

Revue

de planification fiscale
et financière

- | | |
|--|-----|
| ■ Numéro spécial de la <i>Revue</i> : « Congrès 2010 »
<i>Chantal Jacquier</i> | 463 |
| ■ Le Bureau du vérificateur général
et la saine gestion des deniers publics
<i>Sheila Fraser</i> | 465 |
| ■ Incidences fiscales de la nouvelle
<i>Loi sur les sociétés par actions</i> du Québec
<i>Luc Martel</i> | 475 |
| ■ Mise à jour sur les sociétés rattachées
<i>Sylvie Garon</i> | 511 |
| ■ Les écueils du nouvel article 56.4 L.I.R.
sur les clauses restrictives
<i>Manon Thivierge</i> | 545 |
| ■ Les <i>tracking shares</i> , un outil méconnu et fort utile
<i>Jean-François Thuot</i> | 579 |
| ■ Les fiducies de bien-être et de soins de santé
<i>Hélène Marquis</i> | 625 |

Revue

de planification fiscale
et financière

Cette publication doit être citée : (2010), vol. 30, n° 4
*Revue de planification fiscale
et financière*

Les opinions exprimées dans cette publication sont propres aux auteurs des articles. L'exactitude des citations et des références relève de la responsabilité des auteurs.

Veillez adresser toute correspondance à :

APFF
1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660
Montréal (Québec) H3B 4N4
Téléphone : (514) 866-2733 – (sans frais) 1 877 866-2733
Télécopieur : (514) 866-0113 – (sans frais) 1 877 866-0113
Courriel : apff@apff.org – Site Internet : www.apff.org

© 2010, 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 ou 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 de la revue comme source de référence.

ISSN 0708-5079
Dépôt légal, 4^e trimestre 2010
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Chantal Jacquier, avocate, LL. M.

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate

Directrice de l'édition – APFF

MEMBRES :

Chantal Amiot, CA, M. Fisc.

Mélanie Beaulieu, avocate

France Bordeleau, CGA, M. Fisc.

Kathleen Comeau, M. Fisc.

Yves-André Grondin, avocat,

M. Fisc., CPA

Michel Ostiguy, avocat, M. Fisc.

Dave Santerre, CA, LL.M. fisc.

Julie Hélène Tremblay, avocate,

M. Fisc.

Jean-Pierre Vidal, CA, CPA, Ph. D.

Université de Sherbrooke

Agence du revenu du Canada

Standard Life

Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Dufour Charbonneau Brunet & Ass.

HEC Montréal

MEMBRE D'OFFICE :

Maurice Mongrain, avocat

Président-directeur général – APFF

POLITIQUE ÉDITORIALE

Toute personne intéressée à publier dans la *Revue de planification fiscale et financière* est invitée à soumettre un texte à l'APFF.

La *Revue* est généralement publiée quatre fois par année et est distribuée à tous les membres de l'APFF. Elle présente des textes qui contribuent à l'avancement des connaissances et à l'amélioration des compétences en matière fiscale et financière. Ses lecteurs sont des experts chevronnés : avocats, notaires, experts-comptables, économistes et autres professionnels.

Un texte présenté pour une éventuelle publication dans la *Revue* ne devra pas avoir été publié ailleurs ou être soumis chez un autre éditeur. Le texte doit être rédigé en français et ne doit pas dépasser 17 500 mots.

Le texte sera soumis à une double lecture à l'aveugle; l'identité de l'auteur ne sera pas connue des réviseurs au moment de l'évaluation. Bien que certains réviseurs *ad hoc* soient aussi consultés, la majorité des réviseurs sont choisis parmi les membres du comité de la *Revue*.

Un article soumis pour une éventuelle publication dans la *Revue* peut être :

- 1) accepté d'emblée;
- 2) accepté après que l'auteur eut apporté les modifications requises par la présidente du comité, sur l'avis des réviseurs;
- 3) refusé.

L'auteur dont l'article est accepté pour publication devra soumettre un résumé de 200 à 300 mots en français et en anglais.

Un texte approuvé sera par la suite revu et corrigé par le service de l'édition et soumis aux normes de présentation de l'APFF pour sa publication dans la *Revue*.

Toute personne intéressée à publier un texte dans la *Revue* est invitée à communiquer avec M^e Diane Gagnon, directrice de l'édition et coordonnatrice du comité, par téléphone au (514) 866-2733, poste 209, ou sans frais au 1 877 866-2733, ou à l'adresse électronique suivante : gagnond@apff.org.

SOMMAIRE DE LA REVUE

Vol. 30, n° 4 • 2010

- **Numéro spécial de la Revue : « Congrès 2010 »**
Chantal Jacquier 463

 - **Le Bureau du vérificateur général
et la saine gestion des deniers publics**
Sheila Fraser 465

 - **Incidences fiscales de la nouvelle
Loi sur les sociétés par actions du Québec**
Luc Martel 475

 - **Mise à jour sur les sociétés rattachées**
Sylvie Garon 511

 - **Les écueils du nouvel article 56.4 L.I.R.
sur les clauses restrictives**
Manon Thivierge 545

 - **Les *tracking shares*, un outil méconnu
et fort utile**
Jean-François Thuot 579

 - **Les fiducies de bien-être et de soins de santé**
Hélène Marquis 625
-

NUMÉRO SPÉCIAL DE LA REVUE : « CONGRÈS 2010 »

CHANTAL JACQUIER, AVOCATE, LL. M.
PRÉSIDENTE DU COMITÉ DE LA
REVUE DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

Le congrès de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF ») s'est tenu les 6, 7 et 8 octobre 2010 à Montréal. Il a permis à ceux qui y ont participé d'entendre un grand nombre de conférenciers de renom sur des sujets pointus en matière de fiscalité et de planification financière.

L'APFF a jugé bon de permettre à tous ses membres et aux lecteurs de la *Revue de planification fiscale et financière* (« *Revue* ») de prendre connaissance, sans délai, de quelques conférences marquantes en en éditant et publiant le texte dans un numéro spécial¹.

C'est avec plaisir que nous vous présentons ce numéro.

Le choix des textes n'a pas été facile, les nombreux conférenciers ayant tous eu à cœur de partager leurs connaissances avec un grand professionnalisme sur des sujets très actuels.

M^{me} Sheila Fraser, vérificatrice générale du Canada, était conférencière d'honneur. Il allait de soi que le texte de son allocution fasse partie de ce numéro spécial de la *Revue*. Elle y souligne l'importance d'une saine gestion des deniers publics, en évoquant, notamment, de récentes vérifications de gestion de l'Agence du revenu du Canada.

Puis, la *Revue* a misé sur la nouveauté et la diversité des sujets et sur leur côté pratique.

¹ L'ensemble des textes des conférences sera publié dans le *Livre du Congrès* dans le courant de l'année 2011.

- M^e Luc Martel a présenté avec humour les incidences fiscales de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec; l'article publié vous montrera combien M^e Martel maîtrise ce sujet.
- M^{me} Sylvie Garon a fait une mise à jour brillante et remarquée sur les sociétés rattachées : l'article publié en fait foi.
- M^e Manon Thivierge a décortiqué avec talent les écueils du futur article 56.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur les clauses restrictives; cette disposition législative avait été proposée initialement par le ministre des Finances du Canada en 2003; elle a été proposée de nouveau le 16 juillet 2010.
- M. Jean-François Thuot nous a convaincus que les actions de type *tracking shares*, outil méconnu, pouvaient être fort utiles dans certaines circonstances; l'article publié montre combien son propos s'appuie sur un contenu réfléchi.
- M^e Hélène Marquis a expliqué en quoi consiste la fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés proposée dans le Projet de loi C-47 déposé fin septembre 2010 à la Chambre des communes du Canada; l'article publié fait ressortir les ressemblances et les différences entre cette fiducie, surtout conçue pour les moyennes et les grandes entreprises, et la fiducie de santé et bien-être au bénéfice d'employés, qui doit son existence à la tolérance administrative des autorités fiscales et qui reste disponible pour les petites entreprises.

Bonne lecture!

LE BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL ET LA SAINTE GESTION DES DENIERS PUBLICS

Allocution prononcée à titre de conférencière d'honneur
au Congrès de l'Association de planification fiscale et financière
le 6 octobre 2010 à Montréal*

SHEILA FRASER, FCA
VÉRIFICATRICE GÉNÉRALE DU CANADA

INTRODUCTION

Je veux d'abord remercier les organisateurs du Congrès de m'avoir invitée à y participer aujourd'hui. Pour nous tous, le partage des connaissances et le développement professionnel continu sont essentiels. Je vous félicite du contenu très varié et très riche de votre programme. Et j'ai une petite confession à vous faire : je sais que vous êtes tous, ou presque, des passionnés de la fiscalité; et, bien que dans ma vie antérieure je m'occupais de la fiscalité de mes clients (avec l'aide de spécialistes, bien sûr), un des grands avantages de mon poste (et il y en a plusieurs) c'est qu'on traite rarement de la fiscalité.

Tous les ans, le gouvernement fédéral gère des milliards de dollars qu'il reçoit en impôt des contribuables. L'Agence du revenu du Canada perçoit un milliard de dollars chaque jour.

Pour gérer efficacement l'argent qu'il perçoit et qu'il dépense – et donc obtenir des résultats concrets pour les contribuables –, le gouvernement doit disposer d'informations financières complètes et fiables, mais aussi de contrôles financiers internes solides.

J'aimerais vous parler des efforts que nous déployons pour encourager une saine gestion financière au sein de l'administration publique fédérale. J'aimerais aussi vous parler de deux vérifications récentes à l'Agence du revenu du Canada.

* Le discours prononcé fait foi.

Quelle est notre mission? Avant d'entrer dans le vif du sujet, je vais vous fournir quelques renseignements sur le Bureau du vérificateur général du Canada et sur le travail qu'il accomplit.

Son budget annuel s'élève à 98 millions de dollars environ, et le Bureau emploie 630 personnes.

En tant que vérificateur externe du gouvernement, nous vérifions tous les ministères et organismes fédéraux, ainsi que la plupart des sociétés d'État.

Nous vérifions également les trois administrations territoriales et leurs organismes. De plus, nous sommes maintenant le vérificateur de l'Organisation internationale du Travail, qui relève des Nations Unies.

Nous effectuons principalement deux types de vérification : la vérification d'états financiers et la vérification de gestion.

Dans le cadre de nos vérifications d'états financiers, nous exprimons notre opinion sur les états financiers du gouvernement fédéral, à savoir s'ils sont conformes aux principes comptables généralement reconnus pour le secteur public. Nous effectuons aussi la vérification annuelle des états financiers de la plupart des sociétés d'État et de nombreuses organisations fédérales.

Dans le cadre de nos vérifications de gestion, nous regardons si le gouvernement gère ses programmes avec économie et efficacité en tenant compte des effets environnementaux, et s'il dispose de moyens pour évaluer l'efficacité de ces programmes.

Comme vous le savez peut-être, le commissaire à l'environnement et au développement durable (CEDD) fait partie du Bureau du vérificateur général du Canada¹. Lorsqu'il effectue ses vérifications de gestion, il vérifie si le gouvernement fédéral respecte ses engagements à l'égard des questions environnementales. Le commissaire administre également le processus de pétition en matière d'environnement.

Nous réalisons environ 25 vérifications de gestion par année, dans tous les domaines d'activité du gouvernement.

¹ *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C., ch. A-17, art. 15.1.

À titre d'exemple, notre rapport, déposé au Parlement au printemps 2010², abordait entre autres les sujets suivants : le vieillissement des systèmes de technologie de l'information, la modernisation de la gestion des ressources humaines, la réhabilitation des édifices du Parlement et les dossiers de santé électroniques au Canada³. Il ne s'agit là que d'un petit aperçu des domaines que nous vérifions.

Dans nos rapports, nous ne commentons pas les politiques du gouvernement. Nous ne portons pas de jugement, à savoir si les programmes optimisent les ressources ou si les choix stratégiques sont appropriés. Ce rôle est celui du Parlement.

Notre rôle se limite à indiquer aux parlementaires si les programmes gouvernementaux sont bien gérés et s'ils sont assortis de mesures qui permettent de vérifier s'ils produisent les résultats voulus.

Certains – et je le déplore – croient que notre travail consiste à révéler de soi-disant scandales, ou à prouver que le gouvernement gaspille l'argent des contribuables.

Ce n'est nullement le cas. Nos vérifications portent sur des aspects clés de l'administration publique, et nous rapportons toutes nos constatations, favorables ou non.

Nos vérifications servent donc, d'une part, à fournir au Parlement et aux Canadiens une assurance indépendante quant aux résultats qu'obtiennent les fonctionnaires et, d'autre part, à souligner les lacunes et à recommander des façons d'améliorer les choses.

LA REDDITION DE COMPTES ET LA TRANSPARENCE

La reddition de comptes et la transparence n'ont jamais été aussi importantes qu'à l'heure actuelle, tant dans le secteur privé que le secteur public. Les citoyens souhaitent que leurs institutions fassent l'objet d'un examen rigoureux et d'une surveillance vigilante. Qu'ils soient actionnaires

² *Printemps 2010 – Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, Bureau du vérificateur général du Canada, Ottawa.

³ Voir aussi *Les dossiers de santé électroniques au Canada – Survol des rapports de vérification fédéral et provinciaux*, Bureau du vérificateur général du Canada, Ottawa, avril 2010.

ou contribuables, tous veulent des systèmes qui protègent leurs intérêts, à juste titre d'ailleurs.

Dans le secteur privé, quand la gouvernance est en cause, les investisseurs retirent leur confiance aux dirigeants des sociétés et déplacent leurs capitaux ailleurs. Cela nuit à l'économie.

Lorsque la gouvernance laisse à désirer dans le secteur public, ce sont les deniers publics, la santé et même la sécurité des Canadiens, voire notre environnement et la sécurité du pays, qui peuvent être menacés.

Il va sans dire que de telles défaillances peuvent éroder la confiance des citoyens envers le gouvernement. Dans une démocratie, cela peut avoir de graves conséquences.

Quand les citoyens se mettent à douter de l'intégrité de leur gouvernement, ils demandent souvent un plus grand contrôle sur les dépenses et la gestion publiques.

Je ne suis pas certaine que cela soit la meilleure solution.

Je ne suis évidemment pas opposée aux contrôles. Après tout, à titre de vérificatrice générale, j'indique dans mes rapports au Parlement si les politiques et les programmes gouvernementaux sont mis en œuvre avec économie et efficacité. Dans l'exercice de mon mandat, je détermine donc si une organisation mène efficacement ses activités.

La mise en œuvre de contrôles solides est un élément incontournable de la reddition de comptes, d'une gestion prudente et de la protection de l'intérêt public.

Par contre, je comprends aussi que trop de contrôles inutiles peuvent nuire à l'innovation et entraîner des inefficacités comme de la frustration.

En fin de compte, lorsque les règles ne sont pas respectées, la solution n'est pas d'en instaurer davantage. Il faut plutôt veiller à ce que les règles qui favorisent une saine gestion des fonds publics soient systématiquement appliquées.

Maintenant, quelques mots sur l'Agence du revenu du Canada, le principal organisme de collecte d'impôts du gouvernement fédéral et des provinces et territoires, à l'exception bien évidemment du Québec.

VÉRIFICATIONS DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Chaque année, mon Bureau vérifie deux états financiers préparés par l'Agence pour fournir aux Canadiens l'assurance que les montants présentés ne comportent pas d'erreurs importantes.

Un de ces états porte sur les recettes fiscales administrées; l'autre, sur les activités de l'Agence.

Nous exécutons aussi deux vérifications par rapport aux activités que l'Agence effectue pour les provinces et territoires en administrant les impôts sur le revenu des particuliers, des fondations et des sociétés – soit environ 58 milliards de dollars – de source provinciale et territoriale. Aux termes d'un accord conclu avec le ministère des Finances, nous vérifions chaque année un état de l'impôt sur le revenu et sur le capital à payer aux provinces et aux territoires.

La gestion de ces impôts repose sur des systèmes informatiques complexes. Les provinces veulent donc avoir l'assurance que les contrôles internes relatifs à ces systèmes sont bien conçus et qu'ils atteignent des objectifs de contrôle raisonnables. À cette fin, elles nous ont demandé de vérifier les contrôles internes de l'Agence visant la gestion de leurs recettes fiscales.

Cette vérification est exécutée conformément au chapitre 5970 du *Manuel de l'Institut Canadien des Comptables Agréés* et se déroule en plusieurs étapes. Un rapport, qui comprend notre opinion, a déjà été délivré sur les contrôles concernant le programme d'impôt sur le revenu des sociétés.

La vérification des contrôles concernant le programme d'impôt sur le revenu des particuliers se déroule cet automne.

Outre ces vérifications, nous effectuons aussi des vérifications de gestion de l'Agence, ainsi que du ministère des Finances. J'ai choisi deux récentes vérifications qui, selon moi, pourraient vous intéresser.

Le ministère des Finances du Canada est responsable de formuler les politiques relatives à l'impôt et aux taxes, et d'élaborer les lois et les règlements nécessaires pour mettre en œuvre les mesures d'impôt fédéral.

L'Agence du revenu du Canada recense les questions techniques qui sont soulevées lorsque la *Loi de l'impôt sur le revenu* manque de clarté ou ne

reflète pas adéquatement la politique fiscale. L'Agence renvoie certaines de ces questions au ministère des Finances, qui formule des projets de modifications législatives à l'intention du Parlement.

À l'automne 2009, nous avons publié un rapport concernant les modifications techniques⁴. La vérification visait les années 2004 à 2009. Les documents examinés se rapportaient à cette période et ont été publiés pendant une période remontant jusqu'en 1973.

Au moment de notre vérification, plus de 400 modifications techniques à la *Loi de l'impôt sur le revenu* étaient en suspens. Plus de la moitié d'entre elles n'avaient pas été préparées et diffusées par le ministère des Finances à titre de projets de modification législative. Les autres n'avaient pas encore été votées par le Parlement.

Le Parlement n'a pas adopté de projet de loi technique visant à modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* depuis 2001. Deux projets de loi sont morts au feuillet en 2007⁵ et 2008⁶. Ils comportaient 155 articles de modifications et visaient à combler des lacunes législatives remontant jusqu'à 1996.

Et tout ceci, malgré le fait que le gouvernement ait adopté une recommandation de présenter chaque année un projet de loi technique visant à apporter à la *Loi de l'impôt sur le revenu* les modifications n'ayant pas d'incidence sur la politique.

Selon nous, le ministère des Finances doit faire plus pour alerter le gouvernement et le Parlement à l'urgence du problème, et il devrait revoir sa façon de gérer ce processus. Tant que la *Loi* n'est pas modifiée, les contribuables ignorent la nature exacte des changements proposés. L'incertitude qui en résulte peut avoir des effets négatifs sur eux.

Il y a aussi le risque de nourrir un plus grand cynisme en ce qui a trait à l'équité du régime fiscal.

⁴ *Automne 2009 – Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, chapitre 3, « Les lois de l'impôt sur le revenu », Bureau du vérificateur général du Canada, Ottawa.

⁵ Projet de loi C-33.

⁶ Projet de loi C-10.

À la suite de notre vérification, le ministère des Finances a publié, le 16 juillet 2010, des propositions législatives visant à faire avancer bon nombre des modifications techniques en suspens. Cette série de propositions législatives n'a pas encore été inscrite dans un Avis de motion de voies et moyens déposé à la Chambre des communes, mais elle a été publiée pour recueillir les commentaires de fiscalistes⁷. Je sais que vous avez, pour la plupart, lu les modifications proposées et que vous serez contents de les voir adoptées.

Au printemps 2009, dans notre rapport sur les **acomptes versés par les sociétés**⁸, nous avons estimé que l'Agence du revenu du Canada avait payé des frais d'intérêt injustifiés, totalisant 30 millions de dollars, pour les trois années sur lesquelles a porté notre vérification, à savoir les exercices terminés en mars 2006, 2007 et 2008. Ces intérêts étaient dus à certaines sociétés qui avaient laissé dans leur compte à l'Agence des dépôts totalisant plus de quatre milliards de dollars pour chacune de ces années.

Nous avons indiqué que ces frais d'intérêt étaient injustifiés, car les dépôts faits par les sociétés dépassaient de loin tous les impôts qu'elles auraient pu avoir à payer.

L'Agence versait, sur ces dépôts, un taux d'intérêt égal au taux payé par le gouvernement pour emprunter, plus deux pour cent. Nous avons constaté qu'en général, l'Agence acceptait les acomptes sans déterminer à quelle année d'imposition ils s'appliquaient, ni si une nouvelle cotisation était prévue cette même année.

Dans notre rapport, nous avons recommandé que l'Agence informe le ministère des Finances des problèmes associés aux sommes reçues en acompte pour qu'il puisse évaluer la nécessité de modifier la loi. Nous avons aussi recommandé que l'Agence établisse et applique de manière uniforme un cadre de politique administrative solide pour gérer les acomptes. L'Agence a accepté nos recommandations.

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* 2010-068, « Le gouvernement du Canada publie des propositions techniques révisées concernant l'impôt sur le revenu », 16 juillet 2010.

⁸ *Printemps 2009 – Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, chapitre 4, « L'intérêt sur les acomptes versés par les sociétés – Agence du revenu du Canada », Bureau du vérificateur général du Canada, Ottawa.

Le budget fédéral du 4 mars 2010 prévoit une mesure visant à réduire le taux d'intérêt que paie l'Agence sur les impôts payés en trop par les sociétés, et le budget fait référence à notre rapport⁹. Cette modification résoudra le problème des sociétés qui pourraient donner à l'Agence des sommes en dépôt afin de toucher un taux d'intérêt préférentiel. Elle aura aussi pour effet de réduire les montants payés par le gouvernement en frais d'intérêt.

Alors, je crois que le problème a été réglé et que le travail que nous avons effectué a entraîné des changements concrets.

CONCLUSION

Je vous ai parlé de saine gestion des finances publiques, des efforts que déploie mon Bureau à cet égard et de cas où notre travail a eu un impact véritable.

Depuis 2008, et il s'agit d'un fait nouveau, le Comité permanent des comptes publics de la Chambre des communes exige que tous les ministères et organismes fédéraux qui ont fait l'objet d'une vérification de gestion lui communiquent un plan d'action détaillé pour donner suite à nos recommandations. Ce plan doit prévoir notamment des mesures précises et des échéances, et indiquer qui est responsable des mesures prévues. Nos travaux de suivi – dont nous présentons les conclusions dans nos rapports *Le Point* – sont fondés en partie sur les engagements pris dans le cadre de ces plans d'action. Et ces rapports indiquent que le gouvernement a fait des progrès pour régler des problèmes complexes qui persistaient souvent depuis longtemps.

Le Comité permanent des comptes publics a tenu en octobre 2009 une audience sur notre chapitre concernant « L'intérêt sur les acomptes versés par les sociétés ». De même, il a convoqué en mars 2010 une audience sur notre chapitre concernant « Les lois de l'impôt sur le revenu ». Nous y avons assisté en compagnie de représentants du ministère des Finances et de l'Agence du revenu du Canada.

Les audiences avec les comités parlementaires forment une partie importante de notre travail, étant donné qu'elles nous donnent l'occasion de discuter de nos rapports avec le comité et de souligner les changements qui devraient être apportés. Et comme les ministères y assistent également, elles

⁹ CANADA, ministère des Finances, *Le Budget de 2010*, Annexe 5, « Mesures fiscales : renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », p. 401.

sont aussi essentielles en ce qu'elles contribuent à assurer la reddition de comptes.

Nous vérifions des questions qui importent au Parlement et aux Canadiens, et nous communiquons les résultats – positifs ou négatifs – de nos vérifications. Lorsque nous formulons des critiques, nous proposons également des améliorations, et le gouvernement prend des mesures en conséquence.

Nous croyons que nous avons un rôle primordial à jouer en vue d'améliorer la gestion des programmes et services, et donc des deniers publics, par le gouvernement.

Je vous remercie de votre attention.

**INCIDENCES FISCALES DE LA NOUVELLE
LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS DU QUÉBEC**

LUC MARTEL, AVOCAT, M. FISC.
ASSOCIÉ, MARTEL, CANTIN AVOCATS
PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

PRÉCIS

Le présent texte fait la revue de différentes dispositions de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec qui ont une incidence dans la planification fiscale au Québec. Certaines dispositions existaient déjà dans la *Loi sur les compagnies* du Québec, d'autres sont inspirées de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et d'autres encore sont de droit nouveau. Ce texte ne fait pas une revue exhaustive de toutes les dispositions à connotation fiscale prévues dans la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec. Mais il traite en détail de 13 de ces dispositions.

ABSTRACT

The article examines various provisions of the new Quebec *Business Corporations Act* which can have an impact on tax planning in the province of Quebec. Certain of these provisions already existed in the Quebec *Companies Act*; others are inspired by the *Canadian Business Corporations Act* and others are entirely new provisions. This article is not a review all of the provisions that can be relevant for tax purposes but focuses instead on thirteen provisions that are of a particular interest to tax practitioners.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	477
1. DIVIDENDE EN ACTIONS	478
1.1. LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS	480
1.2. LOI SUR LES COMPAGNIES	481
1.3. LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS DU QUÉBEC	482
2. FRACTIONS D' ACTIONS	484
3. CATÉGORIES D' ACTIONS.....	485
4. ACTIONS IMPAYÉES	487
5. COMPTE DE CAPITAL-ACTIONS ÉMIS ET PAYÉ	490
6. « INCESTE CORPORATIF »	492
7. ÉMISSION D' ACTIONS LORS DE L' ORGANISATION	494
8. FIXATION D' UNE HEURE AUX STATUTS	496
9. CORRECTION DES STATUTS PAR UN REPRÉSENTANT	499
10. ALIÉNATION DES BIENS	500
11. DROIT AU RACHAT DES ACTIONS	503
12. CODIFICATION DE LA CLAUSE DE « RESTRICTION SUR LES SORTIES DE FONDS ».....	505
13. RECOURS EN RECTIFICATION?.....	506
CONCLUSION	510

INTRODUCTION

Dans le cadre de la réforme de la *Loi sur les compagnies*¹ du Québec, et afin de mettre à niveau cette loi par rapport à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*², une équipe compétente et productive de légistes et de fonctionnaires, assistée de notre grand spécialiste québécois du droit corporatif, M^e Paul Martel, a rédigé le Projet de loi 63, intitulé *Loi sur les sociétés par actions*, lequel projet de loi a été déposé à l'Assemblée nationale le 7 octobre 2009, adopté en troisième lecture le 1^{er} décembre 2009 et finalement sanctionné le 4 décembre pour devenir le chapitre 52 des lois de 2009. Il est prévu que cette nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* (« L.S.A. ») entre en vigueur au début de 2011, si ce n'est déjà fait d'ici la fin de 2010.

Les modifications importantes apportées par la *Loi sur les sociétés par actions* ayant déjà fait l'objet d'un texte³, notre but sera de mettre l'accent sur les dispositions particulières de la *Loi sur les sociétés par actions* ayant une incidence fiscale dans les planifications courantes.

Il faut féliciter toutes les personnes qui ont contribué à l'élaboration et à la rédaction de la *Loi sur les sociétés par actions* pour avoir si bien répondu aux besoins des fiscalistes et leur avoir accordé des accommodements plus que raisonnables, soit en conservant des particularités du régime québécois en vertu de la *Loi sur les compagnies*, malgré la tentation de calquer le modèle fédéral de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, soit en adoptant des mesures intéressantes existant dans le modèle fédéral, dans celui d'autres provinces du Canada ou dans celui d'autres juridictions (tel le *Model Business Corporation Act*⁴ suivi par plusieurs États des États-Unis), ou encore en créant de toutes pièces des dispositions avantageuses pour le petit monde des fiscalistes pratiquant au Québec.

Voyons les principaux accommodements que la *Loi sur les sociétés par actions* a ainsi conférés aux fiscalistes.

¹ L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

² L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod. (« L.C.S.A. »).

³ Luc MARTEL, « Incidences fiscales de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec », dans *CCH* (en ligne), CCH Fiscalité, Collection APFF – Congrès 2010.

⁴ COMMITTEE ON CORPORATE LAWS, Section of Business Law, American Bar Association (« M.B.C.A. »).

1. DIVIDENDE EN ACTIONS

Pour certaines planifications fiscales, tels le gel successoral ou encore la purification d'une compagnie⁵, il est pratique de pouvoir déclarer un dividende payable non pas en argent, mais en actions ayant un petit capital versé et une valeur de rachat élevée. C'est le genre d'actions que les fiscalistes appellent « actions hautes-basses » ou, en anglais, *high and low shares*.

L'idée, en utilisant ce genre d'actions, est de pouvoir déclarer un dividende d'une valeur importante à l'actionnaire d'une compagnie, sans pour autant l'obliger à reconnaître un montant imposable élevé quant à ce dividende, dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle il le reçoit.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶ précise que, lorsqu'un dividende est payé sous forme d'actions, le « montant » du dividende dont il faut tenir compte dans la déclaration de revenus est le « montant correspondant à l'augmentation découlant du dividende, du capital versé de la compagnie qui a versé le dividende »⁷.

Puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* considère que le « montant » d'un dividende versé en actions se limite au montant du capital versé sur ces actions, il devient important de s'assurer que la loi sur les sociétés applicable à la compagnie déclarant le dividende permette de verser au compte capital versé d'une action émise en paiement d'un dividende un montant moindre que sa valeur de rachat⁸.

⁵ Le présent texte, sauf quelques exceptions, utilise encore le mot **compagnie** pour désigner une société par actions par pure obstination personnelle de ma part; pour moi (suis-je le seul?), le mot « société », en soi, porte à confusion, puisqu'il peut s'agir d'une société par actions ou d'une société de personnes, cette dernière pouvant être une société en nom collectif, une société en nom collectif à responsabilité limitée ou encore une société en commandite, ce qui nous oblige à préciser chaque fois que l'on utilise le mot société, de quel genre de société il s'agit, alors que le mot compagnie exprime clairement le concept dont il s'agit.

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »). Aux fins du présent texte, il est présumé que les dispositions de la *Loi sur les impôts* du Québec sont au même effet que celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

⁷ Par. 248(1) « montant » L.I.R.

⁸ Pour plus de précisions sur ce que constitue un dividende en actions, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-88R2, « Dividendes en (à suivre...)

Pour bien comprendre l'enjeu dont il est question lors de la déclaration d'un dividende en actions, considérons l'exemple suivant : une compagnie a accumulé des liquidités excédentaires à ses besoins courants et désire se « purifier » en sortant ces liquidités excédentaires. – Présumons, de plus, que la compagnie en question n'a pas d'autre moyen de se purifier que de verser les liquidités excédentaires en bonis ou en dividendes. Supposons enfin que les liquidités excédentaires dont on parle se chiffrent à 500 000 \$. – L'actionnaire de la compagnie ne sera sûrement pas favorable à l'idée de recevoir un boni de 500 000 \$ imposable à moitié à peu près, ou un dividende imposable à plus du tiers du montant, s'il n'a pas un besoin immédiat de ces fonds.

La planification suggérée est alors de verser un dividende en actions, rachetables à 500 000 \$, mais ayant un capital versé minime, soit 50 \$ par exemple. L'actionnaire n'aura alors à s'imposer que sur un montant en dividende de 50 \$ pour l'année d'imposition au cours de laquelle ce dividende lui est versé. La différence entre 500 000 \$ et 50 \$ ne sera imposable entre ses mains qu'au fur et à mesure que la compagnie lui rachètera les actions émises en dividende.

C'est bien de verser un dividende en actions, mais cela n'a toujours pas permis à la compagnie de sortir ses liquidités excédentaires. Il faut donc poursuivre l'exemple. L'actionnaire qui a reçu le dividende en actions vend celles-ci à une compagnie de portefeuille en procédant à un « roulement » fiscal⁹. Une fois les actions de dividende achetées par la compagnie de portefeuille, celle-ci en demandera le rachat à la compagnie. La compagnie versera les 500 000 \$ de liquidités excédentaires à la compagnie de portefeuille en paiement du rachat des actions de dividende. Aux fins fiscales, ce rachat sera considéré comme un dividende versé par la compagnie à la compagnie de portefeuille pour toute la partie du 500 000 \$ de rachat qui excède le capital versé de 50 \$ sur les actions rachetées.

(...suite)

actions », 31 mai 1991. On peut également voir dans « Table ronde de Revenu Canada », *1990 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 50:1 à 50:68, question 49 « Détermination du montant d'un dividende », aux pages 50:60 et 50:61 en français.

⁹ Par. 85(1) L.I.R. et son équivalent provincial : l'actionnaire choisira une « somme convenue » de 50 \$ et recevra une contrepartie en actions rachetables pour un montant de 500 000 \$.

Heureusement, dans un contexte de purification, ce dividende inter-compagnies n'entraîne habituellement aucune conséquence fiscale¹⁰.

Il est donc important que la loi sur les sociétés applicable permette au montant versé au compte capital des actions données en paiement du dividende en actions d'être maintenu à un montant minime, bien que ces actions aient une valeur de rachat importante.

1.1. LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, seules des actions sans valeur nominale sont permises¹¹. En principe, la compagnie qui émet des actions doit verser au « compte de capital versé »¹², le montant total de l'apport reçu en contrepartie des actions qu'elle émet. Ainsi, si la compagnie déclare un dividende de 500 000 \$, elle devrait normalement inscrire au compte capital versé un montant de 500 000 \$.

Heureusement, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit que, lorsqu'une compagnie verse un dividende sous forme d'actions entièrement libérées, le « montant déclaré en numéraire des dividendes versés par la société sous forme d'actions est porté au compte capital déclaré pertinent »¹³. Les praticiens interprètent ce texte comme signifiant que la compagnie peut porter au compte de capital versé des actions émises en dividende le montant qu'elle souhaite reconnaître en argent (en l'occurrence 50 \$, dans notre exemple), plutôt que le montant total de la valeur de rachat des actions émises.

¹⁰ Le dividende étant versé entre compagnies canadiennes imposables, aucun impôt de la partie I n'est exigible (par. 112(1) L.I.R.); la compagnie et la compagnie de portefeuille étant toutes deux contrôlées par le même actionnaire, elles seront rattachées et aucun impôt de la partie IV ne sera exigible (par. 186(2) et 186(4) L.I.R.); aucune personne non liée n'étant impliquée dans cette planification, le paragraphe 55(2) L.I.R. ne trouvera pas application et le dividende présumé ne risquera pas d'être reconverti en gain en capital, en tout ou en partie.

¹¹ Par. 24(1) L.C.S.A.

¹² Nous utiliserons dans le présent texte l'expression « compte de capital versé » tant pour une compagnie constituée selon la *Loi sur les compagnies* du Québec ou la *Loi sur les sociétés par actions* que conformément à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, alors qu'en réalité l'expression exacte est, en vertu de la *Loi sur les compagnies* du Québec ou *Loi sur les sociétés par actions* le « compte de capital-actions émis et payé » (art. 123.48 L.C. et art. 68 L.S.A.), et pour la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, le « compte capital déclaré » (art. 26 L.C.S.A.).

¹³ Par. 43(2) L.C.S.A.

Cette interprétation est encore plus fondée quand on compare ce texte à celui qui le précédait jusqu'en 1979, et qui requérait que la « valeur du dividende » soit ajoutée au compte capital déclaré de la société plutôt que le « montant déclaré en numéraire » de ce dividende. La modification avait pour but de permettre à une société de respecter les critères de solvabilité, en déclarant un dividende d'un montant inférieur à celui de la juste valeur marchande (« JVM ») des actions émises en paiement de ce dividende¹⁴.

En permettant que le compte de capital versé de la compagnie reflète uniquement le « montant déclaré » en numéraire du dividende, plutôt que la pleine « valeur du dividende », le législateur ouvrait la porte à la déclaration d'un dividende en actions ayant un bas capital versé et une valeur de rachat supérieure.

1.2. LOI SUR LES COMPAGNIES

La *Loi sur les compagnies* prévoit l'obligation de verser au compte de capital versé des actions émises le plein montant reçu en contrepartie de ces actions¹⁵, sans jouir cependant d'une disposition d'exception dans le cas d'actions émises en dividende comme le prévoit la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Heureusement, à l'inverse de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la *Loi sur les compagnies* permet l'émission d'actions avec valeur nominale et il est alors prévu que la compagnie porte au compte de capital versé le montant que représente la valeur nominale plutôt que la valeur de rachat de ces actions. C'est pourquoi il est maintenant courant dans les constitutions en société régies par la *Loi sur les compagnies* de prévoir une catégorie d'actions ayant une valeur nominale minime (par exemple, 0,01 \$ par action) et une valeur de rachat plus élevée (par exemple, 100 \$ par action).

Dans le cas d'une constitution en société en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* où les actions avec valeur nominale n'existent pas, la catégorie réservée à un tel dividende en actions prévoira une valeur de rachat fixe (par exemple 100 \$ par action), mais avec la possibilité d'inscrire

¹⁴ Colin SMITH, « Actions rachetables à prime/L.S.A.O. », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 10, n° 12, Association canadienne d'études fiscales, 27 décembre 2002, pp. 92-93.

¹⁵ Art. 123.48 L.C.

au compte de capital versé un montant moindre que celui de la valeur de rachat.

Dans notre exemple de purification de liquidités excédentaires de 500 000 \$, le dividende en actions dans le cas d'une constitution de la compagnie selon la *Loi sur les compagnies* avec une catégorie comme celle indiquée ci-dessus (soit des actions d'une valeur nominale de 0,01 \$ chacune et rachetables à 100 \$ par action), le dividende à déclarer par le conseil d'administration ou, le cas échéant, l'administrateur unique de la compagnie, serait un dividende de 50 \$ payable par l'émission de 5 000 actions privilégiées d'une valeur nominale de 0,01 \$ (pour un total de 50 \$ à porter au compte de capital versé), rachetables pour un montant de 100 \$ chacune (pour un total de 500 000 \$).

1.3. LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS DU QUÉBEC

Qu'en est-il maintenant de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec quant aux dividendes en actions?

Le concept de valeur nominale ayant été retenu, malgré une certaine hésitation de la part des rédacteurs de la nouvelle loi, les actions « hautes-basses » demeurent faciles à implanter dans un capital-actions autorisé d'une compagnie incorporée en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*. Les rédacteurs de cette dernière loi ont « jonglé » avec l'idée d'abolir les actions avec valeur nominale par souci d'uniformisation avec les législations des autres juridictions. Heureusement, ils ont résisté à cette impulsion :

- d'une part, parce que malgré leur souci d'harmoniser le régime québécois à celui édicté par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et par diverses autres lois, ils ont quand même tenu à conserver certaines spécificités, telles les actions avec valeur nominale, permettant au régime québécois de se démarquer – sans compter que certains ont souligné que ce genre d'actions constituait un atout intéressant sur le plan fiscal¹⁶;
- d'autre part, et surtout, parce que l'abrogation des actions avec valeur nominale aurait nécessité de modifier les statuts de toutes les compagnies constituées conformément à *Loi sur les compagnies* comportant de telles actions, ce que le registraire des entreprises voulait à tout prix éviter, se

¹⁶ Voir Paul MARTEL, *Loi sur les sociétés par actions (Québec) – Réforme en profondeur de la Loi sur les compagnies*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur Martel ltée, 2010, p. 19, art. 43.

souvenant du chaos entraîné par le *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*¹⁷ de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁸ du Québec et de l'avalanche de demandes de modifications de statuts qui s'était ensuivie.

Cela explique pourquoi la transition entre une compagnie constituée selon la partie IA de la *Loi sur les compagnies* et une compagnie régie par la *Loi sur les sociétés par actions* s'effectuera automatiquement, sans qu'il soit nécessaire d'en demander la continuation¹⁹, contrairement à ce qui s'était passé en 1980, lors de l'ajout de la partie IA à la *Loi sur les compagnies* : les compagnies de la partie I devaient alors demander leur continuation en partie IA. Seules les rares compagnies de la partie I encore subsistantes devront transmettre au registraire des entreprises des statuts de continuation. Toute compagnie constituée en société selon la partie I qui n'aura pas obtenu sa continuation en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de cette loi sera automatiquement dissoute à l'expiration de ce délai²⁰.

Non contente d'avoir conservé les actions avec valeur nominale, au grand plaisir des fiscalistes, la *Loi sur les sociétés par actions* va plus loin et adopte des mesures similaires à celles de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* en ce qui concerne les dividendes payés en actions sans valeur nominale. Elle profite aussi de l'occasion pour rendre encore plus limpide la possibilité de ne porter au compte capital versé qu'une partie du montant d'un dividende payé en actions.

Ainsi, le second alinéa de l'article 103 L.S.A. indique clairement que « si le paiement d'un dividende est effectué en actions, la société peut porter au crédit du compte de capital-actions émis et payé de la catégorie ou série appropriée toute ou partie de la valeur de ces actions ».

En conclusion, retenons que, sitôt qu'entrera en vigueur la *Loi sur les sociétés par actions*, les fiscalistes bénéficieront de la possibilité, pour une société régie par cette loi, de payer les dividendes en actions, tant en actions avec valeur nominale que sans valeur nominale.

¹⁷ A.M. 2005-20, 2005 G.O. 2, 4907.

¹⁸ L.R.Q., c. V-1.1.

¹⁹ Art. 716 L.S.A.

²⁰ Art. 715 L.S.A.

2. FRACTIONS D' ACTIONS

Selon la *Loi sur les compagnies*, le capital-actions d'une compagnie est divisible en unités, les actions, celles-ci n'étant pas elles-mêmes divisibles, puisque ce sont des unités de base. Non seulement l'émission de fractions d'actions n'est autorisée nulle part dans la *Loi sur les compagnies*, mais plusieurs dispositions prohibent implicitement une telle émission²¹.

Pour sa part, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ne fait aucune difficulté à reconnaître l'existence de fractions d'actions, et permet même de délivrer des certificats pour de telles fractions d'actions²².

Or, les fractions d'actions facilitent certaines planifications fiscales. Prenons l'exemple d'une compagnie qui souhaite sortir un élément d'actif de son bilan pour l'envoyer dans une autre compagnie. L'élément d'actif en question est une immobilisation ayant un prix de base rajusté et une JVM de 200 000 \$. Une des façons de faire pour réaliser l'extraction d'un tel élément d'actif est de faire en sorte que l'actionnaire²³ vende à l'autre compagnie récipiendaire de l'élément d'actif suffisamment d'actions ordinaires qu'il détient à cette autre compagnie pour représenter une valeur équivalente à celle de l'élément d'actif en question, soit 200 000 \$.

Si 10 actions ordinaires sont émises et en circulation et qu'elles ont une JVM de 800 000 \$, l'actionnaire devrait vendre le quart de ses actions, soit deux actions et demie (10/4), pour représenter une valeur de 200 000 \$. Nous pouvons supposer que cette opération s'effectuera avec « roulement » pour reporter tout impôt immédiat.

Une fois que les deux actions ordinaires et demie de la compagnie détenant l'immobilisation recherchée seront détenues par la compagnie récipiendaire, ces deux actions ordinaires et demie feront l'objet d'un achat

²¹ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. 1, éd. feuilles mobiles, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2010, par. 14-80. De plus, sitôt qu'une compagnie crée de telles fractions d'actions, dans le cadre d'une refonte de ses actions ou autrement, la loi favorise l'achat des fractions d'actions ainsi créées : voir par. 55 3) et art. 123.55 L.C.

²² Par. 49(15) L.C.S.A.

²³ Pour simplifier l'exemple, nous considérerons qu'il s'agit d'un actionnaire unique et qu'il détient uniquement des actions ordinaires dans le capital-actions de la compagnie.

de gré à gré entre les compagnies, et le prix d'achat sera payé par la cession de l'immobilisation recherchée d'une compagnie à l'autre²⁴.

Jusqu'à nouvel ordre, si la compagnie visée par cette planification était de juridiction québécoise, il aurait fallu, préalablement à cette planification, subdiviser les 10 actions ordinaires émises et en circulation en 100 ou 1 000 actions ordinaires en effectuant les procédures appropriées, de manière à éviter la vente d'une fraction d'action.

Une telle subdivision préalable ne sera plus nécessaire grâce à la reconnaissance des fractions d'actions selon la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*. À ce sujet, le modèle de la loi de la Colombie-Britannique²⁵ a été retenu plutôt que celui de la loi fédérale²⁶.

L'article 51 L.S.A. prévoit, au deuxième alinéa, qu'« une personne qui détient une fraction d'action a, à l'égard de cette fraction d'action, les droits²⁷ d'un actionnaire dans une proportion correspondant à la fraction qu'elle détient ».

Comme le mentionne M^e Paul Martel dans son ouvrage :

« [...] la société peut donc, notamment, émettre des fractions d'actions, inscrire le transfert de fractions d'actions, ou créer des fractions d'actions en effectuant la refonte d'actions conformément à l'article 90 L.S.A. Elle peut aussi acquérir des fractions d'actions de son propre capital (article 85 L.S.A.). On peut présumer que le détenteur d'une fraction d'action peut se faire remettre un certificat pour cette fraction d'action, car elle constitue le "nombre d'actions qu'il détient" au sens de l'article 63, alinéa 1 L.S.A.²⁸ »

3. CATÉGORIES D' ACTIONS

En principe, tant en vertu de la *Loi sur les compagnies* qu'en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, les actionnaires détenant des actions d'une

²⁴ Prêsumons que cet achat de gré à gré s'effectue sans impôt de la partie I, ni de la partie IV, et sans déclencher l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. : voir la note 6.

²⁵ *Business Corporations Act*, (SBC 2002), c. 57, art. 69(2) (« B.C.B.C.A. »).

²⁶ Art. 49(7) L.C.S.A.

²⁷ Qu'il s'agisse du droit à un dividende, du droit à voter, etc.

²⁸ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 22, art. 51.

même catégorie ont entre eux des droits égaux²⁹. Également, « sauf disposition contraire des statuts, les actionnaires détenant des actions d'une catégorie [...] ont des droits égaux à ceux des actionnaires détenant des actions d'autres catégories [...] »³⁰.

Il arrive souvent dans les planifications fiscales que l'on souhaite pouvoir émettre des actions de catégories différentes à différents actionnaires, sans courir le risque que toutes les catégories émises ne soient réputées en constituer une seule, afin d'éviter, entre autres, qu'il ne se calcule une moyenne des montants portés aux comptes de capital versé pour ces actions.

Par exemple, si les deux actionnaires fondateurs d'une compagnie souhaitent intéresser un nouvel actionnaire en lui émettant des actions du capital-actions de la compagnie pour un prix d'émission supérieur à celui versé initialement par eux, il s'effectuera une moyenne du montant payé par le nouveau venu avec celui payé par les actionnaires fondateurs, privant le nouveau venu d'une partie du montant payé pour ces actions en faveur des autres actionnaires.

Ainsi, si les deux actionnaires fondateurs ont souscrit à l'origine à 100 actions chacun pour 1 \$ par action, et qu'ils envisagent d'émettre au nouveau venu 100 nouvelles actions émises, pour 100 000 \$, il y aura alors 300 actions se partageant un montant de 100 200 \$ porté au compte de capital versé pour ces actions, soit une moyenne de 334 \$ par action émise. Bien que le nouveau venu ait déboursé 100 000 \$ pour son tiers des actions en circulation, il n'aura droit qu'à 33 400 \$ de capital versé, soit le tiers du capital versé total. Ce qui fait qu'advenant l'achat éventuel de ses 100 actions par la compagnie, au lieu de pouvoir retirer les premiers 100 000 \$ de son prix d'achat libre d'impôt (en guise de remboursement de son capital versé), seuls les premiers 33 400 \$ pourront lui être remis libres d'impôt, l'excédent devenant un dividende réputé³¹.

Le nouveau venu aurait alors raison de demander à pouvoir souscrire dans une catégorie d'actions différente de celle des actionnaires fondateurs

²⁹ Principe consacré par la doctrine et la jurisprudence, dont l'arrêt *Bowater Canadian Ltd. c. R. L. Crain Inc.*, (1987) 62 O.R. (2nd) 752 (C.A.) et maintenant clairement énoncé à l'alinéa 1 de l'article 49 L.S.A.

³⁰ Art. 49 (2^e al.) L.S.A.

³¹ Par. 84(3) L.I.R.

de manière à éviter une telle dilution de son capital versé. Par contre, le nouveau venu voudra que cette nouvelle catégorie comporte des droits égaux à ceux de la catégorie détenue par les actionnaires fondateurs.

Désormais, il est expressément prévu dans la *Loi sur les sociétés par actions* que « les statuts peuvent prévoir que plusieurs catégories d'actions [...] comportent les mêmes droits et restrictions »³², ce qui permettra la création de comptes distincts de capital versé³³.

Également, cette nouvelle précision dans la loi facilitera la mise en place d'un capital-actions autorisé comportant plusieurs catégories d'actions, à dividende discrétionnaire par exemple, sans que l'on ait à s'efforcer de créer une distinction, si minime soit-elle, entre ces différentes catégories pour éviter qu'elles ne soient réputées en constituer une seule.

4. ACTIONS IMPAYÉES

Contrairement à la presque totalité des lois sur les sociétés applicables dans les autres provinces et à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la législation québécoise permet que des actions soient émises sans avoir été payées, en tout ou en partie, lors de leur émission.

Sous le régime fédéral, pour ne parler que de celui-là, « les actions ne peuvent être émises avant d'avoir été entièrement libérées soit en numéraire, soit en biens ou en services rendus dont la juste valeur ne peut être inférieure à la somme d'argent que la société recevrait si la libération devait se faire en numéraire »³⁴.

Les rédacteurs de la *Loi sur les sociétés par actions* ont bien fait de conserver cette particularité de la *Loi sur les compagnies*. La possibilité d'émettre des actions sans qu'elles soient entièrement libérées est très utile en fiscalité, et tout particulièrement dans les planifications fiscales de gel successoral, impliquant une fiducie entre vifs.

Il est fréquent, lorsqu'un entrepreneur (l'« auteur du gel ») désire geler sa participation dans une compagnie privée au bénéfice des membres de sa famille, d'utiliser une fiducie familiale entre vifs, discrétionnaire et, le cas

³² Art. 49 (3^e al.) L.S.A.

³³ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 158, voir les « plus-plus » fiscalité.

