CONGRÈS 2003

apff

association
de planification
fiscale et financière

apff

association
de planification
fiscale et financière

congrès 2003

445, boul. Saint-Laurent
bureau 300, Montréal, Qc
H2Y 2Y7 (514) 866-2733

Cette publication doit être citée : *Congrès 2003*

Avertissement au lecteur

Ces conférences ont été prononcées en octobre 2003, lors du 28e congrès annuel de l'APFF.

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

Tous droits réservés. La reproduction ou transmission, sous quelque forme ou par quelque moyen (électronique ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou l'introduction dans tout système informatique de recherche documentaire) actuellement connu ou non encore inventé, de toute partie de la présente publication, faite sans le consentement écrit de l'éditeur est interdit sauf dans le cas où quelqu'un désire citer de courts extraits. Dans ce dernier cas, mention doit absolument être faite et de l'auteur et du livre *Congrès 2003* comme source de référence.

ISBN 2-920098-04

Dépôt légal, 3e trimestre 2004
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Table des matières générale

page

Message du Président-directeur général V

Comité du Congrès 2003 VII

Secrétariat de l'APFF VIII

Conseil d'administration de l'APFF 2003-2004 IX

Membres corporatifs et leurs délégués principaux X

Commanditaires du Congrès 2003 XIX

Table des auteurs XXI

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

Liste des abréviations utilisées dans les index XXXVII

Index par sujets XXXIX

Index par articles de lois et de règlements LXIX

Table de la jurisprudence CXI

MESSAGE DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL

Daniel Bourgeois
Président-directeur général

Le Congrès 2003, sous l'habile direction bicéphale de nos deux coprésidents, Mme Renée Gallant, CA, M. Fisc., du bureau Gallant Dupuis Tremblay Sauvageau et M. Gilles Chevalier, Pl. Fin., du bureau Engel Chevalier – Protection du patrimoine, fut, sans l'ombre d'un doute, couronné d'un véritable succès. En fait, la participation record et les commentaires élogieux reçus des participants démontrent à quel point notre association est dynamique et répond aux besoins de nos membres.

Nous tenons à souligner cette année l'aimable participation du juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt, Alban Garon, qui a bien voulu présider le procès simulé, activité mémorable qui a été immortalisée sur bande vidéo.

Soulignons également les sessions spéciales dédiées aux relations internationales de l'APFF, dont une portant entre autres sur la transparence des finances publiques et les mécanismes de reddition de comptes.

Le Congrès 2003 fut marqué par une cérémonie spéciale, empreinte d'émotion, en l'honneur de M. Yvon L. Caron, qui a été à l'origine de la fondation de l'APFF en 1976. Encore une fois, un grand merci pour l'excellent travail accompli par cet homme dont l'envergure n'a d'égal que les progrès effectués et les sommets atteints par l'APFF depuis sa constitution.

Nous ne saurions passer sous silence l'apport de nos commanditaires qui, par leur appui financier, contribuent de façon importante au succès de notre congrès annuel. Nous tenons à les remercier de leur implication à la réussite de cet événement d'envergure.

Enfin, merci pour l'excellente contribution des membres du comité organisateur du Congrès 2003, de nos conférenciers ainsi que de tous les autres bénévoles, de même que le travail exceptionnel du personnel permanent de l'APFF, sans qui, comme vous vous en doutez, il serait impossible de mener à terme l'organisation du congrès et d'en assurer l'édition littéraire finale.

Bonne lecture et rendez-vous à l'Hôtel Delta centre-ville de Montréal les 6, 7 et 8 octobre prochain.

Daniel Bourgeois
Président-directeur général

Comité du Congrès 2003

COPRÉSIDENTS

Gilles CHEVALIER, Pl. Fin. – Engel, Chevalier – Protection du Patrimoine inc.
Renée GALLANT, CA, M. Fisc. – Gallant Dupuis Tremblay Sauvageau

MEMBRES DU COMITÉ

Claude AUGER, avocat, MBA, M. Fisc. – Fasken Martineau
Gaétan BISSON, CA, M. Fisc. – Samson Bélair Deloitte & Touche
Suzanne DÉSY, notaire, M. Fisc. – Compagnie d'assurance Canada-Vie
Serge FOURNIER, avocat – Brouillette Charpentier Fortin
Richard GAGNÉ, CA, M. Fisc. – Raymond Chabot Grant Thornton
Paule GAUTHIER, CA, Pl. Fin. – Financière Banque Nationale
Serge GRENIER, CA, D.E.S.S. Fisc. – Gallant Dupuis Tremblay Sauvageau
Diane HAMEL, CGA – Financière et placements Manuvie
André LACHAPELLE, CA – Desmarais, Houle, Mooney & Associés
Éric LAFLAMME, avocat – Trust Banque Nationale
Daniel LAVERDIÈRE, actuaire, Pl. Fin. – PFBN Inc.
Marcel LEMAY, FCA – Hardy, Normand & Associés, CA
Jean LÉTOURNEAU, CGA, Pl. Fin. – Financière Banque Nationale
Martin LORD, avocat, M. Fisc. – Robinson Sheppard Shapiro
Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP – Financière Sun Life
Claude MÉNARD, BAA, AVA, Pl. Fin., Adm. A. – PPI Québec Inc.
Jean-François PELLAND, avocat, D.E.S.S. Fisc. – Hart, Saint-Pierre
Sébastien RHEAULT, avocat – Barsalou Lawson
Pierre SÉGUIN, avocat – Ministère de la Justice du Québec
Daniel TRUDEAU, CGA – Hardy, Normand & Associés, CA
Stéphane VIGNEAULT, BAA, Pl. Fin. – Financière Sun Life

MEMBRES EX-OFFICIO

Yvon L. CARON, Président-directeur général – APFF
Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., D.E.S.S. Fisc. – APFF

Secrétariat de l'APFF

Yvon L. CARON – Président-directeur général
Gilles BERNIER – Directeur des relations internationales
Manon CARRIER – Directrice, développement des affaires
Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., D.E.S.S. Fisc. – Directrice adjointe des services professionnels
Jean FORTIN – Directeur des services aux membres
Sandra LACROIX, CGA, M. Fisc. – Directrice des services professionnels
Pierre LANDRY – Directeur, finances et comptabilité
Véronique SAULNIER, avocate – Directrice adjointe, responsable de l'édition

Véronique AUBIN
Diane CARON
Geneviève CÔTÉ
Martin DOYER
Serge LAHAIE
Nathalie LÉVESQUE
Sylvie MARIN
Ginette PERRON
Marie-Andrée THÉORÊT

Ainsi que **Jocelyne OUELLETTE**, **Lyne OUELLETTE**, **Charles TURCOTTE et Hélène TURMEL**.

Révision, préparation et mise en page des textes

Geneviève CÔTÉ
Étienne LALONDE
Sylvie MARIN
Marie-Andrée THÉORÊT

Conseil d'administration de l'APFF 2003-2004

Me Paul RYAN, avocat
Président du conseil d'administration
Ravinsky Ryan, avocats

M. Claude MÉNARD, BAA, AVA, Pl. Fin., Adm. A.
Président sortant du conseil d'administration
PPI Québec inc.

M. Yvon L. CARON, Président-directeur général
APFF

Me Pierre BARSALOU, avocat
Barsalou Lawson

Me Ghislain BROSSARD, avocat, CA
KPMG s.r.l.

M. Gilles CHEVALIER, Pl. Fin.
Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.

M. Guy DUHAIME, A.V.C., Pl. Fin.
Groupe Financier Multi Courtage inc.

M. Maurice Fréchette, CGA
Power Corporation du Canada

M. Daniel GOSSELIN, CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton

Me Jean GROLEAU, avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

Mme Danièle MILETTE, M. Fisc.
Verrier Paquin Hébert, CA

M. Donald MURPHY, B. Adm. Fin.
Les Services financiers D.D.A. & Ass. inc.

Me Denis SAVARD, avocat, AVA, Pl. Fin.
Les Fonds Diamant

M. Camil VACHON, CA
Samson Bélair Deloitte & Touche

Membres corporatifs et leurs délégués principaux

AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA
M. Walter Szyc
Directeur, Division de l'évitement fiscal
et des vérifications spécialisées

AGENCE G. GADOUA INC.
M. Michel Bernard
Directeur général, Marketing et opérations

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

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

AVALON, SOCIÉTÉ D'ACTUARIAT CONSEIL
M. Daniel Lafrenière, ASA
Vice-président adjoint

AXA ASSURANCES
M. Bernard Larivière, BAA, Adm. A., Pl. Fin.
Vice-président, Réseau de distribution
Assurances de personnes et services financiers

BARREAU DU QUÉBEC
Me Pierre Gauthier, avocat
Directeur général

BDO DUNWOODY
M. Sylvain Guindon, CA, Pl. Fin.
Associé

BELL CANADA
M. Pierre Bertrand, CMA
Directeur, Fiscalité corporative

BMO BANQUE PRIVÉE HARRIS
M. Ghislain Roux
Directeur général, services fiduciaires

BOILY HANDFIELD, CA
M. Fernand Boily, CA

BOTICA GROUPE FINANCIER
M. Serge Assayag, a.s.a.
Président

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

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON
M. Robert Freeman
Vice-président, publications

CASCADES INC.
M. Simon Lachance, CA
Directeur de la fiscalité

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ANALYSES SUR LES CORPORATIONS LTÉE (C.R.A.C.)
Me Thérèse Fredette, avocate
Présidente

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

CHALIFOUX DELISLE ET ASSOCIÉS
M. Claude Chalifoux, AVA, Pl. Fin.

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE
Me Micheline Rioux, avocate, AVA, Pl. Fin.
Syndic

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC
Me Denis Marsolais, notaire
Président

CHAMBRE NATIONALE DES CONSEILS ET EXPERTS FINANCIERS DE FRANCE
M. Roger-Henri Chipot
Président

CIBC WOOD GUNDY, SERVICES FINANCIERS
Mme Carole Gailloux, avocate, Pl. Fin.
Vice-présidente, Planification inter-générations

COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA SUR LA VIE
M. Phil Marsillo, AVA, Pl. fin.
Vice-président, Distribution individuelle et Directeur général opérations – Québec

CONSEILLERS FINANCIERS T.E.
Mme Diane Henry, CA, M. Sc., Pl. Fin.
Vice-présidente et directrice générale régionale

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

DALE-PARIZEAU L.M. INC.
M. Olivier Ringuet, Pl. Fin.
Conseiller en sécurité financière

DE GRANDPRÉ CHAIT
Me Claude Désy, M. Fisc., FCA
Avocat

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE
M. François Drouin, CA
Vice-président, Finances

DOMTAR INC.
M. Pierre Jetté, CA
Directeur – Fiscalité

DUNDEE VALEURS MOBILIÈRES
M. Ronald P. Vinet
Vice-président et administrateur

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

ERNST & YOUNG S.R.L.
Mme Danielle Laramée, CA
Associée – Directeur de la fiscalité pour l'Est du Canada

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC
M. Raynald Corriveau, CMA
L'Inspecteur et le Vérificateur général du
Mouvement des caisses Desjardins

FIDUCIE DESJARDINS, GESTION PRIVÉE
M. Jean Brunelle, Adm. A.
Vice-président, Ventes
Centres de gestion privée

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

FINANCIÈRE ET PLACEMENTS MANUVIE
Mme Diane Hamel, CGA
Directrice planification fiscale et successorale

FINANCIÈRE SUN LIFE
SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE
Me Hélène Marquis, LL. L., D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Conseillère principale en planification
Solutions en assurance personnes aisées

FONDS DE PLACEMENT STANDARD LIFE LTÉE
M. Martin Poirier, Adm. A.
Vice-président, Québec-Atlantique

FORCE FINANCIÈRE EXCEL
M. Daniel Labonté
Président-directeur général

GESTION D'ACTIFS ASSANTE LTÉE
M. Armand Kessous, TEP
Directeur général

GESTION PRIVÉE TAL LTÉE
M. Luc Pelland
Vice-président principal

GROUPE FINANCIER EMPIRE
M. Richard Charette
Directeur, Ventes et distribution, Québec

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

GROUPE FINANCIER PEAK INC.
M. Robert Frances
Président

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

GROUPE LAPERRIÈRE ET VERREAULT INC.
M. Marc Barbeau, CA, M. Fisc.
Directeur aux affaires fiscales et à l'administration

GROUPE PROMUTUEL
M. Carl Cleary, M. Sc., CGA
Vice-président, Finances

GROUPE TRANSCONTINENTAL G.T.C. LTÉE
M. James Aziz, CA
Contrôleur corporatif

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS
M. Normand Gervais, LL. B., M. Fisc.
Directeur, Service de la fiscalité

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

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE
M. Richard Pilotte, Pl. Fin.
Président

INVESTISSEMENT QUÉBEC
M. Michel Désilets
Directeur des mesures fiscales

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.
Mme Guylaine Ouellet, CA
Gestion financière

LA MARITIME, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE
M. Denis Tremblay, Vice-président
Ventes et distribution

LA NATIONALE VIE
M. Daniel Walsh, A.S.A.
Directeur de marketing

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

LE GROUPE CSL INC.
CANADA STEAMSHIP LINES INC.
Mme Sophie Brûlotte, CA
Directeur, fiscalité et planification financière

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

LES FONDS DIAMANT
M. Denis Savard, AVA, Pl. Fin.
Président

MAYHEWS & ASSOCIÉS
M. Michel Mailloux, MBA, Pl. Fin.
Président

MCCARTHY TETRAULT, S.R.L.
Me Claude Desaulniers, avocat
Associé

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

MIRABAUD CANADA INC.
M. Gérald Perriard
Président

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

NORBOURG CAPITAL INC.
M. Serge Beugré, CFA

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

ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX LICENCIÉS DU QUÉBEC
M. Alain Girard, CGA, MBA
Président-directeur général

OSLER HOSKIN & HARCOURT, S.R.L.
Me François Auger, avocat

PARTENAIRES CARTIER, GROUPE FINANCIER
M. Jean Rochon
Directeur, placements

PLACEMENTS MONTRUSCO BOLTON INC.
M. Louis Bourassa, MBA
Vice-président principal, Gestion privée

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

PUBLICATIONS CCH LTÉE
M. Michel Masse
Vice-président

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON
M. Jean Gauthier, CA, M. Fisc.
Associé

RBC ASSURANCES
Mme Madeleine B. Lafontaine, Pl. Fin.
Vice-présidente régionale, Expansion des affaires, Est du Canada

RBC INVESTISSEMENTS
Mme Johanne Ardouin
Vice-présidente
RBC Investissements – Planification financière

SHERPA ASSURANCES
M. Steeve Poulin, B. Sc. Ecn
Président

SOQUIJ
M. Claude Paul-Hus, CGA, CMA, MBA
Directeur général

STRATÉGIE FINANCIÈRE IMPACT INC.
M. Alain Parent, AVC, Pl. Fin.
Président

TD GESTION DE PORTEFEUILLES
M. Jacques Beaudoin, CA
Directeur régional, Région de l'est du Canada

TRANSAMÉRICAVIE CANADA
M. Pierre Vincent, FCIA, FSA
Vice-président, Ventes – région de l'Est

TRUST BANQUE NATIONALE
Me Éric Laflamme, avocat
Vice-président, Services aux particuliers

TRUST LA LAURENTIENNE
M. Claude Sasseville
Vice-président, Services financiers aux particuliers

TRUST LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH INC.
M. Frédéric Binder
Président

UBS BANQUE (CANADA)
M. Raphaël Delacombaz
Directeur

UNUM PROVIDENT CANADA
M. Michel Codère
Directeur des ventes

Nous tenons à remercier sincèrement tous nos commanditaires qui ont contribué par leur participation financière à la réussite de ce 28e congrès annuel.

Commanditaires

Commanditaire principal	**Publications CCH ltée**
Banquet du Président	**Banque Nationale du Canada** **Power Corporation du Canada**
Porte-documents des congressistes	**Financière Sun Life**
Livre du Congrès couverture 4 / 2 tomes	**Raymond Chabot Grant Thornton**
Impression des textes des conférences	**RBC Investissements Planification financière**
Panneaux indicatifs des conférences	**Brouillette Charpentier Fortin s.e.n.c.**
Cartable des textes des conférences	**Osler, Hoskin & Harcourt**
Location des salles de conférence	**Fédération des caisses Desjardins du Québec**
Cocktail du Président	**KPMG**
Fourniture de photocopieurs	**Les Gens de Documents Xerox**
Cordons pour badges d'identification	**Revenu Québec**
Pochettes contenant la documentation remise aux congressistes	**Ordre des CGA du Québec**
Cocktail « La Rencontre »	**PricewaterhouseCoopers**
Déjeuners des invités d'honneur et des conférenciers	**Fraser Milner Casgrain s.r.l.** **Ernst & Young s.r.l.** **Ravinsky Ryan, avocats**

Location de l'équipement audiovisuel	**Canada-Vie**
Coupons de vente de textes	**Imprimerie Production**
Pauses santé	**Engel, Chevalier – Protection du Patrimoine inc.**

Kiosques

Agence des douanes et du revenu du Canada
Carswell – une société Thomson
École des Hautes Études Commerciales
Financière Sun Life
Fonds de solidarité FTQ
Groupe HLP
Logiciel Dr Tax
Mica Services Financiers
Planiste ltée
Publications CCH ltée
Revenu Québec
Sécurité de la vieillesse

Tables réservées au banquet

Financière Manuvie
Gallant Dupuis Tremblay Sauvageau
Harel Drouin PKF
Investissements Manuvie
Power Corporation du Canada
PricewaterhouseCoopers
Publications CCH ltée
Trust Banque Nationale

Insertions publicitaires

Fonds de solidarité FTQ
Les gens de Documents Xerox
Revenu Québec

Table des auteurs

BACHAND, Nathalie
Le régime de retraite individuel 36:1-18

BARETTE, François
Le témoin expert comme acteur impartial et indépendant 6:34-50

BARSALO, Bernard
Panel sur les prix de transfert 46:1-46

BARSALOU, Pierre
Vérification fiscale des transactions internationales 45:1-62

BEAUREGARD, Pierre Jean
Panel sur l'incorporation des professionnels 31:1-59

BENOIT, Patrice
Le financement des entreprises insolvables 21:1-42

BERGERON, Paul Jr
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

BERGMAN, Lawrence
MRQ et APFF : partenaires au service de la population 1:1-6

BERNARD, Gilles
Échange sur les questions d'actualité en matière administrative 49:22-24

BEUGRÉ, Serge
Titres à revenus fixes 15:1-14

BIBEAU, Michel
Planification testamentaire – Problèmes potentiels 52:1-24

BISSON, Gaétan
Réductions et remises de dettes les moins douloureuses 25:1-74

BISSON, Maurice
Table ronde sur la fiscalité fédérale 57:7-50

BOIVIN, J.L. Marc
Pot-pourri fiscal 47:1-11

BOUCHARD, Diane
Échange sur les questions d'actualité en matière administrative 49:1-21

BOURASSA, Louis
Positionnement de la vague de nouveaux produits dans un portefeuille en 2003 ..... 13:1-12

BOURGEOIS, Daniel
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

CARLI, Gilles
Pot-pourri fiscal 47:38-47

CHABOT, Guy
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

CHABOT, Jean-Hugues
Éléments de TPS/TVQ à connaître 42:1-4

CHARRON, Monique
Étude de cas A – Confronter, valider, comprendre ou revoir chaque aspect essentiel à votre réussite aux États-Unis 59:1-110

CHEVALIER, Gilles
Les assurances vie et prestations du vivant : véhicules de financement pour la protection du patrimoine 8:1-23

CLOUTIER, Léonid
Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental 50:1-24

CLOUTIER, Nicolas X.
Le témoin expert comme acteur impartial et indépendant 6:34-50

COALLIER, Yves
Étude de cas A – Confronter, valider, comprendre ou revoir chaque aspect essentiel à votre réussite aux États-Unis 59:1-110

COPELAND, Thomas W.
La fiscalité des instruments financiers pour les entreprises en difficulté 27:1-42

CÔTÉ, Jacques
Jurisprudence récente 48:82-139

CÔTÉ, Marie-Andrée
Étude de cas B – Achat d'une entreprise 60:1-122

DALLAIRE, Guylaine
Taxes et charges au-delà de l'impôt sur le revenu 26:1-8

DAOUST, Julie
Planification testamentaire : pièges à éviter 9:1-44

DARCHE, Sylvain
Réussir le transfert d'une entreprise familiale : mythe ou réalité? 7:1-24

DESROSIERS, Michelle
Table ronde sur les produits financiers 58:1-18

DÉSY, Claude
Bien connaître les conséquences fiscales d'une faillite 23:1-68

DUBUC, Michèle A.
Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental 50:1-24

DUMONT, Louis
Comment protéger le patrimoine du dirigeant? 28:1-46

FRÉCHETTE, Jean-Luc
Étude de cas B – Achat d'une entreprise 60:1-122

GAGNÉ, Richard
Étude de cas B – Achat d'une entreprise 60:1-122

GAGNON, Isabelle
L'incorporation des professionnels du point de vue du planificateur financier 55:1-16

GARNEAU, Raymond
La légitimité du pouvoir de taxer 19:1-22

GAUTHIER, Paule
Aspects fiscaux liés à certains produits financiers 12:26-50

Table ronde sur les produits financiers 58:1-18

GIRARD, Marc
Revue des programmes d'incitatifs fiscaux fédéral et provincial 41:1-112

GIROUX, François
Pot-pourri en services financiers 54:1-10

Table ronde sur la fiscalité fédérale 57:7-50

GOSSELIN, Daniel
Panel sur les fiducies 39:57-76

GRENIER, Serge
Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental 50:1-24

GROLEAU, Jean
Échange sur les questions d'actualité en matière administrative 49:25-40

GRONDIN, Yves-André
Étude de cas A – Confronter, valider, comprendre ou revoir chaque aspect essentiel à votre réussite aux États-Unis 59:1-110

HALLAL, Édouard
Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental 50:1-24

HAMEL, Diane
Table ronde sur les produits financiers 58:1-18

HAMEL, Jocelyn
Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental 50:1-24

HAMEL, Judith
Secteur privé/secteur public, gouvernements nationaux/ décentralisés et fiscalité : qui fait quoi et comment payer? 17:1-46

HÉBERT, Marie-Claude
Table ronde sur la fiscalité fédérale 57:7-50

JEANNOTTE, Louis
Planification fiscale post mortem : comment éviter la double imposition 37:1-60

JOLIN, Marc
Panel sur les fiducies 39:45-76

LACHANCE, Hugues
Pot-pourri fiscal 47:12-37

LA CHARITÉ, Éric
Pot-pourri en services financiers 54:11-30

LACOMBE, Luc
Panel sur l'incorporation des professionnels 31:60-110

LACROIX, Denis
Fiscalité fédérale – Rapport du Comité sur les relations gouvernementales fédérales 57:1-6

Table ronde sur la fiscalité fédérale 57:7-50

LAFRENIÈRE, Daniel
Régime de retraite individuel 32:1-30

LAMARCHE, André
Panel sur les prix de transfert 46:1-46

LAMONTAGNE, Marc-André
Liquidation de succession 11:1-22

LANDRY, Ghislaine
Table ronde sur la fiscalité fédérale 57:7-50

LAPOINTE, Catherine
Étude de cas B – Achat d'une entreprise 60:1-122

LAVERDIÈRE, Daniel
Le prêt pour investissements – Stratégies de levier financier 14:1-15

LAVOIE, Michel
Le capital de risque à l'aide de l'entreprise en difficulté 22:1-12

LAVOIE, Michel C.
Le prêt pour investissements – Stratégies de levier financier 14:16-24

LEBLANC, Stéphane
Panel sur les fiducies 39:32-44
et 39:57-76

LEFEBVRE, Pierre
Comment améliorer la mobilisation des ressources? Par des taxes « intelligentes », des dépenses publiques productives, une perspective à long terme, de la transparence et de l'information 16:1-28

LEFRANÇOIS, Guy
Conjoints mariés ou unis civilement : les droits à la fin de l'union 51:1-36

LEMAY, Élyse
Pot-pourri en services financiers 54:31-38

LEMAY, Marcel
Table ronde sur la fiscalité fédérale 57:7-50

LEMOYNE, Christian
Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental 50:1-24

LÉTOURNEAU, Jean
Aspects fiscaux liés à certains produits financiers 12:1-25

LORD, Martin
Réflexes et planification dans un contexte transfrontalier Canada-États-Unis 5:1-40

MARION, Daniel
Développements récents en fiscalité canadienne touchant les transactions internationales 43:1-18

MARQUETTE, Charles P.
Planification testamentaire : pièges à éviter 9:1-44

MARQUIS, Hélène
Les rentes assurées individuelles et corporatives 38:1-58

Table ronde sur les produits financiers 58:1-18

MARTEL, Luc
Les techniques de gel successoral 4:1-122

MARTINEAU, René
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

MASSI, Raymond
Comment contrer les recours de certains créanciers – Principes fondamentaux pour non-spécialistes 20:1-22

MEAGHER, Jane
Jurisprudence récente 48:140-158

MÉNARD, Claude
Les assurances vie et prestations du vivant : véhicules de financement pour la protection du patrimoine 8:24-38

Table ronde sur les produits financiers 58:1-18

MOREAU, Sylvain
Panel sur l'incorporation des professionnels 31:60-110

MORIN, Josée
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

MURPHY, Charles C.
Recent Developments in Canada-US Cross Border Issues 44:1-16

NASH, Grant
Table ronde sur la fiscalité fédérale 57:7-50

OUIMET, Serge-Hugues
Planification post mortem ou alea jacta est 10:1-20

PAQUET, Alain
Transparence des finances publiques et mécanismes de reddition de comptes 18:1-30

PASQUALE, Paola
L'évolution de l'assurance collective 33:1-12

PELLAND, Ginette
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

PELLAND, Jean-François
Panel sur les fiducies 39:1-31

RACETTE, Line
Les principaux éléments de litige avec l'ADRC et le MRQ quant aux évaluations d'entreprises 6:1-33

RHEAULT, Sébastien
Panel sur les prix de transfert 46:1-46

RHÉAUME, Caroline
Considérations fiscales hors Québec en planification financière 53:1-24

RICHARD, Jean-Michel
Vérification fiscale des transactions internationales 45:63-68

ROBILLARD, Jean
Le capital de risque à l'aide de l'entreprise en difficulté 22:1-12

ROY, Louise J.
Table ronde sur les produits financiers 58:1-18

ROY, René
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

RYAN, Paul
Fiscalité provinciale – Rapport du président du Comité d'échanges du ministère du Revenu du Québec – APFF 56:1-14

Jurisprudence récente 48:38-81

ST-GELAIS, Jean
Agence nationale d'encadrement du secteur financier 3:1-10

SCHULTHEISS, Philippe
La fiscalité de l'assurance collective 34:1-36

SÉGUIN, Pierre
Jurisprudence récente 48:1-37

SHOONER, Jean-Guillaume
Déductibilité des intérêts, des frais financiers et autres paiements de l'entreprise en difficulté 24:1-64

SIMARD, Agathe
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

TASSÉ, Louis
Table ronde sur la fiscalité provinciale 56:15-54

THIVIERGE, Manon
Pot-pourri fiscal 47:48-64

THUOT, Jean-François
Planification dans un contexte de changement des taux d'impôt corporatif et des particuliers 40:1-50

TREMBLAY, Philippe
Étude de cas A – Confronter, valider, comprendre ou revoir chaque aspect essentiel à votre réussite aux États-Unis 59:1-110

TREMBLAY, Réal
Politique fiscale et finances publiques 2:1-8

TURCOT, Michel
Panel sur l'incorporation des professionnels 31:1-59

VACHON, Camil
Pot-pourri fiscal en matière de réorganisations d'entreprise – Pièges à éviter et nouveautés 30:1-54

VAILLANCOURT, François
Secteur privé/secteur public, gouvernements nationaux/ décentralisés et fiscalité : qui fait quoi et comment payer? 17:1-46

VAILLANCOURT, Robert
Un programme de protection de la santé pour les cadres supérieurs 35:1-20

VIGNEAULT, Stéphane
Les rentes assurées individuelles et corporatives 38:1-58

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

1. **MRQ et APFF : partenaires au service de la population**
   Lawrence Bergman 1:1-6

2. **Politique fiscale et finances publiques**
   Réal Tremblay 2:1-8

3. **Agence nationale d'encadrement du secteur financier**
   Jean St-Gelais 3:1-10

4. **Les techniques de gel successoral**
   Luc Martel 4:1-122

5. **Réflexes et planification dans un contexte transfrontalier Canada–États-Unis**
   Martin Lord 5:1-40

6. **A. Les principaux éléments de litige avec l'ADRC et le MRQ quant aux évaluations d'entreprises**
   Line Racette 6:1-33

   B. Le témoin expert comme acteur impartial et indépendant
   François Barette et *Nicolas X. Cloutier* 6:34-50

7. **Réussir le transfert d'une entreprise familiale : mythe ou réalité?**
   Sylvain Darche 7:1-24

8. **Les assurances vie et prestations du vivant : véhicules de financement pour la protection du patrimoine**
   Gilles Chevalier et *Claude Ménard* 8:1-38

9. **Planification testamentaire : pièges à éviter**
   Charles P. Marquette et *Julie Daoust* 9:1-44

10. **Planification *post mortem* ou *alea jacta est***
    Serge-Hugues Ouimet 10:1-20

11. **Liquidation de succession**
Marc-André Lamontagne 11:1-22

12. **Aspects fiscaux liés à certains produits financiers**
Jean Létourneau et *Paule Gauthier* 12:1-50

13. **Positionnement de la vague de nouveaux produits dans un portefeuille en 2003**
Louis Bourassa 13:1-12

14. **Le prêt pour investissements : stratégies de levier financier**
Daniel Laverdière et *Michel C. Lavoie* 14:1-24

15. **Titres à revenus fixes**
Serge Beugré 15:1-14

16. **Comment améliorer la mobilisation des ressources? Par des taxes « intelligentes », des dépenses publiques productives, une perspective à long terme, de la transparence et de l'information**
Pierre Lefebvre 16:1-28

17. **Secteur privé/secteur public, gouvernements nationaux/décentralisés et fiscalité : qui fait quoi et comment payer?**
François Vaillancourt et *Judith Hamel* 17:1-46

18. **Transparence des finances publiques et mécanismes de reddition de comptes**
Alain Paquet 18:1-30

19. **La légitimité du pouvoir de taxer**
Raymond Garneau 19:1-22

20. **Comment contrer les recours de certains créanciers : principes fondamentaux pour non-spécialistes**
Raymond Massi 20:1-22

21. **Le financement des entreprises insolvables**
Patrice Benoit 21:1-42

22. **Le capital de risque à l'aide de l'entreprise en difficulté**
Jean Robillard et *Michel Lavoie* 22:1-12

23. **Bien connaître les conséquences fiscales d'une faillite**
Claude Désy 23:1-68

24. **Déductibilité des intérêts, des frais financiers et autres paiements de l'entreprise en difficulté**
Jean-Guillaume Shooner 24:1-64

25. **Réductions et remises de dettes les moins douloureuses**
Gaétan Bisson 25:1-74

26. **Taxes et charges au-delà de l'impôt sur le revenu**
Guylaine Dallaire 26:1-8

27. **La fiscalité des instruments financiers pour les entreprises en difficulté**
Thomas W. Copeland 27:1-42

28. **Comment protéger le patrimoine du dirigeant?**
Louis Dumont 28:1-46

30. **Pot-pourri fiscal en matière de réorganisations d'entreprise – Pièges à éviter et nouveautés**
Camil Vachon 30:1-54

31. **Panel sur l'incorporation des professionnels**
Pierre Jean Beauregard, Michel Turcot, Luc Lacombe et *Sylvain Moreau* 31:1-110

32. **Régime de retraite individuel**
Daniel Lafrenière 32:1-30

33. **L'évolution de l'assurance collective**
Paola Pasquale 33:1-12

34. **La fiscalité de l'assurance collective**
Philippe Schultheiss 34:1-36

35. **Un programme de protection de la santé pour les cadres supérieurs**
Robert Vaillancourt 35:1-20

36. **Le régime de retraite individuel**
Nathalie Bachand 36:1-18

37. **Planification fiscale *post mortem* : comment éviter la double imposition**
Louis Jeannotte 37:1-60

38. **Les rentes assurées individuelles et corporatives**
Hélène Marquis et *Stéphane Vigneault* 38:1-58

39. **Panel sur les fiducies**
Daniel Gosselin, Marc Jolin, Stéphane Leblanc et *Jean-François Pelland* 39:1-76

40. **Planification dans un contexte de changement des taux d'impôt corporatif et des particuliers**
Jean-François Thuot 40:1-50

41. **Revue des programmes d'incitatifs fiscaux fédéral et provincial**
Marc Girard 41:1-112

42. **Éléments de TPS/TVQ à connaître**
Jean-Hugues Chabot 42:1-4

43. **Développements récents en fiscalité canadienne touchant les transactions internationales**
Daniel Marion 43:1-18

44. **Recent Developments in Canada-US Cross Border Issues**
Charles C. Murphy 44:1-16

45. **Vérification fiscale des transactions internationales**
Pierre Barsalou et *Jean-Michel Richard* 45:1-68

46. **Panel sur les prix de transfert**
Sébastien Rheault, Bernard Barsalo et *André Lamarche* 46:1-46

47. **Pot-pourri fiscal**
J.L. Marc Boivin, Hugues Lachance, Gilles Carli et *Manon Thivierge* 47:1-64

48. **Jurisprudence récente**
Pierre Séguin, Paul Ryan, Jacques Côté et
Jane Meagher..... 48:1-158

49. **Échange sur les questions d'actualité en matière administrative**
Gilles Bernard, Diane Bouchard et
Jean Groleau..... 49:1-40

50. **Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental**
Serge Grenier, Léonid Cloutier, Christian Lemoyne, Jocelyn Hamel, Édouard Hallal et *Michèle A. Dubuc* 50:1-24

51. **Conjoints mariés ou unis civilement : les droits à la fin de l'union**
Guy Lefrançois..... 51:1-36

52. **Planification testamentaire – Problèmes potentiels**
Michel Bibeau 52:1-24

53. **Considérations fiscales hors Québec en planification financière**
Caroline Rhéaume 53:1-24

54. **Pot-pourri en services financiers**
François Giroux, Élyse Lemay et
Éric La Charité 54:1-38

55. **L'incorporation des professionnels du point de vue du planificateur financier**
Isabelle Gagnon 55:1-16

56. **Fiscalité provinciale – Rapport du président du Comité d'échanges du ministère du Revenu du Québec – APFF**
Paul Ryan..... 56:1-14

Table ronde sur la fiscalité provinciale
Daniel Bourgeois, Guy Chabot, René Roy, Louis Tassé, René Martineau, Josée Morin, Ginette Pelland, Agathe Simard et
Paul Bergeron..... 56:15-54

57. **Fiscalité fédérale – Rapport du Comité sur les relations gouvernementales fédérales**
Denis Lacroix 57:1-6

Table ronde sur la fiscalité fédérale
Denis Lacroix, François Giroux, Marcel Lemay, Maurice Bisson, Marie-Claude Hébert, Ghislaine Landry et *Grant Nash* 57:7-50

58. **Table ronde sur les produits financiers**
Claude Ménard, Paule Gauthier, Diane Hamel, Hélène Marquis, Michelle Desrosiers et *Louise J. Roy* 58:1-18

59. **Étude de cas A – Confronter, valider, comprendre ou revoir chaque aspect essentiel à votre réussite aux États-Unis**
Yves Coallier, Philippe Tremblay, Yves-André Grondin et *Monique Charron* 59:1-110

60. **Étude de cas B – Achat d'une entreprise**
Richard Gagné, Catherine Lapointe, Jean-Luc Fréchette et *Marie-Andrée Côté* 60:1-122

Liste des abréviations utilisées dans les index

AAPE	Action admissible de petite entreprise
ADRC	Agence des douanes et du revenu du Canada
DPE	Déduction accordée aux petites entreprises
IMRTD	Impôt en main remboursable au titre de dividendes
JVM	Juste valeur marchande
L.A.C.C.	*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*
L.F.I.	*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*
MRQ	Ministère du Revenu du Québec
PBR	Prix de base rajusté
REÉR	Régime enregistré d'épargne-retraite
R.I.R.	*Règlement de l'impôt sur le revenu*
RRQ	Régime de rentes du Québec
SÉA	Société exploitée activement
SENC	Société en nom collectif
SENCRL	Société en nom collectif à responsabilité limitée
SPA	Société par actions

À moins d'indications contraires, les dispositions législatives mentionnées dans l'index par sujets réfèrent à la *Loi de l'impôt sur le revenu.*

Index par sujets

A

ACHAT ET VENTE D'ENTREPRISE, voir **ACQUISITION D'ENTREPRISE**

ACQUISITION D'ENTREPRISE

Compte client, choix de l'art. 22
    position de l'ADRC sur les conditions d'application.....30:13-14
Entente de confidentialité 60:13-14
Étude de cas 60:1-122
Financement.....60:39-45
Honoraires professionnels 60:63-66
Impacts divers et conséquences fiscales 60:24-30, 50-52, 62-84
Lettre d'offre d'achat *versus* lettre d'intention 60:14-30
Traitement des conventions de non-concurrence, de
  non-sollicitation et de confidentialité 60:62
Transfert d'actifs.....60:44-52
Transfert d'actions 60:54-61
Transfert de polices d'assurance vie.....60:53-54
Vérification diligente 60:30-39

ACTION, voir aussi **ACTION PRIVILÉGIÉE**

Action de remplacement
    mesures du Budget 97-98, pour contrer les planifications en
      plusieurs juridictions, suivi, voir **REVENU QUÉBEC**
Admissible de petite entreprise, voir **DÉDUCTION POUR**
  GAINS EN CAPITAL
Capital-actions, voir **CAPITAL-ACTIONS**
Option d'achat, voir **OPTION D'ACHAT D'ACTIONS**
Transfert au décès, voir **DÉCÈS**
Vente
    report du gain, clause de capacité de gain .....TR féd 57:13-14 Q.1.3
Vente et achat
    actions ou actifs, conséquences fiscales .....TR féd 57:9-11 Q.1.1

ACTION PRIVILÉGIÉE

Action de renflouement et notion de dette commerciale, voir
  REMISE DE DETTE
Aspects fiscaux 27:3-38
Financement par action privilégiée de renflouement pour l'entreprise
  en difficulté financière.....27:13-38
Gel successoral, reçue par l'auteur du gel, voir **GEL SUCCESSORAL**
Règlement des actions privilégiées de renflouement.....27:34-37

ACTIONNAIRE

Actionnaire-gestionnaire, rémunération, voir **RÉMUNÉRATION**

ADMINISTRATEUR

Déductibilité et conséquences fiscales d'un paiement effectué par
un administrateur d'une entreprise en difficulté, voir
FINANCEMENT
Responsabilité, voir **RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**

ADMINISTRATION FISCALE

Acomptes provisionnels, calcul, et renonciation aux
intérêts et pénalités ..... TR Qc 56:52-54 Q.5.3
Administrateur sans consentement 48:76-82
Certificat de décharge ou de distribution à la suite de la
liquidation de la succession, voir **SUCCESSION**
Date d'exigibilité du solde d'impôt ..... TR Qc 56:51-52 Q.5.2
De facto 48:73, 74
Déductibilité des amendes et pénalités, voir
DÉDUCTIBILITÉ
Défense du MRQ, verbale ou écrite ..... TR Qc 56:51 Q.5.1
Démission du dernier administrateur 48:74-76
Évaluation d'entreprise et litige avec l', voir
ÉVALUATION D'ENTREPRISE
Faillite, en cas de, voir **FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**
Pénalités civiles
information trompeuse fournie par des tiers 49:19-21
TR Qc 56:18-19 Q.1.2
Prescription de deux ans 48:68-69, 73, 74
« Prête-nom » 48:69-72
Remboursement d'impôt, voir **REMBOURSEMENT D'IMPÔT**

AGENCE D'ENCADREMENT DU SECTEUR FINANCIER

Fonctions 3:1-9

AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA

APFF, comité d'échange avec l'ADRC, rapport 57:5-6

ALLOCATION, voir **AUTOMOBILE**

ASSURANCE

Protection de la santé, programme de 35:1-20
assurabilité du cadre 35:15-17

ASSURANCE *(suite)*

Protection de la santé, programme de *(suite)*
contenu 35:7-13
fondements 35:3-6
traitement fiscal 35:13-15
Protection du revenu 8:24-37
Transaction personnelle, commissions sur une, traitement fiscal 54:16-19

ASSURANCE COLLECTIVE

Régime, définition 34:3-4
Régime, traitement fiscal
cas particuliers 34:14-35
fédéral 34:4-9, 13-14
Québec 34:9-14
Stratégies de contrôle des coûts 33:1-12

ASSURANCE EMPLOI, voir **LOI SUR L'ASSURANCE EMPLOI**

ASSURANCE INVALIDITÉ

Contrat, entente hors cour, traitement fiscal des sommes reçues 48:126-139
Description et marchés 8:24-29, 31-35
Programme de protection de la santé *versus* 35:19

ASSURANCE MALADIES GRAVES

Détenue par une société
avantage à l'actionnaire ..... TR Pr. Fin. 58:5-6 Q.1
transfert à un actionnaire ..... TR Pr. Fin. 58:14 Q.7
Régime collectif
avantage imposable 54:11-16

ASSURANCE VIE

Contrat avec fonds distinct
insaisissabilité 54:34-37
Convention de retraite, financement, voir **CONVENTION DE RETRAITE**
Déductibilité des primes, lors de la cession en garantie de la police, voir **FINANCEMENT**
Détenue par une société
cession à un actionnaire ou employé
sans lien de dépendance ..... TR Pr. Fin. 58:12 Q.4
JVM de la police ..... TR Pr. Fin. 58:12-13 Q.5
transfert à un actionnaire ou employé ..... TR Pr. Fin. 58:10-11 Q.3
Don de bienfaisance, à titre de 54:20-26

ASSURANCE VIE *(suite)*

Police
avance sur police ..... TR Pr. Fin. 58:15 Q.8
garantie d'un emprunt 54:5-10
Police vie universelle
caractéristiques 8:3-7
illustrations 8:8-23
Rente viagère et assurance vie : rente assurée
détenue par un individu 38:5-20
détenue par un individu avec effet de levier.....38:20-31
détenue par une fiducie 38:32-36
détenue par une société 38:36-46
détenue par une société avec effet de levier 38:47-52

AUTOMOBILE

Allocation pour utilisation d'une ..... TR Qc 56:24 Q.1.6

AVANTAGE, EMPLOYÉ

Abonnement au golf pour la famille
calcul de l' ..... TR Qc 56:19-20 Q.1.3
IMP. 37-1/R12..... TR Qc 56:20-21 Q.1.3
Boni forfaitaire et frais de formation
conditions d'application de l' ..... TR Qc 56:21-22 Q.1.4

B

BIEN CONVERTIBLE

Roulement, art. 51
actions non autorisées..... TR féd 57:18 Q.1.7

C

CAPITAL-ACTIONS

Capital déclaré nominal .....TR féd 57:32-33 Q.3.1

CAPITAL VERSÉ

Réduction
société publique, dividende présumé .....TR féd 57:40-41 Q.3.7

CARREFOUR DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE, voir **INCITATIFS FISCAUX**

CAUTIONNEMENT

Paiement effectué en vertu d'un, par une entreprise en difficulté, voir **FINANCEMENT**

CENTRE DE DÉVELOPPEMENT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION, voir I**NCITATIFS FISCAUX**

CENTRE NATIONAL DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE QUÉBEC, voir **INCITATIFS FISCAUX**

CERTIFICAT DE DISTRIBUTION

Responsabilité des administrateurs, voir **RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**
Liquidation d'une succession, voir **SUCCESSION**

CITÉ DE L'OPTIQUE, voir **INCITATIFS FISCAUX**

CITÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE, voir **INCITATIFS FISCAUX**

CITÉ DU MULTIMÉDIA, voir **INCITATIFS FISCAUX**

CODE DES PROFESSIONS

Incorporation des professionnels et, voir **PROFESSIONNEL**

COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Implantation d'une entreprise de services, informatique et logiciels, voir **ÉTATS-UNIS**

CONGÉ FISCAL

Cinq ans, voir **EMPLOYÉ; SOCIÉTÉ**
Société en commandite publique ..... TR Qc 56:37-39 Q.2.7
Taxe sur le capital, voir **TAXE SUR LE CAPITAL**

CONJOINT

Conjoints mariés ou unis civilement
- convention entre conjoints 51:35
- obligation alimentaire 51:31-34
- prestation compensatoire 51:28-31
- régime matrimonial ou d'union civile 51:5, 7-9, 19-27
- régime primaire, protection de la résidence et patrimoine familial 51:4-5, 7, 10-19
- types de conjoints, différences 51:3-6

CONTRAT

Modification à un.....48:140-143
Rente, voir **RENTE**

CONVENTION DE RETRAITE

Financement
assurance vie, utilisation .....TR Pr. Fin. 58:16-17 Q.10

CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Planification *post mortem*, voir **PLANIFICATION *POST MORTEM***

CONVENTION ENTRE CONJOINTS, voir **CONJOINT**

CONVENTION FISCALE CANADA/ÉTATS-UNIS

Application de la convention fiscale lors de l'implantation d'une entreprise aux États-Unis, voir **ÉTATS-UNIS**

COTISATION

Nouvelle cotisation, faits tenus pour acquis 48:146-150
Ratification, faits tenus pour acquis.....48:146-150

CRÉANCE

Règlement d'une, voir **REMISE DE DETTE**
Vente de, et notion de remisage de dettes, voir **REMISE DE DETTE**

CRÉDIT D'IMPÔT FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE
Calcul, exemple ..... TR R&D 50:16-19 Q.3.4
Cumul avec le crédit d'impôt R & D..... TR R&D 50:19-22 Q.3.5

CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Calcul, exemple ..... TR R&D 50:16-19 Q.3.4
Cumul avec crédit d'impôt - nouvelle économie..... TR R&D 50:19-22 Q.3.5
Description générale 41:14-16, 72

CRÉDIT D'IMPÔT POUR STAGE EN MILIEU DE TRAVAIL

Description.....41:8-9

D

DÉCÈS

Imposition au décès des produits financiers, voir **PRODUITS FINANCIERS**
Planification *post mortem*, voir **PLANIFICATION *POST MORTEM***
Transfert d'actions d'une société
choix visant les pertes en capital de la succcession 37:8-26
double imposition, problème de, et éléments de solution 37:4-58
liquidation de la société 37:44-48
majoration du PBR 37:55-58
spin-off des actifs de la société 37:49-54
transfert d'actions à haut PBR 37:28-44

DÉDUCTIBILITÉ

Amendes et pénalités ..... TR Qc 56:27-29 Q.2.1
Dépense
nature courante *versus* capital, voir **DÉPENSE**
Dommages-intérêts par la SPA ou la SENCRL ..... TR Qc 56:32-34 Q.2.4
Frais, voir **FINANCEMENT**
Frais de représentation
détermination du chiffre d'affaires ..... TR Qc 56:35-37 Q.2.6
Paiement de l'entreprise en difficulté, voir **FINANCEMENT**
Pénalités pour réduction du taux d'intérêt d'un emprunt ..... TR féd 57:41-43 Q.4.1

DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS, voir **FRAIS D'INTÉRÊT**

DÉDUCTION ACCORDÉE AUX PETITES ENTREPRISES

Société associée, voir **SOCIÉTÉ ASSOCIÉE**

DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT

Amortissement accéléré pour certains biens 41:7-8

DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL

Action admissible de petite entreprise
actifs, qualification ..... TR féd 57:14-15 Q.1.4
fiducie et assurance vie 39:68-73
fiducie exclusive au conjoint, qui détient les AAPE 39:66-68
Disposition générale antiévitement
dividende réputé ..... TR féd 57:12 Q.1.2
vente d'actions *versus* d'éléments d'actif ..... TR féd 57:9-11 Q.1.1
Impact de la, et aspects fiscaux de l'incorporation des professionnels, voir **PROFESSIONNEL**

DÉDUCTION POUR LES ENTREPRISES DE FABRICATION OU TRANSFORMATION

Activités admissibles ..... TR Qc 56:40-41 Q.2.8

DÉPENSE

Nature courante *versus* capital 48:82-88

DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS

Art. 84.1, application
planification fiscale, position de l'ADRC 30:34-37
série d'opérations pour réaliser un gain plutôt qu'un dividende 37:39-44

DETTE

Règlement des actions privilégiées de renflouement, voir **ACTION PRIVILÉGIÉE**
Remisage de dettes, voir **REMISE DE DETTE**
Remise ou réduction de, voir **REMISE DE DETTE**

DISPOSITION GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

Planification en vue d'un remboursement de l'IMRTD
position de l'ADRC 30:52-53
Planification et demande de décision anticipée ..... TR Qc 56:46-48 Q. 3.2
Québec, du
opération d'évitement 48:38-41
Secteurs identifiés pour les vérifications ..... TR Qc 56:45-46 Q.3.1
Taxe sur le capital, voir **TAXE SUR LE CAPITAL**
Transfert de pertes entre société liées 47:33-35

DIVIDENDE

Impôt de la Partie IV, voir **IMPÔT DE LA PARTIE IV**

DOUANES

Implantation d'une entreprise aux États-Unis, voir **ÉTATS-UNIS**

DROIT CIVIL

Responsabilité des administrateurs, voir **RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**
Succession, voir **SUCCESSION**
Union civile ou matrimoniale, voir **CONJOINT**

DROITS DE SUCCESSION

Impôt successoral américain, voir **ÉTATS-UNIS**

E

ÉCHANGE DE BIENS, voir **BIEN CONVERTIBLE**

ÉMIGRATION

Implantation d'une entreprise aux États-Unis, voir **ÉTATS-UNIS**

EMPLOYÉ

Étranger, congé fiscal de cinq ans 41:68-70

EMPRUNT

Pénalité pour réduction du taux d'intérêt, voir **DÉDUCTIBILITÉ**

ENTITÉ DE PLACEMENT ÉTRANGÈRE

Imposition de produits financiers, voir **PRODUITS FINANCIERS**

ENTREPRISE

Acquisition, voir **ACQUISITION D'ENTREPRISE**
Difficultés financières, voir **ACTION PRIVILÉGIÉE; FINANCEMENT; OBLIGATION À INTÉRÊT CONDITIONNEL; SOCIÉTÉ À CAPITAL DE RISQUE; TAXE DE VENTE DU QUÉBEC; TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES**
Établissement au Québec
exploitation d'une entreprise et société de gestion..... TR Qc 56:29-30 Q.2.2
Financement, voir **FINANCEMENT**
Implantation aux États-Unis, voir **ÉTATS-UNIS**
Transfert de l'entreprise d'une SENC dans le cadre de l'incorporation des professionnels, voir **PROFESSIONNEL**
Transmission d'une entreprise familiale
association de compagnies et désassociation 4:102-109
convention d'achat/vente entre les enfants.....4:109-112
mandat en cas d'inaptitude 4:114
techniques de gel à l'interne et à l'externe, voir **GEL SUCCESSORAL**
testament des bénéficiaires du gel 4:112-113

ENTREPRISE FAMILIALE, voir **PLANIFICATION FINANCIÈRE PERSONNELLE**

ÉTATS-UNIS

Assujettissement à l'impôt américain 53:8-9
citoyen américain vivant au Canada 53:9-13
Développement législatif 44:7-11
Douanes 59:38, 57-58, 66-67, 82-88
Droits successoraux
assujettissement 53:13-17, 21
Fiducie canadienne
bénéficiaire américain 53:20
Financement corporatif 44:3, 5-7, 16
Foreign nongrantor trust 5:16-21
Gel successoral 53:17-18
Gel successoral dans un contexte transfrontalier Canada-États-Unis, voir **GEL SUCCESSORAL**
Immeuble détenu par une société canadienne 53:21-22
Implantation d'une entreprise aux
choix d'une entité juridique 59:48-74
entreprise de production, usine de fabrication 59:6, 77-110
entreprise de services, informatique et logiciels 59:5-76
étude de cas 59:1-110
financement 59:90-104
fiscalité 59:31-35, 74-76, 82-110
incidences sur les impôts, charges sociales, taxes et douanes au Canada 59:17-19, 22-23, 33, 57-60, 66-74, 76, 82-110
lieu de signature du contrat 59:7-13
pièges à éviter 44:12-15
résidence fiscale et convention fiscale 59:17-19, 60-62, 67-71
séjours préliminaires, visa, permis de travail et conséquences fiscales 59:7-48, 65-66, 71, 77-82
Impôt américain 5:10-12, 59:7-10, 17-19, 31-33, 41-43, 45-47, 50-56, 62-65, 88-108
Impôt des États et locaux 59:10-13, 43-47, 51-52, 106-108
Impôt successoral américain 5:24-34, 38-39
planification 5:34-35
Prix de transfert 59:58-60, 94
Revenu passif, règles antiévitement 53:19
Situs des biens, à l'intérieur ou à l'extérieur des États-Unis 5:36-37
Taxes de vente 59:13, 15-16, 20-22, 23-30, 38-39, 44-45, 50, 57-58, 72, 82-88

ÉVALUATION D'ENTREPRISE

Cas de litiges avec l'ADRC et le MRQ
abris fiscaux: films et logiciels 6:6-14
escompte de manque de contrôle et faible négociabilité 6:28-32
explosion des marchés 6:14-17

ÉVALUATION D'ENTREPRISE ***(suite)***

Cas de litiges avec l'ADRC et le MRQ *(suite)*
minimisation des pénalités 6:32-33
taux de capitalisation/multiple 6:17-25
traitement de l'impôt dans l'évaluation selon la méthode fondée sur l'actif 6:26-28

F

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ, voir aussi **LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ; LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES**

Conséquences fiscales 23:1-67
confidentialité des renseignements fiscaux et le syndic 23:55
créances fiscales, ADRC et MRQ, droits et recouvrement 23:30-48
dispositions de la L.I.R. faisant référence à la faillite 23:23-30
impôt sur le revenu, particuliers et sociétés 23:10-23, 62-65
incidences de la faillite sur les tiers 23:48-67
jurisprudence 23:43-46
principes et exceptions 23:46-48
proposition concordataire 23:66-67
responsabilité des administrateurs 23:48-53
transfert à une personne liée 23:53-54
Proposition concordataire
libération des administrateurs 48:51-58
révocation du certificat d'inscription 48:48-51
Travailleur autonome
impact sur cotisations au RRQ 48:47-48

FIDUCIE

AAPE, déduction pour gains en capital 39:66-73
Attribution aux bénéficiaires
« disposition » ..... TR féd 57:26-29 Q.2.5
mesures du Budget 97-98, pour contrer les planifications en plusieurs juridictions, suivi, voir **REVENU QUÉBEC**
Bénéficiaire
dévolution irrévocable 39:62-63
discrétionnaire 39:45-52
évaluation d'une participation 39:57-58
éventuel 39:52-54
faculté d'élire 39:54-56
« somme devenue payable », interprétation 39:65-66
47:5-11

FIDUCIE ***(suite)***

Canadienne hors Québec
bénéficiaire québécois 39:32-44
Fiducie de fonds commun de placement, voir **PRODUITS FINANCIERS**
Fiducie de revenus, voir **PRODUITS FINANCIERS**
Fiducie en faveur de soi-même
contrat de rente prescrit détenu par une 54:27-30
par. 75(2), application 39:74-75
roulement au conjoint ..... TR féd 57:22-23 Q.2.2
utilisée en matière de protection d'actif 39:7-31
Fonds mutuel constitué en, voir **PRODUITS FINANCIERS**
Fractionnement du revenu 47:38-47
« revenu fractionné » 47:43-47
Lien de dépendance avec les bénéficiaires
actions de gel, actions prescrites ..... Tr Qc 56:25-26 Q.1.7
Mixte au profit du conjoint, voir **FIDUCIE AU PROFIT DU CONJOINT**
Revenu réputé ..... TR féd 57:21-22 Q.2.1
Transfert d'actions à une
déduction pour gains en capital ..... TR féd 57:23-25 Q.2.3
Transfert de biens entre personnes liées 39:63-65
Transmission de l'entreprise dans un contexte de gel successoral, voir **GEL SUCCESSORAL**
Utilisation dans un contexte transfrontalier Canada-États-Unis, voir **GEL SUCCESSORAL**

FIDUCIE AU PROFIT DU CONJOINT

Mixte au profit du conjoint
contrat de rente prescrit détenu par une 54:27-30

FIDUCIE TESTAMENTAIRE

Définition
modification législative 39:58-62

FINANCEMENT

Action privilégiée, voir **ACTION PRIVILÉGIÉE**
Allègement fiscal pour l'entreprise en difficultés financières 27:1-41
Capital de risque, voir **SOCIÉTÉ À CAPITAL DE RISQUE**
Déductibilité des intérêts, frais financiers et autres paiements de l'entreprise en difficulté 24:1-64
Entreprises insolvables, voir **INSOLVABILITÉ**
Frais d'émission ou de vente d'actions et frais d'emprunt 24:29-31, 34-36, 49-53

FINANCEMENT ***(suite)***

Frais de garantie, déductibilité relative aux primes de la
police d'assurance vie..... 24:32-33, 53-54
Implantation d'une entreprise aux États-Unis, voir **ÉTATS-UNIS**
Obligation à intérêt conditionnel, voir **OBLIGATION À INTÉRÊT CONDITIONNEL**

FINANCES PUBLIQUES

Conception d'un système fiscal.....17:13-34
Décentralisation.....17:4-6
Mesures du MRQ pour contrer des planifications dans
plusieurs juridictions, voir **REVENU QUÉBEC**
Québec
mécanismes de reddition de compte.....18:1-30
politique fiscale 2:1-7
16:1-27
Revenus, types de, analyse par blocs de pays..... 17:6-12, 35-46
Rôle et responsabilités du ministère des Finances.....19:1-21

FONDATION PRIVÉE, voir **ORGANISME DE BIENFAISANCE**

FRACTIONNEMENT DU REVENU

Société de services et une fiducie, utilisant une 47:38-47

FRAIS D'INTÉRÊT

Déductibilité
conditions d'application 24:5-24, 33-35, 36-45, 54-59
mise à part de l'argent ..... TR Pr. Fin. 58:9 Q.2.3
montant raisonnable .....TR Pr. Fin. 58:13-14 Q.6
nouveau IT-533 .....TR féd 57:47-48 Q.4.4
TR Pr. Fin. 58:6-7 Q.2
nouvelles règles de l'al. 20(1)c) 30:4-13
prêt pour investissement.....14:16-24
source de revenus 24:25-28, 45-49
titre de créance émis à escompte .....TR Pr. Fin. 58:9-10 Q.2.4
utilisation directe ..... TR Pr. Fin. 58:9 Q.2.2
« utilisé » et « revenu », interprétation..... TR Pr. Fin. 58:8 Q.2.1
Déductibilité des, et financement de l'acquisition d'une
entreprise, voir **ACQUISITION D'ENTREPRISE**

FRAIS DE FINANCEMENT, FRAIS D'INTÉRÊT, voir **FINANCEMENT**

FRAIS DE GARDE D'ENFANTS

Déduction.....TR féd 57:43-44 Q.4.2

FRAIS DE REPRÉSENTATION, voir **DÉDUCTIBILITÉ**

FUSION

Remisage de dettes et, voir **REMISE DE DETTE**

G

GAIN EN CAPITAL

Déduction, voir **DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL**
Réserve
mesures du Budget 97-98, pour contrer les planifications en plusieurs juridictions, suivi, voir **REVENU QUÉBEC**

GAIN ET PERTE SUR CHANGE

Remisage de dette et, voir **REMISE DE DETTE**

GEL SUCCESSORAL

Conséquences fiscales américaines pour l'auteur du gel d'une société canadienne.....5:9-12
Contexte transfrontalier, Canada-États-Unis.....5:1-24
Détention des actions de croissance par une fiducie avec bénéficiaires américains
conséquences fiscales canadiennes et américaines 5:12-22
Émigration après le gel successoral, conséquences fiscales canadiennes et américaines.....5:22-24
Transfert d'une entreprise dans un contexte de gel
actions privilégiées de gel 4:30-46
bénéficiaires de gel et fiducie entre vifs.....4:46-53
conditions d'application du gel 4:7-30, 115-117
jurisprudenc : les affaires *Kieboom* et *Romkey* 4:53-55
règles d'attribution 4:56-65
techniques de gel à l'externe 4:89-101
techniques de gel à l'interne.....4:65-89

H

HONORAIRES PROFESSIONNELS

Déductibilité lors de l'acquisition d'une entreprise, voir
ACQUISITION D'ENTREPRISE

I

IMMOBILISATION ADMISSIBLE

Disposition, taux d'inclusion du gain, éléments
de planification 40:25-28

IMPÔT AU DÉCÈS

Impôt au décès, voir **DÉCÈS**
Impôt successoral américain, voir **ÉTATS-UNIS**

IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

Circularité, problème de ..... TR féd 57:34-37 Q.3.3

IMPÔT DE LA PARTIE XII.2 L.I.R.

Détention des actions de croissance par une fiducie ayant des
bénéficiaires américains, voir **GEL SUCCESSORAL**

IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.

Détention des actions de croissance par une fiducie ayant des
bénéficiaires américains, voir **GEL SUCCESSORAL**
Vérification, voir **VÉRIFICATION**

IMPÔT DES GRANDES SOCIÉTÉS

Déduction pour placements 47:59-61

IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES

Revenu de placement étranger, modification 2003 ..... 40:34-36

IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT

Dividende ou gain en capital, réception d'un, impact 40:11-14
Proposition concordataire
réclamation en déclaration post-concordataire..... TR Qc 56:22-23 Q.1.5

INCITATIFS FISCAUX

Carrefour de l'innovation 41:34-35
Carrefour de la nouvelle économie 41:28-30
Centre de développement des technologies de l'information 41:25-27
Centre national des nouvelles technologies de Québec 41:28
Cité de l'optique 41:21-22
Cité du commerce électronique 41:30-34
Cité du multimédia 41:27
Congé fiscal de cinq ans, voir **EMPLOYÉ; SOCIÉTÉ**
Crédits d'impôt remboursables, divers 41:36-48
Fédéral, principaux programmes, description 41:71-72, 104-106
Mesures générales concernant les sociétés 41:5-13
Mirabel, zone de commerce international 41:65-67
Projet majeur d'investissement 41:48-49
Québec, principaux programmes, description 41:5-70, 74-103, 107-112
Régions ressources 41:57-65
Secteur culturel 41:49-57
Secteur de la nouvelle économie 41:23-35
Secteur des biotechnologies 41:17-21
Secteur financier 41:16-17, 74-80
Technopôle Angus 41:64-65

INCORPORATION

Professionnel, voir **PROFESSIONNEL**

INSOLVABILITÉ, voir aussi **FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**

Financement d'une entreprise insolvable
convention de sursis 21:5-9
diagnostic préalable 21:4-5
financement *DIP* 21:13-25
financement *DIP* au Québec 21:25-27
modifications proposées à la L.F.I. ou L.A.C.C. 21:28-42
nécessité de recourir à la L.F.I. ou L.A.C.C. 21:9-13
Recours à la L.A.C.C., voir **LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES**
Recours à la L.F.I., voir **LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ**

INTERPRÉTATION DES LOIS FISCALES

Anticipation, par 48:42-47

L

LIEN DE DÉPENDANCE

Fiducie et bénéficiaires, voir **FIDUCIE**

LIQUIDATION

Conséquences fiscales
modifications décembre 2002, position de l'ADRC 30:46-51
Filiale
produit de disposition des actions de la ..... TR féd 57:37-38 Q.3.4
Remisage de dette et, voir **REMISE DE DETTE**
SENC, de la, incorporation des professionnels,
voir **PROFESSIONNEL**
Succession, voir **SUCCESSION**

LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ, voir aussi **INSOLVABILITÉ**

Avis d'intention et proposition 20:13-18
Buts de la loi 20:5-6
Critères d'insolvabilité 20:6-7
Mise en faillite 20:8-13
Modifications proposées 21:27-42
Recours des créanciers 20:6-18
Séquestre 20:20-21

LOI SUR L'ASSURANCE EMPLOI

Emploi assurable, définition ..... TR féd 57:46-47 Q.4.3

LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES

Mécanisme 20:19
Modifications proposées 21:27-42

M

MIRABEL, voir **INCITATIFS FISCAUX**

N

NON-CONCURRENCE, CLAUSE OU CONVENTION

Acquisition d'une entreprise, voir **ACQUISITION D'ENTREPRISE**
Critère de raisonnabilité de la contrepartie ..... TR Qc 56:17-18 Q.1.1
Paiement pour, traitement fiscal 48:88-90
TR Qc 56:17 Q.1.1

NON-DIVULGATION OU CONFIDENTIALITÉ

Convention de, lors de l'acquisition d'une entreprise, voir **ACQUISITION D'ENTREPRISE**

NON-RÉSIDENT

Certificat de l'art. 116
position de l'ADRC sur l'échange ou le rachat d'actions 30:-51-52
Vérification, voir **VÉRIFICATION**

NON-SOLLICITATION

Convention de, lors de l'acquisition d'une entreprise, voir **ACQUISITION D'ENTREPRISE**

O

OBLIGATION

À haut rendement..... 13:3,7, 10
Alimentaire, voir **PENSION ALIMENTAIRE**
Aspects financiers.....15:1-13

OBLIGATION À INTÉRÊT CONDITIONNEL

Société en difficulté financière 27:38-41

OPPOSITION

Validité de s'opposer avant la fin d'une vérification.....48:143-146

OPTION D'ACHAT D'ACTIONS

Déductibilité d'un paiement en espèces en vertu de l'
position de l'ADRC.....30:3-4

ORDRE PROFESSIONNEL

Règlementation concernant l'incorporation des professionnels,
voir **PROFESSIONNEL**

ORGANISME DE BIENFAISANCE, voir aussi **ASSURANCE VIE**

Don d'une police d'assurance vie, voir **ASSURANCE VIE**
Fondation privée
placement non admissible .....TR féd 57:29-32 Q.2.6

P

PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Prix de base rajusté, calcul.....TR féd 57:25-26 Q.2.4

PARTICULIER

Crédit d'impôt pour personnes à charge.....TR féd 57:43-46 Q.4.2
Frais de garde d'enfants, voir **FRAIS DE GARDE D'ENFANTS**

PATRIMOINE FAMILIAL

Conjoints mariés ou unis civilement, voir **CONJOINT**

PENSION ALIMENTAIRE

Conjoints mariés ou unis civilement, voir **CONJOINT**
Enfants, pour
crédit d'impôt pour personne à charge, impact.....TR féd 57:43-46 Q.4.2
Perception
exécution forcée, non-exclusivité du MRQ.....48:22-26

PERTE

Minimisation des
par. 40(3.4), position de l'ADRC.....30:14-16
Utilisation, contexte de sociétés affiliées
actions privilégiées, souscription 47:13-21, 36
charges intersociétés.....47:21-22
transfert de biens entre sociétés du même groupe.....47:23-35, 37

PERTE AU TITRE D'UN PLACEMENT D'ENTREPRISE

Société exploitant une petite entreprise .....TR féd 57:15-16 Q.1.5

PERTE EN CAPITAL

Succession, d'une, choix de report, voir **DÉCÈS**
Utilisation, éléments de planification 40:28-33

PLANIFICATION DE LA RETRAITE, voir **PLANIFICATION FINANCIÈRE PERSONNELLE**

PLANIFICATION FINANCIÈRE PERSONNELLE

Portefeuille de placements, répartition
marché financier 13:3-4, 11
produits financiers 13:4-10
Retraite
considérations fiscales hors Québec, liste de contrôle 53:3-23
Traitement fiscal des titres à revenus fixes 15:12-13
Transfert d'entreprise familiale 7:1-23

PLANIFICATION *POST MORTEM*

Cadre corporatif, éviter double imposition 40:37-42
Convention entre actionnaires, utilisation des différentes clauses
au décès 10:1-20

PLANIFICATION SUCCESSORALE, voir aussi **GEL SUCCESSORAL; PLANIFICATION TESTAMENTAIRE**

Considérations fiscales hors Québec, liste de contrôle 53:3-23
Contexte transfrontalier Canada-États-Unis
gel successoral, voir **GEL SUCCESSORAL**
impôt successoral américain 5:24-39

PLANIFICATION TESTAMENTAIRE

Analyse préalable des données propres au testateur
et proposition testamentaire 9:3-6, 31-44
Dispositions accessoires 52:20-23
Informations à recueillir 52:3-7
Legs en fiducie 52:12-17
Legs en substitution 52:18-20
Legs en usufruit 52:20
Legs, modalités 52:9-12
Legs particulier ou universel 52:7-9, 12
Pièges de nature fiscale
fiducie 9:6-19
présomption de disposition 9:6
REÉR 9:6
Pièges en matière de droit civil
choix du liquidateur et du fiduciaire 9:19-22
clauses contraires à l'ordre public 9:27-30

PLANIFICATION TESTAMENTAIRE *(suite)*

Pièges en matière de droit civil *(suite)*
legs universel *versus* legs particulier.....9:26-27
régimes légaux applicables au conjoint survivant.....9:22-26

POLICE D'ASSURANCE VIE, voir **ASSURANCE VIE**

POLITIQUE FISCALE, voir **FINANCES PUBLIQUES**

PRESCRIPTION

Dette prescrite et notion de remisage de dettes, voir **REMISE DE DETTE**

PRESTATION COMPENSATOIRE

Application au conjoint marié ou uni civilement, voir **CONJOINT**

PRÊT

Investissement, pour
déductibilité des intérêts, voir **FRAIS D'INTÉRÊT**
stratégies de levier financier.....14:3-15
Participatif, voir **FINANCEMENT**
Police d'assurance vie utilisée à titre de garantie 54:5-10

PRIVILÈGE DES COMMUNICATIONS ENTRE CLIENT ET AVOCAT

Étendue des communications protégées 49:15-18
Mécanisme.....49:13-15

PRIVILÈGE DES COMMUNICATIONS ENTRE CLIENT ET COMPTABLE

Documents et renseignements, demande de 48:91-94, 150-152

PRIX DE BASE RAJUSTÉ

Majoration, voir **DÉCÈS**
Transfert d'actions à haut PBR, voir **DÉCÈS**

PRIX DE TRANSFERT

Autorité compétente, recours à l'.....46:45-46
Communiqués de l'ADRC.....46:23-24
Implantation d'une entreprise aux États-Unis, voir **ÉTATS-UNIS**
Méthodes reconnues 46:37-41
Pénalités 46:25-29
PME, contexte de la.....46:41-44
Rapatriement de fonds 46:33-37
Redressement.....46:29-33
Vérification, voir **VÉRIFICATION**

PRODUITS FINANCIERS

Action privilégiée, voir **ACTION PRIVILÉGIÉE**
Aspects fiscaux 12:1-49
Billet à capital garanti 13:3, 5-6, 8
Billet relié aux indices boursiers 12:18-20
Certificat de placement garanti relié aux indices boursiers 12:18-20
Effet de levier et prêt pour investissement, voir **PRÊT**
Fiducie de fonds communs de placement 12:27-30
Fiducie de revenus 12:5-12
13:3, 6, 9
traitement fiscal 12:37-39
Fonds corporatif 12:23-25
Fonds de couverture 12:13-18
13:3-5, 7-8
traitement fiscal 12:30-37
Fonds distinct 12:20-23
traitement fiscal 12:23, 39-43
Fonds mutuel constitué en société ou société de placement à capital variable
traitement fiscal 12:45-49
Instruments financiers et leur fiscalité, pour l'entreprise en difficulté financière 27:1-41
Obligation, voir **OBLIGATION**
Obligation à haut rendement, voir **OBLIGATION**
Obligation à intérêt conditionnel, voir **OBLIGATION À INTÉRÊT CONDITIONNEL**
Rente assurée, voir **RENTE**
Titres à revenus fixes 15:1-13
Transaction personnelle, commissions sur une, traitement fiscal 54:16-19

PROFESSIONNEL

Code des professions et règlements concernant l'incorporation d'un 31:15-34
55:3-6
Exercice en société ou société de personnes à responsabilité limitée
aspects corporatifs des SPA 31:34-38
aspects fiscaux 31:38-58
55:7-9, 11, 60-109
aspects légaux 55:6-8, 11
attribution des revenus de profession ..... TR Qc 56:30, 32 Q. 2.3
cas pratique et options 55:6-15
choix d'exclure les travaux en cours ..... TR Qc 56:30, 32 Q. 2.3
TR féd 57:40 Q.3.6
choix de l'exercice financier ..... TR Qc 56:30, 32 Q.2.3
entente écrite entre société et professionnel ..... TR féd 57:38-39 Q.3.5
méthodes 31:51-55, 61-98
objectifs 31:11-14
options, SPA et SENCRL 31:3-59
55:8-15
point de vue du planificateur financier 55:1-15

PROFESSIONNEL ***(suite)***

Exercice en société ou société de personnes à
responsabilité limitée *(suite)*
position du MRQ et IT-189R2 ..... TR Qc 56:30-31 Q.2.3
transfert de l'entreprise..... 31:51-55, 61-98
55:8-15

PROPOSITION CONCORDATAIRE, voir **FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**

R

RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Activité admissible
avancement technologique ..... TR R&D 50:10 Q.2.2
TR R&D 50:10 Q.2.4
description technique..... TR R&D 50:10 Q.2.3
TR R&D 50:11 Q.2.5
TR R&D 50:11 Q.2.6
incertitude..... TR R&D 50:12-13 Q.2.9
Conseiller scientifique
gestion du risque..... TR R&D 50:9 Q.2.1
Crédit d'impôt, voir **CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL**
Délai de production d'une réclamation..... TR R&D 50:5-6 Q.1.1
Délai de traitement d'une réclamation..... TR R&D 50:6 Q.1.2
Dépense
feuille de temps ..... TR R&D 50:12 Q.2.8
matériel consommé ..... TR R&D 50:11-12 Q.2.7
TR R&D 50:14 Q.3.2
salaire ..... TR R&D 50:15 Q.3.3
sous-traitance..... TR R&D 50:13 Q.3.1
Examen préliminaire de projet..... TR R&D 50:7 Q.1.3
Orientations du MRQ ..... TR R&D 50:8-9 Q.1.5
Taux modifiés, Québec, formulaire ..... TR R&D 50:22-23 Q.3.6
Vérification
gestion des différends..... TR R&D 50:7-8 Q.1.4

RECOUVREMENT DE L'IMPÔT

Créances fiscales, faillite, voir **FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**
Débiteur fiscal, et créancier d'un
organisme public 48:27-30
Transfert de biens entre personnes liées
application de l'article 160 en cascade.....48:156-157

RÉGIME D'ASSURANCE COLLECTIVE, voir **ASSURANCE COLLECTIVE**

RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL

Avantages et inconvénients 32:17-25
Caractéristiques 32:3-17
36:3-5, 13-15
Exemple 36:15-17
Financement 32:25-28
36:5-7, 10-11
Retraite, à la 36:11-12
Service passé 32:12-14, 19
36:7-9
Traitement fiscal 32:6, 28-30

RÉGIME DE REVENU DIFFÉRÉ

Fonds distinct, voir **PRODUITS FINANCIERS**

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE

Titre de croissance détenu dans un REÉR 40:42-43

RÉGIMES MATRIMONIAUX

Régime matrimonial ou d'union civile, voir **CONJOINT**

RÈGLEMENT DE DETTE, voir **DETTE**

RÈGLES D'ATTRIBUTION

Transfert de biens à un mineur 39:21-23, 52-53,
59-60, 74-75
Transmission de l'entreprise dans un contexte de gel successoral,
voir **GEL SUCCESSORAL**

REMBOURSEMENT D'IMPÔT

Au-delà de trois ans ..... TR féd 57:48-50 Q.4.5
Intérêt sur un 48:13-21

REMISE DE DETTES

Art. 80, place dans la L.I.R, évolution et caractère supplétif 25:5-8
Calcul du montant remis et conséquences sur les attributs fiscaux 25:27-51
Conditions d'application de l'art. 80 ..... 25:8-14
Déduction pour insolvabilité 25:56-58

REMISE DE DETTES *(suite)*

Dette commerciale, notion de : créance commerciale ou actions de renflouement 25:11-14
Disposition générale antiévitement 25:73-74
Mécanisme de réserve
particulier 25:54-55
société et fiducie 25:56
Moment de la remise 25:14-26
Planification, particuliers 25:62-63
Planification, sociétés 25:63-72
Règles et présomptions pour assurer l'efficacité de l'art. 80 ..... 25:52-54
Remisage de dettes 25:20-26
Revenu étranger accumulé tiré de biens 25:51-52
Sociétés de personnes, particularités 25:58-62

RÉMUNÉRATION

Actionnaire-dirigeant
caractère raisonnable selon le type de revenu d'entreprise 30:31-32
TR féd 57:33-34 Q.3.2
planification dans le contexte de la baisse des taux d'impôt 40:7-14

RENTE

Assurée 13:3, 6-7, 9-10
Contrat de rente
définition 54:31-33
insaisissabilité 54:34-37
Contrat de rente viagère ..... TR Pr. Fin. 58:15-16 Q.9
Contrat individuel de rente différée variable et fonds distinct, voir **RÉORGANISATION**

RÉORGANISATION

Application de l'art. 84
position de l'ADRC 30:33-34
Pot-pourri fiscal en matière de réorganisation d'entreprises 30:1-53
Transactions relatives à l'art. 55, voir **TRANSACTION PAPILLON**

RÉSIDENCE

Détermination de la résidence fiscale dans le cadre de l'implantation d'une entreprise aux États-Unis, voir **ÉTATS-UNIS**
Planification successorale, impacts du concept lors d'une 53:3-7

RESPONSABILITÉ

Administrateur, voir **RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**
Dirigeants, voir **RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Administrateur
administrateur sans consentement 48:76-81
de facto 48:73, 74
démission du dernier administrateur 48:74-76
dirigeant et, protection de leur patrimoine à l'encontre
de leur responsabilité 28:1-46
prescription de deux ans 48:68-69, 73, 74
« prête-nom » 48:69-72
Civile et pénale 28:4-24
régie d'entreprise 28:42-45
Défense statutaire 28-25-29
Distribution de biens, certificat 48:9-13
Faillite, en cas de, voir **FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**
Mesures de protection
arrangement avec les créanciers 28:39-41
assurance responsabilité 28:32-38
démission 28:41-42
fiducie 28:31-32
indemnisation 28:30-31
Réclamation d'un paiement déboursé au titre de la
perte au titre d'un placement d'entreprise, à titre de 48:59-64
Retenue à la source
défense de soin, de diligence et d'habileté
différence fédéral/provincial 48:64-68

REVENU D'EMPLOI OU DE CHARGE

« Somme payable périodiquement », interprétation 48:126-139

REVENU GAGNÉ

Calcul
crédit d'impôt à l'investissement, impact ..... TR féd 57:19-21 Q.1.8
Utilisation, éléments de planification 40:15-24

REVENU QUÉBEC

APFF, comité d'échanges avec Revenu Québec
rapport 56:5-13

REVENU QUÉBEC *(suite)*

Politique fiscale
mesure pour contrer des planifications dans plusieurs
juridictions, Budget 97-98, suivi ..... TR Qc 56:41-45 Q.2.9
Relations avec les contribuables et les mandataires 1:1-6

ROULEMENT

Art. 85
modification de la position de l'ADRC et modifications
de décembre 2002 ..... 30:38-45

S

SECRET PROFESSIONNEL

Comptable/client, existence du 48:94-99
Nature 49:11-13
Privilège des communications avocat/client, voir **PRIVILÈGE DES COMMUNICATIONS ENTRE CLIENT ET AVOCAT**

SOCIÉTÉ

Aspects corporatifs 31:34-38
Capital corporatif, voir **CAPITAL-ACTIONS**
Fonds constitué en société, voir **PRODUITS FINANCIERS**
Imposition, impact, et aspects fiscaux de l'incorporation
des professionnels, voir **PROFESSIONNEL**
Nouvelle, congé fiscal de cinq ans 41:5-7

SOCIÉTÉ À CAPITAL DE RISQUE

Capital de risque institutionnel *versus* privé 22:3-6
Investissement
conditions pour l'investisseur 22:6-9
étapes précédant la mise de fonds 22:9-12

SOCIÉTÉ ASSOCIÉE

Applications
offre d'achat et DPE ..... TR féd 57:16-18 Q.1.6
Désignations distinctes
mesures du Budget 97-98, pour contrer les planifications en
plusieurs juridictions, suivi, voir **REVENU QUÉBEC**

SOCIÉTÉ DE GESTION

Utilisation, éléments de planification 40:33-37

SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Participation dans une, voir **PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES**

SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE

Modifications législatives, 20 décembre 2002 ..... 43:1-18
    choix à la disposition d'actions d'une SÉA 43:12-15
    div. 95(2)a)(ii)(D) 43:4-6
    participation admissible dans une SÉA 43:6-7

SOCIÉTÉ PAR ACTIONS, voir **SOCIÉTÉ**

SUBSTITUTION

Planification testamentaire 52:18-20

SUCCESSION, voir aussi **DROITS DE SUCCESSION**

Administration
    fin de l'administration 47:5-11
Liquidation 11:1-21
    certificat de distribution 11:20-21

T

TAXE DE VENTE DU QUÉBEC

Entreprise en difficulté financière 26:1-8
Erreurs fréquentes, liste 42:1-4
Implantation d'une entreprise aux États-Unis et incidences sur la, voir **ÉTATS-UNIS**

TAXE SUR LE CAPITAL

Arrêt *Autobus Thomas*
    position du MRQ ..... TR Qc 56:34-35 Q.2.5
Capital versé, calcul
    concessionnaire automobile 47:49-52
    déduction 41:11-12, 48-38-41
    disposition générale antiévitement 47:58-63
    inclusions
        avance et prêt 47:55-58, 48:30-37
        contrat de location – acquisition 47:52-55

TAXE SUR LE CAPITAL ***(suite)***

Congé de taxe 41:13
Impact de la, et aspects fiscaux de l'incorporation des professionnels, voir **PROFESSIONNEL**
Taux 41:10

TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES

Entreprise en difficulté financière 26:1-8
Erreurs fréquentes, liste 42:1-4
Implantation d'une entreprise aux États-Unis et incidences sur la, voir **ÉTATS-UNIS**

TAUX D'IMPOSITION

Corporatif et des particuliers, baisse des taux, planification 40:1-49

TAXI

Crédit d'impôt remboursable 41:39-42

TÉMOIN EXPERT

Impartial et indépendant 6:34-45
Employé d'une partie 6:46-48

TESTAMENT

Planification testamentaire, voir **PLANIFICATION TESTAMENTAIRE**

TRANSACTION PAPILLON

Jurisprudence 30:29-30
Modifications techniques du 20 décembre 2002 ..... 30:27-29
Planification relative à l'art. 55
position de l'ADRC 30:16-31

TRANSFERT D'ACTIFS, voir **TRANSFERT DE BIENS**

TRANSFERT D'ENTREPRISE, voir **ENTREPRISE**

TRANSFERT DE BIENS

Actifs de la SENC, incorporation de professionnels, voir **PROFESSIONNEL**
« À titre de cadeau », al. 69(1)c)
position de l'ADRC 30:32-33
Lien de dépendance, avec cotisation du cessionnaire ..... TR Qc 56:48-49 Q.4.1
Mineur, à un, voir **RÈGLES D'ATTRIBUTION**
Participations de la SENC, incorporation de professionnels, voir **PROFESSIONNEL**

TRANSFERT DE BIENS *(suite)*

Personnes liées, à des
faillite 23:53-54
fiducie, voir **FIDUCIE**
Valeur du bien transféré..... TR Qc 56:49-50 Q. 4.2
Versement de dividende ..... TR Qc 56:50 Q.4.3

TRANSFERT DE PARTICIPATIONS, voir **TRANSFERT DE BIENS**

TRAVAILLEUR AUTONOME

Faillite, voir **FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**

U

UNION CIVILE OU MATRIMONIALE, voir **CONJOINT**

V

VÉRIFICATION

Art. 105 R.I.R., retenue sur honoraire versé à un non-résident 45:49-62
Impôt de la Partie XIII
frais de gestion 45:37-49
redevances 45:22-37
Méthodes
indice de richesse, par 49:22-24
Paradis fiscal, entreprise transférée dans un
établissement stable 45:18-21
résidence de la SÉA..... 45:13-18
transaction incomplète..... 45:4-12
Prix de transfert..... 46:6-22
Transaction internationale 45:1-68

VÉRIFICATION ET ENQUÊTE

Demande de renseignements étrangers
sanction si non-production 48:122-126
Demande péremptoire (de renseignements) 48:112-121, 150-155
Distinction entre vérification et enquête..... 48:99-111, 112-121
49:5-11, 25-40
Pouvoirs de l'ADRC..... 48:150-152

Index par articles de lois et de règlements

Liste des lois et règlements contenus dans cet index :

- Charte canadienne des droits et libertés
- Code civil du Québec
- Code criminel
- Code des professions
- Code du travail
- Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis
- Internal Revenue Code
- Loi canadienne sur les sociétés par actions
- Loi concernant les droits sur les mutations immobilières
- Loi constitutionnelle de 1867
- Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil
- Loi de l'impôt sur le revenu
- Loi sur l'assurance emploi
- Loi sur la concurrence
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité
- Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales
- Loi sur la responsabilité nucléaire
- Loi sur la taxe d'accise
- Loi sur la taxe de vente du Québec
- Loi sur le divorce

- Loi sur le ministère du Revenu
- Loi sur le régime de pensions du Canada
- Loi sur le régime de rentes du Québec
- Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies
- Loi sur les compagnies
- Loi sur les impôts
- Loi sur les liquidations et les restructurations
- Loi sur les régimes complémentaires de retraite
- Loi sur les valeurs mobilières
- Règlement de l'impôt sur le revenu
- Règlement sur les impôts

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44

7 ..... 48:106, 111, 112-120, 154
49:33-34, 39
8 ..... 48:106, 109, 112-120, 154
49:9, 33-34, 38, 40
9 ..... 48:98
49:11, 18
24 ..... 48:112, 120-121
24(2) 48:103-104, 155

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

6 ..... 28:23
7 ..... 28:23
33 ..... 28:8
208 ..... 11:8
209 ..... 11:9
213 ..... 11:8
298 ..... 31:9
309 ..... 31:9
317 ..... 31:9
322 ..... 28:21
326 ..... 28:27
392 ..... 9:23
51:7
394 ..... 51:7
395 ..... 51:7
396 ..... 51:7
397 ..... 51:8
398 ..... 51:7
401 ..... 51:7
402 ..... 51:7
403 ..... 51:7
404 ..... 51:7
405 ..... 51:7
406 ..... 51:7
407 ..... 51:7
408 ..... 51:7
415 ..... 9:25
11:12
51:10-11
417 ..... 51:11-12
418 ..... 51:12-13, 26
419 ..... 51:12
420 ..... 51:12, 19

Code civil du Québec (*suite*)

420 ..... 51:12, 19
423 ..... 51:13
426 ..... 51:18
427 ..... 9:24
51:28-29
429 ..... 51:29
430 ..... 51:30
431 ..... 51:7, 20
432 ..... 51:7-8
449 ..... 4:69, 74
51:20
450 ..... 51:20
450, al. 2 ..... 4:69
451 ..... 51:26
456 ..... 4:70, 74
459 ..... 51:22
461 ..... 51:8
462 ..... 4:68
51:8
468 ..... 51:23
469 ..... 51:23, 27
471 ..... 51:23
472 ..... 51:23
473 ..... 51:15, 27
474 ..... 51:23
475 ..... 51:26
476 ..... 51:26
482 ..... 51:27
485 ..... 51:7
486 ..... 51:7-8
487 ..... 51:7, 20
507 ..... 51:32
510 ..... 51:35
516 ..... 51:32
519 ..... 51:35
520 ..... 51:35
521.1 51-4-5
521.6 ..... 51:5, 7, 28
521.8 ..... 51:5, 7-8
521.12 ..... 51:6, 10
521.17 ..... 51:33
521.19 ..... 51:35
585 ..... 9:23
51:32-33
587 ..... 51:32
589 ..... 51:32

Code civil du Québec (*suite*)

616 ..... 52:11
619 ..... 51:15
625 ..... 11:4
632 ..... 11:14
633 ..... 11:4
637 ..... 11:4
640 ..... 11:14
641 ..... 11:5
646 ..... 11:4
650 ..... 11:4
651 ..... 11:4
674, al. 1 ..... 4:113
674, al. 2 ..... 4:113
684 ..... 9:23
11:13
51:33
685 ..... 51:33-34
686 ..... 51:34
687 ..... 51:34
688 ..... 51:33-34
688, al. 2 ..... 9:23
703 ..... 9:27
708 ..... 4:113
731 ..... 9:26
732 ..... 52:8
734 ..... 52:7
736 ..... 52:9
739 ..... 9:27
11:12
748 ..... 51:16
757 ..... 9:29
52:9
758 ..... 9:30
52:9
759 ..... 9:28
760 ..... 9:28
761 ..... 9:28
764 ..... 52:5
777 ..... 11:6, 15
778 ..... 51:31
779 ..... 11:5
783 ..... 9:19
785 ..... 9:19
11:6, 8
786 ..... 9:19
787 ..... 9:20, 22

Code civil du Québec (*suite*)

789 ..... 9:20-21
791 ..... 9:22
794 ..... 11:10
795 ..... 11:15
800 ..... 11:5, 14
801 ..... 11:5
802 ..... 9:22
11:6-7
803 ..... 11:7
804 ..... 11:7
805 ..... 11:7
806 ..... 11:7
807 ..... 11:7
808 ..... 9:27
11:16
809 ..... 9:24
51:31
810 ..... 11:16
811 ..... 11:17-18
812 ..... 11:18
822 ..... 11:6, 15
909 ..... 9:7-8
910 ..... 9:7-8
946 ..... 11:19
1212 ..... 52:10
1218 ..... 52:18
1223 ..... 52:19
1261 ..... 23:13
1274 ..... 9:19
1275 ..... 4:26
9:20
52:13, 19
1276 ..... 9:19
1278 ..... 4:26
1288(1) 28:32
1288(2) 28:32
1290 ..... 9:22
1292 ..... 4:68
1300 ..... 9:20-21
1301 ..... 11:6-7
1307 ..... 4:26
1309 ..... 9:22
1328 ..... 11:10
1357 ..... 11:6
1358 ..... 11:6
1367 ..... 9:20

Code civil du Québec (*suite*)

1425a) 4:68
1457 ..... 28:20
1458 ..... 28:21
1493 ..... 9:24
51:4
1519 ..... 51:15
1591 ..... 11:19
1592 ..... 11:19
1601 ..... 25:16
1631 ..... 21:8
1632 ..... 21:8-9
1641 ..... 28:27
38:22-23
54:10
1660 ..... 25:16
1662 ..... 21:7
1683 ..... 51:15
1690 ..... 51:15
1824 ..... 4:66
1841 ..... 51:16
2166 ..... 4:114
2186 ..... 4:99
2250 ..... 51:4
2367 ..... 38:6, 37
54:31-32, 35, 37
2441 ..... 38:7
2450 ..... 52:5
2452 ..... 52:5
2455 ..... 11:13
2457 ..... 38:8
2461 ..... 38:23, 48
54:10
2595 ..... 51:14
2644 ..... 11:19
52:10
2649 ..... 11:16
2651 ..... 11:19
2651(1) 21:26
2651(4e) 23:36
2653 ..... 11:19
2664 ..... 21:25
2696 ..... 38:21
2702 ..... 54:9
2703 ..... 54:9
2724 ..... 23:46
2730 ..... 21:25

Code civil du Québec (*suite*)

2783 ..... 48:29
2857 ..... 21:9
2928 ..... 9:24
51:31
2941 ..... 23:47
2945 ..... 21:26
23:47

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

21 ..... 28:25
22 ..... 28:25
23 ..... 28:25

Code des professions, L.R.Q., c. C-26

187.11, par. 1 ..... 31:9
187.11, par. 2 ..... 31:10, 12-13
187.11, par. 3 ..... 31:10, 15
187.12 ..... 31:9
187.13 ..... 31:15
187.15 ..... 31:15
187.18 ..... 31:21, 30, 34
187.19 ..... 31:10, 14
189.1 ..... 31:21, 30, 34
192 ..... 31:14, 18, 28, 32

Code du travail, L.R.Q., c. C-27

123 ..... 28:25
141 ..... 28:25
145 ..... 28:17

Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, S.C. 1984, c. 20 et mod.

IV 59:60
IV(3) 59:105
V(6) 59:9
X(2) 59:51, 99
X(2)a) 59:52-53
X(2)b) 59:54
XV 59:18
XVIII(7) 53:10
XIX B(2) 5:27
XIX B(8) 5:26
XXII 5:13

Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis (*suite*)

XXVI(3g) 5:32
XXIX-B(3 et 4) 5:28
XXIX-B(5) 9:10
XXIX-B(6) 5:32
XXIX-B(7) 53:15
XXIX-B(8) 53:21

Internal Revenue Code of 1986 et mod.

