristiques technologiques sont tels que, pour dissiper l'incertitude systémique, il faut modifier la conception fondamentale des technologies sous-jacentes afin d'en réaliser l'intégration, les dépenses courantes de l'ensemble du projet peuvent être admissibles.

Question

En ce qui a trait aux travaux reliés aux systèmes informatiques complexes, est-ce que certaines caractéristiques inhérentes à ceux-ci peuvent servir d'indicateur de la présence d'incertitude systémique liée au développement ou à l'amélioration de ces systèmes et quelles sont-elles?

---

13 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* 95-01R, « Activités de soutien – Règlement 2900(1)(d) », 24 mars 1995.

14 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* IC86-4R3, « Recherche scientifique et développement expérimental », 24 mai 1994.

Réponse de l'ARC

- Les sujets abordés dans la question sont bien couverts dans les documents suivants :

  – Directives concernant le secteur du logiciel et de la TI[15];

  – *Circulaire d'information* 97-1[16];

  – *Circulaire d'information* 86-4R3[17].

- La complexité n'est pas une exigence de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les travaux de RS & DE.

- Le type d'incertitudes décrites dans la question survient seulement si, au moins, deux composantes doivent être intégrées et :

  – qu'elles n'avaient pas été élaborées initialement pour fonctionner ensemble; **et**

  – qu'il n'y avait pas d'information disponible de la part des vendeurs ou développeurs de ces composantes concernant la possible intégration de ces composantes (il est important de présenter des évidences en ce sens).

- Si la situation décrite dans la question nécessite des changements technologiques fondamentaux des composantes, cela peut indiquer la présence de travaux de RS & DE.

- Lors de la définition de la portée du projet, il faut faire attention de ne pas réclamer les autres composantes des systèmes à moins qu'il n'existe des évidences claires que les travaux sur les autres composantes étaient proportionnels et appuyaient directement les travaux de RS & DE.

---

15 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Directives concernant le secteur du logiciel et de la TI*, 13 décembre 2002, pp. 28-30.

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 97-1, « Lignes directrices administratives pour le développement de logiciels », 28 février 1997, section 3.2.

17 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 14, section 4.8, p. 5.

10. PUBLICATION DES CENTRES DE RECHERCHE PUBLICS ADMISSIBLES ET DES CONSORTIUMS DE RECHERCHE ADMISSIBLES

Aux fins de la taxe sur le capital, Revenu Québec publie sur son site Internet une liste des sociétés de prêts prescrites. Cette publication électronique existe maintenant depuis plusieurs années afin de tenir compte de l'impossibilité pour les contribuables de connaître ces sociétés aux fins du calcul de leur taxe sur le capital, compte tenu du nombre grandissant de reconnaissance et de retraits de ces sociétés.

Question

- Considérant le nombre grandissant de reconnaissances et de retraits d'institutions au titre de centres de recherche publics admissibles et de consortiums de recherche admissibles, ainsi que l'obligation imposée à ces organismes d'effectuer une déclaration annuelle afin de démontrer qu'ils remplissent toujours les critères qui leur sont imposés, Revenu Québec pourrait-il publier une liste à jour de façon continue sur son site Internet afin de permettre aux contribuables d'obtenir l'information qui n'est actuellement pas disponible par ailleurs?

- Nonobstant le fait qu'il y ait moins d'ajouts et de retraits au sein des autres sociétés, organismes et institutions, la même question se pose pour l'ensemble des entités prescrites que l'on retrouve aux articles 1029.8.1R0.1 à 1029.8.1R3 du *Règlement sur les impôts*[18].

Réponse de Revenu Québec

Revenu Québec n'a pas pour le moment l'intention de faire la publication sur son site Internet de la liste des centres de recherche publics admissibles, des consortiums et autres organismes ou institutions admissibles, puisque le ministère du Développement économique de l'Innovation et de l'Exportation publie déjà, en complément de la liste contenue aux articles 1029.8.1R0.1 à 1029.8.1R3 R.I., sur son site Internet une liste des centres de recherche publics admissibles, des consortiums de recherche admissibles et des centres collégiaux de transfert de technologie admissibles.

---

[18] R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

11. APPLICATION DE LA NOTION DES DÉPENSES AU SOUTIEN D'ACTIVITÉS DE RS & DE

Lors des vérifications par des représentants de Revenu Québec, plusieurs praticiens ont dénoté des interprétations différentes sur l'application de la notion des dépenses au soutien d'activités de RS & DE, que ce soit au chapitre des salaires ou des sous-traitants admissibles.

Question

- Avez-vous l'intention de clarifier les règles touchant ce type de dépenses et de fournir des lignes directrices précises sur le sujet?

Réponse de Revenu Québec

À cet égard, l'interprétation des dispositions législatives traitant des dépenses de RS & DE, aussi bien celles concernant les salaires, la sous-traitance ou les dépenses au soutien d'activités de RS & DE, est constante dans tout le ministère. Ce qui peut différer, c'est le résultat dans leur application, car, comme nous vous l'avons déjà mentionné lors du colloque de janvier 2007[19], chaque cas est un cas d'espèce qui mérite d'être évalué selon les faits qui lui sont propres.

Par conséquent, dans une telle situation, il nous est impossible de tracer des lignes directrices d'application sur une interprétation législative qui doit être appliquée à une situation factuelle.

12. MODE DE SÉLECTION POUR DÉTERMINER SI UN DOSSIER FERA L'OBJET DE VÉRIFICATION

Lors des vérifications par des représentants de Revenu Québec, ces derniers font référence à un mode de sélection pour déterminer si un dossier fera l'objet de vérification. Ce mode de sélection serait un ratio de 10 % à 15 % acceptable des salaires réclamés au Canada, afin de justifier les

---

[19] Lucie BÉLANGER, Albert G. DE LUCA, Roxane BRAZEAU-LEBLOND, Jean LOISELLE et Diane GAUDREAU, « La position de l'ARC et de Revenu Québec sur la notion de salaire ainsi que sur d'autres sujets en RS & DE », dans *Colloque – Le grand rendez-vous de la RS & DE avec les autorités fiscales, fédérale et québécoises*, 164, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 6:1-19, à la page 6:8.

dépenses de soutien à la RS & DE réclamées au Québec. Au-delà de ce ratio, le dossier serait automatiquement vérifié.

Questions

- Pouvez-vous nous expliquer, dans un premier temps, le raisonnement entourant le ratio de 10 % à 15 %, et la provenance de cette règle?

- Dans un deuxième temps, pourquoi ce ratio n'est-il pas appliqué en fonction des heures consacrées à des activités de RS & DE, car le travail jugé « de soutien » est très souvent accompli par les gens ayant des postes stratégiques dans l'entreprise et, par le fait même, avec des salaires beaucoup plus importants.

Réponses de Revenu Québec

Toutes les demandes de RS & DE font l'objet d'un examen *a priori* et plusieurs critères déterminent le mode de sélection.

À la vérification, les dossiers sont évalués et sélectionnés, d'une part, sur la base d'une analyse globale du risque fiscal et, d'autre part, sur la taille de l'entreprise et de ses opérations commerciales au Québec.

13. PIÈCES JUSTIFICATIVES DANS LE CAS DES SALAIRES ET SOUS-TRAITANTS DE SOUTIEN

Est-ce que le ministère pourrait clarifier ses attentes concernant les pièces justificatives jugées raisonnables dans le cas des salaires et sous-traitants de soutien, en considérant que, dans la majorité des cas, ce type de dépenses admissibles a trait à des employés de niveau supérieur (ex. président d'entreprise), qui ne sont pas soumis à un système de feuille de présence?

Réponse de Revenu Québec

Pour se qualifier à titre de dépenses en RS & DE, vous devez être en mesure de démontrer sur quelle base se fait l'allocation des coûts de main-d'œuvre au projet de RS & DE. Outre la feuille de présence, il peut s'agir d'un registre d'emploi du temps, de l'agenda, de rapports d'activité ou toute documentation pouvant appuyer l'allocation des coûts de main-d'œuvre au projet de RS & DE.

14. APPLICATION DE LA NOTION DE « N'EÛT ÉTÉ » DES ACTIVITÉS DE RS & DE

Au sujet de l'application de la notion de « n'eût été » des activités de RS & DE, une dépense donnée n'aurait pas été engagée, nous aimerions connaître la position de Revenu Québec dans le cas des exemples suivants :

Questions

- Il est impératif que les ressources des services de la comptabilité/ressources humaines/achats participent au processus de RS & DE. Doit-on procéder à l'embauche d'une ressource précise additionnelle ou à l'ajout de tâches additionnelles aux ressources déjà en place dans l'entreprise pour qu'elle soit admissible en RS & DE?

- L'utilisation de ressources externes scientifiques additionnelles, afin d'établir et d'assister le contribuable dans l'identification des projets RS & DE admissibles et dans la mise en place d'un système de documentation adéquat, répond-elle à la règle du « n'eût été » susmentionnée?

Réponses de Revenu Québec

Relativement à votre première question, l'ajout de tâches additionnelles ou l'embauche d'une ressource additionnelle n'est pas en soi un facteur à considérer pour déterminer si une dépense constitue une dépense admissible au sens du paragraphe 230R1c) R.I.

En effet, la question à résoudre est de savoir si cette dépense est directement liée à la poursuite de RS & DE et cela est une question de fait.

Relativement à votre seconde question, l'article 230R1 et le paragraphe 230R1c) R.I. mentionnent, entre autres, que « les dépenses suivantes sont directement imputables à la poursuite de recherches scientifiques [...] », « les autres dépenses ou la partie de celles-ci qui sont directement reliées à une telle poursuite de recherches scientifiques […] et qui n'auraient pas été engagées si cette poursuite de recherches scientifiques et de développement expérimental n'avait pas eu lieu ».

À cet égard, l'utilisation de ressources externes afin d'établir et d'assister le contribuable dans l'identification des projets de RS & DE admissibles et la mise en place de systèmes de documentation n'est pas, à notre avis, une dépense directement reliée à la poursuite de RS & DE et, par

conséquent, elle ne cadre pas dans l'exception « et qui n'auraient pas été engagées si cette poursuite de recherches scientifiques et de développement expérimental n'avait pas eu lieu ».

LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES ADMINISTRATEURS, ACTIONNAIRES, FIDUCIAIRES, TIERS ET PROFESSIONNELS : LE VOLET CIVIL ET LE VOLET PÉNAL



Josée Vigeant
Avocate, M. Fisc., DESCAF
Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Christopher R. Mostovac
Avocat
Starnino Mostovac s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JOSÉE VIGEANT)
La responsabilité personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires, tiers et professionnels : le volet civil

INTRODUCTION 42:3

1. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS 42:3

1.1. L'OMISSION DE DÉDUIRE, RETENIR, PERCEVOIR OU VERSER 42:4
1.2. LES MOYENS DE DÉFENSE 42:7

2. LA RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES 42:14

3. LA RESPONSABILITÉ DES FIDUCIAIRES 42:16

3.1. LES PAIEMENTS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE RETENUE 42:16
3.2. PAIEMENTS DES IMPÔTS DES PARTIES X ET XII.2 L.I.R. 42:18
3.3. L'OBLIGATION DE PRODUIRE UNE DÉCLARATION 42:20
3.4. LES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE TAXES À LA CONSOMMATION 42:21
3.5. L'OBLIGATION D'OBTENIR UN CERTIFICAT DE DÉCHARGE 42:22

4. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS ET DES PROFESSIONNELS 42:23

CONCLUSION 42:27

PARTIE B (CHRISTOPHER R. MOSTOVAC)
La responsabilité pénale personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires et tiers

INTRODUCTION 42:28

1. INFRACTIONS DE BASE 42:28

1.1. DEMANDES PÉREMPTOIRES 42:28
1.2. FRAUDES FISCALES 42:29

2. INFRACTIONS PARTICULARISÉES 42:32

2.1. DEMANDES PÉREMPTOIRES ADRESSÉES AUX DIRIGEANTS D'ENTREPRISES 42:32
2.2. PRÉSENCE D'UN *ZAPPER* 42:34
2.3. TENUE DE REGISTRES D'UNE ENTREPRISE 42:35
2.4. MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE S'INSCRIRE EN TAXES (TVQ) 42:36
2.5. ORDONNANCE VISANT À REMÉDIER AU DÉFAUT À LA SUITE D'UNE INFRACTION 42:36
2.6. PARTICIPATION À LA COMMISSION D'UNE INFRACTION COMMISE PAR UNE SOCIÉTÉ 42:37
2.7. AIDE À LA COMMISSION D'UNE INFRACTION 42:44
2.8. INFRACTIONS CONCERNANT LA TPS 42:45
2.9. PRESCRIPTION 42:47

CONCLUSION 42:47

PARTIE A
La responsabilité personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires, tiers et professionnels : le volet civil

Josée Vigeant, avocate, M. Fisc., DESCAF
Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.

INTRODUCTION

La Partie XV de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], intitulée « Application et exécution », donne de vastes pouvoirs au ministre en matière de recouvrement, lesquels lui permettent de recouvrer certaines sommes dues par un débiteur fiscal auprès de tierces parties. Des dispositions similaires se retrouvent dans la *Loi sur le ministère du Revenu*[2] ou encore dans d'autres lois fiscales.

Ce texte vise à reprendre l'ensemble des dispositions de redressement, autres que pénales ou criminelles, que les autorités fiscales pourraient être tentées d'appliquer en vue de recouvrer leurs créances auprès de certaines personnes, et ce, en raison du rôle qu'elles occupent au sein d'une entité. Ainsi, nous aborderons la responsabilité de personnes qui agissent ou occupent un poste à titre d'administrateur, d'actionnaire ou de fiduciaire[3].

Nous passerons également en revue les décisions émises depuis le mois d'octobre 2006 ainsi que les derniers documents publiés concernant les pénalités administratives imposées à des tiers ou à des professionnels.

1. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

La législation fiscale comporte diverses dispositions pouvant entraîner une lourde responsabilité personnelle des administrateurs d'une personne morale. Il est donc utile pour l'administrateur de connaître la teneur de ces dispositions; nous les examinerons brièvement.

---

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

2 L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

3 Nous n'aborderons pas, dans le cadre de ce texte, les cotisations émises en vertu de l'article 160 L.I.R. pour des transferts effectués entre personnes ayant un lien de dépendance.

1.1. L'OMISSION DE DÉDUIRE, RETENIR, PERCEVOIR OU VERSER

L'administrateur d'une personne morale peut être tenu solidairement responsable, avec la personne morale, de tout montant que cette dernière aurait déduit, retenu ou perçu ou qu'elle devrait payer à titre d'employeur en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur les impôts*[4], la *Loi sur le régime de pensions du Canada*[5], la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[6], la *Loi sur les normes du travail*[7], la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre*[8], la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[9], la *Loi sur l'assurance-emploi*[10] et la *Loi sur l'assurance parentale*[11], mais que la personne morale n'aurait pas remis aux autorités fiscales[12]. L'administrateur pourrait aussi être tenu solidairement responsable des intérêts et pénalités se rapportant à ce montant.

Selon le paragraphe 153(1) L.I.R. et l'article 1015 L.I., une personne morale est obligée d'effectuer diverses retenues sur les traitements, salaires, prestations ou allocations de retraite et sur certains paiements versés en vertu de différents régimes. En cas de défaut, l'administrateur de la personne morale peut être considéré personnellement responsable, avec la personne morale, du plein paiement de la somme impayée, en plus de toute pénalité et de tous les intérêts y afférents.

Dans la mesure où la personne morale a fait défaut de déduire ou de retenir ces sommes, conformément au paragraphe 153(1) L.I.R. et à l'article 1015 L.I., la responsabilité personnelle de l'administrateur se limite,

---

4 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

5 L.R.C. (1985), c. C-8, art. 21.1.

6 L.R.Q., c. R-9 et mod.

7 L.R.Q., c. N-1.1 et mod.

8 L.R.Q., c. D-7.1.

9 L.R.Q., c. R-5.

10 L.C. 1996, c. 23, art. 83.

11 L.R.Q., c. A-29.011.

12 Art. 227.1 L.I.R. et art. 24.0.1 L.M.R.

au niveau fédéral[13], à une pénalité de 10 % et, au Québec[14], à celle de 15 % sur toutes sommes non déduites, en sus de tous les intérêts[15].

La responsabilité personnelle de l'administrateur s'étend également aux sommes non déduites ou non retenues sur le paiement ou le crédit de certaines sommes à des non-résidents (intérêts, dividendes, honoraires ou commissions pour services)[16], y compris les montants sur les distributions des fonds communs de placement[17], sur les ristournes payées par une société coopérative[18] ainsi que sur le rachat, l'acquisition ou l'annulation de parts effectué par une société coopérative agricole[19].

L'administrateur d'une personne morale a aussi une responsabilité personnelle en matière de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et de taxe de vente harmonisée (ci-après « TVH »). En effet, un administrateur peut être tenu au paiement des montants de TPS/TVH nettes non versés conformément aux paragraphes 228(2) et 228(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*[20]. Il existe une responsabilité similaire en matière de taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») nette qu'une société a omis de remettre[21].

---

13 Par. 227(8) L.I.R. La pénalité sera de 20 % du montant qui aurait dû être déduit ou retenu au cours de l'année si, au moment du défaut, une pénalité en application du paragraphe 227(8) L.I.R. était payable par la personne sur ce montant et si le défaut a été commis sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde.

14 Art. 59.2 L.M.R.

15 L'administrateur ne peut être tenu responsable à l'égard de l'impôt sur le revenu que doit payer la personne morale sauf dans les cas de liquidation de la personne morale ou de distribution des biens de la personne morale sans l'obtention d'un certificat de décharge approprié des autorités fiscales.

16 Art. 215 L.I.R.

17 Par. 218.3(10) L.I.R.

18 Par. 135(3) L.I.R.

19 Par. 135.1(7) L.I.R. L'administrateur peut aussi être tenu solidairement responsable, avec la personne morale, de l'impôt remboursable en vertu de la Partie VII L.I.R. pour les crédits d'impôt à l'achat d'actions désignées par la personne morale, de l'impôt remboursable selon la Partie VIII L.I.R. pour les crédits d'impôt pour la recherche scientifique et le développement expérimental désignés par la personne morale et finalement sur les dividendes, les intérêts et les produits de disposition reçus au nom des propriétaires bénéficiaires des actions, si la personne morale est un courtier ou un négociant en valeurs mobilières, et si ces propriétaires ne sont pas connus.

20 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »), art. 323.

21 Art. 24.0.1 et 24 L.M.R.

Depuis le 29 juin 2005, l'administrateur d'une société est solidairement responsable avec la société, comme l'exige l'article 230.1 L.T.A., des montants au titre d'un remboursement de TPS/TVH nettes qui lui ont été versés ou qui ont été déduits d'une somme dont elle est redevable[22].

Dans tous les cas, l'administrateur sera également responsable du paiement des pénalités et des intérêts y afférents.

L'article 81 de la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*[23] et le paragraphe 295(1) de la *Loi de 2001 sur l'accise*[24] rendent un administrateur solidairement responsable, avec la société, des sommes qui auraient dû être payées, en plus des intérêts, si la société est en défaut de payer les sommes du droit pour la sécurité des passagers du transport aérien qui devraient ou auraient dû être perçues, ou si la société néglige de payer les droits d'accise qui devraient ou auraient dû être perçus.

Cette responsabilité ne vise que les administrateurs en fonction à la date où les sommes auraient dû être prélevées, remises ou payées, selon le cas. Elle s'applique aux administrateurs de personne morale à but lucratif ou non, que ces administrateurs soient passifs, externes ou nommés de façon honorifique[25]. Par conséquent, l'absence d'implication dans les affaires quotidiennes de la personne morale n'absout pas l'administrateur de cette

---

22 L'article 32 L.M.R. prévoit que lorsque le ministre, par erreur ou sur la foi de renseignements inexacts ou incomplets, a remboursé à une personne ou a affecté pour le compte de celle-ci un montant supérieur à celui qui aurait dû être remboursé ou affecté, cet excédent est exigible depuis la date à laquelle il a été payé ou affecté par le ministre et celui-ci peut, dans les quatre ans du jour où il a remboursé ou affecté un tel excédent, cotiser la personne pour ce montant. Le ministre peut également cotiser dans ce délai une autre personne qui a obtenu ce montant sans y avoir droit. Ces cotisations peuvent être émises en tout temps si le montant a été obtenu à la suite d'une fausse représentation des faits par omission volontaire ou si une fraude a été commise. À la lecture de cette disposition, il semble que seule la personne qui a reçu le remboursement puisse être cotisée. De ce fait, nous croyons qu'un administrateur ne pourra être tenu solidairement responsable avec la société d'un tel excédent.

23 L.C. 2002, c. 9.

24 2002, c. 22.

25 La distinction entre les administrateurs internes et externes n'a pas son importance dans le but de soustraire les administrateurs externes de leurs responsabilités en vertu du paragraphe 227.1(1) L.I.R., mais plutôt de permettre une certaine souplesse dans l'application de la norme de prudence à appliquer. Cette responsabilité n'est pas différente même s'il s'agit d'administrateurs bénévoles ou s'il s'agit d'une société à but non lucratif. Voir *Corsano* c. *Canada*, 99 D.T.C. 5658 (C.A.F.).

responsabilité, pas plus qu'elle ne décharge celui qui délègue ses responsabilités à d'autres administrateurs, officiers ou employés de la personne morale[26]. Par ailleurs, les officiers, employés ou autres qui agissent comme administrateurs *de facto*, sans avoir été légalement nommés à ce titre, peuvent aussi être tenus responsables en vertu desdites dispositions[27].

Enfin, l'administrateur qui serait tenu responsable pour la totalité de la dette de la personne morale pourrait, par la suite, réclamer des autres administrateurs leur quote-part de la dette dont il a été tenu responsable[28].

1.2. LES MOYENS DE DÉFENSE

Les trois règles suivantes atténuent cependant cette lourde responsabilité des administrateurs :

- les autorités fiscales doivent démontrer leur incapacité de percevoir les sommes directement de la personne morale ou doivent avoir produit une réclamation à l'encontre de la personne morale en liquidation ou en faillite[29];

- les autorités fiscales doivent cotiser les administrateurs à l'intérieur de la période de deux ans suivant la date à laquelle ils ont cessé d'être administrateurs[30];

- l'administrateur doit établir qu'il a agi avec « diligence raisonnable »[31].

---

26 Voir *Charles Bremner* c. *La Reine*, 2007 G.T.C. 999-82 (C.C.I.), où il s'agit d'un contribuable ayant remis sa démission mais qui a continué à agir dans les faits comme un administrateur. Bien que la *Loi sur la taxe d'accise* ou la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définissent pas le mot « administrateur », les documents corporatifs de la société étaient pertinents en ce que le contribuable avait signé des documents où il s'avouait administrateur, et ce, malgré le fait que la société ait pu cesser ses opérations à une certaine date. Le contribuable n'avait pas cessé d'être administrateur à la date de la cotisation.

27 *Alain Parenteau et Gilles Daoust* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 3653 (C.C.I.).

28 Par. 227.1(7) L.I.R.

29 Par. 227(2) L.I.R. et art. 24.0.1 L.M.R.

30 Par. 227(4) L.I.R. et art. 24.0.2, al. 2 L.M.R.

31 Par. 227(3) L.I.R. et art. 24.0.2, al. 1 L.M.R.

La date à laquelle une personne cesse d'être administrateur varie d'une province à l'autre et suivant la loi provinciale ou fédérale applicable. Par exemple, selon la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[32], la démission d'un administrateur prend effet à la date de l'envoi de cette dernière à la société, ou à la date postérieure qui y est indiquée[33].

C'est souvent dans l'appréciation des faits et de la crédibilité des témoignages que l'on est en mesure de déterminer s'il est vrai ou non qu'une personne a transmis une lettre de démission à une personne morale pour laquelle elle était administrateur[34].

Dans l'affaire *Ralph E. Tucker* c. *La Reine*[35], il s'agissait de déterminer si le contribuable avait démissionné à titre d'administrateur. Le ministre du Revenu national avait tenu M. Tucker personnellement responsable à titre d'administrateur pour des retenues à la source (ci-après « RAS ») non remises par la société D&M Educational Services Ltd. pour la période du 1er juin 2000 au 31 janvier 2003. L'appel a été admis en partie et le contribuable est demeuré responsable des RAS non remises mais uniquement pour la période antérieure à sa démission effective le 31 décembre 2001.

Les actions de la société D&M Educational Services Ltd. avaient été vendues en date du 31 décembre 2001 et M. Tucker avait remis sa démission à cette même date. La cotisation à l'endroit de M. Tucker a été effectuée sur la base des informations au registre des entreprises de la province de la Nouvelle-Écosse. Le juge Rip s'exprime ainsi :

> « Respondent's counsel relied on the records of the Nova Scotia government that Mr. Tucker did not cease to be a director of D&M on December 31, 2001. This is not the correct source to determine whether or not Mr. Tucker resigned

---

32 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

33 Par. 108(2) L.C.S.A. Il faut noter qu'il incombe à la personne morale, et non à l'administrateur, de transmettre aux autorités corporatives les documents requis relatifs au changement d'administrateur. L'omission par la personne morale de transmettre ce document crée une présomption voulant que l'administrateur démissionnaire soit toujours en fonction, et ce, tant que son nom demeure inscrit comme tel aux registres. Bien que cette présomption soit réfutable, l'administrateur démissionnaire devrait s'assurer de la transmission des documents requis.

34 Voir *Mohammed Reza Tehrani* c. *La Reine*, 2007 D.T.C. 5142 (C.A.F.), qui confirme la décision rendue dans 2006 D.T.C. 2679 (C.C.I.).

35 2007 D.T.C. 1003 (C.C.I.).

> as director of D&M. It is absolutely normal for directors of a corporation to resign on a change of ownership. This is what Mr. Tucker did. That the new administrators of D&M did not inform the Nova Scotia government of his resignation does not hold him to that position. He was not a director of D&M after December 31, 2001 when D&M failed to remit source deductions to the Receiver General. He is not liable for any amounts assessed by virtue of subsection 227.1(1) for any periods after December 31, 2001[36]. »

En raison de sa démission en date du 31 décembre 2001, le contribuable ne pouvait être tenu responsable de RAS non remises alors qu'il avait cessé d'être administrateur. Par ailleurs, il est étonnant que la cotisation soit maintenue à l'égard de la période antérieure à sa démission compte tenu du fait que la cotisation aurait été émise le 29 avril 2004, soit plus de deux ans après sa démission.

Il arrive que des administrateurs continuent d'agir comme tels, bien qu'avec des droits et des pouvoirs réduits, même après la nomination d'un syndic de faillite, séquestre, liquidateur ou autre personne avec des fonctions semblables[37]. Dans les cas où un tiers prend le contrôle des opérations de l'entreprise et que les administrateurs cessent d'en avoir le contrôle effectif, l'on ne saurait tenir un administrateur responsable du défaut subséquent de l'entreprise de remettre les RAS puisqu'il n'est plus en mesure d'influencer la conduite de l'entreprise fautive[38].

L'administrateur qui réussit à démontrer avoir agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnables dans les circonstances, ou ne pas avoir eu connaissance de l'omission, ne sera pas tenu personnellement responsable des sommes dues par la personne morale. En 1997, la Cour d'appel fédérale, par la voix du juge Robertson, dans l'arrêt *Soper* c. *La Reine*[39], a énoncé les principes suivants qui doivent guider les tribunaux dans leur interprétation de la responsabilité des administrateurs de personne morale et de la défense de diligence raisonnable :

---

36 *Id*., par. 49.

37 Dans l'affaire *Canada* c. *Wellburn*, 95 D.T.C. 5417, la Cour fédérale, division de première instance, a conclu que la nomination d'un séquestre-gérant ne marquait pas la date à laquelle un administrateur cessait d'être en fonction. Il faut plutôt se reporter aux conditions prévues par la loi corporative.

38 *Jean-Luc Fortin, Roberte Boulanger Fortin, et François Proteau* c. *La Reine*, 2007 D.T.C. 507 (C.C.I.) (ci-après « *Jean-Luc Fortin et autres* »).

39 97 D.T.C. 5407 (C.A.F.).

a) il doit y avoir un abus et une mauvaise gestion manifestes de la part des administrateurs;

b) il faut tenir compte de la situation de l'administrateur en question, tel son niveau d'expérience et de connaissance en regard des fonctions exercées;

c) il faut que la diligence raisonnable imposée à un administrateur consiste à prévenir un manquement et non à la réparation subséquente du manquement.

Selon la *Circulaire d'information* IC89-2R2[40], l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») s'attend à ce qu'un administrateur s'assure de créer un compte pour y déposer les sommes déduites sur le traitement des employés et le versement des RAS, de même que pour les sommes nettes de TPS/TVH. Elle exige également des agents financiers de la société de présenter des rapports réguliers sur le statut de ce compte et de toujours obtenir la confirmation que les retenues et les versements ont été faits durant toutes les périodes pertinentes.

Dans l'affaire *Dean Hamilton* c. *La Reine*[41], le contribuable était un administrateur d'une compagnie qui avait engagé des personnes non résidentes pour la production d'un film au Canada. Le ministre du Revenu national a cotisé le contribuable au motif que la société avait omis de retenir l'impôt de la Partie XIII L.I.R. applicable aux paiements faits aux personnes non résidentes alors que leurs services étaient rendus au Canada. En appel devant la Cour canadienne de l'impôt, le contribuable a tenté de contester, sans succès, la validité de la cotisation de la société et a plaidé qu'il avait agi avec un degré de diligence raisonnable. Ses prétentions sur ce dernier point étaient que la société avait retenu les services d'une entreprise de services de paie et qu'il ne devrait pas être tenu responsable des erreurs de cette entreprise.

Selon la Cour canadienne de l'impôt, le contribuable, en tant qu'administrateur de la société, avait le devoir de revoir le travail effectué

---

[40] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* IC89-2R2, « Responsabilité des administrateurs – Article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, Article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise*, Article 81 de la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien* et Paragraphe 295(1) de la *Loi de 2001 sur l'accise* », 24 mars 2006, par. 12.

[41] 2007 D.T.C. 121 (C.C.I.).

par l'entreprise de services de paie, particulièrement en raison du fait qu'il était l'âme dirigeante de la société. Le juge Bowie s'exprime en ces termes :

> « The only evidence available for the appellant to rely on in support of the plea of due diligence is Mrs. Coe's statement that Mr. Hamilton hired a payroll company to process the payments to the cast and crew of the film. I held in Armstrong v. The Queen, 2002 CanLii 966(TCC); aff'd 2003 FCA 169, that having hired an experienced accountant with a C.G.A. designation to handle the accounting and payment functions for his company did not relieve the appellant of his duty to exercise oversight. Mr. Hamilton studied business administration at Michigan State University and the University of Southern California. He had been a film producer and director for some 10 years at the relevant time. His was apparently the directing mind behind this company, and he must be taken to have had sufficient understanding of business matters to appreciate his responsibilities as a director. I do not consider that simply having the company hire a payroll company to process the payments is sufficient to establish due diligence on his part[42]. »

Dans l'affaire *Jean-Luc Fortin et autres*[43], MM. Fortin et Proteau ainsi que M[me] Boulanger Fortin ont fait l'objet de cotisations établies par le ministre du Revenu national en vertu des articles 227.1 L.I.R. et 83 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Ils ont été tenus solidairement responsables des RAS que différentes sociétés du Groupe St-Romain, dans lesquelles M. Fortin détenait des intérêts, n'ont pas remises au ministre. Le seul moyen de défense invoqué par le procureur des appelants était le fait que ses clients avaient agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.

Pour établir que les appelants ont agi avec le degré de soin et de diligence requis, le procureur des appelants a soutenu que la Banque Nationale avait pris le contrôle effectif des opérations du Groupe St-Romain et que les appelants, en tant qu'administrateurs de ce groupe, n'étaient plus en mesure d'exercer leur contrôle sur les opérations du groupe. Compte tenu du rôle prépondérant de la banque, ils avaient fait tout ce qu'ils pouvaient dans les circonstances pour voir au versement des RAS.

Dans son analyse, le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt étudie l'ensemble de la jurisprudence relative à l'article 227.1 L.I.R. applicable à des situations où un contribuable avait de bonne foi tenté de sauver une entreprise en privilégiant certains créanciers plutôt que de

---

42 *Id*., par. 11.

43 Précité, note 38.

remettre aux autorités fiscales les RAS ou les taxes perçues. À son avis, l'article 227.1 L.I.R. vise le genre de situation dans laquelle les administrateurs décident de verser des salaires à des salariés qu'ils jugent essentiels à l'exploitation de l'entreprise, mais n'en versent que la fraction due à ces salariés, omettant de remettre aux autorités fiscales la fraction représentée par les RAS. Une entreprise se trouve ainsi à emprunter au fisc une somme équivalant aux RAS pour payer d'autres créanciers de l'entreprise. Lorsque des administrateurs autorisent ce genre de conduite ou ne prennent pas les mesures nécessaires pour l'empêcher, malgré qu'ils aient agi de bonne foi pour sauver une entreprise et le travail d'un grand nombre de salariés, et que cette démarche échoue, nous devons appliquer le paragraphe 227.1(1) L.I.R. et tenir les administrateurs responsables de cet « emprunt »[44].

Dans cette affaire, le tribunal en vient à la conclusion que la défense du paragraphe 227.1(3) L.I.R. n'a pas été établie de façon convaincante puisque les appelants n'ont pas établi que la Banque Nationale avait pris le contrôle des opérations du Groupe St-Romain et qu'elle seule était en mesure de décider qui devait être payé ou pas. La preuve n'était pas suffisante pour indiquer qu'il y avait eu perte de contrôle effective des administrateurs sur les opérations du Groupe St-Romain[45]. Le juge Archambault conclut comme suit :

> « Je n'ai aucun doute que monsieur Fortin a agi de bonne foi. Il a agi comme n'importe quel autre homme d'affaires qui a bâti son entreprise à bout de bras. Il a contribué à créer 250 emplois qui ont permis à des hommes et des femmes de subvenir aux besoins de leur famille. Je ne crois pas que la Loi oblige nécessairement les contribuables à faire faillite, mais c'était certainement une des façons possibles d'éviter la responsabilité des appelants. Si un administrateur qui a investi des sommes importantes dans son entreprise, comme l'a fait monsieur Fortin, prend le risque d'emprunter l'argent du fisc pour financer cette entreprise dans l'espoir de rétablir la situation de celle-ci et que, malheureusement, il échoue, la Cour n'a pas d'autre choix que d'appliquer la Loi. Cela m'attriste que monsieur Fortin ait perdu des sommes colossales dans le Groupe St-Romain et qu'il soit maintenant tenu responsable pour les RAS, mais tel est le régime légal dans lequel les entreprises fonctionnent au Canada[46]. »

---

[44] *Id.*, par. 15. Voir également *Leslie E. Kraeker and Jan W. Johnson* c. *La Reine*, 2007 G.T.C. 728 (C.C.I.).

[45] *Id.*, par. 18.

[46] *Id.*, par. 23.

Dans l'affaire *Gabriel Leger* c. *La Reine*[47], le contribuable était l'administrateur de Richard Security Limited. Le 2 octobre 2002, le ministre a émis des cotisations à l'endroit de M. Leger en matière de TPS et d'impôt sur le revenu pour des retenues non remises par la société. L'appel a été rejeté pour la TPS et accueilli en partie pour les retenues d'impôt.

La société a été dissoute le 9 mars 1998 en raison de son omission de produire sa déclaration annuelle. Elle a ensuite été réactivée le 18 septembre 1998, conformément au paragraphe 136(5) de la *Loi sur les corporations commerciales du Nouveau-Brunswick*[48]. Puisque la société reprenait son existence de façon rétroactive, elle était réputée n'avoir jamais été dissoute. De ce fait, le contribuable n'a jamais cessé d'être administrateur de la société. En conséquence, le délai de deux ans n'était pas écoulé et le ministre du Revenu national était en droit de cotiser selon les paragraphes 227.1(4) L.I.R. et 323(5) L.T.A. puisque la société existe toujours et que le contribuable n'a jamais démissionné.

L'appelant a fait valoir le fait qu'il s'est fié, à tort, à un employé clé qui lui confirmait que les remises aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* étaient faites. Selon le tribunal, une fois que l'appelant a appris la non-remise de montants retenus à la source pour la période allant du 1er avril au 30 septembre 1997, il s'ensuivait une obligation de sa part à prendre les mesures nécessaires pour corriger la situation et s'assurer qu'un tel manquement ne surviendrait plus.

Un contribuable qui n'est pas impliqué dans la gestion quotidienne de la société ou les affaires internes, et dans la mesure où il fait preuve de diligence raisonnable compte tenu de ses capacités, ne peut être tenu personnellement responsable des dettes de la société à titre d'administrateur[49].

---

47 2007 D.T.C. 1121 (C.C.I.).

48 S.N.B. 1981, c. B-9.1.

49 *Glenn Martin Bodnarchuk* c. *La Reine*, 2007 G.T.C. 833 (C.C.I.). Voir aussi *Richard Head* c. *La Reine*, 2007 G.T.C. 908 (C.C.I.), où il s'agit d'un administrateur ayant une expertise dans la construction et non en gestion et qui s'en remet aux autres administrateurs pour la saine gestion de l'entreprise, y compris les remises de taxes. Il ne signait jamais de chèques et demandait aux autres administrateurs si les remises étaient faites. L'appel a été accueilli. Dans une autre affaire, *Gertrude Higgins and John Higgins* c. *La Reine*, 2007 G.T.C. 999-50 (C.C.I.), la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel puisque le contribuable n'a su démontrer qu'il avait agi avec le degré de soin et de diligence qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans les circonstances.

En tout temps, le ministre peut établir une cotisation pour un montant payable par un administrateur en vertu de l'article 227.1 L.I.R.[50] Par ailleurs, l'émission d'une telle cotisation a pour effet d'interrompre la prescription de 10 ans prévue à l'article 222 L.I.R.[51]

Aux termes du paragraphe 227(1) L.I.R., nulle action ne peut être intentée contre une personne pour le fait de déduire ou de retenir une somme d'argent quelconque en conformité, réelle ou intentionnelle, avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans la mesure où une somme est retenue de la rémunération d'un employé mais n'est pas remise par son employeur, cet employé est dégagé de toute responsabilité s'il peut raisonnablement convaincre que la somme a bel et bien été retenue[52].

Dans l'affaire *Aboriginal Federated Alliance Inc.* c. *La Reine*[53], l'employeur soutenait qu'il n'était pas certain d'avoir retenu les bons montants. Nonobstant ce fait, la Cour canadienne de l'impôt a décidé que l'obligation de remise s'étendait aux montants retenus, et ce, peu importe l'exactitude des calculs ou non. À notre avis, la responsabilité de l'administrateur s'étend aussi à ce genre de situation.

Compte tenu des responsabilités rattachées à la fonction d'administrateur, la décision d'agir à ce titre ne devrait en aucun temps être prise à la légère. Ainsi, que l'on siège au conseil d'administration d'une grande entreprise ou d'un organisme à vocation sociale ou bienfaisante, la diligence est de rigueur.

2. LA RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES

Contrairement à l'administrateur qui est lié à la compagnie par une relation de mandataire et de quasi-fiduciaire, l'actionnaire n'est pas tenu d'agir dans l'intérêt de la compagnie, mais selon ses propres intérêts[54].

---

50 Par. 227(10) L.I.R.

51 Al. 222(5)c) L.I.R. et art. 27.3 L.M.R.

52 *Gill* c. *MRN*, 75 D.T.C. 278 (C.C.I.).

53 2004 D.T.C. 2701 (C.C.I.).

54 Paul MARTEL, *Le fonctionnement interne d'une compagnie ou d'une société*, Collection de droit 2006-2007, vol. 9, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, pp. 203-204.

L'actionnaire est responsable des omissions, obligations ou autres actes de la compagnie jusqu'à concurrence du montant non payé sur ses actions[55]. Si l'actionnaire a acquitté le prix de ses actions, il n'est nullement responsable vis-à-vis des créanciers de la compagnie, à moins de s'être personnellement engagé à leur endroit. Au fédéral, où les actions sont entièrement acquittées avant leur émission, la responsabilité des actionnaires est inexistante[56].

Il n'existe aucune disposition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur les impôts* ou la *Loi sur le ministère du Revenu* qui rend un actionnaire personnellement responsable de la dette fiscale de l'entité corporative dans laquelle il détient des actions.

Cependant, les officiers, employés ou autres personnes, tel un actionnaire qui n'occupe pas légalement un poste d'administrateur, mais assume les fonctions qui relèvent normalement des administrateurs, peuvent être responsables à ce titre.

Le paragraphe 109(4) L.C.S.A. crée une présomption dans des situations de démission ou de révocation en bloc des administrateurs. Ainsi, quiconque gère les activités commerciales et les affaires internes d'une société ou en surveille la gestion lorsque tous les administrateurs démissionnent ou sont révoqués sans être remplacés est réputé être un administrateur. Toutefois, cette présomption ne s'applique pas aux personnes suivantes : le dirigeant qui gère sous la direction ou le contrôle d'un actionnaire ou d'une autre personne, l'avocat, le notaire, le comptable ou tout professionnel qui participe à la direction de la société dans l'unique but de fournir des services professionnels, le séquestre, le séquestre-gérant ou le créancier garanti qui participe à la direction de la société, ou le syndic de faillite qui exerce le contrôle sur ses biens dans le but de les administrer ou d'en réaliser les sûretés[57].

Dans la mesure où un actionnaire gère directement les activités commerciales et les affaires internes d'une société dont l'ensemble des administrateurs a démissionné, il sera réputé être un administrateur de la personne morale et sa responsabilité sera engagée à ce titre.

---

55 *Loi sur les compagnies* du Québec, L.R.Q., c. C-38, art. 41.

56 Par. 25(2) et 45(1) L.C.S.A.

57 Par. 109(5) L.C.S.A.

À la lumière du paragraphe 109(4) L.C.S.A., toute personne qui sera réputée administrateur devrait imputer tout versement effectué aux autorités fiscales aux périodes au cours desquelles elle est réputée agir à titre d'administrateur et non aux périodes antérieures puisque sa responsabilité personnelle n'est engagée qu'à l'égard des périodes où elle est en fonction.

3. LA RESPONSABILITÉ DES FIDUCIAIRES

3.1. LES PAIEMENTS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE RETENUE

Au sens de la définition que l'on retrouve au paragraphe 227(5.1) L.I.R.[58], un fiduciaire est une personne déterminée ayant une influence sur les biens ou les affaires d'une autre personne, de telle sorte que celle-ci effectue et autorise certains paiements devant faire l'objet d'une retenue à la source, est réputée avoir fait les paiements et est solidairement tenue responsable, avec l'autre personne, du versement d'un montant payable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement aux paiements[59].

Un fiduciaire qui, seul ou avec quelqu'un d'autre, fait en sorte qu'un paiement visé au paragraphe 135(3) ou 153(1) L.I.R., ou sur lequel ou relativement auquel un impôt est payable en vertu de la Partie XIII L.I.R., soit effectué par le payeur ou pour son compte, ou autorise un tel paiement, est réputé, pour l'application des paragraphes 135(3) et 153(1), des articles 215 et 227 L.I.R., être celui ayant effectué le paiement[60].

---

[58] Selon le paragraphe 227(5.1) L.I.R., une « personne déterminée » s'entend d'une personne qui, quant à une autre personne ou aux décaissements, aux biens, à l'entreprise ou à la succession de celle-ci, est un fiduciaire, un liquidateur, un séquestre, un séquestre intérimaire, un séquestre-gérant, un syndic de faillite ou une autre personne nommée en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, un cessionnaire, un créancier garanti, au sens du paragraphe 224(1.3) L.I.R., un liquidateur de succession, exécuteur testamentaire ou administrateur, une personne dont les fonctions sont semblables à celles d'une personne susmentionnée, une personne nommée, autrement qu'à titre d'employé d'un créancier, à la demande ou sur le conseil d'un créancier garanti quant à l'autre personne, pour contrôler les décaissements, les biens, l'entreprise ou la succession de celle-ci, ou pour fournir des conseils à leur égard, dans des circonstances telles qu'il est raisonnable de conclure que la personne est nommée pour protéger ou promouvoir les intérêts du créancier, le mandataire d'une personne susmentionnée.

[59] Par. 227(5) L.I.R.

[60] Al. 227(5)a) L.I.R.

Selon le paragraphe 135(3) L.I.R., la plupart des paiements réalisés conformément à des répartitions proportionnelles à l'apport commercial à une personne résidant au Canada, qui n'est pas exonérée d'impôt en vertu de l'article 149 L.I.R., sont assujettis à une retenue de 15 % de toutes les ristournes versées dans l'année à cette personne, en sus de 100 $. Les sommes ainsi retenues sont remises au Receveur général et appliquées en réduction de l'impôt sur le revenu dont le bénéficiaire est redevable.

Le paragraphe 153(1) L.I.R. exige une retenue d'impôt au titre de tous les montants versés en traitement, en salaires ou toute autre rémunération. Cette disposition vise également d'autres formes de paiements, tels que des prestations de retraite ou de pension, une allocation de retraite, une prestation consécutive au décès, des honoraires, commissions ou autres sommes pour services, un paiement fait en vertu d'un régime enregistré d'épargne-retraite ou qui en provient, ou encore un paiement effectué dans le cadre d'un régime enregistré d'épargne-études.

Quant à l'article 215 L.I.R., il prévoit que la personne qui verse, crédite ou fournit une somme sur laquelle un impôt sur le revenu est exigible en vertu de la Partie XIII L.I.R., ou le serait s'il n'était pas tenu compte du paragraphe 216.1(1) L.I.R., ou qui est réputée avoir versé, crédité ou fourni une telle somme, doit, malgré toute disposition contraire d'une convention ou d'une loi, en déduire ou en retenir l'impôt applicable et le remettre sans délai au Receveur général au nom de la personne non résidente, à valoir sur l'impôt, et l'accompagner d'un état selon le formulaire prescrit.

Le fiduciaire qui, seul ou avec quelqu'un d'autre, fait en sorte qu'un paiement visé au paragraphe 135.1(7) L.I.R., ou sur lequel ou relativement auquel un impôt est payable en vertu de la Partie XII.5 L.I.R., soit effectué par le payeur ou pour son compte, ou autorise un tel paiement, est réputé, pour l'application des paragraphes 135.1(7) et 211.8(2) L.I.R., être une personne qui a racheté, acquis ou annulé une part ou une action et qui a effectué le paiement par suite de cette opération[61].

En vertu du paragraphe 135.1(7) L.I.R., en cas de rachat, d'acquisition ou d'annulation par une coopérative agricole ou par une personne ou une société de personnes avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance qui, au moment de son émission, était une part à imposition différée de la coopérative, la coopérative ou la personne ou société de personnes doit retenir, au titre de l'impôt dont le détenteur de part est redevable, une somme

[61] Al. 227(5)a.1) L.I.R.

égale à 15 % de la somme à payer lors du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation par ailleurs, et la verser aussitôt au Receveur général.

Selon le paragraphe 211.8(2) L.I.R., lorsqu'une personne ou une société de personnes rachète, acquiert ou annule une action et que, en conséquence, un impôt est payable en vertu de la Partie XII.5 L.I.R. par la personne qui était l'actionnaire immédiatement avant le rachat, l'acquisition ou l'annulation, le cessionnaire est tenu à la fois de retenir cet impôt sur le montant payable par ailleurs à l'actionnaire lors du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation, de verser cet impôt au Receveur général pour le compte de l'actionnaire dans les 30 jours suivant le rachat, l'acquisition ou l'annulation et d'accompagner le versement d'un état sur le formulaire prescrit.

Le fiduciaire est solidairement responsable, avec le payeur, du versement au Receveur général des montants payables par l'effet des paragraphes 135(3), 135.1(7), 153(1) ou 211.8(2) ou de l'article 215 L.I.R. relativement au paiement, de même que des montants payables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour inobservation de l'une de ces dispositions relativement au paiement[62].

Par ailleurs, le fiduciaire a le droit de déduire d'un montant qu'il a versé au payeur, ou porté à son crédit, ou de retenir sur un tel montant, ou de recouvrer autrement du payeur, tout montant qu'il a payé en vertu du paragraphe 227(5) L.I.R. relativement au paiement[63].

3.2. PAIEMENTS DES IMPÔTS DES PARTIES X ET XII.2 L.I.R.

La Partie X L.I.R. prélève un impôt sur les fiducies régies par un régime de participation différée aux bénéfices ou par un régime dont l'agrément est retiré, à l'égard des placements non admissibles et de certains biens utilisés par la fiducie pour garantir un emprunt.

Aux termes du paragraphe 198(1) L.I.R., toute fiducie régie par un régime de participation différée aux bénéfices ou par un régime dont l'agrément est retiré, et qui ou bien acquiert un placement non admissible, ou bien utilise ou encore permet l'utilisation de tout bien de la fiducie pour garantir un emprunt, doit payer un impôt égal à la juste valeur marchande

---

62 Al. 227(5)b) L.I.R.

63 Al. 227(5)c) L.I.R.

(ci-après « JVM »), soit du placement non admissible au moment où la fiducie l'a acquis soit du bien utilisé comme garantie au moment où il a commencé à être utilisé comme tel.

Selon le paragraphe 198(3) L.I.R., un fiduciaire dont la fiducie est passible d'un impôt en vertu du paragraphe 198(1) L.I.R. et qui n'en remet pas le montant au Receveur général dans les 10 jours qui suivent le jour où le placement non admissible est acquis, ou celui où le bien est utilisé pour garantir un prêt, selon le cas, est personnellement responsable de payer le plein montant de l'impôt pour le compte de la fiducie.

L'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. a été adopté afin de contrer l'avantage fiscal obtenu dans une situation où une fiducie déduit de son revenu un montant payable à un bénéficiaire non résident du Canada. Dans un tel cas, ni la fiducie ni le bénéficiaire non résident ne paie l'impôt de la Partie I L.I.R. N'eût été l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R., ce revenu ne serait assujetti qu'à une retenue d'impôt au taux de 25 % ou moins, selon qu'une convention fiscale s'applique. L'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. est généralement égal à 36 % du revenu de distribution de la fiducie payable à tout bénéficiaire, qu'il soit ou non résident du Canada[64].

Toute fiducie doit, dans les 90 jours suivant la fin de chaque année d'imposition, produire auprès du ministre, sans avis ni mise en demeure, une déclaration en vertu de la Partie XII.2 L.I.R. et verser l'impôt payable au Receveur général[65]. Selon le paragraphe 210.2(6) L.I.R., le fiduciaire d'une fiducie qui est assujettie à l'impôt en application de la Partie XII.2 L.I.R. qui ne remet pas au Receveur général le montant de l'impôt, dans le délai imparti, est personnellement tenu de verser, au nom de la fiducie, le montant total de l'impôt.

---

64 Cet impôt spécial ne s'applique pas à une fiducie qui, tout au long de l'année d'imposition, est une fiducie testamentaire, une fiducie de fonds commun de placement, une fiducie exonérée de l'impôt de la Partie I L.I.R., une fiducie régie par un régime de pension agréé ou une fiducie non résidente. Il ne s'applique pas non plus si le fiduciaire atteste qu'aucun bénéficiaire de la fiducie n'est un bénéficiaire étranger ou assimilé au cours de l'année.

65 L'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. payable par la fiducie est soustrait du calcul de son revenu aux fins de la Partie I L.I.R. dans l'année où l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. a été payé par la fiducie.

Le fiduciaire a le droit de recouvrer de la fiducie toute somme qu'il a payée à titre d'impôt en vertu de l'article 198 ou de la Partie XII.2 L.I.R.[66]

3.3. L'OBLIGATION DE PRODUIRE UNE DÉCLARATION

Aux termes de l'article 204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[67], toute personne qui contrôle ou reçoit un revenu, des gains ou bénéfices en qualité de fiduciaire, ou en une qualité analogue à celle de fiduciaire, doit remplir une déclaration selon le formulaire prescrit. Cette déclaration doit être produite dans les 90 jours qui suivent la fin de l'année d'imposition et portée sur l'année d'imposition.

La Déclaration T3 est à la fois une déclaration de renseignements dont la production est exigée en vertu de l'article 204 R.I.R. et à la fois une déclaration de revenus dont la production est exigée par l'alinéa 150(1)c) L.I.R. Cependant, le paragraphe 150(1.1) L.I.R. prévoit que l'alinéa 150(1)c) L.I.R. ne s'applique pas si les conditions mentionnées à l'alinéa 150(1.1)b) L.I.R. sont respectées, à savoir si tous les revenus de la fiducie sont assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R.

Dans de telles circonstances, une Déclaration T3 n'a pas à être produite en vertu du paragraphe 150(1) L.I.R. Toutefois, il n'existe aucune exception semblable pour ce qui est de la production de la Déclaration T3 à titre de déclaration de renseignements visée à l'article 204 R.I.R. En conséquence, et tel qu'il a été exprimé par l'ARC lors d'une table ronde sur la fiscalité canadienne tenue en 2006[68], il y a obligation de produire une Déclaration T3 à titre de déclaration de renseignements visée à l'article 204 R.I.R., et ce, même lorsque tous les revenus sont attribués en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. et lorsque le paragraphe 150(1.1) L.I.R. s'applique.

---

66 Par. 198(3) et 210.2(6) L.I.R.

67 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

68 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 17, aux pages 53:37-39; *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2006-0196201C6, 6 octobre 2006; [Obligation d'une fiducie de produire une déclaration de revenus même lorsque les règles de fiducies avec droit de retour s'appliquent et que les revenus, gains et pertes sont totalement attribués – Exigence règlementaire et pénalités potentielles]. La position de l'ARC indique qu'une Déclaration T3 doit être produite, et ce, même si tous les revenus sont assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R.

Dans la mesure où une fiducie ne s'acquitte pas de son obligation en vertu de l'article 204 R.I.R., l'ARC pourrait appliquer la pénalité prévue au paragraphe 162(7) L.I.R.[69] Si l'obligation de produire une déclaration de revenus découle de l'application du paragraphe 150(1) L.I.R., l'omission d'une fiducie de s'y conformer la rend passible de la pénalité prévue au paragraphe 162(1) L.I.R. et, en cas de récidive, de la pénalité que l'on retrouve au paragraphe 162(2) L.I.R.

Selon le paragraphe 150(3) L.I.R., tout agent, ou toute autre personne qui administre, gère, liquide ou contrôle les biens, les affaires, la succession ou le revenu d'une personne ou s'occupe autrement des biens, des affaires, de la succession ou du revenu d'une personne qui n'a pas produit de déclaration pour une année d'imposition, en vertu de l'article 150 L.I.R., doit produire une déclaration, selon le formulaire prescrit, du revenu de cette personne pour l'année.

Dans la mesure où un fiduciaire n'a pas produit de déclaration conformément au paragraphe 150(3) L.I.R., il s'expose à la pénalité prévue au paragraphe 162(3) L.I.R. Cette pénalité est de 10 $ par jour de retard, jusqu'à concurrence de 50 $.

3.4. LES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE TAXES À LA CONSOMMATION

Les articles 267.1 L.T.A. et 324.8 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[70] prévoient des règles particulières en matière de TPS/TVH et de TVQ dans le cas de fiducies. Une fiducie est traitée comme une entité distincte aux fins de la TPS/TVH. Selon le paragraphe 267.1(5) L.T.A., tout acte accompli par une personne en sa qualité de fiduciaire est réputé avoir été accompli, non pas par cette personne, mais par la fiducie. Autrement dit, c'est la fiducie elle-même, et non pas son fiduciaire, qui est réputée exercer l'activité commerciale de la fiducie, être tenue de calculer la taxe nette à l'égard des activités commerciales exercées par la fiducie et déclarer cette taxe nette sur une déclaration de TPS/TVH, verser également tout solde positif de la taxe nette et être tenue de s'inscrire en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Bien que la fiducie soit traitée comme une entité légale distincte, les fiduciaires sont tenus de remplir plusieurs obligations pour son compte. Le

---

69 Cette pénalité est égale, sans être inférieure à 100 $, au produit de la multiplication de 25 $ par le nombre de jours, jusqu'à concurrence de 100, où le défaut persiste.

70 L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

paragraphe 267.1(2) L.T.A.[71] prévoit que le fiduciaire doit exécuter les obligations qui lui sont imposées en vertu de la Partie IX L.I.R., produire les déclarations pour le compte de la fiducie par exemple, au même titre que la fiducie.

Le paragraphe 267.1(3) L.T.A.[72] prévoit qu'un fiduciaire est solidairement tenu avec la fiducie et, le cas échéant, avec chacun des autres fiduciaires au paiement ou au versement des montants qui deviennent à payer ou à verser par la fiducie, en vertu de la Partie IX L.I.R., pendant ou avant la période au cours de laquelle il agit à ce titre. Toutefois, le fiduciaire n'est tenu au paiement ou au versement de montants devenus à payer ou à verser avant la période prescrite que jusqu'à concurrence des biens et de l'argent de la fiducie qu'il contrôle. Le paiement ou le versement par la fiducie ou le fiduciaire d'un montant, au titre de l'obligation, éteint d'autant la responsabilité solidaire.

3.5. L'OBLIGATION D'OBTENIR UN CERTIFICAT DE DÉCHARGE

Un fiduciaire est un « représentant légal » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. Aux fins de l'application de l'article 159 L.I.R., un représentant légal doit obtenir un certificat attestant que les impôts ont été payés avant de procéder à la répartition des biens sur lesquels il exerce un contrôle. De la même façon, l'article 270 L.T.A. oblige le fiduciaire à obtenir un certificat de décharge avant de procéder à la distribution des biens ou de l'argent sous son contrôle[73].

Le certificat de décharge doit indiquer tous les montants dont la fiducie est redevable pour l'année d'imposition de la répartition ou de l'attribution ou antérieurement et qui demeurent impayés. Une fois émis, il dégage le fiduciaire de toute responsabilité personnelle vis-à-vis de l'impôt de la fiducie[74].

À défaut d'obtenir un certificat de décharge, un fiduciaire qui répartit des biens en sa possession ou sous sa garde est personnellement redevable

---

71 Art. 324.9 L.T.V.Q.

72 Art. 324.10 L.T.V.Q.

73 Art. 14 L.M.R.

74 L'émission d'un certificat de décharge n'empêche pas le ministre de recouvrer l'impôt impayé d'une succession ou de ses bénéficiaires. Voir *Bougie et autres* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 6387.

des montants que le ministre aurait dû attester lui avoir été versés, et ce, jusqu'à concurrence de la valeur des biens répartis, selon le paragraphe 159(3) L.I.R.

4. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS ET DES PROFESSIONNELS

L'objectif des pénalités administratives imposées à des tiers est de dissuader ces derniers de faire de fausses déclarations ou des omissions relativement à des questions en matière d'impôt sur le revenu ou de TPS/TVH[75].

Les articles 163.2 L.I.R. et 285.1 L.T.A. prévoient deux pénalités. La première vise essentiellement les personnes qui conçoivent des abris fiscaux ou arrangements semblables, participent à leur conception, les vendent ou en font la promotion. La deuxième vise les personnes qui fournissent des services fiscaux à un contribuable.

Le paragraphe 163.2(2) L.I.R. envisage l'imposition d'une pénalité à toute personne qui participe au montage d'un faux énoncé, le fait, le fournit ou pousse une autre personne à faire ou à fournir sciemment tel faux énoncé, n'eût été les circonstances équivalant à une conduite coupable qu'un tiers pourrait utiliser à une fin quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[76] ou de la *Loi sur la taxe d'accise*[77].

Le paragraphe 163.2(4) L.I.R. impose une pénalité à toute personne qui monte, participe au montage d'un énoncé, y donne son assentiment ou y acquiesce pour ou au nom d'autrui et qui sait ou qui, n'eût été les circonstances équivalant à une conduite coupable, devrait raisonnablement

---

[75] Avant l'entrée en vigueur, le 29 juin 2000, des pénalités administratives imposées à des tiers, il n'existait aucune disposition prévoyant une pénalité administrative applicable à ceux qui conseillent des personnes de produire leurs déclarations de revenus basées sur des renseignements faux ou trompeurs, ou à ceux qui ferment les yeux sur des renseignements faux que leurs clients leur fournissent, et ce, à des fins fiscales.

[76] Conformément au paragraphe 163.2(3) L.I.R., la pénalité dont une personne est passible selon le paragraphe 163.2(2) L.I.R. relativement à un faux énoncé correspond au montant suivant : a) si l'énoncé est fait dans le cadre d'une activité de planification ou d'une activité d'évaluation, 1 000 $ ou, s'il est plus élevé, le total des droits à paiement de la personne, au moment de l'envoi à celle-ci d'un avis de cotisation concernant la pénalité, relativement à l'activité de planification et à l'activité d'évaluation; b) dans les autres cas, 1 000 $.

[77] Par. 285.1(2) L.T.A.

savoir qu'elle fait un faux énoncé pouvant servir à une fin quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[78] ou de la *Loi sur la taxe d'accise*[79], à une autre personne ou à quiconque en son nom.

Les pénalités administratives ne visent pas les arrangements de planification fiscale qui sont conformes à la loi, les erreurs faites de bonne foi ou les oublis véritables, les écarts d'interprétation ou d'opinion lors d'une incertitude véritable.

Les dispositions relatives aux pénalités administratives imposées à des tiers ne comportent aucune limite de temps. Lorsque plus de deux personnes sont impliquées dans la production d'un faux énoncé, l'ARC peut appliquer les pénalités à chacune de ces personnes. Les personnes qui font l'objet de pénalités administratives imposées à des tiers pourraient également faire l'objet de poursuites criminelles si les activités réalisées pour le compte de leurs clients constituent une évasion fiscale au sens de l'article 239 L.I.R. ou de l'article 327 L.T.A.

En vertu du paragraphe 163(3) L.I.R. et du paragraphe 285.1(16) L.T.A., il revient à l'ARC d'établir les faits justifiant l'imposition à un tiers d'une pénalité administrative. La norme relative aux éléments probants, utilisée en pareil cas, est la prépondérance des probabilités, le bénéfice du doute étant accordé au tiers.

L'avis aux lecteurs fourni par les comptables n'est pas considéré par l'ARC comme un aveu d'indifférence quant à l'observation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur la taxe d'accise*[80]. Une pénalité administrative s'applique lorsqu'un faux énoncé a été effectué sciemment ou dans des circonstances équivalant à une conduite coupable, c'est-à-dire des incohérences évidentes, des renseignements fournis de façon manifestement

---

78 Par. 163.2(5) L.I.R. La pénalité dont une personne est passible selon le paragraphe 163.2(4) L.I.R. relativement à un faux énoncé correspond au plus élevé des montants suivants : a) 1 000 $; b) le moins élevé des montants suivants : i) la pénalité dont l'autre personne serait passible selon le paragraphe 163(2) L.I.R. si elle avait fait l'énoncé dans une déclaration produite pour l'application de la présente loi tout en sachant qu'il était faux; ii) la somme de 100 000 $ et de la rétribution brute de la personne, au moment où l'avis de cotisation concernant la pénalité lui est envoyé, relativement au faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne ou pour son compte.

79 Par. 285.1(4) L.I.R.

80 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 01-1, « Pénalités administratives imposées à des tiers », 18 décembre 2001, par. 61.

incorrecte, incomplète ou autrement insatisfaisante, donnant lieu à des états financiers possiblement faussés ou trompeurs. Lorsque les conditions prévues pour l'application d'une pénalité sont remplies, un spécialiste en déclarations peut être passible d'une pénalité, même s'il a fourni un avis d'exonération de responsabilité en ce qui a trait aux renseignements fournis par son client.

Un cas de non-respect des normes professionnelles donnant lieu à l'imposition de sanctions par des organismes professionnels ou à un passif financier pour un client en raison d'une négligence ou d'une faute professionnelle ne donne pas nécessairement lieu à l'imposition de pénalités administratives à des tiers. Chaque cas doit être examiné séparément et l'ARC doit toujours prouver que la personne savait ou aurait vraisemblablement dû savoir, n'eût été les circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'un énoncé était faux aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur la taxe d'accise*.

L'ARC s'est engagée à appliquer les pénalités de façon juste et uniforme, seulement dans des situations flagrantes. À cette fin, elle a mis sur pied le Comité d'examen des pénalités imposées à des tiers, lequel est chargé d'examiner tous les rapports recommandant l'imposition d'une pénalité à un tiers par suite d'une vérification concernant la pénalité à des tiers, et ce, avant l'envoi d'une lettre de proposition de pénalité.

Jusqu'au 30 septembre 2007, 29 cas ont été considérés aux fins d'application de la pénalité imposée à des tiers par l'ARC. Onze de ces cas ont été rejetés et 11 autres font actuellement l'objet d'une vérification. Les questions soulevées dans les six cas comprennent le défaut de respecter les dispositions explicites de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la promotion de planifications fiscales agressives et l'inclusion de montants fictifs dans une déclaration. Sept cas ont été cotisés en application de l'article 163.2 L.I.R. ou de l'article 285.1 L.T.A.[81]

---

[81] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006. Au 30 septembre 2005, les deux seuls cas ayant fait l'objet d'une cotisation étaient pour des déclarations d'impôt préparées avec des renseignements que les préparateurs savaient être fictifs.

Selon une interprétation technique du 6 octobre 2006[82], l'ARC pourrait émettre une nouvelle cotisation à un particulier, après la période normale de nouvelle cotisation prévue au sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R., lors du roulement de ses actions à sa société de portefeuille dans la mesure où il existe un écart important entre la JVM des actions et la valeur des actions rapportée sur le formulaire de roulement prescrit et que la présentation erronée des faits par le contribuable est attribuable à la négligence, l'inattention, l'omission volontaire ou la fraude. De plus, l'ARC est d'avis qu'elle peut imposer une pénalité administrative au tiers ou professionnel qui a préparé le formulaire de roulement, ou encore la déclaration de revenus du contribuable.

Dans la situation donnée, l'ARC croit être en mesure de prouver que le contribuable a effectué une présentation erronée des faits par négligence, inattention ou omission volontaire étant donné l'écart substantiel entre la valeur attribuée aux actions par le contribuable et leur JVM, par exemple, en ne considérant pas, entre autres, les principes, pratiques et politiques en matière d'évaluation de l'ARC dans la *Circulaire d'information* IC89-3[83], alors qu'une personne prudente et consciencieuse faisant preuve de diligence raisonnable l'aurait fait. Ainsi, l'ARC pourrait établir une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle la disposition des actions de la société publique est survenue, en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R.

Selon l'ARC, en général, pour imposer une pénalité à un « spécialiste en déclarations », en vertu du paragraphe 163.2(4) L.I.R., elle doit prouver que celui-ci a, entre autres, participé, consenti ou acquiescé à un énoncé fait par une autre personne ou pour son compte et que le spécialiste en déclarations savait ou aurait vraisemblablement dû savoir, n'eût été les circonstances équivalant à une conduite coupable, que l'énoncé constituait un faux énoncé qui pouvait être utilisé par l'autre personne (par exemple, son client), ou pour son compte, à une fin quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple, pour produire un formulaire prescrit.

---

82 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 68, interprétation technique 2006-0196001C6, 6 octobre 2006. Les faits sur lesquels repose l'interprétation technique sont les suivants : aux fins de déterminer la JVM d'une action de société publique disposée en faveur d'une société de portefeuille familiale par voie de roulement, M. X utilise une méthode d'évaluation qui n'est pas conforme à la politique énoncée dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* IC89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 1er janvier 1995.

83 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 82.

Les questions de savoir si un spécialiste en déclarations savait, ou aurait vraisemblablement dû savoir, n'eût été les circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'il a participé, consenti ou acquiescé à un énoncé fait par une autre personne, par exemple son client ou pour son compte, qui constituait un faux énoncé et si les circonstances équivalant à une conduite intentionnelle montrent une indifférence quant à l'observation de la loi, ou indiquent une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l'égard de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ne peuvent être résolues qu'à la lumière de l'examen de tous les faits pertinents. Dans la situation présentée, l'ARC croit qu'elle est en mesure de prouver que le professionnel ayant préparé le formulaire de roulement était au courant de l'écart substantiel entre la valeur attribuée aux actions faisant l'objet du roulement et leur JVM ou qu'il a fait preuve d'une conduite coupable dans les circonstances et d'imposer une pénalité en vertu du paragraphe 163.2(4) L.I.R.

Dans tous les cas, le Comité d'examen des pénalités imposées à des tiers doit examiner la situation présentée et prendre une décision finale quant à l'imposition ou non de pénalités administratives aux spécialistes en déclarations ou à d'autres tiers.

Compte tenu du fait qu'il s'agit de pénalités administratives dont l'imposition est non judiciarisée et de nature particulièrement sensible, il n'est pas étonnant que l'information quant au nombre de cas réels d'application ou à la nature du manquement reproché ne soit rendue publique, et ce, même sur une base anonyme.

CONCLUSION

Chaque fois qu'une personne accepte d'agir ou d'occuper certaines fonctions au sein d'une entité, elle risque d'engager sa responsabilité en matière fiscale. Nous avons vu que les autorités fiscales peuvent se tourner vers des tiers pour procéder au recouvrement de montants qui seraient autrement payables par une autre entité. En effet, les administrateurs peuvent être tenus solidairement responsables, avec la personne morale, du défaut de déduire, retenir, percevoir ou verser certains montants en vertu des lois fiscales. Le fiduciaire peut aussi, dans certains cas, être tenu responsable de sommes qu'une fiducie a omis de retenir. Dans le cas d'un actionnaire, sa responsabilité est limitée à ce titre et il ne s'expose que dans des situations où il agit à un autre titre, un administrateur de fait, par exemple.

En ce qui concerne les pénalités administratives imposées aux tiers ou aux professionnels, nous nous en remettons aux autorités fiscales tout en espérant qu'elles continuent à être appliquées uniquement dans des situations « flagrantes ».

PARTIE B
La responsabilité pénale personnelle des administrateurs, actionnaires, fiduciaires et tiers

Christopher R. Mostovac, avocat
Starnino Mostovac s.e.n.c.

INTRODUCTION

Contrairement à l'impression laissée par le résumé du programme du congrès, le présent texte n'a pas pour but de faire la révision globale et détaillée de l'ensemble des dispositions pénales auxquelles les dirigeants et administrateurs de sociétés, ou professionnels divers, pourraient potentiellement être exposés. Il vise plutôt à aiguiller le lecteur praticien sur des dispositions accessoires qui, en raison de leur application plus restreinte, usage parfois secondaire, ou simplement parce qu'il s'agit de dispositions plus récentes, représentent un risque méconnu pour ceux qui pourront devenir la cible de telles dispositions.

Néanmoins, et avant de traiter de ces dispositions d'évidence secondaire, il importe tout de même de procéder à un rappel des dispositions générales et principales constituant la base du droit fiscal pénal.

1. INFRACTIONS DE BASE

En procédant à une lecture générale de nos lois fiscales pénales et surtout à la lumière de la façon dont les articles de loi englobant ces infractions sont disposés dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], nous pouvons déceler aux articles 238 et 239 L.I.R. qu'il existe deux regroupements majeurs d'infractions; le premier regroupement d'infractions touche l'omission de diverses obligations fiscales incluant celles rattachées aux demandes péremptoires. Le deuxième type de regroupement vise la fraude ou l'évasion fiscale définie sous ses formes reconnues.

1.1. DEMANDES PÉREMPTOIRES

Tout comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'arrêt *La Reine* c. *McKinlay Transport Ltd.*[2], pour assurer le fonctionnement approprié de notre

[1] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

[2] [1990] 1 R.C.S. 627.

système fiscal d'autocotisation, les autorités fiscales se doivent d'être dotées de divers pouvoirs permettant le respect de nos lois. Parmi les moyens les moins « invasifs » auxquels le fisc peut faire appel, on retrouve la demande péremptoire.

La demande péremptoire, qui est prévue aux articles 39 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[3] et 231.2 L.I.R., permet aux autorités fiscales provinciale et fédérale d'exiger la production de documents ou de renseignements.

Le refus d'obtempérer à ces demandes est sanctionné du côté provincial par les articles 60 et 61 L.M.R. et du côté fédéral par l'article 238 L.I.R. Ces dispositions prévoient des amendes qui, dans le cas de la *Loi sur le ministère du Revenu*, représentent un montant d'au moins 100 $ par jour[4]. Dans le cas de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la sanction varie de 1 000 $ à 25 000 $ et peut également être assortie d'un emprisonnement maximal de 12 mois.

1.2. FRAUDES FISCALES

Les rudiments du droit pénal fiscal, et plus particulièrement les infractions de fraudes fiscales, trouvent leurs assises dans les articles 62 et suivants L.M.R. et le paragraphe 239(1) L.I.R. Ces dispositions englobent les principaux types d'infractions pouvant être sanctionnées en droit fiscal, lesquelles constituent ce que la plupart reconnaissent comme étant de la fraude ou de l'évasion fiscale.

La disposition provinciale (art. 62 L.M.R.), tout comme son pendant dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, propose un ensemble d'exemples de violations pouvant être perpétrées par un contribuable que la loi identifie comme étant des infractions punissables par la voie d'amendes, auxquelles peut être ajouté un emprisonnement maximal de deux ans.

Malgré la similarité des libellés des dispositions fédérales et provinciales, les articles de la *Loi sur le ministère du Revenu* ont fait l'objet de diverses modifications au cours des années, ayant pour résultat la division ou la dilution de certains articles par l'ajout d'articles supplémentaires ou

---

[3] L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

[4] L'article 61 L.M.R. fait plus précisément référence à une infraction touchant l'omission de fournir des renseignements, des livres et documents, et prévoit des amendes entre 800 $ et 10 000 $ pouvant également être assorties d'un emprisonnement maximal de six mois.

supplétifs. En d'autres termes, la *Loi sur le ministère du Revenu* propose à l'intérieur de plusieurs articles ce que la *Loi de l'impôt sur le revenu* présente sous un seul.

Aux fins de compréhension des infractions principales de fraude fiscale, il y a lieu de reproduire le libellé de l'article 239 L.I.R. qui se lit comme suit :

> « Article 239(1) Autres infractions et peines – Toute personne qui, selon le cas :
>
> a) a fait des déclarations fausses ou trompeuses, ou a participé, consenti ou acquiescé à leur énonciation dans une déclaration, un certificat, un état ou une réponse produits, présentés ou faits en vertu de la présente loi ou de son règlement;
>
> b) a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altérer, mutiler, caché les registres ou livres de comptes d'un Contribuable ou en a disposé autrement;
>
> c) a fait des inscriptions fausses ou trompeuses, ou a consenti ou acquiescé à leur accomplissement, ou a omis, ou a consenti ou acquiescé à l'omission d'inscrire un détail important dans les registres ou livres de comptes d'un Contribuable;
>
> d) a, volontairement, de quelque manière, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi;
>
> e) a conspiré avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas (a) à (d),
>
> commet une infraction et en plus de toute autre pénalité prévue par ailleurs, encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire :
>
> f) soit une amende de 50 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;
>
> g) soit à la fois l'amende prévue à l'alinéa (f) et un emprisonnement d'au plus deux (2) ans. »

Il y a lieu de noter que les dispositions de base de la *Loi sur le ministère du Revenu*, soit les articles 62, 62.0.1 et 61.1, tout comme le paragraphe 239(1) L.I.R., constituent des infractions « sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ».

Malgré le fait que les amendes minimales en matière provinciale soient supérieures à celles prévues en matière fédérale[5], la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit par surcroît qu'une poursuite pour fraude fiscale peut être entamée par voie de mise en accusation[6].

Les dispositions retrouvées dans la *Loi sur le ministère du Revenu* ne prévoient et ne permettent aucun emprisonnement obligatoire. La jurisprudence confirmant les sentences d'emprisonnement au Québec nous amène à conclure qu'il s'agit tout de même d'une sanction réservée aux cas extrêmes[7].

Aussi, et au-delà des amendes supérieures et emprisonnements obligatoires prévus à la suite d'une condamnation obtenue par le biais d'une poursuite par voie de mise en accusation, d'autres conséquences, telles que des restrictions de déplacements transfrontaliers, pourraient également en résulter[8].

---

5 L'amende minimale prévue au paragraphe 239(1) L.I.R. est de 50 % de l'impôt éludé alors que l'article 63 L.M.R. prévoit que l'amende pour fraude fiscale est un minimum de 125 % des montants éludés.

6 Lorsque le fisc fédéral décide qu'en raison de la gravité de l'infraction commise celle-ci nécessite non seulement une amende élevée mais un emprisonnement obligatoire, il recommandera au poursuivant (ministère de la Justice) de procéder par voie de mise en accusation tel qu'il est prévu au paragraphe 239(2) L.I.R.

C'est dans ce contexte que l'amende minimale passe de 50 % à 100 % et qu'un emprisonnement automatique mais maximal de cinq ans est également infligé au contribuable trouvé coupable.

7 Voir à titre d'exemple les décisions *SMRQ* c. *Letarte*, [1987] R.D.F.Q. 120 (C.P.) et *SMRQ* c. *Létourneau*, [1991] R.D.F.Q. 15 (C.Q.) (ci-après « *Létourneau (C.Q.)* »). Dans l'affaire *Létourneau (C.Q.)*, cette décision a été renversée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Létourneau* c. *SMRQ*, [1998] R.D.F.Q. 55 (C.A.) (ci-après « *Létourneau (C.A.)* »). Récemment, dans un communiqué de Revenu Québec daté du 5 juin 2007, une contribuable aurait plaidé coupable à une infraction de fausse déclaration de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et de taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») (4,5 M$), et a reçu un emprisonnement de 22 mois devant être purgé dans la communauté.

8 Parmi les questions principales pouvant être posées par des agents frontaliers d'États étrangers, il y a celle visant à établir si l'individu a déjà été condamné pour la commission d'un acte criminel. Malgré que la réponse appropriée à cette question puisse dépendre et reposer sur de la sémantique et de l'interprétation pouvant varier d'un État à un autre, du point de vue du droit pénal canadien, une condamnation par voie « sommaire » n'a pas la même conséquence qu'une condamnation par voie de mise en accusation. De fait, l'article 34 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21 et mod., prévoit ce qui suit :

(à suivre…)

2. INFRACTIONS PARTICULARISÉES

Outre les infractions générales mentionnées préalablement, nos lois fiscales prévoient divers types d'infractions qui visent à sanctionner des cas ponctuels où l'administrateur, le dirigeant, le tiers ou le professionnel peuvent être mis en cause.

Au lieu de procéder en déclinant une liste de ces infractions, nous avons cru plus propice de les regrouper par thème respectif et de définir leurs paramètres d'application à l'aide d'exemples retrouvés dans la jurisprudence.

2.1. DEMANDES PÉREMPTOIRES ADRESSÉES AUX DIRIGEANTS D'ENTREPRISES

Le libellé de l'article 39 L.M.R., tout comme celui de l'article 231.2 L.I.R., prévoit qu'une demande péremptoire peut être envoyée à toute personne incluant une société ou une personne prétendument désignée pour répondre au nom de la société. Évidemment, le refus d'obtempérer à une demande péremptoire mène à des conséquences pourtant évitables. Puisque la nature de l'infraction du refus d'obtempérer fait d'elle une infraction à responsabilité stricte[9], du moment que le geste fautif est prouvé par le ministère public, le fardeau de preuve se déplace sur l'accusé qui devra convaincre la Cour que malgré la commission de l'acte (ou dans ce cas l'absence du respect d'une obligation), il a tout de même agi en bon père de famille ou avec une excuse légitime constituant une défense de diligence raisonnable.

(…suite)

> « c) s'il est prévu que l'infraction est punissable sur déclaration de culpabilité soit par mise en accusation soit par procédure sommaire, la personne déclarée coupable de l'infraction par procédure sommaire n'est pas censée avoir été condamnée pour un acte criminel. » (Notre soulignement)

Cette disposition permet aux futurs voyageurs condamnés en vertu d'une infraction sommaire, qu'elle soit fédérale ou provinciale, de nier en bonne conscience, le cas échéant, qu'il s'agit d'une condamnation pour un acte criminel.

9 Une infraction de responsabilité stricte par opposition à une infraction d'intention ou de *mens rea* prévoit que le Ministère n'a qu'à prouver la commission de l'infraction (l'*actus reus*) pour rencontrer son fardeau de preuve alors qu'une infraction d'intention ou de *mens rea* requiert que le procureur du fisc établisse non seulement la commission de l'infraction mais l'intention coupable de celui qui l'a commise, et ce, hors de tout doute raisonnable. À cet effet, voir les arrêts *La Reine* c. *Sault-Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, et *SMRQ* c. *Béton St-Pierre*, [1998] R.D.F.Q. 13 (C.A.) (ci-après « *Béton St-Pierre* »).

Malgré le fait que certains dirigeants de sociétés accusés d'avoir omis d'obtempérer à une demande péremptoire aient soulevé que l'obligation légale de répondre ne vise pas les administrateurs (ou toute autre personne non nécessairement désignée pour répondre au nom de la société), la majorité des tribunaux en a décidé autrement[10].

Dans un cas où un administrateur prétendait qu'il n'était pas une personne de qui on pouvait exiger la production d'une déclaration fiscale concernant sa société, la Cour d'appel, s'appuyant sur un jugement de la Cour suprême, a confirmé que la « personne » visée au sens de l'article 39 L.M.R. inclut toute personne qui « est au courant des affaires d'une autre personne concernant son assujettissement à l'impôt »[11].

Lorsqu'un dirigeant d'entreprise est sommé par une demande péremptoire de produire des documents et que ce dernier charge son avocat ou une tierce personne de le faire à sa place sans s'enquérir des développements de son dossier, il se peut que la négligence ou l'imprudence de son représentant ne constitue pas une excuse raisonnable permettant de le disculper de ses responsabilités personnelles vis-à-vis de l'infraction[12].

À la lumière des diverses possibilités de ce qui peut constituer de la diligence raisonnable, il demeure de prudence élémentaire que l'administrateur dirigeant essaie toujours de répondre d'une quelconque manière, indépendamment de l'existence de motifs lui laissant croire qu'il est légalement justifié de rester muet.

Dans un contexte où une demande péremptoire avait été reçue après la faillite et la radiation d'une société, la Cour en est venue à la conclusion qu'il ne s'agissait pas de raisons valables permettant à un administrateur dirigeant d'invoquer le fait que le syndic serait plutôt la personne désignée

---

10 *SMRQ* c. *Vasso*, C.Q. Montréal, n° 500-27-003839-901, 15 novembre 1990, j. Bourdeau.

11 Citation de la Cour suprême dans l'affaire *James Richardson and Sons Ltd.* c. *MRN*, [1984] 1 R.C.S. 614, reprise dans *SMRQ* c. *Bilodeau*, [2000] R.D.F.Q. 5 (C.A.).

12 *SMRQ* c. *Pierre Mousseau*, [2003] R.D.F.Q. 200 (C.Q.). Il est intéressant de souligner que malgré le fait que la Couronne se soit déchargée de son fardeau de preuve et que la Cour ait conclu que la responsabilité pénale du défendeur était établie, le juge a utilisé sa discrétion judiciaire prétextant qu'il s'agissait d'un pouvoir réservé à des cas exceptionnels pour ordonner un arrêt de procédure et éviter la déclaration de culpabilité du contribuable.

pour s'occuper de la demande du fisc et que de ce fait, il lui était possible de ne rien faire[13].

Il y a également lieu de noter qu'en matière de taxes (TPS et TVQ), une demande péremptoire obligeant une société ou son administrateur à se conformer à certaines dispositions de la loi entraîne nécessairement, au Québec, l'émission de demandes péremptoires distinctes ayant pour conséquences deux accusations potentielles distinctes, et ce, même s'il s'agit de faits relevant de la même opération. Dans l'affaire *SMRQ* c. *Restaurant et Crémerie Il Sole*[14], malgré le fait qu'il s'agissait d'une demande en vertu de l'article 34 L.M.R. plutôt qu'en vertu de l'article 39 L.M.R. (autre disposition enjoignant le contribuable à faire quelque chose), le principe interdisant les condamnations multiples suivant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *La Reine* c. *Kienapple*[15] a été appliqué de sorte que seule une des deux omissions du contribuable a été retenue au niveau pénal.

2.2. PRÉSENCE D'UN *ZAPPER*

Parmi les infractions pouvant viser les dirigeants de certaines sociétés, il y en a qui sont propres aux lois fiscales provinciales. À titre d'exemple, l'article 34.1 L.M.R. est une disposition unique, adoptée au Québec prétendument pour contrer de nouveaux types de stratagèmes nés de l'évolution fulgurante de la technologie informatique. La disposition prévoit que lorsqu'un registre est tenu au moyen d'un système informatique, il est interdit d'utiliser toutes fonctions permettant d'altérer une donnée retrouvée dans le système sans en conserver la donnée originale. Le programme d'effacement communément appelé un *zapper* aurait été identifié dans plusieurs systèmes informatiques analysés par les représentants de Revenu Québec.

Pour ce qui est du moyen de l'obtention d'une condamnation de l'infraction, la loi prévoit que la présence du programme d'effacement entraîne une présomption à l'égard de son utilisation et donc une condamnation quasi automatique s'il est établi que la fonction d'effacement se retrouve dans le système. Toutefois, la loi prévoit également que la présomption peut être repoussée s'il est démontré que la fonction

---

13 *SMRQ* c. *Couillard*, [2003] R.D.F.Q. 119 (C.Q.).

14 C.Q. Montréal, n° 500-61-178824-042, 26 mai 2006, j. Morin (ci-après « *Restaurant et Crémerie Il Sole* »).

15 [1975] 1 R.C.S. 729.

d'effacement comprise dans le programme informatique s'y trouvait à l'insu de la personne qui en a la responsabilité.

Malgré que cette disposition ait entraîné plusieurs plaidoyers de culpabilité confirmés par de nombreux communiqués de presse émis par Revenu Québec, le fait de tenir et d'utiliser une comptabilité parallèle aux données retrouvées à l'ordinateur, qui elles permettaient d'établir des ventes réelles et crédibles concordant avec les présomptions du Ministère concernant les revenus de l'entreprise, a permis de repousser la présomption de la loi et d'éviter la condamnation quasi automatique[16].

Il importe de noter que les infractions rattachées à une condamnation pour l'usage présumé d'un *zapper* prévoient des amendes variant entre 2 000 $ et 25 000 $ pour une première violation, de 25 000 $ à 100 000 $ pour une deuxième infraction et de 100 000 $ à 500 000 $ pour une récidive additionnelle. Un emprisonnement d'au plus deux ans est également prévu pour toute récidive additionnelle[17].

Quant aux infractions reliées à la conception, fabrication, installation et mise à la disposition d'un *zapper*, prévues à l'article 34.2 L.M.R., la loi envisage des amendes variant entre 25 000 $ et 500 000 $ pour une première offense et entre 100 000 $ et 1 M$ pour toute autre récidive.

Tout comme dans le cas de l'utilisation du *zapper*, l'article 60.2 L.M.R. prévoit un emprisonnement d'au plus deux ans pour toute récidive à l'infraction.

2.3. TENUE DE REGISTRES D'UNE ENTREPRISE

Tout comme pour les sanctions envisagées pour le non-respect de demandes péremptoires, l'article 61.0.0.1 L.M.R. prévoit des amendes de 2 000 $ à 100 000 $ ainsi qu'un emprisonnement d'au plus six mois pour toute personne qui, entre autres, exploite une entreprise et omet de percevoir, déduire ou retenir un montant en vertu d'une loi fiscale ou qui ne tient pas un registre de la manière prescrite par le fisc.

---

16 *SMRQ* c. *Restaurant et Crémerie Il Sole*, 500-61-188275-045, 26 mai 2006, j. Morin.

17 Art. 60.1 L.M.R.

Cette infraction vise également le défaut de se conformer à une tenue de registre spécifiquement demandée par le fisc (art. 35 L.M.R.), et ce, pour la durée d'une période que le fisc peut lui-même déterminer (art. 35.5 L.M.R.).

Cette disposition provinciale trouve son pendant dans la législation fédérale au paragraphe 238(1) L.I.R. qui, lui, englobe non seulement les infractions reliées à la tenue d'un registre mais, tel qu'il a été vu précédemment, celles touchant les défauts d'obtempérer à une demande péremptoire ou autres.

2.4. MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE S'INSCRIRE EN TAXES (TVQ)

L'article 61.0.1 L.M.R. prévoit que toute personne tenue de s'inscrire en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[18] doit le faire sinon elle s'expose à une infraction et devient passible d'une amende de 2 000 $ à 25 000 $.

Évidemment, cette disposition permet de sanctionner un contribuable au-delà des sommes réellement ou potentiellement éludées qui, elles, pourront servir au dépôt d'accusations supplémentaires ou parallèles portées en vertu des dispositions de base de fraude fiscale tels les articles 62 et suivants L.M.R. Le fait d'inciter l'inscription aux taxes par la voie d'une sanction pénale permet d'assurer l'obtention de données fondamentales concernant le bassin de contribuables devant effectuer des remises ou, à tout le moins, sur lesquels des suivis administratifs deviennent nettement facilités par la connaissance de l'existence de ces mêmes contribuables.

2.5. ORDONNANCE VISANT À REMÉDIER AU DÉFAUT À LA SUITE D'UNE INFRACTION

L'article 61.1 L.M.R. permet au tribunal qui déclare une personne coupable en vertu des articles 60 à 61.0.0.1 L.M.R. de rendre toute ordonnance visant à remédier au défaut visé par la commission de l'infraction.

Malgré qu'il ne s'agisse pas d'une disposition infractionnelle en tant que telle, cet article permet au tribunal ayant déclaré la culpabilité d'un contribuable d'ordonner qu'il soit remédié au défaut de la manière qu'il estime appropriée, et ce, au-delà des amendes et autres sanctions déjà prévues aux infractions. À titre d'exemple et dans la mesure où l'infraction

[18] L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

se poursuit après la condamnation et que le contribuable semble à nouveau peu enclin à se conformer à ses obligations, cette disposition permet au tribunal d'imposer des mesures spécifiques, incluant l'imposition de peines additionnelles[19].

Une fois l'ordonnance rendue par un tribunal en vertu de l'article 61.1 L.M.R., qu'en est-il dans le cas où la société ou son dirigeant préfère l'ignorer? Bien que la sanction générale et appropriée soit de condamner la ou les personnes pour outrage au tribunal conformément à la procédure prévue au *Code de procédure pénale du Québec*[20], l'article 61.2 L.M.R. prévoit une infraction distincte par laquelle la personne serait passible d'une amende de 800 $ à 10 000 $ ainsi que d'un emprisonnement potentiel d'au plus six mois pour ce type de contravention. Bien sûr, il s'agit encore là d'une infraction à responsabilité stricte en vertu de laquelle le contribuable pourrait se disculper par une preuve de diligence raisonnable, ce qui inclut une preuve d'agissements responsables[21].

2.6. PARTICIPATION À LA COMMISSION D'UNE INFRACTION COMMISE PAR UNE SOCIÉTÉ

L'article 68 L.M.R. ainsi que son pendant, l'article 242 L.I.R., constituent les principales modalités d'infractions par lesquelles un dirigeant d'une société, qui participe à l'accomplissement d'une infraction, peut être poursuivi au même titre que la société, et subir les mêmes sanctions.

La disposition provinciale se lit ainsi :

> « Article 68 – Infractions par une société – Lorsqu'une société a commis une infraction à une loi fiscale ou à un règlement adopté en vertu d'une telle loi, toute personne qui a prescrit ou autorisé l'accomplissement de l'infraction ou qui y a consenti, acquiescé ou participé est partie à l'infraction et est passible de la peine prévue pour l'infraction, que la société ait ou non été poursuivie ou déclarée coupable. »

La version fédérale, qui diffère en langage mais peu en substance, se lit ainsi :

---

19 *SMRQ* c. *St-Aubin*, [2003] R.D.F.Q. 163 (C.Q.).

20 L.R.Q., c. C-25.1.

21 *SMRQ* c. *Noël et autres*, C.Q. Trois-Rivières, n° 400-61-039614-056, 19 janvier 2007, j. Verrette.

> « Article 242 Responsabilité pénale des dirigeants, etc. de sociétés – En cas de perpétration par une société d'une infraction à la présente loi, ceux de ses dirigeants, administrateurs ou mandataires qui l'ont ordonnée ou autorisée, ou qui y ont consenti ou participé sont considérés comme des co-auteurs de l'infraction et encourent, sur déclaration de culpabilité, la peine prévue, que la société ait été ou non poursuivie ou déclarée coupable. »

De ces dispositions, la jurisprudence a dégagé et clarifié un certain nombre de principes. Notamment dans l'arrêt *Létourneau (C.A.)*[22], la Cour d'appel a été invitée à se prononcer sur la portée de cette disposition ainsi que sur le fardeau de preuve de la Couronne justifiant l'obtention d'une condamnation.

Lorsque cette affaire a été entendue en première instance, le tribunal a établi que la société visée par l'infraction, soit « Les pétroles du Nord » (ci-après « Pétroles du Nord »), avait perçu certains montants qu'elle a omis de remettre au ministre, justifiant sa condamnation pénale. Quant au particulier qui a été accusé, M. Létourneau, le juge de première instance l'a également trouvé coupable en raison de l'aide qu'il aurait indirectement apportée à la commission de l'infraction, le tout suivant l'interprétation apportée par la Cour à l'égard du libellé de l'article 68 L.M.R.

Le juge de première instance a condamné l'appelant malgré que ce dernier n'ait pas été un administrateur, actionnaire ou dirigeant de la société qui a également été trouvée coupable. C'est en raison de ce qu'il a qualifié de « pouvoir de persuasion » exercé par l'appelant sur la société que le juge a pu justifier la culpabilité de l'accusé M. Létourneau. La Cour a conclu que malgré que M. Létourneau ne soit pas un membre de la direction officielle, il demeurait un dirigeant *de facto*.

En renversant la décision de première instance, la Cour d'appel a débuté son analyse en rappelant certains principes, notamment celui toujours ancré dans la jurisprudence pénale actuelle, à savoir qu'une accusation visant la non- remise d'émoluments devant appartenir à l'État requiert non seulement une preuve de l'acte fautif, mais également une preuve que la non-remise a été effectuée dans un but d'éluder le respect de la loi « avec adresse, par quelque artifice ou faux-fuyant »[23].

---

[22] Précité, note 7.

[23] Commentaires du juge Beauregard dans la décision *Béton St-Pierre*, précité, note 9.

En considérant la preuve versée au dossier, la Cour d'appel a écarté l'opinion du juge de première instance, décrétant la condamnation de la société Pétroles du Nord.

Quant à l'application de l'article 68 L.M.R. ayant permis de greffer la condamnation de l'appelant aux infractions reprochées à la société, la Cour d'appel souligne les principes applicables sous-jacents :

> « Pour être condamné en vertu de l'article 68 il faut y avoir la commission d'une infraction par une société et deuxièmement, la preuve d'une participation à cette commission par l'individu accusé.
>
> Le langage du libellé implique nécessairement que si la personne accusée n'est pas une personne au pouvoir au sein de la société son seul lien avec la commission de l'infraction serait par le biais d'y avoir "participé". »

La citation suivante est au cœur des motifs de la Cour d'appel quant aux paramètres d'application de l'article 68 L.M.R. envers un tiers :

> « Je serais personnellement enclin à aller plus loin. L'article 68 reflète deux réalités juridiques autrement incontournables en matière pénale, soit qu'une corporation n'agit que par ses administrateurs, officiers, employés, agents, mandataires ou, à l'occasion, actionnaires, et qu'une corporation, comme telle, n'est pas susceptible de "*mens rea*". Si elle peut commettre l'*actus reus*, dans la mesure où l'obligation violée est la sienne, comme en l'espèce, le geste constituant l'infraction relève nécessairement de la décision d'une personne ayant l'autorité de se faire et c'est chez cette personne que l'on doit rechercher la *mens rea*. À mon avis, les mots "toute personne" dans le contexte où pour l'application de l'article 68, ne saurait viser d'autres que ceux que je viens d'énumérer et non un tiers agissant à distance. La participation visée par l'article 68, par voie de conséquence, ne saurait, à mon avis, être que la participation directe à la commission de l'*actus reus*, c'est-à-dire, en l'espèce, au non-paiement par Pétroles du Nord à l'intimé des taxes perçues de P.V.L. et E.M.L. La tierce personne, étrangère à la corporation, peut avoir conspiré au sens de l'article 62.e), ou même être complice en posant elle-même des gestes sans lesquels l'*actus reus* ne pourrait être commis ou complété, et ce, en vertu du nouvel article 68.0.1) de la loi adoptée en 1991, mais elle ne saurait être accusée d'avoir participé à l'infraction en vertu de l'article 68 de la loi[24]. »

Sur cette base, et en plus du fait que la Cour avait conclu à l'absence de preuve concernant l'infraction principale portée contre la société, l'appelant a été acquitté.

---

[24] *Létourneau (C.A.)*, précité, note 7, par. 61.

Il importe de noter, et ce, malgré la position adoptée par le ministère public devant la Cour d'appel dans l'arrêt *Létourneau (C.A.)*, que Revenu Québec, par l'entremise de son Centre de perception fiscale, a publié un communiqué décrivant la position du fisc vis-à-vis de l'article 68 L.M.R. Cette position a été publiée quelques années **avant** le prononcé de la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Létourneau (C.A.)*[25].

Dans ce communiqué, le Ministère opine sur l'objet de la disposition (art. 68 L.M.R.) en soulignant qu'il s'agit d'un article permettant aux législateurs de lever le voile corporatif en tenant un administrateur, officier, dirigeant, agent ou employé d'une société personnellement responsable des infractions fiscales commises par cette dernière. Nulle part le Ministère ne prévoit la possibilité que cet article permette d'engager la responsabilité d'un tiers qui n'est pas un des dirigeants, ou autre catégorie de personnes visée par la disposition.

Dans une autre affaire, la Cour d'appel a également souligné ou plutôt confirmé le principe que l'article 68 L.M.R. ne crée pas une infraction distincte, mais ne fait qu'établir les modes de participation aux autres infractions prévues à la loi[26].

Parallèlement à l'arrêt *Létourneau (C.A.)*, le véritable dirigeant de Pétroles du Nord (du moins celui officiellement reconnu à ce titre), un dénommé M. Filion, a également fait l'objet d'accusations en vertu des mêmes faits et dispositions que ceux invoqués par le fisc à l'égard de l'accusé, M. Létourneau[27].

Dans la cause de M. Filion, ce dernier avait soulevé un moyen préliminaire fondé sur un délai déraisonnable subi dans l'attente de son procès. Malgré qu'il ait eu gain de cause en première instance sur ce moyen préliminaire, la Cour d'appel a renversé cette décision et retourné le dossier pour audience en première instance.

À la suite du retour du dossier de M. Filion en première instance, l'affaire s'est résolue, nous comprenons, par un retrait des procédures

---

[25] REVENU QUÉBEC, interprétation technique 95-010684 [A], 21 septembre 1995.

[26] *Andrianakos* c. *SMRQ*, C.Q. Montréal, n° 500-10-000194-959, 16 janvier 1998, jj. Beauregard, Baudouin et Forget.

[27] *SMRQ* c. *Filion*, C.Q. Joliette, n° 705-27-001981-908, 5 avril 1991, j. Cyr; infirmé par [1994] R.D.F.Q. 32 (C.A.) (ci-après « *Filion* »).

déposées contre l'accusé. Évidemment, et indépendamment du fait que M. Filion était une personne (administrateur et propriétaire de la société Pétroles du Nord) dont la responsabilité pénale pouvait être retenue en vertu de l'article 68 L.M.R., une fois la décision de la Cour d'appel prononcée dans l'arrêt *Létourneau (C.A.)* confirmant l'absence d'une preuve permettant de condamner la société Pétroles du Nord, une condamnation subséquente de l'accusé M. Filion aurait été compromise[28].

Il nous est possible de présumer que la polémique soulevée dans l'arrêt *Létourneau (C.A.)* (à la lumière de la preuve interprétée par la Cour d'appel) n'aurait jamais fait surface dans le contexte d'une accusation portée en vertu de la législation fédérale puisque le libellé de l'article 242 L.I.R. écarte toute personne qui ne peut être comprise dans le « cercle restreint de personnes qui y exercent un pouvoir de direction »[29].

Aussi, et tout comme l'a confirmé la jurisprudence provenant des tribunaux du Québec, les autres tribunaux canadiens confirment que cette disposition (pendant fédéral de l'article 242 L.I.R.) n'est pas créatrice d'infraction, mais sert plutôt à établir divers moyens ou modalités de commission d'une infraction[30].

De plus, ces mêmes tribunaux réitèrent le principe voulant qu'une accusation déposée contre le dirigeant d'une société demeure une accusation indépendante de celle portée contre la société ou pour laquelle la société

---

[28] Dans l'affaire *Filion*, la Cour d'appel a rendu sa décision en retournant le dossier en première instance, le 22 novembre 1993, soit cinq ans **avant** le prononcé de la Cour d'appel dans l'arrêt *Létourneau (C.A.)*. Dans ce contexte et avec égard pour la décision ayant incité le Ministère à mettre fin à sa poursuite contre M. Filion, il semblerait que la poursuite aurait été possible, et ce, en évitant les pièges et les faiblesses de preuve soulevés et acceptés dans l'arrêt *Létourneau (C.A.)*, dont le jugement de première instance avait été rendu en 1991.

[29] Voir à cet effet *La Reine* c. *Pottle*, Newfoundland Trial Division, n° St. J. 1538/89, 22 novembre 1989, j. Adams (ci-après « *Pottle* »), où la Cour a affirmé :

> «The evidence does not establish the Respondent in either of the capacities referred to in Section 242 of the Act as one who participated in the commission of the offences in the manner prescribed in that section to render him party to and guilty of the offences. »

[30] *La Reine* c. *Anisman*, 69 D.T.C. 5199 (O.H.C.J.) (ci-après « *Anisman* ») et *La Reine* c. *Bordignon*, [1981] B.C.J. n° 342 (B.C.C.C.).

aurait pu être condamnée[31]. Dans l'affaire *Anisman*, la Cour s'est prononcée en ces termes :

> « The conviction of the company is judgement *in personam* and the accused who was not a party to those proceedings cannot be bound by it to the extent held by the learned magistrate. I know of no authority which holds that the conviction of the company is *res judicata* against a director, officer or agent, of the same or similar facts and issue in a separate charge against such persons if they were strangers to the prosecution of the company[32]. »

Alors que sur le plan civil des administrateurs ou administrateurs « de fait » sont présumés responsables des remises, déductions et taxes de la société, leur responsabilité pénale peut aussi être engagée et dans une certaine mesure, aussi facilement que leur responsabilité au niveau civil.

À titre d'exemple, lorsqu'une société traverse une période financière difficile, il arrive que l'administrateur se voie contraint à choisir entre un paiement devant être effectué à un fournisseur *versus* un paiement devant être effectué au gouvernement pour la remise des déductions à la source. Le choix alors exercé par l'administrateur peut engendrer des conséquences civiles et pénales importantes.

Alors qu'au Québec les autorités fiscales ne semblent pas privilégier le dépôt d'accusations pour le type d'infraction potentiellement évoqué au paragraphe précédent, il semblerait que le dépôt d'accusations pour ce type d'infraction, ailleurs au Canada, ait été plus fréquent[33].

À la lecture de la jurisprudence québécoise, et surtout en raison des principes confirmés par la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Béton St-Pierre*[34], il a été déterminé que l'infraction de non-remise de sommes dues au fisc, dirigée envers la personne physique responsable de

---

31 *Anisman*, précité, note 30 et *La Reine* c. *Hartmann*, [1971] C.T.C. 396 (Sask. D.C.).

32 *Anisman*, précité, note 30, par. 19. Pour la raison invoquée dans la citation ci-dessus, le dirigeant accusé par le biais de l'article 242 L.I.R., et indépendamment du procès qu'aurait subi la société pour la même infraction, se doit d'être poursuivi comme si la société n'avait fait l'objet d'aucune accusation et que la preuve demeure inconnue.

33 *La Reine* c. *O'Dare*, 79 D.T.C. 5243 (B.C.C.C.); *Pottle*, précité, note 29; *La Reine* c. *Swendson*, 87 D.T.C. 5335 (Alta C.Q.B.) (ci-après « *Swendson* »); *La Reine* c. *Rogo Forming Ltd.*, (1956) C.C.C. (2e) 31 (O.C.J.) (ci-après « *Rogo Forming* »); *La Reine* c. *Rohan's Rockpile Ltd.*, (1957) C.C.C. (2e) 388 (B.C.C.A.) (ci-après « *Rohan's Rockpile* ») et *La Reine* c. *Henneberry*, [2004] 1 C.T.C. 238 (N.S.P.C.).

34 Précité, note 9.

cette non-remise, ne constitue pas une infraction de responsabilité stricte, mais s'apparente plutôt à une infraction de *mens rea* ou d'intention. Ceci étant dit et contrairement à une certaine lignée de jurisprudence provenant jadis de l'extérieur du Québec, il n'est pas toujours nécessaire que la Couronne ait à prouver l'intention coupable du dirigeant. Dans l'affaire *La Reine* c. *Éthier*[35], le tribunal siégeant en appel d'une décision de la Cour provinciale confirmait la conclusion voulant que les infractions déposées par le biais de l'article 242 L.I.R. soient des infractions à responsabilité stricte. Il y a même lieu de mentionner que certains tribunaux ont déjà conclu que l'infraction de non-remise devait être considérée comme une infraction à responsabilité absolue pour laquelle aucune défense de diligence n'était possible et que la simple commission de l'acte entraînait une culpabilité quasi automatique. Heureusement, cette position extrême n'a pas été retenue en appel[36].

Dans l'affaire *Rogo Forming*, la Cour provinciale de l'Ontario devait déterminer si le dépôt d'un plaidoyer de culpabilité par la compagnie à une infraction de non-remise entraînerait nécessairement la culpabilité de ses dirigeants. Pour résoudre la question, le tribunal devait d'emblée décider si l'infraction de non-remise portée par le biais de l'article 242 L.I.R. était une infraction d'intention requérant une preuve (par la Couronne) d'une intention coupable, hors de tout doute raisonnable. En concluant qu'il s'agissait d'une infraction de *mens rea*, la Cour s'est exprimée ainsi :

> « However, with respect to the individual accused, I hold that the offence charged against them under Section 242 of the Act as parties to the offence committed by the company is an offence requiring proof of *mens rea* as expressed in the governing words "who directed, authorized, assented to, acquiesced in, or participated in" the commission of the offence; or alternatively that those words form part of the *actus reus* of the offence; and at all events the onus of proof is upon the Crown to prove all the ingredients of the offence beyond their reasonable doubt including the elements of active or passive participation in the substantive offence within the meaning of those key words[37]. »

Mis à part le fait que le tribunal identifie l'article 242 L.I.R. comme étant une « infraction » (ce qui est contraire au consensus), une certaine jurisprudence provenant toujours de l'extérieur du Québec, dont la décision d'appel dans l'affaire *Swendson*, vient appuyer la citation ci-dessus en

---

35 [1996] 2 C.T.C. 174 (Sask. C.Q.B.).

36 *Rohan's Rockpile*, précité, note 33.

37 *Rogo Forming*, précité, note 33.

soulignant qu'une infraction de non-remise de sommes, qui, elle, vise un dirigeant ou un responsable d'une société, doit être interprétée et jugée comme étant une infraction nécessitant la preuve de l'intention coupable de l'individu[38].

En somme, il semble établi que même si l'infraction principale visant la société pouvait constituer et constitue une infraction à responsabilité stricte, aussitôt que son dirigeant est accusé pour cette même infraction par le biais de l'article 242 L.I.R., cette infraction, compte tenu du libellé de l'article voulant que l'administrateur l'ait « ordonnée ou y aurait consenti », se transforme (pour l'administrateur) en infraction de *mens rea*.

De fait, lorsque la Couronne prouve qu'un administrateur aurait personnellement autorisé et omis de remettre un montant appartenant au fisc, il y aurait présomption que la preuve de cette autorisation rencontrerait la *mens rea* requise en vertu de l'article 242 L.I.R. et que l'intention malicieuse rattachée à l'autorisation ne serait pas un élément additionnel devant être prouvé par la Couronne[39]. Nous osons croire que cette distinction subtile dégagée de la jurisprudence provenant de l'extérieur du Québec ne s'appliquera pas dans le contexte d'infractions déposées en vertu de la *Loi sur le ministère de Revenu*.

2.7. AIDE À LA COMMISSION D'UNE INFRACTION

Tel qu'il a été discuté préalablement, nous savons que les articles 68 L.M.R. et 242 L.I.R. requièrent une participation directe par l'administrateur, dirigeant, etc., afin que celui-ci puisse être trouvé coupable au même titre que pourrait l'être la société.

Afin de sanctionner un comportement par lequel il y a absence de participation directe, mais qui demeure le reflet d'une aide apportée à la commission d'une infraction, le législateur québécois a adopté l'article 68.0.1 L.M.R., disposition qui se lit comme suit :

> « Article 68.0.1 Aide à la commission d'une infraction – Toute personne qui accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction à une loi fiscale ou à un règlement adopté en vertu d'une telle loi est partie à une infraction et est passible de la peine prévue pour

---

38 *Swendson*, précité, note 33; *La Reine* c. *Posner*, 46 C.R. 321 (O.S.C.); *La Reine* c. *Tri-City Truck Sales Ltd.*, [1963] D.L.R. (2e) 507 et *Rohan's Rockpile*, précité, note 33.

39 *La Reine* c. *Bodnarchuk*, [2004] 4 C.T.C. 314 (B.C.P.C.).

> cette infraction que la personne qui a reçu l'aide ait été ou non poursuivie ou déclarée coupable. »

Cet article qui vise « toute » personne, et non seulement des dirigeants de sociétés, constitue une disposition infractionnelle indépendante, en vertu de laquelle une personne pourrait être condamnée même si le bénéficiaire de la complicité n'a pas été accusé ou trouvé coupable.

Dans une décision ayant traité du fardeau de preuve exigible pour l'obtention d'une condamnation en vertu de cet article, la Cour du Québec établit qu'il s'agit d'une infraction de *mens rea* et que le ministère public a l'obligation de prouver l'essence même de la complicité :

> « [...] c'est-à-dire de la connaissance et de l'intention du Défendeur d'agir comme complice, avant d'exiger de ce dernier la présentation d'une preuve disculpatoire relativement à l'acte délictueux proprement dit[40]. »

En ce qui concerne la loi fédérale, l'infraction visant à sanctionner la complicité est intégrée dans la disposition de base touchant les fraudes fiscales. L'alinéa 239(1)e) L.I.R. prévoit, à la différence de l'article 68.0.1 L.M.R., le terme « conspiré » pour refléter la caractéristique intentionnelle de la violation. Il ne semblerait tout de même pas y avoir de différence du point de vue substantif.

2.8. INFRACTIONS CONCERNANT LA TPS

La *Loi sur la taxe d'accise*[41], à sa sous-section f), prévoit les types d'infractions pouvant être commises à l'égard de la TPS. Tout comme les dispositions de base en matière d'impôt (art. 238 et 239 L.I.R.), les articles 326 et 327 L.T.A. prévoient des infractions dont le libellé ainsi que les sanctions sont les mêmes que ceux de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par contre, une des différences marquées réside dans le fait que malgré que les infractions en matière de taxes (par. 327(2) L.T.A.) prévoient le dépôt d'accusations par voie de mise en accusation (par opposition à une accusation sommaire), l'emprisonnement y mentionné n'est pas une conséquence automatique de la condamnation comme c'est le cas en matière

---

40 *Québec (Procureur général)* c. *Roy*, [1998] R.D.F.Q. 146 (C.Q.).

41 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »), section VIII (Application et exécution).

d'impôt (par. 239(2) L.I.R.). Il est donc possible de se voir condamné par acte criminel en matière de TPS sans emprisonnement obligatoire.

Les autres cas ayant fait l'objet de discussions dans le présent texte, tels que le défaut de percevoir ou de remettre une taxe (art. 329 L.T.A.), la participation directe des dirigeants (art. 330 L.T.A.), la conspiration à la commission d'une infraction (al. 327e) L.T.A.), y sont nécessairement prévus et seront nécessairement gouvernés par les mêmes paramètres légaux que ceux retrouvés en matière d'impôt.

Quant à l'infraction visant l'omission de produire une déclaration de taxes prévue à l'article 326 L.T.A., et malgré qu'il existe une incertitude à savoir si une condamnation s'effectue en fonction du nombre de déclarations omises ou plutôt en fonction du seul fait d'avoir omis de produire une ou plusieurs déclarations, la problématique semble avoir été résolue.

Dans l'affaire *La Reine* c. *Rasmussen*[42], la société contribuable s'est vu infliger 10 amendes de 1 000 $ pour avoir omis de produire 10 déclarations en TPS. La décision a été confirmée par un tribunal d'appel qui s'est prononcé de manière suivante : « The offence is created by failing to file a Return for each quarterly time period outlined in the "demand" Notices not for failing to comply with the demand[43]. »

Quant aux infractions touchant l'omission de déclarer des montants de taxes, infractions prévues à l'article 327 L.T.A., il suffit de rappeler que le fardeau de la Couronne est de prouver (lorsque le Ministère reproche au contribuable d'avoir fait de fausses déclarations) non seulement les faussetés reliées aux déclarations, mais également l'intention coupable ou malhonnête sous-jacente. Ce fardeau, confirmé par la Cour du Québec, est énoncé dans les termes suivants : « Les articles 327(1) (a) de la *Loi sur la taxe d'accise* et 468 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* commandent la preuve d'une intention spécifique de malhonnêteté, ce qui n'a pas été prouvé[44]. »

---

42 [1995] G.S.T.C. 18 (Sask. P.C.).

43 [1996] G.S.T.C. 4 (Sask. C.Q.B.), par. (17).

44 *SMRQ* c. *Légaré*, C.Q. Terrebonne, n° 700-61-055785-031, 3 juin 2004, j. Toupin, par. 49.

2.9. PRESCRIPTION

Il y a toujours lieu, lorsqu'une personne fait face aux conséquences potentielles d'une accusation et d'une condamnation éventuelle au niveau pénal, de s'enquérir des périodes de prescription prévues à la loi.

Au niveau fédéral, le paragraphe 244(4) L.I.R. édicte que lorsque l'accusation déposée prévoit procéder par voie sommaire, elle devient prescrite huit ans après le jour où l'infraction aurait été prétendument commise. Si jamais le poursuivant décide qu'il s'agit plutôt d'une infraction justifiant une poursuite par voie de mise en accusation, l'infraction serait alors imprescriptible. Elle pourrait donc, théoriquement, être déposée à n'importe quel moment.

Quant aux infractions provinciales déposées en vertu de la *Loi sur le ministère du Revenu*, les infractions principales de fraudes fiscales se prescrivent toutes par le même « huit ans » qui est prévu dans la législation fédérale. Toutefois, les autres infractions prévues à la *Loi sur le ministère du Revenu* se prescrivent par cinq ans[45].

CONCLUSION

Il fut un temps où l'administrateur, dirigeant ou tiers agissant au nom d'une société pouvait espérer éviter toute responsabilité personnelle en épousant un refuge sous le voile de la société.

Afin de responsabiliser les dirigeants d'entreprises, les autorités fiscales ont adopté des mesures d'ordre civil et pénal permettant le recouvrement de diverses sommes ainsi que de sanctionner les individus responsables des gestes fautifs.

Malgré les efforts et intentions louables du législateur de mettre fin à des comportements fautifs retrouvés dans la société, il y a encore des hommes et des femmes d'affaires, de bonne foi, qui se retrouvent cravatés par les dispositions dont ils ne faisaient pas l'objet au moment de la création de ces mêmes dispositions.

La complexité de nos régimes fiscaux combinée à une concurrence féroce dans le monde des affaires a fait naître un environnement dans lequel aucun homme ou femme d'affaires, indépendamment de son niveau d'intégrité, n'est à l'abri d'accusations en matière fiscale.

---

45 Art. 78 L.M.R.

LES COMMUNICATIONS AUXQUELLES LE FISC N'A PAS DROIT – REGARD PRATIQUE



Nathalie Goyette
Avocate, M. Fisc.
Osler, Hoskin & Harcourt,
s.e.n.c.r.l./s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION – POURQUOI CE SUJET? 43:3

1. CE QU'ON DOIT GARDER 43:7

1.1. OBLIGATION LÉGALE DE CONSERVATION 43:7
1.1.1. Documentation qui établit les impôts payables 43:7
1.1.2. Document rédigé par un tiers 43:9
1.2. SORT DES DOCUMENTS DONT LA LOI N'OBLIGE PAS LA CONSERVATION 43:11

2. CE QUE LES AUTORITÉS FISCALES PEUVENT DEMANDER ET COMMENT 43:13

2.1. DEMANDE PÉREMPTOIRE 43:13
2.1.1. Portée d'une demande péremptoire 43:13

2.1.2. Seuil de validité d'une demande péremptoire 43:14
2.1.3. Mauvaise foi 43:16
2.1.4. Recherche à l'aveuglette 43:16
2.1.5. Abus de droit 43:20
2.1.6. Règle de la proportionnalité 43:21
2.2. RÈGLE 82 DES RÈGLES DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT – PROCÉDURE GÉNÉRALE 43:23

3. LES DOCUMENTS PRIVILÉGIÉS 43:24

3.1. LE PRIVILÈGE AVOCAT-CLIENT 43:24
3.2. LE PRIVILÈGE RELATIF AU LITIGE 43:25
3.3. LE PRIVILÈGE DE L'INTÉRÊT COMMUN 43:30
3.4. RENONCIATION 43:32
3.4.1. Remise au vérificateur externe 43:33
3.4.2. Comptable qui assiste l'avocat 43:35

CONCLUSION 43:36

INTRODUCTION – POURQUOI CE SUJET?*

Les questions de privilège ainsi que celles de savoir quels sont les documents auxquels le fisc a droit et comment il peut les obtenir ont déjà fait l'objet de nombreux articles et commentaires. Pourtant, ces questions sont d'actualité encore plus maintenant qu'elles ne l'ont jamais été. Deux facteurs expliquent ce phénomène. Premièrement, l'utilisation généralisée, pour ne pas dire massive, du courriel augmente de façon substantielle le volume de documents créés dans le cours d'une transaction[1]. Deuxièmement, il semble s'opérer un changement de politique au sein des autorités fiscales. En effet, il est désormais plus fréquent pour le fisc de réclamer des documents par voie de demandes péremptoires, alors que cette méthode n'était auparavant utilisée que dans les cas de défaut de collaboration[2]. On constate même de plus en plus de cas où les autorités fiscales utilisent des demandes péremptoires pour obtenir des documents, et ce, sans les avoir demandés de façon informelle au préalable.

Confrontée à ce nouveau contexte, une organisation qui traite une demande péremptoire peut être paralysée et supporter des frais très élevés. Le scénario qui suit (ci-après « exemple fictif ») en donne un exemple. En 2005, la société Vérifco vend une partie de son entreprise à la société Achèteco. Avant ou parallèlement à la vente, Vérifco entreprend une réorganisation corporative qui donne lieu à un versement de dividendes, à un transfert d'actifs à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») et au refinancement de Vérifco. Les dividendes versés ont exigé que soit calculé le revenu gagné, le transfert d'actifs a nécessité une évaluation de la valeur

---

* L'auteur désire remercier M^e^ Pierre-Paul Persico de sa précieuse collaboration, sans laquelle ce texte n'aurait pu être publié. L'auteur remercie également M^e^ Mélanie Beaulieu ainsi que M^e^ Ian MacGregor de leurs idées et commentaires. Il faut toutefois noter que les opinions exprimées dans le présent texte n'engagent que leur auteur.

1 Les plus récentes données de Statistique Canada indiquent qu'en 2006, 77,50 % des entreprises du secteur privé canadien utilisaient le courriel et dans le cas de certains groupes d'entreprises, notamment celui des entreprises de services professionnels, ce pourcentage atteignait 95 % : STATISTIQUE CANADA, « Utilisation des technologies de l'information et des communications par les entreprises et les gouvernements (entreprises qui utilisent le courrier électronique) » (en ligne : http://www40.statcan.ca/102/cst01/econ146a_f.htm).

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 78-10R4, « Conservation et destruction des registres comptables », juin 2005. Le paragraphe 37 de la circulaire privilégie l'utilisation de l'article 231.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), lorsque la personne n'a pas fourni les renseignements ou documents demandés.

marchande et le refinancement a nécessité l'implication de la banque. En 2008, les autorités fiscales entreprennent la vérification de Vérifco et envoient une demande péremptoire à cette dernière lui accordant 30 jours pour fournir « tout document relatif » :

- à la vente de Vérifco à Achèteco;
- à la réorganisation;
- aux dividendes versés;
- au transfert d'actifs; et
- au refinancement.

La demande péremptoire précise également que « tout document » inclut :

- tous les documents de planification fiscale;
- les mémorandums décrivant les étapes; et
- tous les documents, ententes, analyses, diagrammes ainsi que toute la correspondance.

Enfin, la demande péremptoire mentionne que « correspondance » doit comprendre mémorandums internes et externes, notes, lettres, courriels et tout autre transfert d'information qu'il soit électronique ou non. Par conséquent, tous les courriels échangés avec l'évaluateur, avec l'avocat de Vérifco, avec le comptable, entre les parties à la transaction, ceux échangés avec la banque ainsi que tous ceux échangés à l'intérieur de l'entreprise doivent être remis aux autorités fiscales. Certains de ces documents peuvent être privilégiés, par exemple en vertu du secret professionnel avocat-client. La demande péremptoire prévoit qu'une description de chaque document à l'égard duquel le privilège est réclamé doit être fournie aux autorités fiscales ainsi que la raison en vertu de laquelle un privilège est réclamé. Par ailleurs, une demande péremptoire similaire ou identique est envoyée à l'avocat qui a agi pour Vérifco, à l'avocat qui a agi pour Achèteco, à Achèteco, au comptable de Vérifco et à la banque.

Tous ceux qui ont reçu une demande péremptoire se mettent donc à la recherche des documents demandés. La recherche des documents sur support

papier est plus ou moins facile, en fonction du classement qui a été utilisé. Normalement, les entreprises ont des classeurs, chemises et salles de dossiers qui rendent la tâche de recherche de documents assez simple. De plus, on observe qu'il y a généralement un nombre limité de documents papier. La recherche de documents sur support électronique peut être beaucoup plus ardue. Tout d'abord, les documents sur support électronique peuvent se retrouver à plusieurs endroits : disques durs d'ordinateurs de bureau, serveurs de réseau, disquettes, CD-ROM et bandes de sauvegarde. Par ailleurs, la recherche de documents sur support électronique révèle souvent un volume insoupçonné et très important de duplicata. Les coûts de recherche de documents sur support électronique peuvent aussi être très élevés. On n'a qu'à penser au bureau de comptable qui a reçu une demande péremptoire et qui doit faire une recherche de ses documents dans son système informatisé. Si le comptable se contente de faire une recherche de tous les documents dans lesquels le mot « Vérifco » apparaît, il se retrouvera avec toutes sortes de documents non pertinents puisque le bureau de comptable travaille pour la société Vérifco depuis plus de 20 ans. Pour retrouver les documents demandés dans la demande péremptoire, le bureau de comptable devra donc mettre des paramètres de recherche raffinés et procéder à plusieurs recherches. L'expérience démontre que de telles recherches nécessitent l'implication non seulement des comptables qui ont été engagés dans la transaction, mais aussi celle d'informaticiens afin d'assurer que tous les documents demandés par les autorités fiscales soient retrouvés.

Il ne faut surtout pas perdre de vue le contexte à l'intérieur duquel les recherches de documents pour répondre aux demandes péremptoires s'effectuent. Tout d'abord, les diverses demandes péremptoires envoyées dans l'exemple fictif accordent un délai de 30 jours pour s'y conformer. Ce délai de 30 jours correspond à la pratique administrative des autorités fiscales. Dans une situation similaire à celle décrite au paragraphe 37 de la *Circulaire d'information* 78-10R4, c'est-à-dire dans un cas où une demande péremptoire a été émise à la suite du manque de collaboration du contribuable, une période de 30 jours apparaît raisonnable. L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *James Richardson & Sons, Limited* c. *MRN*[3] abonde dans ce sens. Dans cette affaire, M. Richardson avait obtenu un avis de cinq mois de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») lui demandant certains documents. M. Richardson n'avait pas fourni les documents demandés et l'ARC lui avait envoyé une demande péremptoire de fournir ces documents **immédiatement**. M. Richardson contestait la validité

[3] 84 D.T.C. 6325 (C.S.C.) (ci-après « *Richardson* »).

de la demande péremptoire en argumentant, entre autres, sur le fait qu'elle ne lui accordait pas un délai de réponse raisonnable. La Cour suprême du Canada rejeta les prétentions de M. Richardson, puisque dans les faits M. Richardson avait déjà eu cinq mois pour transmettre la documentation visée. Dans une autre affaire[4] où l'ARC avait envoyé à un avocat une demande péremptoire de fournir sans délai des documents relatifs au dossier de certains contribuables, le juge Galligan de la Cour supérieure de l'Ontario a commenté la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Richardson* quant à la question du délai raisonnable d'une demande péremptoire. De l'avis du juge Galligan, la question du délai raisonnable dépend des circonstances propres à un dossier[5]. Nous sommes d'accord avec ces propos du juge Galligan et c'est pourquoi nous pensons que dans une situation comme celle présentée dans l'exemple fictif où l'information est demandée par voie de demande péremptoire pour la première fois et que chaque demande péremptoire vise un nombre très élevé de documents, un délai de 30 jours est trop court surtout lorsqu'il est question de documents sur support électronique. À l'heure actuelle, il semble toutefois difficile d'obtenir un délai plus long que 30 jours. La jurisprudence considère d'ailleurs que parce que le paragraphe 231.6(3) L.I.R. accorde 90 jours à une personne pour remettre des renseignements étrangers, le délai pour remettre des documents disponibles au Canada doit être inférieur à 90 jours[6]. Pourtant, un délai de 30 jours, pour faire tout ce qui a été demandé dans l'exemple fictif et par toutes les personnes qui ont reçu une demande péremptoire, s'avère très court. De plus, si toute l'information est recueillie en 30 jours, il y a de fortes chances, à moins que des mesures n'aient été mises en place pour faire face à ce genre de situation, que durant les 30 jours accordés, le contribuable soit paralysé ou à tout le moins grandement monopolisé.

Peut-on éviter d'en arriver là?

L'exemple fictif fait état d'un scénario « apocalyptique » qui peut se produire à moins que certaines mesures n'aient été mises en place pour en prévenir la survenance. Pour déterminer quelles sont les mesures à mettre en place, il faut tout d'abord savoir quels documents il faut conserver, ce qu'on peut faire avec un document dont la loi n'oblige pas la conservation, et ce

---

4 *Re Robert D. Joseph, Charmaine E. Joseph and 501 Video Limited* c. *MRN*, 85 D.T.C. 5391 (Ont. H.C.J.).

5 *Id*., 5395. De plus, le tribunal a ajouté que les concepts de *reasonable time* et *without delay* ou *immediately* étaient mutuellement exclusifs.

6 *1144020 Ontario Limited* c. *MRN*, 2005 D.T.C. 5305 (C.F.), par. 72.

que les autorités fiscales peuvent demander et comment elles peuvent le faire.

1. CE QU'ON DOIT GARDER

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'émergence du support électronique a favorisé la rétention, voire la multiplication, de documents. Cependant, ce ne sont pas tous les documents qui sont tenus d'être conservés. Comme l'a dit si bien un groupe d'experts qui s'est penché sur la question : « À ce jour en l'absence de raisons d'affaires ou d'obligations légales, une partie n'a pas de raison de conserver des documents simplement parce qu'ils sont en format électronique[7]. »

La question qu'un contribuable doit plutôt se poser est la suivante : « Quels sont les documents que la législation m'oblige à conserver? »

1.1. OBLIGATION LÉGALE DE CONSERVATION

1.1.1. Documentation qui établit les impôts payables

Les législations fiscales fédérale et provinciale prévoient l'obligation de conserver les livres et registres qui permettent d'établir le montant des impôts payables ainsi que les pièces justificatives à l'appui[8]. Le paragraphe 248(1) L.I.R. définit le mot « registre » en ces termes :

> « […] sont compris parmi les registres les comptes, conventions, livres, graphiques et tableaux, diagrammes, formulaires, images, factures, lettres, cartes, notes, plans, déclarations, états, télégrammes, pièces justificatives et toute autre chose renfermant des renseignements qu'ils soient par écrit ou sous toute autre forme. »

La *Loi sur le ministère du Revenu* pour sa part définit le mot « registre » simplement comme comprenant : « […] tout document, quel qu'en soit le

---

7 SEDONA CANADA, Groupe de travail n° 7, « La production des documents électroniques », *The Sedona Conference*, mai 2007 (version publique pour commentaires), p. 7, (en ligne : http://www.thesedonaconference.org/dltForm?did=5_07SedonaCanadaFrancois.pdf). Voir également SEDONA CANADA, Groupe de travail n° 7, « The Sedona Canada Principles Addressing Electronic Discovery », *The Sedona Conference*, janvier 2008 (version finale).

8 Par. 230(1) et 230(4) L.I.R. ainsi que *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M.-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »), art. 34 et 35.

support, qui sert à colliger un ensemble d'informations à des fins, notamment, comptables, financières, fiscales ou légales[9]. »

La définition légale de « registre » est très large, tout comme celle élaborée au niveau fédéral par les tribunaux avant que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contienne une telle définition[10]. Cependant, même si cette définition a une vaste portée, en vertu de cette même définition seuls les livres et registres **qui permettent d'établir l'impôt payable** doivent être conservés. Il ne s'agit donc pas d'une obligation de conserver tout ce qui a été fait. Ce constat est d'ailleurs confirmé par la *Circulaire d'information* 78-10R4, dont le paragraphe 6, sans préciser quels sont les registres qui doivent être tenus, mentionne que ceux-ci doivent permettre d'établir le montant des impôts à payer.