³⁴ Par. 25(3) L.C.S.A.

échéant, réversible³⁵. Cette fiducie souscrira les nouvelles actions participantes émises dans le cadre du gel, après que l'auteur du gel aura échangé les siennes en actions privilégiées spéciales de gel. Il est très important que les fonds utilisés par la fiducie pour souscrire aux nouvelles actions participantes ne proviennent pas de l'auteur du gel, ni de préférence du constituant de la fiducie, afin d'éviter l'application de diverses règles d'attribution prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Il reste que la fiducie doit obtenir suffisamment de fonds pour pouvoir, d'une part, souscrire les nouvelles actions participantes et, d'autre part, supporter ses frais divers. Puisqu'il est préférable de proscrire tout transfert de fonds à la fiducie de la part de l'auteur du gel ou du constituant de la fiducie, comment faire?

Différentes techniques sont utilisées, dont :

- obtenir de l'institution financière auprès de laquelle la fiducie ouvrira son compte bancaire l'usage d'une marge ou d'un découvert d'un montant suffisant pour combler ces besoins;
- obtenir d'un ami proche ou d'un parent (non assujéti au déclenchement de règles d'attribution) qu'il fasse un prêt à la fiducie de la somme nécessaire pour combler ces besoins;
- ou, et c'est là que cela devient intéressant aux fins du présent texte, dans le cas d'une compagnie de juridiction québécoise, émettre les actions participantes à la fiducie sans que celle-ci les paye immédiatement, laissant au conseil d'administration de la compagnie le soin, si nécessaire, d'exiger, par voie d'appel de versements, toute somme impayée sur les actions souscrites.

En pratique, sitôt que la compagnie a généré quelques profits et dans les mois qui suivent cette souscription par la fiducie, un dividende est déclaré et versé à cette dernière qui, après avoir acquitté son impôt sur ce dividende, paie le prix de souscription des actions qu'elle a souscrites.

³⁵ Par « réversible », il faut entendre une fiducie dont les biens peuvent revenir à l'auteur du gel, renversant ainsi toute intention initiale de partage avec d'autres membres de la famille.

Le texte de l'article 53 L.S.A. indique clairement, à son premier alinéa, que « les actions de la société peuvent être émises, qu'elles soient entièrement payées ou non ».

Les articles 75 à 80 L.S.A. traitent des actions impayées. Sans entrer dans les détails, retenons qu'à moins que les modalités de paiement des actions ne soient établies par contrat, le conseil d'administration peut exiger des actionnaires, par voie d'appel de versements, la totalité ou une partie des sommes impayées sur les actions qu'ils ont souscrites ou qu'ils détiennent en suivant, le cas échéant, les modalités prévues par le règlement intérieur de la société³⁶.

M^e Paul Martel rappelle que l'appel de versement (et la confiscation d'actions en plus de l'interdiction de vote qui le sanctionnent) suit les actions, et ne s'attache pas à la personne du souscripteur initial. Les mots « ou qu'ils détiennent » au premier alinéa de l'article 75 L.S.A. visent en effet d'autres détenteurs que le souscripteur³⁷.

Les fiducies étant de plus en plus dans le collimateur des autorités fiscales, il est important de bien documenter chacune des étapes de la création d'une fiducie entre vifs et, tout particulièrement, la façon dont la fiducie a acquis les actions qu'elle peut détenir dans la compagnie privée ayant fait l'objet d'un gel de succession. Ainsi, une résolution des fiduciaires devrait être rédigée afin de confirmer la souscription par la fiducie à des actions participantes dans la compagnie visée par le gel de succession et, le cas échéant, le fait que le paiement de ces actions n'ait pas été effectué et soit soumis à un appel de versement de la part de la compagnie.

Plus tard, lorsque la fiducie aura reçu son premier dividende de la compagnie, une résolution des fiduciaires devra constater le paiement des actions ainsi souscrites, que ce paiement soit effectué volontairement par la fiducie ou fasse suite à la réception d'un avis d'appel de versement de la part de la compagnie. Auquel cas, il sera également de mise pour l'administrateur unique de la compagnie ou son conseil d'administration d'adopter une résolution prévoyant cet appel de versement et indiquant le montant du versement exigé ainsi que le délai pour régler ce montant. Un avis de l'appel de versement est préparé et inséré dans le livre de la fiducie, en annexe de la résolution des fiduciaires afférente au paiement des actions.

³⁶ Art. 75 (1^{er} al.) L.S.A.

³⁷ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 28, art. 75.

5. COMPTE DE CAPITAL-ACTIONS ÉMIS ET PAYÉ

Les principes énoncés selon la *Loi sur les compagnies*³⁸ sont repris presque intégralement par la *Loi sur les sociétés par actions*³⁹. Brièvement :

- a) la compagnie tient un compte de capital-actions émis et payé, lequel compte est subdivisé par catégories ou, le cas échéant, séries d'actions⁴⁰;
- b) dans le cas d'actions avec valeur nominale, la compagnie verse à ce compte le montant que représente la valeur nominale⁴¹;
- c) dans le cas d'actions sans valeur nominale, la compagnie verse à ce compte les sommes reçues en contrepartie des actions qu'elle émet⁴²;
- d) le compte de capital-actions émis et payé est modifié chaque fois que la compagnie acquiert des actions de son capital-actions émis ou qu'elle réduit ou augmente le montant de son capital-actions émis et payé⁴³;
- e) une compagnie réduit son compte de capital-actions émis et payé lorsqu'elle acquiert une partie de ses actions (ou, avec la nouvelle loi, ses fractions d'actions) :
 - dans le cas d'actions avec valeur nominale, du montant de la valeur nominale,
 - dans le cas d'actions sans valeur nominale, du produit obtenu en multipliant le montant moyen reçu par action à ce compte lors de l'émission des actions par le nombre d'actions (ou de fractions d'actions) acquises⁴⁴.

³⁸ Art. 123.47 à 123.51 L.C.

³⁹ Art. 68 à 73 L.S.A.

⁴⁰ Art. 123.47 L.C. et art. 68 L.S.A.

⁴¹ Art. 123.48 L.C. et art. 69 L.S.A.

⁴² *Id.*

⁴³ Art. 123.50 L.C. et art. 71 L.S.A.

⁴⁴ Art. 123.51 L.C. et art. 72 L.S.A.

Ce qu'il y a de nouveau dans la *Loi sur les sociétés par actions* par rapport à la *Loi sur les compagnies* en ce qui concerne le compte de capital-actions émis et payé se résume à ce qui suit :

- a) les modifications à apporter au compte de capital-actions émis et payé lors d'une conversion ou un échange d'actions, qui ne faisaient l'objet d'aucune disposition spécifique dans la *Loi sur les compagnies*, sont dorénavant expressément explicitées dans la loi, à l'instar du modèle fédéral⁴⁵;
- b) nonobstant le principe selon lequel la compagnie qui émet des actions sans valeur nominale doit verser au compte de capital-actions émis et payé les sommes reçues en contrepartie de l'émission de ces actions, une quatrième exception est ajoutée à celles déjà prévues dans le cas d'opérations avec lien de dépendance ou en cas de fusion : ainsi, il sera dorénavant possible, comme l'autorise la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* depuis 2001, de verser moins que la totalité des sommes reçues en contrepartie de l'émission d'actions sans valeur nominale lorsque cette émission d'actions s'effectuera en échange des biens d'une personne avec laquelle elle n'a pas de lien de dépendance, si cette personne, la compagnie et tous les actionnaires de la catégorie ou série en cause y consentent⁴⁶.

L'ajout de cette nouvelle possibilité d'inscrire au compte capital-actions émis et payé d'une compagnie une partie seulement de la valeur de la contrepartie reçue lors de l'émission d'actions sans valeur nominale facilitera les opérations, avec « roulement » aux fins fiscales, entre une compagnie québécoise et un actionnaire n'ayant pas de lien de dépendance avec celle-ci.

⁴⁵ Contrairement à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* qui, aux paragraphes 39(4), 39(5) et 39(9) décrit les rectifications qui doivent être apportées au compte capital déclaré de la société lors d'un échange d'actions, la *Loi sur les compagnies* du Québec ne renfermait aucune disposition traitant expressément des rectifications au compte capital-actions émis et payé lors d'un tel échange d'actions : voir M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 21, par. 18-160. Dorénavant, les articles 73 et 74 L.S.A. expliquent clairement les rectifications à apporter au compte capital-actions émis et payé lors d'une conversion ou d'un échange d'actions.

⁴⁶ Notons que ce consentement n'est même pas requis si l'émission n'entraîne pas une diminution du montant obtenu en divisant la valeur du compte de capital-actions émis et payé afférent à la catégorie d'actions émises par le nombre d'actions émises de cette catégorie : nouveau paragraphe 2 de l'article 70 L.S.A., inspiré du sous-alinéa 26(3)a)(iii) L.C.S.A. et du *Business Corporations Act* (Ontario), R.S.O. 1990, c. B.16, par. 24(3.1).

Il ne sera plus nécessaire de prévoir expressément une catégorie d'actions privilégiées de roulement, avec une valeur nominale, dans le capital-actions autorisé d'une compagnie de juridiction québécoise en vue d'une opération avec roulement concernant une personne sans lien de dépendance avec la compagnie.

6. « INCESTE CORPORATIF »

La *Loi sur les sociétés par actions* a innové dans le domaine de l'inceste. L'inceste dont il est fait mention ici est l'« inceste corporatif », c'est-à-dire le fait pour une compagnie de détenir les actions de sa personne morale mère ou de permettre que les actions de cette dernière soient acquises par une ou plusieurs de ses filiales⁴⁷.

L'innovation en question est de permettre que pendant une durée de 30 jours il soit possible à une compagnie assujettie à la *Loi sur les sociétés par actions* de détenir des actions de sa compagnie mère et, dans le cas d'une compagnie mère, de permettre que ses propres actions soient détenues par une ou plusieurs de ses filiales⁴⁸.

Plusieurs planifications fiscales profiteront de cette innovation. Pensons, par exemple, à la situation d'une compagnie filiale qui souhaite transférer un immeuble commercial à sa compagnie mère. Ces deux compagnies doivent transférer à la JVM de l'immeuble commercial étant donné qu'elles ont entre elles un lien de dépendance⁴⁹. Supposons maintenant que cette disposition à la JVM entraîne pour le vendeur un gain en capital ou une récupération d'amortissement, les parties à l'opération voudront certainement un transfert « avec roulement »⁵⁰. Or, pour qu'il y ait roulement, il faut qu'il y ait émission d'au moins une action du capital-actions de l'acquéreur émise en faveur du vendeur. Dans le cas présent, l'acquéreur étant la compagnie mère du vendeur, cela signifie que la compagnie mère permet qu'une ou des

⁴⁷ Le mot « filiale » englobe maintenant les sous-filiales : voir la définition de « filiale » à l'article 2 L.S.A. Voir aussi P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 31, art. 86 et 87; à cet égard, l'auteur rappelle qu'« une disposition transitoire prévoit que les sous-filiales qui détiennent des actions de la personne morale mère (ce qui était légal jusqu'alors) à l'entrée en vigueur de la L.S.A. ont cinq ans pour s'en départir (art. 720) ».

⁴⁸ Art. 86 L.S.A. Cette innovation est inspirée de l'Alberta : *Business Corporations Act* (Alberta), R.S.A. 2000, c. B-9, par. 32(2.1) et suiv.

⁴⁹ Par. 69(1), al. 251(1)a) et s.-al. 251(2)b)(i) L.I.R.

⁵⁰ Par. 85(1) L.I.R.

actions de son propre capital-actions soient détenues par sa compagnie filiale⁵¹.

Il était possible d'éviter l'application de cette disposition d'émission ou de détention « incestueuse » en faisant en sorte que, lors de l'opération, la compagnie venderesse ait cessé d'être la filiale de la compagnie acheteuse. Pour ce faire, il suffisait pour un actionnaire de la compagnie mère de souscrire à suffisamment d'actions avec droit de vote (sans droit de participation) de la compagnie filiale pour que la compagnie mère ne contrôle plus la compagnie filiale, mettant ainsi en veilleuse la notion d'inceste corporatif.

Il devenait alors possible et légal pour la compagnie acheteuse (la mère) d'émettre des actions de son capital-actions à la compagnie venderesse (sa filiale) sans qu'il s'agisse d'une détention prohibée.

Par contre, en privant la compagnie mère de son contrôle (à plus de 90 % des votes) de la compagnie filiale, on privait le transfert de l'immeuble commercial de l'exonération permise des droits sur les mutations entre deux compagnies étroitement liées, du fait que l'une détient plus de 90 % des actions ayant plein droit de vote dans l'autre⁵².

Heureusement, le concept de compagnie étroitement liée a été étendu à la détention, non seulement d'actions comportant plein droit de vote, mais également d'actions donnant droit à une JVM importante d'une compagnie dans l'autre.

Le pourcentage retenu en termes de votes ou de JVM est de 90 % et plus.

Ainsi, même si des actions avec droit de vote de la compagnie filiale étaient émises pour 100 \$ environ à un actionnaire de la compagnie mère, cela ne privait pas pour autant la compagnie mère de sa détention des actions participantes représentant plus de 90 % de la JVM des actions émises et en circulation de la compagnie filiale.

L'opération pouvait alors s'effectuer, d'une part, en respectant l'émission d'actions de roulement de la compagnie mère à sa filiale sans que

⁵¹ Art. 123.43 L.C. et par. 30(1) L.C.S.A.

⁵² *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1, par. 19d).

cette émission provoque un « inceste », et d'autre part, sans empêcher les compagnies parties à l'opération d'être considérées comme « étroitement liées » aux fins de l'exonération des droits sur les mutations.

Avec la nouvelle mesure d'une période de grâce de 30 jours de détention prohibée « permise », il deviendra possible d'effectuer une telle opération sans plus de détour. D'autant plus qu'il fallait, après un tel transfert de l'immeuble commercial, faire disparaître les actions avec droit de vote (sans droit de participation) émises à l'actionnaire de la compagnie mère, ce qui en soi pouvait devenir un sujet épineux.

Pendant la période d'une telle détention prohibée « permise », la compagnie filiale qui détient les actions de sa personne morale mère ne peut exercer les droits de vote qui y sont afférents⁵³.

De plus, à compter de l'expiration de la période de 30 jours, la détention par la compagnie des actions dans sa personne morale mère, si elle se poursuit toujours, devient frappée de nullité⁵⁴.

7. ÉMISSION D' ACTIONS LORS DE L' ORGANISATION

Il est fréquent, en planification fiscale, de constituer une compagnie en vue de procéder à l'acquisition de biens appartenant à un contribuable. Il peut s'agir d'éléments d'actif d'une entreprise exploitée par ce contribuable ou d'actions d'une autre compagnie détenue par ce dernier. Par exemple, un entrepreneur exploitant une entreprise non constituée en compagnie désire la transférer à une compagnie afin d'être en mesure de vendre, non pas les éléments d'actif constituant son entreprise (immobilisations, achalandage, etc.), mais plutôt les actions de la compagnie à laquelle il aura transféré ses éléments d'actif, de manière à pouvoir réaliser un gain en capital sur disposition d'actions et de bénéficier de sa déduction pour gains en capital de 750 000 \$.

Pour que les actions de la nouvelle compagnie qui sont émises à l'entrepreneur puissent être admissibles à la déduction pour gains en capital, elles doivent lui être émises en contrepartie de la totalité, ou presque, des

⁵³ Art. 86 (2^e al.) L.S.A.

⁵⁴ Art. 86 (3^e al.) L.S.A. : P. MARTEL, *op. cit.*, note 21, p. 32, art. 86 et 87 L.S.A. *in fine*.

éléments d'actif utilisés dans une entreprise exploitée activement par cet entrepreneur⁵⁵.

Il est donc préférable d'éviter d'émettre des actions du capital-actions de la nouvelle compagnie lors de l'organisation de celle-ci, à la suite de sa constitution. Des actions émises contre paiement lors d'une organisation ne sont pas des actions émises dans le cadre d'une opération dans laquelle l'entrepreneur a disposé de biens en faveur de la compagnie.

Or, contrairement à la constitution d'une compagnie constituée conformément à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* qui n'exige pas, lors de la réunion d'organisation de la compagnie, que des actions soient émises à ce moment⁵⁶, les administrateurs d'une compagnie constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies* doivent, au cours de la réunion d'organisation de la compagnie, émettre au moins une action de celle-ci⁵⁷.

Évidemment, les praticiens ont quelques astuces pour éviter cette situation, comme requérir la constitution de la compagnie à une date le plus près possible du moment où le contribuable est prêt à traiter avec elle (plutôt que des mois à l'avance), ou pour procéder à l'ajournement de la réunion d'organisation de la compagnie après la mise en place des structures nécessaires à son opération (soit, entre autres, l'établissement des règlements généraux, la nomination des dirigeants et l'adoption des mesures relatives aux affaires de banque) mais avant l'émission de ces actions⁵⁸.

Toujours est-il qu'à l'instar de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, il ne sera pas nécessaire en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* d'émettre des actions lors de la réunion d'organisation que doit tenir le conseil d'administration après la constitution de la compagnie⁵⁹. De

⁵⁵ Div. 110.6(14)f)(ii)(A) L.I.R.

⁵⁶ Par. 104(1) L.C.S.A. Étant donné que la première assemblée des actionnaires n'est pas requise dès l'organisation, il n'est pas nécessaire d'émettre des actions immédiatement. Cependant, il ne faudra pas attendre plus de 18 mois pour émettre des actions, étant donné que les administrateurs doivent convoquer une assemblée annuelle des actionnaires dans les 18 mois suivant la création de la compagnie (al. 133(1)a) L.C.S.A.).

⁵⁷ Art. 123.17 L.C.

⁵⁸ Pour en savoir plus sur l'ajournement d'une réunion du conseil d'administration, voir M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 21, par. 29-48.

⁵⁹ Art. 11 L.S.A.

même, comme la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la *Loi sur les sociétés par actions* prévoit qu'une assemblée annuelle des actionnaires doit être tenue dans les 18 mois suivant la constitution de la compagnie. Par la suite, l'assemblée annuelle des actionnaires devra se tenir dans les 15 mois suivant l'assemblée annuelle précédente⁶⁰.

Dorénavant, il sera possible pour les compagnies constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, comme cela se fait selon la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, de régler toute l'organisation de la compagnie au cours d'une première réunion du conseil d'administration (habituellement formé du ou des administrateurs initiaux, c'est-à-dire celui ou ceux nommés dans la liste d'administrateurs déposée avec les statuts de constitution), sans qu'il soit nécessaire de tenir une assemblée des actionnaires et une réunion des administrateurs permanents⁶¹.

Cela ne veut pas dire qu'il faille attendre les 18 mois prévus à la loi avant d'émettre des actions dans une compagnie nouvellement constituée. Il deviendrait problématique, au fur et à mesure que des bénéfices seraient générés dans cette compagnie, d'émettre des actions participantes pour une valeur nominale. Les autorités fiscales pourraient alors soulever l'effet produit par l'affaire *Kieboom c. MRN* (effet *Kieboom*)⁶².

En pouvant ainsi reporter l'émission initiale d'actions de quelques mois si nécessaire (pourvu que ce soit moins de 18 mois, il sera possible d'attendre le moment propice pour émettre les premières actions de la compagnie, préférablement dans l'exemple précédent, au moment de la cession à la compagnie des éléments d'actif de l'entreprise que le contribuable veut constituer en compagnie.

8. FIXATION D'UNE HEURE AUX STATUTS

Parmi les améliorations techniques apportées à la *Loi sur les sociétés par actions* par rapport à la *Loi sur les compagnies*, pour le grand bonheur

⁶⁰ Art. 163 L.S.A.

⁶¹ Précité, note 56; également P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, par. 28-11 à 28-13.

⁶² [1992] 3 C.F. 488 (C.A.F.); dans cette affaire, des actions ont été émises pour une valeur moindre que leur JVM et le tribunal a jugé que le contribuable qui a autorisé ces émissions a transféré une valeur économique au souscripteur des actions ainsi émises à une valeur moindre que leur JVM. Une telle détermination par la Cour a donné ouverture à l'application de l'alinéa 69(1)b) L.I.R. ainsi qu'aux règles d'attribution des paragraphes 74.1(1), 74.1(2) et 74.2(1) L.I.R.

des fiscalistes, mentionnons la possibilité de fixer une heure, en plus d'une date, pour l'entrée en vigueur des statuts, qu'il s'agisse :

- a) des statuts de constitution : « la société est constituée à la date et, le cas échéant, à l'heure figurant sur le certificat de constitution délivré par le registraire des entreprises »⁶³;
- b) des statuts de modification : « les modifications aux statuts ont effet à compter de la date et, le cas échéant, de l'heure figurant sur le certificat de modification délivré par le registraire des entreprises »⁶⁴;
- c) des statuts de fusion : « le certificat de fusion, délivré par le registraire des entreprises [...], atteste de la fusion des sociétés à la date et, le cas échéant, à l'heure figurant sur ce certificat »⁶⁵.

Mentionnons de plus que la *Loi sur les sociétés par actions*, dans son nouveau chapitre XVI traitant de « réorganisation et arrangement », prévoit la possibilité pour une compagnie de demander au tribunal d'approuver un arrangement qu'elle propose, lorsqu'elle souhaite réaliser une opération qu'elle peut difficilement atteindre, soit parce que les dispositions de la loi sont insuffisantes, soit parce que leur application est difficilement réalisable ou trop onéreuse (en termes monétaires ou d'efforts)⁶⁶. Tout arrangement approuvé par le tribunal est confirmé par des statuts d'arrangement, lesquels prennent effet à compter de la date et, le cas échéant, de l'heure figurant sur le certificat d'arrangement délivré par le registraire des entreprises après que les statuts lui eurent été transmis⁶⁷. Cette possibilité ne fera probablement pas partie de la pratique courante des fiscalistes.

L'arrangement soumis à l'approbation du tribunal peut porter sur plusieurs objets, dont la modification des statuts, la fusion de la compagnie avec une autre, le fractionnement des activités de la compagnie, l'aliénation de biens de la compagnie, la dissolution de la compagnie, la modification de ses activités ou de ses affaires internes, etc.⁶⁸

⁶³ Art. 10 L.S.A.

⁶⁴ Art. 245 L.S.A.

⁶⁵ Art. 286 L.S.A.

⁶⁶ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 134, art. 414 à 420.

⁶⁷ Art. 417 à 420 L.S.A.

⁶⁸ Art. 415 L.S.A.

Les fiscalistes apprécieront la possibilité, dans la même journée, de réaliser diverses opérations à des heures fixes dans le cadre d'une planification nécessitant une série d'opérations prenant effet dans un ordre chronologique.

Pensons à l'acquisition d'actions, à 10 h par une compagnie constituée à 9 h suivie de la fusion de ces deux compagnies à 11 h.

Nous avons tous vécu des situations où les différentes étapes d'une planification se prolongent d'heure en heure, ou même de demi-heure en demi-heure tout le long d'une journée donnée.

Cette possibilité de fixer une heure précise à l'obtention de statuts complètera les autres moyens dont disposent les fiscalistes pour éviter, entre autres, la multiplicité des années d'imposition d'une compagnie faisant l'objet d'une planification. Parmi ces mesures, rappelons celles-ci :

- a) l'acquisition de contrôle d'une compagnie à un moment donné entraînera, immédiatement avant ce moment, la fin de l'année d'imposition en cours de la compagnie et le début d'une nouvelle année d'imposition commençant à ce moment⁶⁹; c'est pourquoi les parties choisiront préférablement de conclure l'entente le premier jour suivant la fin d'une année d'imposition régulière de la compagnie visée par l'acquisition de contrôle;
- b) un délai de grâce de sept jours est accordé afin d'éviter une nouvelle année d'imposition réputée par suite d'une acquisition de contrôle au cours de cette période de sept jours suivant la fin d'une année d'imposition régulière, à condition cependant que la compagnie fasse un choix en ce sens dans la déclaration de revenus qu'elle produit pour cette année⁷⁰;
- c) la compagnie issue de la fusion d'autres compagnies est réputée être une nouvelle compagnie dont la première année d'imposition est réputée avoir commencé au moment de la fusion, tandis que l'année d'imposition

⁶⁹ Al. 249(4)a)et 249(4)b) L.I.R.

⁷⁰ Al. 249(4)c) L.I.R. : la compagnie peut ainsi prolonger son année d'imposition habituelle jusqu'à un maximum de sept jours.

de chacune des compagnies remplacées est réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion⁷¹;

- d) le contrôle d'une compagnie qui est acquis à un moment donné est réputé l'être au début du jour où tombe ce moment ou, si la compagnie en fait le choix, au moment de ce jour où le contrôle est effectivement acquis; le choix se fait dans la déclaration de revenus de la compagnie produite pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant l'acquisition de contrôle⁷².

Bref, la législation fiscale permettait déjà une certaine latitude en ce qui a trait au moment, au cours d'une journée, où le contrôle d'une compagnie est effectivement acquis.

Il sera maintenant possible, dans le cas où des compagnies de juridiction québécoise constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* sont utilisées, de conjuguer l'heure de l'obtention de statuts de constitution, de modification, de fusion ou, plus rarement, d'arrangement, avec celle d'une acquisition de contrôle ou de toute autre opération convenue entre les parties, et survenant à la même date.

9. CORRECTION DES STATUTS PAR UN REPRÉSENTANT

Un autre cadeau accordé au praticien en droit fiscal par la *Loi sur les sociétés par actions* est la possibilité pour celui-ci de demander une correction à des statuts qu'il a transmis au registraire des entreprises, lorsque ces statuts comportent une erreur manifeste, et ce, sans requérir l'autorisation du conseil d'administration ni celle des actionnaires de la compagnie visée par ces statuts.

Comme aucun professionnel n'est à l'abri d'une erreur dans la rédaction de statuts de constitution, de modification ou de fusion, voilà que la loi lui permet de corriger une erreur sans nécessairement requérir l'approbation préalable de son client.

Encore faut-il cependant que la correction demandée vise une erreur manifeste contenue au certificat se rapportant aux statuts déposés⁷³.

⁷¹ Al. 87(2)a) L.I.R.

⁷² Par. 256(9) L.I.R.

⁷³ Art. 257 et suiv. L.S.A.

Comme le mentionne Paul Martel⁷⁴, cette innovation inspirée du modèle fédéral⁷⁵ permettra au professionnel de corriger une erreur manifeste « ni vu, ni connu ».

Une demande de correction doit refléter l'intention d'origine et être présentée au registraire des entreprises dans les 60 jours suivant la délivrance du certificat qui se rapporte aux statuts comportant l'erreur⁷⁶.

Sont joints à la demande de correction :

- les statuts corrigés;
- les certificats qui comportent une erreur, le cas échéant;
- tout document faisant état de l'intention d'origine ou, à défaut, une déclaration attestant que la correction reflète cette intention;
- les droits prescrits par règlement⁷⁷.

10. ALIÉNATION DES BIENS

Dans la plupart des planifications successorales, la préoccupation de l'auteur d'un gel de succession est de ne pas perdre le contrôle de la compagnie visée par le gel, tant que l'auteur du gel ne se sent pas prêt à se défaire de ce contrôle.

La conservation du contrôle par l'auteur du gel ne pose généralement pas de problème. Il suffit d'émettre à l'auteur du gel des actions privilégiées avec droit de vote, sans droit de participation, en nombre suffisant pour qu'il ait plus de votes que tous les autres actionnaires ensemble.

En détenant le contrôle de la compagnie visée par le gel, l'auteur du gel conserve le pouvoir de nommer le ou les administrateurs de celle-ci et, le cas échéant, de se nommer administrateur unique de la compagnie.

⁷⁴ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 92 et 93; art. 257, 258, 259 et 260 L.S.A.

⁷⁵ Al. 265(3)a) et 265(3)b) L.C.S.A.

⁷⁶ Art. 258 L.S.A.

⁷⁷ Vraisemblablement 155 \$. Voir *Loi sur la publicité légale des entreprises*, L.Q. 2010 c. 7, Projet de loi 87 sanctionné le 19 mai 2010, annexe II; P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 93 et art. 259 et 260 L.S.A.

Il était de mise toutefois de rappeler à l'auteur du gel que, même s'il conservait le pouvoir décisionnel au sein de la compagnie, cela ne lui donnait pas le droit de vendre les actions détenues par les bénéficiaires du gel advenant qu'il en vienne à la conclusion qu'il est préférable de vendre la compagnie à des tiers plutôt que de la laisser entre les mains des bénéficiaires du gel.

Pour remédier à ce problème, différentes avenues s'offrent aux fiscalistes élaborant la planification successorale :

- a) la signature d'une convention entre actionnaires comprenant, entre autres, une clause d'entraînement (*piggy back*), prévoyant l'obligation pour les bénéficiaires du gel de vendre leurs actions de la compagnie au tiers acquéreur pressenti par l'auteur du gel, advenant que ce dernier décide de lui vendre les siennes;
- b) la souscription des actions devant appartenir aux bénéficiaires du gel par une fiducie plutôt que par ceux-ci personnellement; il est alors plus facile de prévoir une vente par les fiduciaires des actions détenues en fiducie advenant certaines circonstances prédéterminées.

Dans le cas où une vente des éléments d'actif de la compagnie était envisagée, plutôt qu'une vente des actions de celle-ci, nous pouvions, jusqu'à nouvel ordre, mentionner à l'auteur du gel que, contrairement à une compagnie constituée conformément à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁷⁸, la vente de la totalité ou de la quasi-totalité des biens de la compagnie pouvait être décidée par le conseil d'administration sans qu'il soit requis d'obtenir l'approbation des actionnaires. Ainsi, dans le cas d'un gel effectué au sein d'une compagnie de juridiction québécoise, l'auteur de ce gel pouvait se dire qu'en dernier recours, faute de pouvoir s'entendre avec les bénéficiaires du gel, il pourrait toujours vendre les éléments d'actif de la compagnie visée par le gel sans leur approbation.

Avec la *Loi sur les sociétés par actions*, cela ne sera plus possible. Le nouveau chapitre X intitulé « Aliénation affectant la poursuite d'activités substantielles » vient créer une barrière similaire à celle du modèle fédéral à l'aliénation des biens de la compagnie⁷⁹.

⁷⁸ Par. 189(3) L.C.S.A.

⁷⁹ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 95 à 98, art. 271 à 274 L.S.A. où l'auteur souligne que les nouvelles dispositions du chapitre X, bien qu'inspirées du modèle fédéral (à suivre...)

Au fédéral, « les ventes, locations, ou échanges de la totalité ou la quasi-totalité des biens de la société, qui n'interviennent pas dans le cours normal de ses activités, sont soumis à l'approbation des actionnaires [...] »⁸⁰.

La notion de « quasi-totalité des biens » a toujours causé problème et a donné lieu à l'établissement par les tribunaux d'une dualité de tests :

- a) le test quantitatif : au moins 75 % de la valeur des actifs, d'après l'arrêt québécois⁸¹, *Cogeco Cable Inc. c. CFCE Inc.*, qui ne fait pas nécessairement autorité;
- b) le test qualitatif : réorientation fondamentale qui « touche au cœur » de l'entreprise, opération qui « affecte substantiellement l'existence et l'objet de la société »⁸².

Sans vouloir faire une analyse exhaustive des nouvelles dispositions des articles 271 à 275 L.S.A., nous nous permettons de reprendre sommairement les principales différences notées par Paul Martel entre la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et la *Loi sur les sociétés par actions* en ce qui a trait à l'aliénation des biens de la compagnie⁸³ :

- la notion de « totalité ou quasi-totalité des biens » est remplacée par celle de la poursuite des « activités substantielles » par la compagnie : au lieu d'examiner les biens aliénés, la loi se concentre sur ceux qui ne le sont pas et pose la question de savoir s'ils suffisent à constituer une « activité substantielle »; cette dernière notion a l'avantage de cumuler statutairement les tests qualitatif et quantitatif déjà connus, car une présomption irréfragable est établie selon laquelle la compagnie poursuit des « activités substantielles » lorsqu'après l'aliénation du bien la compagnie poursuit encore des activités antérieures à l'aliénation, et que ces activités :

(...suite)

(par. 189(3) à 189(9) L.C.S.A.), ont été modifiées à la lumière des modèles américain (art. 12.02(a) M.B.C.A.) et de la Colombie-Britannique (par. 301(6) B.C.B.C.A.).

⁸⁰ Par. 189(3) L.C.S.A.

⁸¹ [1996] R.J.Q. 218 (C.A.).

⁸² P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 95.

⁸³ *Id.*, p. 98.

- nécessitaient l'utilisation d'au moins 25 % de la valeur de l'actif de la compagnie à la date de la fin de l'exercice financier précédant l'aliénation et
- ont généré au cours de cet exercice financier au moins 25 % des produits (au sens comptable du terme) ou du bénéfice avant impôt de la compagnie (art. 274 L.S.A.);
- la résolution spéciale requise des actionnaires pour autoriser une telle aliénation des biens de la compagnie, ne requiert pas le vote des détenteurs d'actions sans droit de vote;
- l'aliénation de biens en faveur d'une filiale à 100 % est exempte de l'obtention de cette résolution spéciale des actionnaires (art. 273 L.S.A.);
- l'aliénation de biens ou du contrôle d'une filiale est visée par ce régime (art. 273 L.S.A.).

11. DROIT AU RACHAT DES ACTIONS

En admettant que l'auteur du gel obtienne ainsi l'autorisation des actionnaires pour la vente des éléments d'actif de la compagnie, par résolution spéciale (c'est-à-dire adoptée par au moins les deux tiers des voix exprimées lors d'une assemblée des actionnaires habiles à voter), qu'advient-il des actionnaires qui se seraient opposés à cette aliénation des biens de la compagnie? Dans le cas d'un gel de succession, qu'advierait-il des actions détenues par le ou les enfants qui se seraient opposés à la vente de l'entreprise exploitée par la compagnie visée par le gel?

Encore une fois, c'est un chapitre entièrement nouveau de la *Loi sur les sociétés par actions* qui répond à cette question.

Il s'agit du chapitre XIV intitulé « Droit au rachat d'actions »⁸⁴. Essentiellement, ce chapitre introduit dans notre droit des compagnies québécoises le « droit de dissidence » de l'article 190 L.C.S.A.⁸⁵.

⁸⁴ Art. 372 à 397 L.S.A.

⁸⁵ Pour plus de détails sur ce nouveau chapitre XIV traitant du droit au rachat d'actions, voir P. MARTEL, *op. cit.* note 16, pp. 121 à 127, art. 372-398 L.S.A.

Ainsi, tout actionnaire ayant voté contre l'adoption d'une résolution spéciale « autorisant une aliénation de biens de la société » serait en droit d'exiger le rachat par la compagnie de la totalité de ses actions, à la condition cependant que « par suite de cette aliénation, la société ne peut poursuivre des activités substantielles »⁸⁶.

Cela voudrait dire que, contrairement à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* où il suffit de s'opposer à l'aliénation de biens par la compagnie (ou même de s'abstenir de se prononcer à ce sujet), pour donner ouverture au droit de dissidence, en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, le détenteur d'actions avec droit de vote doit non seulement voter contre la résolution, mais de plus cette aliénation doit être suffisamment importante pour que la compagnie ne puisse plus poursuivre d'activités substantielles par suite de cette aliénation.

Si pour pouvoir exercer le droit au rachat, un actionnaire doit nécessairement voter contre la résolution d'aliénation, qu'en est-il d'un actionnaire dont les actions sont sans droit de vote? La *Loi sur les sociétés par actions* accorde aux détenteurs d'actions sans droit de vote le droit au rachat dans certains cas, dont celui de l'aliénation des biens de la compagnie empêchant cette dernière de poursuivre des activités substantielles⁸⁷.

Afin qu'un actionnaire détenteur d'actions avec ou sans droit de vote sache qu'une résolution, dont l'adoption nécessite une convocation en assemblée des actionnaires, est susceptible d'ouvrir droit au rachat d'actions, il doit être fait mention de cette possibilité dans l'avis de convocation de l'assemblée en question⁸⁸.

L'actionnaire ne détenant pas d'actions avec droit de vote qui a l'intention d'exercer le droit au rachat de ses actions doit en aviser la compagnie au plus tard 48 heures avant l'assemblée convoquée pour adopter la résolution susceptible de donner ouverture au droit au rachat⁸⁹.

⁸⁶ Art. 372, par. 3° (1^{er} al.) L.S.A.

⁸⁷ Art. 372 (2^e al.) et art. 375 (3^e al.) L.S.A.

⁸⁸ Art. 375 (1^{er} al.) L.S.A. : la mesure visée par la résolution n'est pas invalide au seul motif de l'absence de cette mention dans l'avis de convocation (art. 375 (2^e al.) L.S.A.).

⁸⁹ Art. 376 (2^e al.) L.S.A.

12. CODIFICATION DE LA CLAUSE DE « RESTRICTION SUR LES SORTIES DE FONDS »

Tout bon fiscaliste sait que lorsqu'il doit prévoir des actions privilégiées de gel, de roulement ou de cristallisation, on doit y retrouver une clause protégeant ces actions privilégiées de toute sortie de fonds, en dividende ou en paiement de l'achat ou du rachat d'autres catégories d'actions, qui ferait en sorte que la valeur de réalisation de l'actif net de la compagnie ne soit plus suffisante pour pouvoir acheter ou racheter les actions privilégiées de gel, de roulement ou de cristallisation à leur pleine valeur de rachat.

C'est ce que les fiscalistes appellent la clause de « restriction sur les sorties de fonds ».

Cette clause est en quelque sorte maintenant codifiée en partie dans la *Loi sur les sociétés par actions*, qui prévoit que « la société ne peut faire aucun paiement en vue d'acheter ou de racheter des actions lorsque ce paiement la rendrait incapable, en cas de liquidation, de verser les sommes nécessaires au paiement des actions prioritaires ou concurrentes aux actions ainsi achetées ou rachetées »⁹⁰.

Dans son ouvrage⁹¹, Paul Martel mentionne que cette règle de l'article 96 L.S.A. reprend, en termes simplifiés, celle des articles 123.53 à 123.55 L.C.; comme par le passé, elle vise à protéger le rang de paiement entre les catégories d'actions. Cependant, la règle prévue à l'article 96 L.S.A. est différente de celle des articles 123.53 à 123.55 L.C. en ce que :

- elle ne vise plus seulement les actions « rachetables », mais bien toutes les actions;
- elle peut être écartée par la renonciation des détenteurs d'actions prioritaires ou concurrentes, si aux termes de cette renonciation la compagnie demeure, après le paiement, en mesure de désintéresser les autres détenteurs de ces actions;
- elle ne fait pas appel aux notions de « valeur comptable » ou de « valeur de réalisation » de l'actif⁹².

⁹⁰ Art. 96 L.S.A.

⁹¹ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 36 et 37, art. 96.

⁹² *Id.*, note 33.

Par contre, l'article 96 L.S.A. ne traite que des sorties de fonds en vue de l'achat ou du rachat d'actions. Il ne parle pas des sorties de fonds en dividende sur les actions. Qui plus est, la *Loi sur les sociétés par actions* n'a pas repris le « test comptable » anciennement jumelé au « test de solvabilité » pour la déclaration et le paiement d'un dividende⁹³. Ainsi, le conseil d'administration n'a même plus à se préoccuper du fait que le versement d'un dividende pourrait faire en sorte que la valeur de l'actif (qu'il s'agisse de la valeur comptable, ou même de la valeur de réalisation) de la compagnie devienne inférieure au total de son passif et de son compte de capital-actions émis et payé. Au plus, doit-il s'assurer que la déclaration ou le paiement du dividende n'empêchera pas la compagnie d'acquitter son passif à échéance⁹⁴.

Il restera donc de mise, plus que jamais, de prévoir une clause de « restriction sur les sorties de fonds » pour protéger les actions privilégiées de gel, de roulement ou de cristallisation contre des dividendes versés aux détenteurs d'actions prenant rang après ces actions privilégiées.

13. RECOURS EN RECTIFICATION?

Il existe, en common law, la possibilité d'obtenir une rectification à une opération comportant une erreur.

Au Québec, la rectification d'erreur doit se plier aux principes et aux règles édictées par le *Code civil du Québec*⁹⁵ en matière d'annulation ou de correction pour cause d'erreur. Seule l'erreur matérielle peut faire l'objet d'une correction, et non pas une erreur portant sur un élément essentiel⁹⁶.

Selon un auteur⁹⁷, par erreur matérielle, il faut comprendre une faute dans le choix des termes employés ou une faute qui a fait dire autre chose

⁹³ Le nouvel article 104 L.S.A. ne comprend pas l'ancien article 123.70, par. 2° L.C.

⁹⁴ Art. 104 L.S.A. : les administrateurs demeurent solidairement tenus de restituer à la compagnie les sommes en cause qu'elle n'a pas recouvrées à la suite du versement d'un dividende qu'ils ont autorisé en violation de l'article 104 L.S.A. : par. 156 4) L.S.A.

⁹⁵ L.Q. 1991, c. 64.

⁹⁶ Pour plus de détails sur cette question, voir Marc DUVAL, « Mise à jour concernant l'annulation pour cause d'erreur et la rectification au Québec », (2010), vol. 30, n° 1 *Revue de planification fiscale et financière* 37-76.

⁹⁷ Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006), vol. 66 *R. du B.* 291-332, à la page 297; (à suivre...)

aux termes que ce qu'on a voulu exprimer; en un mot, c'est un lapsus qui comprend non seulement certaines omissions involontaires et les fautes de rédaction proprement dites, mais aussi les erreurs de calcul.

Certains voient dans un nouveau recours en correction d'erreur prévu à la *Loi sur les sociétés par actions*⁹⁸ une forme de recours en rectification.

Ce nouveau recours permet au tribunal, à la demande de toute personne intéressée (tel un fiscaliste qui aurait commis une erreur?), de rendre toute ordonnance appropriée afin qu'une erreur soit corrigée ou pour modifier les conséquences juridiques d'une telle erreur, ou encore pour valider tout acte vicié en raison d'une telle erreur.

Le tribunal peut notamment, dans ce cadre, donner toute directive qu'il estime nécessaire⁹⁹.

Le mot « erreur », aux fins d'application de ce recours en correction, s'entend notamment d'une omission, d'un défaut, d'un vice de forme, d'une méprise ou d'une irrégularité survenu dans la conduite des affaires internes d'une compagnie et qui entraîne :

- 1) la violation d'une disposition de la *Loi sur les sociétés par actions*, de la *Loi sur les compagnies* ou d'un règlement pris en vertu de l'une de ces lois;
- 2) un défaut de conformité par rapport aux statuts ou au règlement intérieur de la compagnie, ou à une convention unanime des actionnaires;
- 3) l'inobservation d'une mesure ou d'une décision prise par l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration ou l'un de ses comités (bref, l'inobservation d'une résolution adoptée au sein de la compagnie).

(...suite)

dans ce texte sur les erreurs matérielles, l'auteur reprend certains des propos de la Cour d'appel (alors la Cour du Banc de la Reine) dans l'affaire *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

⁹⁸ Art. 458 et 459 L.S.A. : ce nouveau recours est inspiré de l'article 229 B.C.B.C.A. Voir Alain RANGER, « La nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec : analyse fiscale pour les non-fiscalistes », dans *Journées d'études fiscales*, 10 juin 2010, Association canadienne d'études fiscales, Association du Barreau canadien et Université McGill, Faculté de droit, 15 pages, aux pages 13 et 14.

⁹⁹ Art. 458 (1^{er} al.) L.S.A.

Force est de constater que l'erreur dont on parle est avant tout une erreur liée à la notion de compagnie et au fonctionnement de celle-ci, c'est-à-dire ayant trait à la loi traitant de compagnies, à des statuts ou règlements d'une compagnie, à des résolutions prises au sein d'une compagnie ou à une convention unanime d'actionnaires d'une compagnie.

Jusqu'à quel point pourra-t-on étirer cette demande de correction à une erreur « fiscale » ?

Qui sait ? Ce nouveau recours pourrait s'avérer fort utile pour les fiscalistes malgré sa connotation liée à la compagnie elle-même, car souvent l'erreur fiscale découle d'une opération de la compagnie.

Prenons, par exemple, le cas d'un choix excédentaire de compte de dividendes en capital (« CDC »)¹⁰⁰ que l'on voudrait annuler. Comme un tel choix découle d'un dividende, opération purement liée au fonctionnement de la compagnie, ne pourrait-on pas dire que le dividende a été déclaré par méprise et qu'il entraîne l'inobservation d'une décision prise par le conseil d'administration, soit la déclaration d'un dividende libre d'impôt¹⁰¹ ?

Ou encore, pensons à un roulement de biens à une compagnie où la contrepartie en « billet » ou en « actions » est erronée et donne un résultat indésirable. Pourrait-on rectifier une telle erreur par le biais de la partie liée au fonctionnement de la compagnie de ce roulement, soit la résolution autorisant l'émission d'actions ou celle autorisant la remise d'un billet ?

¹⁰⁰ Par. 83(2) L.I.R.

¹⁰¹ La version anglaise de la loi considère qu'une erreur s'entend notamment d'une méprise « [...] as a result of which [...] an action approved or decision made by [...] the board of directors [...] has been rendered ineffective ». Il me semble que le mot « ineffective » n'a pas tout à fait le même sens que le mot « inobservation » d'une mesure ou d'une décision, tel qu'il est mentionné dans la version française. Si « ineffective » signifiait plutôt « sans résultat », « inefficace » ou « sans effet », on pourrait plus facilement dire que la décision du conseil d'administration de déclarer un dividende se voulant libre d'impôt n'a pas donné le résultat escompté, puisqu'il serait en tout ou en partie imposable par suite d'un mauvais calcul du CDC. Mais déjà ce genre d'erreur était assez facile à régler, lorsque le remède recherché était l'annulation du dividende du CDC pour cause d'erreur sur un élément essentiel (que le dividende soit non imposable), ce qui viciait le consentement des parties à la déclaration de ce dividende. Les difficultés surviennent lorsque ce n'est pas l'annulation du dividende qui est souhaitée, mais la correction du montant du dividende. Ce nouveau recours en correction d'erreurs ouvrira peut-être de nouvelles avenues.

Si l'erreur est purement de nature fiscale, sans composante liée au fonctionnement de la compagnie, nous voyons mal en quoi le nouveau recours en correction d'erreur de la *Loi sur les sociétés par actions* pourra être utile.

Par contre, si l'on parvient à raccrocher l'erreur fiscale à une erreur liée au fonctionnement de la compagnie, peut-être pourra-t-on demander au tribunal, dans son ordonnance de correction ou de modification des conséquences juridiques d'une telle erreur, d'aller au-delà des correctifs purement liés au fonctionnement de la compagnie sur la base que le tribunal peut, dans le cadre de son ordonnance de correction, « donner toute directive qu'il estime nécessaire ». Ainsi, dans l'exemple ci-dessus d'un roulement de biens à la compagnie, si le tribunal accorde la correction d'une erreur dans la résolution autorisant l'émission d'actions, pourra-t-il donner la directive aux autorités fiscales d'accepter la correction des formulaires de roulement contenant la même erreur?

Le tribunal, avant de rendre une ordonnance de correction d'une erreur, doit prendre en considération les effets qu'elle pourrait avoir sur :

- la compagnie concernée;
- ses administrateurs;
- ses dirigeants;
- ses créanciers; et
- ses actionnaires¹⁰².

De plus, à moins que le tribunal n'en décide autrement, une telle ordonnance ne peut porter atteinte aux droits d'un tiers sans que ce dernier ait été avisé de l'erreur visée par l'ordonnance¹⁰³.

¹⁰² Art. 459 (1^{er} al) L.S.A.

¹⁰³ Art. 459 (2^e al.) L.S.A. : sans doute l'Agence du revenu du Canada et/ou Revenu Québec seraient considérés comme des tiers intéressés devant (pouvant) être avisés si l'ordonnance avait un effet fiscal quelconque.

Il ne reste plus qu'à attendre le résultat des demandes de correction d'erreur qui seront certainement soumises au tribunal dès que l'entrée en vigueur de la *Loi sur les sociétés par actions* le permettra.

CONCLUSION

On ne peut que remercier les concepteurs de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec pour leur ouverture d'esprit et leur volonté, non seulement à résister aux courants propagés par les lois d'autres juridictions et à conserver certaines particularités de notre droit des compagnies (telles les actions avec valeur nominale, l'émission d'actions impayées suivie d'un appel de versements), mais à retenir les meilleures idées de ces autres juridictions (tels les fractions d'actions, les dividendes en actions, l'inceste corporatif temporaire, la fixation d'une heure en plus d'une date aux statuts, la correction de statuts par un représentant, la correction d'erreurs par le tribunal, etc.) aux fins de cette loi.

Nul doute : ces « accommodements raisonnables », accordés aux fiscalistes par la *Loi sur les sociétés par actions*, ne feront pas partie de ceux dont on s'offusque.

MISE À JOUR SUR LES SOCIÉTÉS RATTACHÉES

SYLVIE GARON, CGA, CMA, M. FISC., ASSOCIÉE
MAZARS HAREL DROUIN – S.E.N.C.R.L.

PRÉCIS

Le concept de « sociétés rattachées » a été introduit dans le cadre de l'impôt de la partie IV de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur les dividendes imposables reçus par les sociétés privées. Il est aujourd'hui utilisé à d'autres fins, notamment pour déterminer si les actions d'une société sont des « actions admissibles de petite entreprise ». La détention d'actions par l'intermédiaire d'une société ou d'une fiducie, qui est souvent utilisée à des fins de planifications financières ou fiscales, peut conduire à des structures assez complexes.

L'auteure fait un tour d'horizon des règles d'application de l'impôt de la partie IV et de la définition de « sociétés rattachées ». Elle illustre, à l'aide d'exemples, les pièges ou les écueils à éviter lors de la réorganisation ou de l'établissement de structures, notamment lorsqu'une société est bénéficiaire d'une fiducie.

ABSTRACT

The concept of Connected Corporations was introduced within the framework of Part IV of the *Income Tax Act* regarding the tax on taxable dividends received by private corporations. It is now used for other purposes, such as to determine whether shares of a corporation are Qualified Small Business Corporation Shares. The holding of shares through another corporation or through a trust, often used for financial or tax planning purposes, can lead to complex structures.