1.318-3(b) 5:20
1.1563-3(b)(3) 5:20
63 ..... 59:44
163(a) 59:97-98
163(j) 44:4, 13
59:93-94, 97-98
267 ..... 59:95
267(a)(3) 59:98
301 ..... 59:100
351 ..... 59:62-63, 88
351(b) 59:63
357(a) 59:62
358 ..... 59:62-63
362 ..... 59:63
368(c) 59:62
385 ..... 59:91, 97
385(a) 59:92
401(k) 59:64
446 ..... 59:55
551(b) 5:19
863(c)(3) 59:7
864(b) 59:7
864(c)(2) 59:8
864(c)(4)(B)(i) 59:8
865(a) 59:100
882(c)(2) 59:20
894 ..... 59:44
988(c)(1)(B)(i) 59:99
1014(a) 5:33
1022 ..... 5:33
1022(b) 5:33
1022(c) 5:33
1032 ..... 59:63
2056A(b)(1) 5:30
2101(c) 5:25
2104 ..... 5:24
2106(a)(3) 5:30

Internal Revenue Code *(suite)*

2210(b)(1) 5:31
2503(b)(1) 5:34
2701(d)(2)(c) 5:10
6018(a) 5:34
6018(b) 5:34
6655(d) 59:51
7701(b)(3) 59:69

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

6(2) 31:35
24(1) 4:87
26(2) 4:40, 79, 89
26(3) 4:41, 78, 89
TR Féd, 57:32 Q.3.1
36 ..... 5:6
39(4) 4:80, 89
43 ..... 4:87
43(2) 4:88
TR Féd, 57:32 Q.3.1
70(1)e) 4:92
108(2) 23:49
113 ..... 23:49
122 ..... 28:9
122(1) 28:4, 21
122(1)b) 28:6
124(3)b) 28:30
146(3) 4:25
189(6) 4:92
189(7) 4:92
190(1)e) 4:92
190(3) 4:92
241 ..... 28:8

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

19 ..... 60:50

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

91(26) 51:5

Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, c. 4

5 ..... 51:5

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

2(1) 53:3
2(3) 53:3
2(3)b) 45:19
4(1) 25:8
6 ..... 24:63
6(1)a) 25:27
34:4, 32
48:128-129, 134
TR Pr. Fin. 58:10-11 Q. 3
60:53
6(1)a)(i) 34:5, 7-8
54:12, 16
6(1)f) 34:6-8, 27, 32
48:128-129, 131-135
6(4) 34:5
7(1)b) 60:83
7(3)b) 30:3-4
8(1)b) 34:25-27
8(1)j) 25:37
8(1)p) 25:37
9 ..... 27:33
60:65
12(1)a) 47:22
12(1)c) 12:31, 33
27:33
12(1)g) 60:26, 72-74
12(1)j) 30:36
12(1)x) 25:28, 30
27:33
12(3) 12:32
27:33
12(4) 12:32
12(9) 27:33
12(9.1) 12:32
12.2 ..... 38:27-28, 30, 33, 49
TR Pr. Fin. 58:5 Q. 1
TR Pr. Fin. 58:15 Q. 9
12.2(1) 38:12, 16
13 ..... 25:37
13(7) 25:37
31:87, 89
13(7)e) 31:87
47:26
60:26, 47, 49
13(21) 60:34

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

13(21.2)..... 60:46
TR Féd, 57:37-38 Q. 3.4
13(21.2)e)(iii).....TR Féd, 57:37-38 Q. 3.4
14(1).....30:43-46
59:88
14(1)a).....30:44-45
60:96, 100
14(1)b) 30:43, 45
60:96, 100
14(1.01)..... 31:85, 90
60:48, 56
14(3)..... 31:86
14(5)..... 30:46
31:87, 89
60:49
15(1)..... 4:45
23:24
25:27
27:34
30:18
46:31
TR Pr. Fin. 58:6 Q. 1
TR Pr. Fin. 58:10-11 Q. 3
TR Pr. Fin. 58:14 Q. 7
15(1.1).....4:83-84
15(2)..... 4:45
15(3)..... 27:39
15(4)..... 27:39
15.1 ..... 23:24
15.1(3)..... 23:24
15.2 ..... 23:24
15.2(3)..... 23:24
16(1)..... 27:33
TR Pr. Fin. 58:9-10 Q. 2.4
17(1)..... 59:97
17(8)..... 59:97
18(1)..... 60:53
18(1)a)..... 30:3
59:12-13
60:63
18(1)b) 30:3-4
60:63
18(1)g) 27:39
18(4)..... 23:24
18(5)..... 23:25
18(9)a)(iii)..... 34:31

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

18(9.1)..... 24:34-35, 56-58
TR Féd, 57:41-43 Q. 4.1
18(9.2)..... 24:35
18(9.3)f)..... 25:27
20 ..... 25:37
20(1)..... 24:6
20(1)a)..... 25:37
20(1)b) 30:44, 46
20(1)c)..... 14:17-18, 21
24:6-24, 27-28, 30, 33, 36-46, 60
25:12, 28
30:4-13
38:25-29
47:15-18
TR Féd, 57:41-42 Q. 4.1
TR Pr. Fin. 58:13 Q. 6
59:98
60:39, 41-42
20(1)c)(i)..... 24:36, 40, 43, 61
30:6
TR Pr. Fin. 58:8 Q. 2.1
20(1)c)(ii)..... 24:7, 25, 36, 40
30:7
20(1)c)(iv)..... 38:27
20(1)d) 24:28, 33
25:13
20(1)e)..... 24:29-31, 33, 50-53, 58
27:33-34
60:65
TR Féd, 57:41-43 Q. 4.1
20(1)e.1)..... 24:29-31, 33, 50-53
27:33
20(1)e.2)..... 24:32, 53
20(1)e)(ii)..... 24:58
27:27
20(1)e)(ii.2)..... 24:35, 50-51, 56-58
20(1)e)(v)..... 24:53
20(1)p) 27:34
20(1)cc)..... 24:52
20(3)..... 24:6-7, 24-25, 28, 45
20(12)..... 59:95
20.01 ..... 34:19-21
20.1 ..... 24:6-7, 20, 25, 38, 45-46
25:13
60:43
20.1(1)..... 24:26,46

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

20.1(1)b) 24:26
20.1(2)..... 24:27-28, 47-49
20.1(2)a)..... 24:27,49
20.1(2)c)..... 24:27-28, 47
20.1(3)..... 24:49
20.1(3)a)..... 24:49
20.2 ..... 25:13
60:43
20.3 ..... 25:13
21 ..... 24:33, 54-55
21(1)..... 24:33-34, 54
21(3)..... 24:34
22 ..... 30:13-14
31:63
60:114
28(1)e)..... 25:29
29(11)..... 12:37
30 ..... 25:29
34 ..... 31:51, 80-81
TR Féd, 57:40 Q. 3.6
34(1)a)..... 31:63
34.1 ..... 23:25
34.1(8)..... 23:25
34.2(6)..... 23:25
37(8)a)(ii)(B)(IV) ..... TR R & D 50:15 Q. 3.3
37(11)..... TR R & D 50:5 Q. 1.1
39(1)a)..... 60:53
39(1)a)(iii)..... 48:139
TR Pr. Fin. 58:6 Q. 1
39(1)c)..... 23:26, 60
TR Féd, 57:15-16 Q. 1.5
60:26
39(3)..... 25:27
39.1(5)..... 31:85
40(1)..... 31:90
40(1)a)..... 60:75
40(1)a)(iii)..... 4:60, 71
10:13
31:89
TR Qc, 56:43 Q. 2.9
40(1.1)..... 4:71
40(2)..... 31:90
40(2)g)(ii) 23:61
24:59-60, 63
25:41-42

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

40(3.3)....30:14-16
31:92-93
40(3.4)....30:14-16
31:92-93
40(3.5)....30:16
40(3.5)c)....30:15
40(3.6)....37:17-23, 52, 54
43(3)....TR Féd, 57:28 Q. 2.5
44.1(1)....TR Qc, 56:44 Q. 2.9
48.1(1)....TR Qc, 56:45 Q. 2.9
50....24:38, 63
50(1)....23:26, 60
24:61-62
25:21, 48
60:26
50(1)b)(iii)....23:24
51....4:76-80, 85
5:6
12:45
30:51
40:21-23
51(1)....30:52
TR Féd, 57:18 Q. 1.7
51(1)a)....30:52
52(3)a)....30:19
53(1)e)....31:67
TR Féd, 57:26 Q. 2.4
53(1)f.1)....25:24
53(2)c)....31:67
TR Féd, 57:26 Q. 2.4
53(2)h)....12:28-29
53.1....48:98
54....25:23
27:33
54 « disposition »....39:8, 11
54 « produit de disposition », al. j)....4:22
55....30:16-31
55(1)....30:27-29
55(2)....10:8-9, 11, 13
30:16, 19, 21-22, 24, 26-30
40:15-20
47:24, 28
TR Féd, 57:19 Q. 1.8
60:82
55(3)....30:16, 18, 24
55(3)a)....30:24, 31

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

55(3)a)(i) 30:24
55(3)a)(ii) 30:24
55(3)a)(iii) 30:24
55(3)a)(iv) 30:24
55(3)a)(v) 30:24
55(3)b) 30:27-29, 31
55(3.01)a) 30:26
55(3.1)b) 30:27-28
55(3.1)b)(i) 30:27
55(3.1)c) 30:28
55(3.1)d) 30:28
55(3.5) 30:28
55(4) 30:16, 18
55(5) 30:16
55(5)c) ..... TR Féd, 57:19 Q. 1.8
55(5)e)(ii) 30:23
55(5)e)(iii) 30:23
55(5)e)(iv) 30:22
55(5)f) 10:8
55(6) 30:28-29
56(1)x) ..... TR Pr. Fin. 58:17 Q. 10
56(2) 4:33-35
27:34
30:18
56(4.1) 4:58
56(4.2) 4:58-59
56.2 ..... 25:55, 58
56.3 ..... 25:56
60o) 24:62
61.2 ..... 25:9, 55
61.3 ..... 25:9, 57-58
61.4 ..... 25:56-57
63(3) ..... TR Féd, 57:43-44 Q. 4.2
66.7(2) 25:35
66.7(2)a) 25:34
66.7(3) 25:35
66.7(3)a) 25:34
66.7(4) 25:35
66.7(4)a) 25:34
66.7(5) 25:35
66.7(5)a) 25:34
67 ..... 4:18
30:3, 31-32
69 ..... 4:53

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

69(1)..... 4:71
47:21
60:26
69(1)b) 4:66
39:58
69(1)c).....30:32-33
69(11)..... 4:98
47:32-33
70(2)..... 53:16
70(5)..... 4:29
9:6
10:7
TR Féd, 57:25 Q. 2.3
TR Pr. Fin. 58:12-13 Q. 5
70(5.3).....TR Pr. Fin. 58:12-13 Q. 5
70(6)..... 4:13
9:7
52:12, 14, 18
53:4
70(6.2)..... 9:11
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
70(7)..... 9:15
70(8)..... 9:15
70(9)..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
70(9.1)..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
70(9.2)..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
70(9.3)..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
70(9.6)..... 4:98
71(1.4)..... 60:84
73(1)..... 4:13
38:35
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
73(1.01)c)(ii)..... 39:54, 74
73(1.02)b)(ii) 39:7-10, 13, 16-18, 20, 21, 26, 27, 30-31, 54-55
TR Féd, 57:23 Q. 2.2
73(3)..... 4:97
73(3)c)..... 4:98
73(3)d) 4:98
73(4)..... 4:97
73(4)b) 4:98
73(4)c)..... 4:98
74.1 ..... 47:38, 42
74.1(2).....4:55-56
74.2 ..... 4:11, 14
47:38, 42
74.2(1)..... TR Féd, 57:25 Q. 2.3

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

74.4(1)..... 4:60
74.4(2)..... 4:14, 19, 60, 64, 85
31:58
74.4(3)..... 4:60
74.4(4)..... 4:50, 62
74.5(1)..... 4:56-57, 59
75(2)..... 4:47, 52
39:21-23, 27, 52-53, 59-60, 74-75
47:38, 42
TR Féd, 57:24-25 Q. 2.3
78 ..... 25:29
79 ..... 23:14, 60
25:5, 29, 63-64
79(3)..... 25:27
80 ..... 23:14, 17, 20, 60
25:5-74
27:24, 34-36
60:76
80(1)..... 25:8-10, 15, 23, 28-29, 32, 35, 38-39, 42, 44, 51, 57, 60-61, 72
27:15, 33, 35-36
30:18
80(1)b)(iii) 25:47
80(2)a)..... 25:14, 62
80(2)b) 25:18, 28, 30
80(2)d) 25:33
80(2)e)..... 25:33
80(2)f)..... 25:34
80(2)g) 25:30
80(2)h) 25:18, 31
80(2)i) 25:14, 17-18
80(2)j) 25:36
80(2)k) 25:30
80(2)l) 25:19
80(2)n) 25:61
80(2)o) 25:19
80(2)p) 25:18
80(2)q) 25:18, 55
80(3)..... 25:8, 32, 40, 49, 51
80(4)..... 25:8, 32, 40, 49, 51
80(5)..... 25:8-9, 33, 36, 40-43, 49, 51, 58, 61
80(6)..... 25:8-9, 33, 40-43, 51, 58
80(7)..... 25:8-9, 34, 36, 40-43, 49, 51, 58
80(8)..... 25:8-9, 34-36, 40-43, 51, 58
80(9)..... 25:8-9, 35, 37, 38, 40-43, 49, 51-53, 58, 60-61
80(9)b) 25:37
80(9)c)..... 25:37

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

80(10)..... 25:8-9, 38, 40-43, 51-53, 58, 61
80(11)..... 25:8-9, 38-42, 47, 51-53, 58, 61
80(12)..... 25:8, 39-40, 51
80(13)..... 25:6-8, 17, 39-42, 47, 50-51, 55-56, 60, 65, 67
80(14)..... 25:8
80(15)..... 25:8, 38, 41, 51, 58-60
80(15)a)..... 25:55-56
80(16)..... 25:9, 58
80(18)..... 25:8, 39
80.01 ..... 25:9, 20, 52
80.01(3)..... 25:22
80.01(4)..... 25:22, 24
80.01(5)..... 25:22-23, 51
80.01(6)..... 25:25-26, 51
80.01(7)..... 25:21, 25-26, 51
80.01(8)..... 25:21-22, 25-27, 51
27:38
80.01(9)..... 25:10, 25-27, 51
80.01(10)..... 25:26, 51
80.01(11)..... 25:25-26, 51
80.02 ..... 25:9, 19, 51
80.02(3)..... 27:35
80.02(6)..... 27:36
80.02(7)..... 25:19
80.03 ..... 25:9, 51
80.03(2)..... 25:53-54
80.03(7)..... 25:53
80.03(8)..... 25:54
80.04 ..... 25:9, 40-41, 43, 45, 47-51, 58, 61, 71
80.04(2)..... 25:44
80.04(4)j) 25:58
80.04(5.1)..... 25:45
80.04(9)..... 25:48
80.04(10)..... 25:46
80.04(11)..... 25:46
80.04(12)..... 25:46
80.04(13)..... 25:46
80.04(10)b) 25:47
80.04(12)b) 25:47
80.04(14)..... 25:61
80.4 ..... 25:28
82(1)..... 4:82, 86
10:6
83 ..... 30:35

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

83(2)..... 10:6
30:34-36
83(2.1)..... 30:36
84 .....30:33-34
84(1)..... 4:18, 73
30:36
37:34, 38, 41-44
84(2).....TR Féd, 57:9-11 Q. 1.1
84(3)..... 4:22, 91
10:6
30:23, 30, 36
TR Féd, 57:12 Q. 1.3
60:82
84(3)a)..... 30:17
84(3)b) 30:17
84(4.1).....TR Féd, 57:40-41 Q. 3.7
84(7).....30:34-36
84.1 ..... 4:18,73
30:34-37
TR Féd, 57:10-11 Q. 1.1
84.1(1).....30:34-37
84.1(1)b) 30:35-37
85 ..... 5:6, 10
25:70
30:17, 33, 38-45, 47
31:51-52
37:28, 51, 55
53:17-18
59:63
60:46-47, 53
85(1).....4:76-80, 85, 90, 95, 100
30:24-26, 38-39, 44
31:73-74, 78
47:22, 23, 25, 27, 31-32, 37
55:12-13
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
TR Féd, 57:30-31 Q. 2.6
60:50, 70, 80
85(1)b) 30:38
85(1)d.1) 30:43-46
85(1)d.11) 30:43-46
85(1)d.12) 30:43
85(1.1)..... 60:53
85(1.1)f)..... 47:32

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

85(2)..... 30:38
31:62, 66, 70-73, 78, 97
55:14
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
TR Féd, 57:30-31 Q. 2.6
85(2.1)..... 37:44
85(3)..... 31:62, 66-67, 69, 71-74, 78, 83, 97
85(6)..... 30:38
85.1 ..... 30:51
85.1(3)..... 43:12
86 .....4:76-80, 85
5:6, 9
30:51
86(1)..... 30:21
86(3)..... 4:77
87 ..... 4:85
87(2.1)..... 25:65
87(11)..... 40:41
88 .....30:46-51
88(1)..... 25:23, 53
30:19, 46, 49
88(1)a)(iii)..... 30:46
88(1)b) .....TR Féd, 57:37-38 Q. 3.4
88(1)b)(i)..... 30:19
88(1)b)(ii) 30:19
88(1)c)..... 30:20, 47
37:54, 55-57
88(1)c)(ii)..... 30:46
88(1)c)(iii)..... 30:47
88(1)c)(iv)..... 30:47
88(1)c)(v)..... 30:47
88(1)c)(vi)..... 30:47
88(1)c)(vi)(B) 30:19
88(1)c.1)..... 30:46
88(1)c.1)(ii)..... 30:46
88(1)c.3)..... 30:47
88(1)c.3)(i)..... 30:47, 49
88(1)c.3)(ii)..... 30:47, 49
88(1)c.3)(iii)..... 30:47, 49
88(1)c.3)(iv).....30:47-49
88(1)c.3)(v).....30:47-49
88(1)c.3)(vi).....30:47-48
88(1)c.3(vii) 30:47-48
88(1)c.4)..... 30:49
88(1)c.4)(i)..... 30:49

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

88(1)d) 30:18, 20, 47
37:54, 55-58
40:41
60:70-71
88(1)d)(i)..... TR Féd, 57:37-38 Q. 3.4
88(1.1)..... 30:49
88(1.2)..... 25:39
88(2)..... 5:27
30:17, 49
88(2)b) 30:18
89(1)..... 12:29, 39
27:39
30:37
91(4)..... 59:105
93(1.4)..... 43:13-15
94.1(1)..... 12:33
95(1)..... 25:51
95(2)a)..... 43:11
95(2)a)(ii)(D) 43:4-6, 7
95(2)b) 43:7-8
95(2)f)..... 43:8
95(2)f.1)..... 43:9
95(2)g.1) 25:51
95(2)g.3) 43:11
95(2)h) 43:11
95(2)i) 43:12
95(2)n) 43:7
95(6)..... 59:104
96(2.1)..... 25:60
96(2.2)..... 25:60
96(3)..... 25:61
97(2)..... 4:100
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
98(3)..... 31:67, 69-74, 83, 98
55:12
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
98(3)a)..... 25:53
98(5)..... 31:76-77, 82, 98
55:13
98(5)a)..... 25:53
104(1)..... 4:106
23:13
104(1.1)..... 39:10-11, 13-15, 54-56
104(2)..... 4:49
9:17
23:13

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

104(4)....5:6, 14-15
9:18
TR Féd, 57:23 Q. 2.2
TR Féd, 57:25 Q. 2.3
104(4)a)....9:16
54:27
104(5.4)....9:18
104(6)....5:13-14
104(13)....39:65, 73, 74-75
47:7-10
104(13.1)....12:28
39:33-44, 59
TR Qc, 56:44 Q. 2.9
104(13.2)....39:33-44, 75
TR Qc, 56:44 Q. 2.9
104(15)....4:49
104(18)....4:50
52:17
104(19)....12:28
104(20)....12:28
52:17
104(22)....12:36
104(22.1)....12:36
104(24)....39:65
47:7-10
107(2)....4:47, 52
5:14
9:18
TR Féd, 57:28 Q. 2.5
107(2)c)....25:53
107(2.1)....TR Féd, 57:26-28 Q. 2.5
107(4)....4:52
107(4.1)....4:47, 52
39:22-23
107(5)....5:14
108(1)....5:15
108(1) « bénéficiaire »....39:48
108(1) « fiducie », al. g)....39:61
108(1) « fiducie testamentaire »....39:58-60
108(3)....9:7
39:29
108(4)....9:15
52:15
110(1)d)....23:63
60:83
110(1)d.3)....23:63

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

110.2 ..... 34:25
110.2(1) 23:26
110.6 ..... 4:67, 78
10:4-5, 9
23:64
25:54
31:49, 86
110.6(1) 4:99
110.6(1) « action admissible de petite entreprise » ..... TR Féd, 57:14 Q. 1.4
110.6(2) 4:97
23:19
110.6(2.1) 4:72
TR Féd, 57:12 Q. 1.2
TR Féd, 57:14-15 Q. 1.4
110.6(8) 39:49
110.6(9) 39:49
110.6(12) ..... TR Féd, 57:24-25 Q. 2.3
110.6(14) 39:45-48
110.6(14)f) 4:67
110.6(14)f)(ii) 31:84
110.6(14)g) 39:67-68
110.6(15)a) 39:68-73
111 ..... 23:17, 20, 59, 64
30:50
47:36
111(4) 25:32
60:69
111(4)a) 25:32-33, 72
60:66
111(4)b) 60:66
111(4)c) 60:66
111(4)d) 60:66
111(4)e) 60:67, 69, 71
111(5) 23:57, 59
25:32-33
111(5)a) 60:69
111(5)b) 60:69
111(5.1) 60:67
111(5.2) 60:67
112 ..... 23:24
27:9
30:30
40:15

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

112(1)..... 10:8
27:4, 14, 33
30:19, 23
60:39
112(2.1)..... 27:5, 33
112(2.2)..... 27:33
112(2.3)..... 27:33
112(2.4)..... 27:33
112(2.6)..... 27:33
112(3)..... 40:37
112(3.2)..... 10:5, 9-12
37:26, 47, 55
112(4)..... 27:34-35
113 ..... 27:9
59:104
113(1)a)..... 59:52-53
115(1)a)(ii)..... 45:19
115(1)b)(iv)..... 30:29
116 ..... 30:51-52
116(5)..... 30:52
118 ..... 23:64
118(1)b) ..... TR Féd, 57:43-46 Q. 4.2
118(3)..... 23:65
118(5)..... TR Féd, 57:43-46 Q. 4.2
118.1 ..... 23:64-65
118.1(5.1)c)(i)..... 54:25-26
118.1(5.2)..... 54:26
118.2 ..... 23:64-65
118.3 ..... 23:64-65
118.3(1)..... 4:49
118.5 ..... 23:64
118.6 ..... 23:64-65
118.7 ..... 23:65
118.8 ..... 23:64-65
118.9 ..... 23:64-65
118.62 ..... 23:65
118.95 ..... 23:65
120.31 ..... 34:25
120.4 ..... 4:19, 51
31:42, 58
47:38-40, 43-47
120.4(1) « revenu fractionné »..... 47:44
120.5 ..... 40:11
122(1)..... 4:49
5:13
125 ..... 60:25

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

125(1)..... 4:102
31:44
125(3)..... 4:102
125(6.1)..... 25:61
125(7)..... 31:44, 47
125.1(3)..... TR Qc, 56:40 Q. 2.8
126(1)..... 59:95
126(2)..... 59:9, 12
127(5)..... 23:64
127(9) « crédit d'impôt à l'investissement », al. n)..... TR R & D 50:5 Q. 1.1
128 ..... 23:9, 11-12, 57
128(1)..... 23:12-13
128(1)a)..... 23:12, 57
128(1)b) 23:12-14
128(1)c)..... 23:16
128(1)c)(ii)..... 23:12
128(1)d) 23:57
128(1)e)..... 23:16, 27
128(1)f)..... 23:16
128(1)g) 23:17, 56-57
128(2)..... 23:12-13, 55
128(2)a)..... 23:56, 60
128(2)b) 23:13
128(2)c)..... 23:18
128(2)d) 23:18, 62
128(2)e)..... 23:19-21, 63
128(2)e)(ii)..... 23:59
128(2)f)..... 23:19-20
128(2)f)(iii)..... 23:59
128(2)g) 23:20-21
128(2)h) 23:14, 21
128(3)..... 23:26
128.1(4)..... 5:22-23
128.1(4)b) 59:70
129 ..... 30:30, 37
129(1)..... 30:37
TR Féd, 57:36-37 Q. 3.3
129(1)a)(i)..... 30:36-37
129(1.1)..... 23:27
129(1.2)..... 30:52
129(3)..... 23:27
30:37
40:34
130(1)..... 12:46
130(3)..... 12:47
131(1)b) 12:48

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

131(2)..... 12:46
131(4)..... 12:48
131(5)..... 12:46
131(8)..... 12:46
132(3)..... 12:28
132(6)..... 12:27
132(6)c)..... 12:30
135(3)..... 23:48
138(12) « police d'assurance vie »..... 38:10-11
TR Pr. Fin. 58:5 Q. 1
138.1(1)..... 12:40
138.1(1)y)..... 12:42
138.1(3)..... 12:41
146(8.8)..... 9:6
52:6
147.1(1) « rétribution »..... 32:12
147.1(6)..... 32:8
147.2(2)..... 32:6
147.2(4)..... 32:6
148..... 54:5-6
TR Pr. Fin. 58:5-6 Q. 1
148(1)..... TR Pr. Fin. 58:10-11 Q. 3
148(2)b)..... 38:14-15, 16-17
148(7)..... TR Pr. Fin. 58:10-11 Q. 3
TR Pr. Fin. 58:12 Q. 4
TR Pr. Fin. 58:14 Q. 7
60:53
148(9)..... 60:53
148(9) « avance sur police »..... TR Pr. Fin. 58:15 Q. 8
148(9) « disposition »..... 38:24
148(9) « valeur »..... TR Pr. Fin. 58:11 Q. 3
148(9) « valeur de rachat »..... 39:68-73
TR Pr. Fin. 58:12-13 Q. 5
149.1(1) « placement non admissible »..... TR Féd, 57:29-31 Q. 2.6
150(1)d)(i)..... 23:18
150(3)..... 23:22, 27
152..... 25:46
152(3.1)..... 60:33
152(4)..... 30:51
60:34
152(4)a)..... 30:51
152(4)a)(ii)..... 30:51
152(5)..... 60:33
152(9)..... 48:147-150
153(1)..... 23:48
153(1)g)..... 45:49, 57

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

153(1.1) 45:59-60
159(2) 23:27
159(3) 23:27
160 ..... 23:53-54
48:156-157
TR Qc, 56:48 Q. 4.1
60:26, 51
160(1)b) 39:63-64
160(2) ..... TR Qc, 56:49 Q. 4.1
162(1) 23:27
162(3) 23:27
163(2) 23:22
163.2(11) 6:33
164(1) ..... TR Féd, 57:48-49 Q. 4.5
164(1)b) 30:51
164(1.5) ..... TR Féd, 57:48-49 Q. 4.5
164(3) 30:50
164(6) 4:30
9:16
10:11-13
37:8-17, 35, 57
40:39
164(7) 30:50
165(1) 48:144
165(3) 48:147
165(5) 48:148
169(1) 48:144
181.2(4) 47:59
182.1(3)c) 48:33
186(1) 27:14
186(1)b) ..... TR Féd, 57:35 Q. 3.3
186(2) 23:27
30:18
186(4) 30:18
187.1 ..... 30:19
187.2 ..... 27:9
189(1) ..... TR Féd, 57:28 Q. 2.5
TR Féd, 57:29-31 Q. 2.6
191(1) 30:19
191(2)a) 30:18
191.1(1)a) 27:9
191.2(1) 27:9
192(6) ..... TR Féd, 57:29-31 Q. 2.6
204 ..... 12:30
204(1) « placements admissibles » 12:48
204.4(1) 12:30, 40

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

206(1) « bien étranger » 12:39, 48
206(1.1) 12:39
206(2) 12:30
206(2)i) 12:30
207.5(1) ..... TR Pr. Fin. 58:16-17 Q. 10
207.6(2) ..... TR Pr. Fin. 58:16-17 Q. 10
210.2(3) 5:14
212(1)a) 45:37-49, 56
212(1)b)(iii) 23:28
212(1)c) 5:13
212(1)d) 45:22-37, 61, 66-67
212(1)d)(i) 45:36
212(1)d)(ii) 45:36-37
212(1)d)(iv) 45:35, 36
212(2)b) 53:5
212(3) 23:28
212(4) 45:40-41, 44
212(5.1) 45:57-58
212(11) 53:6
212.1 ..... 48:141
215 ..... 23:48
216.1(1) 45:58
220(3.2) 24:55
25:48
223 ..... 23:48
223(11.1) 23:28-29
224(1.2) 20:15
23:29, 39-43, 47
224(1.3) 23:38
227 ..... 23:31
227(4) 23:30-32, 34, 36-39, 47
227(4.1) 23:31-32, 34-38, 45, 47
227(4.1)a) 23:32, 46
227(4.2) 23:31, 34, 38
227(4.3) 23:31, 34
227(10.1) 23:29, 40
227.1 ..... 23:48
24:62, 64
227.1(1) 24:62
28:13
48:71
227.1(2) 23:48, 49
28:13
227.1(3) 28:26
48:64
227.1(4) 23:49-50

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

227.1(6)..... 24:62
231.1 .....46:8, 15-16, 22
231.1(1)..... 48:107, 109, 112
49:32, 35, 38-40
231.2 ..... 46:8, 17, 22
231.2(1).....48:107, 109, 111, 112, 150-152, 154
231.5 ..... 46:16
231.6 .....46:17, 18-19, 23
48:122-123
231.6(8).....48:122-126
232 .....49:13-14
232.2(1)..... 48:92
49:32, 35, 38-40
238 ..... 48:105
239 .....48:105-106
49:32-34, 40
241 ..... 46:16
241(3)..... 46:21
245 ..... 4:54
25:24, 73
30:53
31:45
47:33-35
245(2)..... 27:34
30:18, 20
TR Féd, 57:9-11 Q. 1.1
TR Féd, 57:12 Q. 1.2
245(4)..... 37:42
246(1)..... 25:7
27:33-34
30:18
247 ..... 45:44
46:40
247(2).....45:48-49
46:29-30
247(2)b) 46:25-28, 36
247(3)..... 46:11-12, 25-28, 35
247(4)..... 46:11-12, 26-42
247(4)a).....46:8-9, 41
247(4)c).....46:8, 10-11, 36
247(7)..... 59:97
247(10)..... 46:30
248(1) « action privilégiée à terme »..... 25:14
27:6, 24, 33
248(1) « action privilégiée imposable » 27:9

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

248(1) « activité de recherche scientifique et développement expérimental » ..... TR R & D 50:13 Q. 3.1
248(1) « bien » 45:29-30
248(1) « coût indiqué » 25:24
27:33-34
248(1) « disposition » 60:27
248(1) « disposition », al. i) ..... TR Féd, 57:28 Q. 2.5
248(1) « failli » 23:9
248(1) « police d'assurance vie » 38:11
248(1) « rente » 38:11
248(1) « société exploitant une petite entreprise » ..... TR Féd, 57:15-16 Q. 1.5
248(1) « titre de créance indexé » 12:32
248(3) 38:34
248(3)f) 39:13-15, 71, 73
248(5)b) 30:52
248(9.2) 52:11
248(20) 31:70
248(25) 39:55
248(27) 25:12
249(1) 23:55
249(4) 23:25
25:72
TR Féd, 57:17 Q. 1.6
60:27
249.1 ..... 23:55
31:79, 81
249.1(1)b) 23:25
249.1(2) 31:82
250(5) 59:110
251(1)b) ..... TR Qc, 56:26 Q. 1.7
251(2) 27:21
251(2)a) 30:23
251(2)b)(i) 30:23
251(2)b)(ii) 30:23
251(2)b)(iii) 30:21
251(2)c)(i) 30:21, 23
251(2)c)(ii) 30:22
251(4) 30:23
251(5)b) 23:29
25:44
53:5
60:24-26
251(6)a) 30:23
251.1 ..... 47:13, 33
251.1(4)a) 37:24

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

256(1)b) 4:102
53:5
256(1)c)..... 4:105
256(1)d) 4:105
256(1.1)..... 4:103
256(1.2)c)..... 4:106
256(1.2)f) 4:62, 103
256(1.3)..... 4:103
256(1.4)..... 4:107
23:29
TR Féd, 57:16-17 Q. 1.6
60:24-26
256(1.4)b) 4:109
256(2.1)..... 31:45, 83, 93

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

5(2)b) ..... TR Féd, 57:46-47 Q. 4.3
46.1 ..... 28:16, 26
82(1)..... 28:16
83 ..... 28:14
83(2)..... 28:26
85 ..... 23:40
86(2)..... 23:34
86(2.1)..... 23:45

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), c. C-34

45 ..... 28:18

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

2 ..... 23:6, 8
2.1 ..... 23:10
2.1a) 23:10
2.1b)..... 23:10
11 ..... 21:25
11(3)..... 21:14-15
11(4)..... 21:14-15
42 ..... 23:7
42(1)..... 20:9
43(1)..... 20:5
43(7)..... 23:6
49 ..... 23:6
49(1)..... 20:5

Loi sur la faillite et l'insolvabilité (*suite*)

50a) 23:10
50(1) 20:5
50(13) 23:51
28:40
48:51-52, 56-57
50(15) 28:40
50(17) 48:53-55
50.4 ..... 23:8, 56
50.4(8) 23:9-10
50.15 ..... 23:52
48:54, 58
57 ..... 23:9
58 ..... 23:8
61(1) 23:56
61(2) 23:6, 11
61(2)a) 23:10
62 ..... 23:8
65.1(2) 21:40
65.1(4) 21:30
66.12(1) 20:5
67(1) 23:8
67(1)a) 23:48
67(2) 23:30, 48
67(3) 23:30, 36-37, 44, 47
68 ..... 23:57
69 ..... 23:11
69.1(1)a) 48:48
69.31(1) 48:57
71(2) 23:6, 12
86(1) 23:30, 40, 46, 48
86(2) 23:46
86(2)a) 23:28
86(3) 23:42, 43
87 ..... 23:46
87(1) 23:28
100 ..... 28:18
101 ..... 28:19-20
121 ..... 23:8, 11
127(1) 23:8
127(2) 23:8
168.1 ..... 23:7, 22
168.1(4) 23:7, 22
169(1) 23:7
169(4) 23:16
173 ..... 23:22
178(1) 23:7, 22

Loi sur la faillite et l'insolvabilité (*suite*)

178(1)a)..... 23:23
181 ..... 23:14
181(1)..... 23:56
198 ..... 28:18
244 ..... 21:6
244(1)..... 20:15

Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales, L.R.Q., c. P-45

101 ..... 28:12
102 ..... 28:12
103 ..... 28:12
106 ..... 28:12
109 ..... 28:12

Loi sur la responsabilité nucléaire, L.R.C. (1985) c. N.-28

15 ..... 28:38

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

165 ..... 60:51
167 ..... 26:4-6
31:53
60:51
167(1)..... 31:53
60:52
222(1)..... 23:35
222(1.1)..... 23:35
265(1)a)..... 23:44
317(3)..... 23:40-41, 47
323(1)..... 28:13
323(2)..... 28:13
323(3)..... 28:26
48:64

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

16 ..... 60:51
75 ..... 26:4-6
60:51

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), 2e supp., c. 3

15.2(1)..... 51:32

Loi sur le divorce *(suite)*

15.2(4) 51:32
15.2(6) 51:32

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

14 ..... 37:13
48:9-13
14.5 ..... TR Qc, 56:48-49 Q. 4.1
15 ..... 23:42-43, 47
15.3.1 ..... 23:42
19 ..... 28:15
20 ..... 23:34, 36-37, 47
28:15
24.0.1 ..... 48:61
24.0.2 ..... 48:64
24.0.3 ..... 23:53
27.0.1 ..... TR Qc, 56:51-52 Q. 5.2
28 ..... TR Qc, 56:52 Q. 5.2
30.3 ..... TR Qc, 56:23 Q. 1.5
31.1.1 ..... 48:28-30
39.1 ..... 48:124
46 ..... 48:97
48 ..... 28:15
59 ..... TR Qc, 56:28 Q. 2.1
59.2 ..... TR Qc, 56:28-29 Q. 2.1
59.2.1 ..... TR Qc, 56:28 Q. 2.1
59.3 ..... TR Qc, 56:28 Q. 2.1
59.4 ..... TR Qc, 56:29 Q. 2.1
59.5 ..... TR Qc, 56:29 Q. 2.1
59.5.1 ..... TR Qc, 56:18 Q. 1.2
68.1 ..... 48:49
69 ..... 23:55
94.1 ..... TR Qc, 56:53 Q. 5.3

Loi sur le régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), c. C-8

21.1 ..... 28:14
21.1(2) 28:26
22 ..... 23:40

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

50.01 ..... 60:80
60 ..... 28:16
142 ..... 28:16

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001

465 ..... 28:17
469 ..... 28:17

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), c. C-36

5.1 ..... 28:39
11 ..... 21:25
11(3) 21:14-15
11(4) 21:14-15
18.2 ..... 28:39
99(3) 23:51

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

123.13 ..... 31:35
123.48 ..... 4:40, 79, 86
123.49 ..... 4:41, 78, 86, 88
123.54 ..... 5:6
123.61 ..... 4:80
123.91 ..... 4:25
123.116 ..... 28:11
123.121 ..... 28:11

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

1 ..... 4:61, 82, 86
TR Qc, 56:30 Q. 2.2
TR Qc, 56:36 Q. 2.6
TR Qc, 56:52 Q. 5.2
7 ..... TR Qc, 56:31-32 Q. 2.3
12 ..... TR Qc, 56:29-30 Q. 2.2
13 ..... TR Qc, 56:30 Q. 2.2
18 ..... TR Qc, 56:25 Q. 1.7
18b) ..... TR Qc, 56:26 Q. 1.7
21.18 ..... 4:62
21.20b) 4:102, 107
21.20c) 4:105
21.20d) 4:105
21.20.1 ..... 4:103
21.20.2 ..... 4:106
21.20.2f) 4:63
21.20.2f)(ii) 4:103
21.20.2f)(iii) 4:103
21.20.3 ..... 4:103

Loi sur les impôts (*suite*)

21.20.4 ..... 4:107, 109
21.40 ..... 41:43
22 ..... 30:39
31 ..... TR Qc, 56:43 Q. 2.9
36 ..... 34:9
37 ..... 34:10, 32
TR Qc, 56:19 Q. 1.3
TR Qc, 56:22 Q. 1.4
37.0.1.1 ..... 34:10
37.0.1.6 ..... 34:34-35
38 ..... TR Qc, 56:22 Q. 1.4
38b) 34:29
38g) 34:33
38(1)b) 54:15
39e) ..... TR Qc, 56:24 Q. 1.6
40a) ..... TR Qc, 56:24 Q. 1.6
40.1a) ..... TR Qc, 56:24 Q. 1.6
43 ..... 34:32
43.1 ..... 34:34
59 ..... TR Qc, 56:34 Q. 2.4
62 ..... TR Qc, 56:34 Q. 2.4
77 ..... 34:25, 27
105(1) ..... TR Féd, 57:48 Q. 4.5
111 ..... 4:45
112 ..... 4:45
112.1 ..... 4:83, 84
113 ..... 4:45
114 ..... 4:45
115 ..... 4:45
128 ..... 34:13
165.4.1 ..... TR Qc, 56:44 Q. 2.9
215 ..... TR Qc, 56:30, 32 Q. 2.3
230.0.0.3.5 ..... TR Qc, 56:44 Q. 2.9
234 ..... 4:66, 71
TR Qc, 56:43 Q. 2.9
234.1 ..... 4:71
235 ..... 4:66
236 ..... 4:66
240 ..... 48:59-60, 62
247.2 ..... TR Qc, 56:45 Q. 2.9
251 ..... 4:22
280.5 ..... TR Qc, 56:44 Q. 2.9
301 ..... 4:76
301.2 ..... 4:77
308.1 ..... TR Qc, 56:47 Q. 3.2
308.2 ..... TR Qc, 56:47 Q. 3.2

Loi sur les impôts (*suite*)

308.6 ..... 40:22-23
314 ..... 4:35
316.1 ..... 4:58
316.2 ..... 4:58
420 ..... 4:18
421 ..... TR Qc, 56:17 Q. 1.1
422 ..... 4:71
422b) 4:66
427.4(1er al.) 4:98
436 ..... 4:29
440 ..... 4:13
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
441.1 ..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
444 ..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
450 ..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
450.6 ..... 4:98
454 ..... 4:13
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
459 ..... 4:97
462a) 4:98
462b) 4:98
462.2 ..... 4:55-56
462.5 ..... 4:11, 14
462.11 ..... 4:60
462.12 ..... 4:14, 19, 50, 60, 62, 64, 85
462.13 ..... 4:60
462.14 ..... 4:60
462.15 ..... 4:56-57
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
467 ..... 4:47, 52
497 ..... 4:82
497(1) 4:86
506 ..... 4:22, 91
517.1 ..... 4:18, 73
518 ..... 4:76, 90, 95
30:39-41
TR Qc, 56:42 Q. 2.9
TR Qc, 56:47 Q. 3.2
522 ..... 30:39-40, 42
522.1 ..... 30:40
522.5 ..... 30:40
523 ..... 30:40
524 ..... 30:40
529 ..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
541 ..... 4:76-77
555 ..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9

Loi sur les impôts (*suite*)

607(1.1) 4:100
614 ..... 4:100
620 ..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
646 ..... 4:106
647 ..... 4:49
659 ..... TR Qc, 56:44 Q. 2.9
660 ..... 4:49
663.1 ..... TR Qc, 56:44 Q. 2.9
663.2 ..... TR Qc, 56:44 Q. 2.9
664 ..... 4:50
688 ..... 4:47, 52
691 ..... 4:52
691.1 ..... 4:47, 52
694 ..... TR Qc, 56:43 Q. 2.9
725.1.2(2)a) 34:25
726.6a) 4:99
726.6.1 ..... 4:67, 99
726.7 ..... 4:97
726.7.1 ..... 4:67, 72
726.14 ..... TR Qc, 56:26 Q. 1.7
726.15 ..... TR Qc, 56:26 Q. 1.7
737.18.18 ..... TR Qc, 56:40-41 Q. 2.8
750.0.14 ..... 4:49
752.0.27 ..... 23:64
752.12 ..... TR Qc, 56:22-23 Q. 1.5
752.14 ..... TR Qc, 56:23 Q. 1.5
752.16 ..... TR Qc, 56:22 Q. 1.5
765.1 ..... 4:19
766.2 ..... 34:25
766.5 ..... 4:51
768 ..... 4:49
771 ..... 4:102-103
30:39-40
771(1)b) 4:102
771(1)d) 4:102
771.0.2 ..... 4:102
771.0.2.1 ..... 4:102
771.1.3 ..... 4:102-103
771.5 ..... 31:46
771.6 ..... 23:58
TR Qc, 56:38-39 Q. 2.7
771.6d) ..... TR Qc, 56:37-38 Q. 2.7
771.7 ..... 23:58
776 ..... 23:64
777 ..... 23:9, 11
779 ..... 23:66-67

Loi sur les impôts (*suite*)

785.4 ..... TR Qc, 56:42 Q. 2.9
832.3 ..... TR Qc, 56:42-43 Q. 2.9
832.9 ..... TR Qc, 56:42-43 Q. 2.9
971.2 ..... TR Qc, 56:43 Q. 2.9
971.3 ..... TR Qc, 56:43 Q. 2.9
1002 ..... 23:22
1010(2)b)ii 48:15-18
1026.0.1 ..... TR Qc, 56:52 Q. 5.2
1029.6.0.1 ..... TR R & D 50:16-19 Q. 3.4
TR R & D 50:21 Q. 3.5
1029.7 ..... 41:14
1029.8.6 ..... 41:15
1029.8.9 ..... 41:15
1029.8.10 ..... 41:15
1029.8.16.6 ..... 41:16
1029.8.21 ..... 41:34
1029.8.21.42 ..... 41:32
1029.8.33.6 ..... 41:8
1029.8.33.13 ..... 41:37
1029.8.35 ..... 41:50
1029.8.36.0.17 « employé déterminé » ..... TR R & D 50:16 Q. 3.4
TR R & D 50:20, 21 Q. 3.5
1029.8.36.0.17 « salaire déterminé » ..... TR R & D 50:17 Q. 3.4
TR R & D 50:21 Q. 3.5
1029.8.36.0.17 « société déterminée » ..... TR R & D 50:16 Q. 3.4
TR R & D 50:19 Q. 3.5
1029.8.36.0.22 ..... TR R & D 50:16 Q. 3.4
1029.8.36.0.27 ..... TR R & D 50:22 Q. 3.5
1029.8.36.53 ..... 41:42
1029.8.36.55 ..... 41:47
1029.8.36.56 ..... 41:47
1029.9 ..... 41:39
1029.9.3 ..... 41:41
1034 ..... 23:66
1037 ..... TR Qc, 56.52 Q. 5.2
1045 ..... TR Qc, 56:28 Q. 2.1
1049 ..... TR Qc, 56:29 Q. 2.1
1049.0.3 ..... TR Qc, 56:18 Q. 1.2
1051 ..... 48:16
1052e) 48:14-15, 17-18
1054 ..... 4:30
37:9
1055 ..... 4:30
37:9, 11
1056 ..... 4:30

Loi sur les impôts (*suite*)

1079.10 ..... 48:39
TR Qc, 56:48 Q. 3.2
1129.29 ..... 60:50
1136(1)b) 47:55-56
1136(1)c) 47:49-50
1136(1)d) 47:49, 51, 55-58
48:31-34
TR Qc, 56:35 Q. 2.5
1138 ..... 47:58, 62, 63
1179 ..... 48:13
1183 ..... 48:13
1184 ..... 48:14, 15

Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. (1985), c. W-11

10 ..... 23:24

Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., c. R-15.1

2.1 ..... 32:5, 6, 7, 19
36:4
6 ..... 32:7, 18-19, 26
52 ..... 28:16
52(1) 28:26
53 ..... 28:16
64 ..... 32:7
107 ..... 32:7
110 ..... 32:7
171.1 ..... 32:7
624 ..... 32:18-19

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

220(1) 28:26
224(1) 28:26

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

105 ..... 45:49-62, 63-66
59:31
206 ..... 23:22
301 ..... TR Pr. Fin. 58:16 Q. 9
301(1) 38:39
304 ..... 38:13, 27, 33, 34-35, 40
54:27, 29
600 ..... 24:55

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

802 ..... 45:56-57
1000 ..... 37:14
2201 ..... 23:34
2201(2)b) 23:35
2201(3) 23:38
2700(2) 34:5
2900(2) ..... TR R & D 50:13 Q. 3.1
2900(2)b) ..... TR R & D 50:15 Q. 3.3
4301 ..... 30:50
4900(1)b) 12:48
5000(1) 12:30
5202 ..... TR Qc, 56:40 Q. 2.8
5301(8) 60:80
5902(7) 43:15
5907(5.1) 43:16
6203(1) ..... TR Féd, 57:29-30 Q. 2.6
6204(1) 60:83
7000 ..... 12:32
7000(2) 12:32
8500(1) « plafond des prestations déterminées » 32:12, 14
8502h) 32:26-27
8502i) 32:26-27
8514 ..... 32:26-27
8515 ..... 36:10
8517 ..... 32:23-24
36:13

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

726.14R1 ..... TR Qc, 56:26 Q. 1.7
726.14R2 ..... TR Qc, 56:25-26 Q. 1.7
726.14R2a)ii ..... TR Qc, 56:26 Q. 1.7
1027R1 ..... TR Qc, 56:53 Q. 5.3

Table de la jurisprudence

65302 British Columbia Ltd. c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5814 (C.S.C.) ..... TR Qc, 56:27 Q. 2.1

74712 Alberta Limited c. *MRN*,
97 D.T.C. 5126 (C.A.F.) 24:13, 18, 38

A.G. c. *G.Gi*,
J.E. 2002-1609 (C.S.)..... 51:24

Air Canada c. *Canada (Procureur général)*,
C.A. Montréal, n° 500-09-011298-015, 16 janvier 2003,
j. Rothman, Delisle et Rochon.....48:124-125

Angoss International Ltd. c. *MRN*,
99 D.T.C. 567 (C.C.I.) 45:26, 34

Atinco Paper Products Limited c. *La Reine*,
78 D.T.C. 6387 (C.A.F.) 45:5-6

Attaie c. *MRN*,
90 D.T.C. 6413 (C.A.F.) 24:16

Autobus Thomas inc. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5665 (C.S.C.) 47:49-51
TR Qc, 56:34-35 Q. 2.5

B.E.A. Holdings inc. c. *Trafsys inc*.,
[2003] J.Q. 3949.....48:140-143

Banque fédérale de développement c. *Québec (CSST*),
[1988] 1 R.C.S. 1061 ..... 21:23, 26

Banque Nationale du Canada c. *Sciascia-Trapani*,
R.E.J.B. 2002-31337 (C.A.).....9:25

Banque Nationale du Canada c. *Soracci*,
J.E. 2000-527 (C.A.) 21:9

Banque Royale du Canada c. *Sparrow Electric Corp*.,
[1997] 1 R.C.S. 411 ..... 23:31-32, 34

Barbican Properties Inc. c. *La Reine*,
97 D.T.C. 5008 (C.A.F.) 24:9

Barrey Romkey and Brian Romkey c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.) 4:54-55, 57

Baxter Student Housing Ltd. et *R. C. Baxter Ltd.* c. *College Housing Co-operative Limited* et *College Housing Holdings Incorporated*,
[1976] 2 R.C.S. 475 ..... 21:24-25

Bélanger c. *Compagnie d'assurance Standard Life du Canada*,
[2002] R.J.Q. 1557 ..... 54:36

Belgravia Investments Limited c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 7133 (C.F.) 49:12

Biern-Boyd c. *Cinar Corp.*,
J.E. 2003-86 (C.S.) 28:21

Binet c. *Ville de Montréal*,
C.S. Montréal, n° 500-05-016415-836, 20 juillet 2001 ..... 6:46-47

Blanchard c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 2255 (C.C.I.) 23:49

Blouin (syndic de) c. *Caisse populaire de Val-Brillant*,
[2001] R.J.Q. 321 (C.A.) 54:6-8

Blue Star Battery System International Corporation c. *Blue Star Battery Canada Corporation*,
[2001] 25 C.B.R. (4e) (Ont. S.C.) 23:51
28:39

Boiler Inspection and Insurance Company of Canada (The) et autres c. *Manac Inc. et autres*,
C.S. Montréal, n° 500-05-012751-903, 26 septembre 2003 ..... 6:38-40

Boivin c. *La Reine*,
[2003] G.S.T.C. 30 (C.C.I.) 48:73, 75

Bonch c. *La Reine*,
[2003] G.S.T.C. 11 (C.C.I.) 48:68-69

Bourque c. *Lafortune*,
[2003] R.J.Q. 1437 (C.A.) 9:28

Bousquet et Tessier c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 382 (C.C.I.) 48:69-72

Bronfman Trust c. *La Reine*,
[1987] 1 C.T.C. 117, 87 D.T.C. 5029 (C.S.C.) 24:11, 15-18, 21
30:11
59:96

Brown c. *Canada*,
[2003] C.A.F. 192 ..... 6:6-10

Byram c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5117 (C.A.F.) 24:61

C.R.B. Logging Co. Ltd. c. *La Reine*,
99 D.T.C. 840 (C.C.I.) 47:20-21

Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. *Blouin*,
[2003] 1 R.C.S. 666 ..... 38:22-23
54:5, 8-10

Canadian Asbestos Services Ltd. c. *Banque de Montréal*,
(1992) 16 C.B.R. (3e) 114 (Ont. Div. Gén.) 21:21

Canutilities Holdings Ltd. and Canadian Utilities Ltd. c. *La Reine*,
[2003] C.C.I. 193 ..... 30:30

Central Guaranty Trust c. *SMRQ*,
[1993] R.J.Q. 1559 ..... 23:41

City Parking Canada Ltd. c. *Ontario (ministre du Revenu)*,
(1974) 1 O.R. (2e) 425 (C.A. Ont.) 47:48-49

Colbran c. *La Reine*,
[2003] G.S.T.C. 59 (C.C.I.) 48:79-81

Complexe Immobilier ASKL c. *SMRQ*,
[1997] R.D.F.Q. 46 (C.A.) 23:54

Construction C.G.P. 2000 inc. et autres c. *Procureur général du Québec et MRQ*,
C.S. Saint-François, no 450-05-005127-028,
31 mars 2003, j. Tardif 48:42-47

Construction Garnier Ltée c. *Newell Industries Canada Inc. et autres*,
C.S. Laval, no 540-17-000221-985, 14 novembre 2001 ..... 6:43-44

Continental Bank Leasing Corporation c. *La Reine*,
[1998] 2 R.C.S. 298 ..... 4:34

Coopers & Lybrand Ltée c. *MRN*,
97 D.T.C. 5174 ..... 23:38

Crédit-bail Banque Nationale inc. c. *SMRQ*,
[1997] R.D.F.Q. 124 (C.A.) 47:49, 56-58

Croft c. *Trust La Laurentienne du Canada inc.*,
C.S. Québec, n° 200-17-003277-035 ..... 54:36

Culters Guild Ltd. c. *La Reine*,
81 D.T.C. 5093 (C.F.) 45:19-21

Daly c. *La Reine*,
81 D.T.C. 5025 (C.F. 1re inst.) 45:11

Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. *Xyloid Industries Ltd.*,
[1980] 1 R.C.S. 1182 ..... 23:30

David, Sarah et Rachelle Goldberg c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 190 (C.C.I.) 39:63-65

DeBeers Consolidated Gold Mines Ltd. c. *Howe*,
[1906] A.C. 455 (H.L.) 45:13-14
59:61

Derlago c. *La Reine*,
88 D.T.C. 6290 (C.F.) 30:36

Dirienzio c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 2230 (C.C.I.) 23:50

Doriga Trust c. *MRN*,
81 D.T.C. 85 (C.R.I.) 39:50

Dr. Dextor Ator c. *MRN*,
99 D.T.C. 427 ..... 4:33-35

Dr. Kiss Rao c. *MRN*,
99 D.T.C. 413 ..... 4:33-35

Dr. Richard H. D. Sykes c. *MRN*,
99 D.T.C. 423 ..... 4:33-35

Dudney c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) 59:43

Dwyer (Arthur C.) c. *La Reine*,
[2003] C.A.F. 322 ..... 48:153-155

ELB productions Ltd. c. *MRN*,
91 D.T.C. 1466 (C.C.I.) 45:7-8

Entreprises Michèle L'Heureux Inc. (Les) c. *SMRQ*,
94 D.T.C. 1689 (C.C.I.) ..... TR Féd, 57:35-36 Q. 1.8

Estate of Andrews v. *U.S.*,
79 T.C. 938 [1982] 6:29

Estate of Bright v. *U.S.*,
658 F. 2d 999, (5e circ. 1981) 6:29

Estate of Mixon v. *U.S.*,
464 F. 2d 394 (1972) 59:91

Estate of the Late William Falconer McGuigan,
[1986] C.S. 278, J.E. 1980-118.....9:29

Fettweis c. *SMRQ*,
C.Q. Terrebonne, no 700-32-010715-025,
20 janvier 2003, j. Paquin..... 48:47-48

First Vancouver Finance c. *MRN*,
[2002] 2 R.C.S. 720.....23:31, 46

Fortin c. *Cie d'asurance Wellington*,
C.S. Montréal, no 500-05-024245-969, 7 mars 2000..... 6:42-43

Fortino c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.).....60:62

General Electric Capital Canada Inc. c. *Euro United Corp.*,
(1999) 25 C.B.R. (4e) 250..... 21:19-20

General Motors du Canada Ltée. c. *Cie d'assurance Missisquoi & Rouville*,
[1988] R.D.J. 18 .....6:46

Geo T. Davie and Sons Ltd. c. *MRN*,
54 D.T.C. 1045 (C. de l'É.) 25:6

Geoffrey Inc. v. *South Caroline Tax Commission*,
437 S.E. 2d, 13 n. 1 (1993).....59:47

Geransky c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 243 (C.C.I.).....60:81

Gestion Yvan Drouin inc. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 72 (C.C.I.).....TR Qc, 56:50 Q. 4.3

Giguère (syndic de) c. *SMRQ*,
[2001] R.D.F.Q. 39 (C.A.).....23:42

Glaxo Smithkline c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 918 (C.C.I.)..... 48:122-126

Granby Construction & Equipment Ltd. c. *MRN*,
89 D.T.C. 456 (C.C.I.).....24:59

Grand Toys Ltd. c. *MRN*,
90 D.T.C. 1059 (C.C.I.) 45:23, 26

Hall (George A.) et autres c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 779 (C.C.I.)..... 39:65-66
47:5-11

Hall (Mary Margaret) c. *SMRQ*,
[1998] 1 R.C.S. 2.....47:5, 8

Hallatt c. *La Reine*,
[2001] 1 C.T.C. 2626 (C.C.I.)..... 6:20-22

Hasbro Canada Inc. c. La Reine,
98 D.T.C. 2129 (C.C.I.) 45:23, 24, 25

Heavyside c. *La Reine*,
97 D.T.C. 5026 (C.A.F.) 23:54

Hébert-Gravel (Charlotte) c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-02-015882-827, 5 septembre 1991, j. Gagnon 4:66

Hendricks c. *Québec (Procureur général)*,
[2002] R.J.Q. 2506 (C.S.).....51:6

Hewitt Équipements Ltée c. *Banque Royale du Canada et autres*,
[2001] R.J.Q. 952.....21:10-12

Hydrogenal Inc. c. *Pioneer Companies, Inc. et autres*,
[2002] R.J.Q. 1093 (C.S.) 21:37

Immeubles Wilfrid Poulin Ltée (Les) c. *Les ordinateurs Hypocrat Inc.*,
[1998] R.D.I. 189 (C.A.) 21:37

Imperial Oil Ltd. c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 1954 (C.C.I.) 47:59-61, 62

In Re Lacroix : Raymond Chabot inc. et SSQ Société d'assurance-vie inc.,
J.E. 2001-271 (C.S.) 54:32, 35

In Re Playdium Entertainment Corp.,
[2001] O.J. 4252 .....21:41

In Re Royal Oak Mines Inc.,
(1999) 6 C.R.B. (4e) 314 ..... 21:16-17

J.H. c. *W.F. et SMRQ et l'Association des avocats et avocates en droit familial du Québec et le Barreau du Québec,*
C.A. Montréal, no 500-09-012361-028, 2 septembre 2003,
j. Rothman, Rousseau-Houle et Dalphond..... 48:22-26

Jackman (Gordon) c. *MRN*,
91 D.T.C. 1275 (C.C.I.).....23:61

Jobin c. *SMRQ*,
2003 D.T.C. 5043 (C.Q.) 48:64-68

Journaux Trans-Canada (1996) inc. c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, no 500-02-085453-004, 4 avril 2003, j. Amyot 47:55-58
48:30-37

Juliar c. *Canada (A.G.)*,
(1999) 460 R 3e 104 (S.C. Ont.) 48:141-142

Jurak c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 5145 (C.A.F.)..... 48:156-157

Kimpton c. *Compagnie de chemin de fer du Canadien Pacifique*,
(1888) 4 M.L.R. 338 (C.S.) 9:29

Kligman et autres (Sam) c. *MRN et autres*,
[2003] C.F.P.I. 52 (C.F. 1re inst.) 48:112-121

Korov (Paul) c. *MRN*,
99 D.T.C. 418 .....4:33-35

La Reine c. *Anchor Pointe Energy Ltd*,
[2003] C.A.F. 294..... 48:146-150

La Reine c. *Antoine Guertin Ltée*,
88 D.T.C. 6126 (C.A.F.).....24:53

La Reine c. *Canadian Helicopters*,
[2002] 2 C.T.C. 83, 2002 D.T.C. 6805 (C.A.F.) 24:18
30:6
59:96

La Reine c. *Compagnie pétrolière Impériale ltée et Inco ltée*,
[2003] C.A.F. 289..... 48:143-146

La Reine c. *Ferrel*,
99 D.T.C. 511 (C.A.F.)..... 47:39-40

La Reine c. *Jabin Investments Ltd*.,
2003 D.T.C. 5027 (C.A.F.).....25:73

La Reine c. *Jarvis*,
[2002] C.S.C. 73.....48:99-102, 104-111
49:5-8, 25-40

La Reine c. *Kieboom*,
92 D.T.C. 6283 (C.A.F.)..... 4:53-54, 57

La Reine c. *Kruco inc*.,
[2003] C.A.F. 284.....30:29
TR Féd, 57:19-21 Q. 3.3

La Reine c. *Mohan*,
[1994] 2 R.C.S. 9..... 6:35-37

La Reine c. *Paxton*,
97 D.T.C. 5012 (C.A.F.)..... 45:6-7

La Reine c. *Rex T. Parson*,
84 D.T.C. 6447 (C.A.F.)..... 45:10-11

La Reine c. *Saint-John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd*.,
80 D.T.C. 6272 (C.A.F.).....45:25, 28

La Reine c. *Sherway Centre Ltd*.,
98 D.T.C. 6121 (C.A.F.)..... 24:8, 42-44
25:13

La Reine c. *Simard-Beaudry inc. et autres*,
71 D.T.C. 5511 (C.F.).....23:54, 67

La Reine c. *Vasiliki Tsiaprailis*,
2003 D.T.C. 5246 (C.A.F.)..... 34:22-25
48:126-137

La Reine c. *Wu*,
98 D.T.C. 6004 (C.A.F.).....4:84

Lamarche c. *Olé-Widholm*,
[2002] R.J.Q. 1173 (C.A.) 9:25
51:14

Lanoue c. *Brasserie Labatt ltée*,
C.A. Montréal, n°s 500-09-001693-951 et 500-09-001739-952,
13 avril 1999 ..... 28:20-21

Lau c. *La Reine*,
[2003] G.S.T.C. 1 (C.C.I.) 48:76-79

Le Royal Penfield inc. et autres (proposition de),
C.S. Québec, n° 200-11-010954-025, 16 juillet 2003, j. Gascon 48:54-58

Leblanc c. *Maranda*,
[2001] R.J.Q. 2490 (C.A.) 49:15-18

Ling (Cheek) c. *La Reine*,
[2002] C.S.C. 74 ..... 48:102-111

Logan c. *Ville de Mont-Royal et Demix Construction*,
C.S. Montréal, n° 500-05-001395-93, 1er août 2002 ..... 6:44-45

Loyens c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 355 (C.C.I.) 47:12, 28-32

Ludco Entreprises Ltd. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.) 14:18, 21
30:5, 11
59:98

Ludmer c. *MRN*,
2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.) 24:11-14, 23, 37, 44

M(D) c. *B(D)*,
R.E.J.B. 99-11836 ..... 6:41

MacMillen Bloedel Ltd. c. *La Reine*,
[1991] 1 C.F. 331 ..... 30:35

Manrell c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 5225 (C.A.F.) 48:88-90
TR Qc, 56:17 Q. 1.1
60:62

Maple Leaf Foods Inc. et autres c. *Schneider Corporation*,
[1998] 13 O.A.C. 263 (Ont. C.A.) 28:7

Marché Bernard Lemay c. *Beljaars*,
[2003] R.J.Q. 1557 ..... 54:36

Marquard c. *La Reine*,
[1993] 4 R.C.S. 223 ..... 6:35

Massey Ferguson Ltd. c. *La Reine*,
77 D.T.C. 5013 (C.A.F.) 45:8-9

McClurg c. *La Reine*,
[1990] 3 R.C.S. 1020 ..... 4:33-34, 36, 105

McCoy (Alan) c. *La Reine*,
[2003] C.C.I. 332 ..... 6:6, 11-12

McNamara Construction Company c.
Newfoundland Transshipment Limited et autres,
[1998] ST.J. N° 0942 ..... 6:42

Medland (Susan Jane) c. *La Reine*,
98 D.T.C. 6358 (C.A.F.) 39:64-65

Mitchell c. *Lamarre*,
[1996] R.R.A. 1095 (C.S.) 11:13

Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. c. *Jones Power Co*.,
[1999] CarswellNS 460 ..... 6:41

MRN c. *Banque Nationale du Canada, Caisse populaire d'Amos*
et Caisse populaire Desjardins de Lebel-sur-Quévillon,
[2004] D.T.C. 6145 (C.A.F.) 23:44

MRN c. *Bruce Kitsch*,
[2003] C.A.F. 307 ..... 48:91-99

N.M. Paterson and Sons. Ltd. c. *Mannix Ltd*.,
[1966] R.C.S. 180 ..... 6:46

Nagy et autres c. *MRN*,
91 D.T.C. 993 (C.C.I.) 23:51

National Justice c. *The Ikarian Reefer et autres*,
[1993] 2 Lloyd's Rep. 68 ..... 6:37-38

Netupsky c. *La Reine*,
[2003] G.S.T.C. 15 (C.C.I.) 48:74-76

Neuman c. *La Reine*,
98 D.T.C. 6297 (C.S.C.) 4:33-34, 36, 105

Novopharm Ltd. c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 5195 (C.A.F.) 30:7
47:12, 35

Nussey Estate c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5240 (C.A.F.) 39:30

O.N. c. *M.P.*,
[2002] R.D.F. 1010 (C.S.) 51:24

O'Brien c. *O'Brien Estate*,
(1999) 180 Sask. R. 332 ..... 9:13

Oerlikon Aérospatiale inc. c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5318 (C.A.F.) 47:56, 58

Ogden Palladium Services (Canada) Inc. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 345 (C.C.I.) 45:51-52

Olympia and York Developments Ltd. (trustee of) c. *Olympia and York Reality Corporation*,
(2001) 16 B.L.R. 1 (3e) 74 (Ont. S.C.) 28:8

Ontario (Attorney General) c. *Barfried Enterprises Ltd.*,
[1963] R.C.S. 570 ..... 24:8

OSFC Holdings Ltd. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5471 (C.A.F.) 47:12, 35

Panneaux Chambord inc. c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-02-074316-998, 19 mars 2003,
j. Dionne 48:38-41

Parkes Estate c. *MRN*,
86 D.T.C.1214 (C.C.I.) 9:13

Penn Ventilator Canada Ltd. c. *La Reine*,
[2002] 2 C.T.C. 2636 (C.C.I.) 30:6

Peoples Department Stores Inc. / Magasins à rayons Peoples inc. (syndic de),
C.A. Montréal, n° 500-09-007536-980,
5 février 2003 ..... 28:5-7, 10, 19, 21-22, 30, 45

Perrette inc. c. *Richter & Associés inc. et Ultramar Canada inc.*,
[2000] R.D.F.Q. 52 (C.S.) 23:67

Peter Cundill & Associates Limited c. *La Reine*,
91 D.T.C. 5085 (C.F. 1re inst.) 45:38-39

Pioneer Distributors Ltd. c. *Bank of Montreal*,
[1995] 1 W.W.R. 48 ..... 27:28-29

Pitney Bowes of Canada Ltd. c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 5179 (C.F.) 49:13

Planchers Bois-Franc (Trois-Rivières) (proposition de),
C.S. Trois-Rivières, no 400-11-002072-022, 19 novembre 2002,
j. Richard; [2003] R.J.Q. 157 ..... 28:41
48:53-54

Praxair Canada Inc. c. *La Reine*,
93 D.T.C. 5101 (C.F. 1re inst.) 27:34

Procureur général du Québec c. *Jean Marleau*,
[1995] R.D.J. 236 ..... 6:47-48

Produits forestiers Donohue inc. c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, no 500-02-060177-074, 26 juin 2003, j. Aznar 48:13-21

Propstra v. *U.S.*,
680F. 2d 1248 [1981] 6:29

Quill Corporation v. *Department of Revenue of Illinois*,
504 U.S. 298 (1992) 59:11

R. Blais & Fils inc. et autres (proposition de),
C.S. Montréal, no 500-11-020336-034, 16 juillet 2003, j. Gascon 48:54

Re Balaji Apartments Ltd. c. *Manufacturers Life Insurance Co*.,
(1979) 25 O.R. (2e) 275 (H.C.) 24:9

Re Blue Range Ressources Corp.,
(1999) 245 A.R. 154 ..... 21:37-38

Re Bowater Canadian Ltd. and R.L. Crain Inc.,
(1988) 62 O.R. (2e) 752 (C.A. Ont.) 4:23

Re Carling Worldwide Inc.,
[2001] B.-C.S.C. 224 ..... 28:40

Re Charron Systems Inc.,
(2001) 30 C.B.R. (4e) 201 ..... 21:21-22, 29

Re Dylex Ltd.,
(23 janvier 1995) n° B4/95 (Ont. Div. Gén.) 21:17

Re Hunters Trailer & Marine Ltd.,
(2001) 27 C.B.R. (4e) 236 (C.B.R. Alb.) 21:20-21, 30

Re Royal Oak Mines Inc.,
(1997) 7 C.B.R. (4e) 293 ..... 21:23-24

Re Skydome Corporation,
(27 novembre 1998), n° 98-C.L.-3179 (Ont. Div. Gén.) 21:17

Re Smoky River Coal Ltd.,
(2000) 19 C.B.R. (4e) 281 (C.B.R. Alb.) 21:20, 30

Regor inc. c. *Pro-Sag Mécanique inc.*,
C.A. Montréal, n° 500-09-006086-987, 22 février 2001 ..... 28:20

Rona inc. c. *La Reine*,
[2003] C.C.I. 121 ..... 48:82-88

Ross c. *MRN*,
50 D.T.C. 775 (C. de l'É.) 23:27

Roy c. *Bédard,*
C.S. Québec, n° 200-05-01458-007, 6 février 2001,
j. Deschênes 11:12

St-Jacques c. *Charbonneau*,
[1999] R.D.I. 200 ..... 21:8

Salomon c. *Salomon & Co.*,
[1897] A.C. 22 (H.L.) 28:3

Saskatchewan (Attorney General) c. *Canada (Attorney General)*,
[1947] R.C.S. 394 ..... 24:8

Scotia McLeod inc. c. *Banque de Nouvelle-Écosse et Guy Thibault*,
[2001] R.J.Q. 2099 (C.A.) 54:32,35

Shanks c. *MRN,*
70 D.T.C. 1144 (C.C.I.) 23:14

Shell Canada Ltd. c. *Canada*,
[1999] 3 R.C.S. 222 ..... 24:16, 19-21, 44
30:5, 10-11

Shore c. *MRN*,
92 D.T.C. 6059 (C.F. 1re inst.) 24:25

Siftar c. *La Reine*,
[2003] C.A.F. 137 ..... 34:23-25
48:126, 137-139

Silcof c. *SMRQ*,
[1998] R.D.F.Q. 159 (C.Q.) 23:52

Singleton c. *La Reine*,
[2001] 2 R.C.S. 1046 ..... 14:18, 22
24:17, 21, 44
30:6
38:26, 29

Sinnott c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 2459 (C.C.I.) 23:12, 14

SMRQ c. *L'Industrielle-Alliance, compagnie d'assurances sur la vie*,
C.A. Québec, nº 200-09-003475-016, 11 juin 2003, j. Chamberland,
Rochette et Letarte 48:27-30

SMRQ c. *Leblond, Buzetti et associés ltée*,
[2000] R.E.J.B. 97-04085 (C.A.) 23:66-67

SMRQ c. *Le Gardien Vigilant inc.*,
C.S. Chicoutimi, nº 150-17-000476-033, 29 janvier 2003, j. Banford 48:48-51

SMRQ c. *Noël Parent*,
C.A. Québec, nº 200-09-002914-999, 31 janvier 2002,
j. Otis, Nuss et Thibault 48:9-13

Société d'investissement Desjardins c. *MRN*,
91 D.T.C. 373 (C.C.I.) 27:6

Soper c. *La Reine*,
97 D.T.C. 5407 (C.A.F.) 23:49-50
28:6, 26

Stewart c. *Canada*,
[2002] C.S.C. 46 ..... 6:13-14

Stiliadis c. *La Reine*,
99 D.T.C. 341 (C.C.I.) 23:18

Succession Fay Lubin Rosenfeld c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, nº 500-02-014747-880, 12 mai 1992,
j. Desmarais 37:9, 86

Sulphur Corp. of Canada Ltd.,
(2002) 35 C.B.R. (4e) 304 (C.B.R. Alb.) 21:15-19, 24-25

Tara Exploration and Development Co. Ltd. c. *MRN*,
70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.) 45:16-18, 21

Tennant c. *La Reine*,
[1996] 1 R.C.S. 305 (C.S.C.) 24:16
30:11

Tower c. *MRN*,
[2003] C.A.F. 307 ..... 48:150-152
49:18

Trottier c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, no 500-02-086674-004, 2 décembre 2002,
j. Fillion 48:59-64

United Used Auto & Truck Part Ltd.,
(1999) 12 C.B.R. (4e) 144 (C.S.C.-B.) 21:17-18

Vauban Productions c. *La Reine*,
75 D.T.C. 5371 (C.F. 1re inst.) 45:25, 26

Walls c. *Canada*,
[2002] C.S.C. 47 ..... 6:13-14

Webster c. *Kelly*,
(1891) 7 M.L.R. 25 (C.S.) 9:29

Weigart c. *Stober*,
(1920) 57 C.S. 321 (C. Rév.), confirmé par (1922)
60 C.S. 55 (C. Rév.). 9:29

Wong c. *La Reine*,
99 D.T.C. 458 (C.C.I.) 4:74, 84

MRQ ET APFF :
PARTENAIRES AU SERVICE DE LA POPULATION

Lawrence Bergman
Ministre du Revenu
du Québec

TABLE DES MATIÈRES

1. CONSULTATIONS EXTERNES 1:3

2. LES SERVICES ÉLECTRONIQUES 1:5

3. MODERNISATION DE L'ÉTAT 1:6

CONCLUSION 1:6

Monsieur le président, monsieur le président-directeur général, madame et monsieur coprésidents du Congrès, mesdames et messieurs membres du conseil d'administration, mesdames et messieurs des délégations étrangères, mesdames et messieurs,

C'est un grand plaisir pour moi de m'adresser aujourd'hui, pour la première fois à titre de ministre du Revenu, à vous tous membres de la prestigieuse Association de planification fiscale et financière.

Je tiens tout d'abord à vous confirmer l'importance que revêt pour moi la collaboration qui lie nos deux organisations. Ce partenariat de longue date s'est toujours caractérisé par des actions concrètes et pertinentes, telles que vos interventions dans différents travaux de consultation sur l'administration de la fiscalité. Pour cela, je tiens à vous remercier sincèrement. Nos deux organisations ont un objectif commun, celui d'alléger le fardeau fiscal des contribuables.

Pour plusieurs d'entre vous, l'appui aux entreprises est au coeur de vos actions professionnelles, mais sachez que le soutien à l'entrepreneuriat est aussi inscrit en priorité dans le plan d'action gouvernemental québécois.

Ma présence ici aujourd'hui et la tenue du stand du ministère du Revenu sur le lieu du Congrès témoignent de notre volonté de collaborer.

1. CONSULTATIONS EXTERNES

Je n'ai pas à vous convaincre de l'importance de la consultation lorsqu'un ministère comme le mien est déterminé à améliorer la relation qu'il établit avec sa clientèle.

Le ministère du Revenu a déjà mis en place un groupe de travail conjoint sur l'administration de la fiscalité. Celui-ci a pour mandat de proposer des mesures concrètes qui simplifieront l'application du régime fiscal québécois pour les entreprises. J'ai reçu très récemment les recommandations du groupe de travail, et sachez que ce document sera étudié avec le plus grand intérêt.

Avec les orientations gouvernementales pour toile de fond, le Ministère portera une attention particulière aux mesures pertinentes qui simplifieront l'application du régime fiscal québécois pour les entreprises.

De plus, le premier ministre a reçu dernièrement le rapport du Groupe conseil sur l'allégement réglementaire, présenté par M. Raymond Dutil. Plusieurs recommandations qui en font partie sont en lien direct avec la volonté gouvernementale d'implanter de nouvelles façons de faire, dont l'instauration d'un gouvernement en ligne. Le premier ministre a d'ailleurs accueilli favorablement ces recommandations.

Celui-ci reconnaît la nécessité, pour l'État :

- de réduire et de simplifier les formalités entourant l'application de la réglementation, notamment dans les secteurs qui affectent le plus les PME;

- de mettre l'administration publique davantage au service de la réussite des entreprises et de leur donner des services en ligne adaptés à leurs besoins.

M. Charest déclarait également que :

> « Le déploiement d'un gouvernement en ligne, tel que suggéré dans ce rapport, donnera l'occasion à l'entrepreneurship québécois de s'exprimer plus librement en réduisant la paperasserie et les délais administratifs. Le gouvernement en ligne permettra ainsi aux entreprises de réaliser des gains de productivité qui ne peuvent que favoriser la création d'emplois. »

Je ne peux qu'être extrêmement enthousiaste d'une telle position gouvernementale, puisque le ministère du Revenu offre aux contribuables, particuliers et entreprises, une gamme très intéressante de services électroniques accessibles par Internet.

La plupart des services en ligne concernent les entreprises. Je tiens à vous informer que la qualité de ces services est reconnue non seulement au Québec, mais dans l'ensemble du Canada. Lundi dernier, le ministère du Revenu s'est vu décerner la médaille d'or, remise à l'organisation provinciale s'étant le plus illustrée en matière de gouvernement en ligne. Ce prix de distinction est remis dans le cadre de la semaine GTEC, c'est-à-dire la semaine de la technologie dans l'administration gouvernementale. Je suis fier de vous dire qu'il s'agit de la plus haute forme de reconnaissance attribuée à une organisation dans le domaine des technologies de l'information au Canada. Cette reconnaissance s'ajoute au prix OCTAS, que le Ministère a reçu en mai 2003, dans la catégorie des services en ligne. Les OCTAS sont remis par la Fédération de l'informatique du Québec. Je suis particulièrement fier que mon Ministère contribue à la mise en place d'un véritable gouvernement en ligne.

2. LES SERVICES ÉLECTRONIQUES

Le ministère du Revenu a, à son actif, une gamme de nouveaux services électroniques pour les entreprises. Ces services sont gratuits et sécuritaires. Ils permettent aux 500 000 entreprises du Québec de remplir leurs obligations fiscales sur le Web, ce qui leur facilite la tâche, vous en conviendrez! Je suis fier de vous dire que le ministère du Revenu devient ainsi le chef de file des organisations fiscales en Amérique du Nord.

De façon concrète, en utilisant les services électroniques du Ministère, les entreprises peuvent, par exemple :

- s'inscrire aux différents fichiers du Ministère;
- produire une déclaration de taxes et de retenues à la source;
- produire les relevés 1 et le Sommaire des retenues et des cotisations;
- consulter leur propre dossier fiscal;
- effectuer un paiement au Ministère;
- ou simplement faire leur changement d'adresse.

D'ici la fin de l'année, d'autres services électroniques seront à la disposition des entreprises. J'attire votre attention sur la nouveauté suivante : à compter de décembre 2003, vous pourrez, à titre de comptable, de fiscaliste ou de représentant externe d'une entreprise, utiliser les services en ligne pour transiger avec le Ministère, au nom de cette entreprise. Ceci sera possible, bien sûr, à la condition que l'entreprise vous donne une procuration.

Je suis convaincu que ce service sera avantageux pour vous et que vous serez nombreux à l'utiliser.

Il faut aussi mentionner que le service ImpôtNet Québec connaît une croissance constante. Ce service, rappelons-le, permet aux préparateurs d'impôt et aux citoyens de transmettre électroniquement la déclaration de revenus, diminuant ainsi le délai de traitement.

Cette année, plus d'un million de déclarations de revenus ont été transmises électroniquement par les préparateurs. Il s'agit d'une augmentation de plus de 15 % comparativement à l'an passé.

Vous constaterez, tout comme moi, que la popularité de ces services électroniques témoigne de l'intérêt et de la satisfaction des usagers.

3. MODERNISATION DE L'ÉTAT

Comme vous le savez, le gouvernement du Québec a entrepris un examen complet de ses activités et de ses interventions. La pertinence de chacune d'entre elles est analysée et évaluée. Ceci nous amènera à développer de nouvelles façons de faire afin d'améliorer l'efficacité des actions de l'État, mais surtout la qualité des services offerts aux Québécois.

C'est avec grand plaisir que je m'associe à cette vaste opération. Des travaux sont déjà en cours au Ministère en ce sens. D'ailleurs, dès le début de mon mandat, mon engagement était très clair. Je vous le résume ainsi : faciliter et simplifier la vie des contribuables et des entreprises.

CONCLUSION

La fiscalité, comme bien d'autres domaines d'activité dans notre société, est en mouvement. Elle évolue constamment afin d'être toujours mieux adaptée aux besoins de la société, et c'est très bien ainsi. Ce sont des collaborations comme les nôtres qui font que nous pouvons faire avancer les choses. Parce que notre système trouve son fondement dans l'équité et la justice, tout le monde doit s'acquitter de son devoir fiscal afin de financer les besoins de notre collectivité, qu'ils soient en santé, en éducation ou autres. Cela dit, rien n'oblige qu'il soit si complexe de le faire. Nous avons à cœur de faciliter votre travail de fiscaliste auprès des entreprises et des contribuables québécois.

Ensemble, nos actions contribuent à améliorer de plus en plus l'administration de la fiscalité au Québec. Avec l'aide de partenaires comme vous, notre gouvernement réalisera son plein potentiel économique. Merci

POLITIQUE FISCALE ET FINANCES PUBLIQUES

Réal Tremblay
Sous-ministre adjoint,
Droit fiscal et fiscalité
Ministère des Finances du Québec

Le ministre des Finances m'a demandé de vous transmettre ses amitiés. C'est à regret qu'il ne peut être des vôtres aujourd'hui, mais il tient à vous rappeler que le mandat de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») lui tient particulièrement à cœur.

M. Séguin m'a également demandé de féliciter les responsables de votre association pour le travail accompli. Pour lui, votre mission, dédiée à l'avancement des connaissances et à l'amélioration des compétences de ses membres en matière de fiscalité, de finance et de gestion patrimoniale, est essentielle, d'autant plus que le système fiscal du Québec doit être revu et perfectionné.

Ce matin, je vais donc vous entretenir des orientations de la politique fiscale du gouvernement du Québec et, plus précisément, partager avec vous

la vision du ministère des Finances du Québec en matière de gestion des finances publiques.

Les défis sont nombreux, mais les priorités gouvernementales annoncées sont très claires :

- la santé;
- l'éducation;
- la sécurité;
- la prospérité;
- l'identité.

Au service de ces priorités, il y a une certaine vision du rôle de l'État et, par conséquent, des services qu'il doit rendre à la population.

Avant tout, les fonds publics doivent être gérés efficacement dans le respect des contribuables et de leurs besoins.

Vous le savez, le gouvernement a eu à faire face à une impasse budgétaire importante qu'il a réussi à combler cette année grâce à des mesures de redressement substantielles. Avec des efforts de 1,5 milliard de dollars dans les dépenses et de 1,5 milliard de dollars dans les revenus, le Budget 2003-2004[1], présenté le 12 juin dernier par M. Séguin, est équilibré.

Plus particulièrement, les dépenses fiscales aux entreprises devaient être réduites et de nouvelles façons de faire devaient être envisagées.

C'est ce qui a été fait et le ministre souhaite que l'État développe une meilleure dynamique avec les contribuables, aussi bien les particuliers que les entreprises.

Il y a quelques jours, M. Séguin a présenté la *Synthèse des opérations financières*[2] au 30 juin 2003. Il a annoncé à cette occasion que le déficit zéro

---

1 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004*, *Discours sur le Budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003.

2 QUÉBEC, ministère des Finances, *Synthèse des opérations financières,* 30 juin 2003.

sera maintenu en 2003-2004, et ce, malgré les pressions exercées sur les dépenses et les pertes récemment annoncées par la Société générale de financement, qui ont entraîné une baisse des revenus budgétaires de 137 millions de dollars qui devra être compensée en cours d'année.

Malgré cela, il faut se rappeler que la situation économique du Québec demeure solide et que la demande intérieure est vigoureuse. Le niveau de confiance des ménages et celui de la construction résidentielle restent très élevés.

La croissance des ventes au détail, qui a été de 4,8 % depuis le début de l'année, et les investissements non résidentiels, qui ont augmenté de 6,4 % durant la même période, montrent aussi une forte progression.

Mais vous le savez, plane aussi une certaine incertitude sur les 2 milliards de dollars de transferts fédéraux promis aux provinces seulement si le gouvernement canadien atteint 5 milliards de surplus cette année. Il s'agit là d'un risque de 472 millions de dollars pour le Québec.

Pour 2004-2005, M. Séguin a affirmé que l'impasse budgétaire de l'ordre de 3 milliards de dollars déjà identifiée en juin dernier ne remettra pas en cause la volonté du gouvernement de respecter ses engagements ni l'atteinte du déficit zéro, mais nécessitera un contrôle serré des dépenses.

Le ministre a également mentionné que la consultation prébudgétaire qui s'amorcera dans les prochaines semaines permettra de préciser collectivement les choix à faire.

Ce qui a été fait avec le Budget du 12 juin 2003

Avec le dernier Budget, et malgré une situation difficile, le ministre des Finances a clairement montré la direction qu'il entendait prendre.

Le gouvernement a ainsi maintenu son engagement de réduire substantiellement, à terme, la taxe sur le capital, spécialement pour les PME.

Parce que le seuil en deçà duquel les entreprises ne paieraient pas de taxe sur le capital a été rehaussé à 600 000 $, 70 % des entreprises québécoises, c'est-à-dire environ 195 000 d'entre elles, en seront exonérées dès le 1er janvier 2004. Vous le savez, il est largement admis que c'est la taxe sur le capital qui a le plus grand effet négatif sur la croissance économique.

Le choix qui a été fait de réduire cette taxe l'a été en faveur de la compétitivité des entreprises. Il l'a été en faveur du développement économique de l'ensemble des régions du Québec.

Par ailleurs, les petites entreprises ne seront plus obligées de consacrer 1 % de leur masse salariale à des activités de formation de la main-d'œuvre. Cette obligation créait davantage de complexité qu'elle n'encourageait réellement la formation des employés.

Le gouvernement a également choisi d'ajuster son aide aux entreprises à un niveau plus conforme à ses moyens, tout en veillant à ce qu'elle demeure compétitive.

Il a donc cherché à être plus performant tout en dégageant une marge de manœuvre financière pour entreprendre le redressement de la situation des finances publiques.

Tout cela a été fait en maintenant la compétitivité du régime fiscal et en commençant à le ramener à ce qui prévaut dans les autres provinces canadiennes.

En 2000-2001, par exemple, l'aide fiscale et budgétaire accordée aux entreprises privées était, au Québec, de 2,4 milliards de dollars. Elle était de 802 millions de dollars en Ontario.

Ce qui sera fait

Les objectifs du gouvernement sont donc clairs : alléger le fardeau fiscal, simplifier le régime fiscal et revoir les fonctions de l'État.

Vous le savez, l'allégement du fardeau fiscal et la simplification du régime fiscal pour les particuliers et les entreprises font partie des six grands travaux, des six grands chantiers mis de l'avant par le premier ministre lors du Discours inaugural.

Les orientations du gouvernement en ces matières seront précisées et mises à jour de façon transparente. Ainsi, dans les prochains jours, sera publié un document de consultation qui fera état de la situation budgétaire, des éléments de prévisions de revenus et de dépenses ainsi que des principaux enjeux en matière de finances publiques.

Le ministre des Finances a déjà mentionné qu'il souhaitait des consultations prébudgétaires élargies et systématisées, qui permettront à

toutes celles et à tous ceux qui désirent exprimer leur point de vue de le faire, notamment en matière de politique de taxation. Par conséquent, vous êtes invités à participer à cet exercice et le ministre compte sur l'APFF pour lui faire part de suggestions et de commentaires pertinents.

Alléger le fardeau fiscal, cela implique, d'une part, qu'il faudra agir sur l'impôt sur le revenu des particuliers et que, d'autre part, il faudra maintenir et améliorer la compétitivité du régime fiscal des entreprises.

En définitive, le Budget 2004-2005 posera les balises pour que le gouvernement puisse réaliser ses engagements.

La réalité à laquelle le Québec est confronté, c'est que les taxes et les impôts sont plus lourds ici qu'ailleurs. En 2002, les recettes fiscales totales en pourcentage du PIB s'élevaient, au Québec, à 40,4 %. C'était 5 % de plus que la moyenne canadienne. Un pourcentage plus élevé au Québec qu'au Canada ou qu'à l'étranger. Ainsi, seules la France et l'Italie exigent plus des contribuables que le Québec au sein des pays du G7, avec des recettes fiscales totales représentant 45,2 % et 41,8 % de leur PIB respectivement.

Par rapport à l'Ontario, c'est à l'impôt sur le revenu des particuliers que l'écart est le plus élevé. Prenons une famille, un couple et deux enfants, qui gagne 75 000 $ par an. Au Québec, cette famille va payer 2 838 $ de plus d'impôt que la même famille ontarienne. Il s'agit d'un écart de 18 %, alors que la richesse collective du Québec est de 18 % inférieure à celle de l'Ontario.

Pour M. Yves Séguin, il n'est pas possible de poursuivre dans cette voie. Le Québec doit rejoindre la moyenne canadienne. C'est là, pour lui, une impérieuse nécessité.

Comme vous le savez, un régime fiscal trop lourd peut amener plusieurs conséquences négatives sur la croissance de l'économie et sur le niveau de vie.

Pour les particuliers, cela représente moins d'emplois, un désintéressement au travail, une hausse du « travail au noir », une réduction du revenu disponible et donc une baisse de la consommation et de l'épargne.

Cet allégement du fardeau fiscal que veut le gouvernement devra profiter avant tout aux familles et à la « classe moyenne ».

Pour les entreprises, un régime fiscal trop lourd, c'est la réduction de leurs investissements qui nuit à leur capacité de production et entraîne une hausse des coûts de production par rapport à nos concurrents. C'est une pression à la hausse des demandes salariales. Une fuite des travailleurs les plus qualifiés. L'augmentation des coûts d'observation des entreprises et, enfin, une réduction générale de leur compétitivité sur les marchés extérieurs.

Mais après l'allégement du fardeau fiscal, le second défi consiste à simplifier le régime fiscal.

Pourquoi faut-il le simplifier?

Parce que sa complexité entraîne des coûts pour l'ensemble des intervenants économiques du Québec. Dans son rapport de mai 2001[3], le Groupe conseil sur l'allégement réglementaire soulignait que le ministère du Revenu était responsable de 75 % des formalités administratives gouvernementales que doivent remplir les entreprises.

Le ministère des Finances poursuivra donc les actions enclenchées lors du Budget 2003-2004 avec l'exercice de révision de l'ensemble des programmes d'aide, de crédits d'impôt et de subventions.

En effet, le régime fiscal actuel, aussi bien celui des particuliers que celui des entreprises, contient une foule de dépenses fiscales et la multitude de ces dépenses accroît la complexité de la fiscalité. Pas moins de 60 crédits d'impôt différents s'adressent aux entreprises et bon nombre de contribuables ne s'y retrouvent d'ailleurs plus.

C'est pour toutes ces raisons que le bien-fondé de l'ensemble des mesures fiscales doit être requestionné.

Avec le Budget 2003-2004, une première étape a donc été franchie.

Avec le Budget 2004-2005, devront être posés les jalons nécessaires pour simplifier le régime fiscal et alléger le fardeau fiscal. Le ministre des Finances a assuré à plusieurs reprises que cela sera fait dans la plus grande transparence.

---

[3] *Rapport du Groupe conseil sur l'allégement réglementaire au premier ministre du Québec*, « La simplification des formalités administratives; une nécessité pour l'économie », mai 2001.

Par ailleurs, le ministre a réitéré que le déficit sera maintenu à zéro l'an prochain et pour chacune des années à venir.

Pour y arriver, il ne suffira pas d'équilibrer les comptes. Il faudra s'assurer que chaque dollar prélevé auprès des contribuables sera utilisé en fonction des priorités définies par la population.

Tous sont en droit de réclamer de l'État qu'il donne des services de la plus haute qualité, qu'il mette en place un environnement favorable à leur prospérité et qu'il veille à leur sécurité. Ils veulent un État qui assure le financement adéquat des services publics aussi bien pour eux que pour les générations qui les suivent. Ils exigent également un État qui sait s'organiser sans toujours exiger davantage des contribuables.

Comme vous le savez, de telles ambitions nécessitent la mise en place de réformes structurelles. M. Yves Séguin s'est engagé à ce que ces réformes se fassent en tenant compte de la capacité de payer des contribuables québécois.

AGENCE NATIONALE D'ENCADREMENT DU SECTEUR FINANCIER

Jean St-Gelais
Président-directeur général
Agence nationale d'encadrement du secteur financier

Je vous avoue que c'est avec un certain trac que je m'adresse à vous, pour deux raisons bien simples.

C'est d'abord la première fois que je prends la parole en public à titre de président-directeur général de l'Agence d'encadrement du secteur financier du Québec (ci-après « l'Agence »).

Quant à la deuxième raison, vous en êtes grandement responsables… parce que vous constituez un auditoire compétent et critique en matière de fiscalité, de stratégie financière, d'encadrement et de réglementation.

Heureusement, ce trac de circonstance est compensé par la fierté et l'enthousiasme que je vais tenter de vous communiquer, en vous présentant une toute nouvelle organisation en matière d'encadrement, l'Agence, une organisation qui prendra son envol définitif dans moins de quatre mois, soit le 1er février 2004.

L'Agence constituera le principal organisme d'encadrement financier au Québec. Elle regroupera sous un même toit les fonctions et le personnel de cinq organismes :

- la Commission des valeurs mobilières;
- la Régie de l'assurance-dépôts;
- le Bureau des services financiers;
- le Fonds d'indemnisation des services financiers; et
- l'Inspecteur général des institutions financières.

La création de l'Agence s'inscrit d'abord dans une démarche de simplification des structures et des intervenants, en commençant par l'intégration des organisations.

J'ai choisi de vous présenter trois des principaux objectifs de l'Agence :

- premièrement, nous voulons mieux protéger les consommateurs québécois;
- deuxièmement, nous voulons réduire le fardeau administratif et bureaucratique de l'industrie;
- troisièmement, nous voulons être mieux équipés pour suivre l'évolution spectaculaire et la convergence rapide des marchés financiers.