La question devient donc celle de savoir quelle information permet d'établir les impôts à payer. Dans l'exemple fictif examiné plus tôt dans le présent texte, il s'agit sans aucun doute des contrats de vente et de transfert de biens, du rapport d'évaluation qui soutient la JVM retenue pour l'opération, des éléments qui soutiennent le calcul du revenu gagné ainsi que du registre des procès-verbaux. De plus, tel qu'il a été mentionné précédemment, les législations fiscales fédérale et provinciale font état de la nécessité de conserver les pièces justificatives qui appuient les registres. La *Circulaire d'information* 78-10R4 fournit des explications sur ce point en précisant qu'il s'agit des factures des ventes et achats, des reçus de caisse, des contrats officiels, des reçus de carte de crédit, des bordereaux de livraison, des bordereaux de dépôt, des bons de commande, des chèques, des relevés bancaires, des déclarations de revenus, de la correspondance générale, et ce, peu importe leur forme, c'est-à-dire qu'ils soient en format papier ou sur support électronique[11]. La *Circulaire d'information* 78-10R4 stipule aussi qu'il faut conserver les feuilles de travail du comptable qui ont permis d'établir les obligations et droits visant les montants d'impôt à payer.

Pour résumer, il ressort des législations fédérale et provinciale ainsi que de la *Circulaire d'information* 78-10R4 qu'on doit conserver :

---

9 Art. 1.0.1. L.M.R.

10 *Regina* c. *Cooper*, dossier n° 005189/82 (C.P. Ont.), cité dans Michael G. QUIGLEY, « Controlling Tax Information: Limits to Record-Keeping and Disclosure Obligations », (1999), vol. 47, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 1-48, note 20; *Freitag* c. *MRN*, 51 D.T.C. 350 (C.A.I.); *MRN* c. *Furnasman Ltd.*, 73 D.T.C. 5599 (C.F.); *La Reine* c. *Schmidt*, 93 D.T.C. 5319 (B.C.C.A.).

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 9.

- les documents qui **consignent les opérations**; et

- les documents qui **établissent les faits**.

Deux autres remarques s'imposent. Premièrement, la loi ne prévoit pas une obligation de conserver **tous** les documents qui permettent d'établir les impôts. Tant la législation provinciale que fédérale utilise l'expression « des registres » et « des livres de comptes ». Selon un auteur, cela signifie qu'un document ou registre n'a pas à être conservé si l'impôt payable par un contribuable peut être déterminé à l'aide d'autres livres et registres qui ont été conservés[12].

Deuxièmement, il faut être conscient que les faits comprennent les transactions, actes ou opérations qui ont eu lieu, ainsi que les « faits subjectifs ». Par « faits subjectifs », on entend les faits qui établissent l'intention d'une partie à une opération lorsque cette intention fait partie des éléments factuels à considérer pour déterminer les impôts payables. Dans l'exemple fictif, l'intention qu'avait Vérifco lors du versement des dividendes précédant la vente à Achèteco est pertinente pour déterminer si le paragraphe 55(2) ou l'article 245 L.I.R. peuvent s'appliquer à cette opération. Cette intention pourrait se retrouver dans un écrit qui émane d'une partie qui a eu une connaissance de l'opération en question et qui représente la société Vérifco. Ce serait le cas d'un courriel envoyé par un administrateur. Ce serait aussi le cas de la résolution des administrateurs qui discute du dividende. Il semble toutefois juste de prétendre que ce ne serait pas le cas d'un courriel envoyé par un employé de la société Vérifco, qui n'a pas été impliqué dans l'opération et qui ne fait qu'exprimer son opinion sur les raisons pour lesquelles cette opération a eu lieu.

1.1.2. Document rédigé par un tiers

On peut se demander si un document rédigé par un tiers au sujet d'opérations effectuées par un contribuable doit être conservé sur la base qu'il constitue un document qui établit un fait pertinent pour établir les impôts payables. Il peut s'agir, par exemple, du mémorandum de planification ou d'une opinion professionnelle rédigée au sujet des conséquences légales d'opérations effectuées par un contribuable.

En ce qui a trait aux faits non « subjectifs » comme les transactions, actes ou opérations, il semble difficile de prétendre qu'un document écrit par

[12] M.G. QUIGLEY, *loc. cit.*, note 10, 15.

un tiers à leur sujet établit ces transactions, actes ou opérations. En fait, le document du tiers ne fait qu'y référer et ces faits s'établissent par des documents autres. Dans l'exemple fictif, il semble incontestable que les documents qui établissent la vente de Vérifco à Achèteco, la réorganisation, la déclaration et le versement de dividendes, le transfert d'actifs et le refinancement sont :

- les contrats de vente, transfert et financement;
- les résolutions d'administrateurs; ainsi que
- les chèques prouvant le paiement des dividendes et des prix de vente ou transfert.

Il s'ensuit qu'à moins que ces documents ne soient plus disponibles, il n'y aurait pas d'obligation de conserver les documents rédigés par les tiers pour prouver ces faits non subjectifs. Peut-on en dire de même pour les faits subjectifs? Dans le cas de l'exemple fictif, peut-on prétendre qu'un document tel un mémorandum de planification établit l'intention derrière la déclaration et le paiement du dividende?

L'analyse d'une opération effectuée par une personne qui n'était pas partie à une opération n'établit pas un fait nécessaire pour déterminer l'impôt payable. Il s'agit tout simplement d'une analyse effectuée par un tiers. De même, l'opinion de l'auteur du document au sujet de l'intention du contribuable n'établit pas cette intention à moins que l'auteur ne reproduise exactement ce qui lui a été dévoilé par le contribuable comme étant son intention. Ainsi, l'analyse d'un tiers ne devrait donc pas faire partie des documents qui doivent être conservés puisqu'elle n'établit pas de fait ni subjectif ni autre. D'ailleurs, quel poids ou importance devrait être accordé à un tel document? Certainement moins que le poids qui devrait être accordé aux résolutions par lesquelles les administrateurs ont déclaré les dividendes en cause ainsi qu'à la correspondance concernant ces administrateurs ou la correspondance entre Vérifco et Achèteco.

En fait, l'obligation de conserver un document rédigé par un tiers ne semble exister que lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- le document exprime **véritablement** l'intention du contribuable et non pas l'opinion de l'auteur du mémorandum au sujet de l'intention du contribuable;
- cette intention permet de déterminer les impôts payables; et

- cette information ne se retrouve pas dans un autre registre ou livre[13].

Considérations pratiques

Il ressort qu'un document rédigé par un tiers au sujet d'opérations effectuées par un contribuable ne devrait pas faire partie des documents qui doivent être conservés selon les lois fédérale et provinciale. Cela étant dit, il est difficile d'imaginer que l'auteur du document n'en conservera pas une copie. Ce document pourrait en effet lui être très utile pour se protéger d'une éventuelle poursuite en responsabilité. Ainsi, le comptable de Vérifco qui a rendu une opinion sur les conséquences fiscales des opérations effectuées par Vérifco, et qui reçoit une demande péremptoire lui demandant « tout document relatif à ces opérations » n'aura d'autres choix que de remettre l'opinion en question puisqu'elle est clairement visée par les termes de la demande. De même, il n'est pas rare que de tels documents soient échangés avec l'autre partie à une transaction, Achèteco dans le cas de l'exemple fictif. Il s'ensuit que si Achèteco a toujours une copie de l'opinion, elle devrait la remettre aux autorités fiscales en réponse à la demande péremptoire qui lui a été adressée. Dans certains cas, des documents de ce genre sont aussi échangés avec la banque qui finance la transaction. Voilà donc une autre personne qui devra remettre une copie de l'opinion du comptable en réponse à la demande péremptoire qui lui a été faite. On se rend compte que même si Vérifco n'était pas légalement tenue de conserver l'opinion du comptable, plusieurs autres personnes l'ont conservée et vont devoir la remettre aux autorités fiscales.

1.2. SORT DES DOCUMENTS DONT LA LOI N'OBLIGE PAS LA CONSERVATION

La logique veut qu'on puisse détruire ce dont la loi n'oblige pas la conservation. Par le fait même, le fisc ou un tribunal ne devrait pouvoir tirer de conclusions défavorables du fait que des documents dont la loi n'oblige pas la conservation aient été détruits. La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Husky Oil Ltd.* c. *La Reine*[14] illustre bien ce principe. Dans cette affaire, deux sociétés (C Ltée et B Ltée) sans aucun lien avec Husky détenaient des filiales n'ayant pour seuls actifs que des actions avec une faible valeur marchande, mais au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») élevé. La liquidation des filiales pouvait être effectuée sans aucune

---

13 *Id.*, 14-19.

14 95 D.T.C. 1994 (C.C.I.); confirmé par 95 D.T.C. 5244 (C.A.F.) (ci-après « *Husky* »).

conséquence fiscale. Husky acheta de C Ltée et B Ltée les actions des filiales, procéda à la liquidation de ces dernières, obtenant ce faisant les actions au PBR élevé et vendit ces actions à leur JVM. La perte ainsi réalisée par Husky servit à éponger un gain antérieur.

Durant la vérification diligente entreprise par Husky pour déterminer si elle allait procéder ou non à l'achat des actions détenues par C Ltée et B Ltée, le directeur de la fiscalité et un autre employé de Husky prirent des notes. De même, le directeur de la fiscalité avait pour habitude de rédiger des mémorandums internes résumant les rencontres tenues avec C Ltée et B Ltée lors de la négociation de la transaction à intervenir avec ces sociétés[15]. Une fois la transaction d'achat effectuée, ces notes furent détruites sur avis du conseiller juridique de Husky. De même, l'avocat de Husky fit une revue des documents en possession de Husky et relatifs à la transaction et en retira les documents privilégiés ainsi que les duplicata[16]. Un extrait d'interrogatoire du directeur de la fiscalité de Husky révéla que Husky avait une politique écrite sur la rétention de documents selon laquelle seuls les documents officiels établissant une transaction devaient être conservés. Toujours selon le directeur de la fiscalité, rien de ce qui avait été détruit ou retiré des dossiers n'avait à être conservé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[17]. En conséquence, les mémorandums internes tout comme les notes n'avaient pas à être conservés[18]. Par le témoignage d'un de ses agents, le ministre du Revenu national faisait valoir que les contribuables sont obligés de conserver toutes les notes manuscrites ainsi que les mémorandums, et ce, sur la base que ces documents constituent des registres. Partant de cette prémisse, la Couronne invita la Cour à tirer une conclusion défavorable à Husky du fait que cette dernière avait retiré et détruit des documents[19]. La Cour canadienne de l'impôt considéra que rien ne lui permettait de tirer de telles conclusions. Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale, sans se prononcer sur cet aspect particulier de la décision, rejeta l'appel de la Couronne.

La décision *Husky* ne se limite pas à confirmer qu'il n'est pas nécessaire de conserver les documents dont la loi n'oblige pas la conservation. Cette décision illustre aussi la pertinence d'avoir une politique de rétention de

---

15 *Id*., par. 44-45.

16 *Id*., par. 45 et 47.

17 *Id*., par. 45.

18 *Id*., par. 38.

19 *Id*., par. 50 et 84.

documents claire dont les fondements peuvent être expliqués aux autorités fiscales ou, au besoin, aux tribunaux. L'objectif principal de cette politique devrait être la conservation des documents dont la loi exige la conservation et l'élimination de l'information non nécessaire, dont la gestion pourrait s'avérer très coûteuse, surtout dans un contexte de demande péremptoire assortie d'un court délai de réponse. Cependant, pour que la politique de rétention de documents atteigne l'objectif fixé et parce qu'il ne saurait être question de détruire des documents relatifs à une opération après que les autorités fiscales ont démontré leur intérêt à vérifier cette opération, il est primordial que cette politique soit respectée et de prévoir des sanctions en cas de non-conformité. Pour cette même raison, il ne saurait être question de triage sur le volet. La politique doit être appliquée de façon uniforme, à l'égard de tous les documents et toutes les transactions. Une société qui tenterait de mettre en preuve au soutien de sa position fiscale des documents dont la politique de rétention prévoyait la destruction, mais qui ont été conservés par exemple sur le disque dur de l'ordinateur d'un employé perdrait toute crédibilité.

2. CE QUE LES AUTORITÉS FISCALES PEUVENT DEMANDER ET COMMENT

2.1. DEMANDE PÉREMPTOIRE

2.1.1. Portée d'une demande péremptoire

Les autorités fiscales peuvent demander, par voie de demande péremptoire, « tout renseignement ou renseignement supplémentaire » ainsi que des « documents »[20]. Elles peuvent demander qu'on réponde à un questionnaire dans lequel elles posent des questions sur une opération quelconque[21]. De même, l'ARC peut demander des « renseignements ou documents étrangers »[22]. De plus, une réponse incomplète à une demande péremptoire peut entraîner une ordonnance de se conformer[23] ou même une poursuite pénale[24].

---

20 Art. 231.2 L.I.R. et par. 39(1) L.M.R.

21 *MRN* c. *Tower and Kitsch*, [2003] 4 C.T.C. 263 (C.A.F.). Dans cette décision, la Cour d'appel fédérale a conclu que le terme « renseignement » possédait un sens large et faisait référence à des faits ou des connaissances.

22 Art. 231.6 L.I.R.

23 Art. 231.7 L.I.R. et 39.2 L.M.R.

24 Art. 238 L.I.R. et 61.1 L.M.R.

2.1.2. Seuil de validité d'une demande péremptoire

Le seuil de validité d'une demande péremptoire n'est pas très élevé. Entre autres, les autorités fiscales n'ont pas à démontrer que l'information ou le document demandé par voie de demande péremptoire est pertinent, mais seulement qu'il est **possible**[25] qu'il soit pertinent. De plus, il n'est pas question de pertinence par rapport à la vérification en cours, mais plutôt par rapport à l'établissement de la responsabilité fiscale du contribuable. Autrement dit, s'il est possible que l'information soit pertinente pour établir la responsabilité fiscale du contribuable, elle peut faire l'objet d'une demande péremptoire[26].

La décision rendue par le juge Rothstein dans l'arrêt *AGT Limited* c. *P.G. du Canada*[27] est très instructive sur les larges pouvoirs que possèdent les autorités fiscales en matière de demandes péremptoires. Dans cette affaire, le ministre du Revenu national cherchait à obtenir par voie de demande péremptoire des informations fournies par AGT au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après « CRTC ») lors d'audiences tarifaires. AGT avait demandé une ordonnance de confidentialité à l'égard des informations fournies au CRTC et ce dernier avait accordé l'ordonnance. Comme les informations fournies portaient, entre autres, sur la responsabilité fiscale d'AGT, le ministre du Revenu national souhaitait obtenir ces informations qu'il réclama par voie de demande péremptoire. Le juge Rothstein rejeta la demande de contrôle judiciaire déposée par AGT à l'égard de la demande péremptoire. Ce faisant, il dégagea les cinq principes suivants des arrêts *McKinlay Transport Limitée et autres* c. *La Reine* et *Richardson*[28] :

1) Les attentes d'une personne en matière de vie privée relativement aux documents d'affaires doivent être faibles;

---

[25] *Fraser Milner Casgrain LLP* c. *MRN*, 2002 D.T.C. 7310, 7314 (C.F.), par. 27 et *MRN* c. *Kitsch et autres*, 2003 D.T.C. 5540, 5545, par. 27-31.

[26] *Id.*

[27] 96 D.T.C. 6388 (C.F.); confirmé par 97 D.T.C. 5189 (C.A.F.) (ci-après « *AGT Limited* »).

[28] 90 D.T.C. 6243 (C.S.C.) (ci-après « *McKinlay Transport* ») et *Richardson*, précité, note 3.

2) Il n'est pas nécessaire que l'information demandée soit pertinente. Il suffit que le but de la demande péremptoire soit relié à l'application et à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

3) Le ministre peut exiger la production de documents même si la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'exige pas leur conservation;

4) La demande péremptoire n'a pas à indiquer pourquoi les documents font l'objet d'une demande; et

5) Dans la mesure où les documents sont liés à une enquête sérieuse concernant la responsabilité fiscale d'une personne, ils peuvent faire l'objet d'une demande péremptoire[29].

En réponse à l'argument du contribuable selon lequel le ministre aurait dû s'adresser au CRTC pour obtenir une modification de l'ordonnance de confidentialité plutôt que d'envoyer une demande péremptoire, le juge Rothstein répliqua qu'il n'existe aucune condition préalable au recours à une demande péremptoire qui ferait en sorte que le ministre doive tout d'abord obtenir les documents de façon volontaire ou limiter sa demande péremptoire à une détermination préliminaire de pertinence[30].

Enfin, le juge Rothstein imposa une limite aux pouvoirs du ministre d'utiliser des demandes péremptoires : celle de ne pas utiliser ces demandes de mauvaise foi. Le juge ajouta toutefois que le fait que le ministre reconnaisse que certains des documents qu'il demande ne sont pas pertinents n'est pas fatal pour ce qui concerne la validité de la demande péremptoire[31].

La décision *AGT Limited* illustre bien qu'il y a peu de conditions qui doivent être respectées pour qu'une demande péremptoire soit considérée comme valide. Comme le disait d'ailleurs récemment le juge Graesser : « There appears to be little or no limit on what the MNR can require a person to produce for audit of the person's own obligations under the ITA or ETA, or of a named person's obligations under those Acts[32]. »

---

29 *AGT Limited*, précité, note 27, 6392, par. 18.

30 *Id.*, 6393, par. 21.

31 *Id.* Sur ce point, voir aussi la décision *Canadian Bank of Commerce* c. *P.G. Canada*, 62 D.T.C. 1236 (C.S.C.), par. 9 (ci-après « *Canadian Bank of Commerce* »).

32 *MRN* c. *Newport Pacific Financial Group SA*, [2007] G.S.T.C. 46 (C.B.R. Alta), par. 20.

2.1.3. Mauvaise foi

En fait, si on se fie aux propos du juge Rothstein dans l'affaire *AGT Limited*, le seul élément qui pourrait invalider une demande péremptoire serait la mauvaise foi des autorités fiscales. On peut imaginer qu'il sera assez difficile pour un contribuable de prouver cette mauvaise foi. D'ailleurs, on trouve un passage assez troublant sur ce qui constitue la bonne foi des autorités fiscales dans l'arrêt *Canadian Bank of Commerce* où il est écrit que la banque, qui contestait la validité d'une demande péremptoire, avait concédé que le ministre du Revenu national agissait de bonne foi dans le sens où le ministre croyait honnêtement qu'il agissait dans les limites de ses pouvoirs[33]. S'il suffit que l'agent du ministre qui a obtenu l'émission de la demande péremptoire vienne dire sous serment qu'il croyait agir dans les limites de ses pouvoirs, il sera très difficile pour un contribuable d'obtenir l'annulation de la demande sur la base que le ministre agissait de mauvaise foi. Il serait préférable de déterminer la bonne foi ou non du ministre en fonction de la façon avec laquelle il a traité le dossier jusqu'à l'émission de la demande péremptoire.

2.1.4. Recherche à l'aveuglette

Il semble qu'une autre condition à la validité d'une demande péremptoire soit l'interdiction d'utiliser une telle demande pour entreprendre une recherche à l'aveuglette (*fishing expedition*). À ce sujet, il faut prendre garde de confondre les demandes péremptoires concernant des « personnes non nommément désignées »[34] et celles qui visent les affaires d'une personne nommée. En ce qui concerne les personnes non nommément désignées, il semble qu'une certaine forme de recherche à l'aveuglette soit permise[35]. Cela s'explique notamment par le fait que les demandes péremptoires à des

---

33 *Canadian Bank of Commerce*, précité, note 31, par. 7.

34 Ce type de demande péremptoire est régi par les paragraphes 231.2(2) à 231.2(6) L.I.R. et par les troisième et quatrième alinéas de l'article 39 L.M.R.

35 Voir à ce sujet la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans *MRN* c. *Chambre Immobilière du Grand Montréal*, 2007 D.T.C. 5740 (ci-après « *Chambre Immobilière du Grand Montréal* »), par. 45 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada déposée le 12 décembre 2007, dossier n° 32404), qui relate l'historique des dispositions législatives applicables aux demandes péremptoires concernant les personnes non désignées nommément et qui explique en quoi les modifications législatives apportées font en sorte qu'il est permis au ministre du Revenu national de procéder à une certaine forme de recherche à l'aveuglette. Voir aussi *eBay Canada Ltd*. c. *MRN*, 2007 D.T.C. 5573 (C.C.I.), par. 19.

personnes non désignées nommément nécessitent l'autorisation préalable du tribunal qui s'assurera que les conditions prescrites par la législation sont respectées[36]. Aussi, la nature même de ces demandes péremptoires, qui cherchent à obtenir de l'information sur des personnes dont on ignore l'identité, implique forcément une certaine forme de recherche à l'aveuglette.

Cela étant, même dans les cas de demandes péremptoires à des personnes non désignées nommément, on ne parle que d'une certaine forme de recherche à l'aveuglette soumise à une **approbation judiciaire** préalable. Il ne saurait donc être question de feu vert aux autorités fiscales pour entreprendre toute forme de recherche à l'aveuglette. Par conséquent, lorsqu'on parle de demande péremptoire concernant des personnes désignées, ce type de demande n'étant pas assujetti à une approbation judiciaire préalable, nous soutenons qu'il ne devrait pas être question de recherche à l'aveuglette. L'économie des dispositions législatives pertinentes (*scheme of the Act*) appuie d'ailleurs la conclusion selon laquelle les demandes péremptoires concernant des personnes désignées ne peuvent être utilisées pour effectuer des recherches à l'aveuglette. La prémisse est celle qu'un système d'autocotisation présuppose un certain niveau de confiance entre les contribuables et le gouvernement, ainsi qu'un mécanisme à la disposition du gouvernement pour contrer les erreurs des contribuables et les agissements des contribuables indignes de la confiance que le système leur accorde[37]. Ce mécanisme à la disposition du gouvernement est le droit de procéder à une vérification. À ces fins, le paragraphe 231.1(1) L.I.R.[38] accorde des pouvoirs très larges à un vérificateur qui peut :

- inspecter, vérifier ou examiner les livres, registres et tous les documents d'un contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent ou devraient figurer dans les livres et registres du contribuable, soit à tout montant payable par le contribuable[39];

- examiner l'inventaire, tout bien, tout procédé ou toute matière d'un contribuable ou d'un tiers et qui peuvent aider à déterminer l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui

---

36 *Chambre Immobilière du Grand Montréal*, précité, note 35, par. 44-45.

37 *McKinlay*, précité, note 28, par. 18.

38 Dont le corollaire provincial est l'article 38 L.M.R.

39 Al. 231.1(1)a) L.I.R.

figurent ou devraient figurer dans les livres et registres du contribuable, soit tout montant payable par le contribuable[40];

et qui est notamment autorisé à ces fins à :

- pénétrer dans une entreprise[41]; et à

- requérir du propriétaire de l'entreprise ou d'une personne présente de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la loi[42].

On note que les pouvoirs de vérification du paragraphe 231.1(1) L.I.R., que nous appellerons pouvoirs de vérification « de base », comportent une limite : le vérificateur n'a pas accès à tous les livres, registres et documents, mais plutôt à ceux qui se rapportent à des renseignements qui figurent ou devraient figurer dans les livres et registres du contribuable ou à tout montant payable par le contribuable[43]. C'est dans ce contexte qu'il faut lire le paragraphe 231.2(1) L.I.R. qui concerne les demandes péremptoires à des personnes désignées. Cette disposition, comme l'a récemment réitéré la Cour d'appel fédérale, constitue une « mesure attentatoire au droit de protection des renseignements privés et doi[t] s'interpréter restrictivement »[44]. Cette nature attentatoire et le fait que le législateur a limité les pouvoirs de vérification de base indiquent que la demande péremptoire est un pouvoir supplémentaire que le législateur a voulu accorder au vérificateur. Le but du paragraphe 231.2(1) L.I.R. serait donc de suppléer aux pouvoirs de vérification. Autrement dit, la demande péremptoire devrait être utilisée lorsque le vérificateur ne peut obtenir l'information nécessaire en utilisant les pouvoirs que lui confère le paragraphe 231.1(1) L.I.R. À tout le moins, le paragraphe 231.2(1) ne peut être interprété comme permettant des recherches à l'aveuglette qui pourront ou ne pourront pas donner des renseignements pertinents. Interpréter le paragraphe 231.2(1) L.I.R. comme permettant de telles recherches équivaut à conférer indirectement au vérificateur des pouvoirs que la loi ne lui confère pas directement en vertu du paragraphe 231.1(1) L.I.R. En effet, si l'on interprète le paragraphe 231.2(1) comme

---

40 Al. 231.1(1)b) L.I.R.

41 Al. 231.1(1)c) L.I.R.

42 Al. 231.1(1)d) L.I.R.

43 M.G. QUIGLEY, *loc. cit.*, note 10, 29.

44 *Chambre Immobilière du Grand Montréal*, précité, note 35, par. 35.

permettant des recherches à l'aveuglette, un vérificateur n'aurait pas intérêt à se prévaloir des pouvoirs de vérification que lui confère le paragraphe 231.1(1) et qui sont assujettis à la limite que l'information doive se rapporter soit à des renseignements qui figurent ou devraient figurer dans les livres et registres du contribuable, soit à tout montant payable par le contribuable, puisque l'utilisation d'une demande péremptoire lui permettrait d'obtenir n'importe quelle information, incluant de l'information non pertinente.

Il ressort des paragraphes précédents que le contexte législatif dans lequel se trouve le mécanisme de demande péremptoire, notamment le paragraphe 231.2(1) L.I.R., révèle que ce mécanisme ne devrait pas être utilisé de façon systématique par les vérificateurs. Une autre disposition qui fait partie de ce contexte législatif et dont il faut tenir compte est l'article 231.6 L.I.R. Cette disposition concerne les renseignements ou documents situés à l'étranger et, de ce fait, des renseignements ou documents à l'égard desquels un vérificateur ne peut se prévaloir des pouvoirs que lui confère le paragraphe 231.1(1) L.I.R. Et pourtant, le législateur a inséré dans cette disposition une condition supplémentaire : une demande péremptoire émise à l'égard de renseignements étrangers doit être « raisonnable ». Il s'agit d'une indication que le législateur ne voulait pas de recherche à l'aveuglette dans le cas de renseignements étrangers. D'ailleurs, dans l'affaire *Fidelity Investments Canada Ltd.* c. *Canada*[45] où il fut déterminé que le ministre du Revenu national pouvait obtenir de Fidelity, par voie de demande péremptoire, les états financiers de sociétés étrangères liées à Fidelity et avec lesquelles cette dernière avait eu des relations commerciales, la Cour fédérale mentionna ceci :

> « Aucun élément de preuve ne donne à entendre que la défenderesse se livre à une recherche à l'aveuglette et qu'elle veut utiliser les états financiers de FIMMI et de FMR Co. à des fins autres que la conduite d'une vérification de la demanderesse[46]. »

Partant de la prémisse que le législateur ne voulait pas de recherches à l'aveuglette même dans les cas de renseignements étrangers où le ministre du Revenu national n'a pas la possibilité préalable d'obtenir l'information au moyen du paragraphe 231.1(1) L.I.R., il est raisonnable d'inférer que le législateur n'entendait pas permettre les recherches à l'aveuglette dans les situations où le ministre peut se prévaloir des pouvoirs du paragraphe 231.1(1) L.I.R. D'ailleurs, selon certaines décisions, il ne saurait y avoir de

---

45 [2006] 4 C.T.C. 1 (C.F.).

46 *Id.*, par. 42.

recherches à l'aveuglette lorsque des demandes péremptoires concernent des personnes désignées[47].

2.1.5. Abus de droit

Une troisième limite à la validité d'une demande péremptoire émise dans le contexte québécois trouverait sa source dans l'article 7 du *Code civil du Québec*[48], lequel prévoit ceci : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

Cet article, qui consacre la théorie de l'abus de droit, a récemment été utilisé par la Cour du Québec pour valider le refus d'un contribuable de se conformer à une demande péremptoire émise par le sous-ministre du Revenu du Québec (ci-après « Sous-ministre »). Dans l'affaire *SMRQ* c. *6217125 Canada inc.*[49], le Sous-ministre détenait une créance contre 9037-1832 Québec Inc. (ci-après « 9037 »). 9037 exploitait un complexe immobilier selon la formule du « temps partagé » (*time-sharing*) qu'elle a vendu à 6217125 Canada (ci-après « 6217125 ») avant que le Sous-ministre ne puisse exécuter sa créance. Le Sous-ministre a pris la position que la vente du complexe immobilier avait été effectuée en dessous de sa JVM et donc, en fraude de ses droits en tant que créancier de 9037. Le Sous-ministre a émis une demande péremptoire à 6217125 lui enjoignant de fournir quelque 2 278 contrats de vente conclus entre 9037 et chacune des personnes ayant acquis une unité de la copropriété. 6217125 ne s'est pas conformée à la demande péremptoire parce que les contrats n'étaient pas en sa possession, qu'ils pouvaient être obtenus au Bureau de la publicité des droits et parce qu'il aurait coûté environ 121 000 $ pour obtenir les copies intégrales de tous ces contrats.

La Cour d'appel a donné raison à 6217125. Selon la Cour, l'article 7 C.c.Q. fait en sorte qu'aucun justiciable ne peut exercer ses droits de manière déraisonnable. Le Sous-ministre n'échappe pas à cette obligation. La

---

47 *La Reine* c. *Wilder*, [2004] 4 C.T.C. 91 (C.S.C.B.), par. 98; *Bisaillon* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 5517 (C.A.F.), par. 27-28; *A.G.* c. *Warwick*, 36 B.C.L.R. (2d) 232 (C.S.C.B.) et *La Reine* c. *Sharma*, [1995] B.C.J. N° 2113 (C.P.C.B.), par. 22. *Contra* : *La Reine* c. *Van Egmond*, 2002 D.T.C. 7073 (C.A.C.B.), par. 16-17, où la Cour d'appel de Colombie-Britannique semble dire que la recherche à l'aveuglette n'est prescrite que dans les cas de tiers non désignés.

48 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

49 2007 CarswellQue 1371 (C.A.) (ci-après « *6217125 Canada inc.* »).

demande en question est déraisonnable en raison de l'information demandée (au-delà de 3 000 contrats alors que seule une partie de ces contrats est nécessaire au Sous-ministre) et des coûts qu'elle occasionnerait au contribuable.

La théorie de l'abus de droit n'existe pas en common law[50] et donc, dans le reste du Canada[51], cette décision de la Cour d'appel du Québec ne peut pas être « exportée » *per se*. Cependant, à notre avis, la logique de l'arrêt *6217125 Canada inc.* pourrait néanmoins être suivie dans une autre province. En effet, un des moyens de contester la validité d'une demande péremptoire est de déposer une demande en révision judiciaire afin d'attaquer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire telle l'émission d'une demande péremptoire lorsque l'auteur a agi de façon déraisonnable ou absurde[52]. Or, comme le disait le juge Lamer dans l'arrêt *Slaight Communications* c. *Davidson* :

> « Le Parlement ne peut pas avoir eu l'intention d'autoriser un usage si déraisonnable de la discrétion qu'il a conférée. Une discrétion, indépendamment des termes par lesquels elle est conférée, n'est jamais absolue[53]. »

Émettre une demande péremptoire déraisonnable équivaut à abuser du droit d'émettre une telle demande. Par conséquent, la logique qui sous-tend le jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *6217125 Canada inc.* ne devrait pas être limitée aux demandes péremptoires émanant de Revenu Québec.

2.1.6. Règle de la proportionnalité

Une quatrième limite à la validité des demandes péremptoires ne semble pas avoir encore été examinée par les tribunaux, mais devrait l'être dans un avenir rapproché si la tendance des autorités fiscales à utiliser de plus en plus les demandes péremptoires se maintient. Il s'agit de la règle de la

---

50 Joseph VOYAME, Bertil COTTIER et Bolivar ROCHA, « Abuse of Right in Comparative Law », dans *Abuse of Rights and Equivalent Concepts : the Principle and its Present Day Application* (*Proceedings of the 19th Colloquy on European Law, Luxembourg, 6-9 November, 1989*), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, pp. 39-42.

51 David A. WARD et autres, « The Business Purpose Test and Abuse of Rights », (1985) *British Tax Review* 68-122, aux pages 77-78.

52 Voir Patrice GARANT, *Droit administratif*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, pp. 206-209.

53 [1989] 1 R.C.S. 1038.

proportionnalité qui a fait surface dans certaines décisions récentes de common law concernant ce qu'on appelle la communication de la preuve électronique, mieux connue sous son appellation anglaise *e-discovery*. La « communication de la preuve électronique » fait tout simplement référence au processus de communication des informations sur support électronique. Au Québec, le *Code de procédure civile*[54] ne prévoit que la préservation ou la communication de documents autres que ceux que la partie divulgatrice a l'intention d'invoquer lors de l'audience. Dans les provinces de common law, à partir du moment où il y a un litige ou des motifs raisonnables de croire qu'un litige va avoir lieu entre deux parties, chaque partie doit retrouver et conserver tous les documents pertinents qui sont ou ont été en la possession, sous le contrôle ou sous la garde de cette partie. L'idée est de rendre disponible pour l'autre partie tous les documents qui portent sur le litige et ainsi susciter le règlement du litige lorsque cela est possible (une partie réalisant que les documents détenus par son adversaire contrent sa position sera plus encline à régler le litige ou même à l'abandonner). Avant l'avènement de l'informatique, l'obligation de retrouver et conserver tous les documents relatifs à un litige engendrait un fardeau lourd, mais tout de même gérable. Cependant, depuis l'avènement de l'informatique et l'utilisation massive des courriels, cette obligation est la cause de nombreux maux de tête pour ceux qui sont impliqués dans un litige. En fait, le problème est sérieux au point où un groupe d'experts s'est penché sur la question et a proposé des règles de bon sens qui devraient gouverner les cas de *e-discovery*[55]. Une des règles proposées s'inspire de la jurisprudence et stipule qu'il devrait y avoir proportionnalité entre les coûts de recherche, de conservation et de divulgation de l'information et le bénéfice que la partie adverse pourrait tirer de cette information[56]. Ainsi, dans l'exemple fictif, les demandes péremptoires émises par les autorités fiscales, particulièrement celles émises à l'égard du comptable de Vérifco, du vérificateur externe de Vérifco, de son avocat ainsi que celle émise à Achèteco ne devraient pas engendrer un fardeau financier trop lourd par rapport au bénéfice que les autorités fiscales pourraient retirer de l'information exigée de ces personnes.

---

54 L.R.Q. c. C-25, art. 331.1.

55 SEDONA CANADA, « La production des documents électroniques », *loc. cit.*, note 7.

56 La jurisprudence sur laquelle se base le groupe Sedona est constituée des décisions suivantes : *Goldman, Sachs & Co.* c. *Sessions*, 2000 B.C.S.C. 67 (IIJCan); *Ireland* c. *Low*, 2006 B.C.S.C. 393 (IlJCan); *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd.* c. *Janzen*, (2006) 53 B.C.L.R. (4th) 329 (S.C.); 2006 B.C.S.C. 554 (IlJCan) et *Desgagné* c. *Yuen*, (2006) 56 B.C.L.R. (4th) 157 (S.C.); 2006 B.C.S.C. 955 (IlJCan).

2.2. RÈGLE 82 DES RÈGLES DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT – PROCÉDURE GÉNÉRALE

Un autre moyen à la disposition des autorités fiscales fédérales pour obtenir de l'information d'un contribuable se trouve à l'article 82 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*[57]. L'article 82 R.C.C.I. trouve application après que le contribuable a déposé un avis d'appel et que les procédures sont closes. À ce stade d'un litige, les parties doivent échanger une liste des documents qu'ils entendent utiliser devant la Cour canadienne de l'impôt. L'article 82 R.C.C.I. ressemble au concept de *e-discovery* examiné précédemment en ce qu'il prévoit que les parties peuvent convenir ou, en l'absence d'entente, demander à la Cour de prononcer un jugement obligeant chaque partie à déposer et à signifier à l'autre partie **une liste de tous les documents qui sont ou ont été en la possession, sous le contrôle ou sous la garde de cette partie et qui portent sur toute question en litige entre les parties à l'appel**. On constate que le contribuable peut aussi se prévaloir de cette disposition pour obtenir les documents qui sont ou ont été en la possession des autorités fiscales et qui sont reliés au litige. Mais qu'il s'agisse du contribuable ou des autorités fiscales, une partie qui obtient un jugement ordonnant la divulgation complète des documents reliés au litige peut mettre l'autre partie dans une situation très difficile, surtout si plusieurs documents sont reliés au litige et n'ont pas été bien colligés et classés. Nous soutenons qu'une partie devrait pouvoir argumenter sur la règle de proportionnalité pour s'opposer à une demande de divulgation complète demandée par l'autre partie en vertu de l'article 82 R.C.C.I. lorsque les faits le justifient.

Par ailleurs, l'article 82 R.C.C.I. prévoit que si l'exception en vertu du secret professionnel est réclamée à l'égard d'un ou de plusieurs documents, il faut donner une description du document et indiquer la ou les raisons qui justifient que l'on réclame la protection du privilège. Il faut bien comprendre qu'un document qui bénéficie de ce privilège n'a pas, en règle générale, à être divulgué.

---

[57] *Règles de la Cour canadienne de l'impôt*, DORS/90-688 et mod. (ci-après « R.C.C.I. »).

3. LES DOCUMENTS PRIVILÉGIÉS

3.1. LE PRIVILÈGE AVOCAT-CLIENT

Le privilège qui protège de la divulgation à des tiers la communication entre un client et son avocat est un droit constitutionnel[58]. L'expérience démontre cependant qu'il peut être très coûteux de faire valoir ce privilège auprès des autorités fiscales. Cela est tellement vrai que, dans certains cas, des contribuables ont dû renoncer à ce droit constitutionnel et donner le document aux autorités fiscales plutôt que de faire valoir leur droit.

Le privilège avocat-client protège de la divulgation la communication qui satisfait les critères suivants :

1) une communication entre un avocat et son client;

2) qui comporte une consultation ou un avis juridique; et

3) que les parties considèrent de nature confidentielle[59].

Il ne faut pas que chaque communication entraîne un avis juridique. La règle est plutôt celle qui a été mentionnée dans l'affaire *Samson Indian Nation and Band* c. *Canada* :

> « [I]l n'est pas nécessaire que la communication constitue une demande ou une offre expresse de conseils, dans la mesure où elle peut être tenue pour faire partie d'une communication continue au cours de laquelle l'avocat dispense des conseils […][60]. »

La portée du privilège avocat-client est large et ce privilège doit être « jalousement protégé » selon la Cour suprême du Canada[61]. Il convient de noter que l'article 232 L.I.R. exclut de la protection du privilège « le relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque ». Cette exception ne vise cependant pas l'état de compte de l'avocat avec la

---

58 *La Reine* c. *McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445.

59 *Solosky* c. *La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 837(ci-après « *Solosky* »).

60 [1995] 2 C.F. 762 (C.A.); cité dans *Belgravia Investments Ltd*. c. *Canada*, 2002 D.T.C. 7133 (C.F.) (ci-après « *Belgravia Investments* »), par. 41.

61 *Pritchard* c. *Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809 (ci-après « *Pritchard* »), par. 17.

description des services rendus, car si tel était le cas, le privilège serait perdu puisque la description des services rendus dévoilerait le contenu des communications[62]. De même, les annotations d'un avocat sur un document[63] sont privilégiées tout comme les ébauches d'ententes[64]. Ne seront pas protégés par le privilège avocat-client les conseils d'affaires de l'avocat à son client, les communications qui ne se veulent pas confidentielles, celles à l'égard desquelles on a renoncé au privilège (par exemple en les divulguant à d'autres personnes) ainsi que les communications qui visent à faciliter un comportement illégal[65]. Les communications qui répondent aux critères précités et qui sont donc protégées par le privilège avocat-client n'auront pas à être divulguées aux autorités fiscales.

3.2. LE PRIVILÈGE RELATIF AU LITIGE

Il en est de même pour les communications qui sont protégées par le privilège relatif au litige. Un auteur québécois a décrit ce privilège en ces termes :

> « Ce privilège protège les documents rédigés par un avocat lors de la préparation de sa cause, ainsi que les communications qu'il reçoit d'un tiers en vue d'un procès. Il vise également les communications transmises par un tiers à une partie, lorsqu'elles sont faites exclusivement ou principalement en vue d'un litige actuel ou anticipé[66]. »

La définition ci-dessus indique que le privilège relatif au litige est un concept distinct de celui qui sous-tend le privilège avocat-client. Cela a d'ailleurs été confirmé par la Cour suprême du Canada qui a aussi précisé que pour que le privilège relatif au litige s'applique à l'égard d'un document, il faut que l'objet principal du document en question soit la préparation du litige. La Cour a tenu à préciser cette condition parce que le privilège relatif au litige constitue une exception à la règle moderne favorisant la divulgation complète de la preuve[67].

---

62 *Mutual Life Assurance Co. of Canada* c. *Canada*, [1984] C.T.C. 155 (C.S. Ont.).

63 *Nathawad et autres* c. *MRN*, 2001 D.T.C. 5069 (C.S.C.B.), par. 23.

64 *Id.*; *Gregory* c. *MRN*, 92 D.T.C. 6518 (C.F.).

65 *Solosky*, précité, 835.

66 Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, par. 1141.

67 *Blank* c. *Canada (Ministère de la Justice)*, [2006] 2 R.C.S. 319 (C.S.C.), par. 59-60.

Ayant à l'esprit les éléments qui donnent naissance au privilège relatif au litige, on peut imaginer facilement qu'un tel privilège pourrait s'appliquer à l'égard de documents qui ont été rédigés alors qu'il était raisonnable de penser qu'une position fiscale adoptée par un contribuable donnera lieu à un litige. L'ARC a déclaré dans le passé que, selon elle, le privilège relatif au litige ne peut naître « au stade de la vérification »[68]. Avec respect, nous soutenons que le privilège relatif peut naître non seulement au stade de la vérification, mais même avant ce stade, soit avant même que la déclaration de revenus n'ait été produite. On peut en effet imaginer la situation d'un contribuable qui connaît la position des autorités fiscales à l'égard d'une opération qu'il a réalisée, qui considère que cette position est erronée et qui s'attend à devoir la contester au stade de la vérification, de l'opposition et ultimement devant les tribunaux. Dans une telle situation, il nous semble logique de considérer que les documents qui ont été rédigés à l'égard des conséquences potentielles de l'opération en question sont protégés par le privilège relatif au litige. La jurisprudence américaine concernant les analyses de risques fiscaux (*tax accrual workpapers*) confirme d'ailleurs cette façon de considérer l'application du privilège relatif au litige.

L'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») entend par les documents d'analyses de risques fiscaux les documents suivants :

> « [T]hose audit workpapers, whether prepared by the taxpayer, the taxpayer's accountant, or the independent auditor, that relate to the tax reserve for current, deferred and potential or contingent tax liabilities, however classified or reported on audited financial statements, and to footnotes disclosing those tax reserves on audited financial statements. These workpapers reflect an estimate of a company's tax liabilities and may also be referred to as the tax pool analysis, tax liability contingency analysis, tax cushion analysis, or tax contingency reserve analysis[69]. »

---

[68] Hervé A. DIGUER, « Enforcement Programs and Objections and Appeals », dans *1983 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1984, pp. 760-771.

[69] Jean A. PAWLOW, Stephen M. RYAN et Kevin SPENCER, « Hands-Off My Tax Accrual Workpapers: Textron, FIN 48, and Related Issues », *The Tax Executives Magazine*, automne 2007.

Ces documents ne sont pas privilégiés en soi[70], mais l'IRS ne demande ces documents que lorsqu'un contribuable effectue une opération énumérée (*listed transaction*), c'est-à-dire une opération identifiée publiquement par l'IRS comme constituant une opération d'évitement[71]. Dans l'affaire *U.S.* c. *Textron, Inc.*[72], l'IRS considérait que les opérations effectuées par le contribuable étaient similaires à une catégorie d'opérations énumérées et, en conséquence, des *summons* (équivalents des demandes péremptoires prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur le ministère du Revenu*) ont été émis à l'égard de Textron par lesquels il exigea les analyses de risques fiscaux préparées par l'avocat et les comptables de Textron et qui avaient été montrées au vérificateur externe de la société. Textron refusa de fournir les analyses en question, alléguant qu'elles étaient protégées par le privilège relatif au litige, appelé *work product* aux États-Unis. Selon Textron, ce privilège s'appliquait aux analyses, car celles-ci avaient été préparées à cause du litige anticipé avec l'IRS. L'IRS argumentait sur le fait qu'au contraire les analyses avaient été préparées pour satisfaire les exigences des principes comptables généralement reconnus (PCGR). La Cour donna raison à Textron. Selon le juge qui examina la cause, il ne faisait aucun doute que Textron anticipait un litige avec l'IRS et que c'était pour cette raison qu'elle avait fait préparer des analyses de risques. Le juge considéra comme important le fait que le droit concernant le sujet des analyses de risques ne soit pas clair. Le juge attacha aussi de l'importance au fait que, dans le passé, il y avait eu plusieurs désaccords entre Textron et l'IRS et que plusieurs de ces désaccords avaient engendré des litiges devant les tribunaux. Tous ces éléments confirmaient que les analyses avaient été préparées en prévision du litige avec l'IRS. Cette décision a été portée en appel par l'IRS et on attend avec impatience le sort de cet appel. Notons cependant qu'une autre décision américaine s'est appuyée sur le privilège relatif au litige pour refuser l'accès à des documents préparés par le comptable d'un contribuable avant la production de la déclaration de revenus de celui-ci. Le contribuable

---

70 *U.S.* v. *Adlman*, 68 F3d 1495 (2d Cir. 1995), 26 octobre 1995 et *U.S.* c. *Arthur Young*, 465 U.S. 805 (U.S. Supreme Court 1984), 21 mars 1984. Dans l'affaire *Arthur Young*, la Cour suprême des États-Unis jugea que les documents d'analyse fiscaux préparés par un vérificateur externe, dans le cadre de la révision des états financiers corporatifs, ne faisaient pas partie d'une communication entre un avocat et son client, n'avaient pas été préparés en vue d'un litige et ne bénéficiaient d'aucun autre privilège. Dans l'affaire *Adlman*, le U.S. Court of Appeal, Second Circuit conclut que les documents n'étaient pas visés pas le privilège relatif au secret professionnel avocat-client et renvoya le dossier à la District Court pour réexamen du privilège relatif au litige (*work product protection*).

71 J. A. PAWLOW, S. M. RYAN et K. SPENCER, *loc. cit.*, note 69.

72 100 AFTR 2d 2007-5848 (507 F. Supp. 2d 138), 29 août 2007.

argumentait sur le fait que les documents avaient été préparés en vue d'un litige puisqu'il s'attendait à ce que l'IRS refuse la perte réclamée et qu'il doive contester cette décision devant les tribunaux. La Cour donna raison au contribuable, jugeant que le document avait été rédigé parce que (*because of*) le contribuable anticipait subjectivement un litige[73].

Nous avons mentionné précédemment que l'IRS ne cherche pas à obtenir les analyses de risques fiscaux à moins qu'il ne soit question d'opérations énumérées. L'IRS agit ainsi parce qu'elle considère que demander ces documents mettrait les contribuables sur un pied d'inégalité avec les autorités fiscales lors d'un litige éventuel. De plus, l'IRS reconnaît qu'exiger ces documents pourrait avoir un impact négatif sur le degré de divulgation dont les contribuables feront preuve lorsqu'ils discuteront de leurs risques fiscaux avec leurs comptables et vérificateurs externes. Or, cette ouverture dans les discussions entre un contribuable et ses comptables ou vérificateurs externes est essentielle pour assurer la protection du public[74]. Par ailleurs, l'IRS n'est pas seul à ne pas exiger les analyses de risques fiscaux puisqu'il semble que les autorités fiscales australiennes et anglaises agissent de la même façon[75]. Malheureusement, il est loin d'être certain que la position des autorités fiscales canadiennes et québécoises soit similaire. En 2004, lors du congrès annuel de l'Association canadienne d'études fiscales, l'ARC a déclaré qu'elle allait consulter les communautés fiscale, comptable et d'affaires afin de déterminer quelle allait être sa position à l'égard des analyses de risques fiscaux[76]. Depuis, il n'y a eu aucune prise de position publique, mais on constate dans les faits que l'ARC demande les analyses de risques fiscaux. En plus de saper le degré de divulgation entre un contribuable et ses vérificateurs externes (par exemple, un contribuable hésitera à faire part des faiblesses de ses positions fiscales sachant qu'il devra les partager avec les autorités fiscales par la suite), cette façon de procéder de l'ARC amplifie le déséquilibre qui existe entre un contribuable et le fisc canadien en cas de litige. Un contribuable se voit obligé de divulguer les faiblesses de ses positions aux autorités fiscales, mais ces dernières n'ont pas à faire de même. En effet, pour obtenir de l'information

---

73 *U.S.* v. *Roxworthy*, 457 F.3d 590 (U.S. Court of Appeals, 6th Cir.), 10 août 2006.

74 Paul D. PATON, « Accountants, Privilege, and the Problem of Working Papers », (2006), vol. 38, n° 2 *Dalhousie Law Journal* 353-384 (en ligne : http://ssrn.com/abstract=1023885).

75 *Id.*, pp. 367-382.

76 « Canada Revenue Agency Round Table », dans *2004 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 5A:1-10, aux pages 5A:5-6.

ou des documents de l'ARC concernant un litige qui l'oppose à cette dernière, un contribuable doit faire une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*[77]. Or, cette loi permet aux autorités fiscales de refuser de divulguer des documents pour plusieurs raisons, dont les suivantes.

Tout d'abord, l'alinéa 18(1)d) L.A.I. prévoit qu'on peut refuser de divulguer des renseignements dont la communication risquerait de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers d'une institution fédérale. Dans l'affaire *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes* c. *Canada (Ministre des Finances)*[78], le ministre des Finances refusa de divulguer notamment des analyses politiques au motif que la divulgation ferait réaliser à plus de personnes qu'elles ont droit à une déduction fiscale. La Cour rejeta ce motif, mais s'est dite prête à entériner la non-divulgation sur la base que les renseignements étaient relatifs à des projets de changements des impôts.

Deuxièmement, les alinéas 21(1)a) et b) L.A.I. prévoient que n'ont pas à être divulgués l'avis ou les recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ainsi que les comptes rendus de consultations ou délibérations auxquelles ont participé des administrateurs, dirigeants ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel. Interprétés largement, ces deux alinéas permettent la non-divulgation des « documents internes qui analysent un problème […] »[79]. On n'a qu'à penser aux délibérations du Comité de la règle générale antiévitement (RGAÉ) qui ne sont pas remises aux contribuables (seul un résumé de la position adoptée est remis) et qui pourraient renseigner les contribuables sur les faiblesses de la position des autorités fiscales. Ces délibérations n'ont pas à être remises et pourtant un contribuable doit, lui, remettre les analyses qui dénotent les faiblesses de sa position.

En troisième lieu, le paragraphe 16(1) L.A.I. prévoit la non-divulgation des renseignements qui pourraient nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou nuire aux enquêtes. Encore une fois, interpréter largement cette disposition permettrait à l'ARC de mettre de l'information importante, notamment une analyse des faiblesses de la position qu'elle adopte dans un dossier, à l'abri du regard du contribuable concerné.

---

77 L.R.C. (1985), c. A-1 (ci-après « L.A.I. »).

78 [1994] 4 C.F. 245.

79 *Id.*, 261, par. 39.

Une analyse de la *Loi sur l'accès à l'information* permet de constater qu'il existe un déséquilibre réel entre le degré d'information qu'un contribuable doit remettre aux autorités fiscales et celui auquel sont assujetties ces dernières. Certes, un régime d'autocotisation implique qu'un contribuable doive divulguer aux autorités fiscales les faits qui lui sont propres tout comme les documents qui permettent d'établir les faits ainsi que les impôts payables. Cependant, il est raisonnable de considérer que cela ne devrait pas inclure l'obligation de divulguer un document qui est en réalité une opinion (donc, pas un fait – mais une simple analyse subjective d'une question légale) et qui peut révéler les faiblesses de la position d'un contribuable. Cela nous semble d'autant plus vrai que les autorités fiscales, pour les raisons que nous venons d'expliquer, n'ont pas l'obligation de divulguer aux contribuables les informations qui révèleraient les faiblesses de leur position. Un tel déséquilibre nous apparaît injuste et un contribuable ne devrait pas hésiter à réclamer, lorsque les faits le permettent, la protection du privilège relatif au litige afin de refuser de remettre certains documents aux autorités fiscales.

3.3. LE PRIVILÈGE DE L'INTÉRÊT COMMUN

Une personne n'a pas à remettre aux autorités fiscales les documents qui sont protégés par le privilège de l'intérêt commun[80]. Bien qu'on parle de privilège, il s'agit en réalité d'une exception à la règle selon laquelle une personne perd la protection d'un privilège, tel le privilège avocat-client, lorsqu'elle partage l'information privilégiée avec une tierce personne. L'exception fait en sorte qu'un document demeure privilégié lorsqu'il est partagé avec une personne avec qui on a un intérêt commun. Un exemple d'application de ce privilège se trouve dans la décision *Pitney Bowes of Canada Ltd.* c. *Canada*[81]. Dans cette affaire, il était question d'une transaction commerciale impliquant quatre parties : Pitney Bowes of Canada Ltd. (ci-après « PB ») a acheté des wagons de NS Group N.V. (ci-après « NS »), PB a loué les wagons à Maple Assets Pipin Limited (ci-après « MAPL ») qui les a sous-loués à NS. La Banque Royale du Canada (ci-après « RBC ») a prêté l'argent nécessaire à PB pour l'achat des wagons. Des avocats du Royaume-Uni ont conseillé RBC ainsi que MAPL et ont ainsi émis deux opinions juridiques. Une opinion a été remise à PB, et une autre a été remise à NS et à RBC. Lors de la vérification de PB, l'ARC voulut obtenir les opinions en question. PB refusa de remettre les opinions,

---

[80] Ce privilège a été reconnu par la Cour suprême du Canada dans la décision *Pritchard*, précité, note 61.

[81] [2003] 3 C.T.C. 98 (C.F.) (ci-après « *Pitney Bowes* »).

en invoquant que celles-ci étaient protégées par le privilège qui protège les communications avocat-client. La Cour fédérale donna raison à PB. Selon la Cour, même si les parties à la transaction n'avaient pas d'intérêts identiques, elles avaient un intérêt commun : la conclusion de la transaction commerciale. Le partage des opinions juridiques facilitait la compréhension des aspects légaux entourant la transaction ainsi que la conclusion de celle-ci. Par conséquent, le fait pour RBC et MAPL de partager les opinions juridiques avec PB et NS ne constituait pas une renonciation au privilège qui protège ces opinions.

L'affaire *Fraser Milner LLP et Gilbert Schmark* c. *MRN*[82] constitue une autre illustration du privilège de l'intérêt commun. Dans cette affaire, le cabinet d'avocats Fraser Milner Casgrain LLP (ci-après « Fraser Milner ») agissait comme conseiller juridique d'un groupe de compagnies (ci-après « Groupe A »). Le Groupe A négociait la formation de deux sociétés de personnes avec un autre groupe de compagnies (ci-après « Groupe B »). Avec l'accord du Groupe A, il y a eu des communications écrites et verbales entre Fraser Milner, le Groupe B et les comptables de ce dernier afin d'assurer que les opérations soient complétées de façon efficace tant en matière commerciale qu'au point de vue fiscal. Le ministre du Revenu national chercha à obtenir les communications en question et argumenta sur le fait qu'il y avait eu renonciation au privilège protégeant ces communications étant donné leur transmission au Groupe B. Le ministre argumenta aussi sur le fait que le privilège de l'intérêt commun ne trouvait application que lorsqu'un litige existait. La Cour rejeta les arguments du ministre et, ce faisant, elle déclara ceci :

> « […] the economic and social values inherent in fostering commercial transactions merit the recognition of a privilege that is not waived when documents prepared by professional advisers, for the purpose of giving legal advice, are exchanged in the course of negotiations. Those engaged in commercial transactions must be free to exchange privileged information without fear of jeopardizing the confidence that is critical to obtaining legal advice[83]. »

Les décisions *Pitney Bowes* et *Fraser Milner* sont rassurantes pour les personnes qui désirent partager des communications avec les personnes avec lesquelles elles traitent sans mettre en jeu la nature privilégiée de ces communications. Pour s'assurer que ces deux décisions trouvent application, il est préférable qu'un contribuable et la partie avec qui il traite mettent en

---

82 2003 D.T.C. 5048 (C.S.C.B.) (ci-après « *Fraser Milner* »).

83 *Id.*, par. 14.

place un protocole dont l'objectif est de gouverner l'échange d'information qui aura lieu entre eux. Par exemple, le protocole devrait mentionner que l'information échangée est privilégiée. Le retour des documents à la partie à laquelle ils appartiennent devrait être prévu dans le cas où la transaction n'est pas complétée. Le protocole devrait prévoir l'obligation pour la partie avec laquelle l'information privilégiée est partagée de s'opposer à sa divulgation lorsqu'une telle demande est formulée par une tierce partie telles les autorités fiscales. Enfin, le protocole devrait stipuler quels recours (injonction, dommages et intérêts et autres) seront à la disposition de la personne qui a partagé l'information privilégiée si l'autre partie à la transaction ne respecte pas la nature privilégiée de l'information : par exemple, en partageant celle-ci avec une tierce personne.

3.4. RENONCIATION

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le partage d'une communication privilégiée avec une personne avec qui l'on a un intérêt commun ne constitue pas une renonciation au privilège qui protège cette communication. Par contre, il est loisible au client d'un avocat de partager une communication privilégiée avec un tiers avec qui il n'a pas d'intérêt commun et de renoncer ainsi au privilège qui protégeait cette communication. En fait, il importe de rappeler que bien que nous nous référions au « secret professionnel » de l'avocat, ce privilège appartient au client et c'est à lui qu'appartient le droit de renoncer à ce privilège. Pour être valable, une renonciation doit être volontaire, claire et émaner d'une personne qui connaît l'existence de son droit au privilège[84]. Il y a deux façons de renoncer au privilège qui protège une communication. Un client peut renoncer volontairement au privilège. Par exemple, un contribuable qui a obtenu une opinion juridique à l'égard d'une opération peut renoncer volontairement au privilège avocat-client qui protège cette communication en la remettant à un tiers ou même aux autorités fiscales. Une autre forme de renonciation est la renonciation implicite qui se produit si le client fait référence à l'opinion juridique dans un acte de procédure, lors d'un témoignage, la produit en preuve ou en divulgue les éléments favorables[85].

---

84 J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 66, par. 1220.

85 *Id.*, par. 1150.

3.4.1. Remise au vérificateur externe

Qu'en est-il de la divulgation d'une opinion juridique au vérificateur externe d'une société? S'agit-il là d'une renonciation au privilège avocat-client qui protégeait cette opinion? On sait par exemple que l'article 170 de la *Loi sur les sociétés canadiennes par actions*[86] prévoit l'obligation de donner au vérificateur externe l'information que ce dernier estime nécessaire pour faire rapport sur les états financiers. Est-ce que le fait de remettre au vérificateur externe qui l'exige une opinion juridique concernant une position fiscale constitue une renonciation au privilège qui protégeait cette opinion? Qu'en est-il des notes prises par le vérificateur externe au sujet de l'opinion juridique en question? Ont-elles un caractère privilégié?

La décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Interprovincial Pipe Line Inc.* c. *MRN*[87] offre des réponses à ces questions. Tout d'abord, la Cour considéra qu'il fallait interpréter l'article 170 L.C.S.A. de façon à protéger le plus possible le privilège avocat-client qui se rattachait à l'opinion juridique. La Cour conclut ainsi qu'en remettant l'opinion juridique au vérificateur externe, la société Interprovincial Pipe Line avait renoncé au privilège aux fins limitées de la vérification externe. L'opinion demeurait donc privilégiée aux autres fins, notamment à l'égard du ministre du Revenu national. Comme l'opinion demeurait privilégiée à des fins autres que la vérification externe, la Cour considéra qu'il n'y avait pas lieu de remettre au ministre du Revenu national les notes prises par le vérificateur externe au sujet de l'opinion juridique. À la fin du jugement, la Cour souligna que son jugement se fondait sur la preuve verbale faite devant elle selon laquelle Interprovincial Pipe Line n'avait pas eu l'intention de renoncer au privilège en remettant l'opinion juridique au vérificateur externe. Selon la Cour, il est risqué de se baser sur une preuve verbale lorsqu'il est question de privilège. Pour cette raison, la Cour prit soin de recommander aux contribuables qui pourraient avoir à partager des opinions juridiques avec un vérificateur externe de prendre les mesures suivantes afin de s'assurer que l'opinion ne perde pas son caractère privilégié :

- confirmer par écrit que la renonciation au privilège est limitée aux seules fins de la vérification externe; et

---

[86] L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »). Voir également *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c . C-38, art. 114.

[87] 95 D.T.C. 5642 (C.F.) (ci-après « *Interprovincial Pipe Line Inc.* »).

- prévoir comment le vérificateur externe devra conserver les notes qu'il a prises au sujet de l'opinion juridique et ce qu'il devra en faire lorsqu'elles ne seront plus nécessaires.

À ces conseils de la Cour fédérale, nous ajoutons qu'un contribuable qui doit partager une opinion juridique avec un vérificateur externe devrait prendre les mesures suivantes :

- préciser que l'information est transmise parce qu'elle est exigée en vertu d'une disposition législative précise (par exemple, l'article 170 L.C.S.A.);

- stipuler que l'information partagée est privilégiée en vertu du secret professionnel avocat-client;

- indiquer que le client désire conserver le bénéfice du privilège à toute fin autre que celle pour laquelle l'opinion est transmise au vérificateur externe;

- prévoir que l'information ne peut être divulguée à un tiers sans le consentement préalable du client;

- exiger que chaque question fiscale examinée par le vérificateur externe fasse l'objet de documents distincts (une question fiscale par document pour éviter, si le document devait être remis aux autorités fiscales, qu'il ne devienne une feuille de route pour ces dernières); et

- exiger, lorsque cela est possible, que les documents soient retournés au client lorsque la vérification sera complétée.

Pourquoi autant de mesures? Parce qu'on retrouve dans la jurisprudence des commentaires selon lesquels un contribuable perd le bénéfice du secret professionnel avocat-client lorsqu'il partage une opinion juridique avec le vérificateur externe. C'est le cas par exemple de l'*obiter* fait par le juge Haley dans l'affaire *Cineplex Odeon Corp.* c. *Canada (P.G.)*[88]. Dans cette cause, le cabinet de comptables Peat agissait comme vérificateur externe de Cineplex. La division fiscalité de Peat avait été engagée par l'avocat de Cineplex pour l'aider à rendre des conseils juridiques. Les documents légaux reçus par la division fiscalité dans le cadre de son mandat furent remis par

[88] 94 D.T.C. 6407 (Ont. Ct. G.D.).

mégarde à la division de vérification externe de Peat sans même que Cineplex consente à renoncer au privilège qui protégeait les documents légaux. La question était de savoir s'il y avait renonciation au privilège. La Cour de l'Ontario conclut que Cineplex n'avait jamais renoncé au privilège. Toutefois, la Cour alla plus loin et déclara dans un *obiter* que la divulgation d'une opinion juridique à un vérificateur externe constitue une renonciation dans la mesure où elle est nécessaire pour permettre au vérificateur externe de respecter ses obligations. Cependant, dans l'affaire *OSC* c. *Philip Services Corp.*[89], la Cour arriva à une conclusion contraire et nota que l'objectif d'avoir des états financiers exacts, vérifiés par des vérificateurs externes bien informés n'implique pas que la renonciation du privilège aille au-delà de la vérification externe.

3.4.2. Comptable qui assiste l'avocat

Il semble que la remise d'une opinion juridique à un vérificateur externe qui l'exige pour pouvoir exercer ses fonctions ne constitue pas une renonciation au privilège qui protège cette opinion. On peut se demander si le partage d'une communication privilégiée avec un comptable qui fournit des conseils constitue une renonciation du caractère privilégié de cette communication. La réponse n'est pas simple. Il semble en effet y avoir deux courants de jurisprudence à l'égard de cette question.

Selon le premier courant, dans la mesure où le comptable (ou n'importe quel tiers) agit comme mandataire pour le client aux fins de communiquer avec l'avocat, la communication sera privilégiée. Il en sera ainsi même si le comptable utilise ses connaissances et habilités afin d'exécuter ses tâches[90]. On peut donc imaginer qu'un comptable agisse sous la protection du secret professionnel avocat-client lorsqu'il communique à l'avocat, au nom du client, des informations concernant un compte fiscal du client, mais que ce dernier ne saurait déterminer.

---

89 [2005] O.J. No. 4418 (Div. Ct). Les faits à l'origine de cette affaire donnèrent lieu à un litige en Ontario et un autre aux États-Unis, tous deux portant sur la question de savoir si la remise d'une opinion juridique à un vérificateur externe constituait une renonciation au privilège qui protège cette opinion. En Ontario, la Cour conclut que la renonciation était limitée aux fins de la vérification externe alors que la Cour du Southern District of New York conclut que l'opinion juridique, une fois remise au vérificateur externe, n'était plus privilégiée : *In Re : Philip Services Corp. Securities Litigation*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 22998, 6 octobre 2005.

90 *Susan Hosiery Ltd.* c. *MRN*, 69 D.T.C. 5278 (C. de l'É.); *Belgravia Investments*, précité, note 60 et *Welton Parent Inc.* c. *MRN*, 2006 D.T.C. 6093 (C.F.) (ci-après « *Welton Parent* »).

Selon le deuxième courant, l'opinion préparée par un comptable pour un avocat, lequel l'utilise pour rédiger une opinion juridique, est protégée par le secret professionnel qui couvre les communications entre l'avocat et le client[91]. De même, la communication est privilégiée lorsque le comptable (ou il peut s'agir d'un autre tiers) sert de « canal de communications » entre l'avocat et le client ou lorsque l'expertise du comptable est nécessaire pour interpréter l'information fournie par le client afin que l'avocat la comprenne et puisse en évaluer l'importance[92].

Il semble que le deuxième courant ait été mis en doute dans l'affaire *Welton Parent*[93]. C'est pourquoi il est important de s'assurer qu'il existe une relation mandant-mandataire entre le comptable et le client. De plus, il est recommandé d'inscrire « privilégié et confidentiel » sur les documents qui résultent des communications, mais aussi, et surtout, de noter la relation mandant-mandataire dans la communication. Par exemple, une lettre du comptable à l'avocat devrait préciser que le comptable a été mandaté par le client pour agir au nom de ce dernier aux fins de l'obtention d'un avis juridique. La même chose devrait être faite lorsqu'un autre type d'expert est engagé.

CONCLUSION

Il ressort du présent texte qu'un contribuable n'a pas à conserver tous les documents relatifs à une opération ou transaction donnée. En fait, il doit conserver les livres et registres qui permettent d'établir le montant des impôts payables par lui. Dans la mesure où d'autres documents existent, les autorités fiscales bénéficient de pouvoirs très larges qui leur permettront d'obtenir la totalité, sinon une grande partie de ces documents. C'est pourquoi un contribuable a tout intérêt à mettre en place une politique de conservation de documents qui assurera que seuls les documents nécessaires et qui doivent être conservés le sont. C'est aussi pour cette raison qu'un contribuable devrait sensibiliser les gens de son entreprise au fait qu'à partir du moment où des documents existent, ils peuvent être réclamés par les autorités fiscales.

Par ailleurs, les documents qui bénéficient d'un privilège, tel le secret professionnel avocat-client ou le privilège relatif au litige n'ont pas à être

---

91 *Interprovincial Pipe Line Inc.*, précité, note 87.

92 *General Accident Assurance* c. *Chrusz*, (1999) 45 O.R. (3e) 321 (C.A. Ont.).

93 *Welton Parent*, précité, note 90, par. 76-80.

remis aux autorités fiscales. Il faudrait cependant s'assurer de ségréguer ces documents afin d'éviter qu'ils soient remis par mégarde. Il faudrait aussi s'assurer, lorsque ces documents sont échangés avec un vérificateur externe ou une partie à une transaction, que ces échanges de documents soient gérés par un protocole qui protège le privilège qui se rattache à ces documents.

PANEL ADMINISTRATIF



Jean Groleau
Associé, avocat
Fraser Milner Casgrain
s.e.n.c.r.l.



Paul Ryan
Associé, avocat
Ravinsky Ryan s.e.n.c.
Avocats



Gilles Bernard
LL. L., DDN
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JEAN GROLEAU)

1. LA RECTIFICATION DE CONTRATS EN MATIÈRE FISCALE : JURISPRUDENCE RÉCENTE 44:3

1.1. AFFAIRE *MCLAUGHLAN* 44:3
1.2. AFFAIRE *VILLE DE RICHMOND* 44:5
1.3. AFFAIRE *CORPANZANO* 44:7
1.4. AFFAIRE *GREG IRMEN* 44:8
1.5. AFFAIRE *DI BATTISTA* 44:8

2. VÉRIFICATION *VERSUS* ENQUÊTE : JURISPRUDENCE RÉCENTE 44:10

2.1. ARRÊT *ELLINGSON* C. *MRN* 44:10
2.2. AFFAIRE *CHAHINE-BADR* C. *LA REINE* 44:12
2.3. AFFAIRE *DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE* C. *MILLAR* 44:13

PARTIE B (PAUL RYAN)
Mise à jour en matière d'accommodation

INTRODUCTION 44:15

1. L'ACCOMMODATION 44:15

1.1. CATÉGORIE 1 ..... 44:17
1.2. CATÉGORIE 2 ..... 44:17
1.3. CATÉGORIE 3 ..... 44:17
1.4. CATÉGORIE 4 ..... 44:18

CONCLUSION 44:23

ANNEXE I 44:24

PARTIE A

Jean Groleau, associé, avocat
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.[*]

1. LA RECTIFICATION DE CONTRATS EN MATIÈRE FISCALE : JURISPRUDENCE RÉCENTE

Nous allons dans la présente partie analyser les affaires *McLaughlan* c. *La Reine*[1], *Ville de Richmond* c. *La Reine*[2], *Corpanzano* c. *3660524 Canada Inc.*[3], *Greg Irmen* c. *La Reine*[4] et *Di Battista* c. *874687 Ontario Inc.*[5]

1.1. AFFAIRE *MCLAUGHLAN*

Ce jugement met en lumière essentiellement deux choses, soit le pouvoir de la Cour canadienne de l'impôt quant à la rectification des contrats et le pouvoir de cette Cour quant à la détermination de la validité ou des conséquences juridiques d'une opération.

Dans cette affaire, l'appelant a signé en 1994 un document intitulé « Entente financière » dans lequel il s'engageait à verser à son ex-conjointe une pension alimentaire mensuelle s'élevant à 820 $ à titre de soutien pour leurs deux enfants mineurs. Le 1er janvier 1997, l'appelant et son ex-conjointe ont convenu verbalement d'augmenter de 30 $ par mois le montant de la pension alimentaire pour un total de 850 $. Le 1er janvier 1999, l'appelant et son ex-conjointe ont modifié l'Entente financière par écrit afin d'y inclure cette augmentation.

L'intimée prétendait que l'entente écrite du 1er janvier 1999 avait pour effet de créer une « date d'exécution » au sens du paragraphe 56.1(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[6], car elle avait été effectuée après avril 1997, ce

---

[*] L'auteur tient à remercier Me Julien Girard-Beauchamp et Me Jacques Plante, avocats chez Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l., de leur collaboration à la préparation de ce texte.

1 [2007] 4 C.T.C. 2169 (ci-après « *McLaughlan* »).

2 [2007] C.C.I. 336 (ci-après « *Ville de Richmond* »).

3 [2005] CanLII 7316 (C.Q.) (ci-après « *Corpanzano* »).

4 [2006] C.C.I. 475 (ci-après « *Greg Irmen* »).

5 [2006] 5 C.T.C. 152 (ci-après « *Di Battista* »).

6 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

qui en définitive faisait en sorte de rendre la pension alimentaire non déductible.

L'appelant prétend que la modification effectuée à l'Entente financière en 1999 rétroagit au moment où les paiements supplémentaires furent effectivement versés, soit à partir du 1er janvier 1997.

Selon la Cour canadienne de l'impôt, l'obligation de verser 850 $ existait depuis l'entente intervenue oralement entre l'appelant et son ex-conjointe en 1997 et l'Entente financière modifiée ne faisait que confirmer ce changement. En effet, le paragraphe 56.1(4) L.I.R. indique qu'une pension alimentaire, pour être déductible, doit être payée en vertu d'une entente écrite ou d'une ordonnance judiciaire. Par conséquent, la pension alimentaire était, du 1er janvier 1997 au 1er janvier 1999, de 820 $ par mois aux fins fiscales.

Or, l'appelant demanda à la Cour de modifier les documents de sorte que la modification de l'Entente financière constatée par écrit en 1999 soit réputée avoir été conclue en janvier 1997 et qu'elle reconnaisse que la nouvelle entente écrite est la seule entente liant les parties quant à la valeur de la pension alimentaire.

La Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si elle était compétente pour rectifier l'Entente financière ou si l'appelant devait présenter cette demande à une cour supérieure.

Selon le juge Hershfield, la Cour canadienne de l'impôt ne peut rectifier des documents, mais peut en revanche reconnaître une rectification autorisée par une cour de justice compétente. De plus, la Cour peut décréter qu'un contrat ou un autre document n'a aucun effet légal et, conséquemment, trancher le litige fiscal en ne tenant pas compte dudit document. Il invoque à cet effet le jugement rendu par le juge en chef Bowman dans l'arrêt *Lloyd* c. *La Reine*[7] qui a reconnu que la Cour canadienne de l'impôt n'a ni la compétence ni le pouvoir de rectifier des transactions. Il ajoute toutefois que la Cour canadienne de l'impôt a le pouvoir de considérer un instrument comme inefficace et il s'appuie à cet effet sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Paxton* c. *La Reine*[8] selon laquelle :

---

[7] 2002 D.T.C. 1493 (C.C.I.), par. 18-19.

[8] 97 D.T.C. 5012 (C.A.F.).

> « Il est bien évident que notre cour ne peut faire de déclarations qui lient les parties à une opération ou encore annuler ou rectifier des opérations à l'égard des parties. C'est là une question qui relève des tribunaux des provinces ou des territoires. Néanmoins, cela ne signifie pas que notre cour doit, lorsque la validité d'une opération est pertinente au règlement d'un litige fiscal opposant un contribuable et le gouvernement du Canada, s'abstenir d'agir et refuser de rendre une décision qui est essentielle à l'exercice de sa compétence. De toute évidence, notre cour doit déterminer la validité ou les conséquences juridiques d'une opération entre des parties dans le contexte de l'évaluation des incidences fiscales de celle-ci[9]. »

C'est d'ailleurs cette dernière option qui a été retenue par le juge Hershfield dans la présente affaire. En effet, l'entente écrite en 1999 a simplement été ignorée au motif qu'elle n'ajoutait rien aux obligations juridiques entre les parties en raison de l'absence de contrepartie, celle ayant déjà été effectuée comme suite à l'entente verbale du 1er janvier 1997.

Par conséquent, l'appelant a pu déduire le montant de 820 $ par mois pour les trois années cotisées, puisqu'il n'y a pas eu de nouvelle entente écrite de pension alimentaire valide, du point de vue légal, qui a été conclue après le 1er octobre 1994.

1.2. AFFAIRE *VILLE DE RICHMOND*

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt devait décider si deux parties ayant conclu un contrat pouvaient annuler rétroactivement ledit contrat afin qu'il soit réputé ne jamais avoir existé, ce qui aurait pour effet d'annuler les dettes fiscales résultant de l'application dudit contrat.

Le fondement de l'avis de cotisation reposait sur un échange d'immeubles effectué le 19 novembre 2002 entre la Ville de Richmond et le Comité de promotion industrielle de la Ville de Richmond (ci-après « Parties »). À la suite de la réception de l'avis de cotisation réclamant le paiement de la TPS sur l'échange d'immeubles, les parties ont conclu, le 12 novembre 2004, un acte d'annulation du contrat d'échange (ci-après « Contrat d'échange »).

Les parties au Contrat d'échange ont tenté de justifier l'annulation de ce dernier en invoquant le vice de consentement de part et d'autre. L'appelante a toutefois avoué que la seule raison au soutien de l'annulation du Contrat

---

9 *Id*., par. 19.

d'échange était les conséquences fiscales imprévues résultant de la transaction.

Le juge Tardif devait déterminer si l'annulation rétroactive de l'acte d'échange d'immeubles était opposable à Revenu Québec de sorte qu'aucun montant de taxes n'était payable par l'appelante.

Les Parties ont retenu les services d'un notaire afin de conclure un contrat d'annulation dont la clause 6 se lit comme suit :

> « Les parties considèrent qu'il y a eu, entre autres, erreur sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ainsi que sur divers éléments essentiels déterminants du consentement de chaque partie, comprenant entre autres une erreur sur la destination de chacun des immeubles et sur la valeur de chacun de ceux-ci ainsi que sur l'absence de soulte, laquelle absence est erronée, dans les circonstances. »

Malgré le libellé de la clause 6, la Cour canadienne de l'impôt était d'avis que l'objet fondamental du contrat d'annulation était de ne pas avoir à payer les avis de cotisation émis par les autorités fiscales.

Selon le juge Tardif, la doctrine de la rectification des contrats n'est pas applicable au cas en l'espèce puisque le motif invoqué par l'appelante pour annuler le Contrat d'échange est fondé sur l'erreur de consentement :

> « [37] Au Québec, selon le droit civil, la doctrine équitable de rectification n'est pas applicable. En common law, la rectification est associée au concept d'erreur. Dans la common law, il y a trois sortes d'erreurs : erreur commune, erreur mutuelle et erreur unilatérale. Toutes les trois sont rectifiables en certaines circonstances.
>
> [38] Ceci est d'autant plus pertinent étant donné que l'appelante plaide justement que l'acte d'échange est nul en se basant sur le principe du consentement vicié.
>
> [39] Au Québec, l'erreur est définie par rapport au consentement. »

De plus, le juge Tardif conclut que la nullité conventionnelle n'est pas opposable à l'intimée à moins qu'elle ne soit reconnue par un tribunal.

Ainsi, l'appelante ne pouvait faire annuler la transaction qu'en prouvant que son consentement était vicié en raison d'une erreur sur un élément essentiel du consentement. Pour ce faire, elle invoque le fait qu'elle n'aurait jamais conclu l'entente si elle avait su que celle-ci entraînerait des conséquences fiscales.

Les autorités fiscales ont allégué que l'erreur à laquelle se référait l'appelante n'était pas une erreur sur un élément essentiel de la transaction, mais davantage une erreur à caractère économique qui n'est pas reconnue par le *Code civil du Québec*[10] comme ayant pour effet d'entraîner l'annulation des obligations des contractants.

La Cour canadienne de l'impôt, quant à elle, a conclu que l'erreur portait effectivement sur un élément essentiel de la transaction. Par contre, en raison de l'expertise des parties au Contrat d'échange, il s'agissait d'une erreur inexcusable dans les circonstances qui n'aurait pas été commise par des personnes diligentes placées dans les mêmes circonstances que l'appelante.

Or, une erreur inexcusable ne peut constituer un vice de consentement en vertu de l'article 1402 C.c.Q. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que les Parties ne pouvaient revendiquer le droit à la nullité du contrat et, conséquemment, l'acte d'annulation n'avait pas d'effet rétroactif.

1.3. AFFAIRE *CORPANZANO*

Dans cette affaire, la demanderesse décide d'incorporer la société Global Creation Inc. (ci-après « GCI ») afin d'exploiter une entreprise de décoration intérieure. En raison du succès financier de GCI, le comptable suggéra à la demanderesse de créer une société de gestion à laquelle seront transférés les excédents de capital de GCI.

Cette structure semblait au point de départ intéressante pour la demanderesse jusqu'à ce qu'elle apprenne que l'exemption de taxe de cinq ans dont profitait GCI fut annulée au moment où GCI est devenue liée à la société de gestion.

La demanderesse demanda alors que la transaction soit considérée comme nulle en raison du vice de consentement sur un élément essentiel de la transaction, soit l'absence d'impact fiscal défavorable. En effet, elle annonça qu'elle n'aurait jamais effectué la transaction si elle avait connu les conséquences fiscales défavorables liées à l'incorporation de GCI.

Revenu Québec prétendait plutôt qu'il s'agissait d'une erreur économique inexcusable et que cette dernière n'était pas un motif de nullité absolue en vertu de l'article 1400 C.c.Q. Revenu Québec ajouta que

---

[10] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

l'objectif principal de la demanderesse était de différer l'imposition à l'aide d'un roulement fiscal. Le fait que cette stratégie ait engendré des conséquences fiscales indésirables n'était pas un motif permettant d'annuler la transaction.

La Cour canadienne de l'impôt a reconnu que l'objectif principal de la transaction était d'effectuer un roulement fiscal afin de reporter l'impôt payable relativement à la disposition des actions de CGI et conséquemment, la transaction ne pouvait être annulée sur la base des conséquences fiscales défavorables engendrées par la transaction.

1.4. AFFAIRE *GREG IRMEN*

L'appelant était employé et actionnaire de la société Greg-Rich Enterprise Ltd. La société a versé, au cours de l'année 2003, des montants à l'appelant à titre de salaire. À la fin de l'année financière, la société a changé le traitement des montants payés afin qu'ils soient plutôt considérés comme des prêts effectués par la société à l'appelant. Le comptable de l'appelant a modifié la nature des paiements afin que l'appelant puisse déclarer un revenu d'emploi minime.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») n'a jamais reconnu le changement relatif aux montants payés au contribuable par la société et a traité la totalité de ceux-ci comme s'il s'agissait d'un salaire versé par la société à l'appelant.

La Cour a conclu que la rectification de la transaction n'était pas possible dans le cas en l'espèce puisque le versement du salaire n'avait pas été fait par erreur et représentait la véritable intention des parties au moment où il fut versé. Le changement de la nature des montants versés à l'appelant constituait une tentative de planification fiscale rétroactive qui n'est pas acceptable dans les circonstances.

1.5. AFFAIRE *DI BATTISTA*

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a permis la rectification légale d'une réorganisation fiscale déficiente.

Deux membres de la même famille ont effectué une série de transactions afin de recevoir une contrepartie monétaire pour leur participation dans l'entreprise familiale et afin de transférer la plus-value des actions de la société 874687 Ontario Inc. au bénéfice d'autres membres de la famille.

Les documents qui ont été rédigés et signés afin de mettre en œuvre la planification fiscale envisagée ne permettaient pas d'atteindre les objectifs initiaux des appelants et créèrent des conséquences fiscales indésirables.

Puisque l'intention des parties était claire avant que la série de transactions ne soit effectuée, la Cour canadienne de l'impôt a émis un ordre de rectification qui avait pour effet de lier les tiers et qui permettait de modifier la documentation relative à la transaction de sorte que celle-ci engendre les conséquences fiscales initialement recherchées. Cette conclusion reprend en quelque sorte les conclusions de l'affaire *Juliar* c. *Canada (Procureur général)*[11] en vertu desquelles un ordre de rectification peut permettre de remédier à des erreurs commises dans la mise en place d'une planification fiscale. La Cour canadienne de l'impôt a repris un passage de l'affaire *Juliar* selon lequel : « [W]hat is rectified is not a mistake in the transaction itself but a mistake in the way in which the transaction has been expressed in writing »[12].

L'ARC ne s'est pas opposée à ce que les documents soient rectifiés afin que lesdits documents puissent refléter la véritable intention des parties, c'est-à-dire de minimiser les conséquences fiscales des contribuables impliqués dans la planification fiscale. L'ARC précise toutefois qu'elle conserve sa capacité d'imposer les contribuables à la suite de la rectification lorsque l'objectif de celle-ci est d'annuler rétroactivement des conséquences fiscales imprévues de façon abusive.

La Cour canadienne de l'impôt accorda la demande des appelants pour le motif que ces derniers n'ont pas décidé de changer la transaction initialement prévue afin d'éviter des conséquences fiscales qu'ils n'avaient pas envisagées au point de départ, mais bien pour obtenir le traitement fiscal ayant motivé les transactions au point de départ.

---

[11] 2000 D.T.C. 6589 (C.A. Ont.) (ci-après « *Juliar* »). Le 24 mai 2001, la demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada a été rejetée avec dépens.

[12] *Id*., par. 33.

2. VÉRIFICATION *VERSUS* ENQUÊTE : JURISPRUDENCE RÉCENTE

2.1. ARRÊT *ELLINGSON* C. *MRN*[13]

En janvier 2004, l'appelant a été accusé en Californie d'avoir procédé à l'importation et au trafic de drogues ainsi que d'avoir blanchi des sommes d'argent. En avril 2004, la Banque HSBC de Penticton en Colombie-Britannique a envoyé un formulaire de renseignements sur les transactions financières douteuses (ci-après « Formulaire ») à la Section des produits de la criminalité de la Gendarmerie royale du Canada (ci-après « GRC ») après qu'elle eut découvert un important dépôt en argent en coupures de 20 $. La GRC a ensuite transféré le Formulaire à un enquêteur de la Division des enquêtes de l'ARC qui avait précédemment mis la main sur un article de journal relativement à l'accusation de l'appelant en Californie. L'enquêteur a vérifié si l'appelant avait produit ses déclarations de revenus pour ses années 1997 à 2003 et constata que ce dernier avait omis de le faire. L'enquêteur transféra le Formulaire, l'article de journal et le résultat de sa recherche à un vérificateur du Programme spécial d'exécution (ci-après « PSE »). Le vérificateur a ensuite envoyé une demande péremptoire à l'appelant afin de recueillir d'autres renseignements pertinents.

L'appelant a refusé de répondre à la demande péremptoire faite en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R. par le vérificateur en alléguant que la demande n'avait comme seul objectif que de prouver sa responsabilité criminelle. Le juge de la Cour fédérale donna raison à l'appelant puisque, selon elle, l'unique but de la demande était d'obtenir des renseignements afin de les partager avec la GRC afin de porter des accusations criminelles.

La Cour d'appel fédérale a renversé la décision de première instance en se fondant notamment sur les principes énoncés dans l'arrêt *Jarvis* c. *La Reine*[14]. La Cour d'appel fédérale a mentionné que selon l'arrêt *Jarvis*, le critère de l'objet prédominant n'empêche pas le ministre de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification.

La Cour d'appel fédérale reprend d'ailleurs l'analyse en deux étapes proposées dans l'arrêt *Jarvis* selon laquelle il faut : i) déterminer s'il y a une décision claire de procéder à une enquête criminelle sur la foi de la preuve et ii) si la décision n'est pas claire, la Cour doit déterminer selon l'ensemble

---

13 [2006] C.A.F. 202. Le 14 décembre 2006, la demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale (n° A-376-05, 30 mai 2006) est rejetée avec dépens.

14 2002 D.T.C. 7547 (C.S.C.) (ci-après « *Jarvis* »).

des circonstances si une relation de nature contradictoire existait entre l'État et le contribuable.

La Cour d'appel fédérale a conclu que la réponse à la première question était négative et qu'il fallait analyser et répondre à la seconde question. Pour ce faire, la Cour a proposé une série de facteurs à considérer, qui peut se résumer de la façon suivante :

- Au moment de la demande péremptoire, y avait-il des motifs raisonnables de porter des accusations de nature criminelle?

- Est-ce qu'il y avait des motifs suffisants au moment de la demande péremptoire pour procéder à une enquête?

- Est-ce que l'ensemble de la conduite adoptée par l'ARC à l'égard de l'appelant s'apparente à la conduite adoptée dans le cadre d'une enquête criminelle?

- Est-ce que les dossiers ont été transférés à des enquêteurs?

- Est-ce que le vérificateur obtenait des informations à titre de mandataire des enquêteurs?

- Est-ce que la preuve recherchée était pertinente pour établir une cotisation fiscale?

- Y avait-il d'autres circonstances permettant de croire que la vérification était devenue une enquête criminelle?

La Cour d'appel fédérale a conclu qu'il n'y avait rien lui permettant de conclure que la vérification était devenue une enquête ou encore qu'il existait une relation contradictoire entre l'État et le contribuable. La Cour d'appel fédérale appuie notamment son argumentation sur le fait que le PSE a été créé afin de recueillir des informations sur des contribuables ayant des revenus provenant d'activités illicites et qu'il était normal, dans les circonstances, qu'une demande péremptoire soit transmise à l'appelant.

2.2. AFFAIRE *CHAHINE-BADR* C. *LA REINE*[15]

Le défendeur était l'unique actionnaire et président d'une société qui distribuait des piles et des petits objets électroniques. L'ARC a reçu des renseignements d'un informateur anonyme relativement aux pratiques comptables du contribuable. L'information reçue indiquait que la société remboursait à l'appelant des dépenses de nature personnelle. L'ARC a procédé à une vérification en vertu des pouvoirs que lui confèrent les articles 231.1 et 231.2 L.I.R. Le vérificateur a recueilli des documents dans le cadre de sa vérification et a transmis le tout à la Division des enquêtes de l'ARC qui ouvrit une enquête criminelle. Celle-ci obtint par la suite d'autres documents de l'appelant à l'aide de mandats de perquisition obtenus à cette fin. À la suite de l'enquête, 37 chefs d'accusation furent portés contre l'appelant et ce dernier fut reconnu coupable de deux des 37 accusations.

Lors du procès en première instance, l'appelant invoqua ses droits garantis en vertu de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[16] afin d'exclure certains éléments de preuve recueillis lors de la vérification. L'appelant argumenta sur le fait que l'ARC avait effectué une fouille sans mandat sous le couvert de la vérification.

La Cour a indiqué que l'application de la Charte en matière fiscale n'était pas la même qu'en matière criminelle. La Cour précisa que les autorités fiscales devraient avoir l'opportunité de résoudre le non-respect des lois fiscales en vertu des pouvoirs règlementaires prévus à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que les pouvoirs pénaux prévus à celle-ci ne devraient être utilisés qu'en dernier recours.

La Cour a conclu que le Rubicon n'avait pas été franchi et que les autorités fiscales pouvaient utiliser les pouvoirs prévus aux articles 231.1 et 231.2 L.I.R.

Pour toutes ces raisons, la Cour conclut que la demande péremptoire ne contrevenait pas à l'article 8 de la Charte.

En appel devant la Cour supérieure de l'Ontario, deux questions furent analysées : 1) le juge en première instance a-t-il erré en acceptant en preuve les documents obtenus lors de la vérification, et 2) le juge de première

---

15 (2006) 79 O.R. (3e) 671.

16 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, no 44 (ci-après « Charte »).

instance a-t-il erré en acceptant l'aveuglement volontaire comme unique fondement à l'accusation d'évasion fiscale portée contre l'appelant.

En plus des sept critères établis dans l'affaire *Jarvis*, la Cour souleva quelques principes supplémentaires à prendre en considération, à savoir : 1) l'existence d'une simple probabilité quant à la commission d'une infraction n'est pas suffisante en soi afin de conclure que le but d'une vérification était de déterminer la responsabilité pénale du contribuable; 2) il est possible d'effectuer parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative; 3) il n'est pas nécessaire que l'ARC ait porté des accusations criminelles pour qu'une enquête criminelle soit en cours.

Les faits étant similaires à l'arrêt *Jarvis*, la Cour tranche dans le même sens que la Cour suprême du Canada et rejette l'appel de l'appelant.

2.3. AFFAIRE *DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE* C. *MILLAR*[17]

Le défendeur, James Millar, était endetté auprès de la demanderesse, l'ARC, relativement à des impôts impayés. Ces dettes étaient le résultat de revenus obtenus dans le cadre d'activités illicites, mais non déclarés. L'ARC n'a pas été en mesure de recouvrer l'ensemble des montants dus par le défendeur. En 1995, l'ARC a enregistré un certificat à la Cour fédérale en vertu de l'article 223 L.I.R.

En 1996, la police a saisi une somme d'argent à l'intérieur du véhicule du défendeur, qui fut par la suite utilisée comme preuve dans un procès criminel. Le juge du procès a exclu la preuve puisqu'elle avait été obtenue en violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À la suite de ce jugement, l'argent fut transféré à la Cour.

En 1997, l'ARC a effectué deux nouvelles demandes d'enregistrement de certificats auprès de la Cour fédérale. La Cour devait déterminer si les sommes saisies par la police, en violation des droits constitutionnels du défendeur, pouvaient être réclamées par l'ARC afin de rembourser les dettes fiscales du défendeur.

---

[17] [2006] G.S.T.C. 58; [2006] 4 C.T.C. 40 (B.C.S.C.).

La Cour jugea que la police et l'ARC étaient deux entités distinctes et, conséquemment, il était raisonnable de remettre les sommes à l'ARC qui n'avait rien à se reprocher dans cette affaire puisque la dette fiscale du défendeur provenait d'un jugement d'un tribunal compétent.

PARTIE B
Mise à jour en matière d'accommodation

Paul Ryan, avocat
Ravinsky Ryan s.e.n.c. Avocats*

INTRODUCTION

Comme nous avons fait l'année dernière une analyse en profondeur des questions techniques relativement aux problèmes de factures d'accommodation[1], notre intervention, dans le cadre du présent texte, se veut plus pratique et a pour objet de faire une mise à jour de l'évolution de ce dossier au cours des 12 derniers mois.

En ce qui concerne d'abord la jurisprudence, quelques causes sont sur le point d'être plaidées, dont une par M^e^ Jean Groleau, et il n'y a pas de jugement à rapporter dans ces affaires pour le moment.

1. L'ACCOMMODATION

À cet égard, le centre d'attention demeure la décision *Vêtement de sport Chapter One inc.* c. *SMRQ*[2], dans laquelle le contribuable avait eu raison devant la Cour du Québec. Cette affaire est maintenant en appel devant la Cour d'appel du Québec. Les procureurs ont complété leurs dossiers respectifs et il est prévu que la cause sera entendue par la Cour d'appel à l'automne 2008.

On se souviendra que cette cause porte surtout sur le test de « bonne foi » (sur lequel nous reviendrons plus loin), mis de l'avant par Revenu Québec dans son *Bulletin d'interprétation* TVQ 201-1/R1[3].

---

* Le nom du cabinet a changé depuis pour celui de « Ravinsky Ryan Lemoine s.e.n.c.r.l. Avocats ».

1 Paul RYAN, « L'accommodation et les sous-traitants délinquants », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 46:1-33.

2 C.Q. Montréal, n^o^ 500-80-003322-048, 16 novembre 2006, j. Bousquet (ci-après « *Chapter One* »).

3 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ 201-1/R1, « Remboursement de la taxe sur les intrants – Renseignements insuffisants – Fausse facturation – Exigences documentaires en matière de remboursement de la taxe sur les intrants », 31 janvier 2005.

Comme il a été souligné l'année dernière, le problème de l'accommodation s'étend maintenant à plusieurs secteurs, incluant non seulement la construction et le vêtement, mais également l'alimentation et l'agriculture, à titre d'exemples.

Les derniers mois permettent à nouveau de confirmer que le problème des factures d'accommodation est une préoccupation majeure pour les deux niveaux de gouvernement.

Toutefois, contrairement à ce qui se produit en fiscalité généralement, les deux niveaux de gouvernement semblent adopter des approches relativement différentes dans le traitement des dossiers concernant des factures d'accommodation et il n'est pas toujours clair qu'un règlement négocié avec l'un des paliers de gouvernement aura une incidence similaire pour l'autre palier.

Les principales différences de traitement que nous avons observées sont les suivantes :

a) bien que les deux niveaux de gouvernement soient actifs, Revenu Québec semble actuellement encore plus actif, surtout depuis le lancement d'un programme spécial sous la responsabilité du Bureau de la Montérégie, dont il sera question plus loin dans le présent texte;

b) jusqu'à maintenant, Revenu Québec semble se contenter de traiter les dossiers de factures d'accommodation au niveau civil, sans les diriger vers la Division des enquêtes spéciales, alors que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a plus fréquemment tendance à traiter les dossiers de factures d'accommodation comme des dossiers requérant l'intervention de la Division de l'exécution (autrefois la Division des enquêtes spéciales), de telle sorte que les entreprises concernées sont plus susceptibles au fédéral d'être poursuivies devant une instance pénale qu'elles le sont au provincial;

c) les deux paliers de gouvernement ne semblent pas préoccupés par la prescription en ce qui concerne les factures d'accommodation, puisqu'ils considèrent tous deux qu'il est possible que le comportement du contribuable permette de rouvrir les années prescrites. Toutefois, Revenu Québec semble plus enclin à retourner assez loin en arrière que l'ARC.

Généralement, c'est à partir du nom des sous-traitants que les autorités fiscales dépistent le plus facilement la présence de factures d'accommodation.

En effet, au fur et à mesure de leurs vérifications, les autorités fiscales identifient et tiennent une « liste » des entreprises de sous-traitance délinquantes, qui négligent notamment de remettre la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ »), ainsi que les déductions à la source qu'elles peuvent percevoir.

À partir de cette liste, en examinant la comptabilité des entreprises qui retiennent les services de ces sous-traitants, il est facile d'établir les cas possibles d'accommodation et d'émettre au nom de l'entreprise concernée un projet de cotisation relatif à l'accommodation possible ainsi définie.

En règle générale, lorsqu'une entreprise a fait affaire avec un sous-traitant n'ayant pas respecté ses obligations fiscales et montrant à première vue un profil d'émetteur de factures d'accommodation, les quatre possibilités suivantes se manifestent :

1.1. CATÉGORIE 1

Le sous-traitant a véritablement fourni un service, mais il n'a pas respecté ses obligations fiscales à l'égard des remises gouvernementales, non pas par délinquance, mais plutôt par incapacité de payer.

1.2. CATÉGORIE 2

Le sous-traitant fournit les services (possiblement en payant lui-même au noir ses employés ou matériaux), mais il n'a pas respecté ses obligations fiscales à l'égard des remises gouvernementales, par délinquance chronique.

1.3. CATÉGORIE 3

Aucun service n'a été fourni, le sous-traitant a échangé l'argent dans un centre d'encaissement de chèques et a remis l'argent, après avoir perçu une commission, à l'entreprise, qui s'en est servi pour payer des salaires au noir, des pots-de-vin ou des dépenses semblables relatives à l'exploitation de son entreprise.

1.4. CATÉGORIE 4

Aucun service n'a été fourni, le sous-traitant a échangé l'argent dans un centre d'encaissement de chèques et a remis l'argent, après avoir perçu une commission, à l'entreprise, et l'argent est utilisé au bénéfice du ou des actionnaires de l'entreprise.

En ce qui concerne les Catégories 1 et 2, dans la mesure où des services ont véritablement été rendus, l'entrepreneur qui a retenu les services des sous-traitants concernés ne devrait pas, en principe, être ennuyé et, par exemple, se faire refuser les crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») et les remboursements de taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») qu'il a réclamés à l'égard des taxes payées à ces sous-traitants.

Toutefois, comme nous en avons discuté l'année dernière, Revenu Québec a élaboré une série d'arguments pour vraisemblablement refuser les CTI et les RTI à l'entreprise, même dans les cas de Catégories 1 et 2. Les deux principaux arguments sont les suivants, tels qu'ils sont notamment énoncés dans le *Bulletin d'interprétation* TVQ 201-1/R1 émis par Revenu Québec :

a) à titre de mandataire de Revenu Québec, l'entreprise doit faire preuve de « bonne foi », et notamment s'assurer que les sous-traitants avec qui elle fait des affaires exploitent une entreprise légitime et respectent eux-mêmes leurs engagements envers Revenu Québec;

b) les dispositions légales et réglementaires concernant les informations qui doivent être mentionnées sur la facture doivent être respectées, et notamment les numéros de taxes du sous-traitant doivent figurer clairement sur la facture, être en vigueur au moment où la facture a été délivrée et les services rendus ou les matériaux fournis doivent être décrits de manière conforme sur la facture.

Dans la mesure où l'une ou l'autre de ces exigences n'est pas remplie, Revenu Québec prétend que les CTI et RTI relatifs aux sous-traitants concernés peuvent être refusés à l'entreprise.

C'est principalement l'argument de « bonne foi » soulevé par Revenu Québec qui a fait l'objet de la décision dans l'affaire *Chapter One*, dans laquelle la Cour du Québec a donné raison au contribuable. Tous les contribuables et mandataires attendent donc avec impatience la décision de la Cour d'appel, pour savoir si la décision de la Cour du Québec sera maintenue, ce qui aurait probablement pour effet de mettre fin au test de

« bonne foi » proposé par Revenu Québec dans son *Bulletin d'interprétation* 201-1/R1.

La question de la « description des services ou des matériaux fournis » dans la facture pourrait être plus épineuse, puisque Revenu Québec semble interpréter d'une manière très restrictive les exigences légales et réglementaires touchant la description des services ou des matériaux fournis.

Il est notoire que beaucoup d'intervenants, en particulier dans le secteur de la construction, ne sont pas des fines plumes et nous voyons mal comment les dispositions légales invoquées par Revenu Québec pourraient justifier, à elles seules, le refus des CTI et des RTI qu'ils réclament, surtout que l'on observe que, lorsque les sous-traitants ne sont pas des délinquants, des factures rédigées à peu près de la même manière ne font pas l'objet d'une remise en question en ce qui a trait aux CTI et aux RTI, ce qui laisse supposer que c'est beaucoup plus l'identité du sous-traitant que la manière dont la facture a été rédigée qui sous-tend l'action entreprise par Revenu Québec.

Évidemment, dans la mesure où aucun service n'a été rendu, les cas de Catégorie 3 et de Catégorie 4 impliquent presque nécessairement le refus des CTI et des RTI.

En ce qui concerne les cas de Catégorie 4, les deux autorités fiscales ont généralement pour approche non seulement de refuser les CTI et les RTI, mais également de refuser la dépense à la société, en plus d'imposer un avantage à l'actionnaire, ce qui peut entraîner des coûts très importants.

Pour ce qui est de la Catégorie 3, en plus de refuser les CTI et les RTI, les autorités fiscales souhaitent généralement que l'entreprise dénonce les tiers qui ont finalement bénéficié des fonds en argent comptant, pour pouvoir imposer entre leurs mains les sommes en cause.

Si l'entreprise refuse d'identifier ces tiers ou encore ne dispose plus des informations nécessaires à cette identification, les autorités fiscales cherchent généralement à recouvrer de l'entreprise elle-même l'impôt qui aurait dû être payé par les tiers concernés, en procédant de diverses manières, incluant les suivantes :

a) refus de la dépense au niveau de la société;

b) imposition entre les mains de la société d'un montant équivalant à l'impôt que les tiers auraient dû payer;

c) imposition d'une appropriation de fonds entre les mains de l'actionnaire de la société.

En définitive, particulièrement dans les cas où la société ne peut pas déterminer à qui l'argent a été payé, les conséquences actuellement cotisées, tout au moins par Revenu Québec, sont presque les mêmes pour les cas de Catégorie 3 et de Catégorie 4, à savoir que les CTI et les RTI sont refusés, la dépense est refusée à la société et un avantage est imposé entre les mains de l'actionnaire.

Vous trouverez à l'Annexe 1 un tableau qui représente un calcul approximatif des charges totales qu'une telle procédure de cotisation peut entraîner. Ce tableau indique, en tenant compte du fédéral et du provincial, un montant représentant 1,6 fois le montant des factures d'accommodation qui pourrait être réclamé à l'entreprise et à son actionnaire, ce qui est très élevé dans la mesure où l'on avance, particulièrement pour les cas de Catégorie 3, que l'argent a effectivement été dépensé dans l'entreprise.

Comme il a été mentionné plus haut, Revenu Québec a mis sur pied un nouveau projet, qui est piloté par son Bureau de la Montérégie. Bien qu'il s'agisse d'un projet relativement récent, nos observations sont que Revenu Québec semble vouloir systématiser l'émission de cotisations semblables dans tous les dossiers, avec un faible désir de négocier des règlements.

À ce stade, les responsables des dossiers au Bureau de la Montérégie semblent considérer ce qui suit :

a) à partir du moment où une entreprise a fait affaire avec des sous-traitants que Revenu Québec reconnaît comme suspects, Revenu Québec prétend qu'il est impossible que des services aient été rendus et considère donc que les Catégories 1 et 2 n'existent pas;

b) Revenu Québec prétend donc que les seules catégories possibles sont les Catégories 3 ou 4;

c) Revenu Québec traite les dossiers selon la Catégorie 4, à moins que l'entreprise ne puisse déterminer à qui les sommes ont été versées.

Cette approche de cotisation ne semble pas tenir compte de divers facteurs, incluant les suivants :

a) le fait qu'une entreprise n'a pas remis ses taxes ou ses déductions à la source à Revenu Québec ne signifie pas nécessairement qu'elle n'avait pas de travailleurs et qu'elle n'a pas fourni de services;

b) au fil des ans, plusieurs sous-traitants « hybrides » se sont développés, à savoir des sous-traitants qui, dans certains cas, rendent des services véritables et, dans d'autres cas, fournissent des factures d'accommodation, de telle sorte que l'on ne peut pas présumer que ces sous-traitants ont fourni des factures d'accommodation à l'ensemble des entreprises avec lesquelles ils ont fait affaire;

c) l'émission de cotisations totalisant 1,6 fois les sommes dépensées, particulièrement dans le cas d'entreprises qui ont véritablement reçu des services, est susceptible non seulement de déstabiliser considérablement l'entreprise, mais de la placer dans une situation d'insolvabilité;

d) le montant de certaines cotisations émises est tellement considérable qu'il est peu probable que ces montants ne seront jamais récupérés;

e) si l'entreprise se trouve dans la Catégorie 1 ou dans la Catégorie 2 et qu'elle ne sait pas de quelle manière le sous-traitant a payé ses propres employés pour fournir les services qu'il a véritablement rendus, l'entreprise n'est pas en mesure de déterminer les personnes qui ont vraisemblablement été payées en argent comptant par le sous-traitant, de telle sorte que l'entreprise n'est pas en mesure de faire les représentations nécessaires pour s'exclure de la Catégorie 3;

f) par conséquent, même si elle devrait appartenir à la Catégorie 1 ou à la Catégorie 2, l'entreprise se retrouve automatiquement dans la Catégorie 4 et fait l'objet de cotisations substantielles de la part de Revenu Québec;

g) enfin, avant de refuser la dépense à l'entreprise et de cotiser un avantage entre les mains d'un actionnaire, aucune analyse n'est faite par Revenu Québec ou celui-ci fait peu d'analyse quant à la probabilité que, en réalité, il s'agisse d'une dépense non déductible et d'une appropriation de fonds. S'il est vrai, en général, que les autorités fiscales peuvent utiliser des présomptions pour cotiser, il n'en demeure pas moins qu'un travail de vérification de base devrait être effectué à cet effet, avant d'émettre des cotisations aussi importantes. Par exemple, si le refus des dépenses a pour effet d'augmenter le profit de l'entreprise concernée bien au-delà des ratios de rendement qui existent généralement dans son industrie et si les sommes considérables en jeu n'ont laissé aucune

incidence sur le train de vie de l'actionnaire, Revenu Québec ne devrait-il pas se poser des questions, avant d'émettre des cotisations aussi importantes, susceptibles d'avoir des conséquences graves sur la survie de l'entreprise et la solvabilité des contribuables en cause?

En plus de généralement montrer une très faible ouverture pour envisager que des services ont peut-être été véritablement rendus, Revenu Québec se réserve également une position de repli, dans les rares cas où l'entreprise est en mesure de convaincre Revenu Québec que le sous-traitant a véritablement fourni des services, lorsqu'il s'agit de main-d'œuvre qui a été fournie par le sous-traitant.

En effet, dans ces cas, compte tenu du fait que Revenu Québec prétend que le sous-traitant avait peu de ressources ou n'en avait pas pour gérer la main-d'œuvre dont il a fourni les services à l'entreprise, Revenu Québec a adopté l'attitude, dans certains dossiers, à savoir que le personnel fourni à l'entreprise par le sous-traitant était en réalité du personnel qui pouvait être considéré comme faisant partie des salariés de l'entreprise, de telle sorte que, dans ces cas, en plus de refuser les CTI et les RTI à l'entreprise, Revenu Québec entreprend ensuite une deuxième vague de vérification concernant les retenues à la source, à la suite de laquelle l'entreprise est susceptible de se faire réclamer les retenues à la source qui n'auraient pas été pratiquées par le sous-traitant sur la rémunération versée aux salariés concernés.

Il ne faut pas oublier, également, dans ces cas, que les cotisations de TPS et de TVQ, de même que les cotisations de retenues à la source, sont toutes payables immédiatement, même si l'entreprise a des motifs d'opposition à faire valoir à l'encontre de ces cotisations, ce qui ajoute à la pression financière considérable à laquelle l'entreprise fait face.

Les observateurs s'entendent généralement sur le fait que l'objectif principal visé par le stratagème des factures d'accommodation est de permettre aux entreprises de générer des fonds en argent liquide pour payer des salaires au noir. En effet, une pratique s'est malheureusement instaurée, principalement dans l'industrie de la construction, qui fait en sorte que les salariés exigent généralement d'être payés au noir, pour accepter de faire des heures supplémentaires.

Il s'agit malheureusement d'un problème d'industrie, qui découle de plusieurs facteurs, incluant les coûts très élevés de la rémunération versée aux livres, en tenant compte des diverses contributions qui doivent être payées, en plus du salaire versé à l'employé comme tel.

Certains entrepreneurs nous soulignent même que le problème est encore plus aigu dans les contrats gouvernementaux, puisque les prix sont négociés de manière extrêmement serrée, de telle sorte qu'il peut devenir virtuellement impossible de réaliser le contrat, sans recourir à du travail au noir ou à des sous-traitants moins honorables, qui réclament des tarifs moins élevés, probablement en raison du fait qu'ils ne respectent pas eux-mêmes leurs obligations fiscales ou paient eux-mêmes des salariés au noir.

Dans la mesure où il s'agit d'un problème d'industrie, il apparaît qu'il serait avantageux pour tous les intervenants que les gouvernements étudient la problématique dans son ensemble, pour en arriver à une solution concertée, au lieu de se livrer à une véritable campagne de répression contre les entrepreneurs concernés, en leur réclamant des sommes faramineuses, qu'ils ne seront probablement pas en mesure de payer en grande partie et que les autorités fiscales ne seront donc pas en mesure de récupérer.

CONCLUSION

En effet, dans la mesure où l'on avance que l'argent a, en définitive, été principalement dépensé dans l'entreprise et dans la mesure où l'on reconnaît que, s'il est répréhensible, le paiement de travailleurs au noir est un problème d'industrie, il apparaît extrêmement pénalisant de présenter à l'employeur visé une réclamation fiscale qui représente près de deux fois le montant des paiements concernés.

Les industries en cause devront probablement se mobiliser de manière très sérieuse au cours des prochains mois, puisque Revenu Québec semble déterminé à poursuivre dans cette veine, malgré la décision *Chapter One* de la Cour du Québec, qui avait sérieusement remis en question son approche fondée sur la « bonne foi ».

Il est également probable que l'Association de planification fiscale et financière sera appelée à jouer un rôle de premier plan pour tenter de permettre à toutes les parties concernées de rechercher une solution négociée, plutôt que de contraindre les entreprises à se lancer dans des contestations et des appels futiles, à l'encontre de cotisations qu'elles n'ont de toute manière pas les moyens de payer.

ANNEXE I

Exemple Catégorie 4 pour 1 M$ de factures

	Droits	**Intérêts et pénalités estimés**	**Total estimé**
TPS/TVQ	150 000 $	100 000 $	250 000 $
Impôt société	320 000 $	225 000 $	545 000 $
Impôt particulier	480 000 $	325 000 $	805 000 $
Appropriation	**950 000 $**	**650 000 $**	**1 600 000 $**

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE



François Barette
Avocat
Davies Ward Phillips
& Vineberg
s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Jacques Côté
Associé principal,
avocat
Ogilvy Renault
s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Bernard Gaudreau
Avocat, M. Fisc.
Ogilvy Renault
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS 45:3

1.1. L'AFFAIRE *KASTNER* C. *SMRQ* 45:3
1.2. L'AFFAIRE *TREMBLAY* C. *SMRQ* 45:5
1.3. L'AFFAIRE *BEAUCHEMIN* C. *LA REINE* 45:8

2. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS 45:10

2.1. L'ARRÊT *DION* C. *SMRQ* 45:10
2.2. L'AFFAIRE *SHIRAFKAN* C. *LA REINE* 45:12
2.3. L'ARRÊT *CANADA* C. *ADDISON & LEYEN LTD.* 45:15

3. LES PÉNALITÉS 45:17

3.1. L'AFFAIRE *BLOUIN* C. *LA REINE* 45:17
3.2. L'AFFAIRE *LE TREMBLE* C. *LA REINE* 45:19

4. L'IGNORANCE DE LA LOI PAR UN AVOCAT PEUT-ELLE CONSTITUER UNE IMPOSSIBILITÉ EN FAIT D'AGIR? 45:21

4.1. L'AFFAIRE *SMRQ* C. *HARVEY STEVER ET AIR SOL MÉCANIQUE INC.* 45:21

5. LE REMBOURSEMENT D'IMPÔT PROVINCIAL REÇU PAR LA CONTRIBUABLE FAISAIT-IL PARTIE DES BIENS DE LA FAILLITE? 45:24

5.1. L'AFFAIRE *MALLETTE SYNDICS ET GESTIONNAIRE INC.* C. *CHRISTIANE POIRIER* 45:24

6. DEMANDE PÉREMPTOIRE DE PRODUCTION DE DOCUMENTS PAR REVENU QUÉBEC 45:25

6.1. L'ARRÊT *SMRQ* C. *6217125 CANADA INC.* 45:25

1. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

1.1. L'AFFAIRE *KASTNER* C. *SMRQ*[1]

Dans cette affaire, la Cour du Québec devait déterminer si l'administrateur unique de La Compagnie de vêtement Blue Chip inc. (ci-après « Compagnie Blue Chip ») avait agi avec soin et diligence raisonnable dans le contexte où les opérations financières et fiscales de la compagnie étaient sous la responsabilité du contrôleur de l'entreprise.

Les faits

M. Kastner était le seul administrateur et actionnaire de la Compagnie Blue Chip, une entreprise qui œuvrait dans le domaine de la fabrication et de la vente de vêtements en denim.

Les responsabilités de M. Kastner au sein de l'entreprise se rapportaient exclusivement à la mise en marché et à la vente des produits fabriqués par et pour la Compagnie Blue Chip.

Ne détenant aucune formation en comptabilité ni en administration, M. Kastner embaucha M. Masood Khan à titre de contrôleur afin que celui-ci s'occupe de l'administration et de la gestion de son entreprise.

Une fois par semaine, M. Kastner rencontrait M. Khan pour faire le point sur les finances de la compagnie et pour s'assurer que toutes les taxes étaient payées.

En novembre 2001, alors que l'entreprise de M. Kastner éprouvait de sérieuses difficultés financières, les services de la firme Richter furent retenus afin que cette dernière procède à l'analyse de la situation financière de l'entreprise. Après quelques semaines, tous les intervenants ont réalisé que l'entreprise de M. Kastner perdait de plus en plus d'argent et qu'il fallait maintenant envisager la faillite.

Le 2 avril 2002, la Compagnie Blue Chip a déposé un avis d'intention, conformément à l'article 50.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[2] et la firme Friedman & Friedman a accepté d'agir comme syndic. Au moment du

---

1 C.Q. Montréal, n° 500-80-004347-051, 8 mars 2007, j. Vadboncœur.

2 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

dépôt de l'avis d'intention, M. Kastner obtint l'assurance, notamment de M. Khan, que toutes les taxes et les retenues à la source étaient payées et que la compagnie n'avait alors aucune dette fiscale.

À compter de la nomination de Friedman & Friedman à titre de syndic, ce dernier a pris l'entier contrôle de la compagnie : ni M. Kastner ni M. Khan n'auront accès aux livres de la compagnie ni ne seront consultés sur quelque aspect que ce soit de l'entreprise par le syndic.

Le 3 mai 2002, la compagnie fut réputée avoir fait cession de ses biens.

En octobre 2003, Revenu Québec avisait M. Kastner que la Compagnie Blue Chip avait fait défaut de payer la somme de 106 524,71 $ au ministère du Revenu du Québec et qu'il était tenu personnellement responsable de cette dette fiscale.

La question en litige

La question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si M. Kastner pouvait bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 24.0.2 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[3].

La décision

La Cour a jugé que M. Kastner avait fait preuve de tout le soin que l'on peut exiger d'un administrateur, eu égard à sa formation et à sa compétence, et qu'en conséquence, sa responsabilité ne pouvait être retenue dans les circonstances.

En effet, la preuve a démontré que :

i) M. Kastner et M. Khan tenaient une réunion hebdomadaire pour faire le point sur les finances de l'entreprise, permettant ainsi à M. Kastner de s'assurer que tout était en ordre et que les versements étaient faits;

ii) au moment de faire la proposition aux créanciers le 2 avril 2002, M. Kastner s'est assuré auprès de son contrôleur que toutes les taxes et les retenues à la source étaient payées;

---

[3] L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

iii) M. Kastner ne pouvait avoir connaissance que la compagnie faisait défaut de payer ses versements. En effet, il n'a eu connaissance de ce défaut que lorsqu'il a reçu la lettre du 1er octobre 2003 de Revenu Québec, soit environ un an et demi après que le syndic eut pris le contrôle des livres et de l'administration de la compagnie en avril 2002;

iv) lorsque l'omission de la compagnie a été mise à jour, M. Kastner n'avait plus le contrôle des affaires de son entreprise puisque le syndic avait tout pris en mains dès le 2 avril 2002.

Pour la juge Suzanne Vadboncoeur et suivant les enseignements de l'arrêt *Soper* c. *Canada*[4], la mise en place par M. Kastner d'une structure de compétence pour s'assurer d'une bonne et saine gestion et de la remise des taxes en temps voulu constitue une preuve de diligence raisonnable, proportionnelle à son propre niveau de compétence.

1.2. L'AFFAIRE *TREMBLAY* C. *SMRQ*[5]

Dans cette affaire, la Cour du Québec devait déterminer si les administrateurs de 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc. étaient responsables des taxes de vente perçues, mais non remises par ces dernières entre le 1er décembre 2002 et le 25 janvier 2003.

Cette affaire est particulièrement intéressante puisque l'un des arguments soulevés par le procureur de Revenu Québec reposait sur le fait que les administrateurs de 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc. ne pouvaient se prévaloir des dispositions prévues à l'article 24.0.2 L.M.R. en considérant que les taxes perçues n'avaient pas été versées dans un compte distinct tel qu'il est prescrit par les dispositions de l'article 20 L.M.R.

Les faits

MM. Laval Tremblay et Gilles Couët étaient actionnaires et administrateurs des sociétés 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc., lesquelles, avec d'autres sociétés, formaient le Groupe Chlorophylle, une entreprise qui œuvrait dans le domaine de la vente au détail de vêtements et d'équipement de plein air et possédait plusieurs boutiques au Québec.

---

4 [1998] 1 C.F. 124 (C.A.F.), par. 33 et 50.

5 C.Q. Chicoutimi, no 150-02-003690-053, 19 mars 2007, j. Bond.

En 1995, la Caisse Centrale Desjardins du Québec et la Caisse Populaire Desjardins Chicoutimi (ci-après « Desjardins ») concluaient avec le Groupe Chlorophylle une convention de crédit variable de 4,2 M$ visant à financer les activités de toutes les entreprises du groupe. Le financement consenti par Desjardins était cautionné par l'ensemble des entreprises du Groupe Chlorophylle, dont les sociétés 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc. et était garanti par les comptes clients et les stocks.

En septembre et novembre 2002, Desjardins mandatait M. Pierre Martin de la firme Raymond, Chabot, Grant, Thornton pour évaluer ses garanties afférentes à la marge de crédit consentie en faveur du Groupe Chlorophylle.

En décembre 2002, MM. Couët et Tremblay recevaient une lettre de Desjardins aux termes de laquelle cette dernière faisait état de ses insatisfactions à l'égard du crédit accordé et dénonçait le défaut en regard de la convention de crédit.

Le 27 janvier 2003, Desjardins, par l'entremise de ses avocats, transmettait aux sociétés 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc., à l'attention de Gilles Couët, une mise en demeure de paiement et un avis de mettre à exécution ses garanties.

Le même jour, Desjardins réduisait la marge de crédit du Groupe Chlorophylle à 2,6 M$ et en modifiait les conditions d'octroi.

Toujours le même jour, soit le 27 janvier 2003, les sociétés 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc. déposaient un avis d'intention de faire une proposition à leurs créanciers.

La proposition déposée par la société 2720574 Canada inc. fut acceptée par les créanciers en avril 2003 et homologuée par le Tribunal en mai 2003.

Quant à la société 3155552 Canada inc., elle fit faillite en avril 2003.

En avril 2003, Revenu Québec a obtenu des jugements contre 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc. concernant des taxes de vente perçues, mais non remises de 380 394 $ pour la période comprise entre le 1er décembre 2002 et le 25 janvier 2003.

En avril 2003, Revenu Québec émit des cotisations au nom de Gilles Couët et Laval Tremblay leur réclamant le paiement des taxes de vente perçues et impayées par les sociétés 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc.

La question en litige

La question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si MM. Couët et Tremblay pouvaient bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 24.0.2 L.M.R.

Pour Revenu Québec, le défaut de verser les taxes perçues dans un compte distinct empêche les administrateurs d'invoquer l'exonération prévue à l'article 24.0.2 L.M.R. Au surplus, en raison des indices financiers et sachant qu'ils étaient dans l'engrenage d'une fermeture, les administrateurs auraient dû mettre les taxes prélevées à l'abri.

Quant aux appelants, ils soumettent que les taxes de vente perçues par les sociétés 2720574 Canada inc. et 3155552 Canada inc. n'ont pu être remises à la date d'échéance prévue, soit le 28 janvier 2003, puisque Desjardins exerçait alors le contrôle des affaires financières, décidait des créances payables et des chèques à honorer.

La décision

D'emblée, la Cour a clairement indiqué que le fait de ne pas tenir un compte distinct pour les sommes déduites, retenues ou perçues n'entraîne pas automatiquement la négligence des administrateurs.

Pour la Cour, en faire une condition préalable ferait en sorte qu'aucune situation ne donnerait ouverture à examiner la possibilité d'exonération prévue par le législateur et annihilerait toute possibilité de plaider ce moyen de défense. En effet, si l'argent des taxes est dans un compte distinct, le sous-ministre prélève l'argent et aucun litige ne subsiste si ce n'est relativement au montant.

Par conséquent, le Tribunal conclut que l'obligation de tenir un compte distinct n'est pas une condition préalable à ce que les administrateurs puissent invoquer l'exonération.

La Cour poursuit son analyse en indiquant de quelle manière le critère d'exonération énoncé à l'article 24.0.2 L.M.R. doit être évalué.

Pour la Cour, cette évaluation doit se faire en utilisant des critères objectifs et subjectifs. Il faut déterminer si les administrateurs ont agi avec « un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable » permettant ainsi de se soustraire à leur responsabilité personnelle quant au paiement de taxes.

Cela s'entend par prendre des mesures raisonnables dans le contexte et non pas des mesures idéales.

Suivant la preuve présentée, la Cour a déterminé que les mesures imposées par Desjardins sur les finances du Groupe Chlorophylle empêchaient les administrateurs de pouvoir respecter leurs obligations envers Revenu Québec.

Selon la Cour, si la remise des taxes n'a pu être faite, c'est en raison de l'intervention intempestive de Desjardins qui contrôlait les finances et a refusé d'honorer le paiement de taxes bien que les rapports mensuels furent prêts, la comptabilité ordonnée et l'absence de retard constatée dans le paiement des taxes.

Par conséquent, la Cour a déterminé que les administrateurs avaient agi avec un degré de diligence raisonnable puisque la perte de gestion irréversible imposée par Desjardins était incontrôlable.

1.3. L'AFFAIRE *BEAUCHEMIN* C. *LA REINE*[6]

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a été de nouveau appelée à définir quels sont les éléments qui permettent de déterminer si une personne est un administrateur de fait d'une société.

Les faits

M[me] Suzanne Blanchard, conjointe de l'appelant, était, selon les registres de l'entreprise 9038-1765 Québec inc., l'unique actionnaire et administratrice.

Le 25 février 2002 et le 8 mai 2002, le ministre du Revenu national, par l'entremise de Revenu Québec, a émis des cotisations contre la compagnie 9038-1765 Québec inc. pour des montants de 37 992,75 $ et de 597,18 $ respectivement représentant la taxe nette non remise pour la période comprise entre le 1[er] février 1998 et le 31 octobre 2001 et celle comprise entre le 1[er] décembre 2001 et le 31 décembre 2001, le tout incluant les intérêts et pénalités.

Aucun avis d'opposition n'a été produit par la compagnie 9038-1765 Québec inc.

---

6 C.C.I. n[o] 2004-4382 (G.S.T.) G, octobre 2006, j. Bédard.

Le 10 décembre 2003, le ministre du Revenu national, par l'entremise de Revenu Québec, émettait une cotisation à l'encontre de M. Daniel Beauchemin sur la base que ce dernier était un administrateur de fait de la compagnie 9038-1765 Québec inc. pendant les périodes où cette dernière était tenue de verser la taxe aux autorités fiscales.

La question en litige

La seule question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si M. Daniel Beauchemin était un administrateur de fait de la compagnie 9038-1765 Québec inc. pendant la période en litige.

La décision

L'appel de M. Beauchemin a été accueilli sur la base qu'il n'était pas un administrateur de fait.

D'emblée, la Cour canadienne de l'impôt a rappelé que la notion d'administration de fait fut définitivement reconnue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Wheeliker* c. *Canada*[7]. Pour la Cour, une personne sera considérée comme un administrateur de fait si :

i) elle usurpe cette fonction en posant des actes normalement réclamés ou réservés aux administrateurs d'une société en vertu de la loi constitutive de la société concernée : par exemple, participer aux réunions du conseil d'administration, signer des résolutions du conseil, etc.;

ii) elle se présente à des tiers comme un administrateur de la société concernée.

En l'espèce, la preuve a démontré que M^me^ Blanchard, en sa qualité d'administratrice de la compagnie 9038-1765 Québec inc., avait délégué à son conjoint, M. Beauchemin, la gestion quotidienne des activités de la compagnie. Ainsi, M. Beauchemin gérait le personnel, l'approvisionnement des entrepôts, les relations avec les fournisseurs, les relations gouvernementales et la tenue des livres de la compagnie, mais toujours sous sa supervision et selon ses directives.

Dans le cadre de l'exercice de ses fonctions de gérant, M. Beauchemin n'avait aucun contrôle quant aux remises des sommes dues et exigibles aux

---

7 [1999] A.C.F. n^o^ 401.

termes des lois fiscales. Tout au plus, M. Beauchemin préparait les déclarations liées aux remises des sommes dues et exigibles en vertu des lois fiscales, les signait et les produisait non sans avoir obtenu l'autorisation de M^me^ Blanchard. C'est M^me^ Blanchard qui exerçait tous les droits liés au contrôle des entrées et des sorties de fonds de la compagnie.

2. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS

2.1. L'ARRÊT *DION* C. *SMRQ*[8]

Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si M^me^ Dion était responsable de la dette fiscale de son mari du fait d'avoir reçu, dans son compte bancaire, la rémunération de son mari provenant de sa pratique médicale. Il importe de souligner qu'à même ces sommes, M^me^ Dion payait les dépenses professionnelles de son mari, l'impôt, les besoins de la famille et l'hypothèque.

Les faits

À l'époque de leur mariage en 1972, M^me^ Dion et M. Fortier ont souscrit à un contrat prévoyant le régime de la séparation de biens aux termes duquel M. Fortier avait l'obligation de supporter les charges familiales.

En 1976, année de naissance de leur premier enfant, M^me^ Dion et M. Fortier achètent une maison à Jonquière et M^me^ Dion décide de quitter le marché du travail pour notamment s'occuper de l'administration courante de la famille, permettant ainsi à M. Fortier de se consacrer entièrement à sa profession et à certaines activités extérieures.

En 1982, M. Fortier donne la maison à M^me^ Dion afin d'équilibrer le patrimoine familial et M. Fortier s'engage à rembourser l'hypothèque et à payer les autres frais.

Jusqu'en 1983, M^me^ Dion administre le budget familial à partir d'un compte ouvert au nom de M. Fortier, ce qui complique un peu la situation lorsqu'elle veut obtenir certaines informations. Pour faciliter les choses, M^me^ Dion devient, cette année-là, titulaire du compte 587 auprès de la Banque de Montréal. M. Fortier est pour sa part titulaire du compte 298.

---

8 [2007] Q.C.C.A. 434.

Dans les faits, M. Fortier alimente le compte 587 de son épouse avec la rémunération versée par la Régie de l'assurance maladie du Québec. Par la suite, M^me^ Dion effectue divers paiements correspondant aux besoins de la famille, aux dépenses professionnelles de son mari et à l'impôt.

Suivant les instructions de son mari, M^me^ Dion transfère aussi de nouveau des montants dans les autres comptes de M. Fortier à la Caisse populaire de Kénogami, à la Caisse populaire de Bagotville, à la Banque Nationale du Canada et à la Banque de Montréal. Cette façon de procéder se poursuivra jusqu'en 2003.

En février 1997, M. Fortier a souscrit un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») de 10 000 $ au nom de son épouse, et ce, dans le but de diversifier ses placements et, encore une fois, d'équilibrer le patrimoine familial.

Le 8 mai 1998, M. Fortier dépose une cession de biens, ce qui amène la nomination de Ginsberg Gingras à titre de syndic.

Le 19 novembre 1998, Revenu Québec transmet au syndic une preuve de réclamation totalisant 75 904 $. Le 7 novembre 2000, Revenu Québec transmet au syndic une preuve de réclamation amendée, totalisant 89 057 $.

Le 15 décembre 2000, le syndic reçoit une opinion juridique selon laquelle M^me^ Dion s'est fait transporter dans son compte 587, un an avant la faillite, des montants totalisant 134 000 $ provenant de M. Fortier et recommandant l'institution d'un recours en réclamation contre la cessionnaire qui paraît solvable.

Le 28 août 2002, Revenu Québec transmet à M^me^ Dion une demande de paiement d'une dette fiscale, prétendant que M. Fortier lui aurait « cédé ou transféré » de l'argent. M^me^ Dion est alors informée que Revenu Québec tente d'établir contre elle une cotisation.

Le 20 novembre 2002, Revenu Québec fait parvenir une cotisation à M^me^ Dion basée sur les articles 14.4 et suivants L.M.R.