The author reviews the application rules of Part IV Tax and the definition of Connected Corporations and illustrates, using examples, the pitfalls one must avoid when reorganizing or putting in place a new corporate structure, especially when a corporation is one of the beneficiaries of a trust.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	513
1. L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R., UN BREF SURVOL	513
1.1. LES SOCIÉTÉS VISÉES	513
1.2. LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS	515
1.3. LE CALCUL DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.	516
1.4. LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.	518
1.5. LE REMBOURSEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.	519
1.6. PROBLÈMES D'APPLICATION PRATIQUES	519
1.6.1. Problème de circularité	519
1.6.2. Fins d'années d'imposition différentes	520
2. LES SOCIÉTÉS RATTACHÉES, LA DÉFINITION	522
2.1. LA LOI	522
2.1.1. La définition	522
2.1.2. La société payante est contrôlée par la société bénéficiaire.....	523
2.1.3. La société bénéficiaire est propriétaire d'actions.....	524
2.1.4. Plus de 10 % des actions votantes émises	525
2.1.5. La juste valeur marchande des actions.....	527
2.1.6. Actions détenues par une société de personnes	529
2.1.7. Actions détenues par une fiducie personnelle.....	529
3. LES PIÈGES À ÉVITER	531
3.1. SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES LIÉS	531
3.1.1. Actions détenues directement par une société de portefeuille	532
3.1.2. Actions détenues par une fiducie dont la société est bénéficiaire.....	533
3.1.3. Actions détenues par plusieurs fiducies familiales	534
3.2. SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES NON LIÉS.....	536
3.2.1. Vente de l'entreprise à des personnes non liées.....	536
3.2.2. Deux actionnaires en parts égales.....	538
3.2.3. Actionnaires multiples	539
CONCLUSION	543

INTRODUCTION*

Les dividendes imposables reçus par une société sont généralement déductibles dans le calcul de son revenu imposable, ce qui n'est évidemment pas le cas pour les particuliers et les fiducies. Ce traitement fiscal a incité les particuliers à détenir leurs placements de portefeuille par l'intermédiaire d'une société. Afin de faire obstacle à de telles planifications, la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ prévoit un impôt temporaire sur les dividendes reçus par une société privée et par certaines sociétés autres qu'une société privée lorsque ces dividendes sont déductibles dans le calcul de son revenu imposable. Il s'agit de l'impôt de la partie IV L.I.R. Cet impôt temporaire a été instauré afin d'éviter les reports dans le temps et de mieux intégrer le système d'imposition des sociétés privées à celui des particuliers. Il est remboursable lorsque la société déclare des dividendes imposables à ses actionnaires. Au fil des ans, le taux d'impôt de la partie IV L.I.R. a varié, l'objectif étant de le maintenir à un taux à peu près équivalent à celui des particuliers.

Nous verrons dans un premier temps les règles d'application de l'impôt de la partie IV, puis la définition de « société rattachée », concept important s'il en est un, puisque l'impôt de la partie IV L.I.R. que la société bénéficiaire devra payer sur un dividende qu'elle reçoit est déterminé en fonction du fait que la société payante est rattachée ou non à la société bénéficiaire. Finalement, nous analyserons quelques structures afin de déterminer si les sociétés payante et bénéficiaire sont rattachées.

1. L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R., UN BREF SURVOL

1.1. LES SOCIÉTÉS VISÉES

L'impôt de la partie IV L.I.R., prévu aux articles 186 à 187.61 L.I.R., vise deux types de sociétés : les sociétés privées et les sociétés assujetties.

L'expression « société privée² » est définie comme étant une société qui réside au Canada, qui n'est pas une société publique et qui n'est pas

* L'auteure tient à remercier Lisa Langlois et Jean-Claude Lefebvre de leur précieuse collaboration à la préparation de ce texte.

¹ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

² Par. 89(1) L.I.R.

contrôlée par une ou plusieurs sociétés publiques (sauf des sociétés à capital de risque visées par règlement) ou sociétés d'État prévues par règlement, ou qui n'est pas contrôlée par une combinaison de sociétés publiques et de sociétés d'État.

Quant à la notion de « société assujettie », elle a été introduite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1995 dans le but d'assujettir à l'impôt de la partie IV d'autres types de sociétés à peu d'actionnaires. Cette notion est définie comme suit :

« Société, sauf une société privée, qui réside au Canada et qui est contrôlée, au moyen d'un droit de bénéficiaire sur une ou plusieurs fiducies ou autrement, par un particulier autre qu'une fiducie ou par un groupe lié de particuliers autres que des fiducies, ou pour le compte d'un tel particulier ou groupe³. »

Cette définition vise plus précisément le contribuable qui évite l'application de cet impôt spécial en détenant ses placements par l'intermédiaire d'une société publique que lui-même et/ou des membres de sa famille contrôlent. Pour déterminer si une société est une société assujettie, il faut faire abstraction de la définition de contrôle prévue au paragraphe 186(2) L.I.R. L'expression « contrôle » garde donc son sens habituel, c'est-à-dire le contrôle de droit.

De plus, certaines sociétés sont exemptées de l'impôt de la partie IV L.I.R.⁴ Ce sont :

- les sociétés en faillite⁵ à un moment donné de l'année; et
- l'une des sociétés suivantes qui est tout au long de l'année :
 - une banque,
 - une compagnie d'assurances,
 - un courtier en valeurs mobilières inscrit qui, tout au long de l'année, était membre, ou organisation participante, d'une Bourse de valeurs désignée située au Canada,

³ Par. 186(3) L.I.R.

⁴ Art. 186.1 L.I.R.

⁵ Au sens du paragraphe 128(3) L.I.R.

- une société autorisée, par permis ou autrement, en vertu des lois fédérales ou provinciales, à exploiter au Canada une entreprise d'offre au public de services de fiduciaire,
- une société à capital de risque de travailleurs visée par règlement⁶,
- une société de contrats de placement visée par règlement⁷,
- une société de placements appartenant à des non-résidents.

De plus, une société n'est pas assujettie à l'impôt de la partie IV L.I.R. tout au long de la période pour laquelle elle est exonérée d'impôt en vertu de l'article 149 L.I.R.⁸, elle est une coopérative⁹ ou une caisse de crédit¹⁰.

1.2. LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS

Une société doit payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes déterminés qu'elle reçoit. Il s'agit du :

« [M]ontant reçu par une société, à un moment où elle est une société privée ou une société assujettie, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'un dividende imposable d'une société, jusqu'à concurrence du montant relatif au dividende qui est déductible en application de l'article 112, des alinéas 113(1)a), b) ou d) ou du paragraphe 113(2) dans le calcul du revenu imposable pour l'année de la société qui a reçu le dividende¹¹. »

La définition de « dividende déterminé » fait référence à un dividende imposable reçu par la société. Un dividende imposable inclut tant les dividendes déclarés par les administrateurs de la société que les dividendes réputés en vertu des dispositions de l'article 84 L.I.R. Cette règle vaut aussi lorsqu'il s'agit de déterminer le remboursement au titre de dividendes (« RTD ») de la société dont les règles sont prévues à l'article 129 L.I.R.

⁶ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), art. 6701.

⁷ *Id.*

⁸ Par. 227(14) L.I.R.

⁹ Par. 136(1) L.I.R.

¹⁰ Par. 137(7) L.I.R.

¹¹ Par. 186(3) L.I.R.

Les conséquences fiscales entourant la réception et le paiement de dividende sont généralement déterminées en fonction de la comptabilité de caisse, c'est-à-dire lorsque le dividende est reçu ou versé. L'impôt de la partie IV L.I.R. ne fait pas exception à ces règles. Lorsque des dividendes sont déclarés par la société, il est assez simple de déterminer ce moment. Il suffit de consulter la résolution des administrateurs ou les documents constatant le paiement ou le transfert des biens dans le cas d'un dividende en nature. Lorsque nous sommes en présence de dividendes réputés, ce sont les dispositions législatives pertinentes qui détermineront ce moment.

Bien qu'il ne s'agisse pas de dividende au sens des diverses lois sur les sociétés par actions, un dividende réputé provient de transactions dont le résultat peut être assimilé à une distribution des profits ou des biens de la société. Un actionnaire est réputé avoir reçu un dividende au moment où la société est réputée l'avoir versé. Une société est réputée avoir versé un dividende au moment où elle réalise ces transactions et qu'un dividende en résulte, c'est-à-dire au moment de l'augmentation de son capital versé relatif aux actions de toute catégorie particulière d'actions de son capital-actions¹², au moment de la distribution ou de l'attribution des fonds ou des biens de la société lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise¹³, lors du rachat de l'acquisition ou de l'annulation d'actions de son capital-actions¹⁴ et, finalement, lors de la réduction du capital versé à l'égard de toute catégorie d'actions de son capital-actions¹⁵.

1.3. LE CALCUL DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

L'impôt de la partie IV L.I.R. que doit payer une société pour une année d'imposition¹⁶ est égal au total des éléments suivants :

- le tiers des dividendes déterminés reçus de sociétés payantes qui sont des sociétés canadiennes imposables ou des sociétés résidant au Canada dont elle a le contrôle, qui ne sont pas rattachées à la société bénéficiaire;

¹² Par. 84(1) L.I.R.

¹³ Par. 84(2) L.I.R.

¹⁴ Par. 84(3) L.I.R.

¹⁵ Par. 84(4) L.I.R.

¹⁶ Par. 186(1) L.I.R.

- lorsque la société a reçu un dividende déterminé d'une société payante à laquelle elle est rattachée, un montant égal au RTD de la société payante au prorata du dividende imposable qu'elle a reçu sur le total des dividendes imposables versés par la société payante au cours de son année d'imposition;
- le tiers des dividendes déterminés reçus de sociétés étrangères affiliées non rattachées à la société bénéficiaire si ces dividendes sont déductibles dans le calcul de son revenu imposable.

Il est par la suite possible de réduire le montant d'impôt exigible en vertu de la partie IV L.I.R. en soustrayant, du montant établi précédemment, les pertes autres qu'en capital ou les pertes agricoles réalisées par la société pour l'année ou pour les années précédentes et subséquentes.

Pour établir dans quelle mesure un dividende est assujéti à l'impôt de la partie IV L.I.R., on doit déterminer si deux sociétés sont rattachées au moment du paiement du dividende. Si deux sociétés ne sont pas rattachées à ce moment, la société actionnaire devra payer l'impôt de la partie IV, et ce, même si elles étaient rattachées au moment de la déclaration du dividende¹⁷.

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») s'est penchée sur cette question dans le cadre d'une interprétation technique¹⁸. Les faits sont les suivants : le capital-actions d'Opco est détenu à 51 % par Gestco A et à 49 % par Gestco B, deux sociétés n'ayant entre elles aucun lien de dépendance. Le 30 juin d'une année donnée, Opco déclare un dividende payable à cette date aux détenteurs des actions ordinaires de son capital-actions inscrits aux registres à cette date. Ce dividende a été payé par Opco le 30 novembre de l'année donnée. Entre le moment où le dividende est déclaré et celui où il est payé, Gestco A dispose de la totalité des actions qu'elle détient dans le capital-actions d'Opco en faveur d'une personne n'ayant aucun de lien de dépendance avec elle. L'ARC a déterminé qu'on doit établir si les sociétés sont rattachées au moment de la réception du dividende par la société bénéficiaire. Ainsi, Gestco A devra payer l'impôt de la partie IV L.I.R. malgré le fait qu'Opco n'ait eu droit à aucun RTD.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-269R4, « Impôt de la Partie IV sur les dividendes imposables reçus par une société privée ou par une société assujéti », 24 avril 2006, par. 8.

¹⁸ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2004-0057821E5, « Connected corporations », 6 février 2004.

Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'indique pas explicitement à quel moment il faut déterminer si les sociétés sont rattachées, elle mentionne que les dividendes « [...] qu'elle a reçus au cours de l'année d'une société privée ou d'une société assujettie qui était une société payante à laquelle elle était rattachée [...] »¹⁹ (notre soulignement) sont assujettis à l'impôt de la partie IV L.I.R. dans la mesure où la société payante a droit à un RTD.

Il est donc important dans la planification d'une transaction de s'assurer que le dividende soit payé avant que l'actionnariat de la société ne soit modifié. Si l'intention des parties est de payer le dividende à un moment ultérieur ou si les flux monétaires de la société payante ne lui permettent pas de sortir immédiatement des liquidités, une entente entre les parties pourrait prévoir le paiement immédiat du dividende par la société rattachée, suivi d'un prêt par la société bénéficiaire.

On pourrait aussi se demander ce qui arrive lorsqu'une société rachète ses actions et qu'un dividende présumé en résulte. L'ARC considère que si les sociétés étaient rattachées immédiatement avant le rachat des actions, elles seront rattachées au moment où le dividende devient un dividende réputé²⁰.

1.4. LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

Toute société qui reçoit des dividendes assujettis à l'impôt de la partie IV L.I.R. est tenue de le remettre à l'ARC à la date d'exigibilité du solde²¹ qui lui est applicable pour l'année et aucun acompte provisionnel n'est requis. Cet impôt est calculé sur le Formulaire T2 « Déclaration de revenus des sociétés » qui doit être produit au plus tard six mois après la fin de son année d'imposition. La date d'exigibilité du solde est généralement deux mois après la fin de l'année d'imposition. Cependant, pour les sociétés qui sont des sociétés privées sous contrôle canadien tout au long de leur année d'imposition, la date d'exigibilité du solde est trois mois après la fin de l'année d'imposition si les conditions suivantes sont réunies. Le total du revenu imposable de la société et des sociétés associées, s'il y a lieu, de l'année d'imposition qui se termine dans l'année civile précédente n'excède pas le plafond des affaires²² pour l'année et la société demande la déduction

¹⁹ Al. 186(1b) L.I.R.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 17.

²¹ Par. 248(1) « date d'exigibilité du solde » L.I.R.

²² Par. 125(2) L.I.R.

accordée aux petites entreprises²³ pour l'année d'imposition ou l'a demandée pour l'année d'imposition précédente.

1.5. LE REMBOURSEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

L'impôt de la partie IV L.I.R. payé par une société pour une année d'imposition s'accumule dans un compte qu'on appelle « impôt en main remboursable au titre de dividendes²⁴ » (« IMRTD »). En plus d'y cumuler une fraction de l'impôt de la partie I L.I.R. payé sur les autres revenus de placement, l'alinéa b) prévoit l'inclusion du « total des impôts payables par la société pour l'année donnée en vertu de la partie IV ».

Le remboursement de l'IMRTD, appelé « remboursement au titre de dividendes²⁵ », est égal au tiers de l'ensemble des dividendes imposables payés par la société sur des actions de son capital-actions au cours d'une année et à un moment où elle est une société privée. Le RTD ne peut cependant pas dépasser le solde de l'IMRTD à la fin de l'année. Aux fins du RTD, une société assujettie est réputée être une société privée²⁶. Sans cette présomption, une société qui n'est pas une société privée ne pourrait pas obtenir le remboursement de l'impôt de la partie IV L.I.R. qu'elle a payé. Pour obtenir son RTD, une société doit produire sa déclaration de revenus pour l'année dans les trois ans suivant la fin de cette année. De plus, le dividende doit avoir été versé dans l'année, sa simple déclaration ne suffit pas.

1.6. PROBLÈMES D'APPLICATION PRATIQUES

1.6.1. Problème de circularité

Une société qui reçoit un dividende d'une société rattachée doit payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur le dividende reçu dans la mesure où la société payante a droit à un RTD. Il arrive que, dans le cadre de certaines réorganisations comme une réorganisation papillon ou la « purification » d'une société, deux sociétés qui prennent part à la réorganisation soient actionnaires l'une de l'autre (participation croisée). Si une des sociétés a un montant d'IMRTD, le calcul de l'impôt de la partie IV L.I.R. et du RTD

²³ Art. 125 L.I.R.

²⁴ Par. 129(3) L.I.R.

²⁵ Par. 129(1) L.I.R.

²⁶ Par. 186(5) L.I.R.

entre alors dans une boucle qui ne prendra fin que lorsque le RTD sera égal à un tiers du dividende payé ou réputé payé par une des deux sociétés. Ce problème découle du fait que le montant d'impôt de la partie IV L.I.R. d'une société dépend du RTD de l'autre société. La décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Les Entreprises Michèle L'Heureux inc. c. La Reine*²⁷ confirme la position de l'ARC voulant que les montants d'impôt de la partie IV L.I.R. et du RTD doivent être déterminés par des calculs successifs de type circulaire.

L'ARC, consciente de ce problème, n'est pas disposée à mettre en place des politiques administratives pour assouplir le calcul de l'impôt de la partie IV L.I.R. dans de telles situations²⁸ puisque les sociétés en cause ne subissent aucun préjudice. Voici les raisons invoquées au soutien de sa position :

« En d'autres termes, bien que les montants de l'impôt de la Partie IV et du RTD d'une société soient gonflés dans une situation où un calcul de type circulaire doit être effectué; et qu'un calcul de type circulaire soit fastidieux; aucun préjudice n'est subi en général par l'une ou l'autre des sociétés qui sont sujettes au calcul de type circulaire pour déterminer leur impôt de la Partie IV et leur RTD, du fait que le paiement net d'impôt à effectuer par une société (Impôt de la Partie IV moins RTD) sera équivalent au montant net remboursé à l'autre société (RTD moins Impôt de la Partie IV). De plus, le montant total de l'IMRTD des deux sociétés avant et après les rachats croisés d'actions reste le même²⁹. »

Pour éviter ce problème, il existe un certain nombre de solutions, notamment le transfert des biens à une nouvelle filiale qui serait par la suite liquidée dans la société mère ou le rachat des actions au cours d'années d'imposition différentes. Ces techniques sont reconnues par l'ARC³⁰.

1.6.2. Fins d'années d'imposition différentes

Lorsque la fin de l'année d'imposition de la société bénéficiaire et de la société payante diffère, il peut être difficile, voire impossible, d'établir correctement le montant d'impôt de la partie IV L.I.R. de la société

²⁷ 94 D.T.C. 1689 (C.C.I.).

²⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 57:7-50, question 3.3, aux pages 57:34-35.

²⁹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 2003-0047961E5, « Part IV Circularity », 26 janvier 2004.

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 20.

bénéficiaire au moment opportun. Prenons l'exemple d'une société dont l'exercice financier se termine le 31 décembre 2010 et celui de sa filiale le 30 juin 2011. Si cette dernière paie un dividende à son actionnaire le 30 novembre 2010, elle ne pourra déterminer le montant de son RTD avant le 30 juin 2011 puisqu'elle doit connaître son IMRTD à la fin de son année d'imposition. Or, la société mère doit payer son impôt de la partie IV L.I.R. au plus tard à la date d'exigibilité du solde qui lui est applicable pour l'année (le 28 février ou le 31 mars 2011) et elle doit produire sa déclaration de revenus au plus tard le 30 juin 2011.

La position de l'ARC sur ce sujet est qu'« [e]n pareil cas, la société bénéficiaire devrait estimer le remboursement au titre de dividendes de la société payante et calculer l'impôt à payer en vertu de la partie IV. Tout rajustement à faire ultérieurement, y compris l'intérêt, sera fait lors de l'établissement de la cotisation³¹ ».

Cette situation peut aussi offrir des opportunités de planification. Dans l'exemple précédent, si la filiale déclare un dividende le 30 juin 2010, elle établira le montant de son RTD au plus tard le 31 décembre, alors que la société mère devra payer l'impôt de la partie IV L.I.R. le 28 février ou le 31 mars 2011. Une telle situation permet de reporter le paiement de l'impôt de la partie IV L.I.R. Si l'exercice financier de la société mère se termine le 31 mai 2010, le dividende reçu sera alors assujéti à l'impôt de la partie IV L.I.R. au cours l'exercice financier de la société mère qui se termine le 31 mai 2011 et l'impôt de la partie IV L.I.R. sera payable le 31 juillet ou le 31 août 2011. Il faut évidemment se questionner sur la possibilité que la règle générale antiévitement (« RGAÉ »)³² s'applique à une telle planification. En 1994, une situation similaire a été présentée à l'ARC dans le cadre d'une conférence de l'Association canadienne d'études fiscales³³. La position énoncée par l'ARC lors de cette table ronde était que si la société mère était créée expressément dans le but de reporter le paiement de l'impôt de la partie IV L.I.R., la RGAÉ pourrait s'appliquer. L'ARC ajoutait que, même si la société mère était créée pour des raisons commerciales véritables, comme un gel successoral ou dans un but de protection d'actifs, la RGAÉ pourrait s'appliquer si la date de la fin de l'année d'imposition avait été choisie dans l'unique but d'anticiper le RTD.

³¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 19.

³² Art. 245 L.I.R.

³³ « Revenue Canada Round Table », dans *1994 British Columbia Tax Conference*, Vancouver, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 4:1-16, question 10.

2. LES SOCIÉTÉS RATTACHÉES, LA DÉFINITION

Bien que le concept de « société rattachée » dans la législation fiscale serve principalement dans le contexte de l'impôt de la partie IV L.I.R., il faut garder à l'esprit que ce concept s'applique aussi à d'autres situations prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, cette définition servira à déterminer si une société est une « société exploitant une petite entreprise³⁴ », si les actions d'une société sont des « actions admissibles de petite entreprise³⁵ », les conséquences fiscales dans le cas de vente d'actions avec lien de dépendance par des résidents³⁶ ou par des non-résidents³⁷, la détermination du surplus d'apport d'une société aux fins du calcul d'un dividende réputé³⁸ ainsi que la majoration du compte de revenu à taux général lors de l'introduction de ce compte fiscal en 2006³⁹. Il s'agit donc d'un concept que l'on doit bien maîtriser, car il pourrait en découler des conséquences inattendues.

2.1. LA LOI

2.1.1. La définition

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que deux sociétés sont rattachées dans les cas suivants :

« Pour l'application de la présente partie, une société payante est rattachée à une société donnée à un moment donné d'une année d'imposition (appelée l'« année donnée » au présent paragraphe) de cette dernière dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) la société payante est contrôlée (autrement qu'au moyen du droit visé à l'alinéa 251(5)b) par la société donnée à ce moment;
- b) la société donnée a possédé à ce moment :
 - (i) d'une part, plus de 10 % des actions émises (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) du capital-actions de la société payante,

³⁴ Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

³⁵ Par. 110.6(1) « actions admissibles de petite entreprise » L.I.R.

³⁶ Art. 84.1 L.I.R.

³⁷ Art. 212.1 L.I.R.

³⁸ Par. 84(1) et 84(11) L.I.R.

³⁹ Par. 89(7) L.I.R.

- (ii) d'autre part, des actions du capital-actions de la société payante dont la juste valeur marchande est de plus de 10 % de la juste valeur marchande de toutes les actions émises du capital-actions de la société payante⁴⁰. »

Deux tests sont prévus pour déterminer si une société payante est rattachée à une autre. Le premier est un test de contrôle alors que le second est un test de détention. De plus, il faut faire abstraction des droits d'achat et de rachat prévus à l'alinéa 251(5)b) L.I.R., pour déterminer si une société en contrôle une autre.

2.1.2. La société payante est contrôlée par la société bénéficiaire

Dans la première situation, deux sociétés sont rattachées si la société payante est contrôlée par la société bénéficiaire. La situation que l'on retrouve généralement est celle d'une société qui détient les actions d'une autre société, actions qui lui confère plus de 50 % des droits de vote. Il faut ici porter une attention particulière à la notion de contrôle. En effet, le terme utilisé ici est « contrôlée », terminologie qui fait référence au contrôle de droit, notion qui n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'est pas de l'objet du présent texte de faire une analyse en profondeur de cette notion de contrôle de droit⁴¹. Rappelons cependant que les tribunaux l'ont définie comme étant la détention d'un nombre suffisant d'actions donnant droit à la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration⁴². Cette définition a été confirmée et précisée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*⁴³.

Cette notion est cependant élargie par le paragraphe 186(2) L.I.R. qui établit une présomption de contrôle lorsque la détention d'actions par un

⁴⁰ Par. 186(4) L.I.R.

⁴¹ Pour une analyse plus détaillée de la notion de contrôle de droit, le lecteur se référera aux textes suivants : Nicolas X. CLOUTIER et Olivier FOURNIER, « Évolution de la notion de contrôle », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 29:1-22; Nicole PRIEUR, « L'utilisation législative du concept de contrôle de droit », (2009), vol. 29, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 193-248.

⁴² *Buckerfield's Ltd. et autres c. MRN*, 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.).

⁴³ [1998] 1 R.C.S. 795.

groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dépasse 50 %. Il se lit comme suit :

« Pour l'application de la présente partie, sauf pour ce qui est de déterminer si une société est une société assujettie, une société est contrôlée par une autre société si plus de 50 % des actions émises de son capital-actions (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) appartiennent à l'autre société, à des personnes avec lesquelles cette autre société a un lien de dépendance ou à la fois à l'autre société et à des personnes avec lesquelles l'autre société a un lien de dépendance. »

Cette définition élargie de contrôle ne s'applique que pour déterminer si une société est rattachée à une autre. Ainsi, une société est contrôlée par une autre si plus de 50 % des actions émises de son capital-actions comportant plein droit de vote appartiennent :

- à l'autre société;
- à des personnes avec lesquelles cette autre société a un lien de dépendance; ou
- à une combinaison de celles-ci.

Sauf stipulation à l'effet contraire dans une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut déterminer si deux sociétés sont rattachées en tenant compte de la définition élargie au paragraphe 186(2) L.I.R.⁴⁴ Cette disposition a été introduite dans la loi en 2001 dans le but de neutraliser la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Reine c. Olsen*⁴⁵.

2.1.3. La société bénéficiaire est propriétaire d'actions

Dans la deuxième situation, une société payante sera rattachée à une autre société si cette dernière possède plus de 10 % des actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances (« actions votantes ») et des actions ayant une valeur marchande de plus de 10 % de la juste valeur marchande (« JVM ») du total des actions émises et en circulation de la société payante.

⁴⁴ Par. 186(7) L.I.R.

⁴⁵ 2002 CAF 3.

L'ARC confirme que l'emploi du verbe « posséder » à l'alinéa 186(1)b) L.I.R. signifie la détention directe des actions et non pas la propriété indirecte par d'autres sociétés⁴⁶. Dans la situation présentée à l'ARC, une société privée, Holdco, détenait directement 9 % des actions de la seule catégorie d'actions émises et en circulation d'une société publique. Holdco détenait aussi la totalité des actions émises et en circulation d'une autre société privée qui elle-même détenait 2 % des actions de la société publique. Holdco détenait directement moins de 10 % des actions de la société publique. Cette dernière n'était donc pas rattachée à Holdco. L'ARC conclut cependant que dépendamment des faits et circonstances, il serait possible que cette conclusion soit modifiée par d'autres dispositions telles que la RGAÉ prévue au paragraphe 245(2) L.I.R.

2.1.4. Plus de 10 % des actions votantes émises

Dans l'expression « plus de 10 % des actions votantes émises du capital-actions de la société payante » que l'on retrouve au sous-alinéa 186(1)b)(i) L.I.R., deux éléments portent à interprétation.

Dans un premier temps, « plus de 10 % des actions émises » signifie plus de 10 % du **nombre** d'actions émises. L'ARC a pris cette position pour la première fois en 1997 lors du Congrès de l'APFF⁴⁷, et l'a confirmée au congrès de l'an dernier⁴⁸.

Quant à l'expression « comportant plein droit de vote en toutes circonstances », elle a été analysée en 2006 lorsqu'on a demandé à l'ARC si le fait que des actions sans droit de vote aient un certain droit de veto conféré par les statuts constitutifs ou par les lois sur les sociétés fait en sorte que les actions votantes ne seraient pas considérées comme ayant plein droit de vote en toutes circonstances⁴⁹. Dans cette situation, le capital émis d'une société était composé d'actions ordinaires et d'actions privilégiées. Les actions privilégiées avaient été émises dans le cadre d'un gel successoral. La

⁴⁶ *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, interprétation technique 2002-0141295, « Ownership of shares », 21 octobre 2002.

⁴⁷ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:11-42, question 5.1., à la page 53:40.

⁴⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 49:1-90, question 6., aux pages 49:16-18.

⁴⁹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, interprétation technique 2006-0204901E5, « Meaning of full voting rights », 16 novembre 2006.

description du droit de vote des actions ordinaires se lisait comme suit dans les statuts : une action ordinaire « confère un (1) droit de vote à son détenteur, sauf lors d'une assemblée où le droit de vote se limite aux actionnaires d'une autre catégorie ». Les actions privilégiées possèdent un « droit de veto » à l'égard de certaines modifications aux statuts constitutifs qui porteraient atteinte à leurs droits. Dans un tel cas, la modification devrait être approuvée par le vote d'au moins les trois quarts en valeur des actions privilégiées représentées par les détenteurs présents à une assemblée extraordinaire ou générale extraordinaire convoquée à cette fin. À première vue, selon l'ARC, il serait possible de soutenir que les actions ordinaires ne comportent pas plein droit de vote en toutes circonstances. Cependant, après un examen complet des faits et des documents constitutifs, les actions ordinaires comportent effectivement plein droit de vote en toutes circonstances, et ce, même s'ils doivent obtenir le consentement des détenteurs d'actions privilégiées pour procéder à une modification portant atteinte aux droits, conditions et privilèges des actions privilégiées. L'ARC conclut ceci :

« [...] en soi, le fait que les détenteurs d'actions privilégiées possèdent un tel "droit de veto" relativement à des modifications de l'acte constitutif d'Opco ne ferait pas normalement en sorte que les actions ordinaires soient considérées comme ne comportant pas plein droit de vote en toute circonstance pour les fins du paragraphe 186(2) et du sous-alinéa 186(4)b(i). »

De plus, l'ARC a mentionné que les actions comportent pleins droits de vote en toutes circonstances, et ce, même si les actionnaires ont conclu une convention entre actionnaires qui limite les droits de vote ou qui indique comment voter⁵⁰.

Dans une autre interprétation technique, l'ARC a déterminé en 1999 que, lorsque le droit d'élire les membres du conseil d'administration d'une société est réparti entre deux catégories d'actions, les actions ne seront pas considérées comme ayant plein droit de vote en toutes circonstances. Dans la situation analysée⁵¹, les statuts de la société comprennent deux catégories d'actions ordinaires. La première est sans droit de vote, mais permet à leurs détenteurs d'élire un certain nombre d'administrateurs de la société. Pour ce faire, les détenteurs de cette catégorie d'actions tiennent une réunion distincte où ils votent pour élire un nombre suffisant de personnes pour pourvoir les postes qui leur sont alloués. Les détenteurs d'actions ordinaires

⁵⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 14.

⁵¹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 1999-001095, « Meaning of full voting rights », 31 janvier 2000.

votantes ont le droit d'élire les autres administrateurs, ce qui représente la majorité des sièges. Selon l'ARC, pour avoir droit de vote en toutes circonstances, les détenteurs d'actions doivent voter pour tous les postes du conseil d'administration. Lorsque le processus d'élection est divisé entre plusieurs catégories d'actions et que ces droits sont inclus dans les statuts constitutifs, les détenteurs d'une catégorie ne peuvent d'aucune façon intervenir dans le processus d'élection de l'autre catégorie. Il existe donc des restrictions aux droits de vote des actionnaires.

Cette position peut, de prime abord, sembler contradictoire avec celle énoncée au paragraphe 14 du *Bulletin d'interprétation* IT-269R4, à savoir que même si les actionnaires ont conclu une convention entre actionnaires qui limite les droits de vote ou qui indique comment voter, les actions auraient quand même droit de vote en toutes circonstances. Dans ce dernier cas, la restriction n'est pas rattachée aux actions elle-même, car en vertu de la loi sur les sociétés, les actions ont toujours le droit de vote en toutes circonstances. Dans le cas d'une convention entre actionnaires, il s'agit d'une entente entre les actionnaires qui n'enlève rien aux droits, privilèges et obligations que possèdent les actions.

2.1.5. La juste valeur marchande des actions

En vertu du sous-alinéa 186(4)b)(ii) L.I.R., la société bénéficiaire doit posséder des actions dont la JVM représente plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société payante. Il faut donc porter une attention particulière à la valeur des actions possédées par des actionnaires minoritaires ou par les détenteurs d'actions privilégiées. Comme la JVM des diverses catégories d'actions varie dans le temps, il est possible qu'une société bénéficiaire devienne ou cesse d'être une société rattachée à différents moments dans le temps. L'ARC mentionne que dans le cas où une société est contrôlée par plusieurs personnes et que la société bénéficiaire ne fait pas partie du groupe qui contrôle la société, un rabais doit normalement être appliqué afin de déterminer la JVM des actions détenues par la société bénéficiaire. Il en va de même lorsqu'il existe des restrictions à la négociation des actions⁵². Ce pourrait être le cas lorsque les actionnaires ont conclu une convention entre actionnaires. Pour connaître la position de l'ARC concernant les différents critères qui peuvent avoir des répercussions

⁵² *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, par. 13.

sur la JVM d'un bien mobilier, le lecteur se référera à la *Circulaire d'information* 89-3⁵³.

L'ARC s'est prononcée sur le fait que même si la valeur des actions d'une société est nulle en utilisant la méthode de liquidation, il est douteux que la JVM soit nulle. En effet, la JVM étant le prix le plus élevé qui peut être obtenu pour un bien selon certaines conditions, il « est douteux que la JVM des actions ordinaires d'une société ayant des comptes fiscaux soit nulle⁵⁴ ».

Une situation que l'on retrouve plus fréquemment est celle d'une société dont les actionnaires détiennent des actions de catégories distinctes mais comportant des droits et des privilèges identiques. Il y a autant de catégories d'actions dites ordinaires qu'il y a d'actionnaires. Toutes les catégories sont votantes et participantes. De plus, elles confèrent à leur détenteur le droit de recevoir un dividende discrétionnaire. Dans les faits, le détenteur d'une catégorie d'actions peut recevoir un dividende à l'exclusion des détenteurs des autres catégories d'actions, et ce, à la discrétion des administrateurs. Lors du Congrès 2004 de l'APFF⁵⁵, on a présenté cette situation à l'ARC. Les actions d'Opco sont détenues en parts égales par trois sociétés de gestion n'ayant aucun lien de dépendance entre elles : Gestco A, Gestco B et Gestco C. Chacune des sociétés de gestion détient une catégorie distincte dont les droits et privilèges sont identiques. Dans une telle situation, on a demandé à l'ARC si elle considérerait que chacune des sociétés de gestion possédait des actions d'Opco dont la JVM correspond au tiers de la JVM totale des actions d'Opco, de sorte qu'Opco serait rattachée à chacune des sociétés de gestion. La réponse de l'ARC se lit comme suit :

« Nous avons consulté nos collègues de la Division des applications techniques et des évaluations afin de répondre à vos questions. Nos services des évaluations sont d'avis que, compte tenu des faits mentionnés dans la situation soumise, chacune des trois sociétés de gestion posséderait, à un moment donné d'une année d'imposition, des actions du capital-actions d'OPCO dont la JVM correspondrait au tiers de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions d'OPCO. À cet égard, bien que le versement d'un dividende discrétionnaire par OPCO influencerait sur la JVM des actions émises de son capital-actions, cela ne viendrait pas modifier la proportion de la JVM des actions du capital-actions de

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

⁵⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 48, question 10., 49:24-25.

⁵⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:9-78, question 6., aux pages 50:65-71.

OPCO détenues par chacune des trois sociétés de gestion, à un moment donné, puisque chaque actionnaire détiendrait une catégorie d'actions parmi trois catégories d'actions ayant des droits identiques du point de vue d'un acheteur potentiel.

Nous sommes donc d'avis que, dans la situation décrite ci-dessus, OPCO serait rattachée à un moment donné d'une année d'imposition aux trois sociétés de gestion en vertu de l'alinéa 186(4)b) L.I.R. puisque, d'une part, chacune des trois sociétés de gestion posséderait à ce moment plus de 10 % des actions émises (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) du capital-actions de OPCO et, d'autre part, chacune des trois sociétés posséderait à ce moment des actions du capital-actions de OPCO dont la JVM serait de plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de OPCO. »

La détermination de la JVM d'un bien est un art et non une science exacte. Il faut donc être prudent et replacer chaque société dans le contexte qui lui est propre pour établir la valeur de ses actions et par la suite, la répartir entre les différents blocs d'actions.

2.1.6. Actions détenues par une société de personnes

Aux fins de déterminer si deux sociétés, dont l'une est associée d'une société de personnes, sont rattachées, lorsque les actions de la société payante sont détenues par la société de personnes, la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit des présomptions. Chaque associé de la société de personnes est réputé propriétaire des actions de chaque catégorie d'actions détenues par la société de personnes proportionnellement à sa part des dividendes reçus par la société de personnes⁵⁶. Les dividendes imposables reçus par une société de personnes sont réputés reçus par chaque associé à concurrence de sa part⁵⁷. Ainsi, cette règle de transparence facilite l'application des tests prévus aux paragraphes 186(4) et 186(2) L.I.R. lorsqu'il s'agit de déterminer le pourcentage d'actions possédé par une société actionnaire.

2.1.7. Actions détenues par une fiducie personnelle

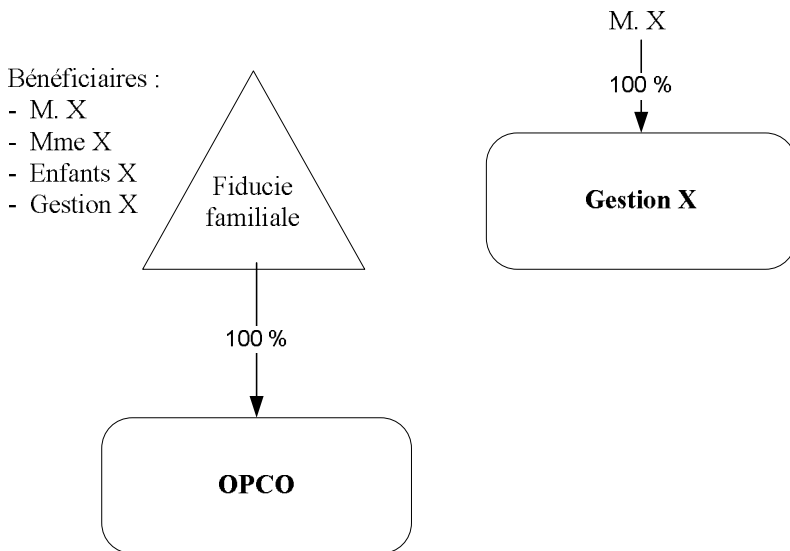
Il en va autrement des situations où une société privée est bénéficiaire d'une fiducie personnelle qui détient les actions d'une société payante. Aucune règle de transparence similaire à celle qui existe dans le cas où les actions de la société payante sont détenues par une société de personnes n'est prévue pour les fiducies. Donc, si la société bénéficiaire ne possède aucune action directement dans la société payante, il faut déterminer si, en vertu du

⁵⁶ Al. 186(6)b) L.I.R.

⁵⁷ Al. 186(6)a) L.I.R.

paragraphe 186(2) L.I.R., les actions de la société payante appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec la société bénéficiaire.

En 1998, la définition de « lien de dépendance » a été modifiée pour y inclure les relations entre un contribuable et une fiducie personnelle. Ainsi, un contribuable et une fiducie personnelle auront un lien de dépendance si le contribuable ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance ont un droit de bénéficiaire dans la fiducie⁵⁸. L'expression « droit de bénéficiaire⁵⁹ » a un sens très large et comprend, entre autres, les personnes ayant un droit de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie donnée. Le droit peut être immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne ou une société de personnes. Donc, une société qui est bénéficiaire du revenu d'une fiducie qui détient plus de 50 % des actions votantes de la société payante sera rattachée à la société payante, et ce, même si elle ne détient elle-même aucune action de la société payante. Puisque les bénéficiaires d'une fiducie ne sont pas propriétaires des biens de la fiducie et qu'il n'existe aucune présomption dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* à cet effet, seules les dispositions du paragraphe 186(2) L.I.R. peuvent faire en sorte que les sociétés soient rattachées.



⁵⁸ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁵⁹ Par. 248(25) L.I.R.

Dans cet exemple, si Opco paie un dividende à Fiducie familiale et si cette dernière le verse à Gestion X qui est bénéficiaire et fait une attribution en vertu du paragraphe 104(19) L.I.R., le dividende sera réputé reçu par Gestion X et non par Fiducie familiale. Puisque Fiducie familiale et Gestion X ont un lien de dépendance, Gestion X sera réputée contrôler Opco en vertu des dispositions du paragraphe 186(2) L.I.R. Les deux sociétés sont donc des sociétés rattachées.

3. LES PIÈGES À ÉVITER

La définition de « société rattachée » est beaucoup moins élaborée que les définitions de sociétés associées⁶⁰, de personnes liées⁶¹ ou de personnes affiliées⁶². Comme nous l'avons mentionné précédemment, il n'y a que deux façons d'établir si des sociétés sont rattachées soit le contrôle de la société payante, soit la détention d'actions de la société payante et il n'existe aucune règle de transparence à l'égard de la détention des actions. Il faut donc porter une attention particulière lorsque des actions sont émises.

3.1. SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES LIÉS

Le contrôle élargi d'une société tient compte des actions détenues par la société bénéficiaire et par des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance. Des personnes liées étant réputées avoir entre elles un lien de dépendance⁶³, il est plus facile de remplir les critères de rattachement prévus à l'article 186 L.I.R. lorsque les actions sont détenues directement par les membres de la famille ou par des sociétés qu'ils contrôlent. Cependant, les contribuables utilisent plus fréquemment les fiducies personnelles pour détenir les actions de sociétés exploitantes dans le cadre de leur planification fiscale et financière. Nous analyserons donc des situations où les actions sont détenues directement par la société ou par l'intermédiaire d'une fiducie.

⁶⁰ Art. 256 L.I.R.

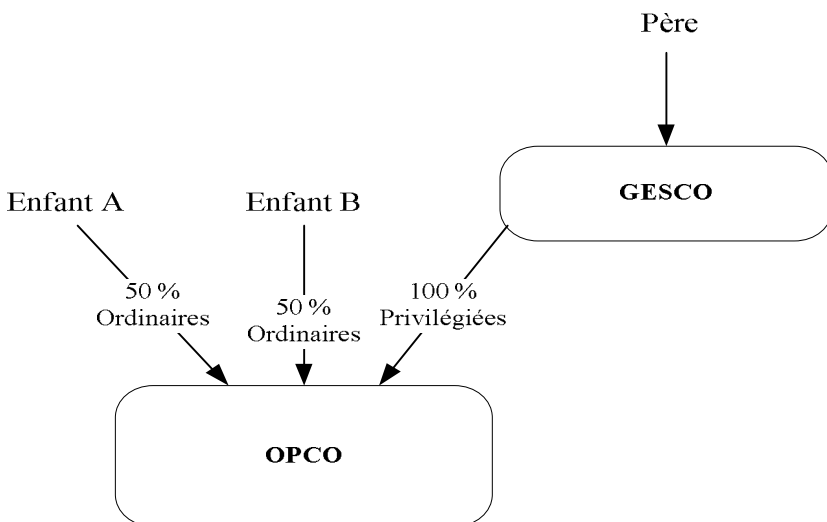
⁶¹ Par. 251(2) L.I.R.

⁶² Art. 251.1 L.I.R.

⁶³ Al. 251(1)a) L.I.R.

3.1.1. Actions détenues directement par une société de portefeuille

Dans le premier exemple, Père a fondé la société Opco, il y a un certain nombre d'années. Père désire prendre sa retraite et pour faciliter la transition avec ses enfants, A et B, qui travaillent dans l'entreprise, Père a effectué un gel de sa participation. Il a transféré les actions ordinaires qu'il possédait à Gesco. Les actions ordinaires d'Opco ont ensuite été échangées contre des actions privilégiées en vertu des dispositions de roulement contenues dans les lois fiscales. Les enfants ont souscrit aux nouvelles actions ordinaires. La structure finale est présentée dans l'organigramme suivant.



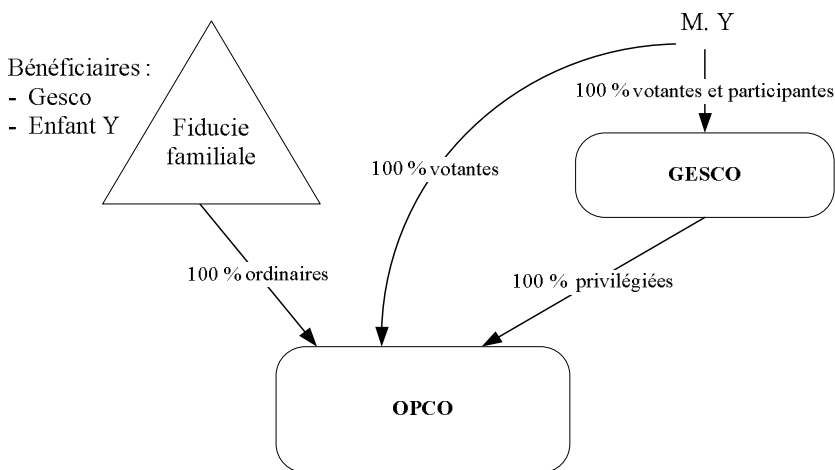
Dans cette situation, Opco est rattachée à Gesco, et ce, peu importe que les actions privilégiées détenues par Opco comportent droit de vote ou non. En effet, si Gesco a le contrôle de droit d'Opco, les sociétés seront rattachées⁶⁴. Dans le cas contraire, puisque toutes les actions votantes sont détenues par Gesco et/ou par des personnes ayant un lien de dépendance avec Gesco, alors les sociétés seront rattachées en vertu de la définition élargie de contrôle⁶⁵.

⁶⁴ Al. 186(1)a) L.I.R.

⁶⁵ Par. 186(2) L.I.R.

3.1.2. Actions détenues par une fiducie dont la société est bénéficiaire

Il arrive dans certains cas que le fondateur d'une société soit prêt à passer le flambeau à la génération suivante, mais un certain nombre de questions demeure sans réponse. Ainsi, dans cet exemple, M. Y pourrait penser que la valeur de la société au moment du gel ne serait pas suffisante pour lui assurer une retraite confortable et il veut conserver la possibilité de recevoir des dividendes importants ou encore le, ou les successeurs, de M. Y à la direction de l'entreprise n'est pas déterminé. Dans un tel cas, la détention des actions ordinaires par une fiducie discrétionnaire dont les membres de sa famille et une société dont il est actionnaire sont bénéficiaires peut apporter la solution. L'organigramme qui suit représente une version simplifiée de cette situation.



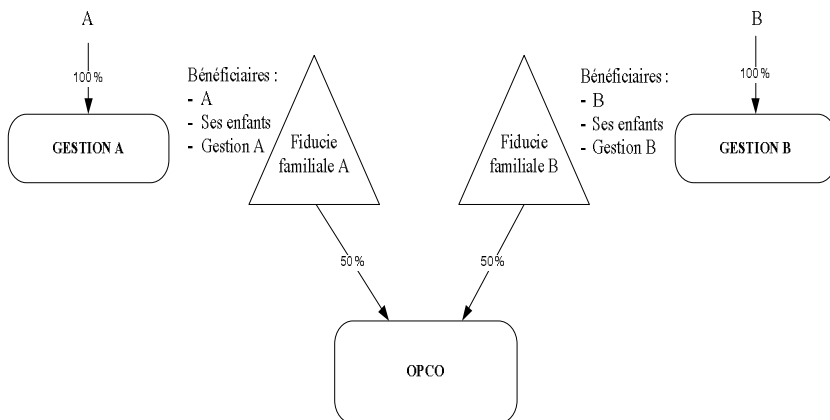
Gesco détient directement des actions d'Opco et M. Y possède la totalité des actions votantes émises. Donc, puisque Gesco et Opco sont contrôlées par la même personne, les actions votantes d'Opco sont détenues par une personne ayant un lien de dépendance avec Gesco⁶⁶, les deux sociétés sont rattachées⁶⁷. Gesco n'aura pas à payer l'impôt de la partie IV L.I.R. tant sur les dividendes reçus sur les actions privilégiées d'Opco que sur les dividendes qui lui ont été attribués par Fiducie familiale.

⁶⁶ S.-al. 251(2)b(i) et al. 251(1)a) L.I.R.

⁶⁷ Par. 186(2) L.I.R.

3.1.3. Actions détenues par plusieurs fiducies familiales

L'organigramme suivant représente la situation de frères et sœurs qui exploitent ensemble une entreprise familiale. Chacun met en place une structure fiduciaire pour détenir sa participation et aucune des fiducies familiales n'a le contrôle de droit d'Opco. Il faut donc déterminer si Opco est rattachée à chacune des sociétés de gestion qui est bénéficiaire d'une fiducie familiale. Intuitivement, la réponse devrait être oui, puisqu'on reste à l'intérieur d'un groupe familial. Cependant, le raisonnement pour en arriver à cette conclusion est un long chemin.



Pour qu'Opco soit rattachée à Gestion A, il faut que plus de 50 % des actions votantes soient détenues par Gestion A et/ou par des personnes ayant un lien de dépendance avec Gestion A, c'est-à-dire Fiducie familiale A et Fiducie familiale B. Il faut donc établir si Gestion A a un lien de dépendance avec Fiducie familiale A et avec Fiducie familiale B.

Dans un premier temps, Gestion A a un lien de dépendance avec Fiducie familiale A car Gestion A est bénéficiaire de Fiducie familiale A⁶⁸. Cependant, si on fait abstraction de la question de fait⁶⁹, établir le lien de dépendance entre Gestion A et Fiducie familiale B est plus long et plus complexe. Allons-y étape par étape :

⁶⁸ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁶⁹ Al. 251(1)c) L.I.R.

- A et B sont unis par les liens du sang et sont donc liés⁷⁰;
- A et B sont liés respectivement avec Gestion A et Gestion B⁷¹;
- Gestion A et Gestion B sont liées parce que chaque société est contrôlée par une personne et que la personne contrôlant une société est liée à la personne qui contrôle l'autre société⁷²;
- B est lié à Gestion A et A est lié à Gestion B⁷³;
- A, B, Gestion A et Gestion B sont des personnes liées et elles ont donc un lien de dépendance entre elles⁷⁴;
- Finalement, Fiducie familiale B et Gestion A ont un lien de dépendance parce que Gestion A ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance (Gestion B) a un droit de bénéficiaire dans Fiducie familiale B⁷⁵.