Mieux protéger les consommateurs

La grande majorité des entreprises financières et du monde des affaires en général sont bien gérées, intègres et elles offrent des produits et services de qualité aux consommateurs. Les scandales financiers que nous avons connus en Amérique du Nord et en Europe sont le fait d'une minorité, mais ils ont entaché la crédibilité de l'ensemble.

Il nous faut donc tous travailler à restaurer cette crédibilité surtout dans un secteur où la confiance, la crédibilité, la transparence sont à la base des relations d'affaires. Il y a des leçons à tirer de ces scandales financiers.

La création de l'Agence nous offre donc une occasion unique de travailler à redonner confiance aux consommateurs. Un équilibre doit être établi entre le degré optimal de réglementation à imposer et les bonnes pratiques de gestion et de gouvernance que les entreprises se donnent. Cet équilibre a été brisé avec les scandales financiers récents.

Il est donc nécessaire de rétablir cet équilibre et pour cela, il nous faudra resserrer l'application de la réglementation.

Pour tout ce qui concerne la conformité, les ressources seront, soit augmentées, soit consolidées (inspecteurs, avocats, techniciens, comptables). La priorité sera accordée aux ressources sur le terrain pour appliquer le mieux possible la réglementation.

Un suivi particulier sera effectué concernant les déclarations de transactions d'initiés, pour faire en sorte que ces transactions soient déclarées dans les délais prévus et que les contrevenants soient poursuivis, s'il y a lieu.

Nous nous assurerons aussi que l'information financière rendue publique soit juste et complète, de manière à ce qu'elle reflète adéquatement la situation réelle de l'entreprise. Nous mettrons un soin particulier à sensibiliser les vérificateurs internes et externes des entreprises aux vues de l'Agence.

Les organismes de réglementation, les consommateurs, de même que l'industrie des services financiers ont tous intérêt à ce que les consommateurs soient informés et bien éduqués en matière de services financiers. Qu'ils sachent où s'informer pour obtenir les services qui correspondent à leurs besoins.

Dans ce sens, nous ferons un effort important pour améliorer l'éducation des consommateurs en matière de services financiers et l'Agence devra exercer un leadership de premier plan à cet égard.

Les initiatives du secteur privé et de plusieurs organismes sont louables mais dispersées, non coordonnées. Nous devons unir nos efforts en cette matière et je veux que l'Agence joue un rôle central dans ce processus.

Je veux que l'Agence soit reconnue par les consommateurs et l'industrie comme une organisation avec laquelle il sera facile de négocier, et ce, même si les réponses obtenues ne sont pas toujours celles souhaitées par les différents interlocuteurs. J'ai pour objectif que l'Agence devienne et soit

reconnue comme l'autorité financière au Québec, dédiée d'abord et avant tout à la protection des consommateurs.

Parlons maintenant du second objectif, celui de faciliter la vie aux entreprises.

Faciliter la vie aux entreprises

L'Agence a pour deuxième grand objectif de réduire au maximum le fardeau administratif des entreprises. Les entreprises et les organismes actuels de réglementation échangent régulièrement des masses importantes d'information. Nous ferons tous les efforts pour améliorer cette transmission d'information sans pour autant imposer un fardeau indu aux entreprises.

Il faudra que l'Agence agisse promptement et efficacement, que le personnel ait les pouvoirs adéquats de manière à ce que les décisions soient prises au bon niveau et au bon moment. Il nous faudra construire et développer avec nos partenaires de l'industrie des façons de faire, des systèmes performants, au meilleur prix possible, pour traiter l'ensemble de l'information que nous devons nous échanger.

Dans un autre ordre d'idées, je compte mettre beaucoup d'efforts pour multiplier les initiatives d'harmonisation avec les autres provinces en matière de valeurs mobilières et avec les autorités fédérales pour tout ce qui concerne la solvabilité.

Le processus du passeport qui fait l'objet de discussions entre les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) doit être mis en place dans les meilleurs délais.

D'ailleurs, vous le savez sans doute, les ministres responsables de la réglementation des valeurs mobilières au Canada ont convenu de mettre rapidement sur pied ce système de passeport qui permettra à un courtier ou à un émetteur d'avoir accès à l'ensemble des marchés provinciaux en ne s'adressant qu'à son autorité principale, ce qui réduira leur fardeau administratif par rapport à la situation actuelle.

Dans la même veine, la *Uniform Securities Law* est une initiative extrêmement intéressante qui servira de base à l'harmonisation et à la simplification des législations. Enfin, je souhaite que le Québec se joigne aux autres provinces et participe à la Base de données nationale d'inscription (BDNI), une autre initiative qui réduira le fardeau des entreprises d'ici.

Dans toutes ces initiatives, l'Agence jouera son rôle pleinement et de manière productive. Nous allons défendre les intérêts du public québécois.

Parmi les organismes avec lesquels nous tisserons des liens très serrés, nous retrouvons l'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières (ACCOVAM), bien sûr, avec laquelle nous travaillerons à une reconnaissance officielle comme organisme d'autoréglementation (ci-après « OAR »).

De plus, je veux appuyer et accompagner la Bourse de Montréal dans le développement d'une équipe spécialisée en matière de réglementation des produits dérivés.

Dans le domaine de la distribution de produits et services financiers, la Chambre de la sécurité financière (CSF) et la Chambre de l'assurance de dommages (ChAD) se sont vu reconnaître le statut d'OAR. Nous collaborerons évidemment avec l'Institut québécois de planification financière (IQPF), l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (ACCAP), le Bureau d'assurance du Canada (BAC), le Regroupement des cabinets de courtages du Québec (RCCAQ) et tous les autres organismes de représentation du milieu financier.

Vous me pardonnerez de ne pas nommer tous les autres organismes, la liste étant beaucoup trop longue.

La flexibilité et la volonté de collaborer avec les OAR devront faire partie des valeurs de base de l'Agence puisqu'elle aura à traiter autant avec de grandes entreprises qui disposent de moyens importants qu'avec des individus agissant seuls à leur compte.

Nous devrons établir des partenariats fructueux avec les entreprises, les employeurs, les associations et même les médias, qui ont pris une influence considérable dans les milieux financiers au cours des 10 à 15 dernières années.

Les gestionnaires d'entreprises, les représentants aux conseils d'administration ont placé l'accent, dans une trop large mesure, sur l'intérêt à court terme des actionnaires et ont mis de côté des éléments essentiels de leur gestion et de leur prise de décision : l'intérêt des consommateurs, des employés, de la communauté dans laquelle ils opèrent et évidemment l'intérêt des petits actionnaires de l'entreprise. Il est temps que les règles de gouvernance soient revues et améliorées et que le public en général soit

informé de ces changements qui contribueront à maintenir la confiance des marchés.

Troisième et dernier objectif poursuivi par l'Agence : mieux suivre l'évolution et la convergence des marchés.

Suivre l'évolution et la convergence des marchés

La création de l'Agence arrive à point, compte tenu de l'évolution des marchés des services financiers, une évolution caractérisée par un fort courant de désintermédiation, un décloisonnement presque entièrement réalisé et une mondialisation tous azimuts des marchés financiers.

Nous vivons un contexte d'inquiétude et d'incertitude où tout le monde est interpellé quant à l'avenir.

Comme je l'ai déjà mentionné, il est déplorable qu'une minorité d'entreprises entache la réputation de l'ensemble alors que nous savons que la majorité des entreprises sont dirigées de manière compétente.

Malheureusement, depuis ces premiers scandales, beaucoup de consommateurs ont perdu confiance. Ils exigent aujourd'hui plus de limpidité et plus de transparence de la part des institutions et des intermédiaires avec qui ils font affaire.

L'industrie, de son côté, a encaissé le coup et entrepris rapidement plusieurs examens de conscience. Tous les acteurs des milieux financiers ont alors découvert plus que jamais la complexité et la fragilité des systèmes qui régularisent les marchés et les entreprises.

Ces situations de crise sont difficiles pour tout le monde, mais elles ont le mérite de faire ressortir de grands constats.

Dans le contexte actuel, il nous faut revenir aux valeurs de base : intégrité, transparence, crédibilité, simplicité.

La structure de l'Agence est évidemment conçue pour promouvoir ces valeurs de base. Je crois fermement que la mise en place de guichets uniques, tant pour l'assistance aux consommateurs que pour les services à l'industrie, contribuera à faciliter la vie de tout le monde.

On comptera, à l'Agence, quatre directions d'encadrement dirigées par autant de surintendants :

- l'assistance aux consommateurs;
- la solvabilité;
- la distribution; et
- les marchés des valeurs.

Il y aura aussi trois directions générales :

- l'administration et les services à l'industrie;
- le secrétariat et les affaires juridiques; et enfin,
- les affaires de la société, où seront concentrés notamment les enquêtes et le contentieux.

Toujours au chapitre des structures, la loi prévoit la création d'un conseil consultatif de régie administrative composé de sept membres nommés par le ministre des Finances.

Une telle structure nous permettra de relever adéquatement un défi qui se pose à tous les organismes de réglementation : suivre l'évolution des marchés, des innovations, pour anticiper les changements afin que la réglementation évolue sans être un frein à la conduite des affaires.

Remerciements

La mise en place d'une telle organisation exige des efforts de tous les instants. Pour y arriver, le gouvernement a confié un mandat au Bureau de transition de l'encadrement du secteur financier (ci-après « Bureau de transition »).

La mission du Bureau de transition est d'implanter l'Agence sans interrompre les activités des organismes actuels. Il doit également mettre en place le nouvel encadrement et en faire la promotion auprès des intervenants et de la population en général.

Le Bureau de transition a débuté ses activités en février 2003. Il est dirigé par M. Armand Couture, qui a jadis occupé les fonctions de président et chef de l'exploitation d'Hydro-Québec et de vice-président de SNC-Lavalin.

M. Couture est assisté de cinq membres :

- M. Jacques Dumont, qui a été inspecteur général des institutions financières et président-directeur général de la Régie de l'assurance-dépôts;

- M. John Harbour, ex-président de l'Industrielle-Alliance auto et habitation et ex-président de la Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins;

- Mme Élaine Phénix, présidente de Phénix Capital et ex-première vice-présidente à la Bourse de Montréal;

- M. André Legault, sous-ministre des Finances; et

- Me Gisèle Gauthier, secrétaire du Bureau.

Comme vous pouvez l'imaginer, cette équipe n'a pas chômé depuis ses débuts. Je tiens à les remercier tous, et particulièrement M. Couture.

Je terminerai par quelques observations qui sont devenues pour moi de véritables conditions de réussite de cette nouvelle organisation.

La première tient au personnel des organismes qui seront bientôt intégrés. Nous disposons de grandes compétences en matière d'encadrement et de réglementation au Québec, des compétences pointues, et le fait de rassembler dans une même organisation tous ces professionnels créera, j'en suis convaincu, un effet de synergie qui bonifiera l'encadrement au Québec.

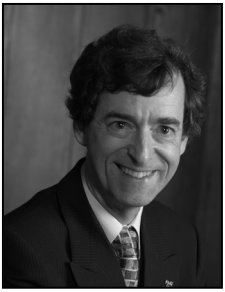
Bien sûr, encore faudra-t-il bien intégrer ces ressources, leur donner toute la latitude pour qu'ils puissent s'épanouir professionnellement et s'investir personnellement dans la réussite de cette nouvelle agence. J'en fais une première condition de réussite.

J'en profite pour saluer le personnel de la future agence et rappeler la grande admiration que je porte à leur travail et à leur expertise.

La seconde condition, vous vous en doutez bien, c'est le souhait que toute l'industrie accueille cette nouvelle organisation avec enthousiasme, dans un esprit de collaboration franc et ouvert. Nous voulons réduire les irritants, vous simplifier la vie, vous permettre de mieux faire votre travail comme institution, comme société ou comme individu.

Il est impérieux de lancer le signal, hors des frontières du Québec, que l'encadrement du secteur financier, ici, est à la fois transparent, efficace et sécuritaire. Ce signal aura un effet stimulant sur l'économie du Québec.

LES TECHNIQUES DE GEL SUCCESSORAL



Luc Martel
Avocat, M. Fisc.
Martel, Cantin

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 4:3

1. TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE 4:7

1.1. CONTEXTE RETENU 4:7
1.2. TRANSMISSION DANS UN CONTEXTE DE GEL SUCCESSORAL 4:8
1.2.1. Signification de l'expression « gel de succession » 4:8
1.2.2. Quand geler? 4:9
1.2.3. En faveur de qui geler? 4:13
1.2.4. Pourquoi geler? 4:17
1.3. ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE GEL 4:30
1.3.1. Vote 4:31
1.3.2. Dividende 4:31
1.3.3. Remboursement 4:38
1.3.4. Rachat 4:38
1.3.5. Restriction sur les transferts 4:45

1.3.6. Restriction sur les sorties de fonds 4:46
1.4. BÉNÉFICIAIRES DE LA TRANSMISSION – FIDUCIE ENTRE VIFS 4:46
1.5. LES AFFAIRES *KIEBOOM* ET *ROMKEY* 4:53
1.6. RÈGLES D'ATTRIBUTION 4:56
1.6.1. Transfert ou prêt à un mineur 4:56
1.6.2. Prêt sans intérêt ou à intérêt faible 4:58
1.6.3. Transfert ou prêt à une compagnie 4:59

2. TECHNIQUES DE TRANSMISSION D'ENTREPRISE 4:65

2.1. TECHNIQUES DE GEL À L'INTERNE 4:65
2.1.1. Donation 4:65
2.1.2. Vente directe 4:71
2.1.3. Échange d'actions 4:75
2.1.4. Paiement d'un dividende en actions 4:81
2.2. TECHNIQUES DE GEL À L'EXTERNE 4:89
2.2.1. Vente à un « holding » 4:89
2.2.2. Vente d'éléments d'actif 4:93
2.2.3. Société de personnes 4:99

3. AUTRES CONSIDÉRATIONS DÉCOULANT DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE 4:101

3.1. ASSOCIATION DE COMPAGNIES 4:102
3.1.1. « Désassociation » de compagnies de l'auteur du gel 4:102
3.1.2. Association de compagnies – Avec enfant 4:104
3.1.3. Association de compagnies – Avec tiers fiduciaire 4:106
3.1.4. Association de compagnies – Par convention d'actionnaires 4:107
3.2. CONVENTION D'ACHAT / VENTE ENTRE LES ENFANTS 4:109
3.3. TESTAMENT DES BÉNÉFICIAIRES DU GEL 4:112
3.4. MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE 4:114

CONCLUSION 4:115

ANNEXE 1 ..... 4:118

ANNEXE 2 ..... 4:119

ANNEXE 3 ..... 4:120

ANNEXE 4 ..... 4:121

INTRODUCTION[1]

La transmission de l'entreprise est un sujet toujours d'actualité, particulièrement dans le contexte où les entreprises familiales contribuent fortement à l'essor économique de la province de Québec, qui plus est du Canada, pour ne pas dire de l'Amérique du Nord où, selon certaines statistiques, ces entreprises sont à l'origine de 50 % de tous les salaires payés et de 66 % de tous les nouveaux emplois créés.

Ces statistiques, et bien d'autres encore, sont rapportées par un auteur bien connu, qui a écrit sur la transmission d'entreprise et tout particulièrement celle de l'entreprise familiale. Il s'agit de M. Yvon G. Perreault que l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») a déjà eu le privilège de recevoir à quelques reprises[2]. Dans le texte de 1994 de M. Perreault, certains commentaires-chocs ont plus particulièrement retenu mon attention :

- il y a 70 % des entreprises familiales qui ne survivent pas jusqu'à la deuxième génération, 90 % jusqu'à la troisième génération et, de celles-ci, seulement 1 % comptent encore un membre de la famille;

- l'entrepreneur met jusqu'à 80 000 heures pour bâtir son entreprise et environ six à dix heures pour planifier sa succession;

- moins de 5 % des entrepreneurs adoptent une approche rationnelle globale pour préparer leur relève et planifier leur succession; dans la majorité des cas, les entrepreneurs se limitent aux aspects techniques (gel successoral, bilan successoral, testament, fiscalité, juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de l'entreprise, assurance vie, etc.);

---

1 Le présent texte est la reprise du texte publié sous le titre « La transmission de l'entreprise : Aspect fiscal 1 », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et finanicière, 2000, pp. 23:1-90, mis à jour pour tenir compte des éléments nouveaux que j'ai jugé bon de traiter, ainsi que de nouvelles prises de position sur certains sujets, telle la « renonciation au dividende » comme technique alternative au dividende discrétionnaire (voir la section 1.3.2.1. ci-après), ou encore le dividende en actions (voir la section 2.1.4.3. b) du présent texte), et enrichi de commentaires additionnels.

2 Yvon G. PERREAULT, « Relève et transmission de l'entreprise : L'entreprise familiale », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 7:1-27; « La transmission de l'entreprise : Aspect humain », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 28:1-16.

- même si elles sont peu nombreuses, certaines entreprises familiales traversent harmonieusement le cap des générations et ont fait mentir le fameux dicton : « La première génération fonde l'entreprise, la deuxième génération la développe et la troisième génération la ruine ».

Je ne saurais trop insister sur le fait qu'on ne peut aborder les aspects légaux ou fiscaux de la transmission d'une entreprise avant que n'ait d'abord été réglé l'aspect humain de celle-ci. Ce serait peine perdue que de bâtir une structure sophistiquée de transmission d'entreprise, tant du point de vue légal que fiscal, si à la base les questions plus immédiates, plus terre à terre, correspondant sans doute aux véritables préoccupations des personnes intéressées, n'ont pas été abordées. Je pense par exemple aux questions suivantes :

- Existe-t-il une situation conflictuelle au sein de la famille, soit entre les parents et les enfants ou entre les enfants entre eux?

- Quel sera le rôle de chacun des membres de la famille au sein de l'entreprise? La description des fonctions de chacun est-elle bien établie? La rémunération rattachée à ces fonctions est-elle bien définie et à la satisfaction de chacun?

- Les parents doivent-ils se préoccuper de la participation dans l'entreprise familiale des enfants qui n'entendent pas y faire un apport, que ce soit en travail ou en capital? Comment cela sera-t-il perçu par celui ou ceux des enfants qui sont actifs au sein de l'entreprise?

- Si la transmission doit être effectuée en faveur de plusieurs enfants, ces derniers peuvent-ils travailler ensemble?

- Y a-t-il parmi les enfants des candidats valables pour prendre la relève des parents au sein de l'entreprise familiale? Faudrait-il penser à intéresser certains employés-clés dans l'entreprise pour appuyer les enfants?

- Les enfants sauront-ils diriger l'entreprise?

- Comment les employés de l'entreprise accepteront-ils l'arrivée des enfants dans l'entreprise? Les enfants réussiront-ils à se faire respecter par les employés? Les enfants respecteront-ils les employés, leur expérience?

Ce ne sont là que quelques-unes des questions que devront se poser les parents qui songent à la transmission de leur entreprise en faveur de leurs enfants.

Comme je le mentionnais au tout début, la transmission d'entreprise et, tout particulièrement, celle de l'entreprise familiale, est un sujet qui revient régulièrement sur le tapis et qui fait déjà l'objet d'une multitude de textes. Seulement au sein de l'APFF[3], un rapide survol de la documentation publiée par celle-ci permet de relever les textes suivants :

- Jean-Pierre ROY, « Transfert d'entreprises familiales », dans *Colloque – Planification successorale après l'abolition des droits successoraux et de l'impôt sur les dons*, 17, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1985, pp. 1-87;

- Claude BERGEL, « Techniques de gel successoral », dans *Colloque – Planification successorale après l'abolition des droits successoraux et de l'impôt sur les dons*, 17, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1985, pp. 1-33;

- Henri-Louis FORTIN, « Planification corporative dans un contexte familial : Gel successoral », dans *Congrès 86*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1987, pp. 497-518;

- Marc A. POTECHIN et Stéphane SAINT-ONGE, « Mise à jour des techniques de gel et de fractionnement du revenu », dans *Colloque – Capitalisation et financement de l'entreprise*, 45, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991, pp. 1-73;

- P. Mario CHARPENTIER, Sylvain BACON, Luc PARISEAU, et Monique LEMIRE, « Étude de cas A – Planification successorale, gel et dégel (PME) », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 1 209-1 271;

- Luc MARTEL, « Gel successoral », dans *Colloque – L'assurance vie : Applications pratiques en planification fiscale et financière*, 64, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 1-65;

---

[3] Et je ne vous parle même pas de tous les textes écrits sur le sujet dans les publications de l'Association canadienne d'études fiscales, de l'Institut canadien, etc.

- P. Mario CHARPENTIER, et Anne-Marie BOUCHER, « Planification fiscale et successorale dans un contexte d'entreprise familiale », (1994), vol. 16, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 453-503;

- Gilles SÉGUIN, « Relève et transmission de l'entreprise », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 8:1-48;

- François AUGER, et Geneviève LILLE, « Gel successoral – Pièges et attrapes », dans *Colloque – La Planification Successorale*, 95, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 1-57.

- Luc MARTEL, « La transmission de l'entreprise : Aspect fiscal », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 23:1-90.

On retrouve dans ces textes la plupart des commentaires qui vont suivre. Aucune modification fiscale majeure n'est à souligner depuis la publication des derniers textes sur le sujet. C'est pourquoi l'intérêt du présent texte consistera non pas à présenter du matériel nouveau, mais plutôt à faire une présentation différente, dans une tentative de regroupement en un seul endroit de l'information générale afférente aux principales techniques de transmission d'entreprise. J'essaierai, pour chacune des techniques de transmission, de souligner les avantages et les désavantages découlant de la technique en question. Les techniques retenues seront les suivantes :

1) donation;

2) vente directe;

3) échange d'actions;

4) paiement d'un dividende en actions;

5) vente à un « holding »;

6) vente d'éléments d'actif;

7) société de personnes.

Je profiterai de l'occasion pour faire une petite étude comparative des dispositions de roulement utilisées par les fiscalistes dans le cadre de ces

techniques de transmission d'entreprise[4], je réviserai les caractéristiques que doivent comporter les actions privilégiées dites de « gel » qui sont habituellement utilisées dans le cadre de ces techniques de transmission et, il va de soi, je ponctuerai ce texte de suaves commentaires.

Je n'ai pas l'intention cependant de m'attarder sur les techniques de dégel, lesquelles me semblent déborder le cadre du présent sujet, soit celui de la transmission d'une entreprise et non pas, au contraire, de la récupération d'une entreprise déjà transmise[5].

Mais avant de traiter des aspects plus techniques de la transmission d'entreprise, qui constituent en quelque sorte le « comment? » de la transmission, j'aimerais d'abord soulever certains points relativement aux « quand? », « en faveur de qui? » et « pourquoi? » procéder à une telle transmission.

1. TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE

1.1. CONTEXTE RETENU

Aux fins du présent texte, j'ai retenu les balises suivantes :

- l'entreprise à être transmise est une entreprise familiale;
- l'entreprise que l'on souhaite transmettre est une entreprise exploitée activement qui est encore du domaine privé, c'est-à-dire qui n'a pas fait l'objet d'une inscription à une Bourse;
- la transmission recherchée par l'entrepreneur en est une en faveur de ses enfants plutôt qu'à celle de son conjoint ou de ses employés[6]; j'appellerai

---

4 Voir à la section 2.1.3.2. ci-après. Également, pour une étude approfondie sur ce sujet, voir le texte de Mark D. BRENDER, « Utilisation des articles 51, 85, 85.1 et 86 L.I.R. », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 19:1-40.

5 Pour ceux qui voudraient lire sur la question du dégel, je vous réfère à l'excellent article d'André MORISSETTE, Richard CHAGNON et Diane BRUNEAU, « Le dégel successoral », (1992), vol. 40, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 304-337. Également, vous pourrez voir le texte de Luc MARTEL, « Méthodes de dégel successoral », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 25:1-50.

6 Remarquez que beaucoup des commentaires qui suivront quant aux techniques de transmission aux enfants seront aussi valables s'il s'agit d'une transmission aux

(à suivre…)

« auteur » ou « auteur du gel » la personne qui désire procéder ainsi à la transmission de son entreprise;

- je considérerai que l'entreprise devant faire l'objet d'une transmission est incorporée[7];

- l'auteur de la transmission est désireux de procéder à cette transmission et est conscient des avantages et des inconvénients qu'une telle transmission pourra lui apporter[8].

1.2. TRANSMISSION DANS UN CONTEXTE DE GEL SUCCESSORAL

Dans un contexte familial, la transmission d'entreprise s'effectue la plupart du temps au moyen d'une planification successorale impliquant un gel de succession. Qu'entend-on par l'expression « gel de succession »?

1.2.1. Signification de l'expression « gel de succession »

L'expression « gel de succession » ou simplement « gel », utilisée dans le présent texte, désignera l'opération par laquelle des biens susceptibles de prendre de la valeur avec le temps sont échangés contre des biens qui n'en prendront pas et dont la valeur est fixée à la valeur des biens échangés au jour de leur échange, de manière à ce que toute augmentation future de la valeur des biens ayant fait l'objet de l'échange profite à des personnes choisies par l'auteur du gel plutôt qu'à lui-même.

(…suite)
employés, sauf que, dans le cas de cette dernière transmission, il y aura toujours la considération additionnelle de l'application des dispositions du par. 55(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R.) et de l'art. 308.1 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

7 Si l'entreprise à transmettre n'est pas déjà incorporée, probablement que dans la plupart des techniques de transmission il faudrait alors procéder à l'étape préalable de l'incorporation de cette entreprise afin de pouvoir, par la suite, manipuler des actions de compagnie plutôt que des éléments d'actif, exception faite cependant de la technique de transmission visant plus particulièrement la vente d'éléments d'actif.

8 Pour une discussion plus poussée sur les avantages et les inconvénients de la transmission d'entreprise dans un contexte de gel successoral, voir la section 1.2.4. intitulée « Pourquoi geler? ».

La façon d'obtenir cet « échange » de biens sujets à une plus-value en biens à valeur fixe sera traitée plus amplement à la section 2. ci-après, intitulée « Techniques de transmission d'entreprise ».

1.2.2. Quand geler?

À quel moment devient-on un bon candidat au gel de succession? Est-ce une question d'âge? Une question d'importance du patrimoine? Ou encore, cela dépend-il de la nature des biens qui composent ce patrimoine?

1.2.2.1. Une question d'âge?

D'aucuns conseilleront à la personne qui s'intéresse au gel d'attendre d'avoir atteint un certain âge pour ne pas dire un âge certain avant de procéder. On peut comprendre que si cette personne est tellement jeune qu'elle n'a pas encore de conjoint ou d'enfants, cela limite quelque peu l'intérêt à procéder à un gel de succession. Mais, dès que cette personne a effectivement une famille en devenir, quand bien même tous les enfants ne seraient pas encore nés, y a-t-il, à compter de ce moment, un âge magique auquel le gel est indiqué?

Selon moi, la décision de procéder à un gel de succession est moins reliée à une question d'âge de l'auteur du gel, qu'à celle de l'ampleur et de la composition des biens constituant son patrimoine.

De toute manière, avant de songer à quelque planification successorale que ce soit, l'auteur en puissance d'un tel gel doit d'abord avoir le désir et la volonté d'effectuer ce gel. Cela devient une question d'attitude mentale ou psychologique, laquelle requiert une bonne compréhension des objectifs du gel et de ses conséquences, sans compter une bonne dose d'amour pour les bénéficiaires du gel et parfois, d'abnégation. L'une des préoccupations majeures de tout auteur d'un gel consiste au maintien du contrôle sur les biens ayant fait l'objet du gel sa vie durant ou, pour le moins, jusqu'au moment où il se juge prêt à abandonner ce contrôle.

Une personne peut posséder les biens tout indiqués pour effectuer un gel de succession, avoir l'âge et la famille qui se prêtent bien à une telle planification, et malgré tout cela ne pas se sentir prêt à poser un tel geste. Il est inutile de vendre l'idée d'un gel de succession à une telle personne, si cette dernière n'est pas convaincue de l'intérêt de cette planification. Et si vous lui forcez la main, en lui vantant les mérites purement fiscaux du gel ou, même, en le traitant d'égoïste et en lui disant qu'il ne pense pas à ses enfants, l'auteur de ce gel successoral ne sera jamais vraiment à l'aise dans la

structure et sera bien heureux, après quelque temps, de trouver un nouveau conseiller qui lui vendra cette fois l'idée d'un « dégel », faisant passer le premier consultant pour un incompétent ou pour quelqu'un qui n'a rien compris à la situation.

Cela ne veut pas dire que l'auteur d'un gel ne puisse par la suite songer au dégel, c'est-à-dire reprendre pour lui seul, en tout (dégel total) ou en partie (dégel partiel), la progression future des biens ayant fait l'objet du gel initial; mais s'il procède ainsi à un dégel, ce ne sera pas alors pour des motifs remontant à la naissance du gel, mais plutôt pour des raisons subséquentes, telles des modifications importantes à la composition du patrimoine de l'auteur du gel, ou à la relation de cet auteur avec les bénéficiaires du gel ou encore de l'intérêt de ces derniers dans les biens faisant l'objet du gel.

Et si l'âge de l'auteur du gel ne semble pas un critère déterminant, qu'en est-il de celui des bénéficiaires du gel? Je reviendrai sur cet aspect à la section 1.2.3. ci-après intitulée « En faveur de qui geler? »

1.2.2.2. Une question d'importance du patrimoine?

Avant de songer à une planification successorale, l'auteur potentiel d'une telle planification doit avoir bâti un patrimoine suffisamment important pour justifier une telle planification. Y a-t-il un chiffre magique qui permette de déterminer à quel moment le gel de succession devient approprié? Si l'on s'en tenait à la théorie fiscale pure, la planification successorale idéale serait celle où l'auteur du gel décéderait sans le sou, ayant réussi à transmettre tout son patrimoine à l'autre génération, de manière à ne laisser prise à aucune imposition sur le gain en capital ou à toute autre forme d'imposition sur la richesse, comme il y en eut et comme peut-être il pourra y en avoir sur les droits successoraux. Évidemment, la planification aurait fait en sorte que l'auteur du gel et son conjoint n'aient manqué de rien leur vie durant.

N'oublions pas qu'il fût un temps où tout dollar de plus-value gagné par un contribuable entraînait pour celui-ci une charge fiscale de 0,70 $ et plus. C'était le cas après la réforme fiscale de 1972, alors que le contribuable était frappé, d'une part, par l'impôt sur le gain en capital qui prenait son envol à compter du 1er janvier 1972, tant au niveau fédéral que provincial, et, d'autre part, par les droits successoraux du Québec.

Au moment de cette conférence, il n'y a plus de droits successoraux au Québec, ni au fédéral, d'ailleurs. Cependant, le gain en capital est toujours imposable. Le taux d'inclusion du gain en capital dans le calcul du revenu imposable a fluctué au cours des ans. Voyons-en un bref rappel :

Période	Pourcentage du gain en capital qui est imposable
De 1972 à 1987	50 %
De 1988 à 1989	66 ⅔ %
De 1990 au 27 février 2000	75 %
Du 28 février au 17 octobre 2000	66 ⅔ %
Depuis le 18 octobre 2000	50 %

Par contre, il existe depuis 1985 une déduction pour gains en capital, laquelle peut atteindre 500 000 $ pour les « actions admissibles de petite entreprise » ou pour les « biens agricoles ». Une telle déduction de 500 000 $ étant disponible tant à l'auteur d'un gel qu'à son conjoint, par une planification testamentaire appropriée, serait-ce à dire que le gel de succession ne devrait devenir une préoccupation qu'après l'accumulation d'un premier million de dollars de plus-value sur les biens de l'auteur du gel, lorsque ceux-ci se qualifient à cette déduction pour gains en capital? Pourquoi pas, en autant que l'on ait confiance que ces mesures avantageuses existeront toujours au moment du décès de l'auteur du gel ou encore que celui-ci se soit prémuni de toute modification à la loi quant à cette déduction, en procédant à la cristallisation de sa déduction pour gains en capital. Si l'auteur du gel était l'actionnaire unique de la compagnie visée par le gel, il n'aura pas pu cependant prendre avantage ou cristalliser la déduction pour gains en capital de son conjoint, celui-ci ne détenant aucune action dans la compagnie visée. Et les règles d'attribution entre conjoints empêcheraient que le conjoint puisse prendre avantage de sa déduction pour gains en capital sur des actions qu'il aurait reçues de l'auteur par donation[9].

Donc, il est vrai de dire que les règles fiscales en vigueur peuvent faire en sorte que l'utilité du gel de succession paraisse plus ou moins pertinente avant que la valeur du bien devant faire l'objet du gel ait atteint un certain niveau. Dans les années 70, une compagnie dont la valeur avait atteint un demi-million de dollars pouvait paraître favorable à un gel de succession, considérant que tout dollar de plus-value additionnelle entraînait une imposition totale de plus de 0,70 $. Aujourd'hui, un demi-million de dollars

[9] Art. 74.2 L.I.R.; art. 462.5 L.I.

de plus-value pourrait être entièrement couvert par la déduction pour gains en capital et aucun droit successoral ne viendrait plus le modifier.

D'ailleurs, ceci nous amène à une autre considération dans la détermination du moment propice pour procéder à un gel successoral, soit celle de l'inflation. En effet, 500 000 $ en 1970 paraissait une somme rondelette, considérant le coût de la vie à cette époque et le rendement offert sur les placements. Aujourd'hui, une telle valeur avec un rendement de 5 % apporterait au contribuable une source de revenu à peine supérieure au seuil de pauvreté. Or, dans toute bonne planification successorale, il faut prendre en considération la sécurité financière actuelle et future de l'auteur du gel et de son conjoint. Cet auteur du gel, idéalement, devrait avoir accumulé des valeurs suffisamment importantes pour que son conjoint et lui-même soient à l'abri de tout besoin financier le restant de leurs jours. Quel est ce seuil d'accumulation de biens? Pour certains ce sera plusieurs millions de dollars, pour d'autres beaucoup moins, mais en s'assurant d'une croissance parallèle en fonds de pension, REÉR, immeubles à revenus ou en tous autres genres de placements personnels, quitte à conserver le contrôle sur les biens gelés de manière à faciliter cette croissance parallèle.

Bref, je ne crois pas qu'il y ait de chiffre magique quant à la valeur d'un patrimoine pour déterminer à quel moment le gel de succession devient recommandable.

1.2.2.3. Une question de composition du patrimoine?

Encore faut-il que les biens devant faire l'objet du gel conviennent à une telle planification. Quels sont les biens que l'on pourrait ainsi qualifier de pertinents à un gel de succession? Un portefeuille boursier? Un ou des immeubles à revenus? Des certificats de dépôt et des obligations? Disons que l'un des principaux critères à retenir est que le bien visé conserve un bon potentiel de croissance future. Il ne servirait à rien de geler la valeur de biens dont la valeur est fixe, qui ait déjà atteint le maximum ou presque de sa valeur potentielle, ou dont la croissance future est limitée ou douteuse. Ainsi, il ne servirait pas à grand-chose de geler des certificats de dépôt à terme ou des obligations, car il n'y a aucune plus-value intrinsèque à attendre de ces biens. À moins que l'auteur d'un tel gel n'ait pas besoin des revenus d'intérêts découlant de ces placements et veuille que ceux-ci profitent aux bénéficiaires de son gel. Il s'agirait plutôt alors d'une planification de fractionnement de revenus que d'une planification successorale. Par contre, un portefeuille d'immeubles à revenus présente déjà un plus grand intérêt au gel, étant donné que l'auteur transmet alors aux bénéficiaires de son gel non seulement les revenus de loyers, mais également la plus-value de ces immeubles. L'idéal

pour un gel de succession est encore les actions d'une compagnie exploitant une entreprise active ayant un bon potentiel d'expansion et de croissance. Quand bien même l'entreprise visée ne serait pas incorporée, elle demeurerait un bon sujet pour un gel, bien qu'il y ait de fortes chances que la technique de gel requise pour le réaliser nécessite l'incorporation de cette entreprise.

1.2.3. En faveur de qui geler?

À première vue, les personnes en faveur de qui l'auteur du gel pourrait songer à geler des biens de son patrimoine seraient son conjoint, ses enfants et ses petits-enfants. J'ai vu un cas où l'auteur du gel, n'ayant aucun enfant, a gelé en faveur de ses neveux et nièces. J'ai également vu des situations où un propriétaire d'entreprise, n'ayant aucun enfant ou ayant été déçu par ses enfants, a plutôt voulu avantager ses employés. Ces derniers cas sont plutôt l'exception à la règle cependant.

1.2.3.1. Le gel en faveur du conjoint

Les autorités fiscales ne voient pas d'un bon oeil le gel en faveur d'un conjoint. En fait, selon eux, il n'y a pas de raisons de faire un gel en faveur d'un conjoint, étant donné qu'il n'y a aucun impôt entre conjoints lors du transfert de biens entre eux, que ce soit du vivant[10] ou au décès[11]. Si le gel en faveur du conjoint n'apporte aucun avantage au niveau de la transmission de la plus-value des biens faisant l'objet du gel, il ne reste plus là pour elles que la recherche d'un fractionnement de revenus, planification qui est bien moins vue que celle de la transmission de valeurs entre générations. À moins que l'auteur du gel n'ait épousé un conjoint beaucoup plus jeune que lui et que l'on puisse prétendre qu'il y a en effet une génération entre eux. Mais même là, étant donné les règles de transferts avec plein roulement entre conjoints, le gel en faveur d'un conjoint, quel que soit son âge par rapport à celui de l'auteur du gel, n'apportera pas d'avantages additionnels en temps normal.

L'existence de la déduction pour gains en capital peut, par contre, susciter un intérêt pour le gel en faveur d'un conjoint. En effet, faire en sorte que le conjoint puisse bâtir une plus-value dans des actions admissibles de petite entreprise du vivant de l'auteur du gel, permettra au conjoint de profiter de sa déduction pour gains en capital sans avoir à attendre d'hériter

---

[10] Par. 73(1) L.I.R.; art. 454 L.I.

[11] Par. 70(6) L.I.R.; art. 440 L.I.

des actions de l'auteur du gel pour pouvoir réclamer sa déduction, laquelle n'existera peut-être même plus à cette date. Évidemment, pour qu'un conjoint, ayant bénéficié d'un gel, puisse profiter de sa déduction pour gains en capital, il faudra que la planification ait été effectuée sans donner ouverture aux règles d'attribution du gain en capital entre conjoints[12]. De plus, il faudra faire attention à la règle de l'intérêt réputé dont je traiterai ci-après dans les pièges à éviter[13].

Retenons que le ministère du Revenu, en réponse à une question sur le gel de succession lors d'une table ronde au congrès de 1980 de l'Association canadienne d'études fiscales[14], a indiqué qu'il était préoccupé par les aspects de fractionnement de revenus lors des gels de succession et a pris la position qu'en règle générale, il n'accepterait pas les gels successoraux en faveur d'un conjoint ou d'enfants mineurs, sauf à certaines conditions[15].

1.2.3.2. Le gel en faveur des enfants

C'est habituellement en faveur de ses enfants et petits-enfants qu'un contribuable songe au gel de succession. Doit-il attendre que tous ses enfants soient nés? Ou encore, faut-il d'abord connaître les intérêts propres à chacun de ses enfants avant de les impliquer dans une planification successorale, particulièrement dans celle concernant les actions d'une compagnie exploitant une entreprise active?

Effectivement, l'auteur d'un gel pourrait, avant de songer à une telle planification, attendre de voir l'implication de ses enfants dans l'entreprise, leur degré de maturité, leur comportement entre eux, vis-à-vis de leurs parents ou des employés. Mais que faire dans les cas où seulement certains des enfants s'intéressent à l'entreprise familiale? Ou lorsque l'écart d'âge entre les enfants obligerait les parents à retarder de nombreuses années la planification, s'il fallait attendre que les plus jeunes soient d'âge à faire valoir leurs intérêts, avant de permettre aux plus vieux de prendre avantage d'un gel en leur faveur?

---

12 Art. 74.2 L.I.R.; art. 462.5 L.I.

13 Par. 74.4(2) L.I.R.; art. 462.12 L.I.

14 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1980 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1981, pp. 591-628, question 12, « Estate Freeze », aux pages 601-602.

15 Ces conditions ont depuis été mises par écrit dans le paragraphe 74.4(2) L.I.R.; art. 462.12 L.I.

Encore ici, le moment approprié pour un gel de succession dépend des faits. En pratique, si l'auteur avoué d'un gel a le patrimoine approprié pour ce faire mais que ses enfants sont encore trop jeunes pour savoir s'ils voudront faire leur vie dans l'entreprise familiale, ou encore, lesquels parmi ces enfants désireront s'y consacrer à plein temps, différentes suggestions pourront lui être faites :

dans le cas où tous les enfants de l'auteur du gel sont encore trop jeunes pour connaître leurs goûts et leurs intérêts dans la vie, sans doute le gel devrait-il être fait pour le bénéfice de tous les enfants de l'auteur du gel, en parts égales entre eux, étant donné qu'à ce stade-ci l'auteur du gel demeure le principal moteur de l'entreprise et qu'il ne désire pas habituellement avantager un enfant plus qu'un autre. Plus tard, lorsque les enfants auront vieilli et auront fait connaître leur volonté de contribuer à l'essor de l'entreprise familiale ou non, il sera toujours temps de procéder à une deuxième étape de la planification successorale et de favoriser les enfants directement impliqués dans l'entreprise par rapport aux autres. Un nouveau gel pourra alors être effectué et seuls les enfants impliqués dans l'entreprise continueront de participer à l'accroissement futur. Quant à la valeur accumulée jusqu'au jour de cette nouvelle étape, elle fait partie du patrimoine de l'auteur du gel et il est normal qu'elle profite à tous ses enfants. Rien n'empêcherait cependant l'auteur du gel de se donner le moyen de traiter différemment ses enfants, si c'est là son désir, par le truchement, par exemple, d'une fiducie discrétionnaire. Je reviendrai sur ce genre de fiducie plus loin;

dans le cas où les enfants sont plus vieux mais que certains sont encore aux études ou n'ont pas encore fait connaître leur intention de s'impliquer dans l'entreprise familiale, l'auteur du gel pourra souhaiter conserver une participation dans l'entreprise pour pouvoir la transmettre éventuellement à ses enfants qui ne se sont pas encore prononcés quant à l'entreprise, le reste de la participation étant déjà transmis au nom des enfants activement impliqués dans l'entreprise. Ceci implique que le gel ne sera que partiel dans un premier temps, puisque l'auteur du gel aura conservé une part de l'accroissement futur. Si ce résultat n'est pas souhaitable, un gel total pourrait tout de même être effectué avec une entente, cependant que les enfants qui n'auraient pas encore été intégrés au gel puissent y avoir accès le jour où ils feront connaître leur intention de s'impliquer activement dans l'entreprise familiale. Une disposition spéciale peut alors être prévue dans une convention à intervenir entre les enfants bénéficiaires du gel initial, à l'effet que, le moment venu, tous les détenteurs d'actions participantes échangeront celles-ci contre des actions privilégiées non participantes, rachetables à la valeur de leurs actions participantes à cette date, afin que de nouvelles actions participantes soient souscrites tant par les enfants bénéficiaires du gel

initial que par ceux qui sont maintenant prêts à se joindre à eux, dans les proportions que tous jugeront appropriées dans les circonstances;

dans le cas où tous les enfants ont fait connaître leur volonté de participer ou non à l'essor de l'entreprise familiale, normalement le gel successoral des actions d'une compagnie exploitant une entreprise active ne devrait profiter qu'aux enfants directement impliqués dans celle-ci si l'on ne veut pas frustrer ces derniers. Quant aux autres, ce sera à l'auteur du gel de voir à les compenser par testament ou autrement. Dans le cas où l'entreprise familiale nécessite d'importants investissements en immeubles commerciaux, un compromis intéressant serait de faire une distinction entre la partie immeubles et la partie fonds de commerce de l'entreprise familiale : ainsi, tous les enfants participeraient à la plus-value future des immeubles commerciaux, cette plus-value ne dépendant du travail d'aucun d'entre eux mais plutôt de l'inflation et d'autres considérations indépendantes d'eux. Par contre, la partie fonds de commerce ne profiterait qu'aux enfants activement impliqués dans l'entreprise.

C'est ce qui fait l'intérêt de la planification successorale. Chaque situation de faits, chaque histoire familiale permet de trouver de nouvelles façons de réaliser une planification qui corresponde aux volontés de l'auteur du gel et qui satisfasse toutes les parties intéressées.

Un autre facteur souvent déterminant dans le choix des bénéficiaires d'un gel est l'implication de l'auteur du gel lui-même dans l'entreprise familiale. Tant que celui-ci demeure le pilier de l'entreprise, il peut vouloir avantager tous ses enfants, y compris ceux qui ne montrent pas encore un intérêt pour l'entreprise. Lorsque l'auteur du gel prend sa retraite ou lorsqu'il passe plus de temps sur les terrains de golf qu'au sein de l'entreprise, il est alors temps de faire un ménage entre les enfants. Un nouveau gel est alors effectué afin que seuls les enfants qui ont décidé de faire leur vie dans l'entreprise puissent bénéficier du fruit de leurs efforts. En effet, si les parents imposaient aux enfants actifs de conserver les enfants inactifs au sein de l'accroissement futur de l'entreprise, il s'en dégagerait assez rapidement un ressentiment de la part des enfants actifs contre les autres et l'atmosphère de travail et peut-être même la survie de l'entreprise pourraient en être touchées.

Autrement dit, une planification successorale n'est pas une opération que l'on fait une fois pour toutes, mais bien une planification vivante qui doit évoluer suivant les circonstances propres à la famille, à l'entreprise, aux relations entre les parents et les enfants, entre les enfants entre eux, etc. Il ne faut pas hésiter à discuter des problèmes au fur et à mesure qu'ils se présentent, à répondre aux préoccupations de l'auteur du gel ou des bénéficiaires de celui-ci.

Il est des situations où les enfants de l'auteur d'un gel sont satisfaits de demeurer bénéficiaires du gel, tous autant qu'ils sont, malgré que certains d'entre eux ne soient pas directement impliqués dans l'entreprise familiale. Cette situation se présentera surtout lorsqu'une nette distinction est faite entre la rémunération du travail et celle du capital : seuls les enfants activement impliqués dans l'entreprise ont droit à une rémunération pour leur travail, tandis que tous les enfants bénéficiaires du gel ont droit à des dividendes, au prorata de leurs actions, soit la rémunération du capital. Parfois, les enfants actifs dans l'entreprise préfèrent payer un dividende à leurs frères et soeurs plutôt que d'avoir à racheter leurs parts. Évidemment, cette planification peut ne faire qu'un temps, mais elle permet de passer au travers de la période **tampon** entre le moment où l'auteur du gel a voulu avantager tous ses enfants également et celui où les enfants actifs ont les moyens d'acheter ou de racheter les parts de leurs frères et soeurs inactifs.

1.2.4. Pourquoi geler?

Voyons maintenant certains avantages et inconvénients du gel de succession.

1.2.4.1. Les avantages

a) Les impôts au décès

En gelant les biens les plus susceptibles d'accroissement futur à leur valeur d'aujourd'hui, l'auteur du gel peut connaître dès maintenant l'ampleur des impôts qu'il aura à payer lors de son décès sur ces biens. Il peut planifier en conséquence les liquidités qui seront nécessaires à cette date pour régler la facture fiscale. L'auteur du gel peut soit prendre une assurance sur sa vie en prévision du paiement de ces impôts ou encore s'assurer d'une autre source de fonds suffisante pour payer ces impôts afin d'éviter qu'il faille liquider des placements en vitesse et à perte ou influencer désavantageusement la capacité financière de l'entreprise ayant fait l'objet du gel. Sans compter que le montant actuel d'impôt que le gel aura permis de déterminer en dollars d'aujourd'hui vaudra de moins en moins au fur et à mesure que l'inflation l'érodera.

En transmettant dès maintenant la croissance future de certains de ses biens, l'auteur du gel se prémunit contre toute augmentation future des impôts au décès ou encore contre la réintroduction de droits successoraux. La valeur transmise de son vivant à ses enfants ne sera plus assujettie aux impôts à son décès.

b) Profiter de la loi actuelle

En procédant à un gel de succession aujourd'hui, l'auteur du gel prend avantage des mesures fiscales existantes au moment de la réalisation de ce gel. Il se protège ainsi contre les amendements futurs aux dispositions de la loi. Pensons par exemple à la déduction pour gains en capital de 500 000 $ que la loi offre actuellement. Un gel avec cristallisation fait aujourd'hui protégera cette déduction pour l'avenir.

Un bon exemple de l'avantage que peut retirer un contribuable à profiter de la loi dans l'état où elle est au moment où il agit est la possibilité qui était offerte jusqu'en mai 1985 d'obtenir des actions privilégiées de gel, soit à bas capital versé et à haut prix de base rajusté (ci-après « PBR ») (donnant lieu à un dividende au rachat), soit à haut capital versé et à bas PBR (donnant lieu à un gain en capital au rachat). À cette époque, le taux d'imposition étant pratiquement le même pour les dividendes et les gains en capital, le législateur était quelque peu indifférent à ce que les contribuables utilisent l'une ou l'autre sorte d'actions privilégiées de gel. Imaginez l'agréable surprise des détenteurs des actions privilégiées de gel donnant lieu à un gain en capital lorsque la déduction pour gains en capital a été introduite dans la loi. Ces détenteurs avaient en main l'outil parfait pour pouvoir retirer, libre d'impôt, jusqu'à concurrence de 500 000 $ de leur compagnie opérante. Il ne serait plus possible aujourd'hui de pouvoir obtenir des actions à haut capital versé dans une telle situation[16].

c) Fractionnement de revenus

Une planification successorale permet habituellement de réaliser un fractionnement de revenus entre les bénéficiaires du gel. Avec ou sans gel, il est toujours possible de fractionner le revenu à même des salaires qu'une compagnie peut verser aux personnes qui lui rendent des services. Encore faut-il cependant que ces salaires soient justifiés, faute de quoi, s'ils sont déraisonnables eu égard aux services rendus, ils peuvent ne pas être déductibles par la compagnie payeuse[17]. Le gel de succession, en permettant aux enfants de devenir actionnaires de la compagnie, ouvre la possibilité additionnelle de verser des dividendes à ceux-ci, sans que ces enfants n'aient à justifier des services auprès de la compagnie.

---

[16] À cause du texte de l'article 84.1 L.I.R. (art. 517.1 et suiv. L.I.) tel qu'applicable après le 22 mai 1985.

[17] Art. 67 L.I.R.; art. 420 L.I.

La planification devra évidemment être réalisée de manière à éviter toute attribution des dividendes sur la tête de l'auteur du gel ou sur celle de toute personne liée aux bénéficiaires du gel. Depuis 1987[18], la possibilité de faire du fractionnement de revenus au moyen de dividendes avec des enfants mineurs a été grandement diminuée. J'y reviendrai plus tard.

Pour ceux qui avaient effectué leur planification successorale avant l'arrivée des mesures antifractionnement de revenus, il leur a été possible de verser annuellement des dividendes à leurs enfants, même mineurs, et de profiter ainsi du crédit d'impôt pour dividendes des enfants. Il fut un temps où les tables d'imposition permettaient à un enfant de recevoir jusqu'à concurrence de près de 30 000 $ en dividendes sans impôt au fédéral et avec un impôt minime au provincial. La technique utilisée était alors de verser ces dividendes en actions privilégiées aux enfants, car les parents ne voulaient tout de même pas que les enfants se retrouvent avec des sommes importantes entre les mains. Avec le temps, des montants substantiels d'actions privilégiées libérées d'impôt s'étaient accumulés sur la tête des enfants et il devenait possible aux parents, qui contrôlaient toujours la compagnie, de remettre des sommes aux enfants, pour leur éducation ou pour toute autre fin, en rachetant simplement quelques-unes de ces actions privilégiées, le tout sans aucune incidence fiscale. En ayant prévu une catégorie d'actions privilégiées par enfant, les parents pouvaient aisément traiter un enfant différemment des autres en lui rachetant plus ou moins d'actions de sa catégorie comparativement à celle des autres. Les tables d'imposition d'aujourd'hui ne permettraient pas de verser des dividendes aussi généreux aux enfants sans impôt, mais cette technique demeure possible lorsque le gel de succession vise les actions d'une société exploitant une petite entreprise ou lorsque tous les enfants sont majeurs.

d) Formation de la relève

L'un des aspects les plus importants du gel de succession est de mettre en place un mécanisme de « formation de la relève ». Le gel de succession s'effectuant la plupart du temps dans un système corporatif, l'auteur du gel pourra, s'il le désire, profiter de ce contexte pour donner à ses enfants un apprentissage progressif de notions comptables, corporatives, fiscales et financières.

---

[18] Par. 74.4(2) L.I.R.; art. 462.12 L.I.; sans compter la « Kiddie Tax » de l'article 120.4 L.I.R. (art. 765.1 et suiv. L.I.) applicable aux années d'imposition 2000 et suivantes.

Ainsi, l'assemblée annuelle des actionnaires est une bonne occasion de réunir la famille, même les enfants mineurs, et de demander à l'expert-comptable de la compagnie familiale d'expliquer les états financiers. Les enfants ne comprennent pas toujours tout dès la première année, mais avec le temps ils apprennent à connaître, même à leur insu, des notions telles que « actions ordinaires », « actions privilégiées », « bilan », « bénéfices non répartis », « achalandage », etc. Il est toujours assez surprenant de voir les questions que peuvent poser les enfants.

Dès que les enfants deviennent majeurs, il devient possible de les faire participer au conseil d'administration, d'abord à celui de la société de portefeuille familiale, s'il en est une, puis à celui de la compagnie opérante lorsque l'enfant s'y intéresse.

Avec tous les instruments mis en place lors d'un gel (conventions entre actionnaires, actions privilégiées de gel, actions de contrôle, fiducie discrétionnaire, etc.), l'auteur du gel pourra plus facilement montrer à ses enfants comment on peut réussir à bâtir et surtout conserver une entreprise et comment faire fructifier des biens. L'entreprise a de bien meilleures chances de survivre d'une génération à l'autre si sa transmission est planifiée de longue date plutôt que par suite du décès subit du propriétaire de l'entreprise, alors que les enfants ignorent tout ou presque tout de l'entreprise et n'ont jamais été amenés à prendre connaissance de son fonctionnement.

e) Intégration ordonnée et graduelle

En permettant aux enfants de devenir actionnaires de la compagnie grâce à un gel de succession, l'auteur du gel met toutes les chances de son côté pour assurer la continuité de son entreprise. En intégrant dès que possible ses enfants à l'entreprise, alors que l'auteur du gel en a encore le contrôle et qu'il peut guider ses enfants lors de leurs premières expériences, l'auteur du gel est en mesure de préparer sa relève et d'assurer la continuité de son entreprise. Cela peut de plus s'avérer très rassurant pour les employés qui constatent qu'ils ne seront pas aux prises, du jour au lendemain, avec la succession de leur patron et les conflits que cela peut entraîner, soit entre les membres de la famille du propriétaire, soit entre les employés-clés en poste et la famille du défunt.

Mais, on aura beau concevoir la plus belle planification successorale possible, en utilisant les techniques les plus sophistiquées et en fignolant les meilleures conventions, il demeure qu'une telle planification sera sans âme et vouée à l'échec, du point de vue humain en tous cas, s'il ne se crée pas une

saine relation de complicité et de complémentarité entre les membres de la famille, particulièrement au niveau de l'entreprise familiale[19].

Il sera crucial que chacun des membres ait une responsabilité bien définie, qui n'entre pas en conflit avec celle des autres. Si nécessaire, des consultants en gestion de la relève pourront aider la famille à formuler la description de tâches de chacun, afin d'éviter les chevauchements de fonctions. Il va sans dire que l'entreprise familiale elle-même devra être capable d'absorber tous les membres de la famille qui désirent s'y impliquer. Il serait tout à fait contre-productif, voire dangereux pour la survie de l'entreprise, de l'alourdir d'un personnel inutile, dont la présence ne se justifie que par la relation familiale. Non seulement faut-il que les membres de la famille invités à prendre place au sein de l'entreprise y occupent des postes qui ont leur raison d'être, mais encore faut-il qu'ils aient les aptitudes et les compétences nécessaires pour occuper ces postes. Chaque enfant a son tempérament propre. Un enfant sera plutôt analytique, un autre promoteur et un autre expressif ou aimable, bref tous les profils de comportement en société peuvent y passer. Lequel des enfants sera le prochain meneur? Y en a-t-il seulement un? Parfois, il ne faudra pas craindre d'engager des personnes de l'extérieur de la famille si aucun de ses membres ne remplit le profil de la tâche. N'oublions pas que si l'entreprise est un « train » qui permet à la famille de bien vivre et d'arriver à bon port, il ne faut pas l'affubler de plus de wagons que sa ou ses locomotives peuvent tirer. Une perte de vitesse de croisière ou, au pire, un déraillement, portera préjudice, tant à ceux qui sont à bord qu'à ceux qui restent au quai.

f) Minimisation de l'impôt

En procédant à un gel de succession, l'auteur du gel se donne la possibilité de réduire les impôts à son décès, non seulement en ayant réduit sa succession des valeurs transmises de son vivant par le gel mais aussi en déclenchant progressivement l'impôt sur la plus-value accumulée sur sa propre tête et en profitant des dispositions fiscales au fur et à mesure de leur introduction dans les lois. Par exemple, en procédant au rachat progressif de ses actions privilégiées de gel, l'auteur d'un gel peut déclencher entre ses mains la réalisation de dividendes imposables. S'il procède ainsi alors que ses revenus d'autres sources sont moindres, il peut mieux profiter de son

---

[19] Yvon G. PERREAULT, « L'entreprise familiale : La relève, ça se prépare! », Montréal, Publications Transcontinental inc., 1993, 160 pages. Excellent ouvrage traitant de ce que toute entreprise familiale doit absolument inclure dans sa gestion : la préparation de la relève et la planification successorale dans le respect des missions distinctes de la famille et de l'entreprise.

crédit d'impôt pour dividendes, tout en éliminant par le fait même de ce rachat l'impôt sur le gain en capital pour ces mêmes actions. En effet, les actions rachetées de son vivant sont annulées et le gain en capital autrement réalisé sur ses actions est effacé par le dividende imposable provoqué par le rachat de ces actions[20].

1.2.4.2. Les désavantages

Voyons maintenant quelques désavantages du gel successoral.

a) Contrôle amoindri

Quelles que soient les mesures mises en place, il demeure que lors d'un gel de succession, l'auteur du gel n'aura plus le contrôle absolu qu'il pouvait avoir avant le gel. Avant de procéder à un gel de succession, l'entrepreneur est habituellement l'actionnaire unique et l'administrateur unique de sa compagnie. Il est donc le seul maître à bord et n'a de compte à rendre à personne.

Il est certain que le gel de succession sera structuré de manière à ne pas faire perdre le contrôle à cet entrepreneur. Le planificateur utilisera l'une ou l'autre des méthodes suivantes pour conserver ce contrôle.

i) Actions de contrôle

La détention d'actions accordant un nombre de votes supérieur à celui des autres actionnaires de la compagnie; il est recommandé que ces votes proviennent d'une catégorie d'actions distincte de celle des actions privilégiées de gel. En effet, si le contrôle découlait d'un droit de vote rattaché aux actions privilégiées de gel, qu'adviendrait-il du contrôle si, dans le cadre d'une politique de rachat de celles-ci, ces actions privilégiées de gel sont progressivement rachetées par la compagnie? Bien sûr, il pourrait être fait en sorte que le nombre de votes par action soit suffisamment élevé pour que le contrôle reste entre les mains du détenteur des actions privilégiées de gel jusqu'au rachat de la dernière de ces actions. Par exemple, un droit de vote à raison de 1 000 votes par action octroyé aux actions privilégiées de gel permettra au détenteur de celles-ci de conserver le contrôle de la compagnie jusqu'à ce qu'il n'y ait plus aucune action privilégiée de gel en

[20] Art. 54, al. j), définition de « produit de disposition », et par. 84(3) L.I.R.; art. 251 et 506 L.I.

circulation si l'ensemble des votes rattachés aux autres actions émises et en circulation n'excède pas 100 votes.

Par contre, s'il devient possible à l'auteur du gel de transmettre le contrôle de la compagnie par voie de succession, dans le cas où il possède toujours des actions privilégiées de gel lors de son décès, il est un risque que les autorités fiscales veuillent évaluer les actions privilégiées de gel « à prime », c'est-à-dire à une valeur supérieure à celle établie lors du gel, en raison du fait que ces actions donnent droit au contrôle de la compagnie. Ceci irait à l'encontre de l'intention de l'auteur du gel qui était de plafonner sa valeur à celle établie au moment du gel.

Quoique sur la question de la « prime de contrôle », des auteurs écrivaient que la

> « jurisprudence est presque unanime pour n'accorder aucune prime à l'égard d'actions de contrôle, malgré le fait que de telles actions confèreraient à leur détenteur la possibilité de gérer les affaires de l'entreprise. Il est à supposer que les divers recours à la disposition des actionnaires minoritaires en vertu des lois corporatives empêcheraient les actionnaires d'abuser de leurs droits[21]. »

Pour éviter tout risque d'une telle évaluation « à prime » des actions de contrôle, il y aurait avantage à ce qu'elles perdent ce droit de vote au décès de l'auteur du gel.

On ne peut cependant simplement prévoir que les actions détenues par un actionnaire perdent leur droit de vote lors du décès de cet actionnaire. On se trouverait alors à rattacher un droit, non pas à l'action elle-même, mais plutôt à son détenteur. Une telle façon de faire pourrait nous amener dans une situation où les actions d'une telle catégorie seraient votantes entre les mains de certains des détenteurs (ceux qui les auraient reçues directement du trésor de la compagnie ou d'autres actionnaires, entre vifs) et non votantes entre les mains des autres (ceux qui auraient hérité de leurs actions de l'actionnaire décédé). L'affaire *Re Bowater Canadian Ltd. and R.L. Crain*

---

[21] Pour plus de détails sur cette question d'actions de contrôle, voir P. Mario CHARPENTIER et Anne-Marie BOUCHER, « Planification fiscale et successorale dans un contexte d'entreprise familiale », (1994), vol. 16, n° 38 *Revue de planification fiscale et successorale* 453-503, pp. 474, 475 et 484-487. Ces derniers auteurs traitent, entre autres, des droits et recours des actionnaires minoritaires sous la *Loi sur les compagnies* du Québec, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. ») et sous la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 (ci-après « L.C.S.A. »), aux pages 474 et 475 de leur texte.

Inc.[22] a établi clairement le principe qu'on ne pouvait traiter différemment les actionnaires d'une même catégorie d'actions. Par contre, il serait possible de dire que le droit de vote de toute la catégorie s'éteint lors du décès de l'auteur du gel, quelles que soient les personnes qui en détiennent au moment de ce décès.

Personnellement, je préfère ne pas mêler la question du contrôle avec celle des actions privilégiées de gel. C'est pourquoi j'ai l'habitude de donner le contrôle à l'auteur du gel à même une catégorie distincte d'actions, non participantes et votantes. L'auteur du gel souscrit à suffisamment de ces actions pour conserver le contrôle de la compagnie. De plus, je précise que ces actions sont automatiquement rachetables par la compagnie au décès de leur détenteur. De cette façon, les votes disparaissent avec leurs détenteurs et éliminent toute possibilité d'évaluation à prime pour cause de transmission du contrôle de la compagnie.

Il est même possible de prévoir plusieurs paliers de contrôle, en faisant en sorte qu'après le rachat des actions de contrôle de l'auteur du gel à la suite de son décès, celles détenues par une autre personne choisie par l'auteur du gel prennent la relève quant au contrôle. Voyons l'exemple suivant : l'auteur du gel souscrit à 500 actions de contrôle et son conjoint en souscrit 200. Les bénéficiaires du gel, quant à eux, détiennent 60 actions participantes. Toutes les actions donnent droit à un vote par action. De son vivant, l'auteur du gel a le contrôle avec 500 votes sur 760. Lors de son décès, ses 500 votes disparaissent à la suite du rachat automatique de ses actions par la compagnie, et son conjoint prend le contrôle de la compagnie avec ses 200 votes sur 260. Ce n'est qu'au décès du dernier de l'auteur du gel et de son conjoint que les bénéficiaires du gel prendront finalement le contrôle de la compagnie. Si l'on craint que ces derniers soient encore trop jeunes à ce moment, on pourrait même imaginer un troisième palier de contrôle, avant les bénéficiaires du gel, en faisant en sorte que l'auteur du gel donne suffisamment d'actions de contrôle à des conseillers de son choix, en fiducie. Le but de la fiducie serait de donner le contrôle de la compagnie jusqu'à une date ultérieure déterminée par l'auteur du gel. Cette date pourrait être le jour où le plus jeune des bénéficiaires du gel aura atteint l'âge de 25 ans par exemple. La donation fiduciaire prévoira que l'auteur du gel, de son vivant, aura la procuration de voter les actions détenues en fiducie.

On constate qu'il ne serait pas souhaitable de prévoir un tel rachat automatique au décès du détenteur dans la description des actions

---

[22] (1988) 62 O.R. (2e) 752 (C.A. Ont.).

privilégiées de gel. Ceci entraînerait l'obligation pour la compagnie de racheter en bloc toutes les actions privilégiées de gel au moment du décès de l'auteur du gel. Ceci pourrait représenter un montant substantiel. La compagnie ne disposerait pas nécessairement des liquidités requises (à moins qu'elle n'ait prévu des polices d'assurance sur la vie de l'auteur du gel), sans compter l'impact fiscal qu'entraînerait un tel rachat par la compagnie (à moins, encore une fois, que des polices d'assurances n'aient été prises par la compagnie sur la vie de l'auteur du gel, créant ainsi un compte de dividendes en capital dont l'utilisation permettrait d'éliminer l'impôt au rachat des actions).

ii) Convention entre actionnaires

Même si l'auteur du gel ne possédait aucune action votante, il pourrait tout de même conserver le contrôle des opérations de la compagnie s'il est prévu, dans la convention à intervenir entre les détenteurs des actions participantes et votantes de la compagnie, que ceux-ci s'engagent et s'obligent à nommer annuellement l'auteur du gel comme administrateur unique de la compagnie, sa vie durant ou jusqu'à ce que celui-ci exprime le désir de ne pas être ainsi nommé. Il serait aussi prévu qu'une telle convention ne pourrait être modifiée sans l'assentiment de l'auteur du gel. Étant l'administrateur unique de la compagnie, l'auteur du gel continuerait de pouvoir gérer celle-ci à sa guise. Je vois mal cependant comment on concilierait cette façon de faire avec les autres objectifs du gel successoral, soit l'éducation économique des enfants et leur implication progressive dans le processus décisionnel de l'entreprise.

Une variante de cette méthode serait de prévoir, par « convention unanime » d'actionnaires, que toute décision importante requerrait l'approbation de l'auteur du gel. Si la compagnie visée par le gel était une société par actions de juridiction fédérale, une telle disposition serait possible quand bien même l'auteur du gel ne détiendrait aucun vote ou même aucune action du capital-actions de la compagnie[23]. Dans le cas d'une compagnie de juridiction québécoise, l'auteur du gel devrait au moins détenir quelques actions votantes pour qu'il soit possible, par convention unanime d'actionnaires, de donner un droit de veto à l'auteur du gel en exigeant que toute décision importante soit prise à l'unanimité des actionnaires et en conférant à ces derniers la compétence de décider sur les sujets qui seraient autrement de la compétence des administrateurs de la compagnie et dont les pouvoirs en ces matières seraient alors restreints par cette convention. Il

[23] Par. 146(3) L.C.S.A.; art. 123.91 L.C.

resterait évidemment à déterminer ce qu'est une décision importante pour l'auteur du gel. Remarquez qu'un tel droit de veto ne satisfera peut-être pas l'auteur du gel, d'une part, parce qu'en exigeant un vote unanime, il ne sera pas le seul à pouvoir bloquer une décision (tous les actionnaires pourront le faire) et, d'autre part, le droit qui lui est ainsi accordé est celui d'empêcher qu'une décision se prenne, pas celui d'imposer sa volonté, comme ce serait le cas s'il était l'administrateur unique de la compagnie. Une solution de compromis pourrait être de laisser place aux enfants au conseil d'administration, mais d'exiger que les décisions qui tiennent à coeur à l'auteur du gel, se prennent plutôt par les actionnaires (par convention unanime), à la majorité simple, en faisant en sorte que l'auteur du gel ait suffisamment de votes pour constituer cette majorité simple à lui seul.

iii) Fiducie discrétionnaire

En mettant sur pied une fiducie discrétionnaire dans laquelle il sera lui-même fiduciaire, l'auteur du gel conserve son emprise sur les actions possédées par la fiducie, et ce, « à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration ». À ce titre, il a même le pouvoir d'aliénation à titre onéreux des biens en fiducie[24].

L'auteur du gel, s'il veut agir seul comme fiduciaire de la fiducie discrétionnaire, devra éviter de faire lui-même partie des bénéficiaires d'une telle fiducie, car le *Code civil du Québec* ne permet pas que l'on puisse être fiduciaire unique d'une fiducie dans laquelle on est soi-même bénéficiaire[25]. Par contre, si l'auteur souhaite que la fiducie discrétionnaire puisse devenir un véhicule de dégel successoral, il devra alors faire partie des bénéficiaires, personnellement ou par le biais d'une compagnie de portefeuille, et il lui faudra alors accepter la nomination d'un ou de plusieurs cofiduciaires; peut-être, afin d'offrir une certaine latitude à l'auteur, pourrait-il être prévu dans l'acte de fiducie que l'auteur, tant qu'il sera lui-même fiduciaire, aura le pouvoir de démettre de leurs fonctions son ou ses cofiduciaires, en autant que ceux-ci soient remplacés par d'autres personnes compétentes. Voir aussi la section 1.4. ci-après sur ce sujet.

Donc, quelle que soit la méthode utilisée par l'auteur du gel pour contrôler la compagnie visée par le gel, aucune de ces méthodes de contrôle n'empêchera le fait que dorénavant la compagnie comportera un ou des actionnaires minoritaires dont les intérêts doivent être sauvegardés.

---

[24] Art. 1278 et 1307 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

[25] Art. 1275 C.c.Q.

Même l'auteur du gel, que ce soit en qualité d'actionnaire majoritaire, d'administrateur de la compagnie ou encore de fiduciaire de la fiducie, devra voir à la préservation des intérêts des actionnaires minoritaires, surtout si la compagnie utilisée pour le gel est une société par actions incorporée sous la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. En effet, la protection accordée aux intérêts minoritaires par cette dernière loi est beaucoup plus prononcée que celle offerte par la *Loi sur les compagnies* du Québec. Évidemment, cette contrainte ne devrait présenter aucune difficulté dans les cas où l'auteur du gel a une réelle volonté d'avantager les bénéficiaires du gel et qu'il n'est pas équivoque entre le désir de transmettre des valeurs à ceux-ci et celui de conserver la possibilité de les récupérer advenant que les choses n'aillent pas suivant ses expectatives.

b) Effet du gel sur les bénéficiaires

Normalement, l'auteur du gel, s'il veut que les bienfaits de l'éducation économique que la planification successorale peut apporter aux bénéficiaires du gel soient pleinement mis à profit, il devra expliquer aux bénéficiaires ce qu'il a fait pour eux, les valeurs en jeu, la croissance annuelle dont ils jouissent, les résultats de l'exploitation de l'entreprise familiale, etc. Autrement dit, il ne devrait pas laisser son conjoint ou, pour le moins, ses enfants dans l'ignorance. Or, certaines personnes ne veulent pas que les bénéficiaires du gel soient mis au courant de toutes ces questions afin d'éviter que cela n'influence négativement leurs études, leur zèle au travail ou, en général, leur dynamisme dans la vie.

Certains parents craignent que leurs enfants, se sachant riches sur papier ou susceptibles de recueillir un bel héritage, ne freinent leurs élans ou ne s'assoient sur leurs lauriers en attendant le jour béni de la collecte. On ne peut nier la possibilité de cette alternative.

Cependant, les chances de susciter une attitude positive et de développer chez les enfants les qualités d'une personne d'affaires avertie ne seront-elles pas d'autant plus marquées que si les enfants ont la possibilité d'être au coeur de l'action, de participer aux discussions sur les objectifs recherchés, aux moyens d'y arriver ainsi qu'à la réalisation effective de ces objectifs?

Un gel successoral sans l'implication réelle des bénéficiaires, quant à moi, tient plus de la pure planification fiscale d'évitement ou de report d'impôt que d'une planification successorale visant la transmission, d'une génération à l'autre, d'une entreprise familiale, dans un souci de continuité de celle-ci pour les générations à venir. Dans une société où il est de plus en plus difficile de trouver un emploi et de se faire sa place, pourquoi ne pas

mettre toutes les chances de son côté quant à la survie et même l'expansion d'une entreprise familiale qui fonctionne et qui pourrait donner un gagne-pain à tous les membres de la famille qui pourraient y trouver une place?

c) Choix des bénéficiaires

La mise en place d'une planification successorale nécessite de la part de l'auteur du gel l'obligation de faire un choix quant aux bénéficiaires ou, du moins, quant à la catégorie des bénéficiaires de son gel. Ceux-ci seront-ils à la hauteur de ses espérances? Voudront-ils venir travailler dans l'entreprise familiale ou, s'ils le sont déjà, le demeureront-ils? Autant de considérations qui peuvent rendre difficile ce choix, mais auquel certaines techniques de planification, telle par exemple la fiducie discrétionnaire entre vifs, peuvent permettre de pallier.

d) Abandon d'une partie de son patrimoine

Il va de soi que l'auteur d'un gel doit être prêt à abandonner la croissance future des biens faisant l'objet du gel. C'est d'ailleurs là toute la raison d'être du gel successoral. L'auteur du gel doit donc s'assurer que les autres biens qui constituent son patrimoine actuel, et ceux qui le constitueront dans l'avenir seront suffisants pour le maintien, pour son conjoint et lui-même, de leur rythme de vie leur vie durant. Si ces autres biens ne suffisent pas ou que l'auteur du gel craigne qu'ils cessent de suffire advenant une inflation galopante, mais qu'il souhaite tout de même intéresser ses enfants dans son entreprise ou dans certains biens, il pourrait toujours procéder à un gel partiel de cette entreprise ou de ces biens, c'est-à-dire en mettre une partie au nom des enfants et en conserver une autre au sien.

e) Complexité et coût

Un gel de succession requiert différentes démarches comptables, fiscales, légales et corporatives (évaluations, statuts d'incorporation, de modification, de continuation, de fusion, vente de fonds de commerce, vente d'immeuble commercial ou autres, incidences fiscales de toutes ces transactions, etc.). Parfois, pour solutionner des problèmes de contrôle, de partage entre l'auteur du gel et les bénéficiaires ou entre les bénéficiaires eux-mêmes, certains documents doivent être préparés (convention unanime d'actionnaires, actions spéciales de contrôle, fiducie discrétionnaire, etc.). Tout ceci démontre la complexité que peut revêtir une planification successorale. Et qui dit complexe, dit coûteux. L'élaboration d'une telle planification entraîne des coûts de toutes sortes : honoraires professionnels (pour les experts-comptables, les fiscalistes, les évacuateurs experts, les

avocats, les notaires, etc.), déboursés (frais d'incorporation ou de modification, droits de mutation le cas échéant, TPS et TVQ dans le cas où on ne peut les éviter, certains impôts qu'on jugera préférable de ne pas reporter, rapports annuels de toute compagnie nouvellement formée aux fins du gel, taxes sur le capital, etc.).

f) Impôt accéléré

Contrairement à l'objectif recherché lors d'un gel de succession, soit le report des impôts entre générations, il se peut, par malchance, que le gel accélère la reconnaissance d'une imposition plutôt que de la reporter. Pensons par exemple à l'impôt sur le gain en capital payable par la succession du bénéficiaire d'un gel advenant le décès prématuré de celui-ci, c'est-à-dire le cas d'un enfant qui décède avant son père ou sa mère.

On m'a déjà consulté pour savoir s'il y avait quelque chose à faire dans la situation suivante : le propriétaire d'une entreprise très rentable avait procédé au gel de celle-ci pour le bénéfice de ses enfants et, depuis que le gel avait été effectué, la valeur de chacun des enfants dans la compagnie familiale avait grimpée à 1 000 000 $. Un des enfants, lors d'une balade en bicyclette, se tua alors qu'il dévalait une pente à toute allure. L'auteur du gel étant contre l'assurance sous toutes ses formes, avait omis jusqu'à ce jour de prendre de l'assurance sur sa vie ou sur celle de ses enfants. Il n'y avait aucune convention d'actionnaires entre les enfants. Les actions de la compagnie ne se qualifiaient pas à la déduction pour gains en capital de 500 000 $. Au mieux, en présumant que l'enfant décédé avait droit à sa déduction pour gains en capital de 100 000 $, sa succession se retrouvait malgré tout avec une dette fiscale de l'ordre de 337 500 $ découlant de la disposition réputée de ses actions à la suite de son décès[26]. Évidemment, cet enfant, bien que riche sur papier, ne disposait pas des liquidités nécessaires pour payer cet impôt et aucune assurance n'ayant été prise sur sa vie, ni par la compagnie ni par les autres actionnaires, la succession ne pouvait s'attendre à aucune aide financière extérieure pour payer cet impôt. La seule issue à ce problème était que la compagnie rachète ou achète de gré à gré suffisamment des actions détenues par la succession de l'enfant décédé pour lui permettre de payer cet impôt. Je ne sais si les liquidateurs ont été en mesure d'opérer une planification de création et un report d'une perte en capital par le rachat d'actions entre les mains de la succession dans la

[26] Par. 70(5) L.I.R.; art. 436 L.I. Vous avez deviné qu'il s'agissait d'un décès antérieur à 1995, alors que la déduction pour gains en capital de 100 000 $ existait encore, et que le taux d'inclusion du gain en capital était de 75 %.

première année d'imposition de celle-ci[27]. Mais un tel exercice n'aurait de toute manière que converti un impôt sur gains en capital en un impôt sur dividendes. La famille a donc dû liquider une partie importante du portefeuille de la compagnie familiale afin de générer les liquidités requises pour procéder à cet achat de gré à gré. J'ose espérer que des assurances ont été prises sur la vie des enfants survivants, de même que sur celle de l'auteur du gel ou, au pis aller, du dernier de celui-ci et de son conjoint. Tout ceci pour soulever le problème de la possibilité qu'un enfant décède avant ses parents. Mais la probabilité étant plutôt en faveur du décès des parents avant celui des enfants, on ne doit pas se priver des bienfaits d'un gel de succession pour ce motif. Il suffit de se prémunir contre les effets d'une telle situation en assurant la vie de chacun des enfants bénéficiaires du gel.

1.3. ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE GEL

Dans presque toutes les techniques de transmission d'entreprise où l'auteur désire conserver la valeur accumulée jusqu'au jour de la transmission, tout en permettant à ses enfants de profiter de la plus-value future, il faut remettre à l'auteur des actions (appelées « actions privilégiées de gel ») qui non seulement auront, au jour de la transmission, une valeur équivalente aux actions participantes que détenait l'auteur dans l'entreprise, mais encore, qui conserveront cette valeur dans le temps jusqu'au parfait paiement de cette valeur à l'auteur. Il est important que la JVM des actions privilégiées de gel soit égale, au moment de la transmission, à la valeur des actions ou des biens échangés en de telles actions privilégiées de gel. Sinon, des conséquences fiscales immédiates et probablement coûteuses seront déclenchées chaque fois qu'il sera raisonnable de considérer que l'auteur de la transmission a voulu avantager une ou des personnes qui lui sont liées en acceptant des actions de gel d'une valeur marchande inférieure à la valeur marchande des biens ou des actions ayant fait l'objet de la transmission[28].

Les actions privilégiées de gel doivent comporter des caractéristiques bien particulières pour ainsi subir le test de la pleine valeur marchande et de son maintien dans le temps. Certaines de ces caractéristiques ont même été imposées, d'une certaine manière, par les autorités fiscales[29].

---

[27] Par. 164(6) L.I.R.; art. 1054 à 1056 L.I.

[28] De telles dispositions d'un « avantage conféré » se retrouvent dans la plupart des articles de la loi utilisés aux fins d'une transmission avec impôt reporté, tel le paragraphe 51(2) L.I.R. pour les échanges ou conversions d'actions, le paragraphe 86(2) L.I.R. pour le remaniement de capital et l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R. pour le roulement classique (respectivement art. 301.1, 543.1 et 526 L.I.).

[29] Voir « Table ronde de Revenu Canada », dans *1980 Conference Report*, *loc. cit.*, note 14, 602; voir également « Table ronde de Revenu Canada », dans *1981*

(à suivre…)

Voyons quels sont les droits, privilèges, conditions et restrictions que doivent comporter les actions privilégiées utilisées aux fins d'un gel.

1.3.1. Vote

Selon les autorités fiscales, le fait que les actions privilégiées de gel soient votantes ou non n'influera pas sur leur évaluation, en autant que les autres critères ci-après soient remplis. Cependant, il est préférable que les actions privilégiées de gel comportent pour le moins un droit de veto en toute matière impliquant un changement aux droits, privilèges, restrictions et conditions s'y rattachant[30].

Dans le cadre d'une transmission d'entreprise du vivant de l'auteur, celui-ci voudra sans doute conserver le contrôle de l'entreprise tant et aussi longtemps qu'il n'aura pas récupéré la valeur de son investissement dans cette dernière, en actions privilégiées de gel ou autrement, comme il a été vu à la section 1.2.4.2. a) précédemment. Différentes techniques de contrôle sont à la disposition de l'auteur, telles des actions votantes, une fiducie discrétionnaire dans laquelle l'auteur serait l'unique fiduciaire ou encore une convention d'actionnaires.

1.3.2. Dividende

En 1980, les autorités fiscales demandaient que les actions privilégiées de gel donnent droit à un dividende[31]. À peine une année plus tard, elles révisaient leur position sur cette question et admettaient que, dans le contexte d'un gel successoral, bien qu'elles préféraient que les actions privilégiées de gel portent un dividende à un taux raisonnable, l'absence d'un tel dividende ne serait pas, en soi, une raison suffisante pour modifier à la baisse

(…suite)
Conference Report, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766, question 45, « Section 85: Preferred shares and section 85 Transfer », à la page 759. Voir aussi « Table ronde de Revenu Canada », dans *1993 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 58:1-76, question 47, « Freezed shares rights », aux pages 58:28-29, en anglais, et aux pages 58:67-68, en français.

30 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1980 Conference Report*, *loc. cit.*, note 14, 602.

31 *Id.*

l'évaluation des actions privilégiées de gel[32]. Ce qui importe aux yeux du ministère du Revenu, pour le maintien de la valeur attribuée aux actions privilégiées de gel, est le droit de rachat de celles-ci à la demande de leurs détenteurs, tel qu'il sera vu ci-après.

Il va de soi que les actions privilégiées de gel ne doivent être participantes d'aucune manière dans les profits de l'entreprise, si ce n'est par leur droit à un dividende le cas échéant, sinon, l'auteur du gel continuerait de participer dans la plus-value de l'entreprise transmise et n'aurait pas atteint son objectif de bloquer sa valeur dans l'entreprise à celle déterminée lors de cette transmission, à moins que l'intention de l'auteur ne soit d'effectuer qu'un gel partiel de sa participation dans la plus-value future de l'entreprise.

1.3.2.1. Préférentiel

Le dividende octroyé aux actions privilégiées de gel devra normalement être préférentiel à celui permis aux autres catégories d'actions de la compagnie; cependant, étant donné la position des autorités fiscales à l'effet que l'absence d'un dividende à un taux raisonnable ne sera pas suffisante en soi pour réduire la valeur des actions privilégiées de gel, le fait qu'un dividende puisse être versé aux détenteurs d'actions participantes sans qu'aucun dividende ne soit prioritairement versé aux détenteurs d'actions privilégiées de gel n'affectera pas non plus négativement la valeur de ces actions privilégiées de gel, en autant que les autres critères requis par les autorités fiscales soient remplis, et tout particulièrement le rachat de ces actions à la demande de leurs détenteurs[33]. Il ne faudra pas cependant que le versement d'un tel dividende aux détenteurs d'actions participantes ait pour résultat d'empêcher que la compagnie ne soit par la suite en mesure de racheter les actions privilégiées de gel à leur pleine valeur (voir la section 1.3.6. ci-après).

Un quatuor jurisprudentiel de 1999 a même statué qu'aucun avantage n'était conféré par un contribuable du fait qu'il accepte de ne pas recevoir le dividende « préférentiel » auquel il aurait droit sur ses actions, avant que les autres actionnaires ne touchent le leur.

---

32 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1981 Conference Report, loc. cit.*, note 29, 759.

33 *Window on Canadian Tax*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 1369, « Attributes of preferred shares issued on Estate Freeze - sprinkling dividends », 24 juillet 1991.

En effet, dans chacune des affaires *Dr. Kiss Rao* c. *MRN*, *Paul Korov* c. *MRN*, *Dr. Richard H. D. Sykes* c. *MRN* et *Dr. Dextor Ator* c. *MRN*[34], où les faits sont sensiblement les mêmes, il s'agissait d'une compagnie contrôlée par un contribuable, dans laquelle ce dernier détenait des actions ordinaires et des actions privilégiées, toutes deux de catégorie « A », tandis que son conjoint détenait des actions ordinaires et privilégiées non votantes, toutes deux de catégorie « B ». En vertu des statuts de constitution de la compagnie, il était spécifié qu'aucun dividende ne pouvait être payé sur les actions de catégorie « B », avant qu'un dividende n'ait été déclaré et payé sur les actions de catégorie « A ». Dans les faits, des dividendes ont été déclarés et payés au cours des exercices 1985, 1986 et 1987, uniquement sur les actions de catégorie « B » appartenant au conjoint du contribuable, sans que le contribuable ne reçoive le dividende préférentiel auquel ses actions de catégorie « A » lui donnaient droit[35].

Les autorités fiscales ont tenté de réattribuer au contribuable les dividendes versés à son conjoint, en vertu du paragraphe 56(2) L.I.R., du fait que les actions de catégorie « A » détenues par le contribuable donnaient droit à un dividende préférentiel sur les actions de catégorie « B ». Le Ministère prétendait que ces dividendes ont été déclarés en contravention avec les dispositions des statuts de la compagnie.

Le juge O'Connor de la Cour canadienne de l'impôt décida en faveur du contribuable. Selon lui, les décisions de la Cour suprême dans les affaires *McClurg* c. *La Reine*[36] et *Neuman* c. *La Reine*[37] sont le dernier mot en ce qui

---

[34] 99 D.T.C. 413 (ci-après « *Rao* »); 99 D.T.C. 418 (ci-après « *Korov* »); 99 D.T.C. 423 (ci-après « *Sykes* »); 99 D.T.C. 427 (ci-après « *Ator* »).

[35] L'énoncé des faits n'indique pas le montant du dividende devant être versé prioritairement aux actions de catégorie « A ». Les statuts de la compagnie seraient silencieux à ce sujet. En termes de rédaction de statuts, il est assez inusité de trouver une catégorie d'actions ordinaires ayant droit à un dividende préférentiel par rapport à une autre catégorie d'actions ordinaires, lorsque le montant de ce dividende préférentiel n'est pas déterminé. Normalement, une catégorie d'actions ordinaires donne droit au reliquat du dividende déclaré, après avoir versé aux catégories à dividende préférentiel ce à quoi elles ont droit. Lorsque les actions ordinaires d'une catégorie donnent droit à tout le reliquat du dividende, que resterait-il pour une autre catégorie d'actions ordinaires prenant rang après la première, si le montant réservé à la première n'est pas fixé dans les statuts? En principe, rien, à moins que les statuts ne donnent discrétion aux administrateurs de limiter le dividende devant être versé par préférence à la première catégorie d'actions ordinaires, mais nous en venons alors là à des actions à dividende discrétionnaire.

[36] [1990] 3 R.C.S. 1020; 91 D.T.C. 5001 (C.S.C.) (ci-après « *McClurg* »).

[37] 98 D.T.C. 6297 (ci-après « *Neuman* »).

a trait à la déclaration de dividendes d'une manière discrétionnaire et la seule distinction entre les affaires *McClurg* et *Neuman* et les présentes est que les statuts de la compagnie n'ont pas été respectés en ce qui a trait à l'ordre de priorité des dividendes. Selon le juge O'Connor, le défaut de suivre l'ordre de priorité des dividendes prévu dans les statuts n'est pas suffisant en soi pour donner lieu à l'application des dispositions du paragraphe 56(2) L.I.R.

Le juge O'Connor cite une autre affaire de la Cour suprême, soit celle de *Continental Bank Leasing Corporation* c. *La Reine*[38], pour justifier qu'une compagnie peut validement déclarer des dividendes sans respecter ses statuts. Le juge accepte les arguments du représentant du contribuable à l'effet qu'un acte irrégulier posé par une compagnie n'est pas nécessairement nul pour autant. Advenant qu'un tiers soit lésé par un tel acte irrégulier, des recours appropriés sont disponibles en vertu des lois corporatives, tel un recours pour oppression.

De plus, dans les présents cas, étant donné que les statuts ne définissaient aucunement le montant de dividende devant être versé par priorité aux détenteurs des actions de catégorie « A », la réattribution du dividende en vertu du paragraphe 56(2) L.I.R., si elle était applicable, aurait pu être d'un montant de 1 $ ou de tout autre montant nominal.

Faut-il conclure des affaires *Rao*, *Korov*, *Sykes* et *Ator* que, dans les situations où les statuts d'une compagnie ne comportent pas d'actions à dividende discrétionnaire et qu'on veuille verser un dividende aux détenteurs d'une catégorie d'actions plutôt qu'à ceux d'une autre, et ce, peu importe l'ordre de priorité prévu dans les statuts, il suffise de passer outre la ou les catégories d'actions détenues par le ou les actionnaires qui ne souhaitent pas recevoir le dividende, ou sont prêts à se satisfaire d'un dividende moindre que celui auquel ils auraient droit, pour aller directement aux actions détenues par le ou les actionnaires à qui l'on veut verser un dividende? En droit corporatif, pour arriver à ce résultat, il y aurait lieu pour les actionnaires ayant droit à tout dividende préférentiel de renoncer à leur droit. Longtemps les contribuables hésitaient à procéder par renonciation aux dividendes parce que les autorités fiscales ont toujours prétendu qu'une telle renonciation, surtout dans des situations entre actionnaires avec liens de dépendance, pourrait donner lieu à l'application des dispositions du paragraphe 56(2) L.I.R. Depuis les affaires *McClurg* et *Neuman*, cette position des autorités fiscales a été clairement mise de côté. Dans l'affaire *Neuman*, la Cour suprême statuait que, pour que le paragraphe 56(2) L.I.R.

---

[38] [1998] 2 R.C.S. 298.

(art. 314 L.I.) puisse s'appliquer, quatre conditions doivent être satisfaites et, de par sa nature même, un revenu de dividendes ne peut remplir la quatrième condition qui est à l'effet que le « montant du transfert (en l'occurrence le dividende) doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou transfert avait été fait au contribuable ». Or, selon la Cour suprême, on ne peut prétendre qu'un dividende, auquel renonce un contribuable au profit d'une autre personne ou à titre d'avantage que le contribuable désire voir accorder à cette autre personne, aurait été inclus dans le calcul du revenu du contribuable, puisque tout dividende qui n'est pas versé à un actionnaire demeure alors dans les coffres de la compagnie. Autrement dit, on ne peut prétendre que le dividende qu'une compagnie ne verse pas à une personne est par le fait même attribué à une autre personne à qui un dividende est versé. Un dividende non déclaré ni versé par une compagnie demeure dans ses bénéfices non répartis.

En ce qui a trait à l'affaire *Rao*, et ses clones *Korov*, *Sykes* et *Ator*, un commentateur[39] soulevait l'argument suivant :

> « Comme tout le monde le sait ou devrait le savoir, lorsqu'une compagnie déclare un dividende, l'ordre de priorité, tel que précisé dans les statuts de la corporation, doit être respecté, ou, à défaut, ceux et celles qui détiennent une telle préférence devront, à tout le moins, signer une renonciation. À cet égard, aucune preuve ne fut apportée lors de l'audition concernant toute renonciation. Compte tenu des principes de droit corporatif, nous prétendons, avec déférence pour l'opinion contraire, que cette partie du jugement pourrait être attaquée, et ce, même si le Juge O'Connor réfère à la cause de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Continental*. En effet, compte tenu des faits mis en preuve lors de cette audition, on se demande pourquoi Revenu a seulement invoqué le paragraphe 56(2) L.I.R. Revenu Canada aurait pu, en effet, questionner la vraie nature du paiement en cause et venir prétendre que le versement des sommes d'argent n'était aucunement un dividende, mais plutôt un bénéfice conféré à un actionnaire. S'il s'agissait d'un vrai dividende, l'ordre de paiement, prévu aux statuts d'incorporation, aurait dû être suivi en l'absence de toute renonciation de la part des actionnaires privilégiées. Si cette procédure corporative n'est pas suivie, on pourra prétendre qu'il peut s'agir d'un bénéfice conféré aux actionnaires, et, dans la mesure où Revenu Canada cotisait de la sorte, les actionnaires ne pourraient se prévaloir du crédit pour dividendes. »

Suffirait-il alors, pour se prémunir contre une telle éventualité d'un bénéfice conféré, d'inscrire dans les résolutions des administrateurs ayant

---

[39] Daniel BOURGEOIS, « Jurisprudence récente – Partie I », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 29:9-28, aux pages 29:18-21.

trait à la déclaration du dividende la ou les renonciations appropriées pour atteindre le résultat désiré de répartition du dividende? Pourquoi pas? Sinon, il me semblerait quelque peu hypocrite de considérer qu'une répartition d'un dividende en vertu d'une structure de capital-actions avec dividende discrétionnaire passe l'éponge, alors que la même répartition obtenue par le biais de certaines renonciations au dividende de la part de certains actionnaires serait attaquable. Voudrait-on forcer les contribuables à procéder à des modifications de leurs statuts en vue de modifier le capital-actions autorisé de leur compagnie pour prévoir la création de catégories d'actions à dividende discrétionnaire et d'engager des frais, alors qu'il suffirait d'une résolution des administrateurs déclarant un dividende, à laquelle interviendront, pour y renoncer, les actionnaires qui ne désirent pas participer à ce dividende ou encore qui désirent y participer pour un montant moindre que celui auquel les statuts leur donnent droit?