La décision de la Cour du Québec

En ce qui concerne les dépôts d'argent dans le compte bancaire de M^me^ Dion, la Cour conclut que la position de Revenu Québec présentait un vice fondamental en ce qu'elle ne tenait pas compte du partage des tâches

convenu entre les deux époux depuis 1976, soit bien avant la faillite de M. Fortier.

Pour la Cour, il n'y a pas eu de véritables « transferts » d'argent entre les deux époux. M^me^ Dion était titulaire du compte dans lequel les paiements de la Régie de l'assurance maladie du Québec étaient versés, mais elle n'était pas, dans les faits, la propriétaire de ces fonds. M^me^ Dion agissait comme mandataire de son mari à l'égard de ces fonds, selon une entente qui précédait de plusieurs années la période de difficultés financières qu'allait connaître M. Fortier.

Quant au REÉR, la Cour conclut qu'il ne s'agissait pas d'un transfert visé à l'article 14.4 L.M.R. puisqu'à la date de la souscription, soit le 28 février 1997, il n'y avait pas d'endettement fiscal de la part de M. Fortier et qu'au surplus, M^me^ Dion effectuait des tâches de comptabilité pour son mari.

Enfin, le juge Pierre Lortie n'a pas manqué de souligner la position contradictoire défendue par Revenu Québec : devant la Cour du Québec, il plaide que les REÉR font partie du patrimoine de M^me^ Dion alors que devant la Cour supérieure, il plaide que les REÉR sont des biens acquis par M. Fortier et qu'ils appartiennent au syndic. Pour le juge Pierre Lortie, Revenu Québec court juridiquement deux lièvres à la fois.

La décision de la Cour d'appel

La Cour d'appel confirma le jugement rendu par la Cour du Québec.

2.2. L'AFFAIRE *SHIRAFKAN* C. *LA REINE*[9]

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si la contribuable, Razieh Shirafkan, devait être tenue responsable de l'impôt et des taxes dus par son mari à la suite du transfert par son mari de la résidence familiale.

Les faits

M^me^ Shirafkan et son mari se sont mariés en Iran en 1978. À ce moment, le mari avait convenu de payer à M^me^ Shirafkan la somme d'un million de rials iraniens et 750 pièces en or Bahar Azadi en considération du mariage. À

[9] C.C.I. n^o^ 2006-588 (G.S.T.) I, mai 2007, j. Bowie.

la suite d'un divorce, M^me^ Shirafkan et son mari se sont mariés de nouveau en 1988. Une fois de plus, le mari s'est engagé à payer un million de rials iraniens. Peu de temps après le second mariage, le couple a immigré au Canada.

En 1992, le beau-frère de M^me^ Shirafkan a transféré sa résidence au mari de M^me^ Shirafkan moyennant la prise en charge d'une hypothèque substantielle. M^me^ Shirafkan, son mari et leurs enfants y résident depuis ce temps.

Entre les années 1992 et 1997, le mari de M^me^ Shirafkan a été sans emploi sauf pour quelques mois. Pendant ce temps, M^me^ Shirafkan a suivi des cours afin de travailler comme coiffeuse et s'est occupée de boucler les fins de mois en empruntant de l'argent à sa famille en Iran. Ces emprunts étaient de l'ordre de 12 000 à 15 000 $ par année. En plus de ces emprunts, le salaire de M^me^ Shirafkan a également servi à pourvoir aux besoins de la famille ainsi qu'à payer l'hypothèque sur la résidence.

En 1994, M^me^ Shirafkan fut victime d'un accident d'automobile. À la fin de 1997, elle reçut une compensation monétaire de 48 000 $ pour cet accident. La presque totalité de cette somme a été investie directement par M^me^ Shirafkan dans l'équité de la résidence ou bien utilisée pour les dépenses familiales.

En mars 1998, M^me^ Shirafkan et son mari ont convenu que la résidence familiale revenait à M^me^ Shirafkan en raison de sa contribution dans l'équité de la résidence et des charges familiales qu'elle avait acquittées au fil des ans.

Entre les années 1998 et 2002, M^me^ Shirafkan s'est occupée des enfants et a vu aux dépenses familiales alors que son mari a été en Iran pendant plusieurs mois.

En 2002, le mari a acheté une entreprise connue sous le nom de Nathalie's Pizza à laquelle M^me^ Shirafkan a contribué pour une somme de 7 000 $. Elle a aussi fourni une ligne de crédit à l'entreprise et elle a travaillé dans cette dernière lors des deux années suivant l'achat.

Le 3 septembre 2004, M^me^ Shirafkan reçoit finalement, par contrat, la résidence familiale de son mari en contrepartie d'une somme fixée à 220 000 $.

La question en litige

La question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si M^me^ Shirafkan a donné une contrepartie financière adéquate à son mari pour le transfert de la résidence familiale afin d'éviter sa responsabilité en vertu de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[10] et de l'article 325 de la *Loi sur la taxe d'accise*[11].

La décision

Étant donné qu'aucun montant d'argent n'a changé de main lors du transfert de la résidence familiale, le juge Bowie indiqua qu'il fallait d'abord déterminer quelle était l'équité du mari dans la résidence familiale au 3 septembre 2004 et ensuite voir quel était le montant de la dette due à M^me^ Shirafkan par le mari à cette date.

Selon la preuve présentée à l'audition, au moment du transfert de la résidence, la valeur de la résidence correspondait à 314 000 $ et l'équité sur la résidence était d'environ 157 000 $ de telle sorte que l'équité attribuable au mari de M^me^ Shirafkan était de 78 500 $.

Suivant la preuve présentée lors de l'audition, il existait une intention commune pour M^me^ Shirafkan et son mari à ce que la résidence devienne la propriété de M^me^ Shirafkan, et ce, en raison principalement des paiements hypothécaires et des contributions familiales que M^me^ Shirafkan a effectués au fil des années. De plus, le juge Bowie accepta la preuve selon laquelle M^me^ Shirafkan et son mari avaient pour intention d'éteindre ou de réduire la dette existante entre eux au moment du transfert de la résidence.

Conséquemment, la Cour conclut que M^me^ Shirafkan avait versé une contrepartie au moins égale à la valeur de l'équité que possédait son mari au moment du transfert de la résidence avec la conséquence que les dispositions prévues à l'article 160 L.I.R. n'étaient pas applicables en l'espèce.

---

10 L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

11 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

2.3. L'ARRÊT *CANADA* C. *ADDISON & LEYEN LTD.*[12]

Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada devait déterminer si les contribuables pouvaient demander un contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu d'user de son pouvoir discrétionnaire afin d'établir des cotisations fondées sur l'article 160 L.I.R.

Les faits

En 1989, les intimés, qui étaient alors, directement ou indirectement, actionnaires de la société York Beverages (1968) Ltd. (ci-après « York »), laquelle avait vendu son entreprise d'embouteillage l'année précédente, ont vendu leurs actions dans York à la société Synergy Inc. (ci-après « Synergy »).

Dans le cadre de cette transaction, Synergy prévoyait utiliser les liquidités de York pour acquérir des données sismiques et réduire à zéro l'obligation fiscale de York.

Entre la vente de l'entreprise d'embouteillage et celle des actions de York, les intimés ont reçu divers paiements de York, notamment à titre de dividendes, d'allocations de présence d'administrateurs et de remboursement de prêt.

En 1992, ayant déterminé que les données sismiques avaient été surévaluées, le ministre du Revenu a établi une nouvelle cotisation à l'égard de York pour son année d'imposition 1989. La nouvelle cotisation s'élevait à 3 247 074,05 $, y compris les pénalités et intérêts.

York a déposé un avis d'opposition. Le ministre n'y a jamais donné suite, et York n'a jamais interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

Jugeant qu'il ne recouvrerait rien de York, le ministre a envoyé aux intimés, en février 2001, des avis de cotisation fondés sur l'article 160 L.I.R., leur réclamant, à titre solidaire, la totalité de l'obligation fiscale de York jusqu'à concurrence des paiements qu'ils avaient reçus de la société en 1988 et 1989. La somme réclamée s'établissait à plus de 6 M$ avec les intérêts en 2001.

---

12 [2007] C.S.C. 33.

Les intimés ont déposé des avis d'opposition en mai 2001. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») n'y a jamais donné suite, et les intimés ne se sont jamais pourvus en appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

En 2005, les intimés ont demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Couronne d'user de son pouvoir discrétionnaire d'établir à leur encontre des cotisations fondées sur l'article 160 L.I.R. Ils ont fait valoir que le long délai d'établissement de la cotisation était abusif, qu'il les empêchait de contester valablement la validité de la cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt et qu'il les privait de toute possibilité de se faire indemniser par le premier contribuable.

À la suite de la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimés, la Couronne a présenté une requête en radiation de leur demande de contrôle judiciaire.

La Cour fédérale a fait droit à la requête présentée par la Couronne. La Cour conclut que les intimés n'étaient pas admis à demander un contrôle judiciaire et qu'ils pouvaient et auraient dû exercer d'autres recours.

La Cour d'appel fédérale a infirmé à la majorité le jugement de la Cour fédérale. La Cour d'appel fédérale a estimé que la Cour fédérale avait compétence en l'espèce et que la requête ne satisfaisait pas au critère applicable en matière de radiation. Elle a jugé que l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations conféré par l'article 160 L.I.R. pouvait faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire.

La question en litige

La question en litige telle qu'elle est décrite par la Cour suprême est la suivante :

> « […] la Cour doit décider s'il est possible de se prévaloir du recours en contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, pour contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations conféré au ministre par l'art. 160 de la *LIR*. C'est une question qui dépend, en fin de compte, de l'interprétation de l'art. 160[13]. »

---

13 *Id*., par. 7.

La décision

D'emblée, la Cour indiqua que le recours au contrôle judiciaire demeure possible dans la mesure où la question n'est pas autrement susceptible d'appel ou en cas d'abus de pouvoir, notamment à cause de délais abusifs.

Toutefois, en l'espèce, la Cour estime qu'il n'est pas possible de recourir au contrôle judiciaire.

Pour la Cour, l'interprétation que la majorité de la Cour d'appel fédérale donne à l'article 160 L.I.R. équivaut à ajouter dans cette disposition un délai de prescription qui n'y figure tout simplement pas. Le ministre peut en tout temps établir une nouvelle cotisation à l'égard d'un contribuable.

En raison du terme « en tout temps » à l'article 160 L.I.R., la longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir une cotisation à l'égard d'un contribuable ne suffit pas à fonder un contrôle judiciaire, sauf, peut-être, s'il s'agit d'autoriser un recours comme le *mandamus* pour inciter le ministre à faire preuve de diligence raisonnable une fois l'avis d'opposition déposé.

L'article 160 L.I.R. prévoit clairement que le ministre peut établir une nouvelle cotisation « en tout temps ». La longueur du délai écoulé avant l'établissement d'une cotisation ne suffit donc pas à former validement un contrôle judiciaire tel qu'il a été demandé par les intimés. Il ne saurait donc y avoir abus de pouvoir de la part de l'ARC dans ces circonstances.

3. LES PÉNALITÉS

3.1. L'AFFAIRE *BLOUIN* C. *LA REINE*[14]

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt devait déterminer, dans un premier temps, si l'appelant s'était approprié un montant de 624 277 $ de la société Les Constructions Roger Blouin Inc. (ci-après « Société ») et, dans un deuxième temps, si l'ARC avait valablement imposé à l'appelant la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R.

Les faits

M. Blouin est l'unique administrateur et actionnaire de la Société, et ce, depuis sa constitution.

---

[14] C.C.I. n° 2005-529 (IT) G, septembre 2006, j. Bédard.

Le 2 juillet 1985, la société Garantie, Compagnie d'assurance d'Amérique (ci-après « Garantie ») et la Société Immobilière du Québec (ci-après « SIMQ ») octroyaient à la Société un contrat visant à continuer et parachever les travaux de construction commencés par une autre entreprise qui était alors dans l'impossibilité de les achever.

La Société a terminé les travaux de construction liés à ce contrat le ou vers le 29 décembre 1987.

À partir de ce moment, la Société a pratiquement cessé l'exploitation de son entreprise puisqu'elle n'avait plus les ressources financières pour continuer.

De la fin des travaux jusqu'au 19 juin 1991, la Société a entrepris des démarches pour récupérer de la Garantie et de la SIMQ les sommes qui lui étaient dues dans le cadre de l'exécution du contrat qui lui avait été octroyé.

Étant donné que les négociations avec la Garantie et la SIMQ ne menaient à rien, la Société intentait le 19 juin 1991 une poursuite en recouvrement contre ces deux sociétés pour un montant de 1 097 683 $.

Dans le but de protéger sa réputation auprès des fournisseurs et banquiers de la Société et auprès d'autres acteurs œuvrant dans le domaine de la construction, M. Blouin aurait pris en charge la responsabilité de payer plusieurs dettes de la Société. Le montant total de ces dettes était d'environ 600 000 $.

En mars 1997, la Société recevait un montant net de 624 277 $ dans le cadre d'un règlement hors cour, c'est-à-dire 720 000 $ moins les honoraires professionnels des procureurs de la Société. L'appelant déposait un chèque de 624 277 $ dans son compte de banque personnel le 29 mars 1997.

Ni la Société ni l'appelant n'ont déclaré le revenu de 720 000 $ provenant du règlement hors cour lié à la poursuite en recouvrement. L'appelant a expliqué qu'à aucun moment il n'avait pensé que la Société devait déclarer le revenu provenant du règlement hors cours lié à la poursuite en recouvrement. Il a ajouté qu'il n'avait même pas pensé à consulter ses comptables pour savoir comment la société devait traiter le chèque provenant de ce règlement hors cour.

Décision de la Cour canadienne de l'impôt

La Cour conclut que M. Blouin, en encaissant le chèque de 624 277 $ tiré à l'ordre de la Société, s'était approprié ce montant de la Société et qu'ainsi, il avait reçu un avantage en tant qu'actionnaire au sens du paragraphe 15(1) L.I.R. Pour la Cour, les assertions de M. Blouin quant au paiement de certaines dettes de la Société sont invraisemblables et non crédibles.

Quant à l'imposition de la pénalité, la Cour rappela qu'il incombe au ministre d'établir les faits qui justifiaient l'imposition des pénalités, c'est-à-dire, en l'occurrence, de prouver que le contribuable a fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration de revenus et que ce faux énoncé ou cette omission a été fait sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde.

Le fardeau du ministre n'est pas de fournir une preuve hors de tout doute raisonnable, mais simplement une preuve selon la prépondérance des probabilités.

Par ailleurs, de façon générale, le ministre ne peut pas s'acquitter de son fardeau de la preuve en soulevant seulement le fait que le contribuable avait été incapable de réfuter la cotisation.

Dans la présente, la Cour conclut que le ministre s'était acquitté de son fardeau de preuve et était en droit d'imposer la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R. puisque M. Blouin a fait une omission volontaire d'une ampleur inouïe.

3.2. L'AFFAIRE *LE TREMBLE* C. *LA REINE*[15]

Cette affaire concerne un appel interjeté à l'encontre de cotisations se rapportant aux années d'imposition 2000 et 2001 de la contribuable et dont l'objet vise essentiellement l'imposition de pénalités en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R.

Les faits

À la suite d'une vérification basée sur la méthode des dépôts, l'ARC a déterminé que l'appelante avait omis de déclarer des revenus.

---

15 C.C.I. n° 2006-1354 (IT) I, octobre 2006, j. Tardif.

L'appelante a reconnu comme avérés les écarts obtenus par l'ARC.

De plus, l'appelante a également reconnu que les sommes éludées représentaient respectivement 72 % et 134 % de ses revenus nets déclarés provenant de l'exercice de sa profession de psychologue pour les années d'imposition en cause.

Au soutien de son appel, l'appelante a présenté essentiellement trois arguments.

Premièrement, elle a affirmé qu'elle n'avait aucune connaissance quant à la façon de comptabiliser les revenus qu'elle devait déclarer. Elle a indiqué qu'elle percevait ses honoraires et les déposait dans son compte de banque sans jamais s'interroger quant au montant total que cela représentait. Elle déposait le montant des honoraires qu'elle recevait et, dans la mesure où les dépôts lui permettaient de faire face aux diverses dépenses, tant de nature personnelle que professionnelle, elle ne se posait pas d'autres questions.

Deuxièmement, elle a affirmé que tout ce qui concernait la comptabilité de ses revenus ne l'intéressait pas; tout ce qui comptait était d'avoir suffisamment de revenus pour faire face à ses obligations. Elle n'avait ni l'intérêt, ni les connaissances, ni la volonté de comprendre, ni le temps pour ce faire compte tenu des exigences de sa charge de travail. Elle plaçait les documents qu'elle croyait importants dans un sac de plastique; elle en remettait le contenu à une comptable qui remplissait ses déclarations de revenus.

Troisièmement, étant donné qu'elle a collaboré lors de la vérification et fourni tous les documents pertinents, l'appelante fait valoir que la Cour devrait tenir compte de cette collaboration et annuler les pénalités.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

D'emblée, la Cour indique que le fait de ne pas s'intéresser au traitement fiscal de ses revenus, de ne pas le comprendre ou même de ne pas vouloir le comprendre n'est pas, en soi, répréhensible.

Cependant, si le contribuable est ignorant ou désintéressé au point où il omet de communiquer certains documents et renseignements essentiels, il s'expose à des problèmes sérieux pouvant entraîner l'établissement de nouvelles cotisations et l'imposition de lourdes pénalités.

Pour la Cour, l'ignorance et l'inexpérience ne sont pas des excuses recevables puisque toute personne doit déclarer la totalité de ses revenus.

En l'espèce, la vérification des livres de dépôts de l'appelante a révélé des écarts substantiels entre les revenus déclarés et les revenus réels, évalués respectivement par l'ARC à 72 % pour l'année d'imposition 2001 et à 134 % pour l'année d'imposition 2002. Il s'agit d'écarts considérables entre les revenus déclarés et les revenus réels.

Le fait d'être mal à l'aise avec tout ce qui concerne l'impôt, l'ignorance, l'absence d'intérêt et la surcharge de travail de l'appelante n'atténuent en rien son devoir de déclarer la totalité de ses revenus. Faute de pouvoir respecter cette obligation par ses propres moyens, il lui incombait de trouver une personne qualifiée qui aurait mis en place un système comptable tel qu'il aurait permis que la totalité de ses revenus soit déclarée.

Cette omission constitue en soi une faute lourde justifiant le bien-fondé des pénalités. Souscrire aux explications et excuses de l'appelante pour justifier l'annulation des pénalités aurait pour effet de limiter l'application de la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R. aux seules situations où le contribuable a expressément voulu dissimuler des revenus.

4. L'IGNORANCE DE LA LOI PAR UN AVOCAT PEUT-ELLE CONSTITUER UNE IMPOSSIBILITÉ EN FAIT D'AGIR?

4.1. L'AFFAIRE *SMRQ* C. *HARVEY STEVER ET AIR SOL MÉCANIQUE INC.*[16]

Dans cette affaire, les requérants, M. Harvey Stever et la compagnie Air Sol mécanique inc., demandaient à la Cour du Québec d'être relevés du défaut d'inscrire pour enquête et audition dans les délais prévus par la loi, soit dans le délai de 180 jours.

Les faits

Les faits de cette affaire sont relativement simples.

Lors de l'audition de la requête pour être relevé de son défaut d'avoir inscrit les requêtes en appel de cotisation pour enquête et audition, l'avocat

---

16 [2006] Q.C.C.Q. 14058.

des requérants a admis qu'il ignorait les dispositions de la *Loi sur le ministère du Revenu*.

Pour l'avocat des requérants, les requêtes en appel de cotisation devaient être traitées comme un avis d'appel devant la Cour d'appel du Québec et après avoir signifié et déposé lesdites requêtes en appel de cotisation au greffe de la Cour, il s'attendait à être convoqué pour une audition.

La conséquence de la croyance erronée de l'avocat des requérants, voire de son ignorance de la loi, est qu'après avoir reçu la comparution de l'avocat de Revenu Québec, il attendait d'être convoqué pour audition.

En mai 2006, l'avocat des requérants recevait une lettre de l'avocat de Revenu Québec l'invitant à signer des avis de désistement étant donné que les requêtes en appel de cotisation n'avaient pas été inscrites pour enquête et audition dans le délai de rigueur.

Surpris par cette correspondance, l'avocat des requérants a immédiatement vérifié ses dossiers pour constater qu'à la suite de la signification des requêtes en appel de cotisation de ses clients, il n'y a eu qu'une comparution le 2 décembre 2003 par Veillette et associés, et depuis il n'y a eu aucune procédure utile versée aux dossiers.

Réalisant son défaut et le risque de perte de droit pour ses clients, il a formulé sans délai les **requêtes pour être relevé du défaut d'inscrire**.

À l'examen des procédures d'appel de cotisations des requérants, on constate qu'elles sont intitulées « requête en appel du demandeur » et qu'il y a une référence dans le titre aux articles 93.1.10 et 93.1.17 L.M.R. Ces requêtes ne sont accompagnées d'aucun avis, ni de celui requis par l'article 119 du *Code de procédure civile*[17] ni d'un quelconque avis de présentation.

Depuis la production de comparutions par Revenu Québec, aucune procédure utile n'a été déposée aux dossiers ni par les requérants ni par l'intimé.

La décision de la Cour du Québec

La Cour du Québec accueillit les requêtes des requérants visant à être relevés de leur défaut d'inscrire dans le délai de 180 jours.

---

[17] L.R.Q., c. C-25.

Dans son jugement, le juge Pokomandy a déterminé que le comportement de Revenu Québec dans la présente affaire a contribué au long délai écoulé entre la signification des requêtes en appel de cotisations et celui de la signification des requêtes pour être relevé du défaut d'inscrire pour enquête et audition.

Le juge Pokomandy s'est exprimé ainsi :

> « [36] En effet, les nouvelles dispositions du *Code de procédure* imposent aux parties l'obligation de se contacter et se parler pour élaborer, entre autres, l'échéancier.
>
> [37] L'article 151.1 C.p.c. impose aux deux parties, autant la partie demanderesse que la partie défenderesse, l'obligation *de négocier une entente sur le déroulement de l'instance … et établissant le calendrier des échéances*.
>
> [38] Dans les présentes affaires, si la partie défenderesse avait accompli ce que le code prescrit au lieu de rester tapie pendant plus de deux ans après avoir produit sa comparution, il est certain que l'omission de respecter les formalités aurait été rapidement découverte et les requérants auraient pu remédier à la situation.
>
> [39] Non seulement le représentant du sous-ministre du Revenu qui, on peut le présumer, connaissait la loi en cause et la procédure à suivre, n'a pas communiqué avec la partie requérante pour négocier l'échéancier, mais il a aussi, en contravention de la règle spéciale de l'article 93.1.19.2. de la *Loi sur le ministère du Revenu*, omis de produire une défense par écrit et la signifier dans les 60 jours de la date indiquée dans l'avis prévu à l'article 119 C.p.c. ou dans un autre délai que les parties auraient pu convenir.
>
> [40] Étant donné que cette loi prescrit que la contestation doit se faire par écrit, loi que le sous-ministre du Revenu serait mal venu de prétendre ignorer, au lieu de bouger, il apparaît que le sous-ministre a plutôt préféré laisser écouler les délais, préférant éventuellement être taxé aussi de négligence plutôt que de faire réaliser à l'autre partie en temps opportun le défaut de sa démarche. »

L'analyse de la Cour d'appel

La Cour d'appel confirma les conclusions du juge de première instance et précisa que toute erreur de l'avocat, qu'elle résulte de son ignorance ou de sa négligence, même grossière, peut permettre à une partie d'être relevée de son défaut.

5. LE REMBOURSEMENT D'IMPÔT PROVINCIAL REÇU PAR LA CONTRIBUABLE FAISAIT-IL PARTIE DES BIENS DE LA FAILLITE?

5.1. L'AFFAIRE *MALLETTE SYNDICS ET GESTIONNAIRE INC. C. CHRISTIANE POIRIER*[18]

Dans cette affaire, la Cour supérieure était saisie d'une requête en annulation de la libération de la débitrice, en l'espèce M^me^ Poirier, vu le défaut de cette dernière de remettre au syndic le remboursement d'impôt provincial qu'elle a reçu.

Les faits

M^me^ Poirier a fait cession de ses biens entre les mains du syndic requérant le 23 avril 2004.

Le 24 janvier 2005, M^me^ Poirier était libérée automatiquement de sa faillite.

Le 31 janvier 2005, le syndic transmettait à M^me^ Poirier copie de ses déclarations fiscales pour les années 2003 et 2004 auxquelles il avait joint une lettre lui indiquant que le remboursement d'impôt provincial qu'elle recevrait devait lui être acheminé puisqu'il fait partie des actifs à être distribués à ses créanciers.

Le 1^er^ février 2005, M^me^ Poirier reçoit le chèque de remboursement de Revenu Québec de 9 776,99 $. Le montant est déposé par elle, le même jour, dans son compte à la Caisse Populaire Desjardins de Tracadièche.

Quelques jours après le dépôt de son chèque de remboursement, M^me^ Poirier a téléphoné à son comptable et celui-ci lui a mentionné que le remboursement était insaisissable et qu'elle n'avait pas à le remettre au syndic.

Des démarches sont entreprises par le syndic pour recouvrer le remboursement en question, mais la situation perdure.

Le 21 décembre 2005, une mise en demeure est adressée à M^me^ Poirier par les avocats du syndic aux termes de laquelle elle est informée qu'à défaut

---

18 [2007] Q.C.C.S. 274.

de remboursement, ils demanderont l'annulation de sa libération. La requête en annulation de sa libération est finalement signifiée à M^me^ Poirier le 16 mars 2006.

La décision de la Cour supérieure

Étant donné que l'article 33 L.M.R. prévoit que toute somme due par l'État à l'égard d'une loi fiscale à titre de remboursement est incessible et insaisissable, il est clair pour la Cour que le remboursement fiscal ne peut être saisi entre les mains de l'État.

Ni le syndic ni les tribunaux ne sauraient obliger Revenu Québec à verser les remboursements d'impôt préfaillite à quelqu'un d'autre qu'au contribuable.

Néanmoins, une fois le remboursement effectué par les autorités fiscales québécoises, celui-ci devient saisissable et, par le fait même, devient un bien de l'actif à être distribué par le syndic aux créanciers du failli.

En effet, l'article 33 L.M.R. prévoit l'incessibilité et l'insaisissabilité des « sommes dues » par l'État, protégeant ainsi seulement le droit au remboursement fiscal. Une fois ce droit éteint, c'est-à-dire une fois les sommes effectivement remboursées par l'État au contribuable, elles perdent leur caractère incessible et insaisissable.

Conséquemment, à la réception du montant de 9 776,99 $, M^me^ Poirier devait donc en faire remise au syndic.

6. DEMANDE PÉREMPTOIRE DE PRODUCTION DE DOCUMENTS PAR REVENU QUÉBEC

6.1. L'ARRÊT *SMRQ C. 6217125 CANADA INC.*[19]

Dans cette affaire inusitée, la Cour d'appel du Québec était saisie d'un appel de Revenu Québec à l'encontre d'un jugement de la Cour du Québec ayant rejeté une requête pour ordonnance de production de documents en vertu de l'article 39.2 L.M.R.

---

19 [2007] Q.C.C.A. 306.

Les faits

Revenu Québec détenait une créance contre 9037-1832 Québec Inc. (ci-après « 9037 ») qui exploitait un complexe immobilier. Revenu Québec avait obtenu un jugement condamnant 9037 à lui payer cette créance mais 9037 a vendu ce complexe immobilier à 6217125 Canada Inc. (ci-après « 621 ») avant que Revenu Québec n'ait pu exécuter son jugement.

Revenu Québec a alors intenté un recours en inopposabilité, alléguant que cette vente avait été faite en fraude de ses droits et ne lui était pas opposable.

Dans le but d'étayer sa preuve en vue de l'exercice de ce recours, Revenu Québec a transmis à 621 une demande péremptoire de production de documents à laquelle 621 ne s'est conformée qu'en partie.

Revenu Québec a alors présenté à la Cour du Québec une requête pour ordonnance de production de documents conformément à l'article 39.2 L.M.R.

Le jugement de la Cour du Québec[20]

Le premier juge a rejeté la requête de Revenu Québec.

Il a souligné que les documents visés par la demande péremptoire n'avaient pas été demandés par Revenu Québec dans le cadre d'une vérification ou d'une enquête, ni aux fins du recouvrement d'un montant dont une personne est redevable en vertu d'une loi fiscale ou pour l'application ou l'exécution d'une loi fiscale, mais bien en vue de la préparation du recours en inopposabilité l'opposant à 621 afin de bonifier sa position dans le cadre de ce recours, alors que 621 n'était pas la débitrice fiscale et que sa bonne foi n'était pas mise en cause.

Il a ajouté que l'article 39.2 L.M.R., qui confère à Revenu Québec un pouvoir exorbitant du droit commun en lui permettant de forcer la production de renseignements ou de documents d'un contribuable, doit en conséquence s'interpréter restrictivement et il ne peut être utilisé que pour la poursuite des fins immédiates énoncées au premier alinéa de l'article 39 L.M.R.

---

20 [2006] Q.C.C.Q. 5544.

En *obiter dictum*, le premier juge a ajouté que les 3 278 documents dont Revenu Québec cherchait à forcer la production étaient disponibles au Bureau de la publicité des droits et que Revenu Québec cherchait essentiellement à faire constituer son dossier civil par la partie adverse.

Revenu Québec a interjeté appel de ce jugement.

Le jugement de la Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Forget, a rejeté l'appel de Revenu Québec.

La Cour d'appel a souligné que le litige portait essentiellement sur la remise d'une copie de pas moins de 3 278 contrats de vente conclus par le propriétaire antérieur, 9037, avec chacun des acheteurs ayant acquis pour un prix déterminé une unité de la copropriété pour une ou plusieurs semaines par année, contrats qui avaient tous été publiés au Bureau de la publicité des droits.

Qui plus est, Revenu Québec insistait pour obtenir la copie intégrale de chacun des contrats alors qu'il était clair que seuls variaient d'un contrat à l'autre le nom et l'adresse de l'acquéreur, le prix de vente, les frais annuels d'entretien, la description de l'unité vendue, le nombre de semaines et la période durant laquelle l'acheteur était propriétaire.

Alors qu'il lui aurait été possible d'obtenir l'information pertinente en exigeant la production d'un seul contrat ou peut-être de quelques-uns à titre d'échantillons et la production d'une liste complète des informations variant d'un contrat à l'autre, ou encore de recueillir directement cette information en consultant les contrats enregistrés au Bureau de la publicité des droits, Revenu Québec insistait plutôt pour obtenir une copie complète des 3 278 contrats comportant 10 pages chacun, au coût de 32 780 $ à raison de 1 $ la page. Lors de l'audition en Cour d'appel du Québec, ce coût avait grimpé à 121 120 $ à la suite d'une hausse du tarif du Bureau de la publicité des droits qui s'élevait désormais à 4 $ la page.

La Cour d'appel a estimé que Revenu Québec avait abusé des pouvoirs qui lui sont octroyés par le législateur puisque les renseignements requis étaient du domaine public et que Revenu Québec pouvait aisément les consulter au Bureau de la publicité des droits.

La Cour d'appel a conclu que la demande de production de documents de Revenu Québec était par conséquent déraisonnable, eu égard à l'article 7

du *Code civil du Québec*[21], lequel prévoit ceci : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

La Cour d'appel a par ailleurs reconnu que Revenu Québec pouvait requérir d'un tiers des documents dans le cadre d'une enquête sur un autre contribuable.

Commentaires

Cette affaire est intéressante pour deux raisons. Tout d'abord, il s'agit de la première décision d'un tribunal québécois se fondant sur l'article 7 C.c.Q. pour refuser d'ordonner à un contribuable de se conformer à une demande péremptoire de production de documents émise par Revenu Québec. Cette décision innove à cet égard et il y a tout lieu de penser que le même principe puisse s'appliquer aux demandes de production de documents ou de renseignements pouvant être émises par d'autres ministères ou organismes du gouvernement du Québec, par exemple l'Autorité des marchés financiers.

Par ailleurs, il s'agit également d'une des premières décisions tenant compte du coût pour le contribuable de se conformer à la demande péremptoire de production de documents en vue de déterminer la raisonnabilité de cette demande. Ce développement sera particulièrement bienvenu dans les cas où certains vérificateurs seraient tentés d'utiliser le mécanisme de demande péremptoire sans tenir compte des coûts en résultant pour le contribuable ou comme moyen de pression en vue d'obtenir un règlement plus favorable au stade de la vérification.

---

[21] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

POT-POURRI EN PRODUITS FINANCIERS



Éric La Charité
LL. B., M. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life



Murray Sklar
Avocat, CA
Affilié au cabinet
Starnino Mostovac s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (ÉRIC LA CHARITÉ)
Revue de certaines interprétations techniques publiées récemment par l'Agence du revenu du Canada ainsi que certaines nouvelles mesures fiscales

INTRODUCTION 46:5

1. FIDUCIE AU PROFIT DU CONJOINT ET OBLIGATION DE PAYER LES PRIMES D'UNE ASSURANCE VIE 46:5

1.1. CONTAMINATION DE LA FIDUCIE 46:5
1.2. AVANTAGE SELON L'ARTICLE 105 L.I.R. 46:7

2. FRACTIONNEMENT DE REVENU DE PENSION ET RENTE ASSURÉE PERSONNELLE 46:8

3. RÉCENTES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES CONCERNANT DES PRODUITS D'ASSURANCE 46:11

3.1. AVENANT À L'ÉGARD DU RETOUR DE PRIME D'UNE ASSURANCE MALADIE GRAVE ET AVANTAGE IMPOSABLE D'UN ACTIONNAIRE 46:11
3.2. CONTRATS INDIVIDUELS GROUPÉS À TITRE DE RÉGIME COLLECTIF 46:12
3.3. POLICE D'ASSURANCE VIE APPARTENANT À UNE SOCIÉTÉ MÈRE CÉDÉE À TITRE DE GARANTIE D'UN EMPRUNT D'UNE FILIALE 46:12
3.4. APPLICATION DU PARAGRAPHE 148(7) L.I.R. À UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 46:13
3.5. PARTS D'UN FONDS DISTINCT AVEC FRAIS DE RACHAT ÉCHANGÉES CONTRE DES PARTS DE FONDS DISTINCTS SANS FRAIS DE RACHAT 46:13
3.6. DÉDUCTION DES PRIMES D'ASSURANCE VIE ET D'INVALIDITÉ ET GARANTIE DE PRÊT 46:14

CONCLUSION 46:15

PARTIE B (MURRAY SKLAR)
Revue de la jurisprudence récente

INTRODUCTION 46:16

1. L'AFFAIRE *DEMERS (SUCCESSION DE)* C. *PIERRETTE LAFLAMME* 46:16

1.1. LES FAITS 46:16
1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 46:17
1.3. LA LOI 46:17
1.4. LA DÉCISION 46:18
1.5. CONCLUSION 46:19

2. L'AFFAIRE *DESCHÊNES* C. *GAGNÉ* 46:19

2.1. LES QUESTIONS EN LITIGE 46:21
2.1.1. Prétention des parties 46:22
2.2. DÉSIGNATION DES BÉNÉFICIAIRES 46:22
2.3. M^ME^ GAGNÉ EST-ELLE LIMITÉE AU RETRAIT MINIMUM DU FERR? 46:26
2.4. LE RÉGIME DOIT-IL ÊTRE INSAISISSABLE? 46:26
2.5. COMMENTAIRES 46:27
2.5.1. Imposition au décès 46:27
2.5.2. Planification 46:29

3. L'AFFAIRE *MOLNAR* C. *KOVACS* 46:31

3.1. LES FAITS 46:31
3.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 46:32
3.3. LA LOI 46:32
3.4. LA DÉCISION 46:32

CONCLUSION 46:34

PARTIE A

Revue de certaines interprétations techniques publiées récemment par l'Agence du revenu du Canada ainsi que certaines nouvelles mesures fiscales

Éric La Charité, LL. B., M. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

INTRODUCTION

Comme nous le faisons depuis quelques années déjà, nous passerons en revue certaines interprétations techniques qui ont été rendues récemment.

Cependant, avec la venue des nouvelles règles fiscales permettant d'attribuer à un conjoint (ou conjoint de fait) résidant au Canada jusqu'à la moitié du montant de revenu admissible au crédit de pension, nous ne pouvons pas passer sous silence les effets avantageux que cette mesure peut avoir à l'égard de certains produits d'assurance tels que les rentes achetées à même des fonds non enregistrés. Par conséquent, nous soulignerons également de façon succincte les aspects positifs résultant de l'application de ces nouvelles règles à ces produits.

1. FIDUCIE AU PROFIT DU CONJOINT ET OBLIGATION DE PAYER LES PRIMES D'UNE ASSURANCE VIE

1.1. CONTAMINATION DE LA FIDUCIE

Une fiducie testamentaire au profit du conjoint[1] peut-elle être « contaminée » et ne pas permettre un roulement en franchise d'impôt lorsqu'elle a l'obligation de pourvoir au financement des primes d'une police d'assurance vie sur la vie du conjoint? L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a répondu par l'affirmative à cette question à deux occasions[2] au cours de l'année 2006.

---

[1] Afin d'alléger le texte, nous utiliserons le terme « conjoint » comme faisant également appel à « conjoint de fait ». Il faut noter également que la notion de « conjoint de fait » vise autant les conjoints de sexe opposé que les conjoints de même sexe.

[2] *CRA Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 2006-0185551C6, 11 septembre 2006 et 2006-0174041C6, 2 novembre 2006. Il faut noter que la réponse originale donnée lors de la rencontre annuelle de la Conference for Advanced Life Underwriting (ci-après « CALU »)

(à suivre…)

Il faut se rappeler que, parmi les critères à respecter en vertu du paragraphe 70(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada[3], il y a la condition imposée par le sous-alinéa 70(6)b)(ii) L.I.R., qui édicte que personne, sauf le conjoint survivant, ne doit avoir le droit de recevoir ou d'utiliser une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie avant le décès du conjoint survivant.

À titre d'exemple, cette condition n'est pas remplie lorsque les fiduciaires ont le pouvoir de prêter des sommes d'argent, sur la base de conditions qui ne sont pas normalement consenties au niveau commercial, à des personnes autres que le conjoint survivant[4]. Le simple fait qu'un tel pouvoir soit conféré par les termes de la fiducie est suffisant pour que cette fiducie ne soit pas qualifiée de fiducie au profit du conjoint. En d'autres mots, il ne faut pas que de tels pouvoirs aient été exercés dans les faits pour qu'il y ait disqualification de la fiducie au titre de « fiducie au profit du conjoint ».

Or, la question posée à l'ARC, lors de la rencontre annuelle de la CALU en mai 2006, portait exactement sur ce sous-alinéa 70(6)b)(ii) L.I.R. Selon l'ARC, l'obligation pour une fiducie de payer les primes à même son capital fait en sorte de la disqualifier au titre de « fiducie au profit du conjoint ». La réponse de l'ARC se lit comme suit :

> « A duty to fund a life insurance policy out of trust capital or trust income would, in our view, be one under which a person may obtain the use of the trust capital or trust income. This is because the premium payment is assumed to maintain, for the period covered by the premium, the rights to receive insurance proceeds. Therefore, the existence of such a duty would be relevant in determining whether a rollover of property can occur to the trust under paragraph 70(6)(b) of the Act.
>
> In the circumstances contemplated by your question, it would appear that persons other than the survivor may, during the survivor's lifetime and as a result of the duty to pay insurance premiums out of trust property, obtain the use

(…suite)
différe de la version parue dans le service Carswell. Pour la version originale complète, voir le site Internet de CALU :
(en ligne) http://www.calu.com/caluca/advancedTaxPolicy.asp.

[3] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

[4] *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétations techniques 2003-0019235, 17 juillet 2003 et 2002-0127075, 5 avril 2002 et REVENU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-305R4, « Fiducie au profit du conjoint », 30 octobre 1996, par. 16.

> of the trust income or capital. Therefore, we are of the view that the trust would not satisfy the conditions of subparagraph 70(6)(b)(ii) of the Act[5]. »

Un mois plus tard, lors de la Conférence annuelle de la Society for Trust and Estate Practitioners tenue en juin 2006, l'ARC en vint à la même conclusion. Les faits soumis étaient très semblables à ceux exposés dans la question de la CALU à l'exception qu'on a demandé également si l'utilisation du revenu de la fiducie pour payer les primes la disqualifierait. L'opinion de l'ARC est demeurée la même : oui[6]!

Dans un contexte de droit civil québécois, les interprétations de l'ARC auraient-elles été différentes? Il faudra attendre les prochaines interprétations pour le savoir. Toutefois, afin de ne pas mettre en péril les planifications nécessitant un roulement de biens en franchise d'impôt en faveur d'une fiducie au profit du conjoint, il serait préférable de faire détenir et payer les primes d'une police assurance vie par une fiducie non visée par le paragraphe 70(6) L.I.R. en attendant tout éclaircissement à cet égard.

1.2. AVANTAGE SELON L'ARTICLE 105 L.I.R.

Dans les deux interprétations décrites précédemment, l'ARC termine son analyse en y ajoutant un commentaire additionnel à l'égard d'un avantage imposable potentiel en vertu de l'article 105 L.I.R. :

> « As a final comment, whether the trust is one that seeks to satisfy their requirements of paragraph 70(6)(b) of the Act or not, and whether the duty to pay the premium out of trust income or trust capital, it would appear that the policy beneficiary (including, in the circumstances of the trust being named under the policy to receive the insurance proceeds, the trust's beneficiaries) would have a benefit, from the trust's payment of the policy premium, resulting in the application of section 105 of the Act[7]. »

On peut se demander si ce commentaire serait le même dans un contexte où la fiducie serait régie par le *Code civil du Québec*[8]. La notion de patrimoine distinct édictée par le droit civil québécois pourrait-elle faire en

---

5 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0174041C6, 2 novembre 2006.

6 *Id.*, interprétation technique 2006-0185551C6, 11 septembre 2006.

7 *Id.*, interprétation technique 2006-0174041C6, 2 novembre 2006.

8 L.Q. 1991, c. 64.

sorte de modifier le commentaire de l'ARC lorsque la fiducie est titulaire et bénéficiaire de ladite police d'assurance vie.

2. FRACTIONNEMENT DE REVENU DE PENSION ET RENTE ASSURÉE PERSONNELLE

Depuis le 1er janvier dernier, toute personne qui reçoit un revenu admissible au crédit pour revenu de pension peut attribuer jusqu'à la moitié de ce revenu à un conjoint (ou conjoint de fait) vivant au Canada[9]. Comme d'autres conférenciers s'attarderont de façon détaillée sur la portée financière et fiscale de ces mesures, nous ne les passerons pas en revue[10]. Nous ferons toutefois un survol rapide des conséquences favorables qui peuvent résulter de l'application de ces mesures à certains produits d'assurance générant des revenus admissibles au fractionnement comme, par exemple, une rente achetée à même des fonds non enregistrés. Nous nous concentrerons plus particulièrement sur la rente assurée personnelle.

Le mécanisme de la rente assurée comprend deux produits d'assurance, soit une rente prescrite[11] garantie à vie dont seule la portion intérêt est imposable, combinée à une assurance vie dont le capital-décès est au moins égal au capital utilisé pour souscrire la rente.

Pour certains couples de plus 65 ans, l'utilisation d'une rente personnelle comportait déjà des avantages financiers et fiscaux importants. Avec la venue de ces nouvelles règles de fractionnement, l'effet en sera d'autant plus amplifié. Car, la plupart du temps, une rente assurée génère un revenu net disponible plus élevé qu'un placement rapportant des intérêts, et ce, même en tenant compte du paiement des primes d'assurance vie.

---

9 Art. 60.03 L.I.R.; QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-06, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006, pp. 35 à 38; QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 20 février 2007.

10 Nous vous laissons donc le soin de consulter ces textes pour une analyse complète et détaillée de ces mesures.

11 Lorsqu'un contrat de rente est prescrit au sens de l'article 304 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* (C.R.C., 1978, c. 945 et mod.), la portion imposable annuelle des versements de rente est égale tout au long de la vie du contrat, et ce, même si les paiements effectués au cours des premières années comportent une plus grande proportion de revenus que de capital.

Sans décrire en détail ce qu'est une rente assurée[12], soulignons simplement que l'avantage financier favorable de la rente assurée provient essentiellement du fait que, sur le plan fiscal, il y a remplacement d'un revenu d'intérêt pleinement imposable par un revenu de rente dont une portion seulement est imposable. En effet, le revenu périodique généré par la rente est composé en partie d'un remboursement de capital non imposable et d'un revenu d'intérêt imposable[13].

Aujourd'hui, avec les nouvelles règles de fractionnement, le mécanisme de la rente assurée permettra non seulement d'engendrer les effets bénéfiques décrits précédemment, mais aussi de diviser l'inclusion de la portion imposable de la rente dans deux déclarations de revenus différentes, soit celle de chacun des conjoints.

Cela permettrait de réaliser les avantages fiscaux et financiers supplémentaires suivants :

- économie d'impôt lorsque le conjoint à qui le revenu est attribué se trouve dans une fourchette d'imposition plus basse;

- rétablissement des prestations de la Sécurité de la vieillesse par la réduction ou l'élimination de la récupération des prestations[14];

- rétablissement du crédit en raison de l'âge par la réduction ou l'élimination de la récupération[15];

---

[12] Pour une description détaillée des règles applicables ainsi que des avantages et inconvénients de la rente assurée personnelle, voir les deux textes suivants : Hélène MARQUIS et Stéphane VIGNEAULT, « Les rentes assurées individuelles et corporatives », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 38:1-58 et Diane HAMEL, « Les rentes assurées », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 18:1-37.

[13] Toute somme reçue au cours de l'année à titre de versement de rente est incluse annuellement dans le revenu du rentier par l'application de l'alinéa 56(1)d) L.I.R. La partie du versement qui représente le remboursement capital de chaque versement de rente peut être déduite en vertu de l'alinéa 60a) L.I.R.

[14] Pour l'année d'imposition 2007, la pension de sécurité de la vieillesse fera l'objet d'une récupération lorsque le revenu du bénéficiaire excédera 63 611 $.

[15] Au Québec, l'équivalent du crédit en raison de l'âge subira une réduction de 15 % lorsque le revenu net familial excédera 29 290 $ pour l'année 2007. Au fédéral, le montant devra être réduit de 15 % de l'excédent du revenu net du particulier sur 30 936 $.

- possibilité de doubler le crédit pour revenu de pension[16].

Prenons l'exemple d'un couple, tous deux non fumeurs et en bonne santé, dont le conjoint (68 ans) a un taux d'imposition marginal de 48,2 % et celui de la conjointe (64 ans) de 33 %. Nous limiterons notre analyse à l'économie d'impôt résultant de l'attribution d'une partie du revenu à la conjointe ayant un taux d'imposition plus bas sans tenir compte des autres éléments énumérés précédemment.

Comme vous pouvez le constater à la lecture du tableau suivant, l'utilisation par le couple des nouvelles règles de fractionnement dans le cadre d'une rente assurée entraînera un revenu net disponible supplémentaire de près de 8 000 $ (61,45 % de plus) par rapport à un placement garanti rapportant 5 % en intérêts annuellement. Vu d'un autre angle, ce même placement garanti devra générer un rendement net avant impôt de 8,07 % en revenu d'intérêts pour libérer une somme de près de 8 000 $ après impôt. Il faut noter également que cette économie pourra être encore plus avantageuse si certains des éléments fiscaux décrits précédemment peuvent venir bonifier le tout, notamment lorsque la conjointe aura atteint l'âge de 65 ans. Toutefois, nous n'avons pas tenu compte de cet aspect aux fins de simplicité.

Comparaison d'une rente assurée par rapport à un placement garanti - rendement d'intérêts

	Placement garanti - intérêt à 5,00%	Rente assurée (avant 2007)	Rente assurée (depuis 2007)			
	Annuel	Annuel	Annuel			
	Monsieur	Monsieur	Monsieur		Madame	Total
Capital	**$ 500 000**	**$ 500 000**	$ 500 000			$ 500 000
Revenu de rente (ou d'intérêts)	25 000	33 516	33 516			33 516
Portion imposable de la rente* (ou d'intérêts)	25 000	12 080	6 040		6 040	12 080
Impôt payable ¡ 48,2%	**(12 050)**	**(5 823)**	48,2% **2 911**	33,0%	**1 993**	**(4 905)**
Prime d'assurance vie**	-	(7 704)	(7 704)			(7 704)
Rentrées de fonds nettes après impôt	**$ 12 950**	**$ 19 989**				**$ 20 907**
Rendement avant impôt équivalent	**5,00%**	**7,72%**				**8,07%**
Rendement après impôt équivalent	**2,59%**	**4,00%**				**4,18%**
Rentrées de fonds additionnelles après impôt :						
- en dollars	**s.o.**	**$ 7 039**				**$ 7 957**
- en pourcentage	**s.o.**	**54,36%**				**61,45%**

* = basée sur une cotation de rente viagère sans garantie dont les versements sont payables sans aucune réduction jusqu'au dernier à décéder en date du 28 septembre 2007.

** = Assurance-vie universelle dernier-décès de 500 000$.

16 Contrairement au fédéral, l'équivalent québécois du crédit pour revenu de pension subit une réduction de 15 % lorsque le revenu net familial excède 29 290 $.

3. RÉCENTES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES CONCERNANT DES PRODUITS D'ASSURANCE

Dans le but d'aller droit au but et d'alléger la lecture, nous présentons la présente section sous forme de questions et réponses en rafale.

3.1. AVENANT À L'ÉGARD DU RETOUR DE PRIME D'UNE ASSURANCE MALADIE GRAVE ET AVANTAGE IMPOSABLE D'UN ACTIONNAIRE

À une demande de précision à l'égard de l'opinion rendue antérieurement, quant à la façon de déterminer l'avantage imposable d'un actionnaire à l'égard d'une police d'assurance maladie grave détenue en copropriété dont une partie des primes est payée par l'actionnaire et une autre partie par la société, l'ARC a répondu ainsi :

> « La détermination d'un avantage est une question de fait qui ne peut être résolue qu'après une analyse complète des faits entourant une situation particulière.
>
> Plus précisément, nous ne pouvons pas conclure qu'il n'y aura aucun avantage conféré à l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) si une compagnie d'assurance détermine le montant des primes payables pour une police avec ou sans un avenant à l'égard du remboursement des primes, et que dans le cadre d'une convention partagée, une société paie les primes annuelles pour la police d'assurance maladie grave dont elle est bénéficiaire alors que son seul actionnaire paie les primes annuelles supplémentaires reliées à l'avenant dont il est bénéficiaire.
>
> Vous nous demandez aussi s'il doit nécessairement y avoir un désavantage ou un appauvrissement pour la société afin qu'un avantage soit conféré à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1).
>
> Dans la décision Del Grande c. La Reine, [1993] 1 C.T.C. 2096, 93 D.T.C. 133 (C.C.I.), le tribunal a indiqué ceci :
>
> > "L'alinéa 15(1)c) envisage l'octroi d'un véritable avantage économique à l'actionnaire. Le terme 'accorder' sous-entend l'octroi de dons ou de largesses qui procurent un avantage économique au bénéficiaire en entraînant un désavantage économique correspondant pour la corporation." » [traduction][17]

---

[17] *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0178561E5, 3 novembre 2006.

3.2. CONTRATS INDIVIDUELS GROUPÉS À TITRE DE RÉGIME COLLECTIF

À la question suivante : « Est-ce que la position administrative concernant le fait qu'un regroupement de plusieurs contrats individuels puisse être reconnu comme étant un régime d'assurance collective a été modifiée? », l'ARC a répondu par la négative. En effet, elle réitère qu'un régime d'assurance collectif contre la maladie et les accidents comprend tout régime offrant une assurance à un certain nombre d'employés, soit en vertu d'un contrat unique entre la compagnie d'assurances et l'employeur, soit en vertu de plusieurs contrats individuels au titre d'un régime commun. L'ARC poursuit en mentionnant que les polices individuelles doivent fournir aux employés des prestations et couvertures semblables et que les droits des employés en vertu de ces contrats doivent être bien documentés :

> « Our reply is based on the CRA's longstanding position that an employer can provide group benefits under a plan via a single contract with an insurer or under individual contracts. For a particular plan to be considered a group plan it must provide benefits to more than one employee. Further, where there is more than one policy under a plan we would expect that the policies provide similar benefits to employees and that employee entitlements under the policies are documented; otherwise it may not be reasonable to consider that the benefits provided under each policy are under the umbrella of a single plan[18]. »

3.3. POLICE D'ASSURANCE VIE APPARTENANT À UNE SOCIÉTÉ MÈRE CÉDÉE À TITRE DE GARANTIE D'UN EMPRUNT D'UNE FILIALE

À la question suivante : « Est-ce que les primes payées par une société mère sur une police d'assurance vie dont elle est titulaire et cédée à titre de garantie d'un emprunt de sa filiale sont déductibles dans le calcul du revenu de la société mère en vertu de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R.? », l'ARC a répondu ainsi par la négative :

> « L'alinéa 20(1)e.2) accorde une déduction dans le calcul du revenu d'un contribuable à l'égard du moins élevé de deux montants qu'il est raisonnable de considérer comme lié au montant qu'il doit à une institution financière véritable au cours d'une année en raison d'un emprunt contracté auprès de l'institution. Le premier de ces deux montants fait référence aux primes payables par le contribuable pour l'année aux termes d'une police d'assurance-vie, sauf un contrat de rente, dont il a cédé un intérêt à l'institution financière à titre de garantie de l'emprunt.

---

[18] *Id.*, interprétation technique 2006-0174121C6, 29 juin 2006.

> À notre avis, la société mère ne respecte cette condition d'application de l'alinéa 20(1)e.2) et elle ne peut pas déduire les primes d'assurance-vie dans la situation décrite ci-dessus[19]. »

3.4. APPLICATION DU PARAGRAPHE 148(7) L.I.R. À UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

En vertu du paragraphe 148(7) L.I.R., lorsqu'un contribuable dispose d'une police d'assurance vie en faveur d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, celui-ci est réputé disposer de ladite police pour un montant correspondant à la valeur de l'intérêt au moment de la disposition et la personne est réputée l'acquérir à un montant identique.

À une demande d'éclaircissement quant à l'application de ce paragraphe, l'ARC a confirmé qu'une société de personnes est considérée comme « une personne » aux fins du paragraphe 148(7) L.I.R. :

> « Le paragraphe 148(7) fait partie de la section G de la partie I de la loi et intervient notamment dans le calcul du revenu d'un contribuable qui dispose d'une police d'assurance-vie par voie de don ou par une distribution effectuée par une société en faveur d'une personne. En s'appuyant sur les termes du paragraphe 96(1), la pratique de l'ARC consiste à considérer une société de personnes comme une personne lorsqu'il s'agit de calculer le revenu de la société de personnes et de ses associés conformément à la section B de la partie I de la Loi.
>
> Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis qu'une société de personnes est une personne aux fins du paragraphe 148(7). Ce paragraphe s'appliquerait donc à la disposition des polices d'assurance-vie si les conditions qui y sont édictées sont satisfaites[20]. »

3.5. PARTS D'UN FONDS DISTINCT AVEC FRAIS DE RACHAT ÉCHANGÉES CONTRE DES PARTS DE FONDS DISTINCTS SANS FRAIS DE RACHAT

Selon l'ARC, « le fait que des parts d'un fonds réservé donné comportant des frais de rachat soient échangées pour obtenir d'autres parts d'un fonds réservé ne comportant aucuns frais de rachat est une opération qui constitue une disposition selon l'alinéa a) de la définition de "disposition" prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. »[21].

---

19 *Id.*, interprétation technique 2007-0219601E5, 14 mars 2007.

20 *Id.*, interprétation technique 2007-023729117, 5 juin 2007.

21 *Id.*, interprétation technique 2006-0174091E5, 24 octobre 2006.

3.6. DÉDUCTION DES PRIMES D'ASSURANCE VIE ET D'INVALIDITÉ ET GARANTIE DE PRÊT

Dans le cas où une l'institution financière exige que l'emprunteur souscrive une police d'assurance vie ou d'assurance invalidité pour garantir un prêt qui est, par ailleurs, garanti à 100 % en vertu d'un programme gouvernemental, est-ce que les primes d'assurance vie sont déductibles dans le calcul du revenu de l'entreprise ou de bien?

L'ARC a répondu par l'affirmative pour ce qui est des primes d'assurance vie :

> « En général, nous sommes d'avis que le fait qu'un organisme gouvernemental garantisse d'autres aspects de l'emprunt ne devrait pas en soi empêcher le contribuable de déduire les primes d'assurance-vie qui respectent par ailleurs les autres conditions d'application de l'alinéa 20(1)e.2). Cependant, chaque cas particulier doit être examiné pour déterminer si des primes sont raisonnablement liées au montant dû[22]. »

Toutefois, la conclusion est différente à l'égard des primes d'assurance invalidité :

> « En ce qui a trait aux primes payables en vertu d'une police d'assurance-invalidité exigée par l'institution financière, nous sommes d'avis que ces primes ne sont pas visées par l'alinéa 20(1)e.2), ni par aucune autre disposition de la Loi, et elles ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu d'entreprise ou de bien du contribuable.
>
> À notre avis, l'expression "frais de garantie" utilisée à l'alinéa 20(1)e.1) ne comprend pas les primes payables à l'égard d'une police d'assurance-invalidité souscrite en garantie du remboursement d'un prêt[23]. »

Quant à la question de savoir si les prestations reçues par l'institution financière en vertu de telles polices sont imposables pour l'emprunteur titulaire, la réponse de l'ARC est négative :

> « En ce qui concerne l'imposition des prestations reçues par le prêteur, la définition de "disposition" au paragraphe 148(9) prévoit que le versement en vertu d'une police d'assurance-vie exonérée à la suite du décès de la personne dont la vie est assurée en vertu de la police ne constitue pas une disposition aux fins de l'article 148. Par conséquent, nous sommes d'avis que les prestations

---

22 *Id.*, interprétation technique 2006-0191541E5, 30 novembre 2006.

23 *Id.*

> versées au prêteur dans une telle circonstance ne seraient pas imposables pour l'emprunteur. En outre, les prestations versées au prêteur en vertu d'une police d'assurance-invalidité dans les circonstances susmentionnées seraient aussi non imposables pour l'emprunteur[24]. »

CONCLUSION

Comme nous venons de le constater, avec le temps, l'interprétation de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* par l'ARC est clarifiée quant à leur application. Toutefois, les récents commentaires à l'égard des fiducies au profit du conjoint ayant l'obligation de payer des primes d'assurance vie risquent de faire l'objet de plusieurs autres interprétations au cours des prochaines années.

---

[24] *Id.*

PARTIE B
Revue de la jurisprudence récente

Murray Sklar, avocat, CA
Affilié au cabinet Starnino Mostovac s.e.n.c.

INTRODUCTION[*]

Dans le présent texte, nous vous exposerons trois causes récentes qui touchent trois domaines juridiques distincts et qui sont, nous croyons, d'intérêt pour les planificateurs financiers et les professionnels qui œuvrent en planification successorale.

1. L'AFFAIRE *DEMERS (SUCCESSION DE)* C. *PIERRETTE LAFLAMME*[1]

Cette récente décision a été rendue le 23 octobre 2006 par la juge Marie-Josée Ménard de la Cour du Québec et traite du conflit entre une désignation de bénéficiaire antérieure dans une police d'assurance et une révocation testamentaire subséquente.

1.1. LES FAITS

Janvier 1990 : feu Denis Demers souscrit une police d'assurance vie au profit de sa conjointe de l'époque, Pierrette Béliveau.

1er octobre 1990 : le défunt change le bénéficiaire. Il y désigne alors Manon, Nancy, Gilles Pellerin et les enfants.

24 octobre 1990 : le défunt procède encore une fois à un changement de bénéficiaire. Cette fois, il laisse le produit de la police à ses fils Dany et Sylvain.

Décembre 1992 : Denis Demers et sa nouvelle conjointe, Pierrette Laflamme, rédigent tous deux un testament olographe en présence l'un de l'autre. Les termes du testament de feu Denis Demers se lisent comme suit : « Moi Denis Demers sain de corps d'esprit… laisse à ma conjointe de fait

---

[*] L'auteur tient à remercier Mme Diane Hamel, CGA, TEP, de la Financière Manuvie, de sa précieuse collaboration au texte.

[1] C.Q. Drummondville, no 405-22-002541-063, 23 octobre 2006, j. Ménard.

Pierrette Laflamme … tous mes biens meubles, auto, assurance-vie, outils à bois et mécanique […]. »

Décembre 1993 : la nouvelle conjointe de Denis Demers rencontre le conseiller en sécurité financière de son conjoint pour l'émission d'un contrat d'assurance sur sa vie puisqu'elle n'en a pas à cette époque.

Mai 2005 : quatre mois avant le décès de M. Demers, les deux conjoints rencontrent à nouveau le conseiller pour régulariser le paiement des primes.

1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

1) Est-ce que la désignation faite dans la police d'assurance en date de 24 octobre 1990 en faveur des fils du testateur Denis Demers prime le legs testamentaire rédigé en date de décembre 1992 en faveur de la conjointe de Denis Demers, Pierrette Laflamme?

2) Était-il évident que le testateur Denis Demers voulait révoquer la désignation antérieure dans la police d'assurance?

1.3. LA LOI

Le tribunal renvoie les parties aux articles 2446 et 2450 du *Code civil du Québec*[2], qui se lisent ainsi :

> **Article 2446**
>
> « La désignation de bénéficiaires ou de titulaires subrogés se fait dans la police ou dans un autre écrit revêtu, ou non, de la forme testamentaire. »
>
> **Article 2450**
>
> « La désignation ou la révocation contenue dans un testament nul pour vice de forme n'est pas nulle pour autant; mais elle l'est si le testament est révoqué. Cependant, la désignation ou la révocation contenue dans un testament ne vaut pas à l'encontre d'une autre désignation ou révocation postérieure à la signature du testament. Elle ne vaut pas, non plus, à l'encontre d'une désignation antérieure à la signature du testament, à moins que le testament ne mentionne la police d'assurance en cause ou que l'intention du testateur à cet égard ne soit évidente. » (Notre soulignement)

---

2 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

1.4. LA DÉCISION

La juge citait une décision du juge Duchesne dans l'affaire *Gélinas* c. *Simard (Succession de)*[3] :

> « […] si l'intention de révoquer la désignation du bénéficiaire ne paraît pas évidente à la lecture du testament la preuve circonstancielle ou extrinsèque est alors recevable. Dès lors, le fardeau de preuve repose sur celui ou celle qui entend user de cette preuve. »

La preuve révélant que le conseiller M. Landry n'a jamais reçu de demande formelle de la part de son client pour changer le bénéficiaire alors qu'il connaissait bien la procédure pour y avoir eu recours par le passé, on ne saurait conclure à une intention évidente de la part du testateur de révoquer les bénéficiaires antérieurement désignés.

Si la nouvelle désignation était suffisante à la lecture du testament (comme le prétend l'intimée Pierrette Laflamme), pourquoi l'intimée a-t-elle senti le besoin de faire une demande expresse de changement de bénéficiaire auprès du M. Landry?

La juge renvoie aussi à la décision du juge Bouchard dans l'affaire de la *Succession de L…M...G...* c. *H…G…D…*[4] :

> « Les mots employés par le législateur sont cependant importants. L'exigence relative à la nécessité pour le testateur de bien identifier dans son testament la police d'assurance peut être mise de côté uniquement si l'intention du testateur est "évidente".
>
> […]
>
> Ainsi, en l'absence dans un testament de toute mention référant à la police d'assurance ce n'est pas s'il est simplement possible, probable ou très probable que le testateur voulait changer de bénéficiaire que le Tribunal pourra donner suite à sa volonté. Il faut que ce soit évident.
>
> […]
>
> Bien sûr, il y a le témoignage de Ma… L… qui prétend avoir été présent lorsque L… G… a rédigé son testament. Elle lui aurait alors mentionné qu'il héritait de tout, y compris de l'assurance. Cet élément de preuve doit cependant être contrebalancé par le suivant. Tel que mentionné au début du présent jugement,

---

[3] C.S. Alma, n° 160-05-000040-023, 2 décembre 2002, j. Duchesne.

[4] C.S. Québec, n° 200-14-007229-021, 9 avril 2003, j. Bouchard.

> L… G… a changé à deux reprises le bénéficiaire de son régime de pension. À chaque fois, elle a suivi la procédure appropriée et rempli les documents exigés par son employeur […].
>
> Le fait qu'elle n'ait pas fait de même pour son assurance-vie, alors qu'elle devait savoir qu'il existait une procédure comparable, laisse planer un doute sur sa véritable intention lorsqu'elle rédige son testament le 7 juin 1976. Partant, le Tribunal ne peut se convaincre qu'il est "évident" que L… G… entendait changer le bénéficiaire de son assurance-vie. »

Le tribunal renvoie à nouveau les parties à la décision du juge Duchesne déjà citée :

> « Selon la preuve, au cours des deux rencontres avec son agent, M. Simard ne lui a jamais parlé de la police d'assurance-vie dont son fils est bénéficiaire. Il ne s'est pas informé de la façon de changer de bénéficiaire. Il le savait déjà car c'est lui-même qui, en 1999, a désigné son garçon bénéficiaire à la place de son ex-conjointe, Manon Bouchard. […]
>
> […]
>
> En appliquant la règle de la balance des probabilités, le Tribunal est d'avis que l'interprétation de ces faits conjuguée à l'ensemble de la preuve fait naître une présomption grave, précise et concordante de l'intention de M. Simard de ne pas avoir voulu déshériter son fils Jean-Daniel et de ne pas l'avoir révoqué comme bénéficiaire de l'assurance-vie lors de la modification de son testament. »

1.5. CONCLUSION

Si un testateur désire modifier une désignation de bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie par un testament subséquent, il importe d'être clair : identifiez précisément le contrat d'assurance en cause. S'il est impossible de l'identifier, communiquez avec le conseiller en sécurité financière ou encore l'assureur afin de remplir le formulaire approprié. Le professionnel, notaire ou avocat doit garder à l'esprit de soulever la question des désignations antérieures lors de la rédaction d'un testament.

2. L'AFFAIRE *DESCHÊNES* C. *GAGNÉ*[5]

Cette saga judiciaire dure depuis plus de neuf ans, laquelle traite du transfert d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») au conjoint d'un second mariage, alors que le défunt désire que le solde soit

---

[5] C.A. Montréal, n° 500-09-014187-041, 5 février 2007, jj. Chamberland, Forget, Thibault (ci-après « *Deschênes* »).

remis à ses enfants d'un premier mariage. Trois jugements ont été rendus dans cette affaire :

1) Le 23 août 2002, par le juge Hallée de la Cour supérieure[6];

2) Le 8 janvier 2004 par le juge Bishop de la Cour supérieure[7];

3) Le 5 février 2007, par les juges Chamberland, Forget et Thibault de la Cour d'appel[8].

Comme chaque jugement porte sur certains aspects qui s'entrecoupent, afin de faciliter la compréhension du lecteur, nous avons choisi d'analyser les divers aspects en indiquant la position de chaque juge. Notez également qu'une permission d'en appeler auprès de la Cour suprême du Canada a été demandée. La Cour suprême ayant refusé d'entendre l'appel, nous devons considérer que la décision de la Cour d'appel fait maintenant état de droit applicable au Québec.

Les faits

16 août 1996 : Guy Deschênes (ci-après « Deschênes ») épouse Ghislaine Gagné (ci-après « Gagné ») en secondes noces après avoir fait vie commune avec cette dernière depuis 1984.

20 août 1997 : Deschênes décède à l'âge de 67 ans. Il laisse son épouse Gagné et ses quatre enfants (ci-après « enfants ») de son premier mariage, soit Michel, Hélène, Richard et François, tous majeurs.

La masse successorale était principalement composée d'un REÉR de l'ordre d'environ 900 000 $ et de 342 216 $ représentant la valeur nette de la vente de la résidence où habitait le couple Deschênes-Gagné.

Le liquidateur de la succession Michel Deschênes demande au tribunal d'interpréter l'article troisième du testament de feu Guy Deschênes.

Ghislaine Gagné demande également l'interprétation de la même disposition testamentaire et l'exécution d'un legs de 100 000 $. Elle veut

---

6 C.S. Montréal, n° 500-05-044685-988, 23 août 2002, j. Hallée.

7 C.S. Montréal, n° 500-05-074922-020, 8 janvier 2004, j. Bishop.

8 Précité, note 5.

également qu'on lui rembourse tous les honoraires et frais engagés pour se défendre dans la présente cause.

La clause litigieuse (art. 3) du testament de feu Guy Deschênes, dont on demande l'interprétation, se lit comme suit :

> « Je donne et lègue à titre de legs particulier à ma conjointe Dame Ghislaine Gagné mon Régime Enregistré Épargne Retraite (REER) en pleine et absolue propriété dès l'instant de mon décès. Cependant ma dite conjointe devra à mon décès acheter un Fond [*sic*] Enregistré de Régime Retraite (FERR) dont les bénéficiaires seront ma dite conjointe Dame Ghislaine Gagné et à son décès mes enfants ci-après. » (Notre soulignement).

En marge du premier paragraphe reproduit ci-dessus, il y a une note manuscrite du testateur indiquant le mot « FER » à la ligne Fonds Enregistré de Régime Retraite.

L'article quatrième se lit comme suit :

> « Je donne et lègue le résidu tous les biens meubles et immeubles que je délaisserai au jour de mon décès, à mes quatre enfants, MICHEL DESCHÊNES, HÉLÈNE DESCHÊNES, RICHARD DESCHÊNES, FRANÇOIS DESCHÊNES, en parts égales entre eux, en pleine absolue propriété, dès l'instant de mon décès. »

2.1. LES QUESTIONS EN LITIGE

La question principale réside dans l'interprétation du premier paragraphe de l'article troisième du testament de feu Guy Deschênes relativement aux points suivants :

i) le liquidateur a-t-il le pouvoir d'acquérir le FERR pour ensuite le transférer à M^{me} Gagné?

ii) la désignation des enfants à titre de bénéficiaires révocables ou irrévocables.

iii) les pouvoirs du liquidateur quant à l'administration du FERR de M^{me} Ghislaine Gagné.

2.1.1. Prétention des parties

M^me^ Gagné soutient que le sens à donner à la clause litigieuse du testament doit se lire comme étant l'achat d'un FERR et la nomination des enfants du défunt à titre de bénéficiaires.

Le liquidateur prétend que l'interprétation dudit article va jusqu'à lui permettre de décider des sommes que M^me^ Gagné peut retirer de son FERR et que celles-ci ne sauraient excéder le montant minimum que prévoit la loi fiscale ou encore correspondre au train de vie qu'elle avait pendant la cohabitation avec M. Deschênes, sans plus.

Pour M^me^ Gagné, cette disposition signifie qu'elle peut administrer sans restriction le FERR et désigner les enfants du défunt comme bénéficiaires révocables.

Chaque partie a fait entendre un témoin expert confirmant sa position respective.

2.2. DÉSIGNATION DES BÉNÉFICIAIRES

Le jugement Hallée

Dans le premier jugement, la position de la juge Hallée est comme suit :

> « Quel sens doit-on donner au premier alinéa de l'article troisième du testament? D'abord, il y a mot "devra" qui précise l'achat du FERR "et" la nomination de bénéficiaires. Le testateur n'a pas laissé le choix à son épouse quant à la désignation des bénéficiaires. Il indique clairement qu'au décès de cette dernière ses enfants le seront.
>
> Si l'on veut donner tout son sens à cette clause, il est de l'opinion du Tribunal que les enfants doivent être désignés irrévocablement. S'il en était autrement, le testateur n'aurait pas nommé et désigné les bénéficiaires. Conclure autrement, signifierait que Madame Gagné pourrait, dans un premier temps, nommer les enfants du défunt comme bénéficiaires et changer par la suite cette désignation. Aucune garantie n'est alors donnée à l'exécution de cette clause si les enfants ne sont pas désignés bénéficiaires irrévocables. Le testateur n'a certainement pas parler [*sic*] pour rien dire. Il ne fait aucun doute que le testateur désirait avantager d'abord son épouse et ensuite ses enfants. »

En conclusion, la juge Hallée a ordonné à Ghislaine Gagné de nommer irrévocablement comme bénéficiaires de son FERR à son décès les quatre enfants de feu Guy Deschênes.

Le jugement Bishop

Le liquidateur a par la suite demandé à la Cour de se prononcer sur la validité de la désignation de bénéficiaire. Le FERR favorisé par M^me^ Gagné était-il approprié? M^me^ Gagné avait soumis au tribunal un modèle de contrat FERR de CIBC Wood Gundy.

Selon le juge Bishop, la nomination par M^me^ Gagné des quatre bénéficiaires irrévocables dans le contrat proposé du FERR était nulle. Elle constitue une donation à cause de mort qui contrevient à l'article 1819 C.c.Q., qui dit ceci : « La donation à cause de mort est nulle, à moins qu'elle ne soit faite par contrat de mariage ou d'union civile ou qu'elle ne puisse valoir comme legs. »

L'article 1808 C.c.Q. en donne la définition suivante : « La donation à cause de mort est celle où le dessaisissement du donateur demeure subordonné à son décès et n'a lieu qu'à ce moment. »

Le contrat proposé du FERR n'est pas un testament. Il n'est pas non plus une rente telle qu'elle est définie à l'article 2367 C.c.Q.[9] :

> « Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier. Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble s'il s'agit d'une somme d'argent au comptant ou par versements. »

L'article 2393 C.c.Q. se lit ainsi : « […] Les rentes […] pratiquées par les assureurs sont assimilées à l'assurance sur la vie […]. »

En effet, une véritable rente permettrait une désignation des bénéficiaires qui ne contredirait pas l'article 1819 C.c.Q. M^me^ Gagné prétend que le premier alinéa de l'article 2379 C.c.Q. lui permet d'appliquer au contrat proposé les règles de la stipulation pour autrui afin de valider la donation à cause de mort.

---

[9] Il faut noter ici que le jugement Bishop a été rendu avant l'adoption de la *Loi modifiant la* Loi sur les assurances *et la* Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne, entrée en vigueur le 16 décembre 2005 (mieux connue sous le nom de Projet de loi 136).

L'article 2379 C.c.Q. se lit comme suit : « La désignation ou la révocation d'un crédirentier autre que la personne qui a fourni le capital de la rente est régie par les règles de la stipulation pour autrui. »

De l'avis du juge Bishop, il faut cependant que ce contrat respecte les critères prévus à l'article 2367 C.c.Q. :

> « Il est douteux que ce contrat, qui accorde à M^me^ Gagné un pouvoir étendu de gérer les placements du FERR, et de retirer le capital en tout temps […] puisse constituer une aliénation de capital dans le sens visé par l'art. 2367. »

Ainsi, s'il ne s'agit pas d'une rente, la désignation de bénéficiaire n'est pas valide. Selon le juge, le FERR proposé par Ghislaine Gagné ne se conforme pas au testament de feu M. Deschênes ni au jugement Hallée.

En conclusion, selon le juge Bishop, le FERR proposé ne satisfait pas au jugement Hallée, qui ordonne à M^me^ Gagné de nommer **irrévocablement** les quatre enfants comme bénéficiaires de son FERR. La nomination des bénéficiaires au FERR proposé est nulle parce qu'elle constitue une donation à cause de mort. Pour cette raison, le juge Bishop ordonne l'achat d'une rente par M^me^ Gagné auprès d'une compagnie d'assurances avec les conditions suivantes :

a) Il doit créer une rente viagère, ou à échéance fixe, sur la vie de M^me^ Gagné, avec les paiements fixes ou déterminables, payables chaque mois ou chaque année;

b) Il doit se conformer aux lois fiscales qui sont applicables;

c) Il doit être acheté d'une compagnie d'assurances réputable et solvable;

d) Il doit contenir une désignation valide et irrévocable des quatre enfants du défunt comme bénéficiaires de tout solde du régime de retraite en cas de décès de la demanderesse;

e) Tout droit de M^me^ Gagné de retirer du régime retraite des montants autres que les paiements prévus au point a) mentionné plus haut doit être limité aux cas d'urgence, où les consentements au préalable des bénéficiaires seront nécessaires;

f) Le capital du régime de retraite doit être insaisissable dans les mains de l'assureur par les créanciers de M^me^ Gagné.

Le jugement de la Cour d'appel

Selon la Cour, Gagné n'entendait pas faire une donation; elle exécute la clause prévue au testament de Deschênes. Il n'y a pas de contravention à la règle prévue à l'article 1819 C.c.Q. et le juge Bishop a tort dans son jugement à cet effet.

Il n'y avait pas une donation de la part de Gagné. Elle exécute une obligation qui lui est prescrite dans la clause litigieuse du testament. C'est plutôt Guy Deschênes qui effectue une donation à cause de mort dans son testament, ce qui est permis par l'article 1819 C.c.Q. De l'avis de la Cour, la clause en litige constitue plutôt un « legs avec charge ».

Deux obligations sont imposées à Gagné :

1) transférer dans un FERR les sommes détenues dans le REÉR;

2) désigner les enfants du testateur comme bénéficiaires à son décès, des sommes restantes dans le FERR.

Ainsi, selon la Cour, la désignation dans le projet de FERR est valide et ne contrevient pas à l'article 1819 C.c.Q. Mais il y a plus. Le premier juge Bishop exclut l'application de la stipulation pour autrui au motif qu'elle constituerait une donation à cause de mort prohibée par l'article 1819 C.c.Q. La Cour d'appel a exprimé son désaccord avec cette prétention. Puisque les règles de la stipulation pour autrui peuvent recevoir application en l'espèce, il n'en tient qu'aux enfants Deschênes de rendre irrévocable la désignation en portant à « la connaissance du stipulant […] [leur] volonté de l'accepter » (art. 1446 C.c.Q.).

Quant à savoir si la désignation de bénéficiaire devait être irrévocable, la position de la Cour est comme suit :

> « La juge Hallée n'a pas déclaré que les bénéficiaires devaient être "irrévocables" suivant les exigences du Code Civil mais que leur désignation devait être faite "irrévocablement". Je suis bien conscient que l'on pourrait prétendre qu'il s'agit d'une distinction sémantique […] Malgré tout, je suis d'avis que la juge Hallée a seulement choisi d'imposer à Ghislaine Gagné l'obligation de nommer les enfants Deschênes et de ne pas modifier cette désignation. »

2.3. M^ME GAGNÉ EST-ELLE LIMITÉE AU RETRAIT MINIMUM DU FERR?

Le jugement Hallée

« Aucune limite n'a été imposée à Ghislaine Gagné par le testateur, qui lui a laissé toute liberté pour gérer à sa guise les fonds qui seront détenus dans le FERR. »

Le jugement Bishop

« Ghislaine Gagné doit être limitée à retirer les sommes minimales prévues aux lois fiscales. »

Le jugement de la Cour d'appel

> « La juge Hallée a clairement statué à ce sujet et, avec égards, le juge Bishop ne pouvait contredire cette décision sans contrevenir à la règle de l'autorité de la chose jugée. En conséquence, il faut affirmer de nouveau que Ghislaine Gagné pourra administrer à sa guise les sommes qui seront détenues dans le FEER et qu'elle ne sera pas limitée à effectuer les retraits [minimaux] prévus aux lois fiscales. »

2.4. LE RÉGIME DOIT-IL ÊTRE INSAISISSABLE?

Le jugement Hallée

La juge ne s'est pas prononcée sur cette question.

Le jugement Bishop

Après une discussion de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'arrêt *Scotia McLeod Inc.* c. *Banque de Nouvelle-Écosse*[10] (dans lequel une majorité a décidé que le REÉR en question ne constituait pas une rente et qu'en conséquence il était saisissable), vu les conclusions du juge Bishop concernant les autres aspects de son jugement (il a ordonné à M^me Gagné d'acheter avec le produit du REÉR une rente auprès d'une compagnie d'assurances et il a ordonné qu'une des conditions de ladite rente était l'insaisissabilité du capital de la rente) et étant donné que la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*[11] n'était

---

[10] [2001] R.J.Q. 2099 (C.A.).

[11] [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

pas encore disponible le juge ne s'est pas prononcé sur la saisissabilité du FERR proposé de M^me^ Gagné.

Le jugement de la Cour d'appel

Le projet de FERR de M^me^ Gagné ne comportait aucune aliénation de capital, un critère essentiel d'insaisissabilité selon la juge Deschamps dans l'arrêt *Thibault*. En effet, le projet de FERR permettrait à M^me^ Gagné de retirer à sa guise le capital, en tout ou en partie, et ce, dès le lendemain de sa signature. Par conséquent, le capital du FERR ne serait pas à l'abri d'une saisie par les créanciers de Gagné. Selon la Cour, le défunt n'a pas exigé que les biens légués à M^me^ Gagné soient à l'abri de toute saisie.

Par contre, la stipulation d'insaisissabilité dans le testament (l'article 8 de testament stipule que les legs ne seront pas « saisissable » [*sic*] pour le paiement des dettes des légataires) est valide, dans la mesure où elle répond aux conditions énoncées à l'article 2649 C.c.Q. : la stipulation doit être temporaire, justifiée par un intérêt sérieux et, pour être opposable aux créanciers du légataire, elle doit être publiée au registre approprié (le Registre des droits personnels et réels mobiliers).

2.5. COMMENTAIRES

2.5.1. Imposition au décès

Comme il ne s'agit pas d'une décision fiscale, l'arrêt *Deschênes* ne portait pas sur les conséquences fiscales au décès de M. Deschênes et par la suite de M^me^ Gagné. Par contre, les jugements faisaient indirectement référence au roulement fiscal du REÉR au décès de M. Deschênes en faveur de M^me^ Gagné.

Dans le jugement Hallée, l'expert M^e^ Jolin a fait allusion à la perte du roulement en faveur de M^me^ Gagné s'il y avait trop de conditions ou restrictions imposées à l'utilisation des fonds du FERR par M^me^ Gagné. Dans une interprétation technique[12], l'ARC laisse entendre qu'aucune restriction ne peut être mise sur le régime enregistré (REÉR ou FERR) qui peut influer sur le retrait des fonds par le bénéficiaire du REÉR ou du FERR. Par contre, si l'époux survivant fait une entente avec une autre partie et qu'il n'y a

[12] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique, 9305715, 28 juillet 1993.

aucune restriction imposée sur le régime lui-même (le REÉR ou le FERR), le roulement pourra être disponible.

L'imposition après le décès de M^me^ Gagné est plus problématique. À son décès, elle devra inclure dans sa dernière déclaration la valeur marchande du FERR[13]. Si la désignation de bénéficiaire avait été valide, le solde du FERR aurait été versé directement aux enfants Deschênes (sans retenues à la source et sans avoir passé sous le contrôle du liquidateur de la succession Gagné). Par contre, l'impôt doit être versé à même le résidu de la succession, donc probablement par les enfants de M^me^ Gagné… Si la succession Gagné est insolvable au moment du décès de M^me^ Gagné (c'est-à-dire qu'il ne reste pas d'actifs dans le patrimoine de M^me^ Gagné, sauf pour son FERR), les héritiers de la succession Gagné n'accepteraient pas la succession. Quel incitatif pour encourager l'insolvabilité de la succession Gagné! Par contre, soyez assurés que le fisc n'y perd pas! Les paragraphes 160.2(2) L.I.R. et 1034.1 2) L.I. trouveraient application pour faire en sorte que les enfants Deschênes soient solidairement redevables de l'impôt sur le FERR.

Compte tenu du fait que la désignation de bénéficiaire n'est pas valide dans le contexte d'une police d'assurance ou d'une rente mais que la désignation est « valide en droit [dans le contexte d'une stipulation d'autrui] et conforme aux exigences du testateur et qu'elle ne contrevient pas à l'article 1819 C.c.Q. » selon le jugement de la Cour d'appel, il faut se demander si le liquidateur de la succession Gagné aurait la saisine du FERR ou si les sommes seraient versées directement aux enfants Deschênes (on comprend donc pourquoi le liquidateur voulait s'assurer que la désignation de bénéficiaire était valide!). S'il en a la saisine, le liquidateur de la succession Gagné ne distribuerait pas le solde du FERR aux enfants Deschênes sans avoir reçu au préalable un certificat de décharge du fisc[14].

Compte tenu du fait que cette saga dure depuis 10 ans, que M^me^ Gagné a le pouvoir d'acheter le FERR de son choix, que le régime qu'elle a choisi ne comporte pas de désignation de bénéficiaire valide dans le contexte d'une police d'assurance ou d'une rente (selon la Cour d'appel), que la désignation peut être révocable (sauf si les enfants Deschênes acceptent la stipulation pour autrui en leur faveur), qu'elle n'est pas limitée au retrait minimum et

---

13 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 146.3(6) et *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 961.17.1.

14 Par. 159(3) L.I.R. et *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod., art. 14.

que la facture fiscale à son décès incomberait à sa succession, on doute fort que le solde du FERR à son décès soit très élevé…

2.5.2. Planification

Compte tenu de la prolifération des familles reconstituées, il semble que le problème de transfert des régimes enregistrés à des conjoints, tout en préservant le capital pour les enfants d'un premier mariage, deviendra de plus en plus important. Clairement, les régimes enregistrés ne peuvent être transférés à une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint (sauf en cas de déficience mentale), ce qui par ailleurs réglerait le problème. La question a été soulevée auprès du ministère des Finances[15], mais à ce jour la législation l'interdit.

Il est difficile de trouver une solution idéale qui répond à tous les objectifs d'un testateur. L'âge du testateur et de son conjoint est un facteur important. Si, de son vivant, il convertit son REÉR en rente viagère immédiate, à moins qu'il ne s'agisse d'une rente réversible, le conjoint risque de ne recevoir aucun versement si le testateur décède après la période de garantie de la rente.

Afin d'atteindre partiellement ses objectifs, M. Deschênes aurait pu faire ce qui suit :

- De son vivant, il acquiert un FERR auprès d'un assureur ou d'une société de fiducie. Le contrat doit respecter les critères établis afin de satisfaire à la définition de « rente » tel qu'il a été prévu à la suite de l'adoption du Projet de loi 136[16]. À noter ici qu'il ne s'agit pas d'une rente immédiate (laquelle prévoit immédiatement le versement de sommes fixes à vie ou pour une certaine période), mais bien d'une rente en accumulation (laquelle prévoit l'accumulation du capital, par exemple un fonds distinct)[17].

---

15 « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-39, question 2, aux pages 57:6-7.

16 Précité, note 9.

17 Pour une description détaillée, voir Robert LANIEL, « Pot-pourri en planification financière », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 34:1-33, aux pages 34:3-13.

- M. Deschênes nomme sa femme, M^me^ Gagné, à titre de rentier successeur. Seuls les FERR (et non les REÉR) permettent la désignation de rentiers successeurs.

- M. Deschênes nomme ses enfants **bénéficiaires** irrévocables de 50 % du solde du FERR et la succession de M^me^ Gagné, révocable pour les autres 50 %.

- M. Deschênes établit son contrat en demandant que les retraits représentent le minimum requis par la loi ou encore tout autre montant préétabli.

De son vivant, M. Deschênes reçoit les versements de son FERR. À son décès, le même contrat continue au bénéfice de sa conjointe. Elle ne peut modifier la désignation de bénéficiaire qui est faite en faveur des enfants Deschênes. Le liquidateur de M. Deschênes n'a pas la saisine du FERR. Elle continue automatiquement à recevoir les retraits tels qu'ils ont été établis par M. Deschênes. Si elle désire augmenter le montant des retraits, elle devra demander l'autorisation des bénéficiaires irrévocables (certains contrats ne prévoient pas l'autorisation des bénéficiaires irrévocables pour augmenter le montant de retraits). Au moment du décès de M^me^ Gagné, 50 % du solde du FERR est versé aux enfants Deschênes, les autres 50 % à la succession de M^me^ Gagné. La succession disposera donc des liquidités nécessaires à payer l'impôt généré par la **totalité** du FERR. En somme, les enfants Deschênes reçoivent le solde du FERR, net de l'impôt.

Le désavantage majeur de cette stratégie réside dans le fait que, de son vivant, M. Deschênes devra demander l'autorisation de ses enfants s'il désire augmenter ses retraits (certains contrats seulement), ce qui peut être problématique dans certains cas. Cette limite est également imposée à sa conjointe. Par contre, si ce n'était de cette limite, sa conjointe pourrait retirer la totalité du FERR, ne laissant aucun solde pour les enfants Deschênes.

Il s'agit d'une stratégie qui peut être intéressante, mais il est très important de s'assurer de la validité de la désignation de bénéficiaire (il doit s'agir d'un contrat de rente, même si elle n'est pas immédiate) et surtout des limites imposées en vertu du contrat lors d'une désignation de bénéficiaire irrévocable.

3. L'AFFAIRE *MOLNAR* C. *KOVACS*[18]

Cette décision rendue le 28 mars 2006 par la juge Marie-Andrée Villeneuve de la Cour du Québec traite de la révocation d'une donation/legs pour cause d'ingratitude.

3.1. LES FAITS

1997 : M[me] Molnar achète une maison à Havelock, Québec, où elle habite jusqu'en 2002 (ci-après « Maison »).

2002 : Elle emprunte 25 000 $ et hypothèque la Maison afin d'acheter une maison mobile à Havelock et de l'habiter. Elle effectue des versements hypothécaires mensuels de 342 $.

Septembre 2002 à juin 2003 : Maison louée à raison de 400 $ par mois. M[me] Molnar continue à effectuer les versements hypothécaires sur la Maison.

Août 2003 : Le fils de M[me] Molnar, M. Kovacs, convient qu'il habitera la Maison en paiement d'un loyer de 400 $ par mois. M. Kovacs et son amie Dina Laborgne y emménagent.

Mai 2004 : M[me] Molnar décide de donner la Maison à son fils, qui promet de s'occuper d'elle, de payer les taxes scolaires et municipales et de verser 400 $ par mois à sa mère afin qu'elle puisse effectuer les versements hypothécaires sur la Maison, lesquels s'élèvent alors à 388,88 $ par mois.

Juillet 2004 : M[me] Molnar commence à habiter dans la Maison avec son fils et sa conjointe. En même temps la conjointe apprend qu'elle est atteinte de la maladie de l'hépatite « C ».

Août 2004 : M[me] Molnar est très inquiète de la condition de l'amie de son fils. Elle a peur de contracter la maladie. Elle quitte la Maison et retourne vivre dans sa maison mobile. Les relations entre M[me] Molnar et son fils se détériorent.

Janvier 2005 : M. Kovacs effectue des arrêts de paiements sur tous les chèques postdatés qu'il avait remis à sa mère. M[me] Molnar continue d'effectuer les versements hypothécaires.

---

[18] C.Q. Valleyfield, n[o] 760-22-004400-050, 28 mars 2006, j. Villeneuve.

Juillet 2005 : M^me^ Molnar entreprend des procédures contre son fils en exigeant qu'il lui rétrocède la Maison qu'elle lui avait donnée par acte à titre gratuit, à cause de son ingratitude.

3.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

1) Le défendeur Kovacs (donataire) a-t-il commis un acte gravement répréhensible envers la demanderesse Molnar (donatrice)?

2) Y a-t-il cause d'ingratitude amenant la révocation de la donation entre vifs faite par la demanderesse à son fils (le défendeur)?

3.3. LA LOI

L'article 1836 C.c.Q. énonce ce qui suit :

> « Toute donation entre vifs peut être révoquée pour cause d'ingratitude.
>
> Il y a cause d'ingratitude lorsque le donataire a eu envers le donateur un comportement gravement répréhensible, eu égard à la nature de la donation, aux facultés des parties et aux circonstances. »

Dans le cas du legs, l'article 621 C.c.Q. se lit ainsi :

> « Peut être déclaré indigne de succéder :
>
> 1° Celui qui a exercé des sévices sur le défunt ou a eu autrement envers lui un comportement hautement répréhensible;
>
> 2° Celui qui a recelé, altéré ou détruit de mauvaise foi le testament du défunt;
>
> 3° Celui qui a gêné le testateur dans la rédaction, la modification ou la révocation de son testament. »

Dans les deux cas, qu'il s'agisse de donation ou de legs, un comportement hautement (ou gravement) répréhensible est une cause pour une révocation de donation ou du legs.

3.4. LA DÉCISION

- La preuve révèle que M^me^ Molnar a un revenu très modeste, soit 1 200 $ par mois.

- Elle doit verser 342 $ (montant qui sera haussé à 388 $ par après) à titre de versement hypothécaire.

- Le défendeur Kovacs s'est engagé à continuer de verser la somme de 400 $ pour aider sa mère à payer ses dettes. Il savait que cet engagement était essentiel vu le revenu très limité de sa mère.

Par « facultés des parties », le Code civil renvoie nécessairement aux moyens financiers des parties. Le juge cite l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Desmarais* c. *Ziggiotti*[19] :

> « La formulation de l'article 1836 C.c.Q. confère au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement les faits relatifs à l'ingratitude. Le juge évaluera la gravité et l'imputabilité du comportement répréhensible en fonction de critères qui renforcent ses pouvoirs importants d'appréciation : la nature de la donation, les facultés des parties et l'ensemble des circonstances. Par "facultés des parties" le Code réfère nécessairement aux moyens financiers des parties. L'expression se retrouve à deux autres endroits dans le Code : 587 et 2629 C.c.Q. Dans ces deux derniers cas l'acception financière des termes s'impose. Ne serait-ce que par cohérence législative, il y a lieu de retenir la même signification pour l'interprétation de l'article 1836 C.c.Q. Selon le Grand Robert, cette acception est d'ailleurs celle retenue en droit : "biens, ressources dont quelqu'un peut disposer". »

Dans le cas soumis, le tribunal a conclu que M. Kovacs a convenu de verser à sa mère la somme de 400 $ par mois qui devait servir à payer l'hypothèque pour laquelle M^me^ Molnar a continué et continue encore à être responsable.

En cessant ses versements depuis janvier 2005, le défendeur a démontré un comportement gravement répréhensible vu le très faible revenu (sa faculté financière) de sa mère, âgée de 72 ans, qui doit supporter seule l'hypothèque sur l'immeuble qu'elle a donné à son fils qui l'habite sans verser le montant mensuel qu'il devait payer et sans payer la totalité des taxes scolaires et municipales qu'il s'était également engagé à payer.

Le tribunal conclut donc qu'il y a cause d'ingratitude de la part du défendeur qui devra remettre à la demanderesse l'immeuble qu'elle lui avait donné.

---

[19] C.A. Montréal, n^o^ 500-09-011798-022, 13 mars 2003, jj. Delisle, Rochon et Morissette. R.E.J.B. 2003-39075.

CONCLUSION

La révocation pour cause d'ingratitude est un outil puissant parmi les mesures pour contester les actes de donation ou de legs en faveur de ceux ou celles qui agissent d'une manière répréhensible envers le donateur/testateur ou le « de cujus » en cas d'une succession *ab intestat*.

LA DÉONTOLOGIE POUR LES INTERVENANTS FINANCIERS



Michel Mailloux
Associé principal, MBA, Adm.A, Pl. Fin.
Mayhews & Associates

TEXTE NON DISPONIBLE

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ DES STRATÉGIES FINANCIÈRES ET DES INSTRUMENTS FINANCIERS



Coordonnatrice
Jocelyne Gagnon
Adm. A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin.
PPI Québec inc.



Paule Gauthier
CA, LL.M. fisc., TEP
RBC Dominion Valeurs Mobilières



Marie-Claude Hébert
Avocate
Ministère des Finances
du Canada



Guy Goulet
CA, M. Fisc.
Agence du revenu du Canada



Louise J. Roy
CGA
Agence du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. **DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE** 48:5

2. **STRATÉGIE DE DONS ENTOURANT LES RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES** 48:8

3. **DÉDUCTIBILITÉ D'UNE PRIME DE POLICE D'ASSURANCE VIE CÉDÉE EN GARANTIE ET DÉFINITION DE « PRIME PAYABLE »** 48:10

4. **MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA : DÉDUCTIBILITÉ DU COÛT NET DE L'ASSURANCE PURE ET PRIME PAYABLE PAR LE CONTRIBUABLE** 48:14

5. **APPORTS À UN CLUB DE PLACEMENT ET SYSTÈME MODIFIÉ D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS (DE PERSONNES)** 48:15

6. **MODIFICATION DES CONVENTIONS ENTRE ACTIONNAIRES À LA SUITE DES NOUVELLES RÈGLES SUR LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS ET NON DÉTERMINÉS** 48:17

7. **EXERCICE D'OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS ET DÉDUCTION DISPONIBLE LORS D'UNE PRISE DE CONTRÔLE** 48:18

8. **MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA : PRESCRIPTION DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL** 48:22

9. **TITULAIRE ET BÉNÉFICIAIRE D'UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE** 48:23

10. **ACHAT D'OBLIGATIONS SUR LE MARCHÉ PAR L'ÉMETTEUR – TRAITEMENT POUR LE DÉTENTEUR** 48:25

11. **VENTE DES DROITS DE GESTION D'UNE CLIENTÈLE PAR UN REPRÉSENTANT EN VALEURS MOBILIÈRES** 48:26

12. **MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA : TITRES DE CRÉANCES VISÉES PAR LES ALINÉAS 7000(1)D) ET 7000(2)D) R.I.R. – OBLIGATIONS CONDITIONNELLES INDICIELLES** 48:28

13. **LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT ET LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS** 48:29

14. **GAINS OU PERTES DE CHANGE RÉALISÉS PAR UN INVESTISSEUR** 48:30

15. **FONDS DISTINCTS ET TRAITEMENT FISCAL DES GARANTIES** 48:33

16. **POLICE D'ASSURANCE VIE ET CONVENTION DE RETRAITE**..... 48:34

17. **LETTRE DE CRÉDIT ET CONVENTION DE RETRAITE** 48:37

1. DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Le paragraphe 3 du *Bulletin d'interprétation* IT-244R3 se lit en partie comme suit :

> « Lorsqu'un contribuable a contracté une police d'assurance-vie et qu'il la cède ensuite entièrement à un donataire admissible en vertu du paragraphe 118.1(1), le montant du don de charité correspond à la valeur de la police (c.-à-d., la fraction de la valeur de rachat de la police au moment de la cession absolue qui excède tout prêt sur police d'assurance impayé) avec tous les dividendes et les intérêts accumulés cédés en même temps[1]. »

Dans plusieurs circonstances, une police d'assurance vie a une valeur marchande plus grande que la valeur de rachat. Cette valeur peut être déterminée selon les principes actuariels et peut tenir compte d'une variété de facteurs, dont plusieurs ont été identifiés par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») dans la *Circulaire d'information* 89-3[2]. Cette circulaire d'information traite des principes sur l'évaluation de biens mobiliers, mais plusieurs commentaires aux paragraphes 40 et 41 concernant l'évaluation d'une police d'assurance vie peuvent facilement s'appliquer dans d'autres circonstances, incluant les dons de bienfaisance.

Le paragraphe 40 stipule que la valeur d'une police d'assurance vie devrait tenir compte des facteurs suivants :

a) la valeur de rachat de la police;

b) le montant du prêt sur police;

c) la valeur nominale;

d) l'état de santé de la personne assurée et son espérance de vie;

e) les privilèges de conversion;

---

1 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance-vie comme dons de charité », 1er janvier 1995, par. 3.

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 1er janvier 1995.

f) les autres modalités de la police, par exemple les avenants temporaires et les clauses de doublement de la prestation; et

g) le coût de remplacement.

Le paragraphe 41 mentionne que l'imminence du décès devrait être prise en considération ainsi que la possibilité que l'assuré recouvre la santé et ne meurt pas.

La première question a trait au montant du reçu de bienfaisance qui peut être émis par l'organisme de bienfaisance. Selon l'article 3501 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[3], le reçu doit indiquer un montant égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien au moment où le don a été fait.

En tenant pour acquis que la JVM de la police est déterminée par un actuaire qualifié, en tenant compte des facteurs mentionnés ci-dessus, est-ce que l'ARC est d'avis que l'organisme de bienfaisance peut émettre un reçu pour un montant égal à cette JVM même si elle excède la valeur de rachat de la police?

La seconde question a trait au produit de disposition pour le donateur. Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3[4], on mentionne que le donateur doit tenir compte des conséquences de l'article 148 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5]. Aux fins du paragraphe 148(1) L.I.R., on considère que le produit de disposition pour le donateur correspond à la valeur de la police au moment de la cession. On retrouve la définition de « valeur » au paragraphe 148(9) L.I.R. :

> « "valeur" La valeur, à un moment donné, d'un intérêt dans une police d'assurance-vie est
>
> a) lorsque l'intérêt comprend un intérêt dans la valeur de rachat de la police, la somme y afférente que le titulaire de l'intérêt aurait le droit de recevoir si la police était rachetée à ce moment;
>
> b) dans les autres cas, nulle. »

---

3 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 1, par. 5.

5 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

Est-ce que l'ARC est d'accord avec le fait que le produit de disposition du donateur en vertu du paragraphe 148(1) L.I.R. serait égal à la valeur de rachat?

Réponse de l'ARC

Selon les propositions législatives contenues dans le Projet de loi C-33[6] que la Chambre des communes a adopté le 15 juin 2007, le total des dons de bienfaisance est fonction du montant admissible d'un don. Le paragraphe 248(31) L.I.R., tel qu'il est proposé, édicte que le montant admissible d'un don correspond à l'excédent de la JVM d'un bien qui fait l'objet du don sur le montant de l'avantage, le cas échéant, au titre du don.

La *Circulaire d'information* 89-3[7] énumère des facteurs à considérer pour évaluer une police d'assurance vie. L'ARC est d'avis qu'il faut tenir compte de ces paragraphes pour établir la JVM d'une police d'assurance vie donnée à un donataire reconnu.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3[8] doit être lu en tenant compte de cette nouvelle position de l'ARC.

Dans la situation décrite ci-dessus, l'organisme de bienfaisance devra inscrire sur le reçu la JVM de la police d'assurance vie au moment de la donation.

Le paragraphe 148(9) L.I.R. définit le terme « valeur » aux fins de l'article 148 L.I.R. Ainsi, aux fins du paragraphe 148(7) L.I.R., l'ARC est d'avis que la valeur d'une police d'assurance vie correspond au montant déterminé selon le paragraphe 148(9) L.I.R. et en est le produit de disposition aux fins du paragraphe 148(1) L.I.R.

---

6 CHAMBRE DES COMMUNES, *Loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu*, notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes*, Projet de loi C-33, adopté le 15 juin 2007.

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 2, par. 40 et 41.

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 1, par. 3.

2. STRATÉGIE DE DONS ENTOURANT LES RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES

M. X a un régime enregistré d'épargne-études (ci-après « REÉÉ ») dont il est souscripteur et qui a été souscrit dans les années 1980 pour le bénéfice de ses enfants. Le régime est constitué sous forme de fiducie. En 2006, après avoir retiré les cotisations, le régime détient toujours 10 000 $ de fonds accumulés qui n'ont pu être versés aux enfants. Le dernier bénéficiaire à l'échéance du régime est le souscripteur qui recevra les sommes sous forme de paiement de revenu accumulé.

Une institution d'enseignement peut être désignée comme bénéficiaire tel qu'il est permis par la *Loi de l'impôt sur le revenu* selon la définition de « fiducie » à l'alinéa 146.1(1)d) L.I.R.

M. X envisage plutôt d'effectuer un don de son régime en faveur d'une fondation publique enregistrée afin de créer un fonds de dotation permanent au profit d'une cause de son choix dans le domaine de l'éducation. M. X cède à une fondation publique dûment enregistrée le droit de bénéficiaire et de souscripteur dans le régime. À l'échéance, le régime est liquidé dans la fondation qui utilise les fonds à des fins charitables.

Peut-on considérer qu'un don à un organisme de charité donnant droit à un crédit pour don de charité a eu lieu?

La JVM de ce don serait-elle de 10 000 $?

Un REÉÉ n'est pas une fiducie aux fins du paragraphe 106(2) L.I.R. selon le paragraphe 108(1) L.I.R. et la disposition d'une participation au revenu ne constitue pas automatiquement du revenu. Le don du droit de souscripteur et de bénéficiaire dans la fiducie du REÉÉ déclenchera-t-il un gain en capital?

Réponse de l'ARC

La notion de don n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La question de savoir si la disposition d'un bien constitue un don relève du droit civil ou de la common law, selon le droit privé applicable. Pour déterminer si une opération donne lieu à un crédit d'impôt pour don, l'ARC doit tenir compte de tous les faits pertinents et établir si toutes les conditions requises par la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont remplies.

Selon les propositions législatives contenues dans le Projet de loi C-33, le total des dons de bienfaisance est fonction du montant admissible d'un don. Le paragraphe 248(31) L.I.R., tel qu'il est proposé, édicte que le montant admissible d'un don correspond à l'excédent de la JVM d'un bien qui fait l'objet du don sur le montant de l'avantage, le cas échéant, au titre du don. La JVM d'un bien ne peut être établie qu'après avoir considéré tous les faits pertinents.

Les conséquences fiscales d'une opération doivent être établies en tenant compte de tous les faits pertinents. Un REÉÉ peut être révoqué selon le paragraphe 146.1(12.2) L.I.R. dans les situations mentionnées au paragraphe 146.1(12.1) L.I.R. C'est le cas, notamment, lorsque le REÉÉ cesse d'être conforme aux conditions d'enregistrement énoncées au paragraphe 146.1(2) L.I.R. ou lorsque le régime cesse d'être conforme à l'une de ses dispositions. Selon l'avis d'intention prévu au paragraphe 146.1(12.1) L.I.R., l'enregistrement du régime peut être révoqué dès qu'il cesse d'être ainsi conforme à ses conditions d'enregistrement ou à l'une de ses dispositions.

Selon l'alinéa 146.1(2)d.1) L.I.R., les paiements de revenu accumulé ne peuvent être versés qu'à un souscripteur du régime qui réside au Canada au moment du versement, ou pour le compte d'un tel souscripteur. Seule une personne visée à la définition de souscripteur au paragraphe 146.1(1) L.I.R. peut être un souscripteur du régime. Dans la situation soumise, la fondation publique ne serait pas un tel souscripteur.

Conformément à l'alinéa 146.1(2)a) L.I.R., un REÉÉ accepté aux fins d'enregistrement doit prévoir que les biens de la fiducie régie par le régime doivent être détenus à l'une des fins visées à la définition de « fiducie » au paragraphe 146.1(1) L.I.R. Il nous apparaît que la fiducie pourrait ne pas satisfaire à cette condition par suite de la donation décrite ci-dessus.

Une institution d'enseignement ne peut pas être désignée comme bénéficiaire, au sens de ce terme au paragraphe 146.1(1) L.I.R., puisqu'elle ne peut pas bénéficier d'un paiement d'aide aux études. Néanmoins, tel qu'il est prévu à la définition de « fiducie » à l'alinéa 146.1(1)d) L.I.R., un établissement d'enseignement agréé au Canada et visé au sous-alinéa 118.6(1)a)(i) L.I.R. de la définition de ce terme ou une fiducie en faveur de tels établissements peuvent recevoir un paiement dans le cadre du régime.

3. DÉDUCTIBILITÉ D'UNE PRIME DE POLICE D'ASSURANCE VIE CÉDÉE EN GARANTIE ET DÉFINITION DE « PRIME PAYABLE »

A) Déductibilité d'une prime de police d'assurance vie cédée en garantie

L'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. permet la déduction d'une prime d'assurance vie ou le coût net de l'assurance pure (ci-après « CNAP ») lorsque la police est cédée en garantie d'un emprunt. Le sous-alinéa 20(1)e.2)(i) L.I.R. fait mention des primes payables par le contribuable pour l'année.

M. X contracte un emprunt dans le but de gagner un revenu de biens auprès d'une institution financière véritable qui lui exige comme garantie une hypothèque mobilière sur une police d'assurance vie.

M. X souscrit donc une police d'assurance vie universelle.

Le fonctionnement de la police vie universelle est le suivant : l'assureur détermine le coût de mortalité et les frais administratifs et fixe ainsi la prime minimale que le contribuable doit payer afin de maintenir sa police en vigueur. Toutefois, ce genre de police permet au contribuable d'injecter des sommes additionnelles qui produiront un rendement à l'intérieur du contrat, constituant ainsi une épargne pour le contribuable.

Il est possible qu'après un certain nombre de dépôts additionnels dans la police le contribuable, au lieu de faire parvenir à l'assureur un chèque pour le montant de la prime, avise l'assureur de prendre le montant de la prime dans son compte « fonds d'accumulation ». Le fonds est donc débité d'un montant égal à la prime payable pour l'année en question.

Notre compréhension est que peu importe la façon dont la prime est payée, elle devrait être déductible pour autant que toutes les autres conditions soient satisfaites. Ceci a été confirmé par l'ARC, dans une interprétation technique du 23 septembre 1992, dans laquelle l'ARC mentionne :

> « We would advise that suparagraph 20(1)*e.2)*(i) of the Act refers to premiums payable under a life insurance policy rather than to premiums paid. Accordingly, the method by which the premiums are paid is not relevant to their deductibility[9]. »

[9] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9220255, 23 septembre 1992.

Cependant, il ne semble pas que ce soit le cas puisque l'ARC a émis une autre interprétation technique le 23 avril 1999 dans laquelle elle conclut :

> « Amounts transferred from the investment account to cover costs of insurance and policy fees do not constitute premiums and are therefore not relevant for the purposes of paragraph 20(1)(*e.2)* of the Act[10]. »

Étant donné que l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. limite la déduction au moindre du CNAP, selon le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, et la prime payable, le dépôt excédant le CNAP n'est jamais déductible pour le contribuable.

Question

Est-ce que l'ARC pourrait réviser sa position sur ce point et permettre au contribuable qui utilise l'argent, qu'il a lui-même injecté dans sa police afin de s'assurer ainsi qu'il sera toujours en mesure de conserver sa police en vigueur, de déduire la prime payée par l'intermédiaire du fonds accumulé de sa police?

B) Définition de l'expression « prime payable » à l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R.

L'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. se lit comme suit :

> « […] la partie du moins élevé des montants suivants qu'il est raisonnable de considérer comme liée au montant qu'un contribuable doit à une institution financière véritable au cours de l'année en raison d'un emprunt contracté auprès de l'institution :
>
> (i) les primes payables par le contribuable pour l'année aux termes d'une police d'assurance-vie, sauf un contrat de rente, dans le cas où, à la fois :
>
> (A) un intérêt dans la police est cédé à l'institution financière dans le cadre de l'emprunt,
>
> (B) les intérêts payables sur l'emprunt sont déductibles dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année, ou le seraient sans les paragraphes 18(2) et (3.1) et les articles 21 et 28,
>
> (C) cession visée à la division (A) est exigée par l'institution financière à titre de garantie de l'emprunt,
>
> (ii) le coût net de l'assurance pure pour l'année, déterminé en conformité avec les dispositions réglementaires, relativement à l'intérêt dans la police. »

---

[10] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9901875, 23 avril 1999.

La notion de prime payable peut être différente selon que l'on est en présence d'une police de type vie universelle ou de type temporaire.

Question

Qu'entendez-vous par « prime payable » dans l'exemple suivant.

La première année, le client verse 15 000 $ dans sa police à titre de dépôt de prime. Le CNAP, selon le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, est de 10 000 $ et le coût de mortalité et les frais de l'assureur sont de 7 500 $.

La deuxième année, le client verse un dépôt de 5 000 $ dans le contrat, le CNAP est de 10 500 $ mais le coût de mortalité incluant les frais exigés par l'assureur est de 7 500 $.

Quel est le montant que le contribuable peut déduire en assumant que toutes les autres conditions sont satisfaites?

Réponse de l'ARC

Aux fins de cette réponse, nous allons décrire brièvement le fonctionnement d'une police d'assurance vie universelle standard. De façon générale, dans une police d'assurance vie universelle, l'assureur fixe une prime minimale pour la maintenir en vigueur et une prime maximale. Le titulaire peut ainsi verser des sommes additionnelles sans excéder la prime maximale établie par l'assureur pour que la police demeure exonérée aux fins de l'impôt sur le revenu. L'assureur dépose dans le compte de capitalisation de la police les primes versées moins les taxes applicables. Si le titulaire verse un montant excédentaire au maximum permis pour que la police demeure exonérée, l'assureur peut utiliser cet excédent pour augmenter le capital assuré ou le transférer à un compte distinct de la police d'assurance vie. D'autre part, le coût de l'assurance et les frais prévus au contrat sont soustraits du compte de capitalisation selon la méthode de paiement choisie. Le compte de capitalisation est investi dans le ou les véhicules d'investissement que le titulaire a sélectionnés et qui génèrent un revenu qui s'accumule dans ledit compte.

Le titulaire peut donc choisir le montant de la prime qu'il va verser sous réserve des montants minimal et maximal selon la police. Il peut aussi cesser temporairement ou définitivement de verser les primes si le solde du compte de capitalisation respecte certaines conditions.

L'assureur inclut le montant total des primes versées, après déduction des taxes s'y rapportant, dans son revenu. De plus, c'est la prime nette qui est prise en compte pour déterminer le coût de base rajusté de la police d'assurance vie.

Le sous-alinéa 20(1)e.2)(i) L.I.R. fait référence aux primes payables par le contribuable pour l'année aux termes d'une police d'assurance vie. Pour établir le montant qui constitue une telle prime, il faut s'en remettre aux termes de la police. L'ARC est disposée à rendre des décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu sur cette question après avoir considéré tous les faits pertinents et les termes de la police.

Dans la lettre d'interprétation 9220255 émise en 1992[11], l'ARC a indiqué que le sous-alinéa 20(1)e.2)(i) L.I.R. fait référence aux primes payables aux termes d'une police d'assurance vie et non pas aux primes payées et qu'en conséquence, la méthode de paiement des primes n'est pas déterminante pour établir le montant déductible. Cette opinion représente toujours la position de l'ARC.

Dans la lettre d'interprétation 9901875 émise en 1999[12], l'ARC devait se prononcer sur le montant des primes payables aux termes d'une police d'assurance vie universelle spécifique et a conclu que le montant payable correspondait, dans ce cas, aux primes payées.

Dans le cas d'une police d'assurance vie universelle comme celle que nous venons de décrire sommairement, l'ARC est généralement d'avis que les primes payables correspondent aux primes que le titulaire choisit de verser à l'assureur aux termes de la police. D'autre part, nous sommes d'opinion que les montants que l'assureur retire du compte de capitalisation pour couvrir les coûts d'assurance et les frais connexes ne constituent pas des primes. Ainsi, dans l'exemple à la question B, l'ARC est d'avis que la prime payable serait de 15 000 $ la première année et de 5 000 $ la deuxième année. Le montant déductible serait de 10 000 $ pour la première année et de 5 000 $ pour la deuxième année.

---

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 9.

12 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 10.

4. MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA : DÉDUCTIBILITÉ DU COÛT NET DE L'ASSURANCE PURE ET PRIME PAYABLE PAR LE CONTRIBUABLE

L'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. permet la déduction d'une prime d'assurance ou du CNAP (la moins élevée des deux) lorsque la police est cédée en garantie d'un emprunt auprès d'une institution financière véritable.

Dans la situation où l'actionnaire contracte un emprunt auprès d'une institution financière véritable, dont le but est de réaliser un revenu de biens, et que l'institution financière exige qu'une hypothèque mobilière soit prise sur ladite police (cession en garantie), l'actionnaire (emprunteur) peut déduire une partie de la prime tel qu'il est stipulé au premier paragraphe seulement s'il est le payeur de primes.

En effet, on peut lire au sous-alinéa 20(1)e.2)(i) L.I.R. : « les primes payables par le contribuable pour l'année aux termes d'une police d'assurance vie [...] »

Or, il arrive assez souvent que l'actionnaire ait déjà une police d'assurance sur sa vie par l'entremise de sa société et qu'au lieu de souscrire une autre police d'assurance, il désire utiliser celle-ci pour satisfaire à l'exigence de l'institution financière. Dans un tel contexte, l'actionnaire ne pourrait pas déduire une partie de la prime ou le CNAP puisqu'il n'est pas le payeur de primes.

La situation peut également se produire lorsque les primes sont payées par une société mère sur une police d'assurance vie dont elle est titulaire et que cette police est cédée à titre de garantie d'un emprunt de sa filiale.

Question

Serait-il possible de modifier le libellé de cet alinéa afin de permettre une déduction dans cette situation?

Réponse du ministère des Finances du Canada

L'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. permet au contribuable de déduire le moins élevé des montants suivants : la prime payable ou le CNAP relativement à un intérêt dans une police d'assurance cédée à une institution financière véritable dans le cadre d'un emprunt contracté auprès de ladite institution financière, si l'intérêt payable est déductible dans le calcul du revenu du

contribuable et si la cession est exigée par l'institution pour garantir un emprunt. Le montant déductible doit correspondre à l'emprunt.

Le ministère des Finances n'approuverait pas une modification à cet alinéa visant à permettre à un contribuable de déduire les primes payées par un autre contribuable dans le cadre d'une police lorsque ladite police est cédée pour garantir un emprunt. Les avantages de cet alinéa sont adéquatement restreints au contribuable qui a payé la prime dans la situation d'emprunt du contribuable établie dans cet alinéa.

5. APPORTS À UN CLUB DE PLACEMENT ET SYSTÈME MODIFIÉ D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS (DE PERSONNES)

La *Circulaire d'information* 73-13[13] explique la position de l'ARC relativement à l'imposition des clubs de placement selon deux méthodes, soit la méthode de la participation indivise et le système modifié d'imposition des sociétés. La présente question porte sur les conséquences fiscales des apports effectués selon la seconde méthode.

Dans le système modifié d'imposition des sociétés, la *Circulaire d'information* 73-13[14] fait mention d'une acquisition des unités de participation à leur prix d'achat, qui inclut le gain en capital latent sur le bien transféré. Il n'est pas clair, selon la politique de l'ARC, si le bien transféré fait l'objet d'une disposition et non plus si la valeur à laquelle se ferait une disposition serait fixée à la juste valeur du bien ou à son prix de base rajusté (ci-après « PBR ») pour le nouvel associé.

Dans une société de personnes formelle, les apports à la société donnent habituellement lieu à une disposition à la JVM des biens apportés à la société par chacun des associés. Un choix est tout de même possible, en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R., permettant de transférer le bien à la société à son PBR pour l'associé et ainsi reporter la réalisation du gain en capital jusqu'à la vente du bien par la société ou la vente par l'associé de ses participations dans la société. Le système modifié d'imposition des sociétés devrait donc permettre, en principe, ce report du gain en capital non réalisé.

---

[13] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 73-13, « Clubs de placement », 1er janvier 1995.

[14] *Id*., par. 13.

Notons que, juridiquement, un club de placement constitue une copropriété indivise, et l'apport d'un copropriétaire peut donner lieu à un transfert libre d'impôt selon le pourcentage de participation du copropriétaire dans la copropriété. La méthode de la participation indivise reconnaît une disposition des éléments d'actif selon le pourcentage de participation des copropriétaires[15]. Par exemple, un apport d'un copropriétaire sous la forme de valeurs mobilières d'une valeur de 30 000 $, dont la totalité consiste en du gain en capital latent, dans un compte où il détient une participation de 50 %, devrait déclencher un gain en capital de la moitié des titres qu'il a transférés.

Il nous paraît illogique que le système modifié d'imposition des sociétés ne permette pas de transfert libre d'impôt des biens d'un membre au club de placement.

Question

L'ARC permet-elle aux membres d'un club de placement imposé selon le système modifié d'imposition des sociétés de faire le choix de reporter le gain en capital lors d'apports à la société, de biens en capital, jusqu'au moment de la vente du bien ou du retrait de la participation dans le club de placement?

Réponse de l'ARC

Le choix de reporter le gain en capital lors d'apports à une société de personnes prévu au paragraphe 97(2) L.I.R. vise un contribuable qui dispose d'un bien qui y est décrit en faveur d'une société de personnes canadienne dont il est un associé immédiatement après la disposition.

Les clubs de placement peuvent être constitués sous différentes formes juridiques. Ils peuvent être des fiducies, des sociétés par actions ou des sociétés de personnes. Dans d'autres situations, les membres peuvent simplement détenir des participations indivises dans chaque valeur ou autre élément d'actif détenu par le club.

Conformément à la *Circulaire d'information* 73-13, le système modifié d'imposition des sociétés de personnes est une politique administrative qui s'applique uniquement aux clubs de placement dont les membres possèdent

[15] Tel qu'il est spécifié dans le paragraphe b) de l'appendice C de la *Circulaire d'information* 73-13.

une participation indivise dans chaque valeur ou autre élément d'actif détenu par le club. Cette politique ne s'applique pas aux clubs de placement qui sont constitués en fiducie, en société de personnes ou en société par actions.

L'ARC permet à un club de placement de faire le choix afin de calculer et de déclarer le revenu du club selon l'année civile ainsi que d'accepter l'état de revenu et le montant imposable entre les mains de chaque membre, y compris les gains et les pertes en capital.

Le but du système modifié d'imposition des sociétés de personnes est de faciliter le calcul et la déclaration du revenu et des gains et pertes en capital d'un club de placement aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et non de rendre toutes les dispositions de celle-ci portant sur les sociétés de personnes applicables à un club de placement qui fait le choix d'utiliser cette méthode. Ainsi, l'ARC est d'avis que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettant le transfert libre d'impôt de biens d'un associé à une société de personnes ne peuvent pas s'appliquer à un membre dont le club de placement choisit le système modifié d'imposition des sociétés.

6. MODIFICATION DES CONVENTIONS ENTRE ACTIONNAIRES À LA SUITE DES NOUVELLES RÈGLES SUR LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS ET NON DÉTERMINÉS

Depuis l'adoption des nouvelles règles sur l'imposition des dividendes, plusieurs actionnaires aimeraient réviser leur convention entre actionnaires afin d'y prévoir la possibilité d'utiliser le « compte de revenu à taux général » (au sens de la définition prévue au paragraphe 89(1) L.I.R.) pour payer un dividende déterminé. Plusieurs conventions entre actionnaires prévoient actuellement l'utilisation du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») pour racheter les actions d'un actionnaire décédé. Une convention entre actionnaires existante pourrait être amendée afin d'accorder aux administrateurs d'une société le pouvoir de décider (choix) si un dividende réputé reçu par un particulier et découlant du rachat ou de l'achat d'actions du capital-actions de la société était désigné à titre de « dividende déterminé » en vertu du paragraphe 89(14) L.I.R., ou la convention pourrait être modifiée afin de prévoir spécifiquement que le dividende réputé reçu par un particulier serait désigné à titre de « dividende déterminé » en vertu du paragraphe 89(14) L.I.R.

Aux fins du paragraphe 112(3) L.I.R., est-ce que ces modifications à une convention entre actionnaires auraient pour effet de faire perdre à des actions leur statut d'actions de régime transitoire prévu à l'alinéa a) de la règle

transitoire introduite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* par le paragraphe 131(11) de la *Loi de 1997 modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu[16]?

Dans le cas où ces modifications seraient effectuées dans une convention séparée, est-ce que cette convention serait considérée comme ayant résilié ou remplacé une convention entre actionnaires aux fins de l'alinéa a) de la règle transitoire?

Réponse de l'ARC

L'alinéa a) de la règle transitoire introduite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* par le paragraphe 131(11) de la *Loi de 1997 modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu mentionne : « a) une disposition effectuée en conformité avec une convention écrite conclue avant le 27 avril 1995; […] ».

La protection des droits acquis que vaudrait l'existence d'une convention entre actionnaires conclue avant le 27 avril 1995 serait perdue si les modifications apportées à la convention ou les modifications effectuées dans le cadre d'une convention séparée avaient pour effet de résilier ou de remplacer la convention entre actionnaires conclue avant le 27 avril 1995.

La question de savoir si les modifications apportées à une convention ou les modifications effectuées dans le cadre d'une convention séparée auraient pour effet de résilier ou de remplacer la convention entre actionnaires relève du droit civil dans le cas d'une convention assujettie aux lois de la province de Québec. Cette question doit être résolue cas par cas en fonction des faits particuliers dans une situation donnée.

7. EXERCICE D'OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS ET DÉDUCTION DISPONIBLE LORS D'UNE PRISE DE CONTRÔLE

Plusieurs annonces ont été faites dans les journaux concernant l'acquisition d'entreprises canadiennes par des intérêts étrangers. Devant cette éventualité, les détenteurs d'options d'achat d'actions procéderont le plus souvent à la levée de leurs options d'achat d'actions avant que la transaction ne soit concrétisée.

Le traitement fiscal avantageux réservé au gain réalisé lors de la levée d'une option d'achat d'actions (al. 110(1)d) L.I.R.) n'est disponible que pour les actions prescrites telles que définies au paragraphe 6204(1) R.I.R.

---

16 L.C. 1998, c. 19.

Parmi ces conditions, il est prévu que :

- à l'alinéa 6204(1)b) R.I.R. :

> « […] on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que, dans les deux ans suivant la vente ou l'émission de l'action, la société ou une personne apparentée à celle-ci rachète, acquière ou annule l'action en tout ou en partie, ou réduise le capital versé de la société au titre de l'action, autrement que par suite :
>
> i) soit de la fusion d'une filiale à cent pour cent,
>
> ii) soit d'une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1) de la Loi,
>
> iii) soit d'une distribution ou attribution à laquelle s'applique le paragraphe 84(2) de la Loi […] »;

- et à l'alinéa 6204(1)c) R.I.R. :

> « […] on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une des conditions de l'action ou un accord existant relatif à l'action ou à sa vente ou son émission soient modifiés ou à ce qu'un nouvel accord relatif à l'action, sa vente ou son émission soit conclu, dans les deux ans de la date de la vente ou de l'émission de l'action, de telle sorte que l'action n'aurait pas été une action prescrite si elle avait été vendue ou émise à la date d'une telle modification ou à la date où le nouvel accord est conclu. »

Il semble que l'objectif de ces conditions soit de refuser d'accorder le traitement fiscal avantageux à l'égard de bonis qui seraient déguisés en options d'achat d'actions.

Dans certaines situations, lorsqu'un détenteur d'options exerce son droit après l'annonce d'une prise de contrôle, il pourrait être possible d'avancer qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que, dans les deux ans suivant la vente ou l'émission de l'action, la société ou une personne apparentée à celle-ci rachète, acquière ou annule l'action en tout ou en partie.

Dans certaines autres situations, lorsqu'un détenteur d'options exerce son droit après l'annonce d'une prise de contrôle, il pourrait être possible d'avancer qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'un accord existant relatif à l'action ou à sa vente ou son émission soit modifié ou à ce qu'un nouvel accord relatif à l'action, sa vente ou son émission soit conclu, dans les deux ans de la date de la vente ou de l'émission de l'action, de telle sorte que l'action n'aurait pas été une action prescrite si elle avait été vendue ou émise à la date d'une telle modification ou à la date où le nouvel accord est conclu.

Question à l'ARC

L'ARC peut-elle donner des exemples de situation où elle interpréterait positivement l'expression « raisonnablement s'attendre » prévue aux alinéas 6204(1)b) et 6204(1)c) R.I.R. de façon à refuser la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R.?

L'ARC peut-elle commenter le cas particulier de l'annonce d'une prise de contrôle dans le cadre de l'application de ces deux dispositions?

Réponse de l'ARC

Pour l'application de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., une action est une action prescrite du capital-actions d'une société à la date de son émission si à cette date les conditions du paragraphe 6204(1) R.I.R. sont respectées. La condition énoncée à l'alinéa 6204(1)b) R.I.R. est que, à la date de la vente ou de l'émission de l'action, selon le cas, on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que, dans les deux ans suivant la vente ou l'émission de l'action, la société ou une personne apparentée à celle-ci rachète, acquière ou annule l'action en tout ou en partie, ou réduise le capital versé de la société au titre de l'action, autrement que par suite de l'une des opérations visées aux sous-alinéas 6204(1)b)(i), 6204(1)b)(ii) ou 6204(1)b)(iii) R.I.R. La condition énoncée à l'alinéa 6204(1)c) R.I.R. est que, à la date de la vente ou de l'émission de l'action, selon le cas, il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que, dans les deux ans de la date de la vente ou de l'émission de l'action, les modalités de l'action ou une convention concernant l'action ou sa vente ou son émission soient modifiées ou à ce qu'une nouvelle convention concernant l'action, sa vente ou son émission soit conclue, de telle sorte que l'action n'aurait pas été une action visée si elle avait été vendue ou émise à la date d'une telle modification ou à la date où la nouvelle convention est conclue.

Par ailleurs, l'alinéa 6204(3)a) R.I.R. stipule que pour l'application du paragraphe 6204(1) R.I.R., « personne apparentée » à une société s'entend entre autres d'une personne avec laquelle la société a un lien de dépendance sauf en raison d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. qui découle de l'offre de la personne d'acquérir la totalité ou presque totalité des actions du capital-actions de la société. Également, le paragraphe 6204(4) R.I.R. stipule que pour l'application du paragraphe 6204(3) R.I.R., il n'est pas tenu compte de la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. selon laquelle le contrôle d'une société qui est acquis à un moment donné est réputé l'être au début du jour où tombe ce moment.

La question de savoir si au moment de l'émission d'une action l'une des conditions énoncées aux alinéas 6204(1)b) ou 6204(1)c) R.I.R. est respectée en est une qui ne peut être résolue qu'après une analyse complète de tous les faits et documents pertinents. Il nous est donc impossible de commenter l'interprétation de ces alinéas à partir de situations hypothétiques dans le cadre de cette table ronde. L'ARC peut examiner cette question dans le cadre d'une demande de décisions anticipées dans des situations particulières données.

Par ailleurs, dans un contexte d'une offre publique d'achat et de prise de contrôle, l'ARC a comme pratique d'interpréter les conditions énoncées aux alinéas 6204(1)b) ou 6204(1)c) R.I.R. à la lumière des paragraphes 6204(3) et 6204(4) R.I.R.