Donc, puisque plus de 50 % des actions votantes appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec Gestion A, cette dernière contrôle Opco en vertu de la définition élargie de contrôle⁷⁶.

Pour continuer sur notre lancée, il pourrait être nécessaire, dans certaines situations, que Fiducie familiale A et Fiducie familiale B aient un lien de dépendance entre elles. La position de l'ARC sur cette question veut que deux fiducies personnelles soient réputées avoir entre elles un lien de dépendance lorsque, entre autres choses, la même personne est bénéficiaire de chacune des fiducies ou qu'un des bénéficiaires d'une fiducie a un lien de

⁷⁰ Al. 251(2)a) L.I.R.

⁷¹ S.-al. 251(2)b)(i) L.I.R.

⁷² S.-al. 251(2)c)(ii) L.I.R.

⁷³ S.-al. 251(2)b)(iii) L.I.R.

⁷⁴ Al. 251(1)a) L.I.R.

⁷⁵ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁷⁶ Par. 186(2) L.I.R.

dépendance avec un bénéficiaire de l'autre fiducie⁷⁷. Pour en arriver à cette conclusion, continuons le raisonnement entrepris précédemment :

- Fiducie familiale A, Gestion A et A ont un lien de dépendance puisque A et Gestion A sont bénéficiaires de Fiducie familiale A et il en va de même pour Fiducie familiale B, Gestion B et B⁷⁸;
- Fiducie familiale B et Gestion A ont un lien de dépendance parce que Gestion A ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance (Gestion B) a un droit de bénéficiaire dans Fiducie familiale B⁷⁹;
- Finalement, Fiducie familiale B et Fiducie familiale A ont un lien de dépendance parce que Fiducie familiale B ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance (Gestion A) a un droit de bénéficiaire dans Fiducie familiale A⁸⁰.

Pour que deux fiducies aient entre elles un lien de dépendance, il faut appliquer l'alinéa 251(1)b) L.I.R. une première fois pour établir le lien entre Gestion A et Fiducie familiale B. Ce n'est qu'une fois ce lien établi que nous pouvons appliquer de nouveau l'alinéa 251(1)b) L.I.R. pour établir le lien de dépendance entre Fiducie familiale A et Fiducie familiale B.

3.2. SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES NON LIÉS

3.2.1. Vente de l'entreprise à des personnes non liées

Il arrive que pour faciliter la vente d'une entreprise, le vendeur conserve un lien sous forme de solde de prix de vente ou d'une participation en actions privilégiées. Dans ce dernier cas, lorsque les actions privilégiées sont reçues dans le cadre d'une transaction effectuée en vertu des dispositions de roulement contenues dans les lois fiscales, il est possible de reporter l'imposition jusqu'au moment de la disposition des actions. Pendant la période de détention des actions, un rendement sous forme de dividende peut

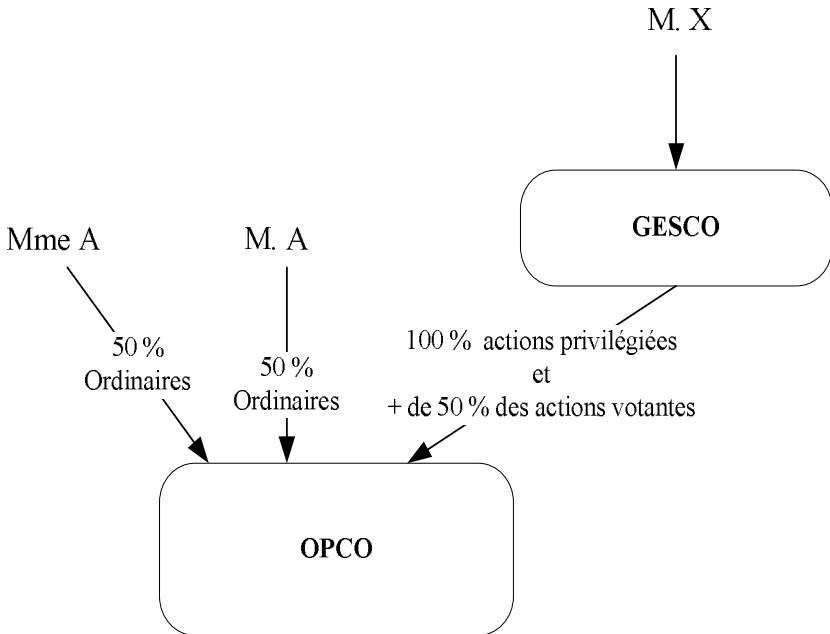
⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 21.

⁷⁸ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

être payé sur les actions privilégiées. De plus, si les actions privilégiées sont rachetées par la société émettrice, un dividende réputé pourrait en résulter. Il est donc important, si ces actions sont détenues par une société, que les sociétés soient rattachées pour minimiser la charge fiscale. La structure pourrait ressembler à celle-ci :



Dans une telle situation, Opco sera rattachée à Gesco uniquement si Gesco ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance, M. X dans notre exemple, détiennent directement des actions d'Opco. Dans l'organigramme précédent, Gesco a le contrôle de droit d'Opco. Les sociétés sont rattachées⁸¹. Dans le cas où M. X détiendrait des actions de contrôle représentant plus de 50 % des actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances, alors Opco serait aussi contrôlée par Gesco⁸².

Si Gesco n'a pas le contrôle d'Opco (juridique ou élargi), on doit s'assurer que Gesco détienne au moins 10 % des actions votantes et des

⁸¹ Al. 186(4)a) L.I.R.

⁸² Par. 186(2) L.I.R.

actions dont la valeur représente au 10 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation. Si c'est le cas, les sociétés seront rattachées⁸³. Sinon, les sociétés ne sont pas rattachées et Gesco devrait payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes reçus.

Lorsque le transfert des actions à l'acquéreur ou le rachat des actions par Opco est étalé dans le temps, il arrive un moment où la participation de Gesco dans Opco est inférieure à 10 %. Pour réduire au minimum la charge fiscale, il faut s'assurer que les sociétés demeurent rattachées jusqu'au retrait complet de Gesco. Les parties pourraient prévoir qu'Opco émette à Gesco ou à M. X une catégorie distincte d'actions, c'est-à-dire des actions de contrôle comportant droit de vote et sans droit de participation. Ces actions seront rachetées par Opco lors du retrait complet de Gesco. Les sociétés seront rattachées puisque Gesco ou M. X contrôlera Opco, et ce, même si la participation de Gesco descend à un pourcentage inférieur à 10 %.

3.2.2. Deux actionnaires en parts égales

Lorsque deux actionnaires non liés détiennent les actions d'une société en parts égales, il est impossible que l'un ou l'autre des actionnaires contrôle la société seul ou comme faisant partie d'un groupe de personnes qui ont entre elles un lien de dépendance. Les sociétés ne peuvent pas être rattachées en vertu des dispositions de l'alinéa 186(4a) ou du paragraphe 186(2) L.I.R. La seule possibilité est que la société bénéficiaire de la fiducie détienne elle-même directement plus de 10 % des actions votantes et des actions représentant plus de 10 % de la JVM de la société payante. La structure finale sera beaucoup plus complexe.

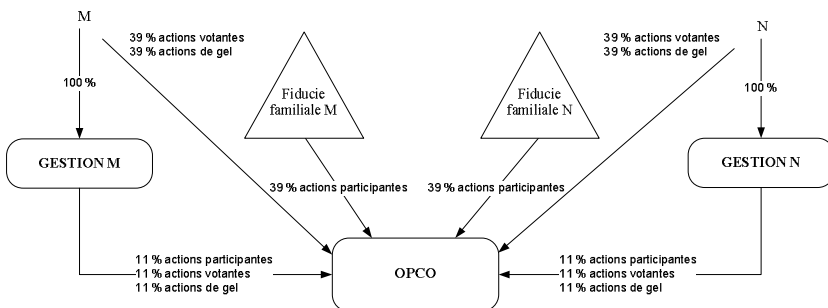
Analysons la situation suivante. Lors de la création de la société, les deux actionnaires, M et N, possèdent directement 50 % des actions ordinaires de la société Opco, les seules actions émises. Ils souhaitent une structure qui leur permettra, dans un premier temps, de purifier Opco sur une base continue tout en conservant les liquidités à l'intérieur d'un véhicule corporatif et dans un deuxième temps, de faire du fractionnement de revenus avec les membres de leur famille respective.

La solution qui leur est proposée est donc la détention d'actions ordinaires par une fiducie dont les bénéficiaires seront les membres de leur famille et une société, Gestion. Il est cependant important qu'Opco soit rattachée à chacune des sociétés bénéficiaires, soit Gestion M et Gestion N.

⁸³ Al. 186(4b) L.I.R.

En effet, dans le cas contraire, les dividendes reçus par Gestion seront assujettis à l'impôt de la partie IV L.I.R. au taux de 33 $\frac{1}{3}$ % alors que le taux d'imposition marginal d'un particulier en 2010 est de 30,68 % sur un dividende déterminé et de 36,35 % sur un dividende ordinaire. Dans un tel cas, il n'y aurait aucun avantage à transférer les dividendes à une société.

Après les différentes étapes, la structure est la suivante :

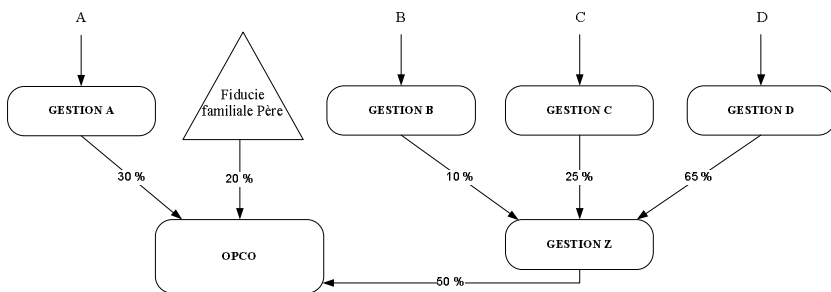


L'objectif de M et N étant de donner la plus grande participation possible dans la plus-value future d'Opco à leur fiducie respective, il faudra donc s'assurer que Gestion détienne en tout temps la participation minimale pour remplir les conditions prévues à l'alinéa 186(4)b) L.I.R., soit plus de 10 % des actions votantes et des actions représentant plus de 10 % de la JVM de la société payante. Pour remplir ces critères, Gestion M et Gestion N devront détenir chacune directement plus de 10 % de toutes les catégories d'actions émises. Dans une telle structure, la détermination de la JVM ne devrait pas poser de problème puisque le rapport de force est le même, soit 50 %, pour chaque groupe familial.

3.2.3. Actionnaires multiples

3.2.3.1. La transmission d'entreprise

La société Opco a été fondée il y a plusieurs années par Père. Il y a 15 ans, Père décide que le temps est venu pour lui de passer le flambeau à la génération suivante. Un de ses enfants et trois employés clés ont démontré des aptitudes et de l'intérêt pour l'entreprise. Pour ce faire, Père gèle sa participation et de nouvelles actions ordinaires d'Opco sont émises dans les proportions apparaissant dans l'organigramme suivant :



A est l'enfant de Père et les employés clés, B, C et D, ne sont pas liés entre eux, ni avec Père, ni avec A et nous posons l'hypothèse qu'ils traitent entre eux sans lien de dépendance. Les bénéficiaires de la Fiducie familiale Père sont l'épouse et les enfants de Père. Pour des raisons d'affaires (financement, vote), les employés clés désirent détenir leur participation par l'intermédiaire d'une seule société de gestion, soit Gestion Z. Depuis ce temps, les actions de gel de Père ont été rachetées par Opco.

Dans cette structure, Opco est rattachée à Gestion A et Gestion Z⁸⁴, et Gestion Z est rattachée à Gestion C⁸⁵ et Gestion D⁸⁶. Quant à Gestion B, qui détient exactement 10 %, on pourrait se demander si le fait de détenir 11 % des actions ordinaires aurait été suffisant pour éviter l'impôt de la partie IV L.I.R. L'exigence quant au nombre d'actions votantes serait remplie. Cependant, on pourrait se questionner sur la JVM des actions. Gestion B étant un actionnaire minoritaire, il faut se demander dans quelle mesure un escompte doit être appliqué à la valeur pour obtenir la JVM des actions. Si les faits démontrent que Gestion B fait partie d'un groupe qui contrôle Gestion Z, alors le test de la JVM serait possiblement réalisé.

3.2.3.2. Opco émet de nouvelles actions

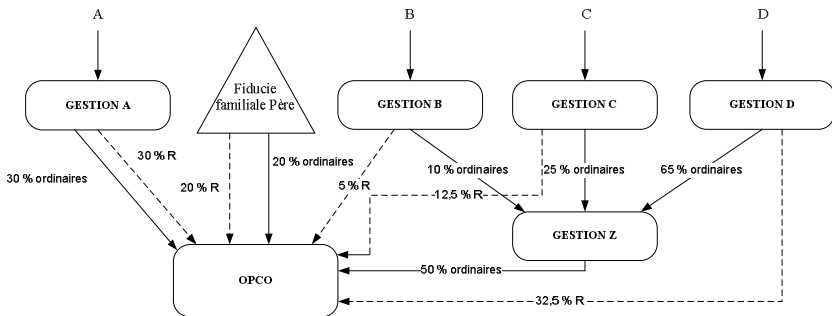
Quelques années plus tard, les actionnaires de Gestion Z veulent simplifier le processus de déclaration des dividendes puisque tous les dividendes reçus par Gestion Z sont immédiatement versés aux sociétés actionnaires. Opco a donc modifié ses statuts pour créer une nouvelle catégorie d'actions, les actions de catégorie R, qui serait détenue directement

⁸⁴ Al. 186(4)b) L.I.R.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Al. 186(4)a) L.I.R.

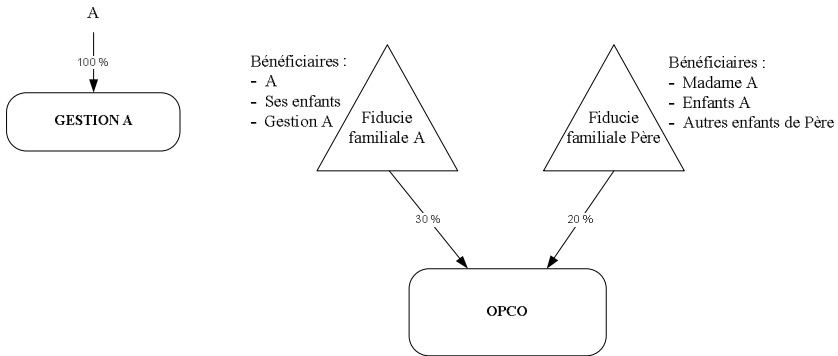
par les sociétés de gestion personnelles et par Fiducie familiale Père. Ces actions sont sans droit de vote et donnent droit à un dividende dont le taux peut varier entre 5 % et 25 % des bénéfices nets d'Opco pour l'exercice financier.



Lorsque des dividendes sont versés par Opco sur les actions de catégorie R, Opco est toujours rattachée à Gestion A, mais n'est pas rattachée à Gestion B, à Gestion C ni à Gestion D. En effet, aucune de ces sociétés ne contrôle Opco et aucune ne possède plus de 10 % de la JVM des actions d'Opco ni plus de 10 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances. Les trois sociétés de gestion doivent donc payer l'impôt de la partie IV L.I.R.

3.2.3.3. La participation de A détenue par une fiducie personnelle

Lorsque A est devenu actionnaire d'Opco, il a analysé la possibilité de détenir sa participation par l'intermédiaire d'une fiducie familiale, Fiducie familiale A, dont lui-même, sa famille immédiate et Gestion A seraient les bénéficiaires. Pour déterminer si Opco est rattachée à Gestion A, la seule possibilité est d'appliquer la notion élargie de contrôle, puisque Gestion A ne détient directement aucune action dans Opco. On doit donc se demander si plus de 50 % des actions votantes appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec Gestion A. La réponse est évidemment non puisque la famille A ne possède que 50 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances. Faisons quand même le raisonnement.



Gestion A a un lien de dépendance avec Fiducie familiale A, car elle en est bénéficiaire⁸⁷. Elle a aussi un lien de dépendance avec Fiducie familiale Père, car A, qui a un lien de dépendance avec Gestion A⁸⁸, en est un bénéficiaire⁸⁹. Cependant, Fiducie familiale A et Fiducie familiale Père ne détiennent ensemble que 50 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances. Donc, dans une telle structure, Gestion A devrait payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes d'Opco qui lui sont attribués par Fiducie familiale A.

La même question pourrait être posée pour la détention des actions de Gestion Z. Les trois actionnaires n'ayant aucun lien de dépendance entre eux, seul celui qui contrôle Gestion Z, c'est-à-dire D, aurait pu détenir sa participation par l'intermédiaire d'une fiducie personnelle ayant comme bénéficiaire Gestion D qui recevrait ultimement des dividendes sans payer l'impôt de la partie IV L.I.R.

Mais la question de savoir si deux personnes non liées ont entre elles un lien de dépendance étant une question de fait⁹⁰, si, à la suite de l'analyse des faits, il est déterminé que B, C et D ont un lien de dépendance, alors plus de 50 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances seraient détenues par des personnes ayant entre elles un lien de dépendance. Les trois actionnaires pourraient détenir leurs actions de Gestion Z dans une structure fiduciaire et leurs sociétés de gestion respectives pourraient recevoir les

⁸⁷ Al. 251(1b) L.I.R.

⁸⁸ S.-al. 251(2b)(i) et al. 251(1a) L.I.R.

⁸⁹ Al. 251(1b) L.I.R.

⁹⁰ Al. 251(1c) L.I.R.

dividendes déclarés par Gestion Z, en franchise de l'impôt de la partie IV L.I.R.

CONCLUSION

L'impôt de la partie IV L.I.R. et ses différentes composantes ont vu le jour dans le cadre de la réforme fiscale de 1972. Depuis son introduction, elle n'a subi que des modifications mineures, surtout d'ordre technique, afin de s'assurer que les dispositions législatives reflètent bien la politique fiscale sous-jacente à l'impôt de la partie IV. Comme nous avons pu le constater, la structure de détention des actions a varié dans le temps et la définition de « société rattachée » semble moins adaptée à la réalité d'aujourd'hui, surtout lorsque les actions sont détenues par l'intermédiaire de fiducies.

Puisqu'il s'agit d'un impôt remboursable, l'impôt de la partie IV L.I.R. est probablement l'un des éléments auxquels nous portons le moins d'attention. Cependant, il peut avoir un effet important sur les mouvements de trésorerie d'une société à l'intérieur d'un groupe de sociétés ou dans le cadre d'une transaction. Remettre à l'ARC le tiers de la somme qui a été reçue peut avoir un impact majeur sur l'évolution du portefeuille de la société. Il faut donc porter une attention particulière à la détention des actions pour obtenir la structure la plus efficace d'un point de vue fiscal.

LES ÉCUEILS DU NOUVEL ARTICLE 56.4 L.I.R. SUR LES CLAUSES RESTRICTIVES

MANON THIVIERGE, AVOCATE
HEENAN BLAIKIE, S.E.N.C.R.L., S.R.L.

PRÉCIS

Le 7 octobre 2003, le ministre des Finances du Canada a annoncé que la *Loi de l'impôt sur le revenu* allait être modifiée afin de traiter des conséquences fiscales relatives aux montants reçus ou à recevoir par un contribuable qui accorde une clause restrictive. Ces mesures faisaient suite aux arrêts *La Reine c. Fortino* et *Manrell c. La Reine* rendus par la Cour d'appel fédérale en 2000 et 2003 respectivement, selon lesquels les paiements reçus en vertu d'un engagement de non-concurrence accordé par un actionnaire qui dispose de ses actions n'étaient pas imposables. Toutefois, les nouvelles règles annoncées par le ministère des Finances du Canada ont une portée beaucoup plus large puisqu'elles visent non seulement l'imposition des paiements reçus en contrepartie d'un engagement de non-concurrence lors de la disposition d'actions, mais également l'imposition de paiements reçus en contrepartie de toutes clauses restrictives, que ceux-ci aient été reçus dans le cadre d'un emploi, de la vente d'actions, de la vente d'une participation dans une société de personnes ou dans le cadre d'une entreprise. Dans le présent texte, l'auteure analyse certains des problèmes d'application que les règles relatives aux clauses restrictives soulèvent et propose, dans la mesure du possible, des pistes de solution aux écueils du nouvel article 56.4 L.I.R. sur les clauses restrictives. L'auteure souligne également les amendements proposés à ces nouvelles mesures qui ont été publiés par le ministre des Finances le 16 juillet 2010.

ABSTRACT

On October 7, 2003, the Department of Finance, Canada announced that the *Income Tax Act* would be amended to deal with the income tax treatment of amounts received or receivable by a taxpayer for granting a restrictive covenant. These measures were meant to be the legislative response to the decisions in *Fortino v. The Queen* and *Manrell v. The Queen* rendered by the Federal Court of Appeal in 2000 and 2003 respectively, which stated that amounts received by a shareholder selling his shares of the capital stock of a

corporation in consideration for an agreement not to compete with the business carried on by the corporation were not taxable. However, the new rules announced by the Department of Finance, Canada are much broader since they deal not only with the tax treatment of payments pursuant to a non-competition agreement entered into by the vendor of shares, but also with the tax treatment of payments received in consideration of all restrictive covenants, whether the payment is received in the course of employment, the sale of shares, the sale of a partnership interest in a partnership that carries on a business or the sale of assets. In this paper, the author discusses certain of the problems raised by the new rules relating to restrictive covenants and proposes, whenever possible, solutions to the pitfalls of new section 56.4 of the *Income Tax Act* relating to restrictive covenants. The author also analyses the amendments proposed to these new rules which were published by the Minister of Finance on July 16, 2010.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	549
1. QU'EST-CE QU'UNE CLAUSE RESTRICTIVE?	550
2. POURQUOI RECEVOIR UNE SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE?.....	552
2.1. GÉNÉRALITÉS	552
2.2. TYPE D'ENGAGEMENT EXCLU DE L'APPLICATION DE L'ALINÉA 68C) L.I.R.....	555
2.3. ATTENTION AUX LIENS DE DÉPENDANCE!	557
2.4. ATTENTION AUX PAIEMENTS REÇUS PAR UNE AUTRE PERSONNE	563
3. SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE.....	565
3.1. GÉNÉRALITÉS	565
3.2. VENTE D'ACTIF	566
3.3. VENTE D' ACTIONS OU D'UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES	568
4. PAIEMENTS À DES NON-RÉSIDENTS.....	571
5. EXEMPLES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 56.4 L.I.R.	574
CONCLUSION	577

INTRODUCTION

Le 7 octobre 2003¹, le ministre des Finances du Canada annonçait que la *Loi de l'impôt sur le revenu*² serait modifiée afin de traiter des conséquences fiscales relatives aux montants reçus ou à recevoir par un contribuable qui accorde une clause restrictive. Ces mesures faisaient suite aux arrêts de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *La Reine c. Fortino*³ et *Manrell c. La Reine*⁴ selon lesquels les paiements reçus en vertu d'un engagement de non-concurrence accordé par un actionnaire qui dispose de ses actions n'étaient pas imposables. Toutefois, les nouvelles règles annoncées par le ministre des Finances du Canada ont une portée beaucoup plus large puisqu'elles visent non seulement l'imposition des paiements reçus en contrepartie d'un engagement de non-concurrence lors de la disposition d'actions, mais également l'imposition de paiements reçus en contrepartie de toutes clauses restrictives, que ceux-ci aient été reçus dans le cadre d'un emploi, de la vente d'actions, de la vente d'une participation dans une société de personnes ou dans le cadre d'une entreprise.

La portée démesurée des nouvelles règles annoncées et les nombreux problèmes d'application qu'elles soulèvent ont donné lieu à de vives critiques de la part des fiscalistes. Le ministère des Finances du Canada a réglé certains de ces problèmes lors de versions subséquentes proposées du nouvel article 56.4 L.I.R. Toutefois, diverses difficultés d'application subsistent et plusieurs fiscalistes espéraient que les nouvelles règles ne verraient jamais le jour par suite de la dissolution du Parlement le 7 septembre 2008, mettant ainsi fin au Projet de loi C-10⁵. Malheureusement, le nouvel article 56.4 L.I.R. a encore été proposé par le ministre des Finances le 16 juillet dernier⁶. Il faut donc se rendre à l'évidence : l'article 56.4 et les

¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2003-049, « Le ministre Manley propose des modifications au traitement fiscal rattaché aux clauses de non-concurrence », et document d'information, 7 octobre 2003.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

³ 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) (« *Fortino* »); confirmant 97 D.T.C. 55 (C.C.I.).

⁴ 2003 CAF 128 (« *Manrell* »).

⁵ CANADA, ministère des Finances, Projet de loi C-10 – Partie 2, qui a été adopté par la Chambre des communes le 29 octobre 2007 et qui était à l'étude par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce avant la dissolution de la 39^e législature du Parlement le 7 septembre 2008.

⁶ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-068, « Le gouvernement du Canada publie des propositions techniques révisées concernant l'impôt sur le (à suivre...)

autres nouvelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* connexes à celui-ci⁷ seront probablement adoptées par le Parlement. Il est donc important de connaître leurs modalités d'application⁸.

Le présent texte ne se veut pas une revue exhaustive des règles qui se retrouveront à l'article 56.4 L.I.R. lorsque celui-ci sera finalement adopté⁹. Il vise plutôt à souligner les nouvelles mesures annoncées dans le Communiqué 2010, à sensibiliser les professionnels à certains écueils du nouvel article 56.4 L.I.R. et à proposer, dans la mesure du possible, des pistes de solution.

1. QU'EST-CE QU'UNE CLAUSE RESTRICTIVE?

Le principe général applicable à un contribuable ayant octroyé une clause restrictive (et non nécessairement au bénéficiaire du paiement) se retrouvera au paragraphe 56.4(2) L.I.R.¹⁰ En vertu de cette disposition, un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu le total des sommes dont chacune a trait à une clause restrictive du contribuable qui est reçue ou à recevoir au cours de l'année d'imposition¹¹ par le contribuable¹² ou par un

(...suite)

revenu », propositions législatives et notes explicatives, 16 juillet 2010 (« Communiqué 2010 »).

⁷ Voir notamment le paragraphe 6(3.1), l'alinéa 68c) ainsi que les alinéas 212(1)i) et 212(13)g) L.I.R.

⁸ Au Québec, les règles relatives aux clauses restrictives se retrouvent aux articles 333.4 à 333.16 de la *Loi sur les impôts*, qui ont été sanctionnés le 15 mai 2009, L.Q. 2009, c. 5.

⁹ Pour une revue exhaustive de l'article 56.4 L.I.R., voir notamment Manon THIVIERGE, « Les clauses de non-concurrence : pièges et solutions », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 17:1-30; Katia SEBASTIANI, « Les clauses de non-concurrence », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 37:1-22; 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, 2006, pp. 8:1-38 et Hughes LACHANCE, « Le nouvel article 56.4 L.I.R. : imposition des clauses restrictives », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 21:1-34.

¹⁰ En vertu du paragraphe 56.4(15) L.I.R., l'article 42 L.I.R. ne sera pas applicable à un montant reçu ou à recevoir au titre d'une clause restrictive.

¹¹ Le paragraphe 56.4(2) L.I.R. prévoira une exception pour un montant qui a déjà été inclus dans le calcul du revenu du contribuable par l'effet de ce paragraphe pour une (à suivre...)

autre contribuable avec lequel il a un lien de dépendance. L'expression « clause restrictive » sera définie au paragraphe 56.4(1) L.I.R. comme signifiant :

« 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 vise à influencer, 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, à l'exception d'un accord ou d'un engagement qui, selon le cas :

- a) dispose des biens du contribuable;
- b) a pour objet l'exécution d'une obligation visée à l'article 49.1 qui ne constitue pas une disposition, sauf si l'obligation se rapporte à un droit sur des biens ou des services que le contribuable a acquis pour une somme inférieure à leur juste valeur marchande. »

Cette définition est très large et comprend beaucoup plus que les paiements au titre d'un engagement de non-concurrence. D'ailleurs, une clause restrictive n'aura pas à être légalement exécutoire pour que le paragraphe 56.4(2) L.I.R. puisse s'appliquer. Il est donc important d'examiner sérieusement les incidences fiscales de tout engagement donné par un contribuable à faire, ou à ne pas faire, quelque chose, tel qu'un simple engagement de non-sollicitation ou de non-divulgateion. D'ailleurs, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a indiqué que la définition d'une « clause restrictive » semble assez large pour inclure un engagement d'agir exclusivement pour le payeur¹³.

Néanmoins, certaines modifications ont été apportées à la définition d'une « clause restrictive » dans le cadre du Communiqué 2010. Ainsi, alors qu'un engagement devra influencer, ou viser à influencer, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services pour être vu comme une clause restrictive, la définition antérieure s'appliquait à un engagement qui « influe, ou est de nature à influencer » sur une telle acquisition. En d'autres mots, un *purpose test*

(...suite)

année d'imposition antérieure ou dans le calcul du revenu de la société admissible du contribuable pour l'année ou une année d'imposition antérieure.

¹² Aux fins de l'article 56.4 L.I.R., le mot « contribuable » inclura une société de personnes.

¹³ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0243411C6, 5 octobre 2007; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 50:5-99, question 31.1, aux pages 50:81-83.

a été ajouté lorsque l'influence de l'engagement sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services n'est pas directe. Le ministère des Finances du Canada a donc quelque peu limité la portée d'une « clause restrictive », mais cette précision ne semble pas suffisamment importante pour exclure un nombre d'accords, d'engagements ou de renonciations. De plus, par suite du Communiqué 2010, les exceptions qui se retrouvaient antérieurement dans une parenthèse au milieu de la définition de « clause restrictive » se retrouveront dorénavant à la fin de celle-ci, clarifiant ainsi que les exceptions ne s'appliquent qu'une fois que toutes les autres conditions auront été remplies.

Compte tenu de la portée limitée des changements à la définition de « clause restrictive » que l'on trouve dans le Communiqué 2010, les professionnels devront rester vigilants quant à l'application possible du nouvel article 56.4 L.I.R. Le nombre d'arrangements commerciaux qui pourront être visés par cet article est significatif et ne saurait se limiter à la situation type d'une vente d'actions ou d'éléments d'actif d'une entreprise. De plus, il est important de souligner que des engagements de non-concurrence (puisque c'est le genre d'engagement qui était initialement visé par ces règles) sont donnés non seulement dans le cadre de vente d'actions ou d'actifs, mais qu'ils se retrouvent fréquemment dans les conventions entre actionnaires ou les contrats d'emploi.

2. POURQUOI RECEVOIR UNE SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE ?

2.1. GÉNÉRALITÉS

Étant donné que la règle générale qui sera prévue au paragraphe 56.4(2) L.I.R. est particulièrement punitive, d'aucuns pourraient croire que la meilleure façon d'éviter le problème serait de ne pas attribuer quelque montant que ce soit à la clause restrictive, reprenant ainsi la pratique commerciale usuelle existant avant l'affaire *Fortino*. En effet, ce n'est qu'à la suite de cette décision que les vendeurs ont commencé à exiger de façon régulière qu'une portion du prix d'achat de leurs actions soit attribuée à titre de contrepartie de leur engagement de non-concurrence.

Bien que ce retour à la réalité commerciale soit sage, il n'est pas clair s'il permettra d'éviter l'application du paragraphe 56.4(2) L.I.R. En effet,

l'alinéa 68c) sera ajouté à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁴ de façon à octroyer à l'ARC le droit de réviser la répartition d'une contrepartie entre le produit de disposition de biens, la contrepartie de la prestation de services et la contrepartie au titre d'une clause restrictive lorsqu'une telle répartition est considérée comme n'étant pas raisonnable dans les circonstances. Cette nouvelle répartition s'appliquera au contribuable qui accorde la clause restrictive et à la personne à laquelle ladite clause a été accordée. L'alinéa 68c) L.I.R. pourra même s'appliquer dans des situations où les parties ont choisi de ne pas attribuer quelque montant que ce soit à la clause restrictive. Cela est particulièrement ironique puisqu'une valeur était rarement attribuée à des engagements de non-concurrence avant l'affaire *Fortino*. En effet, les planifications où une somme était payée au titre d'un engagement de non-concurrence visaient généralement à éviter l'impôt. Il est donc à espérer que l'ARC ne verra pas l'alinéa 68c) L.I.R. comme une invitation à réviser les répartitions qui ne sont pas clairement déraisonnables¹⁵. D'ailleurs, les tribunaux canadiens ont déjà indiqué qu'une répartition du montant d'une contrepartie entre parties n'ayant aucun lien de dépendance devrait généralement être considérée comme raisonnable par l'ARC. Voici ce que dit le juge Heald de la Cour d'appel fédérale à ce sujet dans l'affaire *Golden c. La Reine*¹⁶ :

« J'estime cette série de causes concluante quant au critère approprié à utiliser pour faire la détermination requise par l'article 68 ou la disposition prédécesseur, l'alinéa 20(6)g). J'estime que la bonne façon d'aborder la détermination prévue à l'article 68 serait, selon la jurisprudence citée ci-dessus, de prendre en considération la question tant du point de vue du vendeur que de l'acheteur et de tenir compte de toutes les circonstances entourant cette opération. Lorsque, comme en l'espèce et ainsi que l'a constaté le juge de première instance, il s'agit d'une opération sans lien de dépendance et non simplement d'une simulation ou d'un subterfuge, la répartition faite par les parties dans l'accord applicable est certainement un fait important dont il faut tenir compte¹⁷. »

¹⁴ L'alinéa 68c) L.I.R. s'appliquera à compter du 27 février 2004, sauf à l'égard des clauses restrictives qu'un contribuable a accordées par écrit avant cette date à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance.

¹⁵ Pour une analyse de l'évaluation d'une clause restrictive, voir D. Jeffrey HARDER, « Valuation and Tax Issues », dans *2004 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 20:1-35 et Richard M. WISE, « Valuation Issues Relating to Shares of Private Corporations », dans *2004 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 13:1-34.

¹⁶ [1983] 2 C.F. 599 (C.A.F.); confirmé par [1986] 1 R.C.S. 209.

¹⁷ *Id.*, 610.

Bien que l'alinéa 68c) L.I.R. ne requière une réattribution de la contrepartie que dans les cas où il est raisonnable de considérer qu'une partie de celle-ci constitue une contrepartie au titre de la clause restrictive, les contribuables qui choisiraient de n'attribuer aucune somme au titre d'une clause restrictive pourraient se retrouver dans une situation précaire. En effet, au moment où une opération sera vérifiée par l'ARC, il sera probablement trop tard pour effectuer un des choix prévus au paragraphe 56.4(3) L.I.R., en formulant l'hypothèse qu'un de ceux-ci aurait été possible dans les circonstances. En réponse à ce problème, le ministère des Finances a annoncé l'ajout des paragraphes 56.4(5) à 56.4(8) L.I.R. en 2005¹⁸ et celui du paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. dans le Communiqué 2010. Ces dispositions énumèrent certaines conditions qui, lorsqu'elles sont remplies, font en sorte que l'article 68 L.I.R. ne sera pas applicable de manière qu'une somme soit réputée être reçue ou à recevoir par un contribuable en contrepartie de l'octroi d'une clause restrictive. Cependant, ces conditions sont tellement strictes qu'il sera souvent impossible pour un contribuable de se prévaloir de ces règles¹⁹.

Certaines conditions prévues aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R. s'appliquent que la clause restrictive ait été accordée par un employé (par. 56.4(6) L.I.R.), dans le cadre de la vente d'achalandage (par. 56.4(7) L.I.R.) ou dans le cadre de la vente de biens, y compris des actions (par. 56.4(8) et 56.4(8.1) L.I.R.). D'autres conditions prévues à ces paragraphes sont applicables seulement dans un contexte particulier. Le cumul de celles-ci fait en sorte que plusieurs pièges devront être évités par les contribuables qui veulent s'assurer que l'ARC ne puisse réattribuer une partie d'un paiement à une clause restrictive.

¹⁸ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2005-049, « Publication de propositions législatives révisées concernant l'imposition des fiducies non résidentes et des entités de placement étrangères et d'autres modifications techniques de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », 18 juillet 2005 (« Communiqué 2005 »).

¹⁹ D'ailleurs, il a été suggéré que ces dispositions sont si restrictives d'application qu'elles ne font que mettre en valeur les pouvoirs de l'ARC d'utiliser l'alinéa 68c) L.I.R. afin d'attribuer un montant à une clause restrictive lorsque les conditions prévues aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8) L.I.R. ne sont pas remplies. Voir Michael N. KANDEV, « The Non-Compete Saga Continues.... », dans *Tax Topics*, n° 1747, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 1^{er} septembre 2005.

2.2. TYPE D'ENGAGEMENT EXCLU DE L'APPLICATION DE L'ALINÉA 68c) L.I.R.

Dans tous les cas visés par les paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R., un contribuable²⁰ ne pourra exclure l'application de l'alinéa 68c) L.I.R. à une clause restrictive octroyée par lui que dans la mesure où il s'agit d'un engagement à ne pas fournir, directement ou indirectement, des biens ou des services sous un régime de concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'acheteur (ou par une personne liée à l'acheteur²¹) dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte. Ainsi, seuls les engagements de non-concurrence peuvent donner lieu à l'application de ces exceptions et non les autres clauses restrictives.

Or, un engagement de non-concurrence viendra rarement seul; il sera généralement accompagné d'un engagement de non-sollicitation des clients ou des employés et d'un engagement de confidentialité. Doit-on conclure que les exceptions prévues aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R. ne peuvent jamais s'appliquer à de tels engagements? Nous croyons que la réponse à cette question est non.

En effet, les engagements de non-sollicitation et de confidentialité qui seront généralement exigés par l'acheteur devraient être considérés comme des composantes intégrantes de l'engagement de non-concurrence. D'ailleurs, dans l'affaire *RCI Environnement Inc. c. La Reine*²², une décision qui porte sur l'imposition d'un montant reçu afin de libérer un tiers de ses obligations en vertu d'une entente de non-concurrence pour une année d'imposition antérieure à 2003, le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt renvoie aux ententes en litige comme à des « ententes de non-concurrence » alors qu'elles comprenaient également des obligations de confidentialité, de non-sollicitation et de non-ingérence.

Il est également possible que les paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R.²³ soient basés sur l'hypothèse que seul l'engagement de non-concurrence ait

²⁰ Dans le cas d'un engagement accordé par un employé, il doit s'agir d'un particulier.

²¹ Dans le cas du paragraphe 56.4(8.1.) L.I.R., les biens ou les services doivent être fournis ou à fournir par une personne admissible ou par la société admissible de cette personne.

²² 2007 CCI 647; confirmé par 2008 CAF 419 (« *RCI Environnement* »).

²³ Voir cependant l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R., qui, de façon similaire, ne s'applique qu'aux engagements de non-concurrence.

une valeur. D'ailleurs, dans l'affaire *Manrell*, la Cour d'appel fédérale a indiqué que l'entente de non-concurrence signée par M. Manrell comprenait également un engagement de confidentialité, de non-sollicitation des employés et un engagement à transférer tout droit qu'il pouvait avoir dans la propriété intellectuelle de l'entreprise. Le juge Sharlow s'exprime ainsi quant à ces autres engagements :

« Le dossier ne renferme aucun élément de preuve au sujet de la question de savoir s'il y avait des "innovations" importantes, des renseignements confidentiels ou des employés estimés à protéger. Quoi qu'il en soit, aucune tentative n'a été faite pour répartir la contrepartie payée en vertu des ententes de non-concurrence entre l'engagement relatif à la non-concurrence et les autres engagements. Les deux parties ont débattu la présente affaire en se fondant sur la prémisse selon laquelle presque toute la contrepartie versée à M. Manrell par 3154823 Canada Inc. en vertu de l'entente de non-concurrence était une contrepartie se rapportant à l'engagement relatif à la non-concurrence. Je retiens cette prémisse, puisqu'il n'y a rien dans le dossier qui la contredise²⁴. »

Que l'on considère que de tels engagements n'ont aucune valeur ou qu'ils font partie intégrante de l'engagement de non-concurrence, on se retrouve avec le même résultat. Toutefois, par mesure de précaution, nous préférons que le contrat ou la clause s'intitule simplement « engagement de non-concurrence » et qu'il ne fasse pas référence aux engagements de non-sollicitation et de confidentialité, afin d'augmenter les chances de convaincre l'ARC que ces derniers font partie de l'obligation de non-concurrence. Cet argument est d'ailleurs conforme à la position exprimée par le ministère des Finances lors du dernier congrès de l'Association de planification fiscale et financière où l'un de ses représentants a indiqué qu'un engagement de non-concurrence englobera normalement une obligation de ne pas solliciter les employés de l'acheteur²⁵. Toujours selon le même représentant du ministère des Finances, le fait de préciser dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'un engagement de non-concurrence inclut l'obligation de non-sollicitation ne servirait qu'à soulever de l'incertitude quant à la signification d'un engagement de non-concurrence. Ainsi, le ministère des Finances n'a pas l'intention de proposer une modification à l'article 56.4 L.I.R. pour clarifier ce point.

Force est d'admettre que l'incertitude quant à la signification d'un engagement de non-concurrence demeure, même si la position exprimée par le ministère des Finances peut nous reconforter en partie. Tout ce que l'on

²⁴ *RCI Environnement*, précité, note 22, par. 9.

²⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 49:1-89, question 13, aux pages 49:30-31.

sait avec certitude, en lisant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est qu'un engagement de non-concurrence est nécessairement plus limité que la définition de clause restrictive. Par conséquent, on peut certainement s'interroger sur la politique fiscale ayant mené à proposer des règles qui s'appliquent à toutes les clauses restrictives en réponse à des décisions jurisprudentielles portant sur l'imposition des paiements reçus en considération d'un engagement de non-concurrence, mais où seul un tel engagement est visé par les exceptions. L'explication logique ne serait-elle pas que l'alinéa 68c) L.I.R. ne peut s'appliquer qu'à de tels engagements puisqu'il s'agit des seuls qui peuvent avoir une certaine valeur?

2.3. ATTENTION AUX LIENS DE DÉPENDANCE!

En vertu des paragraphes 56.4(5) à 56.4(8) L.I.R., l'article 68 L.I.R. ne permettra pas à l'ARC de réattribuer une partie d'un produit de disposition si, notamment, la clause restrictive est accordée par un contribuable à un autre contribuable (« Acheteur ») avec lequel il n'a aucun lien de dépendance²⁶.

Ainsi, on ne peut généralement exclure l'application de l'alinéa 68c) L.I.R. dans le contexte d'une vente à un membre de sa famille. D'ailleurs, dans le cas d'un employé, l'exception est encore plus restreinte puisque l'employé ne doit pas avoir de lien de dépendance ni avec son employeur ni avec les vendeurs²⁷. En d'autres mots, le paragraphe 56.4(6) L.I.R. ne vise qu'à exclure la situation où un employé qui traite à distance avec son employeur est disposé à accorder une clause restrictive sans recevoir quelque somme que ce soit de façon à permettre la vente de l'entreprise. Ainsi, cette exception ne sera pas disponible à un particulier qui contrôle l'employeur ou qui travaille pour l'entreprise familiale.

Toutefois, une exception à cette règle excluant les opérations entre personnes ayant un lien de dépendance a été annoncée dans le cadre du Communiqué 2010. Ainsi, le paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. pourra permettre à un contribuable ayant octroyé une clause restrictive d'éviter une réattribution d'une partie du produit de disposition des actions qu'il détient dans le capital-actions d'une société²⁸ si, notamment, ce contribuable est

²⁶ Dans le cas d'une vente d'un bien (y compris une action), la question de savoir si le vendeur et l'Acheteur ont un lien de dépendance sera déterminée, sans tenir compte de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

²⁷ Al. 56.4(6)c) L.I.R.

²⁸ L'exception ne saurait donc s'appliquer à la vente d'une entreprise.

un particulier résidant au Canada au moment de l'octroi de la clause (cette exception n'est donc pas applicable dans le cas d'une clause restrictive accordée par un non-résident ou par une société) à une personne admissible relativement à lui. Une « personne admissible » s'entend d'un particulier qui est lié au vendeur et qui est âgé d'au moins 18 ans²⁹. De plus, il doit être raisonnable de conclure que la clause restrictive (qui doit nécessairement être un engagement de non-concurrence, tel qu'il est décrit à la section 2.2) fait partie intégrante d'une convention écrite aux termes de laquelle les actions du capital-actions d'une société admissible du contribuable (société cible) sont disposées en faveur de la personne admissible ou d'une société admissible de celui-ci. Une « société admissible » est une société canadienne imposable dont une personne détient, directement ou indirectement, des actions du capital-actions. Comme on peut le constater, le ministère des Finances désire restreindre cet assouplissement aux opérations qui se passent strictement dans un contexte canadien.

D'ailleurs, si les actions de la société cible sont vendues non pas au particulier lié à la personne ayant octroyé l'engagement de non-concurrence mais plutôt à sa société admissible, alors l'alinéa 56.4(8.1)d) L.I.R. prévoira que le vendeur ne doit pas avoir, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, de droit³⁰ sur la société cible ou sur la société admissible après l'octroi de l'engagement³¹. Mais qu'est-ce qu'un « droit sur la société »? Certainement, on peut penser que la détention d'actions du capital-actions de la société cible ou de la société admissible disqualifiera un contribuable de l'application de cette exception. Mais qu'en est-il d'une créance? La réponse est-elle différente selon que cette créance est garantie ou non? Si le contribuable demeure un employé de la société cible, son « droit » de recevoir son salaire de la société cible est-il un droit sur cette société au sens de l'alinéa 56.4(8.1)d) L.I.R.?

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas les termes « intérêt » et « droit ». Nous devons donc nous référer aux principes de common law et de droit civil afin de déterminer ce qui est visé par l'expression « d'intérêt ou, pour l'application du droit civil, de droit sur une société ». D'ailleurs, l'ajout des mots « ou, pour l'application du droit civil, de droit », vise clairement à

²⁹ Par. 56.4(1) L.I.R.

³⁰ Ou d'intérêt en common law.

³¹ Il est intéressant de constater que la restriction quant au maintien d'un intérêt dans la société cible ne s'applique pas si les actions sont vendues à un particulier lié au vendeur et non pas à une société admissible d'un tel particulier. Encore une fois, la politique fiscale sous-jacente à cette distinction n'est pas évidente.

faciliter l'application de cette disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au Québec. Puisque cette expression a été proposée dans le cadre de l'harmonisation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* avec le droit civil, les commentaires suivants du ministère de la Justice peuvent nous aider à interpréter ces concepts :

« Dans le contexte du droit de la propriété en common law, quelle est la distinction, aujourd'hui, entre un *right* et un *interest*? Selon un auteur, lorsqu'il existe deux ou plusieurs droits, dont celui équivalent au droit de propriété, relatifs à un seul bien, le terme *interest* sera utilisé pour décrire le ou les droits de moindre importance qui portent sur ce bien. Ne s'agit-il pas aujourd'hui de la véritable signification juridique du mot *interest* dans le contexte du droit de la propriété? Le terme *interest* serait en premier lieu un droit. Ce droit se rattache à un bien, mais il est de moindre importance par rapport au droit équivalent à la propriété absolue, soit la tenure franche, qui se rattache à ce même bien. Dans un monde idéal, il serait sans doute préférable d'utiliser plutôt le terme "droit", mais il est illusoire de croire qu'un tel changement au niveau du langage juridique puisse se produire dans un avenir rapproché. À tout le moins peut-on espérer que les juristes formés dans la tradition de common law prennent connaissance des difficultés engendrées par le terme *interest* et qu'ils cessent de l'utiliser à outrance, en prenant soin de préciser plutôt la nature et l'étendue du droit en question (par exemple, droit de "propriété" en vertu d'un acte de vente, droit d'un créancier garanti, droit d'un bénéficiaire en vertu d'une fiducie, droit en vertu d'une licence)³². »

Un autre auteur s'exprime ainsi :

« En common law, le droit de propriété peut se fractionner en un ensemble de droits multiples, allant d'un simple intérêt en tant que locataire jusqu'au fief simple, l'intérêt le plus complet dans un bien. Ainsi, un individu est propriétaire d'un intérêt dans un bien plutôt que du bien lui-même. Ce principe est issu de la doctrine des tenures et des domaines provenant du Moyen-Âge et du système féodal. Le droit de propriété peut donc être fragmenté en plusieurs "intérêts" (*interest*) et à ce titre, le *security interest* n'est autre qu'un des droits sur le bien qui existe indépendamment des autres droits. En droit civil québécois en revanche, il n'existe pas un tel fractionnement du droit de propriété aux fins de garantir le droit d'un créancier. Même si le créancier peut, dans certains cas, obtenir un droit réel sur un bien du débiteur, cela ne constitue pas une forme de

³² Aline GRENON, « Dans un contexte d'harmonisation et d'économies intégrées, quelques réflexions au sujet du concept de propriété en droit civil et en common law », ministère de la Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien – Deuxième recueil d'études en fiscalité*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 1:1-12, à la page 1:6.

droit de propriété au sens où l'envisage la common law (*beneficial ownership* et *legal ownership*)³³. »

Si ces explications aident à comprendre les différences importantes entre le droit civil et la common law dans le domaine du droit de propriété, elles ne sont pas suffisantes pour nous permettre de déterminer dans quelles situations un contribuable a un droit sur une société. Il y a donc lieu de se référer aux autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* où cette expression est utilisée et à l'interprétation donnée à celles-ci par les tribunaux. Par exemple, en vertu du sous-alinéa 12(1)x)(viii) L.I.R., un paiement incitatif ne sera pas inclus dans le calcul du revenu s'il peut raisonnablement être considéré comme un paiement fait au titre de l'acquisition « d'un droit sur le contribuable, sur son entreprise ou sur son bien ».