Les autorités fiscales pourraient-elles tenter de distinguer le cas du dividende discrétionnaire, reconnu par la Cour suprême dans les affaires *McClurg* et *Neuman*, du cas d'un dividende faisant l'objet de renonciations de la part de certains actionnaires? Dans le premier cas, rien dans les statuts ne permet de laisser entrevoir lequel ou lesquels des actionnaires auront droit au dividende et jusqu'à concurrence de quel montant. Tandis que dans le cas du partage d'un dividende par le biais de renonciations, si ces renonciations sont jugées nécessaires, c'est sans nul doute parce que les statuts attribuaient un droit de préférence à un ou plusieurs actionnaires, ou encore conféraient un droit égal dans le dividende entre les détenteurs d'actions d'une même catégorie.

Je ne pense pas qu'on puisse faire une telle distinction. Car, même dans le contexte d'une capitalisation à dividende discrétionnaire, les détenteurs des différentes catégories d'actions à dividende discrétionnaire doivent habituellement, par défaut, être traités sur un pied d'égalité[40]. Ce qui veut dire que pour obtenir un partage inégal, une décision des principaux intéressés[41] sera requise pour autoriser une répartition inégale du dividende

[40] En considérant qu'il s'agisse d'actions participantes, dites « ordinaires » à dividende discrétionnaire.

[41] Qu'il s'agisse des administrateurs, ou encore des actionnaires, lorsque l'émission d'actions à dividende discrétionnaire est accompagnée de la signature d'une « convention unanime d'actionnaires » prévoyant que tout dividende déclaré par la compagnie aux actions à dividende discrétionnaire sera versé au prorata de la détention de chacun des actionnaires dans ces catégories, sauf décision unanime du contraire par les actionnaires eux-mêmes. Une telle convention unanime est fortement

(à suivre…)

entre les détenteurs des actions à dividende discrétionnaire. Donc, dans un cas comme dans l'autre, les actionnaires devront intervenir pour accepter de recevoir un dividende moindre que celui auquel ils auraient autrement eu droit en vertu des statuts.

1.3.2.2. Non cumulatif

Tout droit de dividende à des actions privilégiées de gel devrait être non cumulatif plutôt que cumulatif, c'est-à-dire que pour toute période au cours de laquelle un dividende n'est pas déclaré, le droit au dividende se perd, il ne s'accumule pas; si au contraire le dividende était cumulatif, cela irait à l'encontre de l'esprit du gel de succession qui est de bloquer la valeur de l'auteur à celle existante au jour de la transmission[42].

Il est important de préciser dans les statuts que les actions privilégiées de gel auront droit à un dividende « non cumulatif », car en l'absence de disposition à ce sujet, les dividendes fixes ou préférentiels sont réputés cumulatifs[43].

1.3.2.3. Mensuel

Le droit au dividende rattaché aux actions privilégiées de gel sera préférablement mensuel plutôt qu'annuel, ceci afin de faciliter le fractionnement de dividendes entre l'auteur du gel et le ou les détenteurs des nouvelles actions participantes; ainsi, dans l'hypothèse où l'auteur du gel souhaiterait verser un dividende à ses enfants détenteurs des nouvelles actions participantes alors qu'il détient lui-même des actions privilégiées de gel, rachetables pour une JVM de 5 000 000 $ et donnant droit à un dividende non cumulatif, préférentiel au taux de 5/10 de 1 % par mois plutôt que de 6 % par année, l'obligation légale de l'auteur du gel de recevoir un dividende prioritairement à ses enfants se limiterait à un montant de 25 000 $ plutôt que de 300 000 $[44].

(…suite)

recommandée pour éviter tout abus de la part des administrateurs dans la répartition des dividendes entre les catégories d'actions à dividende discrétionnaire.

42 Si le dividende était cumulatif dans une situation où, par exemple, la valeur des actions privilégiées de gel était de 5 000 000 $ et le taux de dividende auquel donnent droit ces actions de 5 %, qu'il le veuille ou non, l'auteur du gel verrait sa valeur s'accroître de 250 000 $ par année.

43 *Webb* c. *Earle*, (1875) L.R. 20 Eq. 556, 44 L.J. C 608. Voir Maurice et Paul MARTEL, *Les aspects juridiques de la compagnie au Québec*, Wilson & Lafleur, vol. I, feuilles mobiles, à jour en mars 2003, pp. 19-49.

44 Nous avons vu qu'il serait possible de prévoir que le dividende rattaché aux actions privilégiées de gel puisse ne pas être préférentiel sans mettre à risque la valeur des

(à suivre…)

1.3.3. Remboursement

Les autorités fiscales demandent que les actions privilégiées de gel soient remboursables à leur pleine valeur par préférence à toute autre catégorie d'actions advenant toute distribution de biens lors de la liquidation ou dissolution de la compagnie[45].

1.3.4. Rachat

1.3.4.1. À demande

C'est au niveau du droit de rachat des actions privilégiées de gel que l'on retrouve l'élément-clé de l'évaluation de ces actions : les autorités fiscales exigent que de telles actions soient rachetables au gré de leur détenteur[46]. Cette position du ministère du Revenu a été reprise autant comme autant dans tous les forums mis à sa disposition, qu'il s'agisse de congrès, d'interprétations techniques, de décisions anticipées, etc. Rien ne doit entacher ce droit de rachat au gré du détenteur. Ainsi, le ministère du Revenu est d'avis qu'une convention d'actionnaires qui limiterait le nombre d'actions privilégiées de gel pouvant être rachetées par année pourrait modifier défavorablement la JVM de ces actions privilégiées de gel. De plus, si le montant de rachat est payable sur une certaine période de temps, tout solde impayé devrait porter des intérêts à un taux concurrentiel[47].

Pourrait-on envisager des situations où les actions privilégiées de gel pourraient ne pas être rachetables au gré de leur détenteur tout en préservant leur JVM? À ce sujet, les autorités fiscales émettaient, dans une interprétation technique datée du 22 octobre 1982, l'opinion selon laquelle

---

(…suite)

actions privilégiées de gel. Le droit au dividende sur ces actions privilégiées de gel pourrait même être discrétionnaire, en autant que le taux de ce dividende demeure fixe et raisonnable pour éviter de contrecarrer l'esprit du gel : *Window on Canadian Tax*, *op. cit.,* note 33, interprétation technique 9229105, « Estate Freeze - Preferred Shares with Variable Dividend Rate », 13 janvier 1993. Il serait recommandé dans le cas d'une telle discrétion quant au dividende de faire en sorte que cette discrétion ne survive pas à l'auteur du gel.

45 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1980 Conference Report, loc. cit.*, note 14, 602.

46 *Id.*

47 *Window on Canadian Tax*, *op. cit.*, note 33, interprétation technique 1411, « Conditions of Freezed shares », 23 et 29 août 1991.

les actions privilégiées de gel pouvaient ne pas être rachetables au gré de leur détenteur, seulement si les conditions suivantes étaient respectées :

- le droit de rachat disparaît avec le décès de l'auteur du gel;

- les actions privilégiées de gel obtiennent à ce moment un dividende fixe, préférentiel, cumulatif à un taux raisonnable (par exemple 2/3 du taux préférentiel ajusté trimestriellement); et

- il y a une entente quant au rachat des actions privilégiées de gel sur une période n'excédant pas 10 ans avec au minimum 1/10 d'actions à être rachetées chaque année[48].

Donc, il est primordial, sauf exception, que les actions privilégiées de gel soient rachetables au gré de leur détenteur. Doivent-elles également être rachetables au gré de la compagnie? Personnellement, je préfère qu'elles ne le soient pas afin d'éviter que l'auteur du gel ne se voit dans l'obligation de se faire racheter des actions à un moment inapproprié pour lui et que ce rachat n'entraîne une imposition immédiate entre ses mains à la suite de ce rachat. Quoique, même si les actions privilégiées de gel étaient rachetables au gré de la compagnie, étant donné qu'en règle générale l'auteur du gel conservera le contrôle de la compagnie, ce serait sans doute lui-même qui serait en mesure de décider d'un tel rachat ou encore d'empêcher un tel rachat que d'autres voudraient lui imposer. Si, du vivant de l'auteur du gel, un tel rachat au gré de la compagnie n'est pas nécessairement souhaitable, il peut en être autrement après le décès de celui-ci, dépendamment des personnes qui auront hérité de ses actions privilégiées de gel et des intentions de l'auteur du gel quant à ces actions privilégiées de gel. Il sera important de s'assurer que les successibles de l'auteur du gel ne mettront pas à risque la santé économique de la compagnie en exigeant des rachats intempestifs d'actions privilégiées de gel[49].

---

48 Claude DÉSY, *Access to Canadian Income Tax*, Montréal, Publications DACFO, 1991, feuilles mobiles, par. 85-162. Le ministère du Revenu réitérait sa position à l'effet que le droit de rachat au gré du détenteur pourrait être troqué contre un dividende fixe cumulatif à un taux reflétant une JVM, dans une interprétation technique rendue les 23 et 29 août 1991, dans *Window on Canadian Tax*, *op. cit.*, note 47.

49 Voir P. Mario CHARPENTIER et Anne-Marie BOUCHER, *loc. cit.*, note 21, 489-491.

1.3.4.2. À la JVM

Les actions privilégiées de gel doivent être rachetables à la JVM, en date de leur émission, des biens ou des actions en contrepartie desquels elles sont émises; évidemment, cela soulève tout le débat de la détermination de la JVM d'un bien ou d'une action.

Lorsque les actions privilégiées de gel sont créées expressément aux fins de la transmission d'entreprise et que la JVM de l'entreprise a été déterminée, il est alors possible d'inscrire carrément dans les statuts de la compagnie la valeur de rachat ainsi déterminée. Par contre, s'il faut opérer la transmission avec des statuts déjà existants, il faut y trouver une catégorie d'actions privilégiées rachetables à prime, c'est-à-dire pour un montant supérieur au montant du capital versé pour ces actions[50].

Dans le cas où les actions autorisées dans les statuts sont sans valeur nominale, comme cela se produit dans la majorité des statuts (au fédéral, les actions étant nécessairement sans valeur nominale), le principe est que la compagnie doit verser au compte capital versé pertinent « le montant total de l'apport reçu en contrepartie des actions qu'elle émet[51] ». En pratique, cela signifie que lorsque la compagnie émet des actions sans valeur nominale la valeur de toute somme ou de tout bien reçu par la compagnie en contrepartie pour cette émission est considérée comme du capital, et donc qu'aucune partie de cette contrepartie ne peut constituer un « surplus d'apport ». S'il fallait s'en tenir à ce principe, il ne serait pas possible d'avoir un capital versé légal correspondant au capital versé fiscal. Heureusement, cette règle souffre certaines exceptions, dont l'une insérée dans la loi en 1978 expressément pour répondre à ce problème de distorsion entre les réalités corporative et fiscale. Cette exception est à l'effet qu'il sera permis de ne verser qu'une

---

[50] Il serait toujours possible de procéder à la transmission de l'entreprise avec des actions privilégiées qui sont uniquement rachetables à un prix égal au montant versé pour celles-ci (sans prime au rachat), mais à ce moment, il faudra être prêt à vivre avec une distorsion entre la présentation comptable du capital versé (qui montrera la pleine valeur marchande des biens ou des actions transmis en guise de capital versé) et le montant retenu aux fins fiscales de ce capital versé. Aux fins fiscales, le capital versé légal sera ramené à un montant correspondant au capital versé des actions transmises ou au coût en capital du bien transmis par l'effet de l'un ou l'autre des paragraphes 51(3), 85(2.1) ou 86(2.1) L.I.R. selon le cas (par. 570a) L.I. et art. 570 du *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r. 1 et mod. (ci-après « R.I. »)).

[51] Par. 26(2) L.C.S.A.; art. 123.48 L.C.

partie de la contrepartie reçue au compte capital déclaré d'une catégorie d'actions émises à l'occasion d'une transaction « avec lien de dépendance »[52].

Ainsi, une formulation passe-partout pour une catégorie d'actions privilégiées de gel dans le cadre d'une incorporation en vertu de la *Loi sur les compagnies* du Québec pourrait être comme la suivante :

> « Obligation de rachat. Les actions privilégiées catégorie "_" devront être rachetées par la compagnie, en tout ou en partie, en tout temps, **à la demande écrite du détenteur** de ces actions, à un prix égal au montant versé au compte capital-actions émis et payé pour ces actions, **plus une prime** égale à la différence entre la juste valeur marchande, lors de l'émission de ces actions privilégiées catégorie "_", de la contrepartie reçue par la compagnie en considération de l'émission de ces actions privilégiées catégorie "_" et le total formé par:
>
> a) le montant versé au compte capital-actions émis et payé pour ces actions, et
>
> b) la juste valeur marchande de tout bien, autre que les actions privilégiées catégorie "_", donnée en paiement de cette contrepartie.
>
> Ce prix sera considéré comme la "valeur de rachat" des actions privilégiées catégorie "_" et la compagnie devra remettre en plus au détenteur de ces actions privilégiées catégorie "_" ainsi rachetées le montant des dividendes déclarés et non payés, le cas échéant. »

Une fois que la JVM des actions privilégiées de gel a été établie, peut-elle par la suite être modifiée? Il est clair qu'elle pourra l'être en vertu d'une clause de rajustement de prix comme il en est fait mention à la section 1.3.4.3. ci-après. Mais l'auteur du gel pourrait-il décider de réduire cette JVM à une date ultérieure? Supposons que l'entreprise transmise par l'auteur a perdu de la valeur au lieu d'en prendre au cours des années qui ont suivi. Serait-il possible pour l'auteur de rééchanger ses actions privilégiées de gel initiales, émises pour un prix égal à la JVM établie lors du gel initial, contre de nouvelles actions privilégiées de gel, rachetables à la valeur réduite lors du nouveau gel? Dans un premier temps, les autorités fiscales ont réagi à cette hypothèse en considérant qu'un avantage serait conféré aux détenteurs

---

52 Par. 26(3) L.C.S.A.; art. 123.49 L.C. Il est même possible, depuis novembre 2001, de verser une partie seulement de la contrepartie reçue au compte capital déclaré d'une catégorie d'actions sans valeur nominale d'une société de juridiction fédérale, lors d'une transaction avec une personne sans lien de dépendance, en autant que cette personne, la société et tous les détenteurs des actions de la catégorie ainsi émises consentent à l'échange. Al. 26(3)a)(iii) L.C.S.A. Le Québec ne s'est pas encore harmonisé à cette nouvelle mesure.

des actions participantes si les actions privilégiées de gel étaient échangées contre de nouvelles actions privilégiées de gel rachetables à une JVM inférieure[53]. Puis, les autorités fiscales ont révisé leur position et sont maintenant d'avis qu'en autant que la réduction de valeur des actions privilégiées de gel ne résultent pas d'un dépouillement (« stripping ») des éléments d'actif de la compagnie, il ne sera habituellement pas considéré qu'un avantage a été conféré aux détenteurs des actions participantes ou encore à l'auteur lui-même, advenant que ce dernier échange ou convertisse ses actions privilégiées de gel d'origine en de nouvelles actions privilégiées de gel ayant une JVM égale à l'actuelle JVM des actions privilégiées du gel d'origine[54]. Il peut être intéressant pour l'auteur du gel d'origine de profiter de la baisse de valeur de l'entreprise pour réduire la valeur de rachat de ses actions privilégiées de gel. Ainsi, advenant toute reprise économique de l'entreprise, les bénéficiaires du gel pourront prendre avantage de cette reprise dès les premiers dollars de celle-ci, plutôt que d'attendre que l'auteur du gel d'origine ait récupéré la pleine valeur de ce gel.

1.3.4.3. Rajustement

Étant donné que l'évaluation d'un bien n'est pas une science exacte, il est fortement recommandé d'incorporer, dans les statuts de la compagnie, au droit de rachat à la JVM des actions privilégiées de gel, une clause de rajustement advenant que les ministères du Revenu, fédéral et/ou provincial, attribueraient aux actions privilégiées de gel une JVM différente de celle déterminée par l'auteur du gel, de manière à pouvoir rajuster cette JVM à celle établie par les ministères ou, le cas échéant, par les tribunaux, et éviter ainsi toutes conséquences fiscales fâcheuses[55]. Le ministère du Revenu

---

53 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1985 Conference Report,* Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1986, pp. 49:1-32, question 53, « Estate Freezes », aux pages 49:29-30. Les autorités fiscales utiliseraient le paragraphe 246(1) L.I.R. pour imposer un tel avantage le cas échéant.

54 *Window on Canadian Tax, op. cit.*, note 33, interprétation technique 9229905, « Reduction in value of preferred shares after freeze », 3 juin 1997. Voir aussi l'interprétation technique 9237915, « Capital Reorganization caused by decrease in value of preferred shares », 24 mars 1993. Également, la « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:1-42, question 2.5, « Gel à la suite d'une baisse de valeur », aux pages 53:26-27.

55 De telles conséquences néfastes découleraient de l'application du paragraphe 51(2), 85(1)e.2) ou 86(2) L.I.R. selon le cas (respectivement art. 301.1, 543.1 et 526 L.I.), s'il est raisonnable de considérer qu'une partie de l'écart entre l'évaluation faite par l'auteur du gel et celle faite par les autorités fiscales confère un avantage à une personne à laquelle l'auteur du gel est lié. Remarquez qu'une telle clause de rajustement, si elle

(à suivre…)

reconnaît depuis longtemps les clauses de rajustement de prix et accepte leur application rétroactive dans la mesure où le contribuable se soumet aux conditions d'application dictées dans la politique administrative énoncée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-169[56].

L'une des conditions mentionnées dans ce bulletin est la dénonciation d'une telle clause au Ministère. Pendant longtemps, cette dénonciation s'effectuait au moyen d'un avis écrit envoyé au Ministère. Cependant, depuis que les formulaires prescrits de roulement comportent une série de questions auxquelles le contribuable doit répondre, dont celle demandant si la transaction fait l'objet d'une clause de rajustement, le Ministère semble satisfait qu'une réponse à cette question constitue une dénonciation suffisante d'une telle clause[57].

De quelle manière le rajustement, si besoin est, s'effectuera-t-il? Deux façons de faire s'offrent à nous pour procéder au rajustement de la valeur attribuée aux actions privilégiées de gel :

- réduire ou augmenter, selon le cas, le montant de la **prime payable au rachat** des actions privilégiées de gel, avec un effet rétroactif à la date d'émission de ces actions privilégiées de gel; ou

- réduire ou augmenter, selon le cas, le **nombre des actions privilégiées de gel** émises en considération de la contrepartie reçue lors de leur émission, avec un effet rétroactif à la date de cette émission; dans ce cas,

---

(…suite)
n'est pas déjà incorporée aux statuts dans les droits, privilèges, restrictions et conditions rattachés aux actions privilégiées de gel, peut également être incluse dans le contrat de vente devant intervenir entre l'auteur du gel et l'acquéreur lorsque la transmission de l'entreprise nécessite un tel contrat.

56 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clause de rajustement du prix », 6 août 1974. Le Québec a suivi avec son propre *Bulletin d'interprétation* IMP. 28-4 « Clauses de rajustement du prix », 28 avril 1989.

57 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1990 Conference Report,* Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 50:1-68, question 58, à la page 50:31, en anglais, et 50:66, en français.« ... Le Bulletin d'interprétation définit un certain nombre de conditions, dont celui d'aviser Revenu Canada dans la déclaration de revenus des parties dans l'année de la transaction. Si les parties négligent d'aviser Revenu Canada dans leur déclaration, cette absence de déclaration ne constituera pas en soi un obstacle à l'application de cette position pourvu que les autres conditions soient remplies ».

il est recommandé de préciser que le détenteur de ces actions privilégiées de gel renonce, en choisissant ce mode d'ajustement, à contester la validité de toute résolution des actionnaires adoptée entre la date d'émission de ces actions et la date d'exercice du choix.

Personnellement, j'inscris les deux possibilités de rajustement dans la description des actions privilégiées de gel, bien que les autorités fiscales favorisent un rajustement de la « prime payable au rachat » des actions privilégiées plutôt qu'un rajustement par l'annulation ou l'émission additionnelle de telles actions privilégiées. Ce dernier mode de rajustement m'apparaît cependant préférable dans les circonstances où, entre la date de l'émission initiale des actions et celle où le rajustement devient nécessaire, il y a eu, soit un rachat de telles actions par la compagnie, soit un dividende déclaré et versé sur ces actions. Je m'explique.

Présumons qu'au moment de la transmission d'entreprise, 1 000 actions privilégiées de gel sont émises pour une JVM de 2 000 000 $, soit 2 000 $ par action. Ces actions donnent droit à un dividende mensuel de 1 % sur leur valeur de rachat, soit 20 000 $. La compagnie a versé à six reprises le dividende mensuel de 1 % auquel donnent droit ces actions, soit au total un dividende de 6 % représentant 120 000 $. De plus, la compagnie a par la suite racheté 100 de ces actions pour un prix de 200 000 $. Or, à la suite d'un débat sur l'évaluation de la JVM de l'entreprise transmise, la valeur de 2 000 000 $ doit être rajustée à 3 000 000 $. Si le rajustement s'effectue en augmentant le montant de la prime payable au rachat, de sorte que les actions privilégiées de gel soient rachetables à 3 000 000 $ plutôt qu'à 2 000 000 $ et ceci avec un effet rétroactif à la date d'émission de ces actions, les dividendes versés à l'auteur auraient dû être de 6 % de 3 000 000 $ plutôt que 6 % de 2 000 000 $, soit 60 000 $ de plus. Quant aux 100 actions rachetées, elles auraient dû l'être pour un prix de 300 000 $ au lieu de 200 000 $. L'auteur du gel devra donc produire des déclarations de revenus amendées pour tenir compte de ces dividendes « réels » (60 000 $) et « réputés » (100 000 $) additionnels.

Par contre, si le rajustement s'effectue en émettant 500 actions privilégiées de gel additionnelles rachetables à 2 000 $ chacune, pour un total de 1 500 actions privilégiées de gel à 2 000 $ représentant une valeur de rachat globale de 3 000 000 $, aucun dividende réputé additionnel (à la suite du rachat des 100 actions privilégiées de gel) n’aura à être déclaré. Par contre, cette émission prenant effet rétroactivement à la date de l'émission initiale des premières actions privilégiées de gel, le même dividende réel additionnel de 60 000 $ devrait être calculé si effectivement l'auteur du gel

aurait dû détenir pour 3 000 000 $ en actions privilégiées de gel plutôt que 2 000 000 $.

Remarquez que la question soulevée par la déclaration des dividendes réels sera, dans la majorité des cas, un faux problème. En effet, à moins que le dividende versé à l'auteur du gel dans tout mois donné n'ait été suivi d'un dividende déclaré aux détenteurs d'autres catégories prenant rang postérieurement aux actions privilégiées de gel (tels les détenteurs des nouvelles actions participantes), ce n'est pas parce que l'auteur du gel détient des actions pour une valeur supérieure que le dividende qui lui aurait été déclaré serait pour autant plus élevé. Le taux de dividende de 1 % par mois représente le dividende maximum auquel a droit le détenteur de ces actions. Rien n'empêche qu'un dividende inférieur à ce pourcentage ne lui soit déclaré. Ainsi, si l'intention de l'auteur du gel était de recevoir un dividende de 20 000 $ par mois pendant six mois, cela importerait peu qu'il ait eu des actions ayant une valeur de rachat de 3 000 000 $ plutôt que de 2 000 000 $.

Un problème serait apparu dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il avait fallu procéder à une réduction de la valeur marchande plutôt qu'à une augmentation de celle-ci. Par exemple, si la valeur de rachat des actions privilégiées de gel devait être réduite de 2 000 000 $ à 1 000 000 $, le dividende mensuel maximum auquel l'auteur du gel aurait alors eu droit aurait été de 10 000 $. Un dividende de 20 000 $ serait alors excédentaire. L'auteur du gel devrait alors rembourser la compagnie pour cet excédent de dividende, en espérant qu'il ne soit pas entre-temps considéré avoir reçu un prêt de la compagnie[58] ou, pire, s'être approprié des fonds de la compagnie[59].

1.3.5. Restriction sur les transferts

Les autorités fiscales requièrent également qu'aucune restriction ne limite le droit de l'auteur du gel de transférer ses actions, que cette restriction soit par statuts, conventions, ou autrement. Les seules restrictions admises sont celles requises par les lois corporatives pour que la compagnie se qualifie à titre de « société fermée » aux fins de la *Loi sur les valeurs mobilières*[60].

---

58 Déclenchant les dispositions du par. 15(2) L.I.R.; art. 113 à 115 L.I.

59 Déclenchant les dispositions du par. 15(1) L.I.R.; art. 111 et 112 L.I.

60 L.R.Q., c. V-1.1.

1.3.6. Restriction sur les sorties de fonds

Finalement, les autorités fiscales demandent que les actions privilégiées de gel soient protégées contre les sorties de fonds en faveur des autres catégories d'actions et qui auraient pour effet d'empêcher la compagnie de pouvoir racheter les actions privilégiées de gel à leur pleine JVM. C'est pourquoi les statuts doivent comprendre une clause à l'effet que la compagnie ne pourra payer aucun dividende sur les actions ordinaires, ni acheter de gré à gré de ces actions ordinaires, s'il résultait de l'une ou l'autre de ces opérations que la valeur de réalisation de l'actif net de la compagnie ne soit pas suffisante pour racheter les actions privilégiées de gel à leur pleine valeur de rachat.

1.4. BÉNÉFICIAIRES DE LA TRANSMISSION – FIDUCIE ENTRE VIFS

Comme il est précisé dans la section 1.1. précédente, intitulée « Contexte retenu », il a été présumé aux fins du présent texte que la transmission s'effectuerait pour le bénéfice des enfants de l'auteur du gel. La façon la plus simple de permettre aux enfants de profiter du gel est de faire en sorte qu'ils détiennent personnellement les actions participantes de la compagnie que l'on veut leur transmettre.

Cependant, il peut arriver des circonstances où il sera préférable de commencer par faire détenir les actions participantes par une fiducie pour le bénéfice des enfants. Pensons par exemple à la situation où les enfants sont encore mineurs, ou celle où l'auteur du gel n'est pas encore fixé sur celui ou ceux parmi ses enfants auxquels il veut transmettre l'entreprise. Si les actions participantes sont ainsi détenues par une fiducie dans laquelle l'auteur du gel se réserve la discrétion de déterminer à quels bénéficiaires seront éventuellement remises les actions participantes, l'auteur conserve alors une flexibilité qu'il ne pourrait avoir autrement[61].

La fiducie discrétionnaire apporte plusieurs avantages. Entre autres :

- elle permet de retarder le choix définitif du ou des bénéficiaires à qui les actions seront éventuellement remises;

---

[61] Pour une plus longue réflexion sur les raisons de l'utilisation d'une fiducie lors d'un gel de succession, voir Luc MARTEL, « Fiducie dans un contexte de transmission d'entreprise », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 30:11-25.

- la remise des actions, lorsqu'elle aura lieu, pourra s'effectuer sans impôt immédiat, les bénéficiaires pouvant recevoir les biens de la fiducie au coût indiqué de ces biens pour la fiducie[62]; ce roulement sera cependant perdu advenant que l'auteur du gel qui aura transporté des biens à la fiducie puisse, en vertu de l'acte de fiducie, récupérer ces biens ou les biens qui leur seront substitués, transporter ces biens à des personnes désignées par lui après la création de la fiducie, ou encore, qu'il ne puisse être disposé de ces biens, du vivant de cet auteur, qu'avec son consentement ou suivant ses instructions[63]; les biens de la fiducie seraient alors remis aux bénéficiaires à la JVM de ces biens, déclenchant une imposition au sein de la fiducie;

- l'auteur du gel peut conserver le contrôle des actions participantes transmises à la fiducie discrétionnaire en devenant le fiduciaire de cette fiducie;

- la fiducie discrétionnaire peut faciliter la « purification continue » de la compagnie transmise et préserver l'éligibilité des actions de celle-ci à la déduction pour gains en capital de 500 000 $ en prévoyant, parmi les bénéficiaires, une société de portefeuille. Cette planification sera d'autant plus appréciée si les enfants de l'auteur du gel, eux-mêmes bénéficiaires de la fiducie, n'ont pas encore pu bénéficier de leur propre déduction pour gains en capital[64];

- la fiducie discrétionnaire peut devenir un outil de « dégel », un tel dégel pouvant même rétroagir au jour du gel initial. Pour ce faire, il suffirait d'ajouter l'auteur même du gel à la liste des bénéficiaires de la fiducie; ce dernier ne pourrait cependant plus alors agir comme fiduciaire unique de

---

62 Par. 107(2) L.I.R.; art. 688 L.I.

63 Par. 75(2) et 107(4.1) L.I.R.; art. 467 et 691.1 L.I.

64 Pour une analyse des « possibilités fiscales pour une corporation d'être bénéficiaire d'une fiducie », voir Luc PARISEAU, « Panel sur les fiducies, Partie B – Structures particulières utilisant une fiducie », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 7:18-58, aux pages 7:23-36. Me Pariseau, en plus d'étudier le traitement fiscal du revenu gagné par la corporation à titre de bénéficiaire de la fiducie, élabore sur les personnes devant être actionnaires de la corporation bénéficiaire, ces personnes pouvant être l'auteur du gel lui-même, son conjoint, ses enfants, des employés-clés, ou même une autre fiducie familiale dont l'auteur du gel, son conjoint et leurs enfants pourraient être des bénéficiaires discrétionnaires. Me Pariseau étudie également, aux pages 7:36-37 de son texte, la possibilité qu'une fiducie soit bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire.

la fiducie s'il en est lui-même l'un des bénéficiaires[65]; l'auteur devra alors agir conjointement avec au moins un cofiduciaire qui ne soit pas bénéficiaire de la fiducie.

En ce qui concerne cette dernière utilisation de la fiducie discrétionnaire, soit la planification d'un dégel éventuel, il ne suffit pas que l'auteur du gel soit lui-même bénéficiaire de la fiducie, encore faudra-t-il que les fiduciaires décident de remettre à cet auteur les biens en fiducie plutôt qu'à tout autre bénéficiaire de la fiducie. Les fiduciaires agissent à titre d'administrateurs du bien d'autrui chargés de la pleine administration (art. 1278 C.c.Q.) et, en conséquence, ils doivent agir avec prudence et diligence, avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt des bénéficiaires ou de la fin poursuivie (art. 1309 C. c. Q.). Un administrateur du bien d'autrui ne peut exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt ni dans celui d'un tiers; il ne peut non plus se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur; s'il est lui-même bénéficiaire, il doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt commun, en considérant son intérêt au même titre que celui des autres bénéficiaires (art. 1310 C. c. Q.). Il n'est donc pas évident que les fiduciaires puissent avantager l'auteur du gel au détriment des autres bénéficiaires sans en porter la responsabilité et s'exposer aux recours possibles des bénéficiaires lésés[66].

Également, l'auteur du gel devra s'assurer que l'utilisation de cette technique de dégel n'ait pas pour effet d'annuler l'objectif recherché lors de la mise en place du gel initial, soit la transmission de l'entreprise à la nouvelle génération. Si l'auteur du gel se réserve le droit de se faire remettre les biens de la fiducie, soit directement à titre de bénéficiaire, soit indirectement à titre d'actionnaire d'une société de portefeuille bénéficiaire, quelle sorte de message donnera-t-il à ses enfants? Saura-t-il susciter leur intérêt dans l'entreprise, les amener à s'impliquer à fond dans celle-ci, s'il les laisse dans une situation où l'enrichissement que pourra leur rapporter leur dévouement à l'entreprise peut en tout temps leur être enlevé, selon le bon vouloir de l'auteur du gel? Si l'auteur du gel juge nécessaire de prévoir un tel mécanisme de dégel, et qui plus est rétroactif, peut-être est-ce le signe qu'il n'est pas encore prêt à procéder à la transmission de son entreprise. Peut-être

---

65 Art. 1275 C.c.Q. Le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire.

66 Pour un aperçu de ces recours possibles, voir L. MARTEL, « Méthodes de dégel successoral », *loc. cit.*, note 5, 25:37-49. Pour minimiser les risques de poursuite, il serait préférable que l'acte de fiducie, d'une manière ou d'une autre, ouvre la porte à la possibilité de favoriser l'auteur du gel par rapport aux autres bénéficiaires.

devrait-il alors se contenter d'une transmission partielle, conservant encore quelque temps pour son propre bénéfice une partie de la croissance de celle-ci. Il ne faudrait pas que la transmission de l'entreprise familiale devienne un exercice purement fiscal, ce qui pourrait ébranler et même détruire le climat familial et peut-être pousser les enfants à aller voir ailleurs et à développer leur propre entreprise.

L'utilisation d'une fiducie discrétionnaire dans le cadre d'une transmission d'entreprise du vivant de l'auteur du gel signifie qu'il faudra prendre en considération les mesures fiscales relatives aux fiducies entre vifs et non pas les dispositions plus avantageuses concernant les fiducies testamentaires. Ainsi, une telle fiducie entre vifs doit s'imposer sur tous ses revenus à un taux fixe minimum de 50 %[67], contrairement à la fiducie testamentaire dont les revenus sont imposés au taux progressif des particuliers[68].

C'est pourquoi il y avait tout avantage, dans une fiducie entre vifs, à faire en sorte que le revenu accumulé de celle-ci soit distribué ou attribué à ses bénéficiaires, de manière à ce que ceux-ci puissent profiter d'un taux d'imposition moindre sur leur part de ce revenu. L'outil le plus utilisé à cette fin a été, jusqu'en 1995, le choix du bénéficiaire privilégié[69], lequel permettait de faire imposer le revenu accumulé de la fiducie entre les mains de ses bénéficiaires privilégiés sans que ce revenu ne leur soit réellement versé par la fiducie. Malheureusement, pour les années d'imposition de fiducies qui commencent après 1995, la définition de « bénéficiaire privilégié » a été modifiée pour ne plus comprendre que le bénéficiaire d'une fiducie qui a droit au « crédit d'impôt pour déficience mentale ou physique[70] ».

Comme il n'est plus possible d'ainsi attribuer tout le revenu à des bénéficiaires sains de corps et d'esprit, quatre solutions s'offrent maintenant aux planificateurs :

---

67 Par. 122(1) L.I.R. : l'impôt payable par une fiducie non testamentaire est fixé à 29 %; art. 768 L.I. : l'impôt payable au Québec est le plus élevé de l'impôt établi selon la table de l'impôt des particuliers, il est de 20 %.

68 Par. 104(2) L.I.R.; art. 647 L.I.

69 Par. 104(15) L.I.R.; art. 660 L.I.

70 Tel que prévu au par. 118.3(1) L.I.R.; art. 750.0.14 L.I.

i) empêcher que la fiducie n'ait un revenu accumulé. Ceci sera facile si la fiducie ne fait que détenir les nouvelles actions participantes de la compagnie visée par le gel. Il suffira de ne pas déclarer de dividende sur ces actions participantes. De toute manière, si la fiducie en est une créée pour le bénéfice d'enfants mineurs en vue d'éviter la « règle de l'intérêt réputé » (voir la section 1.5.3. ci-après), il ne servirait à rien de verser des dividendes à la fiducie, étant donné que celle-ci ne pourrait d'aucune manière les faire passer aux enfants mineurs[71];

ii) distribuer réellement aux bénéficiaires ou utiliser pour leur bénéfice, tout ou partie du revenu accumulé par la fiducie; le fiduciaire perdra alors le contrôle des sommes qu'il aura ainsi versées aux bénéficiaires ou utilisées pour eux. L'auteur du gel est-il prêt à cela[72]? Par contre, si une société de portefeuille est l'un des bénéficiaires de la fiducie, il sera possible de verser le revenu accumulé de la fiducie à cette société et, s'il s'agit d'un revenu de dividendes, cette distribution pourra s'effectuer sans incidence fiscale immédiate[73], sans que l'auteur du gel ne perde le contrôle des sommes ainsi versées (si l'auteur du gel contrôle cette société de portefeuille bénéficiaire);

iii) imposer dans la fiducie, au taux d'imposition vu précédemment, la partie du revenu accumulé qui n'aura pas été distribuée aux bénéficiaires ou utilisée pour eux;

iv) prendre avantage des nouvelles dispositions de la loi permettant d'obtenir le même résultat que celui du « choix du bénéficiaire privilégié » tel qu'il existait jusqu'en 1995, mais sur une plus petite échelle[74]. La loi permet encore d'imposer le revenu d'une fiducie entre les mains d'un bénéficiaire sans que ce revenu ne lui soit physiquement versé par la fiducie; il faut cependant remplir les conditions d'application suivantes :

---

71 Par. 74.4(4) L.I.R.; art. 462.12 L.I.

72 Sans compter que la remise de sommes d'argent à des bénéficiaires mineurs soulève toute la question de la « tutelle » et de l'intervention du conseil de tutelle, du tribunal et/ou de la curatelle publique lorsque les sommes administrées pour le compte d'un mineur excèdent 25 000 $ (art. 209, 213, 217 et 242 C.c.Q.).

73 L. PARISEAU, *loc. cit.*, note 64.

74 Par. 104(18) L.I.R.; art. 664 L.I.

- le bénéficiaire en question ne doit pas avoir atteint 21 ans avant la fin de l'année d'imposition de la fiducie[75];

- la fiducie doit résider au Canada tout au long de l'année pour laquelle on veut prendre avantage de ces nouvelles dispositions;

- le droit au revenu du bénéficiaire doit lui être acquis à la fin de l'année;

- le droit au revenu du bénéficiaire ne doit pas lui être acquis en raison de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part du ou des fiduciaires; la participation du bénéficiaire doit être déterminée dans l'acte de fiducie;

- le droit au revenu du bénéficiaire ne doit être assujetti à aucune condition future, exception faite de celle de vivre jusqu'à un âge ne dépassant pas 40 ans.

Avec les règles introduites dans le Budget fédéral du 16 février 1999[76], relativement à la création d'un nouvel impôt spécial (au taux marginal le plus élevé des particuliers) devant être appliqué à certains revenus versés à des enfants mineurs (directement ou par l'intermédiaire d'une fiducie), il deviendra aussi coûteux d'imposer les revenus visés par ces nouvelles règles entre les mains du bénéficiaire mineur qui les reçoit qu'entre les mains de la fiducie elle-même. Me Marc Jolin a traité de ces règles, des structures à élaborer et des caractéristiques des fiducies qui seront utilisées pour tenir compte de ce nouvel impôt dans son texte publié dans Congrès 99 de l'APFF[77].

Je n'entends pas, dans le présent texte, faire une analyse détaillée de tous les tenants et aboutissants de cette question extrêmement complexe qu'est la fiducie familiale entre vifs. Une foule de textes ont déjà été publiés sur cette question. Je me contenterai de soulever les principales préoccupations dont il faut tenir compte lors de la formation d'une telle fiducie familiale entre vifs.

---

75 Ces nouvelles mesures ne semblent pas réservées à des bénéficiaires qui sont liés par le sang ou autrement à l'auteur de la fiducie, comme c'était le cas des « bénéficiaires privilégiés » sous l'ancienne règle.

76 Art. 120.4 L.I.R. : « Impôt sur le revenu fractionné », communément appelé « Kiddie Tax » (art. 766.5 et suiv. L.I.).

77 Marc JOLIN, « L'empire contre-attaque : l'impôt sur le revenu fractionné », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 15:1-73.

Souvent, la façon de former une telle fiducie est de demander à un grand-parent de donner un bien identifiable, tel un lingot d'or ou d'argent, pour ouvrir la fiducie et de nommer le parent comme fiduciaire. La fiducie souscrit aux nouvelles actions participantes à même des fonds obtenus par un prêt commercial effectué par la fiducie (non garanti par le parent ou le grand-parent) et non pas avec le bien utilisé par le grand-parent pour ouvrir la fiducie, afin d'éviter les règles usuelles d'attribution. Les bénéficiaires sont habituellement les enfants et les petits-enfants du parent fiduciaire. Le parent et son conjoint pourraient également être bénéficiaires de la fiducie, par contre, ils ne pourraient plus alors en être les seuls fiduciaires[78].

L'avantage d'utiliser un grand-parent, ou toute personne autre que le père ou la mère des enfants bénéficiaires, comme auteur de la fiducie, est d'éviter l'application de la **règle d'attribution** en faveur du parent fiduciaire (le père ou la mère) qui désire conserver le pouvoir de distribuer les biens de la fiducie à sa discrétion. En effet, il est une disposition de la loi qui prévoit que lorsqu'une personne a donné des biens à une fiducie et qu'il ne peut être disposé de ces biens qu'avec le consentement ou suivant les instructions de cette personne, tout revenu ou perte résultant des biens ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition de ces biens est réputé, durant la vie de cette personne, être un revenu ou une perte ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de cette personne[79].

De plus, s'il fallait que cette disposition d'attribution s'applique, ne serait-ce qu'un temps, la fiducie perdrait pour toujours son droit au « roulement hors fiducie ». Il ne serait plus possible pour la fiducie de remettre les biens qu'elle possède à ses bénéficiaires autrement qu'à leur JVM à ce moment[80]. En temps normal, il y a roulement des biens entre les mains des bénéficiaires[81] lorsqu'il s'agit d'une fiducie autre qu'une fiducie en faveur du conjoint[82].

---

78 Art. 1275 C.c.Q. : « le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire ».

79 Par. 75(2) L.I.R.; art. 467 L.I.

80 Par. 107(4.1) L.I.R.; art. 691.1 L.I.

81 Par. 107(2) L.I.R.; art. 688 L.I.

82 Par. 107(4) L.I.R.; art. 691 L.I.

Comme on peut le constater, l'utilisation de la fiducie familiale discrétionnaire entre vifs requiert des connaissances techniques élaborées et sa mise en place ne doit pas être confiée au premier venu.

1.5. LES AFFAIRES *KIEBOOM* ET *ROMKEY*

Le 3 juillet 1992, la Cour d'appel fédérale venait à la conclusion, dans l'affaire *La Reine* c. *Kieboom*[83], que l'émission, pour une somme nominale, d'actions participantes au conjoint et aux enfants d'un contribuable constituait pour ce dernier une disposition d'un intérêt économique dans la compagnie émettrice.

Mais avant d'aller plus loin, rappelons les faits dans cette affaire. M. Kieboom possédait une compagnie dans laquelle dix actions ordinaires étaient émises et en circulation. Une de ces actions était détenue par son épouse et les neuf autres par lui-même. M. Kieboom fit en sorte que huit nouvelles actions de catégorie « A » participantes, non votantes, soient émises à son épouse pour un prix de 8 $, alors que la JVM de ces actions était de beaucoup supérieure à ce prix. M. Kieboom, par cette émission, se trouvait à diluer sa participation dans la compagnie de 90 % à 50 %, et ce, sans contrepartie valable. Un an plus tard, M. Kieboom remettait cela, mais cette fois en autorisant l'émission, pour 1 $ chacune, d'autres actions de catégorie « A » à ses trois enfants et de nouveau à son épouse, alors que la JVM de chacune de ces actions était alors évaluée à 6 800 $. La participation de M. et Mme Kieboom passait ainsi de 50 % à 21,5 % chacun et celle des enfants de 0 % à 19 % chacun. Des dividendes furent par la suite versés sur les actions au montant de 4 000 $ par action ordinaire et de 3 750 $ par action de catégorie « A ».

M. Kieboom prétendait n'avoir personnellement disposé d'aucune action en faveur de son épouse ou de ses enfants et, qu'en conséquence, aucune attribution des dividendes versés à son épouse et à ses enfants ne pouvait avoir lieu.

La Cour d'appel fédérale lui donna tort :

- d'une part, elle conclut qu'il y eut disposition d'un « intérêt économique » dans la compagnie à son conjoint et à ses enfants; ceux-ci ne traitant pas à distance avec lui, les dispositions de l'article 69 L.I.R. s'appliquent, de

[83] 92 D.T.C. 6283 (C.A.F.) (ci-après « *Kieboom* »).

sorte que M. Kieboom fut réputé avoir disposé d'un tel intérêt économique dans la compagnie à sa JVM; et

- d'autre part, elle jugea que les règles d'attribution s'appliquent aux actions émises à l'épouse et aux enfants de M. Kieboom de façon à attribuer les revenus générés par ces actions à M. Kieboom.

Au lendemain de cette décision, ce fut la panique parmi les planificateurs. On craignit que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Kieboom* se répercuterait dans toutes les planifications successorales où il est permis aux membres de la famille de l'auteur du gel de souscrire, pour une somme nominale, à des actions participantes de la compagnie de l'auteur du gel. Déjà, certains auteurs suggéraient que la décision rendue dans l'affaire *Kieboom* pouvait signifier qu'un dividende préférentiel cumulatif pourrait être exigé sur les actions privilégiées émises lors d'un gel successoral pour éviter l'application du nouvel article 245 L.I.R. D'autres[84] considèrent que la lecture de la décision *Kieboom* ne semble pas suggérer une telle conclusion. Selon eux, cette décision souligne toutefois l'importance de s'assurer que les actions privilégiées reçues lors d'un gel représentent bien la JVM des actions transférées en contrepartie et que, dans le cas contraire, des conséquences fiscales fâcheuses surviendraient.

Les autorités fiscales ont confirmé pour leur part que les conclusions de l'affaire *Kieboom* ne s'appliqueront pas dans la situation d'un gel successoral classique[85]. Les autorités fiscales ont dû réitérer leur réassurance vis-à-vis du gel successoral quelques années plus tard, à la suite de l'affaire *Romkey*[86].

En effet, dans l'affaire *Barrey Romkey and Brian Romkey* c. *La Reine*[87], une planification aurait été effectuée en vertu de laquelle les deux frères Romkey ont permis à des fiducies entre vifs, pour le bénéfice de leurs enfants mineurs, de venir souscrire à des actions ordinaires non votantes de leur compagnie opérante. Des dividendes ont ensuite été versés sur ces actions ordinaires non votantes. L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a réattribué les dividendes aux frères

---

84 P. M. CHARPENTIER et A.-M. BOUCHER, *loc. cit.,* note 21, 482-484.

85 *Window on Canadian Tax*, *op. cit*., note 33, interprétation technique 9225295, « *Estate Freezing and the Kieboom Case* », 9 décembre 1992.

86 *Id.*, interprétation technique 2001-0072705, 8 mai 2001.

87 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.) (ci-après « *Romkey* »).

Romkey[88]. La Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux donné raison à l'ADRC[89]. Selon les tribunaux, en émettant des actions en faveur de fiducies constituées pour le bénéfice de leurs enfants, les contribuables avaient effectué un transfert de biens à leurs enfants respectifs, puisqu'ils s'étaient départis du droit de recevoir une plus grande part des dividendes futurs déclarés et versés par leur compagnie.

Encore une fois, les planificateurs ont eu des sueurs froides. Fallait-il conclure de cette affaire *Romkey* qu'il y aurait attribution, à tout auteur d'un gel de succession, des dividendes versés aux enfants mineurs de ce dernier, que ce soit directement ou par le biais d'une fiducie entre vifs?

Heureusement, l'ADRC a de nouveau confirmé dans cette interprétation technique qu'elle n'appliquerait pas les règles d'attribution aux dividendes versés dans le contexte d'un gel successoral en autant que :

- les actions émises aux bénéficiaires du gel (ou à une fiducie en leur faveur) le sont à leur JVM, et

- que ces actions soient payées avec des fonds qui ne proviennent pas de l'auteur du gel.

Dans l'affaire *Romkey*, la planification n'a pas été effectuée suivant les règles de l'art. Les tribunaux n'ont pas été en mesure de se satisfaire du fait que les actions souscrites par les fiducies familiales ont été payées à même les prestations d'allocation familiale, comme le prétendaient les contribuables. De plus, les tribunaux ont constaté que les documents des fiducies n'étaient pas complets ou exacts, sans compter que les registres comptables des fiducies étaient un véritable fouillis.

En conclusion, une planification successorale sera reconnue aux fins fiscales lorsqu'elle sera correctement exécutée et bien documentée.

---

88 En vertu des dispositions d'attribution contenues au paragraphe 74.1(2) L.I.R.; art. 462.2 L.I.

89 La Cour suprême du Canada a rejeté la demande du contribuable d'en appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale.

1.6. RÈGLES D'ATTRIBUTION

Les autorités fiscales ont prévu différentes mesures pour éviter qu'un contribuable puisse fractionner le revenu ou la perte qu'il tire d'un bien entre les mains d'autres membres de sa famille. Ces mesures visent les situations d'un transfert ou d'un prêt d'un bien à des personnes mineures, majeures, et même morales (c'est-à-dire incorporées) ayant un lien de dépendance avec l'auteur du transfert ou du prêt. Voyons brièvement en quoi consistent ces mesures antiévitement de fractionnement[90].

1.6.1. Transfert ou prêt à un mineur

Lorsqu'il y a un transfert ou un prêt d'un bien entre personnes liées, il peut y avoir attribution, entre les mains du cédant, du revenu ou de la perte réalisé par le cessionnaire et provenant du bien transféré ou prêté (ou de tout bien qui y est substitué)[91]. Pour éviter l'application de cette règle d'attribution lors du transfert d'un bien à une personne liée (enfant, neveu et nièce) de moins de 18 ans, le transfert doit s'effectuer pour une contrepartie à la JVM, c'est-à-dire que la valeur du bien transféré ne doit pas être supérieure à la valeur du bien reçu en contrepartie du bien transféré[92].

Lorsque la contrepartie reçue par l'auteur du gel du transfert comprend une créance, tel un solde de prix de vente impayé, il faut alors s'assurer que cette créance, à la fois :

- porte intérêt à un taux au moins égal au moins élevé du taux prescrit applicable au moment de l'établissement de la créance ou du taux auquel

---

[90] Des auteurs se sont penchés plus attentivement sur ces mesures dans des textes écrits spécifiquement sur ce sujet. Voir, entre autres, le texte de Mark A. POTECHIN et Stéphane SAINT-ONGE, cité dans l'introduction du présent texte, *supra*, p. 4:5. Voir également, Samy AMAR, « Transfert ou prêt à une société – Analyse du paragraphe 74.4(2) L.I.R. », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 14:1-30.

[91] Par. 74.1(2) L.I.R.; art. 462.2 L.I. Dans tout cas d'un transfert ou d'un prêt d'un bien par l'auteur à une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec lui ou qui est le neveu ou la nièce de l'auteur, le revenu ou la perte de l'auteur pour une année d'imposition provenant du bien ou de tout bien qui y est substitué, sera également considéré comme un revenu ou une perte de l'auteur et non de cette personne, sauf si celle-ci atteint l'âge de 18 ans avant la fin de l'année.

[92] Par. 74.5(1) L.I.R.; art. 462.15 L.I.

des parties n'ayant aucun lien de dépendance entre elles conviendraient, à ce moment, compte tenu des circonstances;

- les intérêts payables sur la créance au cours de chaque année sont payés au plus tard 30 jours après la fin de l'année[93].

Donc, dans le cas d'une transmission d'entreprise par vente directe et où l'auteur du gel reçoit un billet en contrepartie des biens qu'il vend aux bénéficiaires du gel, il faudra s'assurer que ce billet porte des intérêts suffisants et qu'ils soient payés annuellement, dans les 30 jours après la fin de chaque année, si on veut éviter l'application des règles d'attribution pendant que dure la minorité du ou des bénéficiaires de la transmission. À moins qu'il ne soit fait en sorte qu'aucun revenu ou perte ne découle du ou des biens ayant fait l'objet de la transmission pendant que dure la minorité du ou des bénéficiaires du gel.

Ou encore, il faudra éviter que, dans le cadre de la transmission d'entreprise, l'auteur du gel n'effectue un transfert de biens en faveur d'un bénéficiaire mineur[94]. C'est d'ailleurs pourquoi, dans la plupart des techniques de transmission, l'auteur du gel conserve des actions privilégiées de gel ayant une valeur de rachat égale à la JVM de l'entreprise au moment de la transmission, et ce sont de nouvelles actions participantes qui sont émises aux bénéficiaires du gel, en faisant en sorte que ces derniers les souscrivent du trésor de la compagnie, directement ou par le biais d'une fiducie entre vifs, avec des fonds ne provenant pas de l'auteur du gel. Nous verrons cependant, dans la technique de la donation, à la section 2.1.1. ci-après, qu'il peut y avoir un avantage pour l'auteur du gel de transférer les nouvelles actions participantes par donation aux bénéficiaires du gel. L'auteur du gel et ses conseillers devront alors peser le pour et le contre entre les avantages découlant de la donation et les inconvénients découlant de l'application possible des règles d'attribution.

---

93 Al. 74.5(1)b) L.I.R.; art. 462.15 L.I. Les règles d'attribution ne s'appliqueront pas non plus à un revenu dérivé d'un bien « prêté » ou d'un bien substitué si les mêmes conditions relativement aux intérêts sont respectées, tant en ce qui a trait à la détermination du taux, qu'au paiement de ces intérêts au plus tard 30 jours après la fin de chaque année (par. 74.5(2) L.I.R.; art. 462.15 L.I.).

94 Comme ce fut le cas dans les affaires *Kieboom* et *Romkey* vues à la section 1.5. ci-dessus.

1.6.2. Prêt sans intérêt ou à intérêt faible

Est-ce à dire que sitôt le ou les bénéficiaires du gel devenus majeurs, on peut éviter toute règle d'attribution? Malheureusement pas.

Une autre disposition est à l'effet d'attribuer entre les mains d'un contribuable tout le revenu provenant d'un bien prêté lorsqu'il est raisonnable de considérer qu'un des principaux motifs pour lesquels le prêt a été consenti ou la dette contractée consiste à réduire ou à éviter l'impôt, en faisant en sorte que soit inclus dans le revenu du bénéficiaire, plutôt que dans celui de son auteur, le revenu découlant du bien prêté ou du bien acquis grâce au prêt[95].

Cette disposition s'applique chaque fois qu'une personne reçoit un prêt ou devient le débiteur d'une autre personne ayant un lien de dépendance avec elle, peu importe l'âge du bénéficiaire de ce prêt ou de ce débiteur. Cette disposition ne vise pas directement le transfert d'un bien, comme c'était le cas avec un cessionnaire mineur, mais touche tout de même indirectement un tel transfert puisqu'elle s'applique à la créance, tel un solde de prix de vente impayé, découlant du transfert d'un bien.

Ainsi, dans le contexte d'une transmission d'entreprise en vertu de laquelle l'auteur du gel a vendu un bien quelconque aux bénéficiaires du gel (qu'il s'agisse d'un enfant, directement, ou d'une fiducie, pour le bénéfice de celui-ci) et que le prix de vente du bien transféré est demeuré impayé, les règles d'attribution persisteront même lorsque le bénéficiaire de la transmission aura atteint l'âge de 18 ans[96]. Heureusement, de la même façon qu'il est possible d'éviter la règle d'attribution lors d'un transfert ou d'un prêt à un mineur, en transigeant à une JVM et, le cas échéant, en versant des intérêts suffisants annuellement, il est également possible d'éviter l'application de la règle d'attribution à un majeur sur toute créance dont il est redevable à une personne liée, en respectant les mêmes obligations quant à la détermination et au paiement d'intérêts sur cette créance[97]. Certains auteurs[98]

---

95 Par. 56(4.1) L.I.R.; art. 316.1 L.I.

96 Théoriquement, tant que dure la minorité du bénéficiaire du transfert, et qu'il subsiste un solde de prix de vente impayé sur ce transfert, tant les dispositions du paragraphe 56(4.1) L.I.R. (art. 316.1 L.I.) que celles du paragraphe 74.1(2) L.I.R. (art. 462.2 L.I.) peuvent trouver application. C'est pourquoi, afin qu'il n'y ait pas double emploi entre ces deux dispositions, la loi prévoit que le paragraphe 56(4.1) L.I.R. ne s'applique pas lorsque s'applique l'article 74.1 L.I.R. (div. 56(4.1)c)(i)(A) L.I.R.; art. 316.1, par. a) des exceptions L.I.).

97 Par. 56(4.2) L.I.R.; art. 316.2 L.I.

98 M. A. POTECHIN et S. SAINT-ONGE, *supra*, p. 4:5.

font remarquer que les dispositions d'exceptions aux règles d'attribution pourraient ne jamais s'appliquer en certaines circonstances, dont la suivante : présumons que l'auteur du gel vend les actions de l'entreprise à son enfant en contrepartie d'un billet à ordre ne portant pas intérêt. Après quelques années, l'auteur du gel commence à imputer des intérêts sur la dette. Or, les dispositions d'exonération des règles d'attribution ne peuvent s'appliquer que si des intérêts ont été imputés tout au long de la période après la survenance de la dette et ont en fait été payés au plus tard 30 jours après la fin de l'année suivant l'émission du billet et chaque année par la suite[99]. Dans le présent exemple, le billet ne portant pas intérêt pendant une période déterminée, les dispositions d'exonération ne pourraient jamais s'appliquer, et ce, même si l'on commence par après à imputer des intérêts sur la dette.

1.6.3. Transfert ou prêt à une compagnie

Serait-il possible d'éviter les règles d'attribution découlant d'un transfert ou d'un prêt à un bénéficiaire qui est un particulier (directement ou indirectement par le biais d'une fiducie) en procédant plutôt à ce transfert ou à ce prêt à une compagnie dans laquelle ce particulier serait actionnaire? La réponse à cette question est un NON mitigé.

Déjà, en 1980, les autorités fiscales laissaient savoir qu'elles voyaient d'un mauvais œil le fractionnement de revenu par le biais d'une compagnie avec des enfants mineurs et encore plus avec un conjoint[100] :

> « The Department is, of course, concerned with the income splitting aspects of an estate freeze and has taken the position that, generally speaking, it will not accept estate freezes in favour of a spouse or minor children except under certain conditions. In the case of minor children, for example, it is our view that a minor cannot hold shares in a corporation in his own hands and, where a trust is used to hold shares for a minor, one of the following conditions must be met:
>
> 1. No dividends will be declared to or paid to the trust until the minor reaches the age of 18; or
> 2. No preferred beneficiary election will be made and no amounts paid or payable to or for the benefit of the beneficiary.
>
> The use of a separate corporation must be to effect a bona fide estate freeze. »

---

99 Al. 56(4.2)b) et c) L.I.R.; par. 316.2b) et c). Également, dans le cas d'un transfert ou d'un prêt à un mineur, s.-al. 74.5(1)b)(ii) et (iii) L.I.R.; s.-par. 462.15b)ii et iii L.I.

100 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1980 Conference Report, loc. cit.,* note 14, question 12, « Estate Freeze I (Nature of Business of Corporation) », 601-602.

Pour répondre à cette inquiétude, le législateur ajoutait à la loi, applicable aux années d'imposition 1987 et suivantes, une nouvelle disposition relative au transfert ou au prêt par un particulier à une compagnie[101]. Certains baptisèrent cette nouvelle mesure « règle d'attribution corporative ». Pour ma part, j'aime bien l'appeler « règle de l'intérêt réputé », parce que le résultat de cette nouvelle disposition est de faire en sorte que l'auteur du transfert soit réputé avoir reçu des intérêts, quand bien même aucun revenu ne proviendrait du bien transféré pour donner lieu à une attribution, comme c'est le cas des autres règles d'attribution vues ci-dessus.

Cette nouvelle disposition antiévitement trouvera application dans presque toutes les techniques de transmission d'entreprise permettant d'intégrer les enfants ou le conjoint d'un contribuable dans sa compagnie.

Cette disposition est à l'effet que, lorsqu'un particulier transfère ou prête un bien à une compagnie, et que ce transfert ou ce prêt permet à ce particulier de réduire son revenu et d'avantager une personne dite « désignée » (en l'occurrence son conjoint, un enfant mineur ou le neveu ou la nièce mineur de ce contribuable), et que cette personne désignée détient au moins 10 % d'une catégorie quelconque des actions émises par la compagnie visée, ce particulier est alors réputé avoir reçu, chaque année, des intérêts, au taux prescrit par la loi, calculés sur la pleine valeur des actions qu'il reçoit en contrepartie du bien transféré à la compagnie ou sur le plein montant non remboursé d'un prêt à celle-ci, moins tout rendement effectivement versé par la compagnie au particulier sur ces actions ou sur ce montant non remboursé[102].

La règle de l'intérêt réputé s'applique effectivement dans tous les cas où un particulier transfère des biens à une compagnie dans laquelle est ou devient actionnaire une personne désignée, à plus de 10 % d'une catégorie quelconque. Dans le cas des techniques de transmission d'entreprise qui nous intéressent, cette règle de l'intérêt réputé trouvera donc application aussi bien lors de la situation claire d'une vente directe des actions de l'auteur du gel à une compagnie de portefeuille familiale, que lors des situations de gel à l'interne, par lequel l'auteur du gel échange ses actions participantes en actions privilégiées de gel[103].

---

[101] Par. 74.4(2) L.I.R.; art. 462.12 et suiv. L.I. L'utilisation d'une fiducie pour le bénéfice de mineurs est plus particulièrement traitée au paragraphe 74.4(4) L.I.R.; art. 462.12.1 L.I.

[102] Par. 74.4(1), (2) et (3) L.I.R.; art. 462.11 à 462.14 L.I.

[103] Pour éviter que l'auteur du gel puisse prétendre que le fait d'échanger ses actions participantes contre des actions privilégiées de gel de la compagnie ne constitue pas

(à suivre…)

Imaginons la situation de l'auteur d'une transmission d'entreprise qui, pour geler la valeur de ses actions dans sa compagnie opérante, vend celles-ci à une compagnie de portefeuille en contrepartie de l'émission, par cette dernière, d'actions privilégiées de gel rachetables à 2 000 000 $. Sont actionnaires de la compagnie de portefeuille les trois enfants mineurs et le conjoint de l'auteur de la transmission. Aucun dividende n'est versé sur les actions privilégiées de gel de l'auteur. Si l'on présume un intérêt au taux prescrit de l'ordre de 6 % pour l'année, l'auteur du gel devrait alors ajouter à son revenu imposable de l'année un intérêt réputé de 6 % de 2 000 000 $, soit 120 000 $. Voilà qui est suffisant pour freiner les élans de la plupart des personnes qui auraient aimé procéder à la transmission de leur entreprise. Que faire?

Tout d'abord, la disposition prévoit une exception, soit celle du transfert d'actions d'une « société exploitant une petite entreprise » (ci-après « SEPE »), c'est-à-dire une société dont plus de 90 % de la JVM des éléments d'actif est attribuable à des éléments qui sont utilisés principalement dans une entreprise que la société exploite activement principalement au Canada[104]. Le danger de se fier à cette exception est que, pour toute année d'imposition au cours de laquelle la compagnie visée par le gel aurait fait défaut de respecter l'un des critères de la SEPE, la règle de l'intérêt réputé s'appliquera à l'auteur du gel pour cette année. Il faudra s'assurer d'une surveillance continuelle des opérations de l'entreprise et des entrées de fonds de cette dernière afin qu'en aucun temps, au cours de l'année d'imposition, la JVM de ses éléments d'actif non utilisés dans l'exploitation active de son entreprise n'excède 10 % de la JVM de l'ensemble des éléments d'actif de la compagnie. Autrement, la règle s'appliquera pour chaque jour de

(…suite)

un « transfert » à la compagnie aux fins du paragraphe 74.4(2) L.I.R. (art. 462.12 et suiv. L.I.), étant donné que les actions participantes ainsi remises à la compagnie sont annulées et que de nouvelles actions privilégiées de gel sont émises, le législateur a expressément prévu la présomption qu'un actionnaire qui a disposé d'une action du capital-actions d'une compagnie à cause du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation de cette action par la compagnie, est réputé, pour l'application de la loi, avoir disposé de cette action en faveur de la compagnie (par. 84(9) L.I.R.; art. 510.0.1 L.I.). Cette présomption vaudra tant pour un échange d'actions sous l'égide du paragraphe 51(1) L.I.R. (art. 301 L.I.) qu'un échange d'actions dans le cadre d'un remaniement de capital sous le paragraphe 86(1) L.I.R. (art. 541 et suiv. L.I.).

[104] Par. 248(1) L.I.R.; art. 1 L.I. Voir la définition de « corporation exploitant une petite entreprise » qui est plus élaborée que ce qui est mentionné dans le texte ci-dessus.

l'année au cours de laquelle la compagnie visée par le gel n'est pas une SEPE[105].

La loi prévoit également une façon de faire en sorte que la règle de l'intérêt réputé ne s'applique pas même si des enfants mineurs devaient être bénéficiaires de plus de 10 % chacun des actions participantes de la compagnie de gel[106]. Pour ce faire, il faut que la participation de l'enfant mineur dans la compagnie soit détenue, pour son bénéfice, dans une fiducie qui, elle, détient les actions de la compagnie; cette fiducie doit prévoir que l'enfant mineur ne pourra recevoir aucun revenu ou capital de la fiducie, ni en obtenir l'utilisation, tant qu'il est mineur. Autrement dit, le fisc met ainsi un terme au fractionnement de revenus avec les enfants mineurs, tout en permettant la transmission d'entreprise d'une génération à l'autre et la possibilité pour des parents de geler des biens pour le bénéfice de leurs enfants mineurs.

Si l'on fait ainsi détenir les actions de la compagnie de gel par une fiducie pour le bénéfice des enfants mineurs, peut-on avoir une seule fiducie pour tous ces enfants ou doit-on créer une fiducie pour chacun des enfants mineurs? Ceci dépendra du pourcentage d'actions réservé aux enfants mineurs et du genre de fiducie créée. En effet, chaque bénéficiaire d'une fiducie est réputé posséder la fraction de toutes les actions détenues par la fiducie que représente sa part de la fiducie par rapport à l'ensemble des parts de la fiducie. Et si la fiducie est discrétionnaire, c'est-à-dire si la part d'un bénéficiaire dépend de l'exercice ou du non-exercice par une personne d'un pouvoir discrétionnaire, le bénéficiaire est alors réputé posséder toutes les actions du capital-actions d'une société que la fiducie possède à cette date[107].

---

105 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 9602375, 7 février 1996, et 9411485, 12 octobre 1994. Pour ma part, j'ai longtemps cru que la règle de l'intérêt réputé s'appliquait pour toute l'année au cours de laquelle la compagnie n'était pas une SEPE, ne serait-ce qu'une journée dans l'année, ou pour tout autre motif donnant ouverture à cette règle, telle la détention par une « personne désignée » de plus de 10 % des actions d'une catégorie du capital-actions d'une compagnie qui n'est pas une SEPE. Mais les mots « pour toutes périodes semblables de l'année » contenus à l'alinéa 74.4(2)a) L.I.R. (art. 462.13 L.I.) me semblent maintenant suffisamment explicites pour conclure que la règle de l'intérêt réputé se calcule au jour le jour et non en termes d'année complète pour toute situation d'application de cette règle.

106 Par. 74.4(4) L.I.R.; art. 462.12 L.I. On retrouve dans cette disposition les conditions mises de l'avant par l'ADRC, dès 1980, *loc. cit.*, note 100.

107 Par. 248(1) L.I.R. (voir la définition d'« actionnaire désigné » aux alinéas b) et e)); art. 21.18 L.I. Les mêmes présomptions se retrouvent aux sous-alinéas 256(1.2)f)(ii) et

(à suivre…)

Voyons l'exemple suivant : l'auteur du gel a six enfants mineurs et crée une fiducie qui souscrit à 54 % des actions participantes d'une compagnie de gel, soit l'équivalent de 9 % par enfant mineur, afin d'éviter la règle du 10 %. S'il est prévu que chaque enfant a droit à 1/6 du revenu et/ou du capital de la fiducie, il sera de même réputé posséder 1/6 des actions détenues par la fiducie. La règle de l'intérêt réputé ne s'appliquerait pas, car chaque enfant serait réputé posséder moins de 10 % des actions d'une catégorie de la compagnie de gel. Par contre, si le fiduciaire a le pouvoir discrétionnaire d'attribuer le revenu ou le capital de la fiducie à ou aux bénéficiaires de son choix, autrement qu'au prorata, chacun des enfants mineurs sera réputé posséder la totalité des actions détenues par la fiducie dans la compagnie. La règle de l'intérêt réputé s'appliquerait alors, chacun des enfants étant réputé posséder toutes les actions de la compagnie de gel détenues par la fiducie. La règle s'appliquerait d'ailleurs aussi, même si un seul des six enfants bénéficiaires était mineur. Il suffit qu'une seule personne « désignée » détienne au moins 10 % des actions pour que toute la valeur transmise par l'auteur du gel soit sujette à la règle de l'intérêt réputé.

Il n'existe aucune protection similaire (une fiducie spéciale) pour le bénéfice du conjoint. Sitôt qu'un conjoint sera actionnaire pour plus de 10 % des actions d'une catégorie quelconque du capital-actions de la compagnie de gel, la règle de l'intérêt réputé s'appliquera, et ce, pour la totalité de la valeur du gel et non pas seulement pour la proportion de cette valeur correspondant à celle des actions détenues par le conjoint dans la compagnie de gel. C'est ici que l'on voit l'intention du ministère des Finances d'empêcher le gel de succession entre conjoints, à moins qu'il ne s'agisse d'actions d'une société exploitant une petite entreprise.

On constate cependant qu'il n'y a aucune objection au gel et au fractionnement de revenus par dividendes avec des enfants majeurs.

Certaines des techniques de transmission qui seront vues ci-après auront pour avantage de ne pas constituer un « transfert » à une compagnie, évitant ainsi la règle de l'intérêt réputé. Je pense par exemple à la technique du paiement d'un dividende en actions (section 2.1.4. ci-après) ou encore à la technique de la vente d'éléments d'actif (section 2.2.2. ci-après).

(…suite)

(iii) L.I.R. (par. 21.20.2f) L.I.) dans le cas des règles d'association de compagnies, lorsqu'une fiducie est propriétaire des actions d'une compagnie.

Il demeure que la règle de l'intérêt réputé, lorsqu'elle s'applique, est punitive, car elle impose un revenu à l'auteur du gel même si ce dernier ne retire aucun revenu des biens transférés (contrairement aux autres règles d'attribution vues précédemment où l'auteur du transfert ne subit pas de conséquence tant que les biens transférés ne génèrent pas de revenu). Également, l'auteur du gel doit s'imposer sur un intérêt réputé quand bien même la compagnie faisant l'objet du gel n'a gagné aucun revenu. De plus, la règle de l'intérêt réputé « entraîne une situation de double imposition pour l'auteur du gel, puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas la déduction d'un montant équivalent dans le calcul du revenu d'un autre contribuable, ni l'augmentation des attributs fiscaux d'un bien détenu par un contribuable »[108].

Un dernier commentaire sur la règle de l'intérêt réputé, avant de passer aux techniques de gel à proprement parler, est de rappeler que cette règle est, d'une part, sujette à un test subjectif d'application (« Dans le cas où il est *raisonnable de considérer* que l'un des principaux objets d'un transfert[...] »[109]) et, d'autre part, à un test objectif (« [...] l'un des principaux objets d'un transfert ou d'un prêt de bien[...] à une société par un particulier consiste à *réduire le revenu du particulier* et à avantager[...] une autre personne désignée »[110]).

Pour ce qui est du test subjectif, il pourrait se présenter une situation où le contribuable pourrait démontrer que son intention, en effectuant le transfert, n'était pas principalement de chercher à réduire son revenu pour le bénéfice d'une personne désignée. L'exemple suivant est intéressant : Mme X, en 2000, échange toutes ses actions ordinaires en actions privilégiées de catégorie « A » afin de cristalliser sa déduction pour gain en capital. Elle resouscrit à de nouvelles actions ordinaires. En 2003, Mme X échange encore une fois ses actions ordinaires en actions privilégiées de catégorie « B » cette fois, en vue d'effectuer un gel de succession. Les nouvelles actions ordinaires sont souscrites par les bénéficiers du gel, soit une fiducie en faveur de ses enfants mineurs. En supposant que la règle de l'intérêt réputé s'applique, sur quelles actions faudra-t-il calculer cet intérêt? Sur les actions privilégiées de catégorie « A » et « B » ou seulement sur les actions privilégiées de catégorie « B »? Les autorités fiscales semblent

---

108 Hugo PATENAUDE, « Panel sur les fiducies : Pot pourri civil et fiscal en matière de fiducie – Partie B », dans, *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 33:26-78, à la page 33:54.

109 Voir le début du par. 74.4(2) L.I.R.; art. 462.12 L.I.

110 Voir le début du par. 74.4(2) L.I.R.; art. 462.12 L.I.

considérer que si les conditions d'application de la règle de l'intérêt réputé sont remplies seulement lors du transfert effectué en 2003, les intérêts réputés seront calculés relativement à la valeur des actions privilégiées catégorie « B ». Lors du premier transfert de 2000, il n'était pas alors dans l'intention de Mme X d'avantager ses enfants[111].

Quant au test objectif, il ne sera généralement pas rencontré si certaines autres règles d'attribution ont pour effet de ramener dans le revenu du contribuable l'avantage que ce transfert aurait autrement pu prodiguer à une personne désignée[112].

2. TECHNIQUES DE TRANSMISSION D'ENTREPRISE

Je pourrais regrouper les différentes techniques de transmission d'entreprise sous deux grandes catégories : *la transmission (ou gel) à l'interne* et *la transmission (ou gel) à l'externe*. Le gel à l'interne est celui qui s'opère à l'intérieur même de la compagnie exploitant l'entreprise faisant l'objet de la transmission. Le gel à l'externe, quant à lui, nécessite la formation d'une nouvelle entité légale pour procéder à la transmission de l'entreprise.

2.1. TECHNIQUES DE GEL À L'INTERNE

Voyons donc quelles sont les techniques de transmission qui peuvent se réaliser sans qu'il soit nécessaire d'incorporer une nouvelle compagnie ou de constituer une société de personnes ou d'élaborer toute autre structure additionnelle à celle de l'entreprise faisant l'objet de la transmission.

2.1.1. Donation

Par donation, il faut entendre la remise à titre gratuit par l'auteur des actions de l'entreprise à transmettre, aux donataires de son choix et, en l'occurrence, à ses enfants ou à une fiducie entre vifs pour leur bénéfice.

---

[111] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 34:1-55, question 1.4, à la page 34:13.

[112] Ce serait le cas, par exemple, de l'application des règles d'attribution des paragraphes 74.1(1) et 74.3(1) L.I.R.; art. 462.1 et 462.8 L.I. Voir *Tax Window Files*, *op.cit*., note 105, interprétations techniques 2000-0058815, 26 juin 2001, « Does 74.4 Apply When 74.1 & 74.3 apply? », et 2000-0052295, « Corporate attribution rules – Kiddie tax », 29 juin 2001.

2.1.1.1. Simplicité

Cette technique est fort simple et ne nécessite qu'un acte de donation, lequel doit être notarié, sauf s'il s'agit d'un don manuel[113]. Par don manuel, il faut entendre la donation d'un bien meuble où le consentement des parties s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien. Il semblerait que le don d'actions d'une compagnie, même privée, puisse faire l'objet d'un don manuel et donc se faire sous seing privé[114].

2.1.1.2. Imposition immédiate

Le donateur est réputé avoir reçu, à la suite de la donation, une contrepartie égale à la JVM du bien donné[115]. Même s'il ne reçoit aucun produit de disposition réel, le donateur devra tout de même s'imposer comme s'il avait reçu un montant correspondant à la JVM du bien donné.

Habituellement, lorsqu'on dispose d'un bien et qu'on ne reçoit pas le plein paiement de ce bien tout de suite, il est possible, en prenant une « réserve », de retarder l'imposition du gain sur ce bien en l'étalant sur quelques années (sur 5 ans et parfois sur 10 ans dans le cas d'une disposition en faveur d'un enfant).

Aucune réserve permettant de retarder ou d'étaler l'impôt découlant de la donation ne sera possible, cependant, étant donné que le donateur est réputé, dès le moment de la donation, avoir reçu une contrepartie égale à la valeur marchande du bien donné et qu'en conséquence aucune partie du produit de disposition du bien ne lui est payable après la fin de l'année au cours de laquelle a lieu la disposition[116].

Heureusement, si le bien donné consiste en actions admissibles de petite entreprise, il sera loisible au donateur de réclamer sa déduction pour gains en

---

113 Art. 1824 C.c.Q.

114 *Charlotte Hébert-Gravel* c. *SMRQ*, C.Q. Montréal, nº 500-02-015882-827, 5 septembre 1991, j. Gagnon. Dans cette affaire, le juge Gagnon déclare que la livraison d'un certificat nominatif dûment endossé transfère la propriété des actions. Cependant, ce n'est qu'à compter de l'enregistrement du transfert d'actions que celui-ci est opposable aux tiers, y compris la compagnie. La livraison d'un certificat nominatif est néanmoins suffisante pour confirmer l'existence d'un don manuel.

115 S.-al. 69(1)b)(ii) L.I.R.; par. 422b) L.I.

116 S.-al. 40(1)a)(iii) L.I.R.; art 234 à 236 L.I.

capital de 500 000 $[117]. Dépendamment de l'ampleur du gain en capital imposable provoqué par la donation, le donateur ne pourra peut-être pas éviter l'impôt minimum de remplacement, lequel est par contre remboursable ultérieurement.

Étant donné les implications fiscales qu'entraîne la donation, cette technique est peu utilisée lorsque la valeur des biens visés par la transmission est importante. Par contre, cette technique, en conjonction avec d'autres, peut permettre d'atteindre certains objectifs désirés par l'auteur du gel. Par exemple, l'auteur du gel pourrait toujours réduire la JVM des actions dont il veut faire don, en se déclarant, préalablement au don, un dividende payable sous la forme d'actions privilégiées ayant un petit capital versé et une valeur de rachat élevée. Ce point sera développé plus en détail à la section 2.1.4. ci-après.

Également, retenons que la donation peut compléter toutes les autres techniques de transmission en vertu desquelles la valeur actuelle de l'entreprise à être transmise a d'abord été convertie en actions privilégiées de gel pour permettre la souscription, à un prix minime, de nouvelles actions participantes donnant droit à la plus-value future. Ces nouvelles actions participantes peuvent très bien être souscrites par l'auteur du gel lui-même, pour un tel prix minime, et faire l'objet, de sa part, d'une donation en faveur des bénéficiaires du gel et ainsi prendre avantage de la possibilité que ces nouvelles actions participantes, leur plus-value et les dividendes en découlant soient et demeurent « propres » entre les mains de ces bénéficiaires (voir la section 2.1.1.4. ci-après). Ou encore mieux, les nouvelles actions participantes sont remises à l'auteur du gel, en même temps que les actions privilégiées de gel, en contrepartie des actions faisant l'objet du gel, en faisant en sorte qu'une valeur minime leur soit attribuée. Puis, l'auteur du gel donne ces nouvelles actions participantes aux bénéficiaires du gel, ce qui permet non seulement de rendre ces actions « propres » entre les mains d'un enfant donataire, mais de plus, de laisser à ces actions, le cas échéant, leur statut d'« actions admissibles de petite entreprise » entre les mains de ce donataire, sans que ce dernier n'ait eu à les détenir depuis au moins 24 mois[118].

---

[117] Par. 110.6(2.1) L.I.R.; art. 726.7.1 L.I.

[118] S.-al. 110.6(14)f)(i) L.I.R.; art. 726.6.1, s.-par. i)i des « Précisions à l'égard d'une action admissible d'une société qui exploite une petite entreprise » L.I.

Évidemment, les règles d'attribution devront être prises en considération lors d'une telle donation (voir la section 1.6. ci-dessus pour plus de détails sur cette question).

2.1.1.3. Régime matrimonial du donateur

Si l'auteur est marié, il se peut, dépendamment de son régime matrimonial, que la donation envisagée requiert le consentement de son conjoint. Un tel consentement ne sera pas nécessaire dans le cas où l'auteur est marié en séparation de biens. Encore moins si l'auteur du gel est en union de fait. Par contre, si son régime matrimonial est la communauté de biens et, plus probablement, celui de la société d'acquêts, le conjoint de l'auteur doit alors concourir à la donation. La donation d'un bien acquêt exige le concours des deux conjoints, sauf si le bien a peu de valeur ou est un cadeau d'usage[119]. Il en est de même dans le cas de la donation d'un bien commun ou d'un bien réservé sous le régime de la communauté de biens[120].

Par contre, même en société d'acquêts ou en communauté de biens, il n'est pas nécessaire que le conjoint de l'auteur du gel concoure à la donation si celle-ci vise un bien propre à l'auteur du gel plutôt qu'un bien acquêt, commun ou réservé[121].

---

[119] Art. 462 C.c.Q.

[120] Art. 1292 et 1425a) du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après « C.c.B.-C.).

[121] Pour toute cette question de l'effet des régimes matrimoniaux sur la transmission d'entreprise, voir Martin LORD, « Transfert d'entreprise parents-enfants : l'effet des régimes matrimoniaux selon la méthode d'acquisition des actions de croissance choisie », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 28:1-50, et en ce qui concerne plus particulièrement le consentement du conjoint de l'auteur du gel, voir aux pages 28:25-26. Me Lord, dans son texte, toujours dans l'hypothèse où les actions de croissance ont été souscrites à même des biens communs ou des biens acquêts, soumet le point suivant : dans l'éventualité où les actions de croissance, au lieu d'être souscrites par les enfants, sont plutôt souscrites par l'auteur du gel lui-même pour être données par celui-ci à ses enfants, compte tenu de la valeur peu élevée des actions de croissance, pourrait-on argumenter qu'elles constituent un bien de peu de valeur dont un conjoint peut disposer à titre gratuit sans avoir à obtenir le consentement de l'autre? Me Lord, compte tenu du fort potentiel de croissance rattaché à ces actions, préfère tout de même opter pour l'obtention du consentement du conjoint de l'auteur du gel. Une déclaration d'acceptation de la donation par le conjoint de l'auteur du gel devrait être relatée dans l'acte de donation.

2.1.1.4. Régime matrimonial du donataire

Le fait pour les enfants de recevoir les actions de la compagnie par donation leur apporte-t-il un avantage additionnel? Comme le mentionne Me Lord dans son texte[122] : « la donation ne confère aucun avantage par rapport à la souscription directe dans le cas où la donation a lieu avant le mariage du donataire. Dans ce cas, les actions sont considérées des biens propres au même titre que si l'enfant les avait acquises avec ses propres fonds et elles seront dorénavant des biens composant le patrimoine de l'enfant avant mariage. »

Au contraire, si la donation a lieu après le mariage de l'enfant, la donation peut permettre d'éviter que les actions ne deviennent un bien partageable avec le conjoint de l'enfant. Si l'enfant est marié sous le régime de la séparation de biens, les actions resteront la propriété pleine et entière de l'enfant, sans aucune obligation de partage en vertu d'un régime matrimonial ou du patrimoine familial. Par contre, si l'enfant est marié sous le régime de la société d'acquêts[123], toute donation entre vifs ou à cause d'une mort survenant en cours de ce régime matrimonial, permettra que le bien ayant fait l'objet de la donation se qualifie automatiquement à titre de propre pour l'enfant[124]. Ainsi, une donation d'actions de croissance survenant en cours de régime matrimonial de la société d'acquêts aura les effets suivants :

- les actions de croissance se qualifieront automatiquement à titre de propre à l'enfant donataire;
- la plus-value de ces actions de croissance sera également propre à l'enfant donataire;
- les dividendes qu'elles génèrent seront également propres en autant que le donateur l'ait stipulé expressément dans l'acte de donation[125]. Il est

---

122 *Id.*, 28:24.

123 Je ne traiterai pas du régime de la communauté de biens qui est pratiquement disparu de la circulation; les jeunes d'aujourd'hui, lorsqu'ils décident de se marier légalement, choisissent entre la séparation de biens ou le régime légal de la société d'acquêts.

124 Art. 450, al. 2 C.c.Q., qui se lit comme suit : « Sont propres à chacun des époux : [...] 2) les biens qui lui échoient **au cours** du régime, par succession ou donation et, si le testateur ou le donateur **l'a stipulé**, les fruits et revenus qui en proviennent [...] ».

125 Sans une telle stipulation, les dividendes provenant des actions de croissance seront considérées des acquêts, au même titre que tous les fruits et revenus échus ou perçus en cours de régime, qu'ils proviennent des biens propres ou acquêts (art. 449 C.c.Q.);

(à suivre…)

important de noter qu'une telle stipulation dans un acte de donation exécuté avant le mariage de l'enfant ne protège pas les dividendes des actions de croissance[126].

2.1.1.5. Appauvrissement

Une transmission par donation entraîne l'appauvrissement du patrimoine de l'auteur du don, celui-ci se départissant sans contrepartie du bien ainsi donné. L'auteur du don peut-il se permettre de se départir ainsi du bien donné? Sa sécurité financière risque-t-elle d'en souffrir? La sécurité financière de son conjoint en sera-t-elle perturbée? Voilà autant de questions auxquelles l'auteur du gel devra répondre avant d'opter pour une telle méthode de transmission d'entreprise. Ce motif à lui seul, sans compter les conséquences fiscales en découlant, fait que la donation est rarement une technique utilisée seule aux fins d'une transmission d'entreprise. Par contre, en conjonction avec d'autres techniques, la donation pourra permettre d'atteindre certains objectifs souhaités par l'auteur du gel.

2.1.1.6. Équité familiale

La donation se fait-elle en faveur de tous les enfants de l'auteur ou uniquement en faveur de certains d'entre eux? Un tel don à un ou plusieurs des enfants du donateur est-il équitable envers les autres enfants de celui-ci? L'auteur pourra-t-il rétablir l'équilibre en faveur de ses autres enfants à même ses autres biens? Quand? Comment? Par testament? Quelle sera la réaction des enfants entre eux et envers leurs parents dans le cas où il est permis aux enfants donataires de jouir immédiatement des biens faisant l'objet de la donation, alors que les autres enfants devront attendre le décès des parents pour profiter à leur tour de leur part du patrimoine de ces derniers? Voilà autant d'autres préoccupations sur lesquelles l'auteur du gel devra se pencher avant de poser un geste concret et définitif.

La question de l'équité familiale n'est pas une problématique de cette seule technique de transmission. Elle devra être abordée chaque fois que la transmission envisagée ne favorisera pas tous les enfants de l'auteur. Et

---

(…suite)

cependant, les dividendes en actions sur des actions propres, le droit de souscription ou de préemption conféré par des actions propres, la prime de rachat sur actions propres, seront également propres à charge de récompense dans les deux premiers cas (art. 456 C.c.Q.).

[126] M. LORD, *loc. cit.*, note 121, 28:33-35.

même si la transmission doit s'effectuer pour le bénéfice de tous les enfants de l'auteur, est-ce en parts égales entre eux?

2.1.2. Vente directe

2.1.2.1. Simplicité

Cette technique est également assez simple. En vertu de cette technique de transmission, l'auteur vend à ses enfants les actions de la compagnie visée ou encore les biens de l'entreprise concernée. Un contrat de vente, sous seing privé ou notarié, interviendra entre les parties, décrivant les biens vendus, le prix de vente, les termes de paiement, les garanties le cas échéant, etc. Le contrat comprendra une clause de rajustement de prix pour se prémunir contre toute réévaluation de la JVM des actions ou des biens vendus.

2.1.2.2. Imposition immédiate

La vente, comme la donation, entraîne pour l'auteur une imposition immédiate sur la disposition du bien vendu, jusqu'à concurrence de la JVM de ce bien. En effet, la transaction ayant lieu entre des parties ayant un lien de dépendance entre elles, la loi requiert qu'elles transigent à la JVM[127]. Quand bien même l'auteur du gel souhaiterait faire un prix de faveur à ses enfants, la loi fait en sorte qu'il sera réputé avoir reçu une contrepartie égale à la JVM du bien vendu, quel que soit le prix réellement convenu, sans que les acquéreurs puissent rajuster leur coût d'acquisition à un montant supérieur au prix convenu, créant ainsi une situation potentielle de double imposition. D'où l'importance de la clause de rajustement de prix permettant aux acquéreurs d'augmenter leur coût d'acquisition advenant toute réévaluation à la hausse de la JVM du bien vendu. Heureusement, dans le cas où le prix de vente n'est pas payable immédiatement, l'auteur pourra prendre avantage d'une réserve de 5[128] ou même 10 ans[129] dans le cas d'une disposition, en faveur d'un enfant, d'une action d'une société exploitant une petite entreprise[130]. Même si l'auteur peut ainsi étaler son impôt sur 5 ou 10

---

[127] Par. 69(1) L.I.R.; art. 422 L.I.

[128] S.-al. 40(1)a)(iii) L.I.R.; art. 234 L.I.

[129] Par. 40(1.1) L.I.R.; art. 234.1 L.I.

[130] Cette réserve de 10 ans est également disponible lorsque la disposition vise un fonds de terre utilisé dans le cadre d'une entreprise agricole, une action d'une société agricole familiale ou une participation dans une société agricole familiale. En ce qui a trait à ces derniers biens, voir la section 2.2.2.3. ci-après.

ans, il demeure qu'il doit payer une facture fiscale annuellement, peu importe qu'aucune somme ne lui ait été remise par son ou ses enfants à la suite de la vente.

Évidemment, dans le cas où le bien vendu est une action admissible de petite entreprise, il sera loisible à l'auteur de prendre avantage de sa déduction pour gains en capital de 500 000 $[131], sujet, le cas échéant, à tout impôt minimum de remplacement devenant exigible pour l'année d'imposition de la vente et remboursable au cours des années d'imposition ultérieures.

Pour les mêmes raisons que pour la donation, la vente directe n'est pas une technique de transmission des plus alléchantes lorsque la valeur impliquée est importante et que l'auteur du gel souhaiterait, dans la mesure du possible, reporter toute incidence fiscale immédiate découlant de la transmission d'entreprise. Cependant, la vente peut, subsidiairement, venir compléter l'une ou l'autre des techniques de transmission, que nous verrons ci-après, qui permet une transmission avec impôts reportés. Ainsi, chaque fois que des actions participantes ou de nouvelles actions participantes sont détenues par l'auteur du gel à la suite d'une technique de transmission avec impôts reportés, celui-ci peut les vendre aux bénéficiaires du gel, avec une contrepartie à la JVM, de manière à éviter l'application de toutes règles d'attribution faisant suite au transfert ou au prêt de biens à une personne liée (voir la section 1.6. ci-dessus pour plus de détails sur la question des règles d'attribution). Évidemment, l'auteur du gel devra également tenir compte de la « règle de l'intérêt réputé » pouvant entraîner entre ses mains la reconnaissance d'un revenu d'intérêts réputé sur la valeur des biens faisant l'objet du gel (voir la section 1.6.3. ci-dessus pour plus de détails).

2.1.2.3. Financement

Le principal obstacle à la transmission d'entreprise par vente directe demeure cependant l'impossibilité, dans la grande majorité des cas, pour les bénéficiaires de la transaction de payer le prix de vente. Évidemment, l'auteur de la vente pourrait se contenter d'un prix de vente demeurant payable sur première demande de sa part.

C'est bien beau de vouloir avantager ses enfants et accepter de leur vendre des biens sans être payés sur-le-champ, mais qu'adviendra-t-il s'il devient nécessaire pour l'auteur de réclamer une partie de ce prix de vente,

[131] Par. 110.6(2.1) L.I.R.; art. 726.7.1 L.I.

pour rembourser une dette fiscale, pour son coût de vie, ou pour toute autre raison, alors que les enfants ne sont toujours pas en moyen de le payer? L'auteur devrait-il exiger des garanties pour le solde de prix de vente impayé? Si oui, lesquelles? Comment les ferait-il appliquer? Un parent exercerait-il des recours personnels contre son enfant en défaut?

Le législateur est venu rendre le financement d'une telle transmission d'entreprise entre parents et enfants encore plus difficile qu'une transmission intervenant entre des étrangers. Je m'explique.

Si l'auteur de la transmission voulait vendre son entreprise à ses employés plutôt qu'à ses enfants, les employés pourraient faire cette acquisition par le biais d'une société de portefeuille plutôt que personnellement. Toute dette contractée pour procéder à cette transaction serait alors une dette de cette société plutôt qu'une dette personnelle des employés. Le remboursement de capital de cette dette pourrait à ce moment s'effectuer à même des revenus imposés au taux des compagnies, et qui plus est, au taux réduit d'imposition permis par la « déduction pour petite entreprise ». En effet, soit que la compagnie opérante verse un dividende (après impôt réduit sur ses premiers 200 000 $ de revenu d'entreprise) à la société de portefeuille qui reçoit ce dividende sans impôt immédiat et l'utilise au remboursement du capital, soit que la société de portefeuille fusionne avec la compagnie opérante et que le remboursement de capital s'effectue, par la suite, directement par la compagnie issue de la fusion, toujours à même des revenus imposés au taux réduit des compagnies. Il n'est pas nécessaire pour les employés acheteurs de retirer de la compagnie des salaires ou bonis élevés ou des dividendes importants entre leurs mains, lesquels salaires, bonis ou dividendes seraient imposables au taux marginal maximum des particuliers. Dans ce scénario, tout est pour le mieux, l'auteur de la transmission réalise un gain en capital et peut, le cas échéant, profiter de sa déduction pour gains en capital; les employés peuvent payer l'acquisition à même les profits futurs de l'entreprise, sans avoir à les sortir de la ou des compagnies pour ce faire.

Voyons maintenant la situation si la vente est faite aux enfants de l'auteur. Si les enfants voulaient utiliser la même stratégie que celle des employés, soit l'achat par une société de portefeuille, l'auteur de la transmission serait alors réputé recevoir un dividende imposable[132] de cette société plutôt qu'un gain en capital et ne pourrait plus prendre avantage de sa déduction pour gains en capital. La seule façon pour l'auteur de réaliser un

[132] Art. 84.1 L.I.R.; art. 517.1 et suiv. L.I.

gain en capital lors d'une vente à ses enfants (ou à toute autre personne liée), est de leur vendre directement, obligeant les enfants à contracter une dette personnelle vis-à-vis de lui. Le remboursement d'une telle dette personnelle ne pourra se faire qu'avec de l'argent après impôts au taux d'imposition progressif des particuliers.