Question au ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances pourrait-il confirmer que les conditions édictées aux alinéas 6204(1)b) et 6204(1)c) R.I.R. n'ont pas pour but de disqualifier les actions, lorsque des options d'achat sont levées après l'annonce d'une prise de contrôle, et que ces conditions étaient respectées avant l'annonce de la prise de contrôle?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Comme il a été mentionné, les alinéas 6204(1)b) et 6204(1)c) R.I.R. stipulent qu'une action visée par une option d'achat ne peut être considérée comme une action prescrite aux fins de la déduction au titre des options d'achat prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. si, au moment où l'action est achetée, on peut raisonnablement s'attendre à ce que dans les deux ans :

- la société ou une personne apparentée à celle-ci, rachète, acquière ou annule l'action ou réduise son capital versé, sauf dans les circonstances précisées aux sous-alinéas 6204(1)b)(i) à 6204(1)b)(iii) R.I.R.; ou

- les conditions de l'action ou un accord existant relatif à l'action soient modifiés ou à ce qu'un nouvel accord relatif à l'action soit conclu, de telle sorte que l'action n'aurait pas été une action prescrite si elle avait été achetée à la date d'une telle modification ou à la date où le nouvel accord est conclu.

Le paragraphe 6204(3) R.I.R. définit le terme « personne apparentée » à une société pour l'application du paragraphe 6204(1) R.I.R. La définition inclut toute personne ou société de personnes avec laquelle la société a un

lien de dépendance, mais exclut précisément toute personne ou société de personnes avec laquelle la société a un lien de dépendance « en raison d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. qui découle de l'offre de la personne ou de la société de personnes d'acquérir la totalité ou presque totalité des actions du capital-actions de la société ». Cette exclusion, dans cette situation précise, assurera que les actions visées par une option d'achat de la société ciblée demeureront admissibles en vertu des règles régissant les actions prescrites même si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que la société responsable de l'offre achète par la suite les actions.

L'existence de cette exclusion explicite dans les règles régissant les actions prescrites indique que dans certaines situations de « prise de contrôle » où l'on peut s'attendre à ce que les actions soient rachetées, acquises ou annulées, les actions visées par une option d'achat pourraient ne pas être considérées comme des actions prescrites et ne seraient donc pas admissibles à la déduction au titre des options d'achat.

8. MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA : PRESCRIPTION DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Selon la définition du « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R., ce dernier est calculé cumulativement et peut prendre en compte plusieurs exercices financiers. Selon l'interprétation technique 2006-0185291E5 datée du 11 juin 2007[17], un gain en capital dont la caractérisation serait normalement prescrite peut être recaractérisé comme revenu au cours d'une année d'imposition subséquente lors d'un calcul de CDC d'un exercice ultérieur à la période de prescription normale de la réalisation de ce gain.

Le gain en capital pourrait même théoriquement être recaractérisé après la destruction des registres de la société.

Question

Le ministère des Finances peut-il nous éclairer sur les objectifs de la politique fiscale relative à la prescription du solde de CDC?

---

[17] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0185291E5, 11 juin 2007.

Et peut-il considérer apporter des modifications en vue d'augmenter la certitude des contribuables relativement aux dividendes en capital versés sur leur CDC?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances n'envisagerait pas d'apporter des modifications afin de permettre à un contribuable de traiter comme un gain en capital, aux fins du CDC, un revenu qui a été imposé à titre de gain en capital au cours des années prescrites. Une telle modification permettrait le dépouillement des surplus et l'évitement fiscal. Le revenu est adéquatement distribué à titre de dividende imposable et non de dividende en capital. Cela contrevient à la politique fiscale établissant les règles qui régissent les distributions de surplus.

9. TITULAIRE ET BÉNÉFICIAIRE D'UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE

Situation 1

M. A est l'unique actionnaire de deux sociétés privées (ci-après « Compagnie 1 » et « Compagnie 2 »). Compagnie 1 est titulaire d'une police d'assurance vie (ci-après « Police ») et paie les primes. Elle a nommé Compagnie 2 à titre de bénéficiaire de la Police.

En vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., un avantage imposable découle-t-il de cette situation pour :

1) M. A;

2) Compagnie 2?

La réponse de l'ARC est-elle différente selon que la Police possède ou non une valeur de rachat?

La réponse de l'ARC est-elle différente selon que la nomination de Compagnie 2 comme bénéficiaire de la Police est à titre révocable ou irrévocable?

Situation 2

M. A est l'unique actionnaire d'une société privée (Compagnie 1) et possède des actions privilégiées de gel d'une seconde société privée

(Compagnie 2), à la suite d'un gel successoral effectué en faveur d'une fiducie familiale, dont les bénéficiaires sont M. A et ses enfants.

Compagnie 1 est titulaire d'une police d'assurance vie (Police) et paie les primes. Elle a nommé Compagnie 2 à titre de bénéficiaire de la Police.

En vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., un avantage imposable découle-t-il de cette situation pour :

1) M. A;

2) la fiducie;

3) les enfants de M. A;

4) Compagnie 2?

La réponse de l'ARC est-elle différente selon que la Police possède ou non une valeur de rachat?

La réponse de l'ARC est-elle différente selon que la nomination de Compagnie 2 à titre de bénéficiaire est à titre révocable ou irrévocable?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 15(1) L.I.R. s'applique lorsqu'une société s'appauvrit en raison d'une opération et qu'un de ses actionnaires ou une personne en passe de le devenir en tire un avantage. Si ces conditions sont remplies, le paragraphe 15(1) L.I.R. s'appliquera, de sorte que l'actionnaire, ou la personne en passe de le devenir, qui tire un tel avantage devra inclure dans son revenu la valeur de l'avantage qui lui est ainsi conféré.

Dans les situations décrites ci-dessus, M. A pourrait être assujetti aux dispositions du paragraphe 15(1) L.I.R. Toutefois, ce n'est qu'après un examen de tous les faits qu'il est possible de déterminer si le paragraphe 15(1) L.I.R. est applicable.

Le fait que la Police possède ou non une valeur de rachat ou que Compagnie 2 soit nommée bénéficiaire révocable ou irrévocable ne constituent pas, en soi, des facteurs déterminants pour établir si le paragraphe 15(1) L.I.R. s'applique dans une situation spécifique.

10. ACHAT D'OBLIGATIONS SUR LE MARCHÉ PAR L'ÉMETTEUR – TRAITEMENT POUR LE DÉTENTEUR

Il arrive que des émetteurs publics désirent racheter leurs propres obligations en circulation. Ils peuvent le faire en faisant un rachat de titre ou bien en achetant le titre sur le marché libre.

Le rachat de titre par l'émetteur donne lieu à un intérêt pour le détenteur avec une émission d'un Feuillet T5. Lors d'un achat sur le marché libre, un Feuillet T5008 est émis.

Puisqu'il est impossible d'associer un vendeur avec un acheteur lors de la vente d'un titre sur le marché libre, pouvez-vous confirmer si cette transaction donne lieu à une disposition pouvant générer un gain en capital ou non?

Réponse de l'ARC

À notre avis, une opération sur le marché libre en vertu de laquelle l'obligation détenue par un individu est achetée, lui donnant droit de recevoir un produit à titre de contrepartie, est généralement une opération qui constitue une disposition selon la définition de « disposition » prévue à l'alinéa 248(1)a) L.I.R. Cet alinéa stipule que toute opération ou tout événement donnant droit au contribuable au produit de disposition d'un bien est une disposition.

Par conséquent, un individu qui dispose d'une telle obligation détenue comme investissement sur le marché libre peut réaliser un gain en capital ou subir une perte en capital. De plus, il doit inclure dans le calcul de son revenu les intérêts courus calculés selon le taux d'intérêt inscrit sur l'obligation jusqu'à la journée de la disposition de l'obligation. Généralement, l'émetteur d'un contrat de placement est tenu d'établir un Feuillet T5 pour un tel contrat et d'y inscrire le total des intérêts courus au jour anniversaire (journée de la disposition) qui n'ont pas été antérieurement inscrits sur un tel feuillet.

11. VENTE DES DROITS DE GESTION D'UNE CLIENTÈLE PAR UN REPRÉSENTANT EN VALEURS MOBILIÈRES

Lors des tables rondes de l'Association de planification fiscale et financière en 2004, les autorités fiscales tant fédérale[18] que québécoise[19] ont donné leur point de vue général sur les situations concernant la vente d'une clientèle par un employé à un employeur. Il est à noter qu'il existait notamment quelques différences entre la position de l'ARC et celle de Revenu Québec lorsque la clientèle appartenait déjà à l'employé avant le début de son emploi.

Dans l'industrie des courtiers en valeurs mobilières, les représentants sont généralement à l'emploi de la firme de courtage et il est aussi généralement reconnu que la clientèle appartient légalement à la firme de courtage bien qu'elle ait été développée par le représentant à l'emploi de la firme. Le représentant n'a ni plus ni moins qu'un « droit de gestion » sur une liste de clients qu'il a développée au fil des années. Or, nous assistons de plus en plus à des transferts du « droit de gérer » la liste en question d'un représentant à un autre représentant de la même firme de courtage, et ce, moyennant contrepartie. Dans certains cas, il s'agira d'un partage de commissions pendant un certain nombre d'années pour faciliter la transition vers l'autre représentant et afin de s'assurer que le plus de clients possible demeurent avec la firme. Dans d'autres cas, le représentant recevra un paiement forfaitaire payable en un, deux ou trois versements. En tout temps, le coût ultime de la contrepartie donnée au représentant qui quitte est supporté par l'autre représentant qui acquiert le droit de gérer la nouvelle liste de clients. Ce coût pour ce représentant peut se traduire par des revenus de commissions moindres (lors d'un partage de commissions) ou carrément par un emprunt auprès d'une institution financière (comme dans l'arrêt *Gifford* c. *Canada*[20] rendu par la Cour suprême du Canada).

Dans un contexte où nous ne parlons que de transactions concernant des employés à commissions (et non pas des travailleurs autonomes), nos questions sont les suivantes :

---

[18] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:1-78, question 4.4, aux pages 50:56-58.

[19] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 49:1-78, question 1.3, aux pages 49:12-15.

[20] [2004] 1 R.C.S. 411 (ci-après « *Gifford* »).

1) Quel sera le traitement fiscal pour le représentant qui reçoit des sommes pour céder le droit de gestion sur une liste de clients selon qu'il s'agit de sommes forfaitaires qui lui sont versées **directement** par l'autre représentant ou de partage de commissions entre les deux représentants (lequel partage peut être géré par la firme de courtage)?

2) Quel sera le traitement fiscal pour le représentant à l'égard d'une somme forfaitaire versée directement à l'autre représentant pour acquérir le droit de gestion sur la liste de clients faisant l'objet du transfert?

Réponse de l'ARC

1) L'arrêt *Gifford* portait sur la déductibilité du versement par un employé à un autre employé d'une somme d'argent pour l'acquisition d'un droit de gestion – selon l'expression que vous utilisez – relativement à une liste de clients qui appartenait à l'employeur. Dans cet arrêt, le juge Major de la Cour suprême du Canada s'est inspiré des critères énoncés dans l'arrêt *Canada* c. *Johns-Manville Canada Inc.*[21] pour conclure que le paiement pour la liste de clients constituait un paiement au titre du capital pour l'acquéreur. En effet, pour ce dernier, la liste de clients élargissait considérablement son réseau de clients, soit la structure dans le cadre de laquelle il touchait son revenu d'emploi, assurait la cessation de la concurrence et lui procurait un avantage durable.

   L'ARC est d'avis que le droit de gestion cédé est un bien tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. et une immobilisation au sens du paragraphe 54(1) L.I.R., qui comprend entre autres tout bien dont la disposition se traduirait en un gain ou une perte en capital. Dans le cas présent, le produit de disposition du droit de gestion donne lieu à un gain en capital.

   L'ARC ne peut se prononcer sur le deuxième volet de la première question. En effet, dans une telle situation, il est nécessaire d'examiner tous les faits et documents pertinents afin de déterminer les rapports juridiques établis entre les parties, et ce, afin de déterminer si le paiement de la commission au vendeur du droit de gestion de la liste de clients représente un revenu d'emploi ou le produit de disposition d'une immobilisation. Dans le cadre d'une telle analyse, l'ARC voudrait notamment déterminer à qui incombe l'obligation légale de payer la commission au vendeur du droit de gestion de la liste de clients.

---

[21] [1985] 2 R.C.S. 46.

2) Tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Gifford*, l'ARC est d'avis que le paiement par un employé d'une somme forfaitaire à un autre employé pour l'acquisition d'un droit de gestion relativement à une liste de clients donne lieu à l'acquisition d'une immobilisation. Il s'agit donc d'un paiement au titre du capital qui ne peut pas être déduit par l'employé en raison du sous-alinéa 8(1)f)(v) L.I.R.

12. MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA : TITRES DE CRÉANCES VISÉES PAR LES ALINÉAS 7000(1)D) ET 7000(2)D) R.I.R. – OBLIGATIONS CONDITIONNELLES INDICIELLES

L'alinéa 7000(1)d) R.I.R. inclut à titre de créance visée par règlement une créance à l'égard de laquelle le montant des intérêts payables pour une année d'imposition dépend, en vertu des modalités de la créance, d'une condition devant être remplie après la fin de cette année.

L'alinéa 7000(2)d) R.I.R. prescrit le montant à inclure dans le revenu comme étant le montant maximal des intérêts qui pourraient être versés à l'égard de la créance pour l'année.

Il n'est pas clair dans quels cas la disposition de l'alinéa 7000(1)d) R.I.R. s'applique.

De plus, ces dispositions contiennent plusieurs complications qui ne permettent pas de comprendre dans quelles circonstances l'alinéa 7000(2)d) R.I.R. déclencherait effectivement une imposition annuelle. Par exemple, la présence d'un plafond absolu, d'un plafond conditionnel, etc. sont des conditions difficiles à interpréter, si bien qu'il semble que dans la majorité des cas, la pratique administrative de l'ARC est de considérer qu'aucune accumulation réputée de l'intérêt sur les titres conditionnels indiciels n'a lieu avant l'échéance.

Qui plus est, si une accumulation maximale devait avoir lieu sur ces titres et devait être imposée avant l'échéance, la provision pour créances douteuses serait la seule disposition permettant de déduire du revenu les sommes incluses dans le revenu qui ne sont pas susceptibles d'être réalisées. Une évaluation raisonnable du montant déductible de provisions serait hasardeuse étant donné la nature des produits.

Question

Le ministre des Finances peut-il nous informer sur sa réflexion concernant la pertinence de ces dispositions et considère-t-il abroger ces

dispositions qui semblent apporter des problèmes d'interprétation importants?

Réponse du ministère des Finances du Canada

L'abrogation de ces dispositions n'est pas envisagée. Ces dispositions sont jugées nécessaires pour empêcher l'évitement des règles énoncées au paragraphe 12(9) L.I.R.

Les dispositions sont conçues pour traiter d'une créance dont les modalités prévoient des paiements d'intérêts pour une année donnée qui dépendent d'une condition qui ne sera connue qu'après la fin de cette année. Dans de tels cas, l'intérêt couru pour l'année au titre d'une telle créance doit être déterminé comme si le maximum des intérêts qui pourrait être payable pour cette année au titre de la créance était payable pour cette année au titre de la créance.

Toute question d'interprétation concernant l'application de ces dispositions à une créance donnée devrait être examinée avec l'ARC.

13. LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT ET LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Lipson* c. *La Reine*[22] a causé une incertitude pour les contribuables en ce qui a trait à l'interaction de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») et la déductibilité des intérêts selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R. L'application de la RGAÉ par la Cour dans l'affaire *Lipson* semble démontrer que l'objectif global d'une série de transactions prime le test de l'utilisation directe tel qu'il a été établi dans la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Singleton* c. *Canada*[23].

Selon la décision dans l'affaire *Lipson*, les contribuables et leurs conseillers se posent les questions suivantes :

1a) Est-ce que les contribuables peuvent se baser sur le *Bulletin d'interprétation* IT-533[24] lorsqu'ils désirent restructurer leurs emprunts,

---

[22] [2007] C.A.F. 113 (ci-après « *Lipson* »).

[23] [2001] 2 R.C.S. 1046.

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

de la façon mentionnée aux paragraphes 13 à 18, qui traitent d'utilisation directe, de restructuration et de retraçage, étant donné que le contribuable dans l'affaire *Lipson* a inscrit une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême?

1b) Si la réponse en 1a) est non ou incertaine, comment l'ARC cotisera-t-elle les contribuables qui se sont basés sur le *Bulletin d'interprétation* IT-533 lorsqu'ils ont structuré leurs emprunts?

2) Si le pourvoi en appel à la Cour suprême est refusé, est-ce que l'ARC se propose de réviser le *Bulletin d'interprétation* IT-533?

Réponse de l'ARC

Les positions énoncées au *Bulletin d'interprétation* IT-533[25] demeurent valides. Lorsque le dossier de l'affaire *Lipson* sera finalisé auprès de la Cour suprême, l'ARC examinera les conséquences de cette affaire et annoncera publiquement l'impact de cette décision après que l'étude sera complétée.

14. GAINS OU PERTES DE CHANGE RÉALISÉS PAR UN INVESTISSEUR

Un investisseur détient un portefeuille de titres canadiens et étrangers. Les titres étrangers qu'il détient se transigent en monnaie étrangère, l'investisseur utilisant donc des devises étrangères pour payer le coût de leur acquisition et recevant des devises étrangères lorsqu'il vend lesdits titres. Par exemple, l'investisseur a acquis des actions d'une société étrangère pour un coût de 100 $ US alors que le taux de change était de 1.5 et il les revend pour un montant de 120 $ US alors que le taux de change était de 1.2. L'investisseur détenait également un placement qui était une débenture dont le coût et la valeur nominale s'élevaient à 100 $ US alors que le taux de change était de 1.5, ladite débenture ayant été rachetée avant l'échéance par l'émetteur pour un prix de 120 $ US alors que le taux de change se situait à 1.2.

L'ARC peut-elle préciser si l'investisseur doit isoler ses gains et pertes sur taux de change pour les inclure dans son revenu en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R., et ce, que les placements de l'investisseur soient des immobilisations ou des biens en inventaire?

---

[25] *Id*., par. 13 à 18.

Est-ce que les jugements de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Cie pétrolière Impériale ltée* c. *Canada*; *Inco ltée* c. *Canada*[26] ont un impact sur la position de l'ARC à l'égard des gains et pertes sur taux de change lors de la vente des placements d'un investisseur?

Réponse de l'ARC

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 qu'il est calculé à l'article 40 L.I.R., 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) L.I.R., et non le paragraphe 39(2) L.I.R., qui doit être utilisé afin de calculer le gain en capital ou la perte en capital résultant de la disposition du bien.

Lorsque les paragraphes 39(1) et 40(1) L.I.R. s'appliquent à l'égard de la disposition d'une immobilisation qui est un titre en monnaie étrangère, la position de l'ARC est que le gain (ou la perte) en capital doit être calculé en convertissant en monnaie canadienne le PBR et le produit de disposition du titre selon le taux de change en vigueur à l'époque pertinente. De manière plus précise, la position de l'ARC montre que le PBR doit être converti en monnaie canadienne en utilisant le taux de change prévalant au moment de l'acquisition du titre visé, et que le produit de disposition du titre doit être converti en monnaie canadienne en utilisant le taux de change prévalant au moment de la disposition de ce titre. Cette position est fondée sur la décision *Gaynor* c. *La Reine*[27]. En vertu de cette approche, le gain ou la perte en capital résultant de l'application des paragraphes 39(1) L.I.R. et 40(1) L.I.R. aura été augmenté ou réduit par les fluctuations de la monnaie étrangère par rapport à la monnaie canadienne entre le moment de l'acquisition du bien et le moment de sa disposition. Le gain ou la perte de change ne sera pas isolé pour l'imposer en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R.

Par ailleurs, si les placements détenus par l'investisseur ne sont pas des immobilisations mais des biens en inventaire, le revenu ou la perte d'entreprise ou de bien sera calculé en convertissant le coût d'acquisition et le produit de disposition des placements en monnaie canadienne en utilisant

[26] [2006] 2 R.C.S. 447 (ci-après « *Pétrolière Impériale* et *Inco* »).

[27] 91 D.T.C. 5288 (C.A.F.).

le taux de change en vigueur à l'époque pertinente. Le paragraphe 39(2) L.I.R. ne s'appliquera pas dans de telles circonstances.

Les jugements de la Cour suprême dans les affaires *Pétrolière Impériale* et *Inco* n'ont eu aucun impact sur cette position.

En reprenant les exemples mentionnés ci-dessus pour illustrer la position de l'ARC lorsque les placements détenus par un investisseur sont des immobilisations, le gain ou la perte en capital sur les actions serait calculé en vertu des paragraphes 39(1) L.I.R. et 40(1) L.I.R., car le gain ou la perte n'est pas uniquement attribuable à la fluctuation de la monnaie étrangère. Selon les chiffres donnés en exemple, la vente des actions entraînerait une perte en capital de 6 $ (soit le produit de disposition de 144 $ (120 × 1.2) moins le PBR de 150 $ (100 × 1.5)).

Par ailleurs, pour ce qui est du deuxième exemple, il faudrait plus de détails pour déterminer de façon définitive le traitement fiscal lors du rachat avant l'échéance de la débenture qu'un investisseur détient à titre d'immobilisation[28]. Ainsi, il se pourrait qu'une partie de la somme reçue soit un paiement d'intérêt et qu'une autre partie représente un paiement en capital. Dans un tel cas, en supposant que le revenu d'intérêt reçu lors du rachat n'a jamais été inclus dans le calcul du revenu, il serait converti en monnaie canadienne au taux en vigueur au moment de la réception et inclus dans le calcul du revenu de bien. Pour ce qui est du paiement en capital, il faudrait calculer le gain ou la perte en capital en tenant compte de la position mentionnée précédemment. En supposant que le paiement en capital reçu par l'investisseur s'élève à la valeur nominale de l'emprunt, soit 100 $ US, le gain ou la perte résultant du rachat serait uniquement attribuable à la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère par rapport à la monnaie canadienne. Par conséquent, le paragraphe 39(2) L.I.R. s'appliquerait au gain ou à la perte de change sur le montant de 100 $ US. La perte de change dont on tiendrait compte au calcul prévu au paragraphe 39(2) L.I.R. s'élèverait à 30 $ (soit la valeur nominale reçue à l'échéance de 120 $ (100 × 1.2) moins le PBR de 150 $ (100 × 1.5)). Par contre, si le paiement reçu pour le capital est plus élevé que 100 $ US, le calcul du gain ou de la perte en capital lors du rachat serait calculé en vertu du paragraphe 39(1) L.I.R., car il ne serait pas uniquement attribuable à la fluctuation de la monnaie étrangère.

---

[28] Nous supposons que la débenture donne droit à un revenu d'intérêt.

15. FONDS DISTINCTS ET TRAITEMENT FISCAL DES GARANTIES

Bien que d'apparence semblable aux fonds communs de placement, les fonds distincts offerts par les compagnies d'assurance vie comportent des différences majeures. En effet, les fonds distincts sont offerts dans le cadre de contrats d'assurance, plus précisément de contrats de rente variable et, à ce titre, ils sont régis par la *Loi sur les assurances*[29].

Parmi les différences applicables à ces produits, il existe des garanties offertes en ce qui a trait aux sommes investies. Parmi les garanties offertes par les fonds distincts, notons la garantie au décès et la garantie à l'échéance.

- La garantie au décès protège un pourcentage déterminé de la valeur du placement au décès du rentier.

- La garantie à l'échéance protège un pourcentage précis de la valeur du placement à la fin d'une période déterminée (habituellement 10 ans).

Certains fonds distincts offrent aussi la possibilité de « réinitialiser » (*reset*) la garantie à une valeur plus élevée au fil du temps. Ainsi, à titre d'exemple, si un contribuable acquiert un fonds distinct pour 100 000 $ et que sa JVM augmente à un moment donné à 125 000 $, il est alors possible dans certains cas de faire augmenter la garantie à 125 000 $ plutôt que de la laisser à 100 000 $.

L'ARC a abordé la question du traitement fiscal des garanties dans l'interprétation fédérale 9905255 du 17 juin 1999[30]. L'ARC y explique sa position lorsque la JVM du fonds distinct a diminué par rapport au prix payé tant dans le cas où la garantie est appliquée à l'échéance (par exemple, au bout de 10 ans) qu'à la suite du décès du rentier. Par contre, l'exemple utilisé se limite à la situation où la garantie ne fait que permettre de garantir une somme équivalente à la mise de fonds.

Question à l'ARC

L'ARC peut-elle donner sa position dans le cas suivant : un investisseur ayant souscrit un fonds distinct pour 100 000 $ en 2000 réinitialise sa

---

[29] L.R.Q., c. A-32 et mod.

[30] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9905255, 17 juin 1999.

garantie en 2004 alors que la JVM des parts allouées dans ledit fonds atteint 125 000 $ et finalement, à l'échéance ou lors du décès du rentier, selon le cas, la JVM n'est plus que de 110 000 $. Ainsi, le mécanisme de garantie s'applique, entraînant un paiement de 125 000 $ au détenteur ou à la succession du rentier.

Réponse de l'ARC

Les commentaires que nous avons exprimés dans l'interprétation technique 9905255 représentent toujours l'opinion de l'ARC. Ils ont été faits à l'égard d'un fonds distinct visé au paragraphe 138.1(1) L.I.R. (police à fonds réservé).

Nous avons supposé que l'assureur fournissait une garantie à l'égard du fonds réservé, de sorte qu'à une date donnée le titulaire avait l'assurance de recouvrer la prime payée pour acquérir ladite police, en absence de retrait dans l'intervalle. Nos observations reposaient aussi sur l'hypothèse que la garantie faisait partie de la police à fonds réservé et qu'elle était par conséquent assujettie aux dispositions du paragraphe 138.1(1) L.I.R.

Nous n'avons pas considéré la situation où l'assureur garantit un montant supérieur aux primes payées pour acquérir la police à fonds réservé, moins les retraits effectués, et nous ne sommes pas en mesure de faire des commentaires uniquement en fonction de l'énoncé de la question. L'ARC est toutefois disposée à examiner cette question dans le cadre d'une demande de décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu ou d'une demande d'interprétation technique à l'égard d'une police à fonds réservé donnée selon le cas.

16. POLICE D'ASSURANCE VIE ET CONVENTION DE RETRAITE

Les conventions de retraite (ci-après « CR ») sont utilisées fréquemment par les entreprises et les organismes publics et parapublics pour augmenter les revenus à la retraite des cadres et des dirigeants dont la rémunération excède le maximum prévu par les limites courantes édictées par la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne les cotisations aux régimes de pension agréés et aux régimes enregistrés d'épargne-retraite. En effet, tout dépendant du revenu gagné, il se peut que la rente de retraite qui sera versée par les régimes enregistrés n'atteigne pas l'objectif minimum de 70 % du revenu gagné dans les années précédant la retraite. Ce pourcentage devrait constituer le niveau de revenu minimum acceptable à la retraite selon les experts. L'employeur met alors en place une CR afin d'augmenter le revenu à la retraite des cadres et des hauts dirigeants, leur permettant ainsi de se

rapprocher de cet objectif. Il est prévisible qu'un employeur qui a mis en place une convention veuille souscrire une rente pour financer le supplément de revenu de retraite auquel il s'est engagé au moment où l'employé prend sa retraite.

Le *Guide des conventions de retraite 2006* prévoit ce qui suit à l'égard des contrats de rente acquis dans le cadre d'une CR :

> « **Contrat de rente**
>
> Lorsqu'un dépositaire d'une CR acquiert un contrat de rente pour un bénéficiaire, nous considérons que le montant payé pour acquérir le contrat de rente est un montant imposable attribué au bénéficiaire en provenance de la FCR. Le montant total est imposable dans l'année où le dépositaire acquiert le contrat, et il doit émettre un feuillet T4A-RCA pour déclarer le montant qu'il a ainsi attribué et l'impôt sur le revenu qu'il a retenu[31]. »

a) Pouvez-vous nous expliquer quelles sont les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui justifient cette position?

b) Puisque, par définition, les contrats de rente sont compris dans les polices d'assurance vie, peut-on considérer, lorsqu'une rente est souscrite par un employeur qui en est le titulaire et dont l'employé ou l'ancien employé en est le rentier, qu'une CR présumée au sens du paragraphe 207.6(2) L.I.R. serait alors constituée?

c) Quelle serait votre position dans la situation où une fiducie de CR utiliserait ses actifs pour souscrire une rente dont elle en serait le titulaire et dont le crédit-rentier serait le bénéficiaire de la fiducie de CR?

Réponse de l'ARC

Nous portons à votre attention qu'un régime comme celui décrit dans l'énoncé de la question pourrait être une entente d'échelonnement du traitement et non pas une CR. L'ARC a déjà indiqué qu'un régime de pension non agréé ne sera pas considéré comme étant une entente d'échelonnement du traitement si le régime possède les caractéristiques d'un régime de pension supplémentaire ou non agréé et que les montants qui peuvent être versés dans le cadre du régime peuvent être considérés comme des prestations de retraite ou de pension raisonnables. Si le régime accorde des bénéfices qui ne sont pas des prestations de retraite ou de pension

[31] T4041(f) Rév. 06.

raisonnables, l'ARC est d'avis que le régime est une entente d'échelonnement du traitement.

Les commentaires suivants s'appliquent à des régimes de pension par capitalisation qui ne sont pas des régimes de pension agréés ni des ententes d'échelonnement du traitement.

L'alinéa 56(1)x) L.I.R. prévoit qu'un contribuable doit inclure dans son revenu pour une année d'imposition tout montant versé dans le cadre d'une CR que le contribuable ou une autre personne reçoit dans l'année – sous réserve d'une exception – et qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à une charge ou un emploi du contribuable.

Le commentaire que vous citez à l'égard des contrats de rente est placé sous le titre « Montants attribués » dans le *Guide des conventions de retraite 2006*[32]. Lorsqu'un contrat de rente est acheté pour un bénéficiaire de la CR, en règlement des obligations en vertu de la CR, l'ARC est d'avis que le montant versé pour acquérir un tel contrat de rente constitue une distribution des biens de la fiducie régie par la CR. Le montant versé pour acquérir le contrat de rente est un montant visé à l'alinéa 56(1)x) L.I.R.

La question de savoir si un contrat de rente est acheté en règlement des obligations en vertu de la CR ne peut être résolue qu'après un examen de tous les faits pertinents. L'ARC est généralement d'avis que si le bénéficiaire de la CR est le titulaire de la rente ainsi acquise, cette dernière est achetée en règlement des obligations en vertu de la CR. D'autres situations pourraient donner le même résultat.

Pour que le paragraphe 207.6(2) L.I.R. s'applique, il faut que toutes ses conditions d'application soient satisfaites. Entre autres, lorsqu'une police d'assurance vie, incluant un contrat de rente, est acquise par l'employeur, le régime ou le mécanisme en cause ne doit pas être par ailleurs une CR. La question de savoir si un contrat de rente qui est souscrit par un employeur est visé au paragraphe 207.6(2) L.I.R. en est une de fait.

En réponse à la troisième question, le paragraphe 207.6(2) L.I.R. ne s'appliquera pas puisqu'une CR est déjà en place. L'alinéa 56(1)x) L.I.R. s'appliquera pour inclure dans le revenu d'une année d'imposition les montants de rente que recevra le bénéficiaire de la CR au cours de ladite année si l'acquisition du contrat de rente n'est pas effectuée en règlement des obligations en vertu de la CR. Dans le cas contraire, l'alinéa 56(1)x) L.I.R.

---

[32] *Id*., p. 2.

s'appliquera au coût d'acquisition du contrat de rente au moment de cette acquisition.

17. LETTRE DE CRÉDIT ET CONVENTION DE RETRAITE

Il est fréquent qu'un employeur accepte de verser des prestations de retraite en sus des montants prévus en vertu d'un régime de pension agréé sans provisionner cet engagement.

Toutefois, pour garantir le paiement des prestations s'il n'est pas en mesure de le faire, l'employeur peut créer une fiducie qui va acquérir une lettre de crédit à titre de garantie. L'employeur verse à la fiducie les cotisations nécessaires pour lui permettre d'obtenir la lettre de crédit. Un tel arrangement est une convention de retraite.

Si l'institution financière est appelée à verser un montant en vertu d'une lettre de crédit, l'employeur peut-il déduire dans le calcul de son revenu les sommes versées en vertu de la lettre de crédit?

Réponse de l'ARC

L'alinéa 18(1)o.2) L.I.R. édicte que dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les cotisations versées dans le cadre d'une CR ne sont pas déductibles, sauf ce qui est prévu à l'alinéa 20(1)r) L.I.R.

L'alinéa 20(1)r) L.I.R. permet à un contribuable de déduire dans le calcul de son revenu pour une année les cotisations qu'il verse au cours de l'année dans le cadre d'une CR et qui se rapportent à des services rendus par un employé ou ancien employé du contribuable, sauf s'il est établi que les cotisations ainsi versées font partie d'une série de cotisations et de remboursements de cotisations dans le cadre de la convention.

L'ARC est d'avis que si l'émetteur de la lettre de crédit est appelé à verser un montant en vertu de la lettre de crédit, ce montant n'est pas une cotisation de l'employeur à la CR mais plutôt une cotisation de l'institution financière. En conséquence, le paiement que l'émetteur de la lettre de crédit effectue ne pourra pas donner lieu à une déduction dans le calcul du revenu de l'employeur.

De plus, l'émetteur de la lettre de crédit sera responsable de la retenue à la source en vertu de l'alinéa 153(1)p) L.I.R., ce qui signifie qu'il devra remettre au Receveur général l'impôt exigible en vertu de la Partie XI.3 L.I.R.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ PROVINCIALE



Coordonnateur
René Roy
Avocat, CA
Fasken Martineau
DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Daniel Gosselin
Associé, CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.



Guy Chabot
Associé, FCA
Mallette s.e.n.c.r.l.



Paul Jr Bergeron
Avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances
du Québec



Céline Davidson
CA, M. Fisc.
Revenu Québec

Jean Goulet
Avocat, M. Fisc.
Revenu Québec



Lucie L. Labbé
Avocate
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1. **DEMANDE D'INFORMATIONS PAR REVENU QUÉBEC DANS LE CADRE D'UNE VÉRIFICATION ET SUIVI LORSQU'IL N'EN DÉCOULE AUCUN CHANGEMENT** 49:5

2. **DIVIDENDES DÉTERMINÉS – RÈGLES APPLICABLES AU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL ET AU COMPTE DE REVENU À TAUX RÉDUIT** 49:6

3. **TRANSFERT AU CONJOINT D'UN SOLDE D'IMPÔT À RECEVOIR** 49:9

4. **FRACTIONNEMENT DU REVENU DE PENSION** 49:10

5. **RAPATRIEMENT DE FONDS EN PROVENANCE DE L'ÉTRANGER** 49:12

6. **DÉPENSES RATTACHÉES À DES IMMEUBLES LOCATIFS** 49:15

7. **RACCORD À DES SERVICES D'UTILITÉ PUBLIQUE** 49:16

8. ***BULLETIN D'INFORMATION* 2006-6 – CHOIX DISTINCTS** 49:17

9. **AVIS DE COTISATION – MONTANT DÉJÀ VERSÉ PAR LE CONTRIBUABLE** 49:21

10. **PROFESSION LIBÉRALE CONSTITUÉE EN SOCIÉTÉ** 49:23

11. **RETOUR DES CHÈQUES** 49:24

12. **CATÉGORIE D'AMORTISSEMENT – GPS** 49:25

13. **CATÉGORIE D'AMORTISSEMENT – MATÉRIEL INFORMATIQUE** 49:26

14. **REMBOURSEMENT D'IMPÔT CRÉDITÉ AUX ACOMPTES PROVISIONNELS DE L'ANNÉE SUIVANTE** 49:27

15. **REVENUS RELATIFS AUX OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS EXERCÉES ET DONT LES TITRES SONT DONNÉS À DES ORGANISMES DE CHARITÉ** 49:30

16. **CONSERVATION DES REGISTRES ÉLECTRONIQUES PAR LES COMPTABLES ET CONSEILLERS D'UN CONTRIBUABLE** 49:33

17. **COPROPRIÉTÉ INDIVISE ET EXEMPTION POUR RÉSIDENCE PRINCIPALE** 49:34

18. **COPROPRIÉTÉ INDIVISE ET ACTIF UTILISÉ DANS UNE ENTREPRISE ADMISSIBLE** 49:35

19. VENTE DES DROITS DE GESTION D'UNE CLIENTÈLE PAR UN REPRÉSENTANT EN VALEURS MOBILIÈRES 49:35

20. REVENUS DE LOTERIE 49:38

21. CRÉDIT POUR IMPÔT ÉTRANGER – COTISATIONS À LA *FEDERAL INSURANCE CONTRIBUTIONS ACT* 49:39

22. INTÉRÊTS SUR ACOMPTES PROVISIONNELS 49:42

23. RÉSIDENCE PRINCIPALE 49:46

24. VENTE D'ACTIONS 49:48

25. NOTION D'OBLIGATION 49:49

26. CRÉDIT POUR AIDANTS NATURELS D'UNE PERSONNE MAJEURE 49:49

27. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENT PAYÉS PAR UNE FIDUCIE 49:50

28. RETENUES D'IMPÔT SUR UN AVANTAGE IMPOSABLE RÉSULTANT D'UNE OPTION D'ACHAT D'ACTION 49:53

29. IMPOSITION DES COOPÉRATIVES 49:54

30. FRAIS DE PLACEMENT ET REVENUS DE PLACEMENT 49:56

31. SUCCESSION D'EMPLOYEURS – RRQ 49:60

1. DEMANDE D'INFORMATIONS PAR REVENU QUÉBEC DANS LE CADRE D'UNE VÉRIFICATION ET SUIVI LORSQU'IL N'EN DÉCOULE AUCUN CHANGEMENT

Revenu Québec envoie une demande d'informations à un contribuable pour vérifier un ou plusieurs points se rattachant aux déclarations fiscales du contribuable. Ce dernier répond parfaitement à toutes les informations demandées par Revenu Québec, de telle sorte qu'aucune modification ne sera apportée par Revenu Québec. Or, nous avons remarqué à maintes reprises qu'aucun suivi **écrit** (que ce soit par lettre ou télécopie) n'est effectué par le représentant de Revenu Québec.

Ainsi, le contribuable n'a aucune idée si la vérification est terminée, si le représentant de Revenu Québec a temporairement mis le dossier de côté ou même si ce dernier n'a pas été muté à un autre poste, ou encore s'il n'est pas en congé de maladie. Cela peut être une cause très importante de stress pour plus d'un contribuable. De plus, cela peut aussi retarder indûment la facturation des honoraires par les conseillers du contribuable qui ont travaillé à préparer le dossier pour Revenu Québec, car ils ignorent toujours si le dossier est terminé.

Ne serait-il pas souhaitable que, de façon **systématique**, une lettre soit envoyée au contribuable pour l'aviser que la vérification est terminée et qu'aucune modification ne sera apportée à ses déclarations fiscales?

Réponse

En matière d'impôt, le vérificateur informe toujours verbalement le représentant de la société des résultats de la vérification d'une société lorsque aucune modification n'est apportée. De plus, il doit transmettre par la poste une lettre précisant qu'aucune modification n'a été apportée aux déclarations fiscales vérifiées. Un rappel a été fait aux vérificateurs à ce sujet.

Toutefois, sous réserve des délais de prescription prévus aux lois fiscales, cette lettre ne limite pas le pouvoir de Revenu Québec de vérifier à nouveau les mêmes déclarations. Cela peut être le cas, entre autres, si la première vérification concernait certains aspects des déclarations fiscales et que Revenu Québec vérifie maintenant la totalité de ces déclarations ou si l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») transmet à Revenu Québec de nouveaux renseignements ayant une incidence sur les déclarations initialement vérifiées.

En ce qui concerne les vérifications en matière de taxes à la consommation où aucune modification n'est apportée aux déclarations fiscales, les mandataires concernés reçoivent un avis de conformité.

Vous êtes invités à nous signaler toute situation où un contribuable n'est pas avisé par au moins un de ces documents.

2. DIVIDENDES DÉTERMINÉS – RÈGLES APPLICABLES AU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL ET AU COMPTE DE REVENU À TAUX RÉDUIT

Mise en contexte

Dans les situations suivantes, comment Revenu Québec entend-il harmoniser la législation provinciale avec la législation fédérale?

Situation 1

La fin d'année d'imposition d'une société (ci-après « première société ») est le 31 décembre 2005. La fin d'année d'imposition d'une autre société (ci-après « seconde société ») est le 31 mars 2006. Ces deux sociétés sont rattachées. La première société verse un dividende à la seconde société le 31 décembre 2005. Selon les règles de calcul du compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG ») contenues à la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], ce dividende réduira le CRTG de la première société. Par contre, puisque la seconde société reçoit le dividende dans le courant de sa première année d'imposition se terminant après le 31 décembre 2005 et que ce dividende n'a pu être désigné à titre de dividende déterminé par la première société, le dividende ne fera pas augmenter le CRTG de la société bénéficiaire.

Situation 2

Les paragraphes 89(5) et 89(9) L.I.R. prévoient les règles applicables au calcul du CRTG et au compte de revenu à taux réduit (ci-après « CRTR ») en cas de fusion de sociétés. En ce qui concerne le calcul du CRTG, les dispositions prévues au paragraphe 89(5) L.I.R. prévoient notamment l'addition des CRTG des sociétés remplacées lorsque ces dernières étaient des sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »). Ces dispositions s'appliquent pour les années d'imposition débutant après le 31 décembre 2005.

---

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

Aucune règle n'a été prévue pour le calcul du CRTG dans le cas des fusions ayant eu lieu durant la période de majoration, soit pour les années d'imposition se terminant après 2000 et avant 2006.

Par ailleurs, selon l'alinéa 87(2)a) L.I.R., l'entité issue d'une fusion est réputée, aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, être une nouvelle société. Par conséquent, puisque aucune règle n'a été prévue concernant le calcul de la majoration d'une société issue d'une fusion ayant eu lieu durant la période de majoration, la fusion de deux SPCC à une date donnée avant le 1er janvier 2006 aura pour conséquence de faire perdre à la société issue de la fusion le bénéfice du solde de la majoration des sociétés remplacées à la date donnée.

L'article 549 (1er al.) de la *Loi sur les impôts*[2] correspond à l'alinéa 87(2)a) L.I.R. Or, le libellé de l'article 549 (1er al.) L.I. diffère de celui de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

> « **549. Existence réputée continuée** – Aux fins de la présente partie, la nouvelle société est réputée continuer l'existence de toute société remplacée, sauf dispositions contraires du présent chapitre ou des règlements. »

La différence de libellé entre l'alinéa 87(2)a) L.I.R. et le premier alinéa de l'article 549 (1er al.) L.I. laisse croire à un résultat différent dans l'application des règles concernant le calcul de la majoration du CRTG en cas de fusion de SPCC durant la période de majoration.

Situation 3

Un dividende de 100 $ a été déclaré et reçu par une société. Ce dividende a été désigné en totalité comme étant un dividende déterminé en vertu du paragraphe 89(14) L.I.R. Toutefois, en raison d'un montant de revenu protégé insuffisant, le paragraphe 55(2) L.I.R. et l'article 308.1 L.I. trouvent application et réputent le montant du dividende comme étant un produit de disposition. La société fait le choix de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. et de l'article 308.6 L.I. afin de réputer le montant du dividende qui excède le revenu protégé disponible comme étant un dividende distinct. En l'occurrence, la société fait un choix afin de réputer une somme de 20 $ comme étant un dividende distinct de manière à éviter qu'une somme de 80 $ ne soit réputée être un produit de disposition.

---

[2] L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

Compte tenu de la position exprimée par l'ARC à la table ronde sur la fiscalité fédérale tenue lors de la Conférence nationale – STEP Canada[3] le 8 juin 2007, est-ce que Revenu Québec, à l'instar de l'ARC, par mesure administrative ou autrement, entend permettre à la société qui reçoit le dividende d'inclure dans son CRTG la portion du dividende qui n'est pas réputé être un produit de disposition, soit 80 $?

Situation 4

Une société a procédé à un rachat d'actions. À la suite de ce rachat, un dividende de 100 $ est réputé avoir été reçu par la société détentrice de ces actions. Ce dividende a été désigné en totalité comme étant un dividende déterminé en vertu du paragraphe 89(14) L.I.R. Toutefois, en raison d'un montant de revenu protégé insuffisant, l'article 308.1 L.I. trouve application et répute le dividende comme étant un produit de disposition. Le contribuable fait le choix de l'article 308.6 L.I. afin de réputer le montant du dividende qui excède le revenu protégé disponible comme étant un dividende distinct. En l'occurrence, le contribuable fait un choix afin de réputer une somme de 20 $ comme étant un dividende distinct de manière à éviter qu'une somme de 80 $ ne soit réputée être un produit de disposition.

Est-ce que Revenu Québec, par mesure administrative ou autrement, entend permettre à la société réputée avoir reçu un dividende d'inclure dans son CRTG la portion du dividende qui n'est pas réputé être un produit de disposition, soit 80 $?

Réponse

Le ministère des Finances du Québec indiquait, dans le cadre de cette table ronde de l'année dernière, que les règles utilisées afin de déterminer si un dividende est un dividende déterminé ou non seront celles applicables au palier fédéral. À cette fin, toutes les données fédérales seront utilisées, les comptes historiques fédéraux (le CRTG et le CRTR) ainsi que les désignations fédérales notamment. Le ministère des Finances a aussi précisé que les dividendes versés (ou réputés versés) du 1er janvier 2006 au 23 mars 2006 auront une incidence sur les comptes historiques et, incidemment, sur le traitement québécois des dividendes versés (ou réputés versés) après le 23 mars 2006, et ce, même si les dividendes versés (ou réputés versés) au

[3] « Practitioner/CRA Round Table », dans *2007 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 8 juin 2007.

cours de la première période de l'année (du 1er janvier 2006 au 23 mars 2006) ne font pas l'objet d'un traitement différencié au palier québécois.

Dans le contexte où les données fédérales sont utilisées, soit les comptes historiques fédéraux (le CRTG et le CRTR) ainsi que les désignations fédérales notamment, l'application de l'article 549 L.I. ou un choix en vertu de l'article 308.6 L.I. n'a pas d'incidence sur le plan du calcul des comptes aux fins de la législation québécoise.

Par ailleurs, lorsque, en vertu de la législation québécoise, le montant d'un dividende imposable réputé versé en faveur d'un particulier est différent de celui établi pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le moindre du dividende réputé versé québécois ou du dividende imposable réputé aux fins fédérales qui constituera un dividende déterminé pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sera un dividende déterminé pour l'application de la *Loi sur les impôts*.

3. TRANSFERT AU CONJOINT D'UN SOLDE D'IMPÔT À RECEVOIR

La législation fiscale québécoise permet à un contribuable ayant un solde d'impôt à recevoir de transférer celui-ci à son conjoint qui a, par ailleurs, une somme à payer à Revenu Québec. Or, il arrive fréquemment qu'un avis de cotisation soit émis indiquant un solde dû même si le contribuable n'a aucun impôt à payer à la suite du transfert d'une somme à recevoir de son (sa) conjoint(e).

Est-ce que Revenu Québec a l'intention de modifier cette façon d'agir, quitte à retarder de quelques jours l'émission de l'avis de cotisation?

Réponse

En vertu du troisième alinéa de l'article 33 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[4], le ministre du Revenu peut autoriser une personne à céder un remboursement à la personne qui, à la fin de l'année d'imposition pour laquelle elle demande ce remboursement, était son conjoint.

Cette disposition confère au ministre un pouvoir discrétionnaire et il peut refuser la cession d'un tel remboursement ou l'autoriser selon les modalités et dans les situations qu'il détermine. Les paramètres d'exercice

4 L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

de cette discrétion sont notamment précisés dans le guide de la Déclaration de revenus 2006, aux lignes 476 et 477.

À cet égard, il peut arriver que le conjoint redevable d'une dette fiscale produise sa déclaration et soit cotisé avant même que le contribuable qui entend demander le transfert de son remboursement à son conjoint n'ait produit la sienne. En effet, le délai de traitement et celui de cotisation de la déclaration varient en fonction de plusieurs facteurs, notamment la date de production de la déclaration de chaque conjoint ainsi que le mode de transmission utilisé par chacun (sur support papier ou par voie électronique).

De plus, l'impôt à payer déterminé par le ministre à la suite de l'examen de la déclaration fiscale peut notamment différer de celui estimé par chaque conjoint. Le solde à payer par un contribuable de même que le montant pouvant faire l'objet d'un transfert par son conjoint peuvent, par conséquent, différer des montants proposés dans leur déclaration de revenus.

Enfin, aux termes de sa *Déclaration de services aux citoyens et aux entreprises*[5], Revenu Québec a pour objectif de transmettre un remboursement d'impôt ou un avis de cotisation dans les 14 jours à compter de la date de la réception de la déclaration produite par voie électronique, alors que ce délai est de 28 jours dans le cas de la déclaration produite sur support papier.

Par conséquent, il est possible qu'un avis de cotisation indiquant un solde dû soit transmis au contribuable même si ce dernier n'aura ultimement aucun solde d'impôt à payer à la suite du transfert d'une somme à recevoir de son conjoint. Le cas échéant, l'avis de cotisation informera le contribuable que le montant transféré par son conjoint sera pris en considération aussitôt que la déclaration de ce dernier aura été cotisée.

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, Revenu Québec n'envisage pas, pour l'instant, de revoir sa façon d'agir.

4. FRACTIONNEMENT DU REVENU DE PENSION

À la suite de l'annonce du fédéral permettant le fractionnement des revenus de pension entre conjoints à compter de l'année d'imposition 2007, le gouvernement du Québec a également accordé la possibilité pour un

---

[5] REVENU QUÉBEC, *Déclaration de services aux citoyens et aux entreprises. Un gage de qualité et de satisfaction!*, 2007.

contribuable recevant un revenu de retraite admissible de réduire globalement son impôt et celui de son conjoint en transférant un montant de revenu à ce conjoint. À cet égard, il a aussi été annoncé que les retenues d'impôt effectuées à l'égard du montant de revenu de retraite transféré au conjoint devront également être transférées à ce dernier.

Question A)

Pouvez-vous nous préciser de quelle façon sera calculé le montant des retenues qui devront ainsi être transférées?

Réponse

En effet, il a été annoncé dans le Discours sur le budget du 24 mai 2007[6] que, de façon générale, la législation fiscale québécoise sera harmonisée à la mesure fédérale « faisant en sorte que le montant d'impôt retenu sur les revenus de l'auteur du fractionnement que l'on peut raisonnablement considérer comme se rapportant au montant attribué à son conjoint sera à valoir sur l'impôt à payer par celui-ci et non sur celui à payer par l'auteur du fractionnement […] ».

Plus précisément, la nouvelle annexe de la déclaration de revenus des particuliers qui sera relative au fractionnement des revenus de retraite prévoira, à l'instar du nouveau Formulaire T1032 de l'ARC, intitulé « Choix conjoint visant le fractionnement du revenu de pension », qu'un pensionné transférera à un cessionnaire les montants d'impôt retenus à la source à l'égard de l'ensemble de ses revenus de retraite admissibles au fractionnement dans la proportion représentée par le rapport entre, d'une part, les revenus de retraite transférés au cessionnaire et, d'autre part, l'ensemble de ses revenus de retraite admissibles au fractionnement.

Question B)

Lorsqu'un montant de revenu de retraite sera transféré au conjoint, dans quelle mesure ce dernier pourra-t-il réclamer, à l'égard de ce montant, le crédit d'impôt pour revenus de retraite prévu à l'article 752.0.7.4 L.I.?

---

[6] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 24 mai 2007, section A, p. 33.

Réponse

Tel qu'il a été annoncé par le ministère des Finances dans le *Bulletin d'information* 2006-6[7], tout montant inclus par un particulier dans le calcul de son revenu pour une année en raison du mécanisme de fractionnement des revenus de retraite sera réputé, pour l'application du régime fiscal québécois, être un revenu de retraite de ce particulier pour l'année. En conséquence, ce revenu de retraite pourra, en règle générale, être pris en considération dans le montant des revenus de retraite servant au calcul du crédit d'impôt pour personne vivant seule, en raison de l'âge et pour revenus de retraite.

Il est à noter que ne se produira pas dans la fiscalité québécoise la situation présente dans la fiscalité fédérale, selon laquelle certains revenus de pension reçus par un particulier âgé d'au moins 65 ans qui sont pris en compte pour le calcul du crédit d'impôt pour pension (tels les versements de rente dans le cadre d'un régime enregistré d'épargne-retraite ou les paiements prévus par un fonds enregistré de revenu de retraite) ne seront plus admissibles à ce crédit d'impôt lorsqu'ils seront imposés entre les mains de son conjoint âgé de moins de 65 ans en raison de l'application du mécanisme de fractionnement des revenus de retraite. Cette différence repose sur le fait que sont considérés, sans égard à l'âge, tous les revenus de retraite servant au calcul du crédit d'impôt québécois pour personne vivant seule, en raison de l'âge et pour revenus de retraite, et ce, contrairement à ceux servant au calcul du crédit d'impôt fédéral pour pension (à l'exception des montants inclus à titre de versement de rente viagère prévue par un régime de retraite ou d'autres pensions, ou en provenant).

5. RAPATRIEMENT DE FONDS EN PROVENANCE DE L'ÉTRANGER

En matière de rapatriement de fonds en provenance de l'étranger, les dossiers sont généralement réglés sur la base d'une imposition totale, incluant les impôts et les intérêts, de 38 % de la somme à l'étranger que le contribuable n'est pas en mesure d'expliquer.

La plupart des contribuables qui détiennent des fonds à l'étranger les détiennent en dollars américains.

---

[7] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006, p. 40.

Dans le cadre du règlement, l'imposition se fait généralement sur un certain nombre d'années, avec conversion des revenus sur la base des taux de change qui étaient en vigueur pour chacune des années en cause.

Compte tenu du fait que le taux de change a beaucoup baissé au cours des derniers mois, au point que le dollar canadien est presque au pair avec le dollar américain, Revenu Québec est-il disposé à envisager que les 38 % se calculent tout au moins sur la valeur en argent canadien des fonds détenus à l'étranger au moment où la divulgation volontaire s'effectue, plutôt qu'à un moment théorique où des revenus ont été gagnés?

Dans un autre ordre d'idées, Revenu Québec est-il disposé à envisager de réduire sa portion du taux de 38 % actuellement appliqué dans la plupart des dossiers?

Pourriez-vous nous fournir les résultats du programme des divulgations volontaires pour les exercices 2005-2006, 2006-2007, ainsi que pour la période du 1er avril au 31 août 2007 à l'égard des dossiers qui ont été fermés pendant ces périodes.

Si possible, l'information peut-elle être séparée en catégories, à savoir, d'une part, la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ »), et, d'autre part, l'impôt sur le revenu, en séparant dans ce dernier cas les dossiers de rapatriement de fonds en provenance de l'étranger et les autres dossiers.

Réponse

Dans les cas de rapatriement de fonds en provenance de l'étranger, le taux de récupération fiscale, incluant les droits et les intérêts, est basé sur le capital taxable déterminé à une certaine date. Celle-ci est généralement établie à la fin de la dernière année d'imposition dont la date statutaire de production précède immédiatement l'ouverture du dossier dans le cadre du programme des divulgations volontaires.

Les investissements à l'étranger pouvant être faits en différentes monnaies, voire plusieurs monnaies à la fois, le portefeuille du contribuable peut être soumis aux aléas du marché. Toutefois, sur la base du principe d'équité, Revenu Québec n'entend pas modifier cette date, quelle que soit la monnaie d'origine et quelle que soit la variation du taux de change, à la hausse ou à la baisse, à l'avantage ou au désavantage du contribuable.

Il faut cependant noter que celui-ci pourra, en vertu de l'article 262 L.I., déclarer un gain ou réclamer une perte au regard de la variation du taux de change en la manière décrite au *Bulletin d'interprétation* IMP. 80-8[8].

C'est pourquoi, afin d'éviter la fluctuation des marchés, et tel qu'il est prévu au *Bulletin d'interprétation* ADM. 4/R2[9], nous invitons les contribuables à fournir avec diligence le détail des faits et des droits à payer pour chacune des périodes visées par la divulgation.

Résultats financiers

Pour la période du 1er avril 2005 au 31 mars 2006, Revenu Québec a fermé 462 dossiers de divulgations volontaires avec des **cotisations de droits** qui totalisaient 28,4 M$ selon les lois provinciales et 219 dossiers avec des **cotisations de droits** pour une somme de 6,1 M$ en TPS.

Pour la période du 1er avril 2006 au 31 mars 2007, Revenu Québec a fermé 457 dossiers de divulgations volontaires avec des **cotisations de droits** qui totalisaient 30,1 M$ selon les lois provinciales et 200 dossiers avec des **cotisations de droits** pour une somme de 8,9 M$ en TPS.

Pour la demande des résultats du 31 août, les chiffres ne sont pas encore disponibles. Par contre, pour la période du 1er avril 2007 au 31 juillet 2007, Revenu Québec a fermé 100 dossiers de divulgations volontaires avec des **cotisations de droits** qui totalisaient 7,4 M$ selon les lois provinciales et 16 dossiers avec des **cotisations de droits** pour une somme de 200 000 $ en TPS. À cause des problèmes engendrés par la refonte des systèmes de TPS, plusieurs dossiers ne sont pas encore fermés.

En ce qui concerne les dossiers de rapatriement d'argent pour la période du 1er avril 2006 au 31 mars 2007, Revenu Québec a fermé 47 dossiers avec des **cotisations de droits** de 14,1 M$.

En ce qui concerne les dossiers de rapatriement d'argent pour la période du 1er avril au 31 juillet 2007, Revenu Québec a fermé 13 dossiers avec des **cotisations de droits** de 1,7 M$.

---

8 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 80-8, « Gains ou pertes sur change étranger », 29 juin 1990.

9 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM.4/R2, « Les divulgations volontaires », 31 mars 2005.

6. DÉPENSES RATTACHÉES À DES IMMEUBLES LOCATIFS

Un particulier est propriétaire d'un duplex dont l'un des logements est occupé à titre de résidence principale, tandis que l'autre est loué à une tierce personne. La portion louée représente 40 % de la superficie totale. Le duplex a été payé 200 000 $ à l'origine (excluant la portion terrain pour simplifier l'exemple).

Au fil des années, le particulier a apporté plusieurs améliorations très importantes, mais seulement au logement qu'il occupe, à savoir ajout d'un foyer, nouvelle cuisine haut de gamme, salle de bains haut de gamme. Il s'agit clairement de débours de capital et non pas d'une remise du logement à l'état d'origine. Évidemment, aucun de ces débours ne fut capitalisé à la portion locative, car les débours n'étaient pas attribuables en partie ou en totalité à la portion locative.

En 2007, le particulier vend le duplex pour 500 000 $ (excluant la portion terrain, toujours pour simplifier l'exemple). Il est tout à fait raisonnable de croire que les améliorations majeures apportées au fil des années au logement du propriétaire ont permis de vendre le duplex 100 000 $ de plus que si les rénovations n'avaient pas été effectuées.

Si aucun rajustement n'est effectué au prix de vente, 40 % du prix de vente serait attribuable au logement locatif, soit 200 000 $ (40 % × 500 000 $) et 60 % au logement utilisé comme résidence principale, soit 300 000 $. Or, ce calcul basé uniquement sur la superficie fausse la réalité en gonflant artificiellement la valeur attribuable au logement locatif, ce qui augmente ainsi le gain en capital assujetti à imposition sans rajustement équivalant au coût fiscal. Sur une base de logique économique, le logement locatif devrait plutôt se voir attribuer une valeur de 160 000 $, soit 40 % × (500 000 $ - le coût des rénovations ayant ajouté une plus-value de 100 000 $ au logement du propriétaire).

Ainsi, pour obtenir le résultat adéquat, il faudrait ni plus ni moins considérer le duplex (si on ignore le terrain) comme deux biens totalement distincts (l'un amortissable, l'autre non amortissable) ayant chacun son coût fiscal **et** sa juste valeur marchande (ci-après « JVM ») (tant à l'achat qu'à la vente) afin d'y faire les répartitions et les rajustements qui procureront le résultat fiscal logiquement applicable.

Question adressée à Revenu Québec

Revenu Québec peut-il nous expliquer comment procéder dans une telle situation et comment présenter le tout dans les déclarations fiscales?

Réponse

L'article 282 L.I. et le paragraphe 99c) L.I. prévoient que, lorsqu'un bien est utilisé en partie pour gagner un revenu et en partie à une autre fin, le coût et le produit d'aliénation du bien doivent être scindés pour chacun des usages en fonction de la proportion de chaque usage par rapport à l'usage total du bien visé. En l'espèce, les travaux devant être capitalisés étant entièrement attribuables à la partie servant de résidence principale, leur coût ne serait pas ajouté au coût de la partie de l'immeuble servant à gagner un revenu[10].

La répartition de l'usage d'un bien s'effectue généralement en fonction de la superficie, soit en mètres carrés ou selon le nombre de pièces, dans la mesure où cette répartition est raisonnable. En l'espèce, Revenu Québec pourrait accepter qu'une portion du produit d'aliénation, soit celle correspondant à l'augmentation de la JVM attribuable aux travaux exécutés sur la partie de l'immeuble servant de résidence principale, puisse être attribuée entièrement à cette partie. Quant au solde du produit d'aliénation, il devrait être réparti en fonction de la superficie occupée par chacun des usages.

7. RACCORD À DES SERVICES D'UTILITÉ PUBLIQUE

Au fil des années, de plus en plus de municipalités se sont retirées du financement des infrastructures. Ainsi, auparavant, la ville voyait à faire les infrastructures municipales et finançait les propriétaires des terrains durant une période de 20 ans. Le propriétaire d'un immeuble entièrement locatif déduisait donc, dans le calcul de son revenu de location, l'ensemble de ses taxes foncières, incluant les taxes d'améliorations locales rattachées aux infrastructures.

Les municipalités s'étant essentiellement retirées au fil des années de la construction des nouvelles infrastructures, ce sont maintenant les promoteurs qui les érigent, les paient et les ajoutent au coût des terrains.

---

[10] *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »), par. 130R101c).

En supposant un coût de 20 000 $ pour les infrastructures (égouts, aqueduc, trottoirs, etc.) inclus dans le prix d'un terrain payé 60 000 $, comment le propriétaire d'un immeuble locatif peut-il réclamer ou amortir la somme rattachée aux infrastructures :

i) s'il a acheté seulement le terrain d'un promoteur et qu'il a construit ou fait construire l'immeuble?

ii) s'il a acquis l'immeuble au complet (terrain et bâtisse) directement d'un entrepreneur ou d'une tierce partie?

Réponses

Le *Bulletin d'interprétation* IMP. 157-4[11] traite de ces questions. On y mentionne au paragraphe 4 que les dépenses engagées par des lotisseurs afin de raccorder leur fonds de terre à des services d'utilité publique font partie des coûts d'inventaire. La valeur de ces dépenses se reflétera par la suite dans le prix payé pour le terrain, par conséquent dans le coût de ce terrain pour l'acquéreur.

Les biens utilisés pour assurer le raccordement à des services d'utilité publique situés dans les limites du terrain du propriétaire sont inclus dans une catégorie de l'annexe B R.I. lorsque leur propriété a été conférée au propriétaire du terrain, comme il est mentionné au paragraphe 6 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 157-4.

8. *BULLETIN D'INFORMATION* 2006-6 – CHOIX DISTINCTS

Une iniquité résulte de l'abolition des choix québécois distincts annoncés au *Bulletin d'information* 2006-6[12].

Selon la mesure annoncée, il n'est plus possible de faire le choix du paragraphe 308.6f) L.I. lorsque celui de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. n'est pas effectué. Ces choix, si choix il y a, doivent être produits lors de la production de la déclaration de revenus de la société ayant reçu un dividende ou s'étant fait racheter ses actions. Antérieurement à l'annonce, il était avantageux de ne produire aucun choix au fédéral tout en produisant celui au provincial.

---

[11] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 157-4, « Raccord avec les services d'utilité publique », 13 juillet 1986.

[12] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 7.

Des transactions ont été réalisées en 2006 considérant les choix distincts, fédéral et provincial, et des dividendes à même le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») ont été versés subséquemment à la transaction, mais avant le 20 décembre 2006.

À titre d'exemple, la société ABC inc. a une fin d'exercice se terminant le 31 décembre. Au début de l'exercice 2006, soit le 2 janvier, la société a cédé à la société DEF inc. (société rattachée) par rachat des actions d'une valeur de 500 000 $, dont le prix de base rajusté et le capital versé (ci-après « CV ») fiscal sont d'une valeur nulle. Un dividende de 500 000 $ a été présumé avoir été reçu au rachat par ABC inc. Les revenus gagnés après 1971, fédéral et provincial, étaient de 450 000 $. Le 5 janvier 2006, la société ABC inc. a versé un dividende de 250 000 $ à même son CDC et les choix du paragraphe 83(2) L.I.R. et de l'article 502 L.I. ont été produits en considérant les choix distincts, fédéral et provincial. Vous trouverez en annexe le détail quant à l'avantage du choix distinct. Notons que ces choix distincts ne pourraient être déclarés aux autorités fiscales qu'après la fin de l'exercice 2006, et donc après l'annonce.

Avec la modification législative, la société ABC inc. est assujettie à un débours d'impôt provincial additionnel de 36 563 $[13] puisque le gain en capital sera de 500 000 $ et non de 50 000 $, ce qui était l'excédent de la somme reçue au rachat sur le revenu gagné après 1971 au provincial.

De plus, par le versement du dividende à même le CDC, il n'est pas possible pour la société ABC inc. de faire le choix à l'alinéa 55(5)f) L.I.R. sans encourir de l'impôt de la Partie III L.I.R. ou de considérer le dividende de 250 000 $ à titre de dividende imposable. Si la mesure annoncée avait été connue le 5 janvier 2006, le dividende de 250 000 $ n'aurait pas été versé compte tenu du fait que ABC inc. aurait fait les choix de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. et du paragraphe 308.6f) L.I. et n'aurait engagé qu'un débours d'impôt de 13 011 $ pour les 500 000 $ reçus.

En pratique, l'annonce du 20 décembre a un effet rétroactif, car ABC inc. a un débours d'impôt additionnel de 36 563 $. Elle ne peut modifier sa situation fiscale pour une planification effectuée selon les règles fiscales applicables en janvier 2006 et reconnues par Revenu Québec à la table ronde du congrès de l'année 2002[14].

---

[13] 225 000 $ × 16,25 %.

[14] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:5-59.

Nous comprenons que la mesure annoncée puisse en politique fiscale provinciale être justifiée. Le moment d'application aurait dû être pour les transactions effectuées après le 19 décembre 2006, et non pour le choix produit au plus tard à cette date. Dans l'exemple plus haut, les choix ne peuvent être produits qu'après 2006 pour une transaction réalisée en début de l'année d'imposition 2006.

Nous vous demandons de faire la représentation auprès du ministère des Finances pour que soient exemptées de la mesure les sociétés qui ont versé un dividende à même le CDC avant le 20 décembre 2006 relativement à des transactions effectuées avant ce moment.

Réponse

Le ministère des Finances a constaté que des planifications fiscales « agressives » permettaient d'éluder totalement le paiement d'impôts provinciaux en exploitant la possibilité d'effectuer des choix distincts.

Malgré le fait que les planifications fiscales « agressives » mises en place donnaient des résultats totalement inacceptables, le ministère des Finances a décidé de ne pas donner aux modifications requises une date d'application antérieure à celle de l'annonce, laissant ainsi le soin aux tribunaux d'établir si des règles antiévitement devaient s'appliquer à ce type de transactions.

Par ailleurs, le ministère des Finances ne voulait pas que les modifications annoncées incitent certains contribuables à bénéficier une dernière fois – ou alors une première fois – de ces planifications fiscales inacceptables. En effet, le fait de choisir une date d'application qui aurait permis d'effectuer des choix distincts après la date de l'annonce des modifications aurait certainement été interprété comme une indication que ce type de planification serait toléré pour les planifications en cours de réalisation et pour lesquelles il était possible, ou même prévu, d'effectuer des choix distincts.

Or, ce n'était clairement pas l'intention du ministère des Finances. Il fallait mettre fin le plus rapidement possible à ce type de planification, qui a une incidence sur la capacité de l'État à financer adéquatement les services offerts à la population. Tel qu'il est indiqué précédemment, il a toutefois été décidé de ne pas légiférer à l'égard des planifications qui étaient réalisées.

C'est donc pour cette raison qu'il a été décidé d'appliquer les nouvelles règles à l'égard des choix qui n'étaient pas produits à la date de l'annonce des modifications.

Par ailleurs, en ce qui concerne plus précisément la possibilité d'effectuer un choix de désignation de « revenu gagné » au palier québécois seulement, afin d'éviter le paiement de l'impôt corporatif québécois tout en bénéficiant de la possibilité de désigner un dividende provenant du CDC, le choix de la date d'application des modifications à ce choix a fait l'objet d'une analyse particulière.

Dans un premier temps, le ministère des Finances était conscient qu'il s'agissait d'une situation qui était connue et tolérée par les autorités fiscales, la question ayant été abordée dans le cadre du congrès de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») de 2002.

Toutefois, la situation en 2006 était passablement différente de celle de 2002, en raison de l'exploitation plus « agressive » par certains de la possibilité d'effectuer des choix distincts notamment.

En effet, en 2002, les autorités fiscales s'étaient prononcées sur les conséquences de désignations volontairement différentes dans un contexte où seul le choix particulier concernant le « revenu gagné » était en cause. Il avait alors été décidé, malgré le fait que ces conséquences n'étaient pas jugées souhaitables, de ne pas modifier les règles applicables dans le but de mettre fin à ce type de planification, car ce choix résultait d'un arbitrage entre deux objectifs de politique fiscale.

Pris de façon isolée, ce type de planification donnait un résultat qui ne correspondait pas à une politique fiscale parfaitement cohérente. Cependant, le choix de ne pas agir était d'abord motivé par le fait qu'il s'agissait d'une conséquence d'un choix de politique fiscale plus large, soit celui d'avoir des écarts significatifs dans le calcul du revenu d'une société. De plus, il y avait une volonté de laisser une grande autonomie aux contribuables dans les différents choix fiscaux possibles. C'est donc dans ce contexte que s'était prise la décision de tolérer la situation en 2002.

Or, en 2006, la situation était tout autre. En effet, ce choix était une composante intégrante du type de planification fiscale « agressive » ayant été à la base des modifications annoncées dans le cadre du *Bulletin*

d'information 2006-6[15]. Pour cette raison, il était primordial, particulièrement dans le cas de ce choix, de mettre fin immédiatement à cette possibilité de planification. Le type de transactions analysées permettait d'éviter complètement le paiement d'un impôt provincial en exploitant la possibilité de faire des choix différents auprès des deux paliers de gouvernement.

C'est donc dans ce contexte particulier que le ministère des Finances s'est vu dans l'obligation de réduire de façon importante l'autonomie québécoise des contribuables en matière de choix fiscaux. Il s'agissait d'un changement majeur en matière de flexibilité fiscale pour les contribuables. Ce changement était toutefois guidé par un objectif plus important, soit l'intégrité du régime fiscal.

De plus, puisqu'il y avait urgence d'agir, les modifications se sont appliquées aux choix produits après la date de l'annonce, et ce, sans égard à l'intention d'éviter le paiement de l'impôt provincial.

Enfin, il résulte du choix de la date d'application que deux sociétés ayant envisagé des planifications fiscales similaires dans le cadre de transactions effectuées avant la date de l'annonce des modifications peuvent obtenir un traitement fiscal différent. En effet, ce sera le cas lorsqu'une des sociétés aura produit ses choix aux autorités fiscales avant le 20 décembre 2007, alors que l'autre ne l'aura pas fait. Il s'agit d'une conséquence qui sera connue du ministère des Finances lors du choix de la date d'application, mais justifiée par les motifs indiqués précédemment.

9. AVIS DE COTISATION – MONTANT DÉJÀ VERSÉ PAR LE CONTRIBUABLE

Nous avons remarqué au fil des dernières années qu'il est **très fréquent** de constater, lors de la saison des impôts des particuliers, que si le particulier reçoit son avis de cotisation après le 30 avril, cet avis comporte souvent une charge d'intérêts pour l'unique raison que le solde d'impôt exigible pour le 30 avril et versé à temps par le contribuable ne figure pas encore sur l'avis de cotisation.

Bien que Revenu Québec indique sur l'avis que celui-ci ne tient pas compte de tels montants qui auraient pu avoir été versés avant le 1er mai, il en résulte une surcharge inutile de travail pour les préparateurs de

[15] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 7.

déclarations fiscales, car le contribuable contacte alors **systématiquement** ses conseillers pour s'informer de la raison pour laquelle Revenu Québec lui demande un montant alors qu'il est censé avoir tout payé.

Bien que l'objectif louable de Revenu Québec soit d'émettre l'avis de cotisation le plus rapidement possible, cela engendre néanmoins une bureaucratie inutile. En effet, il n'est pas rare que certains contribuables ou conseillers du contribuable vont alors vouloir s'assurer qu'aucune erreur ne s'est produite dans le dossier en contactant Revenu Québec.

Pour les conseillers du contribuable, les inquiétudes soulevées par ce dernier signifient souvent une perte de temps inutile, non facturable et non rentable qui se répète dans de nombreux cas.

Revenu Québec a-t-il l'intention de modifier cette façon d'agir, quitte à retarder de quelques jours l'émission de l'avis de cotisation?

Réponse

Dans sa *Déclaration de services aux citoyens et aux entreprises*, Revenu Québec prend des engagements et vise l'atteinte d'objectifs précis quant à la qualité des services qu'il offre à l'ensemble de sa clientèle.

Parmi les objectifs propres aux particuliers, Revenu Québec vise à transmettre les remboursements d'impôt ou à délivrer les avis de cotisation dans l'un ou l'autre des délais suivants :

- 28 jours après réception de la déclaration produite sur support papier;

- 14 jours après réception de la déclaration produite par voie électronique.

La problématique décrite dans votre question est plus susceptible de survenir lorsque les déclarations sont produites par Internet. En effet, les paiements pouvant être effectués de différentes façons (ex. : poste, comptoir, institution bancaire) n'accompagnent pas la déclaration de revenus produite électroniquement. Aussi, il arrive régulièrement que le chèque transmis par la poste ne comporte pas toutes les informations requises. Or, Revenu Québec doit s'assurer que les paiements reçus soient imputés au bon compte.

Aussi, en période de pointe, les délais nécessaires à la comptabilisation et à l'encaissement sont généralement plus élevés qu'en période normale. Au cours de cette période, Revenu Québec est susceptible en effet d'émettre

l'avis de cotisation beaucoup plus rapidement qu'il ne comptabilise ou n'effectue l'encaissement lorsque les déclarations sont produites par Internet.

Pour contrecarrer cette problématique, la solution retenue consiste à informer les contribuables, par un message sur l'avis de cotisation qui leur est délivré, de ne pas tenir compte du montant figurant sur cet avis si le paiement a déjà été effectué.

Toutefois, Revenu Québec analyse actuellement diverses pistes de solution qui lui permettraient, d'une part, d'améliorer le processus d'encaissement en période de pointe afin que les paiements reçus puissent figurer sur les avis de cotisation et, d'autre part, de s'assurer également du respect de ses objectifs généraux mentionnés à sa *Déclaration de services aux citoyens et aux entreprises*.

10. PROFESSION LIBÉRALE CONSTITUÉE EN SOCIÉTÉ

En vertu du *Bulletin d'interprétation* IT-189R2[16], une société sera reconnue comme exerçant une profession libérale si les activités de la société et les relations avec ses employés et clients sont semblables à celles qui sont ordinairement associées à une société exploitant une entreprise qui, par exemple, « […] verse des salaires à des particuliers assurant les services professionnels offerts par la corporation; […] ».

Est-ce que Revenu Québec, comme semblent l'exiger les autorités fiscales fédérales, aura comme politique pour la société d'un professionnel d'exiger que cette société verse à ce dernier un salaire pour chaque exercice financier au lieu de se verser seulement des dividendes à titre de rémunération?

Réponse

Dans le cadre du Congrès 2003[17] de l'APFF, Revenu Québec avait confirmé son adhésion à la position de l'ARC telle qu'elle est énoncée au *Bulletin d'interprétation* IT-189R2[18]. Ce bulletin énumère à titre d'exemple

---

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-189R2, « Corporations utilisées par des membres de professions libérales », 24 mai 1991.

17 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 56:17-54, question 2.3, aux pages 56:30-31.

18 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 16, par. 1.

des éléments factuels qui permettent de reconnaître qu'une société exerce une profession libérale lorsque, par ailleurs, la législation ou la réglementation professionnelle ne l'interdit pas.

Par ailleurs, le *Code des professions*[19] a été amendé en 2001 pour prévoir que les membres d'un ordre puissent exercer leurs activités professionnelles au sein d'une société par actions constituée à cette fin si le Bureau de l'ordre autorise par règlement ses membres à exercer leurs activités professionnelles au sein d'une telle société. Le Bureau de l'ordre détermine, s'il y a lieu, les conditions et les modalités ainsi que les restrictions par lesquelles ces activités peuvent être exercées. De plus, le *Code des professions* prévoit le maintien d'une garantie contre la responsabilité professionnelle du membre et la déclaration obligatoire de l'exercice de leurs activités professionnelles au sein d'une société à leur ordre[20].

Les exigences mentionnées aux règlements édictés par les ordres professionnels font référence, entre autres, à l'obligation de détention d'un pourcentage des droits de vote rattachés aux actions émises et à la composition du conseil d'administration de la société. De plus, il est prévu qu'à défaut de remplir, préalablement à l'exercice en société, les conditions prévues au règlement, le membre n'est pas autorisé à exercer sa profession au sein de la société[21]. Ainsi, lorsque l'exercice de la profession par l'entremise d'une société est expressément encadré et autorisé par un ordre professionnel et que toutes les conditions prévues par la loi et la réglementation sont respectées, Revenu Québec reconnaîtra également cette situation.

11. RETOUR DES CHÈQUES

Est-ce que Revenu Québec a établi une politique concernant les nouvelles procédures des institutions financières à l'effet de ne pas retourner les chèques mensuellement avec l'état de banque d'un contribuable, ce qui implique que ce dernier n'aura plus possession de ses chèques retournés? Que se passera-t-il lors d'une vérification fiscale ou d'une vérification de

---

19 L.R.Q., c. C-26.

20 *Loi modifiant le* Code des professions *et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*, L.Q. 2001, c. 34, a. 9.

21 Voir, par exemple, les règlements suivants : *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société*, R.R.Q., c. C-48, r. 5.1; *Règlement sur l'exercice de la profession de notaire en société*, R.R.Q., c. N-3, r. 1.3.

TPS-TVQ, puisque chaque fois les vérificateurs demandent les chèques retournés avec les états de banque pour tous les mois de la période vérifiée?

Réponse

La *Loi sur le ministère du Revenu* prévoit que quiconque exploite une entreprise ou est tenu de déduire, de retenir ou de percevoir un montant en vertu d'une loi fiscale doit tenir des registres et conserver ceux-ci ainsi que les pièces justificatives à l'appui des renseignements qu'ils contiennent, afin, notamment, de permettre à Revenu Québec de faire les vérifications qui s'imposent lors du traitement du dossier fiscal.

Les pièces justificatives peuvent comprendre tout document attestant une preuve de paiement. Il peut s'agir, par exemple, d'un chèque ou de tout autre document. De tels documents peuvent être examinés lors d'une vérification au cours de laquelle Revenu Québec doit statuer sur la réalité et l'exactitude de la dépense réclamée. Dans ce cas, le contribuable doit être en mesure de fournir cette preuve de paiement. À défaut de cela, Revenu Québec pourra considérer qu'il n'y a pas eu paiement.

Les nouvelles procédures des institutions financières ne modifient en rien les obligations fiscales du contribuable. Ainsi, lorsqu'un vérificateur demande la preuve d'un paiement effectué par chèque, il revient au contribuable de la fournir. À cette fin, s'il ne détient pas, par ailleurs, une telle preuve de paiement, il peut demander à son institution financière les documents qui constitueraient une telle preuve, notamment des images numérisées de chèques. Revenu Québec pourra, par la suite, évaluer la valeur probante du document qui lui sera soumis.

12. CATÉGORIE D'AMORTISSEMENT – GPS

Lors de la table ronde provinciale[22] du congrès de l'APFF en 2001, Revenu Québec a indiqué qu'un équipement de positionnement par satellite (un GPS) **ne** pouvait **pas** être inclus dans la catégorie 12.

Or, de plus en plus de sociétés de transport utilisent de tels équipements installés dans leur parc de camions. Revenu Québec peut-il confirmer s'il s'agit alors de biens de catégorie 8 ou même de biens de catégorie 10 ou de

---

[22] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 44:23-91.

catégorie 16 selon qu'ils sont installés au même moment que l'acquisition du camion ou par la suite?

Réponse

Plusieurs situations factuelles différentes peuvent se présenter. Dans le cas où le système de positionnement par satellite fait partie intégrante du véhicule, nous sommes d'avis que cet équipement n'est pas un bien distinct du véhicule et que le coût est amorti à même l'amortissement réclamé pour le véhicule. Dans le cas contraire, lorsque l'équipement de positionnement par satellite ne fait pas partie intégrante du véhicule, il est alors inclus dans la catégorie 8 de l'annexe B R.I. puisqu'il s'agit d'une immobilisation tangible qui n'est pas comprise de façon expresse dans aucune autre catégorie particulière.

13. CATÉGORIE D'AMORTISSEMENT – MATÉRIEL INFORMATIQUE

Dans quelle catégorie d'amortissement fiscal les appareils ci-après décrits doivent-il être inscrits (annexe B R.I.), selon Revenu Québec?

1) Scanneur;

2) Imprimante;

3) Appareil multifonctionnel comprenant une imprimante, un photocopieur, un télécopieur ainsi qu'un scanneur.

Réponse

Les appareils décrits dans la question peuvent représenter du matériel auxiliaire de traitement de l'information s'ils sont reliés à du matériel électronique universel de traitement de l'information et s'ils en sont des accessoires. Par conséquent, ils pourraient faire partie de la catégorie 10, 12 ou 45 de l'annexe B R.I. ou être visés par l'augmentation du taux d'amortissement à 55 % à la suite de l'harmonisation annoncée par le ministère des Finances dans le Budget du 24 mai 2007 à une mesure annoncée dans le Budget fédéral du 19 mars 2007, en fonction de leur date d'acquisition, des caractéristiques des biens au moment de leur acquisition ou de leur utilisation.

14. REMBOURSEMENT D'IMPÔT CRÉDITÉ AUX ACOMPTES PROVISIONNELS DE L'ANNÉE SUIVANTE

Une société a une fin d'exercice au 30 juin. Elle s'attend à un important remboursement d'impôt pour cet exercice car, bien que cette société soit rentable, une créance irrécouvrable substantielle enregistrée vers la fin de l'exercice a réduit son revenu imposable de moitié par rapport aux prévisions. Les acomptes provisionnels versés tout au long de l'exercice financier furent donc largement en excédent de l'impôt réel en raison de la créance irrécouvrable non prévisible enregistrée vers la fin de l'exercice. La société a produit ses déclarations fiscales vers la fin du mois d'août et la société a demandé que le remboursement d'impôt soit versé aux acomptes provisionnels de l'exercice suivant. L'avis de cotisation confirmant le montant du remboursement fut émis par Revenu Québec vers la mi-décembre.

Comme la société n'avait pas toutes les liquidités nécessaires en raison de la créance irrécouvrable réalisée récemment et comme elle savait qu'elle obtiendrait un important remboursement d'impôt pour l'exercice financier qui venait de se terminer, lequel remboursement serait porté aux acomptes provisionnels de l'exercice courant, elle a décidé de ne pas verser ses acomptes pour les six premiers mois de l'exercice. Selon les calculs de la société, le remboursement d'impôt à recevoir couvrirait parfaitement les acomptes à faire pour ces six mois.

Malheureusement, les autorités fiscales ne créditent les acomptes provisionnels à l'égard d'un remboursement d'impôt de l'exercice précédent qu'à la date où l'avis de cotisation est émis. Dans l'exemple susmentionné, la société ne s'est donc fait reconnaître le versement des acomptes qu'à la mi-décembre.

Par conséquent, l'année suivante, lors de l'émission de l'avis de cotisation pour l'exercice financier concerné, la société s'est vu imposer des intérêts sur acomptes provisionnels insuffisants, tout simplement en raison de la date où le remboursement d'impôt fut reconnu comme appliqué au versement des acomptes.

Cette façon de procéder est d'ailleurs indiquée dans le *Guide de la déclaration de revenus des sociétés* CO-17.G[23] publié par Revenu Québec.

[23] REVENU QUÉBEC, *Guide de la déclaration de revenus des sociétés* CO-17.G, juin 2006, p. 83.

Pourtant, quand il s'agit d'un crédit d'impôt remboursable gagné au cours de l'exercice courant par une société, le même guide indique ceci :

> « […] Les crédits d'impôt remboursables auxquels la société a droit pour une année d'imposition doivent être appliqués en réduction des premiers acomptes provisionnels, et ce, sans égard au mois de l'année d'imposition au cours duquel les dépenses admissibles qui donnent droit au crédit d'impôt sont engagées. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de ventiler les dépenses mensuellement pour bénéficier d'une réduction des acomptes provisionnels[24]. »

En bref, un débours engagé à la fin de l'exercice courant et qui génère un crédit d'impôt remboursable peut être reconnu pour les premiers acomptes provisionnels, mais un versement en argent effectué en trop l'année précédente n'est reconnu qu'à la date de l'émission de l'avis de cotisation.

Question adressée au ministère des Finances

En toute logique, l'argent versé en trop par le contribuable pour l'exercice précédent est entièrement entre les mains et sous le contrôle du gouvernement qui en a la jouissance pleine et entière. Ne serait-il alors pas approprié que la législation fiscale reconnaisse clairement qu'une somme due à un contribuable pour un exercice donné puisse être considérée comme reçue dès le premier jour de l'exercice financier suivant si le contribuable demande que le remboursement soit porté aux acomptes de l'exercice en cours plutôt que de lui facturer des intérêts non déductibles sur acomptes insuffisants?

Réponse de Revenu Québec

Aux termes de l'article 1005 et de l'article 1051 (1er al.) L.I., ce n'est qu'après l'examen de la déclaration de revenus qui lui est produite pour une année d'imposition que le ministre peut déterminer si un contribuable a payé, pour cette même année, à titre d'impôt, d'intérêt ou de pénalité un montant supérieur à celui qui était exigible et, le cas échéant, qu'il peut rembourser cet excédent en même temps qu'il lui expédie l'avis de cotisation pour l'année en question.

Par conséquent, ce n'est qu'à la date de l'avis de cotisation qui détermine cet excédent que le ministre peut donner suite à la demande du

---

[24] *Id*., p. 50.

contribuable de l'imputer au paiement d'un acompte provisionnel insuffisant pour une année d'imposition.

Réponse du ministère des Finances

Les règles relatives à la réduction des acomptes provisionnels par les crédits d'impôt remboursables s'inscrivent dans un objectif de simplification de ces mesures incitatives et, en accordant l'aide fiscale plus rapidement, contribuent à l'atteinte de l'objectif premier de ces crédits d'impôt, qui est de stimuler des secteurs spécifiques de l'économie.

Par ailleurs, à la demande d'une société, Revenu Québec peut affecter un montant payé en trop, à l'égard d'une année d'imposition donnée, aux acomptes provisionnels de son année d'imposition suivante. Dans un tel cas, le montant payé en trop est considéré comme un montant encaissé à la date d'émission de l'avis de cotisation.

Selon la modification proposée et à partir de l'exemple soumis, un montant payé en trop par une société à l'égard d'un exercice financier se terminant le 30 juin serait considéré comme encaissé par Revenu Québec dès le début de l'exercice financier suivant, soit le 1er juillet.

Or, le jour suivant la fin d'un exercice financier, les autorités fiscales n'ont pas encore été avisées de l'intention de la société à l'égard de son remboursement d'impôt attendu, compte tenu du fait que la déclaration fiscale n'a pas encore été produite. De plus, le montant du paiement en trop ne pouvant être déterminé qu'à l'examen d'une telle déclaration fiscale, l'affectation de ce montant aux acomptes provisionnels ne peut donc être effectuée qu'à la date de l'émission de l'avis de cotisation qui constate un tel paiement en trop.

Pour la réduction des acomptes provisionnels, le traitement d'un crédit d'impôt ne peut être similaire à celui d'un paiement en trop étant donné que le crédit d'impôt constitue un montant réputé payé en acompte sur l'impôt à payer qui peut généralement être déterminé dès que la dépense admissible a été engagée, alors qu'un paiement en trop ne peut être déterminé que lors de la cotisation de la déclaration fiscale à laquelle il se rapporte.

Par ailleurs, la modification proposée entraînerait un traitement différent selon que la société a ou non un solde débiteur relativement à un autre compte. En effet, dans le premier cas, l'affectation du remboursement au solde dû ne pourrait être effectuée qu'à compter de la date de l'émission de

l'avis de cotisation alors que, dans le deuxième cas, le remboursement serait imputé aux acomptes provisionnels à une date antérieure.

Enfin, il y a lieu de rappeler que la politique relative au traitement des montants payés en trop par un contribuable vise à simplifier le traitement de ces remboursements, et ce, tant sur le plan fédéral que sur le plan québécois. En effet, en l'absence d'une telle politique, les autorités fiscales devraient rembourser les contribuables qui, en retour, retourneraient ces remboursements au gouvernement à titre de versements sur leurs acomptes. Or, dans une telle situation, le versement d'une société ne pourrait être appliqué qu'après la date de l'émission de l'avis de cotisation.

Pour toutes ces raisons, le ministère des Finances n'envisage pas de modifier les règles actuellement applicables à l'égard d'un montant payé en trop aux acomptes provisionnels.

15. REVENUS RELATIFS AUX OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS EXERCÉES ET DONT LES TITRES SONT DONNÉS À DES ORGANISMES DE CHARITÉ

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des règles qui ont pour effet d'éliminer l'impôt pouvant s'appliquer à l'avantage qu'un employé reçoit en raison de l'acquisition d'un titre aux termes d'une convention d'employé d'achat d'actions, lorsque l'employé fait don du titre acquis à un donataire reconnu et qu'il s'agit d'un titre qui se qualifie à la déduction pour option d'achat d'actions prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. Dans son *Bulletin d'information* 2006-2[25], le ministère des Finances semble annoncer une harmonisation de la législation fiscale québécoise à ces règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais l'application de la législation québécoise fait en sorte que les déductions pouvant être réclamées à l'encontre du montant de l'avantage imposable inclus dans le revenu d'emploi ne représentent que 75 % du montant de l'avantage. Celui-ci n'est donc pas totalement exonéré de l'impôt québécois lorsqu'une option d'achat d'actions accordée à un employé est exercée et que les titres sont donnés à un donataire reconnu.

Exemple (selon l'hypothèse qu'il n'y a eu aucune variation du cours entre l'exercice de l'option et le don) :

---

[25] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-2, « Harmonisation à certaines mesures du Budget fédéral du 2 mai 2006 et autres mesures fiscales », 29 juin 2006.

	Fédéral	**Québec**
Revenu d'emploi	100 000	100 000
Déduction (al. 110(1)d) L.I.R.)	-50 000	
Déduction (art. 725.2 L.I.)		-25 000
Déduction pour don (al. 110(1)d.01) L.I.R.)	-50 000	
Déduction pour don (art. 725.2.2 L.I.)		-50 000
Revenu net	0	25 000
Impôts	0	6 000
	24 %	24 %

Pourtant, la note explicative relative à la modification apportée à l'article 725.2.2 L.I. par le Projet de loi 41[26], que l'on retrouve dans les publications CCH, précise que l'objectif de la modification est d'éliminer l'impôt lors d'un don de titre obtenu par option. Plus précisément, il est mentionné ce qui suit :

> « L'article 725.2.2 de la LI est modifié afin d'augmenter la déduction qu'il prévoit à la moitié de l'avantage qu'un employé est réputé avoir reçu de son emploi en vertu de l'article 49 de la LI relativement à l'acquisition d'un titre en vertu d'une convention d'employé, lorsque l'employé fait don du titre à un donataire reconnu (sauf une fondation privée).
>
> Cette modification est de concordance avec les modifications apportées à l'article 231.2 de la LI et a pour effet d'éliminer tout impôt pouvant s'appliquer à l'avantage qu'un employé reçoit en raison de l'acquisition d'un titre en vertu d'une convention d'employé. » (Notre soulignement)

Pouvez-vous expliquer pourquoi la résultante de la *Loi sur les impôts* ne correspond pas à l'objectif mentionné dans le *Bulletin d'information* 2006-2[27] et défini dans la note relative à l'article 725.2.2 L.I., et considérez-vous faire une modification à la *Loi sur les impôts* afin de corriger cette

---

[26] *Loi modifiant de nouveau la* Loi sur les impôts *et d'autres dispositions législatives*, 2006, c. 36 (ci-après « Projet de loi 41 »).

[27] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 25.

erreur (si erreur il y a) et accorder aux contribuables québécois les mêmes avantages fiscaux que ceux dont bénéficient les contribuables canadiens en général à l'égard des dons de titres acquis aux termes d'une convention d'employé d'achat d'actions?

Réponse

Dans un premier temps, mentionnons que l'objectif visé par l'annonce faite dans le *Bulletin d'information* 2006-2 est de supprimer l'impôt sur le gain en capital résultant du don d'un titre côté en Bourse. Il n'est nullement question d'éliminer tout impôt pouvant s'appliquer à l'avantage qu'un employé reçoit en raison de l'acquisition d'un titre en vertu d'une convention d'employé d'achat d'actions.

Ainsi, ce ne sont que les articles 231.2 et 725.2.2 L.I. qui ont dû être modifiés pour donner suite à cette annonce d'harmonisation. L'article 725.2 L.I. n'a jamais été visé par cette annonce.

Le taux de la déduction accordée par l'article 725.2 L.I. se distingue de celui prévu par la disposition fédérale correspondante, soit l'alinéa 110(1)d) L.I.R., en raison des annonces faites par le ministère des Finances dans le cadre des Discours sur le budget du 12 juin 2003 et du 30 mars 2004. Actuellement, ce taux est de 25 % sur le plan de la législation québécoise, tandis qu'il est de 50 % sur le plan fédéral. Il s'agit d'une particularité québécoise qui n'est pas touchée par l'annonce du 29 juin 2006.

Par conséquent, lorsqu'un particulier fait un don de titres à un donataire reconnu et que ce particulier avait acquis ces titres en vertu d'une option d'achat d'actions accordée aux employés, le taux d'inclusion de l'avantage imposable lié à l'emploi n'est pas ramené à zéro comme au fédéral étant donné que l'effet combiné actuel des taux prévus aux articles 725.2 et 725.2.2 L.I., soit 75 %, ne conduit pas à une imposition équivalant à celle du fédéral.

Par ailleurs, la note explicative que l'on retrouve dans les publications CCH n'est pas conforme à celle qui figure sur le site des Publications du Québec[*]. C'est la note explicative du site des Publications du Québec qui exprime correctement le but de la modification apportée à l'article 725.2.2 L.I. Or, cette note n'indique aucunement que la modification « a pour effet

[*] NDLR : Une première note explicative a été publiée par Les Publications du Québec le ou vers le 22 janvier 2007 et fut par la suite remplacée le ou vers le 13 avril 2007.

d'éliminer tout impôt pouvant s'appliquer à l'avantage qu'un employé reçoit en raison de l'acquisition d'un titre en vertu d'une convention d'employé ».

16. CONSERVATION DES REGISTRES ÉLECTRONIQUES PAR LES COMPTABLES ET CONSEILLERS D'UN CONTRIBUABLE

Nous savons tous que des règles très précises sont prévues pour la conservation des registres du contribuable, notamment aux articles 34 et suivants L.M.R. Évidemment, les comptables externes des contribuables, lors de la préparation des états financiers et des déclarations fiscales, bâtissent des dossiers qui incluent notamment les balances de vérification, écritures de régularisation et feuilles maîtresses du dossier, ainsi que le programme de vérification ou de mission d'examen du dossier du contribuable. La plupart de ces informations sont contenues sur des registres électroniques.

Évidemment, au fil des années, les comptables externes ont pu changer fréquemment de logiciels, notamment en raison d'avancées technologiques, de désuétudes ou de modifications aux systèmes informatiques. Certains registres électroniques peuvent être conservés à partir de logiciels qui ne sont plus fonctionnels. De plus, le comptable externe responsable d'un dossier d'un contribuable peut avoir changé de firmes comptables, par exemple, à la suite d'un regroupement ou d'une dissolution d'un cabinet. Le contribuable peut aussi avoir confié son dossier au fil des années à d'autres comptables externes.

Question adressée à Revenu Québec

À la lumière de ces précisions, est-il possible pour Revenu Québec de préciser quelles sont les obligations exactes des comptables externes à l'égard de la conservation des dossiers comptables et fiscaux susmentionnés bâtis par ces derniers quant à la *Loi sur le ministère du Revenu*?

Réponse

En vertu de l'article 34 L.M.R., le contribuable qui exploite une entreprise doit tenir des registres à l'endroit de son choix : à son établissement, à sa résidence ou à tout autre lieu que le ministre désigne.

L'article 35.1 L.M.R. prévoit à son premier alinéa que la personne requise de tenir des registres doit les conserver pendant six ans après la dernière année à laquelle ils se rapportent. Le deuxième alinéa de l'article 35.1 L.M.R. mentionne expressément que les registres et pièces sur support

électronique ou informatique doivent être conservés de façon intelligible sur ce même support. La responsabilité de tenir et de conserver les registres et pièces incombe personnellement au contribuable. Ainsi, en cas de défaut, c'est le contribuable ayant l'obligation de tenir les livres et registres qui sera sanctionné.

Dans l'hypothèse où le contribuable a confié à ses comptables la tenue de ses livres et registres, il devra s'assurer que ces derniers seront en mesure de fournir à Revenu Québec le logiciel permettant de lire les données en question, à défaut de quoi il pourra être considéré qu'ils n'ont pas été conservés de façon intelligible.

17. COPROPRIÉTÉ INDIVISE ET EXEMPTION POUR RÉSIDENCE PRINCIPALE

Bien qu'elles soient relativement inhabituelles, il arrive parfois des situations où des copropriétés sont acquises en indivision. Dans certains quartiers de Montréal, cela est même relativement fréquent. Prenons l'exemple d'un immeuble de type « duplex » ayant été récemment converti par le propriétaire en deux unités de copropriété indivise. Le propriétaire habite le logement du bas, tandis que le logement du haut a été loué pendant toute la période de détention. Le propriétaire décide de vendre une unité de copropriété indivise et l'acquéreur habitera le logement du haut, auparavant loué.

Compte tenu du fait qu'il s'agit d'une copropriété indivise, comment l'exemption pour résidence principale sera-t-elle appliquée dans cet exemple?

Réponse

L'indivision implique la propriété d'une portion de l'ensemble d'un bien. Revenu Québec considère que le propriétaire qui crée une situation d'indivision en cédant une partie de la copropriété indivise de son immeuble dans lequel se trouve sa résidence principale pourrait désigner une partie du bien vendu comme étant sa résidence principale et ainsi demander l'exemption pour résidence principale à l'encontre du gain en capital correspondant à cette partie, dans la mesure où les autres conditions sont remplies par ailleurs.

18. COPROPRIÉTÉ INDIVISE ET ACTIF UTILISÉ DANS UNE ENTREPRISE ADMISSIBLE

Quelle est la position de Revenu Québec en ce qui a trait à une situation de copropriété indivise aux fins du test d'utilisation visant à qualifier un bien à titre d'action admissible d'une société qui exploite une petite entreprise, prévu dans la définition de cette expression à l'article 726.6.1 L.I. dans le cadre de l'exonération de 750 000 $ (autrefois 500 000 $)? Par exemple, Revenu Québec considère-t-il qu'un actif est utilisé principalement dans une entreprise admissible si la société est copropriétaire indivise d'un actif à hauteur de 50 %.

Réponse

En ce qui concerne le test d'utilisation de l'actif par une société, dans le cadre de la détermination du statut d'une action comme étant une « action admissible d'une société qui exploite une petite entreprise », pour l'application de l'article 726.6.1 L.I., il faut examiner les circonstances propres à chaque situation. Puisque l'indivision implique la propriété d'une portion de l'ensemble d'un bien, nous ne pourrions conclure qu'un bien est utilisé principalement (plus de 50 %) dans une entreprise admissible exploitée principalement au Canada par la société ou une société à laquelle elle est liée si elle est copropriétaire indivise du bien à hauteur de 50 % et qu'une partie du bien (50 %) n'est pas utilisée par cette société. Cependant, si l'existence d'une convention d'indivision justifie l'utilisation d'une partie privative de l'actif par la société et qu'il est raisonnable de considérer que le coût supporté par la société pour cette copropriété indivise se rapporte à cette partie privative, il sera possible de considérer la partie privative dont jouit la société comme un actif distinct.

19. VENTE DES DROITS DE GESTION D'UNE CLIENTÈLE PAR UN REPRÉSENTANT EN VALEURS MOBILIÈRES

Lors des tables rondes de l'APFF en 2004, les autorités fiscales aussi bien fédérales[28] que québécoises[29] ont donné leur point de vue général sur les

---

[28] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:11-78, question 4.4, aux pages 50:56-58.

[29] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 49:11-78, question 1.3, aux pages 49:12-15.

situations impliquant la vente d'une clientèle par un employé à un employeur. Notez qu'il existait notamment quelques différences entre la position de l'ARC et celle de Revenu Québec lorsque la clientèle appartenait déjà à l'employé avant le début de son emploi.

Dans l'industrie des courtiers en valeurs mobilières, les représentants sont généralement employés par la firme de courtage et il est aussi généralement reconnu que la clientèle appartient légalement à la firme de courtage bien qu'elle ait été développée par le représentant employé par la firme. Le représentant n'a ni plus ni moins qu'un « droit de gestion » sur une liste de clients qu'il a développée au fil des années. Or, nous assistons de plus en plus à des transferts du « droit de gérer » la liste en question d'un représentant à un autre représentant de la même firme de courtage, et ce, moyennant contrepartie. Dans certains cas, il s'agira d'un partage de commissions pendant un certain nombre d'années pour faciliter la transition vers l'autre représentant et s'assurer que le plus de clients possible demeurent avec la firme. Dans d'autres cas, le représentant recevra un paiement forfaitaire payable en un, deux ou trois versements. En tout temps, le coût ultime de la contrepartie donnée au représentant qui quitte est supporté par l'autre représentant qui acquiert le droit de gérer la nouvelle liste de clients. Ce coût pour ce représentant peut être représenté par des revenus de commissions moindres (lors d'un partage de commissions) ou carrément par un emprunt auprès d'une institution financière (tel que dans la décision *Gifford* c. *La Reine*[30] rendue par la Cour suprême du Canada).

Questions adressées à Revenu Québec

Dans un contexte où nous ne parlons que de transactions impliquant des employés à commission (et non pas des travailleurs autonomes), nos questions sont les suivantes :

a) Quel sera le traitement fiscal pour le représentant qui reçoit des sommes pour céder le droit de gestion relativement à une liste de clients selon qu'il s'agit de sommes forfaitaires qui lui sont versées **directement** par l'autre représentant ou de partage de commissions entre les deux représentants (lequel partage peut être géré par la firme de courtage)?

b) Quel sera le traitement fiscal pour le représentant à l'égard d'une somme forfaitaire versée directement à l'autre représentant pour acquérir le droit de gestion quant à la liste de clients faisant l'objet du transfert?

---

30 [2004] D.T.C. 6128 (ci-après « *Gifford* »).

c) Dans l'hypothèse où aucun fait ne démontre que la clientèle appartient à l'employeur, quel sera le traitement fiscal pour le représentant qui reçoit des sommes pour céder ses droits à l'égard de cette clientèle, dans le cas où ce représentant quitte son employeur et vend ces droits soit à son nouvel employeur, soit à un représentant de son ancienne firme ou de sa nouvelle firme?

Réponses

Nous comprenons que la question concerne un montant payé par un représentant à commission (ci-après « payeur ») à un autre employé à commission (ci-après « receveur ») dans le but d'obtenir un accès à la clientèle développée par ce dernier au cours de son emploi ou un « droit de gérer » cette clientèle, conformément à une certaine pratique observée dans l'industrie du courtage en valeurs mobilières.

Lorsque le paiement consiste en un montant forfaitaire payé en un versement ou en quelques versements, nous sommes d'avis que tout montant reçu à ce titre dans une année d'imposition doit être inclus dans le calcul du revenu du receveur pour cette année d'imposition en vertu de l'article 37 L.I. Quant à lui, le payeur ne peut réclamer, en vertu du sous-paragraphe 62 3)a) L.I., aucune déduction à l'égard du montant payé puisque, conformément à la position de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Gifford*, il s'agit d'un paiement à titre de capital. De plus, aucune disposition de la *Loi sur les impôts* ne permet la déduction de l'intérêt payé par un employé sur un emprunt contracté en vue d'un paiement à titre de capital, sauf dans les situations prévues à l'article 64 L.I.

Par ailleurs, lorsque le paiement est effectué au moyen d'un partage des commissions du payeur, le montant des commissions payé à ce titre au receveur est réputé avoir été reçu par le payeur et doit être inclus dans le calcul du revenu de ce dernier par l'application de l'article 314 L.I. Le payeur ne peut réclamer, en vertu du sous-paragraphe 62 3)a) L.I., aucune déduction à l'égard du montant de ses commissions qui a été payé au receveur. Quant au receveur, il doit inclure dans le calcul de son revenu le montant des commissions qu'il a reçu. Ce montant représente la valeur d'un avantage qu'il a reçu en raison de son emploi en vertu de l'article 37 L.I.

Dans la troisième situation que vous présentez, vous posez l'hypothèse qu'aucun fait ne démontre que la clientèle appartient à l'employeur. Dans le cas où les faits démontrent que la clientèle appartient à l'employé, nous

réitérons les réponses que nous avons formulées à la table ronde de 2004[31]. Dans ce cas, les montants reçus par l'employé seront traités à titre de produit de l'aliénation d'une immobilisation, et ce, peu importe l'identité de l'acheteur. Par contre, si l'analyse des faits ne permet pas de déterminer à qui appartient la clientèle, Revenu Québec traitera les montants reçus par l'employé à titre de montants reçus en raison ou à l'occasion de son emploi devant être inclus dans le calcul de son revenu en vertu de l'article 37 L.I.

20. REVENUS DE LOTERIE

Depuis quelque temps, beaucoup de gros lots importants ont été gagnés au Québec par l'entremise de Loto-Québec (*6/49* ou *Super 7*). Les détaillants qui vendent ces billets reçoivent une rémunération correspondant à 10 % du prix de vente de chaque billet (un billet vendu 2 $ rapportera 0,20 $ au détaillant). Cette rémunération est imposable.

De plus, les détaillants reçoivent un montant correspondant à 1 % des lots gagnés avec les billets qu'ils ont vendus. Cette rémunération est non imposable.

Cependant, si le détaillant est constitué en société, la rémunération non imposable ne peut pas être distribuée sans impacts fiscaux aux actionnaires.

Est-ce bien là l'intention des autorités fiscales?

Réponse

Revenu Québec indique, dans son *Bulletin d'interprétation* IMP. 293-1/R1[32], que le vendeur qui gagne un prix parce qu'il est le vendeur du billet gagnant n'est pas assujetti à la *Loi sur les impôts* en ce qui concerne ce prix. Il est considéré, en vertu de l'impôt, comme ayant eu un billet gagnant de loterie. Revenu Québec n'entend pas étendre cette position afin de rendre non imposable la distribution de ce montant par le versement d'un dividende.

---

31 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit*., note 29.

32 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 293-1/R1, « Loteries », 30 juin 1992, par. 18.

Commentaire du ministère des Finances

Il n'existe aucun mécanisme de distribution libre d'impôt lorsqu'une société réalise un gain fortuit et le ministère des Finances n'envisage pas de mettre en place un mécanisme similaire au CDC afin de permettre une distribution libre d'impôt des gains fortuits.

21. CRÉDIT POUR IMPÔT ÉTRANGER – COTISATIONS À LA *FEDERAL INSURANCE CONTRIBUTIONS ACT*[33]

Dans les *Nouvelles techniques*, n° 31R2[34], l'ARC a fait valoir ce qui suit :

> « [A]ux termes de la convention fiscale conclue entre le Canada et les États-Unis, le Canada a expressément convenu d'accorder un crédit pour impôt étranger au titre des versements effectués sous le régime de la Federal Insurance Contributions Act, plus couramment appelé "impôts FICA". […] l'ARC continuera d'accorder un crédit pour impôt étranger dans le cas des impôts FICA. » (Notre soulignement)

Puisque le Québec a toujours appliqué la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[35], le ministère des Finances peut-il nous confirmer qu'il entend reconnaître l'application des termes de la Convention et acceptera les impôts FICA (y compris la *Medicare Tax*) comme un « impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise » au sens de l'article 772.2 L.I.?

Dans la négative, Revenu Québec peut-il nous dire comment doivent être traitées les cotisations à la FICA (y compris la *Medicare Tax*) aux fins du calcul du crédit pour impôt étranger québécois?

Réponse du ministère des Finances

En ce qui a trait à la première question concernant l'application de la Convention, il importe de rappeler que la jurisprudence a clairement établi qu'une convention conclue par le gouvernement du Canada avec celui d'un

---

33 26 U.S.C. ch. 21 (ci-après « FICA »).

34 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 31R2, 16 mai 2006.

35 S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »).

autre État ne peut lier une province, dans une matière qui relève de sa compétence, que dans la mesure où cette province a légiféré en conséquence.

Le Québec accepte de prendre en considération, dans le cadre de sa législation et de sa réglementation fiscales, certaines dispositions des conventions fiscales qui ont été conclues par le gouvernement du Canada.

En principe, cette acceptation se limite presque exclusivement aux seuls montants qui sont exonérés de l'impôt sur le revenu au Canada en vertu d'une disposition d'une telle convention. De façon générale, il en est ainsi lorsque la convention fiscale prévoit que le revenu n'est imposable que dans le pays étranger.

Le Québec n'applique donc pas automatiquement l'ensemble des dispositions contenues dans les conventions fiscales conclues par le gouvernement du Canada.

Le ministère des Finances a déjà étudié la possibilité de reconnaître les termes de la Convention selon lesquels le Canada convient d'accorder un crédit pour impôt étranger (ci-après « CIE ») à l'égard des cotisations payées par un particulier en vertu de la FICA.

Cette analyse a notamment démontré qu'une telle reconnaissance serait inéquitable envers les contribuables québécois qui cotisent au régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ ») ou au régime de pensions du Canada, puisque ces contribuables ne peuvent bénéficier d'un rabais d'impôt équivalant, dollar pour dollar, aux cotisations qu'ils ont versées dans ces régimes.

De plus, cette analyse a confirmé que le CIE ne devrait viser que les prélèvements sur le revenu ou sur les bénéfices, susceptibles d'exécution forcée en vertu d'une loi, qui sont perçus à des fins publiques par le gouvernement d'un pays étranger. Il s'ensuit que, de façon générale, aucun CIE ne peut être accordé à l'égard des cotisations, droits de mutation ou taxes prélevés à l'étranger qui ne correspondent pas à la notion d'impôt sur le revenu retenue pour l'application du régime d'imposition québécois.

Pour ces raisons, il avait été indiqué, dans le cadre de la table ronde sur la fiscalité provinciale qui s'est tenue lors du congrès de l'APFF de 2005, que le ministère des Finances n'entendait pas recommander de modifier la

législation fiscale pour étendre le CIE aux cotisations versées par un particulier en vertu de la FICA[36].

Après avoir étudié de nouveau la question en tenant compte notamment de la position de Revenu Québec ci-après exposée, le ministère des Finances n'a toujours pas l'intention de recommander que toutes les cotisations versées par un particulier en vertu de la FICA soient assimilées à un impôt sur le revenu.

Réponse de Revenu Québec

Revenu Québec entend adopter une position semblable à celle énoncée par l'ARC dans son bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 31R2, en date du 16 mai 2006, concernant les contributions à un régime de pension public. Plus précisément, Revenu Québec acceptera de traiter une contribution à un régime de pension public d'un pays étranger faite par un employé résidant au Québec comme un impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise aux fins de l'article 772.6 L.I. lorsque les deux conditions suivantes seront remplies :

- l'employé doit être tenu de faire la contribution en vertu de la loi étrangère;

- il doit être raisonnable de conclure que l'employé ne tirera aucun avantage pécuniaire de ses contributions vu la nature courte et temporaire de son emploi dans le pays étranger.

À l'instar de l'ARC, cette nouvelle politique s'appliquera à compter de l'année 2004.

Compte tenu de cette nouvelle position, les cotisations FICA qui constituent des contributions au régime de pension public des États-Unis et qui remplissent les deux conditions mentionnées précédemment donneront droit au CIE québécois. À cet égard, il convient de noter que la *Medicare Tax* prévue par l'*Internal Revenue Code*[37] des États-Unis et servant au financement du programme national d'assurance-santé Medicare, bien qu'elle soit une composante des cotisations FICA, n'est pas visée par cette nouvelle position étant donné qu'elle n'est pas rattachée au régime de pension public des États-

---

[36] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 58:5-64, question 21, aux pages 58:38-40.

[37] *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

Unis; par conséquent, elle ne peut donner droit au CIE québécois. Le montant payé au titre de la *Medicare Tax* est d'ailleurs présenté séparément des autres cotisations FICA sur les feuillets américains de renseignements fiscaux.

Aux fins du calcul du CIE, Revenu Québec considère que l'article 772.6 L.I. doit être appliqué en tenant compte de la finalité du CIE québécois, laquelle s'inscrit dans une logique de complémentarité avec le CIE fédéral. Plus précisément, l'intention du législateur québécois est de n'accorder un CIE qu'à l'égard de la partie des impôts étrangers admissibles ne pouvant donner droit à un CIE fédéral. Par conséquent, le CIE fédéral qui doit être pris en compte dans le calcul du CIE québécois correspond au montant maximal de ce crédit qui peut être déduit en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R., compte tenu des impôts étrangers admissibles au CIE québécois.

Nous pouvons illustrer cette position par l'exemple suivant. M. X a gagné un revenu d'emploi aux États-Unis et a payé un impôt étranger de 3 000 $ et des cotisations FICA de 500 $. Le CIE fédéral est de 2 500 $. Pour calculer le CIE québécois dans cet exemple, il faut établir, en premier lieu, si les cotisations FICA remplissent les deux conditions mentionnées précédemment. Dans l'affirmative, elles seront admissibles au CIE québécois et, sous réserve des règles particulières relatives à ce crédit, celui-ci sera de 1 000 $ (soit l'impôt étranger admissible de 3 500 $, réduit du CIE fédéral de 2 500 $). Dans la négative, le montant du CIE québécois sera de 500 $ (soit l'impôt étranger admissible de 3 000 $, réduit du CIE fédéral de 2 500 $). Dans le dernier cas, aucun rajustement au CIE fédéral n'est requis même si l'impôt étranger considéré pour son calcul diffère de l'impôt étranger admissible aux fins du CIE québécois, puisque le montant de cet impôt étranger admissible excède le montant du CIE fédéral et justifie donc à lui seul ce crédit; à l'inverse, si le CIE fédéral avait excédé le montant de l'impôt étranger admissible au CIE québécois, celui-ci aurait été de zéro.

Commentaire du ministère des Finances

Le ministère des Finances entend étudier de façon approfondie le calcul du CIE dans l'exemple exposé par Revenu Québec en soupesant tous les aspects en jeu, y compris celui de la complexité additionnelle qui serait engendrée par d'éventuels rajustements au montant du CIE accordé par le gouvernement fédéral.

22. INTÉRÊTS SUR ACOMPTES PROVISIONNELS

Un contribuable qui n'a pas acquitté au plus tard à la date où il est tenu de payer tout ou partie d'un acompte provisionnel est tenu de payer des

intérêts sur le montant de l'acompte insuffisant, calculés au taux prescrit pour la période allant de la date où ce montant devait au plus tard être payé jusqu'à la date du paiement.

Lorsqu'un employé détient des options d'achat d'actions, son revenu peut varier considérablement d'une année à l'autre, selon qu'il exerce ou non ses options d'achat d'actions. L'avantage imposable relié aux options d'achat d'actions est considéré comme un « traitement, salaire ou autre rémunération » et est assujetti à une retenue à la source. L'employeur ne peut toutefois effectuer de retenue à la source pour les périodes de paie antérieures ou postérieures à la période de paie dans laquelle l'avantage est réputé avoir été reçu. En conséquence, si l'avantage imposable excède le salaire d'une période de paie, les acomptes provisionnels versés par l'employeur seront insuffisants.

Dans la situation hypothétique suivante, M. X est un employé de la société XYZ, une SPCC. Son salaire annuel s'élève à 52 000 $ et il détient des options d'achat d'actions. La société XYZ effectue sur une base régulière les déductions à la source prescrites. En 2005, M. X a réalisé un avantage imposable de 15 000 $ à l'égard de ses options d'achat d'actions. La société XYZ a alors retenu la totalité du salaire de M. X pour la période de paie dans laquelle il a réalisé son avantage imposable. M. X n'a pas effectué d'acomptes provisionnels en 2006, puisqu'il ne prévoyait pas réaliser d'avantage imposable à l'égard de ses options d'achat d'actions. Contrairement à ses attentes, M. X a réalisé un avantage imposable de 10 000 $ le 15 décembre 2006. Son employeur a alors retenu la totalité de son salaire à titre d'acomptes provisionnels pour la période de paie visée. M. X a, quant à lui, versé un acompte provisionnel du montant du solde de l'impôt estimé à l'égard de son avantage imposable. Or, à moins d'obtenir un allègement de la part des autorités fiscales, M. X devra payer des intérêts sur acomptes insuffisants.

Les autorités fiscales ont établi des lignes directrices quant aux situations pouvant justifier un allègement des intérêts par le ministre; notamment les circonstances exceptionnelles et l'incapacité de payer ou les difficultés financières du contribuable. Bien que la situation décrite plus haut ne cadre pas directement avec celles des autorités fiscales, nous croyons que l'imposition des intérêts sur acomptes provisionnels dans la situation soumise va à l'encontre de la politique fiscale. En effet, le paiement d'acomptes provisionnels aurait porté préjudice au contribuable, ce dernier ne disposant pas des liquidités nécessaires au paiement desdits impôts avant qu'il exerce ses options. Dans un tel contexte et compte tenu du fait que le contribuable a payé l'impôt sur son avantage imposable, qui est considéré

comme un « salaire, traitement ou autre rémunération », dès le moment de sa réalisation, il nous apparaît fondé d'invoquer les mesures d'allègement afin de soustraire M. X au paiement d'intérêts sur acomptes provisionnels insuffisants.

Question adressée à Revenu Québec

Un allègement à l'égard des intérêts sur acomptes insuffisants serait-il accordé dans la situation soumise?

Réponse

Sommairement, un particulier résident du Québec doit payer des acomptes provisionnels pour une année lorsqu'il a plus de 1 200 $[38] d'impôt à payer pour une année ainsi que pour une des deux années précédentes[39].

Par ailleurs, l'article 1038 L.I. prévoit le calcul des intérêts qui doivent être payés sur tout versement ou partie de versement d'acomptes provisionnels non effectué à la date prévue. Cet article fait en sorte que, quelle que soit la méthode de calcul de versement d'acomptes provisionnels retenue par le particulier, les intérêts sont calculés sur la méthode qui aurait conduit au montant le plus bas d'acomptes provisionnels à verser. Un taux d'intérêt est alors appliqué à la différence obtenue en soustrayant de « ce plus bas montant » les montants des versements effectués. L'un de ces montants qui doit être pris en compte dans ce calcul et auquel fait référence l'article 1038 L.I. est celui « [...] qui représente, selon l'avis que lui a fait parvenir le ministre, le versement qu'il doit ainsi faire pour l'année »[40]. Ainsi, aucun intérêt n'est imposé si le particulier paie dans les délais prescrits les montants indiqués par Revenu Québec.

Dans la situation décrite dans votre question, nous comprenons qu'en 2005 le revenu qui avait été occasionné par l'avantage imposable et le fait que le numéraire versé à l'employé ne fût pas suffisant ont généré un solde d'impôt à payer supérieur à 1 200 $. Dans un cas semblable, le contribuable a dû recevoir l'avis mentionné précédemment à l'égard des acomptes provisionnels prévus pour septembre et décembre 2006.

---

38 Montant augmenté à 1 800 $ à compter de 2008.

39 Art. 1026.1 L.I.

40 Relevé TPZ-1026.A.

L'article 94.1 L.M.R. accorde au ministre le pouvoir de renoncer à un intérêt, à une pénalité ou à des frais payables par un contribuable ou un mandataire à la suite de l'application d'une loi fiscale ou encore d'annuler un tel intérêt, une telle pénalité ou de tels frais, et ce, en totalité ou en partie. Le ministre peut exercer ces pouvoirs de renonciation et d'annulation en fonction des critères décrits dans la version à jour du *Bulletin d'interprétation* LMR 94.1-1/R4[41].

En l'espèce, le particulier a décidé de ne pas effectuer d'acomptes provisionnels pour 2006 malgré l'avis reçu. Revenu Québec est d'opinion qu'il ne s'agit pas d'une situation visée par le *Bulletin d'interprétation* LMR 94.1-1/R4 et n'accordera pas d'allégement à l'égard des intérêts sur acomptes insuffisants.

Question adressée au ministère des Finances

L'imposition d'intérêts sur acomptes provisionnels dans une telle situation est-elle conforme à la politique fiscale?

Réponse

L'objectif visé par le système de versements d'acomptes provisionnels est d'uniformiser, dans la mesure du possible, les modalités de paiement de l'impôt des particuliers tout au long d'une année d'imposition. Cet objectif est principalement dicté par la volonté d'assurer une meilleure équité du régime d'imposition.

En effet, l'assujettissement de certains particuliers à l'obligation de faire, dans les délais impartis, des versements d'acomptes provisionnels minimise les écarts de traitement entre les particuliers dont l'impôt à payer pour une année d'imposition donnée est entièrement retenu à la source au cours de l'année et ceux dont l'impôt à payer pour l'année n'est aucunement ou n'est qu'en partie retenu à la source.

Or, la perception d'un intérêt dans le cas où un particulier n'aurait pas versé à temps les acomptes provisionnels exigibles ou aurait versé un montant insuffisant contribue à maintenir l'équité du régime d'imposition.

---

[41] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* LMR 94.1-1/R4, « Rencontre ou annulation à l'égard des intérêts, des pénalités ou des frais », 29 décembre 2005.

On a donc raison, sous l'angle de la politique fiscale, de percevoir un intérêt dans la situation décrite.

Par ailleurs, il est à noter que Revenu Québec transmet aux particuliers qui pourraient être soumis à des acomptes provisionnels le montant des acomptes qui devraient être versés pour une année selon les données inscrites dans leurs déclarations de revenus des deux années précédentes.

Un particulier qui paie, aux dates prévues, les montants calculés par Revenu Québec est assuré de ne pas avoir à payer d'intérêts si ces montants s'avèrent insuffisants.

Cependant, pour éviter le versement d'acomptes provisionnels, les particuliers peuvent, conformément à l'article 1017 L.I., faire augmenter le montant d'impôt qui est retenu à la source sur leur salaire notamment.

En outre, il importe de rappeler que les personnes qui bénéficient d'options d'achat d'actions ne sont pas les seules qui peuvent avoir de fortes fluctuations de revenu d'une année à l'autre. Certains travailleurs autonomes sont aux prises avec une situation similaire. Or, comparativement à ces travailleurs, les bénéficiaires d'options d'achat d'actions d'une SPCC peuvent se trouver dans une situation beaucoup plus enviable parce qu'ils ont souvent la possibilité de choisir le moment où ils aliéneront leurs actions et où ils seront, de ce fait, réputés recevoir un avantage imposable.

À cet égard, il y a tout lieu de croire que la possibilité d'avoir à payer un intérêt sur les acomptes provisionnels en retard ou insuffisants entre en ligne de compte dans la décision d'aliéner les actions à un moment donné plutôt qu'à un autre. Aussi, la situation décrite relève davantage d'une question de planification que d'une question de politique fiscale.

23. RÉSIDENCE PRINCIPALE

Le *Bulletin d'interprétation* IT-120R6[42] indique ce qui suit :

> « Selon l'article 2301 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, le contribuable doit désigner un bien comme résidence principale pour une ou plusieurs années d'imposition dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle il a disposé du bien ou accordé à une autre personne une option d'acquisition du bien. Le formulaire de désignation utilisé à cette fin est le

[42] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-120R6, « Résidence principale », 17 juillet 2003, par. 7.

formulaire T2091 (IND), *Désignation d'un bien comme résidence principale par un particulier (autre qu'une fiducie personnelle)*. Toutefois, selon la pratique de l'ARC, il n'est pas obligatoire de remplir et de produire le formulaire T2091 (IND) avec la déclaration de revenus du contribuable, à moins que l'une des situations suivantes ne s'applique :

a) il reste un gain en capital imposable résultant de la disposition du bien après l'utilisation de la formule d'exemption pour résidence principale (comme démontré au numéro 8) ;

b) le contribuable ou son époux ou conjoint de fait a produit le formulaire T664 ou T664 (Aînés), *Choix de déclarer un gain en capital sur un bien possédé en fin de journée le 22 février 1994* à l'égard du bien, et le bien était la résidence principale du contribuable pour l'année 1994 ou a été désigné dans l'année comme résidence principale pour une année d'imposition quelconque. »

Par ailleurs, le *Bulletin d'interprétation* IMP. 274-1[43] indique ce qui suit :

« **Indication à l'égard d'une résidence principale**

7. En vertu de l'article 274 de la Loi, un particulier doit indiquer son logement ou sa tenure à bail comme étant sa résidence principale pour une année d'imposition, et ce en la forme et la manière prescrites. Selon l'article 274R1 du RI, l'indication à l'égard d'une résidence principale doit être faite par le particulier, sur le formulaire prescrit (TP-274), dans sa déclaration fiscale pour l'année d'imposition pendant laquelle il a aliéné un tel bien ou pendant laquelle il a accordé une option de l'acquérir. »

Est-ce que Revenu Québec peut confirmer que la position administrative du fédéral concernant la non-production du formulaire de désignation n'est pas applicable au Québec?

Si oui, y a-t-il eu des cas où la non-production du Formulaire TP-274 aurait entraîné le refus d'accorder le droit à l'exemption pour résidence principale?

Réponse

L'article 274 L.I. prévoit qu'une désignation à l'égard d'une résidence principale doit être faite par le particulier sur le formulaire prescrit (TP-274),

---

[43] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 274-1, « Qualification d'un bien à titre de résidence principale », 31 mars 1993, par. 7.

dans sa déclaration fiscale pour l'année d'imposition dans laquelle il a soit aliéné, soit accordé une option d'acheter un tel bien, et ce, que le gain qu'il en tire demeure ou non imposable après soustraction du montant déterminé suivant l'article 271 L.I.

Comme il a été mentionné lors du congrès de l'APFF en 1994[44], la transmission du formulaire prescrit dans une année subséquente à l'aliénation de la résidence principale pourra être acceptée par Revenu Québec à la condition que les faits indiquent que les dispositions de l'article 274 L.I. n'ont pas été volontairement inobservées ou que cette transmission ne parachève pas une planification fiscale *a posteriori*.

24. VENTE D'ACTIONS

Quelle est la position de Revenu Québec dans le cadre d'une vente d'actions par un actionnaire d'une société à une personne n'ayant pas de lien de dépendance, au sens de la *Loi sur les impôts*, pour une valeur nettement inférieure à la JVM. Est-ce que Revenu Québec appliquera un avantage à l'acquéreur-actionnaire octroyé par la société, même si la société ne confère aucun avantage ou qu'elle ne participe pas à la transaction de vente d'actions?

Réponse

Bien que la question pose comme prémisse que l'acheteur et le vendeur n'ont aucun lien de dépendance entre eux, Revenu Québec examinerait cet aspect dans une situation réelle, et examinerait aussi si l'article 422 L.I. peut s'appliquer. En ce qui concerne l'imposition d'un avantage à l'acquéreur des actions en tant qu'actionnaire ou en vue qu'il le devienne, les faits exposés ne sont pas suffisamment précis pour que nous puissions nous prononcer sur ce point. À première vue, il semble plus probable qu'un avantage soit conféré à l'acquéreur par le vendeur plutôt que par la société et, à cet égard, le fait que la société enregistre le transfert des actions ne signifie aucunement qu'elle concoure à l'octroi d'un avantage. Néanmoins, il y aurait lieu de se questionner sur l'existence possible d'un engagement pris par la société et dont l'objet véritable serait le paiement des actions acquises. Un exemple d'un tel engagement, qui constitue un avantage accordé par la société à

[44] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 30:2-53.

l'actionnaire-acquéreur en vertu de l'article 111 L.I., nous est donné dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 111-1/R2[45].

25. NOTION D'OBLIGATION

Le Budget du 24 mai 2007 prévoit que l'expression « obligation » sera définie comme un titre d'emprunt négociable émis par une société par actions ou toute autre entité juridique, à plusieurs prêteurs de fonds pour répondre à un besoin de financement à long terme. Or, il semble que cette définition ne sera applicable qu'à l'égard des frais afférents à l'émission d'obligations, soit le paragraphe 1137b) L.I. Revenu Québec peut-il confirmer si notre compréhension est exacte.

Réponse

La définition de l'expression « obligation » sera introduite à l'article 1130 L.I. de façon à viser toute la Partie IV L.I., cela à des fins d'uniformité de cette partie. Ainsi, cette définition trouvera application aussi bien en ce qui a trait à la déduction qu'en ce qui concerne la réduction du CV.

26. CRÉDIT POUR AIDANTS NATURELS D'UNE PERSONNE MAJEURE

Un particulier âgé de plus de 70 ans vit avec son enfant âgé de plus de 18 ans atteint d'une déficience grave et prolongée. Ensemble, ils maintiennent l'établissement domestique dans lequel ils habitent et dont ils sont copropriétaires (ou locataires). Ces particuliers ont-ils droit au crédit d'impôt pour aidants naturels d'une personne majeure, compte tenu du fait que chacun d'eux peut être, au cours de la même année d'imposition, à la fois un « proche admissible » et un aidant naturel à l'égard de l'autre?