Dans l'affaire *Supermarché Dubuc & Frère Inc. c. La Reine*³⁴, la Cour canadienne de l'impôt, dans le cadre d'un appel régi par la procédure informelle, devait établir si l'exclusion prévue au sous-alinéa 12(1)x)(viii) L.I.R. s'appliquait à une entente de fidélité intervenue entre l'appelante et Métro. En vertu de ladite entente, Métro n'avait pas acquis d'actions du supermarché ou d'intérêt financier dans celui-ci. De plus, Métro n'avait aucun droit de gérance dans l'entreprise. Métro sécurisait plutôt un point de vente, pendant la période établie dans l'entente de fidélité. Dans l'affaire *Dubuc*, le juge Garon a conclu que les « droits » détenus par Métro ne lui conféraient pas un droit dans l'appelante, mais qu'ils étaient suffisants pour lui octroyer un droit dans l'entreprise de celle-ci :

« 28 Je suis porté à croire que l'acquisition d'un droit "dans son bien" dont il est question dans le sous-alinéa 12(1)x)(viii) implique l'acquisition de droits réels sur les biens d'un contribuable. D'une part, l'utilisation de la préposition "dans" me paraît impropre à décrire des droits personnels ou des droits de créance sur le plan de la terminologie juridique. D'autre part, dans ce contexte d'un droit par rapport à un bien la préposition "dans" désigne un rapport étroit avec ce bien, un "jus in re". Je suis d'avis que la préposition "dans" lorsqu'elle est associée avec le mot "bien" équivaut à la proposition "sur"³⁵. »

Il continue plus loin :

³³ Marc CUERRIER, « L'harmonisation de la législation fiscale fédérale », 2000, ministère de la Justice du Canada, Section Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien (en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f7-b7/bf7.pdf>).

³⁴ [1994] 1 C.T.C. 2215 (C.C.I.) (« *Dubuc* ») pour la version anglaise du jugement.

³⁵ *Id.*, par. 28.

« 33 Quant à la partie du sous-alinéa 12(1)x)(viii) qui fait mention de l'acquisition "d'un droit sur le contribuable", il me semble que cette partie de ce sous-alinéa ne peut pas s'appliquer si le contribuable est un individu. [...] Dans le cas d'une personne morale, ce sous-alinéa peut s'appliquer à une personne qui possède des actions dans une société par actions. Si, dans le cas présent, Métro avait acquis par cette convention des actions de l'appelante, on pourrait alors dire que Métro a acquis des droits sur la personne morale qu'est l'appelante. Telle n'est cependant pas la situation dans l'espèce qui nous concerne.

34 Il me reste à considérer la partie du sous-alinéa 12(1)x)(viii) où il est question de l'acquisition "d'un droit dans l'entreprise".[...]

35 Étant donné la nature du concept d'entreprise, il me paraît indiscutable que Métro a acquis des droits qui se rapportent aux activités de l'appelante dans le cadre de l'exploitation de son commerce. L'appelante a, en effet, les mains liées à plusieurs égards. Elle est tenue dans l'exploitation de son commerce de s'approvisionner auprès de Métro et des fournisseurs désignés par Métro dans une mesure très substantielle, selon les termes mêmes de la convention. En d'autres mots, l'appelante doit respecter certains quotas ou "ratios de fidélité" en ce qui concerne les achats des catégories de produits visées par la convention. Cet engagement de l'appelante est assorti spécifiquement d'une clause pénale consentie en faveur de Métro. L'appelante ne peut pas non plus cesser de faire affaires en vendant son commerce sans d'abord donner à Métro la possibilité d'acquérir le commerce dans le délai indiqué. Il est aussi prévu que si dans le cas où Métro n'exerce pas son droit d'acquisition du commerce l'appelante doit s'assurer, comme on l'a vu, que l'acheteur du commerce signe une convention d'adhésion à titre de membre de Métro et respecte les droits conférés à Métro par la convention précitée pour la partie non écoulée de la période de cette convention. Métro possède ainsi des droits à l'égard des modalités de cessation par l'appelante de l'exploitation de son entreprise dans les circonstances que je viens d'indiquer³⁶. »

Toutefois, cette interprétation élargie de l'expression « droit dans une entreprise » n'a pas été reprise dans la décision *Supermarché Ste-Croix c. La Reine*³⁷, qui mettait également en cause l'application du sous-alinéa 12(1)x)(viii) L.I.R. à une convention de fidélité conclue avec Métro.

Dans l'affaire *Ste-Croix*, la Cour canadienne de l'impôt a restreint la portée donnée à l'expression « droit dans l'entreprise » dans l'affaire *Dubuc*, tout en acceptant l'interprétation qu'on y trouve des mots « dans le contribuable » :

« Je suis du même avis que notre Cour dans l'affaire *Supermarché Dubuc* en ce qui a trait à la signification de l'acquisition d'un droit sur le contribuable et dans

³⁶ *Id.*, par. 33 à 35.

³⁷ 95 D.T.C. 871 (C.C.I.); confirmée par 97 D.T.C. 5211 (C.A.F.) (« *Ste-Croix* »).

son bien. Il s'agit de l'acquisition d'actions ou d'un droit relatif à des actions ou à l'acquisition d'une part dans une société et de l'acquisition d'un droit réel à l'égard de son bien. Là où je diffère d'opinion, c'est quant à la signification à donner aux mots "acquisition d'un droit dans son entreprise". Je ne crois pas, à l'instar du juge dans *Canada Trust Co. (Shaw Estate)* précité, que les obligations contractuelles de l'appelante accordées en contrepartie du paiement incitatif puissent, dans le langage juridique courant, être comprises comme des droits acquis dans une entreprise. Un droit dans une entreprise serait possiblement une participation dans les bénéfices de l'entreprise, ou encore possiblement un droit de gestion. Je ne veux pas tenter de définir de façon descriptive et exhaustive ce que serait un droit dans une entreprise, mais je peux avec certitude dire ce qu'il n'est pas. Il ne peut s'agir des obligations contractuelles auxquelles s'est engagé le récipiendaire du paiement incitatif. Ici je veux reprendre les mots du tribunal dans *Supermarché Dubuc*, déjà cité, à l'égard de l'utilisation de la proposition "dans" à l'égard du mot "bien".

[...] l'utilisation de la préposition "dans" me paraît impropre à décrire des droits personnels ou des droits de créance sur le plan de la terminologie juridique.

Si les termes "droit dans un bien" ou "droit sur le contribuable" ne pouvaient référer à des droits personnels ou des droits de créance, il en va de même relativement aux termes "droit dans l'entreprise"³⁸. »

La Cour d'appel fédérale, par la voix du juge Marceau, a confirmé la décision de la juge Lamarre-Proulx en première instance et a indiqué ce qui suit :

« Nous croyons, comme elle, que l'expression "acquisition d'un droit sur l'entreprise" (dans la version anglaise, "acquisition of an interest in the taxpayer's business") doit s'entendre d'un droit direct relatif aux activités mêmes de l'entreprise et non seulement de ce que l'on peut encore décrire comme un droit mais de nature personnelle résultant d'une promesse de l'entreprise d'agir d'une certaine manière dans ses relations d'affaires futures. Ici, le "droit", ou l'intérêt que s'est acquis le payeur dans l'entreprise est celui que lui vaut l'obligation assumée par l'appelante, qui opère une épicerie, d'abord de s'approvisionner à l'avenir chez lui, grossiste, jusqu'à concurrence de certains quotas, et ensuite de lui donner un premier choix d'acquisition des actions émises de son capital-actions, si une transaction relative à ces actions était projetée.

Aucun droit ou intérêt direct dans l'entreprise n'est impliqué, aucun droit de propriété ou droit pécuniaire quelconque dans ses profits n'est transféré, aucune participation dans sa direction, ses opérations ou son administration n'est cédée. Attribuer à l'expression "droit" ("interest") dans l'entreprise tel qu'utilisée dans la disposition le sens large que suggère en somme l'appelante, soit celui d'avantage à retirer des activités de l'entreprise, serait d'aller à l'encontre du sens courant attribué dans le langage juridique aux mots "droit" et "interest" lorsque utilisés à l'égard d'un bien, comme en témoignent les définitions

³⁸ *Id.*, 877.

fournies par les dictionnaires juridiques. Et ce serait aussi enlever à la disposition la possibilité de jouer vraiment le rôle qu'on lui assignait, soit celui de départager deux types de paiements incitatifs, un tel paiement pouvant difficilement ne pas avoir en contrepartie un intérêt qui se rattache aux activités de l'entreprise³⁹. »

En se basant sur ce qui précède, on doit limiter l'interprétation des termes « intérêt et droit dans la société » aux actions et à tout autre instrument financier conférant un droit de participation dans les profits d'une société. Il est également probable qu'un droit réel (telle une hypothèque) grevant ces actions ou instruments financiers serait également considéré comme un droit sur une société.

Dans un même ordre d'idées, et suivant le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Ste-Croix*, l'expression « droit sur la société » devrait être interprétée de façon plus restreinte que « droit dans une entreprise ». Ainsi, ces termes ne sauraient viser des intérêts ou droits relatifs aux activités journalières ou financières de l'entreprise (c'est-à-dire les droits conférés par un contrat), puisqu'un droit dans une société renvoie aux droits dans le véhicule qu'est la société (telles des actions) et non pas ce qui est à l'intérieur dudit véhicule, soit l'entreprise. Bref, les dettes et obligations de l'entreprise ne seraient donc pas incluses dans la définition de « droit sur la société ». Évidemment, comme cette question n'a pas encore été examinée par les tribunaux dans le contexte de l'article 56.4 L.I.R., la prudence est de mise lorsqu'on vend des actions à une personne liée et qu'on désire se prévaloir de l'exclusion prévue au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R., tout en conservant un certain lien avec la société cible ou la société admissible qui a acquis les actions de celle-ci.

2.4. ATTENTION AUX PAIEMENTS REÇUS PAR UNE AUTRE PERSONNE

Une des conditions d'application des paragraphes 56.4(7), 56.4(8) et 56.4(8.1) L.I.R. veut qu'aucune partie du montant de la contrepartie de la clause restrictive ne doit être reçue ou à recevoir par un particulier avec lequel le contribuable a un lien de dépendance ou par un autre contribuable dans lequel un tel particulier détient, directement ou indirectement, un intérêt, ou un droit pour l'application du droit civil (« Personne Liée »)⁴⁰. Il appert que cette condition vise à empêcher le fractionnement des revenus en

³⁹ 97 D.T.C. 5211, 5212.

⁴⁰ Voir la section 2.3 du présent texte pour une analyse de l'expression « un intérêt ou, pour l'application du droit civil, un droit ».

avantageant une personne ayant un taux d'imposition moins élevé que le contribuable ayant octroyé la clause restrictive. Néanmoins, si ladite condition n'est pas remplie, alors le paragraphe 56.4(9) L.I.R. prévoira un allègement limité.

En vertu du paragraphe 56.4(9) L.I.R., l'article 68 L.I.R. ne s'appliquera qu'à la partie attribuable à la Personne Liée (« Partie attribuable »). La détermination de la Partie attribuable peut être complexe et aucune règle n'est prévue à l'article 56.4 L.I.R. quant à la méthode qui doit être utilisée à cette fin. Une possibilité est d'avoir recours à la formule $A - B$ qui se retrouvait dans la version initiale du paragraphe 56.4(3) L.I.R., puisque les notes explicatives ayant trait à ce paragraphe faisaient référence à des situations où plus d'un actionnaire vendait ses actions, mais chaque actionnaire participait de façon différente dans l'entreprise exploitée par la société.

De plus, en vertu de l'alinéa 56.4(9)b) L.I.R., le contribuable ayant octroyé la clause restrictive et la Personne Liée doivent faire un choix conjoint en vertu duquel la Partie attribuable est réputée être reçue par la personne ayant octroyé la clause restrictive à titre de montant pour achalandage ou produit de disposition, selon le cas⁴¹. L'alinéa 56.4(9)c) L.I.R. prévoira alors que la Partie attribuable doit être considérée comme n'ayant pas été reçue par la Personne Liée. Si la Partie attribuable est effectivement reçue ou à recevoir par une société, une société de personnes ou une fiducie, cette contrepartie sera réputée avoir été reçue par le bénéficiaire à titre de mandataire du contribuable ayant octroyé la clause restrictive si elle est transférée à ce dernier dans les 180 jours suivant sa réception, le tout étant conforme à l'alinéa 56.4(9)c.1) L.I.R.

Enfin, la dépense effectuée par l'Acheteur au titre du montant pour achalandage ou du coût des actions sera considérée comme étant de la même nature que si le paragraphe 56.4(7), 56.4(8) ou 56.4(8.1) L.I.R. avait été appliqué à la Partie attribuable.

Prenons un exemple concret aux fins de mieux comprendre le fonctionnement du paragraphe 56.4(9) L.I.R. M. X et son épouse détiennent respectivement 75 % et 25 % des actions du capital-actions d'une société. Bien que les deux conjoints soient employés par la société, seulement M. X est un employé-clé. M. X et son épouse vendent leurs actions à un tiers en contrepartie de la somme totale de 2 M\$, soit 1,5 M\$ payables à M. X et

⁴¹ Le choix doit satisfaire aux conditions prévues au paragraphe 56.4(14) L.I.R.

500 000 \$ payables à son épouse. Aucun montant n'est attribué à l'engagement de non-concurrence octroyé par M. X. Dans un tel cas, il est possible que l'ARC tentera d'arguer que l'alinéa 68c) L.I.R. est applicable de façon à considérer qu'une partie du prix de vente des actions constitue une contrepartie au titre d'une clause restrictive. Il pourrait donc être prudent d'effectuer un choix en vertu du paragraphe 56.4(9) L.I.R. aux fins d'attribuer une partie du montant reçu par M^{me} X à son conjoint. La difficulté sera évidemment d'établir le montant qui est raisonnablement attribuable à la clause restrictive.

La situation sera-t-elle différente si un des actionnaires-vendeurs n'a pas de lien de dépendance avec M. X? Formulons l'hypothèse que M. X, M^{me} X et M. Y (qui n'a pas de lien de dépendance avec M. et M^{me} X) détiennent respectivement 50 %, 25 % et 25 % des actions du capital-actions d'une société. Ces actions sont vendues pour la somme totale de 2 M\$; M. X reçoit 1 M\$, alors que M^{me} X et M. Y reçoivent 500 000 \$ chacun. Seul M. X est appelé à donner un engagement de non-concurrence et aucun montant n'est attribué à celui-ci. Une partie du prix de vente des actions peut-il vraiment être attribuable à la clause restrictive dans une telle situation? Si c'est le cas, pourquoi M. X aurait-il fait cadeau de cette contrepartie à M. Y? Et si aucune partie du prix de vente reçu par M. Y ne saurait être attribuable à la clause restrictive, pourquoi le même montant payé à M^{me} X pour le même nombre d'actions serait-il traité différemment? À notre avis, l'exclusion qui vise les Personnes Liées ne saurait être applicable dans les circonstances.

Enfin, nonobstant ce qui précède, l'allègement prévu au paragraphe 56.4(9) L.I.R. ne sera pas applicable lorsque la règle antiévitement décrite au paragraphe 56.4(11) L.I.R. empêche son application puisque ce dernier paragraphe a priorité sur l'allègement prévu au paragraphe 56.4(9) L.I.R.

3. SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE

3.1. GÉNÉRALITÉS

Dans la situation où une somme est effectivement attribuée par les parties à la clause restrictive, ou dans la situation où l'ARC utilisait l'alinéa 68c) L.I.R. pour réattribuer une partie de la contrepartie au titre d'une telle clause restrictive, cette somme sera alors pleinement imposable en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Les nouvelles règles ne prévoient que trois exceptions restreintes à cette règle générale voulant que tout montant reçu ou à recevoir au titre d'une clause restrictive doit être incluse dans le calcul du revenu du contribuable ayant octroyé la clause. D'ailleurs, toutes ces

exceptions, lesquelles seront prévues au paragraphe 56.4(3) L.I.R., ne s'appliqueront que si la clause restrictive est accordée par une personne avec laquelle l'Acheteur n'a pas de lien de dépendance⁴². Par conséquent, tous nos commentaires à la section 2.3. de ce texte sont pertinents à cet égard. Ainsi, lorsqu'une clause restrictive est accordée à un membre de la famille, non seulement il ne sera pas possible d'éviter l'application de l'alinéa 68c) L.I.R. (sauf dans le cas très restreint visé au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R.), mais en plus aucune exception ne sera disponible afin d'éviter l'application du paragraphe 56.4(2) L.I.R. pour la somme qui devra raisonnablement être attribuée à la clause restrictive, le cas échéant.

3.2. VENTE D'ACTIF

L'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. s'appliquera lorsque : i) la somme reçue au titre d'une clause restrictive serait autrement incluse dans le calcul du « montant cumulatif des immobilisations admissibles » du contribuable relativement à l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte en vertu du paragraphe 14(5) L.I.R. et ii) le contribuable ainsi que le payeur (dans la mesure où le montant est payable par l'Acheteur relativement à une entreprise qu'il exploite au Canada) font conjointement le choix sur le formulaire prescrit d'appliquer l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. à cette somme. Si ces conditions sont remplies, et que la clause restrictive a été accordée à une personne avec qui le contribuable n'a pas de lien de dépendance, alors le paragraphe 56.4(2) L.I.R. ne sera pas applicable.

Plusieurs observations peuvent être faites eu égard à cette exception :

- 1) Ce choix n'élimine pas complètement l'incertitude quant aux conséquences fiscales afférentes à un paiement effectué en contrepartie d'un engagement de non-concurrence dans le cadre d'une vente d'éléments d'actif puisque le choix ne peut être effectué que dans la mesure où le paiement aurait autrement été inclus dans le calcul du montant cumulatif des immobilisations admissibles du contribuable. Par conséquent, il sera toujours nécessaire d'analyser l'application de l'article 14 L.I.R. à un montant payé en contrepartie d'une clause restrictive. Toutefois, un paiement effectué dans le cadre d'une vente d'éléments d'actif en contrepartie d'un engagement de non-concurrence sera généralement considéré comme un montant en immobilisations admissible.

⁴² Cette détermination doit être faite sans référence à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

- 2) Le choix ne sera disponible que dans la mesure où la personne qui a accordé la clause restrictive est propriétaire de l'entreprise vendue. Ainsi, ce choix ne pourra être effectué lorsque l'engagement est octroyé par l'actionnaire d'une société qui vend ses éléments d'actif. Or, il est fréquent, lorsqu'une société vend son entreprise, que ses actionnaires devront s'engager à ne pas concurrencer l'acheteur par suite de l'opération. Il est difficilement justifiable qu'un particulier qui vend ses actions aura accès à une exception en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R., alors que celui qui choisit de faire en sorte que la société vende ses éléments d'actif n'aura pas la même possibilité. Dans un tel cas, il sera particulièrement important qu'aucune somme ne soit reçue par l'actionnaire pour l'octroi de la clause restrictive de façon à permettre l'application du paragraphe 56.4(7) L.I.R.
- 3) Les deux parties doivent effectuer le choix si le montant est payable par l'Acheteur relativement à une entreprise qu'il exploite au Canada⁴³, mais seule la personne ayant octroyé la clause restrictive doit déposer ce choix auprès de l'ARC. Si le contribuable réside au Canada au moment où l'engagement est accordé, alors le choix doit être produit le ou avant la date d'échéance de production pour l'année d'imposition au cours de laquelle la clause restrictive a été accordée. Si le contribuable ne réside pas au Canada, alors le choix doit être produit auprès de l'ARC par toute personne (bien qu'il soit raisonnable de croire qu'il sera généralement produit par la personne ayant accordé la clause restrictive) le ou avant le jour qui est six mois après la date où la clause restrictive a été accordée. Dans tous les cas, le choix doit être accompagné d'une copie de la clause restrictive⁴⁴.
- 4) Le formulaire prescrit pour faire ce choix n'était pas encore disponible au moment de la préparation de ce texte. Toutefois, le site Internet de l'ARC fournit un exemplaire d'une lettre qui peut être utilisée à cette fin⁴⁵.
- 5) L'ARC a indiqué que le ministère des Finances examinerait s'il y avait lieu d'inclure le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. à l'article 600 du

⁴³ Si l'entreprise n'est pas exploitée au Canada par l'Acheteur, alors seulement le contribuable qui a accordé la clause restrictive est requis de faire le choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R.

⁴⁴ À titre de mesure provisoire, il est prévu que ce choix sera réputé avoir été produit dans le délai imparti s'il est produit au plus tard 180 jours après la date de sanction de l'article 56.4 L.I.R.

⁴⁵ En ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/lf-vnts/sllng/rstrctv/LISEZ-MOI.html>.

*Règlement de l'impôt sur le revenu*⁴⁶, soit la disposition qui énumère les choix qui peuvent être produits hors délais conformément à une demande en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. Le ministère des Finances a confirmé qu'il avait l'intention d'inclure le choix mentionné à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. à l'article 600 R.I.R. Il est à espérer que tous les choix mentionnés à l'article 56.4 L.I.R. y seront inclus, y compris celui prévu à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. Il est d'ailleurs intéressant de mentionner que l'exemplaire de lettre que l'on retrouve sur le site Internet de l'ARC traite conjointement des choix prévus aux alinéas 56.4(3)b) et 56.4(3)c) L.I.R.; on pourrait donc s'attendre à ce que ces deux choix puissent être produits en retard en vertu des dispositions en matière d'équité. Toutefois, une telle inclusion à l'article 600 R.I.R. n'aura probablement pas lieu tant que l'article 56.4 L.I.R. n'aura pas été officiellement sanctionné.

- 6) Il est intéressant de noter que cette exception s'applique dans tous les cas où une somme est reçue en contrepartie d'une clause restrictive et qu'elle n'est pas limitée aux engagements de non-concurrence, contrairement à ce qui est prévu aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) et à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. Cependant, pour que l'exception soit applicable, encore faut-il que le paiement eut autrement été inclus dans le calcul du montant cumulatif des immobilisations admissibles du contribuable.

Il est impératif que le vendeur d'éléments d'actif qui reçoit un paiement au titre d'une clause restrictive soit informé des incidences fiscales si le choix décrit à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. n'est pas effectué et produit à l'intérieur du délai imparti. Puisqu'il s'agit d'un choix conjoint du vendeur et de l'Acheteur (à moins que l'Acheteur n'exploite pas l'entreprise au Canada), ce choix doit être discuté dans le cadre des négociations entre les parties et devrait devenir une composante automatique de tout agenda de clôture pour la vente d'éléments d'actif lorsqu'un contribuable accorde une clause restrictive si une somme est payable au titre de celle-ci.

3.3. VENTE D' ACTIONS OU D'UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Une des exceptions au traitement décrit au paragraphe 56.4(2) L.I.R. se retrouvera à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. et s'appliquera dans le cadre de la vente

⁴⁶ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »); AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0103551E5, 7 avril 2005.

de certaines participations admissibles. Plusieurs conditions doivent être remplies pour que cette exception soit applicable :

1) Le montant doit se rapporter directement à la disposition par le contribuable d'une participation admissible. Une « participation admissible » sera définie au paragraphe 56.4(1) L.I.R. comme une immobilisation d'un contribuable qui est :

- soit une participation dans une société de personnes qui exploite une entreprise;
- soit une action du capital-actions d'une société qui exploite une entreprise;
- soit une action du capital-actions d'une société dont au moins 90 % de la juste valeur marchande (JVM) est attribuable à des participations admissibles dans **une** autre société.

De plus, la clause restrictive doit être relative à l'entreprise exploitée par la société ou la société de personnes dont les actions ou participations sont vendues. La seule situation où un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. sera disponible à un contribuable qui vend les actions du capital-actions d'une société qui n'exploite pas l'entreprise à laquelle l'engagement se rapporte, vise le contribuable qui vend les actions du capital-actions d'une société de portefeuille lorsque la totalité ou la quasi-totalité de la JVM de cette société de portefeuille est attribuable aux actions de la société exploitante à laquelle la clause restrictive se rapporte.

De façon pratique, cela signifie que le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ne sera pas disponible dans les situations suivantes :

- lorsque la société de portefeuille a deux ou plusieurs filiales (dans un tel cas, une fusion pourrait être effectuée afin de résoudre le problème, si c'est possible);
- lorsque plus de 10 % de la valeur de la société de portefeuille est attribuable à des éléments d'actif autres que des actions d'une filiale, tels que des liquidités ou placements (lesquels devront être distribués avant l'opération, si c'est possible);
- lorsqu'une société exploitant une entreprise a également une filiale qui exploite une entreprise et que la clause restrictive se rapporte à l'entreprise exploitée par la société et sa filiale;

- lorsque la clause restrictive est octroyée par l'actionnaire de la société de portefeuille, mais que les actions vendues sont celles de la société exploitante et non celles de la société de portefeuille détenues par l'actionnaire.
- 2) La participation admissible (soit les actions ou la participation dans une société de personnes) doit être vendue au contribuable à qui l'engagement a été octroyé ou à une personne liée à celui-ci.
 - 3) Le montant doit être payé en contrepartie de l'engagement du contribuable à ne pas fournir, directement ou indirectement, des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'Acheteur ou à une personne qui lui est liée. Ce choix n'est donc pas disponible eu égard à toutes les clauses restrictives, mais seulement en ce qui concerne les engagements de non-concurrence⁴⁷.
 - 4) Il doit être raisonnable de considérer que la clause restrictive a été accordée dans le but de maintenir ou de protéger la valeur de la participation admissible dont il est disposé en faveur de l'Acheteur.
 - 5) Le paragraphe 84(3) L.I.R. ne doit pas s'appliquer à la disposition de la participation admissible⁴⁸.
 - 6) Les roulements prévus à l'article 85 L.I.R. ou au paragraphe 97(2) L.I.R. ne peuvent s'appliquer au transfert de la participation admissible.
 - 7) Le récipiendaire de la somme payée à l'égard de la clause restrictive accordée par celui-ci et l'Acheteur doivent effectuer un choix conjoint, sur le formulaire prescrit, d'appliquer l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. à cette somme⁴⁹.
 - 8) Le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ne sera pas disponible si le montant reçu au titre de la clause restrictive était, en l'absence du nouvel article 56.4 L.I.R., inclus dans le calcul du revenu à titre de revenu

⁴⁷ Voir section 2.2. plus haut.

⁴⁸ Cette condition s'applique seulement aux clauses restrictives accordées après le 17 juillet 2005.

⁴⁹ Pour plus de détails sur les modalités de ce choix, voir les paragraphes 3 à 5 de la section 3.2. plus haut, ainsi que le paragraphe 56.4(14) L.I.R.

d'emploi ou de revenu d'entreprise ou de biens⁵⁰. Cette règle antiévitemment a pour but d'empêcher un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. lorsque le montant reçu en contrepartie de la clause restrictive aurait autrement été imposé à titre de revenu ordinaire. Compte tenu de l'application restrictive de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R., il n'est pas clair que cette règle antiévitemment était nécessaire dans les circonstances.

Lorsque toutes les conditions décrites ci-dessus seront remplies, alors le montant reçu ou à recevoir par un contribuable au titre d'une clause restrictive devra être ajouté au produit de disposition de la participation admissible et, à ce titre, sera un montant de nature capital⁵¹. De façon similaire, ce montant sera inclus dans le calcul du coût de la participation admissible pour l'Acheteur⁵².

4. PAIEMENTS À DES NON-RÉSIDENTS

L'alinéa 212(1)i) L.I.R. prévoira que tout montant payé à un non-résident auquel le paragraphe 56.4(2) L.I.R. aurait été applicable si le non-résident avait résidé au Canada tout au long de l'année d'imposition au cours de laquelle le montant a été reçu ou était à recevoir sera assujéti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. de 25 %. Par conséquent, l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne devrait pas être applicable si un choix est effectué en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) ou 56.4(3)c) L.I.R. ou si l'alinéa 56.4(3)a) L.I.R. est applicable au paiement. De façon similaire, l'impôt des non-résidents pourra être évité si aucune contrepartie n'est attribuée à une clause restrictive et que la répartition effectuée par les parties n'est pas assujétiée à l'alinéa 68c) L.I.R.

Cependant, si l'impôt de la partie XIII L.I.R. s'applique, il n'est pas clair que le taux de 25 % pourra être réduit en vertu d'une convention fiscale à laquelle le Canada est partie. D'une part, l'ARC a toujours considéré qu'un engagement de non-concurrence accordé dans le cadre d'une vente d'actif donne lieu à une disposition d'achalandage. Par conséquent, il serait possible d'arguer que le paiement reçu en contrepartie de l'octroi d'un tel engagement devrait être exonéré d'impôt en vertu de la disposition des conventions fiscales qui traite des « Gains » dans le cas d'une vente d'entreprise. D'autre part, il est possible que l'ARC tentera de soutenir que la personne ayant

⁵⁰ Par. 56.4(10) L.I.R.

⁵¹ S.-al. 56.4(3)c)(vi) L.I.R.

⁵² Al. 56.4(4)c) L.I.R.

accordé la clause restrictive ne doit pas être considérée comme ayant disposé d'achalandage si aucun choix n'a été effectué en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R.

Il est intéressant de noter que l'ARC avait précédemment déterminé que des paiements effectués en contrepartie d'un engagement de non-concurrence accordé par un non-résident (à une époque antérieure au paragraphe 56.4(2) L.I.R.) étaient assujettis à l'impôt de la partie XIII L.I.R. en vertu du sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. à titre de paiements effectués en vertu d'un engagement à ne pas « utiliser des biens, inventions, appellations, brevets, marques de commerce, dessins ou modèles, plans, formules secrètes, procédés de fabrication ou toute autre chose »⁵³. Dans la même interprétation technique, l'ARC avait indiqué que les articles 12 (redevances) et 13 (gains en capital) de l'*Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts sur le revenu*⁵⁴ ne s'appliquaient pas à de tels paiements. Toutefois, dans les faits soumis à l'ARC, la personne ayant octroyé la clause restrictive était la société mère non résidente du vendeur. Puisque la société mère n'exploitait pas l'entreprise vendue au payeur, cette interprétation technique n'exclut pas la possibilité que la clause restrictive puisse être considérée comme donnant lieu à une disposition de biens lorsque le récipiendaire du paiement est également celui qui exploitait antérieurement l'entreprise vendue. De plus, cette interprétation technique ne prend pas de position quant à la possibilité de réduire le taux en vertu de la disposition des conventions fiscales relative aux « Autres revenus ».

En se basant sur ce qui précède, on pourrait trouver difficile de convaincre l'ARC qu'un paiement relatif à une clause restrictive reçue par un non-résident d'un résident du Canada n'est pas assujetti à l'impôt des non-résidents de 25 % si le paragraphe 56.4(2) L.I.R. est applicable au paiement. De plus, il appert qu'un tel impôt s'appliquera même à un engagement à ne pas faire concurrence à l'extérieur du Canada. En effet, l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne prévoit aucune restriction territoriale. Dans d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tels que l'alinéa 212(1)d) L.I.R. et le paragraphe 212(5) L.I.R., la partie XIII L.I.R. ne s'applique pas si le bien n'est pas utilisé ou distribué au Canada. Il est surprenant que l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne prévoit pas une exclusion similaire. Il est difficilement concevable que l'impôt de la partie XIII L.I.R. puisse s'appliquer même si le non-résident a convenu de ne pas faire

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0044351E5, 24 mars 2004.

⁵⁴ *Loi de 2001 de mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 2001, ch. 30, partie 8.

concurrence à un résident canadien mais seulement à l'extérieur du Canada. Il semble néanmoins que le législateur ait véritablement eu l'intention d'assujettir un paiement effectué au titre d'une clause restrictive par un résident canadien à un non-résident, même si la restriction ne vise pas des biens situés au Canada ou des services rendus ici. Cette intention peut s'inférer non seulement du langage utilisé à l'alinéa 212(1)i) L.I.R., mais également du fait qu'une telle limite de territoire sera prévue à l'alinéa 212(13)g) L.I.R. En vertu de cette disposition, l'impôt de la partie XIII L.I.R. sera applicable dans la mesure où un non-résident effectue un paiement à un autre non-résident relativement à une clause restrictive si ce paiement influe, ou vise à influencer, **de quelque manière que ce soit**, sur :

- 1) l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services au Canada;
- 2) l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services à l'étranger par une personne résidant au Canada; ou
- 3) l'acquisition ou la fourniture à l'étranger d'un bien canadien imposable.

Encore une fois, le ministère des Finances a choisi d'introduire une disposition législative ayant une portée très large qui peut même s'appliquer lorsque la clause restrictive est accordée par un non-résident à un autre non-résident relativement à une entreprise exploitée principalement à l'extérieur du Canada dans la mesure où quelque partie que ce soit de l'entreprise est également exploitée au Canada.

Le problème est exacerbé par le fait que l'application de l'impôt de la partie XIII L.I.R. peut pénaliser non seulement la personne non résidente qui octroie une clause restrictive, mais également la personne à qui l'engagement est accordé. Prenons l'exemple suivant :

- A, B et C sont des particuliers qui résident aux États-Unis.
- A, B et C sont les seuls actionnaires d'ABCCo, une société constituée en vertu des lois du Delaware dont la très grande majorité des ventes sont aux États-Unis.
- Opco, une société canadienne, fait l'acquisition des actions du capital-actions d'ABCCo pour pénétrer le marché américain et demande à A, B et C de signer un engagement de non-concurrence aux États-Unis.

Dans un tel cas, Opco doit se préoccuper de l'application possible de l'impôt de la partie XIII L.I.R. En effet, l'alinéa 212(1)i) L.I.R. prévoit que

les montants payés par un résident canadien (soit Opco) à un non-résident (soit A, B et C), auquel le paragraphe 56.4(2) L.I.R. aurait été applicable si le non-résident avait résidé au Canada, sont assujettis à l'impôt des non-résidents de 25 %. Même s'il est difficilement concevable que l'impôt de la partie XIII L.I.R. puisse s'appliquer lorsque le non-résident a convenu de ne pas faire concurrence à l'extérieur du Canada, force est d'admettre que l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne restreint pas son application aux engagements de non-concurrence sur le territoire canadien.

Il sera donc important pour Opco et ses conseillers de s'assurer qu'un choix est disponible en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ou que l'on satisfait aux conditions d'application du paragraphe 56.4(8) L.I.R. pour éviter qu'une partie du prix d'acquisition des actions du capital-actions d'ABCCo payé par Opco puisse être réattribué à l'engagement de non-concurrence. Sinon, Opco devra s'interroger quant à la nécessité de déduire et de remettre 25 % de la contrepartie payable à A, B et C et quant à la portion de cette contrepartie qui devrait être attribuée à l'engagement de non-concurrence.

Changeons maintenant les faits. Opco est une société américaine qui fait l'acquisition des actions d'ABCCo, une autre société américaine, de trois résidents américains, A, B et C, qui s'engagent à ne pas faire concurrence à Opco en Amérique du Nord. Il est difficile de concevoir que, dans un tel contexte, Opco et ses conseillers se préoccupent du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Toutefois, en vertu de l'alinéa 212(13)g) L.I.R., Opco devrait théoriquement s'interroger quant à la nécessité de déduire et de remettre 25 % du montant payable à A, B et C relativement à l'engagement de non-concurrence puisque le Canada est inclus dans le territoire visé par celui-ci.

Il y a donc lieu d'être très vigilant lorsqu'on représente un Acheteur qui effectue des paiements en faveur de non-résidents dans un contexte où une clause restrictive lui a été accordée.

5. EXEMPLES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 56.4 L.I.R.

Tel qu'il a été mentionné à quelques reprises dans le présent texte, il est souvent difficile de cerner la politique fiscale sous-jacente aux modalités d'application de l'article 56.4 L.I.R. Cela fait en sorte qu'un contribuable ne saurait présumer dans une situation particulière qu'il aura le droit de se prévaloir des exceptions prévues au paragraphe 56.4(3) L.I.R. ou même qu'il pourra éviter de se préoccuper de ces règles en ne prévoyant aucune contrepartie pour une clause restrictive. Il y aura donc lieu de réviser attentivement l'article 56.4 L.I.R. pour toute opération où une clause

restrictive est octroyée par un contribuable, comme le démontrent les exemples qui suivent.

A. M. X exploite seul une entreprise. Il vend à un acheteur des biens utilisés dans l'exploitation de cette entreprise, y compris l'achalandage. M. X accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Si l'acheteur a un lien de dépendance avec M. X, ce dernier ne peut faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. De plus, on ne peut écarter la possibilité que l'alinéa 68c) L.I.R. puisse s'appliquer en vertu du paragraphe 56.4(7) L.I.R. même si aucun montant n'est payé à M. X au titre de la clause restrictive.
- Si l'acheteur n'a pas de lien de dépendance avec M. X, ce dernier pourra se prévaloir de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. ou du paragraphe 56.4(7) L.I.R., selon le cas, s'il satisfait aux autres conditions qui y sont énoncées.

B. M. X détient la totalité des actions d'Opc. Opc dispose des éléments d'actif utilisés dans l'exploitation de son entreprise et M. X accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Quelle que soit l'identité de l'acheteur, M. X ne peut faire le choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. quant à une somme reçue au titre d'une clause restrictive puisqu'il n'exploite pas lui-même l'entreprise.
- Si M. X n'a pas de lien de dépendance avec l'acheteur, il sera donc important qu'il ne reçoive aucun montant en contrepartie de son engagement, lui permettant ainsi de faire le choix prévu au paragraphe 56.4(7) L.I.R. si les autres conditions énoncées à ce paragraphe sont remplies.
- Si M. X a un lien de dépendance avec l'acheteur, le paragraphe 56.4(7) L.I.R. ne peut exclure l'application possible de l'alinéa 68c) L.I.R.

C. M. X détient la totalité des actions d'Opc. Il dispose des actions du capital-actions d'Opc et accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Si l'acheteur n'a pas de lien de dépendance avec M. X, ce dernier pourra se prévaloir de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ou du paragraphe 56.4(8) L.I.R., selon le cas, s'il satisfait aux autres conditions qui y sont énoncées.

- Si l'acheteur a un lien de dépendance avec M. X, ce dernier ne peut faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. Toutefois, M. X peut écarter la possibilité que l'alinéa 68c) L.I.R. s'applique en vertu du paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. si, notamment, aucun montant ne lui est payé au titre de la clause restrictive et que l'engagement est accordé à un particulier lié à M. X qui est âgé d'au moins 18 ans. Une autre façon de faire est d'octroyer la clause restrictive à une société contrôlée par un particulier lié à M. X; alors le paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. ne pourra s'appliquer, puisque ladite société n'est pas une personne admissible. Il est intéressant de noter que les actions d'Opco peuvent être vendues à une telle société, mais l'engagement de non-concurrence doit être octroyé à son actionnaire et non à ladite société si M. X veut bénéficier du traitement prévu au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R.

D. M. X détient la totalité des actions d'Opco. Il dispose de 80 % des actions du capital-actions d'Opco en faveur d'une société contrôlée par son frère (« Frèreco ») et accorde un engagement de non-concurrence à son frère.

- Le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. n'est pas disponible puisque M. X a un lien de dépendance avec son frère.
- M. X ne peut faire le choix prévu au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. puisqu'il détient toujours un droit dans Opco, soit 20 % des actions de son capital-actions. Toutefois, il appert qu'une vente de 80 % des actions du capital-actions d'Opco par M. X à son frère (plutôt qu'à Frèreco) n'aurait pas empêché M. X d'éviter l'application de l'alinéa 68c) L.I.R.⁵⁵

E. M. X détient la totalité des actions de Holdco, laquelle détient la totalité des actions d'Opco. M. X dispose des actions de Holdco et accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Si l'acheteur n'a pas de lien de dépendance avec M. X, ce dernier pourra se prévaloir de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ou du paragraphe 56.4(8) L.I.R., selon le cas, s'il satisfait aux autres conditions qui y sont énoncées. Toutefois, le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ne sera pas disponible si Holdco a des éléments d'actif autres que les actions d'Opco qui ont une valeur excédant 10 % de la JVM de tout l'actif de Holdco.

⁵⁵ L'alinéa 56.4(8.1)d) L.I.R. prévoit des restrictions quant à la détention de droit sur la société cible seulement dans la situation où « il est disposé d'actions de la société cible en faveur de la société admissible de la personne admissible ».

- Si l'acheteur a un lien de dépendance avec M. X, ce dernier ne peut faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. Toutefois, M. X peut écarter la possibilité que l'alinéa 68c) L.I.R. puisse s'appliquer en vertu du paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. si, *inter alia*, aucun montant ne lui est payé au titre de la clause restrictive et que l'engagement est accordé à un particulier lié à M. X qui est âgé d'au moins 18 ans. Une autre façon de faire est d'octroyer la clause restrictive à une société contrôlée par un particulier lié à M. X; alors le paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. ne pourra s'appliquer, puisque ladite société n'est pas une personne admissible. Il est intéressant de noter que les actions de Holdco peuvent être vendues à une telle société, mais l'engagement de non-concurrence doit être octroyé à son actionnaire et non à ladite société si M. X veut bénéficier du traitement prévu au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R.

F. M. X détient la totalité des actions de Holdco, laquelle détient la totalité des actions d'Opco I et d'Opco II. Les actions d'Opco I et d'Opco II sont d'égale valeur. M. X dispose des actions de Holdco et accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Quelle que soit l'identité de l'acheteur, M. X ne peut faire le choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. quant à une somme reçue au titre d'une clause restrictive puisque les actions de Holdco ne sont pas des participations admissibles, Holdco détenant des actions dans deux sociétés. En effet, 90 % de la JVM des actions du capital-actions de Holdco ne sera pas attribuable à des actions dans une autre société. Il serait donc nécessaire de fusionner Opco I et Opco II avant la clôture pour que le choix puisse être effectué dans le cas où une somme serait attribuable à la clause restrictive.
- Si aucune somme n'est attribuable à la clause restrictive, alors le paragraphe 56.4(8) ou 56.4(8.1) L.I.R. sera applicable, selon le cas, sous réserve des commentaires aux exemples C et D ci-dessus.

CONCLUSION

Bien que le Communiqué 2010 ait réglé certains des problèmes soulevés par les fiscalistes depuis la première annonce, en 2003, des nouvelles règles relatives aux clauses restrictives, plusieurs problèmes subsistent. La question principale qui reste sans réponse est la politique fiscale sous-jacente à une disposition de portée aussi large que l'article 56.4 L.I.R., compte tenu de l'application limitée des décisions de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Fortino* et *Manrell*. Toutefois, sept ans après l'annonce de ces nouvelles mesures, il est peu probable que le ministère des Finances

modifiera de façon significative sa politique sur le traitement fiscal des paiements reçus en contrepartie d'une clause restrictive. Dans un tel contexte, il ne reste qu'à espérer que le ministère des Finances proposera encore des modifications à l'article 56.4 L.I.R. avant d'intégrer celui-ci dans un projet de loi déposé au Parlement, dans le but de régler les nombreux problèmes techniques qui ont été soulevés, particulièrement dans le cadre de la vente d'une entreprise familiale ou pour les clauses restrictives autres que les engagements de non-concurrence. De plus, l'introduction de l'article 56.4 L.I.R. pourrait ne s'avérer qu'une tempête dans un verre d'eau si l'ARC applique l'alinéa 68c) L.I.R. avec retenue, de façon à ne remettre en question que les arrangements clairement déraisonnables. Dans l'intervalle, il y aura lieu d'analyser tous les faits relatifs à chaque situation afin de déterminer si une des exceptions peut être applicable dans les circonstances.

LES TRACKING SHARES, UN OUTIL MÉCONNU ET FORT UTILE

JEAN-FRANÇOIS THUOT, CGA, M. FISC., ASSOCIÉ, FISCALITÉ
RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON S.E.N.C.R.L.

PRÉCIS

L'utilisation des *tracking shares* permet aux administrateurs d'une société d'attribuer les résultats fiscaux et financiers à des actionnaires précis, sur des biens précis d'une société. Ces *tracking shares* émises en faveur d'un actionnaire se qualifient la plupart du temps d'actions privilégiées imposables ou d'« actions privilégiées à court terme ». Le présent texte expose les caractéristiques de ce type d'actions et tente de convaincre les lecteurs de leur utilisation potentielle, rappelle les règles des impôts des parties IV.1 et VI.1, qui représentent la problématique principale face à leur utilisation, et termine par la description de certaines réorganisations impliquant des *tracking shares*.

ABSTRACT

Corporations directors use tracking shares to allocate tax and financial results to specific shareholders with regards to a corporation's particular assets. Such tracking shares issued to a shareholder will be usually qualified as "taxable preferred shares", or "short term preferred shares". This text highlights the characteristics of these types of shares while attempting to convince readers of their potential use, provides a review of Parts IV.1 or VI.1 tax rules, which represent the main issues of using tracking shares, and concludes with a description of certain reorganizations involving tracking shares.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	581
1. LES TRACKING SHARES, QU'EST-CE QUE C'EST?	581
1.1. PRÉSENTATION DU CONCEPT	581
1.2. DÉCISION ANTICIPÉE 9716813 DE L'ARC	582
1.3. FAÇON D'INTÉGRER LES <i>TRACKING SHARES</i> AU CAPITAL-ACTIONS	585
1.3.1. Dividendes discrétionnaires et convention unanime des actionnaires	585
1.3.2. Désignation dans les statuts de la société.....	592
2. PROBLÉMATIQUE POTENTIELLE À L'UTILISATION DES <i>TRACKING SHARES</i> : L'IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.	592
2.1. IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.	593
2.2. CONCEPTS D'« ACTION PRIVILÉGIÉE IMPOSABLE » ET D'« ACTION PRIVILÉGIÉE À COURT TERME »	595
2.2.1. Action privilégiée imposable.....	595
2.2.2. Action privilégiée à court terme	597
2.3. NOTION DE « DIVIDENDE EXCLU ».....	598
2.4. ACTIONS PRIVILÉGIÉES ÉMISES DANS LE CADRE DE RÉORGANISATIONS	603
2.5. CONCLUSION SUR L'IMPACT DE L'IMPÔT DES PARTIES VI.1 ET VI.1 L.I.R. AUX FINS DE L'UTILISATION DES <i>TRACKING SHARES</i>	604
3. CAS D'APPLICATION	605
3.1. MÉTHODES TRADITIONNELLES DE DIVISION DE L'ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ.....	605
3.1.1. Versement d'un dividende en nature	605
3.1.2. Réorganisation « papillon ».....	606
3.2. CAS D'APPLICATION DU CONCEPT DE <i>TRACKING SHARES</i>	612
3.2.1. Acquisition d'une société possédant des attributs fiscaux, sans en acquérir le contrôle	612
3.2.2. Division de l'actif d'une société privée.....	617
CONCLUSION	622

INTRODUCTION*

Il arrive fréquemment qu'une société désire procéder à la division de ses éléments d'actif entre deux ou plusieurs actionnaires ou encore entre entités distinctes. Plusieurs types de réorganisations peuvent alors être mis en place afin de procéder à un tel partage mais, dans certaines situations, le recours aux méthodes traditionnelles de division des éléments d'actif (par exemple, une réorganisation « papillon » ou encore le versement d'un dividende en nature consistant en des biens à diviser) est impossible. Plusieurs exigences ou contraintes liées à la mise en place d'une réorganisation papillon peuvent décourager son utilisation et l'imposition immédiate résultant d'un dividende en nature rebute assurément certains contribuables.

Le présent texte aborde donc la question de l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre de réorganisations d'entreprises. Nous décrirons tout d'abord les caractéristiques principales des *tracking shares* et tenterons de vous convaincre de leur utilisation comme solution potentielle à l'impossibilité de procéder à la division des éléments d'actif d'une société par les méthodes traditionnelles. Nous exposerons ensuite les problématiques liées à l'utilisation des *tracking shares* et, finalement, nous présenterons des réorganisations où les *tracking shares*, un outil méconnu, mais qui peut être fort utile, peuvent être utilisées.

1. LES TRACKING SHARES, QU'EST-CE QUE C'EST?

1.1. PRÉSENTATION DU CONCEPT

Pour certains, ce sont des *flowthrough shares*, des *alphabet shares*, des *dividend access shares*, des actions dérivées ou encore des actions de suivi, mais ces expressions visent toutes les mêmes actions, que nous appellerons *tracking shares*. L'utilisation de ce type d'actions dans le capital-actions d'une société permet aux administrateurs d'une société d'attribuer les résultats fiscaux et financiers à des actionnaires précis, sur des biens précis.

* L'auteur tient à remercier M^e Jenny Contant, avocate, LL.M. fisc., chez Raymond Chabot Grant Thornton, de sa collaboration à la rédaction de ce texte. La documentation proposée est basée sur des lois et pratiques qui peuvent être modifiés. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu du présent texte comme substitut à des conseils professionnels spécialisés en lien avec une question particulière. Ce texte, qui traite de questions complexes, a été préparé avec soin, mais aucune personne ayant participé à sa préparation n'accepte de responsabilité juridique relativement à son contenu ou aux conséquences pouvant résulter de son usage.

Les administrateurs peuvent vouloir attribuer le revenu provenant d'une division propre à un actionnaire en particulier et ainsi prévoir une catégorie d'actions particulières sur laquelle les dividendes versés proviendront des résultats de cette division. Il s'agit là d'une utilisation fort simple du concept et nous verrons que les *tracking shares* peuvent aussi être utilisées pour réaliser des opérations beaucoup plus complexes.

Avant de présenter les aspects liés à la mise en place des *tracking shares*, nous croyons pertinent de présenter d'entrée de jeu une décision anticipée dans laquelle l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») affiche sa position concernant l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre d'une division d'éléments d'actif entre deux actionnaires.

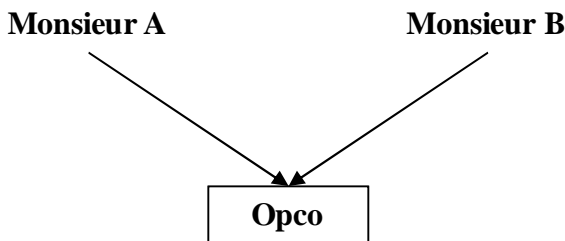
1.2. DÉCISION ANTICIPÉE 9716813¹ DE L'ARC

Le professionnel qui souhaite mettre en place une structure de *tracking shares* sera certainement désireux de consulter la décision anticipée 9716813, qui visait le partage d'une entreprise entre deux frères (« Monsieur A » et « Monsieur B »).