Il est navrant que le législateur, dans sa crainte de voir certaines personnes liées abuser de la déduction pour gains en capital, ait condamné toutes les transactions familiales de transmission d'entreprise du même coup. Et quand ce n'est pas le législateur qui fait preuve de paranoïa dans la rédaction des mesures antiévitement de la loi, c'est le ministère du Revenu qui les interprète abusivement. Il est amusant de voir que même les juges trouvent l'attitude des autorités fiscales exagérément agressive quant aux dispositions antiévitement prévues à la loi. Sur ce sujet, le juge Rowe de la Cour canadienne de l'impôt écrivait justement à ce sujet dans l'affaire *Wong* c. *La Reine*[133] :

> « The Minister continues to see tax avoidance nearly everywhere in various shapes and forms – all deliberate and crafty disguises – and wishes the Courts would be more open to embracing non-statutory anti-avoidance doctrines even in the face of clear language in the particular legislation under consideration. That crusade is based, apparently, on the vague concept that, sometimes, a particular result "just isn't fair" or that there could never have been any real intent by Parliament to allow any "wiggle room" when enacting a particular provision. »

2.1.2.4. Régime matrimonial de l'enfant

Dans le cas où l'enfant acquiert le bien vendu avant d'être marié, ce bien ainsi que sa plus-value seront propres à l'enfant. Donc, même si cet enfant se marie subséquemment à cette acquisition, il n'aura pas à se préoccuper de la valeur de ce bien au moment de son mariage. La plus-value accumulée avant et après le mariage sur ce bien demeurera propre.

Par contre, advenant que l'enfant se marie sous le régime de la société d'acquêts postérieurement à cette acquisition, les revenus provenant de ce bien (tels des dividendes sur les actions de croissance) seront acquêts[134], sauf le cas de dividendes en actions sur des actions propres, lesquels demeurent propres, à charge de récompense aux acquêts[135].

---

[133] 99 D.T.C. 458, 466 (C.C.I.).

[134] Art. 449 C.c.Q.

[135] Art. 456 C.c.Q.

Par ailleurs, si l'acquisition a lieu pendant le mariage, tout dépendra du régime matrimonial choisi par l'enfant. S'il s'agit de la séparation de biens, le bien acquis, sa plus-value et les revenus en découlant demeurent propres à l'enfant. Cependant, si l'enfant est plutôt marié en société d'acquêts, le bien acheté et sa plus-value demeureront propres si le bien est acquis à même des propres de l'enfant. Seront cependant acquêts les revenus en découlant et aucune stipulation de la part de l'auteur dans l'acte de vente ne permettra de rendre propres ces revenus[136]. Si le bien est acquis à même des acquêts, le bien, sa plus-value et les revenus en découlant seront acquêts. Seront également acquêts les dividendes en actions sur des actions acquises à même des acquêts[137].

2.1.3. Échange d'actions

La technique de l'échange d'actions consiste pour l'auteur du gel à convertir ses actions participantes en actions privilégiées de gel. Pour ce faire, l'auteur du gel remet à la compagnie faisant l'objet de la transmission ses actions participantes et reçoit en échange des actions privilégiées de gel. Concurremment à cet échange, de nouvelles actions ordinaires sont souscrites par le ou les bénéficiaires du gel, lesquels peuvent être les enfants personnellement ou encore une fiducie pour leur bénéfice comme il a été vu à la section 1.4. ci-dessus.

2.1.3.1. Simplicité

Parmi les techniques de transmission avec roulement, l'échange d'actions est sans doute la plus simple. L'auteur du gel n'a qu'à convertir ses actions participantes en actions privilégiées de gel et faire en sorte que les nouvelles actions participantes soient souscrites par les bénéficiaires du gel. Mais de quelle manière cette opération de conversion d'actions peut-elle s'effectuer?

2.1.3.2. Dispositions applicables de la loi

Lorsque l'auteur du gel dispose de ses actions participantes à la compagnie émettrice et reçoit en contrepartie de nouvelles actions privilégiées de gel de celle-ci, trois dispositions différentes de la loi peuvent s'appliquer à cette opération :

---

136 Seule une transmission par succession ou donation donne ouverture à une telle stipulation (art. 449(2°) C.c.Q.). Demeureront propres cependant les dividendes en actions sur des actions propres, à charge de récompense (art. 456 C.c.Q.).

137 Art. 456 C.c.Q., *a contrario*.

- l'article 51 L.I.R. (art. 301 L.I.) trouvant application sitôt qu'un contribuable acquiert d'une compagnie une action de son capital-actions en échange d'une autre action de la même compagnie;

- le paragraphe 85(1) L.I.R. (art. 518 L.I.) s'appliquant lorsqu'un contribuable dispose d'une action en faveur d'une compagnie, en contrepartie d'au moins une action de cette compagnie, et que le contribuable et la compagnie font le choix d'une somme convenue sur le formulaire prescrit;

- l'article 86 L.I.R. (art. 541 L.I.) s'appliquant lorsqu'un contribuable a disposé des actions d'une catégorie donnée du capital-actions d'une compagnie et que les biens à recevoir de cette compagnie comprennent d'autres actions du capital-actions de celle-ci.

Pour tenter de distinguer laquelle parmi ces dispositions de la loi sera applicable lors de la transmission d'une entreprise, j'ai préparé le tableau ci-après.

	art. 51 L.I.R. (art. 301 et suiv. L.I.)	art. 86 L.I.R. (art. 541 et suiv. L.I.)	par. 85(1) L.I.R. (art. 518 et suiv. L.I.)
Biens dont on dispose	actions seulement	totalité des actions d'une catégorie	actions ou autres « biens admissibles »
Contrepartie reçue	actions seulement	actions (seules ou avec d'autres biens)	au moins une action par bien disposé (avec ou sans autres biens)
Roulement	automatique, au PBR des actions disposées	automatique, au PBR des actions disposées	sur production d'un formulaire prescrit, au montant de la somme convenue

Documentation légale	achat de gré à gré	statuts de modification	achat de gré à gré (si actions, à l'interne) OU contrat de vente (si actions ou autres biens, à l'externe)
Article applicable	seulement si 86 et 85 ne s'appliquent pas (par. 51(4) L.I.R.; art. 301.2 L.I.)	seulement si 85 ne s'applique pas (a préséance sur 51) (par. 86(3) L.I.R.; art. 541 à la fin L.I.)	a préséance sur 51 et 86

Il ressort de ce tableau les conséquences suivantes :

- l'auteur du gel veut-il cristalliser tout ou une partie de sa déduction pour gains en capital? Seul le paragraphe 85(1) L.I.R. le lui permettra, étant donné que les articles 51 et 86 L.I.R. prévoient tous deux un roulement automatique au PBR des actions dont on dispose; seul le paragraphe 85(1) L.I.R. permet de faire un choix d'une somme convenue supérieure au PBR des actions dont on dispose, entraînant ainsi le déclenchement d'un gain en capital lors de la transmission;

- l'auteur du gel souhaite-t-il recevoir autre chose que des actions privilégiées de gel en contrepartie de ses actions participantes? Si oui, cela élimine l'article 51 L.I.R.;

- l'auteur du gel veut-il recevoir à la fois des actions privilégiées et des actions ordinaires en échange de ses actions participantes? Il peut être avantageux pour l'auteur du gel de recevoir personnellement les actions ordinaires devant être remises aux bénéficiaires du gel, plutôt que celles-ci soient souscrites par ces derniers. D'abord, cela permettra à l'auteur du gel de pouvoir en faire don à ses enfants en guise de « propres » entre leurs mains (voir la section 2.1.1.4. ci-dessus). Et en plus, les actions ordinaires étant ainsi émises à l'auteur du gel « en contrepartie d'autres actions », elles n'ont pas à être détenues pendant une période additionnelle de 24 mois pour se qualifier à titre d'« actions admissibles de petite entreprise », éligibles à la déduction pour gains en capital de

500 000 $, entre les mains des bénéficiaires du gel qui les reçoivent par donation ou par vente[138].

Seul le paragraphe 85(1) L.I.R. semble permettre l'émission à la fois d'actions privilégiées et d'actions ordinaires en contrepartie d'un bien admissible et, surtout, de prévoir une répartition du coût supporté par le contribuable pour ces actions, entre ces actions privilégiées et ordinaires[139];

- les statuts de la compagnie comprennent-ils des actions privilégiées de gel? Si oui et qu'aucun statut de modification n'est requis pour en créer, cela élimine l'article 86 L.I.R. qui, de l'avis de la communauté juridique et fiscale, requiert le dépôt de statuts de modification pour qu'il y ait un « remaniement du capital » comme le mentionne cet article (un simple « achat de gré à gré » d'actions ne constituerait pas un échange d'actions « dans le cadre d'un remaniement du capital »); si non et que des statuts de modification sont nécessaires pour en créer, l'article 86 L.I.R. semble tout indiqué[140];

- les actions privilégiées de gel prévues aux statuts sont-elles sans valeur nominale?

Si oui et que l'auteur du gel a un lien de dépendance avec la compagnie : l'article 51 L.I.R. et le paragraphe 85(1) L.I.R. pourront être utilisés tout en permettant d'éviter qu'il y ait une distorsion entre le capital versé légal et le capital versé fiscal afférent aux actions privilégiées de gel; exceptionnellement, il sera permis de choisir, à des fins légales, de verser au compte de capital versé de ces actions une partie seulement de la contrepartie reçue[141].

---

138 Par. 110.6(1), définition d'« action admissible de petite entreprise », et s.-al. 110.6(14)f)(i) L.I.R.; art. 668.4 et 726.6.1, « action admissible d'une société qui exploite une petite entreprise », et par. 726.6.1b) L.I.

139 Al. 85(1)g) et h) L.I.R.; par. 528b) et c) L.I.

140 Remarquez que le fait que les statuts soient modifiés ne signifie pas nécessairement qu'il y a eu échange d'actions auquel s'applique l'article 86 L.I.R.; ces statuts auraient pu simplement créer la catégorie d'actions privilégiées de gel désirée, sans pour autant procéder à la conversion des actions ordinaires de l'auteur du gel en de telles actions privilégiées de gel; l'échange pourrait se faire postérieurement par « achat de gré à gré » par exemple, donnant plutôt ouverture à un échange d'actions sous l'article 51 ou le paragraphe 85(1) L.I.R.

141 Art. 123.49 L.C.; par. 26(3) L.C.S.A.

Si oui et que l'auteur du gel n'a pas de lien de dépendance avec la compagnie[142] : en principe, la compagnie devra verser au compte capital versé « le montant total de l'apport reçu en contrepartie des actions qu'elle émet »[143], soit la pleine valeur des actions ordinaires reçues en contrepartie des actions privilégiées de gel qu'elle émet, et ne pourra bénéficier de l'exception à ce principe, car l'émission n'est pas faite en échange de biens d'une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance au moment de l'échange. Par contre, une compagnie de juridiction fédérale peut dorénavant inscrire au compte capital déclaré des actions émises en contrepartie un montant moindre que le montant total de l'apport reçu, même dans une transaction avec une personne sans lien de dépendance, en autant que cette personne, la compagnie et tous les détenteurs des actions de la catégorie ainsi émises consentent à l'échange[144].

Ceci élimine l'utilisation de l'article 51 ou du paragraphe 85(1) L.I.R. dans le cadre d'une transaction avec une compagnie de juridiction québécoise (à moins d'opérer avec des actions avec valeur nominale), si les parties veulent éviter qu'il y ait une distorsion entre le capital versé légal et le capital versé fiscal. Remarquez que ce n'est pas la fin du monde qu'une telle distorsion soit créée; il faudra simplement avoir un bon suivi de cette dualité, afin d'éviter de racheter des actions privilégiées de gel ou de réduire le capital versé légal y afférent, en croyant pouvoir recevoir de la compagnie un montant en capital libre d'impôt (en remboursement du capital versé légal apparaissant aux états financiers), puisque le capital versé légal est élevé, alors que le capital versé fiscal aura quant à lui été réduit à un montant inférieur, habituellement égal au capital versé des actions ordinaires dont l'auteur du gel a disposé en faveur de la compagnie[145].

---

142 Imaginons la situation où il s'agit de deux associés détenant chacun la moitié des actions de la compagnie et qu'il est convenu entre eux que tous deux ou l'un d'eux transmettra sa participation dans la compagnie à ses enfants; aucun des deux associés ne détenant plus de 50 % des actions de la compagnie, ni l'un ni l'autre n'est lié à la compagnie et n'a donc un lien de dépendance avec celle-ci (par. 251(1) L.I.R.; art. 18 L.I.).

143 Art. 123.48 L.C.; par. 26(2) L.C.S.A.

144 Nouveau s.-al. 26(3)a)(iii) L.C.S.A. La *Loi sur les compagnies* du Québec ne s'est pas encore harmonisée à cette nouvelle mesure.

145 Et ce, en vertu des dispositions mentionnées, *op. cit.,* note 50. Heureusement d'ailleurs que ces dispositions existent, car sans un tel rajustement à la baisse du capital versé légal à des fins fiscales, un dividende serait réputé versé et reçu par l'auteur du gel lors de toute augmentation du capital versé légal, sans que ne soit augmentée la valeur de l'actif de la compagnie diminuée de son passif, ou encore, sans que ne soit diminué son passif après soustraction de la valeur de son actif; ce dividende réputé serait égal à

(à suivre…)

Dans une telle situation où les parties ne transigeront pas avec un lien de dépendance entre elles, l'auteur du gel peut toujours par ailleurs, procéder à un remaniement du capital sous l'article 86 L.I.R., permettant une « conversion » d'actions en vertu de laquelle la compagnie doit nécessairement débiter le compte capital versé tenu pour la catégorie d'actions convertie et créditer le compte capital versé de la catégorie d'actions émises en échange[146].

Il est intéressant de noter que la loi crée un ordre de préséance entre les articles 51 et 86 et le paragraphe 85(1) L.I.R., de manière à éviter que plus d'une de ces dispositions puisse s'appliquer en même temps. Ainsi, tout choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. élimine l'application des articles 51 et 86 L.I.R. L'application de l'article 86 L.I.R. élimine quant à elle celle de l'article 51 L.I.R.

Étant donné que le paragraphe 85(1) L.I.R. a préséance sur les articles 51 et 86 L.I.R., il sera toujours possible à l'auteur du gel, qui aurait procédé à la transmission de son entreprise par une planification à laquelle s'est appliqué l'article 51 ou 86 L.I.R., de changer d'idée et de produire un choix fiscal sous l'égide du paragraphe 85(1) L.I.R. pour déterminer une somme convenue égale (pour un roulement parfait) ou supérieure (pour une cristallisation, par exemple) au PBR pour les actions ordinaires échangées[147].

2.1.3.3. Détention directe

Bien que la technique de l'échange d'actions a l'avantage d'éviter l'incorporation d'une compagnie additionnelle, comme c'est le cas de la technique de la vente à une compagnie de portefeuille, elle a cependant l'inconvénient que les bénéficiaires du gel deviennent directement

(…suite)
l'augmentation de capital versé légal dans la compagnie à la suite de l'échange d'actions (par. 84(1) L.I.R.; par. 504(1) et (2) L.I.).

146 Par. 39(4) L.C.S.A. La *Loi sur les compagnies* ne renferme aucune disposition traitant spécifiquement des rectifications au compte capital-actions émis et payé lors d'un échange d'actions. On peut cependant déduire de certaines dispositions générales applicables à l'émission et à l'acquisition d'actions, combinées à l'article 123.61, que les rectifications à apporter sont similaires à celles prévues en vertu de la loi fédérale. Voir M. et P. MARTEL, *op. cit.,* note 43, pp. 18:49-50.

147 Évidemment, si la production du choix fiscal, par le dépôt d'un formulaire prescrit T2057 au fédéral et TP-518 au Québec, n'est pas faite dans les délais prescrits par le paragraphe 85(6) L.I.R. (art. 518 L.I.), l'auteur du gel pourra toujours le produire tardivement en payant les pénalités appropriées prévues au paragraphe 85(8) L.I.R.

actionnaires dans la compagnie visée par le gel. Si l'auteur du gel décide par la suite qu'il serait préférable de vendre la compagnie à des tiers, bien qu'il ait le pouvoir par son contrôle de décider de la vente des éléments d'actif de la compagnie[148], il ne pourrait unilatéralement vendre les actions participantes détenues par les bénéficiaires du gel, ces actions ne lui appartenant pas. Cet inconvénient peut cependant être amenuisé, soit en faisant en sorte que les actions participantes soient détenues par une fiducie pour le bénéfice des bénéficiaires du gel dont le fiduciaire serait l'auteur du gel ou des personnes déterminées par lui, soit en prévoyant une clause d'entraînement dans une convention d'actionnaires. Par « clause d'entraînement » (« piggy-back »), j'entends une clause permettant à l'auteur du gel de forcer les autres actionnaires à vendre leurs actions participantes au tiers acquéreur.

Cependant, même si une clause d'entraînement était en force, il demeure que les bénéficiaires du gel recevraient alors personnellement le produit de la vente de leurs actions. Si l'auteur du gel ne se sent pas prêt à perdre le contrôle du produit de la vente des actions détenues par les bénéficiaires du gel, il serait préférable de prévoir de plus, toujours par conventions entre actionnaires, que les bénéficiaires du gel s'engagent à réinvestir tout produit de la vente de leurs actions dans une compagnie de portefeuille contrôlée par l'auteur du gel. Sans doute faudrait-il prévoir que seul le produit de la vente, net de tout impôt, serait ainsi réinvesti, car les bénéficiaires du gel devront peut-être subir une certaine imposition sur la plus-value réalisée lors de la vente de leurs actions dans le cas où la déduction pour gains en capital ne leur permet pas de complètement effacer cette imposition[149].

2.1.4. Paiement d'un dividende en actions

L'idée derrière cette technique de transmission est de faire en sorte de ramener à zéro ou presque la valeur des actions ordinaires de la compagnie

---

[148] Et même là, si la compagnie est constituée sous la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, ce pouvoir sera sujet à une ratification par les actionnaires, par voie de résolution spéciale (2/3 des voix) de chaque catégorie d'actions (par. 189(6) et (7)). Voir aussi la section 2.2.1.3. ci-après pour cette question.

[149] Peut-être faudrait-il prévoir la question des « impôts minimums de remplacement » dans la convention, ces impôts minimums étant par la suite remboursés au bénéficiaire du gel. L'auteur du gel exigera-t-il qu'un tel remboursement soit également réinvesti dans la compagnie de portefeuille qu'il contrôle? L'auteur du gel pourrait même profiter de l'occasion pour procéder à un dégel, partiel ou total, en prévoyant, dans la convention, la possibilité qu'un tel réinvestissement de la part des bénéficiaires du gel doive se faire, à sa discrétion, en actions privilégiées non participantes plutôt qu'en de nouvelles actions participantes pour continuer le gel.

en déclarant à l'auteur du gel un dividende en actions privilégiées, rachetables à un montant égal à la JVM des actions ordinaires lors de la déclaration de ce dividende. Les actions ordinaires ayant alors une valeur minime après ce dividende, l'auteur du gel peut les vendre ou les donner aux bénéficiaires du gel, ou encore permettre à ces derniers de souscrire à des actions ordinaires additionnelles en nombre suffisant pour diluer massivement celles de l'auteur du gel.

2.1.4.1. Simplicité

Cette technique fait également partie des techniques simples de transmission, sauf qu'elle n'est pas toujours disponible. En effet, il y a des doutes quant à la possibilité de l'utiliser lorsque les actions de la compagnie sont sans valeur nominale. Voyez la section 2.1.4.3. ci-après.

2.1.4.2. Fiscalité

Du point de vue fiscal, cette technique permet d'atteindre l'objectif d'une transmission d'entreprise à un coût minime pour les bénéficiaires du gel et, par surcroît, sans impôt immédiat pour l'auteur du gel. La loi demande à tout contribuable d'inclure dans le calcul de son revenu le « montant » de tout dividende imposable reçu par lui au cours d'une année, plus une majoration du quart de ce montant si le contribuable est un particulier[150].

La loi 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 »[151]. Il faut donc s'assurer que l'augmentation du capital versé soit minime et que ce soit la valeur de rachat des actions utilisées en paiement du dividende qui soit élevée et corresponde à la JVM des actions ordinaires de la compagnie au moment de la déclaration de ce dividende[152].

Encore faut-il que la loi corporative applicable à la compagnie faisant l'objet de la transmission permette de verser, au compte capital versé d'une

---

150 Par. 82(1) L.I.R.; par. 497(1) L.I.

151 Par. 248(1) L.I.R., définition de « montant »; art. 1 L.I., définition de « montant ».

152 Le genre d'actions utilisées pour le paiement d'un tel dividende en actions devrait avoir les caractéristiques décrites à la section 1.2. ci-dessus, dont le « rachat au gré du détenteur » et la clause de « rajustement de la valeur de rachat ».

action émise en paiement d'un dividende, un montant moindre que sa valeur de rachat.

En principe, c'est le capital versé légal qui devient le capital versé fiscal, sujet à certains ajustements[153].

Les autorités fiscales sont donc prêtes à considérer que le « montant » d'un dividende versé en actions se limite au montant du capital versé sur cette action en vertu de la loi corporative applicable[154]. Il devient donc important de voir ce qui est permis en vertu des lois corporatives applicables dans les circonstances. J'y reviens à la section 2.1.4.3. ci-après.

Dans le cas où il est raisonnable de considérer qu'un des motifs du versement d'un dividende en actions est de modifier de façon sensible la valeur de la participation d'un « actionnaire déterminé » de la compagnie, les autorités fiscales pourraient inclure dans le calcul du revenu de l'actionnaire qui reçoit ce dividende en actions, la pleine JVM du dividende en actions versé plutôt que le montant versé au compte capital versé pour ces actions[155]. Dans le cas où l'auteur du gel est actionnaire unique avant et après le versement de ce dividende en actions, il est peu probable que cette mesure puisse s'appliquer dans ces circonstances. S'il y avait plus d'un actionnaire dans la compagnie visée par la transmission d'entreprise, cette mesure ne trouverait pas non plus application en autant que le dividende en actions soit payé à tous les actionnaires dans la proportion de leur participation dans la compagnie[156].

---

153 Par. 89(1) L.I.R., définition de « capital versé »; par. 570a) L.I. et art. 570R1 R.I.

154 En autant cependant que ce dividende en actions ne tombe pas sous le coup des alinéas a) ou b) de la définition de « montant » au paragraphe 248(1) L.I.R. ou sous celui du paragraphe a) de la définition de « montant » à l'article 1 L.I. Pour plus de précision sur ce que constitue un dividende en actions, voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-88R2, « Dividende en actions », 31 mai 1991. Voir à cet effet « Table ronde de Revenu Canada », dans *1990 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 50:1-68, question 49, aux pages 50:25-26, en anglais, et 50:61-62, « Détermination du montant d'un dividende », en français.

155 Par. 15(1.1) L.I.R.; art. 112.1 L.I. Par « actionnaire déterminé » il faut entendre un actionnaire qui détient 10 % ou plus des actions d'une catégorie de la compagnie (par. 248(1) L.I.R., définition d'« actionnaire déterminé »; art. 1 L.I., définition d'« actionnaire désigné »).

156 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 105, interprétations techniques ACC9451, 10 juin 1990 et 9805975, 25 mars 1999.

Ne pourrait-on cependant prétendre que le paiement du dividende en actions fait partie d'une série de transactions qui fera en sorte que des tierces parties souscriront à de nouvelles actions ordinaires ou se verront céder les actions ordinaires existantes et, qu'en conséquence, un des motifs pour le versement du dividende est de modifier, de façon indirecte, le pourcentage de la participation d'un actionnaire qui désire geler la valeur de ses actions? Cette technique de gel, par le biais d'un dividende en actions, a été soumise à l'ADRC, qui a conclu que le paragraphe 15(1.1) L.I.R. n'était pas applicable dans les circonstances d'une telle transmission d'entreprise[157].

Deux causes récentes de jurisprudence ont de plus démontré qu'il est assez facile de circonvenir aux dispositions du paragraphe 15(1.1) L.I.R. (article 112.1 L.I.) puisqu'il semblerait suffisant pour le contribuable de démontrer son ignorance de cette disposition et des conséquences de celle-ci pour la rendre inapplicable[158]. Dans l'une et l'autre de ces affaires, il s'agissait d'un médecin qui désirait faire du fractionnement de revenus avec les membres de sa famille. Il a été fait en sorte que le conjoint et les enfants du médecin soient actionnaires de sa compagnie et des dividendes en actions ont été versés à chacun des actionnaires de la compagnie. Il est clair que l'effet de ces dividendes a été de réduire la valeur de la participation du professionnel dans la compagnie. Pour cette raison, les autorités fiscales ont cherché à appliquer le paragraphe 15(1.1) L.I.R. et imposer entre les mains de chacun des actionnaires le plein montant du dividende versé en actions plutôt que le montant réduit de la somme versée au compte capital déclaré pour ces actions. Dans l'affaire *Wong*, le médecin a fait valoir que, même si la déclaration de ce dividende en actions avait eu pour effet de réduire la valeur de sa participation, ce n'était pas là l'un des motifs du versement des dividendes en actions. Le but recherché en était un de fractionnement de revenus avec les membres de sa famille. Il n'était pas venu à l'esprit du médecin que les dividendes versés à ses enfants auraient pour effet de réduire sa valeur dans la compagnie et sa situation quant à tout gain en capital en découlant. Surtout que la compagnie créée par le médecin, en vertu des mesures permises en Colombie-Britannique pour l'incorporation des professionnels, n'aura jamais de valeur pour d'autres personnes que le professionnel lui-même. Le juge donna raison au contribuable en reconnaissant ne pas avoir trouvé que l'un des motifs du paiement du

---

[157] Voir Manon THIVIERGE, « Véhicule corporatif : paiement de dividendes en actions dans le cadre d'une planification fiscale », dans *Journée d'études fiscales 1994*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, tab 11, pp. 1-23, et plus particulièrement aux pages 12 à 15.

[158] *La Reine* c. *Wu*, 98 D.T.C. 6004 (C.A.F.) et *Wong* c. *La Reine*, précité, note 133.

dividende en actions était de modifier de façon sensible la valeur de sa participation dans la compagnie.

Les fiscalistes apprécient cette technique de transmission, car elle permet d'éviter l'application de la « règle de l'intérêt réputé » (ou règle d'attribution corporative) dû au fait que, contrairement aux autres dispositions fiscales utilisées dans le cadre d'une transmission, tels les articles 51 et 86 et le paragraphe 85(1) L.I.R., elle ne donne pas lieu à un transfert de biens donnant ouverture aux règles d'attribution[159].

Cependant, un tel dividende en actions comme technique de gel fera perdre à l'auteur du gel toute possibilité de prendre avantage des règles « grand-père » s'il y a de l'assurance prise sur sa vie dans la compagnie. D'une part, ses actions ordinaires ne vaudront plus rien et il n'aura pas obtenu ses actions privilégiées de gel dans le cadre d'une transaction à laquelle se sera appliqué l'un des articles 51, 85, 86 ou 87 L.I.R. L'utilisation de cette technique de gel n'est donc « pas indiquée dans le cas où les actions ordinaires sont des actions assujetties aux dispositions transitoires relatives aux règles sur la minimisation des pertes »[160].

De plus, comment l'auteur du gel qui procède par cette technique pourra-t-il se protéger contre une contestation de l'évaluation de la JVM des actions ordinaires faisant l'objet du gel? Où peut-on se couvrir avec une « clause de rajustement de prix » dans le cadre de cette technique de gel? Il n'y a pas de contrat de vente! Il n'y a pas d'actions privilégiées de gel! Peut-être faudra-t-il créer une catégorie d'actions privilégiées spéciales, dont la valeur de rachat se voudrait égale à la JVM de la compagnie, moins 100 $, lors de leur émission, et que les résolutions des administrateurs afférentes à la déclaration de ce dividende soient rédigées en conséquence?

2.1.4.3. Droit corporatif

Au Québec, les compagnies peuvent être constituées sous l'autorité de la *Loi sur les compagnies* du Québec et de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Une compagnie constituée en vertu de l'une ou l'autre de ces lois

---

159 Par. 74.4(2) L.I.R.; art. 462.12 et suiv. L.I. Voir à cet effet M. THIVIERGE, *loc. cit.*, note 157, 12 et S. AMAR, *loc. cit.,* note 90, 14:23.

160 François AUGER et Geneviève LILLE, « Gel successoral – Pièges et attrapes », dans *Colloque – La planification successorale*, 95, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 1-57, à la page 37.

peut-elle payer un dividende en actions ayant une JVM supérieure au montant du capital versé pour celles-ci?

a) *Loi sur les compagnies*

Une compagnie constituée sous la *Loi sur les compagnies* doit verser au compte de capital versé les montants reçus en contrepartie des actions qu'elle émet. Cependant, si les actions émises ont une valeur nominale, les montants ainsi versés au compte capital versé ne peuvent dépasser le montant que représente cette valeur nominale[161]. Il suffirait donc de créer une catégorie d'actions ayant, par exemple, une valeur nominale de 0,01 $ par action et une valeur de rachat de 100 $ par action pour être capable de déclarer un dividende de 100 000 $ payable par l'émission de 1 000 de ces actions pour obtenir le résultat désiré, soit un dividende en actions ayant une JVM de 100 000 $ et un montant inscrit au compte capital versé se limitant à 10 $. Seul ce montant de 10 $ sera inclus dans le calcul du revenu du récipiendaire de ce dividende[162]. L'excédent de la valeur de rachat de ces actions sur ce montant de capital versé ne deviendra imposable qu'au moment où le récipiendaire du dividende disposera de ces actions.

Peut-on arriver au même résultat avec des actions sans valeur nominale? Nous venons de voir, qu'exception faite du cas d'une action avec valeur nominale, la compagnie doit donner au compte capital versé la pleine valeur des montants reçus en contrepartie des actions qu'elle émet. Les seuls cas où le législateur permet à une compagnie qui émet des actions sans valeur nominale de verser au compte capital versé un montant inférieur à la valeur de la contrepartie reçue vise des situations d'émissions d'actions dans le cadre de transactions entre parties ayant un lien de dépendance (au sens de la *Loi sur les impôts*) ou dans le cadre d'une fusion de compagnies[163].

---

161 Art. 123.48 L.C. J'ai utilisé et j'utiliserai dans le présent texte l'expression « compte de capital versé » tant pour une compagnie constituée sous la L.C. que sous la L.C.S.A., alors qu'en réalité l'expression exacte est, en vertu de la L.C., le « compte de capital-actions émis et payé », et pour la L.C.S.A., le « compte capital déclaré ».

162 Par. 82(1) et 248(1) L.I.R., définitions de « dividende », « dividende en actions » et « montant »; par. 497(1) et art. 1 L.I., définitions de « dividende », « dividende en actions » et « montant ».

163 Art. 123.49 L.C. Manon THIVIERGE mentionne, à la page 7 de son texte sur le paiement de dividendes en actions, *loc. cit.*, note 157, que l'article 173 L.C. indique que les administrateurs peuvent décréter que le montant d'un dividende sera payé en actions et autoriser à cette fin l'émission de ces actions totalement ou partiellement libérées, mais ne prévoit aucunement qu'ils peuvent décider quelle somme doit être portée au compte de capital-actions émis et payé dans un tel cas.

L'interprétation des règles d'exception devant être restrictive, on ne peut faire dire au législateur ce qu'il n'a pas dit. Pour éviter toute contestation d'une planification de transmission d'entreprise basée sur un dividende en actions émises par une compagnie constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies*, il est donc recommandé d'utiliser des actions avec valeur nominale.

b) *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 permises[164]. Voilà qui augure mal, étant donné le sort réservé à l'utilisation de ce genre d'actions sous la Loi sur les compagniers aux fins d'un dividende en actions. Cependant, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, contrairement à la *Loi sur les compagnies*, contient une disposition spécifique traitant des dividendes versés sous forme d'actions[165]. Étant donné que la discussion qui va suivre découle de la phraséologie de cette disposition, je me permets de la citer au long :

> « 43(1)[**forme du dividende**] La société peut verser un dividende soit sous forme d'actions entièrement libérées, soit, sous réserve de l'article 42, en numéraire ou en biens.
>
> (2)[**rectification du compte capital déclaré**] Le montant déclaré en numéraire des dividendes versés par la société sous forme d'actions est porté au compte capital déclaré pertinent. » (Notre soulignement).

Jusqu'en 1979, le paragraphe 43(2) L.C.S.A. requérait que la « valeur du dividende » soit ajoutée au compte capital déclaré de la société. Dans une modification apportée en 1979 à l'article 43 L.C.S.A., l'ancienne mention « valeur du dividende » est remplacée par celle de « montant déclaré ». La modification avait pour but de permettre à une société de satisfaire le critère de solvabilité en déclarant un dividende d'un montant inférieur à la JVM des actions[166].

En permettant que le compte capital déclaré de la société reflète uniquement le « montant déclaré » du dividende, le législateur ouvrait la

---

164 Par. 24(1) L.C.S.A.

165 Art. 43 L.C.S.A.

166 Colin SMITH, « Actions rachetables à prime/LSAO », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, (2002), vol. 10, n° 12, pp. 92-93.

porte à la déclaration d'un dividende en actions ayant un bas capital déclaré et une valeur de rachat supérieure[167]. Ainsi, si les administrateurs décident d'un montant en argent de 100 $ pour les actions émises en paiement du dividende, seul ce montant sera porté au compte capital versé afférent à ces actions, quand bien même elles seraient rachetables pour 1 000 000 $[168]. À quoi ressemblera alors la résolution des administrateurs relative à la déclaration d'un tel dividende? Déclarera-t-on un dividende de 1 000 000 $ ou de 100 $? Sans doute faudra-t-il déclarer un dividende de 100 $. À cet effet, Me Paul Martel écrit dans son ouvrage *Les aspects juridiques de la compagnie au Québec*[169] :

> « Cette disposition (i.e. le paragraphe 43(2) LCSA) force la société, illogiquement, à déclarer un dividende égal au capital déclaré des actions émises en paiement de celui-ci plutôt qu'à la valeur de rachat (et donc la véritable valeur) de ces actions. Le dividende versé est, en réalité, supérieur au dividende déclaré. Les administrateurs qui versent un tel dividende pourraient être blâmés d'avoir manqué à leurs devoirs envers la société et les autres actionnaires (par exemple si le prix de rachat des actions excède le dividende maximal payable en vertu des statuts), mais si aucun actionnaire ne s'en plaint, les tribunaux n'interviendront pas : l'arrêt *McClurg*, dont il est question plus loin, en témoigne. »

Il existe bien, dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, une disposition similaire à celle de l'article 123.49 L.C., permettant de porter au compte capital déclaré d'une action un montant inférieur au montant total de l'apport reçu en contrepartie de l'émission de cette action, mais encore une fois, il s'agit d'exceptions visant des transactions de vente de biens ou

---

[167] Voir M. et P. MARTEL, *op. cit.,* note 43, pp. 19-26 et 19-26.1. Voir aussi M. THIVIERGE, *loc. cit.*, note 157, 7. Voir également Richard BARBACKI, « Estate Freezing in the Light of Recent Income Tax Changes », dans *1986 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1987, pp. 36:1-32, aux pages 36:11-12.

[168] Manon THIVIERGE mentionne à la page 8 de son texte (*loc. cit.*, note 157) qu'une telle décision de la part des administrateurs n'irait pas à l'encontre de leur devoir d'agir avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de la société (al. 122(1)a) L.C.S.A.), étant donné qu'il serait difficile de conclure que le paiement d'un dividende en actions ayant une JVM supérieure à leur capital versé est préjudiciable aux intérêts de la société, puisque le montant qui n'est pas porté au compte capital déclaré de ses actions demeurera dans ses bénéfices non répartis. Par conséquent, dans la mesure où le paiement d'un dividende sous forme d'actions n'est pas utilisé afin de diluer la participation de certains actionnaires de la société, Me Thivierge considère que l'article 122 ne saurait empêcher les administrateurs de déclarer un dividende sous forme d'actions ayant une JVM supérieure au montant porté au compte capital déclaré.

[169] M. et P. MARTEL, *op. cit.,* note 43, pp. 19-26.1.

d'actions avec la société (avec ou sans lien de dépendance) ou visant le cas de la fusion de compagnies[170].

2.2. TECHNIQUES DE GEL À L'EXTERNE

Les techniques de transmission d'entreprise qui suivent traitent de planification impliquant la formation d'une nouvelle entité légale, qu'il s'agisse d'une compagnie additionnelle ou d'une société de personnes. Voyons en quoi consistent ces techniques de gel à l'externe.

2.2.1. Vente à un « holding »

Cette technique de transmission consiste pour l'auteur du gel à vendre les actions de sa compagnie opérante à une compagnie de portefeuille familiale (appelée « holding ») dont les actions ordinaires participantes appartiennent aux bénéficiaires du gel, directement ou par l'entremise d'une fiducie entre vifs.

2.2.1.1. Complexité

Bien que cette technique de gel externe soit plus complexe que les techniques de gel à l'interne vues précédemment, elle demeure tout de même plus simple que les autres techniques de gel externe que nous verrons ci-après. Il demeure que cette technique requiert l'incorporation d'une nouvelle compagnie (le « holding »). Le capital-actions autorisé du holding devra comprendre :

- des actions participantes qui seront émises aux bénéficiaires du gel ou à une fiducie pour le bénéfice de ceux-ci;

- des actions privilégiées de contrôle (c'est-à-dire des actions privilégiées votantes et non participantes), qui seront souscrites par l'auteur du gel; et

- des actions privilégiées de gel, qui seront émises en contrepartie de l'acquisition des actions participantes de l'auteur du gel dans la compagnie visée par la transmission désirée;

---

[170] Par. 26(2) et (3) L.C.S.A. Seul l'article 39 L.C.S.A., et plus particulièrement le paragraphe 4 de cet article, permettra, en certaines circonstances, dont la conversion d'actions, de préserver le montant déjà versé au compte capital déclaré pour les actions converties plutôt que leur JVM.

- d'autres catégories d'actions pourront également être prévues dans le trésor afin d'être en mesure de répondre aux éventualités les plus courantes : pensons au désir de l'auteur du gel d'investir sous la forme d'actions privilégiées dans le holding ou d'y vendre ultérieurement d'autres biens; ou encore, la possibilité éventuelle de vouloir cristalliser la valeur accumulée en faveur des bénéficiaires du gel lorsque cette valeur sera suffisante pour le justifier.

Un contrat de vente sera rédigé entre l'auteur du gel et le holding relativement aux actions de la compagnie visée par la transmission d'entreprise. Ce contrat décrira les actions vendues, leur prix, les clauses fiscales de « roulement » et de « rajustement de prix » et la contrepartie reçue en paiement des actions vendues. Cette contrepartie doit absolument comprendre au moins une action du holding.

2.2.1.2. Fiscalité

La disposition des actions de la compagnie visée par la transmission s'effectuera sous le couvert du roulement prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. (art. 518 L.I.). Les formulaires prescrits de roulement T2057 (au fédéral) et TP-518 (au Québec) seront complétés et produits dans le délai prescrit.

Cette technique ne devrait pas entraîner d'incidences de taxes sur les produits et services (TPS et TVQ) étant donné que les actions sont un « service financier » aux fins de ces taxes et ne sont donc pas assujetties à ces dernières.

Toute la problématique des règles d'attribution vues à la section 1.5. ci-dessus devra évidemment être prise en considération dans l'élaboration de la transmission.

Pour terminer, cette technique de transmission par vente à un holding peut être l'occasion de cristalliser tout ou partie de la déduction pour gains en capital de l'auteur du gel sur la plus-value accumulée sur ses actions de la compagnie visée par la transmission. Il suffira alors à l'auteur du gel de déterminer, dans son choix fiscal, une somme convenue supérieure à son PBR pour ses actions. L'auteur du gel devra préalablement s'assurer que ses actions sont des « actions admissibles de petite entreprise » éligibles à cette déduction pour gains en capital et que rien dans sa situation fiscale personnelle (perte nette cumulative sur placement (PNCP), perte au titre de placement d'entreprise, etc.) ne vienne limiter sa déduction pour gains en capital.

Une telle cristallisation n'est cependant pas l'idéal pour l'auteur du gel. En effet, les actions cristallisées qu'il obtiendra seront des actions du capital-actions du holding et non pas des actions de la compagnie opérante visée par la transmission. Il sera alors plus difficile à l'auteur du gel de « monnayer » sa cristallisation, c'est-à-dire de pouvoir profiter de son vivant de la valeur cristallisée pouvant aller jusqu'à 500 000 $. Il est généralement plus facile de vendre à un tiers les actions de la compagnie opérante que celles du holding détenant la compagnie opérante. Et si c'est le holding qui vend les actions de la compagnie opérante à toute tierce partie, l'auteur du gel ne pourra retirer, libre d'impôt, le produit de la vente des actions de la compagnie opérante réalisé par le holding, quand bien même l'auteur du gel détiendrait des actions privilégiées cristallisées du holding. Ces actions privilégiées cristallisées conserveront entre ses mains un capital versé minime, correspondant au capital versé de ses actions participantes de la compagnie opérante. Ainsi, tout achat de gré à gré ou tout rachat de ses actions privilégiées cristallisées donneront lieu, entre ses mains, à un dividende réputé pour toute partie du prix d'achat ou de rachat de ses actions qui excède son capital versé pour celles-ci[171].

Peut-être l'auteur du gel pourra-t-il regrouper la compagnie opérante et le holding, par fusion ou dissolution, avant d'ainsi vendre ses actions à une tierce partie. Ceci sera possible s'il est fait en sorte que le seul élément d'actif du holding soit sa participation, en actions ou en prêts, dans la compagnie opérante.

2.2.1.3. Flexibilité

Cette technique de transmission offre à l'auteur du gel la possibilité, dans le cas où il souhaiterait, plus tard, vendre l'entreprise à des tiers, vendre, soit les éléments d'actif de l'entreprise ayant fait l'objet de la transmission, soit les actions de la compagnie exploitant cette entreprise et détenues par le holding, et ce, sans avoir à obtenir le consentement des bénéficiaires du gel, à moins que le holding ne soit constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et que les actions de la compagnie opérante détenues par le holding constituent la totalité ou presque des éléments d'actif du holding, auquel cas cette vente, à moins qu'elle n'intervienne dans le cours normal des

---

[171] Par. 84(3) L.I.R.; art. 506 L.I. Les actions privilégiées cristallisées ayant tout de même un PBR élevé grâce à la cristallisation, leur rachat donnera également lieu à une perte en capital pour l'auteur du gel, perte qui ne pourra cependant être utilisée dans l'immédiat par ce dernier et qui devra plutôt s'ajouter au PBR des actions privilégiées cristallisées qui lui restent, et ainsi de suite tant qu'il en détiendra au moins une (par. 40(3.6) et al. 53(1)f.2) L.I.R.; par. 255f.1) et art. 535 L.I.).

activités du holding (ce qui ne serait probablement pas le cas), nécessite l'approbation des actionnaires, par voie de résolution spéciale (2/3 des voix) de chaque catégorie d'actions (incluant les actions dépourvues du droit de vote)[172].

Les actionnaires d'une société par actions constituée sous la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* bénéficient du droit de dissidence (droit de faire racheter leurs actions par la compagnie), s'ils s'opposent à cette vente[173].

Dans la technique de gel à l'interne par voie d'échange d'actions, l'auteur du gel, s'il voulait en conserver le contrôle, devait se préoccuper du sort réservé au produit de la vente des actions de la compagnie visée par le gel, advenant la vente de celle-ci à des tiers. Ce ne sera pas le cas si c'est le holding qui vend ainsi ses actions de la compagnie visée par le gel. Le produit de la vente tombera alors dans le holding, sous le contrôle de l'auteur du gel. Restera cependant à régler, dans le cas où le holding est une société constituée sous la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, le risque possible de l'exercice par un des bénéficiaires du gel de son droit de dissidence advenant une telle vente par le holding, donnant alors droit à ce bénéficiaire de se faire racheter les actions qu'il détient dans le holding, à leur juste valeur[174]. S'il devient possible pour un bénéficiaire du gel d'ainsi encaisser la valeur de sa participation dans le holding, nous voici de retour à la case départ en ce qui a trait à la préoccupation de l'auteur du gel quant au contrôle qu'il souhaite continuer d'exercer sur la plus-value accrue sur la tête d'un bénéficiaire du gel. Voir les commentaires formulés à la section 2.1.3.3. ci-dessus sur ce sujet. Un tel droit de dissidence de la part d'un bénéficiaire du gel risque de devenir un facteur suffisant pour obliger l'auteur du gel, encore une fois, à se limiter à une vente d'éléments d'actif plutôt qu'à une vente d'actions de la compagnie opérante visée par le gel, à moins qu'il ne puisse palier ce problème par une convention entre actionnaires.

---

172 Par. 189(6) et (7) L.C.S.A. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si la transaction vise la quasi-totalité des biens de la compagnie aux fins de l'exercice du droit de dissidence. Sur cette question de la détermination de ce que constitue la « quasi-totalité » des biens, voir M. et P. MARTEL, *op. cit.,* note 43, pp. 19-80 à 19-85.

173 Al. 190(1)e) L.C.S.A.

174 Alinéa 70(1)e) L.C.S.A., en ce qui a trait au droit de dissidence, et paragraphe 190(3), en ce qui a trait à la « juste valeur ». Pour une étude plus poussée de ce qu'on doit entendre par « juste valeur », voir M. et P. MARTEL, *op. cit.,* note 43, pp. 31-20 et suiv.

2.2.2. Vente d'éléments d'actif

Cette technique consiste à vendre à une nouvelle compagnie des éléments d'actif de la compagnie opérante. Les éléments d'actif ainsi vendus seront ceux que l'auteur du gel souhaite mettre au profit des bénéficiaires du gel, lesquels seront, directement ou indirectement par le biais d'une fiducie entre vifs, les détenteurs des actions participantes de cette nouvelle compagnie. Cette technique est aussi connue sous l'appellation « gel renversé ».

2.2.2.1. Souplesse

Le principal avantage de la technique du gel renversé consiste à offrir à l'auteur du gel une certaine souplesse quant au choix des biens devant faire l'objet de la transmission. Par exemple, il serait possible pour l'auteur du gel de procéder aux planifications suivantes :

- dans le cas où la compagnie opérante exploite plusieurs divisions, ne vendre qu'une de ces divisions à la nouvelle compagnie dans le cadre de la transmission et conserver la ou les autres divisions que l'auteur du gel ne désire pas transmettre pour le moment;

- dans le cas où la compagnie opérante possède son propre immeuble commercial dans lequel elle exploite son entreprise, il serait possible de vendre le fonds de commerce de l'entreprise à la nouvelle compagnie dans le cadre de la transmission, tout en conservant l'immeuble commercial, de manière à ce que l'auteur du gel conserve à ses propres fins les revenus de loyer provenant de la location de l'immeuble, tout en permettant à ses enfants de participer dans la compagnie devenue propriétaire du fonds de commerce;

- ou encore, toujours dans le cas où la compagnie opérante possède son immeuble commercial, procéder à une transmission à des bénéficiaires différents selon qu'il s'agit de transmettre le fonds de commerce ou la plus-value de l'immeuble commercial; l'auteur du gel pourrait ainsi faire en sorte que tous ses enfants puissent bénéficier de la compagnie détenant l'immeuble commercial, tandis que seuls les enfants actifs dans l'entreprise participeront dans la compagnie détenant le fonds de commerce.

2.2.2.2. Complexité

Cette technique n'est pas cependant sans diverses embûches. Au premier abord, elle requiert la constitution d'une nouvelle compagnie, comme pour la vente à un holding. Cette nouvelle compagnie devra avoir un capital-actions autorisé suffisamment complet pour répondre à toutes les exigences de l'auteur du gel, que ce soit en termes de roulement, de contrôle, de fractionnement de revenus, d'investissement, etc.

Une fois la nouvelle compagnie constituée, la vente des éléments d'actif visés par la transmission soulèvera plusieurs points auxquels l'auteur et ses conseillers devront s'attaquer :

- taxe sur les produits et services : les éléments d'actif visés n'étant plus cette fois exonérés des taxes sur les produits et services (TPS et TVQ) à titre de « services financiers », ces dernières taxes deviendront une préoccupation; il est habituellement possible de les éviter par le biais de certaines dispositions spécifiques prévues aux lois traitant de ces taxes, soit la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[175] et la *Loi sur la taxe d'accise*[176];

- droits de mutation : dans le cas où, parmi les éléments d'actif vendus, il y a des immeubles, il faudra se méfier des droits de mutation; il est cependant assez facile de les éviter dans le cas d'une transaction avec lien de dépendance[177];

---

175 L.R.Q. c. T-0.1 et mod. traitant de la TVQ (ci-après « L.T.V.Q. »).

176 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. traitant de la TPS (ci-après « L.T.A. »). Par exemple, le paragraphe 167(1) L.T.A. et l'article 75 L.T.V.Q. permettent une transaction non taxable entre une personne qui fournit tout ou partie d'une entreprise qu'elle exploite et un acquéreur qui est un inscrit (formulaire prescrit : FP-2044 – Choix visant l'acquisition d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise).

177 En autant que la transaction envisagée n'a pas pour effet d'entraîner un changement réel dans la propriété d'un immeuble, les droits de mutation sont assez facilement contournables, malgré les récentes modifications apportées à la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* (L.R.Q., c. D-15.1) et à la *Loi sur les impôts*, afin de mettre un terme à certaines planifications jugées abusives (QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 93-4, « Mesure visant à restreindre, dans certains cas, l'utilisation de la disposition d'exonération aux fins de la loi concernant les droits sur les mutations immobilières, précisions relatives à l'application de la mesure concernant les avantages imposables liés à des cotisations d'employeurs à certains régimes d'assurance multi-employeurs, et autres mesures fiscales », 8 octobre 1993). Normalement, la vente entre deux compagnies contrôlées

(à suivre…)

- « vente d'entreprise » : depuis le 13 juin 2002, les dispositions prévues au *Code civil du Québec* relativement à la « vente d'entreprise » sont abrogées[178];

- taxe sur le capital versé : la taxe sur le capital versé peut également se trouver « gonflée » à la suite d'une telle vente d'éléments d'actif[179];

- assumation de dettes : en contrepartie de la vente des éléments d'actif qui feront l'objet de la transmission, la nouvelle compagnie pourra assumer des dettes, remettre un billet et, nécessairement, émettre au moins une action de son capital-actions pour qu'il y ait roulement sous le paragraphe 85(1) L.I.R. (art. 518 L.I.). Il faudra faire attention, dans le cas où le bien vendu est un immeuble (terrain et bâtiment) et que l'hypothèque restant due sur cet immeuble est supérieure au coût indiqué de celui-ci. Ceci est fréquent lorsque l'immeuble a été refinancé pour prendre avantage de sa plus-value. Si l'assumation de l'hypothèque excède le coût indiqué pour celui-ci, les parties ne pourront plus restreindre à ce coût indiqué leur

(…suite)
par la même personne ne sera pas considérée comme une transaction d'évitement des droits de mutation. Il y a quand même lieu de s'assurer de respecter les conditions donnant ouverture à une exonération de ces droits. Voir à cet effet les règles du « droit supplétif relatif au transfert d'un immeuble dans certaines circonstances » prévues aux articles 1129.28 et suiv. L.I.

178 Cette notion de « vente d'entreprise » était la reprise de ce qui était anciennement connu sous le nom de « vente en bloc »; les mesures que prévoyaient les articles 1767 à 1778 C.c.Q. relatifs à la « vente d'entreprise » étaient souvent irréalisables en pratique, particulièrement lorsque les parties ne traitaient pas à distance. La transaction était alors souvent réalisée sans tenir compte de ces mesures. Les parties trouvaient d'autres moyens d'effectuer la vente sans pénaliser les créanciers. L'une des principales difficultés de l'application de ces mesures dans le cas de la vente partielle des éléments d'actif d'une compagnie (comme cela aurait été le cas de la vente d'une division d'une compagnie qui en exploite d'autres) était que le *Code civil du Québec* requérait que le vendeur tienne compte des dettes dues à tous ses créanciers et non uniquement à ceux concernés par la division vendue, dans l'élaboration de l'affidavit relatif à ses créanciers.

179 Par exemple, dans le cas où un immeuble fait partie des éléments d'actif vendus à une nouvelle compagnie, cet immeuble qui était à sa valeur comptable dans la compagnie opérante de l'auteur du gel sera sans doute transmis à sa JVM dans la nouvelle compagnie et la contrepartie reçue, équivalente à cette valeur marchande, paraîtra du côté passif du bilan de la nouvelle compagnie et tombera dans le calcul de la taxe sur le capital versé de cette nouvelle compagnie. L'augmentation de valeur de l'immeuble deviendra assujettie à cette taxe. À moins que les parties ne puissent transiger au « coût indiqué » de l'immeuble vendu et ainsi éviter de faire apparaître aux états financiers la plus-value de cet immeuble.

« somme convenue » aux fins du roulement[180]; supposons, par exemple, qu'une immobilisation a un coût de 200 $ et une JVM de 1 000 $, et qu'elle est grevée d'une hypothèque de 700 $. Cédant ltée transfère le bien à Cessionnaire ltée pour 1 000 $. Ayant recours à l'ancienne technique pour procéder au roulement, Cédant émet un billet de 500 $ en faveur de Cessionnaire (700 $ moins 200 $). La contrepartie versée par Cessionnaire comprend la prise en charge de l'emprunt hypothécaire de 200 $, des actions privilégiées rachetables ayant une JVM de 500 $ et des actions ordinaires ayant une JVM de 300 $. En contrepartie du billet de 500 $ émis par Cédant, Cessionnaire accepte de prendre en charge une tranche de 500 $ de l'emprunt hypothécaire. Lors d'un rachat croisé ultérieur, Cessionnaire rachète ses actions privilégiées en remettant le billet à Cédant. Selon la nouvelle politique, Cédant est réputée recevoir une contrepartie autre qu'en actions de 700 $, soit la somme convenue minimale; il n'est donc pas possible de procéder à un roulement complet parce que l'opération donne lieu à un gain imposable de 500 $[181].

- contrat de vente : bien entendu, cette technique de transmission d'entreprise nécessitera, comme il a été dit précédemment, la rédaction d'un contrat de vente en bonne et due forme devant intervenir entre les parties, ce contrat pouvant être soit sous seing privé, soit notarié. Cette dernière rédaction notariée, en minutes, sera préférable si la vente

---

[180] Al. 85(1)b) L.I.R.; par. 522b) L.I. Lorsque la somme convenue est inférieure à la JVM de la contrepartie autre qu'en actions, telle par exemple, l'assumation d'une hypothèque, la somme ainsi convenue est, quel qu'en soit le montant effectivement convenu, réputée être une somme égale à cette JVM. La somme convenue est donc rajustée à la hausse et déclenchera en conséquence, soit une récupération d'amortissement sur la bâtisse, soit un gain en capital sur le terrain. Pour éviter ce résultat, il faut vendre en même temps que l'immeuble un autre bien qui permette d'absorber l'excédent de l'hypothèque par rapport au coût indiqué de cet immeuble. S'il n'y a pas d'autres biens devant faire l'objet de la vente, il y a lieu d'en créer un, tel par exemple, une reconnaissance de dette de la part de la compagnie venderesse en faveur de la compagnie acquéreuse. Cependant, l'ADRC a indiqué que cette façon de faire, que le Ministère avait initialement acceptée (« Table Ronde de Revenu Canada », dans *1984 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1985, pp. 783-847, question 47, à la page 819), est maintenant réexaminée par le Ministère (« Table Ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 1145-1184, question 5.10, à la page 1180). Finalement, l'ADRC a décrété que cette pratique suivie depuis longtemps ne tient plus pour les transferts postérieurs à l'an 2000.

[181] Voir Greg BOEHMER et John JAKOLEV, « Paragraphe 85(1) et pratiques de l'ADRC », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, (2001), vol. 9, n° 4, pp. 25-26.

comprend un immeuble et obligatoire s'il y a transfert d'une hypothèque sur cet immeuble;

- roulement fiscal : les formulaires prescrits T2057 et TP-518 devront être complétés et produits dans les délais requis pour éviter toute incidence fiscale indésirable;

- règle de l'intérêt réputé : un avantage de cette technique de transmission serait d'éviter l'application de la « règle de l'intérêt réputé » étant donné que ce n'est pas l'auteur du gel qui procède à un transfert de biens, mais bien une compagnie (voir la section 1.5.3. ci-dessus);

- cristallisation : cette technique de transmission ne permettra pas cependant de cristalliser la déduction pour gains en capital de l'auteur du gel, étant donné que ce n'est pas ce dernier qui effectue une vente, mais bien sa compagnie opérante. Et de toute manière, il ne s'agit pas de la vente d'actions, mais plutôt d'éléments d'actif, lesquels ne jouissent pas du traitement privilégié accordé aux « actions admissibles de petite entreprise ». À moins que les biens vendus ne soient des biens agricoles, et encore, en autant que le vendeur de tels biens agricoles soit un particulier[182].

2.2.2.3. Biens agricoles

Puisque l'on parle de biens agricoles, profitons-en pour mentionner le traitement de faveur offert par la loi aux agriculteurs. En effet, la loi permet à un agriculteur de transférer entre vifs des biens agricoles à son enfant au prix de son choix, en autant que ce prix se situe entre le coût indiqué et la JVM de ces biens. Par « biens agricoles », j'entends les éléments d'actif (biens amortissables, fonds de terres, immobilisations admissibles, etc.) utilisés principalement dans le cadre de l'entreprise agricole[183], les actions d'une « société agricole familiale » ou une « participation dans une société de personnes agricole familiale »[184].

---

[182] Par. 110.6(2) L.I.R.; art. 726.7 L.I.

[183] Par. 73(3) L.I.R.; art. 459 à 462 L.I.

[184] Par. 73(4) L.I.R.; art. 459 et 460 L.I.

Exceptionnellement, l'agriculteur ne sera pas tenu de vendre ses biens agricoles à leur JVM tel qu'il est autrement exigé par la loi dans le cadre d'une transaction avec lien de dépendance[185].

Ainsi, il peut devenir intéressant pour un agriculteur de choisir comme produit de disposition de ses biens agricoles le montant qui lui permettra de maximiser sa déduction pour gains en capital, sans pour autant aller jusqu'à la pleine JVM de ces biens, si cette dernière est supérieure au montant requis, pour ainsi maximiser sa déduction pour gains en capital, et en autant, évidemment, que l'agriculteur soit prêt à avantager son enfant de cet excédent de valeur sur le montant choisi.

L'enfant de l'agriculteur sera pour sa part réputé avoir acquis les biens agricoles pour un montant égal au montant de disposition choisi par l'agriculteur[186]. Si le produit de disposition choisi par l'agriculteur est inférieur à la JVM des biens agricoles, l'enfant pourra lui-même profiter de sa déduction pour gains en capital sur biens agricoles admissibles pour augmenter son propre coût sur ces biens jusqu'à concurrence d'un gain en capital additionnel de 500 000 $, en autant cependant que cette opération ne soit pas faite avant l'expiration de trois ans suivant le jour de son acquisition des biens agricoles, faute de quoi l'agriculteur sera réputé avoir disposé des biens à leur JVM[187].

Et si jamais l'enfant décède avant ses parents, il pourra lui-même « rouler » ses biens agricoles à ses parents de qui il les aura reçus[188].

Ce ne sont là que les grandes lignes d'une planification possible pour un agriculteur et son enfant. Mais avant de s'y plonger, il faudra s'assurer que les dispositions pertinentes s'appliquent réellement. Les biens vendus se qualifient-ils à ce traitement de faveur? Y a-t-il exploitation d'une entreprise agricole au sens de la loi? L'enfant prenait-il une part active de façon régulière et continue à cette exploitation? L'enfant résidait-il au Canada immédiatement avant le transfert? Le bien agricole visé est-il éligible à la déduction pour gains en capital (est-il un « bien agricole admissible » ou une « action du capital-actions d'une société agricole familiale » ou encore une

---

185 Al. 73(3)c) et 73(4)b) L.I.R.; par. 462a) L.I.

186 Al. 73(3)d) et 73(4)c) L.I.R.; par. 462b) L.I.

187 Par. 69(11) L.I.R.; art. 427.4 (1er alinéa) L.I.

188 Par. 70(9.6) L.I.R.; art. 450.6 L.I.

« participation dans une société de personnes agricole familiale »[189] en provenance d'un particulier)?

2.2.3. Société de personnes

Cette dernière technique consiste à constituer une société de personnes (en vertu du droit civil, une société en nom collectif ou encore une société en commandite) dont les associés sont la compagnie opérante que l'auteur du gel désire transmettre et une nouvelle compagnie dont les actions participantes sont détenues par les bénéficiaires du gel, directement ou par le biais d'une fiducie entre vifs[190]. La société de personnes acquiert ensuite les éléments d'actif appartenant à la compagnie opérante faisant l'objet de la transmission.

2.2.3.1. Droit civil

Du point de vue civil, les nouvelles dispositions traitant de la société en nom collectif dans le *Code civil du Québec*[191] semblent donner une flexibilité encore meilleure à la planification par voie de société. À ce sujet, un auteur souligne que les modifications introduites par le *Code civil du Québec* au niveau du droit des sociétés permettront de faire le pont entre la transmission d'entreprise par voie d'une personne morale dont la structure de capital-actions prévoit diverses catégories possédant des caractéristiques précises (dont une catégorie d'actions privilégiées de gel) et la transmission par voie de société en nom collectif, où il deviendrait possible, dans la rédaction du contrat de société, de créer des parts sociales de différentes sortes dont, par exemple, des « parts sociales de gel » pouvant avoir des caractéristiques s'apparentant à celles des actions privilégiées de gel[192]. Cet auteur ajoute qu'il ne faudra pas oublier que l'associé détenant des « parts sociales de gel »

---

189 Par. 110.6(1) L.I.R., à la définition de ces expressions; par. 726.6a) et a.3) et art. 726.6.1 L.I.

190 Cette société de personnes pourrait également être constituée de la compagnie opérante et des bénéficiaires du gel personnellement et directement, ou encore, de la compagnie opérante et d'une fiducie entre vifs pour le bénéfice des bénéficiaires du gel.

191 Art. 2186 à 2235 C.c.Q.

192 P. Mario CHARPENTIER, « Réforme du Code civil en matière de droit des sociétés et des personnes morales », (1993), vol. 15, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 963-1036, et plus particulièrement aux pages 1012-1015 traitant du « gel successoral en matière de société ».

demeurera néanmoins responsable conjointement ou solidairement, selon le cas, des dettes contractées par la société.

2.2.3.2. Droit fiscal

Malgré que le droit civil s'y prête de mieux en mieux, l'utilisation de la société en planification fiscale de transmission d'entreprise demeure rarement utilisée.

a) Roulement

Pourtant, la loi permet que l'on puisse effectuer sans incidence fiscale immédiate le roulement entre la compagnie opérante et la société de tous les éléments d'actif devant faire l'objet de la transmission[193]. Le roulement de biens à une société de personnes s'apparente, dans son application, au roulement de biens à une compagnie. D'ailleurs, le paragraphe 97(2) L.I.R., prévoyant le roulement dans une société, réfère aux dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. relatif au transfert à une compagnie.

b) Entente au sujet des revenus, etc.

Malgré la possibilité de pouvoir « rouler » des biens dans une société, le principal obstacle à cette technique de transmission demeure la disposition de la loi traitant de l'entente au sujet des revenus ou pertes d'une société de personnes en proportion déraisonnable[194]. Cette disposition prévoit que lorsque des membres d'une société de personnes qui ont entre eux des liens de dépendance conviennent de partager tout revenu ou toute perte de la société entre les membres de celle-ci d'une manière qui n'est pas raisonnable dans les circonstances, compte tenu du capital que chacun a investi dans la société ou du travail qu'il a accompli pour elle ou de tout autre facteur pertinent, cette part du revenu ou de la perte est réputée, nonobstant toute entente, être le montant qui est raisonnable dans les circonstances.

Or, si le membre de la société qu'est la compagnie opérante de l'auteur du gel a apporté dans la société une valeur substantielle (soit celle que représentent les éléments d'actif transférés), tandis que l'autre membre de la

---

[193] Par. 97(2) L.I.R.; art. 614 L.I. Les formulaires prescrits pour le roulement à une société de personnes sont les Formulaires T2059 et TP-614.

[194] Par. 103(1.1) L.I.R.; par. 607(1.1) L.I. Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-231R2,« Sociétés – Associés ayant un lien de dépendance », 3 mars 1986.

société qu'est la compagnie des bénéficiaires du gel n'y a donné qu'une somme minime, il y aura disproportion dans le capital investi par chacun des membres de la société et possibilité d'application de cette disposition.

C'est pourquoi cette technique est rarement utilisée, sauf dans les cas où les ententes de partage des revenus et des pertes se rapprochent, proportionnellement parlant, de l'apport fait par chacun des membres à la société. Peut-être serait-il raisonnable de s'entendre sur un partage des revenus et pertes de la société qui puisse sembler disproportionné quant à l'apport en capital, mais qui se justifierait en regard du travail accompli par chacun des associés dans la société? Prenons l'exemple de l'enfant qui prend la relève de son père ou de sa mère au sein du commerce. Le parent fournit le capital, mais c'est l'enfant qui fait le gros du travail.

Toujours est-il qu'il est bizarre que l'ADRC trouve à redire à un gel par le biais d'une société de personnes, lorsque l'apport en capital des bénéficiaires du gel est minime, alors qu'elle juge acceptable qu'un tel apport en capital minime soit utilisé pour souscrire aux nouvelles actions participantes dans une compagnie faisant l'objet d'un gel, et ce, même si les nouvelles actions participantes sont à dividende discrétionnaire et permettent à l'auteur du gel de verser aux bénéficiaires du gel des dividendes plus importants que ceux qu'il se verse lui-même[195].

3. AUTRES CONSIDÉRATIONS DÉCOULANT DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE

La réalisation d'une transmission d'entreprise entraîne, selon la technique utilisée, la création de nouvelles entités légales et, surtout, introduit de nouveaux partenaires dans l'entreprise. Ceci soulève une série de questions additionnelles sur lesquelles l'auteur du gel devra se pencher.

Certains de ses enfants, bénéficiaires du gel, sont peut-être déjà en affaires de leur côté. Si la transmission s'effectue en faveur de plusieurs enfants, veut-on que ceux-ci puissent disposer à leur guise leur participation dans l'entreprise ainsi transmise? Ou veut-on réglementer les transferts d'actions entre eux? L'auteur du gel est peut-être prêt à intéresser ses enfants dans son entreprise, mais désire-t-il étendre ce partage de participation avec les conjoints de ses enfants? Avec les enfants de ses enfants? Qu'adviendra-t-

---

[195] Voir Le Roy LEENSTRA, « Allocation of partnership income: section 103 issues », dans *Tax for the Owner – Manager*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, (2003), vol. 3, n° 1, p. 8.

il des actions d'un enfant qui décède? Advenant qu'un enfant devienne inapte au sens du *Code civil du Québec*, qui viendra représenter l'enfant au sein de la compagnie transmise?

Voilà autant de question auxquelles je tenterai d'apporter ci-après quelques éléments de solution.

3.1. ASSOCIATION DE COMPAGNIES

Lorsque plusieurs compagnies appartiennent à des personnes liées, dépendamment de la façon dont les actions de ces compagnies sont réparties entre ces personnes liées, il peut arriver que ces compagnies soient considérées comme étant « associées » aux fins fiscales et doivent alors se partager un même « plafond des affaires » annuel de 200 000 $ quant à leurs revenus d'entreprise pouvant jouir de la « déduction accordée aux petites entreprises »[196]. L'introduction de nouveaux venus dans une structure corporative peut donc avoir pour effet de provoquer l'association de compagnies. Pourrait-elle permettre de « désassocier » certaines compagnies? Voyons différentes situations.

3.1.1. « Désassociation » de compagnies de l'auteur du gel

L'auteur d'un gel pourrait-il profiter d'une telle planification pour tenter de « désassocier » la compagnie visée par ce gel de la ou des autres compagnies qu'il pourrait détenir? Par exemple (voir les schémas de l'**annexe 1**), un individu possède deux compagnies à part entière et, dans le contexte de la transmission de l'une d'entre elles à ses enfants, il fait en sorte de convertir les actions ordinaires de l'une en actions privilégiées de gel et de faire souscrire les nouvelles actions ordinaires par ses enfants ou par une fiducie pour le bénéfice de ses enfants. Réussirait-il à faire en sorte que ces deux compagnies cessent d'être associées l'une à l'autre, afin que chacune des deux puisse jouir de sa pleine « déduction accordée aux petites entreprises »[197]? Si cet individu continue de contrôler les deux compagnies, celles-ci demeureront associées[198]. Il serait cependant « techniquement » possible d'empêcher que les deux compagnies soient associées, aux conditions suivantes :

---

[196] Par. 125(1) et (3) L.I.R.; art. 771, 771.0.2 et 771.1.3 L.I.

[197] Par. 125(1) L.I.R.; al. 771(1)b) et d) et art. 771.0.2. et 771.0.2.1 L.I.

[198] Al. 256(1)b) L.I.R.; par. 21.20b) L.I.

- l'auteur du gel devra renoncer à contrôler la compagnie visée par la transmission;

- les actions privilégiées de gel émises à l'auteur du gel devront être des actions d'une « **catégorie exclue** »[199], c'est-à-dire des actions privilégiées qui répondent à certaines exigences dont celle de ne conférer aucun droit de vote, d'être rachetables à un montant équivalent à la JVM de la contrepartie de l'émission de celles-ci et de donner droit à un dividende qui soit un montant fixe ou un montant déterminé en fonction d'un pourcentage fixe de la JVM de la contrepartie de l'émission de ces actions; le taux de dividende annuel sur celles-ci ne doit pas excéder le taux d'intérêt prescrit au moment de l'émission de ces actions;

- les actions détenues par les **enfants mineurs** de l'auteur du gel ne doivent pas représenter plus de 25 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la compagnie visée par la transmission; en effet, les actions dont un enfant de moins de 18 ans est propriétaire sont réputées être la propriété, à ce moment, du père ou de la mère de l'enfant pour déterminer si la société est associée à ce moment à une autre société dont le père ou la mère a le contrôle, à moins, compte tenu des circonstances, qu'il soit raisonnable de considérer que l'enfant mineur gère les affaires de la société sans subir, dans une large mesure, l'influence de son père ou de sa mère[200];

- faire détenir les actions devant revenir aux enfants mineurs par une **fiducie entre vifs**, pour le bénéfice de ses enfants, ne permettra pas d'éviter la propriété réputée de la part des parents de ces actions, étant donné que les actions dont une fiducie est propriétaire sont réputées, soit appartenir à chacun des bénéficiaires dans le cas où la fiducie est discrétionnaire, soit à tous les bénéficiaires au prorata de leur participation dans la fiducie dans le cas où la fiducie prévoit un partage proportionnel entre les enfants[201]; les actions étant alors réputées appartenir directement aux enfants mineurs, elles redeviennent la propriété réputée des parents de ces enfants; et

- si les nouvelles actions ordinaires sont détenues par une fiducie pour le bénéfice des enfants et que l'auteur du gel est le fiduciaire de cette fidu-

---

199 Par. 256(1.1) L.I.R.; art. 21.20.1 L.I.

200 Par. 256(1.3) L.I.R.; art. 21.20.3 L.I.

201 S.-al. 256(1.2)f)(ii) et (iii) L.I.R.; s.-par. 21.20.2f)ii et iii L.I.

cie, il ne faut pas que ces actions puissent être considérées comme ayant été reçues directement ou indirectement de l'auteur du gel, car, à ce moment, les actions seront réputées être la propriété de cet auteur[202].

L'auteur d'une telle transmission aurait un beau cas de conscience à trancher entre son désir de contrôler la compagnie visée par la transmission et l'avantage de pouvoir jouir d'un nouveau plafond des affaires de 200 000 $ dans la compagnie visée par le gel. Et quand bien même l'auteur du gel serait prêt à faire le sacrifice du contrôle de la compagnie visée par la transmission, il n'est pas dit que l'utilisation d'actions privilégiées de gel de catégorie exclue réussirait pour autant à briser l'association, aux fins fiscales, de ces deux compagnies. En effet, bien que l'utilisation des actions de catégorie exclue permette d'échapper aux règles techniques d'association, il demeure que les autorités fiscales pourraient considérer que la détention de ces actions, rachetables pour un prix égal à la JVM de la compagnie faisant l'objet du gel, est suffisante pour créer un « contrôle de fait » de cette compagnie par l'auteur du gel, maintenant ainsi l'association des compagnies en vertu de la règle d'association de compagnies contrôlées par la même personne[203]. Pour réduire le risque que la détention de telles actions, qui seront habituellement rachetables au gré du détenteur, puisse ainsi entraîner un contrôle de fait, il serait préférable que ces actions fassent l'objet d'une politique de rachat graduel, basée par exemple sur un pourcentage des bénéfices annuels après impôts[204].

3.1.2. Association de compagnies – Avec enfant

Un autre piège dont il faut se méfier lors de l'élaboration d'une planification de transmission d'entreprise est celui d'associer une compagnie que pourrait posséder un bénéficiaire de la transmission à celle détenue par l'auteur du gel. Prenons la situation d'un parent qui possède une entreprise incorporée fort rentable qu'il souhaite transmettre pour le bénéfice de ses deux enfants, en parts égales (voir les schémas de l'**annexe 2**). L'un de ces

---

202 S.-al. 256(1.2)f)(iv) et par. 75(2) L.I.R.; s.-par. 21.20.2f)iv et art. 467 L.I.

203 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 « Association et contrôle », 26 juin 2001, par. 19-23. Voir également *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 105, interprétation technique AC58676, 22 septembre 1989.

204 Une telle politique de rachat graduel pourrait être une entente à l'effet que la compagnie consacrera 25 % de ses bénéfices après impôts au rachat d'autant d'actions privilégiées de gel de catégorie exclue que ce pourcentage des bénéfices permettra de racheter.

enfants possède lui-même une entreprise incorporée non moins rentable. En permettant à cet enfant de devenir actionnaire de la moitié des nouvelles actions participantes de sa compagnie, l'auteur du gel vient d'associer sa compagnie avec celle de cet enfant. Un tel résultat ne sera sans doute pas très réjouissant pour l'un et l'autre des intéressés. On ne peut pourtant l'éviter à moins que l'auteur du gel et que l'enfant concerné n'acceptent un partage inégal des nouvelles actions participantes de manière à ce que l'enfant visé détienne moins de 25 % de ces nouvelles actions participantes[205]. Cette solution ne sera pas sans créer une source potentielle de conflits entre les deux enfants. Et qu'adviendrait-il advenant que l'autre enfant désire lui-même un jour exploiter sa propre entreprise?

Étant donné l'heureuse conclusion des affaires *McClurg* et *Neuman*, toutes deux rendues par la Cour suprême du Canada, certains voudront peut-être profiter d'une transmission d'entreprise pour élaborer une structure de capital permettant la déclaration de « **dividendes discrétionnaires** » entre les bénéficiaires du gel. Une telle structure de capital prévoira une catégorie distincte d'actions participantes par bénéficiaire du gel, chacune de ces catégories pouvant faire l'objet d'un dividende à l'exclusion des autres, le tout à la discrétion du conseil d'administration de la compagnie, autrement dit à la discrétion de l'auteur du gel[206]. Prenons l'exemple suivant (voir les schémas de l'**annexe 3**) : l'auteur du gel fait en sorte que ses quatre enfants et lui-même souscrivent chacun à une catégorie d'actions à dividendes discrétionnaires après que l'auteur du gel a converti ses actions participantes en actions privilégiées de gel. Considérons que l'un des enfants possède lui-même sa propre compagnie active. La compagnie ayant fait l'objet de la transmission ainsi que la compagnie de l'enfant visé deviendront alors associées[207]. En effet, l'enfant qui contrôle sa propre compagnie sera lié à

---

[205] Al. 256(1)c) L.I.R.; par. 21.20c) L.I.

[206] Remarquez que même si les décisions rendues par la Cour suprême sur cette question de « dividende discrétionnaire » semblent avoir écarté le risque d'une imposition entre les mains de l'auteur du gel de tout dividende qu'il aura permis à ses enfants de recevoir (souvent, ce dividende étant de beaucoup supérieur au rendement raisonnable auquel aurait pu s'attendre un investisseur sur sa mise de fonds dans la compagnie), une telle planification soulève, dans un contexte de transmission d'entreprise (ou de gel successoral), un problème d'évaluation d'actions, particulièrement si l'auteur du gel s'est lui-même réservé un droit à des dividendes discrétionnaires. Y a-t-il effectivement eu « gel » de la part de l'auteur du gel, si ce dernier se réserve le droit, à tout moment, de pouvoir récupérer la totalité des bénéfices accumulés depuis le moment de son gel, en se déclarant un dividende discrétionnaire à même ce bénéfice accumulé?

[207] Al. 256(1)d) L.I.R.; par. 21.20d) L.I.

chaque membre du groupe de personnes qui contrôle la compagnie de l'auteur du gel et cet enfant est propriétaire d'au moins 25 % des actions émises d'une catégorie, non exclue, du capital-actions de la compagnie de l'auteur du gel. L'enfant détiendra effectivement 100 % des actions d'une catégorie, soit sa catégorie à dividendes discrétionnaires, quand bien même, considérant toutes les actions à dividendes discrétionnaires émises, sa participation ne correspondrait qu'à 20 % de l'ensemble des actions à dividendes discrétionnaires émises. Comme le faisait remarquer des auteurs ayant souligné ce problème, il serait alors très difficile d'argumenter que les actions à dividendes discrétionnaires constituent des actions d'une même catégorie, considérant que cette position serait contradictoire avec la discrétion recherchée sur les dividendes[208].

3.1.3. Association de compagnies – Avec tiers fiduciaire

Ces mêmes auteurs[209] mettaient en garde le planificateur contre une autre situation à laquelle il faut faire attention dans l'élaboration d'une structure de transmission d'entreprise, piège qui a trait au **choix du ou des fiduciaires** de toute fiducie entre vifs qui serait utilisée pour souscrire aux nouvelles actions participantes de la compagnie faisant l'objet du gel.

Imaginons la situation où l'auteur du gel souhaite nommer fiduciaire un bon ami à lui qui a démontré son aptitude à bien administrer une compagnie, étant lui-même propriétaire d'une compagnie opérante saine et profitable (voir les schémas de l'**annexe 4**). Le fait pour ce bon ami d'être nommé fiduciaire de la fiducie détentrice des actions participantes de la compagnie faisant l'objet du gel, pourra avoir pour effet d'associer ces deux compagnies. En effet, aux fins de la loi, le terme « fiducie » s'entend également du fiduciaire[210]. De plus, la personne qui est propriétaire d'actions ordinaires du capital-actions d'une compagnie dont la JVM correspond à plus de 50 % de la JVM de toutes les actions ordinaires émises et en circulation du capital-actions de cette compagnie est réputée contrôler cette compagnie à ce moment[211]. Si la fiducie détient la totalité des actions ordinaires nouvellement émises de la compagnie faisant l'objet du gel, cet ami sera alors réputé contrôler cette dernière compagnie, ce qui associera celle-ci à sa

---

208 Daniel GOSSELIN et Sandra HASSAN, « Sociétés associées », (1997), vol. 19, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 721-755, à la page 743.

209 *Id.*, 742-743

210 Par. 104(1) L.I.R.; art. 646 L.I.

211 Al. 256(1.2)c) L.I.R.; art. 21.20.2 L.I.

propre compagnie, étant donné que les deux compagnies seront contrôlées par la même personne[212], et ce, même si le véritable contrôle légal de la compagnie faisant l'objet du gel est toujours entre les mains de l'auteur du gel.

Pour éviter une telle association d'une compagnie détenue par un fiduciaire avec celle dans laquelle la fiducie possède elle-même des actions, il sera préférable, le cas échéant, de voir à la nomination de plusieurs fiduciaires dont aucun ne sera en mesure de contrôler à lui seul la fiducie par quelque mécanisme que ce soit (vote prépondérant, pouvoir d'agir seul, etc.).

3.1.4. Association de compagnies – Par convention d'actionnaires

En plus de tout ce qui a été dit précédemment, il peut arriver qu'une **convention d'actionnaires** puisse avoir pour effet d'associer la compagnie dont les actions font l'objet de la convention avec toute autre compagnie appartenant à l'un ou l'autre des actionnaires signataires de la convention. En effet, aux fins des règles d'association de compagnies en vertu de la loi, il suffit pour une personne d'avoir, en vertu d'un contrat, un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non, à des actions du capital-actions d'une compagnie, ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, pour être réputée propriétaire de ces actions dès la signature de ce contrat[213]. Cette présomption de propriété ne s'applique pas cependant si le droit ne peut être exercé qu'en raison du décès, de la faillite ou de l'invalidité permanente d'un particulier.

Par exemple, quand bien même un enfant de l'auteur du gel ne détiendrait, au moment du gel, que 20 % des actions de la compagnie faisant l'objet du gel, si cet enfant, advenant un événement autre que le décès, la faillite ou l'invalidité permanente de tout autre actionnaire, a le droit d'acquérir les actions de cet autre actionnaire, il sera réputé propriétaire des actions de cet autre actionnaire dès le moment de la signature de la convention octroyant ce droit, et non pas au moment de la survenance de cet événement. Ainsi, sitôt que l'enfant a la possibilité d'acquérir 5 % ou plus d'actions additionnelles de la compagnie faisant l'objet du gel, il sera dès lors réputé propriétaire de 25 % ou plus des actions de cette compagnie, associant alors cette dernière avec toute autre compagnie dont il aura personnellement

---

212 Al. 256(1)b) L.I.R.; par. 21.20b) L.I.

213 Par. 256(1.4) L.I.R.; art. 21.20.4 L.I.

le contrôle. Théoriquement, un enfant pourrait même ne pas être du tout actionnaire de la compagnie faisant l'objet du gel et voir tout de même la compagnie qu'il contrôle associée à celle faisant l'objet du gel, si, par convention, il a un droit, même éventuel et conditionnel, d'acquérir 25 % ou plus des actions du capital-actions de la compagnie faisant l'objet du gel.

Parmi les cas d'exception à l'application de la règle de la propriété réputée, ceux afférents au décès ou à la faillite d'un actionnaire sont assez faciles à déterminer. Cependant, quand la loi parle d'« invalidité permanente », que veut-elle dire? La loi ne définit pas ce qu'est une invalidité permanente. Les autorités fiscales ont cependant précisé que la détermination d'une invalidité permanente est une question de faits, que le terme « permanent » est l'antithèse de « temporaire » et signifie plus que « prolongé »[214]. L'ADRC interprète l'invalidité permanente d'une personne comme signifiant que l'incapacité de la personne qui en souffre est irréversible et qu'il est raisonnable de considérer qu'elle se prolongera jusqu'au décès de cette personne. De plus, le Ministère ajoute que cette incapacité permanente doit empêcher la personne qui en est affectée d'exercer le contrôle sur les actions de la compagnie[215].

Peut-on contourner l'effet de cette disposition de la loi en prévoyant plutôt l'achat de gré à gré ou le rachat des actions d'un actionnaire par la compagnie elle-même advenant les événements visés, au lieu d'une transaction entre les actionnaires entre eux? Non! Si tel était le cas, les autres actionnaires seraient réputés, dès ce moment, occuper la même position relativement au contrôle de la compagnie et relativement à la propriété des actions, que si la compagnie avait immédiatement acheté ou racheté les

---

[214] « Table ronde de Revenu Canada », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 50:1-83, question 11, « Paragraphe 256(1.4) : sens d'invalidité permanente », aux pages 50:46-47.

[215] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 105, interprétations techniques 9726535, 26 novembre 1997, et 9106955, 31 décembre 1992. Voir aussi le texte de D. GOSSELIN et S. HASSAN, *loc. cit.*, note 210, 732-733, 736-739. Les auteurs de cet article font remarquer que la signature d'un simple « mandat en cas d'inaptitude », en vertu duquel un mandant nomme un mandataire pour voter les votes rattachés aux actions qu'il détient dans une compagnie advenant son inaptitude, pourrait donner ouverture, dès la signature de ce mandat, à la propriété réputée en faveur du mandataire des actions visées par le mandat. À moins que le mandat ne soit applicable qu'en cas d'invalidité permanente, telle que cette invalidité est interprétée par les autorités fiscales.

actions en question, toujours sous réserve des cas de décès, faillite et invalidité permanente[216].

3.2. CONVENTION D'ACHAT / VENTE ENTRE LES ENFANTS

Une fois que l'on a permis à ses enfants de devenir actionnaires d'une compagnie dans le cadre d'une transmission d'entreprise, il faut aller jusqu'au bout de l'exercice et répondre aux questions suivantes : à quel moment les enfants pourront-ils vendre leurs actions et jouir de leur accroissement de valeur? Qu'arrivera-t-il des actions d'un enfant advenant son décès? la faillite personnelle de celui-ci? son inaptitude? Un enfant pourra-t-il donner ses actions en garantie ou hypothéquer celles-ci à ses fins personnelles? Sera-t-il possible à l'auteur du gel de diluer la participation de l'un ou l'autre des enfants ou de tous les enfants en émettant de nouvelles actions de la compagnie? Il y aurait bien d'autres questions auxquelles il faudrait répondre, mais celles qui précèdent couvrent les principaux points.

Toutes ces questions sont habituellement traitées dans une convention d'actionnaires intervenant entre les enfants et à laquelle est partie l'auteur du gel, à titre de détenteur du contrôle de la compagnie et d'actions privilégiées de gel.

Voici, en résumé, certaines des clauses importantes qu'une telle convention devrait prévoir :

a) Un droit de préemption

Protection de la proportion de détention entre les enfants en faisant en sorte qu'advenant le cas où de nouvelles actions d'une catégorie d'actions seraient émises, les personnes qui détiendront déjà des actions de cette catégorie auront un droit de préférence pour les souscrire, dans la proportion du nombre d'actions qu'elles détiennent dans cette catégorie;

---

216 Al. 256(1.4)b) L.I.R.; art. 21.20.4 L.I. Pour que cette disposition soit applicable, non seulement faut-il qu'une personne soit en droit d'obliger une compagnie à racheter, acquérir ou annuler des actions de son capital-actions détenues par d'autres, mais encore que cette personne se trouverait alors en position de contrôle de la compagnie advenant que ces actions soient ainsi rachetées, acquises ou annulées.

b) Hypothèque d'actions

Il est prévu qu'un actionnaire ne peut hypothéquer ses actions sans avoir obtenu au préalable le consentement écrit des autres actionnaires ainsi que de l'auteur du gel;

c) Premier refus

Une clause en vertu de laquelle il est entendu qu'advenant qu'un enfant veuille disposer de ses actions, il doit d'abord les offrir aux autres actionnaires (aux autres enfants dans un premier temps, puis à l'auteur du gel si aucun des autres enfants n'en veut) et que, de plus, du vivant de l'auteur du gel, aucun des enfants ne pourra vendre ou autrement disposer de ses actions à moins d'obtenir au préalable le consentement de l'auteur du gel. Après tout, la valeur accumulée sur la tête des enfants constitue en quelque sorte une partie de leur héritage que l'auteur du gel leur permet de bâtir de son vivant; n'est-il pas normal qu'ils ne puissent toucher à cet héritage avant le décès de l'auteur du gel ou avant qu'il ne l'autorise?;

d) Offres automatiques

Sont prévus entre les enfants des événements prédéterminés dont la venue entraîne l'obligation pour l'enfant concerné d'offrir ses actions aux autres. Ces événements constituent des termes suspensifs à de telles offres. Les événements dont il est question peuvent être variés; habituellement, on y couvre le vol, la fraude ou le détournement à l'endroit de la compagnie, la faillite personnelle, l'inaptitude, l'absence, le décès et tout autre événement auquel les parties pourront penser. Lorsque l'un de ces événements survient, l'offre est automatiquement déclenchée et les autres actionnaires peuvent ou doivent, selon le cas, acheter les actions de l'actionnaire offrant. Une telle transaction devrait être sujette à l'assentiment préalable de l'auteur du gel. Dans tous les cas autres que le décès, les autres enfants ne sont habituellement pas obligés d'acheter les actions de l'offrant. Par contre, advenant le décès d'un enfant, il y a obligation d'achat de la part des enfants survivants. Peut-être voudra-t-on prévoir une exception à cette obligation d'achat dans le cas où les actions de l'enfant décédé seraient dévolues irrévocablement aux enfants de cet enfant? L'intention d'une planification successorale étant de transmettre les biens de génération en génération, les membres de la famille verront peut-être d'un bon oeil une telle exception aux principes de l'obligation d'acheter? À moins que l'on veuille que la compagnie appartienne uniquement aux enfants qui sont actifs au sein de l'entreprise.

Comme il a été vu à la section 3.1.4. ci-dessus afférente à l'« Association de compagnies – Par convention d'actionnaires », une telle clause d'offre automatique qui viserait des événements autres que le décès, la faillite et l'invalidité permanente d'un enfant pourrait entraîner l'association de la compagnie faisant l'objet du gel avec toute autre compagnie contrôlée par les enfants bénéficiaires du gel. Si l'on veut éviter cette situation, la convention devant intervenir entre les actionnaires de la compagnie faisant l'objet de la transmission devra s'abstenir de prévoir tout cas d'offre automatique pour un motif autre que le décès, la faillite ou l'invalidité permanente d'un actionnaire. Pas question alors de prévoir une offre automatique en cas de vol, fraude ou détournement à l'endroit de la compagnie, d'inaptitude d'un actionnaire (sauf si pour cas d'invalidité permanente), d'absence (au sens du *Code civil du Québec*) d'un actionnaire, de contravention à un engagement de non-concurrence, d'acte gravement préjudiciable à l'endroit de la compagnie, de non-respect d'une disposition de la convention, et tout autre événement qu'auraient voulu prévoir les actionnaires et l'auteur du gel;

e) Évaluation des actions

La convention devra prévoir un mode d'évaluation des actions et l'auteur du gel devrait avoir son mot à dire lors de la détermination de cette valeur;

f) Paiement des actions

Puisque la convention prévoit une obligation de vendre et une obligation d'acheter lors du décès d'un enfant, il sera important de prévoir un mode de financement de cette transaction et l'assurance vie sera certainement une idée à retenir, surtout que le coût d'une telle assurance devrait être minime à l'âge qu'auront alors les enfants. L'assurance prise par la compagnie serait préférable en ce qu'elle permet la création d'un compte de dividendes en capital et une meilleure gamme d'options le moment venu : la transaction aura-t-elle lieu entre les actionnaires ou est-ce la compagnie qui achètera de gré à gré ou rachètera les actions de l'actionnaire décédé? Le compte de dividendes en capital sera-t-il entièrement utilisé pour le bénéfice de la succession de l'enfant décédé[217] ou en fera-t-on profiter tous les enfants au

[217] Avec les nouvelles règles du 26 avril 1995 concernant la minimisation des pertes lors d'un rachat d'actions à même le compte de dividendes en capital de la compagnie, il devient inutile d'utiliser entièrement ce compte pour un tel rachat (à moins de jouir des règles transitoires) : par. 112(3.2) L.I.R.; art. 744.2 L.I. Voir Paul et Luc MARTEL, *Les conventions entre actionnaires – Une approche pratique,* Montréal, Wilson & Lafleur, 8e édition, 2002, pp. 197 et suiv.

prorata de leurs actions ou dans toute autre proportion? Voudra-t-on privilégier l'enfant qui se retire ou ceux qui restent?;

g) Administration de la compagnie

Tant que l'auteur du gel conservera le contrôle de la compagnie, les clauses de vote ou d'administration entre les bénéficiaires du gel seront de peu d'utilité; cependant, sitôt que l'auteur du gel décédera ou, auparavant, s'il renonce à son contrôle avant cette date, il sera important que la convention prévoie de quelle manière se prendront les décisions importantes de la compagnie. Les enfants voudront-ils que les décisions qu'ils jugent importantes se prennent à un pourcentage de vote supérieur à celui de la majorité simple des administrateurs de la compagnie, avec ratification aux 2/3 de la part des actionnaires en certaines circonstances spéciales? Sans doute la convention devrait-elle prévoir que les enfants s'engagent à voter leurs actions de manière à ce que chacun d'eux puisse être représenté au conseil d'administration de la compagnie, cette clause ayant un effet suspendu jusqu'à la cessation du contrôle par l'auteur du gel;

h) Politique de rachat des actions privilégiées de gel

La convention aurait avantage à prévoir quand et comment les actions privilégiées de gel seront rachetées; pas nécessairement du vivant de l'auteur du gel, celui-ci pouvant alors décider un peu ce qu'il veut, mais plutôt après son décès, pour éviter qu'un légataire de telles actions privilégiées de gel (particulièrement un légataire qui ne serait pas personnellement impliqué dans la compagnie), qui aurait hâte de transformer ces actions en argent, n'exige un ou des rachats d'actions en temps inopportun, mettant ses intérêts personnels au-devant de ceux de la compagnie. Différentes planifications peuvent être prévues pour couvrir cette situation[218]. Il sera important que cette problématique soit abordée dans la convention et qu'une stratégie soit adoptée, pour la protection mutuelle de la compagnie et de ses actionnaires.

3.3. TESTAMENT DES BÉNÉFICIAIRES DU GEL

L'intention de l'auteur d'un gel lorsqu'il nomme ses enfants bénéficiaires de ce gel est de leur transmettre la croissance future des biens faisant l'objet du gel. Il ne faudrait pas que, à la suite du décès de l'un de ces bénéficiaires,

---

[218] Voir P. M. CHARPENTIER et A.-M. BOUCHER, *loc. cit.*, note 21, 489-491 pour certaines idées sur ce sujet, à la section 4.2., « Discussion du problème relatif au droit de rachat en tout temps par le détenteur des actions de gel ».

cette croissance ou une partie de cette croissance revienne à l'auteur du gel, renversant ainsi la planification mise sur pied de son vivant.