Réponse

Essentiellement, le crédit d'impôt remboursable pour aidants naturels d'une personne majeure est accordé à l'égard de chaque personne qui, pendant toute la « période d'hébergement minimale » pour l'année, est un « proche admissible » du particulier et qui, pendant toute cette période, habite ordinairement avec le particulier un établissement domestique autonome maintenu par le particulier, seul ou conjointement avec une autre

---

45 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 111-1/R2, « Avantage accordé à un actionnaire », 28 décembre 2006, par. 26.

personne, et dont pendant toute cette période le particulier ou son conjoint est propriétaire, locataire ou sous-locataire.

L'expression « période d'hébergement minimale » introduit dans le libellé de l'article 1029.8.61.64 L.I. et dans les définitions prévues à l'article 1029.8.61.61 L.I. renvoie cette expression non seulement à un concept de temps déterminé et consécutif dans l'année ou l'année précédente, mais également au statut d'hébergé de cette personne comme mode d'occupation de l'établissement domestique autonome. L'expression « héberger » qui n'a pas été définie dans la loi doit recevoir son sens commun qui, selon le dictionnaire *Le Robert*[46], signifie « loger (qqn) chez soi, généralement à titre provisoire ».

Il relève du sens commun qu'une personne qui, par exemple, est copropriétaire ou colocataire avec un autre particulier d'un établissement domestique autonome dans lequel ils habitent ne peut héberger dans ce même établissement domestique autonome son copropriétaire ou son colocataire.

Par conséquent, dans la situation décrite ci-dessus, aucun des particuliers n'est admissible au crédit pour aidants naturels d'une personne majeure.

27. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENT PAYÉS PAR UNE FIDUCIE

Depuis le Budget du Québec du 30 mars 2004, la déductibilité des frais de placement pour un particulier relativement à une année d'imposition est limitée à son revenu de placement réalisé au cours de cette année d'imposition. Dans le *Bulletin d'information* 2005-3[47] du ministère des Finances, ce dernier annonçait des modifications concernant la définition de « revenu de placement » que nous retrouvons maintenant à l'article 336.5 L.I. L'expression « revenu de placement » a d'abord été modifiée pour y inclure les gains en capital imposables nets réalisés par une fiducie qui ne sont pas admissibles à l'exemption pour gain en capital et qui sont attribués à un ou plusieurs bénéficiaires. Deuxièmement, la notion de revenu de placement a été modifiée pour y inclure les gains en capital imposables nets qui sont admissibles à l'exemption pour gain en capital mais qui excèdent le

---

46 *Le Petit Robert 1*, Paris, Les dictionnaires Le Robert, 2003.

47 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2005-3, « Modifications à la limite d'émission imposée à Capital régional et coopératif Desjardins et à celle relative à la déductibilité des frais de placement », 11 mars 2005.

seuil de 750 000 $ (en présumant que la modification soit sanctionnée). Notons que cette dernière modification ne concerne que les particuliers qui ne sont pas des fiducies, puisque l'article 726.7 L.I. exclut expressément les fiducies de la déduction pour gain en capital. Cette deuxième modification donne un résultat injuste pour les bénéficiaires d'une fiducie qui réalisent des gains en capital imposables nets admissibles à l'exemption pour gain en capital par rapport à un particulier qui réaliserait directement le même gain. Comparons les deux exemples suivants :

1) M. X, un particulier qui n'a jamais utilisé son exemption pour gain en capital, réalise un gain en capital de 1,25 M$ (625 000 $ imposables) admissible en totalité à l'exemption pour gain en capital, et engage dans la même année d'imposition 100 000 $ de frais de placement. M. X demande l'exemption pour gain en capital sur le montant maximum prévu de 375 000 $ de gain en capital imposable et s'impose sur les 250 000 $ qui excèdent ce seuil. Selon la définition de revenu de placement à l'article 336.5 L.I., ce dernier réalise alors 250 000 $ de revenu de placement au cours de l'année d'imposition, et il peut déduire 100 000 $ de frais de placement dans cette même année. L'inclusion au revenu imposable de M. X est donc de 150 000 $.

2) M. X, un particulier qui n'a jamais utilisé son exemption pour gain en capital, est bénéficiaire d'une fiducie qui réalise au cours de l'année d'imposition un gain en capital de 1,25 M$ (625 000 $ imposables) admissible en totalité à l'exemption pour gain en capital. La fiducie engage aussi 100 000 $ de frais de placement dans cette même année. La fiducie attribue son revenu net à M. X, soit 525 000 $ de gain en capital imposable admissible à l'exemption pour gain en capital. Ce dernier ne pourra demander l'exemption pour gain en capital que sur un maximum de 375 000 $ et s'imposera sur 150 000 $. La fiducie n'aura aucun revenu de placement pour l'année, puisque les gains en capital admissibles à l'exemption pour gain en capital qui excèdent le seuil de 750 000 $ ne s'appliquent pas à une fiducie, selon la définition de revenu de placement à l'article 336.5 L.I. En conséquence, la fiducie ne pourra déduire dans l'année les frais de placement et devra s'imposer dans l'année sur un revenu de 100 000 $. En considérant à la fois la fiducie et le particulier, le revenu imposable total de l'année est de 250 000 $.

Nous pouvons remarquer dans les deux exemples illustrés ci-dessus que nous arrivons à un résultat injuste entre un individu et une fiducie qui réalise un gain en capital admissible à l'exemption pour gain en capital, et qui engage des frais de placement au cours d'une même année d'imposition.

Le ministère des Finances a-t-il l'intention de modifier la définition de revenu de placement que l'on trouve à l'article 336.5 L.I., pour inclure à la notion de revenu de placement la partie imposable des gains en capital admissibles à l'exemption pour gain en capital réalisés par une fiducie qui excèdent le seuil de 750 000 $ de chacun de ses bénéficiaires?

Réponse

Tout d'abord, selon les modalités actuelles, la portion imposable du gain en capital admissible à l'exemption qui excède le seuil de 750 000 $ (ou 500 000 $ selon le cas) constitue un revenu de placement seulement pour une personne physique, compte tenu du fait que, de façon générale, cette limite n'intervient pas dans le calcul des gains en capital imposables d'une fiducie qui donnent droit à une déduction. En effet, le seul cas où une telle limite peut intervenir est celui d'une fiducie au bénéfice du conjoint. La fiducie peut ainsi demander, pour une année d'imposition, l'exemption pour gains en capital lorsque le conjoint bénéficiaire est décédé au cours de cette année. Dans ce cas, seule la partie de l'exemption non utilisée par le conjoint bénéficiaire peut alors être demandée par la fiducie.

Par ailleurs, la modification proposée impliquerait que la fiducie est en mesure de déterminer le moment où chaque bénéficiaire atteint le seuil d'exemption, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Ainsi, le fait qu'un gain en capital admissible excède le seuil d'exemption ne signifie pas que le bénéficiaire pourra exempter le gain en capital jusqu'à concurrence de ce montant, compte tenu du fait que la détermination de l'exemption n'est établie qu'après avoir considéré plusieurs éléments. À titre d'exemple, un particulier réalisant un gain en capital admissible à l'exemption de 800 000 $ ne pourra exempter la totalité de ce gain s'il subit, dans la même année, une perte à l'égard d'un placement dans une entreprise de 100 000 $.

En effet, l'exemption accordée serait alors de 300 000 $, soit la portion imposable du gain en capital qui excède la perte à l'égard d'un placement dans une entreprise. Aussi, étant donné que le seuil de 375 000 $ n'a pas été atteint, aucune portion du gain en capital imposable ne peut être considérée comme un revenu de placement pour l'application de la limite relative à la déductibilité des frais de placement.

De plus, il n'est pas assuré que la fiducie sera en mesure d'obtenir l'information directement des bénéficiaires, compte tenu du fait que l'obtention d'une telle information implique la transmission de renseignements personnels.

Enfin, il faut rappeler que les frais de placement qui ne peuvent être déduits dans une année d'imposition donnée peuvent être reportés à l'encontre des revenus de placement gagnés dans une des trois années d'imposition précédentes ou dans toute autre année d'imposition subséquente, dans la mesure où les revenus de placement gagnés dans l'une ou l'autre de ces années sont supérieurs aux frais qui ont alors été déduits. La fiducie pourra donc éventuellement déduire ses frais de placement.

Dans ce contexte, aucune modification n'est actuellement envisagée par le ministère des Finances aux modalités d'application de la limite relative à la déductibilité des frais de placement.

28. RETENUES D'IMPÔT SUR UN AVANTAGE IMPOSABLE RÉSULTANT D'UNE OPTION D'ACHAT D'ACTION

Lorsqu'un avantage imposable découle d'options d'achat d'actions, l'employeur est tenu d'effectuer une retenue d'impôt en vertu de l'article 1015 L.I.

En calculant le montant de la retenue d'impôt, est-ce que l'avantage imposable doit être réduit par la déduction pour options d'achat d'actions lorsque les conditions énoncées à l'article 725.2 L.I. sont remplies?

En d'autres termes, la retenue d'impôt doit-elle être effectuée sur l'avantage imposable brut ou net?

Par ailleurs, aux fins des retenues et cotisations d'employeurs à la Régie des rentes du Québec et au Fonds des services de santé (ci-après « FSS »), celles-ci doivent-elles être effectuées sur l'avantage brut ou net?

Réponse

Lorsqu'un avantage découlant d'une option d'achat de titres est assujetti à la retenue d'impôt, le montant de l'avantage ne peut, aux fins de calculer la retenue d'impôt, être diminué du montant que l'employé peut, le cas échéant, déduire dans le calcul de son revenu imposable en vertu de l'article 725.2 L.I., compte tenu du fait que les dispositions applicables au calcul de la « rémunération » assujettie à la retenue d'impôt, notamment les articles 1015R1 et 1015R2.1 R.I., ne contiennent aucun renvoi à la déduction prévue à l'article 725.2 L.I.

De même, lorsqu'un avantage découlant d'une option d'achat de titres est assujetti aux cotisations de l'employé et de l'employeur au RRQ et aux

cotisations de l'employeur au FSS, le montant de l'avantage ne peut être diminué de la déduction accordée à l'employé en vertu de l'article 725.2 L.I., et ce, en raison du fait que la définition de l'expression « salarié » prévue, selon le cas, au deuxième alinéa de l'article 50 de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[48] ou à l'article 33 de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[49], ne permet pas de tenir compte de la déduction prévue à l'article 725.2 L.I.

29. IMPOSITION DES COOPÉRATIVES

La société A est constituée en vertu de la *Loi sur les coopératives*[50]. La société est une SPCC au sens de l'article 21.19 L.I. En admettant que la société n'est pas associée à aucune autre société au cours de son année d'imposition terminée le 31 décembre 2007 et que son CV pour son année d'imposition précédente est inférieur à 10 M$, nous aimerions valider le taux d'imposition applicable à chacun des revenus suivants :

A) Revenu d'entreprise exploitée activement (ci-après « REEA ») inférieur à 400 000 $

Nous comprenons que la société a droit à la réduction du taux général de 6,35 % prévue à l'article 771.0.2.3 L.I., ainsi qu'à la déduction pour petite entreprise de 1,9 % prévue à l'article 771.0.2.4 L.I. et que le taux d'imposition est de 8 %.

B) REEA supérieur à 400 000 $

Nous comprenons que la société a droit à la réduction du taux général de 6,35 % prévue à l'article 771.0.2.3 L.I. et que le taux d'imposition est de 9,9 %.

C) Revenu de dividende d'une société canadienne imposable

Nous comprenons que le dividende est déductible du revenu imposable en vertu de l'article 738 L.I. Par conséquent, le taux d'imposition sur un dividende reçu d'une société canadienne imposable est de 0 %.

---

48 L.R.Q., c. R-9 et mod. (ci-après « L.R.R.Q. »).

49 L.R.Q., c. R-5.

50 L.R.Q., c. C-67.2.

D) Revenus de biens (intérêts)

Nous comprenons que la société n'a pas droit à la déduction pour petite entreprise et que le taux d'imposition sur du revenu d'intérêt gagné par la société coopérative pour la période du 1er janvier 2007 au 20 février 2007 est de 16,25 % et qu'il est de 9,9 % pour la période du 21 février 2007 au 31 décembre 2007.

Réponse

Lorsqu'une société est constituée en vertu de la *Loi sur les coopératives* et qu'elle est une SPCC, les taux d'imposition applicables sont les mêmes que ceux applicables pour toute SPCC.

Ainsi, à l'égard de l'année civile 2007, les taux d'imposition[51] sont les suivants :

Revenu provenant d'une entreprise admissible		9,9 %
Revenu provenant d'une entreprise admissible exploitée au Canada admissible à la déduction pour petite entreprise		8,0 %
Revenu provenant de biens ou d'une entreprise de placement désignée :		
du 1er janvier au 20 février	16,25 %	
du 21 février au 31 décembre	9,9 %	
pour un taux pondéré à l'égard d'une année d'imposition qui correspondrait à l'année civile 2007 d'environ		10,79 %

[51] Voir les articles 771, 771.0.2.3 et 771.0.2.4 L.I.; voir aussi QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2007-3, « Déclaration ministérielle concernant la politique budgétaire 2007-2008 du gouvernement », 1er juin 2007. Dans ce bulletin, le ministère des Finances a par ailleurs annoncé que le taux d'imposition applicable aux institutions financières et aux sociétés de raffinage de pétrole est haussé de 9,9 % à 11,9 % à compter du 1er juin 2007.

30. FRAIS DE PLACEMENT ET REVENUS DE PLACEMENT

Depuis le Budget 2004-2005[52] du gouvernement du Québec, la *Loi sur les impôts* comporte des mesures visant à limiter la déductibilité des frais de placement engagés par un particulier ou une fiducie au montant du revenu de placement réalisé durant l'année. Cette limitation de la déductibilité des frais de placement s'applique aux frais engagés pour tirer un revenu d'un bien, autre qu'un revenu de location.

Auparavant, un particulier pouvait déduire, sous certaines conditions, les dépenses engagées au cours d'une année d'imposition pour gagner un revenu provenant d'une entreprise ou de biens.

Pour un investisseur, l'acquisition de placements répond à un double objectif, soit celui de produire un revenu de biens et de réaliser éventuellement un gain en capital. Par conséquent, les dépenses engagées pour gagner un revenu de biens peuvent être reliées non seulement à la réalisation d'un tel revenu, mais également à la réalisation éventuelle d'un gain en capital.

D'autre part, les revenus de placement sont souvent réalisés sur une base très irrégulière, de telle sorte que, pour une année d'imposition donnée, de tels revenus pourront être inférieurs aux dépenses qui ont été engagées pour gagner ces revenus. À l'époque où la déductibilité de ces dépenses n'était pas limitée aux revenus de placement générés, le particulier qui, au cours d'une année d'imposition, avait engagé des dépenses supérieures aux revenus qui avaient été générés pouvait ainsi les réduire de ses revenus d'autres provenances, comme le revenu d'emploi et le revenu provenant d'une entreprise, d'un tel excédent. Par ailleurs, le gain en capital n'était pas considéré comme un revenu.

Ledit budget a rétabli une certaine symétrie entre le flux des revenus provenant de la détention de placements et les dépenses engagées pour gagner de tels revenus, la déductibilité de telles dépenses engagées par un particulier ou une fiducie (ci-après « frais de placement ») est dorénavant limitée aux revenus provenant de tels placements (ci-après « revenus de placement »), qui seraient réalisés au cours d'une année d'imposition.

---

[52] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 30 mars 2004.

Maintenant les revenus de placement considérés dans le calcul de la limite de la déductibilité des frais de placement sont tous les revenus de biens et comprendront notamment les revenus de placement qui dorénavant incluront **les gains en capital imposables non admissibles à l'exemption sur les gains en capital imposables** alors qu'auparavant ceux-ci n'étaient pas considérés comme revenus de placement.

Nous vous demandons de commenter les exemples suivants :

Exemple 1

Un particulier contracte un prêt aux fins d'investissement de 50 000 $. Ses frais de placement (intérêts) s'élèvent à 3 000 $. Son investissement lui rapporte un revenu de placement, soit un intérêt de 2 500 $. Ce particulier pourrait ainsi déduire 2 500 $ et pourrait reporter les frais de 500 $ non déduits.

Exemple 2

Même situation, sauf qu'ici le particulier reçoit d'une autre source de revenus de placement, soit un gain en capital de 1 000 $. Dans ce cas-ci, le revenu d'intérêt de 2 500 $ et le gain en capital de 1 000 $ (gain en capital imposable de 500 $) permettent de déduire la totalité des frais de placement.

Exemple 3

Un particulier contracte un prêt aux fins d'investissement de 50 000 $. Ses frais de placement (intérêts) s'élèvent à 3 000 $. Il fait l'acquisition d'unités de fonds communs. En fin d'année, il reçoit un Relevé 3, qui rapporte un gain en capital de 6 000 $. Le gain en capital imposable étant considéré maintenant comme un revenu de placement, les frais d'intérêt pourront alors être déduits en entier.

Exemple 4

Un particulier contracte un prêt aux fins d'investissement de 50 000 $. Ses frais de placement (intérêts) s'élèvent à 3 000 $. Il fait l'acquisition d'unités de fonds communs.

Cependant, en fin d'année aucune distribution n'est faite. Toutefois, la valeur marchande de son placement initial est maintenant de 60 000 $. Son créancier lui permet de disposer d'une portion de ce placement afin de réaliser un gain qui lui permettra notamment d'acquitter ses intérêts. Ayant

effectué cette transaction, il réalise un gain en capital de 6 000 $ (gain en capital imposable de 3 000 $), ce qui lui permet de déduire ses frais de placement.

Dans la mesure où les ratios financiers sont respectés et que l'objet du prêt demeure lié au portefeuille de placement, relativement aux exemples 3 et 4, pouvez-vous confirmer que le traitement fiscal sera analogue et que la déductibilité pour le prochain exercice sera semblable, dans la mesure où les ratios financiers seront respectés?

Puisque le gain en capital imposable est dorénavant assimilé à un revenu de placement, est-il juste de croire que l'encaissement de plus-value n'influera pas sur la déductibilité des frais d'intérêts dans l'avenir?

Réponse

Tout d'abord, nous tenons à préciser que les dispositions législatives relatives à la mesure décrite dans la question se retrouvent principalement aux articles 313.10 (Rajustement à l'égard de frais de placement), 336.6 (Report de la partie inutilisée des frais de placement totaux) et 737.0.1 L.I. (Inclusion dans le calcul du revenu imposable de l'excédent des frais de placement).

De plus, il y a lieu de rappeler qu'avant d'appliquer les règles sur la limitation des frais de placement les intérêts doivent satisfaire aux conditions prévues à l'article 160 L.I. pour se qualifier à titre de dépense d'intérêts.

Exemple 1

Nous sommes d'accord avec le résultat avancé plus haut. Ainsi, un montant non déduit par un particulier pour une année d'imposition, en raison du nouveau mécanisme de limitation de la déductibilité des frais de placement, peut être reporté en déduction dans le calcul de son revenu pour l'une des trois années d'imposition précédentes ou pour toute année d'imposition subséquente, et ce, jusqu'à concurrence de l'excédent de son revenu de placement pour l'année du report sur ses frais de placement totaux relativement à cette année.

Exemple 2

Dans la mesure où le gain en capital n'est pas admissible à l'exemption sur les gains en capital[53], nous sommes d'avis que la totalité des frais de placement sont déductibles.

Exemples 3 et 4

Effectivement, depuis le 30 mars 2004, le gain en capital imposable provenant d'un fonds commun constitue un revenu de placement[54]. Toutefois, il n'est pas juste de croire que l'encaissement de plus-value n'agit pas sur la déductibilité des frais d'intérêt. Dans la situation présentée, les frais de placement pourraient être entièrement déduits s'il pouvait être établi un lien entre l'argent emprunté et son utilisation actuelle. À l'égard de la situation présentée dans l'exemple 3, si l'on considère que l'attribution d'un gain en capital par le fonds commun n'entraîne pas d'aliénation pour le particulier d'unités de fonds communs, la totalité des intérêts demeure déductible, car l'emprunt est toujours utilisé pour gagner un revenu de biens. Toutefois, dans le cas présenté à l'exemple 4, si la portion du placement aliénée (encaissement de plus-value) n'est pas réinvestie à une fin admissible, la partie afférente de l'emprunt se rapportant à cette portion aliénée ne serait plus considérée comme utilisée dans un but de gagner un revenu de biens[55]. En conséquence, les intérêts afférents à cette partie d'emprunt ne seraient plus déductibles. Toutefois, si la portion du placement aliénée est réinvestie à une fin admissible, les intérêts continueraient d'être déductibles en totalité après l'aliénation de la portion du placement initial.

---

53 Voir la définition de l'expression « revenu de placement » prévue à l'article 336.5 L.I.

54 *Id*.

55 À cet effet, les décisions de la Cour suprême du Canada (*Bronfman Trust* c. *La Reine*, 1987 D.T.C. 5059 (C.S.C.); *Shell Canada Ltée* c. *La Reine*, 1999 D.T.C. 5669 (C.S.C.)) montrent clairement que l'utilisation pertinente est l'utilisation actuelle et non pas l'utilisation initiale de l'argent emprunté dans le cas où il y a eu un changement dans l'utilisation des fonds empruntés. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, ainsi que « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit*., note 29, question 1.1, à la page 49:11.

31. SUCCESSION D'EMPLOYEURS – RRQ

Selon le *Bulletin d'interprétation* RRQ. 52-1/R3[56], lorsqu'un employeur succède immédiatement à un autre employeur par suite notamment de la formation d'une personne morale, sans qu'il y ait interruption des services fournis par un salarié, le nouvel employeur peut tenir compte des montants déjà déduits par l'employeur précédent à titre de cotisation de salariés et de ceux déjà payés par ce dernier à titre de cotisation d'employeur depuis le début de l'année. Comme l'indique le *Bulletin d'interprétation*, ces règles reposent sur les dispositions de l'article 50.0.1 L.R.R.Q.

Or, l'article 50.0.1 L.R.R.Q. a, dans un premier temps, été modifié par le Projet de loi 70[57] et, dans un deuxième temps, abrogé par le Projet de loi 41[58].

Par conséquent, quelles sont maintenant les règles applicables sur le plan des cotisations au RRQ lorsqu'un employeur succède à un autre employeur dans les circonstances auparavant décrites à l'article 50.0.1 L.R.R.Q.?

Réponse

Les règles applicables dans la situation où un employeur succède immédiatement à un autre employeur par suite notamment de la formation ou de la dissolution d'une personne morale, sans qu'il y ait interruption des services fournis par un salarié, sont à présent prévues au deuxième alinéa de l'article 8 du *Règlement sur les cotisations au régime de rentes du Québec*[59].

Ces règles ont effet depuis le 1er janvier 2004 et font en sorte que le nouvel employeur doive, pour établir le montant des cotisations de salariés qu'il doit déduire et le montant des cotisations d'employeur qu'il doit payer pour l'année, tenir compte des cotisations de salariés déjà déduites par l'employeur précédent depuis le début de l'année, jusqu'à concurrence du montant payé par ce dernier pour l'année à titre de cotisation d'employeur à l'égard de ces salariés.

---

56 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* RRQ. 52-1/R3, « Fusion de sociétés », 30 avril 2002.

57 2005, c. 1.

58 Précité, note 26.

59 RRQ, 1981, c. R-9, r.2 (ci-après « R.C.R.R.Q. »).

Ainsi, dans le cas où l'employeur précédent n'a pas payé ses cotisations d'employeur, le nouvel employeur ne peut tenir compte des cotisations de salariés déduites par l'employeur précédent. Par contre, si l'employeur précédent a payé toutes ses cotisations d'employeur, le nouvel employeur doit tenir compte des montants déjà déduits à titre de cotisation de salariés et de ceux déjà payés à titre de cotisation d'employeur par l'employeur précédent.

Par ailleurs, dans le cas de fusions de sociétés, lorsque la société issue de la fusion ne constitue pas un nouvel employeur en vertu du droit des sociétés, les règles énoncées au *Bulletin d'interprétation* RRQ. 52-1/R3[60] demeurent inchangées. Cependant, lorsqu'une société issue de la fusion constitue un nouvel employeur en vertu du droit des sociétés, les règles relatives aux successions d'employeur énoncées ci-dessus s'appliqueront si les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 8 R.C.R.R.Q. sont respectées.

Le *Bulletin d'interprétation* RRQ. 52-1/R3 sera prochainement mis à jour pour tenir compte des modifications législatives et réglementaires qui ont été apportées aux règles relatives aux successions d'employeurs.

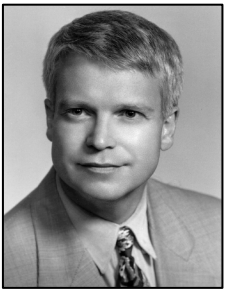
---

[60] REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 56.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE



Coordonnateur
Marcel Lemay
Associé, FCA
Hardy Normand &
Associés s.e.n.c. CA



Gaétan Bisson
Associé délégué, CA,
M. Fisc.
Samson Bélair/
Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.



Luc Pariseau
Associé, avocat,
M. Fisc.
Lavery, de Billy
s.e.n.c.r.l. Avocats



Maurice Bisson
CGA
Agence du revenu
du Canada



Alain Godin
Agence du revenu
du Canada



Marie-Claude Hébert
Avocate
Ministère des Finances
du Canada

TABLE DES MATIÈRES

I. **DIVIDENDE DÉTERMINÉ ET CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL** 50:5

1. **CALCUL DE LA MAJORATION DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL IMPLIQUANT UN DIVIDENDE INTERSOCIÉTÉS – ALINÉA 89(7)C) L.I.R.** 50:5

2. **REPORT DE PERTE AUX FINS DU CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL ET MÉCANISME « DES CONSÉQUENCES FISCALES FUTURES DÉTERMINÉES »** 50:8

3. **PRÉCISIONS SUR L'UTILISATION DES FORMULAIRES PRESCRITS – ANNEXES 53, 54 ET 55 DE LA DÉCLARATION T2** 50:10

4. **MÉCANISME VISANT À DIRIGER UN DIVIDENDE DÉTERMINÉ VERS UN ACTIONNAIRE OU UN GROUPE D'ACTIONNAIRES** 50:12

5. **CHOIX D'AVOIR UN DIVIDENDE DÉTERMINÉ SUR UNE PORTION D'UN DIVIDENDE** 50:13

6. **MISE EN RELIEF DE QUELQUES DIFFICULTÉS DES RÈGLES** 50:13

II. **FISCALITÉ TRANSACTIONNELLE ET STRUCTURES** 50:15

7. **CALCUL DU REVENU GAGNÉ AUX FINS DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. À LA SUITE DE L'ARRÊT *LA REINE* C. *KRUCO INC.*** 50:15

8. **ROULEMENT DE L'ARTICLE 85.1 L.I.R. ET CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ EN MAIN** 50:20

9. **TRANSACTION ENTRE FRÈRES ET SŒURS – ARTICLE 84.1 ET PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.** 50:23

10. **DISPOSITION PARTIELLE D'ACTIONS – APPLICATION DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R.** 50:25

11. **CONJOINT BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE – MÉTHODES PRISES AFIN D'ÉVITER L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.** 50:29

12. **ATTRIBUTION CORPORATIVE DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R. – POLITIQUE FISCALE** 50:32

13. SOUSCRIPTION D'ACTIONS PAR UNE FIDUCIE SUIVIE DU VERSEMENT DE DIVIDENDES ET DE L'ACHAT DE GRÉ À GRÉ DES ACTIONS – PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. 50:33

14. STRUCTURE CORPORATIVE DÉTENUE PAR UNE FIDUCIE FAMILIALE 50:34

15. POSITION ADMINISTRATIVE AUX FINS DES OPTIONS ET DROITS DU PARAGRAPHE 256(1.4) L.I.R. 50:41

16. DÉCISION *CHARTIER* C. *CANADA* ET PRÉSERVATION DU STATUT D'ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE EN VERTU DE L'ALINÉA 110.6(14)b) L.I.R. 50:43

17. SENS DE « RÉORGANISATION » AU PARAGRAPHE 84(2) L.I.R. 50:45

18. CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL LORS D'UNE VENTE D'ACHALANDAGE 50:46

19. IMPÔT DE LA PARTIE VI.1 L.I.R. – DIVIDENDE RÉPUTÉ EXCLU 50:48

20. PRISE EN COMPTE DE L'IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES DANS LE CADRE D'UN GEL 50:49

21. MODALITÉS D'APPLICATION D'UNE CLAUSE DE RAJUSTEMENT DE PRIX 50:51

22. CLAUSES RESTRICTIVES – DÉFINITION DE « SOCIÉTÉ ADMISSIBLE » AU PARAGRAPHE 56.4(1) L.I.R. PROPOSÉ 50:52

23. MAJORATION DU COÛT FISCAL D'IMMOBILISATIONS À LA SUITE D'UNE LIQUIDATION – ALINÉAS 88(1)c) ET d) L.I.R. 50:54

III. CALCUL DU REVENU, DE L'IMPÔT ET DES CRÉDITS 50:60

24. AVANTAGE IMPOSABLE SUR OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS À LA SUITE D'UN EFFONDREMENT DE LA VALEUR DE L'ACTION 50:60

25. CONCILIATION DE CERTAINES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES TRAITANT DE DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 50:62

26. CLASSIFICATION DE BIENS AMORTISSABLES – ÉQUIPEMENT DE BUREAUTIQUE 50:66

27. TRAITEMENT FISCAL APPLICABLE À UN SYSTÈME DE NAVIGATION AUTOMOBILE UTILISÉ À DES FINS D'AFFAIRES (GPS) 50:72

28. TAUX D'IMPOSITION DES COOPÉRATIVES 50:76

29. NON-RÉDUCTION DES DÉPENSES DE RS & DE À L'ÉGARD DES CRÉDITS D'IMPÔT RELATIFS AUX DÉPENSES DE MAIN-D'ŒUVRE D'UN CENTRE DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE ET D'UN CENTRE MULTIMÉDIAS DU QUÉBEC 50:78

30. FIDUCIE POUR L'ENVIRONNEMENT 50:79

31. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS 50:80

32. IMPOSITION DE PÉNALITÉS PAR L'ARC À L'ÉGARD DE FORMULAIRES NON PRODUITS 50:84

33. COMPENSATION DES INTÉRÊTS SUR LES PAIEMENTS D'IMPÔT EXCÉDENTAIRES OU INSUFFISANTS DE PARTICULIERS 50:86

IV. GESTION FISCALE 50:88

34. DATE D'ÉCHÉANCE DE LA PRODUCTION DES FEUILLETS T3 ET T5013 ..... 50:88

35. FINS D'ANNÉE SUCCESSIVES 50:89

36. PROCESSUS DE DEMANDE D'INTERPRÉTATION TECHNIQUE À L'ARC 50:90

37. DILIGENCE DANS L'ÉTABLISSEMENT D'UNE COTISATION – PARAGRAPHE 152(1) L.I.R. 50:91

V. FISCALITÉ TRANSFRONTALIÈRE 50:92

38. PRÊT PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE 50:92

39. RETENUES D'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R. 50:93

40. PRÊT D'UNE FILIALE CANADIENNE À UNE SOCIÉTÉ MÈRE ÉTRANGÈRE 50:95

41. STATUT DE DIVERS PROJETS À L'ÉGARD DU RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE DU MINISTÈRE DES FINANCES 50:96

I. DIVIDENDE DÉTERMINÉ ET CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL

1. CALCUL DE LA MAJORATION DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL IMPLIQUANT UN DIVIDENDE INTERSOCIÉTÉS – ALINÉA 89(7)c) L.I.R.

Mise en situation

En vertu du paragraphe 89(7) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], les sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») peuvent majorer leur compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG ») d'un montant relatif au « revenu imposable au taux complet », au sens prévu au paragraphe 123.4(1) L.I.R., pour les années d'imposition s'étant terminées après 2000 et avant 2006, tel qu'il est présenté de façon succincte ci-dessous :

+ 63 % du revenu imposable à taux complet pour les années 2001 à 2005

+ total des dividendes déductibles au paragraphe 112(1) L.I.R. reçus d'une société rattachée pour les années 2001 à 2005

- dividendes imposables versés de 2001 à 2005

Essentiellement, on doit comprendre que si une société a été imposée au taux général dans les années 2001 à 2005, elle pourra avoir un CRTG de 63 % du revenu imposable. Par contre, si des dividendes ont été payés, la majoration du CRTG sera réduite d'autant. De plus, le texte de loi sanctionné a introduit un ajout afin de pouvoir inclure les dividendes reçus de « sociétés rattachées », au sens prévu au paragraphe 186(4) L.I.R., qui répondent à certaines conditions. Plus spécifiquement, l'alinéa 89(7)c) L.I.R. se lit comme suit :

> « […] le total des sommes dont chacune était déductible en application du paragraphe 112(1) dans le calcul de son revenu imposable pour une de ses années d'imposition s'étant terminée après 2000 et avant 2006 et se rapporte à un dividende qu'elle a reçu d'une société (appelée "société payeuse" au présent alinéa) qui lui était rattachée (au sens du paragraphe 186(4)) au moment du versement du dividende, dans la mesure où il est raisonnable de considérer, compte tenu des circonstances (notamment la réception par d'autres actionnaires de dividendes de la société payeuse), que le dividende était attribuable à une somme qui est visée au présent alinéa ou aux alinéas a) ou b)

[1] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

relativement à la société payeuse, ou le serait si le présent paragraphe s'appliquait à cette société; […]. » (Notre soulignement)

Faits relatifs à un dividende versé par une filiale à sa société mère

Considérons la situation décrite ci-après.

Société mère détient 100 % des actions de Filiale à tout moment pertinent. Les deux sociétés sont des sociétés canadiennes imposables et ont toutes deux le 31 décembre comme fin d'année d'imposition. Filiale a eu un « revenu imposable au taux complet », au sens prévu au paragraphe 123.4(1) L.I.R., de 100 800 $ durant chaque année de cette période. Au cours de l'année 2002, Société mère a reçu un dividende de 400 000 $ de Filiale déductible en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. et n'a reçu aucun autre revenu entre 2001 et 2005.

Calcul de la majoration du CRTG de Filiale en vertu du paragraphe 89(7) L.I.R.

Nous comprenons que le calcul de la majoration du CRTG de Filiale en vertu du paragraphe 89(7) L.I.R. est de 104 000 $ calculé comme suit :

	2001	2002	2003	2004	2005	Total
RITC* × 63 %	100 800 $	100 800 $	100 800 $	100 800 $	100 800 $	504 000 $
Dividende reçu	-	-	-	-	-	-
Dividende versé	-	(400 000 $)	-	-	-	(400 000 $)
Total						104 000 $

* RITC : « revenu imposable au taux complet », au sens prévu au paragraphe 123.4(1) L.I.R.

Nous comprenons que si Filiale n'avait pas versé le dividende de 400 000 $ en 2002, la majoration du CRTG de Filiale, en vertu du paragraphe 89(7) L.I.R., aurait été de 504 000 $.

Calcul de la majoration du CRTG de Société mère en vertu du paragraphe 89(7) L.I.R.

Puisque Société mère a reçu un dividende d'une société qui lui était rattachée, qui était déductible de son revenu imposable en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R., elle pourrait majorer son CRTG, en vertu du paragraphe 89(7) L.I.R., « dans la mesure où il est raisonnable de considérer que […] » le dividende a trait à une majoration du CRTG de la société payeuse, en vertu du paragraphe 89(7) L.I.R.

À cet égard, compte tenu du fait que la majoration s'applique à l'égard de la période de 2001 à 2005 et non pas à un calcul année par année, nous comprenons qu'il est raisonnable de considérer que le CRTG de Filiale avant paiement du dividende est de 504 000 $ et que le dividende payé de 400 000 $ peut donc être considéré provenir de la majoration de Filiale, prévue au paragraphe 89(7) L.I.R. La position nous semble également raisonnable du fait que la majoration de Filiale a été réduite du dividende payé de 400 000 $.

a) L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») peut-elle confirmer le calcul et le raisonnement ci-dessus?

b) L'ARC peut-elle nous indiquer comment elle interprète ceci :

> « […] dans la mesure où il est raisonnable de considérer, compte tenu des circonstances (notamment la réception par d'autres actionnaires de dividendes de la société payeuse), que le dividende était attribuable à une somme qui est visée au présent alinéa ou aux alinéas *a*) ou *b*) relativement à la société payeuse, ou le serait si le présent paragraphe s'appliquait à cette société dans la mesure où il est raisonnable de considérer que […] »?

c) L'ARC peut-elle nous indiquer si nous devons tenir compte des dividendes cumulatifs ou des dividendes attribuables comme dans le cas d'un calcul de revenu gagné aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'accord à propos de vos calculs à l'égard de la majoration du CRTG, prévue au paragraphe 89(7) L.I.R., pour Société mère et Filiale dans la situation donnée.

Nous partageons également votre point de vue quant à l'interprétation de l'alinéa 89(7)c) L.I.R. et son application dans la situation donnée.

2. REPORT DE PERTE AUX FINS DU CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL ET MÉCANISME « DES CONSÉQUENCES FISCALES FUTURES DÉTERMINÉES »

Nous comprenons que l'interaction du calcul du CRTG et de sa majoration avec les reports de perte porte à confusion, il nous semble donc opportun d'en résumer les grandes lignes.

Dans le calcul du CRTG d'une année donnée ou du sous-calcul annuel de la majoration du compte CRTG pour les années 2001 à 2005, le « revenu imposable » ne peut être inférieur à 0 $. Ainsi, un report prospectif de perte est seulement pris en compte dans le calcul du CRTG ou de la majoration du CRTG dans l'année où on fait le choix de l'utiliser.

Afin de ne pas venir réduire rétroactivement le compte de CRTG, les reports rétrospectifs de perte sont seulement pris en compte ultérieurement par le mécanisme « des conséquences fiscales futures déterminées » (tel qu'il est indiqué à la section 2 de l'Annexe 53); ce mode de fonctionnement permet de ne pas venir disqualifier un dividende déterminé lorsqu'un report rétrospectif de perte est effectué.

Compte tenu du fait que le mécanisme de prise en compte « des conséquences fiscales futures déterminées » s'applique aux trois années antérieures à compter de l'année d'imposition 2006, les reports rétrospectifs de perte peuvent donner lieu à un rajustement négatif à l'égard d'un report rétrospectif de perte aux années d'imposition 2005, 2004 et 2003. Ainsi, tout report rétrospectif aux années 2002 et 2001 ne donne pas lieu à une réduction du CRTG.

a) L'ARC peut-elle confirmer notre compréhension de l'interaction du calcul du CRTG et de sa majoration avec les reports de perte?

b) L'ARC peut-elle préciser si le mécanisme « des conséquences fiscales futures déterminées » doit tenir compte des reports rétrospectifs de perte effectués aux années d'imposition précédant 2006?

c) Autres que les reports rétrospectifs de perte, l'ARC peut-elle nous indiquer quels sont les éléments qui devront être pris en compte à titre de « conséquences fiscales futures déterminées »?

Réponse de l'ARC

Pour ce qui se rapporte au paragraphe a), il faut d'abord souligner que la notion de « revenu imposable » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Cette définition édicte que le revenu imposable est le revenu visé au paragraphe 2(2) L.I.R. et qu'il ne peut en aucun cas être négatif.

Lorsqu'une société effectue le report prospectif d'une perte dans une année d'imposition donnée, le montant de cette perte est effectivement déduit dans le calcul du revenu imposable du contribuable pour l'année d'imposition donnée en vertu du paragraphe 111(1) L.I.R. C'est ce revenu imposable, réduit du montant de la perte reportée, qui sera généralement pris en compte pour l'année d'imposition donnée relativement à l'élément D de la définition du CRTG prévue au paragraphe 89(1) L.I.R. Le même principe s'applique en ce qui a trait à la majoration du CRTG pour l'année 2006 prévue au paragraphe 89(7) L.I.R. puisque les alinéas a) et b) de l'élément A de cette disposition législative font référence à la notion de « revenu imposable au taux complet » au sens du paragraphe 123.4(1) L.I.R. qui est elle-même à la base et malgré certains rajustements, fondée sur la notion de revenu imposable. En conséquence, dans un contexte de report prospectif de perte, c'est le revenu imposable de la société dans l'année du report, réduit du montant de la perte reportée, qui sera généralement pris en compte en ce qui a trait à la majoration du CRTG pour l'année 2006 prévue au paragraphe 89(7) L.I.R.

Ainsi et de manière générale, lorsqu'une société effectue un report prospectif d'une perte dans une année d'imposition donnée, un tel report aura pour effet de réduire le montant du CRTG dans l'année d'imposition où la perte est déduite ou appliquée.

Par ailleurs, l'élément A de la définition de CRTG au paragraphe 89(1) L.I.R. représente la somme positive ou négative obtenue par la formule indiquée à cet élément, avant la prise en compte des conséquences fiscales futures déterminées pour l'année donnée. Un report rétrospectif d'une perte n'est donc pas visé par l'élément A de la définition de CRTG au paragraphe 89(1) L.I.R. Il est plutôt pris en compte par l'élément B de cette définition. De manière générale, dans le cas d'un report rétrospectif de perte, l'élément B réduira le montant du CRTG d'une société pour une année d'imposition donnée du montant de la perte subie dans l'année donnée et reportée dans l'une des trois années d'imposition précédant l'année donnée. En d'autres termes et de manière générale, lorsqu'une société effectue un report rétrospectif d'une perte subie dans une année d'imposition donnée dans une autre année, un tel report aura pour effet de réduire le montant du CRTG

dans l'année d'imposition où la perte est subie en vertu de l'élément B de la définition de CRTG au paragraphe 89(1) L.I.R. Il convient de noter que le paragraphe 89(7) L.I.R. ne comporte pas de mécanisme similaire à celui prévu à l'élément B de la définition de CRTG au paragraphe 89(1) L.I.R.

Pour ce qui a trait au paragraphe b), nous sommes d'avis que, dans la mesure où une société subit une perte dans son année d'imposition 2006 (ou dans une année d'imposition postérieure à 2006) et effectue un report rétrospectif de cette perte à une autre année, l'élément B réduira le montant du CRTG de la société du montant de la perte subie, et ce, dans l'année d'imposition où la perte est subie.

Sur la base du libellé actuel du paragraphe 89(7) L.I.R., nous sommes également d'avis que le report rétrospectif d'une perte subie dans l'année d'imposition 2002, 2003, 2004 ou 2005 à l'année d'imposition 2001, 2002, 2003 ou 2004, selon le cas, n'aurait pas pour effet de réduire le montant de majoration du CRTG pour l'année 2006 prévue au paragraphe 89(7) L.I.R.

Quant au paragraphe c), la notion de « conséquence fiscale future déterminée » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. et comprend, entre autres, quant à une année d'imposition, la conséquence de la déduction ou de l'exclusion d'un montant visé à l'alinéa 161(7)a) L.I.R.

À part les reports rétrospectifs de perte, il se pourrait que, dans une situation donnée, la restitution d'une remise de taxe sur le combustible ou une réduction d'un montant renoncé à l'égard de frais d'exploration doive également être prise en compte à titre de conséquence fiscale future déterminée.

3. PRÉCISIONS SUR L'UTILISATION DES FORMULAIRES PRESCRITS – ANNEXES 53, 54 ET 55 DE LA DÉCLARATION T2

Le site Web de l'ARC[2] mentionne que les sociétés qui sont touchées par la nouvelle législation sur les dividendes déterminés peuvent utiliser les procédures suivantes jusqu'au moment de la parution des nouveaux formulaires (Annexes 53, 54 et 55) et des déclarations de revenus des sociétés (T2) pour 2007. Ces procédures sont les suivantes :

---

[2] AGENCE DU REVENU DU CANADA,
(en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/tax/business/topics/corporations/dividends/qa-f.html#forms).

- **Choix ou révocation –** Une société peut faire parvenir une lettre signée par un agent autorisé à l'ARC. Celle-ci doit comprendre le nom de la société, son numéro d'entreprise (NE) et la fin d'année d'imposition à laquelle s'applique le choix ou la révocation. La lettre doit être déposée le jour même ou le jour avant la date d'échéance de production de la déclaration de revenus des sociétés (T2) pour l'année en question au centre fiscal où la société produit ses déclarations.

- **Calcul du CRTG et du compte de revenu à taux réduit –** Une société peut inclure le calcul de son CRTG ou de son compte de revenu à taux réduit (CRTR), selon le cas, à sa déclaration T2. Les agents du guichet d'affaires seront en mesure de fournir la majorité des composantes afin d'aider la société dans le calcul du solde d'ouverture de 2006 au titre du CRTG. Les sociétés sont responsables des composantes manquantes, car l'information est disponible dans leur registre comptable.

- **Impôt de la Partie III.1 L.I.R. –** Une société peut joindre une note à sa déclaration T2 indiquant le total de l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. qu'elle a versé, et ce, jusqu'au moment où l'annexe sera disponible.

L'ARC peut-elle préciser à compter de quelle date l'utilisation des formulaires prescrits sera considérée comme obligatoire?

Étant donné la sortie tardive des Annexes 53, 54 et 55 de la déclaration T2, est-ce que l'ARC considère que la production de ces annexes est obligatoirement requise lorsque la déclaration de revenus de la société a été produite avant la parution desdites annexes et que la société s'est conformée aux procédures mentionnées ci-dessus?

S'il y a obligation de produire les Annexes 53, 54 et 55 à l'égard de déclarations de revenus T2 déjà produites, l'ARC peut-elle nous mentionner les délais accordés pour la production ainsi que la façon de procéder?

Réponse de l'ARC

L'Annexe 53, « Calcul du compte de revenu à taux général (CRTG) », l'Annexe 54, « Calcul du compte de revenu à taux réduit (CRTR) » et l'Annexe 55, « Impôt de la partie III.1 sur les désignations excessives de dividendes déterminés » ainsi que le Formulaire T2002, « Choix ou révocation d'un choix, de ne pas être une société privée sous contrôle canadien » doivent être utilisés pour les années d'imposition 2006 et suivantes.

Si une société a payé un « dividende déterminé », au sens du paragraphe 89(1) L.I.R., à un moment donné en 2006, elle doit produire une Annexe 55 ainsi qu'une Annexe 53 ou une Annexe 54 même si elle a déjà produit sa déclaration T2 pour l'année d'imposition au cours de laquelle a été versé le dividende. Dans un tel cas, les annexes pertinentes doivent être produites au centre fiscal où la société produit sa déclaration de revenus T2, le plus tôt possible.

4. MÉCANISME VISANT À DIRIGER UN DIVIDENDE DÉTERMINÉ VERS UN ACTIONNAIRE OU UN GROUPE D'ACTIONNAIRES

Nous comprenons qu'il est possible de diriger un dividende déterminé vers un actionnaire ou un groupe d'actionnaires pourvu que cela soit fait en conformité avec les règles de droit corporatif et des droits aux dividendes prévus dans la description du capital-actions de la charte de la société payeuse.

L'ARC peut-elle confirmer que cela est également sa compréhension?

Advenant que la société ait une seule catégorie d'actions, l'ARC chercherait-elle à contester une transaction où deux dividendes distincts seraient déclarés à différents moments? Le premier dividende serait un dividende qui ne serait pas un dividende déterminé auquel un ou plusieurs actionnaires renonceraient; un dividende déterminé serait subséquemment versé et les actionnaires qui auraient reçu le premier dividende renonceraient à recevoir ce dividende.

Réponse de l'ARC

Nous partageons votre point de vue quant à la possibilité, en général, de diriger un « dividende déterminé », au sens prévu au paragraphe 89(1) L.I.R., vers un actionnaire ou un groupe d'actionnaires pourvu que cela soit fait en conformité avec les règles de droit corporatif et les droits et privilèges rattachés à une catégorie d'actions du capital-actions d'une société donnée.

En ce qui concerne votre deuxième question, il nous apparaît que, bien que la société déclare deux dividendes d'un même montant, disons 100 000 $, pour un total de 200 000 $, en réalité, l'intention des parties serait qu'un dividende de 100 000 $ seulement soit payé par la société et reçu par les actionnaires. Dans un tel cas, compte tenu de l'artificialité des opérations, l'ARC pourrait conclure qu'un seul dividende de 100 000 $ aurait été payé par la société et reçu par les actionnaires aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

5. CHOIX D'AVOIR UN DIVIDENDE DÉTERMINÉ SUR UNE PORTION D'UN DIVIDENDE

Pour l'année d'imposition 2006 seulement, l'ARC avait indiqué sur son site Web qu'elle accepterait par position administrative qu'une portion de dividende soit désignée, mais que pour les années subséquentes cela ne serait plus possible.

L'ARC peut-elle nous indiquer si la position administrative est toujours limitée à l'année 2006 ou si elle a été prolongée à l'année 2007?

Réponse de l'ARC

La position administrative précitée s'applique uniquement aux dividendes versés durant l'année 2006.

6. MISE EN RELIEF DE QUELQUES DIFFICULTÉS DES RÈGLES

Ci-dessous sont indiquées certaines situations où il y aurait anomalie apparente ou difficulté des règles.

a) Le cas du dividende oublié par l'alinéa 89(7)c) L.I.R.

Lorsqu'une filiale paie un dividende à sa société mère dans ses années d'imposition de 2001 à 2005, la règle de l'alinéa 89(7)c) L.I.R. prévoit un transfert de la majoration du CRTG; pour ses années d'imposition subséquentes à 2005, la filiale devra désigner un dividende afin de transférer un montant de son CRTG à sa société mère. Or, ce mécanisme pourrait comporter une faille si l'année d'imposition de la société mère se termine après celle de la filiale.

Considérons la situation d'une filiale dont la fin d'année d'imposition est le 31 décembre 2005 alors que la fin d'année de sa société mère est le 30 juin 2006. En ce qui concerne la filiale, le dividende payé vient réduire l'ajout à la majoration du CRTG du paragraphe 89(7) L.I.R. Quant à la société mère, rien n'est ajouté à la majoration du CRTG car elle ne reçoit pas ce dividende dans une année d'imposition s'échelonnant entre 2001 et 2005; de plus, il serait impossible de faire un choix selon lequel le dividende soit un dividende déterminé puisqu'il est versé avant 2006. Bref, ce dividende intersociétés serait oublié par les deux mesures permettant un transfert du CRTG de la filiale à sa société mère malgré le fait qu'il vient réduire le CRTG de la filiale.

b) Report rétrospectif de perte aux années 2001 et 2002 ne réduisant pas le CRTG

Le mécanisme de la formule fait en sorte qu'un report rétrospectif de perte aux années 2001 et 2002 ne sera pas considéré comme « des conséquences fiscales futures déterminées » compte tenu du fait que la portée de ce rajustement englobe les trois années d'imposition précédentes, et ce, à compter de l'année 2006. Nous comprenons qu'il s'agit d'une petite concession accordée afin de ne pas rendre plus complexe le calcul, et qu'il ne serait pas équitable de venir restreindre subséquemment cette concession, compte tenu du fait que les sociétés auront déjà établi le montant de la majoration du CRTG et auront payé des dividendes déterminés en conséquence.

c) Libellé des règles déterminant les « conséquences fiscales futures déterminées »

Les règles applicables afin de déterminer la réduction au CRTG à l'égard des « conséquences fiscales futures déterminées » ne sont pas comprises à l'article 89 L.I.R. et nécessitent une consultation de règles et concepts hermétiques répartis à plusieurs endroits de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ce mécanisme, déjà très complexe, serait en partie simplifié si ces règles étaient rapatriées dans une seule disposition de l'article 89 L.I.R.

d) Fusion ou liquidation survenant avant 2006

Le libellé du paragraphe 89(7) L.I.R. et les dispositions prévues aux articles 87 et 88 L.I.R. ne viennent pas préciser de mécanismes pour regrouper les éléments venant majorer le CRTG à l'égard des années d'imposition 2001 à 2005 advenant que des sociétés soient regroupées par voie de fusion ou liquidation.

Le ministère des Finances peut-il commenter les situations décrites ci-dessus, à savoir si les anomalies apparentes et difficultés techniques présentées ne reflètent pas l'intention de la mesure; et, le cas échéant, le ministère des Finances est-il réceptif à l'introduction de modifications techniques pour venir rectifier le traitement applicable?

Réponse du ministère des Finances

Pour comprendre les situations décrites aux paragraphes a), b) et d), il peut être utile d'examiner l'intention de politique du paragraphe 89(7) L.I.R.

L'intention de politique du paragraphe 89(7) L.I.R. était d'offrir une reconnaissance limitée des événements et des opérations survenus avant l'introduction de ce nouveau système bonifié pour dividende. En termes généraux, la formule A-B correspond approximativement au montant après impôts (en se basant sur un taux d'imposition combiné fédéral-provincial de 37 %) des gains de la société qui étaient assujettis au taux d'imposition général des sociétés pour les années d'imposition de la société s'étant terminées après 2000 et avant 2006 et qui n'avaient pas été versés par la société sous forme de dividendes imposables au cours de ces années. En général, les dividendes reçus par la société ne sont pas pris en compte dans ce calcul. L'alinéa 89(7)c) L.I.R. prévoit toutefois une exception pour les dividendes reçus d'une société rattachée, ou par l'entremise d'une chaîne de sociétés rattachées, lorsque le dividende peut raisonnablement être attribué à un revenu assujetti au taux général d'impôt sur le revenu des sociétés.

Le paragraphe 89(7) L.I.R. étant une disposition d'allégement et transitoire, l'intention était d'en préserver la simplicité et d'en limiter la portée. En particulier, le paragraphe ne vise pas à reprendre tous les aspects du nouveau crédit d'impôt pour dividendes amélioré durant la période de transition. Pour ces raisons, nous ne prévoyons pas recommander, pour l'instant, des modifications techniques pour répondre aux situations a), b) et d) décrites ci-dessus.

Concernant la situation au paragraphe c), l'expression « conséquence fiscale future déterminée » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Cette définition s'applique à toutes les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, y compris l'article 89 L.I.R.

II. FISCALITÉ TRANSACTIONNELLE ET STRUCTURES

7. CALCUL DU REVENU GAGNÉ AUX FINS DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. À LA SUITE DE L'ARRÊT *LA REINE* C. *KRUCO INC.*[3]

À la suite de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kruco*, l'ARC a indiqué dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*[4] numéro 33 qu'elle se conformerait à cette décision.

---

[3] 2003 D.T.C. 5506 (C.A.F.) (ci-après « *Kruco* »).

[4] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 33, 16 septembre 2005.

Notre compréhension est que le revenu gagné doit maintenant se calculer comme suit :

– Revenu net aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* calculé selon l'article 3 L.I.R.

– Moins :

  Dividendes
  Impôts

– Plus ou moins :

  Les rajustements prévus au paragraphe 55(5) L.I.R.

En considérant que le calcul doit s'effectuer à partir du revenu net calculé selon l'article 3 L.I.R. et les rajustements prévus à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une incertitude existe à l'égard de certains éléments. Ainsi, l'ARC peut-elle nous indiquer quelles sont les nouvelles lignes directrices relativement au calcul du revenu gagné, notamment pour la situation qui suit?

Une société donnée qui a une participation dans une société de personnes tient compte dans le calcul de son revenu en vertu de l'article 3 L.I.R. des résultats de l'exercice de la société de personnes qui se termine dans l'année d'imposition de la société donnée.

Ainsi, une société, dont la fin d'année d'imposition est le 30 juin 2007 et détenant une participation dans une société de personnes dont la fin d'année est le 31 décembre, prendrait en compte les résultats de la société de personnes de son exercice terminé le 31 décembre 2006, mais non ceux de la période intérimaire de la société de personnes comprise entre le 1er janvier 2007 et le 30 juin 2007.

a) L'ARC peut-elle préciser si on peut ou si on doit tenir compte des résultats de la période intérimaire d'une société de personnes dans le calcul du revenu gagné d'une société donnée?

b) Doit-on faire un rajustement au calcul du revenu gagné à l'égard des déboursés dont la déductibilité est reportée (par exemple, des frais d'emprunt assujettis à l'alinéa 20(1)e) L.I.R.)?

c) Qu'advient-il du montant attribuable aux dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE ») non réclamées (solde du compte de dépenses de RS & DE déductibles à reporter), donc non déduites en vertu de l'article 3 L.I.R.?

Réponse de l'ARC

La position de longue date de l'ARC veut que le revenu protégé en main attribuable à une action du capital-actions d'une société donnée soit fondé sur la « période de détention » de cette action et puisse comprendre deux périodes « tampons » :

- la période allant de la date d'acquisition de l'action jusqu'à la fin de la première année d'imposition de la société donnée se terminant après l'acquisition;

- la période allant de la fin de la dernière année d'imposition de la société donnée se terminant après l'acquisition jusqu'au moment de détermination du revenu protégé en main, tel qu'il est défini au paragraphe 55(1) L.I.R.

L'ARC a déjà indiqué par le passé que le calcul du revenu protégé en main d'une société pendant la période de détention comprend normalement le revenu protégé en main généré dans ces deux périodes « tampons ». De la même manière, l'ARC a également indiqué par le passé que si la société est associée d'une société de personnes durant cette période, le revenu protégé en main de cette société pendant la période de détention devrait normalement tenir compte de la part de ladite société dans le revenu (ou la perte) généré au niveau de la société de personnes qui serait attribuable à une période intérimaire ou « tampon », dans la mesure, bien entendu, où ce revenu (cette perte) n'est pas déjà autrement pris en compte dans le calcul du revenu protégé en main de la société. Enfin, l'ARC a déjà indiqué à plusieurs reprises que le calcul du revenu protégé en main afférent aux périodes « tampons » doit être effectué sur une base raisonnable.

La Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux confirmé dans la décision *La Reine* c. *VIH Logging Ltd.*[5] que le calcul du revenu protégé en main d'une société pendant la période de détention comprend le revenu protégé en main généré dans les périodes « tampons ». Tant la Cour canadienne de l'impôt que la Cour d'appel fédérale ont statué

[5] [2003] C.C.I. 732; [2005] C.A.F. 36 (ci-après « *VIH Logging* »).

sur le fait qu'une telle interprétation était non seulement en accord avec les termes du paragraphe 55(2) L.I.R., mais également avec l'objet sous-tendant cette disposition législative. Il convient de noter que les deux décisions relatives à l'affaire *VIH Logging* ont été rendues postérieurement à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kruco* rendue le 26 juin 2003.

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis qu'en ce qui a trait à la question a), le revenu protégé en main de la société donnée au 30 juin 2007 devrait normalement tenir compte des résultats de la société de personnes pour la période intérimaire débutant le 1er janvier 2007 et se terminant le 30 juin 2007.

Quant au paragraphe b) de la présente question, la Cour d'appel fédérale a formulé aux paragraphes 35 à 38 de la décision *Kruco* les principes généraux qui doivent gouverner l'établissement du revenu protégé en main attribuable à des actions du capital-actions d'une société donnée. La Cour d'appel fédérale a tout d'abord clairement reconnu que le calcul du revenu protégé d'une société (c'est-à-dire le revenu net fiscal de cette société, avec les rajustements prévus au paragraphe 55(5) L.I.R.) n'est que la première étape du processus et qu'une détermination du revenu protégé en main est requise par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À cet égard, la Cour d'appel indique ce qui suit :

> « Il ne fait aucun doute que cet exercice exige un examen afin de vérifier si le "revenu gagné ou réalisé" est resté en mains ou est demeuré disponible pour financer le paiement du dividende. Il s'ensuit, par exemple, que les impôts ou les dividendes payés à même ce revenu doivent être extraits du revenu protégé (voir *Deuce Holdings Ltd.*, *supra* et *Gestion Jean-Paul Champagne inc.*, *supra*)[6]. » (Notre soulignement)

De plus, le juge Noël a indiqué ce qui suit :

> « Réduire ce revenu par référence aux sorties de fonds, qui ont lieu après que le revenu ait été calculé conformément à l'alinéa 55(5)*c*) mais avant que le dividende ait été versé, ne heurte pas cette présomption puisque le montant réputé est accepté comme point de départ et modifié seulement par référence aux événements subséquents qui sont pertinents au calcul du paragraphe 55(2), soit les sorties de fonds effectuées après que le revenu ait été déterminé – conformément à la présomption – et qui servent à réduire le revenu auquel le gain en capital peut être "raisonnablement attribuable"[7]. » (Notre soulignement)

---

6 *Kruco*, précité, note 3, par. 38.

7 *Id*., par. 41.

Nous sommes d'avis que la décision *Kruco* confirme que des rajustements visant à extraire du revenu protégé un revenu fiscal « fictif » ne sont pas permis, mais que des réductions au revenu protégé en main relativement à des dépenses non déductibles (ou non encore déductibles), visant à reconnaître des sorties de fonds réelles effectuées par une société n'ayant pas été reflétées en ce qui a trait au calcul de son revenu fiscal mais ayant néanmoins réduit d'un montant correspondant le revenu disponible après impôts de cette société sont permises.

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que dans la mesure où une société supportait des frais d'emprunt visés au sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. dans une année d'imposition donnée, 20 % de ces frais d'emprunt seraient déduits dans le calcul de son revenu en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. dans l'année d'imposition donnée, ce qui réduirait d'autant le revenu net fiscal de la société (et donc le revenu protégé) pour l'année donnée. En ce qui a trait aux 80 % restants de ces frais d'emprunt, ces montants auraient clairement été déboursés par la société dans l'année d'imposition donnée. Dès le moment de leur déboursement, de tels montants ne seraient donc plus en main dès le moment pour contribuer à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») ou au gain inhérent sur une action de la société. Compte tenu du fait que 80 % de la sortie de fonds que constitue le paiement des frais d'emprunt n'aurait pas été pris en compte dans l'établissement du revenu net fiscal (le revenu protégé) de la société dans la première année, un rajustement négatif devrait être effectué en ce qui concerne le calcul du revenu protégé en main de la société pour cette première année. Ce rajustement permettrait donc de refléter, quant au revenu protégé en main de la société pour la première année, la totalité de la sortie de fonds relative aux frais d'emprunt.

Nous sommes d'avis que cette interprétation du paragraphe 55(2) L.I.R. et de la décision *Kruco* s'accorde avec l'objet sous-tendant le paragraphe 55(2) L.I.R., qui est de permettre le paiement d'un dividende intersociétés libre d'impôt afin de diminuer le gain en capital potentiel, dans la mesure où un tel gain est attribuable au revenu gagné « post-1971 » de la société en main au moment du versement du dividende.

Pour ce qui se rapporte au paragraphe c) de l'énoncé de la présente question, nous comprenons que l'énoncé relatif à cet élément c) fait référence au paragraphe 37(1) L.I.R. De manière très générale, cette disposition législative permet à un contribuable qui effectue des dépenses de nature courante et des dépenses en capital de RS & DE dans une année d'imposition donnée, de reporter la déduction de telles dépenses dans une année d'imposition ultérieure.

En ce qui a trait aux dépenses de nature courante de RS & DE engagées mais non réclamées, notre réponse serait similaire à celle donnée en b) ci-dessus. Ainsi, de telles dépenses de nature courante de RS & DE ne seraient plus en main pour contribuer à la JVM ou au gain inhérent sur une action de la société. Compte tenu du fait que ces dépenses n'auraient pas été prises en compte dans l'établissement du revenu net fiscal (le revenu protégé) de la société dans l'année où elles seraient engagées, un rajustement négatif devrait être effectué quant au calcul du revenu protégé en main de la société pour cette même année.

En ce qui concerne les dépenses en capital de RS & DE engagées par la société mais non réclamées, de telles dépenses entraîneraient généralement des acquisitions de biens pour la société. En conséquence, la position générale de l'ARC à cet égard est de ne réduire le revenu protégé en main de la société des montants des dépenses en capital de RS & DE engagées que dans l'année d'imposition où de tels montants seraient déduits dans le calcul du revenu net fiscal de la société.

8. ROULEMENT DE L'ARTICLE 85.1 L.I.R. ET CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ EN MAIN

Pubco, une société canadienne imposable conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, exploite activement une entreprise. Pubco détient des liquidités et quasi-liquidités (ci-après « Liquidités ») d'environ 10 M$.

Le capital-actions de Pubco est composé d'un nombre illimité d'actions ordinaires sans valeur nominale. La JVM des actions émises et en circulation de Pubco est de 30 M$ et le capital versé (ci-après « CV ») de celles-ci est de 3 M$.

Le revenu protégé généré par les activités de Pubco, calculé conformément à l'article 55 L.I.R., serait au total de 21 M$ dans la mesure où l'on présumait qu'aucune transaction visant les actions de son capital-actions n'était survenue.

Pubco souhaite attribuer ses Liquidités à ses actionnaires (ci-après « Actionnaires »), sans conséquence fiscale pour ceux-ci afin de leur permettre d'investir le montant des Liquidités dans une société qui exploite une entreprise (ci-après « Opco »), autre que celle exploitée par Pubco. Opco est contrôlée par une seule personne. Pour ce faire, les transactions suivantes seront réalisées :

a) création d'une nouvelle société (ci-après « Nouco ») et transfert en faveur de Nouco du tiers des actions de Pubco détenues par les Actionnaires, conformément à l'article 85.1 L.I.R. et émission par Nouco d'actions de son capital-actions en contrepartie;

b) achat par Pubco des actions de son capital-actions détenues par Nouco et attribution des Liquidités en paiement de l'achat (10 M$);

c) achat d'actions de Opco par Nouco en échange d'une émission d'actions de Nouco. Après cette transaction, la personne qui contrôlait Opco contrôle Nouco;

d) fusion de Nouco et Opco (ci-après « Fusionco »);

e) appel public à l'épargne réalisé par Fusionco.

Pubco effectuera un choix conformément à l'alinéa 55(5)f) L.I.R. afin de déclarer deux dividendes distincts lors de l'achat des actions de son capital-actions détenues par Nouco, soit un de 7 M$ et un autre de 2 M$.

Selon notre compréhension de l'article 55 L.I.R., Nouco réalisera un gain en capital de 2 M$ lors de l'achat des actions qu'elle détient dans le capital-actions de Pubco. En effet, le montant de l'achat sera de 10 M$ alors que le CV des actions achetées est de 1 M$. Ainsi, Nouco réalisera un dividende imposable de 9 M$ conformément au paragraphe 84(3) L.I.R.; un montant de 7 M$ ne sera pas requalifié et demeurera donc un dividende. Un montant de 2 M$ sera ajouté au produit de disposition desdites actions conformément au paragraphe 55(2) L.I.R. En considérant que le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions détenues par Nouco dans Pubco est de 1 M$ conformément à l'article 85.1 L.I.R., le gain en capital réalisé par Nouco sera de 2 M$.

Nous croyons que le revenu protégé attribuable aux actions de Pubco détenues par Nouco au moment de l'achat correspond au tiers du revenu protégé total attribuable à toutes les actions de Pubco, et ce, sans égard au montant du PBR des actions de Pubco détenues par les Actionnaires avant le transfert desdites actions à Nouco. En effet, le PBR des actions de Pubco détenues par Nouco au moment de l'achat est égal au CV de ces actions conformément au paragraphe 85.1 L.I.R. Conséquemment, aucune plus-value ne peut être cristallisée dans le PBR des actions détenues par Nouco dans Pubco.

L'ARC est-elle d'accord sur cette conclusion?

Réponse de l'ARC

La détermination du revenu protégé en main attribuable à des actions d'une société est une question de fait qui ne peut être déterminée qu'en tenant compte de tous les faits et circonstances afférents à une situation donnée. À cet égard, l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique. En l'absence d'une analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée, il apparaît donc impossible de se prononcer de manière définitive sur une question relative à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Nous pouvons tout de même formuler les commentaires généraux suivants.

Dans la situation brièvement décrite dans l'énoncé de la présente question et compte tenu notamment du fait que le coût pour Nouco des actions ordinaires du capital-actions de Pubco serait réputé correspondre au CV au titre de ces actions en vertu de l'alinéa 85.1(1)b) L.I.R., il semblerait, à première vue, qu'une partie du gain latent existant sur ces actions ordinaires de Pubco possédées par Nouco serait raisonnablement attribuable au tiers du revenu protégé en main de Pubco après 1971 et avant le « moment de détermination du revenu protégé » quant à la série d'opérations et d'événements.

L'ARC est généralement d'avis que le revenu protégé en main généré par une société ne peut être attribué à une action possédée par un actionnaire que durant la « période de détention » relative à l'action donnée. De manière plus précise, l'ARC est généralement d'avis qu'une action possédée par un actionnaire d'une société ne peut normalement participer au revenu protégé en main que pour la période débutant au moment de l'acquisition de l'action par l'actionnaire donné et se terminant avant le « moment de détermination du revenu protégé » quant à l'opération, à l'événement ou à la série d'opérations ou d'événements. Cette position générale relative à la « période de détention » est entre autres fondée sur ce qui suit.

Comme la détermination de la JVM d'une action d'une société à un moment donné tient nécessairement compte du revenu protégé en main de la société attribuable à cette action, un achat de l'action à la JVM consiste à payer pour la portion du revenu protégé en question. Le revenu protégé en main au moment de l'achat fait donc partie du PBR de l'action pour l'acheteur. Par conséquent, ce montant de revenu protégé en main ne peut faire partie du gain en capital qui peut être réalisé lors d'une vente subséquente de l'action par l'acheteur. Le gain en capital qui sera réalisé ne pourra donc être attribuable à du revenu protégé réalisé avant l'acquisition de l'action. En d'autres termes, aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R., le revenu

protégé en main ne peut pas être transféré à l'acheteur lors d'une acquisition dont le produit de disposition pour le vendeur est égal à la JVM puisqu'il est reflété dans le coût des actions achetées, et non dans le gain en capital qui pourra être réalisé lors d'une disposition ultérieure.

Toutefois l'ARC est d'avis qu'il existe des exceptions au principe général de « période de détention ». À cet égard, nous vous référons notamment au calcul du revenu protégé en main attribuable à des actions acquises lors de la levée d'options ou à la suite d'un dividende en actions, ou encore à des actions acquises par voie de roulement. Dans ces situations, il devient possible, selon les faits et circonstances entourant ces situations, qu'un actionnaire bénéficie du revenu protégé en main d'une société relatif à une période précédant l'acquisition des actions visées.

Dans la situation décrite dans l'énoncé de la présente question, il semblerait inapproprié d'appliquer la position générale relative à la « période de détention » dans la mesure où le coût pour Nouco des actions ordinaires du capital-actions de Pubco serait réputé correspondre au CV au titre de ces actions en vertu de l'alinéa 85.1(1)b) L.I.R. Dans ces circonstances, il serait difficile de prétendre que le revenu protégé en main de Pubco au moment de l'achat des actions par Nouco ferait partie du PBR des actions ordinaires du capital-actions de Pubco pour Nouco.

En terminant, nous ne faisons aucun commentaire relativement aux autres incidences fiscales qui pourraient découler des opérations décrites dans l'énoncé de la présente question.

9. TRANSACTION ENTRE FRÈRES ET SŒURS – ARTICLE 84.1 ET PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.

La communauté fiscale a maintes fois fait savoir au ministère des Finances son désaccord quant à la portée de l'article 84.1 L.I.R. Cet article a pour effet de convertir en dividende tout gain en capital réalisé lors de la vente d'actions d'une société privée à une société avec laquelle le vendeur a un lien de dépendance. Ainsi, toute transaction en faveur d'une personne liée, notamment un frère ou un fils, devra être structurée de telle sorte que le vendeur se voie privé de son exemption de gain en capital à moins que l'acheteur ne fasse l'acquisition des actions personnellement, après quoi son coût fiscal sera diminué de l'exemption réclamée par la personne liée en cas de roulement par la suite.

Un des motifs invoqués par le fisc en faveur du *statu quo* est que l'article 55 L.I.R. offre un traitement fiscal avantageux aux transactions

« père-fils », qui constitue une exception à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Ainsi, un père pourra transférer des actions privilégiées d'une société privée à une société de portefeuille et se faire racheter à son gré lesdites actions pendant que ses enfants détiennent les actions ordinaires de la société opérante. Le paragraphe 55(2) L.I.R. qui normalement viendrait convertir le dividende présumé issu du rachat et déductible du revenu de la société de portefeuille en gain en capital imposable dans la mesure où il excède le revenu protégé ne trouvera pas application dans ce cas-ci.

Or, deux frères sont des personnes liées aux fins de l'article 84.1 L.I.R. de telle sorte qu'une transaction de vente de l'un à l'autre devra nécessairement désavantager l'un d'eux. Par ailleurs, deux frères sont réputés être des personnes non liées aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R. de telle sorte qu'ils ne pourront se prévaloir de l'exception qui y est prévue pour les personnes liées. Il nous apparaît que le traitement fiscal d'une vente d'actions d'une société privée d'un contribuable à son frère ou sa sœur est fortement désavantageux par rapport à toute autre transaction.

Compte tenu du fait que, dans la majorité des cas, deux frères ont dans leurs rapports l'un envers l'autre la retenue et la prudence que manifestent habituellement deux personnes non liées, le ministère des Finances considère-t-il ce résultat comme souhaitable dans le cas d'une transaction d'achat-vente d'actions de société privée entre frères ou sœurs ou envisage-t-il des modifications à l'un ou l'autre de l'article 84.1 ou du paragraphe 55(2) L.I.R. afin de ne pas désavantager de telles transactions entre frères ou sœurs?

Réponse du ministère des Finances

L'article 84.1 et le paragraphe 55(2) L.I.R. sont des règles antiévitement visant à réduire au minimum les opérations de dépouillement des surplus des sociétés, et le traitement des transferts entre frères et sœurs en vertu de ces règles est cohérent, en ce sens que chacune de celles-ci veille à ce que ce type de transactions soit visé par les règles. Pour le moment, nous ne prévoyons pas modifier l'une ou l'autre règle afin de créer une exception à l'égard de ce type de transactions.

10. DISPOSITION PARTIELLE D'ACTIONS – APPLICATION DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R.

Lors de la table ronde fédérale[8] du Congrès de 2004 de l'APFF, l'ARC a exprimé sa position relativement à une transaction visant la disposition partielle d'actions d'une société opérante (ci-après « OPCO ») en faveur d'une nouvelle société (ci-après « EMPLOYÉCO ») détenue par des employés-clés. Plus spécifiquement la question était de déterminer si l'actionnaire vendeur (ci-après « Monsieur X ») avait ou non un lien de dépendance avec l'acheteur des actions, EMPLOYÉCO.

Deux éléments importants sont ressortis des scénarios présentés par l'ARC. Premièrement, le fait que Monsieur X conservait une participation importante dans la société après la disposition partielle de ces actions. Et deuxièmement, le fait que les fonds reçus par Monsieur X provenaient d'OPCO.

Le deuxième élément fait allusion aux fonds ayant servi à l'acquisition provenant d'OPCO, mais sans nous préciser dans le temps s'il s'agit de fonds existants ou de fonds futurs générés par les profits futurs d'OPCO. L'ARC avait souligné le fait qu'EMPLOYÉCO n'avait pas les ressources financières lui permettant d'acquérir les actions détenues de Monsieur X faisant en sorte que les fonds nécessaires à l'acquisition des actions provenaient invariablement d'OPCO.

Nous aimerions clarifier le deuxième élément ayant trait à la provenance des fonds servant à l'acquisition des actions d'OPCO, justifiant la position exprimée par l'ARC pour déterminer s'il existe ou non un lien de dépendance entre le vendeur et l'acheteur des actions.

Afin de préciser le traitement fiscal, examinons quatre scénarios indépendants l'un de l'autre concernant une disposition partielle d'actions d'OPCO en faveur d'EMPLOYÉCO. Dans chacun de ces scénarios, Monsieur X conserve le contrôle d'OPCO après la vente :

a) Monsieur X procède à un gel de ses actions ordinaires qu'il détient dans OPCO en échangeant ses actions ordinaires en contrepartie d'actions privilégiées, rachetables au gré du détenteur. Monsieur X souscrit à 65 %

---

[8] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:9-78, question 2.4., aux pages 50:34-38.

des actions ordinaires d'OPCO, tandis qu'EMPLOYÉCO souscrit à 35 % des actions ordinaires d'OPCO. Monsieur X dispose de 35 % de ses actions privilégiées d'OPCO reçues précédemment en faveur d'EMPLOYÉCO en contrepartie d'un solde de prix de vente. Afin qu'EMPLOYÉCO rembourse immédiatement son solde de prix de vente, OPCO rachète **à même ses bénéfices non répartis actuels** la totalité des actions privilégiées détenues par EMPLOYÉCO.

b) EMPLOYÉCO emprunte auprès d'une institution financière les fonds nécessaires à l'acquisition de 35 % des actions ordinaires d'OPCO détenues initialement par Monsieur X. Les actions ordinaires d'OPCO ne sont pas rachetées et sont conservées par EMPLOYÉCO. Celle-ci rembourse son emprunt avec les dividendes reçus d'OPCO en proportion de sa détention d'actions ordinaires, et ce, à même les bénéfices **futurs** provenant d'OPCO.

c) Disposition par Monsieur X de 35 % des actions ordinaires d'OPCO en faveur d'EMPLOYÉCO en contrepartie d'un solde de prix de vente. Les actions ordinaires d'OPCO ne sont pas rachetées et sont conservées par EMPLOYÉCO. Celle-ci rembourse le solde de prix de vente des actions d'OPCO avec les dividendes reçus d'OPCO en proportion de sa détention d'actions ordinaires, et ce, à même les bénéfices **futurs** provenant d'OPCO.

d) Disposition par Monsieur X de la totalité de ses actions ordinaires d'OPCO en faveur d'EMPLOYÉCO en contrepartie d'un solde de prix de vente. Ainsi, la JVM du solde de prix de vente que Monsieur X conserve dans OPCO est significative comparativement au capital-actions d'EMPLOYÉCO. Afin d'obtenir un niveau de sécurité satisfaisant du paiement de son solde de prix de vente, Monsieur X souscrit à des actions non participantes comportant un droit de vote au capital-actions d'EMPLOYÉCO lui conférant le contrôle de celle-ci jusqu'au paiement complet de sa créance. EMPLOYÉCO rembourse le solde de prix de vente des actions d'OPCO avec les dividendes reçus d'OPCO à même les bénéfices **futurs** provenant d'OPCO.

Nous aimerions connaître votre opinion concernant les quatre scénarios précédents, à savoir si la provenance des fonds doit être considérée afin de déterminer l'existence ou non d'un lien de dépendance entre Monsieur X et EMPLOYÉCO aux fins de l'application de l'article 84.1 L.I.R.

Réponse de l'ARC

Nous comprenons que l'énoncé de la présente question fait référence à la question 2.4. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2004 de l'APFF (ci-après « Table ronde 2004 »).

Tout comme dans le cadre de la question 2.4. de la Table ronde 2004, il appert du scénario décrit au paragraphe a) dans l'énoncé de la présente question qu'à la suite des transactions proposées, Monsieur X conserverait une participation importante dans OPCO. Cet élément diffère notamment de l'exemple donné dans la *Circulaire d'information* 88-2[9], où l'actionnaire-vendeur disposait de la totalité de sa participation dans la société opérante.

De plus, dans les scénarios décrits à la question 2.4. de la Table ronde 2004, nous indiquions qu'EMPLOYÉCO ne nous semblait pas avoir d'intérêt économique distinct à acquérir les actions privilégiées du capital-actions d'OPCO détenues par Monsieur X, autre que celui de satisfaire Monsieur X. Cela nous apparaît également être le cas en ce qui concerne le scénario a). À cet égard, il faut notamment souligner que l'objectif d'insérer EMPLOYÉCO (et indirectement l'employé-clé) dans l'actionnariat d'OPCO aurait très bien pu être atteint aux termes du gel et des souscriptions d'actions ordinaires d'OPCO dans les proportions voulues, sans que Monsieur X ait à disposer d'actions privilégiées du capital-actions d'OPCO en faveur d'EMPLOYÉCO.

En réponse à la question 2.4. de la Table ronde 2004, nous avions également souligné le fait qu'EMPLOYÉCO n'avait pas de ressources financières propres lui permettant d'acquérir les actions privilégiées du capital-actions d'OPCO. Les fonds nécessaires à cette acquisition émanaient invariablement d'OPCO, laquelle était et continuait d'être contrôlée par Monsieur X. La situation apparaît être la même dans le scénario décrit au paragraphe a) et nous croyons toujours qu'un tel élément doit être considéré lorsqu'il faut déterminer si Monsieur X et EMPLOYÉCO ont ou non un lien de dépendance entre eux lors de l'achat des actions privilégiées du capital-actions d'OPCO.

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis qu'il est fort probable qu'il puisse exister un lien de dépendance de fait entre Monsieur X

---

[9] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, *Supplément 1*, « Disposition générale anti-évitement », 13 juillet 1990, par. 4.

et EMPLOYÉCO en ce qui a trait à la disposition des actions privilégiées du capital-actions d'OPCO par Monsieur X en faveur de EMPLOYÉCO décrite dans le scénario a). En conséquence, l'ARC considérerait l'application de l'article 84.1 L.I.R., et ce, à titre de position principale. Aux termes de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R., un dividende serait réputé avoir été versé par EMPLOYÉCO et reçu par Monsieur X au moment de la disposition des actions privilégiées du capital-actions d'OPCO. À titre de position secondaire, l'ARC considérerait l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. afin de déterminer à nouveau les conséquences fiscales découlant du scénario a) et de recaractériser le produit reçu par Monsieur X à titre de dividende. En effet, nous sommes d'avis que le scénario a) constituerait une opération de dépouillement de surplus visée par le paragraphe 245(4) L.I.R. D'ailleurs, le Comité de la disposition générale antiévitement a déjà approuvé l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. dans des situations semblables.

Conformément à l'alinéa 251(1)c) L.I.R., la question de savoir si des personnes non liées ont ou non un lien de dépendance à un moment donné est une question de fait. Toutefois et sur la base des informations limitées relatives aux scénarios décrits aux paragraphes b) et c), rien ne nous porte à croire, à première vue, que Monsieur X et EMPLOYÉCO auraient entre eux un lien de dépendance en ce qui a trait à la disposition de 35 % des actions ordinaires du capital-actions d'OPCO. En effet et contrairement au scénario a), EMPLOYÉCO nous semble avoir, dans les scénarios b) et c), un intérêt économique distinct à acquérir de Monsieur X 35 % des actions ordinaires du capital-actions d'OPCO et ne semble pas agir à titre d'« accommodateur » à cet égard. Sur cette base, le paragraphe 84.1(1) L.I.R. ne s'appliquerait probablement pas dans les scénarios b) et c).

En ce qui a trait à l'application potentielle du paragraphe 245(2) L.I.R., il faut souligner que l'énoncé relatif aux scénarios b) et c) ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique. En l'absence d'une analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée, il nous est impossible de commenter plus précisément l'application potentielle du paragraphe 245(2) L.I.R. dans les scénarios b) et c) et de préciser quelle serait la position finale du Comité de la disposition générale antiévitement dans une situation particulière donnée. Toutefois, à titre de commentaire général, il appert des scénarios b) et c) qu'à la suite des transactions proposées, Monsieur X conserverait une participation importante dans OPCO. Cet élément diffère notamment de l'exemple donné

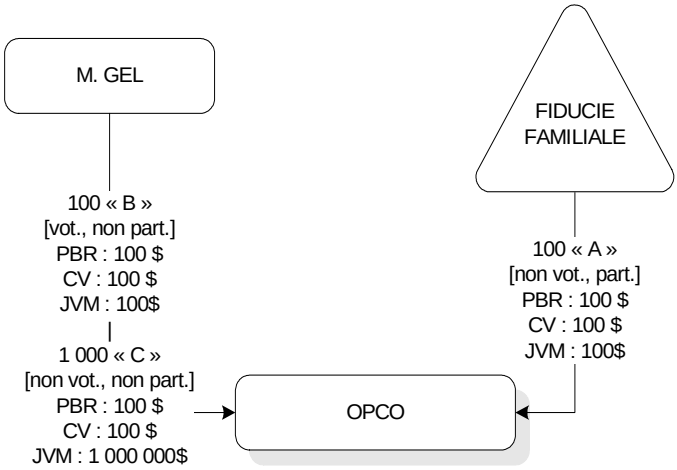
dans la *Circulaire d'information* 88-2[10], où l'actionnaire-vendeur disposait de la totalité de sa participation dans la société opérante. Étant donné ce fait, notre position serait d'analyser l'application potentielle du paragraphe 245(2) L.I.R., en tenant compte de tous les faits et circonstances pertinents relatifs à une situation particulière examinée.

Nous comprenons que dans le scénario décrit au paragraphe d) de l'énoncé de la présente question, Monsieur X contrôlerait EMPLOYÉCO lors de la disposition par Monsieur X des actions ordinaires du capital-actions d'OPCO en faveur d'EMPLOYÉCO. Monsieur X et EMPLOYÉCO seraient donc des personnes liées entre elles en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(i) L.I.R. Par conséquent, ces deux personnes seraient réputées avoir entre elles un lien de dépendance aux termes de l'alinéa 251(1)a) L.I.R., ce qui entraînerait l'application de l'article 84.1 L.I.R. en ce qui concerne Monsieur X. Le paragraphe 84.1(1) L.I.R. devrait également s'appliquer dans ce scénario dans la mesure où Monsieur X contrôlerait EMPLOYÉCO, non pas lors de la disposition par Monsieur X des actions ordinaires du capital-actions d'OPCO en faveur d'EMPLOYÉCO, mais peu de temps après cette disposition d'actions. Nous considérerions alors que Monsieur X et EMPLOYÉCO auraient un lien de dépendance factuel au moment de la disposition des actions ordinaires du capital-actions d'OPCO.

11. CONJOINT BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE – MÉTHODES PRISES AFIN D'ÉVITER L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.

Les praticiens doivent souvent rédiger des actes de fiducie pour des fiducies qui détiendront des actions participantes du capital-actions d'une société à la suite d'opérations qui seront réalisées afin de procéder à un gel successoral, alors qu'il est impossible de savoir avec certitude si la société conservera son statut de « société exploitant une petite entreprise » (ci-après « SEPE ») au sens de la définition prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. durant toute la période de détention par la fiducie des actions participantes. L'organigramme ci-dessous présente un exemple de la structure qui est souvent utilisée :

[10] *Id.*



Différentes méthodes sont utilisées par les praticiens afin d'éviter que le paragraphe 74.4(2) L.I.R. soit applicable à l'égard du conjoint de l'auteur d'un transfert d'actions à une société dans le cadre d'un gel successoral.

Méthode 1 : La fiducie est discrétionnaire à l'égard du conjoint pour le revenu et le capital de la fiducie. Toutefois, à compter du moment où la société perd son statut de SEPE pendant plus de 30 jours au cours d'une année civile, l'acte de fiducie prévoit que la participation du conjoint est modifiée afin que les conditions prévues aux alinéas 74.4(4)a) à c) L.I.R. soient satisfaites (le conjoint n'a droit à aucun revenu ni capital durant la vie de l'auteur du transfert).

Méthode 2 : La fiducie est discrétionnaire à l'égard du conjoint pour le revenu et le capital de la fiducie. Toutefois, à compter du moment où la société perd son statut de SEPE pendant plus de 30 jours au cours d'une année civile, l'acte de fiducie prévoit que la participation du conjoint est modifiée de sorte que le conjoint possède dans la fiducie une participation fixe et non discrétionnaire de 9,9 % tant à l'égard du revenu qu'à l'égard du capital, et ce, avant et après le décès de l'auteur du transfert.

Méthode 3 : La participation du conjoint de l'auteur du transfert dans la fiducie est limitée à une participation fixe de 9,9 % tant à l'égard du revenu qu'à l'égard du capital, et ce, jusqu'au moment du décès de l'auteur du transfert d'actions à la société. Par la suite, la participation devient discrétionnaire. Avec une telle méthode, si l'auteur du transfert est vivant à

la fin d'une année, la participation du conjoint dans le revenu et dans le capital est limitée à 9,9 %.

Est-ce que l'ARC est d'avis que les trois méthodes décrites ci-dessus provoqueraient l'application des dispositions du paragraphe 74.4(2) L.I.R. lorsqu'une société n'est pas une SEPE?

Réponse de l'ARC

L'énoncé de votre question ne décrit que sommairement trois méthodes pour faire échec à l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. lorsqu'une fiducie familiale discrétionnaire détient des actions dans une société ayant fait l'objet d'un gel successoral. En l'absence d'une analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée, il nous est impossible de nous prononcer de manière définitive sur l'application ou non du paragraphe 74.4(2) L.I.R. dans le cadre de votre question. Les trois méthodes proposées dans votre question semblent avoir pour but de faire échec au caractère d'« actionnaire déterminé » rattaché à une « personne désignée » aux fins de l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Par conséquent, les commentaires généraux suivants se limitent à cet aspect particulier de votre question.

Méthode 1

Tout d'abord, il semble que l'exception prévue au paragraphe 74.4(4) L.I.R. relativement au test d'objet prévu au paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne serait pas applicable parce que selon l'acte de fiducie, la personne désignée pourrait recevoir du revenu ou du capital pendant qu'elle est, en ce qui concerne le particulier, auteur du transfert, une personne désignée.

De plus, aux fins de l'application de la notion d'« actionnaire déterminé » au paragraphe 74.4(2) L.I.R., le conjoint de l'auteur du transfert serait un actionnaire déterminé en raison de l'alinéa e) de la définition d'« actionnaire déterminé » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., et ce, pour la période débutant lors de la création de la fiducie et se terminant au moment du décès de l'auteur du transfert. En effet, malgré la clause particulière prévue selon cette méthode, la part du conjoint sur le revenu ou le capital de la fiducie dépendrait toujours de l'exercice ou du non-exercice par une personne d'un pouvoir discrétionnaire.

Le paragraphe 74.4(2) L.I.R. pourrait donc s'appliquer à partir du moment où la société n'est plus une SEPE et par la suite, suivant cette méthode.

Méthode 2

Malgré le fait que de prime abord, il semblerait que le conjoint de l'auteur du transfert ne puisse jamais être considéré comme un « actionnaire déterminé » selon cette méthode, une mise en garde s'impose. En effet, le conjoint de l'auteur du transfert pourrait être un actionnaire déterminé en raison de l'alinéa e) de la définition d'« actionnaire déterminé » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., durant la période où il aurait une participation fixe et égale, non discrétionnaire, de 9,9 % tant à l'égard du revenu qu'à l'égard du capital, si par exemple l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un autre bénéficiaire de la fiducie avait un impact sur la part du revenu ou du capital du conjoint.

Par conséquent, selon les circonstances, le paragraphe 74.4(2) L.I.R. pourrait être applicable à partir du moment où la société n'est plus une SEPE et par la suite, selon cette méthode.

Méthode 3

En ce qui concerne cette méthode, nous avons de la difficulté à concevoir qu'une participation de 9,9 % au capital d'une fiducie puisse être qualifiée de fixe pour une période donnée, si cette participation au capital devient totalement discrétionnaire à un moment donné par la suite. On pourrait prétendre que, malgré les apparences, cette participation au capital n'était pas fixe.

12. ATTRIBUTION CORPORATIVE DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R. – POLITIQUE FISCALE

Nous comprenons que le paragraphe 74.4(2) L.I.R. a été introduit afin de venir contrecarrer certaines planifications fiscales de fractionnement de revenu que les autorités fiscales fédérales trouvaient abusives et compte tenu du fait que le recours aux tribunaux, qui contrecarre ses planifications, n'a pas rencontré le succès espéré. Nous remarquons toutefois que le libellé de cette règle semble rendre son application très vaste.

Nous portons à l'attention du ministère des Finances qu'il est possible que le contexte ayant donné lieu à l'introduction du paragraphe 74.4(2) L.I.R. ait évolué, entre autres :

- la politique fiscale des récentes années veut que plusieurs mesures aient été introduites afin de favoriser le partage des bénéfices fiscaux entre conjoints;

- la situation où seulement un des deux conjoints est l'unique source de revenus d'une entité familiale devient de plus en plus rarissime; et

- une règle d'attribution fiscale a été introduite à l'égard des enfants mineurs à savoir la « kiddie tax ».

Nous rappelons aussi que notre principal partenaire économique, les États-Unis, permet l'imposition combinée des conjoints.

Compte tenu de ces développements depuis l'époque ayant donné lieu à l'introduction du paragraphe 74.4(2) L.I.R., le ministère des Finances réévalue-t-il la possibilité d'abroger le paragraphe 74.4(2) ou serait-il ouvert à le faire?

Réponse du ministère des Finances

Nous savons qu'aux États-Unis, les conjoints sont autorisés à produire une déclaration de revenus conjointe. Cependant, la production de déclarations distinctes par les conjoints constitue l'un des aspects fondamentaux du régime fiscal canadien. Vu les taux progressifs d'imposition, les règles d'attribution visent à faire en sorte que les revenus soient attribués aux bons particuliers. Ces règles ne pourraient être éliminées que si le gouvernement fédéral venait à décider de modifier le régime d'imposition actuel à l'égard des conjoints.

13. SOUSCRIPTION D'ACTIONS PAR UNE FIDUCIE SUIVIE DU VERSEMENT DE DIVIDENDES ET DE L'ACHAT DE GRÉ À GRÉ DES ACTIONS – PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

Le 9 mars 2007, en réponse à la demande d'interprétation technique de l'APFF portant le numéro 2006-021850, l'ARC a fait part de la révision de la position qu'elle avait énoncée lors des deux dernières tables rondes concernant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à la suite de la souscription d'actions d'une société.

L'ARC est maintenant d'avis que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait pas trouver application lorsqu'une fiducie souscrit à des actions d'une société pour une contrepartie égale à leur JVM, et ce, nonobstant le fait que la société émettrice des actions soit bénéficiaire ou susceptible de devenir bénéficiaire de la fiducie. Cette nouvelle position est basée sur le fait que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait trouver application qu'à l'égard d'une personne qui avait la propriété du bien avant que ce dernier ne soit détenu par une fiducie.

Est-ce que le paragraphe 75(2) L.I.R. commencerait à s'appliquer à l'égard de l'argent que la société verse à titre de dividendes sur les actions souscrites par la fiducie dans la situation décrite au paragraphe précédent?

De même, est-ce que le paragraphe 75(2) L.I.R. commencerait à s'appliquer à l'égard de l'argent reçu par la fiducie lors de l'achat de gré à gré ou du rachat par la société des actions souscrites par la fiducie dans la situation précédemment décrite?

Réponse de l'ARC

Bien que l'argent reçu par la fiducie à la suite du versement de dividendes sur les actions souscrites par la fiducie ou le montant reçu lors de l'achat de gré à gré ou du rachat des dites actions puisse revenir éventuellement à la société, il ne nous apparaît pas qu'il s'agisse d'une condition de détention de ces biens. Ces montants auraient été reçus même s'ils ne pouvaient pas revenir à la société car dans le cas des dividendes versés sur les actions, il s'agit d'un revenu auquel donnent droit les actions (qui n'étaient pas visées par le paragraphe 75(2) L.I.R.) de la fiducie et dans le cas du montant reçu lors de l'achat de gré à gré ou du rachat par la société des actions de la fiducie, il s'agit d'un bien substitué aux actions à l'égard desquelles le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquait pas. Le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait donc pas s'appliquer à l'égard du revenu tiré d'un tel revenu de dividendes ni à l'égard du montant reçu lors de l'achat de gré à gré ou du rachat par la société des actions souscrites par la fiducie.

14. STRUCTURE CORPORATIVE DÉTENUE PAR UNE FIDUCIE FAMILIALE

De plus en plus de sociétés privées sous contrôle familial sont détenues par voie d'une fiducie familiale discrétionnaire qui bénéficie de la plus-value future de l'entreprise.

Au cours des années, l'ARC a publié un certain nombre d'interprétations applicables à un actionnaire-dirigeant; étant donné que les formes modernes d'actionnariat impliquent bien souvent l'introduction d'une fiducie familiale, il nous apparaît opportun de valider le statut de ces interprétations et positions administratives, notamment :

1) Est-il possible de réduire le revenu d'une société privée par voie de salaire ou boni au dirigeant afin d'optimiser la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») à l'égard d'une société privée détenue par une fiducie familiale dont le dirigeant est un bénéficiaire

discrétionnaire de la fiducie, également un des trois fiduciaires et détient le contrôle de la société par la détention d'actions votantes?

2) De façon générale, l'ARC est-elle prête à accepter que les interprétations et les positions administratives applicables à l'actionnaire dirigeant s'appliquent dans le cas où le dirigeant est un bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie, également un des trois fiduciaires et détient le contrôle de la société par la détention d'actions votantes?

3) Advenant que la réponse au paragraphe 2 ci-dessus soit négative, la réponse serait-elle la même si le dirigeant avait certains droits acquis prévus dans l'acte de fiducie avant que le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires puisse être exercé, par exemple les soixante-quinze mille premiers dollars de gain en capital et les cent mille premiers dollars de revenu doivent-ils être attribués au dirigeant?

4) Dans une décision de la Cour canadienne de l'impôt[11], une perte fut refusée à l'égard d'une avance consentie par un dirigeant à une société privée dont les actions étaient détenues par une fiducie familiale. Ainsi, il fut déterminé que le prêteur avait seulement un droit conditionnel à la discrétion des fiduciaires aux dividendes de la société à laquelle il avait consenti le prêt, et qu'en conséquence, le prêt n'était pas déductible en vertu du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R.

   L'ARC serait-elle d'avis que dans une situation similaire le dirigeant aurait pu réclamer sa perte si :

   i) il avait détenu le contrôle de la société par voie de détention d'actions votantes non participantes?

   ii) il avait des droits acquis dans la fiducie, tel qu'il est décrit au paragraphe 3 ci-dessus?

5) L'ARC est-elle d'avis que les intérêts payés par le dirigeant à l'égard d'un prêt qu'il a souscrit afin de faire un prêt à la société dont les actions participantes sont détenues par la fiducie familiale sont déductibles dans les situations suivantes :

---

[11] *Edward Toews* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2001-4406 (IT) G, 6 septembre 2005, j. Bowie (ci-après « *Toews* »).

i) Le dirigeant est un des trois fiduciaires et un des bénéficiaires discrétionnaires de la fiducie;

ii) Le dirigeant détient personnellement des actions votantes non participantes de la société lui donnant le contrôle de la société, et il est un des trois fiduciaires et un bénéficiaire discrétionnaire;

iii) Le dirigeant détient personnellement des actions votantes non participantes de la société lui donnant le contrôle de la société, et il est un des trois fiduciaires et un bénéficiaire ayant des droits acquis quant au revenu et au capital de la fiducie;

iv) Dans l'affirmative à la déductibilité des intérêts aux situations ci-dessus, le prêt consenti par le dirigeant peut-il être sans intérêts?

6) La *Loi sur l'assurance-emploi*[12] prévoit que certains emplois sont exclus de la définition d'emploi assurable. Ainsi, l'alinéa 5(2)b) L.A.E. prévoit une exclusion pour un employé d'une société et une exclusion en vertu de l'alinéa 5(2)i) L.A.E. à l'égard d'un emploi dans le cadre duquel l'employeur et l'employé ont entre eux un lien de dépendance.

i) L'ARC est-elle d'avis que le dirigeant d'une société dont les actions participantes et votantes sont détenues par une fiducie familiale a un emploi exclu en vertu de l'alinéa 5(2)i) L.A.E. (aux fins de cette question, nous posons comme hypothèse que le dirigeant est l'un des trois fiduciaires et l'un des bénéficiaires discrétionnaires)?

ii) L'ARC est-elle d'avis que le dirigeant d'une société dont les actions participantes non votantes sont détenues par une fiducie familiale, mais dont le dirigeant détient le contrôle de la société par la détention d'actions votantes non participantes a un emploi exclu en vertu de l'alinéa 5(2)b) L.A.E.?

Réponse de l'ARC

1) Lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale de l'Association canadienne d'études fiscales en 1981[13], l'ARC a indiqué qu'elle ne

---

12 L.C. 1996, c. 23 (ci-après « L.A.E. »).

13 « Revenue Canada Round Table », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766.

remettait pas en doute le caractère raisonnable de primes et de traitements versés à des gestionnaires/actionnaires principaux d'une société lorsque :

- il est courant pour la société de distribuer les bénéfices de la société à ses gestionnaires/actionnaires sous la forme de primes ou de suppléments de traitement;

- la société a adopté un principe directeur de verser des primes aux actionnaires afin de les rétribuer pour les bénéfices gagnés par la société grâce à leur savoir-faire particulier, à leurs relations ou à leur esprit d'entreprise.

Dans le cadre de l'interprétation technique 2000-0016035[14], l'ARC a indiqué que l'interposition d'une société de portefeuille ne modifiait pas cette politique tant et aussi longtemps que l'existence de la société de portefeuille ne changeait pas la relation entre le gestionnaire/actionnaire et la société par actions opérante. De la même façon, dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* numéro 22[15], l'ARC a confirmé qu'elle ne se préoccupait pas du caractère raisonnable des traitements ou primes versés à des membres d'une famille détenant des actions d'une SPCC par le truchement d'une fiducie et qui étaient des gestionnaires/actionnaires actifs résidant au Canada.

Par conséquent, tant et aussi longtemps que l'existence d'une fiducie familiale ne vient pas modifier la relation entre la société privée et le dirigeant, l'ARC est généralement d'accord sur le fait qu'un salaire ou boni soit versé au dirigeant afin d'optimiser la DPE à l'égard de la société détenue par la fiducie familiale dont le dirigeant est un fiduciaire et un bénéficiaire discrétionnaire.

2) Cette question ne spécifie pas lesquelles des interprétations et des positions administratives devraient être applicables à un actionnaire dirigeant qui est un bénéficiaire discrétionnaire d'une fiducie, un des trois fiduciaires et le détenteur du contrôle de la société par la détention d'actions votantes. Ainsi, l'ARC ne peut formuler de commentaires relatifs à cette question.

---

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0016035, 28 août 2000.

[15] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

3) Compte tenu de notre réponse à la question 2) ci-dessus, nous ne pouvons répondre à cette question.

4) Dans l'affaire *Toews*, la Cour canadienne de l'impôt a refusé la déduction de l'appelant pour une perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTPE »). Dans cette affaire, le Toews Family Trust détenait les actions de la société Apollo Industries Ltd. (ci-après « Apollo ») par le biais de la société 3362272 Manitoba Inc. (ci-après « Manitoba »). L'appelant n'était pas actionnaire de Manitoba ou d'Apollo mais il était à la fois fiduciaire et bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie.

   L'appelant avait prêté une somme de 150 000 $ à Manitoba qui avait prêté à son tour cette somme à Apollo. Par la suite, la somme prêtée par le contribuable devint irrécouvrable. L'appelant n'ayant pas un droit aux fonds de la fiducie, la Cour canadienne de l'impôt a déterminé que la créance qui lui était due par Apollo n'avait pas été acquise par l'appelant en vue de tirer un revenu.

   Si le contribuable avait détenu le contrôle de Manitoba – par opposition au Toews Family Trust – par voie d'actions votantes non participantes, l'ARC est d'avis que le dirigeant n'aurait pas pu réclamer une PTPE puisque le prêt n'aurait pas été fait dans le but de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. En effet, le prêt fait à Manitoba n'aurait pas porté intérêt et aucun revenu n'aurait pu être généré par les actions.

   Dans une situation semblable à celle qui existait dans l'affaire *Toews*, mais où le contribuable détiendrait un droit acquis aux revenus de la fiducie, l'ARC est d'avis que tous les faits pertinents, incluant l'acte de fiducie, devraient être examinés afin de déterminer si le contribuable peut réclamer une PTPE.

5) Le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. exige que les intérêts se rapportent à « de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ». L'interprétation du terme « revenu » a été abordée dans l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée* c. *Canada* comme suit : « Il est donc clair que "revenu" s'entend du revenu en général, [à] savoir de toute somme qui entre dans le revenu imposable et non seulement du revenu net[16]. »

   Dans l'arrêt *Shell Canada Ltée* c. *Canada*, le tribunal a affirmé que « [S]i un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation

[16] [2001] C.S.C. 62, par. 61.

admissible[17] […] », alors l'argent a été utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Par conséquent, le critère applicable est l'utilisation directe de l'argent emprunté.

Tel qu'il est mentionné dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533[18], lorsqu'un placement est porteur d'intérêt, le critère de l'intention de tirer un revenu est respecté en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération. Dans les trois exemples, si le prêt porte intérêt, en supposant que tous les autres critères sont respectés, la déduction des intérêts sur l'emprunt que le dirigeant a contracté en vue d'effectuer le prêt ne serait pas refusée en totalité ni restreinte en fonction du revenu découlant du prêt même si le revenu ne dépasse pas les frais d'intérêt.

Ces commentaires ne tiennent toutefois pas compte des modifications proposées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* que le ministère des Finances a publiées le 31 octobre 2003 concernant la déductibilité des intérêts et d'autres dépenses et des commentaires qu'il a énoncés quant à cette mesure dans le budget de 2005.

Dans certains cas, les tribunaux ont déclaré que l'utilisation indirecte de l'argent emprunté serait acceptée, mais seulement à titre d'exception au critère d'utilisation directe. Les frais d'intérêt sur l'argent emprunté et utilisé pour effectuer un prêt sans intérêt ne sont généralement pas déductibles, étant donné que l'emprunt est utilisé directement pour acquérir un bien qui ne peut pas générer de revenu. Toutefois, lorsqu'on peut démontrer que l'utilisation directe peut avoir néanmoins une incidence sur la capacité du contribuable de gagner un revenu, l'intérêt pourrait être déductible. Ce fut le cas dans l'arrêt *La Reine* c. *Canadian Helicopters Ltd.*[19], où le tribunal a conclu que le contribuable avait une attente raisonnable de revenu découlant de l'utilisation indirecte de l'argent emprunté et directement utilisé pour consentir un prêt sans intérêt.

Dans les deux premiers exemples, si le prêt ne porte pas intérêt, rien ne démontre que le dirigeant a une attente raisonnable de revenu d'une

---

17 [1999] 3 R.C.S. 622, par. 33.

18 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 30 octobre 2003, par. 31.

19 [2002] C.A.F. 30.

utilisation indirecte de l'argent emprunté. Les intérêts sur l'emprunt que le dirigeant a contracté en vue d'effectuer le prêt sans intérêt à la société ne seraient pas déductibles. Pour établir si les intérêts sont déductibles dans le troisième exemple, il faudrait considérer tous les faits pertinents, notamment l'acte de fiducie. L'ARC est disposée à rendre des décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu sur cette question après avoir considéré tous les faits pertinents.

6) i) Aux termes de l'alinéa 5(2)i) L.A.E., un employé n'occupe pas un emploi assurable si l'employé et l'employeur ont entre eux un lien de dépendance. Selon l'alinéa 5(3)a) L.A.E., la question de savoir si deux parties ont entre elles un lien de dépendance doit être résolue à la lumière de l'article 251 L.I.R.

Tel qu'il est indiqué dans le *Bulletin d'interprétation* IT-419R2[20], le paragraphe 104(2) L.I.R. stipule qu'une fiducie est réputée être un particulier relativement aux biens de la fiducie. Ainsi, puisqu'un particulier est une personne aux termes du paragraphe 248(1) L.I.R., la mention d'une personne, dans l'article 251 L.I.R., inclut une fiducie.

En l'espèce, nous sommes d'avis que l'employé et la fiducie ont entre eux un lien de dépendance en vertu de l'alinéa 251(1)b) L.I.R. En effet, selon cet alinéa, en général, un contribuable et une fiducie personnelle sont réputés avoir un lien de dépendance si le contribuable – ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance – a un droit de bénéficiaire dans la fiducie si le paragraphe 248(25) L.I.R. s'appliquait compte non tenu des sous-divisions 248(25)b)(iii)(A)(II) à (IV) L.I.R.

De la même façon, la fiducie et la société sont également des personnes liées qui ont un lien de dépendance entre elles en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(i) L.I.R. puisque la fiducie détient la majorité des actions avec droit de vote de la société de telle sorte que ses fiduciaires contrôlent la société.

Selon les faits soumis, il est difficile de déterminer si le dirigeant est lié à la société. Par ailleurs, la question de savoir si le dirigeant et la société (l'employeur) ont un lien de dépendance aux termes de l'alinéa 251(1)c) L.I.R. est une question de fait.

---

[20] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 31.

Nous rappelons qu'un employeur ou un travailleur peut toujours demander une décision sur le statut assurable d'un emploi, par écrit ou en produisant le Formulaire CPT-1 et en l'envoyant à son bureau des services fiscaux, afin de savoir si, dans une situation particulière donnée, le travailleur occupe un emploi assurable ou non. Après avoir analysé la situation et pris une décision, l'agent de l'ARC envoie au travailleur et à son employeur une lettre les informant de sa décision. Toutes les décisions peuvent faire l'objet d'un appel et la marche à suivre pour interjeter appel est expliquée dans la lettre envoyée au travailleur et à l'employeur.

Une analyse complète de tous les faits pertinents est nécessaire dans une situation donnée afin de déterminer si une société et un employé sont liés ou ont un lien de dépendance entre eux et si, par le fait même, l'emploi occupé par l'employé est un emploi exclu aux fins de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

Par ailleurs, nous tenons à souligner que, contrairement au cas de personnes liées, lorsqu'il est établi qu'un lien de dépendance existe entre des personnes non liées, aucun examen ultérieur ne peut permettre à ces personnes d'être réputées agir sans lien de dépendance en vertu de l'alinéa 5(3)b) L.A.E.

ii) Aux termes de l'alinéa 5(2)b) L.A.E., un contribuable n'occupe pas un emploi assurable auprès d'une société s'il détient plus de 40 % des actions avec droit de vote de la société. La question de savoir si le contribuable contrôle plus de 40 % des actions votantes d'une société – soit son employeur – est une question de fait et de droit. Dans le cadre d'une telle détermination, il est nécessaire d'identifier la personne qui détient les actions, s'il existe des facteurs pouvant limiter les droits de vote de cette personne et, le cas échéant, la personne qui peut exercer le droit de vote en l'absence du titulaire des actions. Selon les faits soumis, si le dirigeant peut exercer son droit de vote librement et sans contrainte, l'ARC serait d'avis qu'il n'occuperait pas un emploi assurable aux termes de l'alinéa 5(2)b) L.A.E.

15. POSITION ADMINISTRATIVE AUX FINS DES OPTIONS ET DROITS DU PARAGRAPHE 256(1.4) L.I.R.

Le paragraphe 256(1.4) L.I.R. prévoit notamment que si une personne, ou une société de personnes dans laquelle elle a une participation, a, à un moment donné, en vertu d'un contrat, en *equity* ou autrement, un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non :

a) d'acquérir des actions du capital-actions d'une société ou d'en contrôler les droits de vote, cette personne ou cette société de personnes, est réputée (sauf si une des exceptions est applicable) propriétaire de ces actions à ce moment;

b) d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler des actions de son capital-actions dont d'autres actionnaires de la société sont propriétaires, cette personne ou cette société de personnes est réputée (sauf si une des exceptions est applicable) à ce moment occuper la même position relativement au contrôle de la société et à la propriété des actions que si cette société rachetait, acquérait ou annulait les actions.

Compte tenu du fait qu'il n'y a pas de marché où les actions de sociétés privées peuvent être transigées, les actionnaires d'une société privée concluent souvent une convention entre actionnaires prévoyant, dans certaines situations, la possibilité de vendre ou d'acheter les actions de la société en cas d'impasse entre actionnaires. Toutefois, le paragraphe 256(1.4) L.I.R. a pour effet indirectement de restreindre considérablement les clauses qui peuvent être prévues à cet effet.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-64R4[21], l'ARC mentionne, par position administrative, qu'elle n'appliquera pas le paragraphe 256(1.4) L.I.R., uniquement en raison de l'existence d'une clause de « droit de premier refus » et/ou d'une clause communément appelée « clause de coercition (*shotgun*) ».

Nous comprenons que généralement les actionnaires de sociétés privées sont réticents à introduire une clause *shotgun* classique dans leurs conventions entre actionnaires, car elle n'offre qu'une opportunité de faire une offre pour la partie déclenchant la clause et qu'une opportunité de faire une contre-offre pour l'autre partie. Par conséquent, les parties n'ont alors pas une véritable occasion de négocier le prix entre eux.

Est-ce que l'ARC accepterait qu'une clause *shotgun* permettant à une des parties de renchérir l'offre de l'autre partie, jusqu'au moment où une des parties cède, soit visée par sa position administrative prévue au paragraphe 37 du *Bulletin d'interprétation* IT-64R4?

---

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : Association et contrôle », 1er novembre 2004, par. 37.

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 37 du *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 mentionne ceci :

> « Bien que le libellé du paragraphe 256(1.4) soit suffisamment général pour comprendre presque n'importe quelle convention d'"achat-vente", ce paragraphe ne s'appliquerait pas uniquement en raison de l'existence de l'un ou l'autre des éléments suivants :
>
> - le "droit de premier refus",
>
> - une clause communément appelée "clause de coercition (*shotgun*)" (un arrangement par lequel un actionnaire offre d'acheter les actions d'un autre actionnaire et que l'autre actionnaire doit, soit accepter l'offre, soit acheter les actions appartenant à la partie qui lui a offert d'acheter les siennes)
>
> contenu dans la convention des actionnaires. »

La clause de coercition décrite au paragraphe 37 du *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 est une clause de coercition conventionnelle et ne cadre pas avec une clause comme celle décrite dans la question.

Nous ne sommes pas disposés à étendre la position administrative précitée à d'autres situations prévues dans les conventions entre actionnaires.

16. DÉCISION *CHARTIER* C. *CANADA*[22] ET PRÉSERVATION DU STATUT D'ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE EN VERTU DE L'ALINÉA 110.6(14)B) L.I.R.

Lors de la table ronde fédérale du Congrès 2006 de l'APFF[23], l'ARC a émis certains commentaires à l'égard de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Chartier*, rendue le 18 avril 2007, semble contredire les commentaires émis par l'ARC à ce moment.

L'ARC entend-elle changer sa position à l'égard de cet alinéa de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et appliquer les conclusions dans l'affaire *Chartier*?

---

22 [2007] A.C.I. n^{o} 113 (ci-après « *Chartier* »).

23 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72.

De plus, la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Chartier* accepte le report d'une transaction par le biais d'offres d'achat-vente sous termes suspensifs (*put/call*), et ce, bien que le tribunal ait été conscient que ce report visait à permettre aux actions de certains actionnaires/vendeurs de se qualifier à titre d'actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »).

L'ARC partage-t-elle les conclusions du tribunal à cet égard?

Réponse de l'ARC

Dans l'affaire *Chartier*, une convention d'achat-vente fut conclue entre l'acheteur et les vendeurs relativement à la vente d'actions de la société Centre funéraire Côte-des-Neiges inc. (ci-après « CFCDN »). La même journée, une convention d'option est intervenue entre l'acheteur et certains actionnaires minoritaires de CFCDN.

Selon le juge Tardif de la Cour canadienne de l'impôt, la question en litige était de savoir si la convention d'option était prévue dans la convention d'achat-vente aux fins de l'exception à l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. et non de savoir si la convention d'option était en elle-même une convention d'achat-vente, comme le démontrent les commentaires suivants :

> « Il est évident qu'un contrat qui aurait pour titre "*Convention d'option*" ne constituerait pas une convention d'achat-vente, par contre, une clause présente dans un contrat à l'effet que l'acheteur et le vendeur s'offre (sic) mutuellement l'option de vendre ou d'acheter les actions restantes pourrait être un "droit prévu par convention d'achat-vente"[24]. »

L'ARC maintient donc la position qu'elle avait énoncée à la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2006 selon laquelle une convention d'option n'est généralement pas considérée comme une convention d'achat-vente aux fins de l'exception prévue à l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R.

Par ailleurs, à la lecture de l'affaire *Chartier*, l'ARC est d'avis qu'il n'est pas clair que la Cour canadienne de l'impôt accepte le report d'une transaction par le biais d'offres d'achat-vente sous termes suspensifs (*put/call*) dans le but de permettre aux actions de l'appelant de profiter du statut d'AAPE.

---

[24] *Chartier*, précité, note 22, par. 51.

17. SENS DE « RÉORGANISATION » AU PARAGRAPHE 84(2) L.I.R.

XCo. est une société publique aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisqu'une catégorie des actions émises et en circulation de son capital-actions est cotée à la Bourse. XCo. exploite deux mines, l'une qui produit du zinc, l'autre de l'or. XCo. désire séparer ses deux mines qui sont en activité dans des marchés très différents. XCo. crée Filiaco et lui transfère sa mine de zinc. Par la suite, XCo. réduit le capital versé des actions émises et en circulation de son capital-actions d'un montant équivalant à la JVM des actions de Filiaco. En guise de paiement pour la réduction du capital versé, XCo. transfère à ses actionnaires les actions qu'elle détient dans le capital-actions de Filiaco qui devient, elle aussi, une société publique aux fins de la loi.

L'ARC estime-t-elle que la réduction du capital versé de XCo. profite du paragraphe 84(2) L.I.R. en considérant l'*obiter* suivant de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *McMullen* c. *La Reine* :

> « The end result was the sale by DEL of capital assets which did not result in the end of its business. Indeed, DEL did not discontinue its business. In my view, this was not a reorganization of the business as contemplated by subsection 84(2) of the *Act*[25]. »?

Réponse de l'ARC

L'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. nécessite l'analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée. Compte tenu du fait que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, il nous apparaît impossible de nous prononcer de manière définitive sur l'application potentielle de cette disposition législative. Nous pouvons tout de même formuler les commentaires généraux suivants.

Dans la décision *McMullen*, le tribunal justifie sa position relativement à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. en soulignant que le résultat final de la transaction analysée était la vente par DEL d'éléments d'actif de nature capital, vente qui n'avait pas entraîné la fin ou la cessation de l'entreprise de DEL[26]. En conséquence, selon le tribunal, il n'y aurait pas de réorganisation de l'entreprise au sens du paragraphe 84(2) L.I.R.

---

[25] 2007 D.T.C. 286 (C.C.I.) (ci-après « *McMullen* »).

[26] *Id*., par. 20.

Le tribunal semble fonder cette conclusion en partie sur la décision *Kennedy* c. *MRN*[27]. Dans la décision *Kennedy*, une société exploitait une entreprise de concessionnaire d'automobiles. Cette société avait vendu l'emplacement où elle exerçait son entreprise à son actionnaire et avait ensuite loué cet emplacement dudit actionnaire. Le tribunal avait alors conclu que le changement du statut de propriétaire à celui de locataire de la société n'était pas suffisant pour constituer une réorganisation d'entreprise. C'est dans ce contexte que le tribunal a établi que la vente d'un élément d'actif de nature capital n'avait pas entraîné la réorganisation de l'entreprise de la société concernée. De l'avis de la Cour, cette vente d'élément d'actif n'avait pas eu de répercussions sur la façon dont l'entreprise était exploitée : la même société continuait d'exploiter la même entreprise de la même manière et dans la même forme. À première vue, la situation prévalant dans l'arrêt *Kennedy* nous semble différente de celle décrite dans la décision *McMullen*, ou encore de celle décrite dans l'énoncé de la présente question.

Le paragraphe 84(2) L.I.R. est applicable lorsque des fonds ou des biens d'une société résidant au Canada sont distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit, aux actionnaires non seulement lors de la liquidation ou de la cessation de l'entreprise de la société, mais également lors de la réorganisation d'une telle entreprise. Selon nous, il ressort clairement de la décision *Kennedy* que la « réorganisation » d'une entreprise est quelque chose de très différent de sa liquidation ou de sa cessation. Il ressort tout aussi clairement de l'arrêt *Kennedy* que l'entreprise d'une société continue lors d'une « réorganisation » d'entreprise. En conséquence, il n'est pas nécessaire pour une entreprise de cesser d'être exploitée afin qu'il y ait une « réorganisation » d'entreprise au sens du paragraphe 84(2) L.I.R. Au contraire, il appert de l'arrêt *Kennedy* que, pour qu'il y ait une « réorganisation » d'entreprise au sens du paragraphe 84(2) L.I.R., l'entreprise de la société visée doit continuer à être exploitée, mais sous une forme différente ou à une échelle différente.

18. CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL LORS D'UNE VENTE D'ACHALANDAGE

Une société qui réalise un gain lors de la vente d'un achalandage doit, de façon générale, s'imposer sur la moitié du gain ainsi réalisé. Une moitié de ce gain est aussi ajoutée au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de la société. Cet ajout ne survient cependant qu'au moment de la

---

[27] 72 D.T.C. 6357 (C.F. 1re inst.); confirmé par 73 D.T.C. 5359 (C.A.F.) (ci-après « *Kennedy* »).

fin de l'année d'imposition de la société dans laquelle la vente a lieu. Il en résulte que le CDC ainsi créé ne peut être versé par la société avant la fin de son année d'imposition.

Le ministère des Finances considère-t-il que ce résultat est approprié? Dans l'affirmative, quelle est la politique fiscale justifiant un traitement différent à ce niveau de la moitié non imposable du gain en capital?

Réponse du ministère des Finances

Sauf erreur, votre question porte sur la différence de traitement fiscal entre la disposition d'immobilisations admissibles et la disposition de biens amortissables. Plus particulièrement, vous voulez savoir pourquoi la fraction non imposable des gains découlant de la disposition d'immobilisations admissibles vient s'ajouter au CDC de la société à la fin de l'année d'imposition alors que, dans le cas de biens amortissables, cette fraction est ajoutée au CDC au moment de la disposition.

Aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les immobilisations admissibles ne sont pas considérées comme étant des immobilisations et elles ne peuvent donc pas donner lieu à un gain en capital au moment de leur aliénation. Les dépenses et les rentrées de fonds relatives aux immobilisations admissibles sont comptabilisées de manière agrégée à la fin de l'année. Bien que les gains réalisés sur les immobilisations admissibles soient imposés au même taux que celui s'appliquant aux gains en capital, le gain découlant d'une disposition ne peut être calculé au moment de celle-ci, car il est impossible de savoir si une dépense en capital admissible sera engagée ultérieurement avant la fin de l'année. En revanche, les biens amortissables sont des immobilisations pour lesquelles les gains sont toujours calculés en fonction du coût des biens aliénés, sans tenir compte des autres biens faisant partie de la même catégorie de biens amortissables.

Il existe une exception dans le cas de certaines immobilisations admissibles à l'égard desquelles un contribuable peut, en vertu du paragraphe 14(1.01) L.I.R., traiter le bien comme s'il s'agissait d'une immobilisation. Cette option n'est autorisée que dans le cas des immobilisations admissibles qui ont clairement un coût distinct et déterminable. C'est pourquoi l'achalandage n'est pas visé par cette exception.

19. IMPÔT DE LA PARTIE VI.1 L.I.R. – DIVIDENDE RÉPUTÉ EXCLU

Selon le paragraphe 191(4) L.I.R., certains dividendes présumés en vertu des paragraphes 84(2) ou 84(3) L.I.R. peuvent être exclus aux fins de l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R., notamment lorsqu'ils sont payés sur des actions privilégiées émises dans le cadre d'une réorganisation, en échange d'actions ordinaires.

Cependant, selon le sous-alinéa 191(4)d)(i) L.I.R., le dividende présumé qui découle du rachat d'une action privilégiée imposable qui a été émise pour une contrepartie qui comprend une autre action privilégiée imposable ne bénéficie plus de cette exclusion. Le dividende sera assujetti à l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. Ainsi, l'action privilégiée émise en échange d'actions ordinaires sera une action exclue, mais si cette action privilégiée est échangée à son tour pour une autre catégorie d'actions privilégiées, l'exclusion ne s'appliquera pas même si la nouvelle catégorie comporte des caractéristiques conformes au paragraphe 191(4) L.I.R.

La même situation se produit si les caractéristiques d'une action privilégiée imposable sont modifiées. Le dividende présumé découlant du rachat d'une action privilégiée dont les caractéristiques ont été modifiées ne sera plus un dividende exclu par l'effet du sous-alinéa 191(4)d)(ii) L.I.R.

Est-ce que le ministère des Finances peut nous expliquer la politique fiscale justifiant l'exclusion, dans le contexte expliqué précédemment, des dividendes présumés qui découlent du rachat d'actions privilégiées imposables qui ont été émises pour une contrepartie qui comprend une autre action privilégiée imposable ou d'actions privilégiées dont les caractéristiques ont été modifiées?

Est-ce que l'ARC considère que des actions ont été émises lorsqu'une société dépose des statuts de modification qui ont pour objet de modifier la description du capital-actions et que les actions privilégiées de catégorie A en circulation deviennent des actions privilégiées de catégorie B ayant les mêmes caractéristiques que la catégorie A?

Réponse du ministère des Finances

Les règles sur les actions privilégiées, telles que celles de l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. et de la non-déductibilité des dividendes sur les actions privilégiées à terme, sont destinées à imposer les dividendes payés sur les diverses actions privilégiées définies dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le paragraphe 191(4) L.I.R. exclut de l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. certains dividendes réputés payés lors du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation d'actions privilégiées imposables. Pour que le paragraphe 191(4) L.I.R. s'applique, les modalités des actions ou une convention portant sur elles doivent, entre autres, préciser le montant payable au moment de leur rachat et le montant payable ne doit pas être supérieur à la JVM des actions.

Les exceptions énoncées aux sous-alinéas 191(4)d)(i) et (ii) L.I.R. visent les sociétés dont **des** actions privilégiées sont en circulation. Elles empêchent ces sociétés de se prévaloir du paragraphe 191(4) L.I.R. et d'échapper ainsi à l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. simplement en substituant aux actions qui ne possèdent pas les caractéristiques requises d'autres qui les ont. La politique fiscale sous-tendant cette approche est simple : le paragraphe 191(4) L.I.R. ne doit pas servir à éviter les conséquences fiscales de l'émission d'actions privilégiées imposables.

Réponse de l'ARC

Votre question se rapporte essentiellement à l'interprétation du droit corporatif pertinent. Généralement, l'ARC considère, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qu'une action donnée du capital-actions d'une société a été émise lorsqu'elle l'a été selon le droit corporatif applicable.

20. PRISE EN COMPTE DE L'IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES DANS LE CADRE D'UN GEL

Dans le contexte d'un gel successoral des actions d'une société privée ayant un solde d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »), serait-il raisonnable dans la détermination de la valeur des actions devant faire l'objet du gel d'actualiser le solde d'IMRTD dans le contexte suivant?

Les lois fiscales actuellement applicables à la société et à l'actionnaire font en sorte que le paiement d'un dividende qui permettrait le remboursement du solde d'IMRTD n'est pas avantageux du vivant de l'actionnaire, mais il serait avantageux dans le règlement de la succession de telle sorte qu'il est raisonnable de s'attendre que l'IMRTD ne sera pas récupéré avant le décès de l'actionnaire.

L'actionnaire est en bonne santé.

L'actualisation tient compte de l'âge de l'actionnaire et de son espérance de vie selon Statistique Canada.

Le taux de rendement utilisé pour l'actualisation est raisonnable.

Réponse de l'ARC

Il existe deux approches pour déterminer la JVM des actions d'une société. En règle générale, la détermination de la JVM est fondée sur le plus élevé de deux montants, soit sa valeur d'exploitation, soit sa valeur de liquidation.

L'approche de la valeur d'exploitation est normalement utilisée lorsque l'entreprise de la société peut être exploitée indéfiniment tout en permettant d'obtenir un rendement raisonnable sur le capital investi. Lorsque l'entreprise concernée ne peut pas être exploitée indéfiniment en raison de la viabilité de celle-ci, alors on doit avoir recours à la valeur de liquidation.

Nous posons comme hypothèse dans la situation donnée que l'entreprise de la société dont les actions font l'objet du gel peut être exploitée indéfiniment et de ce fait que la JVM des actions doit être établie selon l'approche de la valeur d'exploitation.

Lorsqu'est utilisée l'approche de la valeur d'exploitation, chaque élément d'actif hors d'exploitation (ou excédentaire) fait l'objet d'une évaluation basée sur sa valeur de réalisation nette estimée dont le montant est ajouté à la valeur de l'entreprise calculée par ailleurs.

Un élément d'actif hors d'exploitation (ou excédentaire) est par définition un actif qui n'est pas nécessaire à l'exploitation de l'entreprise, qui est superflu ou excédentaire. L'IMRTD ne répond pas à cette définition car, à la rigueur, l'IMRTD n'est qu'un élément d'actif éventuel. Il en est ainsi car le montant de l'IMRTD ne sera recevable que si la société verse un dividende imposable équivalant à trois fois le montant de l'IMRTD et que toutes les conditions de l'article 129 L.I.R. sont remplies. Également, il convient de noter bien entendu que le versement d'un tel dividende pour obtenir un « remboursement au titre de dividendes », au sens du paragraphe 129(1) L.I.R., aura comme conséquence, effectivement, de réduire la valeur totale de l'entreprise.

Pour ces raisons, dans la situation donnée, nous sommes d'avis qu'il ne serait pas approprié de tenir compte de l'IMRTD dans la détermination de la JVM des actions devant faire l'objet du gel.

21. MODALITÉS D'APPLICATION D'UNE CLAUSE DE RAJUSTEMENT DE PRIX

Des personnes qui ont un lien de dépendance (au sens du paragraphe 251(1) L.I.R.) ont conclu un contrat qui inclut une clause de rajustement de prix à l'égard d'un transfert de biens en franchise d'impôt en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. La clause de rajustement de prix remplit toutes les conditions mentionnées au *Bulletin d'interprétation* IT-169[28], afin que l'ARC tienne compte de cet accord, dans l'hypothèse où la JVM établie par l'ARC différerait et prévaudrait sur celle établie par les parties. La contrepartie reçue par le cédant est constituée exclusivement d'actions du capital-actions de la société cessionnaire.

Est-ce que l'ARC invaliderait la clause de rajustement de prix et appliquerait le paragraphe 15(1) L.I.R. si les personnes sont d'avis qu'ils n'ont pas à produire un choix modifié et à payer la pénalité prévue au paragraphe 85(8) L.I.R., parce que les « sommes convenues » et la « description des biens transférés » demeurent inchangées, et les parties ont effectué les corrections exigées par l'ARC concernant le montant de la JVM des biens transférés et la contrepartie reçue par le cédant?

Réponse de l'ARC

Il semble que votre question porte sur l'application de la position de l'ARC mentionnée dans la *Circulaire d'information* 76-19R3 :

> « 26. Le bulletin d'interprétation IT-169, Clauses de rajustement du prix, énonce les conditions auxquelles le Ministère reconnaîtra une clause de rajustement du prix pour les biens transférés dans le cadre d'une transaction avec lien de dépendance. Toutefois, une clause de rajustement du prix ne modifie pas automatiquement un choix fait selon l'article 85. Pour qu'une telle clause ait un effet, vous devez produire un choix modifié conformément au paragraphe 85(7.1). Pour être acceptable, une clause de rajustement du prix doit permettre de rajuster le prix du bien transféré et la contrepartie reçue, non la quantité des biens transférés. Les termes "somme" et "juste valeur marchande" de l'article 85 doivent être compris comme désignant des sommes fixes et précises à la date du transfert, et non comme des formules permettant de déterminer ou de rajuster une somme plus tard. On ne peut utiliser une clause de rajustement du prix pour modifier rétroactivement ces sommes[29]. »

---

[28] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clauses de rajustement du prix », 6 août 1974, par. 1.