Dans le cadre de cette décision, on indiquait que, à la suite d'une mésentente entre les deux frères, il avait été convenu de diviser les éléments d'actif de la société exploitante. Monsieur A et Monsieur B désiraient atteindre leur objectif sans incidence fiscale et, pour des raisons d'ordre technique, une réorganisation papillon n'était pas possible.

Une série d'étapes est envisagée afin de diviser l'actif de la société en question, mais nous n'aborderons que les opérations se rapportant à l'utilisation des *tracking shares*. La situation initiale est la suivante :

¹ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9716813, « Tracking shares », 5 janvier 2000.



Réorganisation proposée

Dans un premier temps, l'entreprise exploitée par Opco est divisée en deux entreprises distinctes (« Division n° 1 » et « Division n° 2 »). Une liste des biens compris dans chacune des divisions est dressée et il est prévu que chacune des deux divisions exploite son entreprise de façon distincte et qu'à cet égard, elle tienne des livres distincts, ait son propre compte de banque et fasse ses achats de façon indépendante.

Dans un deuxième temps, Opco procède à un remaniement de son capital-actions en vertu du paragraphe 86(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*². Dans le cadre de ce remaniement, les actions ont les caractéristiques suivantes :

- Catégorie « A » : avec droit de vote, participantes.
- Catégorie « B » : actions dont les droits, privilèges, conditions et restrictions se rapportent à la Division n° 1, avec droit de vote à toute assemblée des actionnaires qui concerne les décisions relatives à la Division n° 1 donnant droit à un dividende à même les surplus disponibles à cet effet de la Division n° 1 d'Opco pour l'exercice en cours. En cas de dissolution ou de liquidation de la société ou d'une autre distribution des biens de la société, volontaire ou forcée, les détenteurs d'actions de la catégorie « B » auront le droit de recevoir tous les biens de la Division n° 1, mais rien de plus.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

- Catégorie « C » : actions dont les droits, privilèges, conditions et restrictions se rapportent à la Division n° 2, avec droit de vote à toute assemblée des actionnaires qui concerne les décisions relatives à la Division n° 2 donnant droit à un dividende à même les surplus disponibles à cet effet de la Division n° 2 d'Opco pour l'exercice en cours. En cas de dissolution ou de liquidation de la société ou d'une autre distribution des biens de la société, volontaire ou forcée, les détenteurs d'actions de la catégorie « C » auront le droit de recevoir tous les biens de la Division n° 2, mais rien de plus.

Dans un dernier temps, Monsieur A procède à l'échange des actions ordinaires qu'il détient dans le capital-actions d'Opco contre des actions de catégorie « B » du capital-actions d'Opco, et Monsieur B échange les actions ordinaires qu'il détient dans le capital-actions d'Opco contre des actions de catégorie « C » du capital-actions d'Opco.

Commentaires de l'ARC

Quant à l'opération visant à intégrer des *tracking shares* au capital-actions d'Opco, l'ARC a fourni les commentaires suivants. Tout d'abord, elle a confirmé que la formation par Opco de deux divisions distinctes ne constitue pas en soi une disposition de biens par la société au sens de l'article 54 L.I.R.³ L'ARC a aussi confirmé que le paragraphe 86(1) L.I.R. s'appliquera à l'échange d'actions par Monsieur A et Monsieur B⁴. Finalement, l'ARC est d'avis que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'applique pas par suite et en raison des opérations projetées pour en déterminer à nouveau les conséquences fiscales.

Remarques préliminaires

Dès à présent, la présentation de cette décision anticipée suscite certaines remarques quant à l'utilisation des *tracking shares* dans un contexte où une seule société est utilisée. D'une part, l'usage d'une seule société comportant deux divisions a comme avantage de simplifier la structure par rapport à une situation où chaque division se serait retrouvée dans une société distincte et où les *tracking shares* auraient été liées aux dividendes versés par chaque société. Il sera toutefois important d'analyser

³ La définition de « disposition » est maintenant contenue au paragraphe 248(1) L.I.R.

⁴ Il est à noter qu'en présence d'une opération entre personnes liées, la règle prévue au paragraphe 86(2) L.I.R. concernant un avantage qu'un contribuable veut conférer à une personne liée doit être examinée.

les obligations juridiques liées au fait de n'utiliser qu'une seule société, avant de mettre en place une telle structure. En effet, la question se posera : une poursuite dans une des divisions peut-elle avoir une incidence sur les éléments d'actif de l'autre division? Le risque nous semble plus important que dans le cas où l'on trouve des sociétés distinctes. D'autre part, puisque certains attributs fiscaux se retrouveront confondus dans la situation où une seule société est utilisée (par exemple, si l'une des divisions subit une perte, celle-ci sera automatiquement disponible pour l'autre division), il faudra veiller à conclure une convention entre les parties afin de régir la répartition de ce type d'attributs fiscaux.

1.3. FAÇON D'INTÉGRER LES TRACKING SHARES AU CAPITAL-ACTIONS

Puisque nous savons maintenant que l'ARC permet l'utilisation des *tracking shares* dans un contexte de division d'une entreprise, voici maintenant nos commentaires concernant la façon d'intégrer les *tracking shares* au capital-actions d'une société.

1.3.1. Dividendes discrétionnaires et convention unanime des actionnaires

Il existe apparemment deux façons pour une société d'intégrer des *tracking shares* dans son capital-actions⁵.

Il semble que la méthode la plus fréquemment utilisée par les professionnels consiste à prévoir au capital-actions de la société une ou plusieurs catégories d'actions ordinaires ou privilégiées à dividendes discrétionnaires, le pouvoir discrétionnaire de déclarer les dividendes devant être exercé en vertu des principes établis par la convention entre actionnaires. Ainsi, dans cette situation, les administrateurs doivent déclarer des dividendes sur ces catégories d'actions de la façon prescrite par la convention entre actionnaires.

Selon cette méthode, la formulation des statuts constituant ou modifiant le capital-actions apparaît fort simple : il s'agit d'inscrire, eu égard aux droits aux dividendes d'une catégorie d'actions, que les actions de cette catégorie

⁵ Nous tenons à préciser que nous nous sommes inspirés de discussions avec des conseillers juridiques ainsi que de documents juridiques obtenus dans le cadre de nos recherches afin de mentionner ce qui suit. Nul ne peut interpréter nos propos comme étant des exigences des lois sur les sociétés en matière de désignation de dividendes dans le capital-actions d'une société.

donneront droit à des dividendes discrétionnaires et les clauses régissant ce type d'actions doivent prévoir un droit prioritaire de recevoir un dividende. La convention entre actionnaires vient quant à elle prévoir la façon dont le pouvoir discrétionnaire de déclarer ces dividendes doit être exercé, c'est-à-dire sur quels résultats financiers ou attributs fiscaux les dividendes sont versés pour les différentes catégories de *tracking shares*.

Afin que la convention entre actionnaires puisse retirer les pouvoirs du conseil d'administration de déclarer des dividendes, cette convention doit être une convention unanime des actionnaires, puisqu'une convention qui n'est pas « unanime » ne peut pas influencer la déclaration de dividendes, ni restreindre ou retirer les pouvoirs des administrateurs de déclarer de tels dividendes⁶. Cette convention doit donc être signée par tous les actionnaires, et toute personne devenant actionnaire de la société comportant une telle convention deviendra automatiquement partie à cette convention, sous réserve de certaines règles si cette dernière n'a pas été portée à sa connaissance⁷.

Certains sont d'avis que la convention unanime des actionnaires doit être rédigée de façon très précise à l'égard de tous les éléments qui peuvent faire l'objet du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire tous les types de montants qui peuvent faire partie des dividendes à distribuer aux actionnaires détenteurs de ces *tracking shares* afin d'éviter tout litige entre les actionnaires. D'autres juristes sont plutôt d'avis que si trop d'éléments sont prévus dans cette convention entre actionnaires, il est facile d'en oublier et de créer un vide juridique laissant place à l'interprétation.

Il semble que, pour être modifiée, une convention unanime des actionnaires requiert la signature de l'ensemble des actionnaires, mais un auteur est plutôt d'avis que la convention unanime des actionnaires ne nécessite pas que les décisions des actionnaires prises sous son autorité soient unanimes puisqu'il est possible de gérer l'exercice des votes par une

⁶ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 (« L.C.S.A. »), par. 146(1). Au Québec, la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*, L.Q. 2009, c. 52 (« L.S.A. »), qui a été sanctionnée le 4 décembre 2009 et qui devrait entrer en vigueur au début de 2011, a intégré une série de règles concernant les conventions unanimes des actionnaires : art. 213 L.S.A. Voir aussi Charles P. MARQUETTE, « Particularités du droit des sociétés pertinentes à la fiscalité concernant les dividendes », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 4:1-44, section 5.3., à la page 4:32.

⁷ Par.146(3) L.C.S.A. et art. 218 L.S.A.

telle convention unanime des actionnaires⁸. Cela signifie-t-il qu'une modification au droit d'un actionnaire de recevoir des dividendes de la manière initialement prévue par la convention unanime des actionnaires peut être effectuée par une décision prise à la majorité? Quoiqu'il en soit, une consultation avec les conseillers juridiques sera nécessaire afin de déterminer la façon de procéder la plus appropriée pour un contribuable lors de la rédaction d'une convention unanime des actionnaires.

Prenons le cas d'une société exploitant une entreprise de fabrication de portes et fenêtres qui s'est aussi spécialisée, grâce à un employé clé, dans le transport des portes et fenêtres surdimensionnées. Afin d'intéresser cet employé clé dans l'actionnariat de la société, une réorganisation du capital-actions est proposée afin d'y intégrer des *tracking shares* qui viseront essentiellement à lui attribuer une partie des résultats fiscaux et financiers liés au transport de portes et fenêtres surdimensionnées. Voici une série d'éléments à considérer lors de la rédaction de la convention unanime des actionnaires. La même série d'éléments peut aussi être considérée, à notre avis, lors de l'élaboration ou de la modification des statuts de la société en ce qui concerne un capital-actions devant comprendre des *tracking shares*, que nous verrons à la section 1.3.2.

Résultats financiers distincts

L'actionnaire qui détient des *tracking shares* liées à l'exploitation de l'entreprise de transport voudra vérifier son investissement et exigera probablement d'avoir accès à des résultats financiers distincts. Cela permettra de déterminer quel type de revenus est généré par cette entreprise. Quoiqu'il en soit, nous voyons mal comment une société pourrait déterminer les dividendes à attribuer à un tel actionnaire en l'absence d'états financiers distincts.

Gestion

Il est important de prévoir la façon dont les décisions seront prises relativement à cette entreprise dont les profits seront nécessairement attribués à un actionnaire particulier. Cet actionnaire aura tout intérêt à prendre part aux décisions importantes relativement à cette entreprise, même dans le cas où des décisions eu égard à la société devraient être prises qui influeraient sur le rendement ou l'exploitation de l'entreprise de transport

⁸ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. I, éd. feuilles mobiles, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2008, par. 27-53.

spécialisé. La façon dont les décisions seront prises dans la société devra être minutieusement analysée. Comme il est indiqué ci-dessus, une convention unanime des actionnaires peut régir l'exercice des votes à l'intérieur d'une société. Dernier point : la convention unanime des actionnaires peut faire en sorte de changer le contrôle d'une société. Avant de procéder à la signature de la convention unanime des actionnaires, il faudra analyser les conséquences d'un changement de contrôle potentiel.

Les dividendes en capital

L'actionnaire détenant des *tracking shares* voudra certainement se voir attribuer un dividende provenant du compte de dividendes en capital (« CDC ») à la suite de la vente d'une immobilisation utilisée dans l'entreprise de transport, en préférence sur un autre actionnaire. Le CDC doit tout de même être calculé pour la société et, ensuite, être versé sur une catégorie d'actions en particulier, soit les *tracking shares* détenues par cet actionnaire. Il faut alors prévoir que le CDC puisse être versé précisément sur ces actions avant toute autre action. Il peut arriver que la vente d'un élément d'actif d'une des divisions donne lieu à une perte en capital, ce qui a pour effet de modifier négativement le solde du CDC créé, par exemple, par la réalisation d'un gain en capital par l'autre division. Afin de régler cette embûche qui risque de survenir souvent, une structure à plusieurs sociétés doit être utilisée. Ainsi, les éléments d'actif de chacune des divisions peuvent être transférés par roulement fiscal à des sociétés distinctes. De cette façon, le CDC est calculé de façon indépendante pour chacune des divisions et un CDC négatif n'influe pas sur le CDC positif de l'autre division.

Nous nous sommes demandé si le paragraphe 83(2.1) L.I.R. peut trouver application dans un tel contexte et contrevenir au droit de l'actionnaire de recevoir un tel dividende en capital. Le paragraphe 83(2.1) L.I.R. prévoit ceci :

« (2.1) Malgré le paragraphe (2), le dividende versé par une société sur une action de son capital-actions qui serait, sans le présent paragraphe, un dividende en capital est réputé, pour l'application de la présente loi – à l'exception de la partie III et sauf pour le calcul du compte de dividende en capital de la société – reçu par l'actionnaire et versé par la société comme dividende imposable, et non comme dividende en capital, et l'alinéa (2)b) ne l'applique pas à ce dividende si l'actionnaire a acquis l'action – ou une action qui lui est substituée – par une opération, ou dans le cadre d'une série d'opérations, dont un des principaux objets consistait à recevoir ce dividende. » (Notre soulignement)

Un des principaux objets de l'acquisition des *tracking shares* par l'actionnaire particulier peut-il être de recevoir le dividende en capital?

Comme l'application de cette disposition nécessite l'examen de tous les faits propres à une situation donnée⁹, il faut en l'espèce s'assurer d'avoir de bons arguments à l'encontre de la position selon laquelle l'acquisition de ces *tracking shares* avait pour objet principal de se voir attribuer ce dividende en capital. Il semble évident que l'utilisation et l'acquisition de *tracking shares* visent l'attribution en priorité des résultats financiers de biens précis à un actionnaire donné et que si par chance un solde de CDC est créé à la disposition d'un de ces biens, cela ne peut être qu'un heureux hasard.

Par ailleurs, les notes explicatives concernant le paragraphe 83(2.1) L.I.R.¹⁰ précisent que cette règle antiévitement s'applique, par exemple, à la situation où une société privée contrôlée par des non-résidents pour qui les dividendes en capital versés sur les actions qu'ils détiennent sont des dividendes imposables peuvent vouloir vendre leurs actions à une autre société et ainsi transférer le CDC à cette autre société dans le but de permettre à celle-ci de réduire les impôts payables sur les distributions faites aux actionnaires canadiens de cette autre société. De la même façon, le paragraphe 83(2.1) L.I.R. est conçu pour contrecarrer les situations où une société ayant un CDC important qui n'est pas en mesure de verser des dividendes à ses actionnaires vend ses actions à une autre société qui paie pour sa part des dividendes en capital à ses propres actionnaires.

Nous voyons que, dans ces deux situations, le but principal de l'acquisition de ces actions est de se voir verser le CDC. Dans le cas des *tracking shares*, le but principal est plutôt d'attribuer le revenu provenant d'entreprises particulières à un actionnaire donné.

Il est fort utile de déterminer si les exceptions prévues aux paragraphes 83(2.2) à 83(2.4) L.I.R. pourraient s'appliquer et ainsi d'éviter toute discussion quant à l'application du paragraphe 83(2.1) L.I.R.¹¹

En conclusion, il nous semble que le paragraphe 83(2.1) L.I.R. ne s'appliquera pas afin de réputer que le dividende en capital est un dividende imposable dans une situation où des *tracking shares* sont utilisées, à moins

⁹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétation technique 2008-0296371E5, « Capital dividends », 29 juin 2009.

¹⁰ CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*, juin 1988, par. 83(2.1) (en ligne : taxnet.pro).

¹¹ Le présent texte ne constitue pas une analyse approfondie de ces dispositions.

que les faits ne démontrent clairement que l'émission de ces actions à un actionnaire particulier visait à lui attribuer un dividende en capital.

Impôt en main remboursable au titre de dividendes

De la même façon que pour le CDC, il peut arriver que l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (« IMRTD ») de la société soit généré par des revenus de placement gagnés en grande partie sur des éléments d'actif d'une entreprise par rapport à une autre dont les résultats financiers sont versés sur des *tracking shares*. Encore une fois, afin d'éviter la situation où les activités d'une des divisions influent sur le montant de l'IMRTD de l'autre division, une structure à sociétés multiples peut être envisagée.

Encore ici, nous nous sommes demandé si le paragraphe 129(1.2) L.I.R. peut s'appliquer au versement d'un dividende sur ces actions en particulier :

« (1.2) Pour l'application du paragraphe (1), le dividende versé sur une action du capital-actions d'une société est réputé ne pas être un dividende imposable si l'actionnaire a acquis l'action – ou une action qui lui est substituée – par une opération, ou dans le cadre d'une série d'opérations, dont un des principaux objets consistait à permettre à la société d'obtenir un remboursement au titre de dividendes. »

Le même test semble s'appliquer ici : l'un des principaux objets de l'acquisition des *tracking shares* est-il de verser un dividende sur ces actions afin de permettre à la société d'obtenir un remboursement au titre de dividendes (« RTD »)? La question paraît toujours être une question de fait, mais nous voyons mal comment l'acquisition de *tracking shares* peut engendrer l'application de ce paragraphe.

Les notes explicatives concernant le paragraphe 129(2.1) L.I.R.¹² indiquent que cette disposition pourrait s'appliquer à une situation où une société qui possède un important compte d'IMRTD émettrait des actions à valeur de rachat élevée, mais à faible capital versé, à une société exonérée d'impôt ou à une autre société recevant des dividendes ordinaires libres d'impôt, et où elle obtiendrait un RTD au rachat de ces actions.

Alors que l'utilisation des *tracking shares* vise l'attribution d'un revenu particulier à un actionnaire donné, nous croyons que ce but est loin de s'apparenter à la situation décrite ci-dessus où la société payante reçoit un

¹² CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 10, par. 129(1.2) (en ligne : taxnet.pro).

RTD, alors que l'actionnaire qui reçoit le dividende n'a pas à s'imposer sur la réception de ce dividende. Ainsi, nous croyons qu'il est plus qu'improbable que le paragraphe 129(1.2) L.I.R. puisse s'appliquer à l'émission de *tracking shares* à un actionnaire particulier.

Dividendes déterminés

Finalement, il est possible de prévoir que le versement de dividendes provenant du compte de revenu à taux général (« CRTG ») soit effectué en priorité sur les *tracking shares* de la division qui génère ce CRTG. Une structure à sociétés multiples peut toujours être prévue afin d'éviter qu'une division abaisse le CRTG créé par l'autre division.

Il faudra une fois de plus faire attention à la règle antiévitement qui prévoit que toute opération ou série d'opérations dont l'un des principaux objets consiste à maintenir ou à augmenter artificiellement le CRTG de la société, ou à maintenir ou à diminuer artificiellement son compte de revenu à taux réduit (« CRTR ») sera considérée comme une désignation excessive de dividendes déterminés¹³. Il appert que cette règle antiévitement ne trouverait pas application en l'espèce puisque les notes explicatives concernant cette disposition semblent avoir circonscrit l'application de cette règle, quoique son analyse demeure pertinente¹⁴ :

« En termes généraux, on considère qu'une société a maintenu ou augmenté artificiellement son CRTG si l'opération ou la série d'opérations donne naissance à un CRTG qui ne tient pas compte du revenu de la société une fois payé (par la société en cause ou par une autre société) l'impôt prévu de la partie I de la loi à un taux au moins égal à celui qui s'applique au revenu imposable au taux complet, au sens du paragraphe 123.4(1) de la loi. Dans le même ordre d'idées, on considère de façon générale qu'une société a maintenu ou réduit artificiellement son CRTR si l'opération ou la série d'opérations donne naissance à un CRTR qui ne tient pas compte de son revenu une fois payé (par la société ou par une autre société) l'impôt prévu par la partie I à un taux inférieur à celui qui s'applique au revenu imposable au taux complet. »

¹³ Par. 89(1) « désignation excessive de dividende déterminé », al. c) L.I.R.

¹⁴ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu – Imposition des dividendes*, 29 juin 2006, par. 89(1) « désignation excessive de dividende déterminé », p. 35.

1.3.2. Désignation dans les statuts de la société

La deuxième méthode utilisée par certains professionnels consiste à prévoir directement dans les statuts de la société ces différentes catégories d'actions ordinaires ou privilégiées, dites *tracking shares*, et la façon de déclarer les dividendes à verser sur ces catégories d'actions. Voici un exemple de formulation dans le cas d'actions privilégiées *tracking shares* : les détenteurs d'actions de catégorie A auront le droit de recevoir, sous réserve que les administrateurs déclarent un tel dividende, un dividende déclaré et payé en totalité à même les profits de la société réalisés sur les activités de la division X de la société.

Cette façon de faire apporte probablement plus de complexité pour les administrateurs chargés de déclarer ces dividendes, et certains éléments mentionnés ci-dessus peuvent être oubliés. Selon nous, cette façon de faire apportera toutefois de la lourdeur au capital-actions. Il semble toutefois moins approprié d'alourdir le capital-actions en mentionnant tous les éléments de la société à verser sur cette catégorie d'actions en particulier, tels que ceux mentionnés ci-dessus.

Une modification aux statuts de la société concernant son capital-actions ne semble requérir que les deux tiers des voix exprimées par les actionnaires habiles à voter¹⁵, mais il peut être prévu qu'une modification concernant les *tracking shares* fasse l'objet d'un vote unanime. Une autre solution peut être de prévoir dans la description du capital-actions que l'actionnaire qui détient ces *tracking shares* fasse partie de la majorité afin que tout changement sur cette catégorie d'actions soit approuvé par celui-ci.

Une consultation auprès d'un conseiller juridique sera nécessaire afin de déterminer la façon la plus appropriée de prévoir les *tracking shares* au capital-actions de la société.

2. PROBLÉMATIQUE POTENTIELLE À L'UTILISATION DES *TRACKING SHARES* : L'IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.

Les règles relatives à l'impôt des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. peuvent présenter un obstacle à l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise. En effet, dans la plupart des cas, les *tracking shares* émises en faveur d'un actionnaire se qualifieront d'« actions

¹⁵ Par. 2(1), « résolution spéciale » et art. 173 L.C.S.A.; art. 2, « résolution spéciale » et art. 241 L.S.A.

privilégiées imposables » (« API ») ou d'« actions privilégiées à court terme » (« APCT »).

Nous faisons ci-après un survol des règles de l'impôt des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. afin de bien cerner l'enjeu¹⁶.

2.1. IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.

L'impôt de la partie IV.1 L.I.R. est un impôt de 10 % s'appliquant à toute société qui reçoit un dividende, **sauf un dividende exclu**, sur une API et qui a droit à une déduction dans le calcul de son revenu imposable en vertu des articles 112 et 113 L.I.R. ou du paragraphe 138(6) L.I.R. à l'égard de ce dividende¹⁷. Nous verrons plus loin ce qu'est un dividende exclu.

Quant à l'impôt de la partie VI.1 L.I.R., il s'applique plutôt à la société canadienne imposable qui verse un dividende, **sauf un dividende exclu**. Il est actuellement de 66 2/3 % des dividendes imposables versés sur des APCT. Selon les propositions du ministre des Finances du 16 juillet 2010, ce pourcentage doit être réduit à 50 % s'il s'agit de dividendes versés au cours des années d'imposition 2003 à 2009, à 45 % s'il s'agit de dividendes versés au cours des années d'imposition se terminant en 2010 et 2011 et 40 % s'il s'agit de dividendes versés au cours d'une année d'imposition se terminant après 2011¹⁸. Il est par ailleurs de 25 % des dividendes imposables versés sur des API qui ne sont pas des APCT¹⁹. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit toutefois un choix afin que la société s'impose au taux de 40 % sur les dividendes imposables versés sur des API qui ne sont pas des APCT, permettant ainsi au bénéficiaire du dividende de ne pas supporter l'impôt de la partie IV.1 L.I.R.²⁰ Une déduction est toutefois permise dans le calcul du

¹⁶ Pour une analyse complète et détaillée du concept d'API, nous invitons le lecteur à consulter : Alain PÉRUSSE, « Actions privilégiées imposables et réorganisation », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 25:1-22.

¹⁷ Art. 187.2 L.I.R.

¹⁸ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu et des textes connexes en vue d'effectuer des modifications techniques et de prévoir l'expression bijuridique de cette loi*, 16 juillet 2010, art. 129 et *Notes explicatives*, p. 170, concernant le sous-alinéa 191.1(1)a)(i) L.I.R. proposé.

¹⁹ S.-al. 191.1(1)a)(iii) L.I.R.

²⁰ S.-al. 191.1(1)a)(ii) L.I.R. Choix prévu au paragraphe 191.2(1) L.I.R.

revenu imposable d'une société qui paie un impôt de la partie VI.1 L.I.R. Elle correspond actuellement aux 9/4 de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. payable pour l'année²¹. Le ministre des Finances a proposé le 16 juillet 2010 que cette déduction soit de 3 fois l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. payable si l'année d'imposition prend fin entre 2003 et 2010, 3,2 si l'année prend fin en 2010 et 2011 et de 3,5 si elle prend fin après 2011. Si le revenu imposable de la société est moins élevé que le montant de cette déduction, la partie non utilisée de cette déduction pourra être reportée sur les trois années d'imposition précédentes et sur les années d'imposition ultérieures de la même façon que pour les pertes autres qu'en capital.

Le tableau suivant présente le coût net d'un impôt de la partie VI.1 L.I.R. de 500 000 \$ (dividende de 2 M\$ versé sur une API) pour une société ayant un revenu imposable de 1,6 M\$:

Taux d'imposition	Taux d'imposition combiné à 29,9 %	Taux d'imposition combiné à 33,3 %
Impôt de la partie VI.1 L.I.R.	500 000 \$	500 000 \$
Montant de la déduction à l'alinéa 110(1)k) L.I.R.	1 600 000 \$	1 600 000 \$
Économie d'impôt de la partie I L.I.R.	478 400 \$	500 000 \$
Coût net de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R.	21 600 \$	0 \$
Pourcentage du dividende versé	1,08 %	0 %

L'économie d'impôt de la partie I L.I.R. liée à la déduction pour l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. équivaut au montant de la déduction multiplié par le taux d'impôt de la société. Pour une société ayant un taux d'imposition de 33,3 %, l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. n'aura aucune incidence, alors que pour une société dont le taux d'impôt est de 29,9 %, le coût net d'impôt de la partie IV.1 L.I.R. sera de 21 600 \$.

Il faut aussi mentionner que lorsque l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. peut s'appliquer puisque le dividende n'est pas un dividende exclu, il est aussi

²¹ Al. 110(1)k) L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 18, art. 59 et *Notes explicatives*, p. 97.

possible de se prévaloir de l'exemption pour dividendes, applicable sous certaines conditions, relativement à la première tranche de 500 000 \$ de dividendes versés annuellement sur ces API²². Cette exemption devra être réduite des dividendes imposables, sauf des dividendes exclus, qui sont versés par la société sur des API au cours de l'année civile précédant celle au cours de laquelle l'année d'imposition se termine et qui excèdent 1 M\$. Cela signifie que si la société verse au moins 1,5 M\$ en dividendes sur des API au cours de l'année civile précédente, l'exemption est de 0 \$. De plus, l'exemption doit être partagée entre sociétés associées sur un formulaire prescrit²³. Il est toutefois aberrant de constater que cette exemption de 500 000 \$ en vigueur depuis l'adoption de ces mesures le 18 juin 1987, soit depuis plus de 23 ans, n'a toujours pas été indexée en fonction du taux d'inflation. Avec cette indexation, l'exemption devrait aujourd'hui représenter une exemption d'au moins 840 000 \$²⁴.

2.2. CONCEPTS D'« ACTION PRIVILÉGIÉE IMPOSABLE » ET D'« ACTION PRIVILÉGIÉE À COURT TERME »

2.2.1. Action privilégiée imposable

Une API est une des actions suivantes²⁵ :

- une APCT émise après le 15 décembre 1987 (par. 248(1) « action privilégiée imposable », al. a) L.I.R.);
- une action émise après 20 h (HAE), le 18 juin 1987²⁶ dont les **caractéristiques** ou une **convention** à l'égard de celle-ci prévoient²⁷ :

²² Par. 191.1(2) à 191.1(6) L.I.R.

²³ Par. 191.1(3) L.I.R.

²⁴ Ce montant de 840 000 \$ est basé sur l'indice des prix à la consommation au mois de juillet 2010.

²⁵ Par. 248(1) « action privilégiée imposable » L.I.R.

²⁶ Sauf une action de régime transitoire (définie au paragraphe 248(1) L.I.R.). Ce concept ne sera pas abordé dans le présent texte.

²⁷ Il est à noter que certaines exclusions s'appliquent concernant la qualification d'actions à titre d'action privilégiée imposable qui ne seront pas abordées dans le cadre du présent texte.

- soit qu’il est raisonnable de considérer que le montant de dividende qui peut être versé sur l’action est, par une formule ou autrement, fixe, plafonné ou assujéti à un plancher dans le cas où l’action a un rang préférentiel à l’égard des autres actions²⁸ (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(i) L.I.R.),
- soit qu’il est raisonnable de considérer que le montant que l’actionnaire a le droit de recevoir à la dissolution ou à la liquidation de la société ou lors du rachat, de l’acquisition²⁹, de l’annulation³⁰ ou de la réduction du capital versé au titre de l’action est, par une formule ou autrement, fixe, plafonné ou assujéti à un plancher (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(ii) L.I.R.),
- soit que l’action est convertible ou échangeable contre une action qui, si elle était émise, serait une API (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(iii) L.I.R.),
- soit qu’une personne qui n’est pas la société émettrice de l’action est obligée, de façon conditionnelle ou non, d’exécuter un engagement pouvant faire en sorte de limiter la perte que pourrait subir l’actionnaire du fait qu’il est propriétaire de l’action ou d’un autre bien, qu’il le détient ou en dispose, ou encore de permettre à l’actionnaire d’obtenir des gains du fait qu’il est propriétaire de l’action ou d’un autre bien, qu’il le détient ou en dispose (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(iv) L.I.R.).

²⁸ Le droit au dividende ou la part de liquidation que peut recevoir un actionnaire est réputé ne pas être fixe, assujéti à un maximum ou minimum, si celui-ci est déterminé uniquement en fonction du droit au dividende ou de la part de liquidation d’une autre action de la société ou d’une société qui la contrôle, si cette dernière est émise après le 18 juin 1987 et n’est pas une API.

²⁹ Nous attirons votre attention sur la règle particulière prévue au paragraphe 248(1) « action privilégiée imposable », alinéa f) L.I.R. concernant les conventions d’achat-vente dont nous ne traiterons pas en profondeur. Notons toutefois la position de l’ARC dans *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétation technique 2004-0108511E5, « Minority Discount », 2 mars 2005.

³⁰ Sauf si l’obligation de rachat, d’acquisition ou d’annulation ne survient qu’au décès de l’actionnaire ou à cause d’un droit de conversion de l’action.

2.2.2. Action privilégiée à court terme

Une APCT constitue une action émise après le 15 décembre 1987³¹ qui³² est :

- soit une action dont les **caractéristiques** ou une **convention** prévoient que la société émettrice, ou une personne apparentée, a l'obligation à tout moment **dans les cinq ans suivant la date d'émission de l'action de racheter, d'acquérir, d'annuler ou de réduire le capital versé de cette action**, sauf si l'obligation ne survient qu'en cas de décès de l'actionnaire ou à la suite d'un droit de conversion de l'action (par. 248(1) « action privilégiée à court terme », al. a) L.I.R.);
- soit une action convertible ou échangeable à tout moment dans les cinq ans suivant son émission en APCT (par. 248(1) « action privilégiée à court terme », al. b) L.I.R.).

L'ARC est d'avis que le droit d'échange ou de conversion prévu à cette définition peut être exercé soit au gré de la société, soit au gré de l'actionnaire³³.

À la lecture de ces définitions, on comprend que dès lors qu'une **convention** à l'égard d'une action (telle qu'une convention unanime des actionnaires) ou les **caractéristiques** mêmes de l'action (comme celles relatives aux dividendes pouvant être versés sur ces actions prévues directement au capital-actions) font en sorte de fixer, plafonner ou assujettir à un plancher, par une formule ou autrement, les dividendes à verser sur cette action, cette dernière devra être qualifiée d'API. Puisque les dividendes à verser sur des *tracking shares* seront la plupart du temps assujettis à des résultats financiers précis, il semble que les *tracking shares* seront, dans la majorité des cas, considérées comme des API. Il est envisageable toutefois que ces actions ne soient pas des APCT, ce qui pourra réduire l'impact de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. à payer par la société.

³¹ Sauf une action de régime transitoire, voir *supra*, note 26.

³² Par. 248(1) « action privilégiée à court terme » L.I.R.

³³ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1993 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 58:1-76, question 10, aux pages 58:41-42.

2.3. NOTION DE « DIVIDENDE EXCLU »

Puisque l'impôt sur les API et les APCT ne s'applique qu'à l'égard d'un dividende qui n'est pas un dividende exclu, il importe de connaître les circonstances dans lesquelles le dividende ainsi versé sur des API est un dividende exclu.

En effet, dans plusieurs situations, bien que les *tracking shares* puissent être qualifiées d'API ou d'APCT, il est possible d'éviter l'application des impôts des parties IV.1 ou VI.1 L.I.R. sur les dividendes versés sur ces actions.

Pour la société qui reçoit un dividende sur une API (impôt de la partie IV.1 L.I.R.), ce dividende est un dividende exclu dans les situations suivantes³⁴ :

- le dividende est reçu sur une action d'une société étrangère affiliée à la société, sauf si la société qui reçoit le dividende est une institution financière déterminée qui a acquis l'action dans le cours normal des activités de son entreprise (al. 187.1a) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société qui détient un **intérêt important** dans la société, sauf si cette dernière est un « intermédiaire financier constitué en société »³⁵ (al. 187.1b) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société privée ou « un intermédiaire financier constitué en société » (al. 187.1c) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société sur une APCT d'une société canadienne imposable, sauf s'il s'agit d'un dividende visé à l'alinéa b) ou c) de la définition de « dividende exclu » au paragraphe 191(1) L.I.R. (al. 187.1d) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société sur une action d'une société de placement à capital variable, sauf une action particulière à une institution financière ou d'une action qui serait une API sans tenir compte de l'alinéa a) de la définition d'« action privilégiée imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R. (al. 187.1e) L.I.R.).

³⁴ Art. 187.1 L.I.R.

³⁵ Nous ne verrons pas en détail ce concept qui est défini au paragraphe 191(1) L.I.R.

Pour la société qui verse un dividende sur une API ou une APCT (impôt de la partie VI.1 L.I.R.), ce dividende est un dividende exclu dans les situations suivantes³⁶ :

- le dividende est versé à un actionnaire qui a une **participation importante** dans la société (par. 191(1) « dividende exclu », al. a) L.I.R.);
- le dividende est versé par une société qui est un intermédiaire financier constitué en société ou une société de portefeuille privée (par. 191(1) « dividende exclu », al. b) L.I.R.);
- le dividende est versé par une société qui serait un intermédiaire financier constitué en société non exclue de la définition d'« intermédiaire financier constitué en société » prévue au paragraphe 191(1) L.I.R., sauf si elle verse le dividende à une société dominante à son égard ou à une personne apparentée à celle-ci au sens de l'alinéa h) de la définition d'« action privilégiée imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R. (par. 191(1) « dividende exclu », al. c) L.I.R.);
- le dividende est versé par une société de placement hypothécaire (par. 191(1) « dividende exclu », al. d) L.I.R.);
- le dividende est un dividende sur les gains en capital au sens du paragraphe 131(1) L.I.R. (par. 191(1) « dividende exclu », al. e) L.I.R.).

Les situations les plus courantes de dividendes exclus sont évidemment celles où la société bénéficiaire du dividende détient un **intérêt important** ou une **participation importante** dans la société payante. Bien que l'expression « intérêt important » soit utilisée dans la version française de l'article 187.1 L.I.R. et que l'expression « participation importante » soit utilisée dans la version française de la définition de « dividende exclu » au paragraphe 191(1) L.I.R., la version anglaise de ces dispositions n'utilise que l'expression *significant interest*. Mais leur sens est le même. La définition de **participation importante** prévue au paragraphe 191(2) L.I.R. s'applique autant aux fins du dividende exclu pour la société qui reçoit le dividende que

³⁶ Par. 191(1) « dividende exclu » L.I.R.

pour la société qui verse le dividende exclu³⁷. Nous nous servirons donc de l'expression « participation importante » dans le présent texte.

Pour qu'un actionnaire détienne une participation importante dans une société, cette société doit être une société canadienne imposable. Ensuite, cet actionnaire détiendra une participation importante si l'une ou l'autre des conditions suivantes s'applique :

- il est lié à la société, autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.;
- il est propriétaire, selon l'alinéa 191(2)b) L.I.R., à la fois :
 - d'actions du capital-actions de la société qui lui confèrent 25 % ou plus des voix,
 - d'actions du capital-actions de la société dont la JVM correspond à 25 % ou plus de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société,

et

- soit d'actions du capital-actions de la société, à l'exclusion d'actions qui seraient des API³⁸, dont la JVM correspond à 25 % ou plus de la JVM de toutes ces actions du capital-actions de la société,
- soit d'actions de chaque catégorie du capital-actions de la société dont la JVM correspond à au moins 25 % de la JVM de toutes les actions émises de cette catégorie.

Pour l'application de l'alinéa 191(2)b) L.I.R., un actionnaire est réputé propriétaire d'une action du capital-actions d'une société dont une personne liée à l'actionnaire – autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. – est propriétaire à ce moment autrement qu'à cause de l'alinéa 191(2)b) L.I.R.³⁹.

³⁷ Voir d'ailleurs *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 1, interprétation technique 2001-0099853, « Papillon – Fractionnement », 23 janvier 2002.

³⁸ Sous réserve de certaines conditions, s.-al. 191(2)b)(iii) L.I.R.

³⁹ Par. 191(2) L.I.R. *in fine*.

Il est à noter qu'en présence de *tracking shares* qui seront considérées comme des API, des actions ordinaires, dans la même proportion que les *tracking shares* détenues, devront être émises afin de passer le test de participation importante, sans quoi il semble que l'on ne répondrait jamais à la nécessité de détenir au moins 25 % de la JVM de toutes les actions du capital-actions de la société qui ne sont pas des API.

À la lecture de la définition de « participation importante », nous voyons surgir une embûche. Puisque le test de participation importante prévu au paragraphe 191(2) L.I.R. porte sur la JVM des actions attribuable aux éléments d'actif de la société et qu'il est donc tributaire de la valeur de ces éléments d'actif, l'actionnaire qui vend une partie de l'actif de la division dont les revenus lui sont attribués grâce à ses *tracking shares* ou qui voit simplement la valeur des éléments d'actif de sa division diminuer, peut se retrouver dans une situation où la JVM des actions qu'il détient dans la société ne correspond plus à 25 % ou plus de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société. Dans un tel cas, l'actionnaire ne détiendrait plus de participation importante dans la société et les dividendes versés à cet actionnaire pourraient être assujettis à l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. Il semble donc que chaque actionnaire devra se soumettre à un test annuel afin de déterminer s'il détient toujours une participation importante dans la société en fonction de la valeur des éléments d'actif de sa division.

Afin de régir la situation où un actionnaire en particulier ne détiendrait plus de participation importante dans la société, la convention unanime des actionnaires pourrait prévoir la fin de la structure composée de *tracking shares*. Les éléments d'actif de sa division pourraient lui être attribués par le versement d'un dividende en nature.

Il pourrait aussi être prévu que si la vente d'éléments d'actif par une division a pour effet de diminuer la JVM des actions de cet actionnaire en deçà du test de 25 % de la JVM des actions émises par la société, l'autre actionnaire doit aussi se défaire d'éléments d'actif de sa division. Il y a fort à parier qu'une telle entente ne sera pas facilement acceptée puisque l'ingérence d'un des actionnaires dans les affaires dirigées par l'autre actionnaire va à l'encontre du principe d'utilisation des *tracking shares*.

En dernier lieu, comme nous avons vu que l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. peut ne pas être trop pénalisant en fonction du taux d'impôt combiné de la société, un mécanisme pourrait être prévu afin que l'actionnaire qui reçoit le dividende qui n'est pas un dividende exclu compense la société pour cet impôt payé en s'assurant toutefois de ne pas engendrer l'application de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. à cette compensation.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte aussi une série de règles antiévitement visant à s'assurer que l'allègement pour participation importante dans la société soit offert aux personnes appropriées.

L'alinéa 191(3)a L.I.R. prévoit tout d'abord que, s'il est raisonnable de considérer que l'**acquisition** par une personne **d'une participation importante** dans la société a pour principal objet de la soustraire à l'application de l'impôt de la partie I, IV.1 ou VI.1 L.I.R. ou d'en restreindre l'application à son égard, la personne sera réputée ne pas avoir une participation importante dans la société. D'autres situations sont visées aux alinéas 191(3)b) à 191(3)e) L.I.R. Ainsi, les personnes ou entités suivantes seront réputées ne pas avoir de participation importante dans la société :

- l'acquéreur et les personnes qui lui sont apparentées s'il est raisonnable de considérer que l'acquisition d'une action d'une société par une personne qui, juste après l'acquisition, a une participation importante dans la société, auprès d'une autre personne qui n'avait pas de participation importante dans la société juste avant ce moment, a pour principal objet de la soustraire à l'application de l'impôt des parties I, IV.1 et VI.1 L.I.R. ou d'en restreindre l'application à son égard quant à tout dividende sur l'action;
- les sociétés visées aux alinéas a) à f) de la définition d'« intermédiaire financier constitué en société », sauf si elles sont liées à cette autre société autrement que par un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.;
- les sociétés de personnes et les fiducies, sauf s'il s'agit :
 - de sociétés de personnes dont tous les associés sont liés les uns aux autres autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.,
 - de fiducies dans le cadre desquelles chacune des personnes détenant un droit de bénéficiaires est liée⁴⁰ autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R., à chacune des autres personnes ayant un droit de bénéficiaire dans la fiducie⁴¹,

⁴⁰ Ou un organisme de bienfaisance enregistré auquel ces personnes n'ont pas à être liées.

⁴¹ Pour l'application du sous-alinéa 191(3)d)(ii) L.I.R., toute personne ayant ce droit de bénéficiaire qui est la tante, l'oncle, la nièce ou le neveu d'une autre personne est réputée, ainsi que ses enfants et autres descendants, être liée à cette autre personne et aux enfants et autres descendants de cette autre personne.

- de fiducies dans lesquelles une seule personne, autre qu'un organisme de bienfaisance enregistré, a un droit de bénéficiaire;
- l'actionnaire qui, à un moment donné, détient une action du capital-actions d'une société qui est réputée être une « API » ou une « action particulière à une institution financière ».

La jurisprudence est muette quant à l'interprétation à donner au paragraphe 191(3) L.I.R., toutefois l'ARC a rendu quelques décisions anticipées dans le cadre desquelles elle confirmait sa non-application, surtout dans le cadre de réorganisations de type papillon⁴².

Dans une autre décision anticipée de l'ARC⁴³, une série d'opérations visant à réaliser une réorganisation papillon est mise en place et, pour que deux sociétés soient rattachées aux fins de l'impôt de la partie IV L.I.R., des droits de vote sont ajoutés à une catégorie d'actions. Le contribuable en question demandait à l'ARC de confirmer que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas à cette situation puisqu'il n'existait pas, aux fins de l'impôt de la partie IV L.I.R., la même disposition antiévitement qu'aux fins de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. prévue au paragraphe 191(3) L.I.R. L'ARC concluait qu'il existait d'autres motifs à l'ajout des droits de vote sur la catégorie d'actions et que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas à cette opération. Cette interprétation technique peut laisser croire que si d'autres motifs peuvent expliquer l'acquisition d'actions menant à l'acquisition d'une participation importante dans une société et que le motif principal n'était pas d'éviter l'impôt de la partie VI.1 L.I.R., la règle antiévitement ne s'appliquera pas.

2.4. ACTIONS PRIVILÉGIÉES ÉMISES DANS LE CADRE DE RÉORGANISATIONS

Il faut aussi savoir que le paragraphe 191(4) L.I.R. exclut de l'impôt des parties VI.1 et VI.1 L.I.R. les dividendes réputés versés par une société en vertu des paragraphes 84(2) et 84(3) L.I.R. Cette disposition peut être fort utile à connaître dans le cadre de la mise en place de réorganisations visant l'utilisation des *tracking shares*.

⁴² Voir, entre autres, *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétations techniques 2001-0077213, « Split-up Butterfly », 3 octobre 2001; 2003-0052151R3, « Gross Asset Butterfly », 26 mai 2004 et 2003-0011783, « Butterfly », 24 septembre 2003.

⁴³ *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétation technique 1999-0010723, « Sequential Butterfly Reorganizations », 7 février 2001.

Cette exclusion vise à permettre l'utilisation d'actions privilégiées rachetables dans le cadre de réorganisations sans que les montants versés au titre du rachat de ces actions ou de la liquidation de la société soient assujettis aux impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. Elle s'applique lorsque l'une des situations suivantes se produit :

- une action est émise;
- les caractéristiques d'une telle action sont modifiées;
- une convention concernant une telle action est conclue ou modifiée.

Le montant indiqué au titre de la valeur de rachat de l'action ne doit pas non plus dépasser la JVM de la contrepartie reçue pour l'émission d'une telle action. Dans le cas où une telle action a été acquise en contrepartie d'une API, l'exclusion ne s'applique plus⁴⁴. Il faut aussi noter que la valeur de rachat doit absolument être prévue et qu'elle ne peut pas être fondée sur une formule⁴⁵ ou assujettie à une clause d'ajustement de prix⁴⁶.

2.5. CONCLUSION SUR L'IMPACT DE L'IMPÔT DES PARTIES VI.1 ET VI.1 L.I.R. AUX FINS DE L'UTILISATION DES TRACKING SHARES

Puisque la formulation propre aux *tracking shares* vise à limiter les dividendes qui peuvent être versés sur ces actions en fonction de résultats financiers et fiscaux, ces actions seront, la plupart du temps, qualifiées d'API et il conviendra alors d'analyser l'effet de l'application des impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. sur les dividendes versés sur ces actions.

Puisque les impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. peuvent être pénalisants, la première façon d'éviter leur application est de s'assurer que les dividendes versés sur ces actions puissent être qualifiés de dividendes exclus et, pour ce faire, les opérations doivent être structurées de telle façon

⁴⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 19, aux pages 50:48-49.

⁴⁵ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1989 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1990, pp. 45:1-60, question 20, aux pages 45:42-43.

⁴⁶ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 1, interprétation technique 9309585, « Part IV.1 Tax », 16 avril 1993.

que seuls les actionnaires détenant une participation importante dans la société payant le dividende avant les opérations puissent acquérir les *tracking shares*. Lorsqu'il ne sera pas possible pour l'actionnaire de détenir une participation importante dans la société, mais que l'utilisation des *tracking shares* est fortement envisagée, il sera pertinent de calculer l'impôt des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. et de déterminer si leur application est nécessairement une embûche à leur utilisation.

3. CAS D'APPLICATION

Les *tracking shares* sont souvent utilisées lorsque les actionnaires d'une société désirent procéder au partage des éléments d'actif de la société dont ils sont actionnaires et que les méthodes utilisées afin de partager ces éléments sont soit trop complexes, soit trop coûteuses.

3.1. MÉTHODES TRADITIONNELLES DE DIVISION DE L'ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ

3.1.1. Versement d'un dividende en nature

Une des méthodes utilisées afin de procéder à la division de l'actif d'une société est le versement d'un dividende en nature. Afin d'illustrer le coût du versement d'un dividende en nature permettant de procéder au partage des éléments d'actif d'une société, prenons l'exemple suivant.

Payante est une société dont les actionnaires sont un individu et des sociétés. Elle détient les éléments d'actif suivants : des actions de la société Investissement qui ont une JVM de 100 000 \$ et un coût nul ainsi qu'un ensemble de biens immobiliers consistant en des terrains. Payante désire séparer son placement dans Investissement de l'ensemble des terrains qu'elle détient. Elle décide de procéder au versement d'un dividende en nature, soit la remise des actions d'Investissement à ses actionnaires. Les actions d'Investissement sont alors détenues directement par les actionnaires.

En procédant ainsi, Payante est réputée disposer de la totalité des actions d'Investissement pour un montant égal à leur JVM⁴⁷ et elle réalise un gain en capital de 100 000 \$. Les actionnaires s'imposent à leur tour sur la réception d'un dividende.

⁴⁷ Par. 52(2) L.I.R.

Payante doit un montant d'impôt de 23 285 \$ (46,57 % de 50 000 \$), mais celle-ci bénéficie d'un IMRTD de 13 324 \$ (26,67 % de 50 000 \$). Un montant de 50 000 \$ est ajouté à son CDC et un montant de 50 000 \$ de dividende imposable est alors réputé versé aux actionnaires.

L'impôt payable par chaque actionnaire à la réception de ce dividende imposable de 50 000 \$ dépend du type d'actionnaire dont il s'agit :

	Individu	Actionnaire < 10 %	Actionnaire > 10 %
Taux d'imposition	36,36 %	33,3 %	–
Impôts à payer par l'actionnaire	18 180 \$	16 650 \$	13 324 \$
Impôts à payer par la société	23 285 \$	23 285 \$	23 285 \$
IMRTD	<u>(13 324 \$)</u>	<u>(13 324 \$)</u>	<u>(13 324 \$)</u>
Impôts totaux payés	28 141 \$	26 611 \$	23 285 \$
Coût fiscal de l'opération	28,1 %	26,6 %	23,3 %

Cet exemple simpliste permet d'illustrer l'ampleur de l'impôt payable à la suite du versement d'un dividende en nature. C'est pourquoi une réorganisation papillon pourrait être envisagée afin de procéder au transfert des éléments d'actif sans imposition immédiate.