Or, la succession de tout enfant qui décède *ab intestat*, c'est-à-dire sans testament, et qui ne laisse ni conjoint ni enfants survivants, est répartie pour la moitié à ses père et mère et pour l'autre moitié à ses frères et sœurs, ou, à défaut, à ses neveux et nièces au premier degré[219]. Et si l'enfant n'avait aucun frère et soeur ou neveu et nièce au premier degré qui lui survive, ce sont les parents qui hériteraient de la totalité de sa succession[220]. Il y aura donc avantage à ce que les enfants de l'auteur d'un gel fassent des testaments en faveur de leurs frères et soeurs jusqu'à ce qu'ils aient des successibles qu'ils tiennent plus particulièrement à avantager, tel un conjoint ou des enfants. Étant donné que l'âge légal pour pouvoir tester est de 18 ans[221], la possibilité d'un retour aux parents d'une partie ou de la totalité de l'enrichissement transmis à l'enfant demeurera tant que les enfants n'auront pas atteint la majorité et rédigé un testament.

Évidemment, si les actions participantes de la compagnie visée par le gel sont détenues par une fiducie entre vifs pour le bénéfice des bénéficiaires du gel, plutôt que par ces bénéficiaires eux-mêmes, ce problème ne se posera pas (surtout dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, où la participation de chaque bénéficiaire est évaluée à nil), tant que la fiducie ne redistribuera pas ces actions à ses bénéficiaires.

Il se peut que, par convention intervenue entre eux, les enfants s'engagent à s'acheter entre eux leurs actions de la compagnie et que par testament ils se lèguent le produit de cette vente. Ce qui fait que tant que le testament d'un enfant sera en faveur de ses frères et soeurs, ces derniers n'auront rien à payer pour récolter les actions du décédé. Par contre, à compter du jour où un enfant voudra tester de la valeur de ses actions à d'autres successibles qu'à ses frères et soeurs, ces derniers demeureront protégés quant à la possibilité de récupérer les actions de l'enfant décédé, mais ils devront en payer le prix aux légataires de cet enfant décédé. D'où l'importance de prévoir des polices d'assurance vie adéquates pour faciliter le paiement de ce prix de vente aux légataires, sans affaiblir la situation financière de la compagnie.

---

219 Art. 674, al. 1 C.c.Q.

220 Art. 674, al. 2 C.c.Q.

221 Art. 708 C.c.Q.

3.4. MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE

Puisqu'il est maintenant possible, dans le cas où l'on deviendrait incapable de voir à ses affaires ou à sa personne, de désigner soi-même la ou les personnes que l'on aimerait voir administrer ses biens et prendre les décisions relativement à son état de santé par un document intitulé « mandat en cas d'inaptitude »[222], tout enfant majeur aurait avantage à signer un tel mandat. Cela empêcherait qu'advenant son inaptitude, ses actions de la compagnie familiale ne soient votées par la curatelle publique ou par toute autre personne étrangère à la famille.

Un enfant pourrait, par exemple, mandater son conjoint pour gérer ses biens durant son incapacité. Or, si la politique de la famille est de restreindre l'implication dans les affaires de l'entreprise familiale aux seuls membres de la famille immédiate (l'auteur du gel et ses enfants), ces derniers apprécieront-ils la présence d'une belle-soeur ou d'un beau-frère ou, par rapport à l'auteur du gel, d'une bru ou d'un gendre, dans le conseil de famille, les assemblées d'actionnaires ou celles d'administrateurs? Si cela devait poser un problème et si c'était la volonté de la famille de rester entre eux, il serait toujours possible pour un enfant de nommer son conjoint mandataire pour l'administration de toutes ses affaires, à l'exception de ses actions de la compagnie familiale, lesquelles seraient plutôt confiées, soit à l'auteur du gel, soit à l'un ou l'autre de ses frères et sœurs ou à l'ensemble de ceux-ci.

Attention à ne pas provoquer l'association (aux fins fiscales) de compagnies par un choix inapproprié de mandataire (voir la section 3.1.4. ci-dessus, intitulée « Association de compagnies – Par convention d'actionnaires », pour plus de détails sur cette question).

Il ne faut pas oublier qu'un mandat en cas d'inaptitude, ainsi qu'un testament d'ailleurs, sont des documents **révocables** qui peuvent être modifiés, annulés ou remplacés en tout temps par leur auteur, et ce, à l'insu des autres membres de la famille. Seule la convention entre actionnaires requerra l'assentiment de tous les actionnaires et même de l'auteur du gel avant de pouvoir être modifiée. Ainsi, même si un enfant modifiait son mandat en cas d'inaptitude ou son testament et qu'il en découlait une situation qui ne soit pas à la satisfaction de ses frères et soeurs, ceux-ci pourront toujours, grâce à la convention, avoir l'occasion d'acheter la participation de cet enfant au moment de cette inaptitude ou de ce décès.

---

[222] Art. 2166 et suiv. C.c.Q.

CONCLUSION

Comme il a été à même de le constater dans le présent texte, la fiscalité, malgré sa complexité, donne un bon coup de pouce aux personnes en affaires qui souhaitent passer leur entreprise à leurs enfants. En effet, différentes techniques de transmission sont offertes à ces personnes, permettant d'introduire les enfants dans l'entreprise à un coût minime, tout en faisant en sorte de retarder l'imposition sur cette transmission. Cependant, la fiscalité, dans la grande majorité des cas, privera l'auteur de la transmission de la possibilité de « monnayer » sa déduction pour gains en capital de 500 000 $.

Comme les pages qui précèdent ont tenté de le démontrer, l'outil le plus important au service de la transmission d'entreprise est le « gel de succession », c'est-à-dire les techniques qui ont pour résultat de freiner et même de bloquer la croissance de l'entreprise d'un individu à sa valeur actuelle et de faire en sorte que toute plus-value future de cette entreprise s'accroisse au bénéfice des personnes que cet individu veut avantager. Habituellement, ces personnes sont les enfants de l'individu de préférence à son conjoint, les lois fiscales prévoyant, de toute façon, une transmission libre d'impôt entre conjoints. C'est aussi pourquoi le fisc met des bâtons dans les roues des planifications de transmission entre conjoints.

Avant de geler la valeur de son entreprise, un individu voudra généralement s'assurer des points suivants :

- que la valeur qu'il a déjà accumulée sur sa tête, plus celle qu'il entend continuer d'accumuler après le gel (avec son salaire, ses contributions à différents régimes enregistrés, le rendement qu'il peut demander sur la valeur gelée, etc.), seront amplement suffisantes pour combler ses besoins financiers, sa vie durant, ainsi que ceux de son conjoint, le cas échéant;

- l'entreprise dont il entend geler la valeur continuera de prendre de la plus-value. Il serait inutile et décevant pour les bénéficiaires du gel de geler la valeur d'un bien qui ne prendra plus de valeur ou qui sera plus susceptible d'en perdre; et

- il est satisfait de son choix des personnes qu'il veut avantager. Il est en effet difficile, une fois le gel effectué, de changer rétroactivement les bénéficiaires choisis.

Les principaux objectifs recherchés lors d'une transmission d'entreprise dans un contexte de planification successorale sont les suivants :

1. Favoriser la transmission du patrimoine à la nouvelle génération, du vivant et sous le contrôle des parents.

2. Assurer la continuité des entreprises en permettant aux enfants d'accéder le plus tôt possible à des structures organisées de planification successorale.

Dans le premier objectif, on retrouve les techniques du gel ou blocage de succession et dans le second objectif, sont incluses la formation économique des enfants et une plus grande souplesse dans le partage de responsabilité de biens entre les enfants.

Il peut arriver que l'auteur d'un gel sente le besoin de renverser la vapeur et de récupérer en tout ou en partie le droit à l'accroissement futur. Certaines techniques de dégel se contentent de bloquer, par un nouveau gel, la progression de valeur acquise par les bénéficiaires du gel initial. D'autres vont jusqu'à dégeler rétroactivement les bénéficiaires du gel.

Une transmission d'entreprise doit être effectuée en vue de permettre un nouvel élan familial en créant un lien commun entre tous les membres de la famille, soit celui d'être actionnaire dans une compagnie familiale. Une telle planification multiplie les occasions de réunir la famille, telles l'assemblée annuelle des actionnaires, les assemblées des administrateurs, les réunions du conseil de famille et toutes les autres rencontres impromptues qui se présentent.

Pour que la transmission d'entreprise enclenche un processus d'apprentissage dynamique pour les enfants, l'auteur du gel doit être prêt à donner de l'information, à déléguer et à susciter la participation des enfants, chacun à sa mesure et selon ses capacités.

Faut-il attendre son décès pour planifier la transmission de son entreprise par testament et être ainsi assuré de conserver le contrôle absolu de celle-ci sa vie durant?

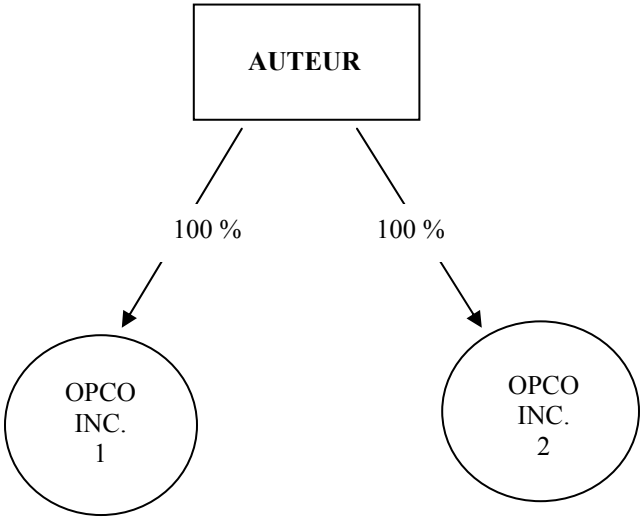
Ou est-il préférable de procéder de son vivant, malgré les inconvénients suscités par une telle transmission? Voilà une question que, tôt ou tard, toute personne en affaires se pose. Viser la pérennité de son entreprise ou se contenter de l'exploiter le plus longtemps possible, puis advienne que pourra!

Certainement, il y a eu des mauvaises expériences et parfois même des situations cauchemardesques suscitées par de telles planifications de

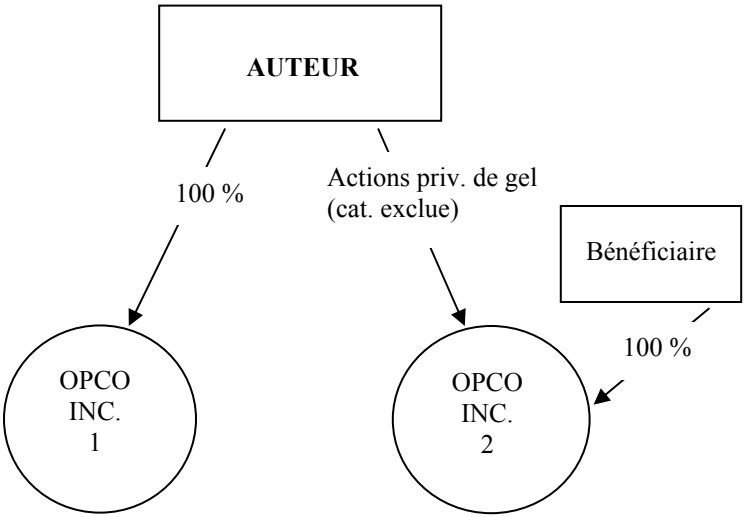
transmission du vivant des parents. Mais combien d'histoires heureuses dont on ne parle pas y a-t-il eu pour chacune de ces mésaventures?

ANNEXE 1

Avant le gel :

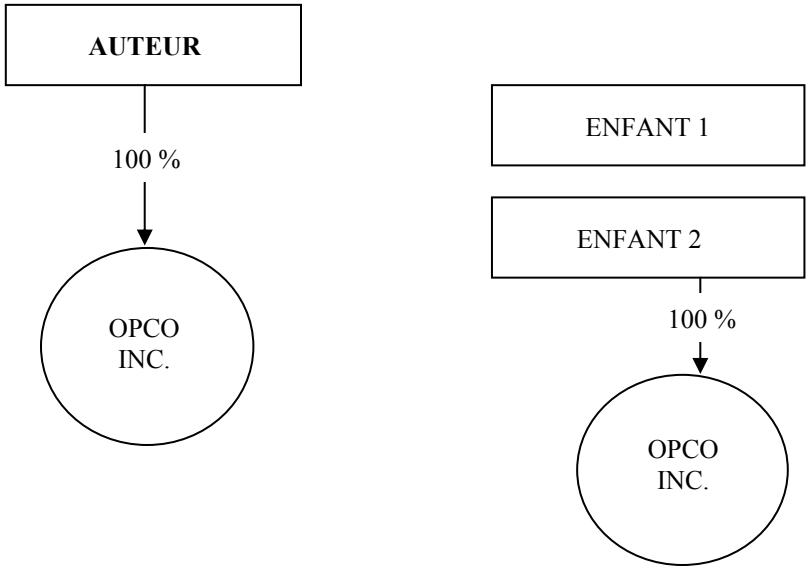


Après le gel :

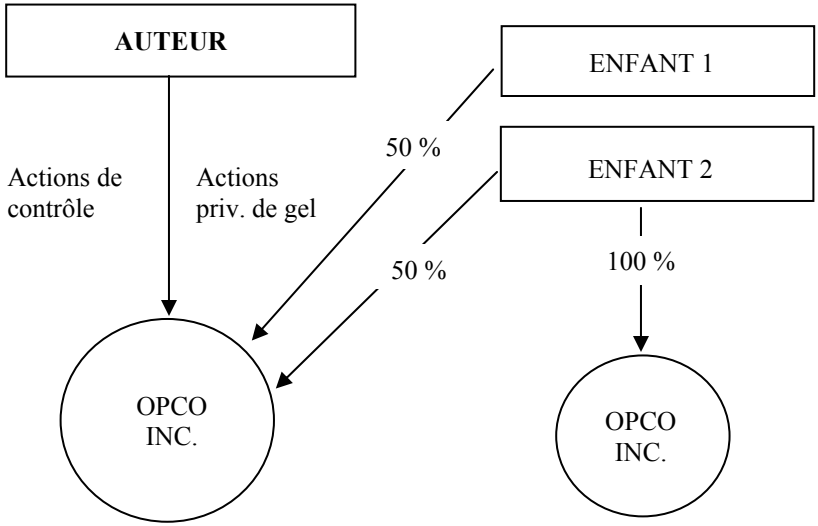


ANNEXE 2

Avant le gel :

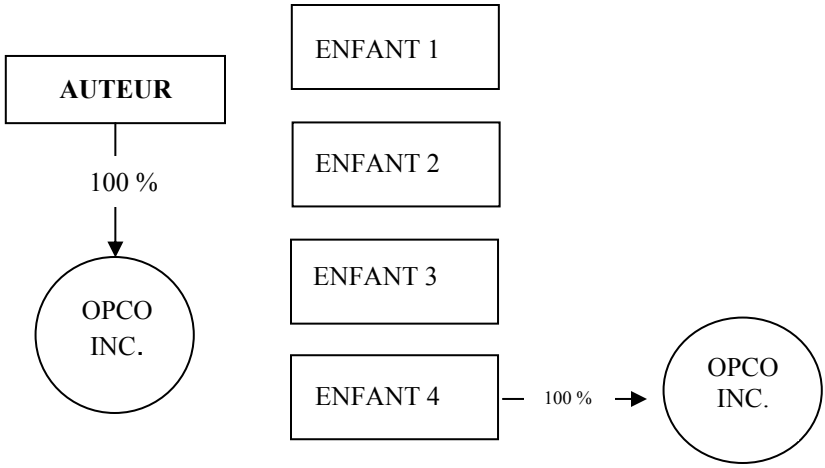


Après le gel :

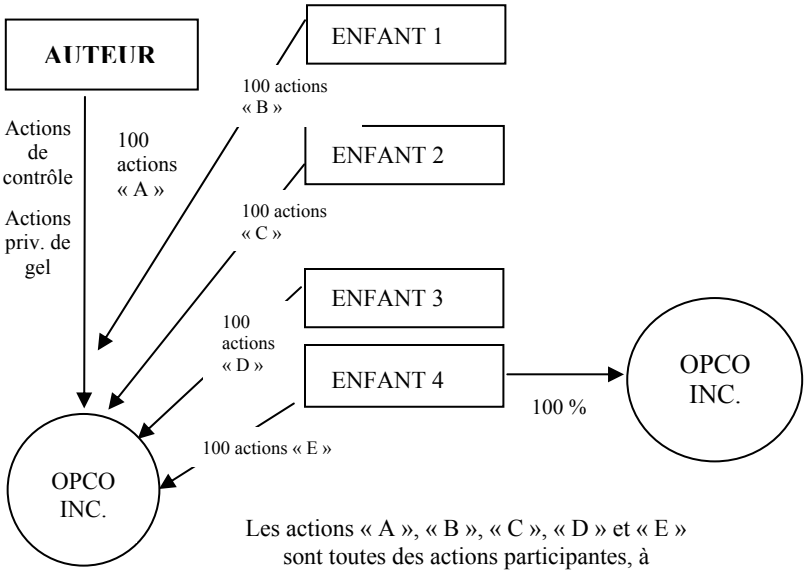


ANNEXE 3

Avant le gel :



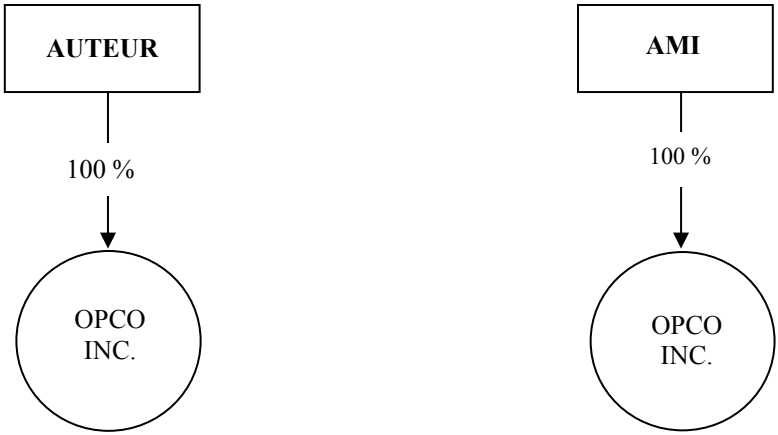
Après le gel :



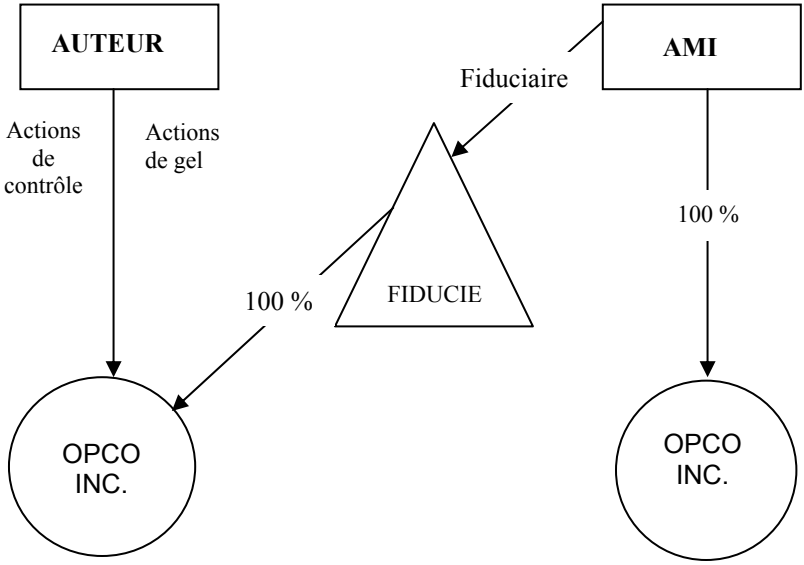
Les actions « A », « B », « C », « D » et « E » sont toutes des actions participantes, à dividende discrétionnaire

ANNEXE 4

Avant le gel :



Après le gel :



RÉFLEXES ET PLANIFICATION DANS UN CONTEXTE TRANSFRONTALIER CANADA–ÉTATS-UNIS

Martin Lord
Avocat, M. Fisc., TEP
Robinson Sheppard Shapiro, Avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5:5

PARTIE A
Gel successoral transfrontalier

1. L'UTILISATION DE LA TECHNIQUE DU GEL SUCCESSORAL 5:6

1.1. CONTEXTE AU CANADA 5:6
1.2. CONTEXTE AUX ÉTATS-UNIS 5:7

2. CONSÉQUENCES FISCALES AMÉRICAINES POUR L'AUTEUR DU GEL D'UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE 5:9

2.1. L'AUTEUR DU GEL EST CITOYEN AMÉRICAIN MAIS RÉSIDE AU CANADA 5:9
2.1.1. Impôt américain sur les dons 5:9

2.1.2. Impôt américain sur le revenu 5:10
2.2. L'AUTEUR DU GEL RÉSIDE AU CANADA ET AU MOINS UN BÉNÉFICIAIRE EST CITOYEN AMÉRICAIN OU RÉSIDE AUX ÉTATS-UNIS 5:11
2.2.1. Impôt américain sur les dons 5:11
2.2.2. Impôt américain sur le revenu 5:12

3. DÉTENTION DES ACTIONS DE CROISSANCE PAR UNE FIDUCIE AYANT DES PERSONNES AMÉRICAINES COMME BÉNÉFICIAIRES 5:12

3.1. CONSÉQUENCES FISCALES CANADIENNES 5:13
3.1.1. Impôt de la Partie XIII 5:13
3.1.2. Impôt de la Partie XII.2 ..... 5:13
3.1.3. Règle de 21 ans et distribution imposable à des non-résidents 5:14
3.2. CONSÉQUENCES FISCALES AMÉRICAINES 5:15
3.2.1. Règle de 21 ans 5:15
3.2.2. *Foreign Nongrantor Trust* 5:16
3.2.3. Personne américaine bénéficiaire d'un FNT 5:16

4. ÉMIGRATION APRÈS LE GEL SUCCESSORAL 5:22

4.1. CONSÉQUENCES FISCALES CANADIENNES POUR LE BÉNÉFICIAIRE OU L'AUTEUR D'UN GEL 5:22
4.2. FIDUCIE SE DÉPLACE AUX ÉTATS-UNIS : CONSÉQUENCES FISCALES CANADIENNES ET AMÉRICAINES 5:23
4.3. CONSÉQUENCES FISCALES AMÉRICAINES POUR L'AUTEUR DU GEL 5:23
4.4. AUTRES CONSÉQUENCES 5:24

5. CONCLUSION SUR LE GEL TRANSFRONTALIER 5:24

PARTIE B
Mise à jour sur l'impôt successoral américain

6. MISE À JOUR DES RÈGLES RELATIVES À L'IMPÔT SUCCESSORAL AMÉRICAIN 5:24

6.1. INTRODUCTION SUR LE SUJET 5:24
6.2. EXEMPTION POUR PETITES SUCCESSIONS (1,2 M$ OU MOINS) 5:26
6.3. VOTRE CLIENT EST VEUF OU CÉLIBATAIRE ET SA SUCCESSION EST ASSUJETTIE À L'IMPÔT SUCCESSORAL AMÉRICAIN 5:27
6.4. VOS CLIENTS SONT MARIÉS ET RÉSIDENT AU CANADA 5:28
6.5. FAA 5:30
6.6. CRÉDIT D'IMPÔT CANADIEN 5:32
6.7. AUTRES CHANGEMENTS APPORTÉS PAR LA LOI 2001 ..... 5:33

6.8. PLANIFICATION 5:34

CONCLUSION 5:35

ANNEXE A 5:36

ANNEXE B 5:38

ANNEXE C 5:39

INTRODUCTION*

La planification du transfert de la fortune d'un individu exige du fiscaliste qu'il connaisse plusieurs ensembles de règles fiscales et de droit civil. Dans le contexte transfrontalier entre le Canada et les États-Unis, le fiscaliste canadien ne doit pas ignorer la fiscalité américaine car il risque de mal conseiller son client. Ce dernier ne doit toutefois pas espérer que son conseiller puisse maîtriser à la fois toutes les règles de la fiscalité canadienne et toutes les règles de la fiscalité américaine.

En fait, le fiscaliste au Canada doit être en mesure de connaître un peu les règles de fiscalité américaine en vue de pouvoir entretenir un meilleur dialogue avec le fiscaliste américain. En effet, le client veut nécessairement s'assurer que la planification avec des éléments transfrontaliers soit conforme aux règles fiscales des deux pays. Ensuite, le client charge souvent son fiscaliste canadien d'être son porte-parole vis-à-vis du fiscaliste américain. Ainsi, le fiscaliste canadien est amené à jouer un rôle de vulgarisateur auprès de son client.

L'auteur de ce texte a été amené à mettre en œuvre des planifications tenant compte de certaines questions fiscales américaines. C'est à partir de son expérience qu'il a écrit le présent texte. Celui-ci n'a pas la prétention d'être complet et exhaustif.

Ce texte comporte deux parties. La partie A traite du gel successoral transfrontalier et la partie B se veut une mise à jour de l'impôt successoral américain, susceptible de s'appliquer aux Canadiens possédant des biens situés aux États-Unis.

* L'auteur remercie son collaborateur, Me Patrick LeBel, pour son aide professionnelle à la finalisation du présent texte et son adjointe, Mme Diane Mallette, pour le travail de mise en page dans le respect des normes juridiques et fiscales.

PARTIE A
Gel successoral transfrontalier

1. L'UTILISATION DE LA TECHNIQUE DU GEL SUCCESSORAL

1.1. CONTEXTE AU CANADA

Au Canada, plusieurs techniques de gel successoral utilisant des règles de roulement (articles 51, 85 ou 86 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]) peuvent être mises en œuvre, en vue de permettre à l'auteur du gel de diminuer son impôt sur le revenu au moment du décès[2]. L'impôt n'est pas nécessairement épargné à tout jamais. Il est plutôt reporté dans le temps, lors de la disposition à une date ultérieure des actions de croissance détenues par les personnes ayant été avantagées par l'auteur du gel. L'autorité fiscale accepte de telles planifications lorsqu'une société est utilisée à cette fin et que les actions privilégiées de gel émises ont les caractéristiques suivantes[3] :

Les actions privilégiées ont une juste valeur marchande égale aux actions ordinaires avant le gel;

- elles sont rachetables en tout temps au gré du détenteur;
- elles donnent droit à un dividende, bien que le droit au cumul ne soit pas obligatoire;
- elles doivent être prioritaires en cas de liquidation;
- elles sont votantes relativement à des droits fondamentaux les affectant (par la loi corporative ou par les statuts);

---

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

2 Ces techniques sont revues dans un autre article par Me Luc Martel, dans le cadre du Congrès 2003.

3 La position de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») sur les caractéristiques sous-jacentes aux actions privilégiées de gel, afin de justifier leur valeur, est décrite dans « Revenue Canada Round Table », dans *1980 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1981, pp. 581-628, question 13, à la page 602, et « Revenue Canada Round Table », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766, question 45, à la page 759. Également, Robert L. DUMONT et Heather L. EVANS, « Issues in Cross-Border Estate Freezes », dans *1998 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, pp. 38:1-41, à la page 38:6.

- la juste valeur marchande des actions doit être préservée, de sorte qu'il n'est pas possible de verser un dividende ou d'annuler contre paiement d'autres actions ayant un rang subordonné si cela avait pour résultat de créer une insuffisance de capital[4].

Les actions de croissance seront souscrites pour un montant nominal directement par les bénéficiaires du gel ou, au choix de l'auteur du gel, par une fiducie constituée en leur faveur pendant une période de temps n'excédant généralement pas 21 ans pour éviter l'application de cette règle[5]. La détention directe ou fiduciaire doit aussi éviter l'application des règles d'attribution.

En principe, rien ne devrait empêcher l'utilisation d'une société de personnes pour effectuer un gel successoral. En effet, il apparaît possible de rédiger un contrat de société, de façon à créer au moins deux catégories de parts sociales : une catégorie dont le capital serait fixe, remboursé prioritairement en cas de dissolution et donnerait droit à une participation fixe au revenu, et une autre catégorie bénéficiant d'une participation flexible au revenu et au capital au-delà de ce qui est attribuable à la première catégorie. Cependant, l'autorité fiscale n'est pas prête à avaliser ce type de planification[6].

1.2. CONTEXTE AUX ÉTATS-UNIS

Aux États-Unis, le décès entraîne possiblement un impôt successoral plutôt qu'un impôt sur le revenu, et un transfert entre vifs à titre gratuit entraîne possiblement un impôt sur les dons[7]. Avant le 9 octobre 1990, la technique du gel successoral par la conversion des actions ordinaires en

---

4 La *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »), art. 36 et la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 et mod., art. 123.54 prévoient de telles conditions à respecter. Il n'est donc pas nécessaire que les statuts corporatifs prévoient nommément le cas. D'ailleurs, l'ADRC a déjà reconnu cela dans le passé.

5 Par. 104(4) L.I.R.

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9525985, « Gel successoral via société de personnes », 16 octobre 1995. Aussi, AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9228690, « Use of partnership for estate freeze », 25 novembre 1992.

7 La réforme de l'impôt successoral est revue dans la partie B du présent texte.

actions privilégiées était utilisée en vue de réduire la valeur assujettie audit impôt successoral[8].

Des modifications à la loi fiscale américaine empêchent dorénavant un contribuable de se prévaloir d'une telle technique de façon efficace. En effet, depuis cette réforme fiscale, un gel en faveur des enfants de l'auteur du gel constitue un don à charge d'impôt. L'impôt est déterminé en fonction de la valeur des actions ordinaires octroyées aux bénéficiaires du gel, soit la valeur de la société moins la valeur des actions privilégiées reçues par l'auteur du gel. Par contre, les actions privilégiées doivent donner droit à un dividende cumulatif et le dividende doit être régulièrement payé. L'auteur du gel sera autrement considéré avoir fait un don de 100 % de la société aux bénéficiaires dudit gel dans le cas où les actions privilégiées donnent droit à un dividende non cumulatif. D'autres techniques sont maintenant utilisées pour éviter ces règles antiévitement[9]. Celles-ci ne peuvent pas être mises de côté par le fiscaliste canadien dans le contexte d'un gel successoral transfrontalier.

---

8 R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:8. Avec la promulgation du chapitre 14 du *US Internal Revenue Code*, articles 2701 à 2704, le Congrès américain a éliminé les avantages fiscaux découlant des transactions de gel successoral traditionnelles effectuées entre membres d'une même famille, eu égard à l'impôt successoral américain et l'impôt américain sur les dons. Ces dispositions antiévitement ont généralement effet à l'égard de transactions intervenues après le 8 octobre 1990. Le chapitre 14 contrecarre les transactions de gel au moyen de l'impôt américain sur les dons. Voir aussi *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »). Voir également *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 7, n° 8, Toronto, août 1999, p. 62.

9 Par exemple, on utilise un *Family Limited Partnership* (ci-après « FLP »). La technique consiste à transférer des biens, tels qu'entreprises, immeubles ou valeurs mobilières, à un FLP et faire en sorte que les participations dans le FLP aient une valeur moindre que les biens transférés au FLP; l'escompte peut atteindre jusqu'à 30 %. L'impôt successoral s'applique sur une valeur moindre mais l'auteur du transfert doit abandonner le contrôle des biens. Pour d'autres techniques, voir R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:9, note 28; Jerome M. HESCH, « Installment Sale, SCIN and Private Annuity Sales to a Grantor Trust: Income Tax and Transfer Tax Elements », (1998), vol. 23, *Tax Management Estates Gifts and Trusts Journal* 114-125.

2. CONSÉQUENCES FISCALES AMÉRICAINES POUR L'AUTEUR DU GEL D'UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE

Dans le cadre de la pratique d'un fiscaliste canadien, diverses situations sont susceptibles de se présenter. Deux cas sont retenus pour les fins de ce texte.

2.1. L'AUTEUR DU GEL EST CITOYEN AMÉRICAIN MAIS RÉSIDE AU CANADA

Un fiscaliste canadien est consulté par son client. Il lui propose un gel successoral de sa société privée sous contrôle canadien et exploitant une petite entreprise au Canada dont le client est l'unique actionnaire. Le gel successoral se fera par la conversion des actions ordinaires en actions privilégiées satisfaisant aux critères de l'ADRC et par roulement selon les dispositions de l'article 86 L.I.R. Pour maximiser les effets du gel, les actions privilégiées donneront droit à un dividende mensuel non cumulatif d'un quart de pour cent (0,25 %).

Dans le cadre d'une réunion de travail, le fiscaliste apprend que le client réside au Canada depuis une trentaine d'années et qu'il a la citoyenneté américaine mais que ses enfants sont tous nés et résident au Canada. Présumons que les enfants ne sont pas citoyens américains du seul fait de la filiation.

2.1.1. Impôt américain sur les dons

Les règles américaines antiévitement vont s'appliquer parce que l'auteur du gel est citoyen américain[10], peu importe qu'il soit résident du Canada. En effet, les conditions des actions privilégiées ne donnent pas droit à un dividende cumulatif parce que le plan cherche à maximiser la valeur qui accroîtra en faveur des bénéficiaires du gel. L'auteur du gel sera donc assujetti à l'impôt américain sur les dons sur la pleine valeur de la société canadienne. Veuillez prendre note que cet impôt s'applique à un citoyen américain, peu importe l'endroit où les biens donnés sont situés.

Cela pose un problème de double imposition car le gain en capital sur les actions privilégiées, représentant la pleine valeur de la société avant le gel, sera imposé dans le futur au Canada lors d'une disposition réelle ou

---

[10] Les règles américaines s'appliquent aussi lorsque l'auteur du gel a son domicile aux États-Unis. Voir R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:10 à ce sujet.

réputée des actions. Quand bien même l'auteur souhaiterait que l'opération du gel se fasse à la juste valeur marchande plutôt que par roulement au Canada, le problème de la double imposition subsisterait. En effet, l'auteur réaliserait un gain en capital imposable au Canada mais demeurerait assujetti à l'impôt sur les dons aux États-Unis, dans le cas où les actions privilégiées ne donnent pas droit à un dividende cumulatif. La convention fiscale entre le Canada et les États-Unis[11] (ci-après « Traité ») ne prévoit pas d'allègement.

Une solution consisterait à émettre des actions privilégiées, donnant droit à des dividendes cumulatifs, à un taux conforme aux exigences de l'*Internal Revenue Code* et d'assurer le paiement des dividendes à l'intérieur d'une période de quatre ans[12]. La technique du gel sera moins efficace d'un point de vue canadien mais elle n'entraînera pas un problème de double imposition découlant du gel successoral. Le rendement net de la société canadienne doit excéder le taux du dividende pour que le gel en vaille la peine dans les circonstances. Certains auteurs ont également suggéré l'abandon de la citoyenneté américaine comme piste de solution[13]. D'une manière ou de l'autre, le fiscaliste canadien devra être autorisé par son client à consulter un fiscaliste américain, en vue d'établir un plan qui tienne compte adéquatement des deux systèmes fiscaux de chaque côté de la frontière.

2.1.2. Impôt américain sur le revenu

La façon dont le gel est mis en œuvre est également un facteur déterminant du point de vue de l'impôt sur le revenu américain[14]. En effet, une opération de gel par roulement d'actions ou de biens d'une première société canadienne à une deuxième société canadienne, selon les dispositions de l'article 85 L.I.R., ne pourrait pas se faire libre d'impôt aux États-Unis[15].

---

[11] *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, L.C. (1984), c. 20; Protocole de 1995, édicté au Canada par L.C. (1995), c. 34, et sanctionné le 8 novembre 1995; Protocole de 1997, édicté au Canada par L.C. (1997), c. 38, et sanctionné le 10 décembre 1997.

[12] I.R.C., § 2701d)(2)(C).

[13] R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.,* note 3, 38:10. Il faut cependant être conscient de l'application possible de certaines règles antiévitement (2107 et 2504(3) I.R.C.) dans le cas où l'abandon de la citoyenneté américaine est effectué dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

[14] *Id.*, 38:11.

[15] R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:12. Les actions privilégiées reçues en contrepartie se qualifieraient fort probablement à titre d'actions privilégiées

(à suivre…)

Tandis qu'une réorganisation du capital social d'une société canadienne permettrait un gel successoral sans impôt sur le revenu des deux côtés de la frontière[16].

2.2. L'AUTEUR DU GEL RÉSIDE AU CANADA ET AU MOINS UN BÉNÉFICIAIRE EST CITOYEN AMÉRICAIN OU RÉSIDE AUX ÉTATS-UNIS

Un autre cas plus fréquent est celui d'un parent citoyen et résident du Canada qui cherche à mettre en œuvre un gel successoral d'une société canadienne en faveur de ses enfants, dont l'un est citoyen américain ou réside en permanence aux États-Unis (ci-après « personne américaine »)[17].

2.2.1. Impôt américain sur les dons

Il n'y a aucun impôt sur les dons car les actions de la société canadienne ne sont pas situées aux États-Unis, de sorte que les actions privilégiées émises dans le cadre du gel n'ont pas à donner droit à un dividende cumulatif. Contrairement aux biens mondiaux appartenant à un citoyen américain, assujettis à l'impôt sur les transferts entre vifs ou au décès, seuls les biens situés aux États-Unis appartenant à un Canadien sont assujettis à l'impôt sur les dons ou l'impôt successoral américain. Notez toutefois que

---

(…suite)

non qualifiées (*non-qualified preferred stock*) et par conséquent le roulement ne pourrait s'effectuer libre d'impôt, en vertu de la disposition 351 I.R.C. ni sur la base d'une réorganisation de type B non imposable, car l'auteur du gel reçoit des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur. I.R.C. sections 351(g)(2)(A)(i), 368(a)(1)(B) et 354(a)(2)(C). Voir aussi Alice A. JOSEFFER et Carol A. FITZSIMMONS, « US Estate Tax Update for Canadians and US Tax Issues on Canadian Recapitalizations », dans *2001 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 4:30 et suiv.

16 R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:12. Une telle transaction impliquant la réorganisation du capital social d'une société se qualifierait à titre de réorganisation non imposable, en vertu de l'article 368(a)(1)(E) I.R.C., dans la mesure où la société se qualifie de « *family-owned corporation* ». Le fait que les actions de gel se qualifient à titre d'actions privilégiées non qualifiées (*non-qualified preferred stock*) n'aura pas pour effet de disqualifier la transaction comme étant non imposable en vertu de l'article 368(a)(1)(E) I.R.C. recapitalization. I.R.C. § 354(a)(2)(C)(ii).

17 Au Canada, l'ADRC s'est exprimée favorablement dans le cas où un bénéficiaire du gel est non résident : Réponse à la question 10 lors du *Strategy Institute Round Table* de 1998, rapportée dans AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9815420, 26 juin 1998. Également R.L. DUMONT, et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:3.

les actions ordinaires de croissance acquises par la personne américaine pourront, dans le futur, être assujetties à un impôt sur les dons ou un impôt successoral américain en cas de transferts dans le futur.

2.2.2. Impôt américain sur le revenu

L'auteur du gel n'est pas non plus assujetti à l'impôt sur le revenu aux États-Unis. Dans le cas où l'auteur deviendrait résident américain après le gel successoral, il semblerait plus avantageux, du point de vue de l'impôt américain sur le revenu, de mettre en œuvre le gel successoral par un transfert à une société de portefeuille car le coût de base des actions de gel serait augmenté à la juste valeur marchande au moment du gel, tandis qu'un gel par réorganisation du capital social ne permettrait pas l'augmentation du coût de base. Cela pourrait être utile dans le cas où l'auteur du gel émigre vers les États-Unis[18].

3. DÉTENTION DES ACTIONS DE CROISSANCE PAR UNE FIDUCIE AYANT DES PERSONNES AMÉRICAINES COMME BÉNÉFICIAIRES

Une fiducie discrétionnaire est souvent impliquée, suivant une opération de gel en vue de détenir les actions de croissance. Les fiduciaires ont la faculté d'attribuer le revenu (les dividendes sur les actions de croissance) et le capital de la fiducie (les actions de croissance) à un ou plusieurs bénéficiaires nommés à l'acte de fiducie. Ils ont aussi la discrétion de déterminer le moment où la fiducie prendra fin. Ainsi, les bénéficiaires n'ont pas de droit irrévocablement acquis sur les biens de la fiducie, tant et aussi longtemps qu'elle ne prend pas fin et que les fiduciaires exercent la faculté d'élire les bénéficiaires et leur part respective. Dans le cas où des personnes américaines sont bénéficiaires, certaines règles doivent être considérées et sont en partie revues dans le texte.

---

[18] Dans un autre contexte d'émigration du Canada, il faut prendre en considération les modifications qui seront apportées au Traité selon l'annonce faite dans le communiqué du ministère des Finances du 18 septembre 2000. Compte tenu de ces modifications, l'auteur du gel sera indifférent à l'une ou l'autre des techniques de gel dans le cas où il immigre aux États-Unis par la suite.

3.1. CONSÉQUENCES FISCALES CANADIENNES

3.1.1. Impôt de la Partie XIII

La fiducie entre vifs est assimilée à un contribuable qui est un particulier. Cependant, elle ne peut bénéficier de la progressivité des taux d'imposition lorsqu'elle retient le revenu, afin qu'il soit imposé entre ses mains[19]. La plupart du temps, par contre, la fiducie n'est pas imposée sur son revenu car elle l'alloue à un ou à plusieurs de ses bénéficiaires[20]. Ceux-ci devront alors s'imposer sur les revenus qui leur sont ainsi alloués. Dans le cas où les bénéficiaires résident au Canada, le revenu alloué conserve sa nature ou ses caractéristiques par des choix appropriés faits lors de la production de la déclaration de revenus de la fiducie.

Sous réserve de la partie ci-dessous, relativement à l'impôt de la Partie XII.2, le revenu attribué à un ou à plusieurs bénéficiaires de la fiducie qui ne résident pas au Canada est assujetti à l'impôt de la Partie XIII[21]. La retenue de 25 % est réduite à 15 % par le Traité[22]. De plus, le revenu ainsi attribué ne conserve pas sa nature ou ses caractéristiques. Par exemple, lorsque la fiducie reçoit des dividendes en capital d'une société, il est désavantageux d'attribuer une partie de ses dividendes en capital à des non-résidents, puisque l'impôt de la Partie XIII s'appliquera à ce montant qui n'aurait pas été imposable s'il avait été versé à des résidents du Canada. Toutefois, il semble possible de rédiger l'acte d'une fiducie de façon à verser des dividendes imposables aux bénéficiaires non résidents et des dividendes en capital aux bénéficiaires résidant au Canada.

3.1.2. Impôt de la Partie XII.2

Cet impôt de la Partie XII.2, au taux de 36 %, a été instauré pour empêcher les non-résidents d'interposer une fiducie ayant pour but de convertir une source de revenu canadienne qui serait autrement assujettie à l'impôt de la Partie I, par exemple : les revenus d'entreprise gagnés au Canada et les gains tirés de la disposition de biens canadiens imposables en une source de revenu tiré de biens assujettie à l'impôt de la Partie XIII, au

---

19 Par. 122(1) L.I.R.

20 Par. 104(6) L.I.R.

21 Al. 212(1)c) L.I.R.

22 *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 11, art. XXII.

taux de 15 %[23]. En l'absence d'un tel impôt, la fiducie serait en droit de déduire le revenu payé ou payable à des bénéficiaires non résidents, selon les dispositions du paragraphe 104(6) L.I.R. Le revenu ne serait alors pas assujetti à l'impôt de la Partie I dans les mains de la fiducie. Il serait assujetti à l'impôt de la Partie XIII. Ainsi, les gains en capital imposables nets sur les biens canadiens imposables (en supposant que la fiducie ne réside pas au Canada), le revenu tiré de biens immeubles situés au Canada, les avoirs forestiers, les avoirs miniers canadiens et les entreprises exploitées au Canada seront assujettis à cet impôt de la Partie XII.2. Tous les bénéficiaires, résidents et non-résidents, sont affectés par cet impôt puisqu'il s'applique au revenu de la fiducie. Par contre, les bénéficiaires résidant au Canada bénéficient d'un crédit d'impôt[24].

3.1.3. Règle de 21 ans et distribution imposable à des non-résidents

Dans un autre ordre d'idées, la règle de 21 ans[25] s'appliquera à la fiducie détenant les actions de croissance. Pour éviter une disposition réputée de telles actions dans les mains de la fiducie, d'aucuns pourraient songer à mettre fin à la fiducie avant sa vingt et unième année et distribuer lesdites actions aux bénéficiaires de la fiducie. Rappelons que la distribution d'actions par une fiducie à un non-résident est imposable depuis le 2 octobre 1996[26].

Pour éviter cette règle, une société canadienne pourrait être bénéficiaire au lieu et à la place du non-résident américain; la fiducie détenant les actions de croissance de la société ayant fait l'objet du gel (ci-après « Gelco ») pourrait distribuer les actions de Gelco par voie de roulement, selon les dispositions du paragraphe 107(2) L.I.R., retardant ainsi l'imposition canadienne à un événement ultérieur[27]. La distribution des actions par la fiducie, en faveur d'une telle société, devra être examinée du point de vue de la fiscalité américaine. Elle pourra constituer du revenu de la société canadienne, en regard de l'assujettissement des personnes américaines à

---

23 *Id.*, art. XXII.

24 Par. 210.2(3) L.I.R.

25 Par. 104(4) L.I.R.

26 Par. 107(5) L.I.R.

27 Voir cependant le document n° 9703993 du 25 juillet 1997, décision anticipée, où l'ADRC a refusé de se prononcer sur une telle interposition.

l'impôt américain sur le revenu, soit en raison de l'application d'une des règles américaines anti-report d'impôt[28], soit d'une distribution sous forme de dividendes.

On pourrait songer à faire en sorte que la société canadienne soit une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (ci-après « NSULC ») pour éviter l'application des règles américaines anti-report d'impôt. Les actions de croissance de Gelco lui revenant pourraient être conservées par la NSULC après la fin de la fiducie. Gelco aurait probablement intérêt à être elle-même convertie en NSULC avant l'attribution des actions de croissance à la NSULC bénéficiaire pour éviter l'application de règles américaines anti-report et permettre les distributions par Gelco à la NSULC bénéficiaire, sans assujettir le non-résident à un impôt américain sur le revenu[29].

Une autre façon possible d'éviter la règle de 21 ans, pour la fiducie dont certains bénéficiaires sont des non-résidents du Canada, consisterait à faire en sorte que la part des bénéficiaires devienne irrévocablement acquise avant la vingt et unième année. En effet, l'alinéa g) de la définition de « fiducie », au paragraphe 108(1) L.I.R., prévoit que la fiducie dont l'ensemble des participations ont été dévolues irrévocablement n'est pas visée par la règle de 21 ans au paragraphe 104(4) L.I.R. Cependant, l'ensemble des participations dans la fiducie détenues par ceux de ses bénéficiaires qui ne résident pas au Canada, ne doit pas représenter plus de 20 % de la juste valeur marchande globale de l'ensemble des participations dans la fiducie alors détenues par ses bénéficiaires[30]. Cela signifie qu'un bénéficiaire doit être en mesure de transmettre par testament sa part dans la fiducie et qu'elle fera l'objet d'une disposition à la juste valeur marchande à son décès, à moins que les actions de Gelco n'aient été distribuées antérieurement au décès.

3.2. CONSÉQUENCES FISCALES AMÉRICAINES

3.2.1. Règle de 21 ans

D'abord, en ce qui concerne la règle de 21 ans, la disposition réputée au Canada ne sera pas reconnue comme un événement fiscal aux États-Unis.

---

28 Ces règles sont revues un peu plus loin dans le texte (section 3.2.3.2).

29 Voir section 3.2.3.2.5.

30 Définition de « fiducie », s.-al. 108(1)g)(iv) L.I.R.

Donc, le coût fiscal des biens détenus par la fiducie n'est pas augmenté du point de la fiscalité américaine.

3.2.2. *Foreign Nongrantor Trust*

La fiducie canadienne constituée pour détenir les actions de croissance sera typiquement considérée comme une fiducie étrangère, du point de vue de la fiscalité américaine, comme « *a foreign nongrantor trust* »[31] (ci-après « FNT »). Un tel FNT doit calculer son revenu comme un particulier non résident des États-Unis. Puisqu'il détiendra des actions d'une société canadienne, il ne devrait pas y avoir d'assujettissement à un impôt américain[32].

3.2.3. Personne américaine bénéficiaire d'un FNT

3.2.3.1. La règle « *Throwback* »

Une personne américaine bénéficiant d'un FNT (ci-après « bénéficiaire américain ») sera imposable sur sa part du revenu net distribuable de la fiducie (ci-après « DNI »)[33]. Dans le cas où le FNT distribue des sommes supérieures à son DNI pour une année, un bénéficiaire américain participant aux distributions pourrait être tenu de calculer un impôt américain sur ces distributions, en vertu de règles complexes connues sous l'expression « *throwback rule* » et des intérêts s'ajouteront à cet impôt « *throwback* ».

---

[31] En 1996, la loi fiscale américaine a été modifiée par « *The small Business Job Protection Act of 1996* », de sorte que généralement seules les fiducies domestiques américaines sont assujetties aux règles applicables aux « *grantor trusts* ». Une fiducie étrangère peut se qualifier de « *grantor trust* » dans le cas où l'acte de fiducie prévoit des distributions en faveur du « *grantor* » et/ou de son conjoint de leur vivant. Dans ce cas, le revenu de la fiducie est attribuable au « *grantor* » du point de vue de la fiscalité américaine et devrait être imposable dans les mains de ce dernier. Le « *grantor* » n'étant pas assujetti à l'impôt américain, il n'en résulte alors aucun impôt pour lui aux États-Unis. Pour une discussion approfondie, voir Edward C. NORTHWOOD, « US Estate, Gift, and Income Tax Issues of Concern to Canadians », dans *1998 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, pp. 36:1-21, aux pages 36:11 et suiv.

[32] AMERICAN BAR ASSOCIATION, *A Guide to International Estate Planning*, 2e éd., Chicago, Illinois, éditeur Jeffrey A. Schoenblum, 2000, chapitre 7, partie IV, pp. 157-158.

[33] « *Distributable Net Income* » : les règles pour calculer la part d'un bénéficiaire sont compliquées et dépassent le cadre de ce texte. Voir aussi *id.*, pp. 165 et suiv.

Les règles « *throwback* » s'appliquent pour que des Bénéficiaires américains soient imposés de la même façon que si le FNT avait distribué son revenu au fur et à mesure qu'il était gagné plutôt que de l'accumuler et de l'ajouter à son capital. À cet égard, les distributions sont réputées être faites du revenu courant même s'il s'agit d'un paiement de capital et, après, du revenu accumulé non encore assujetti à l'impôt américain. Le revenu courant n'est pas assujetti à la règle *throwback* et conserve sa nature, par exemple le gain en capital est plus avantageusement imposé.

Ainsi, les fiduciaires peuvent planifier les distributions lorsque la fiducie a des bénéficiaires américains et canadiens. Par exemple, les bénéficiaires canadiens pourraient recevoir des sommes égales au revenu courant et au total du revenu accumulé au cour d'une année d'imposition, alors que les Bénéficiaires américains pourraient recevoir des sommes égales l'année suivante, qui seront probablement considérées provenir du revenu courant et du capital non imposable de la fiducie[34].

Dans le cadre d'un gel, la fiducie détiendra des actions d'une société canadienne qui constituera sa véritable source de revenu (dividendes et gains en capital lors de la disposition). Dans la mesure où les dividendes proviennent d'une société exploitant une petite entreprise et ne sont pas accumulés par la fiducie et plutôt distribués au cours de la même année à ses bénéficiaires, nous présumons qu'il sera possible de louvoyer à travers les règles « *throwback* ». Par contre, il ne faut pas perdre de vue les règles américaines anti-report discutées dans la prochaine rubrique lorsque la société canadienne n'est pas une société exploitant une petite entreprise.

3.2.3.2. Règles américaines anti-report d'impôt : CFC, FPHC et PFIC

Dans le cas où l'objet de la planification consiste à faire une opération de gel d'une société canadienne qui tire du revenu de biens et gagne du revenu passif, le bénéficiaire américain d'une fiducie canadienne qui détient des actions de cette société pourrait être imposé selon l'un des trois régimes suivants : *Controlled Foreign Corporation* (ci-après « CFC »), *Foreign Personal Holding Company* (ci-après « FPHC ») ou *Personal Foreign Investment Company* (ci-après « PFIC »).

---

[34] R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:20-21.

1. CFC

La société canadienne sera une CFC lorsque plus de 50 % de son capital social, en votes et en valeur, est la propriété de personnes américaines qui contrôlent directement, par le truchement d'une ou de plusieurs entités étrangères, ou par des règles de présomptions quant à la propriété, chacun au moins 10 % des votes. Une telle personne américaine doit alors inclure dans son revenu brut annuel sa part du revenu passif de la CFC (« *subpart F income* »), de sorte que cette part du revenu sera assujettie à un impôt américain sur le revenu, de façon courante, indépendamment de son encaissement par la personne. Généralement, le « *subpart F income* » comprendra : les dividendes, intérêts, redevances, loyers, rentes, gains tirés de la disposition de certains biens, tels les produits de base, ou de l'échange de monnaies, profits de l'achat et de la vente de certains biens personnels et les revenus découlant de la fourniture de certains services pour le compte d'une personne liée à l'extérieur du pays d'incorporation de la CFC.

2. FPHC

Une société canadienne sera une FPHC si les deux conditions suivantes sont satisfaites : 1) au moins 60 % de son revenu brut pour son année d'imposition est du revenu FPHC[35] et 2) plus de 50 % de son capital social, en votes et en valeur, est la propriété d'au plus cinq citoyens ou résidents américains. À l'égard de ce dernier critère : la personne américaine est réputée propriétaire des actions appartenant aux membres de sa famille (frères et sœurs, conjoint, ascendants et descendants) et de ses associés d'une société de personnes.

Le revenu FPHC comprend entres autres : les dividendes, intérêts, redevances, rentes, gains tirés de la disposition de valeurs mobilières, revenus tirés de services personnels rendus par un actionnaire et loyers (sauf lorsque les loyers constituent 50 % ou plus du revenu brut). La personne américaine s'imposera sur la quote-part du revenu non distribué de la FPHC

[35] Lorsqu'une société est pour une première fois une FPHC, au moins 60 % de son revenu brut doit être du revenu FPHC pour l'année. Pour les autres années, la société continuera d'être une FPHC dans le cas où au moins 50 % de son revenu brut est du revenu FPHC.

comme s'il s'agissait de dividendes reçus de la société[36]. Cependant, les règles CFC ont préséance sur les règles FPHC[37].

3. PFIC

Même dans le cas où les règles CFC ou FPHC ne s'appliquent pas pour obliger la personne américaine à inclure, de façon courante, le revenu passif gagné par l'intermédiaire d'une société étrangère, elle pourrait néanmoins être sujette à l'application des règles PFIC.

Les règles PFIC s'appliquent, et ce, peu importe le degré de propriété ou contrôle américain de la personne américaine. La société étrangère est une PFIC lorsqu'une des deux conditions suivantes est satisfaite : 1) 75 % ou plus de son revenu brut est du revenu passif ou 2) au moins 50 % de la valeur moyenne de ses biens produisent, ou il est raisonnable de s'attendre qu'ils produisent, du revenu passif. Le revenu visé est celui qui aurait été du revenu FPHC, en vertu des dispositions « *subpart F income* ».

Généralement, le gain tiré de la disposition d'actions d'une PFIC sera traité comme du revenu ordinaire et les impôts sur ces gains, de même que les distributions excédentaires de la PFIC, seront assujettis à une charge d'intérêt. Une distribution excédentaire correspond à 125 % de la moyenne des distributions annuelles reçues par l'actionnaire dans les trois années d'imposition antérieures.

Pour éviter les charges d'intérêt, une personne américaine peut généralement choisir d'être imposée sur une base courante des revenus non distribués de la société étrangère (*Qualifying Electing Fund (ci-après « QEF ») election*). Le choix QEF doit être exercé dans la première année de l'acquisition des actions de la société étrangère qui serait une PFIC. Cependant, il semble que le choix QEF n'est pas disponible pour un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire parce qu'il n'est pas propriétaire d'actions (en dépit qu'il puisse être autrement réputé propriétaire). Lorsque la société cesse d'être une PFIC, il n'y a plus d'inclusion sur une base courante.

---

36 AMERICAN BAR ASSOCIATION, *loc. cit.*, note 32, 186.

37 I.R.C., § 551(b). Voir aussi AMERICAN BAR ASSOCIATION, *loc. cit.*, note 32, 186.

4. FNT et règles CFC, FPHC ou PFIC

Des règles de transparence s'appliquent dans le cadre des règles anti-report d'impôt sur le revenu. À cet égard, elles prévoient que les actions d'une société étrangère, propriété du FNT, sont la propriété des Bénéficiaires américains, selon la part à laquelle chaque bénéficiaire a droit dans la fiducie. Les présomptions s'appliquent aisément dans le cas où chaque bénéficiaire a une participation fixe au revenu et au capital de la fiducie. Or, la plupart du temps, les fiducies utilisées dans le cadre d'un gel successoral sont discrétionnaires.

Les trois régimes ont leurs propres règles. Des principes s'en dégagent toutefois. Selon un premier principe, la part de la propriété des actions d'une société étrangère d'un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire pourrait être établie en fonction de la valeur actualisée du droit du bénéficiaire dans la fiducie, par rapport aux droits concurrents des autres bénéficiaires[38]. La difficulté d'application de ce principe découle de ce que les bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire n'ont pas de participation fixe dans la fiducie. L'autorité fiscale américaine est peu susceptible d'accepter qu'il n'y ait pas d'attribution dans le cas d'une fiducie discrétionnaire. Les actions de la société canadienne seront donc attribuées aux Bénéficiaires américains, selon l'approche de l'attribution discrétionnaire maximale[39].

Un deuxième principe déterminera cette part en se fondant sur l'ensemble des faits et circonstances comme par exemple : 1) l'historique des distributions, 2) l'espérance de vie, 3) les obligations fiduciaires et 4) les liens entre fiduciaires et bénéficiaires[40]. Encore une fois, ce principe trouve difficilement application dans le cas d'une fiducie discrétionnaire qui n'a pas encore distribué de revenu à ses bénéficiaires.

Dans le cas où les actions détenues par la fiducie sont attribuées aux bénéficiaires qui sont des personnes américaines, celles-ci seront assujetties aux règles américaines anti-report d'impôt : CFC, FPHC et PFIC. Par exemple, la disposition d'actions d'une PFIC par une fiducie étrangère se qualifiant de FNT pourrait être traitée comme une disposition effectuée par les Bénéficiaires américains. Il en va de même des distributions de biens

---

38 I.R.C., § 1.318-3(b).

39 I.R.C., § 1.1563-3(b)(3). Voir aussi R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit.*, note 3, 38:24.

40 INTERNAL REVENUE SERVICE, *Private Letter Ruling*, 9024076.

d'une PFIC faites au FNT, qui pourraient être considérées comme des distributions aux Bénéficiaires américains.

5. Planification : NSULC

Les règles anti-report d'impôt sur le revenu américain CFC, FHPC, et PFIC ne s'appliqueront pas dans le cas où le FNT est titulaire d'actions émises par une société étrangère canadienne qui est une NSULC. Du point de vue de l'impôt américain sur le revenu, elle est une entité transparente non reconnue, pour une personne américaine ou une société de personnes, dans le cas où plusieurs personnes en sont actionnaires. Le revenu de la NSUCL devient donc imposable dans les mains de ses actionnaires américains qui sont assujettis à l'impôt américain sur le revenu. Généralement, la part de l'impôt canadien payé par la NSULC est créditée contre l'impôt américain dû par l'actionnaire (possibilité de report prospectif ou rétrospectif). Bien que la NSULC soit une solution visant à éviter l'application des règles anti-report : CFC, FPHC et PFIC, la planification devra continuer de tenir compte de l'application de la règle *throwback* discutée ci-dessus[41].

La NSULC demeure une société canadienne imposable et, du point de vue canadien, continuera d'être assujettie à l'impôt du Canada et des provinces dans lesquelles se trouvent ses établissements.

En prévision d'un gel successoral, il est possible d'envisager la transformation d'une société fédérale ou provinciale en une NSULC. Par exemple, une société régie par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* pourrait être prorogée en une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse. Cette société prorogée pourrait fusionner avec une nouvelle NSULC, et la société ainsi issue de la fusion choisirait d'être elle-même une NSULC. Au Québec, la *Loi sur les compagnies* ne permettant pas la prorogation, il faudra plutôt songer à la liquidation de la compagnie dans une NSULC. Chose certaine, toute réorganisation devra être faite avant d'impliquer des personnes américaines ou une fiducie dont elles sont bénéficiaires, pour éviter des conséquences fiscales américaines résultant d'une conversion d'une société étrangère normale en société étrangère transparente[42].

---

41 Voir section 3.2.3.1.

42 La fusion sera un événement imposable selon la loi fiscale américaine : c'est une liquidation suivie d'une contribution à une société de personnes. Un gain sera reconnu pour la différence entre le coût fiscal des actions et la juste valeur marchande des

(à suivre…)

4. ÉMIGRATION APRÈS LE GEL SUCCESSORAL

4.1. CONSÉQUENCES FISCALES CANADIENNES POUR LE BÉNÉFICIAIRE OU L'AUTEUR D'UN GEL

Le bénéficiaire d'un gel successoral ou l'auteur du gel qui est actionnaire d'une société canadienne sera réputé avoir disposé de ses actions immédiatement avant son départ et de les avoir réacquises. L'impôt peut être payé immédiatement ou une garantie acceptable peut être accordée, y compris des actions d'une société privée sous contrôle canadien dans certains cas[43]. Aucun intérêt ne s'accumule lorsqu'une telle garantie est consentie[44].

La disposition réputée entraînerait une possibilité de double imposition, car les États-Unis ne reconnaissent pas une telle disposition en vertu de leurs lois fiscales. En principe, le Traité devrait être amendé pour permettre aux Canadiens qui émigrent du Canada vers les États-Unis de choisir d'être réputés avoir disposé et réacquis les biens à leur juste valeur marchande au moment d'entrer aux États-Unis. Dans bien des cas, ce choix n'aura pas d'effet fiscal aux États-Unis; dans d'autres cas, il permettra au contribuable d'obtenir des crédits d'impôt appropriés[45].

(…suite)

biens de la société. En plus, si la société prorogée constitue une DFC, FPHC ou PFIC, la disposition de ses actifs peut entraîner un impôt américain aux actionnaires américains.

43 Dans le cas où la société est une CFC, la garantie pourrait poser des difficultés fiscales américaines. R.L. DUMONT et H.L. EVANS, loc. cit., note 3, 38:33. Dans la mesure où l'Agence convient d'accepter que les actions d'une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») soient données à titre de sûreté, cela pourrait engendrer certaines complications suivant les lois américaines. Dans le cas où une SPCC constitue une CFC, il est possible que l'arrangement ait comme conséquence d'influer sur l'inclusion d'un revenu présumé calculé suivant Subpart F de l'IRC. Plus particulièrement, la CFC sera considérée comme détenant une obligation d'une personne américaine si elle est garante de cette obligation. Conséquemment, l'entente relativement à la sûreté donnée doit être judicieusement rédigée à la lumière de cette situation. Voir aussi I.R.C., § 956(d).

44 Par. 128.1(4) L.I.R.

45 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 1998-099, « Le Canada et les États-Unis tiendront des consultations sur les modifications à la Convention fiscale », 2 octobre 1998. Également, CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2000-068, « Le Canada et les États-Unis proposent des modifications à la convention fiscale », 18 septembre 2000.

Par contre, le bénéficiaire d'une fiducie personnelle ne sera pas réputé avoir disposé de sa participation dans le cas où il émigre du Canada car il s'agit de droits, participations ou intérêts exclus du contribuable[46].

4.2. FIDUCIE SE DÉPLACE AUX ÉTATS-UNIS : CONSÉQUENCES FISCALES CANADIENNES ET AMÉRICAINES

La fiducie pourrait être elle aussi assujettie à un impôt de départ au Canada, dans le cas où elle devient non-résidente en raison de l'émigration du Canada de l'auteur du gel. Il faut aussi tenir compte des nouvelles règles de l'article 94 qui pourraient faire en sorte de réputer la fiducie non résidente comme une fiducie résidant au Canada, et l'obligation pour ses bénéficiaires canadiens de produire des déclarations d'intérêts étrangers[47].

Aux États-Unis, la fiducie pourrait continuer à être un FNT, dans le cas où l'administration de la fiducie n'est pas effectuée aux États-Unis[48].

4.3. CONSÉQUENCES FISCALES AMÉRICAINES POUR L'AUTEUR DU GEL

Comme on l'a vu précédemment, les actions privilégiées sont réputées avoir une valeur nulle pour les fins de l'impôt sur les dons. Il n'y a pas de conséquence fiscale américaine pour l'auteur du gel, du fait qu'il réside au Canada au moment où le gel est implanté. Il n'y aura pas plus de conséquence lorsque l'auteur immigrera aux États-Unis. À son décès, par contre, les actions privilégiées seront susceptibles d'être assujetties à l'impôt successoral américain[49].

---

46 S.-al. 128.1(4)b)(iii) et al. 128.1(4)j) L.I.R., définition de « droit, participation ou intérêt exclu » au par. 128.1(1) quant à la participation du particulier dans une fiducie personnelle résidant au Canada, dans la mesure où la participation n'a jamais été acquise moyennant contrepartie et ne découle pas d'une disposition admissible.

47 Michael CADESKY et Grace CHOW, « Amendments to Canadian Taxation of Non-Resident Trusts », dans *5th National Conference*, Toronto, Society of Trust and Estate Practioners, 2003, pp. 1-70. L'alinéa (iv) du sous-paragraphe (a) de la définition « bien étranger déterminé » du paragraphe 233.3(1) de la Loi fait référence non seulement à une participation dans une fiducie non résidente, mais inclut également une participation dans une fiducie qui, n'eût été l'article 94, serait une fiducie non résidente.

48 R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit*., note 3, note 104, I.R.C. § 770(a)(30)(E). Voir aussi AMERICAN BAR ASSOCIATION, *loc. cit*, note 32, 148.

49 R.L. DUMONT et H.L. EVANS, *loc. cit*., note 3, 38:31. Bien que les actions privilégiées soient considérées comme n'ayant aucune valeur aux fins de déterminer

(à suivre…)

4.4. AUTRES CONSÉQUENCES

La société peut perdre son statut de SPCC et les personnes américaines peuvent être assujetties aux règles anti-report : CFC, FPHC et PFIC.

5. CONCLUSION SUR LE GEL TRANSFRONTALIER

Le gel successoral est une planification acceptable et facile pour reporter l'impôt canadien au décès. Dès que l'auteur du gel ou un bénéficiaire est une personne américaine, le plan devient plus compliqué et nécessite l'implication d'un fiscaliste américain. Même lorsque toutes les personnes intéressées sont canadiennes, l'immigration aux États-Unis posera toujours des questions de fiscalité américaine.

PARTIE B
Mise à jour sur l'impôt successoral américain

6. MISE À JOUR DES RÈGLES RELATIVES À L'IMPÔT SUCCESSORAL AMÉRICAIN

6.1. INTRODUCTION SUR LE SUJET

Même si un contribuable réside au Canada, sa succession peut être assujettie à l'impôt successoral américain calculé sur la valeur brute des biens situés aux États-Unis, en plus de l'imposition de tout gain en capital sur de tels biens au Canada[50]. Pour un résident canadien qui n'est pas citoyen américain, l'impôt successoral américain n'est applicable qu'à l'égard des biens situés aux États-Unis (se référer au Tableau A pour les biens visés) et le taux marginal le plus élevé est, en 2002, de 50 %, calculé sur la valeur des biens américains excédant 2,5 M$ (tous les montants indiqués ci-après sont en dollars US) et, en 2003, de 49 %, calculé sur la valeur des biens américains excédant 2 M$ (se référer au Tableau B pour les taux).

(…suite)
les conséquences de l'impôt sur les dons de la transaction de gel suivant le chapitre 14, les actions privilégiées sont évaluées suivant les principes réguliers d'évaluation pour les fins de l'impôt successoral américain : I.R.C., § 2104.

[50] Pour une revue complète sur le sujet : Susan F. KLEIN, « US Estate, Gift, and Generation-Skipping Transfer Tax Issues for Canadians », dans *1995 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, pp. 20:1-32. Voir aussi C. NORTHWOOD, *loc. cit.*, note 31, 36:1-21 et A. A., JOSEFFER et C.A. FITZSIMMONS, *loc. cit.*, note 15, 4:1-44.

En principe, l'impôt successoral américain sera abrogé dès le 1er janvier 2010, conformément à une loi de 2001[51], mais sera de nouveau applicable le 1er janvier 2011 au niveau existant avant l'année 2002, c'est-à-dire avec une exemption de 1 M$ et un taux marginal maximum de 55 %. Ainsi, l'abrogation de l'impôt successoral ne profiterait qu'aux individus décédant en 2010. Toutefois, la plupart des experts sont d'avis que les États-Unis reconsidéreront la problématique de l'impôt successoral américain et que la Loi de 2001 ne sera jamais entièrement mise en œuvre. L'incertitude se situe donc au niveau des éléments de la Loi de 2001 qui seront maintenus en vigueur[52]. Par conséquent, toute planification successorale pour les particuliers devrait tenir compte des cas où les mesures cesseront en 2010, les mesures continueront de s'appliquer sous une autre forme ou l'impôt successoral sera complètement aboli après 2010. Les particuliers prudents continueront de planifier en présumant qu'il y aura une forme d'impôt successoral fédéral américain après 2010.

D'autre part, les États américains peuvent imposer un impôt successoral. L'impôt successoral américain fédéral pouvait être crédité de l'impôt payable à un tel État. Ce crédit est transformé en déduction et il est réduit à 75 % en 2002, 50 % en 2003, 25 % en 2004. Après 2004, le montant total ainsi payé à l'État donnera droit à une déduction. Il est à prévoir que les États américains augmenteront leur impôt successoral car il était maximisé en fonction du crédit d'impôt fédéral maximum[53].

Le Traité a été amendé il y a quelques années, afin de mieux coordonner l'interaction du régime de l'impôt au décès des deux pays[54]. Auparavant, les Canadiens ne pouvaient qu'exempter les premiers 60 000 $ de biens américains[55]. Ceci contraste nécessairement avec la possibilité qu'a un citoyen américain ou un résident américain d'exempter le premier 1 M$ en 2002 et 2003 (se référer au Tableau C pour les exemptions concernant les

---

51 *Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001* (ci-après « Loi 2001 »).

52 Brenda DIETRICH, « US Estate Planning for Canadians in Uncertain Times », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 25:1-23, à la page 25:1. Également, Elaine E. REYNOLDS et Benita LOUGHLIN, « Update on US Estate Taxes », dans *2001 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 15:1-15, à la page 15:5.

53 B. DIETRICH, *loc. cit.*, note 52, 25:11.

54 *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 10; Protocole de 1995, précité, note 10.

55 I.R.C., § 2101(c).

autres années). À ce jour, le Traité élimine l'impôt successoral américain en certains cas ou le réduit, dans d'autres cas, en augmentant les crédits admissibles.

Les Canadiens avec des successions de grande valeur constateront que le Traité ne leur procure pas beaucoup d'avantages. Ils devront évaluer leur risque d'assujettissement à l'impôt successoral américain, planifier et restructurer en le considérant et préparer leur testament en conséquence.

Ce texte ne discute pas de la situation des mariages mixtes, c'est-à-dire la situation où un citoyen canadien est marié à un citoyen américain, malgré le fait que tous deux résident au Canada sur une base permanente, ni la situation de deux citoyens américains résidant au Canada. Nous prenons pour acquis que les personnes ne sont pas titulaires de cartes vertes et sont des non-résidents des États-Unis. Nous avons volontairement limité la discussion à l'impôt successoral américain et laissé de côté l'impôt sur les dons et l'impôt sur les transferts sautant une ou plusieurs générations.

6.2. EXEMPTION POUR PETITES SUCCESSIONS (1,2 M$ OU MOINS)

Si, au moment du décès, le Canadien ne possède pas de biens immeubles américains et a une succession brute totale (tous vos biens peu importe où ils sont situés) dont la valeur n'excède pas 1,2 M$ ou l'équivalent en dollars canadiens, sa succession ne sera pas assujettie à l'impôt successoral américain. Pour une succession ayant une valeur brute totale n'excédant pas 1,2 M$, les États-Unis ne prélèveront l'impôt successoral qu'à l'égard de biens immeubles situés aux États-Unis et des biens d'entreprise d'un établissement permanent américain[56].

Si la valeur brute de la succession excède 1,2 M$ et que le Canadien ne possède pas de biens immeubles américains, il devrait éliminer son risque d'assujettissement à l'impôt successoral américain, relativement à ses valeurs mobilières américaines. Il pourrait transférer en franchise d'impôt ses valeurs et titres américains à une nouvelle société canadienne qui les détiendra[57]. Au moment de son décès, le contribuable détiendra des actions canadiennes qui ne seront pas assujetties à l'impôt successoral américain, nonobstant le fait que les biens de cette société canadienne consistent en des valeurs mobilières américaines. Cette technique demeure efficace tant que

---

[56] *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 11, art. XIX B(8).

[57] E.E. REYNOLDS et B. LOUGHLIN, *loc. cit.*, note 52, 15:14.

l'impôt successoral continue d'exister. Dans le cas où l'impôt serait complètement aboli, après 2010, les particuliers pourraient choisir de liquider leur société canadienne. Cette liquidation se fera à la juste valeur marchande[58].

6.3. VOTRE CLIENT EST VEUF OU CÉLIBATAIRE ET SA SUCCESSION EST ASSUJETTIE À L'IMPÔT SUCCESSORAL AMÉRICAIN

Afin de comprendre comment les règles s'appliquent à un Canadien, il est primordial de réviser certaines règles de l'impôt successoral américain telles qu'elles s'appliquent aux citoyens ou résidents américains (ci-après « personnes américaines »). Une personne américaine est assujettie à l'impôt successoral américain sur la totalité de sa succession brute qui excède l'exemption de 1 M$, montant sur lequel le crédit d'impôt successoral admissible, suivant l'*Internal Revenue Code* (ci-après « crédit d'impôt successoral »), est calculé (345 800 $ en 2002 et 2003). L'exemption augmentera graduellement pour atteindre 3,5 M$ en 2009. Suivant le Traité, la succession d'un Canadien résidant au Canada est admissible à une fraction du crédit d'impôt successoral (ci-après « crédit proportionnel ») calculé comme suit[59] :

$$\text{Crédit d'impôt successoral} \quad \frac{\text{Valeur de la succession brute située aux États-Unis}}{\text{Valeur de la succession brute où qu'elle soit située}}$$

Si la moitié de la valeur de la succession brute d'un Canadien (ex. 2 M$) est située aux États-Unis sous forme de biens immeubles (ex. 1 M$), la succession serait admissible à un crédit proportionnel équivalent à 50 % du crédit d'impôt successoral. En d'autres termes, une somme de 500 000 $ pourrait être exemptée alors que sans le Traité, seulement 60 000 $ pourraient être exemptés.

Le crédit proportionnel n'est accordé que si tous les renseignements nécessaires pour la vérification et le calcul du crédit ont été fournis. Ainsi, par exemple, les liquidateurs de la succession devront démontrer de manière satisfaisante la valeur de la succession brute à l'échelle mondiale (laquelle

---

58 Par. 88(2) L.I.R.

59 *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 11, art. XIX B(2).

doit être déterminée suivant les règles de l'*Internal Revenue Code*) et la valeur brute de la portion américaine de la succession.

Exemple 1

Père a une succession brute à l'échelle mondiale se chiffrant à 700 000 $:

Actions canadiennes	100 000 $
Actions américaines	100 000 $
Biens immeubles américains	500 000 $

Père lègue sa succession à Enfant. Le crédit proportionnel de 164 142 $ ($229\,800\ \$ \times {}^{500\,000\ \$}/_{700\,000\ \$}$) éliminera tout l'impôt successoral américain, puisque la succession serait admissible à un crédit excédant l'impôt successoral autrement payable de 155 800 $. Puisque la valeur de la succession n'excède pas 1,2 M$, les actions américaines de 100 000 $ ne sont pas considérées lors de la détermination de la valeur de la portion américaine de la succession brute pour les fins du numérateur de la formule du crédit proportionnel.

6.4. VOS CLIENTS SONT MARIÉS ET RÉSIDENT AU CANADA

Les clients doivent être légalement mariés, suivant l'*Internal Revenue Code*[60]. Il s'agit là d'une condition à l'obtention du crédit pour conjoint selon le Traité (ci-après « crédit marital du Traité »). En vertu de l'*Internal Revenue Code*, il est accordé à un couple américain marié et résidant aux États-Unis une déduction illimitée pour personne mariée (ci-après « déduction maritale du Code ») qui permet de différer l'impôt successoral américain jusqu'au décès du second conjoint si le bien est dévolu entièrement au conjoint survivant ou est transféré dans un certain type de fiducie pour le bénéfice du conjoint survivant.

Dans le cas d'un couple canadien résidant au Canada, le crédit marital du Traité constitue un crédit successoral non remboursable qui s'ajoute au crédit proportionnel discuté précédemment[61]. Le crédit marital du Traité sera égal au moindre du crédit proportionnel ou du montant d'impôt successoral

---

60 E.E. REYNOLDS, et B. LOUGHLIN, *loc. cit.*, note 52, 15:3.

61 *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 11, art. XXIX B (3 et 4).

américain qui serait autrement perçu en raison du transfert de tout bien admissible au conjoint survivant. Le bien doit être dévolu entièrement au conjoint survivant ou être transféré dans une fiducie (une telle fiducie devrait se qualifier à titre de fiducie au profit du conjoint pour les fins de l'impôt canadien). Prière de noter que si le conjoint survivant ou la fiducie vend le bien américain légué avant le décès du conjoint survivant, les États-Unis ne conservent pas le droit de prélever l'impôt successoral américain.

Les biens admissibles au crédit marital du Traité sont, en fait, tous biens transmis au conjoint survivant qui auraient donné droit à la déduction maritale du Code si le conjoint survivant avait été un citoyen des États-Unis et si les choix applicables avaient été produits de façon appropriée. Afin de limiter les avantages du crédit marital du Traité aux petites successions, les liquidateurs de la succession du défunt doivent nécessairement choisir le crédit marital du Traité et renoncer irrévocablement aux avantages de la déduction maritale du Code, relativement aux biens transmis à une fiducie américaine admissible (ci-après « FAA ») (c'est-à-dire *Qualified Domestic Trust* ou *QDOT*) ou une fiducie visant les biens admissibles comportant un droit résiliable (c'est-à-dire *Qualified Property Terminable Interest Trust* au sens de *l'Internal Revenue Code*) (ci-après « QTIP »).

Nous analyserons un peu plus loin les règles relatives aux FAA telles qu'elles s'appliquent aux Canadiens pour lesquels le crédit marital du Traité est d'un recours limité ou d'aucune utilité. Tel est le cas lorsqu'un Canadien décède, laissant une importante succession et dont les biens américains, bien qu'ayant une valeur significative, représentent seulement une fraction de la valeur de la totalité de la succession brute.

Exemple 2

Mari a une succession brute à l'échelle mondiale se chiffrant à 2 M$. Il lègue un bien immeuble américain d'une valeur de 1 M$ à Épouse. Le reste de la succession de Mari est constitué de biens canadiens également légués à Épouse. La succession de Mari serait admissible au crédit proportionnel de 172 900 $ (345 800 $ × $^{1\text{ M\$}}/_{2\text{ M\$}}$) et au crédit marital du Traité pour un montant identique (le moindre du crédit proportionnel accordé de 172 900 $ et de l'impôt successoral américain de 345 800 $ sur une succession américaine imposable de 1 M$ qui serait autrement perçu sur le bien transféré à Épouse). L'effet combiné du crédit proportionnel et du crédit marital du Traité (345 800 $) sera d'éliminer tout impôt successoral américain relativement au bien américain transféré à Épouse.

Exemple 3

La succession brute de Mari à l'échelle mondiale se chiffre à 5 M$, dont 2 M$ consistent en biens immeubles américains. Mari lègue des biens immeubles américains d'une valeur de 1 M$ à Épouse et des biens immeubles américains d'une valeur de 1 M$ à Enfant. Le reste de la succession de Mari (3 M$) consiste en des biens canadiens dévolus à Enfant. La succession de Mari serait admissible à :

Un crédit proportionnel de 138 320 $

$(345\ 800\ \$ \times {}^{2\ M\$}/_{5\ M\$})$.

Un crédit marital du Traité de 138 320 $ qui est égal au moindre de :

Le crédit proportionnel de 138 320 $; et

L'impôt successoral américain de 435 000 $ qui serait autrement imposé sur les biens transférés à Épouse, avant que ne soit accordé quelque crédit que ce soit calculé comme suit :

780 800 $ d'impôt sur une succession américaine imposable de 2 M$

moins

345 800 $ d'impôt sur une succession américaine imposable de 1 M$ qui n'est pas léguée à Épouse.

Ainsi, l'impôt successoral américain autrement payable de 780 800 $ sera réduit par des crédits totalisant 276 740 $ et la succession devra payer 504 060 $ en impôt.

6.5. FAA

Dans certaines circonstances, le crédit marital du Traité pourrait être inférieur à la déduction maritale du Code[62]. La FAA permet de différer l'impôt successoral américain jusqu'au décès du conjoint survivant, à moins qu'il y ait des distributions au cours de la vie du conjoint survivant[63]. La Loi

[62] I.R.C., § 2106(a)(3).

[63] I.R.C., § 2056A(b)(1).

de 2001 a modifié les règles lors de la distribution de biens. Dans le cas où le défunt décède avant le 1er janvier 2010 et place les biens dans une FAA, une distribution par la FAA du vivant du conjoint survivant échappera à l'impôt successoral américain, dans la mesure où elle est faite après le 31 décembre 2020. Dans le cas où le conjoint survivant décède après le 31 décembre 2009, l'actif de la FAA sera exempt d'impôt successoral[64].

Aucune déduction maritale du Code n'est permise lorsque le bien est légué de plein droit à un conjoint survivant qui est un non-résident étranger des États-Unis, c'est-à-dire un Canadien résidant au Canada. Ainsi, le bien américain devra être transféré à une FAA. Les conditions dont est assortie la FAA doivent toutefois stipuler que tous les revenus de la fiducie doivent être versés au conjoint survivant (au moins annuellement), et qu'aucun autre bénéficiaire n'a le droit de recevoir de la fiducie quelque bien que ce soit (revenu ou capital) durant la vie du conjoint survivant. Également, un choix irrévocable de considérer la fiducie comme une FAA doit être fait à même une déclaration fédérale d'impôt successoral américaine et produite dans les délais impartis. L'acte de fiducie doit requérir qu'au moins un fiduciaire soit un particulier qui est un citoyen américain ou une société américaine et qu'aucune distribution de capital de la FAA ne puisse être faite, à moins qu'un fiduciaire américain n'ait le droit de retenir le montant d'impôt exigible sur de telles distributions. Certaines garanties doivent être fournies pour garantir le paiement de l'impôt successoral[65].

D'autres exigences sont imposées aux FAA ayant des biens d'une valeur de plus de 2 M$[66]. Une FAA créée par testament exécuté en vertu des lois d'une province du Canada doit être assujettie à la juridiction américaine. Le testament doit préciser que les lois d'une juridiction américaine seront applicables à l'administration de la FAA. Une FAA est maintenue aux États-Unis si les registres de la fiducie (ou des copies de ceux-ci) sont conservés aux États-Unis.

Sous l'angle de l'impôt sur le revenu canadien, il est possible pour une fiducie testamentaire classique au profit du conjoint, établie en vertu du paragraphe 70(6) L.I.R. sur le revenu, de se qualifier à titre de FAA si elle est structurée adéquatement. Conséquemment, au moment du décès du

---

64 I.R.C., § 2210(b)(1).

65 E.E. REYNOLDS. et B. LOUGHLIN, *loc. cit.*, note 52, 15:4.

66 S.F. KLEIN, *loc. cit.*, note 50, 20:8. Voir aussi sur la FAA : A.A. JOSEFFER et C.A. FITZSIMMONS, *loc. cit.*, note 15, 4:7 et suiv.

premier conjoint, il sera possible de différer l'impôt canadien sur les gains en capital et l'impôt successoral américain jusqu'au décès du conjoint survivant si les biens américains sont transférés à une fiducie. Au moment du décès du conjoint survivant, sa succession sera assujettie à l'impôt successoral américain, alors que la fiducie au profit du conjoint sera quant à elle assujettie à l'impôt canadien sur les gains en capital. Tel qu'il sera discuté plus amplement ci-après, le Traité procure un certain allègement sous la forme de crédit d'impôt canadien, malgré le fait que les contribuables ne soient pas les mêmes personnes ou entités.

Prière de noter que le crédit d'impôt canadien, en vertu du Traité, ne peut être accordé à l'encontre de l'impôt américain prélevé à même les distributions de biens de la FAA, survenant avant le décès du second conjoint. Cette situation pourrait, peut être, être référée aux autorités compétentes du Canada et des États-Unis, conformément au sous-paragraphe 3(g) de l'Article XXVI du Traité. Ce sous-paragraphe a été amendé afin de précisément autoriser les autorités compétentes à accorder un allègement relatif à la double imposition dans certains cas impliquant la distribution ou disposition de biens par une FAA ou une fiducie canadienne au profit du conjoint, alors que l'allègement n'est pas autrement disponible.

6.6. CRÉDIT D'IMPÔT CANADIEN

Dans certains cas, il ne sera pas possible d'éliminer l'impôt successoral américain. Le Canada, contrairement à la province de Québec[67], consent à accorder aux résidents canadiens un crédit d'impôt pour l'impôt successoral américain, payable à l'égard de biens américains du défunt ou d'une fiducie[68]. Ce crédit peut être appliqué à l'encontre de l'impôt imposé par le Canada sur tous les revenus, profits ou gains générés par un bien américain assujetti à l'impôt successoral américain, conformément aux règles du Traité. Prière de noter que si les gains en capital sont de peu d'importance mais que la valeur du bien américain est importante, le contribuable devra payer l'impôt successoral américain sur le bien américain acquis avec des dollars après impôt. Cela équivaut, dans un certain sens, à de la double imposition.

---

67 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, question 8.1.2., aux pages 44:53-54.

68 *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 11, art. XXIXB(6).

Aussi, si votre client lègue sa succession à une fiducie au profit de son conjoint survivant tel qu'il en résulte un roulement aux fins de l'impôt canadien sur le revenu et, en présumant que les biens américains ne sont pas autrement assujettis à l'impôt successoral américain, la fiducie au profit du conjoint devra, au moment du décès du second conjoint, payer l'impôt canadien sur le revenu. Aux États-Unis, la succession du conjoint survivant devra payer l'impôt successoral américain. Dans ces cas, le Canada consent à accorder un crédit à l'encontre de l'impôt canadien, payable par la fiducie pour son année d'imposition au cours de laquelle le conjoint survivant décède, sur tous les revenus, profits ou gains réalisés aux États-Unis sur des biens américains. Ces règles sont destinées à procurer un crédit pour les impôts payables suite au décès du conjoint survivant dans les situations impliquant des fiducies.

6.7. AUTRES CHANGEMENTS APPORTÉS PAR LA LOI 2001

Pour éviter qu'un bien soit assujetti à un impôt successoral et un impôt sur le revenu américain, la loi fiscale américaine prévoit que le coût de base du bien acquis d'un défunt est augmenté à sa juste valeur marchande[69]. Après 2009, le coût du bien sera maintenu en raison de l'élimination de l'impôt successoral[70]. Par contre, une nouvelle disposition de la loi fiscale prévoit généralement la possibilité d'une majoration forfaitaire d'un montant de base de 1,3 M$, plus un montant additionnel de 3 M$ dans le cas d'un transfert au conjoint, pouvant être allouée entre les biens[71]. Cependant, la majoration de base est limitée à 60 000 $ dans le cas d'un non-résident étranger[72]. Il serait souhaitable que le Traité puisse être amendé pour accorder aux Canadiens un montant proportionnel au montant de base de 1,3 M$, calculé par le rapport entre la valeur de la succession brute située aux États-Unis et la valeur de la succession brute où qu'elle soit située. De plus, il semble que la majoration pour un transfert de biens au conjoint ne soit pas disponible dans le cas d'un non-résident étranger[73]. Ensuite, il faut savoir que le coût de certains biens ne peut pas être majoré, par exemple, les

---

69 I.R.C., § 1014(a).

70 I.R.C., § 1022.

71 I.R.C., § 1022(b) et (c).

72 B. DIETRICH, *loc. cit.*, note 52, 25:12-13.

73 Voir B. DIETRICH, *loc. cit.*, note 52, 25:12 et E.E. REYNOLDS et B. LOUGHLIN, *loc. cit.*, note 52, 15:9 et A.A. JOSEFFER et C.A. FITZSIMMONS, *loc. cit.*, note 15, 4:23.

actions de PFIC et de FPHC. Une déclaration d'information sera requise[74]. Enfin, le transfert d'un bien par une personne américaine à un non-résident étranger sera effectué à la juste valeur marchande.

6.8. PLANIFICATION

– Succession importante (excédant 1,2 M$) avec des titres américains : considérez alors la possibilité de « rouler » ceux-ci dans une société canadienne de gestion.

– Lors de la préparation du testament en faveur du conjoint :

- considérez s'il vous est possible de léguer entièrement des biens américains à votre conjoint survivant ou à une fiducie à son profit sans générer d'impôt successoral américain (si éliminé par l'effet combiné du crédit proportionnel et du crédit marital du Traité);

- considérez, pour d'importantes successions où l'impôt successoral américain ne peut être éliminé, si l'impôt successoral américain devrait être reporté jusqu'au décès du second conjoint, en transférant les biens américains dans une FAA qui se qualifie également à titre de fiducie au profit du conjoint. Lorsque le conjoint du défunt survit au-delà de l'année 2020, les biens placés dans une FAA pourront échapper à l'impôt successoral américain;

- dans le cas d'importantes successions, considérez la possibilité de réduire la valeur brute totale de celles-ci en adoptant une stratégie de dons planifiés. En vertu de l'*Internal Revenue Code*, il est possible de faire des dons jusqu'à une limite maximale de 11 000 $US[75] annuellement à autant de personnes que l'on désire sans impact fiscal. Cette limite est augmentée à 22 000 $US pour le couple. Ainsi, un couple pourrait décider de donner annuellement 22 000 $US à chacun de leurs trois enfants, ce qui aurait comme résultat de réduire, au terme de dix ans, la valeur brute totale de leur succession de 660 000 $US. Toujours en misant sur une stratégie de dons planifiés, un citoyen canadien pourrait considérer la possibilité de donner des biens non situés aux États-Unis afin de tenter de réduire, d'une part, la valeur brute totale de sa succession. Cette façon de procéder

---

[74] I.R.C., § 6018(a) et (b).

[75] I.R.C., § 2503(b)(1).

permettrait, d'autre part, au Canadien de maximiser d'une certaine façon le crédit d'impôt successoral.

CONCLUSION

D'aucuns auront noté que le pays le plus puissant de la planète se retrouve en situation de déficit. Ainsi, nous prédisons que l'impôt américain sur les transferts entre vifs et au décès va demeurer une réalité pendant encore plusieurs années. Les fiscalistes canadiens qui ont quelques notions de fiscalité américaine sont certainement avantagés par rapport aux fiscalistes canadiens et américains qui se cantonnent à connaître leurs règles respectives sans considérer les dimensions hors frontières. Nous espérons que ce texte permettra aux fiscalistes canadiens d'acquérir quelques réflexes en fiscalité américaine.

ANNEXE A

BIENS AVEC SITUS À L'INTÉRIEUR OU À L'EXTÉRIEUR DES ÉTATS-UNIS

Biens situés aux États-Unis

Voici quelques exemples de biens dont le situs est américain :

(i) les fonds mutuels américains (incluant les fonds de marché monétaire);

(ii) les actions ou titres américains (même si détenus auprès de firmes de courtage canadiennes);

(iii) les titres de sociétés en commandite américaines ou de sociétés à responsabilité limitée;

(iv) les biens immeubles américains (résidence secondaire, condominium ou propriété à revenu);

(v) les biens meubles corporels américains (ex. bijoux, meubles, automobiles, bateaux, œuvres d'art, argent comptant);

(vi) les titres de créances de compagnies américaines ou de personnes américaines (autres que certains bons du Trésor, bons, billets, obligations de portefeuille émises après le 18 juillet 1984);

(vii) les options d'achat d'actions américaines;

(viii) REÉR (seulement les titres américains ou autres biens situés aux États-Unis);

(ix) compte de retraite individuel (« IRA »);

(x) tout intérêt dans des régimes de pension américains (tels les plans 401(k) et autres plans similaires);

(xi) tout bien d'entreprise américaine;

(xii) tout intérêt dans une fiducie domestique américaine, indépendamment de la nature des biens détenus par la fiducie[76];

(xiii) tout intérêt dans une fiducie étrangère qui détient des biens aux États-Unis lorsque le défunt est réputé être le propriétaire des biens.

---

[76] E.E. REYNOLDS et B. LOUGHLIN, *loc. cit.*, note 52, 15:8.

Biens américains détenus conjointement et situés aux États-Unis

Pour les Canadiens, si le bien est détenu par le défunt et le conjoint survivant, à titre de copropriétaire avec gains de survie ou à titre de copropriétaire sur l'intégralité, 100 % du bien est réputé faire partie de la succession américaine du défunt, à moins que le conjoint survivant puisse démontrer la valeur de sa contribution au bien.