[29] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 76-19R3, « Transfert de biens à une société en vertu de l'article 85 », 17 juin 1996, par. 26.

Plus particulièrement, vos préoccupations semblent découler du fait qu'au paragraphe 26 de la circulaire précitée, il est mentionné que pour qu'une clause de rajustement du prix ait un effet, un choix modifié doit être produit conformément au paragraphe 85(7.1) L.I.R.

Dans le cadre de l'examen d'une situation impliquant un gel successoral, l'ARC a récemment pris la position que l'on ne pouvait exiger la production d'un choix modifié (sur le Formulaire prescrit T2057) en vertu du paragraphe 85(7.1) L.I.R. comme condition préalable à la reconnaissance d'une clause de rajustement de prix (qui est considérée valide par ailleurs) et à la non-application de l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R. Dans la situation donnée, l'ARC a conclu qu'elle ne pouvait appliquer l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R. à l'égard du transfert d'actions ordinaires dans le cadre du gel successoral parce que rien ne permettait de croire que l'intention de l'auteur du transfert était de transférer les actions ordinaires à un montant inférieur à leur JVM et d'avantager une personne liée, et l'auteur du transfert et la société avaient effectué les rajustements nécessaires au prix de transfert des actions ordinaires et à la valeur de rachat des actions privilégies du capital-actions de la société sur la base de la JVM déterminée par l'ARC.

Il nous apparaît que la validité d'une clause de rajustement de prix ne dépend pas de la production d'un choix modifié (sur le Formulaire prescrit T2057) en vertu du paragraphe 85(7.1) L.I.R.

La position de l'ARC énoncée au paragraphe 26 de la *Circulaire d'information* 76-19R3 sera révisée à la première occasion, afin de clarifier sa portée.

22. CLAUSES RESTRICTIVES – DÉFINITION DE « SOCIÉTÉ ADMISSIBLE » AU PARAGRAPHE 56.4(1) L.I.R. PROPOSÉ

Le Projet de loi C-33 déposé le 9 novembre 2006 présentait la dernière version de règles concernant les clauses restrictives que l'on retrouve principalement au paragraphe 56.4(1) L.I.R. proposé.

A et B (ils n'ont pas de lien de dépendance entre eux) détiennent par l'entremise de leurs sociétés de gestion, Aco et Bco, en parts égales, les actions d'Opco. Les actifs d'une entreprise d'Opco sont vendus à Aco. Une convention est conclue de sorte qu'Opco, Bco et B s'engagent à ne pas concurrencer Aco à l'égard de l'entreprise acquise par Aco. Aco et Opco n'ont pas de lien de dépendance. Aucune somme n'est versée à Opco, Bco ou B pour avoir accordé la clause de non-concurrence.

Selon ces faits, il apparaît qu'Aco et Opco pourront effectuer le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. faisant ainsi en sorte que le paragraphe 56.4(2) L.I.R. ne s'appliquera pas. Le choix à l'alinéa 56.4(7)h) L.I.R. pourrait aussi être effectué.

Quant à Bco, qui est aussi partie prenante à la convention, la partie du montant qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de la clause de non-concurrence pourrait, en vertu de l'alinéa 68c) L.I.R. proposé, être réputée avoir été reçue par Bco au titre de la clause de non-concurrence et être incluse dans le revenu de Bco en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Puisque Bco n'a pas disposé des actifs et qu'aucune somme ne serait à inclure dans son revenu en vertu du paragraphe 14(5) L.I.R., le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. ne serait pas disponible pour Bco. Toutefois, le choix de l'alinéa 56.4(7)h) L.I.R. et l'application du paragraphe 56.4(8) L.I.R. pourrait faire en sorte de donner application au paragraphe 56.4(5) L.I.R., si toutes les conditions de ces deux dispositions sont remplies. Bco étant identifiée comme le « vendeur » aux fins des paragraphes 56.4(7) et (8) L.I.R., la condition du sous-alinéa 56.4(7)d)(ii) L.I.R. exige que la somme, qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de la clause restrictive, est reçue ou à recevoir par une société qui était une société admissible du vendeur et incluse par cette société dans le calcul du montant pour achalandage.

Nous avons été informés qu'en matière de politique fiscale, dans la présente situation, Opco devrait être une société admissible de Bco. Toutefois, le libellé prévu de la définition de « société admissible » au paragraphe 56.4(1) L.I.R. proposé se lit comme suit :

> « "société admissible" – Est une société admissible d'un contribuable la société canadienne imposable dans laquelle, à la fois :
>
> a) le contribuable détient, directement ou indirectement, des actions du capital-actions;
>
> b) des contribuables avec lesquels le contribuable a un lien de dépendance (déterminé compte non tenu de l'alinéa 251(5)b)) détiennent au total, directement ou indirectement, des actions représentant moins de 10 % du capital-actions émis et en circulation, lesquelles actions ont une juste valeur marchande totale représentant moins de 10 % de celle de l'ensemble des actions émises et en circulation de la société. »

Dans la présente situation, B qui a un lien de dépendance avec Bco détient indirectement plus de 10 % des actions d'Opco faisant ainsi qu'Opco ne serait pas une société admissible de Bco. Par conséquent, le paragraphe 56.4(5) L.I.R. ne pourrait s'appliquer et l'article 68 L.I.R. pourrait

déterminer une somme reçue par Bco qui serait incluse dans le revenu de Bco en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Avant de déterminer si une somme pourrait être incluse par B en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R., le paragraphe 56.4(12) L.I.R. ne semble pas s'appliquer pour apporter un allègement à Bco.

L'article 68 L.I.R. pourrait aussi déterminer une somme reçue par B et de façon similaire Opco ne serait pas une société admissible de B puisque Bco une personne ayant un lien de dépendance avec B détient directement plus de 10 % des actions d'Opco. Une somme pourrait donc être incluse dans le revenu de B en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Le paragraphe 56.4(12) L.I.R. semble pouvoir s'appliquer, mais il n'est pas clair lequel des deux contribuables pourrait bénéficier de l'allègement.

Le ministère des Finances entend-il apporter des modifications à la définition de « société admissible » du paragraphe 56.4(1) L.I.R. proposé?

Réponse du ministère des Finances

Nous allons étudier cette question dans le cadre de notre examen périodique des questions relatives à la politique fiscale.

23. MAJORATION DU COÛT FISCAL D'IMMOBILISATIONS À LA SUITE D'UNE LIQUIDATION – ALINÉAS 88(1)C) ET D) L.I.R.

a) Situation impliquant la restriction du sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R.

Un actionnaire déterminé d'une société, Cibleco, acquiert un bien de cette dernière avant son acquisition de contrôle par un tiers, Achatco, pour une somme en argent. À la suite de l'acquisition de contrôle, à un moment où Cibleco détient toujours la somme reçue pour la disposition du bien, Achatco liquide Cibleco et désire augmenter le coût fiscal des immobilisations de Cibleco en vertu des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. Dans la mesure où l'actionnaire déterminé de Cibleco est considéré avoir acquis le bien en substitution de la somme d'argent versée qui sera un bien distribué à la liquidation de Cibleco, la majoration du coût fiscal recherchée par Achatco pourrait être refusée en vertu du sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R. Toutefois, il a été porté à notre attention qu'il semblerait que selon des discussions informelles avec l'ARC, celle-ci aurait pris comme position que le bien acquis par l'actionnaire déterminé ne serait pas considéré remplacer l'argent détenu par Cibleco.

L'ARC peut-elle confirmer cette affirmation?

b) Clauses permettant d'établir la JVM des actions et bien substitué

Certaines clauses d'une convention d'achat-vente d'actions d'une société causent des incertitudes quant à la disponibilité de la majoration du coût fiscal en vertu des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. Par exemple, l'ARC a déjà confirmé pour les clauses d'*earnout* que dans la mesure où de telles clauses représentaient un réel mécanisme servant à établir la JVM des actions de filiale et non d'obtenir un intérêt économique dans un bien spécifique de la filiale, que cette clause ne serait pas considérée comme un bien substitué au sens de l'alinéa 88(1)c.3) L.I.R. Nous comprenons que l'ARC accepte tout de même d'appliquer ce raisonnement à tout autre type de clause ou de convention qui vise directement ou indirectement à établir la JVM des actions de la filiale (par exemple des clauses restrictives de non-concurrence, des clauses d'indemnité, etc.).

L'ARC peut-elle confirmer l'affirmation ci-dessus?

c) Dividendes versés dans une chaîne de sociétés lors de liquidations successives et application du paragraphe 88(1.7) L.I.R.

Des anomalies peuvent survenir dans le calcul du montant de la majoration disponible en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. compte tenu de la présomption prévue au paragraphe 88(1.7) L.I.R. En effet, l'ARC a décelé depuis un certain temps l'anomalie qui peut faire en sorte d'avoir à considérer des dividendes qui auraient été versés dans une chaîne de sociétés avant l'acquisition de contrôle de cette dernière lors de liquidations successives. Nous comprenons que l'intention de cette règle antiévitement est de contrer l'interposition d'une nouvelle société (ci-après « Nouco ») entre la société mère et la filiale afin d'éviter la réduction du montant de la majoration disponible des dividendes reçus, par ailleurs, par la société mère à un moment où celle-ci et Nouco ne coexistaient pas. En conséquence, nous suggérons que l'intention de la règle ne vise donc pas les dividendes qui auraient été versés avant l'acquisition de contrôle.

L'ARC pourrait-elle indiquer si elle exige que la majoration disponible des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. soit réduite des dividendes versés dans les circonstances décrites ci-dessus avant l'acquisition de contrôle ou permet-elle de ne pas effectuer cette réduction compte tenu des anomalies que cela engendrerait?

Est-ce que le ministère de Finances est d'accord sur le fait que la politique fiscale ne vise pas la situation décrite ci-dessus? Dans l'affirmative, le ministère des Finances envisage-t-il de modifier le libellé du paragraphe

88(1.7) L.I.R. pour corriger cette situation dans les prochains amendements techniques?

d) Réorganisation préacquisition de contrôle et paragraphe 88(1.7) L.I.R.

Dans certaines situations impliquant une réorganisation préacquisition de contrôle, le paragraphe 88(1.7) L.I.R. peut avoir pour effet de donner lieu à l'application du sous-alinéa 88(1)c)(v) L.I.R., rendant ainsi certains biens de la filiale des biens inadmissibles aux fins de la majoration du coût fiscal dans un contexte dont nous comprenons qui n'est pas visé par la politique fiscale de la disposition.

Le ministère des Finances envisage-t-il de modifier le libellé du paragraphe 88(1.7) L.I.R. pour limiter sa portée relativement au sous-alinéa 88(1)c)(v) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

a) Dans la situation décrite à la question a) énoncée ci-dessus, nous comprenons que l'acquisition du bien par l'actionnaire déterminé de Cibleco s'effectuerait dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la liquidation de Cibleco.

Par ailleurs, le sous-alinéa 88(1)c.3)(vii) L.I.R., tel qu'il est proposé, édicte que le bien qu'une personne acquiert en remplacement d'un ou de plusieurs autres biens distribués à la société mère lors de la liquidation ne comprend pas une action du capital-actions d'une société ou une dette dont elle est débitrice, si nulle partie de la JVM de l'action ou de la dette, selon le cas, n'était attribuable, après la liquidation, à un bien distribué à la société mère dans le cadre de la liquidation. En conséquence, dans la mesure où le bien acquis par l'actionnaire déterminé dans la situation décrite à la question a) est une action du capital-actions d'une société ou une dette dont elle est débitrice, il est possible que le sous-alinéa 88(1)c.3)(vii) L.I.R. trouve application. Dans ce cas, l'acquisition d'un tel bien par l'actionnaire déterminé préalablement à l'acquisition de contrôle de Cibleco n'empêcherait clairement pas la majoration du coût fiscal de certains biens appartenant à Cibleco en vertu des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R.

Cependant, il est possible que le bien acquis par l'actionnaire déterminé ne soit pas un bien visé au sous-alinéa 88(1)c.3)(vii) L.I.R. Dans ce cas et dans une situation du type de celle décrite à la question a), l'ARC ne considérerait généralement pas le bien acquis par l'actionnaire déterminé,

préalablement à l'acquisition de contrôle de Cibleco, comme un bien de remplacement relativement à l'argent acquis par Cibleco et distribué à la société mère lors de la liquidation.

b) Dans une interprétation technique[30], l'ARC devait déterminer si une clause d'indexation sur les bénéfices futurs (*earnout clause*) contenue dans un contrat d'achat-vente d'actions constituait un droit qui serait un bien visé au sous-alinéa 88(1)c.3)(i) ou (ii) L.I.R. L'ARC a d'abord souligné que la question de savoir si un bien particulier constituait un « bien substitué » au sens de l'alinéa 88(1)c.3) L.I.R. nécessite généralement l'analyse de tous les faits se rapportant à une situation particulière donnée. Étant donné que les faits relatés dans la demande d'opinion étaient très limités, l'ARC a donc indiqué ne pouvoir déterminer avec certitude si la société mère pouvait se prévaloir de la mécanique de majoration du coût fiscal de certains biens de la filiale prévue au paragraphe 88(1) L.I.R. dans la situation particulière des contribuables impliqués. À titre de commentaire général, l'ARC a cependant indiqué que dans la mesure où une clause d'indexation sur les bénéfices futurs (ou une clause similaire) a clairement pour seul objet d'établir un mécanisme visant à déterminer la JVM des actions du capital-actions de la filiale au moment de son acquisition de contrôle (dans le cas où cette JVM ne peut être autrement déterminée), une telle clause ne serait normalement pas considérée comme un bien visé au sous-alinéa 88(1)c.3)(i) ou (ii) L.I.R. L'ARC a cependant ajouté que cela ne serait pas le cas si une clause d'indexation sur les bénéfices futurs était utilisée comme mécanisme afin de distribuer des montants additionnels fondés sur une disposition future, ou sur la valeur future, d'un bien particulier appartenant à la filiale.

Plus récemment, l'ARC a dû déterminer si diverses clauses de rajustement de prix contenues dans un contrat d'achat-vente d'actions conféraient des droits qui seraient des biens visés au sous-alinéa 88(1)c.3)(i) ou (ii) L.I.R. Un exemple de clause de rajustement de prix est une clause relative aux dettes fiscales de la filiale pour les périodes précédant la date de clôture (ci-après « période préclôture »). Ainsi, le contrat d'achat-vente d'actions analysé stipulait que le prix d'achat des actions du capital-actions de la filiale devait être réduit des dettes fiscales de la filiale pour la période préclôture. À la clôture, les parties procédaient à une estimation des dettes fiscales de la filiale pour la

[30] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 1999-0010965, 31 janvier 2000.

période préclôture. Une partie du prix d'achat correspondant à l'estimation des dettes fiscales de la filiale pour la période préclôture était mise en fidéicommis. Six mois après la date de clôture, les parties devaient déterminer le montant exact des dettes fiscales de la filiale pour la période préclôture. Dans la mesure où il était finalement déterminé que le montant exact des dettes fiscales de la filiale pour la période préclôture était inférieur à la partie du prix d'achat mise en fidéicommis, le solde était remis au vendeur. De manière générale, il s'est avéré que les clauses de rajustement de prix analysées par l'ARC avaient été prévues au contrat d'achat-vente d'actions en raison de l'incertitude existant à l'égard de la détermination du montant exact des dettes de la filiale au moment de son acquisition de contrôle. De telles clauses de rajustement de prix ne permettaient aucunement au vendeur de participer dans le rendement qui aurait été tiré, après la date de clôture, à l'égard d'un ou de plusieurs biens distribués par la filiale lors de sa liquidation. Ces clauses de rajustement de prix permettaient plutôt au vendeur de recevoir un montant correspondant à la JVM des actions du capital-actions de la filiale lors de la clôture de la transaction, au moment où cette valeur est finalement établie avec certitude. Compte tenu de ce qui précède, l'ARC a déterminé que les clauses de rajustement de prix analysées et contenues dans le contrat d'achat-vente d'actions ne conféraient pas des droits qui seraient des biens visés au sous-alinéa 88(1)c.3)(i) ou (ii) L.I.R. Selon l'ARC, la position décrite ci-dessus, relative aux clauses d'indemnité, concorde avec la position prise dans l'interprétation technique E 1999-0010965.

c) Cette question semble faire référence à la problématique suivante. Prenons l'exemple où une société donnée (ci-après « Cibleco ») détiendrait une filiale à 100 % (ci-après « Filiale1 »). Filiale1 détiendrait également une filiale à 100 % (ci-après « Filiale2 »). Enfin, Filiale2 détiendrait des immobilisations dont le coût pourrait faire l'objet d'une majoration en vertu des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. Une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec le groupe corporatif de Cibleco (ci-après « Achatco ») acquerrait la totalité des actions du capital-actions de Cibleco. Cependant, préalablement à l'acquisition de contrôle de Cibleco par Achatco, Filiale2 aurait versé des dividendes imposables à Filiale1, et Filiale1 aurait versé des dividendes imposables à Cibleco.

   Selon un premier scénario, Achatco transférerait les actions du capital-actions de Cibleco à une société nouvellement constituée (ci-après « Nouco »). Cibleco serait d'abord liquidée dans Nouco en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. et Nouco désignerait un montant afin de majorer le coût fiscal des actions du capital-actions de Filiale1. Filiale1 serait

ensuite liquidée dans Nouco en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. et Nouco désignerait un montant afin de majorer le coût fiscal des actions du capital-actions de Filiale2. Enfin, Filiale2 serait liquidée dans Nouco en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. et Nouco désignerait un montant afin de majorer le coût fiscal de certaines immobilisations.

Dans ce premier scénario, nous sommes d'avis que les dividendes versés par Filiale1 à Cibleco seraient techniquement visés par le sous-alinéa 88(1)d)(i.1) L.I.R. relativement à la liquidation de Filiale1 dans Nouco, ce qui réduirait le montant de la majoration du coût fiscal des actions du capital-actions de Filiale2. Ce résultat serait attribuable aux termes du paragraphe 88(1.7) L.I.R. qui édictent que Nouco (la société mère) et Cibleco seraient réputées avoir eu entre elles un lien de dépendance au moment du versement des dividendes. De la même manière, les dividendes versés par Filiale2 à Filiale1 seraient techniquement visés par le sous-alinéa 88(1)d)(i.1) L.I.R. relativement à la liquidation de Filiale2 dans Nouco, ce qui réduirait le montant de la majoration du coût fiscal des immobilisations détenues par Filiale2 au moment de la liquidation. À cet égard, il faut souligner que l'exception à l'application du paragraphe 88(1.7) L.I.R., prévue entre les parenthèses dans cette même disposition législative, ne serait techniquement pas applicable puisque le contrôle de Cibleco et Filiale1 aurait été acquis par Nouco auprès de Achatco, une personne avec laquelle Nouco avait un lien de dépendance. Selon nous, dans la situation décrite ci-dessus, les termes du sous-alinéa 88(1)d)(i.1) L.I.R. et du paragraphe 88(1.7) L.I.R. ne permettent pas une autre interprétation. De plus, l'ARC n'a pas établi, et n'envisage pas d'établir de politique administrative qui permettrait d'ignorer l'impact du sous-alinéa 88(1)d)(i.1) L.I.R. et du paragraphe 88(1.7) L.I.R. dans de telles circonstances. Relativement à ce qui précède, nous vous référons à l'interprétation technique[31] d'octobre 1995 émise par l'ARC.

En terminant, il convient de souligner que la problématique décrite ci-dessus n'existerait pas dans la mesure où Achatco conserverait les actions du capital-actions de Cibleco, au lieu de les transférer en faveur de Nouco. En effet, dans un tel scénario, l'exception à l'application du paragraphe 88(1.7) L.I.R., prévue entre les parenthèses dans cette même disposition législative, serait applicable puisque le contrôle de Cibleco et Filiale1 aurait été acquis par Achatco auprès d'une personne avec laquelle celle-ci n'avait pas de lien de dépendance. En conséquence,

---

[31] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 9513425, 23 octobre 1995.

Achatco (la société mère dans le second scénario) et Cibleco/Filiale1 n'auraient pas, et ne seraient pas réputées avoir eu, entre elles un lien de dépendance au moment du versement des dividendes. Relativement à ce qui précède, nous vous référons à l'interprétation technique E 9028895[32] émise par l'ARC.

Réponse du ministère des Finances

Pour ce qui est des paragraphes c) et d) de l'énoncé de la présente question, le ministère des Finances est au fait de ces préoccupations et il en tiendra compte dans le cadre de son examen périodique des dispositions.

III. CALCUL DU REVENU, DE L'IMPÔT ET DES CRÉDITS

24. AVANTAGE IMPOSABLE SUR OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS À LA SUITE D'UN EFFONDREMENT DE LA VALEUR DE L'ACTION

Un employeur peut mettre en place un régime d'options d'achat d'actions permettant à ses employés d'acquérir ses actions à un prix réduit qui peut même être de 0 $. L'écart entre le prix payé par l'employé afin d'acquérir les actions et la JVM de ses actions au moment de l'achat des actions constitue un avantage d'emploi dont l'imposition est généralement reportée au moment de la vente des actions, et ce, peu importe si les actions deviennent par après sans valeur. Ces règles fonctionnent bien pourvu que les actions conservent leur valeur ou augmentent de valeur jusqu'au moment de la vente des actions et que cette transaction offre dans ce cas un taux d'imposition préférentiel.

Toutefois, dans l'éventualité où les actions perdent subséquemment de leur valeur, les règles ont un effet pervers, car elles ne permettent pas d'appliquer la perte (qui est une perte en capital) contre l'avantage d'emploi dont l'imposition a été reportée au moment de la vente. Ainsi, si les options ont une grande valeur au moment de leur conversion en actions et que les actions perdent subséquemment de leur valeur, l'employé est redevable d'un impôt significatif sur un revenu fictif sans avoir reçu aucune liquidité.

Jusqu'à récemment, les autorités fiscales n'ont pas abordé l'aspect inéquitable de ces règles. Toutefois, les valeurs considérables atteintes par certaines sociétés technologiques durant la période d'enthousiasme

---

[32] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 9028895, 21 mai 1991.

exubérant des marchés financiers pour les sociétés technologiques, et par la suite l'effondrement subséquent ont permis un développement de ce dossier avec le cas d'une soixantaine d'employés de JDS Uniphase.

Notre compréhension des faits (selon la couverture médiatique) est la suivante :

- en 1988, les employés de SDL Optics de la Colombie-Britannique ont reçu des options d'achat d'actions leur permettant d'acquérir des actions de leur employeur au prix de 2,86 $ l'action;

- à la suite de l'acquisition de SDL Optics par JDS Uniphase, la valeur des actions sous-jacentes a excédé 300 $;

- les employés qui ont exercé leur option d'acquérir les actions pour 2,86 $ alors qu'elles valaient plus de 300 $ ont réalisé un gain à titre d'avantage d'emploi dont l'imposition a été reportée au moment de la vente;

- plusieurs employés ont conservé leurs actions et n'ont pas encaissé de gain;

- lorsque ces employés ont disposé de leurs actions, la valeur du titre s'était alors effondrée;

- ces employés se sont donc retrouvés redevables d'impôts significatifs à l'égard de l'avantage d'emploi tout en ayant une perte en capital qui ne leur était d'aucune utilité à court terme;

- plusieurs employés ont dû hypothéquer de nouveau leur maison et(ou) effectuer d'autres types d'emprunts ou d'arrangements pour rembourser leurs créances fiscales; et

- heureux dénouement, un accord d'allégement par l'ARC a été négocié au bénéfice d'une soixantaine d'employés.

Compte tenu du fait que le cas des employés de JDS Uniphase a mis en relief les effets pervers que peuvent avoir les règles actuelles sur l'imposition des options d'achat d'actions accordées aux employés, à savoir une imposition sur un revenu fictif qui, si les sommes en cause sont importantes, peut rendre leur situation financière précaire, le ministère des Finances prévoit-il introduire des modifications techniques venant corriger le problème, par exemple permettre que dans ces cas la perte en capital puisse

être appliquée contre l'avantage d'emploi, et ce, au même taux d'inclusion nette?

Réponse du ministère des Finances

Le ministère des Finances va étudier cette question dans le cadre de son examen périodique des questions relatives à la politique fiscale.

25. CONCILIATION DE CERTAINES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES TRAITANT DE DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Nous aimerions faire un suivi sur certaines interprétations techniques traitant de déductibilité des intérêts émises par l'ARC au cours de la dernière année, que nous avons de la difficulté à concilier avec des interprétations antérieures.

Situation 1 – Remboursement de la portion non admissible *versus* approche au prorata

Dans l'interprétation technique de septembre 2006[33], l'ARC a accepté une approche flexible selon laquelle les remboursements de capital sont appliqués à la portion non admissible d'une marge de crédit qui a été utilisée à la fois à des fins admissibles et non admissibles dans la mesure où l'on pouvait encore faire le lien entre l'argent emprunté et une utilisation admissible. Le résultat d'une telle approche permet donc d'accroître la portion déductible des intérêts payés ou payables.

D'autre part, dans l'interprétation technique de mars 2007[34], on a plutôt utilisé une règle de prorata lorsqu'un emprunt de 300 000 $ a été fait pour acquérir des actions de deux sociétés distinctes (200 000 $ pour la société A et 100 000 $ pour la société B).

---

[33] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0198861E5, 20 septembre 2006.

[34] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0219791E5, 6 mars 2007.

Situation 2 – Réduction du capital versé des actions ne réduisant pas la JVM des actions à un montant moindre que le montant du prêt

Également dans l'interprétation technique de mars 2007[35], l'ARC a fourni son assentiment à la déductibilité des intérêts à l'égard d'une transaction où des actions de la société B, lesquelles avaient été payées à l'origine 100 000 $ par un particulier au moyen d'un emprunt, ont été transférées à la JVM à une autre société, PORTCO, mais en effectuant le choix du paragraphe 85(1) L.I.R. En contrepartie, le particulier a reçu une somme de 100 000 $ en argent (soit le PBR des actions de la société B) et des actions de PORTCO (pour la différence entre 100 000 $ et la JVM des actions de la société B au moment du transfert). Le montant en argent de 100 000 $ reçu de PORTCO sera utilisé par le particulier à des fins personnelles et non pas pour rembourser le solde de l'emprunt ayant servi originalement à l'acquisition des actions de la société B. L'ARC a indiqué qu'en vertu de l'approche flexible, les intérêts sur la quote-part du solde de l'emprunt ayant servi originalement à l'acquisition des actions de la société B continueraient à être déductibles dans la mesure où, essentiellement, la JVM des actions de PORTCO reçues lors du transfert est au moins égale au solde, ou l'excède, de la quote-part de l'emprunt se rattachant aux actions de la société B.

D'autre part, dans l'interprétation technique de mai 2007[36], l'ARC a indiqué que les intérêts cesseraient d'être déductibles sur un emprunt effectué par un particulier dans le cas où la société procède à une réduction du capital versé de ses actions ordinaires pour remettre à l'actionnaire sa mise de fonds originale de 100 000 $ qu'il avait investie en actions ordinaires de ladite société, si le particulier utilisait la somme de 100 000 $ à des fins non admissibles. Pourtant, la JVM des actions ordinaires, après la réduction du capital versé, excéderait alors largement le solde de l'emprunt du particulier.

Nous comprenons que cette dernière interprétation exprime une opinion divergente de celle émise en septembre 1998[37] qui ne faisait que demander

---

35 *Id*.

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-015689, 11 mai 2007.

37 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9817625, 17 septembre 1998.

aux autorités fiscales si la position émise en juin 1993 représentait toujours leur position administrative. Dans l'interprétation technique de 1993, l'ARC indiquait d'ailleurs ceci : « It is our opinion that the interest expense incurred on the borrowing will continue to be deductible, notwithstanding that the PUC of the common shares initially acquired with the borrowed funds has been reduced[38]. »

Dans celle de septembre 1998, l'ARC indiquait plutôt ceci :

> « Dans la situation que vous décrivez, il faut déterminer si l'emprunt est toujours utilisé dans le but de tirer un revenu des actions ordinaires après la réduction du capital versé. Les intérêts sur l'emprunt seront déductibles si les actions sont toujours détenues pour gagner du revenu, et si elles représentent un investissement commercial véritable. Nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un suivi des fonds après la réduction du capital versé en autant que la source de revenus n'a pas été disposée. La question à savoir, si oui ou non, il y a eu une disposition de la source de revenus est une question de fait qui doit être déterminée dans le cadre de chaque situation particulière. »

Nous comprenons que l'interprétation de mai 2007 n'est pas en harmonie avec les interprétations antérieures de l'ARC. À titre d'exemple, l'interprétation de mars 2007 indique clairement, que si l'on procède à un transfert des actions à une société de portefeuille (« à l'externe ») plutôt que par réduction du capital versé (« à l'interne »), il sera possible d'atteindre le résultat permettant la maximisation des intérêts déductibles.

a) L'ARC peut-elle préciser sa position à l'égard des situations 1 et 2 susmentionnées et présenter sa position actuelle à l'égard des interprétations qui y sont mentionnées?

b) L'ARC peut-elle indiquer quelle serait sa position dans la situation suivante (situation 3) : un contribuable fait l'acquisition d'un triplex pour 300 000 $ au moyen de deux emprunts distincts, l'un de 200 000 $ et l'autre de 100 000 $. Il habitera le tiers de la superficie, le reste étant loué à des tierces personnes. Au fil du temps, le contribuable remboursera en priorité l'emprunt de 100 000 $ de façon à tenter de minimiser la portion non déductible des intérêts.

c) En s'appuyant sur l'interprétation de septembre 2006 mentionnée dans la situation 1 qui accepte une approche flexible, l'ARC accepterait-elle que

---

[38] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 931596, 17 juin 1993.

sur un emprunt **unique** se rapportant à un duplex dont la moitié est utilisée à des fins personnelles (l'autre moitié étant louée), le contribuable pourrait considérer avoir remboursé la portion « non admissible » de l'emprunt en premier?

Réponse de l'ARC

a) **Situation 1**

L'ARC a examiné les interprétations en cause et est d'avis qu'il faut utiliser la règle du prorata dans les situations décrites dans lesdites interprétations. Les commentaires énoncés au *Bulletin d'interprétation* IT-533 qui s'appliquent pour le retraçage de l'argent emprunté à des utilisations admissibles ne peuvent pas être utilisés pour déterminer le retraçage du remboursement de l'argent emprunté. Si un individu dispose d'une marge de crédit de 100 000 $ dont 60 000 $ ont été utilisés à des fins personnelles et 40 000 $ pour acquérir des biens productifs de revenu, l'ARC est d'avis que 40 % de la marge de crédit est utilisée pour tirer du revenu et qu'il faut utiliser cette proportion sur le solde de la marge de crédit pour calculer les intérêts qui sont déductibles.

Situation 2

Comme il est indiqué dans l'interprétation technique de mars 2007, notre réponse à cet exemple est basée sur le paragraphe 18 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 qui provient, entre autres, de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée* c. *La Reine*[39]. Dans le cas où un bien acquis avec de l'argent emprunté est remplacé par plus d'un bien, selon l'approche flexible établie dans l'arrêt *Ludco* pour établir un lien, les contribuables peuvent attribuer, à raison d'un dollar pour chaque dollar, l'argent emprunté non remboursé à la valeur des biens de remplacement acquis. Cette opinion est toujours valable.

L'interprétation technique 2005-015689 de mai 2007 constitue un changement de la position de l'ARC. Elle annule et remplace les positions exprimées dans les interprétations techniques 9817625 de septembre 1998 et 931596 de juin 1993. Par conséquent, la position actuelle de l'ARC veut que les intérêts cessent d'être déductibles sur un emprunt effectué par un particulier pour acquérir des actions ordinaires

[39] [2001] 2 R.C.S. 1082 (ci-après « *Ludco* »).

dans le cas où la société procède à une réduction du capital versé desdites actions pour remettre à l'actionnaire sa mise de fonds originale dans les actions, financée avec l'emprunt lorsqu'il utilise le capital remboursé à des fins personnelles.

Les opinions émises dans les interprétations techniques 2007-0219791E5 de mars 2007 et 2005-015689 de mai 2007 sont basées sur les faits et les transactions qui y sont décrits.

b) Nous sommes d'avis que les deux emprunts sont utilisés pour acquérir le même bien dont le tiers sert comme résidence principale tandis les deux tiers permettent d'en gagner un revenu de bien. Dans un tel cas, les intérêts sur la portion (deux tiers) du solde de l'emprunt de 200 000 $ utilisée pour gagner un revenu de bien sont déductibles.

c) Nous sommes d'avis que l'emprunt a été utilisé à la fois à des fins personnelles et pour gagner du revenu dans une proportion de 50/50. Nous avons comme opinion qu'il faut utiliser cette proportion pour calculer les intérêts déductibles jusqu'au remboursement complet de cet emprunt.

26. CLASSIFICATION DE BIENS AMORTISSABLES – ÉQUIPEMENT DE BUREAUTIQUE

La présente question vise à préciser dans quelle catégorie de l'annexe II du *Règlement sur les impôts*[40] certains équipements de bureautique doivent être inclus compte tenu des avancées technologiques, des produits offerts par les fabricants, de l'introduction de la nouvelle catégorie 45 et des développements possibles en matière d'interprétation et de positions administratives de l'ARC sur ce sujet. Notre question se situe dans le contexte d'entreprises qui utilisent des équipements de bureautique pour leur fonctionnement interne et qui ne sont pas des fournisseurs d'infrastructures informatiques. De plus, nous posons comme hypothèse qu'aucun choix fiscal n'est fait à l'égard de ces équipements.

Il est rappelé qu'à la suite du budget fédéral du 23 mars 2004, une nouvelle catégorie 45 a été introduite permettant d'amortir au taux dégressif de 45 % certains équipements informatiques et systèmes d'exploitation; une catégorie 46 a également été introduite à l'égard de certains équipements réseau non compris dans la catégorie 45. Il est également rappelé qu'avant de

[40] R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

déterminer dans quelle catégorie un bien doit être capitalisé, il y a lieu de déterminer s'il ne s'agit pas d'une dépense courante.

a) Dépense courante *versus* dépense en capital

Dans leur stratégie de mise en marché, plusieurs fabricants d'équipement de bureautique vendent à petit prix leurs produits et haussent les prix des fournitures qui en assurent le fonctionnement. Par exemple, une imprimante pourrait être vendue à 80 $ et la cartouche d'encre à 85 $. Dans des cas similaires, l'ARC serait-elle d'avis que le bien acquis est une dépense courante?

b) Imprimante

Nous comprenons que l'ARC considère que les imprimantes reliées à un ordinateur acquis après le 22 mars 2004 font partie de la catégorie 45 compte tenu du libellé de la catégorie qui prévoit « y compris le matériel auxiliaire de traitement de l'information »; ainsi, l'ARC a émis une interprétation technique[41] à cet effet, avant que la catégorie 45 ne soit introduite au *Règlement de l'impôt sur le revenu*[42]. L'ARC peut-elle confirmer que son opinion est toujours la même depuis l'ajout de la catégorie 45 au règlement?

c) Périphérique lié par réseau sans fil

Dans l'interprétation technique susmentionnée, un critère retenu par l'ARC est que le périphérique doit être branché à l'ordinateur. L'ARC peut-elle confirmer qu'il n'est pas requis d'avoir un lien par câble, c'est-à-dire qu'un lien utilisant une technologie sans fil serait satisfaisant?

d) Scanneur

Aux fins de notre question, nous décrivons un scanneur comme un périphérique lié à un ou plusieurs ordinateurs permettant de numériser des documents afin de les sauvegarder sous forme de fichier informatique, et ainsi en permettre le traitement et la transmission. De façon générale, le scanneur est contrôlé directement par un ordinateur. L'ARC peut-elle nous indiquer si elle considère qu'un scanneur entre dans la définition de « y

---

41 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0112331E5, 22 février 2006.

42 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

compris le matériel auxiliaire de traitement de l'information » (notre soulignement), et à ce titre, fait partie de la catégorie 45?

e) Imprimante avec autres fonctions (le « tout en un »)

Les fabricants d'équipement informatique ont introduit des appareils « tout en un » où certaines fonctions accessoires sont ajoutées à la fonction imprimante, par exemple, une fonction scanneur, une fonction télécopieur et une fonction photocopie.

L'ARC peut-elle nous indiquer si elle considère que les imprimantes du type « tout en un » peuvent être incluses dans la catégorie 45, soit à titre de « matériel auxiliaire de traitement de l'information » (notre soulignement) et/ou s'il y a une fonction inadmissible que celle-ci ne vienne pas disqualifier l'inclusion dans la catégorie 45, compte tenu du fait que la fonction inadmissible est une fonction accessoire à l'utilisation principale et que cette fonction accessoire est à la fois sporadique et à petit volume?

f) Photocopieurs modernes

Il y a quelques années, les photocopieurs de bureau offraient peu d'options (par exemple nombre de copies, choix entre le format lettre ou légal). Toutefois, les nouveaux photocopieurs reliés aux ordinateurs offrent de nombreuses options telles qu'ils peuvent être utilisés comme imprimantes à partir d'un réseau informatique, ils permettent de numériser des documents et de les acheminer par courriel à l'usager, ils rendent possible la manipulation des images et des formats, ils fournissent à l'utilisateur des renseignements sur le processus de copie, etc. En conséquence, l'ARC est-elle d'avis que ces photocopieurs modernes, tels qu'ils sont décrits ci-dessus, puissent correspondre à la définition de « matériel auxiliaire de traitement de l'information » (notre soulignement) et être classifiés ainsi à la catégorie 45 plutôt que d'être inclus par défaut dans la catégorie 8?

g) Télécopieur moderne

Nous comprenons que les anciens télécopieurs qui n'étaient pas reliés à un système informatique étaient inclus par défaut dans la catégorie 8. Des développements technologiques font en sorte que certains nouveaux télécopieurs sont reliés aux ordinateurs des usagers. Par exemple, durant les heures de bureau, ils acheminent les télécopies entrantes à la réceptionniste qui les réachemine aux récipiendaires par courriel, et à l'extérieur des heures de bureau ces télécopieurs impriment les documents reçus.

h) Système téléphonique

Nous comprenons que les anciens systèmes téléphoniques n'étaient pas considérés par l'ARC comme des systèmes de traitement universel de l'information et devaient être inclus dans la catégorie 8 par défaut compte tenu du fait qu'il s'agissait d'équipement à vocation unique et qu'ils n'étaient pas reliés au système informatique.

Nous portons à l'attention de l'ARC que certains nouveaux systèmes téléphoniques sont intégrés aux postes de travail informatiques des usagers et ont des fonctions telles que la composition des numéros à partir de l'ordinateur, la gestion de la boîte vocale à partir de l'ordinateur, etc. Compte tenu de ces développements technologiques, l'ARC considère-t-elle que ces nouveaux systèmes téléphoniques peuvent être considérés comme du « matériel auxiliaire de traitement de l'information » (notre soulignement) et être classifiés ainsi à la catégorie 45 plutôt que d'être inclus par défaut dans la catégorie 8?

Réponse de l'ARC

a) Le *Bulletin d'interprétation* IT-128R[43] fournit les lignes directrices suivantes afin de déterminer si une dépense est de nature courante ou de nature capital :

- La dépense est-elle effectuée afin de créer un avantage durable ou est-elle engagée pour remplacer un article dont la durée de vie est relativement courte?

- La dépense est-elle engagée afin de restaurer un bien à son état original ou plutôt pour l'améliorer sensiblement par rapport à ce qu'il était à l'origine?

- La dépense est-elle engagée pour réparer une partie d'un bien ou pour acquérir un bien qui constitue en soi un bien distinct?

- Quelle est la valeur de la dépense par rapport à la valeur du bien entier?

[43] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-128R, « Déduction pour amortissement – Biens amortissables », 21 mai 1985, par. 4.

- S'agit-il de l'acquisition d'un bien usagé qui nécessite des réparations pour le remettre en bon état?

- Les réparations sont-elles faites en prévision de la vente du bien ou comme condition de cette vente?

Tel qu'il est indiqué dans une interprétation technique[44], l'ARC est d'avis que le montant d'une dépense n'est pas un facteur déterminant en soi. En outre, l'ARC croit que cet élément devrait seulement être considéré lorsqu'il n'est pas autrement possible de déterminer si une dépense est de nature courante ou de nature capital. De la même façon, l'ARC n'a pas établi de seuil ou de montant minimum à partir duquel une dépense serait considérée comme étant de nature capital, cette détermination est celle de fait qui dépend des circonstances particulières de chaque situation. Par exemple, le fait que de l'équipement informatique soit acquis pour un montant minime ne signifie pas en soi qu'il s'agisse d'une dépense de nature courante.

Selon l'ARC, le fait que du matériel informatique soit considéré comme de l'équipement (*hardware*) ou comme une fourniture (*accessories*) n'est pas pertinent afin de déterminer la nature de la dépense. Cette détermination doit être effectuée uniquement à partir des critères généralement applicables mentionnés ci-dessus.

b) La catégorie 45 s'applique au matériel électronique universel de traitement de l'information et au logiciel de système connexe et au « matériel auxiliaire de traitement de l'information », sous réserve des exceptions applicables aux alinéas a) à d) de cette catégorie.

À la lumière du sens ordinaire du mot « auxiliaire », l'ARC est d'avis que l'expression « matériel auxiliaire de traitement de l'information » désigne de l'équipement ou du matériel de soutien à du matériel électronique universel de traitement de l'information.

De façon générale, l'ARC a comme opinion que de l'équipement dont l'essentiel de la valeur réside dans ses composantes technologiques (par exemple, le processeur) doit être inclus à la catégorie 45 puisque cet équipement risque de se déprécier rapidement. À l'opposé, de l'équipement dont l'essentiel de la valeur réside principalement dans ses

---

[44] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0070211E5, 16 juillet 2004.

composantes mécaniques sera inclus dans la catégorie 8. Aux termes d'une interprétation technique[45], l'ARC suggère certaines approches pouvant être utilisées aux fins de déterminer si un équipement peut faire l'objet ou non d'une classification à la catégorie 45 :

- faire l'analyse du fonctionnement des parties composantes d'un équipement et déterminer si sa valeur principale se rattache plutôt à ses composantes technologiques ou à ses composantes mécaniques;

- effectuer une classification selon la capacité de l'équipement en fonction des critères de l'industrie. Par exemple, une imprimante à **petite capacité** est susceptible de se déprécier plus rapidement qu'une imprimante à **moyenne** ou à **grande capacité** dont la valeur et l'utilisation de l'équipement se rattachent principalement à ses composantes mécaniques;

- le terme « universel » utilisé dans l'expression « matériel universel de traitement de l'information » doit être considéré lorsqu'on tente de déterminer si un équipement peut être classé dans la catégorie 45. Un équipement dont les caractéristiques et l'utilisation en font de l'équipement « spécialisé » (par opposition à « universel ») ne peut être inclus.

Dans la mesure où une imprimante constitue du matériel auxiliaire de traitement de l'information, l'ARC confirme que cet équipement serait inclus à la catégorie 45 du règlement.

c) L'ARC est d'avis que le type de branchement utilisé, qu'il s'agisse d'une connexion sans fil ou d'un lien par câble, n'est pas un facteur déterminant en soi aux fins de savoir si de l'équipement constitue du matériel auxiliaire de traitement de l'information.

d), e) et f) L'ARC est d'avis que les commentaires indiqués au paragraphe b) de la question concernant les imprimantes reliées à un ordinateur sont également applicables aux questions d), e) et f), sous réserve des exceptions prévues aux alinéas a) à d) de la catégorie 45.

---

[45] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-016333117, 10 mai 2007.

g) En ce qui concerne le télécopieur moderne, nous avons précisé certains des nouveaux produits les plus fréquemment utilisés sur le marché utilisant les développements technologiques que vous décrivez dans votre question, soit le fax Internet (FoIP) et le télécopieur modem.

   À notre avis, le fax Internet (FoIP) et le télécopieur modem sont exclus de la catégorie 45 en raison de l'alinéa b) qui a pour effet d'exclure les appareils qui sont utilisés principalement à titre d'équipements de contrôle des communications électroniques. Nous sommes également d'avis que le fax Internet (FoIP) est exclu de la catégorie 46 puisque l'alinéa d) de la définition de l'expression « matériel d'infrastructure pour réseaux de données » vient exclure, entre autres, les télécopieurs. L'ARC est d'avis que ces deux types de biens doivent être inclus à la catégorie 8 par l'effet de l'alinéa i).

h) En ce qui concerne le téléphone moderne, nous avons précisé certains des nouveaux produits les plus fréquemment utilisés sur le marché utilisant les développements technologiques que vous décrivez dans votre question, soit le téléphone IP (VoIP) et le téléphone Skype.

   De façon générale, le téléphone IP (VoIP) n'est pas inclus à la catégorie 45 en raison de l'exception mentionnée au paragraphe b) qui exclut les appareils qui sont utilisés principalement à titre d'équipements de contrôle des communications électroniques. Nous sommes également d'avis que le téléphone IP (VoIP) est exclu de la classification à la catégorie 46 puisque l'alinéa d) de la définition de l'expression « matériel d'infrastructure pour réseaux de données » vient exclure, entre autres, le matériel de réseau qui consiste en du matériel d'utilisateur final, y compris les appareils téléphoniques. L'ARC est d'avis que ce bien doit être inclus à la catégorie 8(i).

   Quant au téléphone Skype, dans la mesure où ce logiciel constitue un logiciel d'application, par opposition à un logiciel de système, l'ARC est d'avis qu'il doit être inclus à la catégorie 12.

27. TRAITEMENT FISCAL APPLICABLE À UN SYSTÈME DE NAVIGATION AUTOMOBILE UTILISÉ À DES FINS D'AFFAIRES (GPS)

Les manufacturiers d'automobiles offrent en option pour plusieurs modèles des systèmes de navigation (communément connus sous le nom de « GPS » (acronyme de *Global Positioning System*)) à la location ou l'acquisition d'une voiture. En effet, les prix d'acquisition des GPS ont beaucoup diminué et il est prévisible qu'ils deviennent un équipement de

série chez plusieurs manufacturiers. D'autre part, des fabricants d'équipement électronique offrent en pièce de remplacement un GPS qui peut se substituer à une radio d'origine et être ainsi intégré au tableau de bord d'un véhicule. Des modèles portatifs d'un véhicule à l'autre sont également offerts et se fixent au tableau de bord par une ventouse ou autre attache. (Il y a également des modèles complètement portatifs qui peuvent être utilisés, peu importe le mode de transport, ainsi que des GPS offerts en option sur certains téléphones cellulaires et ordinateurs portatifs; toutefois, ces GPS ne font pas partie de notre question.)

Plusieurs raisons d'affaires viennent appuyer l'utilisation d'un GPS, notamment permettre de mieux respecter les rendez-vous et l'horaire de déplacement, l'utilisation plus efficace du temps et des ressources employées, la réduction du temps utilisé pour s'enquérir des directions à prendre et du manque de communication à cet égard, etc. et, de façon générale, une augmentation de la productivité.

Nous comprenons que l'ARC n'a pas encore eu l'occasion de faire connaître sa position à l'égard du traitement fiscal applicable aux GPS d'automobiles; nous aimerions donc obtenir les précisions suivantes à l'égard des GPS acquis ou loués à des fins d'affaires.

1) L'ARC serait-elle prête à accepter, à moins qu'il ne soit question d'un GPS fort dispendieux, de façon générale, qu'il ne s'agisse pas d'un bien amortissable et que dans le cas de pièces de remplacement, il s'agisse dans tous les cas d'une dépense courante?

2) L'ARC peut-elle nous confirmer que l'acquisition de mise à jour de cartes routières sur support informatique est une dépense courante?

3) Dans la situation où l'automobile est utilisée en partie à des fins personnelles, si le GPS est acquis uniquement à des fins d'affaires, peut-on réclamer, selon le cas, 100 % de la dépense, 100 % des frais d'amortissement ou 100 % des frais de location sans appliquer le prorata pour utilisation personnelle du véhicule?

4) Pourvu que le coût du GPS soit repérable, le traitement fiscal serait-il le même si le GPS est une option offerte par le manufacturier, une pièce de remplacement ou un GPS d'automobile portatif?

5) L'ARC considère-t-elle que le GPS doit être inclus dans les plafonds applicables à la dépense de location d'une automobile ou qu'on doit le

capitaliser au plafond applicable au montant amortissable de la catégorie 10.1?

Réponse de l'ARC

1) Afin de déterminer si une dépense est de nature capital ou de nature courante, la jurisprudence a élaboré les critères suivants qui sont repris au paragraphe 4 du *Bulletin d'interprétation* IT-128R :

   - La dépense est-elle effectuée afin de créer un avantage durable ou est-elle engagée pour remplacer un article dont la durée de vie est relativement courte?

   - La dépense est-elle engagée afin de restaurer un bien à son état original ou plutôt pour l'améliorer sensiblement par rapport à ce qu'il était à l'origine?

   - La dépense est-elle engagée pour réparer une partie d'un bien ou pour acquérir un bien qui constitue en soi un bien distinct?

   - Quelle est la valeur de la dépense par rapport à la valeur du bien entier?

   - S'agit-il de l'acquisition d'un bien usagé qui nécessite des réparations pour le remettre en bon état?

   - Les réparations sont-elles faites en prévision de la vente du bien ou comme condition de cette vente?

   Dans la situation présentée, il est nécessaire de déterminer si le GPS constitue un bien en soi ou s'il fait partie intégrante du véhicule automobile dans lequel il est installé. Dans le cadre de cette détermination, et conformément à certaines interprétations techniques[46], l'ARC considérera les éléments suivants :

   - Le GPS est-il fixé au châssis de l'automobile d'une manière à devenir une partie intégrante de celui-ci?

---

[46] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques F 2002-0132395, 6 novembre 2002 et E 9401872, 6 avril 1994.

- Le GPS peut-il être détaché du châssis de l'automobile?

- Dans quelle mesure le GPS a-t-il été conçu pour demeurer sur le châssis de l'automobile?

S'il est déterminé qu'un GPS est partie intégrante d'un véhicule automobile, l'ARC sera d'avis que le coût de l'automobile – englobant le coût du GPS – sera inclus dans la catégorie 10 ou 10.1 de l'annexe II R.I.R.

Si le GPS constitue un bien distinct du véhicule automobile dans lequel il est installé, l'ARC confirme qu'il est nécessaire de déterminer si le coût du GPS représente une dépense courante ou une dépense de nature capital à la lumière des six critères énoncés au *Bulletin d'interprétation* IT-128R. Dans la situation où un GPS est acquis en remplacement d'un GPS faisant déjà partie intégrante d'un véhicule automobile, nous sommes d'avis qu'une telle acquisition constituerait une dépense courante qui aurait pour but de restaurer l'automobile (ou une partie de celle-ci) à son état d'origine. Toutefois, si un véhicule usagé est acquis et que le GPS qui s'y trouve est défectueux et est par la suite remplacé, la politique de l'ARC – telle qu'elle est énoncée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-128R – veut que le coût de remplacement du GPS constitue une dépense de nature capital.

2) La question de savoir si l'acquisition d'une mise à jour de cartes routières offerte sur support informatique (de type DVD par exemple) est une dépense de nature capital ou une dépense de nature courante est une question de fait qui doit être résolue à la lumière des critères énoncés dans le *Bulletin d'interprétation* IT-128R et repris précédemment. La position de l'ARC veut que l'acquisition d'une mise à jour de cartes routières pour GPS couvrant les mêmes territoires soit généralement une dépense courante.

3) Si le GPS fait partie intégrante de l'automobile dans laquelle il est installé, aux fins du calcul de la déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») ou des frais de location déductibles, l'ARC est d'avis que le prorata sera appliqué sur la DPA calculée sur la base du coût total de l'automobile munie du GPS même si celui-ci n'est utilisé qu'à des fins d'affaires.

Si le GPS constitue un bien distinct du véhicule dans lequel il est installé, il revient au contribuable de démontrer que le GPS n'est utilisé qu'à des

fins de gagner du revenu d'entreprise ou de bien et non à des fins personnelles.

4) Aux fins de déterminer si le coût d'un GPS constitue une dépense courante ou en capital et, le cas échéant, la catégorie d'amortissement à utiliser, l'ARC est d'avis que le fait que le coût du GPS soit repérable n'est pas un critère pertinent. Nous vous référons à la réponse fournie à la question 1) ci-dessus pour plus de détails.

5) Lorsque le GPS fait partie intégrante de l'automobile dans laquelle il est installé, l'ARC est d'avis qu'aux fins du plafond applicable à la dépense de location d'une automobile prévu à l'article 7307 R.I.R. et de la catégorie 10.1, le coût de l'automobile inclura le coût du GPS.

28. TAUX D'IMPOSITION DES COOPÉRATIVES

La société A est constituée en vertu de la *Loi sur les coopératives*[47] du Québec. La société répond à la définition de « société coopérative » prévue au paragraphe 136(2) L.I.R. Le paragraphe 136(1) L.I.R. stipule que la société coopérative est réputée ne pas être une société privée, sauf pour l'application des articles 15.1, 125, 125.1, 127, 152, 157 ainsi que celle de l'article 123.4 L.I.R., selon les modifications proposées dans le Projet de loi C-33 que la Chambre des communes a adopté le 15 juin 2007. En admettant que la société ne soit associée à aucune autre société et que son capital soit inférieur à 10 M$, nous aimerions valider le taux d'imposition applicable à divers types de revenus décrits ci-dessous, selon les taux présentement en vigueur.

a) Revenu d'entreprise exploitée activement (ci-après « REEA ») inférieur à 400 000 $

Nous comprenons que la société a droit à la DPE de 16 % prévue au paragraphe 125(1) L.I.R. et que le taux d'imposition fédéral est de 13,12 % sur son REEA au Canada, inférieur à 400 000 $.

b) REEA supérieur à 400 000 $

Nous comprenons que la société a droit à la déduction d'impôt générale de 7 % prévue au paragraphe 123.4(2) L.I.R. et que le taux d'imposition fédéral est de 22,12 % sur son REEA supérieur à 400 000 $.

---

[47] L.R.Q., c. C-67.2.

c) Revenu de dividende d'une société canadienne imposable

Nous comprenons que l'impôt de la Partie IV du paragraphe 186(1) L.I.R. n'est pas applicable à une société coopérative compte tenu du fait qu'elle n'est pas une société privée aux fins de cette partie et que la définition de « société assujettie » au paragraphe 186(3) L.I.R. exclut une société privée. Nous comprenons également que le dividende est déductible du revenu imposable en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Par conséquent, le taux d'imposition sur un dividende reçu d'une société canadienne imposable est de 0 %.

d) Revenu de biens (intérêts)

Nous comprenons que la société n'est pas assujettie à l'impôt remboursable sur le revenu de placement au taux de 6 % prévu à l'article 123.3 L.I.R. Nous comprenons également que la société n'a pas droit à la déduction d'impôt générale de 7 % prévue à l'alinéa 123.4(2) L.I.R. Par conséquent, le taux d'imposition fédéral sur du revenu d'intérêt gagné par la société coopérative est de 22,12 %.

Réponse de l'ARC

Une société qui se qualifie à titre de « société coopérative » selon la définition de cette expression au paragraphe 136(2) L.I.R. et qui est tout au long d'une année d'imposition une SPCC peut réclamer la DPE, calculée selon le paragraphe 125(1) L.I.R., dans le calcul de son impôt payable par ailleurs pour l'année en vertu de la Partie I L.I.R.

Également, une telle société peut en vertu du paragraphe 123.4(2) L.I.R. déduire de l'impôt payable par ailleurs pour l'année en vertu de la Partie I L.I.R., le produit de la multiplication du pourcentage de réduction du taux général qui lui est applicable pour l'année, par son revenu imposable à taux complet pour l'année déterminé à l'alinéa b) de la définition de cette expression au paragraphe 123.4(1) L.I.R.

Finalement, aucun montant ne s'ajoute à l'impôt payable par ailleurs pour l'année en vertu de la Partie I L.I.R. selon l'article 123.3 L.I.R. et aucun montant d'impôt en vertu de la Partie IV L.I.R. n'est payable par une telle société.

29. NON-RÉDUCTION DES DÉPENSES DE RS & DE À L'ÉGARD DES CRÉDITS D'IMPÔT RELATIFS AUX DÉPENSES DE MAIN-D'ŒUVRE D'UN CENTRE DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE ET D'UN CENTRE MULTIMÉDIAS DU QUÉBEC

De façon générale, une dépense de RS & DE admissible au crédit d'impôt à l'investissement fédéral (ci-après « CII ») doit être réduite de toute forme d'aide qui lui est attribuable. Ainsi, selon l'alinéa 37(1)d) L.I.R. et le paragraphe h) de la définition de « dépense admissible » au paragraphe 127(9) L.I.R. ainsi que selon les paragraphes 127(18) à (20) L.I.R., le compte de dépenses de RS & DE déductibles et les dépenses admissibles au CII doivent être réduits de tout montant d'aide gouvernementale ou non gouvernementale. L'ARC a fait connaître à plusieurs égards sa position concernant ces règles dans la *Politique d'application* RS & DE 2005-02[48]. Nous souhaitons toutefois avoir une confirmation sur un sujet non traité de façon spécifique dans ce document, à savoir que les crédits d'impôt du Québec relatifs aux dépenses de main-d'œuvre d'un centre de la nouvelle économie (ci-après « CNE ») et d'un centre multimédias (ci-après « multimédias ») ne viennent pas réduire les dépenses admissibles au CII.

En ce qui concerne la *Loi sur les impôts* du Québec et des modifications qui lui sont proposées, des restrictions ont été introduites de telle sorte qu'il n'est pas possible de réclamer plus d'un crédit d'impôt à l'égard d'une même dépense. Ainsi, il n'est pas possible de réclamer des crédits d'impôt du Québec à l'égard des dépenses de main-d'œuvre d'un CNE ou à l'égard des dépenses de main-d'œuvre de multimédias si le crédit d'impôt du Québec relatif aux salaires de RS & DE est réclamé sur ces dépenses de main-d'œuvre. Ainsi, l'effet de la *Loi sur les impôts* du Québec est d'effectuer une démarcation entre l'aide qui est accordée aux dépenses de RS & DE et celle accordée aux dépenses qui ne sont pas de la RS & DE. Nous précisons également qu'aucun CII n'est réclamé sur les dépenses de main-d'œuvre auxquelles les crédits de main-d'œuvre de CNE et de multimédias sont réclamés.

En conséquence, l'ARC pourrait-elle confirmer que les crédits d'impôt du Québec relatifs aux dépenses de main-d'œuvre d'un CNE ou aux dépenses de main-d'œuvre de multimédias n'ayant pas trait à des dépenses

---

[48] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS & DE 2005-02, « Règles générales concernant le traitement de l'aide gouvernementale et de l'aide non gouvernementale », 28 octobre 2005.

de main-d'œuvre de RS & DE ne viennent pas réduire la dépense admissible au CII?

Réponse de l'ARC

La question que vous posez est actuellement à l'étude. C'est le seul commentaire que nous pouvons formuler pour le moment.

30. FIDUCIE POUR L'ENVIRONNEMENT

X Co. est une société qui gère une entreprise exploitant des sites d'enfouissement qu'elle possède. Par le biais d'un décret adopté en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[49], le gouvernement du Québec accorde à X Co. le droit d'exploiter un nouveau site d'enfouissement à la condition de verser des sommes dans une fiducie pour la restauration de ce site à la fin de la période d'exploitation de celui-ci.

a) L'ARC considère-t-elle que le « maintien de la fiducie [est] […] prévu […] par une loi fédérale ou provinciale » aux fins de la définition de « fiducie pour l'environnement admissible » au paragraphe 248(1) L.I.R.?

b) Dans la mesure où la fiducie ne constituerait pas une fiducie pour l'environnement admissible aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, X Co. pourrait-elle déduire les montants versés annuellement à la fiducie sur la base de l'alinéa 20(1)m) L.I.R.?

c) Les revenus de placement d'une fiducie pour l'environnement admissible sont composés d'intérêts sur des placements décrits à l'un des alinéas a), b) et f) de la définition de « placement admissible » prévue à l'article 204 L.I.R., et ce, conformément à l'alinéa e) de la définition de « fiducie pour l'environnement admissible » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. Le revenu net d'intérêts gagnés par la fiducie est attribué à X Co. sur la base de l'alinéa 107.3(1)a) L.I.R. Ce revenu net constitue-t-il du revenu d'entreprise ou du revenu de bien aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? Dans la mesure où il s'agit de revenu de bien, ce revenu génère-t-il pour X Co. de l'IMRTD en vertu du paragraphe 129(3) L.I.R.?

---

[49] L.R.Q., c. Q-2 (ci-après « L.Q.E. »).

Réponse de l'ARC

En général, une fiducie qui serait constituée par une personne qui exploite une nouvelle installation d'élimination de matières résiduelles qu'elle possède, en raison de l'application par le gouvernement de la province de Québec de l'exigence prévue à l'article 56 L.Q.E., constituerait une fiducie dont le maintien est prévu par une loi provinciale aux fins de l'application de la définition de « fiducie pour l'environnement admissible » au paragraphe 248(1) L.I.R.

Nous ne pouvons nous prononcer concernant l'application de l'alinéa 20(1)m) L.I.R. à l'égard d'une situation hypothétique pour laquelle nous n'avons pas suffisamment de faits.

En ce qui concerne le dernier élément de la question, nous sommes d'avis qu'en général, un revenu d'intérêt attribué à une société en raison de l'alinéa 107.3(1)a) L.I.R. pourrait être considéré comme un revenu qui se rapporte directement ou accessoirement à son entreprise aux fins du calcul du « revenu de la société pour l'année provenant d'une entreprise exploitée activement » au sens de la définition prévue au paragraphe 125(7) L.I.R.

De plus, nous sommes d'avis qu'en général, un tel revenu ne pourrait être pris en compte aux fins de l'IMRTD en raison du sous-alinéa b)(i) de la définition de « revenu » au paragraphe 129(4) L.I.R. qui prévoit que le revenu d'une société tiré d'une source qui est un bien ne comprend pas le revenu tiré d'un bien qui se rapporte directement ou accessoirement à une entreprise qu'elle exploite activement.

31. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS

M. X est l'unique propriétaire et dirigeant d'ACo, une société offrant des services de gestion. ACo emploie trois personnes en plus de M. X. ACo a aussi ses propres locaux et ses immobilisations. BCo, une société canadienne sans lien de dépendance avec ACo, signe une entente avec cette dernière en vertu de laquelle ACo fournira à BCo des services de gestion (ci-après « Entente »). L'Entente prévoyait que BCo remboursera ACo pour ses dépenses d'exploitation et s'assurera qu'ACo réalise un profit. L'Entente inclut aussi une clause d'exclusivité en vertu de laquelle M. X et ACo s'engagent à rendre des services de gestion uniquement à BCo pour une période de cinq ans. En contrepartie de la signature de la clause d'exclusivité, BCo verse à ACo à la date de la signature de l'Entente une somme de 1,5 M$. Toutefois, l'Entente prévoit que si M. X et(ou) ACo

contreviennent à la clause d'exclusivité, la somme de 1,5 M$ devra être remboursée à BCo comme suit :

- si la violation de la clause survient dans les deux ans de la signature de l'Entente, ACo devra rembourser 100 % du montant;

- si la violation de la clause survient après trois ans, Aco devra rembourser 75 % du montant;

- si la violation de la clause survient après quatre ans, mais avant la période de cinq ans, Aco devra rembourser 25 % du montant.

1) Clause d'exclusivité

Quelles sont les conséquences fiscales relatives au paiement (BCo), à la réception (ACo) et au remboursement, s'il y a lieu, du montant de 1,5 M$ versé par BCo à ACo?

2) Entreprise de prestation de services personnels

L'ARC considère-t-elle qu'ACo exploite une entreprise de prestation de services personnels telle qu'elle est définie au paragraphe 125(7) L.I.R. malgré le fait qu'ACo emploie trois autres personnes à temps plein et engage plusieurs dépenses telles que les salaires, les loyers, les frais relatifs aux services publics, le mobilier, l'équipement de bureau, etc.?

Dans l'affirmative, quel est le traitement fiscal des dépenses engagées par ACo dans le cadre de l'exploitation de son entreprise? Veuillez noter que les dépenses engagées par ACo ne sont pas liées à la vente de biens ou à la négociation de contrats par ACo.

Réponse de l'ARC

1) Dans une telle situation, l'ARC est d'avis que l'article 56.4 L.I.R. pourrait s'appliquer à la clause d'exclusivité. Le paragraphe 56.4(1) L.I.R. proposé, portant sur les conséquences fiscales d'une clause restrictive, définit une telle clause comme suit :

> « En ce qui concerne un contribuable, accord, engagement ou renonciation à un avantage ou à un droit, ayant force exécutoire ou non, qui est conclu, pris ou consenti par lui [...] et qui influe, ou est de nature à influer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par lui ou par un autre contribuable avec lequel il a un lien de dépendance. »

Bien qu'une conclusion définitive ne puisse être exprimée sans un examen minutieux de l'Entente, l'ARC est d'avis que, *prima facie*, la clause d'exclusivité qui y est contenue constitue une clause restrictive assujettie au nouveau régime de l'article 56.4 L.I.R. En effet, la définition de clause restrictive à cet article semble assez large pour englober la clause d'exclusivité liant ACo à BCo.

Selon le paragraphe 56.4(2) L.I.R., le montant de 1,5 M$ est à inclure dans le calcul du revenu d'ACo, à moins qu'une des trois exceptions énumérées au paragraphe 56.4(3) L.I.R. ne s'applique. La première exception, prévue à l'alinéa 56.4(3)a) L.I.R., prévoit qu'une somme n'est pas imposable en vertu de l'article 56.4 L.I.R. si elle est incluse dans le calcul du revenu d'un contribuable en application des articles 5 ou 6 L.I.R. Selon l'ARC, le paragraphe 6(3.1) L.I.R. pourrait trouver application si toutes les conditions prévues à ce paragraphe sont satisfaites, compte tenu du fait que M. X s'est engagé personnellement à offrir des services exclusifs à BCo.

La deuxième exception à l'inclusion générale, prévue à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R., vise une somme qui serait à inclure selon l'élément E de la formule applicable figurant à la définition de « montant cumulatif des immobilisations admissibles » au paragraphe 14(5) L.I.R. Dans la situation présente, l'ARC est d'avis que cette exception ne pourrait trouver application car le montant de 1,5 M$ ne résulte pas de la disposition d'une immobilisation admissible en faveur d'une personne sans lien de dépendance.

Ainsi, dans la situation présentée, l'ARC est d'avis que la somme de 1,5 M$ est à inclure dans le revenu d'ACo aux termes du paragraphe 56.4(2) L.I.R. à moins qu'elle ne soit incluse dans le revenu de M. X. en vertu des articles 5 ou 6 L.I.R. Puisque l'article 56.4 L.I.R. ne prévoit pas de déduction pour un acheteur d'une clause restrictive lorsque le prix d'achat est imposé en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R., cet acheteur doit se référer aux règles générales de la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant la déductibilité des dépenses. Par ailleurs, une partie de la somme pourrait être considérée à titre de salaire payé ou payable par l'acheteur en vertu de l'alinéa 56.4(4)a) L.I.R. proposé, si l'alinéa 56.4(3)a) L.I.R. s'applique.

Enfin, puisque la valeur accordée à la clause d'exclusivité est aussi une question de fait, l'ARC examinerait l'application potentielle de l'alinéa 68c) L.I.R. proposé dans une situation similaire au scénario soumis.

Le montant reçu par BCo en remplacement de l'exécution de la clause d'exclusivité par ACo pourrait, selon les circonstances, être considéré comme un revenu ou comme du capital. Les faits en l'espèce ne nous permettent pas de déterminer si le montant est reçu en compensation de la perte d'un bien rapportant un revenu ou en compensation de la perte d'un revenu.

En ce qui a trait au traitement fiscal du montant payé, ACo doit également se référer aux règles générales de la *Loi de l'impôt sur le revenu* – incluant celles traitant de la déductibilité des dédommagements, règlements et autres paiements semblables – concernant la déductibilité des dépenses.

2) La question de savoir si ACo exploite une entreprise de prestation de services personnels (ci-après « EPSP ») est une question de fait qui ne peut être résolue seulement après une revue de toute l'information pertinente et des documents juridiques.

L'une des conditions à remplir pour désigner une entreprise à titre d'EPSP est que l'employé constitué en société serait raisonnablement considéré comme un cadre ou employé de la société à laquelle les services sont fournis, si ce n'était l'existence de la société. À cette fin, il faut considérer l'ensemble des faits. Toutefois, nous sommes d'avis que la présence d'une garantie de profit et d'une clause d'exclusivité serait des indicateurs importants à cet égard.

De plus, dans le cadre de la définition de l'expression « entreprise de prestation de services personnels », une société ne tombe pas sous le coup de cette définition si elle emploie plus de cinq personnes à temps plein. Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-73R6 :

> « La phrase "la société [...] emploie dans l'entreprise tout au long de l'année (d'imposition) plus de cinq employés à plein temps" signifie que l'employeur a au moins six employés qui font une pleine journée de travail (ou un poste de travail complet) tous les jours ouvrables de l'année, exception faite des absences normales en raison de congés de maladie et de congés annuels[50]. »

D'après les faits soumis, s'il y avait en tout seulement trois employés à temps plein en plus de M. X, la société ACo ne respecterait pas l'exclusion prévue à la définition d'EPSP à l'alinéa 125(7)c) L.I.R.

---

[50] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déduction accordée aux petites entreprises », 18 juin 2002, par. 15.

Dans la situation où la société ACo serait une EPSP, l'alinéa 18(1)p) L.I.R. viendrait réduire les dépenses qui peuvent être déduites dans le calcul du revenu net de la société. En vertu de l'alinéa 18(1)p) L.I.R., une EPSP ne peut prendre aucune déduction pour des dépenses d'entreprise courantes, à l'exception de celles spécifiquement prévues au sous-alinéa 18(1)p)(i), (ii) ou (iv) L.I.R., en considérant que les dépenses engagées par ACo ne sont pas liées à la vente de biens ou à la négociation de contrats.

32. IMPOSITION DE PÉNALITÉS PAR L'ARC À L'ÉGARD DE FORMULAIRES NON PRODUITS

Nous comprenons que l'ARC a comme position administrative de ne pas appliquer une pénalité à l'égard de la production tardive du Formulaire prescrit T1134 relatif aux opérations étrangères avec une société étrangère ou du Formulaire prescrit T1044 relatif aux renseignements des organismes sans but lucratif (ci-après « OSBL »), produit à l'initiative du contribuable. D'ailleurs, lors de la table ronde fédérale du Congrès 2004 de l'APFF, l'ARC mentionnait ceci :

> « La pénalité pour production tardive prévue au paragraphe 162(7) L.I.R. n'est généralement pas imposée lorsque le contribuable produit volontairement, mais tardivement, la déclaration et que c'est la première fois qu'il produit une déclaration de biens étrangers en retard. Une lettre d'avertissement est envoyée au contribuable afin de l'informer qu'une pénalité n'est pas imposée vu que c'est la première fois qu'il produit une déclaration en retard, mais la prochaine fois, il sera passible d'une pénalité.
>
> Cette politique administrative est en place afin de fournir une alternative simple à la procédure formelle de divulgation volontaire, lorsque la déclaration de renseignements sur les sociétés étrangères n'a pas été produite en retard auparavant. Cependant, rien n'empêche un contribuable d'utiliser la procédure formelle de divulgation volontaire, soit la première fois qu'il produit sa déclaration en retard ou pour les fois subséquentes[51]. »

Toutefois, depuis 2006, nous avons connaissance de situations où des pénalités atteignant 2 500 $ par infraction ont été imposées, même s'il s'agissait d'une première « offense ». À titre d'exemple seulement, nous avons pu voir l'imposition d'une pénalité de 2 500 $ à un OSBL pour la production tardive du Formulaire prescrit T1044.

---

[51] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 8, 50:66.

L'ARC peut-elle préciser sa politique administrative présentement en vigueur quant à l'imposition de la pénalité, prévue au paragraphe 162(7) L.I.R. (ci-après « Pénalité »), à l'égard d'une première infraction pour la production tardive des Formulaires prescrits T1044, T1134-A, T1134-B et T1135?

Dans le cas où un changement à cette politique administrative serait introduit, serait-il possible d'en informer les contribuables et leurs représentants au moyen d'une annonce formelle, par exemple l'émission d'un communiqué de presse? De plus, advenant un changement à cet égard, serait-il possible de prévoir une période de moratoire pour permettre aux contribuables et à leurs représentants de compléter une production en cours?

Réponse de l'ARC

Formulaires relatifs aux opérations étrangères

Contrairement à ce qui avait été mentionné lors de la table ronde fédérale du Congrès 2004 de l'APFF, l'ARC applique, depuis le 1er janvier 2006, la Pénalité dans tous les cas où un Formulaire prescrit T1134-A, T1134-B ou T1135 est produit en retard. Il en est également ainsi pour les Formulaires prescrits T1141, T1142 ainsi que pour le Formulaire T106.

Formulaire relatif aux renseignements des OSBL

L'ARC a comme politique administrative de ne pas appliquer la Pénalité lorsqu'un Formulaire prescrit T1044 est produit en retard pour la première fois.

Cas particulier

Émettre une cotisation relativement à l'application de la Pénalité à un OSBL dans le cas que vous citez en exemple semble contraire à la position administrative de l'ARC. Par conséquent, nous sommes d'avis que cet OSBL pourrait demander à l'ARC d'annuler la Pénalité, en vertu du paragraphe 220(3.1) L.I.R., en faisant parvenir une telle demande à la division administrative suivante :

Centre de technologie d'Ottawa
Division des programmes de vérification des données d'évaluation
Unité des autres programmes
875, chemin Héron
Ottawa, ON K1A 1A2

Positions administratives

En ce qui concerne votre deuxième question, l'ARC a comme politique, en général, d'informer le public lorsqu'elle adopte une position administrative ou l'abandonne, et d'accorder parfois une période d'allégement transitoire. On doit reconnaître que l'ARC n'a pas annoncé publiquement l'abandon de sa politique administrative en ce qui concerne l'application de la Pénalité à l'égard de l'omission de produire les formulaires relatifs aux opérations étrangères. Par contre, un contribuable ou une société de personnes encourant la Pénalité en raison de la production tardive de formulaires relatifs aux opérations étrangères peut toujours se prévaloir des dispositions du paragraphe 220(3.1) L.I.R. et demander au ministre d'annuler la Pénalité. Bien qu'elle fasse l'objet de la discrétion de l'ARC, une demande faite en vertu du paragraphe 220(3.1) L.I.R. constitue quand même une solution valable dans les circonstances. Une telle demande peut être faite par le contribuable ou la société de personnes en s'adressant au bureau des services fiscaux auquel il est rattaché.

33. COMPENSATION DES INTÉRÊTS SUR LES PAIEMENTS D'IMPÔT EXCÉDENTAIRES OU INSUFFISANTS DE PARTICULIERS

Un particulier qui effectue des paiements d'impôt excédentaires peut avoir droit à des intérêts sur les paiements en trop de la part de l'ARC. Ces intérêts sont inclus dans le calcul du revenu imposable, de même que les intérêts provenant d'autres sources. À l'opposé, le particulier qui n'a pas acquitté la totalité de l'impôt payable à l'échéance fixée doit verser des intérêts sur arriérés à l'ARC. Ces intérêts ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu imposable.

L'imposition des intérêts sur paiement en trop et la non-déductibilité des intérêts sur arriérés peut donner des résultats inéquitables dans le cas où un particulier qui doit payer des intérêts au titre d'un montant d'impôt impayé pour une année d'imposition donnée a droit à des intérêts sur paiement en trop pour une autre année d'imposition, entre autres, si l'imposition d'un revenu doit être déplacée d'une année à une autre.

Le coût des intérêts non déductibles payables par le particulier dépasse alors la valeur après impôts de l'intérêt imposable devant lui être versé. Cet écart découle de la non-déductibilité des intérêts payés et de l'inclusion des intérêts reçus dans le calcul du revenu, et du fait que le taux prescrit à l'égard des montants payables aux contribuables soit inférieur à celui payable à l'ARC.

Compte tenu du fait que les sociétés bénéficiaient déjà du mécanisme de compensation des intérêts créditeurs et des intérêts débiteurs du paragraphe 161.1(1) L.I.R. et de la situation non souhaitable applicable aux particuliers, un mécanisme d'allégement a été annoncé pour les particuliers (sauf les fiducies) dans le budget du 28 février 2000.

Le mécanisme veut que les intérêts payables à un contribuable pour paiement en trop d'une période donnée ne seront imposables que dans la mesure où ils excèdent les intérêts accumulés durant la même période (applicables aux intérêts accumulés de façon simultanée après 1999). Dans le document d'information accompagnant le *Communiqué* 2000-101 du ministère des Finances, il était annoncé que l'ARC et le ministère des Finances travaillaient « à élaborer un mécanisme qui permettrait de concrétiser cette proposition »[52]. Toutefois, aucun texte législatif n'a encore été sanctionné à l'égard de cette mesure, et ce, malgré les représentations du Comité mixte sur la fiscalité de l'Association du Barreau canadien et de l'Institut canadien des comptables agréés faites le 21 juin 2005.

L'ARC peut-elle confirmer qu'elle permet à un particulier de calculer son revenu en fonction de l'annonce budgétaire du 28 février 2000, et ce, avec les mêmes dates d'application?

Le ministère des Finances peut-il nous renseigner sur le moment où il prévoit présenter un texte législatif donnant suite à cette mesure?

Réponse de l'ARC

L'ARC ne permet pas à un particulier de calculer son revenu en fonction de l'annonce budgétaire du 28 février 2000.

Réponse du ministère des Finances

Le ministère des Finances a quelques inquiétudes techniques relativement à cette mesure, incluant si cette mesure peut être administrée et livrée à un coût raisonnable pour les contribuables.

---

[52] CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2000-101, « Le ministre des Finances rend public un avant-projet de modification de l'impôt sur le revenu visant à mettre en œuvre les éléments clés du Plan quinquennal de réduction des impôts du gouvernement »; *Document d'information : Report de l'impôt sur les options d'achat d'actions accordées à des employés*, 21 décembre 2000.

IV. GESTION FISCALE

34. DATE D'ÉCHÉANCE DE LA PRODUCTION DES FEUILLETS T3 ET T5013

Compte tenu du fait que les Feuillets T3 et T5013 ne peuvent, dans un nombre croissant de cas, être émis en temps opportun aux contribuables qui sont bénéficiaires de fiducies et associés de sociétés de personnes, l'ARC pourrait-elle développer une politique administrative permettant d'annuler les intérêts et pénalités sans avoir recours au programme d'équité fiscale lorsque les contribuables ont fait un effort raisonnable pour calculer leur revenu à partir des renseignements qui leur ont été émis par les émetteurs au cours d'une année d'imposition?

Par ailleurs, certains contribuables et fiscalistes ont exprimé leur inquiétude relativement à la date d'échéance prévue pour l'émission des feuillets de renseignements T3 des fiducies. Le gouvernement travaille en collaboration avec le secteur des fonds de placement en vue d'établir un processus qui permettrait de trouver un juste équilibre entre le désir des contribuables de disposer des délais suffisants et le désir des fiducies commerciales, y compris les fiducies de revenu, de disposer de délais suffisants pour calculer leur revenu et préparer les feuillets de renseignements T3.

À cet égard, un avant-projet de règlement visant à établir un processus plus efficace pour les Feuillets T3 devrait être publié. Quel est le statut de ce dossier au ministère des Finances?

Réponse de l'ARC

Il nous apparaît que les modifications proposées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au règlement qui ont été annoncées par le ministère des Finances en juillet 2007[53], dans la mesure où elles sont adoptées, faciliteront la production des déclarations de revenus des particuliers et fiducies, et devraient éliminer la nécessité de considérer l'élaboration d'une politique administrative dans les circonstances.

---

[53] CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2007-058, « Le nouveau gouvernement du Canada présente des mesures pour accroître l'efficacité du régime fiscal », 4 juillet 2007.

Réponse du ministère des Finances

Un projet de modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Règlement de l'impôt sur le revenu* visant à réduire le temps de préparation et d'émission des feuillets de renseignements T3 (se rapportant aux distributions de fiducies cotées en Bourse) et T5013 (se rapportant aux répartitions de sociétés de personnes cotées en Bourse) est paru le 4 juillet 2007. Il est proposé que les modifications s'appliquent à l'information sur les années d'imposition des contribuables et les exercices des sociétés de personnes qui se terminent à compter du 4 juillet 2007.

Le projet de modification a été conçu de concert avec l'industrie des placements, qui estime qu'il réglera efficacement les problèmes de disponibilité d'information fiscale qui faisaient que les gestionnaires de placements parvenaient difficilement à émettre des feuillets de renseignements T3 et T5013 dans les délais prévus par la loi.

35. FINS D'ANNÉE SUCCESSIVES

Pubco est une société publique aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisqu'une catégorie d'actions de son capital-actions est cotée à la Bourse de Toronto.

Pubco fera l'objet des transactions suivantes :

- Pubco sera fusionnée avec Holdco, une société privée nouvellement formée aux fins de la loi (la société résultante sera « Fusionco ») le 1er janvier 2008 à 00 h 01. À ce moment, un groupe de trois personnes (les actionnaires de Holdco) contrôleront Fusionco puisque les actionnaires de Pubco recevront des actions non votantes lors de la fusion;

- les actions du capital-actions de Fusionco détenues par le public seront rachetées par Fusionco à 00 h 02 le 1er janvier 2008. Ce rachat fera en sorte que le groupe de trois actionnaires deviendront les seuls actionnaires de Fusionco;

- Fusionco fera le choix de ne plus être une société publique aux fins de la loi le 1er janvier 2008 à 00 h 03 et deviendra à ce moment une SPCC.

Selon l'ARC, combien de fins d'année d'imposition résultent des transactions précédentes aux fins de la loi?

Réponse de l'ARC

L'énoncé de la présente question ne mentionne pas à quelle date se termine normalement l'exercice financier de Pubco. Par ailleurs, nous prenons comme hypothèse que le paragraphe 87(1) L.I.R. s'appliquerait à la fusion de Pubco et Holdco.

Cette fusion aurait pour effet de générer une fin d'année d'imposition réputée en ce qui a trait à Holdco. Ainsi, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'année d'imposition de Holdco serait réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion de Pubco et Holdco en vertu de l'alinéa 87(2)a) L.I.R.

Cette même fusion aurait techniquement pour effet de générer deux fins d'année d'imposition réputées en ce qui concerne Pubco. D'une part, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'année d'imposition de Pubco serait réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion de Pubco et Holdco en vertu de l'alinéa 87(2)a) L.I.R. Par ailleurs, le groupe de trois personnes originairement actionnaires de Holdco serait réputé avoir acquis, immédiatement avant la fusion, le contrôle de Pubco en vertu du sous-alinéa 256(7)b)(ii) L.I.R. En conséquence et aux termes de l'alinéa 249(4)a) L.I.R. (sous réserve de l'alinéa 249(4)c) L.I.R.), l'année d'imposition de Pubco qui, sans l'alinéa 249(4)a) L.I.R., comprendrait le moment de l'acquisition de contrôle réputée en vertu du sous-alinéa 256(7)b)(ii) L.I.R., serait réputée se terminer immédiatement avant ce moment. En d'autres termes, l'acquisition de contrôle réputée de Pubco résultant de la fusion générerait techniquement une fin d'année d'imposition réputée à l'égard de Pubco immédiatement avant le moment immédiatement avant la fusion.

Finalement, la première année d'imposition de Fusionco, une société réputée être une société publique en vertu de l'alinéa 87(2)ii) L.I.R., serait réputée prendre fin immédiatement avant le moment où cette société deviendrait une SPCC en vertu de l'alinéa 249(3.1)a) L.I.R.

36. PROCESSUS DE DEMANDE D'INTERPRÉTATION TECHNIQUE À L'ARC

L'ARC peut-elle nous expliquer comment fonctionne le processus de réponses aux interprétations techniques de la Direction des décisions en impôt (ci-après « DDI ») et nous renseigner concernant le processus de suivi de telles demandes et le délai normal pour obtenir une réponse? Aussi, est-ce que l'ARC peut nous indiquer si elle prévoit dans un prochain avenir émettre ses interprétations techniques à la fois en français et en anglais?

Réponse de l'ARC

La DDI a adopté un système de gestion de la qualité et elle suit le manuel de procédures qu'elle a élaboré à cette fin.

La DDI envoie normalement, pour toute demande d'interprétation technique, un accusé de réception, lequel indique le nom de la personne ressource et un numéro de référence. Les accusés de réception mentionnent que la priorité est accordée aux demandes de décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu et aux demandes d'interprétation technique internes. Les demandes sont traitées selon leur ordre de réception et les réponses de la DDI sont courtoises et professionnelles.

L'objectif visé par la DDI selon son système de gestion de la qualité est d'émettre ses réponses aux demandes d'opinion technique dans un délai de 90 jours. Cependant, en pratique, la DDI émet ses réponses à de telles demandes dans un délai moyen de 120 jours. Parfois, le délai pour traiter une demande peut prendre au moins un an.

Nous essayons de répondre au plus grand nombre d'interprétations techniques possible. Malheureusement, nos ressources étant limitées et la demande pour nos services ne cessant de croître, nous ne pouvons donner à la communauté fiscale l'assurance que nous pouvons répondre à toutes les questions posées. Il est plutôt rare cependant que la DDI ne réponde pas à une demande d'interprétation technique, mais lorsque cela se produit, la raison du refus est généralement expliquée soit dans une lettre, soit verbalement.

En ce qui concerne votre deuxième question, l'ARC prend des mesures pour que les interprétations techniques importantes soient disponibles dans les deux langues officielles. Par exemple, le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, les bulletins d'interprétation et nos présentations dans le cadre de conférences annuelles sont généralement publiés dans les deux langues officielles. Nous invitons l'APFF et ses membres à nous faire des suggestions visant à nous permettre de traduire un plus grand nombre d'interprétations techniques, tout en respectant nos limites budgétaires.

37. DILIGENCE DANS L'ÉTABLISSEMENT D'UNE COTISATION – PARAGRAPHE 152(1) L.I.R.

En vertu du paragraphe 152(1) L.I.R., l'ARC doit examiner avec diligence la déclaration de revenus d'un contribuable pour une année d'imposition, fixer l'impôt payable pour l'année. La jurisprudence a établi

que cette notion de diligence est une norme souple qui peut varier sur la base du cas par cas. Malgré la souplesse de cette norme, il nous semble raisonnable de suggérer qu'il existe également une norme fixe, c'est-à-dire qu'il existe un délai à l'intérieur duquel il est raisonnable de s'attendre à ce que l'ARC établisse la cotisation d'une déclaration, nonobstant son niveau de complexité.

L'ARC peut-elle commenter les propos ci-dessus?

Réponse de l'ARC

Il est clair selon le paragraphe 152(1) L.I.R. et la jurisprudence que l'ARC n'est pas assujettie à un délai spécifique pour l'établissement d'une cotisation initiale portant sur l'impôt payable. Le paragraphe 152(1) L.I.R. accorde à l'ARC une certaine liberté essentielle à une saine administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Nous sommes d'avis qu'il ne serait pas possible, ni productif, d'établir une norme fixe qui serait applicable à tous les contribuables et dans toutes les circonstances possibles.

V. FISCALITÉ TRANSFRONTALIÈRE

38. PRÊT PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

Canco, une société résidant au Canada, détient toutes les actions émises et en circulation d'Étrangeco, une société générant du revenu d'entreprise dans une juridiction n'ayant pas conclu avec le Canada de convention visant à éviter la double imposition. Au lieu de verser un dividende à Canco, Étrangeco prête des sommes d'argent à Canco sans lui exiger d'intérêt.

L'ARC entend-elle imposer Canco sur les sommes lui étant prêtées et, dans l'affirmative, en vertu de quelles dispositions?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 15(2) L.I.R., en vertu duquel le montant d'un prêt à un actionnaire est inclus au revenu de cet actionnaire, ne s'applique pas à une société résidant au Canada. Il n'existe aucune autre disposition spécifique de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettant à l'ARC d'imposer une société résidant au Canada sur le montant du prêt qu'elle a reçu de sa filiale.

Par ailleurs, le paragraphe 80.4(2) L.I.R., selon lequel un avantage est réputé être reçu lorsqu'un prêt ne porte pas intérêt, ne s'applique pas non plus à une société résidant au Canada. De plus, tel qu'il est mentionné dans la *Circulaire d'information* 87-2R[54], il va généralement à l'encontre de l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'appliquer les dispositions plus générales de l'article 247 L.I.R. pour qu'un intérêt soit réputé reçu ou à recevoir sur des prêts intersociétés lorsqu'une société étrangère affiliée d'une société résidente au Canada consent un prêt à cette dernière.

Le Comité sur la disposition générale antiévitement a déjà eu à étudier ce genre de transaction permettant de rapatrier les fonds d'une société étrangère par le moyen d'un prêt sans intérêt plutôt qu'au moyen d'un dividende et il a établi que la règle générale antiévitement, prévue au paragraphe 245(2) L.I.R., ne s'appliquait pas à ce genre de transaction.

39. RETENUES D'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.

Selon le paragraphe 215(1) L.I.R., la personne qui verse ou crédite une somme sur laquelle un impôt sur le revenu est exigible en vertu de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. doit, indépendamment de toute disposition contraire d'une convention ou d'une loi, en déduire et en retenir le montant de l'impôt et le remettre sans délai au Receveur général au nom de la personne non résidente et l'accompagner d'un état selon le formulaire prescrit.

Lorsque le taux d'impôt de la Partie XIII L.I.R. est réduit conformément à une convention fiscale entre le Canada et une autre juridiction, le paragraphe 10(6) des *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*[55] a pour effet de remplacer le taux applicable selon l'impôt de la Partie XIII L.I.R. par le taux stipulé dans la convention fiscale. Ainsi, une personne devant verser à un non-résident une somme assujettie à un taux réduit stipulé dans une convention fiscale pourrait retenir un impôt en fonction du taux stipulé plutôt qu'au taux de 25 %.

Toutefois, dans le cas où un revenu est exempté en vertu d'une convention fiscale, le paragraphe 10(6) R.A.I.R. ne s'applique pas étant donné que la convention fiscale ne stipule aucun taux. Dans un tel cas, la

---

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999, par. 22.

55 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 2 (ci-après « R.A.I.R. »).

politique suivie par l'ARC[56] est de permettre que l'un ou l'autre des contribuables, soit le payeur canadien, soit le non-résident, soumette une demande à la section des vérifications internationales du bureau des services fiscaux du payeur canadien afin d'obtenir une confirmation écrite du Ministère stipulant que la somme en question est exonérée de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. en vertu d'une convention fiscale. Cette confirmation écrite permet au payeur canadien de verser la somme en question au non-résident, en franchise d'impôt canadien.

Est-ce que le ministère des Finances envisage de modifier le paragraphe 10(6) R.A.I.R. afin de prévoir qu'aucun impôt de la Partie XIII L.I.R. ne soit exigible lorsque le revenu visé est exempt d'impôt selon la convention fiscale applicable? Sinon, quelle est la politique fiscale expliquant la différence de traitement entre un taux réduit et une exemption complète?

Réponse du ministère des Finances

Il semble en effet anormal que lorsqu'une convention fiscale limite l'imposition par le Canada d'un paiement transfrontalier à un taux spécifié, le payeur résident du Canada soit autorisé par la loi à retenir l'impôt à ce taux moins élevé, tandis que si la convention interdit au Canada d'effectuer toute retenue d'impôt sur le montant, le payeur ou le bénéficiaire doit demander une exemption administrative de la retenue obligatoire.

Nous convenons qu'il ne devrait pas être nécessaire d'obtenir une autorisation administrative pour ne pas effectuer de retenue d'impôt en vertu de la Partie XIII L.I.R. sur un paiement qui est exonéré en vertu d'une convention fiscale.

Nous comprenons que l'ARC, en général, n'exige pas le dépôt d'une demande de confirmation par écrit précisant que le montant en question est exonéré de l'impôt en vertu de la Partie XIII L.I.R. conformément à une convention fiscale. Du point de vue de la politique fiscale, nous sommes à l'aise au sujet de la position de l'ARC et nous ne prévoyons pas recommander à court terme une modification du paragraphe 10(6) R.A.I.R.

---

[56] Voir notamment à cet égard AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9805075, 31 juillet 1998.

Commentaire de l'ARC

Nous pouvons confirmer que l'ARC n'exige pas la production d'une demande d'autorisation par le payeur canadien pour que le montant soit exempté de la retenue de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. Autrement dit, il n'est pas nécessaire d'obtenir une dispense administrative de retenue d'impôt de la Partie XIII relativement à un paiement qui est exempté en vertu d'une convention fiscale. À cet égard, l'interprétation technique 9805075 n'est pas tout à fait exacte en ce qu'elle ne reflète pas la pratique courante de l'ARC.

40. PRÊT D'UNE FILIALE CANADIENNE À UNE SOCIÉTÉ MÈRE ÉTRANGÈRE

Une société canadienne dont l'année d'imposition est le 31 décembre consent un prêt sans intérêt à sa société mère étrangère pour un terme de 13 mois, soit de juin 2006 à juillet 2007. Tel qu'il est prévu, le prêt est remboursé avant que ne se soit écoulée la fin de la deuxième année de la société canadienne suivant le moment où le prêt a été consenti et le remboursement ne fait pas partie d'une série de prêts et de remboursements. Ainsi, le paragraphe 15(2) L.I.R. n'est pas applicable. Toutefois, compte tenu du fait que le prêt est consenti pour une période excédant un an, le paragraphe 17(1) L.I.R. fera en sorte que la société canadienne devra inclure un intérêt présumé dans son revenu.

L'ARC peut-elle indiquer, en plus de l'intérêt présumé qui doit être inclus dans le revenu de la société canadienne en vertu du paragraphe 17(1) L.I.R., s'il y a un dividende réputé payé au non-résident sur lequel l'impôt de la Partie XIII L.I.R. s'applique?

Réponse de l'ARC

Étant donné que le prêt reçu par la société mère étrangère est un prêt sans intérêt et que le montant du prêt n'est pas inclus dans le calcul de son revenu en vertu de la Partie I L.I.R., le paragraphe 80.4(2) L.I.R. pourrait s'appliquer à la présente situation. Selon le paragraphe 80.4(2) L.I.R., lorsqu'une personne (autre qu'une société résidant au Canada) était un actionnaire d'une société et que, à ce titre, la personne a reçu un prêt de la société, la personne est réputée avoir reçu un avantage égal au montant calculé à ce paragraphe.

Conformément au paragraphe 15(9) L.I.R., la somme à l'égard d'un prêt qui est réputée, en vertu de l'article 80.4 L.I.R., être un avantage reçu par

une personne est réputée être un avantage accordé à un actionnaire aux fins du paragraphe 15(1) L.I.R.

Par conséquent, si la Partie I L.I.R. s'était appliquée à la société mère étrangère, un montant aurait été inclus dans son revenu en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

Selon l'alinéa 214(3)a) L.I.R., un montant qui serait inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable selon l'article 15 L.I.R. ou le paragraphe 56(2) L.I.R., si la Partie I L.I.R. s'appliquait, est réputé avoir été versé au contribuable à titre de dividende provenant d'une société résidant au Canada. Un tel montant, réputé versé à titre de dividende, serait visé au paragraphe 212(2) L.I.R. et ainsi serait assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R.

Le paragraphe 17(7) L.I.R. prévoit une exception à l'application du paragraphe 17(1) L.I.R. lorsque l'impôt de la Partie XIII L.I.R. est payé à l'égard du montant du prêt. Cependant, il ne prévoit pas une telle exception lorsque l'impôt de la Partie XIII L.I.R. est à l'égard de l'avantage réputé reçu parce que le prêt est sans intérêt. Par conséquent, le paragraphe 17(1) L.I.R. s'appliquera dans la présente situation même si la société mère étrangère est assujettie à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. à l'égard de l'avantage réputé reçu en vertu du paragraphe 80.4(2) L.I.R.

41. STATUT DE DIVERS PROJETS À L'ÉGARD DU RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Nous invitons le ministère des Finances à nous renseigner sur l'état des travaux des trois projets qui suivent.

a) Comité consultatif sur l'équité et la compétitivité de notre fiscalité internationale

Le Budget du 19 mars 2007 a annoncé ceci :

> « […] le ministre des Finances mettra sur pied un comité consultatif d'experts en fiscalité chargé d'effectuer des études et de mener des consultations en vue d'identifier de possibles nouvelles mesures à mettre en œuvre pour rendre plus équitable le régime canadien de fiscalité internationale. Le comité sera invité à adresser des recommandations détaillées au gouvernement afin qu'il les considère dans le cadre du budget de 2008. »

Le *Communiqué* 2007-041[57] a réitéré l'intention de mettre sur pied ce comité, on y mentionne aussi que le mandat du comité sera de « trouver des moyens d'accroître l'équité et la compétitivité du régime de fiscalité internationale du Canada ». Le document d'information accompagnant le communiqué nous fournit les précisions suivantes :

> « **Comité d'experts**
>
> Le régime fiscal international du Canada a des répercussions importantes sur les entreprises canadiennes, de même que sur l'équité et la compétitivité du régime fiscal dans son ensemble. Les mesures proposées représentent un grand pas en vue d'améliorer les règles fiscales internationales. Toutefois, dans un monde où les échanges commerciaux et les investissements internationaux évoluent rapidement et deviennent de plus en plus complexes, il est essentiel que le régime canadien soit à la hauteur. Aussi les propositions prévoient-elles la mise sur pied d'un comité consultatif d'experts qui sera chargé de mener des études et des consultations plus poussées en vue de mettre à profit les mesures exposées dans le budget de 2007 et de recenser d'autres mesures pour accroître l'équité et la compétitivité du régime canadien de fiscalité internationale. Le comité devra produire un rapport provisoire d'ici la fin de 2007 et un rapport final en 2008.
>
> Le mandat et la composition du comité seront annoncés sous peu. »

Le ministère des Finances peut-il nous renseigner sur la formation du comité et sur l'état des travaux?

b) Table ronde technique de fiscalistes présidée par le ministère des Finances

Le budget du 19 mars 2007 a proposé une série de mesures intitulée « Initiative de lutte contre les paradis fiscaux ». Entre autres, le budget a proposé de venir restreindre la déductibilité des intérêts sur la dette contractée par des sociétés canadiennes en vue de financer des sociétés étrangères affiliées. Le 14 mai 2007, le ministre des Finances a fourni quelques précisions sur ces mesures. Ainsi, dans un document d'information accompagnant le *Communiqué* 2007-041, on y indique la création d'une table ronde technique dans les termes suivants :

---

[57] CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2007-041, « Le nouveau gouvernement du Canada améliore l'équité fiscale grâce à une initiative de lutte contre les paradis fiscaux »; *Document d'information – L'évitement fiscal international et les « paradis fiscaux »*, 14 mai 2007.

> « Le gouvernement reconnaît qu'il s'agit de mesures fiscales complexes. Aussi, afin d'assurer un examen approfondi de tous les facteurs en jeu et une mise en œuvre sans problèmes, une table ronde de fiscalistes, présidée par le ministère des Finances, sera créée afin de contribuer à la préparation des mesures législatives. Des fiscalistes seront invités à collaborer avec des fonctionnaires, au niveau technique, pour faire en sorte que les mesures soient conformes à l'intention du gouvernement. Cette table ronde est un projet particulier de courte durée dont les travaux seront distincts de ceux du comité d'experts. » (Notre soulignement)

Le ministère des Finances peut-il nous renseigner sur la formation de la table ronde technique de fiscalistes présidée par le ministère des Finances ainsi que sur l'état des travaux?

c) Propositions législatives préalables concernant les règles des sociétés étrangères affiliées

Le ministère des Finances a émis en décembre 2002 et en février 2004 des propositions législatives et avant-projets de règlement à l'égard des règles fiscales canadiennes impliquant les sociétés étrangères affiliées. Ces propositions ont comme objectif de résoudre un certain nombre de problèmes techniques inhérents aux règles actuelles, ainsi qu'à introduire de nouvelles mesures eu égard au régime des sociétés étrangères affiliées des contribuables canadiens.

Le ministère des Finances peut-il nous renseigner sur le statut de ces propositions préalables, compte tenu des propositions récentes annoncées dans le budget fédéral du 19 mars 2007 et des travaux du comité consultatif sur l'équité et la compétitivité de notre fiscalité internationale? Le Ministère prévoit-il qu'un projet de loi soit présenté prochainement à leur égard?

Réponse du ministère des Finances

a) Comme le ministre l'a fait savoir, le mandat et la composition du comité seront annoncés sous peu.

b) Des experts techniques se sont réunis à ce sujet à la fin du printemps dernier dans le cadre d'une table ronde informelle et leurs rencontres se sont poursuivies jusqu'au début de l'été.

   Les responsables du ministère des Finances et les membres de la table ronde sont liés par une stricte obligation de confidentialité. La table ronde ne publiera donc directement ni rapport ni commentaire. Toutefois, ses travaux se refléteront dans l'avant-projet de loi lui-même.

L'avant-projet de loi visant la mise en œuvre du reste des propositions du budget de 2007, notamment l'initiative de lutte contre les paradis fiscaux, a été rendu public le 2 octobre 2007.

c) Le budget de 2007 précisait ce qui suit :

> « Des propositions qui auraient pour effet de modifier les règles de l'impôt sur le revenu régissant le calcul et l'imposition des bénéfices des sociétés étrangères affiliées de contribuables résident au Canada ont déjà été communiqués au public en vue de recueillir ses commentaires. Les propositions seront examinées et évaluées à la lumière des mesures que propose l'initiative d'équité en matière de fiscalité internationale afin d'assurer le bon fonctionnement du système du point de vue technique aussi bien que de l'atteinte des politiques sous-jacentes. »

Certaines de ces mesures se sont retrouvées dans l'avant-projet de loi rendu public le 2 octobre 2007. Nous prévoyons que le comité consultatif fera des commentaires sur les propositions qui restent.

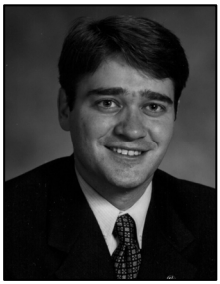
ÉTUDE DE CAS 1
SIMULATION D'UNE RÉCLAMATION EN MATIÈRE DE RS & DE



Coordonnateur
Michel Lefebvre
Avocat, CGA
Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.



Élaine-Nathalie Lamontagne
CGA, M. Fisc.
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.



Sébastien Rheault
Associé, avocat, MBA
Barsalou Lawson Avocats



Jean St-Onge
M. Sc. A.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Guylaine Yelle
CGA
Les Vergers Leahy inc.



Sylvie Laberge
M. Sc.
Agence du revenu
du Canada



Jean Loiselle
BAA
Agence du revenu
du Canada



Hélène Martin
Agence du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (ÉLAINE-NATHALIE LAMONTAGNE, JEAN ST-ONGE, GUYLAINE YELLE, SYLVIE LABERGE, JEAN LOISELLE, HÉLÈNE MARTIN)
Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE

MISE EN CONTEXTE 51:3

1. RENCONTRE EXPLORATOIRE D'ANALYSE DES PROJETS 51:4

1.1. PROJET 1 : DÉVELOPPEMENT D'UNE NOUVELLE COLORATION POUR LE PRODUIT VEDETTE GEL-O-FRUIT 51:5
1.1.1. Évaluation technique 51:6
1.1.2. Évaluation financière 51:8
1.2. PROJET 2 : AMÉLIORATION DU PROCÉDÉ DE FABRICATION DU PRODUIT VEDETTE GEL-O-FRUIT 51:9
1.2.1. Évaluation technique 51:10
1.2.2. Évaluation financière 51:13
1.3. PROJET 3 : DÉVELOPPEMENT D'UN NOUVEAU PRODUIT SANTÉ « GEL-OMÉGA-FRUIT » 51:18
1.3.1. Évaluation technique 51:21
1.3.2. Évaluation financière 51:25

PARTIE B (SÉBASTIEN RHEAULT)
Recours en RS & DE

INTRODUCTION 51:30

1. PRÉVENTION DES CONFLITS 51:31

1.1. ACCUEIL DE L'EXAMINATEUR FINANCIER ET DU CONSEILLER EN RECHERCHE ET TECHNOLOGIE 51:31
1.2. SOLUTIONS PROACTIVES SI UN PROBLÈME EST DÉCELÉ 51:31
1.3. UTILISATION ET PROTECTION DES PRIVILÈGES 51:31

2. VÉRIFICATION ET RÉVISION ADMINISTRATIVE 51:32

2.1. AVIS DE NOUVELLE COTISATION ET OPPOSITION 51:34
2.2. AGENT D'OPPOSITION – DIVISION DES APPELS 51:36
2.3. MOYENS PRÉLIMINAIRES (COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT OU COUR DU QUÉBEC) 51:36
2.4. AUDITION DEVANT LA COUR 51:37

CONCLUSION 51:38

PARTIE A
Simulation d'une réclamation en matière de RS & DE

Élaine-Nathalie Lamontagne, CGA, M. Fisc.
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.
(ci-après « fiscaliste »)

Jean St-Onge, M. Sc. A.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.
(ci-après « expert technique »)

Guylaine Yelle, CGA
Les Vergers Leahy inc.

Sylvie Laberge, M. Sc.
Agence du revenu du Canada
(ci-après « conseillère en recherche et technologie »)

Jean Loiselle, BAA
Agence du revenu du Canada
(ci-après « examinateur financier »)

Hélène Martin
Agence du revenu du Canada
(ci-après « examinatrice financière »)

MISE EN CONTEXTE[*]

La société « Gel-O-Fruit inc. » (ci-après « Gel-O-Fruit ») est une entreprise québécoise qui exploite une entreprise spécialisée dans la fabrication de divers produits dérivés de la gélatine. Au cours de son plus récent exercice financier, Gel-O-Fruit a entrepris différents projets en vue de se distinguer de ses concurrents et de se créer une place unique dans le marché des produits de consommation de masse. Dans le cadre de sa stratégie de développement de marché, Gel-O-Fruit désire, entre autres,

[*] Il est à noter que le présent cas est fictif et que les réponses énoncées tant par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), la représentante de la société « cliente » et les praticiens varieront selon les faits de chaque cas en l'espèce. Certaines questions faisant partie du présent document n'auront peut-être pas été abordées lors du congrès. Cependant, elles sont reproduites, avec les réponses, à titre de référence pour les participants.

étendre son marché à un profil de consommateurs plus soucieux de leur santé en incorporant des ingrédients fortifiés dans ses produits. Ce virage santé permettra à la société de gagner davantage la faveur de la clientèle adulte, qui constitue un groupe cible pour Gel-O-Fruit. La société veut également explorer de nouvelles technologies visant à améliorer la qualité de ses produits ainsi que l'efficience de son procédé de fabrication.

L'exercice financier de la société se termine le 31 août et la société n'a jamais présenté de demande en vertu du Programme de crédit d'impôt à la recherche scientifique et au développement expérimental (RS & DE). La responsable des finances de la société, en l'occurrence M^me^ Laframboise, a déjà participé à une séance d'information sur le programme de la RS & DE offerte par les représentants de l'ARC. À la suite de cette formation, M^me^ Laframboise décide de confier un mandat d'assistance au cabinet d'experts-comptables St-Onge, Lamontagne & Associés, spécialisé en RS & DE, afin d'obtenir l'aide pertinente menant à la préparation de la demande de RS & DE de Gel-O-Fruit.

1. RENCONTRE EXPLORATOIRE D'ANALYSE DES PROJETS

Dans l'optique que la société demeure concurrentielle dans une économie en pleine émergence, M^me^ Laframboise présente aux consultants les trois projets entrepris au cours de son plus récent exercice financier :

1) développement d'une nouvelle coloration pour le produit vedette Gel-O-Fruit;

2) amélioration du procédé de fabrication du Gel-O-Fruit;

3) développement d'un nouveau produit santé Gel-Oméga-Fruit.

L'expert technique du cabinet d'experts-comptables St-Onge, Lamontagne & Associés rappelle sommairement à M^me^ Laframboise les critères d'admissibilité au programme de la RS & DE.

Explications de l'expert technique[1]

Trois critères s'appliquent à tous les projets de RS & DE, qu'il s'agisse de mise au point d'un nouveau produit, procédé ou dispositif :

- l'avancement de la science ou de la technologie;
- l'incertitude scientifique ou technologique;
- le contenu scientifique et technique.

Des détails supplémentaires tirés du document d'orientation viendront quelque peu définir l'application de chacun des critères.

Par la suite, M^me^ Laframboise présente de façon plus détaillée les projets entrepris au cours de la période par la société Gel-O-Fruit.

1.1. PROJET 1 : DÉVELOPPEMENT D'UNE NOUVELLE COLORATION POUR LE PRODUIT VEDETTE GEL-O-FRUIT

Dans le cadre de sa stratégie de développement de produits, la société désire développer pour son produit vedette Gel-O-Fruit une coloration plus attrayante pour la saison estivale, soit un bleu azuré. Une analyse a été effectuée à l'interne par l'équipe Recherche et Développement (ci-après « R & D ») afin de déterminer le niveau d'intérêt selon le degré de coloration du produit. Les résultats ont été compilés et la société les a utilisés pour modifier les colorants du produit de manière à rendre la couleur plus attrayante. La modification a été réalisée par le personnel technique de Gel-O-Fruit qui possède une expertise précise en regard de la réalisation de ce type de travaux. L'équipe R & D a été en mesure d'obtenir la coloration désirée sans provoquer de risque pour le produit ou le procédé.

Une série d'essais a été réalisée pour obtenir la couleur recherchée. Dans le cadre de ces essais, la société a introduit des agents colorants dans son produit, lesquels sont couramment utilisés dans le cadre de ses opérations et dans l'industrie en général. La couleur bleu azuré a été obtenue à la suite

---

[1] Informations extraites du document rédigé par FABRICANTS DE PRODUITS ALIMENTAIRES ET DE CONSOMMATION DU CANADA et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, document d'orientation, « Secteur des aliments et des produits sous emballage destinés à la vente au détail – Recherche scientifique et développement expérimental (RS & DE) », 1^er^ août 2001.

d'une série d'essais visant à faire varier le dosage des couleurs primaires. Afin de sonder sur une base plus formelle l'intérêt des consommateurs en regard du nouveau Gel-O-Fruit de couleur bleu azuré, la société Gel-O-Fruit a confié la réalisation d'une étude de marché de type « test simulé » auprès d'une firme externe au coût de 20 000 $. L'objectif principal de cette étude visait à connaître l'éventuelle part du marché pour le « Gel-O-Fruit bleu azuré » ainsi que la possibilité pour les consommateurs de réitérer l'achat en regard d'un tel produit.

Gel-O-Fruit présente les dépenses engagées pour ce projet aux consultants, lesquelles totalisent 45 000 $:

- salaires de l'équipe R & D (15 000 $) pour la réalisation de l'analyse sur l'intérêt de la nouvelle couleur estivale ainsi que pour la réalisation des productions (*batch*) expérimentales visant à trouver la couleur recherchée;

- les frais de l'étude de marché de type « test simulé » auprès d'une firme externe (20 000 $);

- les dépenses engagées pour modifier la recette du produit (main-d'œuvre, matériaux et autres dépenses pour un total de 10 000 $).

1.1.1. Évaluation technique

Dans le cadre de l'évaluation technique de ce projet, les questions suivantes seront formulées par l'expert technique en RS & DE de la firme.

Question 1 (posée par l'expert technique)

Est-ce que la modification de la couleur du produit comportait une incertitude d'ordre technologique? Par exemple, est-ce que la modification de la couleur du produit a eu des incidences sur le goût, la viscosité du produit et sur l'agent qui a pour fonction de fixer les fruits dans le produit et est-ce que des travaux ont été entrepris à cet égard pour corriger cette(ces) incidence(s)?

Réponse de M^{me} Laframboise

Non, nous avons procédé par l'ajout d'un colorant pour obtenir la couleur voulue et nous avons ajusté les proportions de manière à obtenir le résultat recherché. Aucune perturbation des propriétés organoleptiques n'a

été notée et aucun travail n'a été requis pour remédier à des perturbations quelconques.

Conclusion de l'expert technique

En se basant uniquement sur ces informations, ces travaux seraient davantage considérés comme de la pratique courante pour votre entreprise. Si notre compréhension est exacte, vous avez modifié la couleur de votre produit sans que cela occasionne de problème d'ordre technologique.

Question 2 (posée par l'expert technique)

Si on regarde l'aspect « procédé », peut-on considérer que votre entreprise a augmenté son niveau de connaissances en regard de la technologie utilisée ou encore du procédé? Quel est l'avancement technologique recherché dans le cadre de la réalisation de ce projet?

Réponse de M^{me} Laframboise

Nous avons utilisé les connaissances que nous possédions pour obtenir un changement de coloration, et les agents de coloration alimentaire que nous avons utilisés sont ceux que nous, tout comme l'industrie en général, utilisons généralement pour apporter ce type de correctif d'ordre visuel.

Conclusion de l'expert technique

À la lumière de ces informations, ce projet ne satisfait pas aux critères du programme de la RS & DE. Si nous reprenons brièvement chacun des critères dont nous avons discuté, nous pouvons conclure qu'il n'y avait pas d'incertitude d'ordre technologique dans vos activités, puisque les techniques de correction de la coloration sont des techniques standards utilisées généralement dans l'industrie alimentaire. Nous sommes d'avis que les travaux que vous avez présentés s'apparentent davantage à des travaux de pratique courante, ce qui ne correspond pas à la définition des travaux jugés admissibles à la RS & DE.

Question 3 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

Est-ce que les conclusions présentées par l'expert technique rejoignent l'évaluation effectuée par l'ARC?

Effectivement, les travaux décrits pour ce projet ne permettent pas de faire ressortir de travaux expérimentaux visant un progrès d'ordre technologique, donc il ne s'agit pas de travaux de RS & DE.

1.1.2. Évaluation financière

Considérant que ce projet sera jugé non admissible à la RS & DE par l'expert technique, la discussion entourant les aspects financiers sera très succincte. Les aspects importants qui seront soulevés sont les suivants.

Question 1 (posée par M^{me} Laframboise)

Est-ce que les coûts afférents à ce type d'étude effectuée auprès de la clientèle par une firme externe, visant à effectuer une prospection du marché rattaché au développement du concept, auraient pu être admissibles si le projet avait été jugé admissible aux fins de la RS & DE?

Réponse de la fiscaliste

Dans le document d'orientation publié par l'ARC sur le secteur des aliments et des produits sous emballage destinés à la vente au détail, il est mentionné spécifiquement que les études des besoins de la clientèle, telles les études de marché de type « test simulé », ne sont pas admissibles aux fins du programme de la RS & DE. L'objectif de ce type d'étude vise à connaître l'éventuelle part du marché pour un produit qu'une société se propose de mettre en marché, de même que la possibilité pour le consommateur de réitérer l'achat. Ces dépenses ne seraient pas admissibles à la RS & DE, et ce, même dans un contexte où un projet serait jugé admissible à la RS & DE. Également, les salaires afférents aux ressources internes de l'équipe R & D qui a participé à l'étude préliminaire de l'intérêt des consommateurs ne constitueront pas une dépense admissible, puisque ces coûts ne sont pas admis aux fins du programme de la RS & DE.

Considérant que le projet est jugé non admissible aux fins de la RS & DE, les dépenses citées ci-dessus ne donneront pas droit aux avantages fiscaux relatifs à la RS & DE.

Question 2 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

Est-ce que les conclusions présentées par la fiscaliste correspondent à l'évaluation effectuée par l'ARC?

Les conclusions présentées concordent avec le document d'orientation, « Secteur des aliments et des produits sous emballage destinés à la vente au détail », disponible sur le site de l'ARC. Notez également que le projet n'est pas admissible alors aucune dépense ne peut être réclamée.

1.2. PROJET 2 : AMÉLIORATION DU PROCÉDÉ DE FABRICATION DU PRODUIT VEDETTE GEL-O-FRUIT

Dans l'optique d'un objectif d'amélioration de la qualité de notre produit vedette Gel-O-Fruit, nous désirons résoudre une problématique de formation de dépôts dans le fond des contenants de verre. Avec le procédé actuel, nous constatons qu'à plusieurs occasions, des dépôts sont perceptibles dans les pots de verre, ce qui a pour effet d'occasionner des plaintes de la part de notre clientèle.

Malgré la réalisation de nombreux essais par nos ressources internes, force est de constater que les dépôts sont toujours présents. À la lumière de ces résultats, nous avançons une nouvelle hypothèse novatrice supposant que l'air présent dans notre produit pourrait être la principale cause de la formation de ces dépôts. Afin de remédier à cette problématique, nous prévoyons qu'il faudrait doter notre ligne de production d'un désaérateur. L'ajout d'un tel équipement à notre procédé de fabrication aurait pour effet de désaérer le produit et d'éliminer toute quantité d'air qui pourrait s'introduire au moment de son emballage.

Face à cette situation, notre société a entrepris certaines démarches auprès d'experts dans le domaine agroalimentaire afin de trouver un équipement qui pourrait apporter une solution à ce problème. À la suite de nombreuses démarches, M^{me} Laframboise a constaté en vain qu'aucun équipement ou technologie permettant d'atteindre les caractéristiques recherchées n'était disponible sur le marché. Devant ce constat, la société a décidé de concevoir un équipement de désaération sur mesure, basé sur une nouvelle approche technologique qui, éventuellement, devrait être intégré à son procédé de fabrication.

Afin de mener à terme ce projet, les ingénieurs de Gel-O-Fruit ont réalisé l'intégralité des travaux de conception afférents à la première version prototype de l'unité de désaération. Afin de valider le concept du désaérateur avec le procédé de fabrication existant, les ingénieurs de Gel-O-Fruit ont conçu et fabriqué un premier modèle expérimental avec des matériaux bas de gamme au coût total de 30 000 $.

Lors des expérimentations effectuées avec l'unité prototype, certains matériaux ont été brisés et mis au rebut dont une pompe et un moteur. Gel-O-Fruit n'a pas conservé la version prototype de l'unité de désaération ni de preuve de sa mise au rebut. Il en est de même à l'égard de la totalité des pièces et composantes perdues dans le cadre des expérimentations.

À la suite des expérimentations réussies avec la version prototype de l'unité de désaération, les ingénieurs de la société entrevoient donc la possibilité de concevoir une version grande échelle de l'unité (en acier inoxydable) de manière à pouvoir l'utiliser dans le cadre de ses activités commerciales. L'intégralité des travaux de fabrication de l'unité de désaération vouée à une utilisation commerciale a été confiée à un sous-traitant sans lien de dépendance avec Gel-O-Fruit pour une somme totale de 55 000 $ (comprenant main-d'œuvre et matériaux). La société Gel-O-Fruit n'a pas rédigé de contrat écrit spécifique confirmant l'essentiel des travaux devant être effectués. Seules les factures produites mensuellement par ce sous-traitant précisent que le sous-traitant doit réaliser les travaux reliés à la fabrication de l'unité de désaération selon les directives des ingénieurs de Gel-O-Fruit et qu'ultimement une unité de désaération doit être livrée selon l'échéancier établi.

1.2.1. Évaluation technique

Dans le cadre de cette phase du projet, voici certains éléments qui seront traités par M^{me} Laframboise, l'expert technique et les représentants de l'ARC.

Question 1 (posée par l'expert technique)

Certaines activités de ce projet peuvent être admissibles si elles satisfont aux trois critères du programme, lesquels critères ont déjà été énoncés précédemment. Une des phases importantes d'évaluation des projets aux fins du programme de la RS & DE consiste à déterminer le moment où la société s'est investie dans une démarche de nature expérimentale visant à résoudre une incertitude technologique.

En vous basant sur cet énoncé, pouvez-vous expliquer davantage les étapes qui vous ont permis de conclure que l'air pouvait être la cause de la présence de dépôts dans votre produit? Est-ce que les technologies et connaissances disponibles publiquement pouvaient apporter une solution à votre problématique?

Commentaires de M^me^ Laframboise

Au départ, nous avons effectué des tests à l'interne selon plusieurs hypothèses, de manière à corriger le problème. Par exemple, nous avons inversé les contenants, mais le produit était altéré. Par la suite, nous avons emballé le produit Gel-O-Fruit à différentes températures, mais cela n'a rien changé. Par la suite, nous avons réalisé des essais en laboratoire en utilisant des additifs qui contribuent à enrayer ce type de dépôt, mais nos efforts se sont avérés vains. Considérant que ces efforts n'ont pas amélioré la situation, nous avons donc posé l'hypothèse novatrice voulant que l'air puisse avoir une incidence défavorable sur notre produit. Dans cette optique, les ingénieurs ont tenté de réduire le volume d'air en procédant à divers tests. À la suite de la réalisation de ces tests, nous avons constaté une certaine amélioration. Nous disposions donc d'éléments probants pour confirmer, du moins, une cause du problème de dépôts dans le fond des contenants.

Afin de valider cette prémisse, nous avons fait appel à un consultant externe spécialisé dans le secteur agroalimentaire. À la suite de l'étude effectuée, le spécialiste a conclu que l'air était, effectivement, à la source de la présence des dépôts.

À la suite de cette étude, nous avons présumé que l'intégration d'un désaérateur sur notre ligne de production pourrait régler le problème. Il est à noter que l'utilisation d'un tel équipement sur une ligne de production en continu pour éliminer les problèmes de dépôts est non conventionnelle dans l'industrie alimentaire en raison du trop grand risque sur la stabilité des produits. Nous avons développé un désaérateur prototype basé sur une nouvelle approche technologique et l'avons installé sur notre ligne de production pour réaliser des essais. Lors de la réalisation des essais, nous avons été en mesure de valider que cette nouvelle technologie de désaération permettrait de réduire le volume d'air et que la problématique de formation de dépôts serait résolue.

Commentaires de l'expert technique

Selon les faits présentés, nous comprenons que vous avez identifié un problème de formation de dépôts. Ensuite, votre investigation systématique a consisté, premièrement, à explorer l'utilisation des technologies existantes pour tenter de remédier au problème des dépôts. Vous avez ainsi éliminé des hypothèses de solutions qui s'offraient à vous. C'est seulement à la suite de la réalisation des essais visant à réduire le volume d'air que vous avez noté une amélioration dans la diminution de la présence des dépôts. À partir de cette étape, vous avez entamé la conception d'une version prototype d'un

désaérateur afin de valider si cette nouvelle technologie développée pouvait s'appliquer à votre procédé et réduire ainsi la formation des dépôts.

Question 2 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

Selon l'ARC, à quel moment le projet de RS & DE a-t-il débuté?

À notre avis, le projet a débuté au moment où l'entreprise a épuisé l'ensemble des solutions qui s'offraient à elle dans le cas des dépôts, solutions qui impliquaient l'application de technologies courantes. Donc, le projet aurait débuté lorsque l'entreprise a émis l'hypothèse que le volume d'air était peut-être à la source du problème. On suppose ici que cette solution n'est jamais envisagée dans le cas de formation de dépôts.

Question 3 (posée par M^{me} Laframboise)

En supposant qu'une partie du projet soit admissible aux fins de la RS & DE, est-ce que vous pouvez préciser quelles sont les activités du projet d'entreprise qui sont admissibles en tant qu'activités de RS & DE?

Réponse de l'expert technique

En fonction des informations obtenues, les travaux que vous avez réalisés pour identifier les causes du problème de dépôts, les essais pour vérifier vos hypothèses, la conception du prototype, sa fabrication et son installation constituent des travaux admissibles à la RS & DE. Il en est ainsi des essais que vous avez réalisés pour évaluer le nouveau procédé.

Toutefois, les activités que votre équipe a réalisées après avoir constaté que le prototype était efficace et fonctionnel dans l'environnement réel de production ne seraient pas admissibles puisqu'il n'y avait plus d'incertitude technologique à ce moment.

Question 4 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

Est-ce que les conclusions présentées par l'expert technique rejoignent l'évaluation effectuée par l'ARC?

Pas tout à fait. En effet, la recherche de la cause du problème, si elle consiste à appliquer des solutions connues pour ce type de problème, ne fait pas partie du projet de RS & DE. Seulement après avoir fait cette investigation, il sera possible de prétendre être face à une incertitude technologique qui requiert la mise en place d'une démarche expérimentale.

Question 5 (posée par M^me^ Laframboise)

Qu'est-ce que vous considérez comme un « avancement technologique » pour Gel-O-Fruit dans le cadre de ce projet?

Réponse de l'expert technique

Ce projet représente des avancements technologiques puisqu'il a permis l'amélioration de votre procédé, ce qui a résolu la problématique des dépôts dans votre produit.

Question 6 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

Est-ce que l'ARC peut décrire de quelle façon elle perçoit l'avancement de la technologie dans le cadre de ce projet?

Le ou les avancements technologiques d'un projet doivent être décrits et non leurs impacts sur le produit. Ici, on suppose que l'avancement technologique proviendrait de la résolution de la problématique de l'air causant les dépôts (en excluant les méthodologies connues de l'entreprise et du domaine public). Ce sont ces avancements qui doivent être décrits et démontrés de même que les expérimentations ayant permis de réaliser ces avancements.

1.2.2. Évaluation financière

Question 1 (posée par la fiscaliste)

Quelles sont les principales dépenses que votre société a engagées dans le cadre de ce projet?

Réponse de M^me^ Laframboise

Les principales dépenses afférentes à ce projet au 31 août 2007 sont les suivantes :

- les salaires des ingénieurs afférents aux activités de conception, aux expérimentations ainsi qu'aux modifications effectuées sur l'unité de désaération en version « prototype » (60 000 $). De même, les salaires des ingénieurs afférents aux travaux effectués sur l'unité de désaération destinée à une utilisation commerciale (40 000 $);

- les salaires des ingénieurs et des gens de maintenance pour les travaux reliés à l'installation de l'unité de désaération destinée à être utilisée en production commerciale (ci-après « PC »);

- pièces composant le prototype mises au rebut pour 30 000 $, de même que les pièces consommées dans le cadre des expérimentations (pompe et moteur) pour 15 000 $;

- la dépense de sous-traitance afférente à la fabrication de l'unité de désaération acquise de la firme externe pour 55 000 $.

Question 2 (posée par M^me^ Laframboise)

Quelles dépenses engagées dans le cadre de ce projet sont admissibles aux fins du programme de la RS & DE?

Réponse de la fiscaliste

Premièrement, les salaires des ingénieurs afférents aux activités de conception, aux expérimentations ainsi qu'aux modifications effectuées sur l'unité de désaération en version « prototype » (60 000 $) devraient être admissibles aux fins de la RS & DE. Il devrait en être ainsi puisque ces dépenses ont été engagées dans le but d'obtenir un avancement technologique pour la société. Quant aux salaires des ingénieurs totalisant 40 000 $ afférents aux travaux réalisés sur l'unité de désaération destinée à une utilisation commerciale, nous sommes d'avis qu'une portion de ces salaires pourra être admissible aux fins de la RS & DE dans la mesure où nous pourrons relier ces efforts à des travaux réalisés dans l'optique d'obtenir un avancement technologique.

À ce propos, est-ce que vous pouvez nous décrire l'approche de ségrégation des coûts que vous avez adoptée pour la détermination de ces dépenses? Est-ce que vous avez un système de feuilles de temps pour l'identification des efforts en RS & DE?

Réponse de M^me^ Laframboise

Oui, effectivement, nous avons été en mesure de faire cette répartition des heures afférentes aux activités de conception de la version prototype *versus* la version vouée à une utilisation commerciale en fonction des feuilles de temps que nous tenons rigoureusement à l'interne.

Question 3 (posée aux examinateurs financiers de l'ARC)

a) Est-ce que l'ARC est d'avis que les salaires des ingénieurs afférents aux activités de conception de l'unité de désaération sont admissibles au programme de la RS & DE (version prototype et version vouée à une utilisation commerciale)?

Seule la portion des travaux liée à un prototype, tel que défini par l'ARC, peut être admissible. Aucune dépense reliée à des aspects commerciaux ne peut être réclamée au programme de la RS & DE. Tout dépend de l'évaluation de la conseillère en recherche et technologie (ci-après « CRT ») et de quelles activités nous parlons. Si la CRT confirme que le prototype est admissible, nous accordons les salaires de développement du prototype. Pour ce qui est de l'équipe de production, aucun salaire ne sera accordé pour faire les plans, etc.

Notez que pour ce qui est de l'équipement de PC, il est possible que la conception, la fabrication ou même l'installation, par exemple, présentent des problèmes importants et génèrent des projets. Si la CRT juge ces travaux admissibles, il sera possible de réclamer les coûts relatifs aux travaux jugés admissibles seulement.

b) Est-ce que l'ARC est d'avis que le salaire des ingénieurs et des gens de maintenance pour les travaux reliés à l'installation de l'équipement sont également admissibles?

Si la CRT est d'accord avec le fait que le prototype a été installé de façon temporaire sur la ligne de production, nous accorderons les salaires des ingénieurs ainsi que des autres employés pour faire l'installation de l'équipement.

Dans la mesure où le travail des employés de maintenance est supervisé par les ingénieurs, l'installation du prototype pourrait constituer des travaux pour lesquels ces employés exercent directement des travaux de RS & DE. Ceci est une question de fait qui dépend des tâches accomplies par les employés. Dans un tel cas, nous pourrions accorder les salaires des ingénieurs ainsi que les salaires des employés de maintenance qui se rapportent aux travaux admissibles afférents à l'installation du prototype.

Si le travail des employés de maintenance n'était pas supervisé par les ingénieurs, les salaires des employés de maintenance ne pourraient être

admissibles qu'en méthode traditionnelle si la dépense respecte les exigences de l'alinéa 2900(2)c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[2].

Pour ce qui est de l'équipement commercial, aucune dépense ne peut être admissible aux fins de la RS & DE.