3.1.2. Réorganisation « papillon »

3.1.2.1. Présentation sommaire de la réorganisation prévue à l'alinéa 55(3)b) L.I.R.

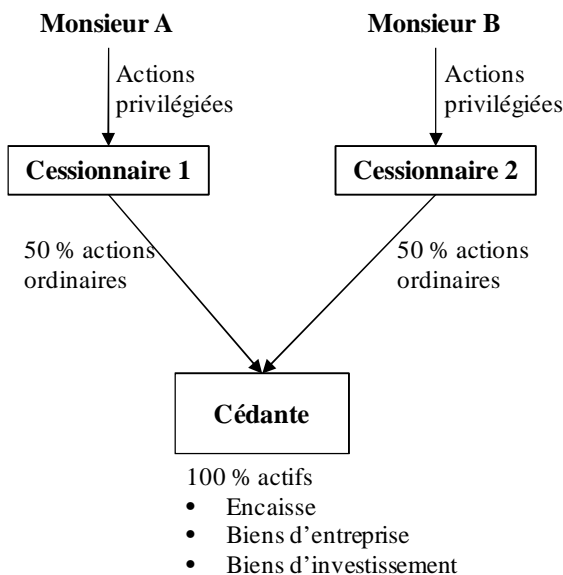
Une des méthodes les plus utilisées afin de procéder à la division des éléments d'actif d'une société sans incidence fiscale consiste à procéder à la réorganisation de type « papillon » prévue à l'alinéa 55(3)b) L.I.R.

Effectivement, la réorganisation papillon permet à une société de procéder à la distribution proportionnelle de ses éléments d'actif en faveur de ses actionnaires. Ce type d'opération représente un avantage certain lorsque les actionnaires désirent gérer une partie de l'entreprise de façon individuelle. Nous verrons qu'il n'est pas toujours possible de procéder à une

réorganisation papillon sans incidence fiscale, particulièrement dans le cas de sociétés immobilières, et nous verrons que parfois des considérations autres que fiscales peuvent rebuter certains contribuables à procéder à une réorganisation de type papillon.

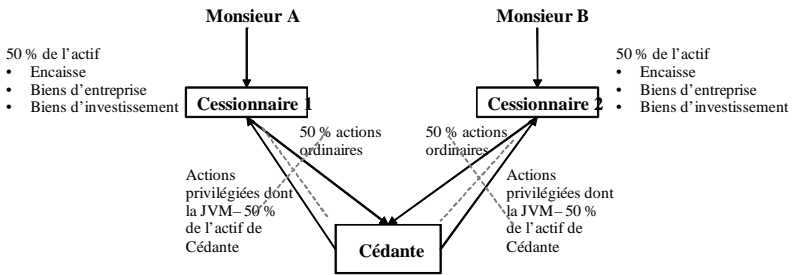
De façon très simple, la réorganisation papillon est réalisée de la façon suivante. Une société, Cédante, possède de l'encaisse et d'autres liquidités, des placements ainsi que les biens qu'elle utilise dans l'exploitation active de deux divisions de vente de produits naturels. Cédante est détenue en parts égales par deux individus (Monsieur A et Monsieur B) qui désirent maintenant exploiter seuls une des deux divisions de l'entreprise.

Dans un premier temps, Monsieur A et Monsieur B procèdent chacun à la constitution d'une nouvelle société (les sociétés Cessionnaire 1 et Cessionnaire 2) dans lesquelles ils souscrivent à des actions ordinaires pour un montant nominal et transfèrent par roulement fiscal⁴⁸ les actions qu'ils détiennent chacun dans le capital-actions de Cédante en contrepartie d'actions privilégiées de roulement de Cédante.

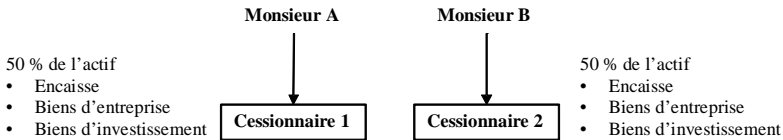


⁴⁸ En vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

Cédante transfère⁴⁹ ensuite la quote-part de chaque actionnaire dans chaque catégorie d'élément d'actif, soit la quote-part des éléments d'actif qui sont de l'encaisse ou de la quasi-encaisse, la quote-part des éléments d'actif qui sont utilisés dans l'entreprise et, finalement, la quote-part des éléments d'actif qui sont détenus aux fins d'investissement, en faveur de Cessionnaire 1 et de Cessionnaire 2 en contrepartie d'actions privilégiées de roulement du capital-actions de Cessionnaire 1 et de Cessionnaire 2.



Finalement, Cédante procède aux rachats des actions que Cessionnaire 1 et Cessionnaire 2 détiennent dans son capital-actions en contrepartie de billets à payer et ces dernières procèdent aux rachats des actions privilégiées que Cédante détient dans leur capital-actions⁵⁰. Les billets à payer dont les sociétés sont réciproquement débitrices et créancières sont compensés légalement sans incidence fiscale. Cédante est liquidée.



⁴⁹ Il s'agira d'une « attribution » au sens du paragraphe 55(1) L.I.R., et le transfert s'effectuera par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

⁵⁰ Il s'agira de « rachats autorisés » au sens du paragraphe 55(1) L.I.R.

Nous voyons ici que puisque le paragraphe 85(1) L.I.R. est utilisé afin de transférer les biens de Cédante envers Cessionnaire 1 et Cessionnaire 2, les limites intrinsèques au paragraphe 85(1) L.I.R. peuvent empêcher la réalisation d'une réorganisation papillon sans incidence fiscale. Voici ci-après une discussion sur certains obstacles à la réalisation de la réorganisation papillon.

3.1.2.2. Discussion sur les obstacles à la réorganisation papillon

La récupération d'amortissement aux transferts de biens immobiliers

Une société, Cédante, est détenue en parts égales par trois frères et une sœur, par l'entremise de leur société de gestion respective. L'actif de Cédante est composé d'immeubles résidentiels et de fonds de terre dont la JVM est d'environ 12 M\$. L'ensemble des coûts des bâtiments est de 6 M\$, l'ensemble des fractions non amorties du coût en capital (« FNACC ») de ces bâtiments est de 1,2 M\$ et l'ensemble des dettes associées aux mêmes bâtiments est d'environ 2,6 M\$. En plus des dettes se rapportant aux éléments d'actif immobilier, Cédante a des dettes égales au coût fiscal de ses autres éléments d'actif. Les autres éléments composant l'actif de Cédante sont de l'encaisse, des comptes débiteurs, des actions de sociétés privées et ouvertes et des avances aux actionnaires. Un des frères, qui s'occupe principalement de la gestion et de l'administration de Cédante, décide qu'il ne tient plus à gérer l'ensemble des immeubles et fonds de terre pour ses frères et sa sœur et veut que l'actif de Cédante soit partagé en parts égales entre les quatre. Nous voyons dès lors se dresser une problématique : les dettes associées aux bâtiments sont plus élevées que leur FNACC. Ainsi, au moment d'utiliser le paragraphe 85(1) L.I.R. pour transférer l'actif de Cédante aux sociétés cessionnaires, la somme convenue ne pourra pas dépasser la contrepartie autre qu'en actions (« CAA »)⁵¹ et une importante récupération d'amortissement est créée.

Dans cette situation, émettre des *tracking shares* aux différents actionnaires en précisant dès la constitution des *tracking shares* les principes de gestion des différents immeubles est une solution envisageable.

⁵¹ Al. 85(1)b) L.I.R.

Opérations préalables nécessaires pour réaliser la réorganisation papillon

Dans certains cas, une réorganisation papillon ne peut être envisagée sans que des opérations préalables soient effectuées. Comme la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit que des biens soient acquis par une société immédiatement avant d'entreprendre une réorganisation papillon, sauf dans certaines circonstances précises⁵², cela peut représenter un obstacle majeur à l'utilisation de l'alinéa 55(3)b) L.I.R.⁵³ Prenons l'exemple suivant.

Deux individus sont membres d'une société de personnes exploitant un parc immobilier. Au bout d'un certain temps, ils ne s'entendent plus sur la façon de gérer l'entreprise de la société de personnes et désirent mettre un terme à leur relation d'affaires. Ils veulent donc se partager l'actif de la société de personnes sans incidence fiscale. L'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R.⁵⁴ est envisagée, mais l'indivision créée par l'application de ce paragraphe rebute les associés qui voient s'annoncer une série de formalités administratives complexes afin de partager l'actif alors détenu en indivision. Ils pensent alors plutôt à constituer la société de personnes en société par actions en transférant, par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R. en faveur d'une société, tous les éléments d'actif de la société de personnes pour ensuite liquider cette société de personnes en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. Une réorganisation papillon ne peut pas être mise en place immédiatement après cette constitution de la société de personnes en société par actions puisque la société cédante acquiert les biens qu'elle possède en prévision de l'attribution en vertu de l'alinéa 55(3)b) L.I.R. autrement que par l'une des situations visées à l'alinéa 55(3.1)a) L.I.R.⁵⁵

⁵² Al. 55(3.1)a) L.I.R.

⁵³ Cette problématique est d'ailleurs soulevée par Peter E. MCQUILLAN, « Partnerships: The Most Significant Developments of the Past 12 Months », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 4:1-15.

⁵⁴ Nous ne présenterons pas en détail les prescriptions du paragraphe 98(3) L.I.R.

⁵⁵ Une contribuable a demandé à l'ARC si le paragraphe 85(2) L.I.R. pouvait être utilisé afin de transférer les éléments d'actif de la société de personnes à plus d'une société. L'ARC répondit par l'affirmative; toutefois, elle précisait que le paragraphe 85(3) L.I.R. ne pouvait pas être utilisé afin de liquider la société de personnes. Cette réponse nous semble incongrue et il pourrait être intéressant de soumettre une nouvelle argumentation à l'ARC en ce qui concerne la possibilité de « papillonner » une société de personnes en combinant l'utilisation du paragraphe 85(2) avec celle du paragraphe (à suivre...)

Si les associés sont toujours rebutés par l'application du paragraphe 98(3) L.I.R., l'utilisation des *tracking shares* peut leur être proposée. Une fois la constitution de la société de personnes en société par actions terminée, un remaniement de capital et une modification aux statuts constitutifs peuvent être effectués afin de prévoir la gestion indépendante de certains immeubles du parc immobilier ainsi que l'attribution des revenus en conséquence.

Il est aussi possible d'envisager de modifier directement le contrat de société de la société de personnes afin d'attribuer le revenu de la société de personnes provenant de l'exploitation de certains immeubles à un associé ainsi que le revenu de la société de personnes provenant de l'exploitation des autres immeubles à l'autre associé⁵⁶.

Droits de mutation

L'application des droits de mutation aux transferts des biens immeubles peut parfois représenter un obstacle à la réorganisation papillon. Des droits de mutation sont payables lors du transfert de propriété d'un bien immeuble et le taux varie entre 0,5 % et 1,5 % du plus élevé de la contrepartie payée pour l'achat de l'immeuble, de la contrepartie stipulée pour le transfert ou de la JVM de l'immeuble au moment de son transfert⁵⁷. Une exonération des droits de mutation est toutefois prévue lorsque le transfert du droit de propriété de l'immeuble survient entre deux sociétés étroitement liées⁵⁸. Deux sociétés sont étroitement liées dans l'une des situations suivantes⁵⁹ :

- si l'une d'elles détient au moins 90 % des actions émises et ayant plein droit de vote de l'autre société, d'une filiale déterminée⁶⁰, d'une société

(...suite)

85(3) L.I.R. Voir *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 1, interprétation technique 2001-0071495, « Partnership or corporation rollover », 29 mai 2002.

⁵⁶ Sous réserve des paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R.

⁵⁷ *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (« L.D.M.I. »), art. 2 et, pour les exonérations du droit de mutation, art. 19 et 20.

⁵⁸ Par. 1d) de l'article 19 (1^{er} al.) L.D.M.I.

⁵⁹ Art. 19 (2^e al.) L.D.M.I.

⁶⁰ Art. 19 (3^e al.) L.D.M.I. Une filiale déterminée est aussi une personne morale dont au moins 90 % des actions émises ayant plein droit de vote sont la propriété de cette autre personne morale.

dont l'autre société est une filiale déterminée ou de toute autre filiale déterminée de l'une de ces sociétés;

- si l'une d'elle détient au moins 90 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation de l'autre société;
- si 90 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation des deux sociétés sont la propriété d'une même personne morale ou d'un même groupe de personnes morales.

Par ailleurs, lorsque le contrôle d'une société est acquis dans les 24 mois suivant le transfert d'un immeuble en sa faveur, un droit supplétif de 125 % des droits de mutation payables sur ce transfert peut s'appliquer lorsqu'on peut raisonnablement considérer que le transfert de l'immeuble a été effectué en prévision de cette acquisition de contrôle⁶¹. Une société n'aura pas à payer ce droit supplétif si elle paie volontairement les droits de mutation exigibles au moment du transfert⁶².

Dans toutes ces situations où une réorganisation papillon ne peut pas être réalisée pour quelque raison que ce soit, la modification du capital-actions de la société afin d'y intégrer des *tracking shares* peut être envisagée.

3.2. CAS D'APPLICATION DU CONCEPT DE *TRACKING SHARES*

Nous présentons ci-après deux scénarios dans lesquels l'utilisation de *tracking shares* peut être l'option la plus intéressante pour les actionnaires.

3.2.1. Acquisition d'une société possédant des attributs fiscaux, sans en acquérir le contrôle

Une autre planification utilisant les *tracking shares* peut être réalisée afin d'acquérir des attributs fiscaux d'une société sans en acquérir le contrôle. Imaginons la situation suivante.

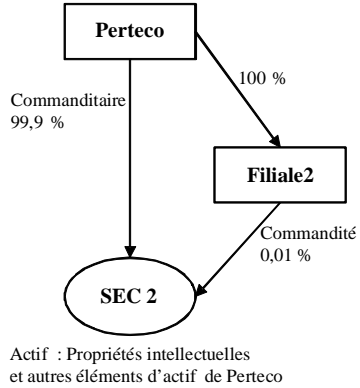
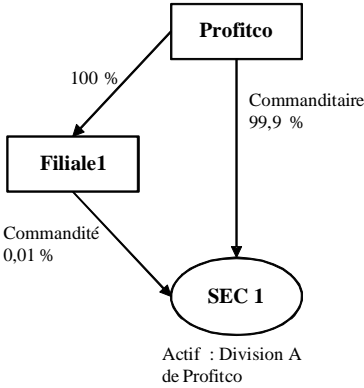
Profitco est une société canadienne publique imposable qui exploite une entreprise dans le domaine médical. Une de ses divisions, la Division A, est

⁶¹ L'article 19.1 L.D.M.I. renvoie à l'article 1129.29 de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod.

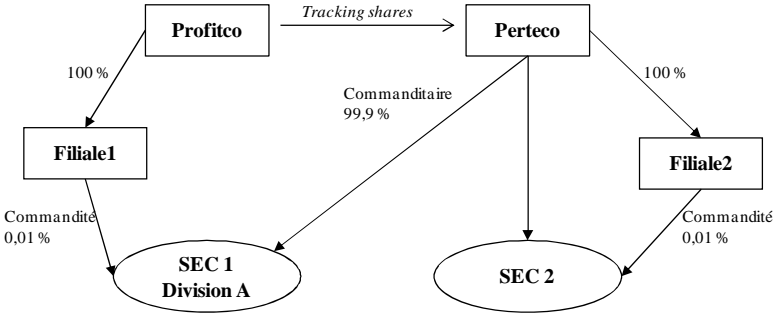
⁶² Art. 19.1 (2^e al.) L.D.M.I.

particulièrement profitable. Profitco maintient une comptabilité distincte ainsi que des livres et registres distincts pour la Division A. Perteco est une société canadienne publique imposable qui exploite pour sa part une entreprise visant à développer des technologies dans le domaine médical. Perteco possède de nombreux attributs fiscaux tels qu'un solde de dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental (« RS & DE »), un solde de pertes autre qu'en capital ainsi qu'un solde de crédits d'impôt à l'investissement substantiels. Aucune personne ni aucun groupe de personnes n'a acquis le contrôle de Perteco dont l'actionnaire le plus important, directement et indirectement par l'entremise de ses filiales, est Profitco. Profitco désire acquérir les attributs fiscaux de Perteco sans en acquérir le contrôle. Il semble possible de réaliser la transaction. Voici comment.

Une nouvelle filiale, Filiale1, est constituée par Profitco qui souscrit à une action ordinaire de son capital-actions. Profitco et Filiale1 forment ensuite une société en commandite, SEC 1, dans laquelle Profitco est le commanditaire (pourcentage de participation de 99,9 %) et Filiale1, le commandité (pourcentage de participation de 0,01 %). Tous les éléments d'actif de la Division A de Profitco sont ensuite transférés à SEC 1 par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R., en contrepartie de la prise en charge par SEC 1 des dettes associées à la Division A et d'un intérêt à titre de commanditaire dans SEC 1. Une deuxième société est ensuite constituée par Perteco, Filiale2, et une nouvelle société en commandite, SEC 2, est formée par Perteco, à la fois commandité et commanditaire (pour une participation de 99,9 %), et Filiale 2, un commandité (pour une participation de 0,01 %). Perteco transfère ensuite des propriétés intellectuelles et d'autres éléments d'actif à SEC 2 en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. en contrepartie de la prise en charge des dettes associées à ces éléments d'actif et de participations dans SEC 2. À ce moment, la structure est la suivante :



Le capital-actions de Perteco est ensuite réorganisé afin d'y inclure de nouvelles catégories d'actions, dont une nouvelle catégorie d'actions ordinaires avec droit de vote et une catégorie d'actions ordinaires sans droit de vote de même qu'une catégorie d'actions privilégiées donnant droit à des dividendes payés sur les profits réalisés par SEC 2 (les tracking shares). Profitco transfère ensuite par voie de roulement fiscal les participations qu'elle détient dans SEC 1 en faveur de Perteco en contrepartie d'actions privilégiées tracking shares dans une proportion lui permettant d'avoir une participation importante sans avoir le contrôle de Perteco. Le revenu généré par la Division A sera attribué à Perteco qui pourra utiliser ses attributs fiscaux à l'encontre de ce revenu. Ce même revenu sera remis sous forme de dividendes à Profitco sur les actions privilégiées tracking shares qu'elle détient dans le capital-actions de Perteco.



Cette série d'opérations vise donc à faire passer les profits réalisés par la Division A de Profitco par Perteco afin d'utiliser les attributs fiscaux de cette dernière. Audacieuse opération direz-vous?

En 2003, l'ARC a rendu une décision anticipée⁶³ par laquelle elle confirmait que, dans une telle opération, elle acceptait qu'il n'y ait pas d'acquisition de contrôle de Perteco et que la série d'opérations n'était pas visée par la règle générale antiévitement (« RGAÉ »). Il est impossible toutefois de déterminer si l'ARC a donné son accord sur ce genre d'opération uniquement en raison des faits précis de cette affaire ou si cette décision anticipée est d'application plus large.

Les opérations décrites dans cette décision anticipée visent les sociétés publiques Hémosol Inc. (« Hémosol ») et MDS Inc. (« MDS »)⁶⁴. Hémosol est une société spécialisée dans les produits biopharmaceutiques, notamment dans les produits dérivés du sang. Au moment des opérations, Hémosol avait des attributs fiscaux de l'ordre de 300 M\$. Toujours au stade du développement et ayant besoin d'une injection de capital, son actionnaire le plus important, la société MDS, engagée dans plusieurs types d'activités commerciales dont des laboratoires cliniques en Ontario, était désireuse de lui fournir le capital manquant pour poursuivre ses activités.

Au début des opérations, le capital autorisé d'Hémosol consistait en un nombre illimité d'actions ordinaires, un nombre illimité d'actions spéciales à émettre en séries et 51 786 actions spéciales de Série D. Au moment des opérations, la totalité des actions émises et en circulation d'Hémosol consistait en 55 945 584 actions ordinaires, dont 6 549 897 étaient la propriété de MDS pour une participation totale de 12 %. Le but de l'ensemble des opérations dont les détails sont résumés ci-après était de permettre à MDS d'avoir accès aux attributs fiscaux d'Hémosol pour un coût total de 16 M\$.

MDS transférait donc son entreprise profitable de laboratoires cliniques dans une société en commandite (« Labs LP ») en utilisant le

⁶³ *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétation technique 2003-0031823, « Transfer of a Business by a Shareholder », 21 janvier 2003. Voir Robert FINNIGAN et David C. BLOM, « Use of Corporate Losses », dans *2007 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2007, pp. 11:1-26.

⁶⁴ Voir R. FINNIGAN et D. C. BLOM, *loc. cit.*, note 63 et Richard B. THOMAS, « Acceptable Loss Trading », (2005), vol. 5, n^o 1 *Tax for the Owner Manager* 1-2.

paragraphe 97(2) L.I.R. en contrepartie d'une participation à titre de commanditaire dans Labs LP dont le commandité était une filiale détenue à 100 % par MDS. Hémosol, pour sa part, transférait les éléments d'actif de son entreprise de produits dérivés du sang dans une deuxième société en commandite (« Products LP ») dont il était le commanditaire et New Hémosol le commandité, une filiale détenue à 100 % par Hémosol. L'existence de deux sociétés en commandite allait permettre de protéger l'entreprise profitable de MDS de celle beaucoup plus risquée d'Hémosol. Après une série d'opérations complexes, Hémosol détenait une participation d'environ 7,1 % et New Hémosol, une participation d'environ 92,9 % dans Products LP. Afin de refléter ces opérations, les actionnaires d'Hémosol s'étaient vu remettre des actions de New Hémosol. Ainsi, l'entreprise de produits dérivés du sang d'Hémosol alors dans Products LP continuait d'être détenue par les anciens actionnaires d'Hémosol, maintenant actionnaires de New Hémosol.

Le capital-actions d'Hémosol était ensuite remanié et MDS transférait par voie de roulement fiscal la participation à titre de commanditaire qu'elle détenait dans Labs LP en contrepartie d'actions d'Hémosol qui représentaient 47,5 % des votes et 99,5 % de l'équité. Les éléments d'actif d'Hémosol se composaient alors d'une participation de 99,9 % dans Labs LP et de 7,1 % dans Products LP.

Dans le cadre de la série d'opérations complexes, l'injection de fonds de 16 M\$ se retrouva dans Products LP et, en vertu d'une convention de gestion, MDS continuait de gérer les activités courantes alors exercées par Labs LP. Hémosol se privait de ses attributs fiscaux mais évitait la faillite.

Sur le plan fiscal, MDS n'acquiert pas le contrôle d'Hémosol dans le cadre de ces opérations. Voilà pourquoi l'ARC a probablement donné son accord à ce genre d'opérations. Pourtant, peu de temps après, en 2006, l'ARC affirmait ce qui suit :

« [...] Nous sommes d'avis que les opérations qui visent à permettre à une personne d'acquérir un intérêt financier très important dans une société (p. ex. peut-être en ayant à la fois le contrôle de fait et un intérêt financier important dans celle-ci) et à profiter des pertes fiscales de la société sans être assujettie aux "mêmes" restrictions ou à des restrictions "semblables" à celles prévues au paragraphe 111(5), pourraient raisonnablement être considérées comme

entraînant un abus relativement à la politique générale de la Loi qui interdit le transfert de pertes autres que des pertes en capital entre sociétés non liées⁶⁵. »

Il faut noter aussi que la décision anticipée de 2003 en matière de planification visant l'acquisition de pertes, bien qu'elle fut rendue après l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*⁶⁶, a été rendue avant les arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*⁶⁷ et *Mathew c. Canada*⁶⁸.

Il serait donc plus prudent aujourd'hui de soumettre toute opération similaire à l'ARC pour plus de certitude quant à l'application ou non de la RGAÉ à ce genre d'opérations.

3.2.2. Division de l'actif d'une société privée

Notre deuxième exemple d'utilisation de *tracking shares* porte sur la situation d'une société privée, OPCO, qui détient un bloc important d'actions d'une société publique ainsi que d'autres éléments d'actif ayant une plus-value et qui veut que l'actif de cette société publique soit divisé. Prenons les faits suivants.

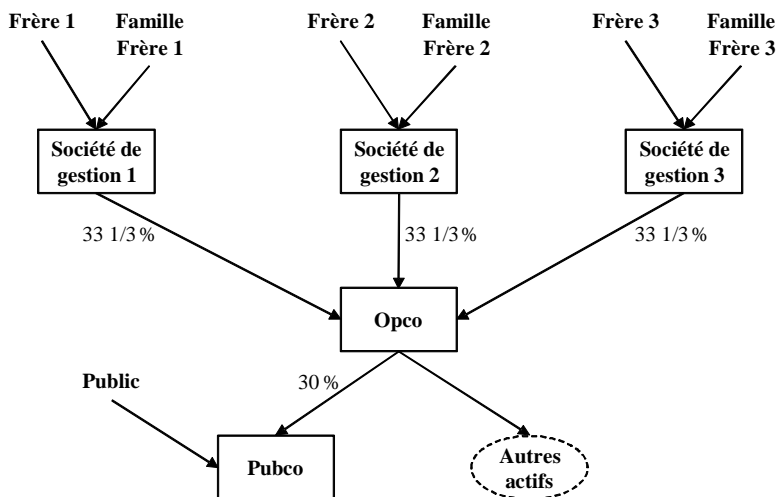
OPCO qui est une société ayant démarré une entreprise il y a une vingtaine d'années avait comme actionnaires, au début de ses activités, trois frères. Quelques années après sa fondation, l'entreprise d'OPCO fut cédée à une nouvelle société, qui elle-même est devenue une société publique (« PUBCO ») quelques années plus tard. Les frères ont vieilli et ont intégré dans l'actionnariat d'OPCO, à un moment donné, les membres de leurs familles respectives. Aujourd'hui, OPCO est une société détenant 30 % des actions d'une société publique ainsi que d'autres éléments d'actif dont la majorité de ces éléments sont immobiliers. Les trois actionnaires d'OPCO sont des sociétés de gestion appartenant chacune à la famille respective des trois frères. L'organigramme initial est le suivant :

⁶⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006, « Vente de pertes fiscales ».

⁶⁶ 2001 CAF 260, [2002] 2 C.F. 288 (C.A.F.).

⁶⁷ [2005] 2 R.C.S. 601.

⁶⁸ [2005] 2 R.C.S. 643.



À la suite de nombreuses réflexions, les trois familles en viennent à la conclusion qu'il serait préférable de distribuer les actions de PUBCO aux trois sociétés de gestion respectives afin que ces dernières puissent devenir autonomes quant à la gestion des actions de PUBCO. En effet, à l'intérieur de chaque société de gestion, certains des membres de la famille veulent disposer de leurs intérêts dans PUBCO alors que d'autres veulent conserver leurs actions. Il n'est pas envisagé de disposer des immeubles à court terme.

Afin de démontrer que l'utilisation des *tracking shares* s'est avérée l'option la plus avantageuse afin d'atteindre les objectifs des trois frères fondateurs et de leurs familles respectives, plusieurs scénarios sont analysés.

SCÉNARIO 1 – DIVIDENDE EN NATURE

Ce scénario relativement simple consiste à ce qu'OPCO verse en dividende en nature les actions de PUBCO. OPCO est ainsi réputée avoir disposé de ses actions à la JVM⁶⁹ et réalise un gain en capital. Les trois sociétés de gestion quant à elles sont réputées avoir reçu un dividende imposable. Les trois sociétés de gestion étant rattachées⁷⁰, les dividendes

⁶⁹ Conformément au paragraphe 52(2) L.I.R.

⁷⁰ Conformément au paragraphe 186(4) L.I.R.

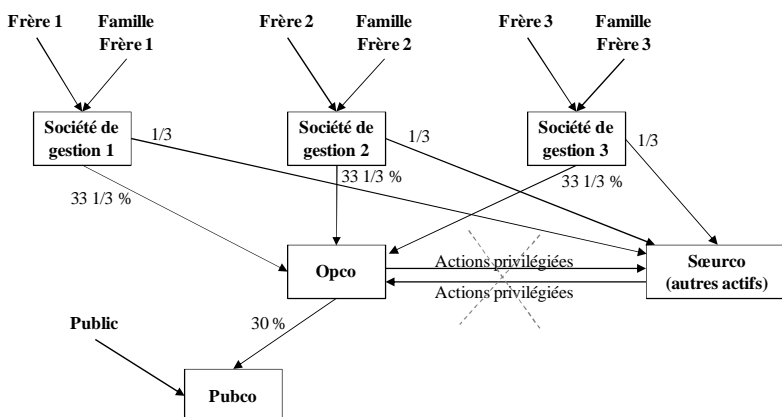
sont visés par l'impôt de la partie IV L.I.R. jusqu'à concurrence du RTD reçu par OPCO⁷¹.

Mentionnons que le coût fiscal des actions reçues par les trois sociétés de gestion est égal à la JVM des actions de PUBCO lors du versement du dividende.

En conclusion, cette méthode a l'avantage d'être simple, mais elle a comme inconvénient majeur d'anticiper la charge fiscale se rapportant aux actions de PUBCO. Cet inconvénient est évidemment plus prononcé pour les sociétés de gestion désirant conserver les actions de PUBCO pendant une longue période.

SCÉNARIO 2 – CESSIION DES AUTRES ÉLÉMENTS D'ACTIF ET FUSION D'OPCO ET PUBCO

Dans ce scénario, les éléments d'actif d'OPCO, autres que les actions de PUBCO, sont cédés à une société sœur d'OPCO (SŒURCO). Afin d'éviter les dispositions du paragraphe 55(2) L.I.R., le transfert des éléments d'actif d'OPCO et le transfert d'une partie des actions d'OPCO doivent s'effectuer à la JVM sans roulement fiscal.



La participation croisée entre OPCO et SŒURCO est par la suite éliminée en procédant au rachat des actions d'OPCO détenues par SŒURCO. Une fois le lien coupé entre OPCO et SŒURCO, OPCO et

⁷¹ Art. 186 et suiv. L.I.R.

PUBCO peuvent être regroupées. Évidemment, les conséquences juridiques d'un tel regroupement devront être envisagées.

En conclusion, ce scénario a l'avantage de ne pas provoquer la réalisation de la plus-value sur les actions de PUBCO. Toutefois, la plus-value sur les autres éléments d'actif d'OPCO est réalisée. Également, certaines incidences fiscales peuvent être liées au transfert d'une partie des actions d'OPCO à SŒURCO en fonction du coût fiscal des actions cédées et des autres attributs fiscaux. Par exemple, le revenu protégé attribuable aux actions d'OPCO ou la présence d'un CDC au sein d'OPCO peuvent être utilisés pour majorer le coût fiscal des actions d'OPCO détenues par les sociétés de gestion.

SCÉNARIO 3 – OPÉRATION *TUCK-IN*

Dans ce scénario, les premières étapes sont identiques au deuxième scénario, c'est-à-dire la création d'une société sœur et la cession des autres éléments d'actif d'OPCO en sa faveur. Les conséquences fiscales seront identiques au scénario 2, soit la matérialisation de la plus-value des autres éléments d'actif d'OPCO et la réalisation possible d'une partie de la plus-value attribuable à une partie des actions d'OPCO.

Ce qui différencie cette méthode du scénario 2 est qu'au lieu de procéder à la fusion d'OPCO et PUBCO, une opération *tuck-in* est entreprise. Ainsi, les trois sociétés de gestion cèdent leurs actions d'OPCO à PUBCO en contrepartie de nouvelles actions de celle-ci en utilisant les dispositions de l'article 85 L.I.R. Une fois cette étape terminée, OPCO est liquidée dans PUBCO.

L'objectif du présent texte n'est pas de revoir les différentes embûches liées à une opération *tuck-in* ni de traiter de l'incertitude causée par la décision des autorités fiscales de contester une opération de cette nature dans l'affaire *Tremblay*⁷². Mais avant de mettre en place une telle opération, le professionnel peut vouloir obtenir de l'ARC une décision anticipée afin de s'assurer que les autorités fiscales ne tenteront pas de contester l'opération *tuck-in* en invoquant, entre autres, les dispositions du paragraphe 84(2) L.I.R.

⁷² 2009 CCI 6; conf. par 2010 CAF 119. Voir à ce sujet Mark D. BRENDER, « Share for Share Exchange », *Federated Press, Corporate Structures and Groups*, Volume XII, n° 1, 2010.

SCÉNARIO 4 – RÉORGANISATION PAPILLON

Une réorganisation papillon peut être envisagée au sein d'OPCO. Toutefois, comme il est mentionné plus tôt, la réorganisation papillon peut dans certains cas ne pas être réalisable, principalement relativement à des éléments d'actif immobiliers.

SCÉNARIO 5 – TRACKING SHARES

Afin d'atteindre l'objectif établi par les trois sociétés de gestion, il peut être envisagé d'utiliser des *tracking shares*.

Étapes réalisées

- Modification des statuts d'OPCO

La première étape consiste à procéder à une modification du capital-actions d'OPCO afin d'être en mesure de réaliser l'opération. Dans le cadre de la modification des statuts d'OPCO, le professionnel doit déterminer à cette étape si le rendement attribuable aux actions *tracking shares* doit être défini dans le capital-actions ou par l'entremise d'une convention unanime des actionnaires. Si le professionnel opte pour une convention unanime des actionnaires, une étape additionnelle est alors requise afin de prévoir la préparation d'une telle convention ou la modification de la convention actuelle.

Notons qu'il faut prévoir, entre autres, l'attribution des dividendes reçus sur les actions de PUBCO, l'attribution du produit de disposition (net des dépenses engagées en rapport avec la disposition), la répartition des conséquences fiscales se rapportant à une disposition éventuelle des actions de PUBCO (dividende en capital, IMRTD), ainsi que la possibilité d'exiger la disposition de ses actions au moment jugé opportun par la société de gestion.

Dans la mesure où, à la demande d'une société de gestion, les actions de PUBCO sont vendues et que le gain en capital réalisé à la vente de ces actions est attribué sur les *tracking shares* de la société de gestion ayant requis cette vente, il doit y avoir diminution (par rachat ou autrement) d'une portion de la participation de la société de gestion dans OPCO.

Le capital-actions peut donc ainsi comporter quatre catégories d'actions, soit les actions ordinaires et trois catégories de *tracking shares*.

- Échange des actions par les trois sociétés de gestion

L'étape suivante consiste en l'échange des actions d'OPCO détenues par chaque société de gestion en actions ordinaires et en *tracking shares* de catégorie distincte pour chaque société de gestion. Cette opération peut être visée par les dispositions des articles 51 L.I.R. ou 85 L.I.R.

- Détermination des lots

La société OPCO préparera une partie de son information financière de façon à présenter les lots distincts se rapportant aux trois catégories de *tracking shares*.

- Réalisation d'une opération miroir au sein des sociétés de gestion (si nécessaire)

Dans l'éventualité où chaque société de gestion comporte des actionnaires avec une vision différente quant à la gestion et à la conservation des actions de PUBCO, une opération miroir peut être entreprise au sein de chaque société de gestion.

Commentaires

Dans la situation factuelle évoquée, l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. devrait être inapplicable en raison du lien de famille existant entre les actionnaires. Toutefois, en présence d'actionnaires non liés, il serait primordial de considérer cet aspect.

Parmi tous les scénarios présentés, celui de l'utilisation des *tracking shares* demeure celui comportant le moins d'impôt et d'incertitude fiscale quant à l'application de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple, le paragraphe 84(2) L.I.R. dans le cadre d'une opération *tuck-in*. Le scénario 5 s'avère donc le scénario le plus envisageable à court terme.

CONCLUSION

Le présent texte ne vise pas nécessairement à donner la recette permettant l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre de réorganisations d'entreprises, mais plutôt à illustrer que ce type d'actions peut être utilisé comme solution de rechange afin d'atteindre les objectifs de clients lorsque certaines opérations ne peuvent être mises en place pour quelque raison que ce soit, ou encore pour réaliser des opérations complexes.

Il est à espérer que des modifications aux dispositions législatives concernant les API puissent être effectuées afin de permettre à une société de procéder à l'émission de *tracking shares* sans avoir à supporter le fardeau des impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. Dans le cas où il ne sera pas possible de contourner cette embûche, un calcul sera nécessaire afin d'estimer le coût d'impôt de la partie VI.1 L.I.R. d'opérations comportant des *tracking shares* par rapport à des opérations avec imposition immédiate.

Nous nous apercevons donc que plusieurs éléments doivent être pris en considération avant de mettre en place une opération basée sur l'utilisation des *tracking shares*. L'analyse de l'ensemble des considérations fiscales à prendre en compte à la lumière de faits particuliers, ajoutée à la rédaction de statuts constitutifs ou d'une convention unanime des actionnaires, peut s'avérer complexe. Les astres doivent s'aligner afin de parvenir à la réalisation d'une opération impliquant l'utilisation des *tracking shares*, mais la réflexion en vaut certainement la peine!

LES FIDUCIES DE BIEN-ÊTRE ET DE SOINS DE SANTÉ

HÉLÈNE MARQUIS, AVOCATE, D. FISC., PL. FIN., TEP
FINANCIÈRE SUN LIFE

PRÉCIS

Le 26 février 2010, le ministre des Finances, M. Jim Flaherty, a causé une surprise en déposant aux fins de consultations des propositions législatives visant la création d'un nouvel outil fiscal disponible pour les employeurs qui procurent à leurs employés des programmes d'avantages sociaux de soins de santé et de frais médicaux. La fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés (FSSBE), quoique différente à bien des égards, est fortement inspirée des règles régissant la fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés qui sont contenues au *Bulletin d'interprétation* IT-85R2. La première différence notoire réside dans le fait que la fiducie de santé et de bien-être est le fruit d'une tolérance administrative de l'Agence du revenu du Canada (ARC) et qu'elle ne fait pas l'objet de dispositions législatives dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme la FSSBE. À la suite des consultations, le Projet de loi C-47 a été déposé à la Chambre des communes le 28 septembre 2010, entraînant certaines modifications aux propositions de février 2010. Les notes explicatives du projet de loi indiquent qu'à l'heure actuelle, le gouvernement n'a pas l'intention d'apporter des changements aux règles fiscales applicables aux fiducies de santé et de bien-être. La FSSBE ne remplace pas la fiducie de santé et de bien-être et elle répond à ses propres règles. L'auteure présentera d'abord une description des régimes admissibles permettant à un employeur de financer une FSSBE et une fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés. Puis, elle passera en revue les règles qui établissent chaque type de fiducie en insistant sur les caractéristiques propres à chacune.

ABSTRACT

On February 26, 2010, the Minister of Finances Mr. Jim Flaherty, unexpectedly deposited for consultation, a series of proposal arms at creating a new fiscal tool for employers interested in providing health and medical care social benefits to their employees. Although there are significant differences between the two types of arrangements, the rules applicable for the Employees Health and Life Trust (EHLT) are largely inspired by those of

the existing Health and Welfare Trust for Employees (H&WT) as provided by the *Interpretation Bulletin* IT-85R2. The first outstanding difference is the fact that the classic H&WT was born from an administrative tolerance from the Canada Revenue Agency (CRA) and is not part of the *Income Tax Act* such as the EHLT. On September 28 2010, the Bill C-47 was deposited at the House of Common, which included a few changes from the original February proposals to follow up with the consultation. The Explanatory Notes indicated that at this time, the government does not intend to make any changes to the tax rules applicable to the Health & Welfare Trust. The Employees Life and Health Trust does not replace the H&WT and relies on its own set of rules. In a first step, the author will go through a short description of the eligible programs available to an employer to fund appropriately both the ELHT and the H&WT. Afterwards, she will review the rules applicable to both types of trust while putting a special emphasis on the elements specific to each one.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	629
1. RÉGIMES DE SOINS DE SANTÉ	630
1.1. POLICE D'ASSURANCE VIE COLLECTIVE TEMPORAIRE	631
1.2. ASSURANCE COLLECTIVE CONTRE LA MALADIE OU LES ACCIDENTS.....	632
1.3. RÉGIME PRIVÉ D'ASSURANCE MALADIE	634
2. FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE AU BÉNÉFICE D'EMPLOYÉS	636
2.1. PARTICIPANTS À LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE	637
2.2. CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE.....	638
2.3. CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ.....	639
2.4. CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYEUR.....	640
3. FIDUCIE DE SOINS DE SANTÉ AU BÉNÉFICE D'EMPLOYÉS	640
3.1. LES DÉFINITIONS	641
3.2. LES CONDITIONS D'EXISTENCE D'UNE FSSBE	643
3.3. LE CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE	645
3.4. LE CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ	646
3.5. LE CALCUL DU REVENU D'UN EMPLOYEUR PARTICIPANT	647
CONCLUSION	648

INTRODUCTION

La fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés (« FSSBE ») a vu le jour le 26 février 2010, lors du dépôt, par le ministre des Finances, de propositions législatives accompagnées d'une consultation publique à laquelle ont répondu plusieurs organismes intéressés par ces questions¹. La similitude des règles régissant la FSSBE avec celles de la fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés a tout de suite causé une certaine inquiétude. Cette dernière fiducie doit son existence à une tolérance administrative des autorités fiscales, qui s'est concrétisée dans des directives de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») que l'on trouve principalement au *Bulletin d'interprétation IT-85R2*² et dans une lettre d'interprétation de Revenu Québec³. Il n'en est nullement fait mention dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴ non plus que dans la *Loi sur les impôts*⁵. En fait, l'ARC avait vainement tenté de changer les règles relatives aux fiducies de santé et de bien-être, mais elle a renoncé à introduire le nouveau *Bulletin d'interprétation IT-85R3* à la suite des commentaires et recommandations des intervenants.

Le 27 août 2010⁶, de nouvelles propositions législatives tenant compte de certains éléments soulevés lors de la consultation lancée en février 2010 ont été déposées, suivies un mois plus tard d'un *Avis de motion de voies et*

¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-016, « Propositions législatives et notes explicatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant les fiducies de soins de santé au bénéfice d'employés », 26 février 2010.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-85R2*, « Fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », 31 juillet 1986.

³ REVENU QUÉBEC, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), lettre d'interprétation 96-010030, 9 juillet 1996, où l'on peut lire ce qui suit :

« Nous confirmons que le Ministère du Revenu adopte, sous réserve des particularités propres au régime d'imposition québécois, une position identique à celle véhiculée par le Ministre du Revenu national dans le bulletin d'interprétation IT-85R2 en ce qui a trait à l'impôt sur le revenu prélevé en vertu de la partie I de la *Loi sur les impôts*. »

⁴ L.R.C. (1985), 5° supp., ch.1 et mod. (« L.I.R. »).

⁵ L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

⁶ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-074, « Propositions législatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*, la *Loi de 2001 sur l'accise* et la *Loi sur la taxe d'accise* », 27 août 2010.

moyens et du dépôt d'un projet de loi en bonne et due forme⁷. Ce dernier avis propose de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'ajouter le nouvel article 144.1, établissant un régime applicable aux FSSBE⁸ qui doivent entrer en vigueur au cours des années commençant après 2009.

Les programmes d'avantages sociaux offerts aux travailleurs peuvent revêtir plusieurs formes. Les plus communes sont le régime de santé financé par un contrat-cadre d'assurance collective contre la maladie et les accidents souscrit par l'employeur auprès d'une compagnie d'assurances et le régime privé d'assurance maladie (« RPAM »). La fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés fait depuis longtemps partie des outils accessibles pour bonifier les programmes d'avantages sociaux. Néanmoins, sa nature est souvent mal connue ou mal comprise. La nouvelle FSSBE aurait-elle pour effet de compliquer encore plus la situation?

Dans ce texte, nous déterminerons les différences notoires entre la fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés et la nouvelle FSSBE qui doit s'appliquer à partir de l'année 2010. Nous commencerons par faire un rapide survol des notions de base relatives aux régimes qui doivent être réunies pour que chacune des catégories de fiducie soit valablement formée aux fins desquelles elle doit servir, c'est-à-dire le contrat collectif d'assurance médicaments et de soins de santé souscrits auprès d'une compagnie d'assurances ou encore avec les RPAM.

1. RÉGIMES DE SOINS DE SANTÉ

L'implantation d'un régime de soins de santé au sein d'une entreprise vise à concilier deux objectifs fiscaux importants : les employeurs veulent avoir la possibilité de déduire les coûts à titre de dépenses engagées pour gagner un revenu d'entreprise⁹ alors que les employés préférèrent que ces coûts ne soient pas inclus dans le calcul de leur revenu imposable gagné dans l'année au titre d'avantages obtenus dans le cadre de l'exercice d'une charge ou d'un emploi¹⁰. Pour ces derniers, l'offre est encore meilleure quand il est

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-086, « Le gouvernement du Canada prend des mesures pour assurer des allègements et des avantages fiscaux aux Canadiens », 28 septembre 2010; CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-87, « Le ministre des Finances dépose la *Loi de soutien de la reprise économique au Canada* », 30 septembre 2010.

⁸ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1

⁹ Al. 18(1)a) L.I.R.

¹⁰ Al. 6(1)a) L.I.R.

aussi possible d'éviter l'inclusion de la somme payée à titre de prestation dans le calcul du revenu imposable. Pour atteindre ces objectifs, il faut que les autorités fiscales reconnaissent à la fois l'outil utilisé pour structurer le régime et le mode de financement comme se qualifiant dans les limites des exceptions au principe général d'inclusion des avantages établi par la loi¹¹.

Au Québec, il s'agit d'une mission impossible. D'emblée, l'employeur pourra déduire les dépenses raisonnables engagées pour financer un tel régime s'il satisfait aux critères de l'article 128 L.I. Par contre, pour les employés, les contributions ou les primes payées par l'employeur à un tel régime devront être incluses en tout ou en partie dans le calcul du revenu imposable, en vertu des articles 32 et 37 L.I.¹²

1.1. POLICE D'ASSURANCE VIE COLLECTIVE TEMPORAIRE

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit expressément ce qu'est une telle police au paragraphe 248(1) « police d'assurance-vie collective temporaire » L.I.R. En plus des contrats d'assurance de risques relatifs à la vie ou au décès d'une personne, l'expression « police d'assurance-vie » comprend les contrats de rente incluant les contrats de fonds distincts d'assureur¹³ tels qu'ils sont aussi définis au paragraphe 138(12) L.I.R. D'autre part, seules les sommes suivantes payées en vertu d'une police d'assurance vie collective temporaire se qualifient au titre d'une police collective d'assurance vie :

- les sommes payables en cas de décès ou d'invalidité d'un particulier dans le cadre d'une charge ou d'un emploi qui est un employé en services, un ancien employé ou un retraité;
- les participations de police ou les bonifications.

¹¹ S.-al. 6(1)a)(i) et suiv. L.I.R.

¹² REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 3; REVENU QUÉBEC, *Guide* IN-253, « Avantages imposables », par. 5.1.1. (en ligne : [http://www.revenu.gouv.qc.ca/documents/fr/publications/in/in-253\(2009-10\).pdf](http://www.revenu.gouv.qc.ca/documents/fr/publications/in/in-253(2009-10).pdf)). De façon plus précise, les alinéas 37.0.1.1 a) et 37.0.1.1 b) ainsi que les articles 37.0.1.2 à 37.0.1.6 L.I. établissent une formule mathématique applicable pour déterminer le montant d'une prime d'assurance ou autre montant payé en vertu d'un régime non financé par une assurance souscrite auprès d'un assureur devant être inclus dans le revenu imposable d'un employé pour une année donnée au titre d'avantages imposables.

¹³ Par.138(12) « police d'assurance-vie » L.I.R.

La police d'assurance doit avoir été souscrite auprès d'un assureur. Une police d'assurance collective sur la vie d'employés signifie qu'un même groupe d'employés est assuré en vertu d'un contrat unique qui lie un assureur et un employeur, ce dernier ou, dans le cas qui nous concerne, la fiducie de santé ou de bien-être ou la FSSBE, étant le preneur et le titulaire du contrat.

Contrairement aux autres couvertures offertes, la prime payée par l'employeur doit être incluse dans le revenu de l'employé au titre d'avantage imposable en vertu du paragraphe 6(4) L.I.R. Il en est de même des primes d'assurance vie facultative pour les personnes à charge¹⁴.

L'employeur, pour sa part, peut déduire les primes payées en vertu d'un tel régime¹⁵.

1.2. ASSURANCE COLLECTIVE CONTRE LA MALADIE OU LES ACCIDENTS

Contrairement à la police d'assurance vie collective temporaire, l'assurance contre la maladie et les accidents n'est pas définie dans les lois fiscales. Il faut donc s'en remettre aux définitions contenues dans les lois provinciales. Ainsi, le *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*¹⁶ définit ce qu'est l'assurance contre la maladie et les accidents¹⁷. Il en est fait

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, T4130 – *Guide de l'employeur – Avantages et allocations imposables 2009*, « Polices d'assurance-vie collectives temporaires – Primes payées par l'employeur ». (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/t4130/t4130-f.html>).

¹⁵ Al. 18(1)a) L.I.R.

¹⁶ R.R.Q., 1981, c. A-32, r.1 (ci-après « R.A.L.A. »).

¹⁷ Art. 14 R.A.L.A. :

« La catégorie "assurance contre la maladie ou les accidents" est celle en vertu de laquelle l'assureur offre une ou plusieurs des protections suivantes :

1^o le paiement d'une indemnité en cas d'atteinte corporelle, y compris le décès, résultant d'un accident subi par une personne assurée;

2^o le paiement d'une indemnité en cas de maladie ou d'invalidité d'une personne assurée;

3^o le remboursement des frais engagés à la suite d'une maladie ou d'un accident dont une personne assurée est victime;

4^o le remboursement des frais engagés pour les soins de santé d'une personne assurée. »

aussi mention dans certaines dispositions d'application générale au chapitre du *Code civil du Québec*¹⁸ portant sur l'assurance de personnes.