Biens réputés situés à l'extérieur des États-Unis

(i) Les polices d'assurance vie américaines[77];

(ii) les comptes bancaires américains.

[77] A.A. JOSEFFER et C.A. FITZSIMMONS, *loc. cit.*, note 15, 4:16.

ANNEXE B

TAUX D'IMPÔT SUCCESSORAL AMÉRICAIN

COLONNE A	COLONNE B	COLONNE C	COLONNE D
MONTANT IMPOSABLE EXCÉDANT $	MONTANT IMPOSABLE N'EXCÉDANT PAS $	IMPÔT SUR LE MONTANT INDIQUÉ DANS LA COLONNE A $	TAUX D'IMPÔT SUR LE MONTANT QUI EXCÈDE LE MONTANT INDIQUÉ À LA COLONNE A
			POURCENTAGE
0	10 000	0	18
10 000	20 000	1 800	20
20 000	40 000	3 800	22
40 000	60 000	8 200	24
60 000	80 000	13 000	26
80 000	100 000	18 200	28
100 000	150 000	23 800	30
150 000	250 000	38 800	32
250 000	500 000	70 800	34
500 000	750 000	155 000	37
750 000	1 000 000	248 300	39
1 000 000	1 250 000	345 800	41
1 250 000	1 500 000	448 300	43
1 500 000	2 000 000	555 800	45
2 000 000	2 500 000	780 800	49
2 500 000	– – – –	– – – –	50

ANNEXE C

EXEMPTION

ANNÉE CIVILE	EXEMPTION DE BASE	TAUX D'IMPÔT MAXIMAL SUR LES SUCCESSIONS
2002	1 000 000 $	50 %
2003	1 000 000 $	49 %
2004	1 500 000 $	48 %
2005	1 500 000 $	47 %
2006	2 000 000 $	46 %
2007	2 000 000 $	45 %
2008	2 000 000 $	45 %
2009	3 500 000 $	45 %
2010	S/O (impôt abrogé)	Taux maximal pour particulier en vertu du Projet de loi de 2001
2011	1 000 000 $	55 %

PARTIE A

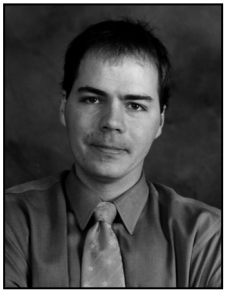
LES PRINCIPAUX ÉLÉMENTS DE LITIGE AVEC L'ADRC ET LE MRQ QUANT AUX ÉVALUATIONS D'ENTREPRISES

Line Racette
CA, CA-EJC, EEE, ASA
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

PARTIE B

LE TÉMOIN EXPERT COMME ACTEUR IMPARTIAL ET INDÉPENDANT

François Barette
Avocat
Davies Ward Phillips & Vineberg, s.r.l.



Nicolas X. Cloutier
Avocat
Davies Ward Phillips & Vineberg, s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (LINE RACETTE)
Les principaux éléments de litige avec l'ADRC et le MRQ quant aux évaluations d'entreprises

INTRODUCTION – DE MOINS EN MOINS DE LITIGES 6:5

1. ABRIS FISCAUX 6:6

1.1. TRANSACTIONS IMPLIQUANT LES LOGICIELS 6:6
1.1.1. La cause *Brown* 6:6
1.1.2. La cause *McCoy* 6:11
1.2. TRANSACTIONS IMPLIQUANT LES FILMS 6:12

2. EXPLOSION DES MARCHÉS 6:14

3. AUTRES POINTS DE DISCORDE 6:17

3.1. TAUX DE CAPITALISATION / MULTIPLE 6:17
3.1.1. Le choix du multiple selon la méthode de la parité 6:17
3.1.2. La cause *Hallatt* 6:20
3.1.3. Pièges du coût moyen pondéré du capital 6:22
3.2. LE TRAITEMENT DE L'IMPÔT DANS L'ÉVALUATION SELON LA MÉTHODE FONDÉE SUR L'ACTIF 6:26
3.3. ESCOMPTES DE MANQUE DE CONTRÔLE ET FAIBLE NÉGOCIABILITÉ 6:28

CONCLUSION : COMMENT MINIMISER LES PÉNALITÉS ET MAXIMISER LES RÈGLEMENTS 6:32

PARTIE B (FRANÇOIS BARETTE ET NICOLAS X. CLOUTIER)
Le témoin expert comme acteur impartial et indépendant

INTRODUCTION 6:34

1. LES PRINCIPES 6:35

2. LES SANCTIONS 6:40

3. LE TÉMOIN EXPERT EMPLOYÉ D'UNE PARTIE 6:46

CONCLUSION : EXPERT-CONSEIL *VERSUS* TÉMOIN EXPERT 6:49

PARTIE A
Les principaux éléments de litige avec l'ADRC et le MRQ quant aux évaluations d'entreprises

Line Racette, CA, CA-EJC, EEE, ASA
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION – DE MOINS EN MOINS DE LITIGES

Pour identifier les éléments de litige entre les contribuables et les autorités fiscales, nous avons tenu des entretiens avec divers évaluateurs d'entreprises à travers le pays, des représentants de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») dans les quatre régions principales au Canada, c'est-à-dire Ottawa, Toronto, Vancouver et Montréal, ainsi qu'avec des représentants du ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ »). Le consensus qu'on peut en tirer est le suivant : le nombre de différends et, par conséquent, de litiges éventuels entre les contribuables et les autorités fiscales est en baisse constante depuis quelques années.

À son crédit, l'ADRC a pris des mesures importantes pour accroître la compétence et l'expertise des évaluateurs à son service : elle a, entre autres, adopté les normes de l'Institut canadien des experts en évaluation d'entreprises (ci-après « ICEEE ») et elle a relevé ses exigences en matière de recrutement d'évaluateurs. Dorénavant, les évaluateurs doivent détenir un titre de CA, ou, au minimum, posséder un diplôme en comptabilité d'une université reconnue ainsi que la désignation d'expert en évaluation d'entreprises ou, à tout le moins, avoir complété six cours offerts par l'ICEEE.

De plus, le bureau d'affaires de l'ADRC à Ottawa a recruté des experts en évaluation d'entreprises (ci-après « EEE ») pour développer des politiques et procédures nationales afin de répondre aux demandes internes et externes, de servir d'agents de liaison entre le bureau national, les régions, les bureaux locaux et les contribuables, d'offrir une formation continue aux évaluateurs de l'équipe et de coordonner les mandats d'évaluation confiés à des évaluateurs d'entreprises externes qui sont appelés à agir à titre de témoins experts.

Tous les évaluateurs d'entreprises des autorités fiscales et du secteur privé s'entendent sur le fait que la plupart des litiges liés à l'évaluation d'actions ou d'entreprises émanent de planifications fiscales agressives.

Cette présentation traitera des principaux éléments de divergence d'opinions entre les autorités fiscales et les contribuables, compte tenu des jugements récents et de nos discussions avec des évaluateurs d'entreprises. De façon globale, nous traiterons en premier lieu des abris fiscaux, liés aux logiciels et aux films (section 1.), pour ensuite discuter de l'impact des marchés financiers sur l'évaluation d'entreprises à capital fermé et à capital ouvert (section 2.). Nous conclurons par divers autres sujets en matière d'évaluation (section 3.), qui sont souvent la cause de divergences d'opinions entre les parties, incluant :

- taux de capitalisation;
- traitement de l'impôt; et
- escompte de manque de contrôle et faible négociabilité.

1. ABRIS FISCAUX

Les autorités fiscales ont contesté de façon agressive les récents abris fiscaux. Durant les années 1990, les abris fiscaux contestés ont inclus les sociétés de capital de risque en recherche et développement. À noter, cependant, que la plupart de ces causes n'impliquaient pas l'évaluation d'entreprises comme sujet contesté. De façon continue durant les années 1990 particulièrement, bon nombre d'abris fiscaux abritant des sociétés dont l'activité commerciale était liée à la conception de logiciels ou à la production de films ont été mis sur pied.

1.1. TRANSACTIONS IMPLIQUANT LES LOGICIELS

Deux causes récentes, soit les causes *Brown* c. *Canada*[1] et *Alan McCoy* c. *La Reine*[2], présentent les opinions rendues sur l'évaluation des logiciels.

1.1.1. La cause *Brown*

En décembre 1993, Peter Brown a souscrit 80 parts de CEG Partnership (ci-après « CEG »), une société en nom collectif constituée sous le régime des lois de l'Ontario. CEG avait acquis un intérêt indivis portant sur

---

1 [2001] C.C.I. 52; [2003] C.A.F. 192 (ci-après « *Brown* »).

2 [2003] C.C.I. 332 (ci-après « *McCoy* »).

11 logiciels ou jeux électroniques, au prix de 8,17 millions $US versés à American Softworks Corporation (ci-après « ASC »), une société constituée aux États-Unis.

La Cour devait trancher plusieurs questions, dont les suivantes :

- CEG a-t-elle acquis 11 jeux électroniques?
- CEG a-t-elle acquis 11 jeux électroniques en vue de tirer un revenu d'une entreprise?
- CEG exploitait-elle l'entreprise dans une attente raisonnable de profit? et
- ASC et CEG étaient-elles des parties qui transigeaient à distance? Sinon, quelle était la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des jeux électroniques au 31 décembre 1993?

Aux fins de la présente, l'évaluation des logiciels est le sujet qui nous intéresse. Les 11 jeux électroniques constituaient plutôt des moteurs qui étaient destinés, en bout de ligne, à six jeux, dont cinq devaient être utilisés à la fois sur une console Sega et sur une console Nintendo. Fondés sur le même projet de conception, ces cinq jeux comptaient dix moteurs, parce que des langages d'assemblage différents sont requis pour chacune des deux consoles. Le sixième jeu était destiné à une seule console.

Les jeux électroniques étaient conçus pour des consoles 16 bits de Nintendo et Sega. Il faut noter qu'à la fin de 1993, Sega et Nintendo avaient prévu introduire des consoles 32 bits et Nintendo avait même annoncé qu'elle commencerait à vendre des consoles 64 bits en 1995. La technologie 16 bits en était à sa deuxième année de ce qui devait être un cycle de cinq ans. Par conséquent, à la fin de l'année 1993, l'intervalle de temps de vente potentielle se limitait tout au plus à trois ans, soit de 1994 à 1996, nonobstant le fait que la technologie 32 bits devait pénétrer le marché à partir de 1994.

Le marché 16 bits était donc encore très actif et, compte tenu du nombre de consoles 16 bits vendues, il était raisonnable de s'attendre à ce que les jeux électroniques 16 bits continuent à se vendre après 1993, même si la popularité de cette technologie tirait sûrement à sa fin.

Le coût estimatif de développement d'un jeu électronique pouvait varier entre 210 000 $US et 768 000 $US, ces coûts incluant la conception et la programmation (de 200 000 $US à 750 000 $US), ainsi que la création et la

mise en point de l'emballage (de 10 000 $ à 18 000 $US). Des frais de licence allant jusqu'à 1 000 000 $US pouvaient s'y ajouter.

Un bon jeu électronique en est un qui est amusant, excitant et stimulant. Durant le procès, certains témoins ont expliqué que la plus grande partie des ventes d'un jeu donné a lieu dans les 90 premiers jours de son apparition sur le marché, mais que les ventes peuvent se poursuivre pendant une période de 12 mois, tout dépendant de la date de la mise en marché du jeu. Entre 40 et 50 % des ventes de jeux électroniques s'effectuent durant la période de Noël.

Les projections financières de CEG prévoyaient des ventes moyennes de 190 000 unités par jeu électronique. Plusieurs témoins ont indiqué que, généralement, un jeu électronique qui se vend à 200 000 unités est considéré comme un bon jeu. Un témoin expert, M. V.G. Gabelhouse, président et chef de la direction de Fairfield Research Inc. (ci-après « Fairfield »), est spécialiste de l'information sur les jeux vidéos. Les services de M. Gablehouse ont été retenus par l'un des évaluateurs, M. Howard Rosen. Selon le témoignage de M. Gabelhouse, les 50 éditeurs les plus importants en 1993 ont effectué 96,4 % des ventes de jeux 16 bits. ASC ne figurait pas parmi ces 50 éditeurs, et ne possédait qu'une part de marché de 0,2 % des produits destinés aux consoles SNES et Genesis de Sega. Si CEG avait atteint ses projections de ventes, ASC serait devenue le 7e plus important éditeur, avec une part de marché de 2,8 %, représentant un taux de croissance de 5 600 %. La Cour a noté qu'il était irréaliste de s'attendre à une telle croissance. Par ailleurs, M. Gabelhouse a indiqué qu'il était habituel d'utiliser la valeur médiane par opposition à la valeur moyenne pour déterminer le nombre d'unités vendues par jeu électronique. La médiane pour l'année 1993 se situait aux environs de 50 000 unités par jeu, ce que le juge a retenu.

Cinq évaluateurs ont été entendus pour déterminer la JVM des moteurs et/ou des jeux électroniques assujettis à l'évaluation. M. Michael Ozerkevich a été mandaté par ASC pour déterminer la JVM des logiciels. Ayant établi le nombre de moteurs à 11 et le nombre de jeux électroniques à 22, M. Ozerkevich a déterminé une JVM de 16 500 000 $US pour ces 22 jeux. Selon la Cour, M. Ozerkevich n'avait pas les qualifications nécessaires pour faire de l'évaluation de logiciels. Il ne possédait aucun titre professionnel d'évaluateur d'entreprises, de propriété intellectuelle et/ou d'actifs incorporels tels que les logiciels, et il a témoigné que plus d'un tiers, sinon la moitié des évaluations qu'il avait effectuées au cours des dernières années, étaient liées à des abris fiscaux. Par ailleurs, la Cour était loin d'être rassurée quant à savoir si l'évaluation de M. Ozerkevich a bien porté sur les actifs

ayant fait l'objet de la transaction. Par conséquent, son témoignage a été rejeté.

Toujours pour le compte du contribuable, MM. Richard Wise et Andrew Michelin, tous deux experts en évaluation d'entreprises et associés du cabinet Wise Blackman, ont évalué les jeux électroniques dans une fourchette de 9 250 000 $US à 10 200 000 $US. La preuve a mis en évidence que ni M. Wise ni M. Michelin n'ont examiné ou même demandé que les jeux électroniques en cause soient examinés par un expert. Plutôt, ils ont pris pour acquis que les jeux existaient, se fiant aux documents et aux renseignements obtenus lors de diverses rencontres. En outre, ils ont attribué une valeur résiduelle aux jeux, nonobstant leur courte durée de vie économique vraisemblable. Par ailleurs, le marché a été mal estimé par ces experts, puisque les données du marché mondial ont été interprétées comme étant celles du marché nord-américain. Par conséquent, ces témoignages n'ont pas été retenus dans leur totalité, bien que les taux d'actualisation utilisés variant entre 29 % et 33 % semblaient en partie avoir été retenus par la Cour.

Le troisième évaluateur appelé à témoigner, M. Allen Raymond Jones, expert en évaluation d'entreprises auprès de l'ADRC, a évalué les 11 moteurs à 275 000 $. C'est cette valeur qui a été utilisée aux fins de cotisation. M. Jones avait achevé son évaluation en avril 1997 et l'ADRC avait aussi retenu les services de M. Gordos à titre d'expert en logiciels pour assister M. Jones. Comme M. Jones a retenu l'hypothèse qu'une technologie 32 bits était sur le marché en octobre 1993 et qu'un investisseur serait réticent à investir dans une technologie ancienne, aucune crédibilité n'a été accordée à l'expertise de M. Jones.

Enfin, M. Howard Rosen de Low, Rosen, Taylor and Soriano, a évalué les logiciels dans la fourchette de 60 300 $ à 127 400 $. Comme 9 des 11 jeux électroniques ne figuraient pas sur la liste des jeux électroniques publiés pour SNES et Sega Genesis à la fin de 1993, M. Rosen n'y a attribué aucune valeur. M. Rosen avait retenu les services de M. Vincent Lam, ingénieur et expert-conseil technique, pour déterminer l'état des jeux au 31 décembre 1993 ainsi que les services de M. Gabelhouse de Fairfield pour mener des recherches sur le marché et fournir des renseignements sur les jeux électroniques.

M. Lam a estimé que le coût de développement des jeux s'établissait entre 1 600 000 et 3 300 000 $US en retenant l'hypothèse que les jeux étaient écrits en langage C plutôt qu'en langage d'assemblage. Compte tenu qu'ils ont été écrits dans le langage d'assemblage, il a reconnu que son

estimation du coût de développement pourrait être jusqu'à 2,5 fois plus élevée, ou atteindre une valeur de 5 500 000 $US, et ce, sans tenir compte d'un facteur de rentabilité ou du fait que les moteurs puissent être réutilisés. Ce fait a grandement réduit la pertinence du témoignage de M. Lam.

La Cour a reconnu que la qualité des moteurs, l'historique, l'expérience et l'expertise des développeurs et des éditeurs sont des critères fort importants dans l'évaluation des jeux électroniques.

Par ailleurs, la preuve a révélé qu'aucun des huit jeux édités précédemment par ASC ne s'était vendu à plus de 50 000 exemplaires. Par conséquent, il est déraisonnable de penser que ASC aurait tant appris de ses expériences antérieures pour se rendre à une moyenne de 190 000 unités par titre.

La Cour a particulièrement apprécié le témoignage de M. Gabelhouse qui a fourni des statistiques et des renseignements sur le marché des jeux électroniques, les tendances, l'impact de la technologie 16 bits contre 32 bits contre 64 bits, etc.

Des appels conférences ont été tenus avec les experts à la suite du procès et la JVM des jeux électroniques acquis par la Société a été déterminée à 4 130 000 $CA, et non le coût d'acquisition de 8 170 000 $US.

Les leçons à retenir de cette cause sont le manque d'expertise et le manque d'expérience flagrants de l'évaluateur retenu par CEG, M. Ozerkevich, de emc Partners, pour déterminer la JVM des jeux. Quant aux experts en évaluation retenus par les parties aux fins du procès, il faut noter qu'à part les différences importantes au niveau du nombre de jeux en cause à la date de l'évaluation et des ventes moyennes par jeu, les différences reposaient sur des hypothèses pouvant être identifiées et réconciliées. En conséquence, les principales hypothèses qui ont posé des problèmes d'évaluation reposaient sur des faits et des connaissances du secteur, plutôt que sur des principes d'évaluation d'entreprises.

En conséquence, une leçon à retenir est que, souvent, les services d'un expert du secteur et/ou de la technologie ainsi qu'un spécialiste du marché s'avèrent nécessaires. Dans ces circonstances, il est important de retenir les services de ces experts pour assurer la crédibilité de l'évaluateur d'actifs intangibles et/ou de propriétés intellectuelles.

1.1.2. La cause *McCoy*

Cette cause traite également de l'évaluation d'une série de logiciels ayant fait l'objet d'une transaction dans le cadre d'un abri fiscal avec la société en nom collectif Trafalgar II Limited Partnership (« Trafalgar »). Spécifiquement, Trafalgar avait acquis un intérêt de 18,18 % en février 1995 dans Market Vision, pour une contrepartie de 10 000 000 $. En décembre 1995, elle a porté cet intérêt à 22,07 %, pour une contrepartie totale de 12 140 000 $, représentant la quote-part d'une valeur de 55 000 000 $ pour 100 % de Market Vision.

Market Vision est une suite de logiciels destinés aux professionnels et aux analystes des marchés financiers, et plus précisément les marchés traitant les devises étrangères et les contrats à terme. Cette suite avait été développée par Edward Furtak, un canadien résidant aux Bermudes, pour le compte de sa société de gestion Trafalgar Research. Diplômé de l'Université McMaster à Hamilton en 1989, M. Furtak avait développé une expertise en analyse technique des marchés financiers et boursiers ainsi qu'une habileté particulière pour les ordinateurs et leur fonctionnement.

L'objectif de la suite Market Vision est de signaler aux gestionnaires de portefeuille le moment propice pour acheter et vendre des devises et des contrats à terme. Conçue pour analyser les données statistiques, la suite de logiciels doit en principe générer des décisions d'investissement ou de désinvestissement sur la base de cette analyse.

M. Jim Horvath, de Deloitte & Touche et M. Richard Wise, de Wise Blackman, avaient été retenus à titre d'experts respectivement pour l'ADRC et le contribuable. Au lieu de déterminer la JVM des logiciels, M. Wise a plutôt commenté l'expertise de M. Ozerkevich, de emc Partners, dont le rapport n'avait pas été consigné en preuve à titre de rapport d'expert. Selon le témoignage de M. Wise, bien que ledit rapport ne constitue pas un rapport d'expertise, l'évaluation effectuée par emc Partners semblait appropriée et raisonnable dans les circonstances. La Cour a néanmoins indiqué que, nonobstant l'expérience et les qualifications de M. Wise, son témoignage concernant la méthodologie utilisée par emc Partners n'est pas suffisant pour donner au rapport emc Partners la force probante ou la valeur nécessaire pour en retenir les conclusions.

M. Horvath avait quant à lui retenu les services de M. Robert Pardo, conseiller en placements de produits dérivés, pour l'assister à établir la valeur de la suite de logiciels. Cette valeur avait été établie à environ 100 000 $.

La Cour a particulièrement noté qu'il était totalement invraisemblable qu'une partie puisse établir une valeur de 55 000 000 $ au produit, alors que l'autre n'y attribuait qu'une valeur négligeable.La Cour a également indiqué que bien que les critiques de M. Horvath à l'égard de l'évaluation préparée par emc Partners aient une certaine validité, elle ne considérait pas que la preuve présentée, d'un côté comme de l'autre, pouvait supporter une valeur de 55 000 000 $ pour Market Vision, pas plus qu'elle ne supportait une valeur nulle ou négligeable. Par conséquent, la Cour n'a pas évalué Market Vision, puisque selon elle, la preuve ne lui permettait pas d'établir une quelconque valeur.

La Cour s'est par la suite penchée sur l'évaluation de la contrepartie reçue, c'est-à-dire les montants payés en espèces ainsi que le billet à ordre, et a demandé que le billet soit évalué par les parties.

Les leçons à retenir de cette décision sont difficiles à identifier sinon que d'indiquer que les tribunaux n'apprécient pas les positions extrêmes parfois retenues par les parties et leurs experts. Il est important de tenir compte des faits et circonstances liés aux situations et de ne pas nécessairement retenir les positions de leurs clients.

Malheureusement, les parties considèrent tous que le jugement n'a pas résolu le point en litige et a plutôt créé un problème additionnel. Selon les parties, cette cause ne sera sûrement pas citée en référence pour faire jurisprudence.

1.2. TRANSACTIONS IMPLIQUANT LES FILMS

La vague suivante de différends entre les contribuables et l'ADRC portera, à notre avis, sur les abris fiscaux comme véhicules de financement liés à la production de films. Les questions en litige seront sensiblement les mêmes que celles liées aux abris fiscaux comme véhicules de financement pour la conception et le développement de logiciels, à savoir :

- Est-ce que les dirigeants exploitaient une entreprise avec espérance de profit?;
- Est-que les parties transigeaient à distance?; et
- Est-ce que le transfert des biens a eu lieu à la JVM?

À la connaissance de l'auteur, aucun jugement portant sur l'évaluation de films n'a encore été rendu par les tribunaux récemment. Certains litiges

sont à un stade avancé d'appel et devraient vraisemblablement se retrouver devant les tribunaux dans les prochains 12 à 24 mois.

Les experts en évaluation d'entreprises seront sûrement appelés à témoigner sur la JVM des films transférés et, compte tenu des ententes contractuelles entre les parties, de déterminer également l'expectative raisonnable de profit par la société, le cas échéant.

À cet égard, il y a lieu de prendre note des deux décisions de la Cour suprême du Canada rendues en mai 2002 en faveur des contribuables : *Stewart* c. *Canada*[3] et *Walls* c. *Canada*[4]. Ces deux décisions traitent de la question de l'espérance de profit.

La Cour suprême du Canada, qui accorde rarement l'autorisation de porter des causes fiscales en appel, a accepté d'entendre les appels dans les causes *Stewart* et *Walls* en raison des divergences d'opinions relativement à l'application du critère de l'espérance raisonnable de profit.

Selon Dona Gilbertson, « [Traduction] Au cours des dernières années, des juges et des fiscalistes ont critiqué l'application du critère de l'expectative raisonnable de profits, faisant valoir que l'ADRC et les tribunaux avaient utilisé ce critère pour évaluer *a posteriori* le sens des affaires des contribuables et refuser la déduction des pertes[5] ». Dans certaines causes, on n'a utilisé le critère de l'expectative raisonnable de profits que pour déterminer l'existence d'une source de revenu, et dans d'autres, on a appliqué le critère pour évaluer la viabilité d'activités données.

Pour trancher la question, dans *Stewart* et *Walls*, la Cour a établi une méthode à deux volets :

i) L'activité du contribuable est-elle exercée en vue de réaliser un profit, ou s'agit-il d'une démarche personnelle?

ii) S'il ne s'agit pas d'une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien.

---

3 *Stewart* c. *Canada*, [2002] C.S.C. 46 (ci-après « *Stewart* »).

4 *Walls* c. *Canada*, [2002] C.S.C. 47 (ci-après « *Walls* »).

5 Dona GILBERTSON, « Critère de la source de revenu », *Camagazine*, mars 2003.

Lorsqu'une activité est clairement de nature commerciale, la recherche d'un profit par le contribuable est établie, et, par conséquent les dépenses seront généralement déductibles. La Cour indique clairement que la déductibilité des dépenses, qui présuppose l'existence d'une source de revenu, ne doit pas être confondue avec l'examen préliminaire portant sur l'existence de cette source. Cela dit, la déductibilité doit toujours être justifiée, conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*[6].

Dans *Walls* la Cour reconnaît que les intimés étaient clairement motivés par des considérations fiscales lorsqu'ils ont acquis leur participation; la Cour précise d'ailleurs qu'une telle motivation n'enlève rien à la validité d'opérations effectuées à des fins fiscales et que cela n'enlève rien à la nature commerciale de l'entreprise ni à la qualification de l'activité comme source de revenu.

Il sera intéressant de suivre les causes reliées à la production de longs métrages pour étudier les similitudes avec les causes se rattachant aux logiciels et la façon dont les différends seront jugés.

2. EXPLOSION DES MARCHÉS

Un sujet totalement différent concerne l'évolution des marchés et l'impact sur la valeur des entreprises.

Durant la période qui est maintenant considérée comme étant la bulle économique, c'est-à-dire, les années allant de 1990 à 2001 et particulièrement les dernières années de cette période, la méthode d'évaluation fondée sur la parité était grandement utilisée pour évaluer des entreprises fermées. L'utilisation de la méthode d'entreprises comparables ouvertes impose à l'évaluateur d'obtenir des réponses à des questions fondamentales, à savoir le degré de similarité entre l'entreprise évaluée et l'entreprise comparable, la présence d'actifs excédentaires, la présence d'une personne clé, les avantages stratégiques potentiels, la position de contrôle, etc.[7] À titre d'exemple, dans le contexte d'une bulle économique, si les entreprises comparables et les transactions du marché évaluent une entreprise de services conseil informatique à un multiple de quatre à cinq fois les revenus, toute autre chose étant égale par ailleurs, il est difficile de ne pas attribuer une valeur d'au moins une à deux fois les revenus pour une

---

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

7 Richard M. WISE, « Caveats when using guideline company transactional data in valuing a business », (2003), vol. 22, no 1 *Business Valuation Review*.

entreprise fermée de plus petite taille rendant exactement le même genre de services.

Il devient primordial d'analyser les transactions du marché (en plus des entreprises similaires cotées en Bourse), particulièrement pour déterminer si ces transactions ont été négociées en fonction d'une contrepartie versée en espèces ou en actions. Si la transaction donne lieu à une valeur exagérée en raison d'une action au cours surévalué, il faut alors s'assurer d'écarter ou d'ajuster ce ratio d'évaluation dans l'application de la méthode fondée sur la parité puisque, par définition, la JVM représente un montant payé comptant.

Cette même période économique a donné lieu à une ère de consolidation au cours de laquelle plusieurs entreprises compatibles se sont regroupées dans l'espoir que l'entreprise consolidée retrouve une valeur plus élevée que la somme de ses parties. Ceci se présente généralement lorsque l'entreprise consolidée domine son marché, qu'elle réalise des économies d'échelle importantes ou qu'elle augmente ses revenus en raison d'occasions de ventes croisées, etc. Lorsque les évaluateurs utilisent les transactions comparables dans un marché en pleine consolidation, il convient de déterminer le stade du processus de consolidation du secteur donné afin de ne pas aboutir à une surévaluation de l'entreprise ciblée. À titre d'exemple, les prix payés sont plus élevés au début d'une période de consolidation et tendent à diminuer au fur et à mesure que la consolidation tire à sa fin. Ainsi, il est fort possible qu'une partie importante du prix payé dans une ère de consolidation pour une entreprise donnée ne soit pas représentative de la JVM d'une autre entreprise, semblable à tout point de vue, mais dont l'acquisition a lieu en dehors de ladite période de consolidation.

Un autre aspect dont il faut tenir compte est celui de l'impact de la région ou du marché géographique. Ce facteur doit être étudié attentivement par l'évaluateur, car, pour un acheteur donné, certaines régions peuvent revêtir un intérêt stratégique pour diverses raisons dont, notamment, l'absence de l'acquéreur dans cette région donnée. Cet acquéreur serait donc prêt à payer un prix plus élevé qu'un autre acquéreur potentiel simplement pour avoir une présence dans un marché donné.

En plus de la contrepartie versée dont il a été fait mention précédemment, l'évaluateur doit aussi tenir compte des clauses de

bonification ou de réajustement de prix qui font partie de la transaction mais pas nécessairement du prix initial payé[8].

Pour conclure, il est évident que les transactions effectuées au cours de la consolidation d'un secteur donné sont pertinentes pour déterminer la JVM d'une entreprise comparable; cependant, le degré de pertinence est grandement influencé par un bon nombre de facteurs, dont la compréhension de l'évaluateur du secteur et les spécificités des transactions qui ont eu lieu. Évidemment, ces transactions perdent de leur pertinence plus la date à laquelle elles ont eu lieu s'éloigne de la date d'une évaluation donnée.

Inversement au phénomène des multiples élevés payés durant la bulle économique et particulièrement au cours de la consolidation de certains secteurs, dont ceux des télécommunications, des technologies de l'information et d'Internet, c'est le phénomène contraire qui se produit depuis l'effondrement des marchés en 2001. À titre d'exemple, certaines entreprises de biotechnologie se transigent sur le marché à une valeur inférieure au montant de l'encaisse figurant à leur bilan; ce qui veut dire que les marchés n'attribuent aucune valeur aux technologies développées et présentes dans ces entreprises. D'ailleurs, plusieurs de ces sociétés ouvertes profitent de la baisse des cours pour procéder à une planification fiscale et transférer leur propriété intellectuelle dans des sociétés liées établies dans des pays où l'impôt à payer est faible sinon inexistant. Puisque ces sociétés ont très peu de valeur sur le marché, la valeur des propriétés intellectuelles transférées est, par définition, nettement basse, ce qui rend la transaction d'un point de vue fiscal très avantageuse. En discutant de ce point avec certains représentants de l'ADRC, il nous a été mentionné qu'il serait possible que les contribuables refassent la transaction inverse, à savoir transférer les propriétés intellectuelles de ces pays libres d'impôt vers le Canada lorsque les valeurs des propriétés intellectuelles seraient plus élevées, c'est-à-dire, lorsque les marchés seraient à la hausse.

Mentionnons à cet égard que l'ADRC maintient toujours sa politique voulant que, quoi qu'il arrive sur les marchés boursiers, la valeur d'un titre d'une société ouverte conserve toujours sa cote[9]. Cette politique n'a pas été

---

8 Mark O. DIETRICH, « Understanding the difference between Strategic Value and Fair market value in consolidating industries », (2002), vol. 21 *Business Valuation Review* 77-82.

9 L'exception étant si le prix coté en Bourse reflète un marché éphémère ou une situation temporaire.

remise en question durant la bulle économique et nous ne pensons pas qu'elle le sera en regard de l'effondrement des marchés qui s'en est suivi.

Le phénomène de la bulle économique et de l'effondrement des cours boursiers tend à confirmer que les marchés surévaluent ou sous-évaluent certains titres à certaines périodes données pour ensuite amener des corrections.

Dans l'évaluation d'actions de sociétés ouvertes et/ou fermées, compte tenu de la volatilité des marchés, des différences d'opinion sur l'interprétation des marchés et des valeurs, étant attribuées aux sociétés par les marchés, sont inévitables.

3. AUTRES POINTS DE DISCORDE

Dans cette section, nous discuterons de principes d'évaluation qui amènent des différences d'opinion qui, d'ailleurs, existent depuis bon nombre d'années et continueront probablement pendant plusieurs années à venir, incluant :

- le taux de capitalisation/multiple, incluant l'application du coût moyen pondéré du capital;
- le traitement de l'impôt dans l'application de la méthode fondée sur l'actif; et
- l'escompte pour manque de contrôle et faible négociabilité.

3.1. TAUX DE CAPITALISATION / MULTIPLE

Le choix du taux de capitalisation/multiple est l'un des éléments les plus subjectifs de l'évaluation d'entreprises selon la méthode de la capitalisation des bénéfices/flux monétaires et, par conséquent, l'un des sujets les plus contestés.

3.1.1. Le choix du multiple selon la méthode de la parité

Ni au Canada ni aux États-Unis, le législateur ne définit avec précision les méthodes devant être utilisées pour évaluer une entreprise. Dans la

Circulaire d'information 89-3[10], l'ADRC énonce une directive selon laquelle la valeur marchande des actions de sociétés raisonnablement comparables se situant dans le même secteur d'activité, et dont les actions sont activement négociées sur un marché public, est l'un des facteurs fondamentaux devant être pris en compte lors de l'évaluation des actions d'une société fermée.

Au Canada, en particulier, l'évaluation des sociétés fermées est, au départ, un exercice complexe : la rareté de données de marché (comparativement au marché américain), l'absence de liquidité, des données financières comparables et fiables peu nombreuses, les problèmes liés au contrôle de l'entreprise, etc. sont autant de facteurs qui rendent la tâche plus difficile. Cela est d'autant plus vrai quand il s'agit de choisir le multiple (ou taux de capitalisation). Faute de disposer de données, et à moins d'utiliser la méthode dite d'accumulation ou le modèle d'évaluation des actifs financiers (Capital Asset Pricing Model), l'évaluateur doit souvent se rabattre sur des multiples calculés à partir d'entreprises cotées en Bourse, d'entreprises ayant émis des actions pour la première fois ou encore sur des multiples issus des transactions ayant donné lieu à un changement de contrôle. L'exercice est foncièrement périlleux et c'est là qu'interviennent le jugement, l'expérience et le bon sens de l'évaluateur. Aussi, étant un exercice subjectif, les divergences d'opinion entre évaluateurs sont monnaie courante.

Pourquoi cette divergence d'opinion?

Il faut tout d'abord noter que le choix de multiples qui s'offre à l'évaluateur est vaste : multiple de revenus, de BAII, de BAIIA, de bénéfice, de flux de trésorerie, de la valeur comptable des capitaux propres, etc. Quant au numérateur, on peut utiliser le capital investi (dettes et capital-actions), ou seulement le capital-actions. Une étude[11] récente a d'ailleurs émis l'opinion qu'il ne se dégage aucun consensus parmi les évaluateurs à savoir quel est le multiple le plus fiable.

Dans la section précédente, nous avons commenté certains facteurs qui doivent être pris en compte dans l'utilisation de la méthode fondée sur la parité (dite aussi méthode de comparables). Comme il a déjà été mentionné, ces entreprises qui servent de point de référence ne sont pas toujours

---

[10] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation des entreprises », 25 août 1989, par. 5.

[11] Erik LIE et Heidi J. LIE, « Multiples Used to Estimate Corporate Value », (2003), *The Journal of Business Valuation*.

considérées comme parfaitement comparables; certains évaluateurs vont même jusqu'à dire qu'il n'existe pas deux entreprises comparables (et encore moins quand il s'agit de comparer une entreprise à capital ouvert avec une autre à capital fermé) en raison de la taille, de la diversité des produits, de la diversité géographique, de l'accès au capital, etc. Pourtant c'est bien la prémisse de départ de l'évaluateur qui utilise des entreprises cotées du même secteur que l'entreprise ciblée comme critère de comparaison.

Par conséquent, devant un éventail aussi large quant au choix du multiple et devant les difficultés inhérentes à repérer des entreprises comparables, il n'est pas étonnant de s'apercevoir que deux évaluateurs établissent des multiples bien différents pour la même entreprise évaluée. Cette divergence, il faut la mettre sur le compte d'une perception différente du risque et de la croissance anticipée, de même que sur l'ensemble des hypothèses mises de l'avant par l'évaluateur.

En ce qui concerne le risque, il faut noter au départ que les actions d'une société à capital ouvert étant librement échangées, le risque pour un investisseur est moindre. Pour l'évaluateur d'une société fermée, il s'agira par conséquent de déterminer l'ajustement nécessaire à apporter au multiple issu de son analyse des comparables et de déterminer quelle est la prime de risque additionnelle pour l'entreprise évaluée. Son analyse portera notamment sur les perspectives de croissance, qui sont généralement différentes de celles d'entreprises qui ont déjà accédé au marché boursier, sur le stade de développement de l'entreprise, sur le secteur, sur la taille, sur la rentabilité, sur le leadership de la direction, etc.

L'évaluateur devra aussi émettre un certain nombre d'hypothèses relativement au taux de croissance, au coût du capital, à l'investissement de maintien en capital, au niveau d'endettement, au rendement sur actifs, au rendement sur capitaux propres, au taux d'inflation, etc., qui ne seront probablement pas similaires aux hypothèses émises par un collègue.

Un autre aspect souvent négligé, mais qui ne concerne pas seulement la méthode de comparables, porte sur le fait que les états financiers des sociétés fermées comprennent immanquablement des éléments liés à des transactions entre apparentés, des transactions non récurrentes, des dépenses qui ne sont pas nécessaires aux opérations de l'entreprise, etc., donc pas nécessairement à leur valeur au marché. L'évaluateur doit donc normaliser ces transactions, et là aussi intervient une part de subjectivité qui aboutit à des choix différents par deux évaluateurs.

Enfin, il faut noter que le cours d'une action cotée en Bourse représente un intérêt minoritaire, dont il faudra tenir compte quand il s'agira d'appliquer cette information aux participations majoritaires de l'entreprise évaluée. Cette réflexion fait donc aussi appel au jugement de l'évaluateur.

3.1.2. La cause *Hallatt*

Bien que la cause *Hallatt* c. *La Reine*[12] ne porte pas spécifiquement sur le choix déterminant du taux de capitalisation, cette question a soulevé quelques interrogations et, d'ailleurs, le juge a commenté comme suit : « […] le choix d'un taux de capitalisation, quelle que soit la méthode utilisée, est d'une importance cruciale et peut avoir de lourdes conséquences ».

Voyons les faits.

En décembre 1988, les deux appelants (M. et Mme Hallatt) vendaient leur part d'actions (50 % chacun) dans la société Manor Nursing Homes Limited (ci-après « Brantwood »), qui détenait un établissement privé de soins infirmiers, indiquant sur leur déclaration de revenus respective 1 250 000 $ comme prix de base rajusté. Dans les cotisations qui ont été établies à l'égard des appelants, l'ADRC indiquait plutôt un prix de base rajusté de 250 000 $ pour chacun des contribuables.

L'expert pour les appelants, M. Howard Edward Johnson, a eu recours à la méthode de capitalisation des flux monétaires discrétionnaires. Dans la détermination du coût du capital, M. Johnson a bien détaillé les éléments pris en considération pour établir le coût de l'endettement et des capitaux propres et la proportion de chacun des modes de financement pour aboutir au taux de capitalisation de 9,5 %. De ce taux, M. Johnson a ensuite déduit un taux d'inflation de 4,5 %, pour arriver à un taux de 5 %.

Après avoir ajouté ou déduit divers éléments, tels les frais de construction estimatifs pour l'achèvement de la nouvelle aile, la valeur actuelle de la déduction pour amortissement (DPA) à l'égard des actifs existants, la valeur d'un terrain jugé comme actif excédentaire, et la valeur du compte débiteur des prêts aux actionnaires, M. Johnson a conclu que la JVM des actions de Brantwood s'établissait à 1 760 000 $.

---

[12] *Hallatt* c. *La Reine*, [2001] 1 C.T.C. 2626 (C.C.I.).

La Cour a trouvé que l'opinion de M. Johnson était fondée sur un certain nombre d'hypothèses non corroborées, dont les projections de revenus annuels. Le juge a particulièrement trouvé difficile d'accepter qu'un acheteur informé aurait payé jusqu'à 1 700 000 $ alors que les états financiers au 31 décembre 1971 indiquent un bénéfice net de 11 318 $, et ce, même s'il était raisonnablement prévu que, une fois la nouvelle aile terminée, les revenus augmenteraient. Et d'ajouter qu'un acheteur prudent ne serait aucunement disposé à payer 1,7 M$ pour une société dont l'immeuble ne valait guère plus de 600 000 $. La Cour a également eu de la difficulté avec la déduction dans le calcul du taux de capitalisation d'un facteur de 4,5 % au titre de l'inflation. Elle a expliqué que le traitement de l'inflation exige une explication détaillée; or dans ce cas-ci aucune explication n'a été fournie.

L'intimée a consigné en preuve deux rapports d'experts : celui de M. Wayne Eagle, évaluateur immobilier à l'emploi de l'ADRC, qui a estimé que l'immeuble appartenant à Brantwood valait 610 000 $ au 31 décembre 1971, et celui de M. Alan Jones, également employé par l'ADRC, qui, utilisant certaines conclusions du rapport de M. Eagle, a estimé pour sa part que les actions avaient une valeur de 503 000 $.

La valeur de 503 000 $ indiquée ci-dessus est en fait une moyenne des trois méthodes auxquelles M. Jones a eu recours : la méthode fondée sur la parité, la méthode de capitalisation des bénéfices et la méthode de l'approximation (*Rule of thumb*). La Cour a rejeté la première et la troisième méthode. En ce qui concerne la méthode des transactions comparables, le juge a indiqué qu'il ne trouvait aucun de ces biens suffisamment comparables pour constituer une base d'évaluation solide, et que sur la foi de la preuve présentée, cette méthode n'est pas fiable dans le cas actuel. Quant à la troisième méthode, la Cour a indiqué que la preuve portant sur l'exactitude de ces chiffres est insuffisante.

Le juge a accepté la valeur obtenue à partir de la deuxième méthode utilisée par l'expert de l'intimée (« parce que plus conforme au bon sens et à la réalité »), mais seulement après avoir fait des ajustements pour le taux d'inoccupation et après avoir ajouté la valeur du compte débiteur des prêts aux actionnaires (comme l'avait fait l'expert des appelants). Ce faisant, la Cour a obtenu une valeur de 650 000 $ pour toutes les actions de Brantwood.

Cette cause est particulièrement instructive pour certains commentaires émis par la Cour et que nous reproduisons ci-dessous :

- Quant au fait que les experts de l'intimée étaient des employés de l'ADRC et que leurs témoignages ne devraient pas être acceptés, la Cour

n'a pas souscrit à cette affirmation indiquant que « si l'on a une raison que le témoignage peut être entaché par un parti pris ou un manque d'indépendance, cette question peut être explorée au cours du contre-interrogatoire. »

- Quant au processus d'évaluation : « Ce que la Cour doit faire dans une cause d'évaluation […], c'est de tenter d'arriver au prix sur lequel s'entendraient des vendeurs et des acheteurs sérieux. C'est une tâche relativement banale dans laquelle le bon sens et la réalité commerciale jouent nécessairement un grand rôle. » (Notre soulignement)

- Quant au rôle des experts : « Il arrive souvent que le juge établisse une valeur qui se situera quelque part entre les positions antagonistes des experts, non par désir de rendre un jugement de Salomon, mais parce qu'il sait que les positions adoptées par les experts correspondent aux pôles extrêmes de la valeur. Il existe un risque que les experts jouent, de bonne foi, le rôle de défenseurs et que leurs positions fassent obstacle à la concertation. »

- Quant à l'opinion des experts : « […] la Cour n'est pas tenue d'accepter une opinion d'expert. En fait, comme la fonction de l'expert est d'aider la Cour à arriver à sa propre conclusion, la conclusion de l'expert est souvent moins importante que le raisonnement qui la sous-tend. » (Notre soulignement)

- Enfin : « Lorsque […] le taux de capitalisation revêt une telle importance, les experts devraient dans leur rapport expliquer d'une manière complète et détaillée comment et pourquoi ils en sont arrivés à un tel taux. » (Notre soulignement)

3.1.3. Pièges du coût moyen pondéré du capital

Tant dans l'application de l'approche d'évaluation fondée sur la parité que dans l'application de la capitalisation des flux monétaires ou des bénéfices, il faut déterminer si l'évaluation porte sur le capital investi ou bien si elle porte sur l'ensemble des actifs nets de la société, c'est-à-dire les actifs, déduction faite des dettes portant intérêts.

Le choix du taux d'actualisation est directement lié à l'objet de l'évaluation, à savoir l'entreprise (le capital investi) ou le capital actions de la société. Lorsqu'il s'agit d'évaluer l'entreprise, le coût moyen pondéré du capital (ci-après « CMPC ») est le taux qui doit servir pour actualiser les flux

monétaires avant intérêts ainsi que pour déterminer le taux de capitalisation. Le CMPC est déterminé par la formule suivante :

CMPC = (Ke X Pe) + (Kp X Pp) + (Kd (1-T) X Pd)

où :

KE : coût du capital-actions ordinaires;

PE : le pourcentage des actions ordinaires dans la structure du capital à sa valeur marchande;

Kp : le coût des actions privilégiées;

Pp : le pourcentage des actions privilégiées dans la structure du capital à sa valeur marchande;

Kd : le coût de la dette (avant impôt);

T : le taux d'impôt; et

Pd : le pourcentage de la dette dans la structure du capital à sa valeur marchande.

La détermination de la structure du capital est une des questions qui revient souvent dans l'application du CMPC. Deux options sont possibles : retenir la structure du capital de la société ciblée ou déterminer une structure du capital optimale, obtenue généralement à partir de la revue des entreprises comparables cotées en Bourse. Théoriquement, la structure de capital du secteur est la méthode privilégiée, puisqu'elle représente la structure de capital optimale. Cependant, dans son application, il faut tenir compte qu'il est possible qu'une société fermée, n'ayant pas la même facilité d'accès au capital qu'une grande entreprise ouverte, ne puisse atteindre le niveau d'endettement optimal de son secteur; par conséquent, l'évaluateur doit réduire le pourcentage de dette dans la structure du capital de la société en question.

Une autre erreur que l'on rencontre dans l'application du CMPC a trait à la détermination de la structure du capital en fonction de la valeur aux livres des dettes et du capital actions plutôt que de leur valeur marchande. À cet égard, plusieurs sources de données statistiques, y compris Robert Morris Annual Statement Studies, Statistiques Canada, Dun & Bradstreet Canada,

fournissent des données puisées dans les états financiers des sociétés et donc en fonction de leur valeur aux livres.

Il est évident que la mauvaise application du CMPC peut donner lieu à plus d'une erreur. En conséquence, l'évaluateur doit :

a) déterminer la structure de capital en fonction de la valeur marchande de ces éléments et non en fonction de la valeur aux livres;

b) utiliser une structure de capital optimale, c'est-à-dire une moyenne du secteur, particulièrement lorsque le CMPC sert dans le cadre d'une évaluation d'une participation majoritaire, ajustée au besoin; et

c) appliquer le taux de capitalisation (le CMPC ajusté pour la croissance prévue à long terme) à des flux monétaires ou à des bénéfices générés par l'ensemble des actifs, c'est-à-dire des flux monétaires ou des bénéfices, avant intérêts et toute charge liée à l'endettement de la société.

Le résultat obtenu représente la valeur du capital investi, montant duquel il faudra déduire l'endettement portant intérêt de la société pour déterminer la valeur des capitaux propres (l'avoir des actionnaires).

Pour donner un aperçu des différences importantes qui peuvent être causées par la mauvaise application du CMPC, nous incluons ci-dessous, à titre indicatif, les coûts liés à l'endettement à long terme au capital-actions ainsi qu'au CMPC[13].

Coût à long terme de l'endettement

Bons du gouvernement à long terme (sans risque)	Autres instruments gouvernementaux	Obligations corporatives à faible risque	Obligations corporatives à haut risque	Prêt garanti de sociétés privées	Prêt non garanti de sociétés privées
5 %	6 % 7 %	8 %	**9 % 10 %**	**11 %**	**12 %**

[13] Frank C. EVANS, « Making Sense of Rates of Return and Multiples », (1999), vol. 18 *Business Valuation Review* 51-57.

Coût à long terme du capital-actions

Forte capitalisation (OSC 300)	Faible et moyenne capitalisation boursière	Capitalisation boursière micro	Grandes/ fortes sociétés privées	Capital de risque et plus petites/faibles sociétés privées

10 % 15 % 20 % **25 %** **30 %** **35 %** **40 %**

CMPC à long terme

Forte capitalisation boursière (OSC 300)	Autres capitalisations boursières	Grandes/fortes sociétés privées	Capital de risque et plus petites/faibles sociétés privées

5 % 10 % 15 % **20 %** **25 %**

Le coût de l'endettement étant relativement bas et celui des capitaux propres nettement plus élevé, il est normal que le CMPC d'une société baisse à mesure que le niveau d'endettement s'élève par rapport aux capitaux propres. Lorsque le CMPC applicable à la structure de capital optimale est déterminé, tout endettement additionnel a pour effet d'augmenter le coût du capital, reflétant ainsi le risque additionnel. Le fait que beaucoup de sociétés fermées évitent l'endettement reflète l'incapacité de certains investisseurs de reconnaître ou de comprendre que tout capital a un coût et que le risque additionnel associé à un financement en capitaux propres exige un rendement plus élevé que l'endettement.

Les évaluateurs doivent tenir compte de la flexibilité accrue et du risque plus faible d'une structure de capital composée uniquement de capitaux propres. C'est pour éviter les distorsions que les évaluateurs emploient fréquemment le modèle du capital investi (valeur d'entreprise) plutôt que le modèle des capitaux propres.

3.2. LE TRAITEMENT DE L'IMPÔT DANS L'ÉVALUATION SELON LA MÉTHODE FONDÉE SUR L'ACTIF

De par sa nature même, l'impôt latent[14] fait contraste avec l'impôt sur le revenu exigible, puisqu'il a trait à une plus-value ou à des bénéfices latents (par opposition à ceux réalisés). Deux facteurs essentiels sont pris en considération pour déterminer l'incidence de l'impôt latent sur l'évaluation :

- la valeur absolue de l'impôt; et

- la possibilité d'actualiser cette valeur absolue.

Plusieurs opinions divergentes ont été émises par divers auteurs quant à savoir quelle portion de l'impôt latent doit être considérée, le cas échéant, dans l'évaluation d'entreprises selon l'approche fondée sur l'actif. La position énoncée par un représentant de l'ADRC lors d'un atelier tenu à Montréal en février 1996, se résume comme suit[15] :

- Lorsque le bien est un bien « non amortissable », tel un terrain, on ne tient pas compte de l'impôt sur le gain en capital. En effet, la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet à un acquéreur, en liquidant les biens de la société acquise dans une société détenue par l'acheteur, d'attribuer aux divers éléments d'actifs (autres que les biens amortissables) de la société acquise, l'excédent du prix d'achat des actions de la société sur la valeur fiscale de son actif net;

- Lorsque le bien est un « bien amortissable », on détermine la provision pour impôt sur la plus-value, soit en actualisant les impôts sur le gain en capital et sur la récupération d'amortissement résultant de la réévaluation

---

[14] Plusieurs évaluateurs ont discuté de ce sujet, incluant : Leslie AVENER, « An Appraiser Looks at *Davis* c. *Commissioner* », (1998), vol. 17, n° 3 *Business Valuation Review* 79-84; Bradley A. FOWLER, « How Do You Handle It? », (1998), vol. 17, n° 3 *Business Valuation Review* 103-106; Z. Christopher MERCER, « Imbedded Capital Gains in Corporation Holding Companies », (1998), novembre-décembre *Valuation Strategies* 30-41; Stan LAIKEN et Martin PONT, « Imbedded Taxed and the Valuation of Holding Companies », dans *Colloque de l'ICEEE*, 2002.

[15] Selon M. Dennis TURNBULL, lors d'une conférence régionale de l'ICEEE le 4 juin 1999 intitulée « Establishing Valuation Policies National Revenues Position ». Les énoncés suivants ne représentent pas la position officielle de l'ADRC, mais peuvent uniquement servir de guide sur la façon de voir ce problème par les évaluateurs de l'ADRC du bureau de Montréal.

du bien, soit, préférablement, en déterminant le montant de la protection fiscale; et

- Lorsque le bien est un portefeuille d'actions publiques ou des actions d'une filiale opérante, on considère que l'impôt sur le gain en capital sera nominal. Ces conclusions reposent sur le fait qu'un acheteur hypothétique pourrait attribuer l'excédent du prix d'acquisition des actions de la filiale au coût de base de ces actifs sous-jacents, étant les actions incluses dans le portefeuille. Cependant, on pourrait reconnaître certains coûts reliés à la transaction incluant les coûts professionnels, les commissions, etc.;

- En ce qui concerne les impôts liés à la distribution finale de l'actif d'une entreprise entre les mains des actionnaires, la position du même représentant est la suivante : ils ne seront considérés que si la méthode de liquidation est utilisée pour évaluer l'entreprise. De plus, les critères nécessaires au choix de cette méthode doivent être respectés pour que ces impôts latents afférents aux actionnaires soient considérés.

Bon nombre d'évaluateurs incluant l'auteur sont en désaccord avec cette position, puisque toute planification fiscale effectuée dans le but d'éviter ou de reporter l'impôt restreint le marché des acheteurs potentiels, ce qui va à l'encontre de la définition de la JVM.

Par ailleurs, le problème de l'impôt en main remboursable au titre de dividende (ci-après « IMRTD ») n'est pas réglé.

Lorsqu'une société canadienne est assujettie à l'impôt de la Partie I sur des revenus de placement canadiens, une portion de l'impôt payé est remise dans un compte mémoire, soit l' IMRTD. Ces impôts sont remboursés lorsque l'entreprise paie subséquemment un dividende imposable à ses actionnaires. Le concept de l'IMRTD a été créé pour égaliser l'incidence de l'impôt total payé par un investisseur individuel, directement ou indirectement par l'entremise d'une société. Si nous retenons l'hypothèse que l'entreprise en question paiera suffisamment de dividendes imposables pour obtenir le remboursement, il faut également considérer l'incidence du dividende reçu par l'actionnaire. Si l'actionnaire est une société, l'impôt de la partie IV doit être payé, reportant la réalisation de l'IMRTD jusqu'à ce que les dividendes soient éventuellement distribués aux particuliers.

Le bénéfice potentiel de l'IMRTD n'est réalisable que sur distribution des dividendes aux actionnaires ultimes, soit les particuliers. Par conséquent, selon certains évaluateurs, incluant l'auteur, la constatation de l'IMRTD

comme actif de l'entreprise n'a lieu que si les impôts éventuels sur la distribution du capital imposable sont reconnus.

Pour calculer les impôts latents et l'IMRTD liés à la disposition de biens amortissables et non amortissables, certains évaluateurs préfèrent prendre l'approche en fonction de la continuité de l'entreprise, c'est-à-dire sans tenir compte des impôts latents des particuliers, alors que d'autres préfèrent l'approche de liquidation de l'entreprise. Une alternative très intéressante est d'effectuer les calculs de valeur en empruntant les deux approches et en composant les valeurs obtenues. L'évaluateur rend ainsi sa tâche plus aisée quand il lui faudra choisir le traitement convenable aux calculs de l'impôt lié à l'évaluation selon la méthode fondée sur l'actif.

Compte tenu des différents types d'impôts et des choix possibles s'ouvrant à l'évaluateur, il n'est pas étonnant de constater que des différends entre les contribuables et les autorités fiscales continuent de subsister. Par ailleurs, les faits spécifiques et les circonstances entourant l'évaluation d'une société donnée peuvent également avoir un impact sur le processus et le résultat de l'évaluation.

3.3. ESCOMPTES DE MANQUE DE CONTRÔLE ET FAIBLE NÉGOCIABILITÉ

Une des rares lignes directrices publiées par l'ADRC porte sur l'escompte pour intérêt minoritaire quand les actions sont détenues par des membres d'une société contrôlée par une famille. La *Circulaire d'information* 89-3 indique « lorsque le fait qu'une famille contrôle la corporation est reconnue, le Ministère emploie une évaluation proportionnelle pour les actions de chaque membre du groupe familial[16] ».

Également, dans les cas où le Ministère est persuadé de l'existence d'un contrôle de groupe[17], il attribuera une valeur proportionnelle aux actions détenues par chacun des membres de ce groupe, sans appliquer un escompte de participation minoritaire.

Au regard d'un contrôle de famille ou d'un contrôle de groupe, la jurisprudence aux États-Unis n'est pas uniforme. Tant la Revenue Ruling 59-60 de l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») que la Revenue Ruling 81-253 (maintenant remplacée par la Revenue Ruling 93-12),

---

16 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 10, par. 32.

17 *Id.,* par. 34.

affirment que lorsqu'une famille détient une position majoritaire au sein d'une société mais que chaque membre pris individuellement est minoritaire, il existe une unité d'intérêt; les actions doivent alors être évaluées comme si chacun des actionnaires détenait le contrôle. Cependant, dans de nombreuses causes, les tribunaux n'ont pas suivi ce précepte[18].

Les trois jugements (Bright, Propstra et Andrews) ont suivi une approche cohérente. Dans les trois cas, le contrôle familial était présent. Par contre, selon la définition de la JVM, l'expression « vendeur consentant » (*willing seller*), a été interprétée comme désignant un vendeur hypothétique, plutôt que l'actionnaire actuel possédant un intérêt minoritaire. Par conséquent, un escompte pour manque de contrôle a été retenu dans les trois cas.

En raison de ces décisions favorables envers les contribuables, l'IRS a modifié sa politique et révoqué la Revenue Ruling 81-253, la remplaçant par la Revenue Ruling 93-12 :

> « À la suite d'une nouvelle analyse de la position adoptée dans la Revenue Ruling 81-253 et à la lumière des causes mentionnées ci-dessus, l'IRS a conclu que, dans le cas d'une société ne comptant qu'une seule classe de capital actions et nonobstant le lien de parenté du donateur, du donataire et des autres actionnaires, les actions des autres membres de la famille ne seront pas rassemblées avec les actions transférées dans le but de déterminer si elles devraient être évaluées comme si elles faisaient partie d'un bloc de contrôle[19]. »

Il est intéressant de constater que la position adoptée par l'IRS dans la Revenue Ruling 81-253 se retrouve dans la *Circulaire d'information* 89-3 de l'ADRC. Comme la Revenue Ruling 81-253 a été révoquée et remplacée, peut-être assisterons-nous à la révision de la *Circulaire d'information* 89-3 dans le même esprit que son pendant américain, surtout dans le cas où l'ADRC commencerait à perdre des causes liées à cette question.

Ni l'ADRC ni le MRQ n'ont émis de directives à l'égard de l'application de l'escompte pour faible négociabilité, c'est-à-dire l'escompte pour tenir compte de l'impossibilité de convertir un actif en espèces à l'intérieur d'un court délai.

---

18 *Estate of Bright* v. *U.S.*, 658F. 2d 999, (5e circ. 1981); *Propstra* v. *U.S.*, 680F. 2d 1248 [1981]; *Estate of Andrews* v. *U.S.*, 79 T.C. 938 [1982].

19 IRS, Revenue Ruling 93-12, 1993-7 IRD 13.

Cependant, les tribunaux américains ont traité un bon nombre de causes portant sur l'escompte de faible négociabilité depuis une bonne dizaine d'années. Plusieurs études effectuées ont porté sur les actions subalternes ainsi que sur les transactions précédant le premier appel public à l'épargne de l'entreprise pour constater que, dans les faits, un escompte de faible négociabilité existe et se situe dans la fourchette de 0 à 75 %. La moyenne pour les actions subalternes se situerait aux environs de 30 %; cette moyenne est aux environs de 45 % pour les études effectuées avant un premier appel public à l'épargne.

Au Canada, la plupart des évaluations portent sur une position de contrôle; dans ce contexte, il n'est pas certain, *a priori*, qu'un escompte de faible négociabilité soit nécessairement applicable, et ce, quelle que soit la méthode d'évaluation choisie. Cependant, s'il s'agit d'évaluer un intérêt minoritaire, un escompte pour faible négociabilité est applicable. Cependant, les autorités fiscales se sont peu penchées sur cette question et, à ce jour, peu de litiges ont été entendus à ce sujet.

De nombreuses recherches ont été menées et de nombreuses études ont été publiées aux États-Unis concernant l'escompte de faible négociabilité. Les études peuvent être résumées comme suit :

Tableau 1

Études sur les actions subalternes – De 1966 à 1998

Étude	Source de données	Nbre d'observ.	Escompte en %		Écart-type	Étendue de l'escompte	
			Médiane	Moyenne		Faible	Élevé
SEC Institutional Investor	1966-1969	398	24	26	s/o	(15 %)	80 %
Gelman	1968-1970	89	33	33	s/o	15 %	40 %
Moroney	1968-1972	146	34	35	18 %	(30 %)	90 %
Maher	1969-1973	34	33	35	18 %	3 %	76 %
Trout	1968-1972	60	s/o	34	s/o	s/o	s/o
Stryker-Pittock	1978-1982	28	45	s/o	s/o	7 %	91 %
Willamette Management Associates, Inc.	1981-1984	33	31	s/o	s/o	s/o	s/o
Silber	1981-1988	69	s/o	34	24 %	(13 %)	84 %
Hall Polacek	1979-1992	100 +	s/o	23	s/o	s/o	s/o
Johnson	1991-1995	72	s/o	20	s/o	s/o	s/o
Management Planning	1979-1992	49	29	28	14	0	58
FMV	1986-1997	243	20	22	s/o	s/o	s/o
Columbia Financial	1996-4/97	23	9	13	s/o	s/o	s/o
Columbia Financial	1997-1998	15	14	21	s/o	s/o	s/o

Dans le cas de l'étude de Silber, M. Mercer en résuma les conclusions comme suit :

Tableau 2

Étude Silber[20]

	Escompte moyen	**Écart-type**	**Étendue de l'escompte**		**Escomptes > 35 % Moyenne**	**Escomptes < 35 % Moyenne**
Escompte sur actions subalternes	34 %	24 %	(13 %)	84 %	54 %	14 %
Total de l'émission (10^6 $)	4,3	6,6	0,2	40,0	2,7	5,8
Actions subalternes/ Total capital-actions	13,6 %	10,3 %	1 %	56 %	16,3 %	10,9 %
Bénéfice de l'année précédente (10^6 $)	0,9	11,7	(8,9)	65,0	(1,4)	3,2
Revenus (10^6 $)	40,0	106,0	–	595	13,9	65,5
Capitalisation du marché (10^6 $)	54,0	88,4	4,4	532	33,8	74,6

Compte tenu que les escomptes observés varient entre -13 % et 84 %, l'étude de Silber semble étayer la position voulant que les circonstances propres à chaque situation soient analysées en détails avant de quantifier l'escompte de faible négociabilité. Il semblerait que les escomptes les plus

[20] William SILBER, « Discounts on Restricted Stock: The Impact of Liquidity on Stock Prices », (1991), juillet-août *Financial Analysts Journal* 60-64.

élevés concernaient les petites sociétés tandis que les grandes entreprises étaient sujettes à des escomptes moindres.

M. John Emory et Willamette Management Associates, Inc. (ci-après « Willamette »), ont réalisé des études visant à analyser la valeur pouvant être générée par le volume accru de transactions sur les titres financiers émis lors de premiers appels publics à l'épargne (ci-après « PAPE »). L'approche retenue consiste essentiellement à comparer le prix de transactions conclues peu de temps avant un PAPE avec celui des mêmes actions après leur émission publique afin de dégager l'escompte pour faible négociabilité. Voici le résumé des études Emory, qui concluent à un escompte moyen de près de 50 % (Tableau 3). Les études Willamette concluent à un escompte moyen de 41 % de 1975 à 1995 et une médiane de 52 %.

Tableau 3

Les études de Émory

Période	Nombre de PAPE qualifiés	Escompte par rapport au PAPE		Dispersion des observations	
		Moyen	Médian	Élevé	Faible
1985–1986	19	45 %	43 %	83 %	3 %
1987–1989	21	38 %	43 %	82 %	4 %
1989–1990	18	45 %	40 %	94 %	6 %
1990–1992	31	36 %	35 %	94 %	(6 %)
1992–1993	50	45 %	44 %	90 %	(4 %)
1994–1995	46	45 %	47 %	76 %	6 %
1995-1997	85	42 %	41 %	85 %	5 %
1997-2000	36	48 %	44 %	88 %	(23 %)

Dans la mesure où, lors d'un PAPE, on peut s'attendre à une augmentation normale du multiple des bénéfices résultant de la différence fondamentale dans la structure du capital, de l'accessibilité accrue au marché des capitaux, des nouvelles perspectives de croissance, etc., cette approche aurait tendance à surévaluer l'escompte pour manque de liquidité.

CONCLUSION : COMMENT MINIMISER LES PÉNALITÉS ET MAXIMISER LES RÈGLEMENTS

L'ADRC possède des pouvoirs élargis compte tenu des provisions de pénalité applicables à toute personne qui offre des conseils dont on estime qu'ils comprennent un « énoncé faux ». Les activités d'évaluation sont

assujetties à ces nouvelles infractions. Particulièrement, si la JVM d'un actif ou d'un service tombe à l'extérieur d'une fourchette prescrite, l'évaluateur est présumé avoir fait un énoncé faux, et il est assujetti aux pénalités. Ces provisions ne seront pas applicables à un évaluateur qui peut établir que son opinion sur la JVM était raisonnable dans les circonstances, que les énoncés étaient faits de bonne foi et qu'ils n'étaient pas fondés sur une ou plusieurs hypothèses dont il savait, ou aurait dû savoir, qu'elles étaient déraisonnables et non fondées dans les circonstances[21].

À la suite de diverses discussions et consultations qui ont eu lieu entre l'ADRC, les contribuables et les évaluateurs, il devient évident que lorsqu'un évaluateur d'entreprises respecte les normes de l'ICEEE, il ne devrait pas être concerné par les provisions de pénalités. À cet égard, l'ADRC recommande de documenter de façon précise toute information obtenue du client, tout manque de cohérence, toute information dont la véracité est douteuse, toutes réponses à des questions précises, toutes hypothèses émises, y compris leur raisonnabilité, etc. Il est impératif que l'évaluateur agisse de bonne foi, avec des intentions honnêtes et ouvertes.

Nous avons commencé ce texte en indiquant qu'il existe de moins en moins de litiges ou de différends entre les représentants de l'ADRC et du MRQ et les évaluateurs d'entreprises représentant des contribuables. À cet égard, il faut souligner que nous trouvons une plus grande ouverture d'esprit de la part des représentants d'évaluation des autorités fiscales. Pour minimiser les litiges, il est donc important que les évaluateurs des deux parties aient des discussions franches et ouvertes, et qu'au besoin, ils fassent appel à un tiers évaluateur indépendant si des divergences d'opinions importantes persistent. Le cas échéant et s'il fallait aller en instance d'appel, d'autres discussions pourraient être tenues, soit au bureau local, soit au bureau national. Dans la plupart des cas connus, un règlement satisfaisant aux deux parties est généralement la norme.

---

[21] Par. 163.2(11) L.I.R.

PARTIE B
Le témoin expert comme acteur impartial et indépendant

François Barette, avocat
Nicolas X. Cloutier, avocat
Davies Ward Phillips & Vineberg, s.r.l.

INTRODUCTION

> « The problem that has developed with opinion evidence generally is that experts have been encouraged by lawyers, and permitted by judges, to go far beyond the proper scope of opinion evidence. The experts have become advocates. They assume facts favourable to the parties who retain them. They give opinions based upon other opinions, the factual premises of which are in dispute[1]. »

Le rôle du témoin expert consiste généralement à présenter une opinion scientifique ou technique susceptible d'éclairer la Cour sur la foi de renseignements dépassant les connaissances et l'expérience de celle-ci[2].

La jurisprudence enseigne que le témoin expert doit demeurer, tant que faire se peut, impartial et indépendant. Le témoin expert ne doit pas se retrouver dans une relation servile à l'égard de son client, visant uniquement à faire triompher les prétentions et les intérêts de ce dernier, mais doit demeurer au service de la Cour afin de lui communiquer son interprétation des faits et son opinion.

De façon préalable, il s'impose de souligner la distinction entre l'obligation d'indépendance du témoin expert, confirmant l'absence de relations antérieures avec l'une ou l'autre des parties, et celle d'impartialité bien que les tribunaux les abordent de la même façon. En élaborant sur cette distinction, des auteurs indiquaient :

> « Expert independence is distinguishable from the prohibition on partiality. The former is concerned with the appearance of neutrality, the latter with actual

---

1 M. le juge FINCH, « Expert Witness, Opinion, Evidence and Privilege », (1989) 47 Advocate 21, tel que cité dans *Gabriel* c. *Thomson*, [1995] B.C.J. No. 2832, par. 35 (Cour provinciale de la Colombie Britannique).

2 Dans *La Reine.* c. *Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, la Cour suprême du Canada (ci-après « C.S.C. ») a défini le rôle du témoin expert comme suit : « Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. » (p. 42)

> neutrality. Whatever the expert's ultimate opinion, however unbiased it may be, the expert may be attacked as lacking sufficient independence due to a prior or existing relationship between him or her and the parties, or due to an interest in the outcome of the litigation. A useful method of distinguishing between impartiality or independence is to consider whether the complaint arises out of the evidence tendered by the expert, or whether it relates to the expert chosen, regardless of his or her evidence. The latter tends to imply a concern relating to independence[3]. »

Ces principes se heurtent à des considérations pratiques importantes. Le témoin expert est choisi et rémunéré par la partie qui le fait témoigner dans le but évident de l'aider à soutenir des prétentions préétablies. De plus, la captivité de certains experts comme employés à temps plein ou de façon récurrente de la partie qu'ils représentent, tel l'évaluateur municipal, pose un problème abordé avec répétition par la jurisprudence. L'équilibre délicat que le témoin expert doit maintenir entre ses devoirs face à la Cour et l'intérêt de son client est régulièrement sanctionné par les tribunaux.

Ce court exposé en trois temps fera état : a) des principes de base en matière d'indépendance et d'impartialité; b) des sanctions judiciaires imposées par les tribunaux; et c) de la situation particulière des experts employés par les parties qui les font témoigner.

1. LES PRINCIPES

Dans *Marquard* c. *La Reine*[4], une affaire de nature criminelle où l'appelante était accusée d'avoir commis des voies de fait graves à l'encontre d'un enfant, la C.S.C. enseignait que :

> « La seule condition de l'admission d'une opinion d'expert est "que le témoin possède les connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits" : R. c. Béland, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415. Les failles dans l'expertise concernent la valeur du témoignage et non son admissibilité[5]. »

L'année suivante, la C.S.C. venait qualifier cet énoncé dans *La Reine* c. *Mohan*[6]. Dans cette affaire, la C.S.C. devait déterminer les circonstances

---

[3] Paul MITCHELL et Renée MANDHANE, « New Standards of Independence and Impartiality for the Expert Witness », (2003), vol. IV, n° 1, *Corporate Risk* 241.

[4] [1993] 4 R.C.S. 223.

[5] *Id.*, 225.

[6] [1994] 2 R.C.S. 9 (ci-après « *Mohan* »).

dans lesquelles une preuve d'expert était admissible afin de démontrer que les traits de caractère d'un accusé, dans le contexte d'accusations d'agressions sexuelles à l'encontre d'adolescents, ne répondaient pas au profil psychologique recherché. M. le juge Sopinka y indiquait qu'une preuve d'expert doit répondre à quatre critères principaux afin d'être admissible :

> « (1) Témoignage d'opinion d'un expert
>
> L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants :
>
> la pertinence;
>
> la nécessité d'aider le juge des faits;
>
> l'absence de toute règle d'exclusion;
>
> la qualification suffisante de l'expert.
>
> a) La pertinence[7] [note de l'auteur]
>
> […] Bien que la preuve soit admissible à première vue si elle est à ce point liée au fait concerné qu'elle tend à l'établir, l'analyse ne se termine pas là. […] Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices […] La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité.
>
> […]
>
> b) La nécessité d'aider le juge des faits[8] [note de l'auteur]

---

[7] (note de l'auteur)

En matière d'évaluation foncière, ce critère de pertinence pourrait permettre à une partie de demander au Tribunal administratif du Québec ou à la Cour du Québec, par le biais d'une requête précédant l'enquête et l'audition ou en cours d'audition, de rejeter la totalité ou une partie d'un rapport et/ou du témoignage d'un expert, au motif que ses conclusions ne répondent pas au test du « préjudice réel » donc de la pertinence. À notre connaissance, aucune décision ou jugement rapporté ne soulève cette question.

[8] (note de l'auteur)

(à suivre…)

> […]
>
> L'exigence est que l'opinion soit nécessaire au sens qu'elle fournit des renseignements «qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury»
>
> […]
>
> c) L'absence de toute règle d'exclusion
>
> Le respect des critères a), b) et d) n'assurera pas l'admissibilité de la preuve d'expert si celle-ci contrevient à une règle d'exclusion de la preuve, distincte de la règle applicable à l'opinion.
>
> […]
>
> d) La qualification suffisante de l'expert
>
> Enfin, la preuve doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage[9]. »

La lecture des quatre conditions énoncées ci-dessus tend à indiquer que le respect ou le non-respect des devoirs d'indépendance et d'impartialité d'un témoin expert aura avant tout un impact sur la valeur probante de son témoignage et non sur son admissibilité.

Si la question de l'impartialité n'a pas été abordée par la C.S.C. dans *Mohan*, l'une des décisions les plus souvent citées en la matière demeure *National Justice* c. *The Ikarian Reefer et autres*[10]. Dans cette affaire, un navire frigorifique, propriété du défendeur, avait échoué et pris feu. Plaidant que le navire avait été échoué et incendié volontairement, le demandeur, l'assureur du navire, refusait de verser toute indemnité à la suite du sinistre. Après analyse de la preuve d'expert présentée devant lui, M. le juge Cresswell a conclu que le navire n'avait pas été incendié par son propriétaire

---

(…suite)

L'application de ce critère apparaît plus délicate en matière d'évaluation foncière, ou à chaque fois que l'instance a lieu devant un tribunal spécialisé qui, par définition, dispose souvent d'une expérience et de connaissances approfondies à propos du sujet visé, sinon des faits de l'espèce.

9 *Mohan*, précité, note 6, 20.

10 [1993] 2 Lloyd's Rep. 68. Confirmé sur cette question à [1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.). Le terme anglais *reefer* fait ici référence à un navire frigorifique.

et présentait comme suit les règles devant gouverner le témoignage d'un expert lors d'un procès civil :

> « (a) [indépendance] expert evidence must be, and should be seen to be, the independent product of the expert, uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation ;
>
> [impartialité] an expert witness should provide independent assistance to the court by way of an objective, unbiased opinion in relation to matters within his expertise;
>
> an expert witness should state the facts or assumption upon which his or her opinion is based. An expert should not omit material facts which could detract from his or her concluded opinion;
>
> an expert witness should make it clear when a particular question or issue falls outside his or her expertise;
>
> if an expert's opinion is not sufficiently researched because he or she considers that insufficient data is available, then this must be stated with an indication that the opinion is no more than a provisional one;
>
> if, after an exchange of reports, an expert witness changes his or her view on a material matter, such change of view should be communicated to the other side; and
>
> where expert evidence refers to photographs, plans, calculations, etc. these must be provided to the opposite party[11]. » (Notre soulignement)

Le droit civil québécois reconnaît et sanctionne les critères d'impartialité et d'indépendance et les devoirs qui y sont connexes. Ainsi, M. le juge Mongeau résumait la jurisprudence applicable dans *The Boiler Inspection and Insurance Company of Canada et autres* c. *Manac Inc. et autres*[12], une décision imposante traitant de la responsabilité de la destruction totale par le feu d'un abattoir de veaux situé à St-Louis de France. Dans cette affaire, la question technique soumise à la Cour consistait à évaluer l'impact de l'utilisation de parois intérieures faites d'un produit appelé « Arcoplast », fabriqué et vendu par l'intimé Manac/Nortex, dans la propagation de l'incendie.

À la suite d'une enquête et d'une audition de 76 jours décrites par la Cour comme « 83. […] un long fleuve auquel se sont joints d'innombrables affluents de prétentions factuelles, juridiques et scientifiques qui ont été la source de nombreux arguments[13]. » et au cours desquels ont défilé

---

[11] *Id.*, 81.

[12] C.S. Montréal, n° 500-05-012751-903, 26 septembre 2003.

[13] *Id.*, 83.

22 témoins experts, M. le juge Mongeau s'exprimait comme suit avant de conclure que l'utilisation de l'Arcoplast était responsable de la propagation de l'incendie :

> « REMARQUES GÉNÉRALES SUR LES EXPERTISES
>
> 173. Il est essentiel que le témoignage d'un expert soit empreint d'une objectivité irréprochable.
>
> 174. Trop souvent l'expert est porté à oublier que lorsqu'il est reconnu par le Tribunal pour son expertise dans un domaine particulier, il devient l'expert de la Cour. Il est celui qui conseille le juge du procès sur un aspect technique particulier qui est normalement hors de la compétence habituelle d'un juge.
>
> 175. En l'espèce, le Tribunal constate que le témoignage de certains experts manquait grandement d'objectivité. Le procès prenait parfois, subtilement, des allures de "batailles personnelles" - J'ai raison, tu as tort. Je suis un meilleur expert que toi
>
> […]
>
> 179. Certains experts ont de plus choisi de laisser de côté des éléments de preuve parce que ces éléments ne supportaient pas leurs conclusions. D'autres ont exagéré la réalité. […]
>
> 180. L'objectivité dans l'expertise et la crédibilité de l'expert sont des éléments qui s'évaluent ensemble.
>
> […]
>
> 182. Lorsqu'un expert devient sélectif dans son choix de preuve, lorsqu'il s'efforce de trancher un point litigieux par complaisance pour la partie qui retient ses services, lire qui le paie, tandis que la vérité scientifique lui dicte d'être prudent dans l'expression de son opinion ou lorsqu'un expert ne peut soutenir certaines affirmations par la preuve, il fait alors montre de parti pris et d'un manque de rigueur qui affecte l'ensemble de son témoignage. Son expertise est d'autant plus affaiblie et sera mise de côté.
>
> […]
>
> 184. Le Tribunal est confronté à certaines expertises partisanes, confuses et préparées plus par intérêt personnel que pour éclairer la Cour dans un litige difficile […].
>
> […]
>
> 186. Le Tribunal constate que la concurrence normale entre certains experts dans un domaine très spécifique, tel l'investigation d'incendie au Québec, fait

> place en certaines occasions à une animosité évidente. D'anciens associés qui veulent montrer à l'autre qu'ils sont les meilleurs n'amènent malheureusement pas l'éclairage dont le Tribunal a besoin.
>
> […]
>
> 191. La motivation de l'expert ne doit pas être l'obtention d'un prochain mandat. Elle doit être d'éclairer le Tribunal dans son domaine d'expertise avec impartialité, honnêteté et rigueur.
>
> […]
>
> 197. Ce qui précède sont les considérations générales tirées des autorités et de la jurisprudence que le Tribunal applique afin d'évaluer la preuve d'expertise que les parties ont présentée[14]. »

Malgré les commentaires ci-dessus, reflétant sans aucun doute des situations exceptionnelles, le degré d'impartialité ou de partialité d'un témoin expert demeure le plus souvent difficile à mesurer.

2. LES SANCTIONS

L'analyse des décisions des tribunaux, tant de juridiction de droit civil que de *common law*, aide à cerner certains standards ou tests permettant d'identifier une partialité ou un manque d'indépendance apparents devant être sanctionnés ainsi que les sanctions appropriées devant alors être imposées, qu'il s'agisse :

a) de réduire la valeur probante du témoignage; ou

b) de l'exclure entièrement, au motif qu'il est inadmissible ou sans valeur probante et autoriser :

   i) l'expert à se présenter à la Cour comme témoin idoine;

   ii) l'expert à présenter un nouveau rapport d'expertise;

   iii) la partie visée à retenir les services d'un nouvel expert et à présenter un nouveau rapport d'expertise; ou

---

[14] *Id.*, par. 173 et suiv.

iv) condamner plutôt la partie visée à procéder sans le bénéfice d'un expert.

Tel qu'exposé ci-dessus, les tribunaux ont traditionnellement sanctionné le manque d'indépendance ou la partialité apparente en réduisant d'autant la valeur probante des témoignages visés. Toutefois, la jurisprudence fait état d'exceptions importantes.

Dans *M(D) requérant* c. *B(D) intimé*[15], M. le juge Guilbeault a écarté complètement le témoignage d'une orthophoniste au motif d'une partialité évidente. Les extraits suivants du jugement permettent de souligner l'importance du grief soulevé par la Cour et d'en justifier la conclusion :

> « Le Tribunal a rarement vu un tel parti pris de la part d'un témoin expert. Il ne fait aucun doute que madame Larose a épousé la cause de madame B […] et son attitude en Cour a convaincu la Tribunal qu'il se devait d'écarter complètement l'opinion émise par ce témoin.
>
> La partialité transpire même dans ses rapports écrits. Elle utilise la majuscule de façon tout à fait inappropriée et ses recommandations sont sans aucune valeur pour le Tribunal[16]. »

Le témoignage d'un expert a aussi été rejeté en entier par la Cour suprême de Nouvelle-Écosse dans *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd*. c. *Jones Power Co*.[17], et ce, bien que les qualifications de l'expert visé étaient incontestables, au motif que le rapport d'expertise constituait avant tout une argumentation en faveur de la défenderesse :

> « In spite of his very impressive credentials, [l'expert] came across more as an advocate […] than as an expert witness assisting the Court in understanding complex issues[18]. »

Face au rejet de son rapport d'expertise, la défenderesse a demandé et obtenu de la Cour une remise de l'audition, lui accordant un délai suffisant afin de retenir les services d'un autre expert et de présenter un nouveau rapport d'expertise.

---

15 R.E.J.B. 99-11836.

16 *Id*., par. 59, 63.

17 [1999] CarswellNS 460.

18 *Id*., par. 1.

Dans une autre affaire, *McNamara Construction Company* c. *Newfoundland Transshipment Limited et autres*[19], la Cour, ayant rejeté un rapport d'expertise au motif de partialité, a néanmoins permis au demandeur d'obtenir un ajournement, et au même expert de préparer un nouveau rapport. Cette conclusion paraît logique si l'on considère que la Cour avait, en l'espèce, rejeté le rapport de l'expert avant que celui-ci ne témoigne et qu'elle ne pouvait, à ce stade, conclure que l'expert lui-même devait être disqualifié ou ne bénéficier que de peu de crédibilité.

Dans *Fortin* c. *Cie d'assurance Wellington*[20], M. le juge Crête rappelait que la preuve directe en matière d'incendie volontaire était souvent difficile à établir, les éléments déclencheurs étant généralement détruits dans le brasier, ne laissant que des cendres dont l'interprétation est laissée à des experts dont les opinions sont le plus souvent aussi variées que divergentes. Dans cette affaire, les questions soumises à la Cour consistaient à déterminer si l'incendie visé était intentionnel et, deuxièmement, si le demandeur en était responsable. Critiquant le témoignage de l'expert retenu par le demandeur au motif qu'il omettait des éléments de preuve importants, M. le juge Crête concluait que celui-ci avait « perdu toute crédibilité » :

> « Cela amène le tribunal à commenter le rapport et le témoignage de l'expert André Payette quant à leur crédibilité et leurs conclusions.
>
> Le rôle d'un expert, même payé par l'une des deux parties, est d'aider le tribunal à mieux comprendre le caractère technique d'un problème et non pas de défendre, coûte que coûte, la thèse de celui qui retient ses services. L'expert doit garder le détachement et l'objectivité qui, en dernière analyse, rendront sa position défendable, crédible et convaincante.
>
> Ici, le tribunal doit constater que M. Payette n'a malheureusement pas fait montre du détachement et de l'objectivité requis.
>
> Bien que M. Payette ait été informé de la découverte par les pompiers et les policiers d'un bidon d'essence à l'endroit même où il pouvait lui-même constater un point de basse et intense carbonisation, son rapport n'en fait aucune mention. De fait, même s'il savait, avant la rédaction de son rapport, qu'on soupçonnait un incendie volontaire, M. Payette n'a même pas cru bon de vérifier les informations pertinentes ni pris soin de consulter le rapport

---

19 [1998] ST. J. No. 0942.

20 C.S. Montréal, n° 500-05-024245-969, 7 mars 2000. L'appel de ce jugement a été rejeté sur requête par la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada a refusé d'accorder permission d'en appeler.

d'intervention des pompiers, lequel faisait clairement état de la présence d'un bidon d'essence au foyer d'incendie.

Pourquoi n'a-t-il pas jugé bon de le faire? Il s'en explique:

"Bien, écoutez une minute, là. Il faut comprendre une chose: Dans le cas présent, je travaillais pour la victime qui était également, là ... [...] Qui était également indirectement visé, là, en tant qu'incendie criminel. Et, l'avocat également était dans la même position."

Plus loin :

"Quand j'ai dit que je ne voulais pas être... je ne voulais pas influencer, là, mon cheminement. Si je pars avec l'idée que c'est un incendie avec de l'essence et que je veux prouver que c'est un incendie volontaire, je ne vais voir que le bidon d'essence ou je ne vais travailler qu'en fonction du bidon d'essence.

Si je veux faire le contraire, je ne vais travailler qu'en fonction de l'enlever de là... de ne pas le voir."

Il ressort clairement du témoignage de M. Payette une incompréhension fondamentale chez lui de son rôle d'expert. Contrairement à ce qu'il semble penser, le rôle d'un expert n'est pas de défendre la thèse de celui qui retient ses services, de "travailler pour la victime".

[…]

Un expert éclaire le tribunal sur ses constations, les hypothèses plausibles et les conclusions qu'on devrait en tirer. Il ne peut pas feindre d'ignorer ou de taire des faits pertinents au débat, sous prétexte que cela pourrait "fausser son jugement" ou l'amener à une conclusion qui risquerait d'être défavorable à la partie qui a retenu ses services. Bref, l'expert ne doit jamais être inféodé à son client.

Dans le cas qui nous occupe, il est manifeste que l'expert Payette a choisi d'être le porte-parole de son client plutôt qu'un auxiliaire de la justice. En omettant délibérément de parler de ce qui pourrait être dommageable à la thèse de M. Fortin, l'expert Payette a malheureusement perdu toute crédibilité. Il a presque fait montre d'aveuglement volontaire[21]. »

Dans *Construction Garnier Ltée* c. *Newell Industries Canada Inc. et autres*[22], une affaire traitant de dommages constatés à la suite du déglaçage de toitures après le grand verglas de 1998, M. le juge Beaudoin a retiré la

---

21 *Id.*, par. 43.

22 C.S. Laval, n° 540-17-000221-985, 14 novembre 2001.

qualification de témoin expert à un certain M. Williot, au motif qu'il avait fait montre d'une « subjectivité patente » et n'a retenu son témoignage que comme celui d'un témoin idoine :

> « 67. Contre-interrogé, il se débat comme un diable dans l'eau bénite. Il ne sait pas pourquoi, à propos du 79 de Normandie, il a écrit: "libre de défauts majeurs", ce qu'il n'a pas fait pour le 605 d'Iberville.
>
> 68. Bien que le tribunal ait avisé les procureurs des parties et les experts eux-mêmes que ces derniers n'avaient pas de cause à gagner, il a maintenu le cap et s'est entêté dans des théories inapplicables au cas en l'espèce.
>
> 69. Ainsi, il a toujours prétendu que la durée de vie utile d'une toiture était de trente (30) ans. Même en contre preuve, et ce après que le tribunal eut indiqué clairement qu'il retenait, après avoir entendu les autres experts, le chiffre de vingt-cinq (25) ans à cet égard.
>
> […]
>
> 71. Bien que les capacités professionnelles de M. Williot ne soient pas mises en cause, il n'a pas en l'espèce aidé le tribunal comme un expert se doit de le faire.
>
> […]
>
> 76. Tout ce qui n'allait pas dans l'intérêt de Cédomatec était rejeté du revers de la main.
>
> 77. Son témoignage manque de crédibilité et ne sera pas retenu par le tribunal comme celui d'un expert mais plutôt comme celui d'un témoin ordinaire de faits[23]. »

De façon similaire, dans une décision récente, *Logan* c. *Ville de Mont-Royal et Demix Construction*[24], M. le juge Côté n'a pas hésité à n'accorder aucune valeur probante au témoignage d'un expert au motif que, selon la Cour, ce dernier semblait prêt à utiliser n'importe quelle source d'informations, sans la qualifier ou la vérifier, afin de défendre la partie défrayant ses honoraires.

Cette affaire visait des dommages causés à une résidence montréalaise à la suite d'un affaissement du sol, cette fois occasionné, selon la demanderesse, par des travaux de réfection voisins. Un des témoins retenus à

---

23 *Id.*, par. 67 et suiv.

24 C.S. Montréal, n° 500-05-001395-93, 1er août 2002.

titre d'expert par la demanderesse, un certain M. Karaguesian, a présenté à la Cour son opinion à l'effet qu'un sol comprenant une forte proportion de glaise pouvait se liquéfier sous l'impact de vibrations répétées. Questionné sur ses sources, le témoin, dépourvu, n'a pu que faire référence à « […] a book published on the Internet […]. I presumed the author is an engineer, but I don't know […] » sans préalablement informer la Cour que l'ouvrage en question traitait de poterie et non de géologie! M. le juge Côté n'accorda aucune valeur probante au témoignage de Karaguesian en assimilant son opinion à un manque d'impartialité :

> « 58. There remains the effect of vibrations, originating from road construction machinery, and the consequent liquefaction of the clay, as posited by Karaguesian but unsupported by anyone else, with the notable exception of the Internet piece (D-6) which deals with remolded clay in its use for pottery purposes. Such proffering of an opinion from an untested source, dealing with a subject entirely different from the one in issue, present such a patent lack of seriousness on the part of someone acting as an expert before the Court that it strongly suggests that no credibility should be awarded to it. Consequently, the expert report by Karaguesian and his testimony shall be disregarded entirely. Here is someone, purporting to act as an expert witness – with the attending duty to enlighten and assist the Court in arriving at a truthful finding – who will draw from any source, without testing or qualifying same, in order to argue the case of the party paying his fees. His testimony is thus of no value and its [sic] carries no conviction[25]. »

Les décisions citées ci-dessus permettent de conclure, de façon générale, que les comportements suivants seront sanctionnés par les tribunaux, soit en réduisant d'autant la valeur probante du témoignage visé, soit en l'excluant totalement, soit en refusant au témoin la qualité de témoin expert, sans critères apparents quant au choix de la sanction appliquée :

a) l'opinion exprimée par le témoin expert est définitive et sans nuance, malgré une preuve pertinente contradictoire – le témoin expert semble omettre de considérer adéquatement certains éléments de preuve;

b) le témoin expert ne peut soutenir ou démontrer certains fondements factuels favorables à son client sur la base desquels repose – en tout ou en partie – l'opinion présentée;

c) le témoin expert adopte une approche argumentative, proche de la plaidoirie; ou

---

[25] *Id.*, par. 58.

d) l'opinion exprimée par le témoin expert contredit ses opinions exprimées précédemment, dans le cadre de publications ou d'autres jugements.

3. LE TÉMOIN EXPERT EMPLOYÉ D'UNE PARTIE

Comme mentionné précédemment, la situation du témoin expert employé à temps plein ou de façon récurrente par une partie, tel l'évaluateur municipal, constitue l'une des facettes les plus souvent considérées de l'obligation d'indépendance. De façon générale, la jurisprudence est à l'effet que le témoin employé par une partie peut être qualifié de témoin expert, mais que ce facteur doit être considéré en termes de valeur probante.

L'une des décisions clés en la matière est celle de la Cour d'appel du Québec (ci-après « C.A. ») dans *General Motors du Canada Ltée.* c. *Cie d'assurance Missisquoi & Rouville*[26]. Dans cette affaire, General Motors en appelait, entre autres, d'un jugement interlocutoire de la Cour provinciale ayant refusé de considérer son témoin comme témoin expert, malgré ses qualifications et connaissances « plus que suffisantes », au seul motif qu'il était l'un de ses employés. En accueillant l'appel, en se fondant principalement sur l'arrêt *N. M. Paterson and Sons. Ltd.* c. *Mannix Ltd.*[27], M. le juge Bernier indiquait simplement :

> « Le premier juge ayant reconnu la grande compétence et la longue expérience du témoin en la matière, il devait l'entendre comme témoin expert et lui permettre d'émettre des opinions en plus de témoigner sur ses sources d'informations et les faits qui sont à sa connaissance personnelle[28]. »

La question a fait l'objet d'une analyse plus nuancée de la part de M. le juge Wery dans *Binet* c. *Ville de Montréal*[29]. Il s'agissait d'une affaire visant à déterminer si un érable appartenant à la Ville de Montréal avait accentué l'assèchement du sol sous le mur de fondation de la propriété du demandeur. À propos du témoignage de l'expert de la Ville de Montréal, M. Rocray, M. le juge Wery écrivait ce qui suit :

---

26 [1988] R.D.J. 18 (ci-après « *General Motors* »).

27 [1966] R.C.S. 180.