Question 4 (posée aux examinateurs financiers de l'ARC)

Est-ce que l'ARC est d'avis que les travaux réalisés par le sous-traitant constituent des travaux admissibles aux fins de la RS & DE selon l'alinéa 248(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3]?

Non, s'il s'agit de la version commerciale de l'équipement. Le contrat donné par la société au sous-traitant est pour la fabrication d'un bien de nature commerciale qui ne satisfait pas aux critères de la RS & DE. Donc aucun coût ne sera accordé pour la fabrication d'un bien commercial qui sera utilisé par la suite dans les activités commerciales courantes de l'entreprise.

Il est aussi important de noter que cette dépense doit être analysée comme une dépense d'équipement, car c'est ce que la société a acheté. Comme le bien ne satisfait pas aux critères pour qu'un équipement soit admissible, nous ne pouvons accepter cette dépense.

Toutefois, si lors de la fabrication de l'unité de désaération destinée à une utilisation commerciale le sous-traitant a dû faire des travaux de RS & DE additionnels pour le compte de la société Gel-O-Fruit inc., ces travaux seraient admissibles.

Question 5 (posée par M^{me} Laframboise)

Quelles pièces d'équipement seront admissibles à titre de matériaux consommés aux fins de la RS & DE?

Réponse de la fiscaliste

Les pièces d'équipement qui demeureront sur la ligne de production utilisée en PC ne peuvent être réclamées, seules les pièces rebutées peuvent l'être, si elles sont rebutées en raison des travaux de RS & DE. Les coûts

---

2 C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

3 L.R.C. (1985), 5^{e} supp., c. 1 et mod.

afférents au prototype (soit 30 000 $) pourront également être réclamés à titre de matériaux consommés dans la mesure où l'unité est un modèle expérimental voué à la RS & DE, soit un prototype selon la définition établie par l'ARC. Si la société a l'intention d'utiliser le prototype en PC, il ne s'agit pas, dès lors, d'un prototype au sens de la définition de l'ARC et les coûts afférents à l'unité ne devraient pas être admissibles aux fins de la RS & DE.

Question 6 (posée par la fiscaliste)

Est-ce que le prototype est demeuré sur la ligne de production?

Commentaires de M^{me} Laframboise

Non, notre prototype n'avait pas la capacité pour supporter la cadence du procédé commercial ni les qualités des matériaux nécessaires à l'industrie alimentaire. En raison des limites du prototype, nous avons utilisé les connaissances technologiques acquises dans le cadre du développement de ce prototype pour concevoir l'équipement final, lequel est utilisé sur une base journalière sur notre ligne de production en continu.

Conclusion de la fiscaliste

Considérant que le prototype est destiné à être utilisé exclusivement aux fins de la RS & DE, soit afin de valider le concept technologique, nous sommes d'avis que les coûts afférents à la production de l'unité prototype (non utilisée en PC) devraient être admissibles aux fins de la RS & DE. En l'occurrence, il s'agit des coûts afférents aux matériaux qui font partie du prototype pour 30 000 $. Également, les salaires des ingénieurs qui ont participé à la conception de la version prototype de l'unité de désaération devraient être admissibles à titre de salaires des employés exerçant directement des activités de RS & DE.

Question 7 (posée aux examinateurs financiers de l'ARC)

Est-ce que l'ARC a des commentaires en regard de la réponse de la fiscaliste? L'ARC est-elle en accord avec la conclusion apportée?

Nous sommes en accord avec les conclusions qui sont évoquées. Ce qui est important, c'est d'avoir la documentation qui supporte les faits qui sont expliqués par la société.

Les conclusions, s'il s'agit d'un prototype, vont dans le sens des exigences du programme de la RS & DE. Toutefois, il faut faire attention à

la récupération du crédit d'impôt à l'investissement sur les composantes majeures qui sont susceptibles de ne pas être détruites telles les pompes.

Question 8 (posée aux représentants de l'ARC)

Est-ce que les matériaux consommés seront tout de même jugés admissibles par l'ARC dans le contexte où le contribuable ne possède pas de preuve de la disposition du prototype ni des rebuts?

Il incombe au demandeur de démontrer ce qu'il réclame. Les matériaux utilisés et leur disposition peuvent être démontrés par des évidences indirectes telles que :

- dessins;
- résultats de tests;
- dates d'achat (commandes) des composantes de l'unité prototype;
- dates d'achat (commandes) des composantes de l'unité commerciale;
- utilisation de pièces similaires ailleurs dans l'usine; etc.

1.3. PROJET 3 : DÉVELOPPEMENT D'UN NOUVEAU PRODUIT SANTÉ « GEL-OMÉGA-FRUIT »

Nous avons développé un tout nouveau produit dérivé de notre produit vedette Gel-O-Fruit, mais qui est enrichi d'oméga-3. Comme ce supplément a des vertus pour la santé qui ne sont plus à démontrer, notre société a tout avantage à en promouvoir la présence dans son produit afin de rejoindre un tout nouveau créneau de consommateurs plus soucieux de leur santé. Il est connu que ce supplément alimentaire a des effets positifs, notamment sur la diminution du risque de maladies cardio-vasculaires, de même que sur la réduction de l'hypertension.

Dans le cadre des étapes menant au développement de notre nouveau produit santé Gel-Oméga-Fruit, notre équipe R & D a développé une nouvelle recette, laquelle est enrichie d'un supplément alimentaire de type oméga-3. Ce mélange n'avait jamais été réalisé auparavant par nos spécialistes R & D et nous appréhendions fortement les perturbations que pourrait occasionner l'incorporation de ce supplément sur la stabilité de notre produit, son goût, sa viscosité ainsi que sur sa teneur en calories.

Comme le supplément alimentaire de type oméga-3 a un goût marqué de poisson, nous avions certaines incertitudes à savoir comment et avec quel additif pourrions-nous camoufler ce goût de poisson dans notre produit sans en altérer sa qualité. Également, nous ne savions pas de quelle façon nous devions incorporer l'huile d'oméga-3 à la gélatine sans qu'il y ait une séparation des ingrédients. De plus, nous ne pouvions prévoir les effets que pourrait engendrer l'ajout de ce supplément dans notre gélatine sur les propriétés organoleptiques et sur la durée de conservation du produit. Finalement, nous avons constaté que l'ajout du supplément d'oméga-3 à notre produit avait pour effet de créer une réaction au contact du verre en raison du fait que le supplément ne se mélangeait pas bien avec la gélatine.

Afin de vérifier si nous avions atteint les objectifs techniques visés au regard de notre nouveau produit santé, nous avons confié en sous-traitance à une firme spécialisée la réalisation de certaines analyses sensorielles et de certains tests. Ces tests ont été réalisés dans l'optique d'obtenir et de valider, à chacune des étapes importantes de notre développement, les propriétés organoleptiques de notre produit, dont notamment, le goût, la texture, la viscosité et l'élasticité du produit et son apparence. En résumé, ces analyses sensorielles ont permis de valider l'atteinte ou non des objectifs techniques établis initialement.

Les principales étapes du développement ont été les suivantes :

1) Développement de la recette

- Travaux en laboratoire à l'interne pour développer une première recette expérimentale.

- Essais en usine par étape de transformation sur notre chaîne de production continue.

2) Développement du procédé

- Essais de production de petites quantités de produit.

- Modification du procédé et du développement d'une nouvelle technique de transformation.

- Période expérimentale d'essais et d'incubation pour plusieurs jours.

- Produit expérimental envoyé chez un consultant externe pour faire des tests de microbiologie.

- Produits et procédés étudiés et approuvés par Santé Canada (délai de 16 mois avant d'être approuvés).

3) Production expérimentale

- Le nouveau produit « Gel-Oméga-Fruit » a été fabriqué en production continue à grande échelle pour évaluer les effets et les résultats sur notre procédé.

- Quarante-cinq tests de production expérimentale ont été faits sur une période de six mois.

- Les produits ont été jetés en entier à la fin de la ligne de production.

4) Analyse sensorielle

- Des analyses sensorielles ont été réalisées tout au long du projet pour évaluer l'effet des modifications apportées au procédé et à la recette.

Les dépenses reliées au projet totalisant 384 000 $ sont les suivantes :

- salaires de l'équipe R & D pour les formulations, modifications aux recettes, etc. pour 120 000 $;

- main-d'œuvre directe de production pour 80 000 $;

- location d'équipement utilisé exclusivement aux fins de la RS & DE pour un total de 20 000 $;

- coûts afférents aux essais pilotes effectués au Centre de recherche et de développement sur les aliments (ci-après « CRDA »). Ces coûts qui totalisent 30 000 $ couvrent, notamment, la location des équipements de laboratoire, des espaces de laboratoire utilisés aux fins des tests, de même que d'autres frais généraux;

- coûts des analyses sensorielles pour 40 000 $;

- matériaux consommés (base et matière première) dans le cadre des tests pour 90 000 $;

- coût d'homologation de Santé Canada pour 4 000 $.

1.3.1. Évaluation technique

Question 1 (posée par l'expert technique)

Nous aimerions valider avec vous notre compréhension des principales étapes de la démarche de développement que vous avez entreprise. Nous comprenons que vous avez tout d'abord travaillé en laboratoire pour développer une première recette incorporant le supplément d'oméga-3. À cette étape du développement de votre nouveau Gel-Oméga-Fruit, quelles étaient les incertitudes technologiques auxquelles vous avez fait face?

Réponse de M^{me} Laframboise

Initialement, nous avions posé différentes hypothèses de base fondées sur les objectifs précis de dosage de l'oméga-3 que nous voulions atteindre afin que notre produit respecte les exigences des produits santé. La principale incertitude technologique reposait sur la façon d'introduire un composé à base d'huile dans une matrice gélatineuse, et ce, sans en altérer les propriétés. Afin de dissiper cette incertitude, nous avons réalisé des tests en laboratoire visant à mélanger selon différentes proportions notre gélatine avec l'huile d'oméga-3.

Nos observations démontraient que cela ne se mélangeait pas très bien en laboratoire. De plus, nous avons observé la forte odeur de poisson que nous appréhendions initialement et qui avait pour effet d'altérer le goût et l'odeur de notre produit. Devant ce fait, nous avons effectué diverses expérimentations de manière à trouver des additifs qui auraient pour effet de masquer cette odeur de poisson. Nous avons trouvé un additif qui a eu pour effet d'amoindrir l'odeur; toutefois, en raison des difficultés éprouvées au moment de mélanger les ingrédients au stade de laboratoire, nous avons décidé de faire des essais sur certaines sections du procédé.

Question 2 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

a) Est-ce que l'ARC est d'avis que le projet de développement du nouveau Gel-Oméga-Fruit avec une source d'oméga-3 était dans une phase de RS & DE, et ce, dès l'étape des travaux en laboratoire?

   Lorsqu'il y a démonstration que les technologies et connaissances disponibles publiquement pour enrayer les problèmes rencontrés ne fonctionnent pas, il y a démonstration d'une incertitude technologique. Ce sont les travaux qui visent à résoudre les incertitudes technologiques

qui se qualifient au programme de la RS & DE. En ce sens, ici, nous supposons que cette démonstration a déjà été faite.

b) Est-ce que l'ARC peut nous transmettre ses commentaires concernant le moment où elle considère que le projet de RS & DE a débuté dans ce contexte?

C'est la description des essais réalisés qui permet de déterminer quels sont les essais de développement courant et à partir de quand les travaux visaient à résoudre une incertitude technologique. Ici, on tient pour acquis que les incertitudes technologiques quant à l'odeur et à l'incorporation de l'oméga-3 dans la gélatine étaient présentes dès le début du projet.

Question 3 (posée par l'expert technique)

Pourriez-vous nous expliquer les raisons qui ont justifié la phase expérimentale en usine qui visait des essais seulement sur certains équipements isolés du procédé et, également, nous faire part des résultats obtenus?

Réponse de M^{me} Laframboise

Afin de tester les réactions pouvant découler de l'incorporation de l'oméga-3 à notre produit dans un contexte de production à grande échelle, nous avons procédé à des tests de mélange dans nos grands réservoirs en injectant systématiquement le supplément d'oméga-3 à la gélatine. Lors de ces expérimentations, nous avons noté des difficultés importantes telles qu'un mélange non uniforme et la présence de dépôts d'huile dans le produit. Nous avons été contraints de modifier les conditions physico-chimiques de notre procédé pour développer un procédé adapté à ce nouveau mélange.

Question 4 (posée par l'expert technique)

Ensuite, vous avez réalisé des essais de productions expérimentales (ci-après « PE ») de petites quantités. Vous mentionnez que vous avez eu besoin de 45 PE. Est-ce que vous pouvez expliquer pourquoi ces 45 essais en PE ont été nécessaires? Également, quelle est la documentation que vous avez conservée pour appuyer ces essais? *(Comment ce processus a-t-il été réalisé à l'interne : brève discussion sur la fréquence des essais et leur nécessité pour dissiper les incertitudes technologiques, bien que répétitives?)*

Réponse de M^me^ Laframboise

Il y a tout un cheminement et une progression entre les étapes, ce que nous apprenions à une étape nous servait soit à améliorer notre procédé ou encore à formuler une nouvelle hypothèse de solution. Par exemple, les 25 premiers essais ont été requis afin de solutionner la problématique reliée à l'odeur de poisson qui se manifestait dans notre produit. Ensuite, nous avions des problèmes, car nos lignes de transfert de produits se bloquaient en raison de la forte viscosité du produit nécessitant un nombre de 10 essais réalisés pour trouver les bonnes conditions d'opération/formulation pour empêcher les arrêts de production. Finalement, une dizaine d'essais ont été réalisés pour améliorer et résoudre des problèmes liés à la stabilité et à la conservation du produit.

Quant au volet documentation, nous n'avons pas tenu de registre précis visant à décrire chacun des tests réalisés, les objectifs visés par ces essais, les observations effectuées, etc. Toutefois, nous sommes en mesure de déterminer les dates et la durée à partir des suivis d'opération, en plus de pouvoir identifier le nombre de personnes nécessaires sur la ligne de production pour réaliser ces essais. Également, nous pouvons certes réconcilier les matériaux perdus (perte anormale) au moment de la réalisation de ces tests.

Question 5 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

Dans le contexte de réclamation d'un premier réclamant où la documentation justifiant les essais est incomplète, est-ce que la société peut tout de même réclamer les coûts afférents à ces PE dans la mesure où elle peut démontrer que les 45 essais ont été nécessaires pour résoudre les incertitudes technologiques et que ceux-ci sont proportionnels aux besoins de la RS & DE?

D'abord, l'entreprise doit faire la démonstration qu'il s'agit de travaux de PE. Cette démonstration sera faite à partir de la description des essais effectués, selon le contexte de réalisation et les objectifs visés. Ainsi, il est donc nécessaire que chacun des tests réalisés soit décrit pour permettre l'évaluation d'un contexte de PE par la CRT de l'ARC. De plus, plusieurs facteurs probants permettant de conclure à une PE, énumérés dans la *Politique d'application RS & DE* 2002-02R2[4], font référence à un suivi

[4] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE* 2002-02R2, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 29 juillet 2005.

particulier des essais, à l'implication de personnel technique supplémentaire, à des conditions d'opérations précises et autres. L'entreprise doit donc disposer d'évidences permettant de conclure que les essais sont de la PE.

Question 6 (posée par l'expert technique)

Lorsque Santé Canada a approuvé votre produit, est-ce que des incertitudes persistaient encore?

Réponse de M^{me} Laframboise

Oui, car le procédé a été approuvé, mais il fallait encore faire des tests sur la conservation du produit et sur la faisabilité de produire en continu.

Conclusion de l'expert technique

En se basant sur les informations obtenues, la majorité des activités de ce projet serait admissible au programme de la RS & DE. Vous avez défini les incertitudes technologiques liées à chacune des phases de votre projet, chacune des phases a permis à l'entreprise de réaliser des travaux visant un avancement technologique, et les travaux ont été réalisés dans un cadre systématique.

Question 7 (posée à la conseillère en recherche et technologie de l'ARC)

Est-ce que l'ARC est d'avis que le projet est toujours ouvert à la suite de l'approbation de Santé Canada?

Il faut démontrer à ce stade-ci que des incertitudes technologiques persistaient et que des travaux visant à résoudre une ou des incertitudes technologiques ont eu lieu. L'étape d'homologation d'un produit alimentaire n'est pas déterminante en soi de la fin d'un projet de RS & DE. Aussi, dans l'exemple donné, il faudrait obtenir davantage d'information sur la nature des travaux réalisés après l'homologation pour pouvoir déterminer si ces derniers visaient toujours à résoudre des incertitudes technologiques, ce qui est possible, malgré l'homologation du produit.

1.3.2. Évaluation financière

Question 1 – Main-d'œuvre de production (posée aux représentants de l'ARC)

Quels sont les documents complémentaires que la société doit avoir en sa possession pour être en mesure de justifier la main-d'œuvre de production requise aux fins de l'expérimentation? Est-ce que l'ARC fait preuve d'une certaine souplesse en regard de la documentation disponible lorsqu'il s'agit d'un premier réclamant?

Il doit y avoir une documentation de base qui donne l'information sur le nombre d'employés qui travaillent normalement sur la ligne de production. Il faut aussi être en mesure de démontrer que pendant la période d'essais, il y avait des employés supplémentaires. Il faut également être en mesure de démontrer, avec l'aide de feuilles de temps ou de feuilles de production au moment de l'essai, le nombre d'employés sur la ligne de production. Il est important de porter une attention sur le nombre d'employés théoriques et la réalité lors de la journée de l'essai.

Le document d'orientation « Attribution des dépenses de main-d'œuvre à la RS & DE »[5] traite, à la partie 5, de diverses sources d'information que le demandeur pourrait utiliser pour justifier l'attribution de dépenses de main-d'œuvre à un projet de RS & DE. L'objectif est de fournir les principaux faits, dont les suivants :

- le nom de chaque employé exerçant des activités de RS & DE;
- la confirmation de son emploi (dates d'embauche et de cessation d'emploi);
- s'assurer que l'individu est un employé et non un entrepreneur;
- l'identification de l'employé déterminé.

En outre, des méthodes appropriées de répartition peuvent servir à déterminer le nombre d'heures qu'un employé consacre à des activités de RS & DE. Lorsque des mesures de contrôle appropriées et efficaces sont établies, chacune des sources indiquées ci-dessous pourrait fournir les

[5] AGENCE DU REVENU DU CANADA, document d'orientation, « Attribution des dépenses de main-d'œuvre à la RS & DE », partie 5, 9 juillet 2004.

renseignements nécessaires. Dans certains cas, il faudra peut-être plus d'une source d'information pour déterminer si l'attribution des coûts de main-d'œuvre est raisonnable :

- plans de développement;
- rapports sommaires de supervision;
- feuilles de temps;
- information produite naturellement.

Les demandeurs peuvent s'appuyer sur d'autres renseignements qui émanent naturellement de l'activité de RS & DE : contrats, documents de planification, cahiers des charges, énoncés d'objectifs et d'étapes de projet, descriptions de problèmes à résoudre, budgets et relevés d'affectation de ressources, correspondance avec les clients et les fournisseurs, comptes rendus de réunions, rapports sommaires de supervision, journaux et carnets personnels, de projet ou de laboratoire, rapports provisoires et définitifs de projet, organigrammes.

De plus, en ce qui concerne particulièrement la RS & DE en usine, la partie 6.4 du même document précise ce qui suit :

> « La RS & DE en usine est fréquente dans divers secteurs de l'industrie. Il s'agit de créer ou d'améliorer des matériaux, des dispositifs, des produits ou des procédés sur le terrain ou dans un établissement commercial.
>
> Divers employés venant de différents secteurs de l'organisation peuvent participer à ces travaux. Un projet de RS & DE de cette nature peut comporter la participation de surveillants d'usine, d'ingénieurs, d'opérateurs de machines, de mécaniciens et de soudeurs. Ils peuvent tenir eux-mêmes des relevés de leur temps ou utiliser un horodateur ou d'autres méthodes à cette fin. Comme divers types d'employés participent à des travaux de RS & DE en usine, il serait avantageux pour les demandeurs de concevoir une méthode de collecte de données au démarrage d'un projet, sans quoi ils risquent d'avoir de la difficulté à justifier les heures que les employés consacrent à la RS & DE[6]. »

[6] *Id*., partie 6.4.

Question 2 – Analyse sensorielle (posée aux représentants de l'ARC)

a) Est-ce que les coûts de sous-traitance engagés par Gel-O-Fruit sont admissibles en totalité aux fins de la RS & DE dans la mesure où ces tests sont réalisés par un panel de dégustation et qu'ils ne facilitent pas la prise de décision opérationnelle ou de marketing concernant le produit?

   Si l'analyse sensorielle vise seulement à résoudre des questions liées aux objectifs technologiques des activités admissibles du projet et qu'elle est réalisée par un personnel entraîné pour ce faire, elle sera admissible.

b) Qu'en est-il si le questionnaire qui supporte ces évaluations sensorielles pose des questions reliées à l'âge du participant, son sexe et son profil de consommation? Est-ce que la totalité des coûts afférents à cette étude sera admissible aux fins de la RS & DE?

   Il n'y aura que les efforts liés aux points relatifs aux objectifs technologiques admissibles d'un projet qui seront considérés. Si on cible une clientèle, on vient assurément changer la vocation de l'analyse.

c) Quelle approche l'ARC propose-t-elle pour identifier la proportion des coûts afférents à l'étude qui sont admissibles aux fins de la RS & DE? Est-ce que d'autres approches pour déterminer les coûts afférents à la RS & DE pour ce type d'étude pourraient être jugées raisonnables par l'ARC?

   Ceci est jugé au cas par cas.

d) Est-ce que l'ARC peut exposer clairement sa position sur l'admissibilité des coûts afférents aux analyses sensorielles dans le cadre du programme de la RS & DE?

   Encore une fois, seuls les coûts relatifs aux objectifs technologiques admissibles du projet sont admissibles. La documentation afférente aux diverses analyses nous aidera à prendre une décision. Comme chaque analyse est différente, on ne peut s'avancer plus sur la question[7].

[7] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1.

Question 3 – Coût d'homologation par Santé Canada (posée aux représentants de l'ARC)

Est-ce que les dépenses afférentes à l'homologation du produit auprès de Santé Canada sont admissibles aux fins de la RS & DE?

Non, la position de l'ARC est que cette dépense est non admissible, car elle n'est pas une dépense directement attribuable aux activités de RS & DE.

Question 4 – Location d'équipement utilisé exclusivement aux fins de la RS & DE durant une période déterminée (posée aux représentants de l'ARC)

Est-ce que les coûts de location payés mensuellement à un fournisseur d'équipement pour l'utilisation d'un équipement dédié à la RS & DE sont admissibles aux fins de la RS & DE? Qu'en est-il si le contrat de location s'étend sur une période d'un an et que l'équipe R & D utilise l'équipement à 90 % et plus aux fins de la RS & DE pour une période consécutive de six mois? Est-ce qu'une proportion de 50 % de la dépense de location peut être considérée comme attribuable en totalité ou presque aux fins de la RS & DE?

Si effectivement l'équipement est dédié à la RS & DE, oui on peut réclamer la dépense de location de cet équipement. Vous devez alors calculer le pourcentage d'utilisation par rapport au temps total d'exploitation du matériel. L'expression « temps d'exploitation » n'est pas définie dans la loi. Toutefois, elle désigne généralement le temps de fonctionnement habituel du matériel. Le temps de repos de la machine n'est pas inclus dans le calcul. Il faut se baser sur les faits propres à chaque cas pour déterminer si le matériel est utilisé pour de la RS & DE durant le temps d'exploitation. Toutefois, il revient au demandeur de tenir la documentation nécessaire, tel un registre de l'utilisation de l'équipement pour la période.

Question 5 – Essais pilotes effectués au CRDA (posée aux représentants de l'ARC)

Est-ce que les coûts engagés par Gel-O-Fruit afférents à l'utilisation des laboratoires du CRDA pour effectuer des essais pilotes sont entièrement admissibles aux fins de la RS & DE? Ces coûts couvrent, notamment, la location des équipements de laboratoire, des espaces de laboratoire utilisés aux fins des tests et autres frais généraux.

Premièrement, lors de la vérification, nous allons examiner le contrat ainsi que les factures entre Gel-O-Fruit et le CRDA. Les éléments qui sont importants sont que les deux entreprises soient non liées. Par la suite, nous examinerons la description du travail décrit dans le contrat pour nous assurer du genre de travail ou du genre d'équipement qui sera loué. Seule la partie raisonnable de la dépense de location qui se rapporte aux équipements pourrait être admissible si les conditions de l'alinéa 37(8)a) L.I.R. sont respectées. La partie de la dépense qui se rapporte à la location des espaces de laboratoire n'est pas une dépense de RS & DE déductible en vertu du sous-alinéa 37(8)d)(ii) L.I.R.

Question 6 – Production expérimentale (posée aux représentants de l'ARC)

Documentation en appui à la PE

a) Quelle est la documentation minimale requise selon l'ARC pour qu'une entreprise puisse être en mesure de réclamer, avec un certain niveau de confiance, les coûts afférents à une PE?

b) Donnez des exemples de documents que l'ARC s'attend à pouvoir consulter chez le contribuable qui réclame de la PE?

c) Est-ce que le détail de l'expérimentation effectuée (date de l'essai, but de l'essai, résultat, analyse, etc.) doit être décrit dans le descriptif technique qui accompagne les formulaires fiscaux à la RS & DE?

d) Est-ce que l'ARC adopte une approche plus souple au regard de l'aspect « documentation » lorsqu'il s'agit d'un contexte d'un premier demandeur?

Il n'y a pas de documentation minimale requise par l'ARC. La documentation doit démontrer le travail qui a été fait concernant les tests en usine (ce qui est testé, les objectifs du test, les résultats obtenus, etc.).

Voici le genre de documentation possible : cahiers de laboratoire, registres des opérateurs des machines, autorisation de la haute gestion de l'entreprise (démontre le risque élevé de l'essai), directives d'exploitation expérimentale, les notes de service aux superviseurs sur les résultats des essais, des bandes vidéo et/ou des photographies du fonctionnement du matériel, des échantillons des produits fabriqués, des registres d'affectation des ressources, des registres des autorisations à effectuer des essais en usine, etc.

PARTIE B
Recours en RS & DE

Sébastien Rheault, associé, avocat, MBA
Barsalou Lawson Avocats

INTRODUCTION[*]

L'objectif de cette partie du cas pratique est de discuter des recours offerts aux demandeurs (ou contribuables) lorsque des projets de recherche scientifique et de développement expérimental (ci-après RS & DE) sont refusés, en tout ou en partie, par les autorités fiscales.

Bien qu'il existe certaines particularités, les recours en RS & DE sont relativement semblables à ceux qui existent de façon plus générale en matière de cotisations d'impôt sur le revenu. Ainsi, de façon générale, un contribuable disposera de quatre grandes occasions pour la résolution d'un différend avec les autorités fiscales concernant ses dépenses de RS & DE :

- vérification (examinateur financier (ci-après « EF ») et conseiller en recherche et technologie (ci-après « CRT »), gestionnaires, révision administrative);
- opposition (Division des appels);
- moyens préliminaires (ministère de la Justice);
- audition devant la Cour (Cour canadienne de l'impôt, Cour du Québec, Cour d'appel fédérale).

Il faut savoir que de façon générale, relativement peu de dossiers en matière de RS & DE se retrouvent devant les tribunaux. Cependant, cela ne signifie pas que les contribuables (ou demandeurs) acceptent dans tous les cas le résultat des vérifications de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») ou de Revenu Québec. Alors que la grande majorité des dossiers se règle au stade de la vérification, un bon nombre de dossiers sont résolus au stade des oppositions ou encore à l'étape des interrogatoires au préalable et donc, avant qu'un dossier ne soit entendu par la Cour. De plus, une

[*] L'auteur tient à remercier M[e] Eleni Kouros, avocate, et M. Travis Chalmers, stagiaire, chez Barsalou Lawson Avocats, pour leur collaboration.

proportion relativement importante des dossiers qui sont présentés devant le tribunal sont réglés en faveur des demandeurs.

1. PRÉVENTION DES CONFLITS

1.1. ACCUEIL DE L'EXAMINATEUR FINANCIER ET DU CONSEILLER EN RECHERCHE ET TECHNOLOGIE

La prévention des conflits avec l'ARC ou Revenu Québec passe d'abord par une réclamation bien organisée appuyée par une bonne documentation. Il est également important d'assurer un bon accueil de l'EF ainsi que du CRT afin d'obtenir une bonne communication et de bien répondre à leurs besoins.

Comme dans toutes les vérifications fiscales, il est aussi indiqué de s'assurer que les personnes qui seront appelées à interagir avec l'EF et le CRT soient compétentes et bien informées. Il faut aussi être certain que le nombre de personnes appelées à interagir avec l'EF et le CRT soit limité au minimum afin d'éviter la confusion ou des malentendus entre l'ARC (ou Revenu Québec) et le contribuable.

1.2. SOLUTIONS PROACTIVES SI UN PROBLÈME EST DÉCELÉ

L'approche par laquelle un contribuable laisse au CRT le soin de découvrir et de recueillir lui-même l'information pertinente ne porte pas toujours les meilleurs résultats pour le contribuable. Si l'EF ou le CRT soulève des questions au cours de la vérification, il est parfois avisé d'en discuter immédiatement afin d'identifier et de développer des solutions potentielles plutôt que d'attendre qu'une position (même préliminaire) soit prise. Il est souvent avantageux de proposer une solution plutôt que de laisser à l'EF ou au CRT, qui ont souvent une charge de travail importante, le soin d'en trouver une.

1.3. UTILISATION ET PROTECTION DES PRIVILÈGES

Une bonne connaissance des privilèges juridiques peut aussi s'avérer utile, tant pour le contribuable que pour les autorités fiscales. Par exemple, des discussions de règlement clairement identifiées « sous toute réserve » et par conséquent privilégiées peuvent servir de cadre pour une discussion de règlement plus candide et ouverte entre le contribuable et l'EF ou le CRT. En effet, des discussions « sous toute réserve » ne pourront généralement pas être utilisées contre l'autre partie si le dossier devait être contesté devant les tribunaux à une date ultérieure, advenant l'échec des discussions de règlement.

La Cour suprême du Canada[1] a aussi réaffirmé récemment l'existence du privilège relatif au litige (*litigation privilege*) qui s'attache aux documents créés principalement en vue d'un litige réel ou appréhendé. Par exemple, si certaines conditions sont remplies, les documents préparés par le contribuable ou par son représentant principalement afin d'explorer divers scénarios de règlement ou de litige seraient protégés et ne pourraient être divulgués à l'autre partie advenant une contestation. Il est à noter que ce privilège expire généralement au moment où le litige prend fin.

Finalement, il existe bien entendu toujours le privilège avocat/client selon lequel la communication intervenue entre un client et son avocat afin d'obtenir des conseils juridiques relativement, par exemple, au crédit en RS & DE peut être faite de façon candide et sans risque de divulgation à la partie adverse pourvu encore une fois que certaines conditions soient respectées. Les vérificateurs de l'ARC bénéficient de ce même privilège lorsqu'ils consultent des avocats de l'ARC ou du ministère de la Justice concernant l'application de la loi en RS & DE.

2. VÉRIFICATION ET RÉVISION ADMINISTRATIVE

Évidemment, la première étape pour la résolution de conflit avec l'ARC, et la plus fréquente, est celle du stade de la vérification et de la révision administrative. En général, les contribuables qui offrent une bonne collaboration réussissent à trouver un terrain d'entente avec l'EF et le CRT. La confiance est relativement importante et encore une fois, il est important de présenter à l'EF et au CRT des personnes qui ont les connaissances nécessaires des projets et des aspects financiers en question pour ainsi générer une relation de confiance.

La *Politique d'application RS & DE* 2000-02R[2] énonce la politique de l'ARC concernant la résolution des préoccupations des demandeurs durant la vérification.

Dans un premier temps, l'ARC recommande au demandeur de discuter de ses préoccupations avec le CRT ou l'EF dans les plus brefs délais.

---

1 *Blank* c. *Canada (ministre de la Justice)*, [2006] 2 R.C.S. 319.

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE* 2002-02R, « Lignes directrices pour résoudre les préoccupations des demandeurs en matière de RS&DE », 30 juin 2005.

Encore une fois, il est indiqué de tenter d'identifier et de résoudre les préoccupations avant qu'un projet de cotisation ne soit émis. Si un projet de cotisation est émis, il est important d'y répondre dans le délai requis ou d'obtenir une prolongation. Une bonne rédaction des motifs à cette étape aidera à la résolution de la controverse auprès de l'EF ou du CRT et servira de bon point de départ si le dossier devait aller en opposition. À la réception d'un projet de cotisation, il est conseillé de consulter son comptable et/ou son avocat afin de discuter des prochaines étapes. En plus de l'exactitude des montants dans le projet de cotisation et de la position à prendre par rapport aux ajustements proposés, certains autres facteurs doivent être examinés. Par exemple, il faut s'assurer de bien comprendre si l'ARC ou Revenu Québec demande au contribuable de renoncer à son droit d'appel. Normalement, cette information est bien communiquée par l'ARC ou Revenu Québec, mais il peut arriver que la situation ne soit pas bien comprise par le contribuable et que celui-ci renonce par inadvertance à son droit d'appel. L'impact concernant l'autre palier de gouvernement (par exemple, Revenu Québec) est aussi à considérer.

Si les préoccupations des demandeurs en matière de RS & DE ne sont pas résolues à leur satisfaction après l'intervention du CRT ou de l'EF, la deuxième étape consiste à faire appel au gestionnaire en recherche et technologie (ci-après « GRT ») ou au gestionnaire de l'examen financier (ci-après « GEF »). Ces derniers examineront les faits en cause et étudieront le point de vue du demandeur et celui du CRT ou de l'EF sur la question. L'ARC encourage les parties en cause à dialoguer ouvertement et sans détour pour éviter tout malentendu. Le GRT ou le GEF travaillera de concert avec le demandeur et le CRT ou l'EF en vue de résoudre les préoccupations du demandeur.

Finalement, si le demandeur est d'avis que l'on n'a toujours pas répondu à ses préoccupations, il peut demander une révision administrative de l'examen, et ce, toujours au stade de la vérification. Pour entamer une révision administrative de l'examen, le demandeur doit faire sa demande par écrit au directeur adjoint de la RS & DE. Le directeur adjoint peut déléguer cette responsabilité à une autre personne du programme de la RS & DE qui n'est encore jamais intervenue dans l'affaire. À notre connaissance, l'expérience sur le plan des demandes de révision administrative est limitée et les résultats, s'ils peuvent être obtenus au stade de la vérification, le seront généralement du point de vue de l'EF, du CRT ou de leurs gestionnaires.

2.1. AVIS DE NOUVELLE COTISATION ET OPPOSITION

Si un avis de nouvelle cotisation est émis, il est important d'en vérifier les montants, d'entrer la date limite pour déposer un avis d'opposition à son agenda et de vérifier si la cotisation a été émise dans les délais prévus par la loi. Normalement, ce délai est de trois ou quatre années suivant la date de l'établissement de la première cotisation[3].

Le contribuable corporatif dispose normalement de 90 jours pour déposer un avis d'opposition[4]. Si le contribuable est une grande société telle que définie dans loi[5], certaines conditions s'appliquent concernant l'information prescrite qui doit se retrouver à l'intérieur de l'avis d'opposition[6]. Il faut se souvenir que si l'année en question fait l'objet d'un avis de nouvelle cotisation pendant la durée de l'opposition, le contribuable devra normalement se réopposer afin de protéger ses droits. Une nouvelle cotisation remplace normalement l'ancienne et la première opposition s'en trouve donc annulée.

Afin d'aider à la préparation de l'avis d'opposition, il est utile de réviser le rapport de vérification ainsi que le rapport du CRT. Cela permet d'identifier plus spécifiquement les points sur lesquels porte le conflit et d'en traiter plus spécifiquement dans l'avis d'opposition. Le rapport de l'EF et le rapport du CRT sont normalement disponibles et fournis sur demande auprès de l'EF. Cependant, il est aussi possible de les obtenir par le biais d'une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*[7]. Une telle demande permet aussi, lorsque cela s'avère pertinent, d'obtenir une copie des documents de travail et autres documents qui se trouvent au dossier de vérification. Par exemple, il est arrivé qu'un contribuable n'ait pas conservé une copie des documents qui ont été transmis à l'EF ou au CRT, ou qu'ils aient été détruits par inadvertance. L'accès au dossier de vérification permet au représentant du contribuable de reconstituer le dossier à des fins de discussion au stade des oppositions.

---

3 Par. 152(3.1) et 152(4) L.I.R.

4 Art. 165 L.I.R.

5 Par. 225.1(8) L.I.R.

6 Par. 165(1.11) L.I.R.

7 L.R.C. (1985), c. A-1.

Il est aussi important de s'assurer de protéger les droits d'appel du demandeur en ce qui concerne l'autre palier gouvernemental, le cas échéant. Par exemple, si l'ARC émet un avis de nouvelle cotisation suivant une vérification, il faudra normalement déposer un avis d'opposition suivi d'un retrait conditionnel au niveau provincial[8]. L'assignation du dossier d'opposition à un agent d'opposition peut prendre de 6 à 12 mois, parfois plus. Ensuite, il faut souvent compter de 3 à 6 mois pour compléter le processus d'opposition. Il est important d'utiliser ce temps à bon escient puisque l'information pertinente a tendance à disparaître au fil du temps. Par exemple, le roulement normal du personnel au sein d'une entreprise au cours de ces 9 à 18 mois peut faire en sorte que les connaissances reliées au projet de RS & DE en appel soient perdues si aucun moyen n'est mis en place pour les conserver. Ainsi, il est avisé d'assembler, dès le départ, un bon dossier en recueillant toute la documentation pertinente. Il est aussi parfois indiqué de consigner par écrit l'information qui serait à la seule connaissance d'un employé, par exemple. En effet, malgré que l'ARC semble parfois se limiter à une preuve documentaire des éléments essentiels à une réclamation de recherche en RS & DE, les tribunaux ont reconnu qu'un contribuable peut faire la démonstration de ces éléments (à moins qu'il ne s'agisse d'information dans un formulaire prescrit) par preuve testimoniale[9]. Ainsi, la consignation des faits au dossier immédiatement au moment de la préparation de l'avis d'opposition permettra de présenter un dossier plus solide quelques années plus tard, soit en ce qui concerne les oppositions, les interrogatoires au préalable ou le cas échéant, devant la Cour.

Dans l'attente de l'assignation du dossier à un agent d'opposition, il est aussi important de commencer à penser à la possibilité d'engager un expert scientifique afin de produire une opinion indépendante. Il est souvent préférable d'amorcer ces discussions tôt dans le dossier afin d'assurer la sélection d'un bon expert et de pouvoir assembler toute l'information dont cet expert aura éventuellement besoin.

Il est aussi à noter que les questions scientifiques seront normalement adressées à l'administration centrale à Ottawa, pour assignation à un CRT qui n'a jamais participé au dossier. L'objectif est d'assurer une révision

---

[8] Il existe aussi une politique administrative selon laquelle Revenu Québec peut s'engager à suivre le dénouement de l'appel au niveau fédéral sans qu'une opposition provinciale ne soit nécessaire, mais il est recommandé de consulter un avocat à l'intérieur du délai d'opposition pour discuter des risques possibles d'une telle approche.

[9] *RIS Christie* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 5087 (C.A.F.) (ci-après « *RIS Christie* »).

indépendante du dossier. Ainsi, afin d'éviter des délais si l'opposition porte seulement ou principalement sur une question scientifique, il est parfois possible de faire un suivi suivant le dépôt de l'opposition afin de faire transférer le dossier immédiatement à Ottawa, plutôt que d'attendre que ce soit fait plusieurs mois plus tard par un agent d'opposition du bureau des services fiscaux local. Il est aussi important de considérer s'il est nécessairement dans l'intérêt du demandeur d'obtenir un examen indépendant par un nouveau CRT. Dans certains cas, à la lumière de faits nouveaux et de la position prise à l'égard d'années subséquentes, le CRT initial acceptera de réviser sa position en opposition.

2.2. AGENT D'OPPOSITION – DIVISION DES APPELS

Il est habituellement recommandé de fixer une rencontre avec l'agent d'opposition qui sera assigné au dossier. Le but de cette rencontre est de s'assurer une bonne communication des faits et des questions en litige. Elle permettra en outre de mettre en lumière tout fait ou élément de droit nouveau qui n'aurait pas été considéré au cours de la vérification. L'agent d'opposition pourra, le cas échéant, discuter avec l'EF ou le CRT afin de confirmer certains aspects. L'agent d'opposition pourra aussi consulter l'administration centrale.

À la suite de l'évaluation du dossier et de l'étude des représentations du demandeur, la Division des appels rendra une décision. La Division des appels pourra soit maintenir la cotisation, l'annuler ou encore renvoyer le dossier pour émission d'une nouvelle cotisation suivant leurs directives. Si les cotisations sont maintenues, le contribuable aura normalement 90 jours suivant la date de la décision pour déposer un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt (ou une requête en appel à la Cour du Québec, le cas échéant). S'il s'agit d'un dossier renvoyé pour émission d'un avis de nouvelle cotisation et qu'un désaccord subsiste, le délai de 90 jours va normalement courir à compter de la date de cet avis de nouvelle cotisation. Il est avisé de consulter un juriste afin de vérifier ces délais ainsi que la procédure à suivre.

2.3. MOYENS PRÉLIMINAIRES (COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT OU COUR DU QUÉBEC)

Plusieurs dossiers fiscaux, que ce soit en RS & DE ou autre, se règlent lors des interrogatoires préalables et ne procèdent jamais à l'audition devant le tribunal. Il s'agit d'une étape au cours de laquelle un avocat du ministère de la Justice aura accès au dossier afin de préparer la cause pour l'audition. La raison pour laquelle plusieurs dossiers sont résolus à cette étape est que

ces moyens préliminaires permettent aux avocats respectifs, entre autres, d'interroger des représentants du contribuable ainsi que ceux de l'ARC ou du Revenu Québec. Cet interrogatoire permet aux parties de mieux comprendre les faits et la preuve au dossier. Cette évaluation de la preuve n'est pas limitée à la documentation disponible mais inclut aussi l'évaluation des témoignages, ce qui est plus difficile au stade de la vérification ou des oppositions. Ainsi, ces interrogatoires préalables sont l'étape la mieux indiquée pour résoudre un conflit lorsque celui-ci tire son origine d'un manque de documentation.

Le dépôt d'un rapport d'expert indépendant, avant l'audition devant la cour, permet parfois aussi à l'autre partie de mieux prendre conscience des forces et des faiblesses de son dossier.

Aussi, avant que le dossier ne se rende à procès, une conférence préparatoire devant un juge coordonnateur est habituellement tenue. Selon l'importance des montants en jeu et de la volonté des parties, cette conférence préparatoire permet aussi de circonscrire le débat, voire de parvenir à un règlement du dossier. Le juge encouragera les parties à faire des aveux de fait ou des admissions de documents ou encore tout simplement à régler le dossier[10].

L'étape des moyens préliminaires peut durer de 6 à 18 mois environ.

2.4. AUDITION DEVANT LA COUR

Si le dossier n'a pu être résolu en vérification, en opposition ou au stade des moyens préliminaires, le contribuable pourra présenter l'affaire à la Cour. Une audition pourra être tenue dans les 12 à 24 mois suivant le dépôt de l'avis d'appel. La préparation des témoins constituera une étape importante.

L'une ou l'autre des parties, ou les deux, pourra porter la décision de la Cour canadienne de l'impôt en appel à la Cour d'appel fédérale. Aucune preuve additionnelle n'est habituellement permise en appel et une grande déférence sera accordée aux déterminations de fait du juge de première instance.

---

[10] *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS 90-688, art. 126.

Un aspect important dont il faut se souvenir tant au stade de la vérification que des autres étapes est que la preuve testimoniale est possible pour démontrer les éléments d'admissibilité aux critères de RS & DE. Dans l'affaire *RIS Christie*, la Cour d'appel fédérale confirmait que :

> « Bien que les preuves testimoniales soient admissibles au même titre que les preuves documentaires […] le seul moyen infaillible d'établir que la recherche scientifique a été effectuée de façon systématique consiste à produire des preuves documentaires qui font ressortir la progression logique entre chaque essai et les essais précédents ou subséquents[11]. »

Un coup d'œil rapide et non scientifique des décisions rendues par la Cour canadienne de l'impôt et par la Cour d'appel fédérale en matière de RS & DE révèle que les contribuables obtiennent gain de cause dans près de la moitié des cas en RS & DE. Selon notre expérience, il semble s'agir d'une moyenne supérieure à celle vue dans les autres types de litige fiscal, ce qui est consistant avec le fait qu'il s'agit, après tout, d'un programme d'incitatifs fiscaux et dont l'interprétation devrait être – tout en respectant les critères de la loi – plus généreuse que restrictive. À cet égard, dans l'affaire *Northwest Hydraulic Consultants Inc.* c. *La Reine*[12], le juge Bowman (aujourd'hui le juge en chef) écrivait que :

> « Les stimulants fiscaux accordés à ceux qui se livrent à la RS & DE visent à encourager la recherche scientifique au Canada (Consoltex Inc. v. The Queen, 97 DTC 724). Cela étant, la législation concernant pareils stimulants "s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet" (article 12 de la Loi d'interprétation). » (Notre soulignement)

CONCLUSION

En cas de désaccord avec le CRT ou l'EF, il est avisé de considérer l'ensemble des recours offerts avant l'émission de cotisations. Malgré que la quasi-totalité des différends en RS & DE soit résolue de manière satisfaisante à l'étape de la vérification, plusieurs dossiers sont réglés de façon avantageuse au moment des oppositions ou encore des moyens préliminaires (par exemple, interrogatoires préalables), sans nécessairement procéder en Cour.

---

11 *RIS Christie*, précité, note 9.

12 C.C.I. n° 97-531 (IT) G, j. Bowman.

ÉTUDE DE CAS 2
LA CRÉATION D'UNE FIDUCIE JUSQU'À SA LIQUIDATION



Coordonnateur
Richard Gauthier
Notaire, M. Fisc.
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.



Julie Doyon
Notaire, M. Fisc.
PricewaterhouseCoopers
LLP/s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Natasha Girouard
Notaire, DESS fisc.
BCF, s.e.n.c.r.l.



Isabelle Gouin
Notaire, M. Fisc.
Étude de M^{e} Isabelle Gouin,
Notaires

TABLE DES MATIÈRES

1. MISE EN SITUATION 52:7

1.1. SITUATION FAMIIALE DE M. TOUTANT 52:7
1.2. BIENS DÉTENUS PAR M. TOUTANT 52:8
1.3. LES OBJECTIFS DE M. TOUTANT 52:9
1.4. STRUCTURE PROPOSÉE 52:10

2. INTRODUCTION D'UNE FIDUCIE DANS L'ACTIONNARIAT 52:12

2.1. RÈGLES DE BASE POUR LA CRÉATION DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS 52:12
2.1.1. Notion de donation et objet de la donation 52:13
2.1.2. Acceptation de la donation 52:16
2.1.3. Affectation de la fiducie 52:16
2.1.4. Au bénéfice de personnes ou de patrimoines d'affectation 52:17
2.1.5. La forme de l'acte 52:17
2.2. LE CHOIX DES INTERVENANTS 52:18
2.2.1. Le constituant 52:18
2.2.2. Le ou les fiduciaire(s) 52:20
2.2.3. Le ou les bénéficiaire(s) 52:21
2.3. QUELQUES CLAUSES LÉGALES ET FISCALES À CONSIDÉRER 52:22
2.3.1. Faculté d'élire 52:22
2.3.2. Obligations des fiduciaires 52:23
2.3.3. Établissement des pouvoirs des fiduciaires 52:26
2.3.4. Exemples de pouvoirs à insérer qui sont motivés par la fiscalité 52:28
2.3.5. Délégation de pouvoirs 52:28
2.3.6. Restrictions aux droits des bénéficiaires 52:29
2.3.7. Clauses de nature administrative 52:31
2.3.8. Règle des 21 ans et liquidation de la fiducie 52:34
2.3.9. Clause prévoyant le transfert en faveur d'une autre fiducie 52:34
2.3.10. « Capital » et « Revenu » 52:34

3. LE GEL SUCCESSORAL 52:34

3.1. BUTS 52:35
3.1.1. Minimiser les impôts au décès 52:35
3.1.2. Report de l'impôt sur le revenu 52:36
3.1.3. Intégration de nouveaux actionnaires à moindre coût 52:36

3.2. AVANTAGES 52:36
3.2.1. Conservation du contrôle 52:36
3.2.2. Maintien du niveau de vie de l'auteur du gel 52:37
3.2.3. Permettre le fractionnement de revenus 52:37
3.2.4. Multiplication de la DGC de 750 000 $ 52:37
3.2.5. Cristallisation de la DGC de 750 000 $ de l'auteur du gel 52:38
3.2.6. Protection à l'égard des créanciers de l'auteur du gel 52:38
3.3. GEL SUCCESSORAL SIMPLE OU GEL AVEC UNE FIDUCIE FAMILIALE 52:38
3.3.1. Avantages de l'utilisation d'une fiducie 52:40
3.4. GEL DE RECYCLE TOUT 52:41
3.4.1. Évaluation des 100 actions de catégorie A de Recycle Tout 52:42
3.4.2. Conversion des actions de catégorie A en actions privilégiées de catégorie B 52:45
3.4.3. Souscription à de nouvelles actions de catégorie A 52:47
3.4.4. Souscription à des actions de catégorie C par M. Toutant 52:48
3.5. MAINTIEN DU CONTRÔLE 52:48

4. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES 52:49

5. MISE EN PLACE D'UNE SOLUTION DE PROTECTION D'ACTIFS 52:50

5.1. POURQUOI PROTÉGER DES ACTIFS? 52:50
5.2. QUELS BIENS PROTÉGER? 52:51
5.2.1. La protection est effectuée à l'encontre de qui? 52:51
5.2.2. Choix du type de fiducie 52:52
5.2.3. Avantage de la fiducie du Québec 52:55
5.2.4. Quels biens faut-il éviter de transférer? 52:56
5.2.5. Choix des intervenants 52:57
5.3. CRÉATION DE FIDUCIE PROTÈGE TOUT 52:61
5.3.1. Transfert des biens 52:62
5.3.2. Étapes pratiques 52:62
5.3.3. Clauses à inclure 52:65
5.3.4. Autres considérations 52:66
5.3.5. Inconvénients 52:67

6. FIDUCIES TESTAMENTAIRES 52:67

6.1. DÉFINITION D'UNE FIDUCIE TESTAMENTAIRE 52:67
6.1.1. Remise de biens à une fiducie 52:68
6.1.2. Dettes contractées par une fiducie 52:70

6.2. DIVERS TYPES DE FIDUCIES TESTAMENTAIRES 52:71
6.2.1. Fiducie de contrôle 52:71
6.2.2. Fiducie de fractionnement du revenu 52:72
6.3. FIDUCIE EXCLUSIVE AU BÉNÉFICE DU CONJOINT 52:73
6.3.1. Avantages 52:73
6.3.2. Conditions à respecter 52:75
6.4. RÈGLES FISCALES APPLICABLES AUX FIDUCIES TESTAMENTAIRES 52:80
6.4.1. Exercice financier 52:80
6.4.2. Taux d'imposition 52:81
6.4.3. Date de production des déclarations 52:81
6.4.4. Règle des 21 ans 52:81
6.4.5. Fin d'année d'imposition réputée 52:81

7. DANS LA PREMIÈRE ANNÉE ET UNE ANNÉE PLUS TARD 52:82

7.1. MISE EN PLACE DES FIDUCIES 52:82
7.1.1. Ouverture des comptes bancaires 52:82
7.1.2. Souscription aux actions ou transferts 52:83
7.1.3. Préparation des livres de fiducies 52:84
7.1.4. Registre des dispositions réputées 52:85
7.2. EXERCICE DES DISCRÉTIONS 52:85
7.3. COLLECTE DES INFORMATIONS 52:86
7.4. DÉCLARATIONS DE REVENUS 52:87

8. DEUX ANNÉES PLUS TARD – ACQUISITION D'ACTIONS D'UNE AUTRE ENTREPRISE PAR RECYCLE TOUT 52:88

8.1. UN INVESTISSEUR INSTITUTIONNEL VIENT AIDER RECYCLE TOUT À ACQUÉRIR LES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ CIBLE 52:88
8.2. REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES 52:88
8.3. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES 52:88
8.4. AUTRES CONSIDÉRATIONS 52:89

9. TROIS ANNÉES PLUS TARD – LES MAUVAISES NOUVELLES 52:89

9.1. DIVORCE DE M. ET M^ME^ TOUTANT 52:89
9.1.1. Le divorce n'est pas amical et les parties sont sur le pied de guerre. 52:89
9.1.2. Arguments présentés par M^me^ Toutant 52:89
9.1.3. Arguments présentés par M. Toutant 52:90
9.1.4. Quelles clauses auraient pu être utiles à M. Toutant? 52:92
9.1.5. Incidence sur le testament de M. Toutant 52:93

10. QUATRE ANNÉES PLUS TARD 52:93

11. CINQ ANNÉES PLUS TARD : DÉCÈS DE M. TOUTANT 52:100

12. VINGT ET UN ANS PLUS TARD 52:101

ANNEXE A 52:103

ANNEXE B 52:105

ANNEXE C 52:107

ANNEXE D 52:108

ANNEXE E 52:109

ANNEXE F 52:110

1. MISE EN SITUATION

M. Toutant, un homme prospère dans la jeune cinquantaine, vous est recommandé par un ancien collègue, Paul, maintenant au service d'une institution financière. Lors d'un récent cocktail, ces derniers ont brièvement discuté des préoccupations d'affaires de M. Toutant. Paul lui a alors proposé de vous rencontrer pour s'assurer que la structure actuelle de son entreprise est toujours appropriée pour permettre à M. Toutant d'atteindre ses objectifs. Dans le cas contraire, il aimerait qu'on lui suggère de nouvelles avenues répondant à ses besoins.

1.1. SITUATION FAMIIALE DE M. TOUTANT

M. Toutant vient tout juste de célébrer son cinquantième anniversaire de naissance en compagnie de ses proches. La quarantaine lui a filé entre les mains, trop occupé à travailler. Il espère donc que la prochaine décennie lui permettra de passer plus de temps avec son épouse, M^me^ Longtin.

M. Toutant et M^me^ Longtin sont mariés depuis 25 ans. À l'époque, après mûre réflexion, ils ont opté pour le régime de la société d'acquêts et n'ont donc pas signé de contrat de mariage[1]. Ils n'ont pas, par ailleurs, renoncé au partage du patrimoine familial en temps opportun[2].

M. Toutant et M^me^ Longtin forment un couple exemplaire. M. Toutant a beaucoup d'admiration pour son épouse qui a réussi à élever deux magnifiques enfants tout en le supportant pleinement dans son travail. D'ailleurs, M^me^ Longtin est employée de la société que M. Toutant a fondée. Elle y travaille à temps plein, y accomplissant diverses tâches administratives. Elle gagne un salaire annuel de 60 000 $. D'ici quelques semaines, elle espère embaucher une nouvelle recrue qui pourra lui succéder afin qu'elle puisse vaquer à d'autres occupations, plus intéressantes. Elle est

---

1 Depuis le 1^er^ juillet 1970, les époux qui n'ont pas fixé leur régime matrimonial par un contrat de mariage sont soumis au régime légal de la société d'acquêts. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 432. Avant cette date, le régime légal était la communauté de biens.

2 Les époux qui se sont mariés avant le 15 mai 1989 avaient jusqu'au 31 décembre 1990 pour signer une convention d'exclusion permettant de se soustraire aux dispositions du patrimoine familial. *Loi modifiant le* Code civil du Québec *et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.R.Q. 1989, c. 55.

loin de se douter que, dans trois ans, son époux la quittera pour cette nouvelle jeune recrue.

Sont issus du mariage de M. Toutant et M^me^ Longtin, deux enfants, un garçon et une fille. Ce sont des jumeaux âgés de 24 ans. Le jeune homme, Frédéric, est célibataire, à la recherche de la perle rare. La jeune femme, Véronique, s'est mariée l'an passé et n'envisage pas d'avoir des enfants avant quelques années. Frédéric et Véronique ne travaillent pas à temps plein dans l'entreprise mais reçoivent un petit salaire d'appoint pour les petits travaux qu'ils y exécutent.

1.2. BIENS DÉTENUS PAR M. TOUTANT

Comme plusieurs entrepreneurs, la majorité de la valeur du patrimoine de M. Toutant est composée d'actions qu'il détient dans le capital-actions de Recycle Tout inc. (ci-après « Recycle Tout »), la société qu'il a fondée, sous l'autorité de la Partie 1A de la *Loi sur les compagnies*[3], lorsqu'il avait 35 ans. Auparavant, il travaillait comme ingénieur dans une société qui fabrique des piles.

M. Toutant est le seul actionnaire de la société, qu'il gère d'une main de fer. Recycle Tout se spécialise dans la récupération de divers matériaux. La société exploite son entreprise à Boucherville et ses ventes sont concentrées au Québec et en Ontario. Elle compte près de 30 employés.

Nous avons joint à l'annexe A, le bilan de Recycle Tout en date du 30 septembre 2007 et à l'annexe C, l'organigramme de la société.

Mis à part ses actions de Recycle Tout, M. Toutant est propriétaire de la résidence familiale située à Boucherville, qui est évaluée à 650 000 $. Il a également des liquidités sous diverses formes, incluant un billet à demande, sans intérêts, qui lui est dû par sa sœur. Ces liquidités totalisent la somme de 148 000 $.

M. Toutant détient des placements boursiers dans son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), lesquels sont évaluées à 325 000 $.

Il y a quatre ans, M. Toutant a hérité d'une somme de 1,2 M$ au décès de sa mère. Cette dernière aimait la nature et, à la mémoire de sa bien-aimée mère, M. Toutant a fait l'acquisition d'une propriété située sur le bord d'un

---

3 L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

lac privé en Estrie, pour la somme de 450 000 $. Le reste de son héritage a été placé chez son courtier et investi dans des obligations et placements boursiers hors REÉR, lesquels sont maintenant évalués à 900 000 $.

Enfin, M. Toutant est titulaire d'une police d'assurance vie, de type universel, dont le bénéficiaire désigné est son épouse, et qui donnera droit à une prestation de décès de 1 M$. Actuellement, la valeur de rachat de cette police est de 120 000 $.

Le bilan personnel de M. Toutant est joint à l'annexe B.

1.3. LES OBJECTIFS DE M. TOUTANT

M. Toutant est fier d'avoir réussi à bâtir une entreprise en excellente situation financière. Ses années de dur labeur sont pour lui chose du passé. Il désire dès maintenant réfléchir à différents scénarios qui lui permettront de se retirer des affaires d'ici cinq à sept ans pour profiter de la vie.

Le seul regret de M. Toutant est de ne pas avoir consacré à ses enfants autant de temps qu'il aurait souhaité. Il est convaincu que c'est la raison pour laquelle aucun de ses enfants n'est actif dans l'entreprise. Il s'est donc résigné au fait qu'aucun d'eux ne prendra la relève. Son vice-président, finances et son directeur des opérations seraient toutefois intéressés à le faire au temps jugé opportun. Par contre, M. Toutant estime que Recycle Tout pourrait doubler en valeur d'ici son retrait et il sait fort bien que sans l'apport financier d'un partenaire institutionnel, les deux employés clés ne pourront financer l'acquisition de l'entreprise. M. Toutant envisage donc fortement de vendre son entreprise à des concurrents lors de son départ à la retraite.

M. Toutant n'est pas sans savoir que le domaine d'activité de son entreprise est risqué. En effet, les activités de recyclage de certains des matériaux récupérés par Recycle Tout produisent des contaminants qui doivent parfois être transportés sur de longues distances pour en être disposés de façon sécuritaire. Un déversement de ces contaminants pourrait causer des dommages importants, et même, dans certaines circonstances, engager la responsabilité personnelle de M. Toutant. Il est nerveux et se demande ce qui pourrait être fait pour protéger son patrimoine.

Pour l'instant toujours amoureux de son épouse et reconnaissant pour son dévouement exemplaire autant à la maison qu'au travail, M. Toutant veut s'assurer qu'au moment où il décédera, son épouse aura les ressources financières suffisantes qui lui permettront de maintenir un niveau de vie confortable.

Les enfants de M. Toutant perçoivent un salaire d'environ 12 000 $ par année de Recycle Tout pour diverses tâches (!!!). M. Toutant aimerait faire plus. S'il pouvait remettre des sommes d'argent additionnelles entre les mains de ses enfants, sans trop alerter les vérificateurs d'impôt, il serait ravi. Également, il aimerait permettre à ses enfants de se constituer un capital advenant la vente de Recycle Tout. À aucun moment toutefois, il n'a été question que les conjoints de ses enfants puissent prétendre à une partie de ce capital.

Enfin, M. Toutant se demande s'il ne pourrait pas réduire sa facture d'impôt advenant son décès. Il souhaite avantager son épouse mais cette dernière, constatant la valeur actuelle du patrimoine de son époux et considérant son potentiel de croissance, pense plutôt qu'il devrait favoriser leurs enfants.

Nous avons joint à l'annexe D, une liste des éléments à discuter avec le client dans le cadre d'un dossier de cette nature.

1.4. STRUCTURE PROPOSÉE

Afin de répondre aux nombreux objectifs de M. Toutant, plusieurs étapes sont proposées. Une fois celles-ci effectuées, sa situation corporative sera plus flexible et les solutions à son décès seront plus adaptées. Cette planification servira de prétexte afin de mettre en lumière les aspects civils, fiscaux et pratiques de la fiducie, qu'elle soit testamentaire ou entre vifs, de sa création jusqu'à sa liquidation[4]. Nous ferons ensuite évoluer cette structure sur une période de 21 ans, question de visiter la vie de la fiducie jusqu'à la notion particulière de disposition réputée du paragraphe 104(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5] et son équivalent provincial[6].

La première étape qui est proposée consiste à mettre en place un **gel successoral** pour M. Toutant. Une fiducie familiale (Fiducie Familiale Tout Temps) sera préalablement créée afin de souscrire aux nouvelles actions participantes à émettre. Ce gel « classique »[7] favorisera les objectifs de

---

4 Les auteurs ne prétendent pas couvrir la totalité de ces aspects mais présenteront certainement les plus pertinents.

5 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

6 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 653.

7 L'objectif du présent ouvrage n'est pas de revenir sur le concept de gel successoral proprement dit. Nous invitons le lecteur à consulter des textes portant expressément sur le sujet tels que Julie LORANGER et Michel TURCOT, « Ne pas figer devant le

(à suivre…)

M. Toutant quant au fractionnement avec ses enfants, notamment lors de la disposition éventuelle de Recycle Tout[8]. Cette nouvelle structure corporative lui donnera également toute la flexibilité voulue pour conserver le contrôle de la destinée de son entreprise et assurer sa croissance ou sa transmission, le cas échéant. Cette étape, que nous verrons aux sections 2 et 3, permettra en fait d'illustrer les éléments qui entourent la création de la fiducie entre vifs, et les caractéristiques plus précises de la fiducie familiale dans un contexte de détention d'actions participantes d'une société exploitante à la suite d'un gel successoral.

La deuxième étape vise à améliorer la protection des actions de gel qui seront émises à l'étape 1 en faveur de M. Toutant et aussi à mettre en place une structure qui pourra servir à détenir d'autres biens actuellement détenus par M. Toutant. Nous verrons cette étape à la section 5, ce qui nous permettra de toucher aux règles particulières de la fiducie dite[9] de protection d'actifs.

Finalement, la troisième étape que nous présenterons et qui permet de boucler la boucle concerne la mise à jour de la planification testamentaire de M. Toutant. Cette étape se retrouve à la section 6 et nous permettra de présenter les concepts de fiducies testamentaires.

Nous vivrons ensuite ensemble quelques événements de la vie de M. Toutant et des membres de sa famille et verrons leur incidence sur la vie des fiducies constituées.

(…suite)

gel successoral », (2002), n° 1 *Cours de perfectionnement du Notariat* 1; Luc MARTEL, « Les techniques de gel successoral », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 4:1-122.

[8] Rappelons que ses enfants sont majeurs et ne sont donc plus visés par les règles touchant les personnes mineures, telles que le paragraphe 74.1(2) L.I.R. « transfert ou prêt à un mineur » et l'article 120.4 L.I.R. « impôt sur le revenu fractionné ».

[9] Il faut se rappeler que le fondement même de la fiducie, c'est-à-dire d'être un patrimoine autonome et distinct (art. 1261 C.c.Q.), aura normalement comme conséquence d'assurer une certaine protection des actifs. Nous nous attarderons donc à cette étape à la mise en place d'une fiducie qui permet particulièrement un transfert sans conséquences fiscales immédiates.

2. INTRODUCTION D'UNE FIDUCIE DANS L'ACTIONNARIAT

Avant de traiter du gel successoral proprement dit[10], nous passerons en revue les règles entourant la création d'une fiducie entre vifs et les caractéristiques propres d'une fiducie familiale qui est appelée à détenir des actions participantes d'une société privée, telle que la Fiducie Familiale Tout Temps[11]. Nous vous renvoyons à l'organigramme corporatif proposé à l'annexe E du présent texte.

La présente section se veut un rappel des règles à suivre pour constituer une fiducie entre vifs en vertu des règles du *Code civil du Québec*. Nous verrons aussi les éléments à retenir dans le choix des intervenants et également les principales clauses légales et fiscales à inclure dans l'acte de donation. Il faut savoir qu'afin d'être en mesure de souscrire aux actions, la fiducie doit être créée avant la date à laquelle il est souhaité que le gel successoral prenne effet. Il est sans doute possible d'assujettir le début de la fiducie à une condition suspensive s'il est souhaité qu'elle prenne effet à un moment ultérieur déterminé (par exemple, à une date précise), mais nous ne traiterons pas de cet aspect particulier dans le présent texte.

2.1. RÈGLES DE BASE POUR LA CRÉATION DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS

Rappelons que c'est l'article 1260 C.c.Q. qui nous dicte le fondement de la fiducie constituée en vertu des lois du Québec[12]. Essentiellement, la fiducie est le résultat d'un acte par lequel une personne (le constituant) transfère des biens de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue.

---

10 Lequel sera analysé à la section 3 ci-après, à la lumière des faits propres à la situation à l'étude.

11 Il faut savoir que le nom de la fiducie n'a pas à être exclusif. Contrairement à la compagnie, elle n'a pas la personnalité juridique et le nom n'est donc utilisé qu'à des fins pratiques. Juridiquement, c'est sous le nom de ses fiduciaires, qui eux ont la personnalité juridique, qu'elle agit pour entrer en relation contractuelle avec les tiers. (art. 1278 C.c.Q.). Ainsi, contrairement à la société, la fiducie n'est pas assujettie à des formalités de recherche de nom. Cela étant dit, un nom qui va à l'encontre de l'ordre public, qui est diffamatoire, irrespectueux ou qui porte atteinte à la pudeur ne sera pas de mise.

12 Les fiducies constituées sous l'autorité d'autres législations ne seront pas abordées dans le présent texte.

Ces biens devront être affectés à une fin particulière[13] et un ou plusieurs fiduciaire(s) devra(ont) s'obliger à les détenir[14] et à les administrer[15].

Par ailleurs, l'article 1261 C.c.Q. définit bien la nature de la fiducie. Il s'agit d'un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire et aucun d'eux n'a de droits réels à l'égard des biens qui le composent.

En conséquence, les règles de base suivantes seront retenues en vue de la création d'une fiducie entre vifs et plus précisément dans le cadre du présent texte, en vue de la constitution de la fiducie familiale de M. Toutant.

2.1.1. Notion de donation et objet de la donation

À la base de la création de la fiducie, il devra y avoir un don, c'est-à-dire un transfert à titre gratuit au sens de l'article 1806 C.c.Q.

La loi ne contient aucune restriction sur le bien qui peut être donné par le constituant. Il faut savoir, par contre, que certains biens sont, par leur nature ou par la loi, incessibles. C'est le cas des obligations d'épargne du Canada qui ne peuvent être transférées qu'à la suite du décès du détenteur, leur incessibilité étant explicitement prévue au contrat. Par ailleurs, d'autres types de biens peuvent nécessiter l'accomplissement de différentes formalités. Par exemple :

1) si le bien est un bien acquêt, le propriétaire devra probablement obtenir l'autorisation de son conjoint avant de le donner[16] au patrimoine fiduciaire;

---

13 Lorsqu'il s'agit d'une fiducie personnelle, l'article 1267 C.c.Q. stipule que l'avantage doit être procuré à une personne déterminée ou qui peut l'être.

14 Comme nous l'avons mentionné, l'article 1278 C.c.Q. précise que les titres relatifs aux biens qui composent le patrimoine sont établis au nom du fiduciaire.

15 L'article 1278 C.c.Q. précise également que tel fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive de la fiducie et qu'il peut prendre toute mesure pour en assurer l'affectation.

16 Art. 462 C.c.Q.

2) si le bien est la résidence de la famille, le notaire voudra obtenir le consentement du conjoint marié ou uni civilement avant de procéder au transfert[17];

3) si le bien est une partie privative régie par une convention de copropriété, il faudra peut-être obtenir le consentement du syndicat des copropriétaires ou respecter certains avis;

4) si le bien est une action d'une société privée assujettie à une convention entre actionnaires, le cédant devra peut-être obtenir le consentement des autres actionnaires de même catégorie, ou des actionnaires majoritaires, avant de transférer. Les conventions entre actionnaires rédigées depuis quelques années contiennent souvent une clause édictant qu'un actionnaire pourra transférer ses actions à une société de gestion ou à une fiducie advenant un gel successoral, par exemple. Ce genre de clause peut être pertinent si la clause en question est bien rédigée.

Cela étant dit, ce sont des raisons pratiques qui motiveront souvent le choix du bien qui servira de base à la constitution de la fiducie. Nous voudrons être en mesure de prouver, de façon non équivoque, que la fiducie a validement été créée par le don d'un bien qui appartenait réellement au constituant. De plus, nous voudrons à tout prix éviter que ce transfert initial ne déclenche une règle d'attribution ou une autre conséquence fiscale non souhaitée.

Ainsi, pour créer une fiducie familiale telle que la Fiducie Familiale Tout Temps, nous choisirons normalement un bien qui possède les caractéristiques suivantes :

a) **Il est identifiable**, c'est-à-dire qu'on peut le décrire sans équivoque. Dans cette perspective, un bien numéroté sera plus qu'intéressant;

b) Le constituant est capable de fournir un **titre de propriété** à l'égard de ce bien (par exemple, un contrat, une facture ou un reçu) ou au moins une preuve de paiement (par exemple, un chèque encaissé);

c) Un bien dont le transfert **occasionne peu ou pas d'impact fiscal** et qui est appelé à prendre peu de valeur dans le futur. Cette façon de faire vise premièrement à éviter que le constituant ne doive constater un gain ou une perte en capital, lorsqu'il donnera le bien initialement. Également,

---

[17] Art. 401 C.c.Q.

même si les règles d'attribution ne s'appliquent pas par ailleurs[18], il est de bonne pratique de choisir un bien qui ne génère aucun revenu, puisque cela facilite le désintéressement des autorités fiscales à l'égard de cet aspect de la planification et que cela permet donc d'éviter des discussions inutiles avec elles.

Une pièce ou un lingot d'or ou d'argent numéroté sont des biens perçus comme répondant à ces caractéristiques. Leur utilisation en pratique est répandue dans la communauté fiscale fiduciaire et, à certains moments, nous pouvons même vivre une rareté dans la disponibilité des lingots. La Fiducie Familiale Tout Temps sera créée par la donation d'un lingot d'argent de 10 onces de marque Johnson et Mattey d'une valeur de 120 $. Tel lingot a été acquis par le constituant de la fiducie et la facture ainsi que la photocopie de son chèque seront consignées au livre de la fiducie ou dans le dossier fiscal permanent tenu par le comptable du client. Le lingot, quant à lui, sera inséré dans une pochette contenue au livre de la fiducie. Il est de bonne pratique que la fiducie conserve ce don initial afin qu'il n'y ait pas d'équivoque sur sa réelle existence et son transfert. Le bilan annuel de la fiducie montrera ce lingot au coût.

À propos de la question du billet de banque souvent utilisé par les praticiens pour des raisons pratiques, notez qu'il sera difficile de prouver qu'il appartenait véritablement au constituant et notez également que théoriquement le papier-monnaie ne nous appartient pas, il s'agit d'un titre au porteur et le papier comme tel, dûment numéroté, appartient plutôt à la Banque du Canada.

Par ailleurs, d'autres praticiens préfèrent que le constituant donne à la fiducie une somme d'argent qui servira ensuite à souscrire directement aux actions participantes. Cela évite d'avoir à obtenir un emprunt pour faire telle souscription indépendante. Puisque l'acte de fiducie va prévoir que le constituant n'est ni fiduciaire ni bénéficiaire à l'égard de ce patrimoine, les règles du paragraphe 75(2) L.I.R.[19] ne trouveront pas application. Cette méthode aura avantage à être utilisée par un rédacteur qui maîtrise bien les règles d'attribution et surtout ses subtilités.

---

18 Parce que nous n'aurons réservé aucun droit au constituant par une rédaction soignée de l'acte de fiducie.

19 Art. 467 L.I.

2.1.2. Acceptation de la donation

Il faut nécessairement que le(s) fiduciaire(s) accepte(nt) l'objet de la donation pour que le patrimoine fiduciaire soit validement constitué[20]. S'ils sont plus d'un, un seul d'entre eux peut ainsi accepter la donation. Nous croyons, par contre, que telle acceptation faite par un fiduciaire bénéficiaire, en l'absence d'un tiers, pourrait rendre l'acceptation nulle à la suite de l'application de l'article 1275 C.c.Q. Pour plus de sécurité, nous recommandons que, si tous les fiduciaires ne sont pas présents lors de l'acceptation initiale, au moins le fiduciaire non bénéficiaire le soit. Le fiduciaire absent devra, quant à lui, accepter sa charge ultérieurement par écrit, dans un autre document. Il pourra également ratifier les gestes faits par les fiduciaires ayant signé avant lui, particulièrement si des décisions unanimes sont requises aux termes de l'acte.

Par ailleurs, il serait intéressant de déterminer si un fiduciaire peut validement accepter le bien, à l'origine de la création de la fiducie, par procuration, par exemple dans un contexte de don manuel? Certains actes de fiducie sont ainsi signés par procuration.

2.1.3. Affectation de la fiducie

Les biens doivent nécessairement être affectés à une fin particulière, avoir un but ou des objectifs qui favoriseront l'un ou l'autre des bénéficiaires de la fiducie. Cette affectation donne de la substance aux droits des bénéficiaires et encadre les pouvoirs des fiduciaires. Toute demande faite ultérieurement à un tribunal compétent passera nécessairement par l'analyse de cette affectation.

Malheureusement, nous remarquons souvent en pratique que peu de soin est accordé à la rédaction de cette clause qui se retrouve à être intégrée machinalement sans adaptation. Par exemple, on lit que la fiducie est affectée à transmettre l'entreprise de madame de façon harmonieuse à sa descendance, alors que la fiducie est constituée pour détenir une résidence et qu'aucun enfant n'est bénéficiaire de la fiducie.

Il importe également de ne pas rédiger l'affectation uniquement autour de la personne de l'auteur du gel puisque la fiducie survivra à ce dernier, advenant son décès. Certaines rédactions moins fluides perdent malheureusement tout objet, dans ces circonstances.

---

[20] Art. 1264 et 1265 C.c.Q.

2.1.4. Au bénéfice de personnes ou de patrimoines d'affectation

Les bénéficiaires de la fiducie pourront être désignés expressément ou décrits de façon à ce que l'on puisse les identifier ultérieurement. Le jour où le fiduciaire accepte le don initial au patrimoine ainsi constitué, il doit exister au moins un bénéficiaire pour que la fiducie puisse exister[21]. Nous verrons que le choix du ou des bénéficiaires peut avoir des impacts civils et fiscaux importants. Par ailleurs, un bénéficiaire peut être éventuel, et même, dans le cadre de l'utilisation de la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC »), une personne qui existe depuis moins de deux ans pourra prendre la déduction, puisque le respect des conditions se vérifie au niveau de la fiducie et non au niveau de la personne à qui le gain est attribué.

2.1.5. La forme de l'acte

Le formaliste de l'acte lui-même a fait couler beaucoup d'encre et la littérature nous donne tout un éventail de possibilités allant de l'acte verbal à l'obligation d'avoir un acte notarié sous peine de nullité absolue. Nous n'entrerons pas à nouveau dans ce débat, le laissant au bon jugement des tribunaux. Rappelons simplement que la donation doit être notariée à moins qu'il ne s'agisse d'un don manuel, c'est-à-dire que le don est accompagné de délivrance et de possession immédiate du bien[22]. Au-delà de ce débat, il faut se rappeler que l'on désire que la fiducie que l'on met en place ne soit pas contestée quant à sa validité et aussi quant à la date de sa création, particulièrement dans un contexte d'utilisation de la DGC. Également, si elle est notariée, il sera plus facile d'en émettre des copies si, pour une raison ou pour une autre, celles de l'auteur du gel étaient perdues ou détruites. Ainsi, sur le plan strictement pratique, l'acte notarié devrait être favorisé.

En résumé, la Fiducie Familiale Tout Temps sera créée par la donation d'un lingot d'argent que le constituant donnera au patrimoine, afin qu'il soit affecté au bénéfice des bénéficiaires, et que les fiduciaires accepteront de détenir et d'administrer. Tel don sera constaté par acte notarié en minute.

---

21 Art. 1279 C.c.Q.

22 Art. 1824 C.c.Q.

2.2. LE CHOIX DES INTERVENANTS

En regardant les règles de la création de la fiducie, nous avons aperçu trois types d'intervenants, le constituant[23], le ou les fiduciaire(s) et le ou les bénéficiaire(s). Les règles civiles, fiscales et pratiques nous obligent à choisir ces personnes avec soin. Nous remarquons d'ailleurs, dans l'analyse de structure déjà en place, que c'est souvent à ce niveau que se glissent des erreurs. Pour choisir correctement nos intervenants, il faudra avoir en main l'organigramme complet de la situation corporative de chacune des personnes que l'on veut impliquer.

2.2.1. Le constituant

Comme nous l'avons vu dans la section précédente, le constituant est la personne qui fait le don initial à la fiducie. Son rôle est important mais essentiellement assez limité dans le temps. Il sera présent au moment de la signature de l'acte et c'est lui qui en dictera les modalités. Une fois le transfert accepté par les fiduciaires, son rôle se limitera finalement à de la surveillance[24] et, dans certaines situations où le fiduciaire néglige d'agir, à du contrôle[25].

Par ailleurs, il faut savoir également que lors de la fin de la fiducie, s'il n'y a plus de bénéficiaire vivant ou en existence, les biens reviendront automatiquement au constituant ou à ses héritiers[26]. Les autorités fiscales se sont prononcées sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans ce contexte et ont déterminé que si le seul droit du constituant découle de l'application de la loi, la règle d'attribution ne s'appliquera pas.

Puisqu'il nous est impossible de prédire si les bénéficiaires existeront ou non durant toute la vie utile de la fiducie, il est de bonne pratique de choisir comme constituant une personne dans l'entourage immédiat de l'auteur du gel, comme un membre de sa famille. Le fait de choisir le constituant parmi les proches aura également comme avantage de favoriser l'intention libérale

---

23 Nous n'aborderons pas la possibilité d'avoir plus d'un constituant dans le présent texte, mais cette question théorique est pertinente surtout dans un contexte de fiducie mixte au profit du conjoint, si, par exemple, le bien à donner est la propriété des deux conjoints.

24 Art. 1287 et 1295 C.c.Q.

25 Art. 1290 à 1292 C.c.Q.

26 Art. 1297 C.c.Q.

qui est l'essence même du don. Évidemment, pour des raisons pratiques, il arrive souvent qu'un professionnel soit la personne qui agit à titre de constituant. On peut s'interroger sur la légitimité que telle personne aurait de conserver les biens de la fiducie advenant l'application de l'article 1297 C.c.Q., en raison des règles d'indépendance des différents ordres professionnels.

Il sera important de connaître l'état civil et le régime matrimonial de notre constituant. En effet, s'il est marié ou uni civilement, nous avons vu précédemment qu'il pourrait être tenu d'obtenir le consentement de son conjoint pour disposer d'un bien de son patrimoine à titre gratuit. Ce sera le cas de la personne mariée sous le régime de la société d'acquêts, à l'égard des acquêts, à moins qu'il ne s'agisse de biens de peu de valeur ou de cadeaux d'usage[27]. Nous conseillons d'inclure à l'acte de fiducie une clause qui confirme l'état civil et le droit du constituant de donner le bien, sans autre consentement. Ce sera particulièrement important dans le cadre d'un transfert d'immeuble puisque le notaire examinateur de titre devra vérifier cet aspect avant de donner son opinion.

Pour éviter l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. cette personne ne devra pas être bénéficiaire de la fiducie familiale que l'on met en place. Idéalement, elle ne devra pas être fiduciaire ou si elle l'est, elle ne devrait pas conserver de droit de veto ou faire partie d'un groupe de décisions unanimes. Rappelons que ce paragraphe fait en sorte d'attribuer tout le revenu (ou la perte) de même que tout gain en capital (ou perte en capital) à l'auteur du transfert. Cela va évidemment à l'encontre des objectifs poursuivis par notre planification.

Si pour une raison ou une autre, nous devons constituer plusieurs fiducies familiales pour la famille d'un même individu, il sera de bonne pratique de ne pas utiliser le même constituant, afin de faire échec à un éventuel choix des autorités fiscales de considérer les deux fiducies comme une seule aux fins de la loi, comme le permet le paragraphe 104(2) L.I.R.

Dans notre situation, l'oncle de M. Toutant a été choisi pour agir à titre de constituant de la Fiducie Familiale Tout Temps. Il est veuf et n'avait pas été pressenti pour faire partie de la liste de bénéficiaires de la fiducie.

---

[27] Art. 462 C.c.Q.

2.2.2. Le ou les fiduciaire(s)

Les seules personnes qui peuvent agir à titre de fiduciaire d'une fiducie sont la personne physique pleinement capable de l'exercice de ses droits civils et la personne morale autorisée par la loi[28]. À ce jour les seules personnes ainsi autorisées sont les sociétés de fiducie[29].

Une personne qui est bénéficiaire de la fiducie peut également être fiduciaire mais dans ces circonstances, elle ne peut agir seule comme l'exige l'article 1275 C.c.Q. Il existe actuellement une discussion à savoir si cette personne doit être indépendante, c'est-à-dire désintéressée, ou s'il suffit qu'elle ne soit ni bénéficiaire ni constituant.

Évidemment, comme le fiduciaire aura le contrôle et l'administration des biens de la fiducie, on choisira des personnes qui ont des aptitudes de gestionnaire. L'auteur du gel s'adjoindra normalement une personne de confiance. Il faut savoir que cette personne ne pourra contrecarrer indûment les projets de la fiducie, si ceux-ci sont conformes aux fins de la fiducie, d'où encore une fois l'importance de bien les rédiger.

Par ailleurs, d'autres législations doivent être respectées, la présente liste n'est pas exhaustive, mais vise à sensibiliser le lecteur à ne pas oublier les règles qui peuvent interagir par ailleurs avec le rôle de fiduciaire :

- le *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*[30], qui prévoit que si une fiducie acquiert les actions d'une société fermée, une majorité des fiduciaires doit être composée de personnes visées par ce règlement dont le conjoint d'un administrateur, ses enfants ou un ami proche de cette personne;

- les réglementations sur l'exercice de diverses professions qui précisent quelles personnes peuvent agir à titre de fiduciaires dans ces structures;

- les réglementations professionnelles, par exemple celle des comptables, à l'égard de leur indépendance.

---

28 Art. 1274 C.c.Q. Nous verrons que le tiers à qui un pouvoir de désigner les bénéficiaires est confié n'est pas contraint à de telles exigences.

29 *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01.

30 R.Q. c. V-1.1, r.0.1.001 (ci-après « *Règlement 45-106* »).

Comme nous l'avons vu précédemment, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne sera pas un problème si le fiduciaire n'est pas lui-même constituant et s'il ne transfère pas des biens à la fiducie.

2.2.3. Le ou les bénéficiaire(s)

Comme nous l'avons vu, les bénéficiaires devront être désignés dans l'acte ou être décrits de manière à être identifiés par la suite. Au moins l'un d'entre eux devra exister au moment de créer la fiducie.

Les droits accordés aux bénéficiaires pourront être fixés à l'avance par le constituant. On dit alors que la fiducie est non discrétionnaire. Le constituant peut également donner le pouvoir aux fiduciaires de désigner les bénéficiaires de temps à autre, à leur seule discrétion.

La liste des bénéficiaires devra être composée avec soin. En effet, il ne sera pas possible d'ajouter un bénéficiaire sans obtenir l'assentiment du tribunal. De plus, cet ajout, à moins d'être une erreur grossière, devra être en lien avec l'affectation de la fiducie.

Puisque les bénéficiaires de la fiducie sont, lorsque leur droit est soumis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, réputés détenir la totalité des actions détenues *a priori* par la fiducie[31], on essaiera toujours de choisir des personnes qui ne sont pas elles-mêmes actionnaires de sociétés privées ou qui ne sont pas appelées à le devenir. Sinon, des sociétés qui n'auraient normalement pas été associées aux fins fiscales pourraient le devenir.

Des définitions larges de bénéficiaires ont souvent été utilisées par le passé, par exemple pour désigner des compagnies du groupe ou des fiducies de groupe afin qu'elles puissent devenir bénéficiaires de la fiducie. Les récentes interprétations des autorités fiscales nous rappellent qu'il est toujours préférable d'avoir un contrôle sur les compagnies ou patrimoines qui peuvent devenir bénéficiaires afin d'éviter que leurs droits ne naissent de façon automatique.

---

31 Par. 256(1) L.I.R.

2.3. QUELQUES CLAUSES LÉGALES ET FISCALES À CONSIDÉRER

2.3.1. Faculté d'élire

La faculté d'élire est prévue aux articles 1282 et 1283 C.c.Q. En vertu de ces dispositions, le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire des bénéficiaires (additionnels) ou de déterminer leurs parts respectives. Cette faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que parmi une catégorie de personnes clairement déterminée dans l'acte constitutif.

Celui qui a la faculté d'élire peut l'exercer à sa guise. Il peut modifier ou révoquer sa décision selon les besoins de la fiducie. Celui qui exerce la faculté d'élire ne peut le faire à son propre avantage. Nous verrons ci-après deux situations précises permises par le Code civil et qui apportent des questionnements ou des opportunités.

2.3.1.1. Faculté octroyée à un tiers non fiduciaire

Si la faculté d'élire est octroyée à un tiers non fiduciaire, il y a lieu de se demander quelle est la responsabilité de cette personne à l'égard de la fiducie et de ses bénéficiaires. La personne exerçant la faculté d'élire qui n'est pas le constituant n'a pas de compte à rendre aux bénéficiaires puisqu'elle n'est pas fiduciaire. Cette personne n'est pas assujettie aux mesures de surveillance et de contrôle des bénéficiaires[32]. Peut-il y avoir une responsabilité civile de cette personne en raison de l'exercice de cette faculté qui lui est confiée? La question n'a pas fait l'objet de décision judiciaire jusqu'à ce jour.

Par ailleurs, on peut se demander si l'on peut soumettre à un juge la destitution de cette personne quant à son droit d'élire en raison de soupçon d'impartialité? Aucun recours précis n'est prévu au Code civil à cet effet.

De plus et de façon étrange, le Code civil ne prévoit aucun empêchement de confier la faculté d'élire à une personne morale. Seuls les fiduciaires doivent être une personne physique ou des personnes autorisées par la loi.

---

32 Art. 1287 à 1292 C.c.Q.

2.3.1.2. Faculté conservée par le constituant

Le Code civil permet au constituant de se conserver la faculté d'élire. Le fait pour le constituant de se conserver cette faculté aboutira probablement à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. qui s'éveille lorsque les biens de la fiducie peuvent revenir à la personne de qui ils ont été reçus ou qui vont à des personnes, suivant les décisions du cédant. Une des différences importantes de la faculté d'élire conservée par le constituant est qu'elle peut être générale (c'est-à-dire n'a pas à être limitée à une catégorie de personnes). Elle sera normalement utilisée dans le cadre d'une fiducie en faveur de soi-même pour plus de 65 ans puisque, dans ce cadre précis, les règles fiscales permettent la présence de bénéficiaires éventuels. Par ailleurs, cela ouvre également des portes à la fiducie en faveur de soi-même sans limite d'âge puisque le paragraphe 104(1.1) L.I.R. pourrait permettre la présence de bénéficiaires désignés par le testament du constituant.

2.3.2. Obligations des fiduciaires

2.3.2.1. Principes généraux

Le fiduciaire est un administrateur chargé de la pleine administration du patrimoine fiduciaire. Plusieurs des obligations du fiduciaire sont donc prévues aux articles 1308 à 1323 C.c.Q. L'article 1292 C.c.Q. prévoit de plus la responsabilité du fiduciaire ainsi que celle du constituant et du bénéficiaire, s'ils participent à des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du constituant ou du patrimoine fiduciaire.

Lorsque les dispositions de l'acte de fiducie sont respectées, les obligations contractées par le fiduciaire le sont au seul nom du patrimoine administré[33].

2.3.2.2. Modifications aux obligations et indemnisations prévues à l'acte de fiducie

Les modifications aux obligations des fiduciaires qui pourraient être prévues dans l'acte constitutif doivent respecter les dispositions d'ordre public du Code civil. En règle générale, les obligations des fiduciaires envers les tiers sont d'ordre public, tandis que celles envers les bénéficiaires peuvent parfois être modifiées.

---

[33] Art. 1319, al. 1 et 2160, al. 1 C.c.Q.

Les clauses suivantes sont parfois utilisées dans les actes de fiducie pour modifier les obligations des fiduciaires ou pour limiter leurs responsabilités :

- une disposition indiquant que le fiduciaire ne sera pas tenu responsable de quelque erreur ou de toute autre chose, à moins de négligence grossière ou d'une infraction intentionnelle de sa part;

- un engagement d'indemnisation par le patrimoine fiduciaire en faveur du fiduciaire contre tout débours, demande, perte, dépense ou sortie de fonds de sa part résultant de l'administration des biens en fiducie, sauf dans les cas de négligence grossière ou d'infraction intentionnelle de sa part.

Il y a lieu de se questionner sur la portée de ces clauses d'exonération/indemnisation. Peuvent-elles vraiment limiter les recours des bénéficiaires relativement à une gestion des fiduciaires qui, bien que manifestement incompétente, serait sans négligence de leur part? Les tribunaux ont à l'occasion ignoré ou réduit la portée de telles clauses contenues dans des fiducies testamentaires. Il a été jugé que, nonobstant toute clause d'exonération/indemnisation, les décisions des fiduciaires ne doivent pas être arbitraires et se doivent d'être motivées et justifiées selon les dispositions, la situation et l'objet de la fiducie ainsi que la situation propre des bénéficiaires[34].

2.3.2.3. Responsabilité personnelle du fiduciaire écartée dans certains cas (art. 1320 et 1321 C.c.Q.)

Par ailleurs, le Code civil écarte la responsabilité du fiduciaire dans les circonstances suivantes :

- s'il y a eu connaissance suffisante de l'étendue des pouvoirs du fiduciaire par le tiers;

- s'il y a ratification des actes posés par le fiduciaire par les bénéficiaires;

- si le bénéficiaire a tiré avantage de l'acte posé par le fiduciaire en excédant ses pouvoirs.

---

[34] *Hand* c. *Auclair*, [1970] C.A. 253; *Leclerc* c. *Leclerc*, [1975] C.A. 792; *Després* c. *Théberge*, AZ-98021256 J.E. 98-561 (C.S.).

2.3.2.4. Le fiduciaire ne doit pas confondre ses biens et ceux du patrimoine fiduciaire

La fiducie est un patrimoine d'affectation distinct de celui de chacun des fiduciaires. Les fiduciaires détiennent la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine de la fiducie. Si un fiduciaire confond le patrimoine de la fiducie avec le sien et contracte des obligations de la fiducie en son nom personnel, il y a administration clandestine et possibilité de responsabilité personnelle du fiduciaire, d'où l'importance de faire affaire sous le nom de la fiducie[35].

Par contre, il y a une contradiction avec l'article 1278 C.c.Q., qui demande explicitement que les titres des biens de la fiducie soient établis au nom du fiduciaire et non au nom de la fiducie.

2.3.2.5. Responsabilité dans les décisions selon le Code civil

Sauf exceptions, les fiduciaires sont solidairement responsables de leur administration[36]. Il est cependant possible de diviser leurs fonctions à l'acte de fiducie et d'ainsi permettre à chacun des fiduciaires de n'être responsable que de sa partie distincte et identifiable de l'administration de la fiducie[37].

Le Code civil a créé une présomption en vertu de laquelle tous les fiduciaires (administrateurs), même ceux ayant voté contre une décision ou étant absents à une réunion, sont présumés avoir approuvé les décisions prises, à moins qu'ils ne fassent connaître leur dissidence aux autres fiduciaires dans un délai raisonnable et qu'ils avisent les bénéficiaires de la décision prise et de leur dissidence[38].

2.3.2.6. Autres responsabilités personnelles statutaires des fiduciaires

Les fiduciaires ont également d'autres responsabilités qui découlent de l'application d'autres lois ou réglementation :

---

35 Art. 1266 C.c.Q.

36 Art. 1334, al. 1 C.c.Q.

37 Art. 1334, al. 2 C.c.Q.

38 Art. 1335 et 1336 C.c.Q.

- impôts impayés de la fiducie lors de distributions de biens sans certificat;

- responsabilité environnementale identique à celle applicable aux administrateurs d'une personne morale, si la fiducie détient des immeubles ou en loue;

- si la fiducie exploite activement une entreprise, les dispositions légales visant les administrateurs d'une personne morale s'appliquent aux fiduciaires, notamment si la fiducie a des employés et perçoit des taxes à la consommation – salaires impayés, taxe sur les produits et services (ci-après « TPS »)/taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ »)/retenues à la source (ci-après « RAS ») non remis.

2.3.3. Établissement des pouvoirs des fiduciaires

Les fiduciaires exercent les pouvoirs de pleine administration sur le patrimoine fiduciaire en vertu du Code civil. Ils possèdent la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et en exercent tous les droits.

L'article 1306 C.c.Q. prévoit cependant l'obligation du fiduciaire d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires et de la poursuite du but de l'affectation fiduciaire. Les pleins pouvoirs sont donc teintés de cette obligation particulière.

Il est cependant possible de préciser ou de limiter les pouvoirs de pleine administration accordés aux fiduciaires.

2.3.3.1. Pouvoir de faire des placements

L'article 1307 C.c.Q. accorde au fiduciaire le pouvoir de faire « toutes espèces de placements ». Il n'est donc pas, contrairement à d'autres administrateurs du bien d'autrui, limité aux placements présumés sûrs.

L'acte constitutif peut par contre limiter les types de placements auxquels les fiduciaires peuvent recourir. Il est également possible de prévoir que tous les types d'investissements sont permis, à la discrétion des fiduciaires, jusqu'à ce qu'un fiduciaire déterminé cesse d'agir, après quoi uniquement certains placements pourront être faits.

2.3.3.2. Pouvoir d'accorder une garantie

Il est possible de limiter les pouvoirs des fiduciaires d'accorder et/ou de contracter des avances ou prêts (avec ou sans garantie), ainsi que d'accorder des garanties sur la totalité ou une partie des biens en fiducie. Cette limitation peut être totale ou partielle et peut également trouver application à partir d'un moment précis. Par exemple, si un fiduciaire déterminé cesse d'agir à titre de fiduciaire de la fiducie, pour quelque raison que ce soit.

Dans le cadre de garanties, il faut cependant faire attention puisque ce genre de clause pourrait parfois poser problème et empêcher les représentations et garanties usuelles lors de vente d'actions d'une société privée.

2.3.3.3. Pouvoir d'autoriser le fiduciaire à être partie à un contrat avec la fiducie

Le fiduciaire ne peut *a priori* se porter partie à un contrat qui touche les biens de la fiducie[39].

Il est possible que l'acte constitutif puisse permettre au fiduciaire de se porter partie à un contrat touchant les biens de la fiducie. Le libellé de l'article 1312 C.c.Q. pourrait toutefois laisser entendre que cette disposition est d'ordre public. Cette clause est très importante en pratique puisque cette disposition du *Code civil du Québec* pourrait empêcher la conclusion d'une convention entre actionnaires si un fiduciaire est actionnaire d'une société dans laquelle la fiducie est également actionnaire.

2.3.3.4. Pouvoir d'aliéner les biens sans le consentement des bénéficiaires, aux conditions et prix que le fiduciaire jugera convenables, à son entière discrétion.

Malgré cette clause il semble que le fiduciaire aura toujours la responsabilité d'obtenir un juste prix pour les biens vendus.

Cette clause ne mettra donc pas en échec l'obligation du fiduciaire de faire une gestion prudente et d'agir dans le meilleur intérêt des bénéficiaires.

---

39 Art. 1312 C.c.Q.

2.3.4. Exemples de pouvoirs à insérer qui sont motivés par la fiscalité

Afin de rendre la structure plus flexible ou de la protéger contre l'application de règles fiscales non souhaitées, certains pouvoirs seront souvent ajoutés à l'acte de fiducie :

1) pouvoir de rendre payable du revenu sans le verser;

2) pouvoir de verser le revenu présumé et de l'allouer en faveur des bénéficiaires;

3) pouvoir de verser distinctement le gain en capital imposable et le gain en capital non imposable;

4) pouvoir de payer toute somme en provenance du compte de revenu ou de capital;

5) pouvoir d'effectuer un gel successoral, même à l'encontre de son obligation prévue à l'article 1306 C.c.Q. de faire fructifier les biens;

6) pouvoir de tenir compte des aspects fiscaux lors du partage des biens entre les bénéficiaires.

2.3.5. Délégation de pouvoirs

L'article 1337 C.c.Q. permet aux fiduciaires de déléguer, à l'un d'entre eux ou à un tiers, certains de leurs pouvoirs. La délégation générale de fonctions n'est permise qu'entre cofiduciaires, alors que la délégation pour des actes déterminés peut également avoir lieu en faveur de tiers.

Elle peut être pour une période déterminée ou indéterminée. Si la délégation est pour un acte déterminé, le délégant répond pleinement de l'acte posé par son délégué.

Si la délégation est générale et si elle est faite à une personne autorisée (cofiduciaire), le délégant ne répond que du soin avec lequel il a choisi la personne déléguée. Par contre, si elle est faite à une personne non autorisée, le délégant répond de tous les actes posés par son délégué.

Les procédures bancaires (signataires, etc.) participent du principe de la délégation.

Les clauses usuelles prévues aux actes de fiducie dans un cadre de procurations sont les suivantes :

- le pouvoir des fiduciaires de traiter avec des institutions financières et sociétés de fiducie et, à cette fin, d'effectuer des transactions bancaires, y compris déposer des sommes et effectuer des retraits de tout compte ouvert par les fiduciaires, pour et au nom de la fiducie;

- la désignation spécifique dans l'acte constitutif d'un ou de plusieurs fiduciaires autorisés, individuellement ou conjointement, à effectuer les opérations bancaires, pour et au nom de la fiducie;

- il peut aussi être prévu que les fiduciaires sont autorisés à déléguer ces pouvoirs à tout cofiduciaire.

En règle générale, les institutions financières acceptent les signataires bancaires explicitement désignés dans l'acte de fiducie. Elles acceptent également généralement une délégation à un fiduciaire signée par tous les autres cofiduciaires. Certaines banques continuent cependant à exiger la signature de tous les fiduciaires pour les transactions bancaires, notamment au motif qu'il s'agirait d'une délégation générale et non spécifique de pouvoirs, puisque tous les pouvoirs bancaires sont ainsi délégués.

2.3.6. Restrictions aux droits des bénéficiaires

Les droits des bénéficiaires d'une fiducie sont des droits personnels et non réels. Par conséquent, les bénéficiaires détiennent un droit de créance contre la fiducie et non contre les biens de la fiducie. Diverses clauses peuvent être prévues à l'acte de fiducie afin d'interdire ou de restreindre la transmissibilité du droit d'un bénéficiaire et ainsi de s'assurer que la fiducie ne soit pas détournée de ses objectifs originaux.

2.3.6.1. Inaliénabilité et insaisissabilité

L'article 1285, al. 1 C.c.Q. accorde au bénéficiaire le droit de disposer de son droit aux avantages dans la fiducie. Il est recommandé de prévoir à l'acte de fiducie une clause stipulant l'inaliénabilité et l'insaisissabilité des avantages conférés aux bénéficiaires[40]. La stipulation d'insaisissabilité n'est valable qu'à condition d'être faite dans un acte à titre gratuit, d'être

[40] Art. 1212 et 2649 C.c.Q.

temporaire et, enfin, d'être justifiée par un intérêt sérieux et légitime. L'article 1215 C.c.Q. vient écarter la difficulté liée à ces conditions en stipulant l'insaisissabilité de tout bien assujetti à une stipulation d'inaliénabilité.

La stipulation d'inaliénabilité peut être faite pour toute la durée de la fiducie, sans conditions ou exigences particulières. Par ailleurs, afin d'être opposables aux tiers, les clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité doivent être publiées au Registre des droits personnels et réels mobiliers[41].

Une bonne rédaction de la clause d'inaliénabilité devrait généralement entraîner l'interdiction pour le bénéficiaire :

- de céder, transférer ou aliéner, en totalité ou en partie, son droit dans les avantages de la fiducie, ou

- d'affecter de charge ou de grever de quelque manière que ce soit tels droits, au bénéfice d'une tierce personne.

La clause d'insaisissabilité pourrait aussi viser tant le droit du bénéficiaire dans les avantages de la fiducie que les biens qu'il pourrait recevoir de la fiducie. Dans ce dernier cas, il faudra toutefois stipuler une période et justifier l'intérêt sérieux.

2.3.6.2. Clause de biens propres

Il est coutume d'inclure une clause de biens propres à l'acte de fiducie afin que les sommes ou biens attribués à un bénéficiaire ne fassent partie d'aucune communauté de biens ou société d'acquêts et ne soient affectés par aucun droit matrimonial du conjoint d'un bénéficiaire.

Attention, cette stipulation ne vaut que pour les biens donnés et les biens acquis en remplacement, ou encore les revenus en découlant[42].

2.3.6.3. Clause concernant les majeurs et les mineurs inaptes

Certaines fiducies prévoient également la remise des sommes ou biens au tuteur de ces bénéficiaires. Il faut faire attention si la remise faite au tuteur

---

41 Art. 1214 et 2649 C.c.Q.

42 Art. 450 C.c.Q.

excède 25 000 $, il y aura obligation de mettre en place un conseil de tutelle et de suivre les autres formalités prévues par le *Code civil du Québec*. Il vaut donc mieux prévoir que les fiduciaires continueront l'administration de ces biens jusqu'à ce que le bénéficiaire atteigne l'âge de la majorité[43].

2.3.6.4. Clauses pour respecter les conditions prévues au paragraphe74.4(4) L.I.R.

L'acte de fiducie peut comprendre les restrictions prévues au paragraphe 74.4(4) L.I.R. afin d'exclure la fiducie du champ d'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Rappelons que cette disposition fait en sorte d'inclure un intérêt réputé dans les mains de l'auteur du gel si la société ne se qualifie pas de société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») et si le conjoint ou un enfant mineur est actionnaire (déterminé) directement ou indirectement de cette société.

Lorsque l'acte prévoit les restrictions du paragraphe 74.4(4) L.I.R. et que l'on veut utiliser la DGC d'un mineur sur la vente d'actions d'une société privée, il faudra vraisemblablement obtenir une modification (judiciaire) de l'acte avant la fin de l'année de la fiducie au cours de laquelle la vente d'actions a eu lieu.

2.3.7. Clauses de nature administrative

2.3.7.1. Rémunération

Il est possible de prévoir que les fiduciaires ne recevront aucune rémunération, ou encore qu'ils pourront recevoir une rémunération juste et raisonnable pour les services et responsabilités assumés dans le cadre de leurs fonctions. En l'absence de stipulation à l'acte, le fiduciaire a droit à une rémunération[44].

2.3.7.2. Prise de décision

Le *Code civil du Québec* stipule que les décisions des fiduciaires peuvent être prises à la majorité d'entre eux[45]. Il est possible toutefois de

---

43 Le paragraphe 104(18) L.I.R. permettrait, si les conditions sont respectées, de fractionner le revenu avec le mineur même si aucune somme ne lui est remise ni n'est payable.

44 Art. 1300 C.c.Q.

45 Art. 1332 C.c.Q.

prévoir à l'acte de fiducie une prise de décision à un pourcentage plus élevé, voire à l'unanimité, pour toutes ou pour certaines décisions.

Notons que l'exigence du *Code civil du Québec* est la majorité de tous les fiduciaires (par exemple, trois sur cinq) et non seulement de la majorité de ceux présents à un vote. Cet aspect est souvent oublié en pratique.

Il est également possible d'accorder à un ou plusieurs des fiduciaires un droit de veto général sur les décisions prises par les fiduciaires, ou encore de limiter ce droit à certaines décisions spécifiques. Par exemple, il pourra être prévu ceci : « Tant et aussi longtemps que M. X sera fiduciaire, aucune décision ne pourra être prise par les fiduciaires sans avoir préalablement obtenu son consentement[46]. »

2.3.7.3. Conseils de professionnels

Ce type de clause exige, ou encore recommande aux fiduciaires d'avoir recours aux services de professionnels dans certaines circonstances, notamment en matières comptables, fiscales, légales, ou encore d'investissements.

2.3.7.4. Non-responsabilité sur décisions prises suivant les conseils de professionnels

Insérée ou non dans la clause d'indemnisation générale mentionnée précédemment, cette disposition vient exonérer et indemniser les fiduciaires lorsqu'ils agissent expressément sur les conseils de professionnels, sauf en cas de négligence grossière.

2.3.7.5. Réunion des fiduciaires

L'acte peut prévoir la fréquence des réunions des fiduciaires et leur mode de fonctionnement.

2.3.7.6. Serment et garanties d'exécution des fiduciaires

L'acte prévoit souvent que les fiduciaires seront exemptés de prêter serment et de fournir une caution, même s'ils en sont déjà exemptés en vertu de l'article 1324 C.c.Q.

---

[46] Par contre, ce genre de clause pourrait avoir pour effet de rendre applicable le paragraphe 75(2) L.I.R. La prudence sera donc de mise.

2.3.7.7. Garde des valeurs et des documents

L'acte permet habituellement aux fiduciaires d'accorder la garde des valeurs et des documents à des tiers (courtiers ou autres gardiens).

2.3.7.8. Exempter le fiduciaire de faire reddition de compte

De manière à permettre un meilleur suivi de l'administration, le *Code civil du Québec* édicte que l'administrateur doit rendre compte annuellement ainsi qu'à la fin de son administration de sa gestion[47]. La jurisprudence établit clairement que l'administrateur (dont le fiduciaire) a des devoirs importants envers les bénéficiaires[48].

La reddition de compte annuelle et finale permet aux bénéficiaires et à ses représentants d'exercer un contrôle et une surveillance efficaces de l'administration[49].

Il est fréquent de retrouver aux actes de fiducie une clause à l'effet d'exempter les fiduciaires de rendre compte de leur administration aux bénéficiaires, annuellement ou à toute autre fréquence, mais leur permettant de produire de temps à autre tout compte ou inventaire qu'ils jugent nécessaire. Il y a lieu de se demander si la reddition de compte constitue une règle d'ordre public. Probablement que oui.

Cette dispense n'empêcherait pas les bénéficiaires de demander aux fiduciaires de rendre compte, et ce, conformément à leurs obligations fiduciaires, de bonne foi, d'équité, de bon père de famille et/ou de mandataire[50]. Il y a lieu de conseiller adéquatement le client en cette matière.

2.3.7.9. Pouvoir de donner des servitudes et mainlevée

L'acte prévoit habituellement le pouvoir pour les fiduciaires de consentir à des servitudes et mainlevées sans contrepartie pour contrecarrer l'effet de l'article 1315 C.c.Q.

---

47 Art. 1351 et 1363 C.c.Q.

48 Voir l'affaire *Des Marais* c. *Des Marais*, J.E. 96-852 (C.S.); l'affaire *Des Marais* (*Succ. de*), [1997] R.E.J.B. 262 (C.A.) (ci-après « *Des Marais (Succ. de)* »).

49 Art. 1287 C.c.Q.

50 Voir l'affaire *Des Marais (Succ. de)*, précité, note 48.

2.3.8. Règle des 21 ans et liquidation de la fiducie

Certains praticiens préfèrent insérer une clause à l'acte prévoyant que la fiducie se terminera immédiatement avant son 21e anniversaire de création. Le pouvoir des fiduciaires de prolonger la durée de la fiducie au-delà de cette date devrait également être prévu à l'acte, tout comme celui de liquider la fiducie en tout temps.

Certains auteurs se demandent si le pouvoir conventionnel accordé aux fiduciaires de mettre fin à la fiducie en tout temps constitue une modification à la fiducie et, dans ce cas, ne serait valide que sur autorisation judiciaire[51]. Aucune jurisprudence n'est rapportée à ce sujet.

2.3.9. Clause prévoyant le transfert en faveur d'une autre fiducie

L'acte prévoit souvent une clause permettant le transfert de biens d'une fiducie à une autre fiducie ou à plusieurs fiducies dans les circonstances visées à l'article 107.4 L.I.R. ou aux exceptions prévues à la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. et au paragraphe 248(25.1) L.I.R.

2.3.10. « Capital » et « Revenu »

L'acte prévoit souvent une définition des mots « revenu » et « capital » aux fins de l'acte. Certains praticiens préfèrent arrimer ces définitions avec celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tandis que d'autres préfèrent conserver les définitions civiles de ces termes.

Comme le revenu et le capital aux fins civiles et aux fins fiscales sont différents, il faudra s'assurer que les droits des bénéficiaires sont protégés tout en ne se limitant pas dans la possibilité d'attribuer ou de ne pas attribuer des revenus aux fins fiscales. À cette fin, il est de bon usage de prévoir la possibilité pour les fiduciaires de réputer certaines sommes être du revenu ou du capital.

3. LE GEL SUCCESSORAL

M. Toutant possède des actions de Recycle Tout ayant une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») significative et comportant un potentiel de

---

51 Art. 1294 C.c.Q.

plus-value important. Il n'est pas exclu, par ailleurs, que M. Toutant vende ses actions à un tiers lors de son départ à la retraite, si les employés clés de la société sont incapables de financer l'acquisition de l'entreprise à ce moment. Enfin, M. Toutant désire minimiser ses impôts au décès.

Nous proposons donc à M. Toutant d'effectuer un gel successoral pour répondre à ses objectifs. Un gel successoral est une opération qui a pour effet de fixer la valeur des actions détenues dans une société à une date donnée et de transférer la totalité ou une partie de la plus-value future de la société à une ou plusieurs personnes, le plus souvent les enfants de l'auteur du gel ou parfois les employés clés de la société.

3.1. BUTS

3.1.1. Minimiser les impôts au décès

De façon générale, un contribuable est réputé, immédiatement avant son décès, disposer de tous ses biens à leur JVM[52]. Ainsi, à son décès, le défunt est assujetti à l'impôt sur le revenu sur la plus-value accumulée de ses biens. Toutefois, cette règle ne s'applique pas dans le cas du transfert de certains biens au conjoint ou à une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint[53]. Dans ce cas, l'impôt sur le revenu sur la plus-value des biens transférés est reporté jusqu'au jour où le conjoint survivant ou la fiducie exclusive au conjoint dispose des biens ou jusqu'au jour du décès du conjoint[54].

Pour M. Toutant, le gel successoral permet de fixer, à une date précise, la valeur de sa participation dans Recycle Tout. À compter du gel, il est donc possible de prévoir les impôts sur le revenu à payer au décès de M. Toutant (ou au décès du conjoint survivant si les actions privilégiées de gel lui sont léguées directement ou en fiducie exclusive au conjoint) puisque la valeur de ses actions est maintenant figée dans le temps. En supposant que la valeur de Recycle Tout continue de s'accroître à la suite du gel, celle-ci ne se reflétera plus entre les mains de M. Toutant. En ce sens, les impôts sur le revenu au décès de M. Toutant sont diminués parce que la valeur de sa participation dans la société cesse d'augmenter à compter du gel.

---

52 Par. 70(5) L.I.R.

53 Par. 70(6) L.I.R.

54 Par. 70(5) L.I.R. ou par. 104(4) L.I.R.

3.1.2. Report de l'impôt sur le revenu

Le transfert de la totalité ou d'une partie de la plus-value future des actions de Recycle Tout aux enfants a pour avantage de repousser dans le temps l'impôt sur le revenu sur cette plus-value, qui autrement aurait normalement été payable au décès du dernier des deux conjoints. De ce fait, cet impôt est reporté au décès des enfants ou lors de la vente de leurs actions. Par exemple, si au moment du décès du dernier conjoint, la plus-value des actions émises aux enfants est de 1 M$, l'impôt sur le revenu sur cette plus-value est reporté jusqu'à ce qu'il y ait disposition (vente ou décès) par les enfants de leurs actions.

3.1.3. Intégration de nouveaux actionnaires à moindre coût

Dans le cadre du gel successoral en faveur des membres de sa famille, M. Toutant se trouve à financer les nouveaux actionnaires en acceptant un solde de prix de vente pour ses actions de catégorie A, soit des actions privilégiées de gel. Toute la valeur de Recycle Tout à ce moment se retrouve dans les actions privilégiées de gel, ce qui permet aux nouveaux actionnaires de souscrire à de nouvelles actions de catégorie A, pour une valeur nominale.

3.2. AVANTAGES

En plus de minimiser les impôts sur le revenu au décès de M. Toutant et de permettre l'intégration des membres de sa famille à titre d'actionnaires, le gel successoral peut s'effectuer sans que M. Toutant renonce au contrôle de Recycle Tout et diminue son niveau de vie. Le gel successoral peut en effet être effectué tout en répondant aux objectifs suivants :

3.2.1. Conservation du contrôle

Dans la plupart des cas, lors d'un gel successoral, des actions sont émises en faveur de l'auteur du gel lui permettant de garder le contrôle de la société (actions privilégiées avec droit de vote, actions avec droit de votes multiples, etc.). L'émission d'actions avec droit de votes multiples permettra à M. Toutant de conserver le contrôle de Recycle Tout à la suite du gel, et ce, en dépit du fait qu'il ne participe plus à la croissance future de la société (et de la valeur des actions de la société). Il faudra par ailleurs porter une attention particulière au traitement de ces actions au décès de l'auteur du gel.

3.2.2. Maintien du niveau de vie de l'auteur du gel

Un taux de rendement raisonnable sur les actions privilégiées émises dans le cadre de la réorganisation pourra procurer à M. Toutant une source stable de revenus qui lui permettra de maintenir son niveau de vie. Par ailleurs, si M. Toutant désire qu'une partie de ses actions privilégiées soient rachetées pour lui permettre de financer une dépense extraordinaire, il pourra en faire la demande à Recycle Tout, sous réserve des liquidités de la société et des dispositions prévues dans une convention entre actionnaires. Celle-ci devra toujours protéger, par ailleurs, le caractère rachetable au gré du détenteur, nécessaire à la qualification des actions de gel.

3.2.3. Permettre le fractionnement de revenus

À la suite d'un gel successoral, il n'est pas rare que les enfants de l'auteur du gel deviennent actionnaires de la société. Puisque le taux d'imposition des enfants est généralement inférieur à celui de l'auteur du gel, les dividendes qui leur sont versés seront imposés à des taux d'imposition moindres. De façon générale, notons toutefois que certaines règles d'attribution réduisent considérablement les possibilités de fractionnement en présence d'enfants mineurs et d'un conjoint[55].

3.2.4. Multiplication de la DGC de 750 000 $

En tant que nouveaux actionnaires de Recycle Tout, les enfants majeurs de M. Toutant auront la possibilité, advenant la vente des actions de Recycle Tout après une période de détention continue de plus de 24 mois, de réclamer leur DGC, jusqu'à concurrence de 750 000 $, si les actions de la société à ce moment se qualifient à titre d'actions admissibles de petite entreprise[56].

Dans le cadre du gel successoral d'une société de placement ou d'une société qui n'est pas admissible à titre de SEPE, des règles particulières s'appliquent lorsque les bénéficiaires du gel sont des enfants mineurs ou le conjoint. Ces règles, qui peuvent alourdir considérablement le processus de gel successoral, ne s'appliquent pas lorsque le gel est réalisé en faveur d'enfants majeurs ou d'employés clés.

---

55 Par. 74.4(2) L.I.R.

56 Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R.

3.2.5. Cristallisation de la DGC de 750 000 $ de l'auteur du gel

Lors de la disposition de ses actions de catégorie A de Recycle Tout, M. Toutant pourrait choisir de ne pas effectuer un roulement fiscal[57] de ses actions, mais plutôt de provoquer la réalisation d'un gain en capital qui lui permettrait de se prévaloir de sa DGC pour ses actions admissibles de petite entreprise.

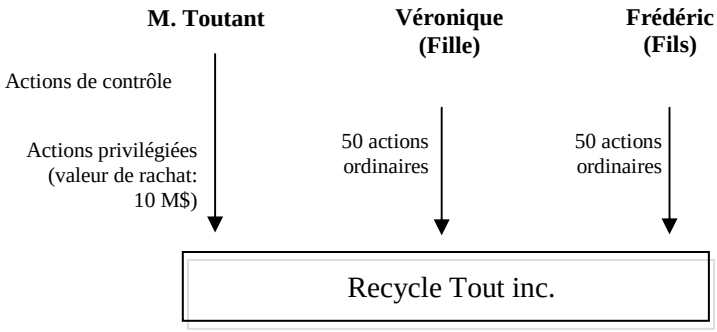
3.2.6. Protection à l'égard des créanciers de l'auteur du gel

Le gel permet le transfert d'une partie du patrimoine de M. Toutant à ses enfants ou au conjoint (directement ou par le biais d'une fiducie). Ainsi, si la société connaît des difficultés financières subséquentes, le gel permet à M. Toutant de mettre certains actifs à l'abri de ses créanciers.

3.3. GEL SUCCESSORAL SIMPLE OU GEL AVEC UNE FIDUCIE FAMILIALE

La décision d'effectuer un gel successoral directement en faveur de nouveaux actionnaires suppose une volonté de M. Toutant de se défaire irrévocablement d'une partie de l'augmentation de valeur de son patrimoine. Or, la personne en faveur de qui le gel est envisagé peut trouver problématique la perte de contrôle sur les actions transférées aux enfants (par exemple, en raison de leur niveau de maturité, de problèmes personnels, de leur état matrimonial, de leur situation financière, etc.).

La structure de Recycle Tout à la suite d'un gel simple serait la suivante :



[57] Soit en vertu de l'article 51, 85 ou 86 L.I.R.

Dans ce scénario, la perte de contrôle existe à plusieurs niveaux :

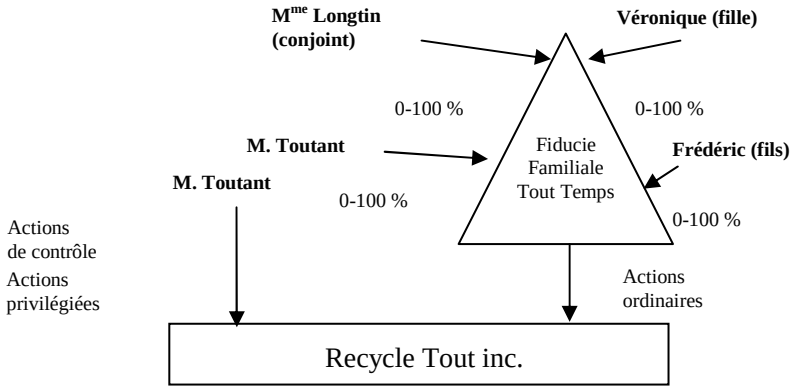
- perte de contrôle de Recycle Tout si des actions de contrôle n'étaient pas émises en faveur de M. Toutant dans le cadre du gel;

- perte de contrôle sur la plus-value future de Recycle Tout qui s'accumulera directement entre les mains des enfants;

- perte de contrôle quant aux changements de circonstances pouvant survenir à la suite du gel. Par exemple, en émettant des participations fixes aux enfants, il n'est pas possible par la suite d'augmenter le pourcentage de détention des actions détenues par un enfant qui serait actif dans l'entreprise par rapport à un autre, d'aider ou de protéger un enfant en difficulté financière, à moins d'effectuer un autre gel successoral;

- perte de contrôle sur les possibilités de gérer les situations où il y aurait insuffisance éventuelle du capital gelé pour M. Toutant.

En intégrant une fiducie familiale discrétionnaire dans le cas du gel des actions de Recycle Tout, la structure serait la suivante :



Le recours à la Fiducie Familiale Tout Temps permet de pallier les inquiétudes suivantes de M. Toutant :

- l'identité des bénéficiaires éventuels de la plus-value future de Recycle Tout : celui ou ceux parmi les bénéficiaires de la fiducie qui se verront

attribuer les actions de la société, par exemple, selon leur participation dans l'administration, la gestion et la performance future de l'entreprise;

- la distribution et la répartition du revenu et du capital de la fiducie parmi les bénéficiaires;

- sa volonté ferme de geler sa participation dans l'accroissement futur de la société. Le fait que M. Toutant soit l'un des bénéficiaires de la fiducie discrétionnaire permettra éventuellement de lui remettre le capital de la fiducie, en partie ou en totalité (appelé communément « gel réversible »).

3.3.1. Avantages de l'utilisation d'une fiducie

En outre, l'utilisation de la fiducie dans le cadre du gel des actions de Recycle Tout comporte les avantages suivants :

3.3.1.1. Contrôle et flexibilité

En agissant à titre de l'un des fiduciaires de la fiducie, M. Toutant conservera un certain contrôle sur le patrimoine de la fiducie et indirectement sur l'accroissement futur de la valeur de Recycle Tout. En utilisant une fiducie discrétionnaire, M. Toutant laisse également entre les mains des fiduciaires le choix de distribuer le revenu et de remettre le capital de la fiducie, en totalité ou en partie, aux bénéficiaires. M. Toutant se réserve donc la possibilité de pallier tout changement de circonstances. Cette flexibilité est nécessaire puisque le choix de son ou ses successeurs n'est pas déterminé en date du gel tout comme la répartition des actifs de la fiducie parmi ses bénéficiaires.

3.3.1.2. Protection accrue à l'égard des créanciers

Le patrimoine de la fiducie étant distinct de celui du constituant, des fiduciaires et des bénéficiaires, l'utilisation d'une fiducie discrétionnaire permet une protection accrue à l'égard de créanciers de M. Toutant et des autres bénéficiaires de la fiducie.

3.3.1.3. Fractionnement

Les règles fiscales propres aux fiducies offrent des possibilités de fractionnement du revenu, sous réserve de l'application potentielle des règles d'attribution.

Frédéric et Véronique gagnent tous les deux un salaire annuel d'environ 30 000 $, incluant les 12 000 $ qu'ils reçoivent de Recycle Tout. Pour les quelques années à venir, ils pourraient se voir attribuer par la fiducie des dividendes reçus de Recycle Tout. Les dividendes seraient assujettis à un taux d'imposition inférieur à celui de leur père. Les règles d'attribution ne s'appliquent pas lorsque le fractionnement de revenus est effectué avec des enfants majeurs et que les sommes leur sont véritablement payées.

3.3.1.4. Multiplication de la DGC de 750 000 $

Advenant le fait que la fiducie vende les actions de Recycle Tout alors qu'elles se qualifient à titre d'actions admissibles de petite entreprise, elle pourrait attribuer la partie imposable de son gain en capital réalisé, jusqu'à concurrence de 375 000 $, à Frédéric et Véronique, pour que ceux-ci utilisent leur DGC.

3.4. GEL DE RECYCLE TOUT

Plusieurs techniques pourraient être utilisées pour effectuer le gel de Recycle Tout[58]. Toutes ces techniques, si convenablement utilisées, s'effectuent sur une base de roulement fiscal (sans impôt immédiat sur la plus-value accumulée des actions qui font l'objet du gel). Dans certains cas, des choix fiscaux doivent être produits[59].

Le choix de la méthode de gel dépendra d'une multitude de facteurs. S'il faut procéder à une modification du capital-actions de la société dont les actions font l'objet du gel afin d'ajouter une catégorie d'actions dites privilégiées de gel, le gel pourra être effectué par voie de remaniement de capital[60]. Si l'auteur du gel veut s'exclure d'un roulement automatique, par exemple s'il veut cristalliser sa DGC de 750 000 $ sur des actions admissibles de petite entreprise, ou s'il désire transférer ses actions à une nouvelle société de gestion, un choix fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R. devra être produit.

---

58 Notre étude de cas n'a pas pour objet de passer en revue, de façon détaillée, les différentes méthodes qui peuvent être utilisées pour effectuer un gel successoral. D'autres auteurs ont traité de ce sujet par le passé. Nous nous limiterons à des considérations générales.

59 Par. 85(1) L.I.R.

60 Art. 86 L.I.R.

3.4.1. Évaluation des 100 actions de catégorie A de Recycle Tout

Les actions de catégorie A de M. Toutant doivent faire l'objet d'une évaluation en date du gel. Cette évaluation est primordiale puisque le gel est effectué en faveur de personnes liées à M. Toutant[61]. Également, les actions privilégiées de gel serviront à financer les besoins et projets de M. Toutant, de même que sa retraite. Il faut donc s'assurer que leur valeur reflète convenablement celle des actions de catégorie A en date du gel.

Une évaluation juste et raisonnable des actions de catégorie A a pour but de donner des arguments à M. Toutant relativement à toute contestation éventuelle par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») de la JVM des actions de catégorie A échangées.

Dans l'éventualité où l'ARC déterminerait que la valeur de rachat des actions privilégiées de gel est supérieure à la JVM des actions de catégorie A en date du gel, le paragraphe 15(2) L.I.R. pourrait s'appliquer.

Dans le cas contraire où il serait déterminé que la JVM des actions de catégorie A est supérieure à la valeur de rachat des actions privilégiées de gel émises à la suite du gel, des règles antiévitement pourraient s'appliquer s'il est raisonnable de croire que M. Toutant a voulu avantager une personne liée. Par exemple, le paragraphe 51(2) L.I.R.[62], l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R. ou le paragraphe 86(2) L.I.R.[63], selon le cas, pourraient être appliqués. Par contre, l'ARC a mentionné à plusieurs reprises qu'elle n'appliquerait pas l'une ou l'autre de ces dispositions lorsque les faits (y compris le contrat) révèlent que les parties avaient réellement l'intention de transiger les actions à cette valeur, qu'elles ont établi la JVM des actions privilégiées aux fins de l'arrangement par une méthode juste et raisonnable, la disposition des actions est assujettie à une clause de rajustement de prix et tous les

---

61 Par. 69(1) L.I.R.

62 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0112321E5, 11 avril 2005.

63 Voir « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 51:1-44; question 2.4, aux pages 51:17-19, où l'ARC a mentionné que le paragraphe 86(2) L.I.R. pourrait s'appliquer même si les nouvelles actions ordinaires sont émises à une fiducie au bénéfice des enfants de l'auteur du gel plutôt que directement en leur faveur.

rajustements pertinents prévus dans la clause de rajustement de prix sont effectués, le cas échéant[64].

Une méthode juste et raisonnable devra donc être utilisée afin de déterminer la JVM des actions de catégorie A immédiatement avant le gel. Les faits, y compris le contrat d'échange ou de vente d'actions, devront démontrer que les parties avaient une réelle intention de traiter à la JVM. Si un écart important existe entre la JVM fixée au contrat et celle déterminée par la suite par les autorités fiscales, l'ARC est d'avis dans cette situation que des efforts réels n'ont pas été effectués par les parties[65].

Dans les contrats d'échange ou de vente d'actions, une mention générale indiquant que les parties désirent fixer le prix de vente à la JVM des actions est recommandée. Une clause de rajustement de prix dans laquelle les parties s'engagent à accepter l'évaluation de l'ARC ou celle fixée par une décision finale d'un tribunal[66] si leur évaluation différait de celle de l'ARC doit par ailleurs être présente lorsque les parties au contrat ont un lien de dépendance.

L'ARC reconnaît généralement les clauses de rajustement de prix et accepte que leur mécanisme soit appliqué si les trois conditions suivantes sont remplies[67].

1. Les faits démontrent que les parties avaient réellement l'intention de traiter à la JVM et une méthode juste et raisonnable a été utilisée pour déterminer cette valeur.

Si les faits démontrent que les parties n'avaient pas réellement l'intention de traiter à la JVM parce qu'il n'y a pas eu d'efforts de bonne foi, comme ce fut le cas dans les affaires *Guilder News Co.* (1963) *Limited et*

---

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 62 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9820930F, 13 octobre 1998.

65 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 62.

66 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 64.

67 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clauses de rajustement de prix », 6 août 1974, par. 1.

autres c. *MRN*[68] et *Daniel Wagner et autres* c. *MRN*[69], on pourrait ne pas tenir compte de la clause de rajustement de prix[70].

2. La clause de rajustement de prix prévoit que les parties acceptent que le prix indiqué dans l'accord soit revu par le ministère, que les mesures nécessaires pour régler tout excédent ou déficit de prix seraient prises et que l'excédent ou le déficit de prix est véritablement remboursé ou payé.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-169[71] n'a pas été révisé depuis plusieurs années. De l'aveu même de l'ARC, il ne prend pas en considération tous les types de clauses de rajustement de prix ni toutes les situations où de telles clauses sont utilisées. Il importe toutefois de s'assurer que la clause prévoit que le prix de vente des biens échangés ou vendus sera rajusté, de même que la valeur de la contrepartie reçue[72]. Également, si des dividendes ont été versés sur les actions privilégiées de gel ou si de telles actions ont été rachetées avant qu'il soit donné effet à la clause de rajustement de prix, tous les rajustements requis devront être effectués.

3. Une lettre est jointe à la déclaration de revenus de chaque partie pour aviser l'ARC de l'existence de la clause de rajustement de prix et une copie de la clause est envoyée à l'ARC si cette dernière l'exige.