Peuvent aussi se retrouver dans la catégorie « assurance collective », les contrats d'assurance individuels souscrits pour financer un régime d'employeur, tels que les polices d'assurance maladies graves et les polices d'assurance soins de longues durées. Il s'agit en quelque sorte d'une série de contrats individuels souscrits par un employeur pour un groupe composé d'au moins deux employés assurés dans le cadre d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents. L'ARC a plusieurs fois énoncé sa position selon laquelle un nombre de polices individuelles regroupées peuvent constituer un régime collectif d'assurance, en ces termes :

« [...] Nous sommes d'avis qu'un régime d'assurance collective vise un régime en vertu duquel un certain nombre d'employés est assuré soit en vertu d'une seule police entre l'assureur et un employeur, soit en vertu de polices individuelles qui sont souscrites dans le cadre du régime mis en place par l'employeur pour le groupe d'employés assurés. La question de savoir si les polices d'assurance individuelles sont souscrites dans le cadre d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents en est une de fait sur laquelle nous ne pourrions nous prononcer sans l'examen d'une situation particulière¹⁹. »

Les contrats individuels ainsi souscrits doivent répondre aux mêmes critères leur permettant de se qualifier comme une police d'assurance contre la maladie et les accidents en vertu de la loi provinciale. Dans les faits, les contrats sont détenus par l'employeur directement ou par le biais d'une fiducie de santé et de bien-être ou d'une FSSBE, alors que les bénéficiaires du contrat sont payés directement aux employés lors de la réalisation du risque.

La question de savoir s'il s'agit d'un régime collectif est une question de fait qui doit être déterminée selon les circonstances propres à chacun. Il est donc recommandé de documenter la souscription de façon à établir une preuve satisfaisante des intentions poursuivies par l'employeur et de la qualité des personnes qu'il entend avantager par le régime, particulièrement lorsque certaines d'entre elles sont à la fois employées et actionnaires de la compagnie. La position constante des autorités fiscales sur cette question est de considérer qu'un bénéfice accordé à une personne agissant à la fois

¹⁸ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

¹⁹ « Table ronde sur les services financiers », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 48:1-22, question 11, aux pages 48:20-21.

comme actionnaire et employé d'une société est présumé être octroyé pour son rôle à titre d'actionnaire, à moins qu'il ne soit démontré que l'avantage est accordé en sa qualité d'employé²⁰.

Tout comme pour les contrats individuels groupés, l'employeur directement, par le biais d'une fiducie de santé et de bien-être ou d'une FSSBE, peut être à la fois le preneur et le titulaire d'un contrat d'assurance collectif contre la maladie et les accidents.

1.3. RÉGIME PRIVÉ D'ASSURANCE MALADIE

Ce type de régime est défini au paragraphe 248(1) « régime privé d'assurance-maladie » L.I.R. Il s'agit d'un contrat d'assurance pour couvrir soit les frais d'hospitalisation, soit les frais médicaux, ou les deux, régime d'assurance maladie, régime d'assurance hospitalisation ou régime combiné d'assurance maladie et hospitalisation. Les frais couverts ne doivent pas être déjà prévus :

- par une loi provinciale établissant un régime d'assurance santé en vue de la prestation de services de santé assurés²¹;
- par une loi ou un règlement fédéral établissant un tel régime au profit des employés fédéraux ou de leur famille, des membres de la Gendarmerie royale du Canada ou des forces armées régulières²², qu'ils soient en service au Canada ou à l'étranger.

Il s'agit donc de régimes complémentaires aux régimes d'assurance santé étatiques fédéral ou provincial qui couvrent les frais d'hospitalisation et des frais médicaux normalement admissibles au crédit d'impôt pour frais médicaux en vertu du paragraphe 118.2(2) L.I.R.²³ Ces régimes peuvent

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2000-0055145, 9 janvier 2001.

²¹ *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6, art. 2 « régime d'assurance-santé ».

²² Les forces régulières sont définies au paragraphe 15(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C., 1985, ch. N-5.

²³ Pour plus de détails, voir : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-519R2 (consolidé), « Crédit d'impôt pour frais médicaux et pour personnes handicapées et déduction pour frais de préposés aux soins », 28 février 2001 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide* RC4064, « Renseignements (à suivre...) »

aussi couvrir complètement ou partiellement les frais dentaires. Ils font normalement partie du contrat de travail qu'un employeur offre à ses employés. Les cotisations ou les primes doivent être payées au bénéfice d'un employé, de son conjoint²⁴ ou d'une personne résidant chez l'employé et qui est une personne liée²⁵. Tout comme pour les fiducies de bien-être et de santé, les RPAM sont définis par ce qu'ils doivent contenir. Les éléments suivants doivent s'y retrouver :

- l'engagement d'une personne;
- d'indemniser une autre personne;
- moyennant une contrepartie convenue;
- par suite d'une perte subie ou d'une obligation contractée à l'égard d'un événement;
- dont l'éventualité demeure incertaine.

Il existe plusieurs modes de financement possibles pour un RPAM. L'employeur peut passer un contrat avec un tiers, un fiduciaire, une compagnie d'assurances, par l'entremise duquel il s'engage à rembourser le montant des indemnités qui auront été réclamées par les employés en vertu de la promesse établie dans un contrat de travail ou une convention collective, ainsi qu'un certain montant constituant les frais d'administration. L'employeur peut aussi rembourser directement les frais réclamés par ses employés sans passer par un fiduciaire ou une compagnie d'assurances. Certaines cotisations peuvent être supportées par l'employé sans modifier la nature du régime. Enfin, un régime d'assurance maladie, d'assurance hospitalisation, d'assurance soins dentaires établi par un assureur se qualifie comme RPAM.

(...suite)

relatifs aux frais médicaux et aux personnes handicapées », 18 décembre 2009 (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/rc4064/rc4064-f.html>).

²⁴ Même si le terme « conjoint » tel qu'il est utilisé dans les lois fiscales englobe très largement toutes les unions possibles, il reste qu'un RPAM est un engagement contractuel d'un employeur à l'égard de ses employés. Ce dernier peut limiter les participants au régime et définir des classes en conséquence. Il est toujours préférable de vérifier les termes du contrat pour déterminer les personnes visées par la couverture.

²⁵ Al. 251(2)a) L.I.R.

Un RPAM aura les caractéristiques fiscales suivantes :

- l'employeur peut déduire les primes, cotisations ou autre paiement fait au RPAM comme une dépense pour un débours effectué en vue de gagner un revenu d'entreprise en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.;
- les cotisations payées par l'employeur ne sont pas considérées comme un avantage imposable pour l'employé. Ces montants étant exclus en vertu du sous-alinéa 6(1a)(i) L.I.R.²⁶;
- les cotisations payées par l'employeur ne se qualifient pas comme frais médicaux de l'employé au sens de l'alinéa 118.2(3)b) L.I.R.;
- les cotisations ou primes payées directement par l'employé ou par le biais de retenue à la source sur le salaire sont admissibles comme des frais médicaux en vertu de l'alinéa 118.2(2)q) L.I.R.

2. FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE AU BÉNÉFICE D'EMPLOYÉS

Une fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés est une convention de fiducie avec un employeur au bénéfice d'au moins deux employés aux termes de laquelle l'employeur accepte d'offrir un ou plusieurs avantages à ces employés ou à certains membres de leur famille.

La convention de fiducie est rédigée conformément à la loi et aux règlements régissant les fiducies, qui s'appliquent dans la province ou le territoire où elle est établie. Au Québec, une telle fiducie devrait avoir les caractéristiques d'une fiducie d'utilité privée au sens de l'article 1269 C.c.Q. En général, toutes les conditions suivantes doivent être respectées si l'on veut profiter des avantages fiscaux inhérents à ce genre de convention :

- la fiducie est d'abord et avant tout une fiducie fiscale. Comme son existence repose sur une tolérance administrative, pour plus de sécurité, la fiducie devrait être formellement constituée par un acte de fiducie conforme aux règles du droit civil ou de la common law applicables dans les circonstances;
- le fiduciaire doit agir indépendamment de l'employeur;

²⁶ Exception faite d'une police collective temporaire d'assurance vie dont la prime est imposable en vertu du paragraphe 6(4) L.I.R.

- le fiduciaire peut contraindre l'employeur à payer la prime et à remplir ses engagements;
- la fiducie doit être établie dans le seul but d'offrir des avantages de santé et de bien-être aux employés, qui se limitent à une assurance vie temporaire collective, une assurance contre la maladie ou les accidents ou un régime privé d'assurance maladie;
- les cotisations de l'employeur ne peuvent à aucun moment lui revenir et elles ne peuvent être utilisées pour aucune autre raison que celle d'offrir les avantages pour lesquels les cotisations ont été versées²⁷.

La fiducie peut ne pas être assurée et payer les réclamations au fur et à mesure qu'elles sont présentées. L'employeur peut aussi payer une contribution annuelle calculée de façon à couvrir le montant requis pour verser les avantages promis. L'employeur ne pourrait pas déduire les montants excédentaires versés dans une année. Ces contributions ne satisferaient pas au critère de « cotisations versées dans l'année d'imposition où il (l'employeur) contracte l'obligation légale de verser les prestations ». La dépense doit aussi être raisonnable selon le sens habituel de ce terme dans le cadre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et être faite dans le but de tirer un revenu d'entreprise ou de biens²⁸. Le fiduciaire peut présenter une demande d'assurance auprès d'un assureur, la prime payée au fiduciaire sera dès lors déductible pour l'employeur. Le fiduciaire doit payer les avantages que l'employeur accepte de parrainer. Le fiduciaire peut contraindre l'employeur à respecter ses obligations dans le cadre d'une poursuite en justice.

Une autre caractéristique intéressante des fiducies santé et bien-être au bénéfice d'employés réside dans le fait qu'il est permis à un regroupement d'employeurs de mettre sur pied une telle fiducie et de nommer un fiduciaire commun pour l'administrer.

2.1. PARTICIPANTS À LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE

Le régime visé par la fiducie doit être véritablement collectif, c'est-à-dire qu'il doit être conçu pour offrir des bénéfices à plus d'un employé. Les bénéfices consentis par une fiducie de santé et de bien-être ne peuvent

²⁷ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 3, interprétation technique 2002-0170015, 16 janvier 2003.

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 8.

l'être qu'à titre d'employé. Il faut faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu'un employé est aussi actionnaire de la société. Il doit être clairement établi que cette personne bénéficie des avantages de la fiducie de santé et de bien-être en sa qualité d'employé. Ainsi, il devrait pouvoir être démontré que cette personne fait partie d'une catégorie qui contient plusieurs employés ayant les mêmes conditions de travail ou des conditions semblables. Sinon, l'ARC peut décider que cette personne participe à la fiducie en sa qualité d'actionnaire et considérer la cotisation versée par la société comme un avantage conféré à un actionnaire²⁹. Une telle cotisation fiscale s'avérerait très coûteuse pour toutes les parties. L'employeur se verrait refuser la déduction de la dépense alors que l'actionnaire devrait inclure la valeur de l'avantage dans son revenu imposable pour l'année concernée, ce qui constitue en quelque sorte une double imposition sans compter les intérêts et les pénalités éventuelles.

En pratique, il n'y a pas d'exigence voulant que le régime soit enregistré ni approuvé par l'ARC ou par Revenu Québec. L'ARC demeure toutefois ferme dans sa recommandation de faire précéder la mise en place de la fiducie d'une demande de décision anticipée en matière d'impôt afin de déterminer si la fiducie de santé et de bien-être proposée est conforme à toutes les conditions requises pour être admissible. Il est risqué de passer outre cette étape, car la fiducie de santé et de bien-être peut se voir refuser son statut et, par conséquent, les avantages fiscaux y afférents advenant une vérification fiscale. La même règle de prudence s'applique aussi aux relations avec Revenu Québec et dans les situations où des modifications sont apportées ultérieurement au régime³⁰.

2.2. CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE

Du point de vue du droit fiscal, une fiducie de santé et de bien-être est une fiducie entre vifs. Les cotisations versées par l'employeur pour remplir ses obligations ou celles versées par les employés à la fiducie ne sont pas considérées comme un revenu pour la fiducie. Les revenus générés dans la fiducie qui proviennent de placements ou autre revenu accessoire sont assujettis à l'impôt sur le revenu des fiducies³¹. Lorsque ces revenus excèdent 500 \$ dans une année donnée, le fiduciaire est tenu de produire une

²⁹ Par. 15(1) L.I.R.

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 15.

³¹ Art. 104 et suiv. L.I.R.

Déclaration de revenus T3 en bonne et due forme³². Les primes et les indemnités que verse la fiducie, de même que les dépenses raisonnables pour gagner un revenu, sont déductibles d'impôt pour la fiducie, sauf si elles proviennent d'une source ou d'une prestation elle-même non imposable pour la fiducie³³. Ces prestations ne seront pas imposables pour l'employé. Il en est ainsi pour une prestation d'assurance vie payée à la suite du décès de l'employé ou d'un membre de sa famille assuré en vertu du contrat.

2.3. CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ

Les contributions payées par l'employeur à une fiducie de santé et de bien-être ne sont pas un avantage imposable pour l'employé au sens de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. au moment où l'employeur la verse, exception faite de celles qui sont imposables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les contributions versées par un employeur relatives à un régime collectif d'assurance vie constituent un avantage imposable. Ces sommes seront donc incluses dans les feuillets fiscaux servant à établir le revenu de l'employé. Les contributions versées directement par un employé peuvent être imposables en fonction de la nature des prestations qui seront reçues en retour. Les distributions faites par la fiducie relatives à des remboursements de sommes engagées par l'employé pour recevoir des soins ou payer des médicaments ne sont pas imposables. Par contre, certaines prestations peuvent être imposables, comme, par exemple, les montants périodiques touchés en vertu d'un régime d'assurance contre la maladie ou les accidents pour remplacer en tout ou en partie le revenu de l'employé tiré d'une charge ou d'un emploi³⁴.

La fiducie de santé et de bien-être peut distribuer des biens de la fiducie aux bénéficiaires en règlement total ou partiel de la participation dans la fiducie³⁵. Cela peut se produire particulièrement lorsque les biens de la fiducie sont constitués de contrats individuels d'assurance invalidité, d'assurance maladies graves ou de soins longue durée. Les parties, soit le fiduciaire et l'employé, peuvent faire le choix de transférer les biens au coût. Dans ces conditions, il n'y aura pas d'incidence fiscale pour la fiducie non plus qu'il n'y en aura pour l'employé qui devrait acquérir le bien au coût. Toutefois, le résultat final en ce qui concerne l'employé peut consister en un

³² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 11.

³³ *Id.*, par. 12.

³⁴ S.-al. 6(1)f)(i) L.I.R.

³⁵ Par. 107(2) à 107(5) L.I.R.

avantage imposable dont la valeur pourrait égaler la juste valeur marchande (« JVM ») du bien. Dans le cas de contrats d'assurance, la JVM est établie en tenant compte de facteurs tels que l'âge et l'état de santé de la personne assurée, le montant total des primes payées ou le coût d'achat d'un produit similaire sur le marché au moment du transfert³⁶.

En fonction du type de bénéficiaires fournis par la fiducie de santé et de bien-être, il peut être possible que soit pris en considération le crédit d'impôt pour frais médicaux. Au fédéral, les cotisations payées par l'employeur afin de remplir ses obligations à l'égard de la fiducie ne sont pas admissibles au crédit d'impôt pour frais médicaux de l'employé. Au Québec toutefois, étant donné que la plupart de ces cotisations sont incluses dans le revenu imposable de l'employé, il peut être possible d'inclure les sommes admissibles dans le calcul du crédit d'impôt si la prestation assurée se qualifie à ce titre.

2.4. CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYEUR

Les cotisations raisonnables de l'employeur au régime sont déductibles de son revenu imposable en tant que dépense admissible pour tirer un revenu d'une entreprise dans l'année fiscale correspondante. Si l'employeur utilise la méthode de comptabilité d'exercice pour établir sa déclaration de revenus, les contributions à la fiducie pourront être déduites dans l'année d'imposition durant laquelle il contracte l'obligation de les verser³⁷. Par ailleurs, si des réserves sont établies pour prévoir des éventualités futures, les fonds ainsi alloués ne seront pas déductibles même s'ils sont certifiés à partir d'études actuarielles documentées³⁸.

3. FIDUCIE DE SOINS DE SANTÉ AU BÉNÉFICIAIRE D'EMPLOYÉS

Les règles proposées pour la nouvelle FSSBE ressemblent à bien des égards à celles devant guider la création d'une fiducie de santé et bien-être. Elles ont toutefois l'avantage de préciser certaines questions telles que le

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989, par. 40 et 41, où l'on indique certains éléments à prendre en considération pour déterminer la JVM d'un contrat d'assurance vie détenue par une société par actions. L'ARC a déjà mentionné que ces mêmes considérations peuvent servir de guides pour l'évaluation de contrat d'assurance en des circonstances autres que la détention par la société uniquement.

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 8.

³⁸ *Id.*, par. 14.

calcul du revenu de la fiducie en délimitant clairement le niveau d'application de l'article 104 L.I.R et de clarifier certaines ambiguïtés, entre autres, quant à la qualité des participants et aux limites applicables pour ceux qui sont à la fois des hauts salariés ou des actionnaires de l'employeur.

À cet effet, le nouvel article 144.1 L.I.R. propose une série de définitions, ce qui déjà facilite la compréhension du système.

3.1. LES DÉFINITIONS

La FSSBE est une nouvelle catégorie de fiducie entre vifs imposable qui doit revêtir certaines caractéristiques obligatoires pour bénéficier d'un statut fiscal particulier, eu égard aux diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* touchant le calcul du revenu imposable de la fiducie ainsi que celui des employés et des employeurs qui y participent. Il s'agit obligatoirement d'une fiducie ayant un statut de résidence au Canada dont l'unique objectif est de fournir des « prestations désignées » à des employés, anciens employés ou à des membres de leur famille, formant une ou des « catégories d'employés » d'un ou de plusieurs employeurs participants et pour lesquelles des cotisations ont été payées à la fiducie.

En fait, les expressions « prestation désignée » et « catégorie d'employés » définies au paragraphe 144.1(1) L.I.R. constituent la pierre angulaire du régime proposé. Si les prestations payées par la fiducie ne se qualifient pas au titre de prestation désignée, il n'y a pas de FSSBE qui tienne : « “prestation désignée” Prestation provenant d'une police collective d'assurance temporaire sur la vie, d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents ou d'un régime privé d'assurance-maladie. »

À cet égard, la fiducie de santé et de bien-être et la FSSBE sont identiques. Elles se différencient seulement par les bénéficiaires appelés à recevoir ces prestations désignées. Pour que la fiducie se qualifie comme FSSB, elle doit aussi avoir au moins une « catégorie de bénéficiaires » telle qu'elle est définie au paragraphe 144.1(1) L.I.R. : « “catégorie de bénéficiaires” S'entend relativement à une fiducie, d'un groupe de bénéficiaires dont les droits sur la fiducie ou les participations dans celle-ci sont identiques. »

Le groupe de bénéficiaires appelés à former une catégorie doit être composé des personnes suivantes, soit à la fois des « membres de la catégorie [qui] représentent au moins 25 % de l'ensemble des bénéficiaires de la fiducie qui sont des employés de l'employeur participant » et d'« au

moins 75 % des membres de la catégorie [qui] ne sont pas des employés clés de l'employeur participant³⁹. »

Le paragraphe 144.1(1) L.I.R. innove encore une fois en définissant le terme « employé clé ».

« “employé clé” s’entend par rapport à un employeur pour une année d’imposition, de tout employé qui, selon le cas :

- a) était un employé déterminé⁴⁰ de l'employeur au cours de l'année ou de l'année d'imposition antérieure;
- b) était un employé dont le revenu d'emploi provenant de l'employeur au cours de deux des cinq années d'imposition précédant l'année dépassait cinq fois le maximum des gains annuels ouvrant droit à pension au sens de l'article 18 du Régime de pension du Canada, pour l'année civile où le revenu d'emploi a été gagné. »

Pour les années 2010 et 2011, le maximum des gains annuels ouvrant droit à pension était respectivement de 47 200 \$ et de 48 300 \$. Un employé dont la rémunération aurait atteint 236 000 \$ en 2010 et 241 500 \$ en 2011 serait donc un employé clé et serait automatiquement inclus dans cette classe.

Cette disposition vient clarifier certains irritants majeurs pour ce qui est de la fiducie de santé et de bien-être : elle établit la qualité des personnes qui peuvent participer ainsi que le niveau de participation que peuvent avoir les employés clés et les actionnaires déterminés dans les bénéfices offerts aux employés. Toute personne qui est un employé, c'est-à-dire toute personne qui accomplit une fonction dans le cadre d'une charge ou un emploi par opposition à un travailleur autonome, incluant les actionnaires déterminés qui possèdent au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou d'une personne liée à la société qui l'emploie ainsi que les hauts salariés, peut recevoir des bénéfices de la FSSBE, à condition que ces bénéfices soient aussi disponibles à une majorité des autres travailleurs employés dans la société et qu'ils soient identiques. En un mot, les actionnaires, incluant les actionnaires qui contrôlent la société et les hauts salariés, ne doivent pas être avantagés par le fait qu'ils reçoivent des prestations de la FSSBE. Par ailleurs, il demeure une ambiguïté en ce qui

³⁹ Al. 144.1(2)e) L.I.R.

⁴⁰ L'expression « employé déterminé » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Cette définition renvoie à la définition d'« actionnaire déterminé » qui se retrouve au même paragraphe.

concerne l'usage du mot « identique ». En fait, le mot « identique » ne signifie pas « égal ». Est-ce que certaines prestations d'invalidité basées sur un pourcentage de la rémunération pourraient satisfaire à ce critère si le pourcentage consenti est identique pour tous? C'est fort probable.

3.2. LES CONDITIONS D'EXISTENCE D'UNE FSSBE

Les conditions indiquées au paragraphe 144.1(2) L.I.R. régissant l'existence d'une FSSBE sont toutes obligatoires et doivent exister en tout temps tout au long de l'année d'imposition de la fiducie. L'existence des conditions ne se présume donc pas. Elles doivent être consignées dans un document écrit, soit un acte de fiducie ou un contrat synallagmatique comme une convention collective, un contrat d'emploi ou autre. Les notes techniques déposées en même temps que le projet de loi laissent entendre qu'il s'agit d'une exigence absolue⁴¹.

Les conditions suivantes doivent absolument se retrouver :

- l'objet est unique, soit assurer des prestations désignées aux bénéficiaires;
- il y a restriction sur les personnes pouvant recevoir les biens de la fiducie au moment de la liquidation. Par exemple, les employés clés ne peuvent participer à une distribution. Les biens peuvent être remis à une autre FSSBE ou à défaut d'autres bénéficiaires admissibles, à l'État fédéral ou provincial⁴²;

⁴¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-086, « Notes explicatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*, la *Loi de 2001 sur l'accise*, la *Loi sur la taxe d'accise* et des lois et règlements connexes », 28 septembre 2010, à l'article 34, sous le paragraphe 144.1(2) L.I.R., on peut lire ceci :

« Le nouveau paragraphe 144.1(2) prévoit les conditions qui doivent être remplies tout au long d'une année d'imposition pour qu'une fiducie soit considérée comme une fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés. Étant donné que ces conditions doivent être réunies tout au long de l'année, la fiducie qui déroge à une ou plusieurs d'entre elles à un moment de l'année perdra son statut de fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés pour l'année. Les conditions qui régissent la fiducie doivent refléter les exigences énoncées aux alinéas 144.1(2)a) à i). Par conséquent, il devrait être possible de vérifier si une fiducie est une fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés en examinant l'acte de fiducie. »

⁴² Al. 104.4(1)j) L.I.R.

- la fiducie est tenue de résider au Canada. Advenant cessation de résidence, elle est réputée avoir disposé de ses avoirs à leur JVM immédiatement avant le moment de la disposition. De plus, elle est réputée avoir exercé une entreprise avant ce moment. Chacun de ses biens est réputé être un bien en inventaire dont le coût est nul⁴³. Enfin, elle est réputée avoir acquis de nouveau les biens pour un coût égal à la JVM au moment de la disposition;
- les seuls bénéficiaires sont des employés d'un employeur participant ainsi que les retraités, un particulier membre de leur famille, incluant celle des employés décédés, une autre FSSBE ou l'État fédéral ou provincial. Fait intéressant, la catégorie des bénéficiaires membres de la famille semble assez importante pour inclure les parents âgés s'ils habitent avec l'employé ou s'ils sont à sa charge, ainsi que les frères et sœurs handicapés⁴⁴;
- la FSSBE doit avoir au moins une « catégorie de bénéficiaires » possédant les caractéristiques décrites plus haut. Cette contrainte limite l'accès à ce genre de régime au petit employeur et aux entreprises familiales de taille plus modeste;
- les droits de chaque employé clé ne peuvent pas être plus avantageux que ceux détenus par tous les membres d'une catégorie de bénéficiaires. En un mot, tout employé clé faisant partie d'une catégorie distincte de la catégorie « étalon » prévue au paragraphe 144.1(1)e) L.I.R., laquelle doit respecter les ratios de 25 % et de 75 % décrits plus haut, ne peut pas avoir des droits plus importants que les employés formant cette catégorie. En bref, la FSSBE n'est pas un outil privilégié pour établir un programme de rétention d'employés hauts salariés. C'est un outil qui vaut pour l'ensemble des employés, mais les employeurs devront se tourner vers d'autres régimes pour retenir leurs employés clés;
- un employeur participant ou une personne qui lui est liée peut participer et recevoir des prestations désignées⁴⁵. L'employeur participant a aussi le droit d'exiger des garanties pour l'exécution des conventions de façon à

⁴³ Al. 128.1(4)b.1) L.I.R.

⁴⁴ S.-al. 144.1(2)d)(i) et 144.1(2)d)(ii), al. 251(2)a) et par. 251(6) L.I.R.

⁴⁵ S.-al. 144.1(2)g)(i) L.I.R.

maintenir le caractère de FSSBE en tout temps, le bon fonctionnement de la fiducie et le droit à des paiements prévus par règlement⁴⁶;

- il est interdit à la fiducie de faire des placements dans l'entreprise d'un employeur participant ou à l'égard d'une personne ou d'une société de personnes qui lui est liée ou avec laquelle l'employeur participant a un lien de dépendance, ou de lui consentir un prêt. On ne peut être plus clair, aucun moyen n'est disponible à l'employeur pour se réattribuer les biens de la fiducie, directement ou indirectement⁴⁷;
- les fiduciaires représentant le ou les employeurs participants ne doivent pas constituer une majorité de fiduciaires et ne doivent pas contrôler la fiducie⁴⁸.

Une fois toutes ces conditions remplies, la qualité de FSSBE n'est pas acquise. La fiducie doit se qualifier en tout temps et le test se fait pour chaque année où le statut est réclamé.

3.3. LE CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE

La FSSBE étant une fiducie entre vifs, elle a donc une année fiscale au 31 décembre de chaque année. Les cotisations patronales versées pour payer les prestations désignées constituent le capital de la fiducie. Les sommes payées ou payables dans l'année au titre de prestations désignées sont déductibles de son revenu⁴⁹. Ces éléments de base étant établis, plusieurs ajouts aux articles pertinents de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont prévus pour édicter des règles particulières applicables au calcul du revenu de la FSSBE.

Ainsi, les paragraphes 111(7.3) et 111(7.4) L.I.R. sont ajoutés afin que les pertes subies lors de la distribution de prestations désignées puissent être déduites comme des pertes autres qu'en capital (« PAQC ») à condition que la fiducie se qualifie comme une FSSBE pour l'année déterminée et que le montant de la perte soit une somme qui autrement ne serait pas déductible au titre de prestation désignée dans l'année. Dans ces circonstances, le report de

⁴⁶ S.-al. 144.1(2)g)(ii) et 144.1(2)g)(iii) L.I.R.

⁴⁷ Par. 144.1(2)h) L.I.R.

⁴⁸ Al. 144.1(2)i) L.I.R.

⁴⁹ Al. 104(6)a.4) L.I.R.

perte est limitée aux 3 années d'imposition précédentes au lieu du délai de 20 ans applicables normalement et aux 3 années d'imposition suivantes.

La distribution des biens autres que de l'argent se fait pour un produit égal à la JVM du bien. Ainsi, la distribution que fait la FSSBE en faveur d'un bénéficiaire en règlement de sa participation dans la fiducie se fait à la JVM. La fiducie doit donc s'imposer sur les gains réalisés. Le contribuable est réputé avoir acquis le bien pour un produit égal à la JVM au moment de la distribution⁵⁰. Par ailleurs, la distribution ou le transfert de biens à une autre FSSBE se fait au coût⁵¹. Les règles suivantes ne sont pas applicables à une FSSBE :

- la présomption de disposition tous les 21 ans (par. 104(4) L.I.R.);
- avantage conféré par une fiducie (art. 105 L.I.R.);
- participation au revenu d'une fiducie (art. 106 L.I.R.);
- les règles d'attribution relative à la fiducie révocable (par. 75(2) L.I.R.);
- l'impôt minimum de remplacement (s.-al. 127.55f)(iv) L.I.R.).

3.4. LE CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ

Les cotisations versées par l'employeur à la FSSBN ont été ajoutées aux exceptions des sous-alinéas 6(1)a(i) à 6(1)a(iv) L.I.R. L'employé n'a donc pas à les inclure dans son revenu imposable pour l'année, exception faite des primes ou cotisation payées pour une police d'assurance vie collective temporaire. Les cotisations versées par l'employé ou celles sur lesquelles il est imposé à titre d'avantages tirés d'une charge ou d'un emploi pourraient être incluses dans le calcul du crédit d'impôt pour frais médicaux⁵².

Les prestations désignées versées par exemple à titre de remboursement de médicaments ou de frais dentaires ne sont pas imposables. Le sous-alinéa 6(1)g)(iv) L.I.R. ajouté par le Projet de loi C-47 devrait faire en sorte qu'un employé n'ait pas à s'imposer sur les prestations désignées payées par une FSSBE qui serait contaminée. Par ailleurs, la règle générale veut que les

⁵⁰ S.-al. 107.1(1)a)(i) L.I.R.

⁵¹ Al. 107.4(1)j) L.I.R.

⁵² Al. 118.2(2)q) L.I.R.

prestations payées périodiquement, comme les prestations de remplacement de revenu en raison d'une invalidité, soient imposables dans les mains de l'employé⁵³. De fait, les prestations payées par la FSSBE qui ne se qualifiaient pas au titre de « prestations désignées » telles qu'elles sont définies dans la loi doivent être incluses dans le revenu de l'employé en vertu du nouvel alinéa 56(1)z.2) L.I.R.

L'employé qui cesse d'être résident du Canada ne voit pas pour autant sa participation dans la FSSBE touchée. En fait, dans ce cas particulier, il n'y a pas de disposition imposable pour l'employé.

Finalement, les sommes imposables dues et reçues après le décès du bénéficiaire de la FSSBE se qualifient au titre de droits et biens et peuvent faire l'objet d'une déclaration de revenus distincte conformément au paragraphe 70(2) L.I.R.

3.5. LE CALCUL DU REVENU D'UN EMPLOYEUR PARTICIPANT

Les cotisations versées par un employeur à une FSSBE sont déductibles de son revenu dans les limites permises par le nouvel alinéa 20(1)s) L.I.R. Les déductions permises à titre de dépense du revenu de l'employeur participant à une FSSBE sont les suivantes :

- les primes versées à une compagnie d'assurances autorisée par une loi fédérale ou provinciale;
- la somme raisonnable versée pour payer des prestations dans l'année;
- la somme basée sur un rapport actuariel et établie avant le paiement de la cotisation est présumée refléter les obligations de l'employeur pour l'année.

Les primes versées pour les années ultérieures ne sont pas déductibles, exception faite de l'année durant laquelle elles ont été réellement utilisées. La loi prévoit une formule mathématique⁵⁴ qui empêchera un employeur de

⁵³ Al. 6(1)f) L.I.R.

⁵⁴ (A) - (B) = maximum des déductions permises dans l'année

(A) Sommes versées à titre de cotisation à la fiducie pour l'année et une année antérieure

Moins

déduire plus que les sommes qu'il a réellement payées durant l'année pour couvrir ses obligations de fournir les prestations désignées. Cette même formule veut aussi empêcher un employeur de déduire un montant plus important du fait que les prestations désignées payées durant l'année auraient été plus importantes, en raison d'une meilleure performance des rendements sur les investissements ou à cause de l'inflation.

Même si la FSSBE ne peut consentir de prêt à un employeur participant, un employeur peut délivrer un billet à ordre ou un titre de créance en faveur de la FSSBE en reconnaissance de la dette qu'il a à son égard pour payer sa contribution. Cette reconnaissance de dette ne permet pas de déduire le montant du revenu de l'employeur comme si la dépense était engagée. Toutefois, ce dernier pourra déduire cette dépense lorsque des paiements auront été faits véritablement à la FSSBE à titre de versement de la cotisation et non en remboursement du capital et des intérêts du prêt.

Enfin, en cas de fusion, de liquidation de sociétés affiliées, la nouvelle société est présumée continuer l'ancienne société aux fins des déductions permises à l'employeur.

En ce qui concerne les employeurs multiples, chaque employeur participant peut déduire les cotisations par ailleurs permises. Au choix du ou des fiduciaire(s), il est possible que chaque employeur participant soit considéré comme une fiducie distincte et qu'il soit traité en conséquence quant à ses obligations envers ses employés.

CONCLUSION

L'incertitude créée par le dépôt des propositions législatives de février 2010 a fait en sorte que plusieurs ont cru à la disparition définitive de la fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés. Les notes explicatives accompagnant le Projet de loi C-47, du 30 septembre 2010, ont voulu clarifier cette question. Il y est indiqué que, pour l'instant du moins, le gouvernement n'entend pas changer les règles qui lui sont applicables⁵⁵. Cela

(...suite)

(B) Sommes déduites au cours d'une année d'imposition antérieure.

⁵⁵ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 41, à l'article 34, sous l'article 144.1 L.I.R., il est écrit ce qui suit :

« [...] Les nouvelles règles applicables à ces fiducies reposent en grande partie sur la position administrative de l'Agence du revenu du Canada sur les fiducies de santé et de bien-être. À l'heure actuelle, le gouvernement n'a pas l'intention
(à suivre...)

laisse planer une certaine incertitude quant au sort des nouvelles fiducies de santé et de bien-être au bénéfice d'employés qui pourraient être créées selon les termes du *Bulletin d'interprétation* IT-85R2⁵⁶ après 2009.

La FSSBE est le fruit de la dernière crise financière où des entreprises gigantesques se sont avérées avoir des pieds d'argile et ont bien failli disparaître, emportant avec elles des milliards de dollars qui auraient dû aboutir dans les poches de leurs employés par le biais des régimes d'avantages sociaux, n'eût été le support gouvernemental qui leur a été apporté. La FSSBE est d'abord et avant tout conçue pour la moyenne et la grande entreprise, en vue de protéger les bénéficiaires des employés dans le cadre de faillite ou de réorganisation majeure pouvant avoir une incidence sur les avantages sociaux.

Malgré leurs ressemblances, il existe des différences notoires entre les deux régimes. Elles ont en commun le fait que ce sont des fiducies entre vifs dont l'année fiscale se termine le 31 décembre. Elles ne se présument pas, les conditions doivent exister en vertu d'un acte de fiducie ou encore d'un contrat de travail ou d'une convention collective. Il s'agit d'un régime collectif d'employés. Les règles applicables au calcul du revenu des employés sont semblables à quelques précisions près. Pour se qualifier de part et d'autre, elles sont limitées à verser des prestations provenant de régimes déterminés, soit : une assurance vie collective temporaire, une assurance collective contre la maladie et les accidents ou d'un RPAM.

La fiducie de santé et bien-être au bénéfice d'employés mise sur pied en vertu du *Bulletin d'interprétation* IT-85R2⁵⁷ reste disponible pour les petites entreprises qui n'ont pas un grand nombre d'employés et les entreprises familiales qui peuvent difficilement se conformer aux règles imposées quant à la participation d'un nombre limité d'employés clés ou d'actionnaires déterminés et de personnes qui leur sont liées. De plus, les grandes entreprises voulant créer des régimes de rétention plus avantageux pour leurs employés clés que ce que la FSSBE ne permet pourront probablement le faire en utilisant la fiducie de santé et bien-être. Il est évident que, dans de telles circonstances, les fiduciaires devront se montrer très minutieux pour

(...suite)

d'apporter des changements aux règles fiscales applicables aux fiducies de santé et de bien-être. »

⁵⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2.

⁵⁷ *Id.*

éviter de disqualifier le régime lorsque seules ces catégories d'employés s'y retrouvent. Vu les incertitudes mentionnées plus haut, il serait alors fortement conseillé de faire une demande de décision anticipée auprès de l'ARC.

Il est à noter que le calcul du revenu de la fiducie de santé et de bien-être ne fait pas référence aux précisions apportées par la nouvelle législation sur les FSSBE quant aux dépenses admissibles, à la qualification des pertes comme étant des PAQC et au période admissible au report de ces PAQC, ainsi qu'aux possibilités de déduire ultérieurement des prestations calculées par des actuaires dans l'année où les obligations de l'employeur arriveront à échéance. Il en est de même des règles touchant à l'attribution de bien à un participant en contrepartie de sa participation dans la fiducie, à la liquidation de la fiducie ou aux changements d'employeur initial à la suite d'une fusion ou d'une acquisition ou aux conséquences de la cessation de résidence au Canada, qui ne sont pas précisées dans le bulletin d'interprétation.

Au moment de publier ce texte, le gouvernement du Québec n'a pas encore indiqué s'il allait harmoniser les dispositions de la *Loi sur les impôts* avec la nouvelle législation fédérale permettant la création des FSSBE. En tout état de cause, il faut s'attendre à ce que les mêmes ajustements que ceux qui ont été nécessaires pour la fiducie de santé et de bien-être s'effectuent, notamment, quant à l'application de l'article 37 L.I., faisant en sorte que la plupart des contributions patronales soient imposables entre les mains de l'employé.

L'ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

NATURE ET MISSION DE L'ORGANISME

Fondée en 1976, l'Association de planification fiscale et financière (APFF) est un organisme à but non lucratif, indépendant et non gouvernemental, dédié à l'avancement des connaissances et à l'amélioration des compétences de ses membres en matière de fiscalité, de planification financière et de gestion patrimoniale. Elle se reconnaît également la responsabilité de soumettre à l'attention des gouvernements fédéral et provincial tout avis susceptible de bonifier la législation fiscale et toute autre législation liée à sa mission, dans l'intérêt de ses membres et de la communauté, au-delà de toute partisanerie.

L'APFF privilégie une approche pluridisciplinaire des problématiques typiques auxquelles font face ses membres. Elle constitue un important réseau d'échange, de consultation, d'information et de formation continue au service des professionnels œuvrant dans l'un ou l'autre de ses domaines d'intervention.

EFFECTIFS

L'APFF regroupe des professionnels issus de différentes disciplines, principalement des comptables, avocats, conseillers en sécurité financière, notaires et planificateurs financiers. De plus, elle répond aux besoins des économistes, administrateurs agréés, conseillers en valeurs mobilières, banquiers et actuaires, de même qu'à ceux de toute personne intéressée directement ou indirectement au domaine de la planification fiscale et financière.

L'APFF compte près de 2 000 membres.

ACTIVITÉS DE FORMATION

L'APFF organise, dans quatre régions administratives du Québec, des séminaires, colloques, symposiums et autres conférences, animés par des conférenciers chevronnés, sur toutes les dimensions de la planification fiscale et financière.

L'APFF donne également, à raison de 2 sessions de 10 semaines par année, des cours en fiscalité (*Impôt des sociétés*, séries 1 et 2; *Planification fiscale et financière des particuliers*, séries 3 et 4; *TPS et TVQ*, série 5; *Fiscalité internationale*, série 6, incluant volumes et service de mise à jour dans chacun des cas). Ces cours sont également offerts par correspondance.

En octobre, l'APFF tient son congrès annuel de trois jours, en alternance entre Montréal et Québec.

PUBLICATIONS

L'APFF publie annuellement de nombreux ouvrages couvrant tous les aspects de la planification fiscale, successorale et financière.

Les membres de l'APFF reçoivent la *Revue de planification fiscale et financière* (généralement quatre fois l'an), la revue *Stratégie* (quatre fois l'an), le *Livre du Congrès* en deux tomes (une fois l'an). Le résumé des budgets des gouvernements du Québec et du Canada est présenté sur le site Internet de l'APFF le lendemain des budgets.

Un bulletin d'information consacré à l'actualité fiscale, le *Flash fiscal*, vendu sur abonnement, est publié environ 20 fois par année, habituellement toutes les deux semaines. Des numéros spéciaux paraissent également le lendemain des budgets fédéral et provincial.

L'APFF publie aussi un ouvrage intitulé *Les impôts sur le revenu et le décès*, avec service de mise à jour.

Toutes les publications de l'APFF, depuis sa fondation, sont également répertoriées dans un recueil intitulé *Liste des publications*.

Depuis octobre 1998, un service d'information fiscale électronique, la *Collection APFF*, est offert sur CD-ROM ou par Internet. Cette collection présente la documentation émise par l'APFF (depuis 1991, les textes des congrès, des colloques, de la *Revue de planification fiscale et financière* et, depuis 2002, les textes de la revue *Stratégie* et des cours en fiscalité des séries 3 et 4). La *Collection APFF* comporte un volet « Planification financière, retraite et succession » et un volet « Impôt et taxes ». Quatre mises à jour sont prévues chaque année. La *Collection APFF* est commercialisée par la société Publications CCH ltée et est vendue par abonnement, en communiquant avec un représentant au numéro sans frais 1 800 363-8304.

ADHÉSION

Toute personne qui désire devenir membre de l'APFF doit remplir le formulaire d'adhésion placé à la dernière page de la présente publication.

MEMBRES CORPORATIFS DE L'APFF

L'APFF accueille, à titre de membres corporatifs, plus de 90 entreprises provenant de différents secteurs d'activités et ordres professionnels.

Toutes les entreprises désirant participer à l'essor de la planification fiscale et financière peuvent le faire en adhérant à l'Association par une contribution annuelle sous forme de cotisation de membre corporatif.

SIÈGE SOCIAL DE L'APFF

Le siège social de l'APFF est sis au 1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660,
Montréal (Québec) H3B 4N4

Téléphone : (514) 866-2733 – (sans frais) 1 877 866-2733

Télécopieur : (514) 866-0113 – (sans frais) 1 877 866-0113

Courriel : apff@apff.org – Site Internet : www.apff.org

L'APFF SE VEUT UN PHARE DE PROGRÈS DANS LE DOMAINE DE LA PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE POUR L'ENSEMBLE DE LA COMMUNAUTÉ

CONSEIL D'ADMINISTRATION 2010-2011

Présidente du conseil

Anne-Marie Girard Plouffe, Adm.A, Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM

Option Fortune, cabinet de services financiers

Vice-président

Maurice Fréchette, CGA

Power Corporation du Canada

Secrétaire

Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP

Financière Sun Life

Trésorier

Stéphane Leblanc, CA

Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Présidente sortante

Renée Gallant, CA, M. Fisc.

Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.

Membres

Benoît Desjardins, CA, M. Fisc.

Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Carl Deslongchamps, D. Fisc.

KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Éric Labelle, avocat

Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

André L'Espérance, LL. L.

Richardson GMP

Martin Lord, avocat, M. Fisc., TEP

Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats

Alain Ménard, avocat, BA, MBA

Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.

René Roy, avocat, CA

Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Diane Tsonos, avocate

RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

Président-directeur général

Maurice Mongrain, avocat

APFF

**MEMBRES CORPORATIFS APFF
2010**

AGENCE DU REVENU DU CANADA

M. François Ranger, CGA

Directeur - Division de la planification fiscale abusive

**ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES
D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.**

M. Yves Millette

Vice-président principal aux affaires québécoises

AXA ASSURANCES INC.

M. Jean Turcotte

Directeur, Planification financière et successorale

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

M. Stéphane Lanthier, CGA, LL.M. fisc.

Vice-président, Fiscalité

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

M^{me} Natalie Hotte, D. Fisc., Pl. Fin.

Expert-conseil

BARREAU DU QUÉBEC

M^e Claude Provencher, avocat, LL.B., MBA

Directeur général

BDO CANADA LLP/S.R.L./S.E.N.C.R.L.

M. Sylvain Guindon, CA, Pl. Fin.

Associé

BELL CANADA

M. Pierre Potvin, LL. B., CGA, M. Fisc.

Directeur, Fiscalité corporative

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

M. Daniel Walsh, ASA

Vice-président régional, Est du Canada

BOILY HANDFIELD, CA

M. Fernand Boily, CA

Associé

BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS
INTÉGRÉS

M. Éric Brassard, CA, Pl. Fin.
Président

CANADIEN NATIONAL

M^e Sean Finn, avocat
Vice-président exécutif services corporatifs, chef de la direction
des affaires juridiques et secrétaire général

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS

M^e Mélanie Dansereau-Cahill, avocate
Directrice des publications-Fiscalité et Comptabilité

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

M. Luc Labelle, M. Sc.
Président et chef de la direction

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

M^e Jean Lambert, notaire
Président

CIRQUE DU SOLEIL

M. Raymond Cadieux, CGA
Conseiller principal en fiscalité corporative

COMPAGNIE D'ASSURANCE CANADA-VIE

M. Phil Marsillo, AVA, Pl. Fin.
Vice-président principal, Distribution individuelle

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.

M^e Daniel Bourgeois, B.A.A., M. Fisc., avocat
Associé

DEMERS BEAULNE, S.E.N.C.R.L.

M. Gil Demers, CA, M. Fisc.
Associé, Service de la fiscalité

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – Montréal

M. Jean-Guy Grenier, BAA, CMC, Pl. Fin.
Conseiller principal en développement des affaires

DUFOUR CHARBONNEAU BRUNET & ASSOCIÉS INC.,
COMPTABLES AGRÉÉS

M^{me} Huguette Raymond, CGA, D. Fisc.
Associée

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, Pl. Fin.
Vice-président Fiscalité, MCD

FINANCIÈRE MANUVIE
M^{me} Diane Hamel, CGA
Vice-présidente adjointe, 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

FLG INC.
M. Marc Girard, CGA
Associé en fiscalité

FONDATION DU GRAND MONTRÉAL
M^{me} Marina Boulos-Winton
Présidente-directrice générale

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

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.
M^e Jean Groleau, avocat
Associé

GALLANT & ASSOCIÉS, CA S.E.N.C.R.L.
M^{me} Renée Gallant, CA, M. Fisc.
Associée

GAZ MÉTRO

M^{me} Marie-Claude Gratton, CA
Conseillère senior, Gestion fiscale

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

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

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

M. Alain Folco, MBA, FCSI, Adm.A., Pl. Fin.
Vice-président associé

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 DYNAVISION INC.

M. Romain Gagnon, ing.
Président et conseiller principal en recherche et technologie

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

M. Guy Duhaime, AVC, Pl. Fin.
Président et chef de la direction

GROUPE FINANCIER STRATÈGE

M. Gabriel Couture
Conseiller en sécurité financière

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

M. Jean-Paul Choucha
Chef et directeur général

GROUPE RS & DE INC.

M. Marc Berthelet, Ph. D.
Vice-président, Expertises scientifiques

HARDY NORMAND & ASSOCIÉS S.E.N.C., CA

M. Marcel Lemay, FCA
Associé
Directeur du service de la fiscalité

HEC MONTRÉAL
Bureau de développement
M^{me} Jocelyne Gonthier
Directrice des dons majeurs et planifiés

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET
SERVICES FINANCIERS
M^{me} Lyne Pelchat, CA
Directrice, fiscalité

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE
M. Yves Poulin, CMA
Vice-président, Fiscalité

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE
M. Martin Dupras, A.S.A., Pl. Fin., D. Fisc.
Président

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

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

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

KPMG S.R.L./S.E.N.C.R.L.
M. Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
Associé

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

LA COOP FÉDÉRÉE
M. Yves Jasmin, CA, LL.M. fisc.
Directeur de la fiscalité

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

LAVERY
M^e Luc Pariseau, avocat, M. Fisc.
Associé

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

MCLEAN BUDDEN LTÉE
M. Alexandre Legault, MBA, 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 Renaud, CMA
Président-directeur général

ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX
ACCRÉDITÉS DU QUÉBEC
M^{me} Paulette Legault, CGA
Présidente-directrice générale

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

PINCHEVSKY & CO CONSEILLERS EN RS & DE
M. Terry Trotic, 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 – GÉNIE-CONSEIL EN CRÉDITS

D'IMPÔT DE 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

RÉSO GESTION CORPORATIVE INC.

M^e Charles Denis, avocat

Administrateur

RIO TINTO CANADA

M. Christian Robin

Directeur, Crédits d'impôt

RSM RICHTER CHAMBERLAND, S.E.N.C.R.L.

M^e Diane Tsonos, BA, LL. B.

Associée

SAMSON BÉLAIR/DELOITTE & TOUCHE S.E.N.C.R.L.

M. Dominic Vendetti, CA

Associé

Leader de la fiscalité, Québec Centre

Services aux sociétés privées

SERVICES DE GESTION DU PATRIMOINE RBC

M^{me} Paule Gauthier, CA, LL.M. Fisc., TEP

Vice-présidente,

Service en planifications, clientèle fortunée

T.E. MIRADOR

M. Gilles Couturier, B.A.A., Adm.A., Pl. Fin.

Vice-président régional

TRANSAMÉRICAVIE CANADA

M^e Serge Lessard, avocat, Pl. Fin., FLMI

Spécialiste, planification fiscale et successorale

TRUST BANQUE NATIONALE

M^e Sophie Ducharme, notaire

Vice-présidente, Fiducie et succession

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

DIVISION DES DONS MAJEURS ET PLANIFIÉS

M^{me} Chantal Thomas, MBA

Directrice

VILLENEUVE VENNE s.e.n.c.r.l.

M^{me} Nancy Nerone, LL.M. fisc.

Directrice du service de la fiscalité

Avec mes avocats, c'est pas compliqué !



En combinant leurs expertises en financement et en fiscalité, nos avocats spécialisés forment des équipes solides au service des entreprises. Toute une équipe, ça donne confiance pour faire face aux défis.

**DE
GRANDPRÉ**

VOTRE MEILLEUR ALLIÉ

De Grandpré Chait, 1000, rue De La Gauchetière Ouest, bureau 2900

Montréal H3B 4W5 • www.degrandpre.com

514 878-4311