L'ARC demande à être informée de l'existence d'une clause de rajustement de prix. Sur le plan administratif, toutefois, l'ARC considère comme un avis suffisant le Formulaire T2057, avec une réponse « oui » à la question si le bien transféré est assujetti à une clause de rajustement de prix, plutôt que la production d'une lettre. Si la disposition du bien n'est pas assujettie à l'article 85 L.I.R., de telle sorte qu'aucun formulaire de roulement n'est produit, par exemple, si les dispositions énoncées dans l'article 51 L.I.R. ou dans l'article 86 L.I.R. s'appliquent, le simple fait que l'ARC ne soit pas avisée de la présence de la clause de rajustement de prix

---

68 73 D.T.C. 5048 (C.A.F.).

69 2001 D.T.C. 5674 (C.A.F.).

70 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 62.

71 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 67.

72 Pour un exemple de clause de rajustement de prix jugée non acceptable par l'ARC, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 62.

ne l'empêchera pas de reconnaître la clause si les autres conditions mentionnées au *Bulletin d'interprétation* IT-169 sont remplies[73].

Si toutes ces conditions sont remplies, l'ARC n'appliquera pas le paragraphe 15(2) L.I.R. si la valeur de rachat des actions privilégiées de gel est supérieure à la JVM des actions échangées en date du gel[74].

Nous avons recommandé à M. Toutant d'obtenir une évaluation de la JVM de ses actions de catégorie A de la part d'un expert. Nous nous sommes également assuré qu'une clause de rajustement de prix répondant aux exigences de l'ARC soit partie intégrante du contrat de vente des actions de catégorie A. Par ailleurs, des formulaires de roulement ont été produits et il a été répondu « oui » à la question si les biens transférés étaient assujettis à une clause de rajustement de prix.

3.4.2. Conversion des actions de catégorie A en actions privilégiées de catégorie B

Le capital-actions de Recycle Tout, qui a été fondée il y a plusieurs années, contient une catégorie d'actions ordinaires et une catégorie d'actions privilégiées. Il faudra déposer des statuts de modification pour qu'une catégorie d'actions à votes multiples soit ajoutée (les actions de catégorie C).

Les actions de catégorie A de M. Toutant seront échangées en actions privilégiées de catégorie B ayant une valeur de rachat totale égale à la JVM des actions de catégorie A immédiatement avant l'échange. Bien que M. Toutant aurait pu se prévaloir des dispositions de l'article 86 L.I.R., un choix en vertu de l'article 85 L.I.R. sera produit pour lui permettre de cristalliser sa DGC de 750 000 $. Une somme convenue de 750 100 $ sera indiquée dans les formulaires prescrits afin que M. Toutant réalise un gain en capital de 750 000 $. Il pourra réclamer sa DGC de 750 000 $ puisque ses actions de Recycle Tout sont des actions admissibles de petite entreprise.

3.4.2.1. Caractéristiques des actions privilégiées de catégorie B

Il est important pour l'ARC que la JVM de la contrepartie reçue dans le cadre du gel (les actions privilégiées), soit égale à la JVM des actions

---

73 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0081631E5, 6 juillet 2004.

74 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 67, par. 5.

échangées. À cet effet, l'ARC a certaines exigences. Les actions privilégiées de gel doivent :

- être rachetables en tout temps au gré du détenteur;
- être prioritaires en cas de dissolution ou de liquidation;
- n'être soumises à aucune restriction quant au droit de les transférer; et
- bénéficier d'un engagement de la société de ne pas verser un dividende sur toute autre catégorie d'actions si celui-ci a pour effet de rendre la société incapable de racheter les actions privilégiées pour un montant égal à leur valeur de rachat[75].

L'ARC n'a pas d'exigences particulières en ce qui concerne le rendement des actions privilégiées de gel. Par ailleurs, elles n'ont pas à conférer de droit de vote sauf sur tout sujet concernant leurs droits et obligations. Dans notre situation, il serait suffisant et approprié que les actions privilégiées de catégorie B donnent droit à un dividende préférentiel, non cumulatif de 1/2 de 1 %, par mois, calculé sur la valeur de rachat des actions. Les actions privilégiées de catégorie B ne seront pas avec droit de vote. Après le gel, M. Toutant conservera le contrôle de Recycle Tout par sa souscription à des actions de catégorie C lui donnant droit à 100 votes par action.

En ce qui concerne l'exigence selon laquelle les actions privilégiées de gel doivent être rachetables en tout temps au gré du détenteur, il a été demandé à l'ARC de se prononcer sur le respect de cette exigence dans la situation où, selon les caractéristiques des actions énoncées dans les statuts, les actions sont rachetables en tout temps au gré du détenteur, mais que l'actionnaire s'engage par écrit à ne pas demander leur rachat sans le consentement des autres actionnaires. L'ARC a mentionné qu'un tel engagement écrit influe sur le droit absolu du détenteur d'exiger le rachat et,

---

75 Voir « Revenue Canada Round Table », dans *1980 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1981, pp. 591-628, question 13, à la page 602; voir également « Revenue Canada Round Table », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766, question 45, à la page 759 et « Table ronde de Revenu Canada », dans *1993 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 58:1-76, question 47, aux pages 58:28-29 en anglais, aux pages 58:67-68 en français.

par conséquent, leur valeur. Dans ces circonstances, l'ARC ne considérerait pas que les actions privilégiées de gel sont rachetables au gré du détenteur[76].

3.4.3. Souscription à de nouvelles actions de catégorie A

La fiducie souscrira à 100 nouvelles actions de catégorie A de Recycle Tout pour une considération totale de 100 $. La fiducie a été créée avec un lingot d'argent. Elle n'a pas les liquidités requises pour souscrire aux actions de catégorie A. Différentes options s'offrent à elle.

La fiducie pourrait souscrire aux actions de catégorie A de Recycle Tout sans les payer puisque la société a été constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies*. Les administrateurs de Recycle Tout pourront, par appel de versements, exiger de la fiducie qu'elle paie en totalité ou en partie le montant impayé sur ses actions selon les délais et de la manière prévue aux articles 66 et suivants L.C. L'obligation de la fiducie de contribuer sa part dans le capital de Recycle Tout sera exigible et due immédiatement lorsque l'appel de versement aura été fait.

La fiducie pourrait également souscrire aux actions de catégorie A de Recycle Tout en empruntant les fonds requis d'un tiers ou d'une institution financière. À la rigueur, le prêt pourrait même être cautionné par un fiduciaire ou un bénéficiaire de la fiducie[77]. Le prêt pourra être remboursé dès que la fiducie recevra un dividende sur ses actions.

Les fonds pourraient-ils être avancés par une personne qui est un bénéficiaire ou un fiduciaire de la fiducie ou une personne liée à l'une d'elle? Par le passé, si un prêt était consenti à une fiducie par un fiduciaire ou un bénéficiaire du capital, l'application potentielle du paragraphe 75(2) L.I.R. pouvait être préoccupante si le prêt n'était pas un prêt authentique selon les paramètres établis par l'ARC. À la suite de l'affaire *Howson* c. *La Reine*[78], rendue en novembre 2006, il a été demandé à l'ARC si sa position allait demeurer la même quant à l'application potentielle du paragraphe 75(2) L.I.R. à un prêt fait par un fiduciaire ou un bénéficiaire d'une fiducie[79].

---

76 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0010905F, 5 janvier 2001.

77 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0127351E5, 2 février 2006.

78 2007 D.T.C. 141 (C.C.I.) (ci-après « *Howson* »).

79 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0240421C6, 8 juin 2007.

Avant l'affaire *Howson*, la position de l'ARC était que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquait pas à un prêt authentique[80]. Selon l'ARC, même si aucun exposé exhaustif ne pouvait être fait en vue d'établir l'authenticité d'un prêt, la reconnaissance écrite et signée d'un emprunt par l'emprunteur et son accord en vue de le rembourser dans un délai raisonnable constituerait habituellement une preuve acceptable de cette authenticité. Si, en plus, il existait des preuves que l'emprunteur a garanti son emprunt, qu'il a payé des intérêts sur cet emprunt ou qu'il a effectué des versements pour le rembourser, l'authenticité du prêt était reconnue. Dorénavant, la position de l'ARC est qu'un prêt à une fiducie n'est pas visé par les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., mais plutôt par les dispositions des paragraphes 56(4.1) et 74.1(1) à (3) L.I.R.[81] L'ARC reconnaît donc la validité juridique d'un prêt et de la relation prêteur/emprunteur qui en découle. Éventuellement, des biens (de l'argent) de la fiducie retourneront effectivement au prêteur, non pas en vertu des termes de la fiducie mais plutôt en vertu des termes du prêt et de la relation prêteur/emprunteur.

3.4.4. Souscription à des actions de catégorie C par M. Toutant

M. Toutant souscrira à 100 actions de catégorie C de Recycle Tout, comportant 100 droits de vote par action, pour une valeur nominale de 1 $ par action. M. Toutant possédera ainsi 99 % des droits de vote de Recycle Tout, l'autre 1 % étant détenu par les fiduciaires de la fiducie.

3.5. MAINTIEN DU CONTRÔLE

Nous avons abordé plus tôt dans le texte la question importante pour M. Toutant de continuer à détenir le contrôle de Recycle Tout et du patrimoine cédé après le gel successoral. C'est d'autant plus important dans le cas présent puisque M. Toutant effectue un gel à un moment où il est toujours l'âme dirigeante de l'entreprise et qu'aucun successeur éventuel n'est clairement identifié. Le gel relève plus d'une planification fiscale adéquate que d'un souci de relève et de départ à la retraite.

Dans la présente situation, la question du contrôle de Recycle Tout à la suite du gel a été réglée au moyen de l'émission d'actions non participantes

---

80 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2006-0185571C6, 11 septembre 2006 et 2005-0127351E5, 2 février 2006.

81 *Id*.

avec droit de votes multiples en faveur de M. Toutant, soit les actions de catégorie C.

Dans d'autres circonstances, il est également possible d'émettre des actions privilégiées de gel comportant des droits de vote en faveur de l'auteur de gel (pour un nombre suffisant qui lui permet de contrôler la société). Toutefois, dans la mesure où il est prévu ou envisagé, à la suite du gel, de racheter des actions privilégiées détenues par l'auteur du gel, cette possibilité apparaît moins intéressante.

La question du contrôle du patrimoine cédé, c'est-à-dire de l'accroissement de valeur de Recycle Tout à la suite du gel, a été abordée en précisant dans l'acte de fiducie que M. Toutant serait l'un des trois fiduciaires de la fiducie.

Enfin, à la suite du gel successoral, il est possible de mettre en place une convention entre actionnaires pour régir les relations des actionnaires entre eux et avec la société.

4. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

La convention entre actionnaires traitera, entre autres, des questions relatives au contrôle, à la détention et au transfert des actions de Recycle Tout, du vivant de M. Toutant et après son décès.

À la suite du gel successoral, M. Toutant n'est plus le seul actionnaire de Recycle Tout. La question se pose donc s'il est approprié dans le présent cas de mettre en place une convention entre actionnaires pour régir les relations entre M. Toutant et la Fiducie Familiale Tout Temps.

Si le gel avait été effectué directement en faveur des enfants de M. Toutant, le moment idéal pour mettre en place la convention entre actionnaires aurait été immédiatement après le gel afin que la détention des actions par les enfants soit immédiatement visée par les dispositions de la convention entre actionnaires.

En l'espèce, la fiducie familiale, dont l'un des fiduciaires est l'auteur du gel, a souscrit aux nouvelles actions de catégorie A après le gel. Pour cette raison, il arrivera fréquemment en pratique que la mise en place de la convention entre actionnaires soit reportée dans le temps, plus précisément avant ou après une distribution d'actions par la fiducie à un bénéficiaire autre que l'auteur de gel (ou une société contrôlée par ce dernier). À cet égard, une clause pourrait être insérée dans l'acte de fiducie permettant aux fiduciaires,

avant d'effectuer toute distribution d'actions ou à toute autre époque, de conclure une convention entre actionnaires, selon des modalités à déterminer par eux ou encore d'exiger que les bénéficiaires deviennent au préalable partie à une telle convention.

Toutefois, même dans ce contexte, la mise en place de la convention entre actionnaires immédiatement après le gel aurait pour avantage de faire en sorte qu'il serait plus difficile pour les bénéficiaires de la fiducie de prétendre que les fiduciaires veulent leur porter préjudice en concluant ou en leur demandant d'être partie à une convention entre actionnaires plusieurs années après le gel. Les relations familiales à ce moment, de même que la situation financière des bénéficiaires, pourraient avoir changé, rendant ainsi plus difficiles les négociations.

Lors de la rédaction de la convention entre actionnaires, il faudra s'assurer que ses dispositions n'auront pas pour effet d'empêcher que les actions de M. Toutant, si elles sont léguées au conjoint ou à une fiducie exclusive au conjoint, soient irrévocablement dévolues en leur faveur dans les 36 mois suivant le décès. Dans le cas contraire, le roulement fiscal au décès de M. Toutant ne s'appliquera pas. Toute clause dans la convention prévoyant un rachat ou un achat automatique des actions détenues par M. Toutant, par exemple, ferait en sorte que des impôts sur le revenu seraient payables à son décès sur la plus-value de ses actions privilégiées de gel.

5. MISE EN PLACE D'UNE SOLUTION DE PROTECTION D'ACTIFS

5.1. POURQUOI PROTÉGER DES ACTIFS?

Les entrepreneurs accumulent de plus en plus de biens personnellement. Ils deviennent de plus en plus conscients qu'ils sont à risque à ce niveau pour plusieurs raisons, notamment :

- ils accordent des cautions personnelles afin de garantir des obligations de leur entreprise;

- ils agissent à titre d'administrateur de leur compagnie exploitante (responsabilité quant aux RAS impayées, taxes à la consommation impayées, responsabilité en vertu de lois environnementales, salaires impayés pour six mois en cas de faillite de l'entreprise);

- la concurrence crée une pression sur l'entrepreneur qui peut prendre des décisions plus ou moins risquées;

- l'expansion des activités à l'extérieur du pays augmente les risques de poursuites;

- abandon des assurances responsabilités basé sur la perception que leurs primes sont trop onéreuses.

Tous les entrepreneurs désirent protéger leurs actifs, mais ils sont parfois réfractaires aux concepts de la perte de contrôle sur leurs biens que la protection d'actifs implique et à la diminution de valeur de leur bilan personnel.

Dans une optique de protection d'actifs, le premier conseil à adresser à M. Toutant est d'extraire les surplus de Recycle Tout sur une base récurrente. Une fois que cette habitude est acceptée et intégrée, une stratégie de protection d'actifs plus sophistiquée peut être mise en place.

5.2. QUELS BIENS PROTÉGER?

La protection qui peut être offerte à M. Toutant se partage en deux idées différentes : les acquis et les biens à accumuler dans le futur.

Les acquis sont énumérés au bilan de M. Toutant, soit les actions privilégiées de gel de Recycle Tout, son portefeuille de placements, ses résidences principale et secondaire et ses voitures. Pour ce qui est des biens qui demeurent à accumuler, la mise en place de Fiducie Familiale Tout Temps contribue à protéger la plus-value qui s'accumulera sur les nouvelles actions ordinaires. En effet, ces actions ordinaires ne font pas partie des biens détenus par M. Toutant Elles sont la propriété de Fiducie Familiale Tout Temps. Ainsi, si M. Toutant subissait un revers financier, les actions ordinaires ne seraient techniquement pas touchées (à moins que cette fiducie n'ait accordé une garantie sur ses actions).

5.2.1. La protection est effectuée à l'encontre de qui?

Le transfert de biens à une fiducie permettra que ces biens soient à l'abri des créanciers (et poursuites) éventuels de l'auteur du transfert. Que ce soit des créanciers civils, fiscaux ou matrimoniaux, il est primordial que les créanciers ne soient pas lésés dans le cadre de la mise en place d'une stratégie de protection d'actifs, par exemple, dans la situation où l'auteur du transfert déclarera faillite sous peu (à l'intérieur de 12 mois suivant le transfert de biens). En effet, le *Code civil du Québec* et la *Loi sur la faillite et*

l'insolvabilité[82] protègent les créanciers contre ce genre de démarches. Un transfert à une fiducie dans le but de soustraire des biens à des créanciers actuels serait considéré comme un geste frauduleux, et ce transfert serait certainement attaqué en justice par les créanciers lésés.

La protection à l'égard du conjoint actuel doit être faite en tenant compte de l'état civil de l'auteur du gel. En effet, il est primordial d'obtenir le consentement du conjoint lorsque le bien à transférer fait partie des acquêts du client[83]. Il est également important de noter que la jurisprudence a déjà pris position concernant un transfert de bien faisant partie du patrimoine familial en faveur d'une fiducie[84]. En conséquence, le transfert d'un bien faisant partie du patrimoine familial n'aura certainement pas l'effet de retirer ce bien du calcul du patrimoine familial en cas de dissolution du régime matrimonial (divorce ou décès)[85]. Les tribunaux sont toutefois plus silencieux concernant le même type de transfert pour un bien faisant partie de la masse partageable de la société d'acquêts. Une mise à jour constante doit être faite concernant les développements jurisprudentiels à ce sujet. En août 2007, la Cour supérieure a décidé dans une situation particulière que, malgré les règles strictes de patrimoine familial, la valeur marchande de ce bien a été retirée du calcul du patrimoine familial et la valeur d'un droit d'usage dans la propriété l'a remplacée puisque monsieur avait transféré la résidence en faveur d'une fiducie et que madame y avait donné son consentement. Cette décision affaiblit le concept qu'un transfert de bien du patrimoine familial n'est pas opposable au créancier matrimonial. La jurisprudence à ce sujet demeure donc à suivre…

5.2.2. Choix du type de fiducie

Le type de fiducie utilisé dépendra du genre de biens à protéger. En effet, les biens de M. Toutant peuvent se diviser en deux catégories : les biens avec une plus-value latente et les biens sans plus-value. La première catégorie comprend les actions privilégiées de gel de Recycle Tout, une partie de son portefeuille de placements et sa résidence principale (gain en capital d'environ 125 000 $). La deuxième catégorie regroupe sa résidence

---

82 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

83 Art. 462 C.c.Q.

84 *Droit de la famille – 3511*, SOQUIJ, AZ-00021120 (C.S.), 29 décembre 1999.

85 Art. 415 C.c.Q. : […] les résidences familiales et les droits qui en confèrent l'usage […].

secondaire (gain en capital d'environ 50 000 $), une partie de son portefeuille de placements et ses voitures.

Les biens qui ne comportent pas d'augmentation de valeur peuvent être transférés, par voie de donation, à une fiducie familiale discrétionnaire. Cette fiducie ressemble étrangement à la fiducie de gel (mis à part le choix de son constituant). La constitution d'une fiducie familiale discrétionnaire a comme seul objectif la préservation de biens au sein d'une unité familiale, contrairement à la fiducie familiale de gel qui est surtout utilisée afin de favoriser une distribution ordonnée des biens d'affaires à la suite du décès de l'entrepreneur et pour profiter d'avantages fiscaux tels le fractionnement de revenus et la multiplication de la DGC.

L'utilisation de la fiducie familiale discrétionnaire assure un contrôle permanent sur certains biens. En effet, plutôt que d'être régies par le testament de l'entrepreneur, les règles d'administration interne de la fiducie établiront le mode d'administration, l'usage et le mode de distribution qui devront être faits de ces biens. Par exemple, les règles de la fiducie pourraient indiquer que certains placements seront dévolus aux enfants de l'entrepreneur à compter de son décès, alors que la résidence principale serait réservée pour sa conjointe. Il serait également possible de faire en sorte que les biens détenus par la fiducie soient conservés par cette dernière, même à la suite du décès de l'entrepreneur, ce qui offrirait une protection à ses bénéficiaires à l'encontre de leurs créanciers. En effet, les dettes de l'entrepreneur ne disparaissent pas avec son décès. Si sa succession s'avérait déficitaire, les biens détenus par la fiducie discrétionnaire seraient protégés (dans la mesure où ces biens n'auront pas servi à titre de garantie pour une obligation de l'entrepreneur).

Les biens qui comportent une augmentation de valeur peuvent être transférés, sans impact fiscal, par voie de donation à une fiducie dite de « protection d'actifs ». On retrouve généralement quatre types de fiducies de protection d'actifs : la fiducie pour soi (sans limites d'âge), la fiducie en faveur de soi-même (65 ans et plus), la fiducie au profit du conjoint ou encore la fiducie mixte au profit du conjoint. Des critères stricts doivent être respectés pour ces quatre types de fiducies afin de permettre un roulement fiscal :

- les biens à transférer à ce patrimoine fiduciaire doivent être des biens en immobilisations;

- M. Toutant et la fiducie doivent être résidents du Canada;

- le transfert de biens doit se qualifier de « transfert admissible » en vertu du paragraphe 73(1.01) L.I.R. et aucun choix en sens contraire, c'est-à-dire exprimant la volonté d'effectuer le transfert de biens sur une base imposable, ne doit être exercé.

Puisque M. Toutant est dans la jeune cinquantaine, la fiducie appropriée pour protéger ses actifs ayant une plus-value est la fiducie pour soi. Aux fins de cet exercice, seule cette fiducie sera analysée, en plus des critères mentionnés plus haut. Certaines conditions doivent aussi être présentes[86] :

- il s'agit d'une fiducie entre vifs constituée après 1999;

- M. Toutant doit avoir le droit de recevoir, sa vie durant, tous les revenus de la fiducie;

- nulle autre personne que M. Toutant ne peut recevoir une partie du capital de la fiducie ou autrement en obtenir usage, tant qu'il est vivant;

- le transfert n'a pas pour effet de changer la « propriété effective » des biens; et

- nulle autre personne que M. Toutant n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie au sens du paragraphe 104(1.1) L.I.R.

Habituellement, le constituant est le seul et unique bénéficiaire de la fiducie, ce qui permet de bénéficier du roulement fiscal des biens au moment de la donation du constituant en faveur de la fiducie[87].

Une des difficultés éprouvées avec ce type de fiducie est que la protection d'actifs cessera à compter du décès de M. Toutant. Effectivement, la condition exigeant que le transfert n'ait pas pour but de changer la propriété effective pose un sérieux problème au Québec. En vertu des règles fiscales (plus précisément la position de l'ARC), aucun bénéficiaire subséquent ne semble pouvoir être désigné à même l'acte de fiducie, mais le testament du bénéficiaire pourrait prévoir des bénéficiaires subséquents. Ainsi, la faculté d'élire prévue à l'article 1282 C.c.Q. ne semble pas l'outil approprié pour désigner des bénéficiaires subséquents puisqu'elle exige que la catégorie de bénéficiaire doit être précisée à l'acte de fiducie, ce qui n'est

---

86 S.-al. 73(1.01)c)(ii) et 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

87 Par. 73(1.01) L.I.R.

pas permis par le *Code civil du Québec*. Il existe donc une dualité qui semble jusqu'à présent non résolue. Voici la solution qui a été jusqu'à aujourd'hui et qui est utilisée par plusieurs. L'article 1297 C.c.Q. prévoit que, s'il n'y a plus de bénéficiaire à la fiducie, les biens retourneront dans le patrimoine du constituant. Puisque notre constituant sera décédé, sa succession accueillera les biens de la fiducie. Par conséquent, la fiducie sera réputée disposer de ces biens à leur JVM et un gain en capital sera réalisé[88].

Malgré ces inconvénients, il est recommandé à M. Toutant d'utiliser cette stratégie afin de protéger de son vivant ses biens comportant une plus-value. Il est approprié d'informer M. Toutant qu'il pourrait, au fur et à mesure que des liquidités seront dégagées de la fiducie pour soi, se faire attribuer les liquidités personnellement et, par la suite, contribuer à la fiducie familiale discrétionnaire de protection, s'il choisit d'en constituer une.

5.2.3. Avantage de la fiducie du Québec

La fiducie de droit québécois est plus avantageuse que le trust de common law principalement en raison de l'absence d'application des principes d'interprétation édictés dans l'affaire *Saunders* v. *Vauthier*[89]. La conclusion de cette cause est que celui qui détient le *beneficial interest* (le droit à la jouissance des biens) de la fiducie peut (s'il a atteint l'âge de la majorité et qu'il est capable) y mettre fin avant les délais prévus par l'acte de fiducie, sans tenir compte des pouvoirs des fiduciaires et du constituant. La portée de cette affaire a été élaborée de façon qu'actuellement, si tous les bénéficiaires majeurs et capables d'une fiducie détenant le *beneficial interest* de celle-ci choisissent de terminer la fiducie, la fiducie sera liquidée et les biens formant le capital de la fiducie seront remis aux bénéficiaires en pleine propriété.

Cette règle peut être dévastatrice lorsque l'objectif de la fiducie est la protection d'actifs. Heureusement, les textes de l'Office de la révision du *Code civil du Québec* aux articles 1294 et 1296 C.c.Q. ont clairement choisi la non-application de cette règle de common law aux fiducies québécoises.

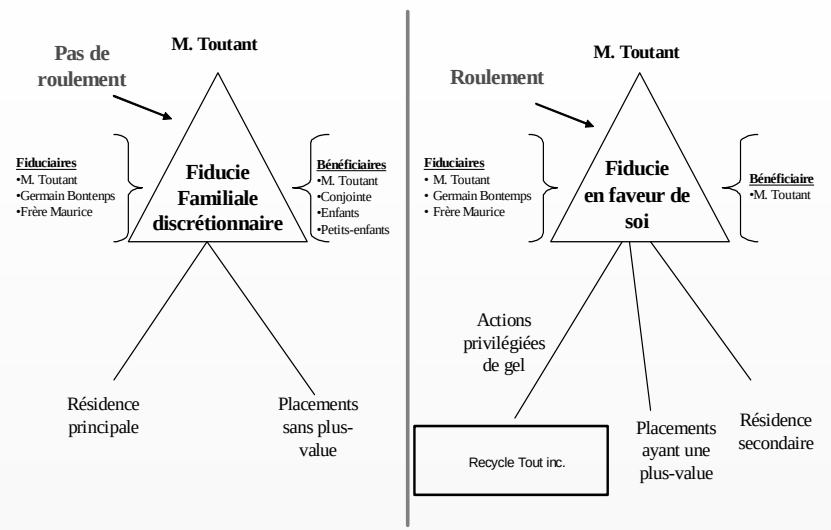
Le tableau qui suit dresse un portrait simple de l'utilisation possible de la fiducie familiale discrétionnaire et de la fiducie en faveur de soi dans le cadre du cas à l'étude.

---

88 Al. 104(4)a.4) L.I.R.

89 [1841], EW HC Ch. J82, (1941) 4 Beav. 115 8, 41 ER 482, (1841) Cr. & Ph. 240.

Protection des acquis (passé)



M. Toutant pourra faire un choix éclairé quant à la mise en place d'un mécanisme de protection d'actifs. Parfois, les entrepreneurs sont plutôt « allergiques » à toute la documentation nécessaire et au niveau de complexité que la structure de protection ajoute à la structure personnelle. Si c'est le cas, il est recommandé de s'assurer que l'entrepreneur soit bien entouré de conseillers pouvant lui donner un coup de main. À défaut de quoi, il serait préférable que la structure soit la plus simple possible, à savoir l'utilisation d'une seule fiducie; la fiducie en faveur de soi, à laquelle tous les biens à protéger pourraient être transférés.

Prenons le soin de souligner à nouveau les objectifs de M. Toutant : il désire protéger ses acquis pour profiter d'une retraite dorée d'ici cinq à sept ans et il souhaite mettre sur pied une structure relativement simple. Ainsi, le choix de M. Toutant s'est arrêté sur une structure simple de protection d'actifs en utilisant une seule fiducie, soit la fiducie en faveur de soi. M. Toutant désire la nommer Fiducie Protège-Tout.

5.2.4. Quels biens faut-il éviter de transférer?

D'abord, rappelons que, les REÉR et les fonds enregistrés de revenu de retraite ne peuvent être transférés à une fiducie, même en faveur de soi, sans impact fiscal.

Également, une certaine insécurité plane sur les planifications de détention de police d'assurance vie par une fiducie lorsque la vie assurée est celle d'un bénéficiaire de la fiducie. En effet, une réponse de l'ARC à une table ronde de la CALU[90] en 2006 laisse croire qu'un avantage imposable en vertu de l'article 105 L.I.R. serait applicable lorsque le titulaire et bénéficiaire d'une police d'assurance vie est une fiducie. La même question a été posée à la table ronde[91] du dernier congrès de l'Association de planification fiscale et financière, sans réponse…

En outre, l'entrepreneur doit s'assurer qu'il n'a pas, par le passé, accordé une garantie personnelle à une institution financière, à un fournisseur ou à toute autre personne. Si cette garantie est fondée sur le bilan de l'entrepreneur à ce moment et qu'il comprenait les biens dont on entend disposer pour la fiducie, il vaudrait mieux obtenir le consentement de ces créanciers afin de ne pas agir en violation de ses engagements.

5.2.5. Choix des intervenants

La plupart des motifs fiscaux et légaux expliquant le choix des acteurs de la fiducie sont expliqués plus haut au niveau de la constitution de la fiducie familiale de gel[92].

Énumérons les différences entre les choix de ces intervenants pour la fiducie de gel et la fiducie en faveur de soi.

La Fiducie Protège Tout qu'il est suggéré de créer est structurée de la façon suivante : M. Toutant est le constituant de la fiducie, un des fiduciaires et son unique bénéficiaire. Les biens pouvant y être transférés sont ses résidences, ses placements personnels et ses actions privilégiées de Recycle Tout inc. Au niveau de la structure corporative de M. Toutant, l'introduction de la fiducie s'effectuera plutôt simplement par le biais d'un acte de donation d'actions privilégiées au profit de Fiducie Protège Tout. En effet, si une convention entre actionnaires était en place, il faudrait s'assurer qu'elle

---

90 « Life Insurance Policy Held by a Spousal Trust », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 2006, question 3.

91 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 25, aux pages 53:53-54.

92 *Supra*, section 2.

permet un tel transfert. À défaut de quoi, une intervention des autres actionnaires serait nécessaire afin de ne pas déroger à cette convention.

5.2.5.1. Choix du constituant

Pour la fiducie en faveur de soi, le constituant possède un rôle moins limité que celui du constituant d'une fiducie de gel. En effet, au décès du bénéficiaire de la Fiducie Protège Tout, il n'y aura plus de bénéficiaires. Ainsi, selon l'article 1297 C.c.Q.[93], la succession du constituant recevra les biens de la fiducie. Il va sans dire que le décès du bénéficiaire/constituant générera un impact fiscal important, soit la disposition réputée à la JVM des biens détenus par la fiducie (al. 107(4)a.4) L.I.R.), à moins que le décès n'ait été attendu et que les fiduciaires de la fiducie n'aient décidé d'attribuer les biens de la fiducie en faveur du bénéficiaire mourant.

Puisque dans cette situation M. Toutant est le constituant de la fiducie et qu'il est aussi bénéficiaire de la fiducie constituée (c'est-à-dire qu'il a un droit de retour sur les biens en plus du contrôle sur l'attribution des biens par son rôle de fiduciaire), le paragraphe 75(2) L.I.R. trouvera application. Ce paragraphe aura comme conséquence de réputer tout revenu (ou perte) ou tout gain en capital imposable (ou perte en capital déductible) réalisé à la disposition du bien, être un revenu (ou perte) ou gain en capital imposable (ou perte en capital déductible) réalisé par M. Toutant. Cette règle trouvera application tant qu'il sera vivant.

Lorsque ce paragraphe a trouvé application, le paragraphe 107(4.1) L.I.R. édicte clairement qu'il ne sera pas possible de remettre les biens de la fiducie à un ou plusieurs bénéficiaires de la fiducie sans impact fiscal (sauf pour le bénéficiaire qui a transféré le bien à la fiducie et pour son conjoint), tant que le bénéficiaire à l'origine de l'application de ce paragraphe est vivant. Dans le cas de Fiducie Protège Tout, la règle du paragraphe 107(4.1) L.I.R. n'a aucune importance puisque la fiducie ne comporte aucun bénéficiaire subséquent.

Ainsi, le choix du constituant s'arrêtera sur M. Toutant afin de pouvoir bénéficier des avantages fiscaux et légaux de la fiducie en faveur de soi.

Il est parfois approprié de liquider une fiducie pour soi lorsque le bénéficiaire de la fiducie en faveur de soi atteint l'âge de 65 ans et qu'il est

---

93 « […] À défaut de bénéficiaire, les biens qui restent au terme de la fiducie sont dévolus au constituant ou à ses héritiers. »

confiant en sa situation financière. Par la suite, ce dernier constitue une fiducie mixte au profit du conjoint et y transfère les biens provenant de la fiducie pour soi. Cette planification peut évidemment être effectuée uniquement si ce dernier ne craint aucun risque financier à ce moment. La fiducie mixte au profit du conjoint est plus flexible en ce qui a trait aux bénéficiaires subséquents et est donc plus intéressante dans une perspective de protection au-delà du décès de l'auteur.

5.2.5.2. Choix des fiduciaires

Les fiduciaires sont les personnes qui gèrent les biens détenus par la fiducie, et ce, au bénéfice des bénéficiaires. Comme nous l'avons vu, seule une personne majeure ou une compagnie autorisée par la loi peut agir à titre de fiduciaire d'une fiducie[94]. Les règles d'administration énoncées à l'acte de fiducie sont celles qui encadrent les activités de la fiducie. Ces règles sont complétées par les règles du *Code civil du Québec* dans le chapitre sur l'administration du bien d'autrui.

Le nombre de fiduciaires en fonction peut varier d'une fiducie à l'autre. Un individu pourrait agir seul à titre de fiduciaire, mais il ne pourrait pas être le constituant ni un bénéficiaire de cette fiducie[95]. Dans le cadre d'une fiducie en faveur de soi, cette question ne se pose pas puisque le constituant et bénéficiaire sera M. Toutant. Il pourra donc agir à titre de fiduciaire s'il s'adjoint au moins un autre cofiduciaire. Il est souvent recommandé de choisir trois fiduciaires, ce qui permet de prendre des décisions à la majorité des voix exprimées plutôt qu'à l'unanimité, et ainsi d'éviter toute situation d'impasse. Dans la situation d'une structure de protection d'actifs, la présence de trois fiduciaires en tout temps permet d'éviter que M. Toutant détienne le contrôle sur les décisions de la fiducie, ce qui pourrait ouvrir la porte à une argumentation d'un créancier mécontent.

La responsabilité des fiduciaires de fiducie se calque sur la responsabilité des administrateurs d'une compagnie (RAS, TPS, TVQ, responsabilités environnementales, salaires impayés pour six mois dans un cas de faillite). Ainsi, ils doivent honorer les règles indiquées à l'acte de fiducie et administrer les biens détenus par la fiducie à **l'unique bénéfice** des bénéficiaires et **dans leur meilleur intérêt**. La rédaction de l'acte de fiducie permettra une administration souple et flexible par les fiduciaires.

---

94 Art. 1274 C.c.Q.

95 Art. 1275 C.c.Q.

S'il est prévu que la Fiducie Protège Tout détienne des actions privilégiées de Recycle Tout, il est important de s'assurer que le choix des fiduciaires respecte les règles du *Règlement 45-106*. Nous vous invitons à lire un texte publié dans la revue *Stratège* de juin 2006 où il est clairement expliqué que :

> « Depuis l'adoption du [*Règlement 45-106*], les praticiens de la fiscalité ont dû adapter les planifications fiscales à ces modifications importantes afin de ne pas priver du statut d'émetteur fermé les sociétés qui avaient anciennement le statut de société fermée. Effectivement, lorsqu'un émetteur fermé place un titre auprès d'une fiducie (ou succession), c'est-à-dire que la fiducie souscrit à des actions d'une société ou compagnie, afin de bénéficier de la dispense de l'article 2.4 du [*Règlement 45-106*], un choix s'offre au professionnel. Il doit s'assurer i) que **tous** les bénéficiaires de la fiducie (même potentiels) sont des personnes énumérées à l'article 2.4 du [*Règlement 45-106*] **ou** ii) que la **majorité** des fiduciaires (ou liquidateurs) sont des personnes énumérées au même article[96]. »

Également, l'annexe F du présent texte, tirée également de la revue *Stratège*[97], fait rapidement la nomenclature des personnes énumérées à l'article 2.4 du *Règlement 45-106*.

Dans un souci de minimiser le risque de M. Toutant quant à la perte de contrôle sur ses actifs, la rédaction de l'acte de fiducie peut prévoir la notion de fiduciaire permanent et fiduciaire temporaire. Le fiduciaire permanent (M. Toutant) a la possibilité de ne pas renouveler la charge du fiduciaire temporaire (charge annuelle) et de procéder à son remplacement.

Finalement, tel qu'il est indiqué plus haut, un changement de fiduciaire (à la suite d'un décès, d'une démission ou de tout autre motif) risque de produire un impact fiscal important au sein de la compagnie dans laquelle des actions avec droit de vote sont détenues. Ainsi, il faut éviter d'accorder le contrôle de la compagnie à la fiducie.

Une question moins technique mais tout aussi importante est l'analyse de toutes les raisons émotives guidant M. Toutant dans le choix de ses fiduciaires. Par exemple, il ne faut pas négliger tout l'aspect de confidentialité. Les fiduciaires doivent connaître la teneur de la fiducie, les biens qu'elle possède et leur valeur. Certains entrepreneurs hésiteront à choisir des membres de leur famille pour agir à titre de fiduciaire pour cette

---

96 François BRABANT et Natasha GIROUARD, « La "société fermée" n'existe plus », (2006), vol. 11, n° 2 *Stratège* 13-18, p. 16.

97 *Id*., p. 14.

unique raison. De plus, si les actions privilégiées de gel comportent un droit de vote, M. Toutant devra sélectionner avec soin ses cofiduciaires. Le deuxième motif demandant réflexion est la proximité des fiduciaires et leur disponibilité. En effet, une fiducie en faveur de soi peut être appelée à faire plusieurs transactions au cours de ses premières années : transfert des résidences, prêt hypothécaire, transfert de placements, ouverture de compte de placements, de comptes bancaires, transfert d'actions privilégiées de gel. Parfois, ces transactions ne peuvent pas toutes être effectuées en même temps.

Le choix de M. Toutant pour les fiduciaires s'est arrêté sur son frère Maurice et son ami Germain Bontemps. Ces deux derniers seront les fiduciaires temporaires.

5.2.5.3. Choix du (des) bénéficiaire(s)

Pour faire suite aux notions discutées plus haut, le choix du ou des bénéficiaires variera en fonction du type de fiducie choisie. La Fiducie Protège Tout aura donc un seul bénéficiaire, soit M. Toutant.

5.3. CRÉATION DE FIDUCIE PROTÈGE TOUT

Le constituant et les fiduciaires signeront un acte, idéalement un acte notarié, afin de faire foi de la date de la création de la fiducie. La constitution sera faite par le don d'un bien, tel un lingot d'argent d'une once, ou un autre type de bien facilement identifiable. L'utilisation du lingot d'argent facilite le travail administratif. En effet, le lingot possède un numéro de série qui sera indiqué à l'acte. Ce lingot sera conservé par le notaire, advenant une vérification par les autorités fiscales, l'objet ayant créé la fiducie sera facilement récupéré.

Tous les signataires seront présents à la séance de signature afin de s'assurer que chacun comprend bien son rôle.

5.3.1. Transfert des biens

Au moment du transfert des biens à la fiducie, il faudra s'assurer d'obtenir toutes les approbations nécessaires (institution financière lorsque prêt hypothécaire, époux si transfert de tout ou partie d'une résidence familiale[98], et époux si transfert d'un bien acquêt sans contrepartie[99]).

Si un transfert d'actions de société privée est effectué, le respect de la convention entre actionnaires doit être assuré.

Quant au transfert de la résidence secondaire de M. Toutant, puisqu'il a utilisé des sommes reçues d'un héritage pour en faire l'acquisition, on pourrait être porté à croire que, puisque ce bien sera déduit dans le calcul du partage du patrimoine familial, le consentement de la conjointe n'est pas nécessaire. Nous croyons toutefois que, puisqu'il s'agit d'une résidence familiale, l'article 401 C.c.Q. trouve application et le consentement de la conjointe sera requis.

Également, le transfert des polices d'assurance dommage devra être fait en même temps que le transfert des résidences à la fiducie et il faudra prendre soin de conserver les assurances responsabilités civiles appropriées sur la tête de toutes les personnes de la maisonnée.

5.3.2. Étapes pratiques

La planification et la mise en place d'une structure de protection d'actifs sont souvent les aspects sur lesquels les conseillers consacrent le plus d'énergie. Il ne faut toutefois pas négliger les étapes pratiques devant être (ou ne devant pas être) effectuées à la suite de la constitution d'une fiducie. Fréquemment, l'absence de suivi par les conseillers et l'absence de *coaching* des entrepreneurs sont à la base d'erreurs de l'entrepreneur qui peuvent soit dénaturer le concept de la fiducie, soit contaminer la fiducie sur le plan fiscal, et ainsi l'objectif principal pour lequel la fiducie a été mise en place ne peut plus être atteint.

---

98 Art. 401 C.c.Q.

99 Art. 462 C.c.Q.

5.3.2.1. Documentation des transferts de biens

Il peut être opportun de se pencher sur le type de contrat qui documentera la planification de protection d'actifs. Dans un premier temps, il est nécessaire de créer la fiducie. Sur le plan légal, il n'est pas obligatoire qu'elle soit reçue devant notaire. Par contre, surtout dans le cadre de protection d'actifs, il serait utile que ce document soit fait sous la forme notariée afin que la date de la création de ce véhicule ne soit jamais mise en doute.

Il est possible de préparer un acte de fiducie dont le transfert initial serait la donation d'un bien à protéger : par exemple, une résidence. L'avantage de cette façon de fonctionner est de minimiser la documentation à manipuler. Toutefois, les inconvénients de ce type de pratique sont de loin supérieurs en nombre et en incidence que son avantage. En effet, le seul fait que l'acte de fiducie devra être publié (du moins en partie) au registre foncier en altérera un aspect important; la confidentialité. C'est la principale raison pour laquelle il est commun d'utiliser le transfert d'un bien de peu de valeur comme le lingot d'argent pour constituer la fiducie. Également, il est possible de faire un seul acte de donation pour tous les biens transférés. Cependant, si une personne (comme un créancier) demande à voir le titre d'acquisition de la fiducie pour un bien en particulier, les autres biens transférés seront alors divulgués. Ainsi, il est recommandé d'isoler chaque bien transféré dans un acte à part et surtout de constituer la fiducie par le transfert d'un bien de peu de valeur.

5.3.2.2. Preuve de solvabilité

À la suite du transfert des actifs de M. Toutant à Fiducie Protège Tout, il sera recommandé de préparer son bilan post-transfert afin de démontrer qu'au moment de se défaire de ses biens, il ne s'est pas placé dans une situation où il ne pouvait plus payer ses dettes.

5.3.2.3. Gestion indépendante – code de conduite

Comme il est indiqué plus haut, la fiducie possède une caractéristique particulière. Elle est un patrimoine distinct qui n'est possédé par aucune personne. Cet aspect distinctif est utilisé pour protéger des actifs à l'encontre de créanciers éventuels. C'est justement pour préserver cette caractéristique que l'entrepreneur doit ajuster son comportement. En effet, toute la notion de propriété et de contrôle doit être révisée pour l'entrepreneur. M. Toutant devra désormais avoir le réflexe de consulter ses fiduciaires avant d'effectuer des transactions ayant pour objet les biens détenus par Fiducie Protège Tout,

que ce soit pour contribuer à la fiducie (réception de sommes par les fiduciaires sous la forme d'un reçu) ou l'attribution de montant de la fiducie en faveur de M. Toutant (résolution des fiduciaires). Il serait également approprié de toujours privilégier l'acquisition d'actifs par le biais de la fiducie plutôt que à la suite d'une attribution en faveur de M. Toutant et que ce dernier procède à l'acquisition du bien. En effet, moins il y a de transactions possibles à l'entrée et à la sortie de la fiducie, plus les actifs de la fiducie sont protégés.

Toutes les décisions des fiduciaires doivent donc être documentées sous la forme de résolutions qui sont insérées au livre de fiducie.

5.3.2.4. Compte bancaire et compte de placements

Afin de permettre à la fiducie de détenir des sommes d'argent et de retrouver toutes les transactions de la fiducie, un compte bancaire devra être ouvert au nom de la fiducie. Les institutions bancaires demandent habituellement à voir une copie de l'acte de fiducie, comme elles demandent à voir les statuts d'une compagnie désirant ouvrir un compte bancaire. L'acte de fiducie pourrait prévoir que les fiduciaires délèguent leur pouvoir de faire des transactions bancaires à un seul fiduciaire. Dans un document distinct, une délégation bancaire, les fiduciaires confirment désirer déléguer ce pouvoir en faveur de M. Toutant, ce qui lui permettra de signer les chèques de la fiducie seul. Toutefois, cette délégation de pouvoir ne lui permettra pas de prendre seul la décision de faire un chèque. En effet, une résolution devra documenter la décision des fiduciaires lorsqu'ils décident d'attribuer une somme à un bénéficiaire.

Parfois, les institutions financières demandent à ce que tous les fiduciaires se présentent à leur succursale pour l'ouverture du compte bancaire de la fiducie. De cette façon, ils s'assurent de l'identité des fiduciaires et vérifient que la délégation bancaire est bel et bien valide. D'autres institutions financières préfèrent ne pas consulter la documentation juridique, mais favorisent l'obtention d'un avis juridique selon lequel la fiducie est validement constituée et a le pouvoir d'ouvrir un compte bancaire.

Les mêmes documents seront nécessaires pour l'ouverture d'un compte de placements. En plus, les courtiers en valeurs mobilières demandent au fiduciaire permanent de remplir certains formulaires leur permettant de se soumettre aux règles sur les valeurs mobilières les régissant. Une politique de placements devra également être établie par les fiduciaires de la fiducie.

5.3.3. Clauses à inclure

Certaines clauses doivent se retrouver dans l'acte de fiducie, alors que d'autres s'y retrouvent simplement à titre d'information ou d'aide-mémoire pour le lecteur.

5.3.3.1. Clauses nécessaires

En plus de toutes les clauses définies précédemment, il est primordial que l'acte de fiducie contienne certaines clauses relatives au statut spécial de fiducie de protection, telles que :

- le fait que le bénéficiaire ait droit à tout le revenu de la fiducie, sur une base annuelle;

- seul le bénéficiaire puisse recevoir ou obtenir l'usage du capital, sa vie durant :

  – déclaration de résidence canadienne du constituant,

  – accorder le pouvoir d'attribuer une résidence principale au bénéficiaire pour qu'il réclame l'exemption de gain en capital,

  – préciser que l'interprétation de l'acte doit être effectuée en vue de se conformer aux règles fiscales pour obtenir un roulement à l'entrée, etc.

5.3.3.2. Clause d'information

Un rappel indiquant la règle de disposition réputée des 21 ans peut être utile dans le cas d'une fiducie discrétionnaire de protection d'actifs, cette clause pourrait même indiquer à quelle date la disposition réputée aura lieu.

Dans le cas d'une fiducie en faveur de soi, il est profitable de mentionner la règle de disposition réputée au décès du bénéficiaire et l'impact fiscal qui s'ensuivra.

Les autres dispositions utiles pourraient être les suivantes :

- les revenus sont automatiquement imposables entre les mains du bénéficiaire;

- l'exercice financier prend fin au 31 décembre de chaque année;

- la déclaration de revenus de la fiducie (T3) doit être produite 90 jours plus tard.

5.3.4. Autres considérations

Lorsque l'entrepreneur désire construire une nouvelle résidence, une attention particulière doit être portée à l'obtention du remboursement de TPS de 36 %. En effet, la fiducie n'est pas admissible à cet avantage.

Lorsque l'entrepreneur est propriétaire d'une résidence et qu'il désire la transférer à une fiducie, si la fiducie discrétionnaire a été choisie, la liste de bénéficiaires devra être déterminée avec soin. En effet, pour éviter que le transfert soit assujetti à des droits de mutation, les bénéficiaires doivent se limiter aux ascendants, descendants, conjoint (selon la définition de la loi régissant les droits de mutation).

Les articles 91 et suivants L.F.I. énoncent certaines présomptions défavorables. Toute transaction effectuée dans l'année précédant la faillite peut être déclarée inopposable au syndic. Cette présomption peut être renversée, mais le fardeau de cette preuve est entre les mains du bénéficiaire du transfert. Dans l'éventualité où une transaction est survenue en faveur d'une personne liée au débiteur, la présomption sera applicable pour une durée de cinq ans avant la date de faillite. Le bénéficiaire de la transaction pourra renverser la présomption à son égard s'il est en mesure de faire la preuve que la transaction s'est faite de bonne foi et que la contrepartie qui a été accordée était valable dans les circonstances.

Également, le *Code civil du Québec* prévoit à ses articles 1631 et suivants que certaines transactions peuvent être reconnues inopposables. Pour être reconnue inopposable à l'égard des tiers, une transaction doit, par exemple, avoir été faite en faveur d'un créancier, qu'un préjudice ait ainsi été causé, que le débiteur ait posé un acte juridique et que ce dernier soit devenu insolvable à la suite de cette transaction ou cherchait par cette transaction à se rendre insolvable et finalement que par cette transaction, le débiteur cherchait à accorder une préférence à un de ses créanciers. Le créancier lésé a un délai d'un an suivant la connaissance du préjudice qui résulte de la transaction attaquée[100].

---

[100] Art. 1635 C.c.Q.

5.3.5. Inconvénients

Malgré tous les avantages de cette planification, sa mise en place comporte toutefois un certain nombre d'inconvénients, soit :

- la complexité de la structure (nouveau véhicule);
- la présence de plusieurs intervenants;
- la protection cesse au décès;
- la perte du roulement au conjoint lorsque décès; et
- aucun avantage fiscal à faire la transaction.

6. FIDUCIES TESTAMENTAIRES

M. Toutant peut léguer ses biens en pleine propriété ou en fiducie.

La fiducie testamentaire peut s'avérer un outil fort utile à plusieurs égards; en effet, elle :

- assure un contrôle après le décès par une ou plusieurs personnes de confiance sur les biens détenus en fiducie;
- protège financièrement les proches du testateur en leur assurant un revenu;
- freine l'érosion d'une fortune familiale en la répartissant sur plusieurs générations, de manière à assurer un revenu adéquat à un ensemble de bénéficiaires;
- permet d'effectuer du fractionnement de revenu;
- place les actifs de la fiducie à l'abri des créanciers des bénéficiaires de la fiducie.

6.1. DÉFINITION D'UNE FIDUCIE TESTAMENTAIRE

Selon le paragraphe 108(1) L.I.R., une fiducie testamentaire est une fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès (y compris une fiducie visée au paragraphe 248(9.1) L.I.R.).

La position de l'ARC est qu'une fiducie testamentaire commence à exister le jour même du décès d'une personne[101]. Certaines circonstances peuvent faire en sorte qu'une fiducie testamentaire cesse d'être admissible à ce titre.

6.1.1. Remise de biens à une fiducie

Si des biens ont été remis à la fiducie après le 12 novembre 1981 et avant la fin de son année d'imposition autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès, la fiducie cessera d'être une fiducie testamentaire[102].

Dans l'affaire *Greenberg Estate* c. *La Reine*[103] rendue en 1997 par la Cour canadienne de l'impôt, il fut décidé que des biens sont considérés comme remis à une fiducie aux fins de la définition de « fiducie testamentaire » contenue au paragraphe 108(1) L.I.R. lorsqu'il s'agit d'un paiement volontaire visant à augmenter le capital de la fiducie. L'extrait pertinent est le suivant :

> « I turn now to the meaning of the expression "...property has been contributed to the trust..." which is found in subparagraph 108(1)(*i*)(iii) of the *Act*. The word "contributed" in its plain meaning signifies a voluntary payment made to increase the capital of the estate.1 The purpose of the provision is clearly to ensure that while certain beneficial treatment in relation to income tax is accorded to trust funds established on the death of a testator, the same benefit is not made available to *inter vivos* additions to those funds. In my view the repayment of an accidental overpayment to a beneficiary of a testamentary trust would not fall within the meaning of the expression "property ... contributed to the trust". It is a good deal less certain that the same could be said of an interest-free loan made to a trust, but in view of my conclusion as to the nature of the payment in this case I need not decide that question. I find the payment in question to be a voluntary payment into the estate, made for no consideration, and for the purpose of increasing the capital of the estate so that it could, in turn, increase its capital investment in the partnership. It is exactly that kind of payment into a testamentary trust that this legislative provision is aimed at, and I conclude accordingly that the estate ceased to be a testamentary trust on February 22, 1983. »

---

101 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0233721C6, 8 juin 2007.

102 Par. 108(1) « fiducie testamentaire », al. b) L.I.R.

103 97 D.T.C. 1380 (C.C.I.) (ci-après « *Greenberg Estate* »).

Récemment, l'ARC s'est prononcée sur des situations concernant des biens dévolus à une fiducie exclusive au conjoint et où, soit en vertu d'une clause de la fiducie ou en vertu de l'article 1285 C.c.Q., le conjoint renonçait à l'encaissement de certains revenus réalisés par la fiducie, et ce, au bénéfice de cette dernière[104]. Il a été demandé à l'ARC si une telle renonciation constituait une remise de biens en faveur de la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de son décès qui, le cas échéant, aurait pour conséquence de ne pas satisfaire à la définition de fiducie testamentaire. La position de l'ARC est différente selon que le conjoint renonce à des sommes payables ou non. Si le conjoint fait le choix de renoncer avant qu'un montant de revenu ne soit gagné et ne lui devienne payable, la renonciation ne sera pas considérée comme étant une remise de biens à la fiducie par le conjoint puisque le revenu ne constitue pas encore un bien du conjoint au moment où il exerce le choix. Par contre, si le conjoint avisait le fiduciaire qu'il ne veut pas recevoir le revenu de la fiducie alors que le revenu est payable au conjoint, cela entraînerait une remise de biens à la fiducie par le conjoint. En effet, le conjoint détiendrait un montant à recevoir à titre de bien et il le remettrait à la fiducie. Ainsi, dans une telle situation, la fiducie ne serait plus une fiducie testamentaire.

Voici des exemples où des biens ne seraient pas remis en fiducie autrement qu'au décès d'un particulier et par suite de ce décès :

- Le fait que des biens soient prêtés à une fiducie testamentaire n'aurait pas pour effet qu'ils ont été remis à la fiducie[105].

- Une fiducie créée dans un testament à même le legs à titre particulier d'une somme d'argent ne perdra pas son statut de fiducie testamentaire si elle encaisse, à titre de bénéficiaire, le produit d'une assurance sur la vie du testateur[106].

---

104 Voir, entre autres, AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2003-0046171E5, 1er décembre 2004, 2004-0093821E5, 18 avril 2005, 2005-0141181C6, 7 octobre 2005 et 2005-0159431E5, 26 février 2007.

105 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9319185, 29 novembre 1993, dans laquelle l'ARC a mentionné ceci : « A contribution of property to a trust generally implies that the trust receives the property without any value being given to the contributor. Thus, for example, a loan to a trust, or a purchase for full face value by a trust does not constitute a contribution. »

106 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0132271C6, 7 octobre 2005.

6.1.2. Dettes contractées par une fiducie

Selon l'alinéa d) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R., une fiducie qui, à un moment après le 20 décembre 2002 et avant la fin de son année d'imposition, contracte une dette ou autre obligation dont est créancier ou garant un bénéficiaire ou une autre personne ou société de personnes (appelés « partie déterminée ») avec qui un bénéficiaire de la fiducie a un lien de dépendance cessera d'être admissible à titre de fiducie testamentaire.

Cet alinéa a pour but de prévenir les planifications fiscales où un prêt est effectué à une fiducie testamentaire par une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec celle-ci. Par exemple, auparavant, il était possible pour un parent de prêter de l'argent à une fiducie créée au bénéfice de son enfant par suite du décès du grand-parent. Les fonds étaient investis par la fiducie et les revenus générés sur ces fonds étaient imposés aux taux d'impôt progressifs sans qu'ils soient réattribués au parent.

Dorénavant, sauf les exceptions mentionnées ci-dessous, une fiducie testamentaire, qui par ailleurs profiterait des taux d'imposition progressifs, cessera d'être une fiducie testamentaire si elle contracte une dette ou une obligation envers un bénéficiaire ou une personne avec laquelle le bénéficiaire a un lien de dépendance.

Une fiducie pourra toutefois contracter les dettes et obligations suivantes envers un bénéficiaire sans perdre son statut de fiducie testamentaire :

- Une dette contractée en règlement du droit d'une personne, à titre de bénéficiaire de la fiducie, soit d'exiger le versement d'une somme sur le revenu ou les gains en capital de la fiducie, soit de recevoir par ailleurs une partie du capital de la fiducie[107].

- Une dette qui découle de services rendus par un bénéficiaire à la fiducie ou pour son compte (par exemple, une dette qui découle de services rendus par un bénéficiaire à titre de liquidateur d'une succession ou fiduciaire d'une fiducie)[108].

---

[107] Par. 108(1) « fiducie testamentaire », s.-al. d)(i) L.I.R.

[108] Par. 108(1) « fiducie testamentaire », s.-al. d)(ii) L.I.R.

- Une dette qui découle du paiement par un bénéficiaire de certaines dettes de la fiducie, par exemple des frais funéraires, si elle est remboursée dans l'année suivant le décès[109].

6.2. DIVERS TYPES DE FIDUCIES TESTAMENTAIRES

Mis à part les successions proprement dites, les fiducies testamentaires les plus couramment utilisées sont les fiducies de contrôle, les fiducies de fractionnement du revenu et les fiducies exclusives au conjoint.

6.2.1. Fiducie de contrôle

Plutôt que de léguer ses biens, incluant ses actions privilégiées de gel de Recycle Tout, directement à son conjoint, M. Toutant pourrait les léguer, ou une partie de celles-ci, à une fiducie.

Généralement, un legs en fiducie des actions d'une société privée assurera pour l'actionnaire que le contrôle ou la détention de ses actions après son décès seront remis entre les mains de personnes de confiance et assurera que les actions seront finalement remises aux personnes de son choix, et ce, aux dates prévues dans son testament. Par la désignation de fiduciaires de confiance, l'auteur d'un gel conserve en effet, après son décès, un contrôle sur l'administration des biens de la fiducie. Le contrôle de la fiducie est entre les mains des fiduciaires. Ces derniers possèdent sur les biens de la fiducie les pouvoirs qui leur sont conférés dans le testament. Notamment, les fiduciaires peuvent se voir conférer le pouvoir d'exercer les

---

109 Par. 108(1) « fiducie testamentaire », s.-al. d)(iii) L.I.R. Le texte de loi se lit ainsi :

> « Une dette ou autre obligation envers la partie déterminée si, à la fois : (A) la dette ou l'autre obligation découle d'un paiement effectué par la partie déterminée pour la fiducie ou pour son compte (B) en échange du paiement, la fiducie transfère, à la partie déterminée dans les douze mois suivant le paiement ou, si la fiducie en fait la demande écrite au ministre dans ce délai, dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable dans les circonstances, un bien dont la juste valeur marchande est égale ou supérieure au principal de la dette ou de l'autre obligation (C) il est raisonnable de conclure que la partie déterminée aurait été prête à faire le paiement si elle n'avait pas eu de lien de dépendance avec la fiducie, sauf si la fiducie est la succession du particulier et que le paiement a été fait dans les douze mois suivant le décès du particulier ou, si la succession en fait la demande écrite au ministre dans ce délai, dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable dans les circonstances. »

droits de vote rattachés aux actions détenues en fiducie et le pouvoir de consentir à des réorganisations concernant la société.

Avant que les actions soient définitivement remises aux bénéficiaires du capital de la fiducie, selon ce qui est prévu dans le testament, le testateur pourrait prévoir dans son testament que les fiduciaires devront ou non, en totalité ou en partie, distribuer les revenus annuels de la fiducie. Dans le cas d'une fiducie exclusive au conjoint, les fiduciaires n'ont toutefois pas cette discrétion.

6.2.2. Fiducie de fractionnement du revenu

Une fiducie testamentaire est assujettie aux taux d'imposition progressifs applicables aux particuliers. L'utilisation d'une fiducie permet donc un fractionnement du revenu entre la fiducie, qui est une entité distincte et autonome dans les domaines civil et fiscal, et ses bénéficiaires. La fiducie peut déduire dans le calcul de son revenu la partie de son revenu de l'année qui est payée ou devenue payable à ses bénéficiaires. Ces derniers doivent inclure ces montants dans le calcul de leur revenu. Dans la mesure où les bénéficiaires de la fiducie ont un taux d'imposition inférieur à celle-ci, il peut être avantageux de leur distribuer une partie des revenus de la fiducie, pour tirer plusieurs fois avantage des taux d'imposition progressifs. La fiducie peut ainsi diminuer ses revenus pour être assujettie à un taux d'imposition moindre. Pour ce faire, les termes du testament doivent accorder aux fiduciaires une certaine latitude au regard de la distribution des revenus annuels.

Par exemple, une fiducie testamentaire pourrait être créée par M. Toutant au bénéfice de ses deux enfants et de ses petits-enfants à naître. Ils seraient tous bénéficiaires du revenu et du capital de la fiducie. Les termes de la fiducie pourraient accorder aux fiduciaires la discrétion de verser ou de capitaliser, jusqu'à une certaine échéance, la totalité ou une partie des revenus annuels de la fiducie. Ainsi, pour une année donnée, les fiduciaires pourraient distribuer une partie des revenus de la fiducie à un ou plusieurs bénéficiaires ayant un faible taux d'imposition, ce qui permettrait à la fiducie testamentaire de diminuer ses revenus et d'être imposée à un taux d'imposition moindre.

Si la totalité des revenus de la fiducie est payable aux bénéficiaires, selon les termes du testament, le choix prévu aux paragraphes 104(13.1) et (13.2) L.I.R. permet d'imposer des revenus au niveau de la fiducie, qui pourraient alors être assujettis à un taux d'imposition inférieur à celui des bénéficiaires.

Lorsque le patrimoine du testateur le justifie, l'établissement d'une fiducie pour chacun des enfants du testateur (incluant les enfants à naître de l'enfant en question), par opposition à une fiducie dont tous les enfants et petits-enfants du testateur sont bénéficiaires, doit être envisagé. Dans ce cas, la charge fiscale est répartie entre plusieurs fiducies et leurs bénéficiaires.

Dans le cas d'une fiducie exclusive au conjoint, la fiducie doit distribuer au conjoint la totalité de son revenu de l'année. Si le taux d'imposition du conjoint est supérieur à celui de la fiducie, le choix prévu aux paragraphes 104(13.1) et (13.2) L.I.R. permettrait également d'imposer les montants payables au conjoint au niveau de la fiducie et ainsi de diminuer le taux effectif d'imposition des revenus.

6.3. FIDUCIE EXCLUSIVE AU BÉNÉFICE DU CONJOINT

Un legs en fiducie au bénéfice exclusif du conjoint de M. Toutant comporterait de nombreux avantages.

6.3.1. Avantages

6.3.1.1. Protection du conjoint

La fiducie exclusive au conjoint permettrait d'assurer une source stable de revenu au conjoint, dans la mesure où la fiducie exclusive au conjoint générera de tels revenus (tel serait le cas si des dividendes étaient versés sur les actions détenues par la fiducie). En effet, du vivant du conjoint, la totalité des revenus de la fiducie exclusive au conjoint doit lui être distribuée annuellement.

Il est possible d'accorder aux fiduciaires la discrétion de remettre une partie du capital de la fiducie exclusive au conjoint pour lui permettre, entre autres, de maintenir un niveau de vie semblable à celui que ce dernier avait du vivant de l'autre époux. D'ailleurs, toute distribution du capital de la fiducie exclusive au conjoint du vivant du conjoint ne peut s'effectuer qu'en sa faveur. Le testament pourrait prévoir des bénéficiaires du capital autre que le conjoint, par exemple les enfants. Toutefois, avant le décès du conjoint, une autre personne que cette dernière ne peut recevoir ou obtenir l'usage du capital de la fiducie exclusive au conjoint.

Les biens de la fiducie exclusive au conjoint ne font pas partie du patrimoine du conjoint. Par une rédaction appropriée, la fiducie permet donc de mettre les biens détenus en fiducie à l'abri des créanciers du conjoint.

Du point de vue du conjoint, le fait que les biens soient légués à une fiducie exclusive au conjoint a pour effet de la priver de la pleine liberté d'en disposer à sa guise. En effet, elle n'a aucun droit de propriété sur les biens détenus en fiducie. Ces derniers sont soumis à l'administration des fiduciaires désignés par M. Toutant.

6.3.1.2. Protection des héritiers au décès du conjoint

La possibilité pour M. Toutant de désigner des bénéficiaires du capital de la fiducie exclusive au conjoint, autre que le conjoint, lui permet d'avoir un droit de regard sur l'attribution non seulement de ses biens à son décès, mais également des biens de la fiducie exclusive au conjoint au décès du conjoint. À ce moment, les biens de la fiducie exclusive au conjoint pourraient être remis aux enfants, en pleine propriété ou en fiducie[110]. En ce sens, la fiducie exclusive au conjoint permet de freiner l'érosion du patrimoine familial en l'échelonnant sur plusieurs générations.

6.3.1.3. Fractionnement du revenu

Tel qu'il a été mentionné auparavant, si le taux d'imposition du conjoint est supérieur à celui de la fiducie, le choix des paragraphes 104(13.1) et (13.2) L.I.R. permettrait d'imposer les montants payables au conjoint au niveau de la fiducie et, ainsi, diminuer le taux effectif d'imposition de ces revenus.

6.3.1.4. Roulement fiscal

Le « roulement fiscal »[111] applicable en matière de legs au conjoint est également disponible en matière de legs à une fiducie exclusive au conjoint. Ainsi, sur le plan strictement fiscal, il faudrait privilégier le legs des biens ayant accumulé une plus-value ou étant susceptibles de s'apprécier en valeur

---

[110] Si au décès du conjoint survivant les biens de la fiducie exclusive au conjoint sont remis en fiducie pour chacun des enfants, ces fiducies sont des fiducies testamentaires bien qu'elles commencent à exister à une date ultérieure. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0233721C6, 8 juin 2007.

[111] Le décès entraîne une disposition réputée à la JVM des biens détenus immédiatement avant le décès, sauf si les biens sont légués au conjoint ou à une fiducie exclusive au conjoint au bénéfice du conjoint. Dans ce cas, le produit de disposition réputé des biens détenus immédiatement avant le décès est égal au coût indiqué des biens (« roulement fiscal »).

en faveur du conjoint ou d'une fiducie exclusive au conjoint. Pour tout bien légué à la fiducie exclusive au conjoint, les impôts au décès de M. Toutant seront reportés jusqu'à la date du décès de son conjoint (ou à la date de leur disposition par la fiducie)[112].

6.3.2. Conditions à respecter[113]

Plusieurs conditions doivent toutefois être respectées pour qu'une fiducie soit reconnue comme une fiducie exclusive au conjoint admissible au roulement fiscal. Le paragraphe 70(6) L.I.R. énumère ces conditions :

- la fiducie doit être créée par le testament d'un contribuable qui, immédiatement avant son décès, résidait au Canada;
- le bien du défunt doit être irrévocablement dévolu à la fiducie dans les 36 mois suivant son décès[114];
- la fiducie doit résider au Canada immédiatement après la dévolution irrévocable des biens en sa faveur;
- le conjoint doit avoir droit à tous les revenus de la fiducie, sa vie durant; et
- nulle autre personne que le conjoint ne peut, avant son décès, recevoir ou obtenir l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie.

Seules les deux dernières conditions feront l'objet de commentaires plus détaillés.

---

112 Al. 104(4)a) L.I.R.

113 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-305R4, « Fiducies testamentaires au profit du conjoint », 30 octobre 1996.

114 Voir, à cet effet, AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-449R, « Sens de l'expression a été, par dévolution, irrévocablement acquis », 25 septembre 1987. Si le liquidateur d'une succession, pendant qu'il a la saisine légale des actions d'une société privée détenue par le défunt, rachète certaines des actions de la société afin d'extraire le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), avant de remettre à la fiducie exclusive au conjoint les actions restantes encore détenues par la succession, les actions restantes bénéficieront du roulement prévu au paragraphe 70(6) L.I.R. Toutefois, les actions préalablement rachetées ne seront pas irrévocablement dévolues à la fiducie exclusive au conjoint. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0132351C6F, 10 octobre 2005.

6.3.2.1. Le conjoint doit avoir droit à la totalité des revenus de la fiducie sa vie durant

Selon le paragraphe 108(3) L.I.R., le revenu auquel il faut faire référence est le revenu calculé compte non tenu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, moins certains dividendes (incluant un dividende en capital). Il faut donc se référer aux dispositions du *Code civil du Québec* pour déterminer ce qui constitue du revenu et du capital pour la fiducie.

Selon l'article 909 C.c.Q. :

> « Sont du capital les biens dont on tire des fruits et revenus, les biens affectés au service ou à l'exploitation d'une entreprise, les actions ou les parts sociales d'une personne morale ou d'une société, le remploi des fruits et revenus, le prix de la disposition d'un capital ou son remploi, ainsi que les indemnités d'expropriation ou d'assurance qui tiennent lieu de capital.
>
> Le capital comprend aussi les droits de propriété intellectuelle et industrielle, sauf les sommes qui en proviennent sans qu'il y ait eu aliénation de ces droits, les obligations et autres titres d'emprunt payables en argent, de même que les droits dont l'exercice tend à accroître le capital, tels les droits de souscription des valeurs mobilières d'une personne morale, d'une société en commandite ou d'une fiducie. »

Il est fréquent de retrouver parmi les pouvoirs qui sont accordés aux fiduciaires une clause leur permettant de déterminer ce qui constitue du capital et du revenu. L'effet d'une telle clause sur la qualification d'une fiducie à titre de fiducie exclusive au conjoint a, par le passé, été analysé. De l'avis de l'ARC, une telle clause ne permettrait pas aux fiduciaires de changer la nature d'un revenu en du capital[115]. Néanmoins, il est recommandé de prévoir dans le testament qu'un tel pouvoir ne peut être exercé par les fiduciaires s'il a pour effet de priver le conjoint de tous les revenus de la fiducie sa vie durant[116].

L'article 910 C.c.Q. prévoit ceci :

> « Les fruits et revenus sont ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital. Ils comprennent aussi les droits dont l'exercice tend à accroître les fruits et revenus du bien.

---

115 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0076845, 26 avril 2001.

116 Marc JOLIN, « Planification avec une fiducie testamentaire », dans *Colloque sur les fiducies*, 44, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991, pp. 7:1-121.

> Sont classés parmi les fruits ce qui est produit spontanément par le bien, ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds, de même que le produit ou le croît des animaux.
>
> Sont classés parmi les revenus les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale; le sont aussi les sommes reçues en raison de la résiliation ou du renouvellement d'un bail ou d'un paiement par anticipation, ou les sommes attribuées ou perçues dans des circonstances analogues. »

Un dividende en argent versé à la fiducie à même les bénéfices non répartis d'une société est un revenu auquel le conjoint devra avoir droit sa vie durant[117]. Un dividende réputé provenant d'un rachat d'actions n'est pas un revenu[118].

S'il existe une quelconque restriction quant à la possibilité du conjoint de recevoir tout le revenu de la fiducie sa vie durant, la fiducie ne serait pas une fiducie exclusive au conjoint. De l'avis de l'ARC, le conjoint doit avoir le droit d'exiger le paiement de tout le revenu de la fiducie pour que cette condition soit remplie[119]. Le cas échéant, toute discrétion quant à la distribution des revenus de la fiducie doit être entre les mains du conjoint[120]. Par exemple, une clause selon laquelle le conjoint a l'option de renoncer à l'encaissement de certains revenus réalisés par la fiducie pour qu'ils s'ajoutent au capital de la fiducie ne contaminerait pas la fiducie exclusive au conjoint si personne d'autre que le conjoint ne peut obtenir l'usage des revenus renoncés avant son décès[121].

---

117 Précité, note 44.

118 *Id*.

119 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2005-0141181C6, 7 décembre 2005 et 9926255, 6 janvier 2000.

120 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0093821E5, 18 avril 2005.

121 Par contre, tout montant ainsi payable au conjoint constituera un bien pour ce dernier dont la renonciation en faveur de la fiducie entraînera une augmentation du capital de la fiducie. Compte tenu de la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Greenberg Estate*, où il a été décidé que des biens sont considérés comme remis à une fiducie, aux fins de la définition de « fiducie testamentaire » contenue au paragraphe 108(1) L.I.R., lorsqu'il s'agit d'un paiement volontaire visant à augmenter le capital de la fiducie; il s'ensuit que la renonciation par le conjoint à l'encaissement de certains revenus réalisés par la fiducie constituera une remise de biens à la fiducie ayant pour effet de ne plus rendre celle-ci admissible à titre de fiducie testamentaire. Tel ne serait cependant pas le cas dans l'éventualité où une

(à suivre…)

Par ailleurs, comme mentionné au *Bulletin d'interprétation* IT-305R4[122], pour interpréter l'exigence selon laquelle le conjoint doit avoir droit à tous les revenus de la fiducie de son vivant, le principe de la recette réputée doit être appliqué (ou la doctrine de l'encaissement implicite). Ainsi, le versement de tout revenu de la fiducie à une autre personne que le conjoint, selon les termes du testament, n'a pas pour effet de rendre inadmissible une fiducie à titre de fiducie exclusive au conjoint. Le revenu doit toutefois être utilisé uniquement au profit du conjoint[123]. Par exemple, s'il est prévu dans le testament qu'advenant l'inaptitude du conjoint, les fiduciaires pourront payer directement certaines dépenses relatives à son entretien quotidien, ses soins de santé et son logement, cette clause n'aurait pas pour effet de rendre inadmissible la fiducie exclusive au conjoint, les revenus étant, dans ce cas, utilisés au profit du conjoint[124].

6.3.2.2. Du vivant du conjoint, nulle autre personne que ce dernier ne peut recevoir ou obtenir l'usage de tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie

Les clauses suivantes auraient pour effet de rendre inadmissible une fiducie à titre de fiducie exclusive au conjoint parce que, du vivant du conjoint, une personne autre que le conjoint recevrait ou obtiendrait l'usage d'un bien de la fiducie ou du revenu de celle-ci :

- toute clause qui permettrait qu'un bien de la fiducie, par exemple un chalet, soit utilisé par une personne autre que le conjoint;

- toute obligation imposée à la fiducie de veiller à l'entretien et à l'éducation des enfants du conjoint;

(…suite)
renonciation viserait des revenus éventuels non réalisés par la fiducie. AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2005-0141181C6, 7 décembre 2005, 2003-0014515, 2 juin 2003 et 2004-0093821E5, 18 avril 2005.

122 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 113, par. 15.

123 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9926255, 6 janvier 2000.

124 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0143255, 13 août 2002.

- une clause permettant aux fiduciaires de louer un bien de la fiducie pour une contrepartie insuffisante (par exemple, pour un loyer en deçà de celui du marché);

- une clause permettant aux fiduciaires de prêter de l'argent à des personnes autres que le conjoint à des conditions qui ne remplissent pas des conditions commerciales normalement acceptables[125].

6.3.2.3. Autres clauses utiles à une fiducie exclusive au conjoint

Dans une interprétation technique rendue en 2006[126], l'ARC s'est prononcée à savoir que le gel des actions détenues par une fiducie exclusive au conjoint en faveur de fiducies non testamentaires ayant comme bénéficiaires les bénéficiaires du capital de la fiducie exclusive au conjoint n'avait pas pour effet de la rendre inadmissible à titre de fiducie exclusive au conjoint. Un gel par une fiducie exclusive au conjoint peut donc être fait sans contrevenir au paragraphe 70(6) L.I.R. Une clause autorisant les fiduciaires à effectuer un gel successoral, après que les actions de la société lui auront été irrévocablement dévolues, pourrait donc être insérée dans les pouvoirs des fiduciaires[127].

Également, une clause générale selon laquelle la fiducie doit être reconnue comme une fiducie exclusive au conjoint aux termes des lois fiscales serait pertinente pour rappeler aux fiduciaires que, du vivant du conjoint, celui-ci doit recevoir tous les revenus de la fiducie et qu'aucune autre personne que ce dernier ne peut recevoir ni obtenir l'usage, en tout ou en partie, du revenu ou du capital de la fiducie.

Dans le même ordre d'idées, une mention générale pourrait être insérée dans la clause énumérant tous les pouvoirs des liquidateurs/fiduciaires à savoir que les fiduciaires auront les mêmes pouvoirs que les liquidateurs, sauf dans la mesure où de tels pouvoirs auraient pour effet de rendre inadmissible la fiducie à titre de fiducie exclusive au conjoint.

---

125 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2003-0019235, 17 juillet 2003 ; 2002-0127075, 5 avril 2002 et 9627345, 14 novembre 1996.

126 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-008925R3.

127 Pour un exemple d'une telle clause, voir Martin LORD, « Fiducies testamentaires : problématiques civiles », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 18:1-56, à la page 18:30.

Pour s'assurer que la fiducie réside au Canada immédiatement après que les biens du défunt lui auront été irrévocablement dévolus, il est recommandé de prévoir dans le testament que la majorité des fiduciaires devront résider au Canada.

Enfin, au décès du conjoint, la fiducie est réputée disposer de ses biens pour un produit de disposition égal à leur JVM à ce moment[128]. Il est toutefois recommandé d'autoriser le prolongement de la fiducie exclusive au conjoint au-delà du décès du conjoint pour une période de trois ans suivant l'année d'imposition de la fiducie qui comprend le jour où le conjoint est décédé. En effet, aucun mécanisme similaire au paragraphe 164(6) L.I.R. n'existe pour permettre de réduire le gain en capital réputé réalisé en vertu de l'alinéa 104(4)a) L.I.R. dans la fiducie au moment du décès du conjoint survivant. Pour atteindre un objectif semblable à celui du paragraphe 164(6) L.I.R., il est nécessaire d'avoir recours à l'alinéa 111(1)b) L.I.R. La perte en capital réalisée au cours de la période de trois ans qui suit le décès du conjoint survivant pourra être appliquée à l'encontre du gain en capital présumé réalisé à la suite du décès du conjoint. À cette fin, la fiducie exclusive au conjoint doit nécessairement exister au moment où les pertes en capital sont subies. Elle doit également encore détenir les biens sur lesquels les pertes en capital seront réalisées tout en étant considérée comme le même « contribuable » qui a réalisé les gains en capital en vertu de l'alinéa 104(4)a) L.I.R.[129]

6.4. RÈGLES FISCALES APPLICABLES AUX FIDUCIES TESTAMENTAIRES

Les règles suivantes s'appliquent aux fiducies testamentaires.

6.4.1. Exercice financier

Une fiducie testamentaire peut choisir un exercice financier ne correspondant pas à l'année civile (pourvu qu'il n'excède pas 12 mois)[130]. Puisque le bénéficiaire doit s'imposer dans l'année civile qui comprend la fin de l'exercice financier de la fiducie, le choix d'un exercice financier ne

---

128 Al. 104(4)a) L.I.R.

129 Voir Claude LAFORCE, Éric LACHARITÉ et Marie-Claude RIENDEAU, « Étude de cas : un testament mal rédigé pourrait permettre à l'état de devenir votre principal héritier », dans *Colloque – Prévoir l'inévitable : une transition efficace entre la vie et la mort*, 81, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 7:1-41.

130 Al. 249(1)c) L.I.R. et par. 249(5) L.I.R.

correspondant pas à l'année civile permet le report des impôts autrement payables.

6.4.2. Taux d'imposition

Une fiducie testamentaire est assujettie aux taux d'imposition progressifs applicables aux particuliers[131].

6.4.3. Date de production des déclarations

Une fiducie testamentaire doit produire annuellement une déclaration de revenus dans les 90 jours suivant la fin de son année d'imposition[132].

6.4.4. Règle des 21 ans

Sauf exception, une fiducie, testamentaire ou non testamentaire, est assujettie à une disposition réputée à la JVM de tous les biens qu'elle détient 21 ans après sa création, et par la suite, tous les 21 ans[133]. Parmi les exceptions, notons qu'une fiducie exclusive au conjoint n'est pas assujettie à cette règle. Plutôt les impôts sur la plus-value des biens détenus par la fiducie exclusive au conjoint sont reportés jusqu'au décès du conjoint survivant[134].

6.4.5. Fin d'année d'imposition réputée

Si une fiducie perd son statut de fiducie testamentaire parce que des biens lui ont été remis, autrement qu'au décès d'un particulier et par suite de ce décès ou parce qu'elle a contracté une dette, qui n'est pas une dette exclue, envers un bénéficiaire, le paragraphe 249(6) L.I.R. proposé prévoit une fin d'année d'imposition réputée pour la fiducie immédiatement avant ce moment et le début d'une nouvelle année d'imposition pour la fiducie à compter du moment donné. Cette présomption s'applique également à l'égard d'une entreprise ou d'un bien de la fiducie.

---

131 Par. 117(2) L.I.R.

132 Al. 150(1)c) L.I.R.

133 Par. 104(4) L.I.R.

134 Al. 104(4)a) L.I.R.

7. DANS LA PREMIÈRE ANNÉE ET UNE ANNÉE PLUS TARD

À la suite de la création de la fiducie, qu'elle soit familiale ou autre, certains gestes doivent être accomplis. Également, nous verrons les formalités annuelles à respecter dans la présente section.

7.1. MISE EN PLACE DES FIDUCIES

7.1.1. Ouverture des comptes bancaires

Comme nous l'avons vu précédemment, chacune des fiducies devrait normalement ouvrir un compte bancaire. Pour la Fiducie familiale, le compte servira à faire la souscription initiale, mais aussi à recevoir les dividendes et à les redistribuer aux bénéficiaires. Pour la fiducie de protection d'actifs, le compte servira plutôt à confirmer l'existence de la fiducie comme contribuable et également à permettre de faire les transactions courantes liées à la détention de ses actifs.

Il faut savoir que l'ouverture d'un compte bancaire de fiducie n'est pas encore nécessairement une procédure fluide dans le système bancaire comme tel. Il est préférable de prendre rendez-vous avec la personne responsable de notre dossier avant de se présenter en succursale. Elle pourra ainsi vérifier quelles sont les règles internes qu'elle doit suivre. Les institutions financières n'ont pas toutes les mêmes règles pour l'ouverture du compte bancaire d'une fiducie; par contre, les documents suivants sont souvent demandés :

a) une copie conforme de l'acte de fiducie;

b) une opinion juridique signée par un notaire ou un avocat qui atteste la conformité de la fiducie au regard des lois québécoises. Si l'acte de fiducie est sous seing privé, il pourra être difficile d'obtenir une telle opinion puisque le juriste, s'il n'est pas celui qui a supervisé la création de la fiducie, ne sera pas en mesure d'attester la validité de la fiducie puisqu'il n'aura pas lui-même constaté le don manuel;

c) les fiduciaires ne sont pas tenus, aux termes du *Code civil du Québec*, d'agir par le biais d'une résolution écrite. Cependant, cette façon de faire est bien appréciée par les institutions financières puisqu'elles y reconnaissent la résolution bancaire des compagnies avec lesquelles elles sont bien habituées.

Comme mentionné précédemment, il faudra peut-être que tous les fiduciaires se déplacent à l'institution financière pour apposer leur signature sur la carte de signature de la fiducie.

Le compte ouvert n'a pas à être un compte commercial dont les frais sont plus élevés. Il peut s'agir d'un compte de particulier, de type chèque. Il est bien utile de demander un retour des chèques afin d'être en mesure de faire une bonne reddition de comptes à la fin de l'année. Les frais de ce compte devraient être acquittés par la fiducie à même ses propres fonds. Si son seul bien est sa participation dans une société privée, cette société devra verser un dividende à la fiducie afin qu'elle puisse acquitter ses frais. La fiducie devra se taxer sur ce dividende puisqu'il n'aura pas été distribué à un bénéficiaire au sens du paragraphe 104(6) L.I.R. Évidemment, elle pourra déduire les frais bancaires qu'elle a payés à titre de frais financiers dans ses déclarations de revenus.

Afin d'aider M. Toutant dans cette démarche, nous avons pris soin de lui préparer la liasse de documents mentionnés plus haut et de contacter l'institution financière pour lui. Nous avons également transmis nos coordonnées à la banque afin qu'elle nous appelle pour toute question dans le cadre du processus d'ouverture du compte bancaire.

7.1.2. Souscription aux actions ou transferts

La prochaine étape pour la mise en place de la structure est d'assister le client pour la souscription aux actions par la fiducie familiale et par lui-même et également de voir au transfert des actions de gel en faveur de la fiducie de protection.

Pour éviter l'application des règles d'attribution, la fiducie devra souscrire aux actions participantes avec son propre argent. Ainsi, les étapes suivantes seront suivies :

1) emprunt d'une somme de 100 $ auprès d'un tiers non lié à un taux d'intérêt raisonnable, par exemple 5 %. Ce prêt sera constaté par un billet payable à demande;

2) dépôt de la somme au compte bancaire de la fiducie;

3) souscription aux actions participantes à l'aide d'un chèque tiré du compte bancaire de la fiducie;

Le prêt devra ensuite être remboursé au tiers. Pour ce faire, la compagnie versera un dividende à la fiducie et la fiducie remboursera le capital de son emprunt et les intérêts accumulés. Puisque la fiducie n'a pas distribué la valeur du dividende à l'un de ses bénéficiaires, elle devra s'imposer sur cette somme dans sa déclaration de revenus. Elle pourra déduire les intérêts payés sur le remboursement de l'emprunt puisque tel emprunt visait à gagner du revenu de biens.

Il est important que la fiducie soit en mesure de prouver à l'avenir que les actions ont bien été acquises à même ses propres liquidités. Elle pourrait avoir à faire cette preuve, notamment, aux autorités fiscales. Il est de bonne pratique de conserver les documents suivants :

- une photocopie du chèque représentant le prêt et du bordereau de dépôt au compte bancaire de la fiducie;
- une copie certifiée du billet payable à demande;
- une photocopie du chèque émis par la fiducie pour souscrire aux actions;
- une copie certifiée de la demande de souscription et un extrait certifié conforme de la résolution des administrateurs approuvant la souscription.

Il sera également de bonne pratique d'obtenir une quittance du tiers lorsque le prêt aura été correctement remboursé.

Par ailleurs, il faudra s'assurer que le transfert des actions de gel à la Fiducie de protection est bien documenté aux livres de la compagnie. On devrait y retrouver la demande de transfert, la résolution qui le confirme, l'annulation du certificat d'action original, la délivrance d'un nouveau certificat et la mise à jour du registre des transferts, des actions et des actionnaires.

7.1.3. Préparation des livres de fiducies

La loi n'oblige pas les fiducies à tenir un registre particulier, autre que ses obligations légales à titre de contribuable et de citoyen. Il est tout de même de bonne pratique de préparer un livre de fiducie dans lequel sont consignés :

a) une copie de l'acte de fiducie;

b) une copie des résolutions des fiduciaires. Ces résolutions pourront être de plusieurs ordres, notamment :

   i) discrétions quant aux distributions de revenus et de capital,

   ii) changement de domicile de la fiducie,

   iii) démission d'un fiduciaire et nomination d'un remplaçant,

   iv) approbation des états financiers, etc.;

c) les coordonnées à jour des fiduciaires et des bénéficiaires;

d) tout autre document pertinent, incluant le billet à demande et la quittance;

7.1.4. Registre des dispositions réputées

Comme vous le savez, la fiducie familiale aura une disposition réputée à son 21e anniversaire. Il est de bonne pratique pour le juriste ou le comptable (et probablement pour les deux) de tenir un registre afin d'être en mesure de bien planifier le 21e anniversaire de la fiducie. Un rappel après 20 ans permettra d'accomplir les gestes désirés en temps opportun.

La fiducie de protection se terminera, quant à elle, lors du décès de M. Toutant, aucun registre ne peut être tenu à cet égard.

7.2. EXERCICE DES DISCRÉTIONS

Si on veut utiliser la mécanique des paragraphes 104(6) L.I.R. et 104(13) L.I.R., c'est-à-dire imposer les revenus dans les mains des bénéficiaires, il faut que la discrétion accordée aux fiduciaires dans l'acte de fiducie soit exercée avant la fin de l'année, soit au plus tard le 31 décembre, puisque toutes les fiducies entre vifs ont une fin d'année au 31 décembre. Comme nous l'avons vu précédemment, ces discrétions pourront être constatées par une résolution des fiduciaires. Il faudra qu'il y ait un paiement ou émission d'un billet avant cette date afin que le bénéficiaire que l'on veut avantager ait un droit acquis à cette somme.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une concordance entre la somme payée au bénéficiaire et le revenu que l'on veut lui attribuer. Le choix fiscal d'attribuer un revenu se pose en date du 31 décembre, dans la déclaration de revenus pour l'année en cours. Le paragraphe 104(6) L.I.R. exige qu'une

somme ait été payée au bénéficiaire d'une valeur correspondant au revenu que l'on veut attribuer.

Prenons l'exemple d'une fiducie qui a une somme de 2 000 $ dans son compte bancaire. Elle verse le 1er janvier 2007, une somme de 1 000 $ à Frédéric, qui est bénéficiaire de la Fiducie. La fiducie reçoit ensuite un dividende de 1 000 $. À la fin de l'année, elle a encore 2 000 $ dans son compte bancaire. Jusqu'au 31 décembre 2007, on ne peut pas dire si Frédéric a reçu une remise de capital ou de revenu. À la fin de l'année, comme une somme de 1 000 $ a été payée Frédéric, les fiduciaires pourront lui attribuer fiscalement le dividende de 1 000 $.

Reprenons l'exemple avec une remise au bénéficiaire supérieure au revenu.

La fiducie a une somme de 2 000 $ dans son compte bancaire. Elle verse, le 1er janvier 2007, une somme de 1 000 $ à Frédéric, qui est bénéficiaire de la Fiducie. La fiducie reçoit ensuite un dividende de 700 $. À la fin de l'année, elle a 1 700 $ dans son compte bancaire. À la fin de l'année, comme une somme de 1 000 $ a été payée Frédéric, les fiduciaires pourront lui attribuer fiscalement le dividende de 700 $. La différence de 300 $ devra être considérée comme une remise de capital.

En ce qui a trait à la fiducie de protection, aucune discrétion n'aura à être exercée puisque le seul bénéficiaire est M. Toutant et, si des dividendes ont été versés pendant l'année, il faudra nécessairement qu'il se taxe en vertu de la règle du paragraphe 75(2) L.I.R. que nous avons vue précédemment.

7.3. COLLECTE DES INFORMATIONS

En vue de la préparation de la reddition de comptes annuelle, les informations suivantes seront obtenues du client vers le mois de février :

a) relevé du compte bancaire pour tous les mois;

b) les feuillets T5/Relevés 3.

Il faudra également vérifier si les actions de la fiducie ont été vendues, échangées ou rachetées durant l'année. L'émission de nouvelles actions sera également surveillée.

Si des dividendes provenant du CDC ont été versés à la fiducie et remis à un bénéficiaire, il faudra également soumettre une lettre aux autorités fiscales leur indiquant la nature du dividende et le bénéficiaire qui l'a reçu.

Si une fiducie détient un portefeuille de placement, il faudra également obtenir les relevés et feuillets correspondants. La problématique concerne parfois les fonds communs de placement, mais elle est réglée quant aux fiducies de revenu.

Les états financiers pourront servir de reddition de comptes. Il n'est pas obligatoire de les joindre à la déclaration de revenus, mais cela peut s'avérer utile.

7.4. DÉCLARATIONS DE REVENUS

M. Toutant devra déclarer le transfert de ses actions de gel à la Fiducie de protection sous forme de roulement dans sa Déclaration T1. Cette déclaration est importante dans une perspective de protection des actifs. Par contre, il n'aura pas à déclarer l'échange de ses actions participantes à ce moment en actions de gel, puisque l'article 51 L.I.R. édicte qu'il n'y a pas eu de disposition.

On doit normalement produire une Déclaration T3 si on a un revenu gagné ou si les autorités fiscales le demandent. Il est de bonne pratique de toujours en produire une quand même pour les raisons suivantes : confirmer l'existence fiscale de la fiducie, commencer le délai de prescription et pour des raisons pratiques puisque les autorités le demandent presque automatiquement si on en a produit une antérieurement.

Il faudra produire lesdites déclarations dans les 90 jours suivant la fin de l'année. Il sera important de respecter ce délai même si la fiducie n'a aucun revenu (par suite d'une attribution) puisque les autorités fiscales pourraient cotiser selon l'article 216 L.I.R. pour omission de produire une déclaration de renseignement.

Il est important de bien répondre aux questions de la déclaration. Par exemple, certaines questions s'appliquent particulièrement à la fiducie de protection d'actifs, comme la nécessité de déclarer les dons qui ont été faits.

8. DEUX ANNÉES PLUS TARD – ACQUISITION D'ACTIONS D'UNE AUTRE ENTREPRISE PAR RECYCLE TOUT

8.1. UN INVESTISSEUR INSTITUTIONNEL VIENT AIDER RECYCLE TOUT À ACQUÉRIR LES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ CIBLE

Lors de la souscription au capital-actions, l'investisseur aura des exigences dont :

- représentations et garanties des actionnaires actuels relativement à la société dans laquelle il projette d'investir;

- signature d'une convention entre les actionnaires de Recycle Tout.

8.2. REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES

Dans le cadre de la souscription, les actionnaires actuels devront donner à l'investisseur des garanties relativement aux passifs et passifs éventuels de Recycle Tout. L'acte constitutif de la fiducie familiale devra donc prévoir que le fiduciaire pourra donner ce type de garantie.

Les représentations et garanties lieront également les bénéficiaires lors de la distribution des actions.

Les garanties accordées devraient prévoir que l'obligation ne sera pas solidaire entre les bénéficiaires pour éviter qu'un bénéficiaire supporte plus de dettes que la valeur qu'il aura reçue.

8.3. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Le fiduciaire devra s'assurer qu'une distribution des actions par la fiducie à un bénéficiaire sera un transfert admissible aux fins de la convention entre actionnaires et qu'aucune autorisation des autres actionnaires ne sera nécessaire avant de procéder à la distribution. L'investisseur voudra, de son côté, s'assurer de l'identité des personnes qui pourront recevoir des actions lors de la distribution par la fiducie.

Si un ou des fiduciaires de la fiducie sont également personnellement actionnaires de Recycle Tout, ils devront être autorisés par l'acte à se porter partie à un contrat portant sur les biens de la fiducie puisque, souvent, les

conventions entre actionnaires prévoient que des options sont octroyées entre les actionnaires[135].

Le fiduciaire devra s'assurer que les droits de veto qui auraient été accordés à la fiducie, le cas échéant, soient transmissibles aux bénéficiaires individuellement ou collectivement.

Le fiduciaire devra s'assurer que les autres droits qui appartiennent à la fiducie (option d'achat, droit de préemption, de premier refus, *drag along*, *tag along*, *shotgun*, etc.) ainsi que ses obligations soient transmissibles aux bénéficiaires de façon cohérente.

8.4. AUTRES CONSIDÉRATIONS

Si des actions à droit de votes multiples n'étaient pas émises à l'auteur du gel, il serait souhaitable d'enlever le droit de vote sur les actions détenues par la fiducie et d'émettre les actions avec droit de vote Recycle Tout à M. Toutant et à l'investisseur institutionnel, et ce, afin de s'assurer qu'il n'y ait pas d'acquisition de contrôle de Recycle Tout lors d'un changement de fiduciaires.

9. TROIS ANNÉES PLUS TARD – LES MAUVAISES NOUVELLES

9.1. DIVORCE DE M. ET M^ME TOUTANT

9.1.1. Le divorce n'est pas amical et les parties sont sur le pied de guerre.

Chaque partie apporte ses meilleurs arguments dans le but de tenter de passer outre la fiducie, pour l'une, et de faire échec à cette attaque, pour l'autre.

9.1.2. Arguments présentés par M^me Toutant

M^me Toutant conteste le gel successoral effectué moins de trois ans auparavant par son ex-époux. Elle invoque l'article 462 C.c.Q. arguant que, par le gel successoral, son ex-époux aurait disposé à titre gratuit du potentiel de plus-value des actions qu'il détenait dans Recycle Tout, lesquelles étaient des acquêts.

---

135 Art. 1312 C.c.Q.

Elle allègue qu'elle n'a pas donné son consentement au gel et que, de toute façon, elle ne comprenait pas l'effet des transactions qui ont été effectuées.

De façon subsidiaire, M^me^ Toutant demande que son ex-époux soit destitué à titre de fiduciaire de la fiducie dont elle est elle-même bénéficiaire discrétionnaire au motif que celui-ci ne pourra agir de façon impartiale[136].

Elle demande également la destitution de Maurice Toutant et de M. Bontemps pour le même motif.

Relativement à la fiducie de protection d'actifs, elle demande, sur la base de l'article 462 C.c.Q., qu'elle soit déclarée nulle ou qu'elle ne lui soit pas opposable puisqu'elle a été constituée à même des acquêts de l'ex-époux, à titre gratuit, et sans son consentement.

Toujours concernant la fiducie de protection d'actifs, M^me^ Toutant allègue que le droit de M. Toutant dans la fiducie à titre de bénéficiaire est lui-même un acquêt à partager puisqu'il a été obtenu en échange de la disposition d'un acquêt.

Enfin, M^me^ Toutant demande au tribunal de fixer une somme globale payable par M. Toutant et, dans la fixation de cette somme globale, que le tribunal tienne compte de la valeur des actifs qui sont détenus dans les fiducies familiale et de protection d'actifs.

9.1.3. Arguments présentés par M. Toutant

M. Toutant n'est pas en reste. Il contre-attaque donc chacun des arguments de son ex-épouse comme suit :

Le gel successoral qu'il a effectué ne constituait pas une disposition à titre gratuit des actions de catégorie A de Recycle Tout, puisqu'il a reçu une contrepartie égale à la JVM des actions échangées sous forme d'actions privilégiées de gel.

Si le tribunal en venait à la conclusion qu'il y a eu disposition à titre gratuit, M. Toutant soutient que son ex-épouse y a consenti, puisqu'à l'époque les deux époux avaient convenu que la plus-value de Recycle Tout irait aux enfants

---

136 *Brassard* c. *Brassard*, SOQUIJ, AZ-50440580, [2007] QCCS 3207.

Il soutient également que son ex-épouse était parfaitement au courant de l'effet légal et économique des transactions ayant mené au gel successoral et qu'elle a participé aux réunions avec les professionnels comptables et avocats. De plus, il mentionne qu'elle a elle-même contribué à l'élaboration de certaines clauses de l'acte, notamment celles visant les dates de distribution aux enfants ou petits-enfants.

Il affirme que lui et son ex-épouse sont bénéficiaires de la fiducie familiale uniquement pour des raisons de fractionnement de revenu mais qu'il était entendu dès le départ que seuls les enfants bénéficieraient de la plus-value de la société. Pour appuyer cette affirmation, il produit des documents de doctrine où les auteurs exposent les objectifs principaux d'un gel successoral dont celui d'effectuer un transfert d'entreprise et de la plus-value à la génération suivante.

À propos de son poste de fiduciaire au sein de la fiducie familiale, il considère qu'il est parfaitement habile à poursuivre son rôle. Il considère, en effet, que le rôle principal du fiduciaire est de protéger les enfants et non les deux ex-époux. Il soutient que les demandes de M^{me} Toutant démontrent bien qu'elle désire s'approprier personnellement des valeurs qu'ils avaient convenu de laisser aux enfants.

Au sujet de la fiducie familiale, M. Toutant propose deux solutions au tribunal :

- Déclarer chacun des époux déchus de tous leurs droits quant au capital ou aux revenus de la fiducie, laissant les enfants seuls bénéficiaires. Dans ce cas, il propose également que les fiduciaires actuels conservent leurs fonctions; ou

- Déclarer la fin de la fiducie et ordonner que les biens de la fiducie soient remis en parts égales à chacun des deux enfants.

Pour ce qui est de la fiducie de protection d'actifs, il soutient que son ex-épouse a consenti à la disposition des biens en faveur de la fiducie et que l'article 462 C.c.Q. n'est donc pas applicable.

Il invoque le fait que la fiducie de protection d'actifs a été créée pour répondre à un besoin d'assurer l'intégrité du patrimoine de la famille et que la décision a été prise de concert avec son épouse.

Il soutient de plus que les droits dans la fiducie de protection d'actifs ne sont pas des « biens » et qu'ils ne peuvent donc pas être qualifiés d'acquêts.

Pour appuyer cette dernière affirmation, il fait valoir que les fiduciaires de la fiducie peuvent décider de ne remettre aucun capital à M. Toutant sa vie durant et de remettre tout le capital à son décès aux personnes qui seront désignées par le constituant par testament. M. Toutant ne détiendrait alors aucun droit réel dans les biens de la fiducie ni aucun droit de forcer les fiduciaires à lui remettre des sommes à même le capital de la fiducie.

Enfin, relativement à la somme globale demandée par son ex-épouse, il affirme que :

- celle-ci ne devrait avoir droit à aucune somme globale; et

- subsidiairement, si le tribunal en venait à la conclusion que M^me^ Toutant a droit à une somme globale, le tribunal ne devrait pas tenir compte des valeurs accumulées dans les fiducies familiales et de protection d'actifs, puisque M. Toutant lui-même n'a aucun droit acquis sur ces valeurs.

9.1.4. Quelles clauses auraient pu être utiles à M. Toutant?

M^me^ Toutant aurait pu intervenir au contrat par lequel M. Toutant a échangé ses actions de catégorie A de Recycle Tout contre des actions privilégiées de gel afin d'accepter la disposition des actions de catégorie A conformément à l'article 462 C.c.Q..

L'acte constitutif de la fiducie familiale aurait pu stipuler certains effets en cas de divorce, tels que la perte du statut de bénéficiaire de M. et M^me^ Toutant.

Les facultés d'élire ou de déterminer les parts auraient pu être accordées à une personne qui n'est pas le fiduciaire, de façon à réduire les possibilités de recours en destitution contre lui, l'article 1290 C.c.Q. ne visant que les fiduciaires.

De plus, seule **l'administration** de la fiducie est soumise à la surveillance des bénéficiaires. Ces facultés ne sont vraisemblablement pas des actes d'administration.

Attention, ces facultés ne peuvent être exercées en sa propre faveur[137].

---

137 Art. 1283 C.c.Q.

M^me^ Toutant aurait pu intervenir à l'acte qui a créé la fiducie de protection d'actifs pour accepter la disposition à titre gratuit d'acquêts. Afin de protéger les droits de M^me^ Toutant, l'acte aurait pu prévoir qu'en cas de divorce ou de séparation de corps, tous les biens de la fiducie de protection d'actifs seraient distribués immédiatement à M. Toutant et que les biens ainsi distribués seront des acquêts de M. Toutant aux fins de la dissolution du régime matrimonial.

Le contrat de mariage entre M. et M^me^ Toutant aurait pu stipuler que les actions de sociétés privées appartenant à l'un des époux seront propres à cet époux.

Toutes ces solutions comportent des avantages pour un des époux et des inconvénients pour l'autre. Ces clauses potentielles peuvent être discutées avec les époux au moment de la mise en place du gel ou de la fiducie, mais on comprendra qu'elles risquent de compliquer le processus et de vous mettre dans une situation où vous devrez soit conseiller les deux parties, soit en conseiller une seule et demander à l'autre d'obtenir les conseils de son propre professionnel.

9.1.5. Incidence sur le testament de M. Toutant

Le divorce rend caducs les legs faits au conjoint antérieurement au divorce. Néanmoins, il serait tout de même prudent que M. Toutant refasse immédiatement son testament, entre autres, pour les raisons suivantes:

- Si M. Toutant décède pendant l'instance de divorce, il est possible que les legs soient toujours valides.

- Si M. Toutant avait désigné des fiduciaires remplaçants, déterminé des bénéficiaires ou leurs parts dans son testament, il devrait revoir ces désignations et déterminations.

- Les biens que M. Toutant croyait pouvoir léguer à son décès, de même que la valeur de son patrimoine, peuvent avoir changé après le jugement de divorce.

10. QUATRE ANNÉES PLUS TARD

Suffisamment de malheurs pour la dernière année! M. Toutant reçoit une offre d'achat pour la totalité des actions de Recycle Tout inc., une offre qu'il ne peut refuser…

Après avoir vérifié avec ses enfants Frédéric et Isabelle s'ils ont un intérêt à prendre la relève de Recycle Tout, M. Toutant décide qu'une offre de 15 M$ vaut la peine de se défaire de Recycle Tout.

- Qui seront les vendeurs?

À la suite de la transaction de gel successoral et à la stratégie de protection d'actifs, la valeur marchande est répartie comme suit : 10 M$ à Fiducie Protège Tout pour les actions privilégiées de gel, 100 $ à M. Toutant pour les actions de contrôle et le solde de la valeur marchande à Fiducie Familiale Tout Temps pour les actions ordinaires.

Dans le cadre d'une telle situation, la première interrogation est la suivante : est-ce que la situation permettra l'utilisation de la DGC par les actionnaires de Recycle Tout? Tous les critères de qualifications doivent être révisés avec les conseillers de Recycle Tout. Heureusement, depuis la mise en place du gel successoral, le comptable et le conseiller juridique de M. Toutant se sont assurés que la compagnie demeure une SEPE.

- Incidence sur la Fiducie Familiale Tout Temps

La Fiducie Familiale Tout Temps recevra un produit de disposition d'environ 5 M$. Cette vente générera un gain en capital important, soit 4 999 900 $. Aux fins de discussion, le montant de 5 M$ sera utilisé.

Étant donné que la fiducie a des bénéficiaires qui n'ont jamais demandé leur DGC, une économie d'impôt pourra être réalisée dans la famille. En effet, la DGC est maintenant de 750 000 $, ce qui correspond à une économie d'environ 180 000 $ d'impôt par individu.

M. Toutant doit déterminer qui seront les bénéficiaires pouvant demander la DGC. La liste de bénéficiaires de la Fiducie Familiale Tout Temps comprend ses deux enfants ainsi qu'une définition de conjointe.

La notion de conjointe doit être analysée en regard de la définition utilisée à l'acte de fiducie. À la suite de son divorce, M. Toutant a fréquenté une gentille dame, mais cette relation ne s'est pas développée au point où cette personne puisse se qualifier de conjointe au sens de l'acte de fiducie.

- Gains en capital imposables attribués à des bénéficiaires majeurs

Dans la même année d'imposition que la vente des actions, la fiducie peut attribuer une partie du gain en capital imposable en faveur de ses bénéficiaires. Les bénéficiaires peuvent ensuite demander leur propre DGC.

Préalablement à la réalisation de cette transaction, M. Toutant doit réfléchir à la conséquence de ce geste. En attribuant une partie du gain en capital imposable de Fiducie Familiale Tout Temps à Frédéric et Isabelle, ces derniers utiliseront leur DGC, c'est-à-dire qu'ils ne pourront plus l'utiliser pour l'avenir s'ils vendaient leur propre compagnie.

Également, l'autre effet de cette transaction est qu'une partie des liquidités de Fiducie Familiale Tout Temps devra être attribuée directement aux enfants. M. Toutant doit se questionner s'il désire leur remettre une telle somme, soit 375 000 $ (la partie imposable du gain en capital). Après mûre réflexion, M. Toutant considère que ses jumeaux sont suffisamment adultes pour gérer une telle somme.

Les étapes de cette planification sont plutôt simples :

1) Résolution des fiduciaires de Fiducie Familiale Tout Temps attribuant un gain en capital imposable en faveur de Frédéric et Isabelle;

2) Paiement par Fiducie Familiale Tout Temps de la portion imposable du gain en capital aux bénéficiaires choisis;

3) Imposition de ces bénéficiaires dans leur déclaration de revenus;

4) Réclamation de la DGC dans la déclaration de revenus du bénéficiaire;

5) Prévision d'un impôt minimum de remplacement quant à ces bénéficiaires.

Pour ce qui est des liquidités non distribuées détenues par la fiducie, puisqu'il s'agit de la portion non imposable du gain en capital, ces sommes peuvent être attribuées à l'un ou l'autre des bénéficiaires sans impact fiscal ou peuvent être conservées par Fiducie Familiale Tout Temps. Si c'est le cas, il faudra seulement réfléchir à la façon dont elles seront investies et leur rendement devra nécessairement être imposé soit par la fiducie, soit entre les mains d'un ou plusieurs bénéficiaires.

- Gains en capital imposables attribués à des bénéficiaires mineurs (petits-enfants)

M. Toutant a eu le bonheur de connaître les joies d'être grand-père. En effet, sa fille Isabelle a donné naissance à un enfant, il y a de cela deux ans. Cette situation permettrait la demande de la DGC au regard de ce petit-enfant.

Plusieurs questions se posent : est-ce que la fiducie permet une attribution en faveur d'un bénéficiaire? Est-ce que M. Toutant désire avantager ce petit-enfant? Est-ce qu'un déséquilibre entre ses deux enfants est souhaitable?

Dans un premier temps, la Fiducie Familiale Tout Temps ne comportait pas de clause visant l'article 74.4 L.I.R., puisque Recycle Tout s'est toujours qualifiée de SEPE. Ainsi, aucune limitation à l'acte de fiducie n'empêche l'attribution de gain en capital imposable à un bénéficiaire mineur.

Ensuite, avantager financièrement un enfant mineur de manière si importante peut avoir de sérieuses conséquences sur sa façon de prendre ses décisions déterminantes dans son cheminement personnel. De plus, si une somme était payée directement de la fiducie en faveur de l'enfant, ce serait les tuteurs de l'enfant qui auraient le pouvoir de gestion de ces sommes. M. Toutant aime bien son gendre, mais il préférerait que seuls des membres de sa famille immédiate possèdent ce pouvoir de gestion même au-delà de sa majorité. Si cette somme est remise directement à l'enfant au moment de la transaction, elle sera gérée par ses tuteurs tant qu'il sera mineur, mais l'arrivée de la majorité fera en sorte qu'il aura accès à cette somme d'argent sans aucune contrainte.

Pour ce qui est du déséquilibre entre Isabelle et Frédéric, M. Toutant considère qu' un rajustement à même son testament.

Une fois toutes ces questions répondues, les étapes de cette planification sont plutôt simples :

1) Résolution des fiduciaires de Fiducie Familiale Tout Temps attribuant un gain en capital imposable en faveur du petit-enfant;

2) Paiement par Fiducie Familiale Tout Temps de la portion imposable du gain en capital au bénéficiaire;

3) Imposition de ce bénéficiaire dans sa déclaration de revenus;

4) Réclamation de la DGC dans la déclaration de revenus du bénéficiaire;

5) Prévision d'un impôt minimum de remplacement au regard de ce bénéficiaire.

En plus des inconvénients énoncés plus haut, cette attribution de gain en capital imposable en faveur du petit-enfant crée un autre souci. Effectivement, lorsque des biens d'une valeur de plus de 25 000 $ sont administrés par des tuteurs pour un enfant mineur, ils doivent se soumettre aux règles spéciales d'administration prévues par le *Code civil du Québec*. Cette administration est en effet plus complexe et exige notamment de constituer un conseil de tutelle, de faire un inventaire, d'effectuer les placements selon les règles des placements présumés sûrs, d'aviser le curateur public, etc.

Une méthode utilisée afin d'éviter cette administration plus pénible est de constituer des fiducies régies par le paragraphe 104(18) L.I.R. Ce paragraphe est une exception à la règle du paragraphe 104(13) L.I.R., qui exige que le gain en capital imposable doit être payé ou payable[138] pour que le bénéficiaire puisse s'imposer sur cette somme. Le paragraphe 104(18) L.I.R. prévoit que le revenu sera réputé être payable si :

1) la somme n'est pas payée et que le bénéficiaire n'a pas le droit d'exiger le paiement;

2) le bénéficiaire de la fiducie a moins de 21 ans;

3) le revenu est irrévocablement acquis au bénéficiaire autrement qu'en raison d'un pouvoir discrétionnaire;

4) le droit à ce revenu n'est assujetti à aucune condition, sauf celle d'atteindre l'âge de 40 ans.

Ainsi, il est possible que Fiducie Familiale Tout Temps attribue une partie du gain en capital imposable à une nouvelle fiducie constituée au bénéfice d'un petit-enfant et correspondant aux critères énoncés plus haut (ci-après « Fiducie 104 »). La portion imposable du gain en capital devra être payée à la Fiducie 104.

---

[138] Le paragraphe 104(24) L.I.R. définit ce qu'est un revenu « payable ».

Évidemment, le libellé de la fiducie familiale doit permettre une telle attribution, c'est-à-dire qu'elle doit avoir parmi la liste de ses bénéficiaires une fiducie, constituée ou non, à désigner par les fiduciaires de la fiducie familiale et dont les bénéficiaires seront l'un ou l'autre ou plusieurs des personnes ou patrimoines fiduciaires de la fiducie familiale. La Fiducie 104 attribue le gain en capital imposable à son bénéficiaire, et ce dernier demande la DGC. Cette façon de procéder permettra d'inscrire la DGC d'un petit-enfant mineur sans mettre les liquidités à sa disponibilité et sans avoir visé le gendre de M. Toutant.

- Solde du gain en capital imposable

L'attribution de gain en capital imposable à trois bénéficiaires laisse un solde de gain en capital imposable d'environ 2,75 M$, soit un impôt approximatif de 660 000 $ au regard de Fiducie Familiale Tout Temps, à moins que M. Toutant ne décide d'attribuer une plus grande partie du gain en capital aux bénéficiaires de la fiducie. Ainsi, il est à prévoir qu'une portion demeure à être imposée au regard de la fiducie.

- Obligation des actionnaires vendeurs à donner des garanties

Occasionnellement, les vendeurs d'une entreprise doivent accorder des garanties personnelles à l'acheteur. Lorsque l'un des vendeurs est une fiducie, il faut s'assurer que la fiducie a le pouvoir de donner une telle garantie. Même si l'acte de fiducie permet ce type de geste, il faut s'interroger sur la responsabilité des fiduciaires. En effet, les fiduciaires sont régis par les règles de l'administration du bien d'autrui et sont chargés de la pleine administration[139].

Tout administrateur du bien d'autrui a l'obligation d'accomplir les actes qui assurent la conservation de l'objet administré. La conservation du bien ou du patrimoine n'est pas seulement une question de pouvoir, mais une obligation de l'administrateur. La notion d'acte conservatoire employée dans le cadre de l'administration du bien d'autrui doit être comprise dans un sens large.

L'obligation de conservation comprend les actes nécessaires à la conservation du bien ou l'ensemble des biens, actes qui sont couramment désignés comme urgents ou purement conservatoires.

---

139 Art. 1278 C.c.Q.

Certaines opérations juridiques sont exclues des pouvoirs d'un administrateur du bien d'autrui. Elles comprennent tous les actes gratuits, c'est-à-dire les actes qui emportent une diminution de la valeur du bien ou de l'ensemble des biens confiés à un administrateur. Cette interdiction expressément énoncée à l'article 1315 C.c.Q. découle d'une incompatibilité entre l'acte gratuit et l'exercice du pouvoir.

L'exclusion des actes gratuits du domaine des pouvoirs d'un administrateur du bien d'autrui comporte celle des actes qui aurait l'effet de modifier ou de supprimer une libéralité antérieurement consentie par le titulaire des biens sujets à l'administration. Dans la décision *Julien* c. *Banque Nationale du Canada*[140], le juge Beauregard mentionne ceci : « Lorsqu'un cautionnement est fourni sans contrepartie, il s'agit essentiellement d'une libéralité. » Ainsi, dans le cadre de la caution par une fiducie, une contrepartie doit être obtenue par cette dernière afin d'éviter d'engager une responsabilité des fiduciaires. Le fait qu'il y aura une transaction est un indice qu'il y a une contrepartie pour la fiducie. Toutefois, les négociations avec l'acheteur devraient comporter une limite à la garantie accordée par la fiducie; cette limite devra être accordée non seulement pour la fiducie, mais également pour ses bénéficiaires. En outre, l'obligation devrait être conjointe et non pas solidaire entre les vendeurs, c'est-à-dire uniquement dans la proportion de détention des actions. Par exemple, si la garantie accordée est liée à un risque de poursuite éventuelle par l'acheteur en lien avec des impôts impayés par Recycle Tout avant la vente pour une somme de 1 M$, la Fiducie Protège Tout devrait limiter sa garantie accordée aux deux tiers de l'obligation, soit 666 666 $ et Fiducie Familiale Tout Temps à 333 333 $, ces proportions représentant leur intérêt dans le prix de vente.

- Incidence de la vente sur la Fiducie Protège Tout

La vente des actions détenues par Fiducie Protège Tout pour un produit de disposition de 10 M$ créera un gain en capital imposable au regard de cette fiducie de 5 M$. L'impôt payable sera d'environ 2,4 M$ et, puisqu'il y a une attribution automatique en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R., cet impôt sera payable par M. Toutant. Une résolution d'attribution de revenu sera effectuée pour lui procurer des liquidités afin d'acquitter cet impôt. Le solde du produit de vente pourra être conservé dans la Fiducie Protège Tout dans le but de faire perdurer la protection d'actifs. Les sommes non distribuées de la fiducie en faveur de M. Toutant seront également investies, soit dans des

140 [1991] R.L. 481 (C.A.).

placements, soit dans l'acquisition d'actifs pour l'usage de M. Toutant. Les rendements générés par les investissements seront automatiquement attribués en faveur de M. Toutant, celui-ci devant payer l'impôt annuellement.

- Incidence sur les fiduciaires

Lorsque la transaction sera terminée, M. Toutant pourra se questionner sur l'opportunité de remplacer le fiduciaire indépendant, soit Germain Bontemps. En effet, lorsque la fiducie a été constituée, ce dernier a été choisi pour son expertise spécifique (ce pourrait être une expertise financière, une expertise quant aux opérations d'entreprise, une expertise quant à la vente d'entreprise, etc.). Dans le but de simplifier la gestion des biens détenus par les fiducies, il pourrait être intéressant de modifier le comité de fiduciaires et de désigner un fiduciaire indépendant dont l'expertise en gestion de placements est reconnue. L'acte constitutif des fiducies doit évidemment permettre un tel changement de fiduciaire. Également, M. Toutant devrait s'interroger sur la question des fiduciaires en poste à compter de son décès ou de son inaptitude. Si les fiducies le permettent, M. Toutant pourrait, en faisant la révision périodique de son testament et de son mandat en cas d'inaptitude, s'assurer que les fiduciaires en poste à compter du moment où il ne pourra plus agir lui-même seront les personnes qu'il désire.

11. CINQ ANNÉES PLUS TARD : DÉCÈS DE M. TOUTANT

M. Toutant n'ayant plus le cœur d'un jeune de 20 ans, il s'éteint finalement 5 ans après avoir mis en place le gel successoral. Cela entraînera :

a) l'ouverture de son testament;

b) des décisions à prendre par rapport aux fiducies, à savoir si elles seront continuées.

Le décès de M. Toutant entraîne la prise d'effet des fiducies testamentaires dont nous avons préalablement traité. Aucune formalité particulière n'est à respecter pour qu'elles soient en place.

Par ailleurs, nous aurons pris soin dans les testaments de rendre caducs les droits et obligations de la conjointe de M. Toutant et donc, à titre d'ex-conjointe, elle ne pourra prétendre à aucun droit.

Quant aux fiducies qui sont en place, il faut, d'abord, veiller à remplacer M. Toutant et, ensuite, évaluer la pertinence de les conserver.

Le remplacement des fiduciaires se fera normalement assez facilement puisque nous auront prévu à l'avance la personne qui prendra la charge à la place de M. Toutant. Il est de bonne pratique de faire accepter la charge par cette personne dans un document écrit. Les institutions financières demanderont ce genre de document. Le nouveau fiduciaire devra ainsi aller déposer sa signature pour le compte de banque.

Dans notre hypothèse, les fiduciaires de la Fiducie Familiale Tout Temps ont décidé de conserver la fiducie et de maintenir la structure en place.

Par ailleurs, pour la Fiducie Protège-tout**,** elle n'a plus sa raison d'être et elle sera donc liquidée.

Normalement, l'acte de fiducie précisera qu'elle se terminera au décès de M. Toutant ou avant. Dans ces circonstances, il suffira de constater par une résolution le décès. Si les actifs ont été remis avant le décès à M. Toutant, il n'y aura aucun transfert à effectuer. Si les actifs sont toujours dans la fiducie, les fiduciaires devront faire une remise de capital. Si la remise est faite à M. Toutant, il y aura roulement en vertu du paragraphe 107(2) L.I.R. Cependant, cela est théorique puisqu'ils auront fait l'objet d'une disposition réputée.

La fiducie produira sa dernière déclaration de revenus et les fiduciaires demanderont les certificats de décharge prescrits.

Si l'acte de fiducie ne prévoyait pas une telle remise, les fiduciaires pourront demander au tribunal de mettre fin à la fiducie, conformément à l'article 1294 C.c.Q.

12. VINGT ET UN ANS PLUS TARD

Finalement, si la fiducie existe toujours dans l'année des 21 ans, il faudra faire des gestes si on veut éviter de constater une disposition réputée en vertu du paragraphe 104(4) L.I.R.

Normalement, l'acte aura la flexibilité de remettre les biens à l'un ou l'autre des bénéficiaires ou à une autre compagnie ou fiducie, par roulement en vertu du paragraphe 107(2) L.I.R. Si l'acte prévoit des parts fixes pour les enfants après le décès de M. Toutant, il faudra respecter ses parts. Une bonne rédaction de l'acte de fiducie permettra qu'une structure fiduciaire soit maintenue au-delà du 21^{e} anniversaire.

Il n'est pas nécessaire de prévoir que la fiducie devra nécessairement se terminer à cette date, l'important étant simplement de donner la discrétion aux fiduciaires de la terminer à un moment choisi par eux.

Lorsque les biens auront été transférés, la fiducie prendra fin et elle produira sa dernière déclaration de revenus.

ANNEXE A

La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation

Recycle Tout inc.

Bilan non consolidé

Au 30 septembre 2007

	2007 ($)
Actif	
Actif à court terme	
Encaisse	789 154
Comptes débiteurs	3 514 353
Frais payés d'avance	317 197
Stocks	57 728
	4 678 432
Immobilisations corporelles (note 1)	8 656 262
	13 334 694
Passif	
Passif à court terme	
Comptes créditeurs et frais courus	2 149 334
Impôts sur les bénéfices	233 296
Portion à court terme de la dette à long terme	445 015
	2 827 645
Dette à long terme	3 654 639
Impôts futurs	791 000
	7 273 284
Capitaux propres	
Capital-actions	
100 actions de catégorie A	100
Bénéfices non répartis	6 061 310
	6 061 410
	13 334 694

ANNEXE A (SUITE)

Note afférente aux états financiers non consolidés

Au 30 septembre 2007

Immobilisations corporelles

	2007		
	Coût ($)	**Amortissement cumulé ($)**	**Montant net ($)**
Terrains	527 349	–	527 349
Bâtiments	1 501 037	731 557	769 480
Améliorations aux terrains	296 946	168 472	128 474
Améliorations locatives	3 448 815	1 174 639	2 274 176
Pavage	87 468	33 751	53 717
Matériel et outillage	6 726 545	6 471 770	254 775
Mobilier et agencement	133 070	72 100	60 970
Matériel roulant	8 787 936	4 310 431	4 477 505
Matériel informatique	239 932	130 116	109 816
	21 749 098	13 092 836	8 656 262

ANNEXE B

La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation

M. Toutant

Bilan

(non vérifié)

30 septembre 2007

	Coût ($)	JVM estimative ($)
Actif		
Actif à court terme		
Encaisse	33 000	33 000
Placements temporaires	10 000	10 000
Comptes débiteurs – courtiers	25 000	25 000
Intérêts et dividendes courus à recevoir	5 000	5 000
Billet à recevoir	75 000	75 000
	148 000	148 000
Placements (note 1)	870 100	11 200 000
Résidence familiale	525 000	650 000
Résidence secondaire	450 000	500 000
Régimes de retraite	240 000	325 000
Autres actifs (note 2)	128 000	105 000
	2 361 100	12 928 000
Passif		
Passif à court terme		
Comptes créditeurs	35 000	35 000
Impôts latents (note 3)	–	2 523 000
Valeur nette	2 326 100	10 370 000
	2 361 100	12 928 000

ANNEXE B (SUITE)

Notes afférentes aux états financiers

(non vérifié)

30 septembre 2007

1. Placements

	Coût ($)	**JVM estimative ($)**
Recycle Tout inc.		
100 actions de catégorie A	100	10 000 000
Actions de sociétés publiques canadiennes	400 000	490 000
Actions de sociétés publiques américaines et étrangères	150 000	175 000
Obligations à des taux variant de 5 % à 6,75 %, échéant entre le 2 juin 2008 et le 1er juin 2029	200 000	235 000
Valeur de rachat de la police d'assurance vie	120 000	120 000
	870 100	11 200 000

2. Autres actifs

	Coût ($)	**JVM estimative ($)**
Lexus 2006	70 000	60 000
Audi A4 2004	35 000	20 000
Cave à vin	23 000	25 000
	128 000	105 000

3. Impôts latents

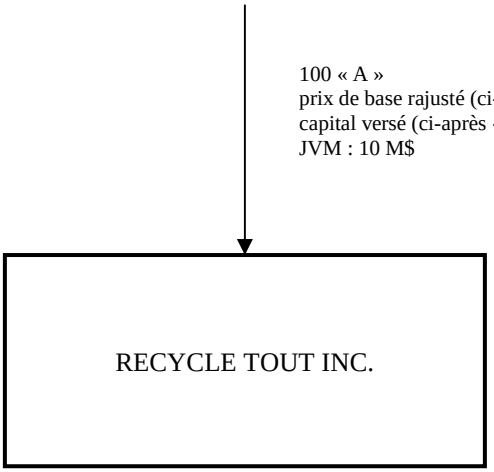
Les impôts latents sur les actifs, à l'exclusion de la résidence familiale, sont calculés comme si les valeurs actuelles estimatives avaient été réalisées à la date du bilan, sur la base des lois et règlements en vigueur et en utilisant un taux d'imposition de 48,2 %. Il est probable que la provision diffère des montants d'impôts qui seront éventuellement payés, parce que ceux-ci seront déterminés par le mode et le moment de la disposition des biens et par les lois et règlements qui seront alors en vigueur.

ANNEXE C

La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation

Organigramme corporatif

M. Toutant



ANNEXE D

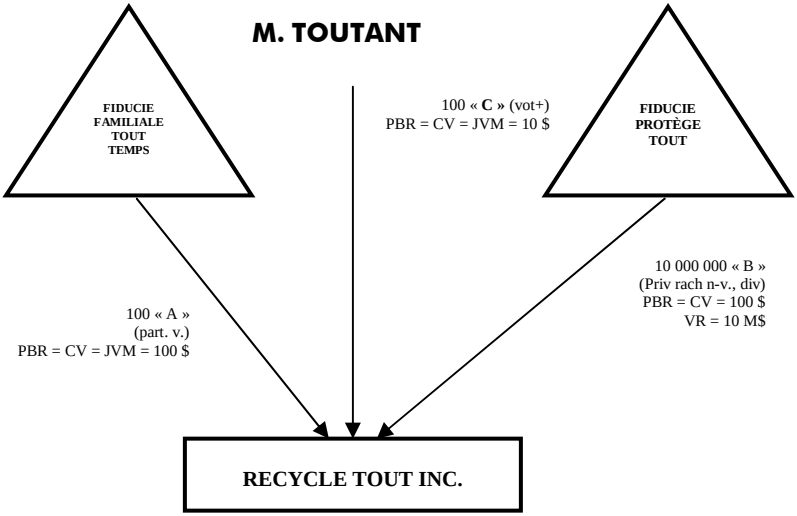
La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation

Liste d'éléments à discuter

		☑
1.	Obtenir un bilan sommaire des avoirs avec un estimé de leur valeur marchande, de même que leur coût fiscal (ex. REÉR, résidence principale et secondaire, placements boursiers, etc.).	☐
2.	Obtenir le détail des engagements personnels des actionnaires (cautions).	☐
3.	Confirmer l'organigramme des sociétés du groupe corporatif et les détentions d'actions.	☐
4.	Confirmer la JVM des sociétés du groupe corporatif.	☐
5.	Obtenir une copie des plus récents états financiers des sociétés du groupe corporatif.	☐
6.	Consulter les livres des procès-verbaux des sociétés du groupe corporatif afin de déterminer les caractéristiques fiscales et légales des actions détenues par chaque actionnaire.	☐
7.	Confirmer si des polices d'assurance sur la vie d'un actionnaire sont détenues personnellement ou par une société du groupe corporatif et obtenir le détail (montant du produit, date de souscription, grandpérisation, etc.).	☐
8.	Obtenir copie des conventions entre actionnaires.	☐
9.	Obtenir copie des actes de fiducie entre vifs.	☐
10.	Obtenir copie des testaments, des mandats en cas d'inaptitude et procurations générales.	☐
11.	Obtenir copie du contrat de mariage, de renonciation aux règles du patrimoine familiale, de concubinage ou du jugement de divorce.	☐
12.	Confirmer le statut de résidence fiscale des actionnaires et des membres de leur famille.	☐
13.	Obtenir copie de lettres et de mémorandums décrivant toute réorganisation corporative (ex. : gel successoral) qui aurait eu lieu à l'intérieur des sociétés du groupe corporatif par le passé.	☐
14.	Obtenir confirmation que les actionnaires n'ont pas réclamé leur DGC et de pertes au titre d'un placement d'entreprise par le passé.	☐
15.	Confirmer si les actionnaires ont des soldes de pertes en capital disponibles.	☐
16.	Obtenir copie des déclarations de revenus des individus et fiducies familiales pour les trois dernières années d'imposition.	☐
17.	Obtenir copie des déclarations de revenus des sociétés du groupe corporatif pour les trois dernières années d'imposition.	☐
18.	Obtenir la liste des autres conseillers des clients (banquier, comptable, avocat, notaire, évaluateur agréé, planificateur financier, assureur, institution financière, etc.).	☐

ANNEXE E

La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation



ANNEXE F

La création d'une fiducie jusqu'à sa liquidation

Personnes visées à l'article 2.4 du *Règlement 45-106*