28 *General Motors*, précité, note 26, 19. La C.A. est parvenue à une conclusion similaire dans *Mont-Tremblant* c. *Tellier*, [1994] R.D.J. 44 en matière d'évaluation immobilière quant à un témoin expert employé de la municipalité appelante.

29 C.S. Montréal, n° 500-05-016415-836, 20 juillet 2001.

> « 69. L'expert Rocray est sans doute une sommité dans son domaine, mais sa situation est quelque peu inconfortable puisqu'il est à l'emploi de la ville de Montréal depuis 1984.
>
> […]
>
> 71. Son témoignage doit donc être analysé dans la perspective de ses obligations de loyauté envers son employeur. Cela ne veut pas dire qu'il dit n'importe quoi ou qu'il compromet son intégrité professionnelle. D'ailleurs, les deux experts expriment beaucoup de respect l'un envers l'autre. Mais il est évident que son degré d'objectivité risque d'être affecté. Or, l'objectivité est l'ingrédient essentiel recherché par le Tribunal dans son appréciation du témoignage d'un expert.
>
> 72. L'expert Rey-Lescure a les coudées plus franches que l'expert de la Ville. Sans douter de l'expertise et de la bonne volonté de l'expert Rocray, on sent en effet que celui-ci défend une thèse qui est en quelque sorte la position officielle de la Ville qui a des intérêts à protéger qui dépassent ceux de l'espèce. Sa vision des choses est apparue plus théorique que celle de l'expert Rey-Lescure.
>
> 73. L'opinion avancée par l'expert Rey-Lescure a l'avantage de s'appuyer sur des éléments factuels. On a beau soutenir qu'il est difficile pour les racines de voyager dans l'argile, près ou sous les fondations, il n'en reste pas moins, comme on l'a vu, que de telles racines ont été trouvées à cet endroit.
>
> 74. Il est bien connu que le Tribunal n'est pas tenu de retenir le témoignage d'un expert. De plus, "[l']opinion qui est fondée sur des faits légalement prouvés est plus convaincante que celle qui s'appuie sur des théories générales ou abstraites"[30]. »

À la lumière des jugements ci-dessus, il semble que, si le témoignage d'un expert ne saurait être rejeté au seul motif qu'il est à l'emploi – à temps plein ou de façon récurrente – de la partie qui a retenu ses services, ce fait doit néanmoins être porté à l'attention de la Cour, qui pourra alors considérer cette preuve avec toutes les réserves d'usage. Toutefois, d'autres problèmes d'indépendance peuvent mener un tribunal à refuser de reconnaître la qualité d'expert d'un témoin.

Cette question a été abordée par la C.A. dans *Procureur général du Québec* c. *Jean Marleau*[31]. Dans cette affaire, la C.A. était saisie d'un pourvoi à l'encontre de deux jugements interlocutoires de la Cour du Québec, maintenant entre autres l'objection du contribuable à ce qu'un

---

[30] *Id.*, par. 69 et suiv.

[31] [1995] R.D.J. 236.

géologue à l'emploi du ministère québécois des Ressources naturelles agisse comme témoin expert pour l'appelant, au motif principal qu'il aurait pu avoir accès à des informations confidentielles à propos de l'intimé alors qu'il était à l'emploi du Bureau fédéral de développement régional. M. le juge d'appel Chamberland présentait l'analyse suivante à propos des craintes soulevées par le premier juge :

> « Le premier juge s'inquiète plutôt du fait que d'une part, le témoin ait pu avoir accès à des informations confidentielles qu'il pourrait ensuite utiliser contre l'intimé et d'autre part, qu'il puisse être partial.
>
> […]
>
> Quand au premier point, je partage toutefois les inquiétudes du premier juge, inquiétudes qui sont, à mon avis, suffisamment sérieuses pour conclure que monsieur Roch Gaudreau ne devrait pas témoigner comme expert dans ce dossier. […] Il a eu accès à des informations que le BFDR s'engageait auprès des entreprises à tenir confidentielles. Il est en preuve que, dans ce contexte, il a échangé avec les dirigeants de l'entreprise, dont l'intimé; il leur a même suggéré, à cette occasion, de procéder à certains travaux de forage. Son implication ne s'est pas limitée à cette période. En effet, quand les travaux ont été exécutés, il a de nouveau été en communication avec le BFDR et, en janvier 1994, il a même obtenu, avec l'autorisation de l'entreprise, le rapport des travaux exécutés.
>
> […]
>
> Dans ce contexte, le premier juge avait raison de craindre que monsieur Gaudreau, tout en étant de la plus absolue bonne foi, puisse exprimer une opinion fondée non seulement sur des informations publiques mais également sur des informations confidentielles provenant soit du rapport des travaux, qu'il a obtenu en janvier 1994, soit de ses rencontres et conversations avec l'intimé et les autres membres de son groupe en octobre 1991. Tous les cas ne sont pas pareils mais je ne vois pas, en l'espèce, comment le témoin pourrait exprimer une opinion sur la valeur de la propriété expropriée, tout en faisant le tri entre les informations qui sont publiques et celles qui sont confidentielles.
>
> L'intérêt de la Justice commande, à mon avis, et nonobstant la bonne foi et l'intégrité de monsieur Gaudreau, que ce dernier s'abstienne d'agir comme expert dans ce dossier[32]. »

---

[32] *Id.*, 240 et suiv.

CONCLUSION : EXPERT-CONSEIL *VERSUS* TÉMOIN EXPERT

Le court exposé qui précède fait ressortir, entre autres, la distinction fondamentale entre l'expert-conseil et le témoin expert, comme corollaire des devoirs d'impartialité et d'indépendance de ce dernier, tel que sanctionné par les tribunaux de juridiction de droit civil et de *common law*.

La fonction première de l'expert-conseil consiste à assister la partie qui retient ses services aux fins du litige visé. L'expert-conseil fait partie intégrante de l'équipe secondant le procureur principal et voit à orienter et conseiller ce dernier afin, par exemple, de déterminer les sujets d'expertise et les experts devant être présentés. L'expert-conseil soulignera, à propos des questions de nature scientifique ou technique à l'intérieur de son champ d'expertise, les aspects qu'il considère probants et ceux qui demeurent périlleux. L'expert-conseil est essentiellement partisan et a pour mission de présenter, sinon de plaider, un dossier de la façon la plus favorable.

En somme, l'expert-conseil ne peut agir comme témoin expert devant un tribunal, ne répondant tout simplement pas aux critères impératifs afin de présenter une opinion objective et impartiale. La distinction étanche entre ces deux rôles permettra certainement d'éviter l'application des sanctions mentionnées ci-dessus.

RÉUSSIR LE TRANSFERT D'UNE ENTREPRISE FAMILIALE : MYTHE OU RÉALITÉ?

Sylvain Darche
Groupe Conseil Sylvain Darche inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7:3

1. QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES D'UN TRANSFERT NON RÉUSSI? 7:3

2. POURQUOI EST-CE SI DIFFICILE DE RÉUSSIR UN TRANSFERT À LA PROCHAINE GÉNÉRATION? 7:4

3. STRATÉGIE DE TRANSMISSION RÉUSSIE 7:6

3.1. PRÉPARER LES PARENTS-PROPRIÉTAIRES 7:6
3.2. PRÉPARER LA FAMILLE 7:9
3.3. PRÉPARER LA RELÈVE 7:10
3.4. PRÉPARER L'ENTREPRISE ET LE PERSONNEL 7:11
3.5. PRÉPARER LA RELÈVE DE LA PROCHAINE GÉNÉRATION 7:11

CONCLUSION 7:12

ANNEXE 1 ..... 7:14

ANNEXE 2 ..... 7:17

ANNEXE 3 ..... 7:19

ANNEXE 4 ..... 7:22

INTRODUCTION*

Quelques statistiques révélatrices

Au Québec, **80 %** des entreprises sont familiales.

- 159 881 entreprises familiales vivront un changement de mains d'ici six ans.
- 56 % des chefs d'entreprise prendront leur retraite d'ici 10 ans.
- Transfert à la deuxième génération - **taux d'échec : 75 %**.
- Transfert à la troisième génération - **taux d'échec : 90 %**.
- 30 % des entreprises au Québec n'ont pas de relève… ou le futur passe par la vente!
- 45 % des entreprises susceptibles de procéder au transfert de leur entreprise vivent des difficultés de tout ordre : tensions, problèmes de communications et difficultés administratives.

1. QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES D'UN TRANSFERT NON RÉUSSI?

1. L'échec se traduit par des fins abruptes d'entreprises avec une incidence directe sur l'économie :

   a) des familles déchirées – trop de conflits;

   b) la disparition d'un savoir-faire et d'entreprises solides;

   c) la perte de milliers d'emplois;

   d) une perte de contrôle en faveur d'intérêts étrangers;

   e) etc.

---

* Ce texte résume la présentation de Sylvain Darche d'une durée de 40 minutes. Il s'agit donc d'un survol des différents aspects importants à prévoir lors d'un transfert d'entreprise à la génération qui suit.

2. L'échec a aussi une incidence directe sur le travail des professionnels qui deviennent **à risque** à deux niveaux!

   a) D'abord par la disparition d'un certain nombre d'entreprises…

   b) Ensuite, par la difficulté de maintenir des liens avec les membres de la relève.

2. POURQUOI EST-CE SI DIFFICILE DE RÉUSSIR UN TRANSFERT À LA PROCHAINE GÉNÉRATION?

1. Les familles en affaires n'ont pas de modèle concret à suivre pour réussir une transmission d'entreprise. Elles ne parlent pas ouvertement du dossier de transfert. Elles ont tendance à improviser des solutions qui répondent à l'urgence de la situation sans tenir compte de la survie à long terme de l'entreprise et de la famille. Ce type de réaction ou d'action prise à la dernière minute génère souvent des conflits à l'intérieur de la famille et de l'entreprise.

2. Les entrepreneurs consacrent environ 80 000 heures pour bâtir leur entreprise. Les données soulignent qu'ils en consacrent seulement six au transfert de leur entreprise. Les entrepreneurs reportent toujours le dossier à plus tard car opérer l'entreprise semble prendre toute la place.

3. Les entrepreneurs ont l'impression qu'ils seront toujours là. Ils ne voient pas vraiment le potentiel des jeunes. Ils les croient toujours trop jeunes et pas prêts à relever les défis. Ils négligent une partie importante du processus de transmission soit la formation et un long apprentissage des rouages de l'entreprise. Si l'on veut que la relève développe une vision d'ensemble et se construise une crédibilité auprès des employés, des fournisseurs et des clients, il est essentiel de favoriser un apprentissage qui permettra aux jeunes de gravir lentement mais sûrement les échelons, à la mesure de leurs talents et intérêts.

4. La peur de créer des chicanes de famille ou des batailles épiques en abordant le sujet de la relève de l'entreprise incite plusieurs entrepreneurs à reporter la discussion aux calendes grecques. S'il est vrai que le sujet peut occasionner quelques remous, il faut prioritairement se donner un encadrement pour éviter que les échanges dérapent au lieu de reporter indéfiniment la discussion. Différencier les différents rôles que jouent les membres de la famille est difficile et génère beaucoup de confusion. Ainsi par exemple, qui parle dans l'entreprise? Est-ce le patron ou le père? Le fils, la fille ou l'employé(e) (future relève)?

5. Les entrepreneurs pensent que les recettes utilisées pour la gestion courante d'une entreprise s'appliquent sans autre discernement à l'entreprise familiale et à sa transmission. Le choc est parfois brutal…

6. L'entreprise familiale constitue à plus d'un égard le modèle d'affaires le plus complexe au monde de par sa nature et de par les nombreuses interrelations. C'est lors de conflits majeurs que les familles en affaires découvrent qu'il y a une différence entre gérer une entreprise et procéder au transfert de l'entreprise familiale.

7. Les entrepreneurs estiment que les aspects comptables et fiscaux de la transmission de l'entreprise sont prioritaires. Ils croient souvent que ce sont les seuls éléments importants à considérer…

8. Il faut éviter que les conseillers de l'entreprise de même que chaque personne impliquée dans le dossier du transfert d'entreprise travaillent en vase clos, ce qui limite leur vision d'ensemble et nuit à l'avancement du dossier.

Approche courante d'un transfert

a) Faire fonctionner l'entreprise

b) Prévoir les impacts fiscaux et comptables

c) Préparer une convention d'actionnaires

d) Sécuriser les finances des parents

e) Envisager une préparation de la relève

Les impacts de cette approche traditionnelle :

- Taux d'échec de 75 % à 90 %

- Naissance de conflits

- Perte de contrôle et improvisation

3. STRATÉGIE DE TRANSMISSION RÉUSSIE

Comment aider les familles en affaires à réussir non seulement leur entreprise mais aussi leur famille?

Opter pour une stratégie de transmission réussie

Parmi les principales conditions gagnantes, on retrouve :

1. Valider les objectifs de base : assurer le succès de l'entreprise et l'harmonie familiale.

2. Préciser les objectifs spécifiques pour la famille et pour l'entreprise.

3. Travailler en équipe avec les divers conseillers professionnels.

4. Favoriser des échanges ouverts entre l'entrepreneur et les membres de la relève.

5. Élaborer une solide formation pour les dauphins de l'entreprise.

Les effets de cette stratégie en cinq étapes sont probants :

- Improvisation réduite;

- Meilleure connaissance des diverses étapes et engagements pour chacun;

- Compréhension des règles connues à l'avance;

- Amélioration des relations familiales;

- Consolidation de l'entreprise.

3.1. PRÉPARER LES PARENTS-PROPRIÉTAIRES

Cette préparation s'effectue sur tous les plans : familial, personnel, professionnel, financier et légal.

Sur le plan familial

- Établir avec tous les membres de la famille des **règles claires** pour favoriser la transmission de l'entreprise :

– Assurer la qualité des relations et le maintien de bonnes communications dans la famille;

– Favoriser la conciliation famille/entreprise.

Exemples de quelques règles à définir :

- Les critères pour entrer dans l'entreprise;
- La place des conjoints, des petits-enfants, etc.;
- La rémunération des membres de la famille;
- Le choix du successeur.
- Comment prendrons-nous nos décisions? Donnerons-nous priorité à la famille ou à l'entreprise?
- Etc.

Avantage : Éliminer l'improvisation… et faciliter la compréhension.

Sur le plan personnel

- Travailler à développer des aptitudes pour passer de patron à coach auprès de la relève.

  Le patron se doit de jouer davantage le rôle d'un pédagogue auprès des membres de la relève. Outre la patience, le patron doit pouvoir émettre des commentaires d'encouragement..., être présent et apporter le support nécessaire.

- Déterminer les rôles futurs du patron.

  Étape essentielle pour faciliter la transition. Quels seront les rôles du patron pour les trois prochaines années?

- Consolider son identité en dehors de l'entreprise.
- Des communications constantes et satisfaisantes.

Les entrepreneurs peuvent adopter la politique de l'autruche ou aborder franchement la question de la relève de l'entreprise avec tous les membres de la famille, dans le but de mettre à jour les attentes de chacun et d'entretenir de bonnes relations entre parents et enfants et, éventuellement, entre parent/patron et enfants/employés.

Il s'agit du plus grand défi de l'entrepreneur, auquel on ajoute celui d'entretenir des relations toutes aussi stimulantes avec ses collaborateurs immédiats et son personnel.

Sur le plan financier et légal

- Identification des besoins personnels

- Sécurité financière

  Les avoirs de l'entrepreneur sont très souvent engagés entièrement dans l'entreprise. Pour faciliter le retrait éventuel du parent propriétaire et contribuer à une transmission réussie aux dauphins, il est préférable de bâtir un fond à l'extérieur de l'entreprise. Avec l'aide de planificateurs financiers, comptables et fiscalistes, l'entrepreneur peut également opter pour d'autres mécanismes qui lui permettront d'obtenir la sécurité financière souhaitée. Une telle façon de faire diminue d'autant la pression sur les épaules tant des parents-propriétaires que des enfants appelés à assurer la relève.

- Impôts

- Convention d'actionnaires

Tout le monde convient de l'importance de préparer les aspects financiers, fiscaux et légaux d'un transfert d'entreprise. Mais il est tout aussi primordial de veiller aux impacts de chacune de ces décisions sur la famille et l'entreprise, à court, moyen et long termes.

Les entrepreneurs qui ont réussi consultent leurs fiscalistes et conseillers juridiques mais également un coach, un conseiller qui leur sert de guide pour prévoir tous les aspects importants des entreprises familiales en transition, à savoir :

- L'impact de certains types d'actionnariat sur les relations familiales;

- La politique d'intégration des enfants et petits-enfants;
- Le maintien de liens forts avec les membres de la famille qui ne travaillent pas dans l'entreprise;
- Etc.

Sur le plan professionnel (entreprise)

- Identification des défis pour l'entreprise;
- Préparer la succession immédiate;
  - Préparation des enfants :
    - Responsabilités;
    - Travail – ouverture aux expériences;
    - Rapport avec l'argent;
    - Leur avenir dépend de leurs efforts et ne doit pas uniquement être basé sur le succès des parents.
  - Préparation des employés et des cadres.

3.2. PRÉPARER LA FAMILLE

Définir en famille, préférablement avec l'aide d'un conseiller expert en entreprises familiales, les situations qui peuvent représenter des difficultés pour élaborer des solutions appropriées.

- Créer un espace de vie équilibré famille/entreprise.
- Établir des règles claires pour favoriser la vie familiale harmonieuse :
  - Réduire les sujets de discussion sur l'entreprise;
  - Respecter la vie privée des membres de la famille et de leurs conjoints;
  - Définir des mécanismes de règlement de conflits;

  - Favoriser des moments de rencontres familiales;
  - Préciser des principes de communication;
  - Identifier les conditions d'entrée pour travailler dans l'entreprise;
  - Préciser les rôles entre la famille, l'entreprise et le conseil d'administration.
- Définir les éléments pour préserver l'équité :
  - Politique salariale;
  - Critères d'évaluation.

3.3. PRÉPARER LA RELÈVE

- Élaborer un plan détaillé pour favoriser l'intégration.
- Développer chez la relève des habiletés et des expériences diversifiées :
  - Suggérer un apprentissage à l'extérieur de l'entreprise;
  - Se donner le temps de gravir les échelons au sein de l'entreprise;
  - Miser sur une formation solide;
  - Apprendre à gérer son patron qui est aussi son père ou sa mère…
  - Comprendre les préoccupations des parents dans la gestion quotidienne de l'entreprise et dans le développement des projets futurs;
  - Apprendre à communiquer et à aller chercher des réactions;
  - Développer sa patience…
- Comprendre ses différents rôles au sein de la famille, de l'entreprise et du conseil d'administration.
- Développer un plan de transition pour la relève échelonné sur trois années.
- Etc.

3.4. PRÉPARER L'ENTREPRISE ET LE PERSONNEL

Comment rassurer le personnel par rapport à leur emploi dans l'entreprise?

- Élaborer un plan d'action:
  - Préparation du personnel (employés, cadres) par leur implication dans la formation du successeur, par exemple…
- Poursuivre la planification du développement futur de l'entreprise;
- Etc.

3.5. PRÉPARER LA RELÈVE DE LA PROCHAINE GÉNÉRATION

- Analyser la situation actuelle et future de l'entreprise et de la famille.
- Préparer un plan d'action pour intégrer une future relève…
  - Transmettre les valeurs de la famille et de l'entreprise.
  - Développer le sens des responsabilités.
  - Favoriser le sens des communications.
  - Développer le travail en équipe.
  - Apprendre à fonctionner en termes de « nous » et de « je »
  - Etc.

Généralement préoccupés par la question financière, les parents-propriétaires laissent parfois tomber toute l'autre dimension de l'héritage, soit celle des valeurs. Chaque famille a son histoire, une histoire enrichie de valeurs profondes qui ont largement influencé l'entreprise. Pour assurer la continuité et la « tradition », il est tout aussi important de s'assurer d'une bonne transmission des valeurs. Elle permettra aux générations suivantes et aux conjoints et enfants de mieux comprendre l'évolution de la famille et de l'entreprise, d'y apporter leur contribution et d'en assurer la transmission à leur tour.

Les mesures à prendre pour réaliser avec succès cette transmission des valeurs tout comme le transfert de l'entreprise à la relève familiale sont similaires : on parle ici d'une planification minutieuse. Les statistiques sont formelles, trois entreprises sur quatre ne réussissent pas leur transfert, faute de préparatifs adéquats. Il s'avère donc primordial de mieux se préparer notamment en prévoyant les aspects suivants :

- Conseil de famille
- Règles de base qui touchent autant la famille que l'entreprise
- Approche pour favoriser des communications harmonieuses
- Mécanismes de règlement de conflits
- Conseil d'administration solide et efficace
- Plan d'action structuré

Il va sans dire que pour cette question primordiale de l'héritage à transmettre, il est essentiel d'impliquer des conseillers professionnels tels que le comptable, banquier, fiscaliste, planificateur financier et spécialiste en assurance, pour trouver la meilleure solution adaptée à l'entreprise et la famille. Le rôle du coach est de faire ressortir les options disponibles en lien avec les besoins propres à chacune des parties (entreprise, famille et individus). Il travaille alors avec les conseillers de l'entreprise pour évaluer les impacts et les conséquences sur le futur de l'entreprise, mais aussi sur celui de la famille et des individus. Il agit également comme un guide précieux pour favoriser la mise en place d'une démarche planifiée et structurée.

CONCLUSION

Éléments de succès

Mots-clés :

Planification et préparation

Les familles en affaires qui investissent sérieusement dans la planification et la préparation d'une transmission d'entreprise assurent le succès de leur démarche de transfert à la génération suivante.

Le rôle du coach :

- Assurer une vision d'ensemble;
- Outiller
  - les parents-propriétaires;
  - la famille;
  - la relève;
- Travailler en équipe avec les conseillers de l'entreprise.

Il est temps d'agir … en équipe.

ANNEXE 1

Les entreprises familiales et la relève…

Le défi des parents-propriétaires

De récentes études signalent que 159 881 entreprises familiales changeront de dirigeants au cours des six prochaines années au Québec. Les statistiques démontrent par ailleurs que 25 % des entreprises réussissent cette transition à la deuxième génération. Ce taux chute à 10 % à la troisième génération.

De telles données confirment toute l'importance que l'on doit accorder à la question du transfert d'une entreprise familiale à la génération suivante. C'est un moment de vérité qui aura des conséquences importantes sur le futur de chaque entreprise et de chaque famille impliquées dans un tel processus.

Mais comment les entrepreneurs peuvent-ils augmenter leur taux de réussite en cette matière? Quel modèle peuvent-ils suivre? Sur quoi peuvent-ils s'appuyer? Quels sont les aspects qu'ils doivent considérer? Doivent-ils acquérir des connaissances particulières? Bref, comment peuvent-ils se préparer à relever l'un des plus grands défis de leur carrière?

Des étapes essentielles

La transmission d'une entreprise familiale à la génération suivante relève d'un cheminement qui nécessite une période de transition et de changements multiples. C'est un moment exigeant pour chaque individu concerné qui fait partie de la famille et pour l'entité que constitue l'entreprise.

Pour réussir la démarche qui conduit à la transmission des pouvoirs à la génération suivante, on doit s'attarder à de nombreux aspects. L'un des premiers est sans contredit la préparation des parents-propriétaires.

À partir du moment où ces derniers ont pensé confier un jour les rênes de leur entreprise à leur progéniture, il est temps de se préparer adéquatement tout comme on le fait pour un projet de construction. Il ne viendrait à l'idée de personne de s'aventurer dans la construction d'un édifice sans avoir préalablement identifié les besoins, fixé des buts et établi

des plans. Il en est de même pour le projet d'assurer une relève à l'entreprise familiale.

La première : établir des objectifs

Le double défi des familles en affaires à l'occasion d'un transfert est d'assurer le succès futur de l'entreprise tout en demeurant une famille unie. Ce constat implique que les parents-propriétaires précisent leurs positions à différents niveaux. Voici quelques aspects importants à considérer :

Familial

- Comment bâtir une famille unie qui tienne aussi compte de la dimension de l'entreprise?
- Comment concilier nos rôles de parents, de patron et de coach auprès de la relève et des enfants qui poursuivent une carrière à l'extérieur de l'entreprise?
- Etc.

Personnel

- Quelles sont nos aspirations pour les prochaines années?
- Quel rôle désirons-nous jouer dorénavant?
- Quel impact cette étape a-t-elle sur notre identité?
- Quelles seront les nouvelles aptitudes que nous aurons à développer avec cette transition?
- Etc.

Financier

- Quels seront nos besoins à la pré-retraite et à la retraite?
- Quel sera notre niveau de sécurité financière?
- Etc.

Professionnel (entreprise)

- Comment concilier la famille et l'entreprise?
- Comment passer du rôle de patron à celui de coach?
- Qui participera à la préparation de la relève?
- Etc.

Dès cette première étape, il s'avère important d'obtenir un soutien professionnel. Le recours à un coach est précieux :

- puisqu'il permet de prévoir les obstacles qui ont trop souvent des impacts négatifs sur l'unité de la famille et le succès de l'entreprise, et
- il fournit des outils appropriés aux parents et à la relève.

Le coach accompagne les parents-propriétaires et la famille afin qu'ils obtiennent les résultats voulus.

ANNEXE 2

Les entreprises familiales et la continuité

Un des défis des parents-propriétaires : passer de patron à coach!

L'arrivée de la relève au sein de l'entreprise familiale n'est pas toujours de tout repos pour le parent-propriétaire. Habitué à prendre les décisions seul et de gérer souvent sur une base autoritaire, il se retrouve d'un seul coup confronté à partager son savoir et à appuyer les efforts des membres de la relève. Toujours préoccupé par la gestion quotidienne de son organisation, il a tendance à conserver ses mêmes paramètres. Il s'aperçoit alors qu'il n'est pas facile de changer de chapeau pour passer du rôle de patron à coach!

Le défi est d'autant plus grand que souvent la relève perçoit le patron comme un solitaire, quelqu'un qui maintient des rapports autoritaires avec les autres, qui communique difficilement. Tout à fait le contraire de l'image d'un coach qui est là pour guider, aider les autres à cheminer. Outre le fait que c'est un accompagnateur, il cumule les fonctions de formateur, d'entraîneur (comme un entraîneur sportif) et même de motivateur!

Des attitudes gagnantes pour le parent-propriétaire

Désireux de vraiment bien préparer les membres de la relève en leur donnant l'opportunité de développer leur confiance, leur jugement et leur capacité de gérer efficacement, le parent-propriétaire se doit de développer des nouvelles attitudes pour passer de patron à coach. Selon les commentaires entendus de la part de membres de la relève, les intentions sont toujours bonnes au départ, mais les moyens pour y parvenir font souvent défaut. Voici quelques points de repère pour développer une approche plus harmonieuse.

1. Susciter les opinions et mêmes celles qui sont divergentes.

2. Favoriser les échanges et aider les membres de la relève à analyser les impacts d'une décision ou d'une orientation.

3. Créer un climat positif d'échange, où chacun a un droit de parole et a le droit d'être écouté.

4. Régler un problème à la fois.

5. Accepter d'être remis en question et même contredit par les membres de la relève.

6. Savoir faire des suivis positifs dans une démarche d'amélioration de la relève et non de confrontation qui mine la confiance.

À cela il me faut ajouter toute la problématique de la rétroaction négative et positive. Mon expérience personnelle et professionnelle auprès des familles en affaires m'a permis de constater les effets dévastateurs d'une rétroaction qui, pourtant, à la base, est essentielle au développement des personnes.

C'est important de s'interroger sur la façon d'émettre des commentaires visant à améliorer la pratique de l'autre. Il ne faut pas attendre d'être rendu à bout de nerfs ou au bout du rouleau pour faire connaître ses remarques. Il existe un modèle qui a fait ses preuves pour permettre l'expression de critiques constructives sans blesser les autres.

C'est tout aussi essentiel de savoir transmettre des commentaires réalistes pour multiplier les effets positifs. Souligner un bon coup valorise l'individu, donne de l'énergie et de la fierté. Il faut se rappeler qu'une rétroaction négative ou positive bien transmise a pour effet de consolider la relation et développer la confiance de l'individu.

Dans le feu de l'action, les bonnes volontés sont souvent mises à l'épreuve, c'est pourquoi les parents-propriétaires se tournent de plus en plus vers un coach spécialisé auprès des familles en affaires pour aller chercher du support.

L'adoption de meilleures attitudes contribue à établir des relations stimulantes et permet d'atteindre les objectifs de chacun. Cela vaut le coup de vivre sa transformation de patron à coach!

ANNEXE 3

Le transfert de votre entreprise familiale…

Êtes-vous sur la bonne voie?

Faites le test!

Au-delà du savoir-faire de gestionnaire de l'entrepreneur et de la volonté des membres de la famille, il y a un bon nombre d'éléments à considérer lorsqu'on envisage une démarche de transfert d'entreprise à la génération suivante. Pour vous aider à évaluer votre niveau de préparation et vous permettre de découvrir plusieurs points de repère majeurs sur lesquels vous devrez vous pencher, nous vous présentons ce test d'évaluation. Il s'agit d'un guide qui peut devenir très révélateur…

Il peut être complété par chacun des membres de la famille : parents, membres de la relève, gendres et belles-filles, etc. Les conseillers professionnels de l'entreprise peuvent également s'en servir pour permettre à leurs clients d'identifier plus rapidement les difficultés et proposer les services adéquats si c'est nécessaire.

TEST D'ÉVALUATION

1. Le sujet du transfert de l'entreprise est discuté ouvertement en famille.
   Oui ❑ Non ❑

2. Les règles qui s'appliqueront lors de la transition à l'autre génération ont été précisées auprès de tous les membres de la famille.
   Oui ❑ Non ❑

3. Les relations entre tous les membres de la famille sont bonnes.
   Oui ❑ Non ❑

4. La famille a prévu des moyens concrets pour gérer ses conflits efficacement.
   Oui ❑ Non ❑

5. Les membres de la famille communiquent efficacement au sein de l'entreprise et de la famille.
   Oui ❑ Non ❑

6. Les conditions pour entrer et demeurer au sein de l'entreprise sont claires et comprises de tous.
   Oui ❑ Non ❑

7. La famille a convenu d'une entente pour intégrer les gendres et belles-filles dans l'entreprise et dans la famille.
   Oui ❑ Non ❑

8. Des moyens ont été prévus pour préserver l'équité dans la famille et assurer le succès de l'entreprise.
   Oui ❑ Non ❑

9. Les membres de la relève sont impliqués dans les décisions de l'entreprise.
   Oui ❑ Non ❑

10. Les membres de la relève, les parents et la famille s'entendent sur le projet de développement de l'entreprise.
    Oui ❑ Non ❑

11. Un plan concret a été élaboré pour permettre aux membres de la relève de se préparer adéquatement à gérer l'entreprise.
    Oui ❑ Non ❑

12. La relève est prête pour diriger l'entreprise.
    Oui ❑ Non ❑

13. Dans l'entreprise, le partage des pouvoirs est clair. On connaît les fonctions et responsabilités de chacun et on leur reconnaît le pouvoir de décision.
    Oui ❑ Non ❑

14. Les membres de la relève comprennent et tiennent compte des préoccupations vécues par les parents-propriétaires pendant la transition.
    Oui ❑ Non ❑

15. La famille a une politique salariale claire.
    Oui ❑ Non ❑

16. La convention des actionnaires tient compte des particularités de l'entreprise familiale et des retombées parfois inattendues sur la famille et l'entreprise.
    Oui ❑ Non ❑

17. J'ai assisté à des séminaires ou conférences sur le transfert qui ont traité, entre autres, des communications, du processus, des conseils de famille et des règles à prévoir.
    Oui ❑ Non ❑

18. Les parents-propriétaires ont planifié :

    – Leur retraite financière
      Oui ❑ Non ❑

    – Leur projet de vie pour une retraite épanouissante.
      Oui ❑ Non ❑

19. Je comprends qu'il existe une importante différence entre gérer l'entreprise et gérer le transfert à la prochaine génération et que les deux approches nécessitent l'apprentissage de connaissances distinctes.
    Oui ❑ Non ❑

20. Les membres de la famille sont capables d'assumer et de faire la distinction entre leurs différents rôles au sein de l'entreprise, de la famille et du conseil d'administration.
    Oui ❑ Non ❑

Tous les aspects abordés dans ce test préliminaire sont à considérer pour réussir la transition d'une génération à l'autre. Si vous avez répondu « non » à l'une ou l'autre des affirmations, il y aurait lieu de pousser plus loin votre démarche de recherche de renseignements. Vous pouvez consulter un expert en transfert le plus tôt possible et/ou valider certains aspects avec les conseillers de l'entreprise. Prenez note que chacun des aspects mentionnés dans ce document d'évaluation fait partie des nombreux autres éléments-clés de la réussite d'un transfert d'entreprise.

ANNEXE 4

Quelques questions et réponses importantes sur le transfert d'entreprises familiales…

Q. 1 Que pouvons-nous faire lorsque les règles de base n'ont pas été mises en place et que des conflits surviennent?

Il est plus que temps de trouver une façon de régler la situation problématique. D'entrée de jeu, le coach travaillera avec tous les membres de la famille pour identifier le malaise. Il animera les rencontres avec la famille, aidera chacun à identifier les sources de frustrations et les déceptions. Il amènera les membres de la famille à trouver, ensemble, les pistes de solutions satisfaisantes.

Lorsque le climat de tension est disparu, le coach entraîne la famille à se doter de règles de communication. Il fournit les informations et les outils nécessaires et guide les membres de la famille dans leur démarche pour bâtir leur propre code de conduite. Ce dernier aura pour fonction principale de prévenir les conflits et de rendre les principes de communication clairs.

Dans les situations conflictuelles, le coach auprès des entreprises familiales peut jouer un rôle primordial. Sa formation et son expérience le préparent beaucoup mieux que les autres experts à gérer ces conflits et surtout, à aider la famille à désamorcer la situation explosive en créant de nouvelles conditions pour retrouver l'équilibre familial.

Q. 2 Comment conserver l'harmonie familiale et une entreprise en santé financière lorsqu'on aborde la question de la rémunération des membres de la famille qui occupent des postes différents?

Voilà une question épineuse qui se retrouve souvent au cœur de plusieurs conflits. Elle est l'objet d'une très grande préoccupation de la part des parents-propriétaires et des membres de la famille, à un point tel, que parfois, on préfère ne pas l'aborder de front.

Plusieurs familles tirent toutefois leur épingle du jeu plus facilement que d'autres, en convenant d'une politique salariale précise et en s'y tenant. À cette étape, il est important de faire une distinction entre chaque élément d'une rémunération possible, soit entre salaires = travail accompli, dividendes = sommes versées aux actionnaires, et les bonis et cadeaux.

Une politique salariale bien définie par la famille fait partie de la constitution familiale ou de ce que l'on appelle aussi les règles de base. Cette constitution ou guide donne les lignes directrices à l'attention de tous les membres de la famille. Ce guide devrait être mis en place le plus rapidement possible pour éviter l'improvisation et surtout les conflits.

Les interrogations formulées lors de la conférence démontrent clairement les impacts négatifs de l'absence de règles sur la dynamique familiale et sur l'entreprise. Il s'avère donc primordial de prendre le temps nécessaire pour examiner chacune des options possibles et évaluer avec le coach leurs impacts sur la famille.

Q. 3 De quelle façon les conseillers professionnels (comptables, banquiers, planificateurs financiers, fiscalistes, avocats, notaires, assureurs, etc.) peuvent-ils contribuer au succès des entreprises et des familles?

Tout d'abord, chacun de ces experts apporte une contribution majeure à l'entreprise, par son expérience, la qualité de ses ressources et sa capacité à travailler en équipe avec les autres professionnels.

La deuxième façon de venir en aide aux entreprises familiales est de rester vigilant face aux préoccupations plus larges et souvent d'ordre relationnel des parents-propriétaires. Alerte et sensibilisé à la problématique des entreprises familiales, un expert suggérera l'intégration, dans l'équipe de professionnels, d'un coach qui se chargera de tout l'aspect humain omniprésent dans le processus du transfert d'entreprise.

LES ASSURANCES VIE ET PRESTATIONS DU VIVANT : VÉHICULES DE FINANCEMENT POUR LA PROTECTION DU PATRIMOINE

Gilles Chevalier
Pl. Fin.
Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.

Claude Ménard
BAA, Adm. A., AVA, Pl. Fin.
PPI Québec inc.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (GILLES CHEVALIER)

INTRODUCTION 8:3

1. FONCTIONNEMENT DE L'ASSURANCE VIE UNIVERSELLE 8:3

1.1. FONCTIONNEMENT GÉNÉRAL 8:3
1.2. L'ASSURANCE EN TANT QUE VÉHICULE POUR LE FINANCEMENT DES IMPÔTS AU DÉCÈS 8:4
1.3. FRAIS DE GESTION 8:4
1.4. BONIFICATIONS 8:5
1.5. CHOIX DES PLACEMENTS ET FRAIS DE GESTION 8:6
1.6. GARANTIES 8:6

2. ILLUSTRATIONS (PROJETS INFORMATISÉS) 8:8

2.1. PROBLÈMES LES PLUS FRÉQUENTS 8:8
2.2. REDRESSEMENT DES ILLUSTRATIONS 8:10
2.3. IMPACT DE LA VOLATILITÉ SUR LES BONIS ET SUR LES VALEURS DE RACHAT 8:12

3. CONNAÎTRE SON CLIENT 8:12

3.1. BIEN CONNAÎTRE LES INTENTIONS DU CLIENT 8:12
3.2. GUIDER LE CLIENT DANS LE CHOIX FINAL 8:13

4. LE SUIVI DE LA PERFORMANCE DU CONTRAT 8:16

4.1. ÉTAPES À SUIVRE POUR CORRIGER LE PROBLÈME 8:17

ANNEXE I 8:20

ANNEXE II 8:21

ANNEXE III 8:22

PARTIE B (CLAUDE MÉNARD)

INTRODUCTION 8:24

1. SUBSTITUTION DU REVENU 8:24

2. MALADIE GRAVE 8:25

3. ASSURANCE SOINS DE LONGUE DURÉE 8:27

4. RACHAT DE PARTS 8:29

5. ASSURANCE SOINS DE SANTÉ 8:30

6. PRESTATIONS EN CAPITAL 8:31

7. CONTRAT D'ASSURANCE VIE MULTIRISQUES 8:32

8. PRINCIPAUX MARCHÉS 8:33

9. PROFESSIONNELS ET TRAVAILLEURS AUTONOMES 8:33

10. CADRES D'ENTREPRISE 8:34

11. PROPRIÉTAIRES D'ENTREPRISE 8:35

12. LE TRAITEMENT FISCAL DES PRIMES ET DES PRESTATIONS 8:35

CONCLUSION 8:37

PARTIE A
Gilles Chevalier, Pl. Fin.
Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.

INTRODUCTION

Le présent texte fait suite à une demande pour de l'information pratique plutôt que technique afin de répondre principalement à deux questions :

- Quels sont les éléments essentiels d'un contrat d'assurance vie universelle et comment comparer les différents produits?

- Comment redresser une police existante qui aurait pris du retard dans sa progression par rapport aux illustrations présentées lors de la vente par suite de la baisse des marchés?

Il est important de savoir que le design et la tarification d'une assurance vie universelle sont une question de choix actuariels et de marketing. Chaque garantie ou option dans un contrat d'assurance a un coût et selon qu'un assureur veut se positionner dans un certain marché ou dans un autre, il devra faire des choix et appliquer les frais qui en découlent.

Avant de commencer le processus de comparaison, il serait bon de couvrir les éléments de base d'une assurance vie universelle.

1. FONCTIONNEMENT DE L'ASSURANCE VIE UNIVERSELLE

1.1. FONCTIONNEMENT GÉNÉRAL

Ce qui distingue la vie universelle de la vie entière est la transparence et la flexibilité. Le client connaît son coût d'assurance, ses frais de gestion, la structure de bonification et finalement les choix de placements. Mais souvent, il ne connaît pas la relation entre ces différentes composantes et comment cela influe sur la performance de son contrat.

Le client a essentiellement le choix de déposer le minimum qui correspond aux frais de la police et peut maximiser ce dépôt jusqu'aux limites permises par l'article 148 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]. Les assureurs communiquent ces paramètres à leurs clients. Le dépôt du client se

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

fait dans un compte duquel on déduira mensuellement ses frais de gestion et d'assurance. Tout surplus sera investi selon une politique de placements que le client aura déterminée à l'intérieur des paramètres que lui donne son contrat. Sur une base annuelle ou tous les cinq ans, l'assureur versera un boni (ristourne) dans le compte de placements du client.

Au moment du décès, la protection d'assurance plus les valeurs accumulées (si elles sont prévues dans le contrat) sont versées libres d'impôts au bénéficiaire du contrat.

1.2. L'ASSURANCE EN TANT QUE VÉHICULE POUR LE FINANCEMENT DES IMPÔTS AU DÉCÈS

Est-ce plus rentable d'investir dans un contrat d'assurance vie ou dans un portefeuille de placements, lorsqu'on veut accumuler des liquidités pour financer des impôts au décès? Prenons l'exemple d'un homme de 45 ans qui souscrit une assurance de 1 000 000 $ en déposant 40 000 $ pendant cinq ans. En tenant compte d'un rendement projeté de 5 % dans le contrat d'assurance et de 6 % pour le portefeuille à revenus fixes, la prestation-décès payable de l'assurance dans 30 ans serait de 1 407 319 $, tandis que les mêmes dépôts investis dans un portefeuille d'obligations vaudraient 473 196 $ (annexe I, tableau I).

Lorsque le contrat est détenu par une société, le capital-décès de l'assurance (moins le coût de base rajusté du contrat) est porté au crédit du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »). Le dividende peut alors être versé aux ayants droit à partir du CDC.

Dans l'exemple à l'annexe I (tableau II), une femme de 55 ans souscrit une assurance de 1 000 000 $ dont le titulaire, payeur et bénéficiaire est sa société de gestion. En tenant compte d'un rendement projeté de 5 % dans le contrat d'assurance et de 6 % pour le portefeuille à revenus fixes, la prestation-décès payable de l'assurance dans 30 ans serait de 1 300 309 $, tandis que les mêmes dépôts investis dans un portefeuille d'obligations vaudraient 469 952 $.

Nous allons maintenant analyser chacune des composantes des contrats en détail.

1.3. FRAIS DE GESTION

Les frais de gestion du contrat se composent principalement des frais de police, de la taxe provinciale sur les dépôts (2,35 % au Québec) et du coût

d'assurance. Nous allons principalement porter attention à ce dernier élément.

Le coût de l'assurance dépend de l'expérience de mortalité de la compagnie d'assurances, mais de plus en plus, il dépend aussi des termes et conditions de ses contrats de réassurance. Il y a quand même certaines conditions particulières qui auront une influence sur l'expérience de mortalité d'un assureur. L'efficacité du service de tarification peut varier passablement d'un assureur à un autre. Par exemple, un assureur peut être davantage sévère pour des cas de maladies cardiaques versus un autre assureur. Cette sévérité aura un effet néfaste sur les ventes à court terme mais améliorera l'expérience de mortalité.

Depuis quelques années, on offre une panoplie de taux reliés aux styles de vie des clients. Plusieurs assureurs ont maintenant cinq catégories de taux, selon que vous fumiez, ayez une santé moyenne ou du type athlète.

Ce qui influence beaucoup la performance et le rendement à long terme d'une assurance vie universelle est le choix que le client fera entre un coût d'assurance nivelé la vie durant ou un coût croissant qui reflétera chaque année son risque de mortalité basé sur son âge.

1.4. BONIFICATIONS

Chaque assureur verse un boni qui se traduit par un dépôt fait dans le compte de placements des clients ou par un rabais sur certaines charges, comme le coût d'assurance.

Les structures de bonis sont très complexes et elles varient beaucoup d'un assureur à l'autre. Il s'agit essentiellement de ristournes pour encourager le client à utiliser son contrat d'une façon proche du modèle utilisé par l'assureur pour rentabiliser son programme. Voici quelques exemples.

Un assureur détermine qu'il atteindra le maximum de rentabilité de sa police si la majorité des clients dépose la prime maximale pendant un certain nombre d'années. Cet assureur aura donc des taux d'assurance compétitifs, mais non les meilleurs si le client se contente de payer la prime minimale. Par contre, il accordera un rabais important de ces mêmes coûts d'assurance si le client répond à certains critères comme avoir déposé chaque année trois fois la prime minimale, ou il doublera le pourcentage de bonis si le client dépose chaque année deux fois la prime minimale.

Un autre assureur versera tous les cinq ans un boni qui est un pourcentage des intérêts gagnés dans la police versus un autre qui versera un plus petit boni mais qui sera un pourcentage des valeurs accumulées dans le contrat.

Le tableau à l'annexe II présente différentes formules de bonifications.

1.5. CHOIX DES PLACEMENTS ET FRAIS DE GESTION

Lorsque le client dépose dans son contrat un montant supérieur au coût d'assurance, il doit décider de quelle façon son argent sera placé.

Il y a plusieurs catégories de placements :

- les certificats de placements garantis;
- les indices boursiers;
- des portefeuilles d'obligations;
- des portefeuilles diversifiés gérés par l'assureur;
- des fonds communs de placement.

Chacun de ces placements génère un rendement en intérêt sur une base quotidienne. Les premiers contrats vie universelle n'offraient que des certificats de placements à taux garantis trois ans et cinq ans. L'évolution du programme nous a amené les premiers indices boursiers et il est maintenant possible de choisir des portefeuilles diversifiés et des choix variés de fonds communs de placement. Chacun de ces placements génère un revenu d'intérêt quotidien qui peut être positif ou négatif s'il s'agit d'un indice.

1.6. GARANTIES

Toutes les composantes des contrats d'assurance peuvent faire l'objet de garanties, que ce soient les taux d'assurance ainsi que les taux nivelés dans les cas de modifications futures, les bonifications et les frais d'administration, ainsi que les rendements minimums sur les placements garantis. Le tableau ci-dessous en démontre quelques-unes.

Garanties	Description
Placements	• Garanties de rendement minimal sur certains placements • Garanties sur frais de gestion sur les comptes indiciels • Types de comptes offerts
Administration	• Garanties sur les frais de gestion • Garanties sur frais de police, etc. • Garanties sur frais de retraits
Protection	• Coût d'assurance • Coût nivelé garanti lors de transformation • Prestation en cas d'invalidité

Les assureurs offrent aussi des garanties supplémentaires qui auront comme avantage d'améliorer la flexibilité de leur programme. En voici quelques-unes :

- assurance temporaire complémentaire;
- exonération du coût d'assurance en cas d'invalidité;
- exonération du coût d'assurance au premier décès;
- indexation de la protection;
- garantie d'invalidité;
- protections multiples;
- garantie de retrait en cas d'invalidité;
- valeurs de rachat au premier décès;
- etc.

Le choix des garanties doit être expliqué au client, car il fait partie intégrante du contrat surtout que d'une certaine façon, il en paie aussi le prix.

2. ILLUSTRATIONS (PROJETS INFORMATISÉS)

L'objet de cette conférence étant de comparer des assurances vie universelle, on doit travailler avec l'outil le plus visuel pour les clients, soit les illustrations. Bien que tout le monde s'entende pour dire que les illustrations ne reflètent pas la réalité, elles demeurent un outil de travail utile pour autant que le client comprenne ses limites.

2.1. PROBLÈMES LES PLUS FRÉQUENTS

On peut dire que le principal problème rencontré dans les comparaisons des assurances vie universelle est l'utilisation d'un seul critère pour faire son choix. Par exemple :

- choisir une vie universelle en fonction du coût d'assurance le plus bas;
- faire une comparaison basée sur des dépôts maximums à un taux de rendement élevé;
- comparer les illustrations en utilisant un taux d'intérêt identique pour toutes les compagnies.

a) Comparaison en utilisant le coût d'assurance le plus bas

Lorsqu'on fait une comparaison de plusieurs assureurs en utilisant uniquement le dépôt minimal, l'assureur ayant le coût d'assurance le plus bas ressortira comme la meilleure offre. Cela n'est pas nécessairement totalement faux si le client à qui on présente ce tableau ne désire qu'une protection et ne veut pas profiter des autres avantages de la vie universelle (à ce moment-là, pourquoi ne pas offrir une temporaire 100 ans) mais cela est une autre histoire si le client achète son assurance dans le but de maximiser ses dépôts dans son contrat ou s'il prévoit le faire éventuellement. Il faudra refaire les tableaux en tenant compte d'autres hypothèses de dépôts. Les résultats pourraient être très différents car certains bonis viendront améliorer la performance des autres assureurs.

Homme de 60 ans non-fumeur, protection de 1 000 000 $, rendement de 6 %

Assureurs	Coût de l'assurance à la prime minimale	Capital-décès dans 25 ans, dépôt de 50 000 $ par an x 10 ans
A	**21 259 $**	1 615 621 $
B	21 280 $	1 683 933 $
C	21 625 $	1 634 395 $
D	23 227 $	**1 703 999 $**

b) Comparaison en utilisant des dépôts maximums à taux de rendement élevé

Dans la situation suivante, le tableau qui nous est présenté compare plusieurs assureurs réputés à des taux de rendement de 8 % et avec un dépôt maximal. On réalise rapidement que les bonis de cet assureur performent au maximum lorsque les rendements sur placements sont élevés, lorsque le client débourse chaque année la prime maximale et lorsque les placements sont uniquement dans le marché boursier. L'histoire sera toute autre en utilisant une prime moyenne et à un taux d'intérêt plus bas.

Homme de 45 ans non-fumeur, protection de 1 000 000 $, dépôt de 45 000 $ pendant 10 ans

Assureurs	Capital-décès à 8 % à 80 ans	Capital-décès à 6 % à 80 ans	Capital-décès à 4 % à 80 ans
A	5 691 035 $	3 660 866 $	**2 428 028 $**
B	4 570 564 $	2 371 122 $	1 179 341 $
C	5 721 782 $	3 661 593 $	2 396 774 $
D	**7 247 108 $**	4 237 773 $	2 052 095 $

c) Rendement passé des choix de placements offerts par les compagnies d'assurances

L'erreur la plus répandue lorsque vient le temps de comparer des contrats de vie universelle est de négliger de comparer le rendement net crédité aux clients. Plusieurs conseillers et clients assument que le rendement de l'indice S&P TSE 60 sera le même d'un assureur à l'autre, ce n'est malheureusement pas le cas. Le tableau II de l'annexe III compare les rendements nets crédités par des assureurs différents pour le même indice de référence.

Parce que les assureurs ont des structures de frais de gestion différentes, le rendement net crédité au client variera donc d'un assureur à l'autre et deviendra par le fait même un critère important dans le tableau de comparaisons.

Les dernières années ont vu les ventes d'assurance vie universelle croître à un rythme plus rapide que pour les autres produits des assureurs. Plusieurs clients se retrouvent maintenant avec des sommes importantes investies dans leurs contrats. Le choix de placements ainsi que le rendement net crédité au client deviennent des données essentielles lorsque vient le temps de comparer des produits.

2.2. REDRESSEMENT DES ILLUSTRATIONS

L'assureur qui offre le coût de mortalité le plus bas a peut-être choisi d'un point de vue marketing de bien se positionner dans cette catégorie, en espérant que les conseillers vont faire leurs comparaisons avec plusieurs scénarios de dépôts, mais avec le même taux de rendement (par exemple 6 %), car cela le positionnera au premier rang (voir le tableau ci-dessous). C'est le problème de cette méthode de comparaison car elle favorise les assureurs ayant les coûts d'assurance les plus bas au détriment des assureurs ayant les frais de gestion sur placements les plus bas. Le client qui ne peut visualiser cette donnée pourra être mal dirigé dans son choix d'assureur.

Exemple : illustration à 6 %, vie conjointe homme de 65 ans et femme de 65 ans, cinq dépôts de 75 000 $

	Assureur A	Assureur B	Assureur C
Coût d'assurance minimal	13 940 $	15 658 $	14 512 $
Capital-décès dans 25 ans	1 868 797 $	1 805 341 $	1 810 543 $

Afin d'être le plus juste possible dans notre comparaison d'illustrations, il faudrait corriger le tableau comparatif et y projeter des taux de rendements différents selon les assureurs. Si un assureur crédite des rendements plus bas, et ce, constamment, il serait approprié d'illustrer ses projets avec une réduction de rendement équivalente à l'écart constaté sur une longue période. Il faudra par contre être prudent et tenir compte des améliorations récentes qu'un assureur aurait pu apporter.

Maintenant, reprenons le même tableau mais appliquons des taux différents basés sur un écart historique entre ces différents assureurs. En utilisant notre tableau de rendements nets crédités, on se rend compte que le rendement d'un portefeuille diversifié devrait générer un rendement inférieur de 0,75 % pour l'assureur A et de 0,25 % pour l'assureur B.

Exemple : illustration à taux de rendement variés, vie conjointe homme de 65 ans et femme de 65 ans, cinq dépôts de 75 000 $

	Assureur A	**Assureur B**	**Assureur C**
Coût d'assurance minimal	13 940 $	15 658 $	14 512 $
Capital-décès dans 25 ans	1 868 797 $	1 805 341 $	1 810 543 $
Rendement projeté	5,25 %	5,75 %	6,0 %
Capital-décès dans 25 ans	1 748 249 $	1 747 509 $	1 810 543 $

Les valeurs de rachat et le capital-décès seront donc inférieurs pour les assureurs A et B. L'assureur C ayant une structure de bonis plus intéressante ainsi que des frais de gestion plus bas se présente comme une solution plus attrayante.

La vie universelle est un produit qui a connu une très forte croissance au cours des 10 dernières années. Plusieurs clients ont profité des avantages du report d'impôt qu'elle procure et ont investi des sommes importantes. Plusieurs de ces clients ont maintenant des valeurs importantes dans ces

contrats et la gestion de ces placements devient un élément primordial de la performance globale du produit.

Comprendre aussi le fonctionnement de sa police le devient tout autant.

2.3. IMPACT DE LA VOLATILITÉ SUR LES BONIS ET SUR LES VALEURS DE RACHAT

Au cours des cinq dernières années, les clients ont en grande partie choisi de placer leurs valeurs de rachat dans des indices boursiers. Pour certains, la volatilité des dernières années a eu des conséquences fâcheuses sur leurs placements. Des structures de bonis très performantes se sont avérées négatives lorsque le marché a chuté.

De plus, la déduction du coût de l'assurance se faisant sur une base mensuelle, une baisse des valeurs de rachat implique qu'il faudra utiliser une plus grande proportion des valeurs pour payer ce même coût d'assurance. Plusieurs assureurs conseillent de maintenir l'équivalent d'une année de coût d'assurance en placements à court terme du type marché monétaire.

3. CONNAÎTRE SON CLIENT

Comment aider son client à faire le meilleur choix?

3.1. BIEN CONNAÎTRE LES INTENTIONS DU CLIENT

C'est en démontrant quelques scénarios de dépôts que vous serez en mesure d'identifier si le client est à l'aise de verser une somme supplémentaire pour capitaliser son contrat et jusqu'à quel niveau il est prêt à s'engager

En étudiant la répartition de placements de ses régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et autres investissements, vous serez en mesure de discuter avec lui de sa zone de tolérance au risque et d'identifier quels genres de placements il devrait favoriser dans sa vie universelle. Si votre client est un investisseur dynamique, il ne sera probablement pas heureux avec un contrat d'assurance où le choix de placements est restreint, même si ce contrat offre des taux d'assurance plus bas, car le client croira que le gain additionnel qu'il peut réaliser avec un plus grand choix de placements sera supérieur au coût supplémentaire d'assurance.

3.2. GUIDER LE CLIENT DANS LE CHOIX FINAL

Un conseiller ne peut affirmer avoir joué son rôle uniquement en remettant de nombreux rapports et comparables. Le rôle final du conseiller est de guider son client vers le choix d'assureur le plus approprié à sa situation. Certaines caractéristiques peuvent plaire au client versus d'autres qui le laissent indifférent. Utiliser des points pour quantifier chacune de ces données peut clarifier le cheminement.

À chaque aspect de l'analyse comparative, le client attribue des points en fonction de ce qu'il considère important et moins important. Par exemple, un client peut considérer que la vaste gamme de choix de placements d'un assureur est moins importante pour lui mais désire s'assurer que les taux d'intérêt garantis sont supérieurs. Un autre est plutôt indifférent aux nombreuses caractéristiques d'un contrat (rachat en cas d'invalidité, sommes payables au premier décès, garantie de rendement sur CPG) mais considère que le choix de placement est l'élément primordial dans sa situation.

Il faut par contre guider son client afin qu'une seule caractéristique ne devienne pas l'unique critère pour le choix de l'assureur. Le sommaire des comparables pourrait prendre l'allure de l'exemple ci-dessous. Il a pour avantage de résumer dans un tableau les éléments les plus intéressants des assureurs, il se dégagera une tendance et cela permettra de réduire le choix à deux ou trois assureurs.

Prenons l'exemple d'un homme de 60 ans qui a souscrit une assurance dans une perspective de transmission du patrimoine. Il pourrait trouver intéressant les choix de placements d'un assureur, ou le coût d'assurance croissant initial très bas, mais globalement il pourrait choisir un autre assureur qui offre une combinaison d'éléments plus appropriés à son objectif d'achat.

Caractéristiques	Belle vie	Paspire vie	Vie dynamique	Vie tranquille	Moyenne vie
Coût d'assurance nivelé				✓	
Coût d'assurance croissant initial et dans 20 ans					
Rendement moyen des CPG 5 ans				✓	
Rendement moyen du portefeuille d'indices					
Comparaison redressée des valeurs au décès				✓	
Structure des bonis				✓	
Notations financières	✓		✓		

Comparons cette grille avec celle préparée pour un homme de 45 ans qui désire capitaliser dans son contrat afin de profiter des avantages de report d'impôt que lui procure l'assurance vie. On constate que ce qui a intéressé davantage le client est le choix de placements et le coût d'assurance croissant.

Caractéristiques	Belle vie	Paspire vie	Vie dynamique	Vie tranquille	Moyenne vie
Coût d'assurance nivelé				✓	
Coût d'assurance croissant initial et dans 20 ans			✓		
Rendement moyen des CPG 5 ans				✓	
Rendement moyen du portefeuille d'indices			✓		
Comparaison redressée des valeurs au décès				✓	
Structure des bonis			✓		
Notations financières	✓		✓		

En résumant dans un tableau les différentes caractéristiques des contrats et ce que le client a préféré, on se dirige davantage vers une solution personnalisée.

Par exemple, le client aime le choix de placements d'un assureur mais n'aime pas sa structure de bonis qu'il considère trop liée à la performance du marché. On pourra donner des points pour chaque caractéristique, mais à la fin ce qui dictera le choix est son profil d'investisseur.

De plus, la plupart des clients ont une diversification de leur portefeuille de placements, pourquoi en serait-il autrement avec leurs contrats d'assurance? Pourquoi se restreindre à une compagnie plutôt que de

diversifier, avec deux ou trois compagnies (dépendamment de l'importance du cas) ayant des attributs très différents mais complémentaires?

Voici un exemple de répartition du portefeuille en tenant compte de caractéristiques différentes pour chacun des assureurs.

50 %	• Coût d'assurance croissant compétitif • Choix de placements variés permettant une grande diversification et un profil de placement du type croissance • Structure de boni performante
50 %	• Coût d'assurance nivelé très compétitif • Structure de boni garantie • Meilleurs rendements sur les plafonds garantis

4. LE SUIVI DE LA PERFORMANCE DU CONTRAT

Un client vient vous voir et vous constatez que durant la période de 1997 à 2001, il a maximisé ses dépôts dans sa vie universelle.

Comme son conseiller en assurances est aussi son conseiller en placements, il lui avait démontré que la moyenne de rendement des indices boursiers par décennie était régulièrement de plus de 10 %. Bien que le conseiller ait pris la précaution de présenter des projets à des taux de rendement plus raisonnables de 6 % et 7 %, le client aspirait aux rendements de 10 % et pour cela avait investi toutes ses valeurs dans des indices boursiers.

Lors de la réception de son relevé de police annuel, le client réalise que les valeurs sont inférieures après quelques années par rapport aux projections qui lui avaient été présentées au moment de la vente.

4.1. ÉTAPES À SUIVRE POUR CORRIGER LE PROBLÈME

Quelles sont les solutions potentielles et dans quel ordre devrait-on procéder?

1. Demander à l'assureur de produire une nouvelle illustration à un taux d'intérêt plus conservateur (5 %).

Première illustration : conserver le scénario original de dépôts, si la période prévue de dépôts est terminée, faire une demande sans dépôts additionnels. Cette illustration permettra d'évaluer l'impact de la réduction des rendements sur les placements.

Deuxième illustration : en tenant compte des dépôts que le client avait l'habitude de faire, demander combien de dépôts additionnels seront requis pour maintenir la police en vigueur.

Troisième illustration (si cela est requis) : demander quels seraient les dépôts additionnels requis pour recapitaliser le contrat au niveau désiré pour profiter des stratégies de levier. Ne pas oublier de demander le dépôt maximal permis, la baisse des valeurs de rachat aura probablement augmenté la possibilité de capitalisation du contrat.

Note : Il est important à cette étape de vérifier si le contrat a un coût d'assurance croissant ou nivelé. S'il est croissant, il faudra demander les mêmes illustrations mais avec une modification au coût nivelé.

2. Comparer les nouvelles illustrations avec celles d'origine et discuter avec le client des écarts et de ses objectifs.

- Le client a-t-il besoin de la même protection, sa situation financière a probablement changé, a-t-il besoin de plus ou de moins d'assurances?

- La baisse des marchés lui permettra peut-être de faire des dépôts additionnels dans son contrat. Si le client dispose de liquidités, cette solution pourrait lui permettre de remettre son contrat à jour.

- Si le client ne dispose pas d'argent supplémentaire (il a probablement investi ses autres actifs dans les marchés boursiers!), il faudra réviser la stratégie de départ.

3. Modifications de la stratégie

Réduire les frais du contrat

Réévaluer le besoin, si les besoins ont diminué, considérer de réduire le capital-décès du contrat pour réduire les charges internes du contrat. Si la police a été souscrite pour payer les impôts au décès, évaluer la possibilité de la transformer en vie conjointe payable au deuxième décès.

Modifier la période de dépôts

Continuer de déposer la même somme mais pour une plus longue période de temps. Les dépôts additionnels permettront de recapitaliser le contrat. L'impact d'une réduction temporaire de rendement ne met généralement pas le contrat à risque à court terme, mais il est beaucoup plus profitable de réagir maintenant alors qu'on peut encore profiter des avantages de l'intérêt composé à l'abri de l'impôt.

Refaire la répartition d'actif des placements du contrat

Attention de ne pas être trop conservateur et ainsi concrétiser les pertes qui pour l'instant ne sont que sur papier. Un contrat d'assurance est un investissement à long terme et à ce titre les indices boursiers sont un choix valable de placement.

Transférer la propriété du contrat

Le client est un retraité et la baisse des taux d'intérêt et la baisse du marché boursier ne lui permettent pas de déposer des sommes additionnelles.

Considérez transférer la propriété du contrat à ses enfants qui sont maintenant bien établis et en mesure d'assumer les dépôts. Cet investissement sera très rentable (ratio primes payées *versus* capital-décès du contrat) et votre client n'aura pas payé toutes ces primes pendant toutes ces années pour rien.

Ce qu'il faudrait éviter de faire

Il faut éviter, lorsque c'est possible, d'annuler le contrat et d'en acheter un nouveau car généralement le coût d'assurance sera supérieur lorsque l'assuré est plus âgé. Il y a par contre exception si on modifie le contrat en vie conjointe, il sera alors approprié de comparer les coûts de l'assureur

actuel versus ceux d'un nouvel assureur. Il ne faut pas oublier aussi que l'état de santé du client pourrait avoir changé.

Il peut y avoir des impôts à payer lors de la disposition du contrat. Les pertes de placement encourues dans le contrat ne sont malheureusement pas déductibles.

Si on veut réduire la couverture, il pourrait être plus avantageux de réduire la protection du contrat actuel plutôt que d'acheter un nouveau contrat.

Ignorer la situation ou ne rien faire

Avant tout il ne faut pas ignorer le problème. Il est vrai que dans certains cas, des pertes de 20 % pourraient affecter la performance à long terme du contrat, surtout pour les plus récentes polices car elles n'ont pas fait les gains importants des années précédentes. Il faut donc éviter de reporter le problème et rechercher des pistes de solution immédiatement.

ANNEXE I

Tableau I

Ans	Dépôt	Valeur accumulée	Capital-décès	Placement alternatif
1	40 000	33 379	1 033 379	41 248
2	40 000	68 426	1 068 426	83 783
3	40 000	105 227	1 105 227	127 645
4	40 000	143 867	1 143 867	172 875
5	40 000	180 388	1 180 388	219 517
10		205 045	1 205 045	255 966
20		266 799	1 266 799	348 026
30		407 319	**1 407 319**	**473 196**

Tableau II

Ans	Dépôt	Valeur accumulée	Capital-décès	Placement alternatif
1	50 000	39 259	1 022 283	33 956
2	50 000	80 482	1 046 609	69 410
3	50 000	123 765	1 073 106	106 405
4	50 000	169 212	1 101 911	144 986
5	50 000	219 109	1 157 695	185 198
10		224 349	1 151 297	227 220
20		242 842	1 227 810	331 471
30		300 309	**1 300 309**	**469 952**

ANNEXE II

Structures de bonis

Assureurs	Boni sur investissements	Autres bonis
Assureur A	▪ Payable après 10 ans et chaque cinq ans par la suite ▪ Paie 10 % des intérêts gagnés des cinq années précédentes ▪ Le boni est doublé si le ratio de provisionnement est = 2 ▪ Ratio de provisionnement = dépôts nets 110 % du coût d'assurance nivelé ▪ Garanti	▪ Rabais sur le coût d'assurance ▪ Débute après la 1re année ▪ Dépend du ratio de provisionnement ▪ Plafonné à trois ans ▪ Âges 0-50, facteur de 10 % ▪ Âges de 50-70, facteur réduit de 0 à 70 ans
Assureur B	Coût d'assurance croissant ▪ Débute la 2e année, payable chaque année ▪ Boni = Valeur accum. x C ▪ C est déterminé de la façon suivante selon les années : ▪ 2 à 6 : 15,15 % du taux moyen de rendement de l'année précédente, Max :1,25 %, min : 0,25 % ▪ 7 à 16 : 17,75 % du taux moyen de rendement de l'année précédente, max :1,45 %, min : 0,75 % ▪ 17 à 26 : 23,25 % du taux moyen de rendement de l'année précédente, max : 1,85 %, min : 1 % ▪ 27 et + : 28,50 % du taux moyen de rendement de l'année précédente, max : 2,6 %, min : 1 %	Coût d'assurance nivelé <u>Boni de prime</u> : ▪ payable entre la 2e et la 11e année ▪ 2,5 % sur toute prime d'investissement <u>Boni d'accumulation</u> : ▪ payable chaque année à partir de la 12e année ▪ 12 à 16 : 1,2 % de la valeur moyenne du compte (vmc) ▪ 17 à 25 : 1,4 % de la vmc ▪ 26 à 30 : 1,6 % de la vmc ▪ 31 à 35 : 1,8 % de la vmc ▪ 36 à 45 : 2,0 % de la vmc ▪ 46 à 55 : 1,8 % de la vmc 56 + : 1,25 % de la vmc

ANNEXE III

Rendements nets crédités au 30 juin 2003

Description	Rendement 1 an	Rendement 5 ans
Indice d'actions canadiennes		
S&P/TSE 60	**-1.64%**	**-2.32%**
	-1.30%	-2.00%
	-1.64%	-2.32%
	-2.40%	-2.80%
Indice d'actions américaines		
S&P 500	**-12.62%**	**-4.67%**
	-11.70%	-4.70%
	-12.62%	-4.66%
	-13.50%	-6.20%

Description	Rendement 1 an	Rendement 5 ans
Indice d'actions internationales		
Morgan, Stanley (ou autres)	**-18.89%**	**-7.49%**
	-20.51%	-8.38%
	-18.40%	-7.30%
	-20.80%	-6.11%
Indice d'obligations canadiennes		
Aucun indice de référence		
	-8.34%	
	-8.30%	-3.90%
	-9.60%	-5.30%

ANNEXE III (SUITE)

CIE	Rendement moyen
A	2,87 %
B	2,94 %
C	2,97 %
D	3,08 %
E	3,18 %
F	3,32 %
G	3,36 %
H	3,43 %
I	3,63 %

PARTIE B
Claude Ménard, BAA, Adm. A., AVA, Pl. Fin.
PPI Québec inc.

INTRODUCTION

La protection du revenu et la conservation du patrimoine constituent depuis toujours la pierre angulaire de l'industrie de l'assurance de personnes au Canada. Depuis quelques années, nous assistons à l'explosion de contrats dits de prestations du vivant qui semblent répondre à une demande accrue de protection pendant la vie active et à la retraite.

À peu près chaque mois, nous pouvons lire à propos d'une compagnie d'assurances qui lance un nouveau produit sur le marché. Les volumes de vente progressent à grande vitesse et il est parfois difficile de s'y retrouver, d'une part sur la pertinence de faire l'acquisition de tels contrats et d'autre part sur la qualité relative du produit qui nous est offert versus ceux qui sont disponibles sur le marché.

L'objectif de ma présentation n'est pas de donner une description exhaustive de tous les contrats offerts dans le marché de l'assurance dite de prestations du vivant, mais davantage de donner une brève description des différentes protections offertes, de décrire les principaux marchés auxquels ces contrats s'adressent et de jeter un coup d'œil au traitement fiscal des primes et des bénéfices.

1. SUBSTITUTION DU REVENU

Aussi appelée assurance invalidité, cette protection vise à remplacer le revenu professionnel en cas d'incapacité de travailler pour cause d'accident ou de maladie. Le montant de prestations de base qu'un assuré peut souscrire dépend de son revenu gagné, de l'activité professionnelle qu'il exerce et de l'évaluation de son dossier médical et financier par la sélection des risques. Plus l'assuré exerce une profession libérale, versus des tâches manuelles, et plus son revenu gagné est stable, meilleures seront les définitions du contrat ainsi que la tarification. Le délai de carence, ou durée avant le début des prestations, ainsi que la durée totale des prestations influenceront grandement la tarification. La durée du service de la rente peut aller de deux à cinq ans, ou se poursuivre jusqu'à ce que l'assuré atteigne l'âge de 65 ans. Les délais de carence vont d'un minimum de 30 jours jusqu'à un maximum de deux ans. Des délais de carence de 60, 90, 120, 180 et 365 jours sont également disponibles.

Des prestations d'invalidité totale sont payables lorsque, en raison d'un accident ou d'une maladie, l'assuré est incapable d'effectuer les principales tâches essentielles à l'accomplissement de son emploi habituel, qu'il n'exerce aucun autre emploi rémunérateur et qu'il est examiné et soigné régulièrement par un médecin. Pour les membres de certaines professions libérales désignées, ceux-ci peuvent choisir une assurance dont la définition d'invalidité repose sur l'exercice de la propre occupation. Donc, ils recevraient la pleine prestation même s'ils occupaient un emploi rémunérateur autre que leur profession.

Lorsque, en raison d'un accident ou d'une maladie, l'assuré subit une perte de revenu mais n'est pas totalement invalide, une partie de la rente mensuelle est alors payable. Le montant payable est proportionnel à la perte de revenu. Lorsque la perte de revenu est inférieure à 20 %, aucune prestation n'est payable; lorsqu'elle se situe entre 20 % et 80 %, de 20 % à 80 % de la rente mensuelle est payable; et lorsqu'elle est supérieure à 80 %, 100 % de la rente mensuelle est payable.

D'autres définitions telles que l'invalidité totale présumée, la rente de rétablissement, l'exonération des primes, l'avenant de vie chère et autres font généralement partie d'un contrat de bonne qualité.

2. MALADIE GRAVE

L'assurance maladie grave verse un montant forfaitaire à l'assuré lorsqu'il survit à une maladie grave diagnostiquée et couverte par le contrat. La période de survie varie en fonction de la maladie. Dans la plupart des cas, les prestations sont payables lorsque l'assuré survit pendant 30 jours après que le diagnostic a été posé, à moins d'indication contraire précisée au contrat. Voici la liste des maladies couvertes en règle générale :

- accident cérébrovasculaire;
- brûlures importantes;
- cancer;
- cécité;
- chirurgie de l'aorte;
- coma;

- crise cardiaque;
- greffe d'un organe vital;
- infection au VIH par exposition occupationnelle;
- insuffisance rénale;
- maladie d'Alzheimer;
- maladie de Parkinson;
- maladie de moto neurone (SLA ou maladie de Charcot/Lou Gerhig);
- paralysie;
- perte de la parole;
- perte de membres;
- pontage coronarien;
- remplacement de valve;
- sclérose en plaques;
- surdité.

Les définitions complètes de ces maladies sont décrites dans le contrat. Il y a généralement un certain nombre d'exclusions à ce dernier, telles qu'une blessure infligée intentionnellement, la consommation de drogues, d'alcool ou de médicaments, la conduite avec facultés affaiblies et la participation à un acte criminel.

La garantie en cas de maladie grave peut être souscrite par une personne dont l'âge se situe entre 20 et 65 ans et elle est offerte jusqu'à l'âge de 75 ans ou pour la vie entière. Les frais varient en fonction de la période de garantie choisie.

Le montant minimum est généralement de 25 000 $. Le montant maximum se situe entre 1 000 000 $ et 2 000 000 $ selon les assureurs. La

tarification varie entre la temporaire croissante avec l'âge et les primes nivelées à vie.

La garantie en cas de maladie grave n'est habituellement pas offerte aux personnes ayant souffert d'une maladie faisant partie de la liste des maladies couvertes dans le contrat ou chez qui une telle maladie a été diagnostiquée.

3. ASSURANCE SOINS DE LONGUE DURÉE

L'assurance soins de longue durée prévoit le versement d'une indemnité quotidienne lorsqu'un médecin certifie qu'en raison d'un problème de santé, l'assuré doit être placé dans un établissement de soins de longue durée ou recevoir des soins à domicile.

Indemnité de soins en établissement : cette indemnité est payable à l'expiration d'un délai de carence de 0 à 90 jours. Elle est versée lorsqu'un médecin recommande un séjour dans un établissement de soins de longue durée en raison de l'incapacité d'accomplir au moins deux activités de la vie quotidienne ou d'une déficience cognitive. L'indemnité est subordonnée à une limite quotidienne et un période d'indemnisation maximale. L'indemnité quotidienne est versée quel que soit le coût des soins en établissement.

Indemnité de soins à domicile : cette indemnité est payable à l'expiration d'un délai de carence de 60 à 90 jours. Elle est versée lorsqu'un médecin recommande des soins à domicile en raison de l'incapacité d'accomplir au moins deux activités de la vie quotidienne ou d'une défaillance cognitive. À défaut de recevoir les services offerts en vertu du programme de soins à domicile, le traitement approprié pour ce problème de santé nécessiterait le séjour de la personne dans un centre hospitalier ou un établissement de soins de longue durée.

L'indemnité est subordonnée à une limite quotidienne et une période d'indemnisation maximale. L'indemnité quotidienne est versée sous forme de remboursement des frais effectivement engagés par l'assuré pour obtenir des soins à domicile.

L'expression « activités de la vie quotidienne » désigne ce qui suit : le bain, l'habillage, les habitudes d'élimination et de propreté, le maintien de la continence, la capacité d'être ambulatoire et l'alimentation.

La déficience cognitive s'entend des problèmes de l'attention, de l'affect, de la mémoire ou autre définition de la capacité intellectuelle en raison desquels la personne atteinte a besoin de surveillance afin de l'assister

ou de la protéger. Toute demande de règlement au titre de la police relative à une défaillance cognitive doit être accompagnée d'une évaluation des facultés mentales et d'une attestation par un médecin confirmant la nécessité de soins à ce sujet.

Chaque contrat est assujetti à une série d'exclusions et de restrictions.

La tarification de ces contrats varie grandement d'un assureur à l'autre. Compte tenu de la nouveauté de ce type de protection et du peu d'expérience de réclamation, la plupart des assureurs ne garantissent pas les primes de renouvellement.

Une exonération des primes est généralement offerte lorsque l'assuré reçoit des indemnisations.

L'âge à l'établissement de la garantie de soins en établissement est de 30 à 80 ans. Celui de soins à domicile est de 30 à 75 ans.

La période de paiement des frais mensuels dépend de l'âge à la souscription :

- pour les personnes âgées de 30 à 45 ans, la période de paiement prend fin à l'âge de 65 ans;

- pour les personnes de 46 à 80 ans, la période de paiement est de 20 ans.

Plusieurs périodes d'indemnisation sont offertes pour l'indemnité de soins en établissement et l'indemnité de soins à domicile. L'indemnité de soins en établissement peut être versée pendant un an, deux ans, cinq ans ou la vie durant. L'indemnité de soins à domicile est payable pendant 365 jours, 730 jours, 1 825 jours ou la vie durant. La période d'indemnisation pour les soins en établissement doit, dans tous les cas, être au moins aussi longue que celle choisie pour les indemnités de soins à domicile.

L'indemnité quotidienne doit être un multiple de 10 $ compris entre un minimum de 10 $ et un maximum de 300 $. L'indemnité de soins en établissement doit toujours être au moins aussi élevée que l'indemnité de soins à domicile.

Des avenants tels que le rajustement de vie chère, la garantie de souscription future et la garantie d'assurabilité peuvent également être offerts.

4. RACHAT DE PARTS

Dans le cadre d'une convention entre actionnaires, celle-ci devrait prévoir l'événement de l'invalidité d'un des actionnaires principaux de la société. Les clauses les plus courantes prévoient qu'après une période d'invalidité variant de un à deux ans, l'actionnaire invalide doit disposer de ses parts au bénéfice de ses partenaires. Il y a souvent deux problèmes reliés à une telle clause : premièrement, comment définit-on une invalidité et qui en fera le diagnostic; deuxièmement, d'où proviendront les fonds nécessaires au financement de la transaction?

La garantie d'un contrat rachat de parts prévoit le versement d'une somme d'argent en cas d'invalidité totale d'un propriétaire assuré. Le produit a été conçu pour les propriétaires qui participent activement à plein aux activités d'une société de personnes ou d'une société à peu d'actionnaires. Les prestations sont payables à l'expiration d'un délai de carence variant de un à deux ans consécutifs d'invalidité totale.

Les prestations d'invalidité totale sont payables si, par suite d'un accident ou d'une maladie, l'assuré est dans l'incapacité d'accomplir les fonctions essentielles de sa profession habituelle dans l'entreprise, pourvu qu'il ne se livre à aucun autre travail rémunéré et qu'il soit examiné et suivi régulièrement par un médecin.

Deux structures de paiement sont proposées. Le titulaire a la possibilité de prévoir le versement, à l'expiration du délai de carence, soit d'un montant forfaitaire, soit de 60 mensualités uniformes. Lorsque les mensualités commencent à être versées, elles continuent de l'être quel que soit l'état de santé de l'assuré.

Les montants de prestations totales offertes peuvent varier entre 1 000 000 $ et 2 000 000 $ selon le délai de carence et le mode de prestations choisis.

Il existe de grandes variantes quant aux conditions de paiement d'un assureur à l'autre. Certains exigeront qu'il y ait effectivement une transaction qui soit réalisée pour effectuer le paiement. De plus, certains assureurs procéderont à une évaluation de l'entreprise au moment d'une réclamation et ne paieront que le maximum ayant été payé par les autres actionnaires, même si ce montant est inférieur aux sommes assurées. D'autres contrats ne prévoient aucune des conditions mentionnées précédemment, mais comportent des exclusions en contrepartie d'une réduction des primes substantielles.

Les frais pour la garantie rachat de parts sont garantis par le contrat. Les taux varient en fonction de l'âge, du sexe, de l'usage du tabac et de la catégorie professionnelle.

5. ASSURANCE SOINS DE SANTÉ

Le vieillissement de la population, l'augmentation des demandes de soins médicaux et la difficulté d'accessibilité à ces soins ont contribué à la venue de nouveaux services d'assurance dits de soins de santé. Ces contrats comportent généralement trois volets, soit : l'information, les soins médicaux et les fonds nécessaires pour payer ces soins.

Information de qualité et soins de qualité

Le volet « information et soins médicaux » de ces contrats est généralement divisé en quatre sections :

1. L'interconsultation qui permet d'obtenir une évaluation personnalisée de l'affection par des médecins de classe internationale réputés pour leur compétence pour cette affection. Le rapport interconsultation émis par *Best Doctors* vérifie le diagnostic et suggère des options de traitement sur lesquelles le patient et son médecin peuvent fonder leur décision.

2. *FindBestDoc* – trouve les médecins. *FindBestDoc* est un service très personnalisé fourni par un personnel infirmier autorisé, qui sélectionne les spécialistes de l'affection dont le patient souffre à l'aide d'une base de données exhaustive regroupant les 50 000 meilleurs médecins au monde.

3. *FindBestCare* – trouve les hôpitaux. Il s'agit d'un service très personnalisé qui recherche les meilleurs établissements médicaux hors du Canada et prend les dispositions pour que le patient y soit admis.

4. *VIP Concierge* – ouvre les portes. *VIP Concierge Services* est un service multilingue conçu pour aider le patient à obtenir des rendez-vous, prendre des arrangements en vue des déplacements et de l'hébergement, ainsi que de l'admission à l'hôpital, et coordonner les demandes de renseignements lorsque des soins sont administrés hors du Canada.

Financement

Selon les quelques contrats actuellement offerts sur le marché, il est possible d'avoir accès à une protection pouvant atteindre 3 000 000 $US la

vie durant. Des franchises variant de 2 500 $US à 10 000 $US par assuré sont disponibles.

Tous les proposants font l'objet d'une tarification médicale individuelle et les affections préexistantes sont exclues.

L'assurance couvre les frais engagés pour des soins médicaux, notamment les actes à but diagnostique, les recommandations d'établissement de soins et l'obtention d'un deuxième avis médical, sous réserve de leur approbation préalable.

Les autres frais couverts comprennent les interventions chirurgicales, les actes à but diagnostique et les traitements, le transport, les repas et l'hébergement, l'accompagnement par un membre de la famille, le rapatriement de la dépouille. Chacun de ces frais est sujet à des maximums journaliers et globaux.

6. PRESTATIONS EN CAPITAL

Les contrats d'assurance vie, principalement les contrats vie universelle, comprennent deux composantes principales : la protection en cas de décès et l'accumulation à l'abri de l'impôt. Au cours de la dernière décennie, certaines compagnies ont introduit des définitions dites de prestations en capital à l'intérieur de leurs contrats d'assurance vie. Ces définitions permettent au propriétaire de la police d'encaisser jusqu'à concurrence de la valeur du fonds accumulé à l'intérieur du contrat si une des personnes assurées se qualifie selon les définitions d'invalidité, de maladies graves et de perte d'autonomie faisant partie du contrat. Le résultat de l'application de telles définitions est que l'encaissement des sommes accumulées au contrat n'est pas considéré comme un retrait sur police aux fins fiscales, mais comme une prestation en cas d'invalidité ou de maladie grave. L'encaissement se réalise donc tout à fait en franchise d'impôt quel que soit le coût de base rajusté du contrat (CBR).

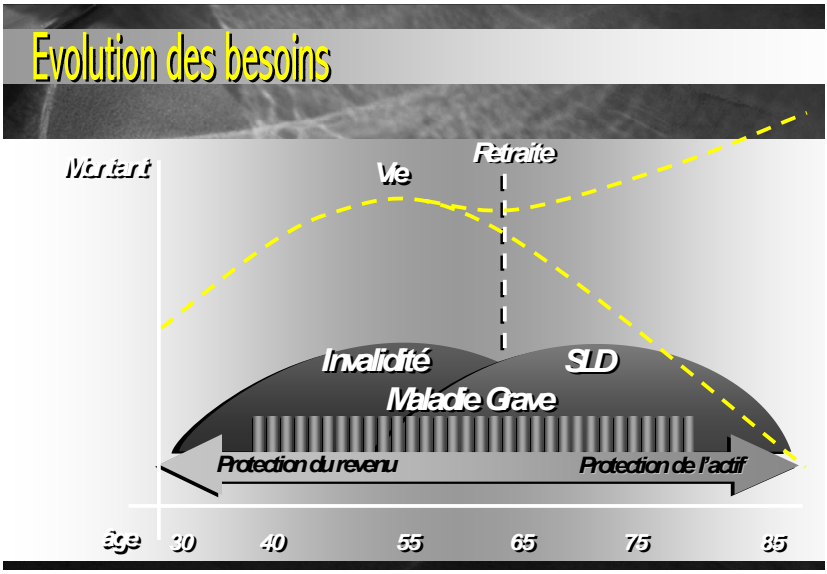
Il existe plusieurs variantes sur le marché selon les définitions qui seront intégrées au contrat, selon les sommes qui peuvent être encaissées et selon l'accessibilité à ces sommes. Certains assureurs procèdent à une sélection médicale et professionnelle au moment de l'entrée en vigueur du contrat, alors que d'autres choisissent de faire la sélection au moment d'une réclamation. Il vaut donc la peine de lire attentivement le libellé de ces clauses afin d'obtenir un contrat qui réponde à nos attentes.

7. CONTRAT D'ASSURANCE VIE MULTIRISQUES

L'avènement de l'assurance vie universelle et l'identification des différents éléments de tarification au contrat ont permis la multiplication des risques pouvant être inclus dans une même police. Ainsi on peut retrouver des contrats qui offriront la possibilité de couvrir la vie de la ou des personnes assurées, d'offrir en plus une protection complète d'assurance substitution du revenu, de maladie grave, de soins de longue durée et de rachat de part en cas d'invalidité, en plus de l'accessibilité aux prestations en capital.

L'avantage principal offert par ces contrats est la possibilité de capitaliser des sommes à l'intérieur du fonds d'accumulation à l'abri de l'impôt et éventuellement d'utiliser ces sommes pour payer les frais relatifs aux risques choisis avec des dollars avant impôt plutôt que de payer des primes non déductibles avec des dollars déjà taxés.

Un autre avantage inhérent à ce type de contrat est la possibilité qui est offerte au détenteur du contrat de pouvoir moduler sa protection en fonction de l'évolution de ses besoins. Ainsi, à titre d'exemple, un assuré dans la trentaine pourrait être plus intéressé à acquérir une protection de substitution du revenu alors que, lorsqu'il sera plus âgé, il pourrait modifier son contrat existant pour diminuer cette protection et acquérir une assurance soins de longue durée. Ainsi, il pourrait continuer de bénéficier des sommes accumulées à son contrat pour prendre soin des nouveaux frais de couverture d'assurance.



8. PRINCIPAUX MARCHÉS

De façon générale, nous pourrions dire que toute personne dont la capacité de revenu dépend de sa capacité de travail a besoin d'assurance substitution du revenu. De plus, personne n'est à l'abri d'être atteint d'une maladie grave ou de la nécessité de recevoir des soins de longue durée. Nous pouvons cependant tracer les grandes lignes des préoccupations principales des gens en fonction de leur âge, de leur progression dans l'atteinte de leurs objectifs financiers et de leur environnement de travail.

Le graphique ci-dessus présente bien l'évolution de ces besoins à travers le temps. Essentiellement, l'image se résume en disant qu'en début de carrière, les gens sont plus préoccupés par la protection du revenu, alors qu'en vieillissant et au fur et à mesure que le patrimoine prend de l'ampleur, ils sont davantage orientés vers la protection des actifs. Et cela vaut autant du point de vue de la protection en cas de décès que du point de vue des prestations du vivant.

9. PROFESSIONNELS ET TRAVAILLEURS AUTONOMES

Le marché initial pour lequel ces produits furent développés était celui des professionnels et des travailleurs autonomes. Leur réalité étant que s'ils veulent bénéficier de quelque type de protection que ce soit, ils doivent se la procurer par eux-mêmes. Voilà pourquoi nous avons assisté au cours des

années 1980 à une amélioration significative des produits offerts. Les contrats de groupe-association ont également profité de cette tendance. Un fait demeure, c'est que ces gens ont le devoir de réviser régulièrement leurs besoins en fonction de leurs objectifs et de leur situation familiale et financière.

10. CADRES D'ENTREPRISE

Les gens qui occupent les postes de responsabilité à l'intérieur des entreprises font également face aux mêmes réalités que les travailleurs autonomes. Ils ont longtemps compté sur leur employeur pour pourvoir à leurs besoins de sécurité financière. Cependant, une analyse plus approfondie des bénéfices offerts arrive souvent à la conclusion que les gens les moins bien protégés sont les quelques personnes qui font que l'entreprise performe au niveau où elle le fait.

En règle générale, si nous tenons compte du total des dépenses pour les avantages sociaux assumées par l'employeur, incluant les régimes privés et gouvernementaux, pour l'ensemble de ses employés, il se situe entre 18 % et 22 % de la masse salariale. Si nous faisions le même calcul pour les cadres supérieurs, ce pourcentage diminue à 7 % et 12 % de la masse salariale relative à ce groupe d'employés. En termes de concept de rémunération globale, il y a peut-être une anomalie qui vaille la peine de s'y attarder.

Cet écart important provient du fait que l'ensemble des régimes publics sont sujets à des maximums qui sont rapidement atteints par des gens à rémunération élevée et supérieure. Le même constat peut être fait pour un bon nombre de régimes privés employeur-employé. Prenons comme exemple l'assurance substitution du revenu, si le régime en place offre une protection égale à 66 2/3% du salaire, mais sujet à un maximum de 5 000 $ par mois, toute personne ayant une rémunération égale ou inférieure à 89 000 $ par année bénéficiera d'une protection adéquate. Au fur et à mesure que la rémunération excède ce montant, le pourcentage du revenu assuré va en diminuant. C'est ce que l'on appelle la discrimination inversée, où les dirigeants sont moins bien protégés que l'employé moyen. De plus, en général, le revenu assuré est celui apparaissant sur la liste de paye et ne tient pas compte des bonis ou d'autres formes de rémunération. Toutes les études démontrent que plus la rémunération augmente, plus le pourcentage de la rémunération globale relié à la performance va en augmentant. Ces revenus sont assurables par des contrats individuels.

Une autre considération a trait aux définitions offertes par le régime collectif. Le principe de base de tels régimes est qu'ils sont faits pour

l'ensemble des employés et ne tiennent pas ou tiennent peu compte des situations particulières de chacun. Par exemple, si la définition d'invalidité du plan collectif se limite à deux ans d'occupation régulière, et qu'après cette période elle devienne pour tout emploi rémunérateur que la personne assurée peut exercer en fonction de sa formation, son instruction et son expérience, cette définition peut très bien convenir au travailleur manuel, mais elle est vraiment discriminatoire pour les gens de la haute direction.

11. PROPRIÉTAIRES D'ENTREPRISE

La rémunération globale d'un propriétaire d'entreprise est composée du salaire, de bonis, de dividendes, de sa participation aux profits de l'entreprise, du fractionnement de revenu avec son conjoint, de régimes de pension généreux, etc.

Les mêmes considérations relatives au montant de revenu assurable et aux définitions du contrat que j'ai énumérées pour les cadres supérieurs sont applicables pour un propriétaire d'entreprise et que l'ensemble de ces revenus sont des revenus assurables sur une base individuelle.

De plus, on constate souvent le fait que la valeur de l'entreprise est intimement liée à la performance de son ou ses actionnaires. Alors, une incapacité de travail attribuable à un accident ou une maladie ne fait pas qu'affecter les revenus, elle affecte également directement la valeur de son patrimoine.

12. LE TRAITEMENT FISCAL DES PRIMES ET DES PRESTATIONS

Le traitement fiscal des contrats d'assurance de prestations du vivant est divisé en deux catégories : les primes et les prestations.

De façon générale, lorsqu'un individu fait l'acquisition d'un contrat d'assurance pour lui-même, les primes sont non déductibles et les prestations sont non imposables.

La situation se complique lorsqu'une société assume le paiement des primes au bénéfice d'un de ses employés. Nous devons tout d'abord distinguer l'assurance substitution du revenu des autres contrats de prestations du vivant. En effet, sur ces derniers, la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] est muette. Il semble que l'industrie agisse plus rapidement que le

---

[2] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

législateur. De nombreux écrits ont été publiés sur le sujet, dont celui de monsieur Philippe Schultheiss, paru dans la revue *Stratège* de mars 2003[3].

Le tableau suivant donne un résumé de ce que nous croyons être la position que le législateur adoptera dans les années à venir. Il s'agit d'une évaluation conservatrice qui pourrait se résumer de la façon suivante : lorsque l'employeur assume le paiement de la prime, celle-ci est déductible comme dépense admissible; cependant, il faut ajouter ce montant au revenu de l'employé au bénéfice duquel le contrat a été émis, à titre de bénéfice conféré.

Traitement fiscal

	Prime		*Prestation*
	Cadre	*Employeur*	*Cadre*
Invalidité	Imposable	Déductible	Non imposable
Régime assurance salaire	Non imposable	Déductible	Imposable
Maladie grave	Imposable	Déductible	Non imposable
Soins de longue durée	Imposable	Déductible	Non imposable
Soins de santé fédéral	Non imposable	Déductible	Non imposable
Soins de santé provincial	Imposable	Déductible	Non imposable

L'exception à cette règle est l'assurance invalidité. Si le régime n'est offert qu'à une seule personne, le traitement fiscal est le même que celui présenté précédemment. Par contre, si le programme est offert à plusieurs personnes dans le cadre d'un régime groupé d'assurance salaire ou encore par une fiducie de santé et bien-être, alors la prime est une dépense déductible pour l'employeur, elle n'est pas un bénéfice conféré à l'employé; par contre, s'il y a versement de prestations à l'employé, celui-ci devra ajouter les sommes reçues à son revenu imposable. En général, dans une telle situation, les assureurs acceptent d'émettre des prestations mensuelles supplémentaires pour prendre soin de l'impôt à payer par l'employé.

[3] Philippe SCHULTHEISS, « L'assurance maladies graves », (2003), vol. 8, n° 1 *Stratège* 19-22.

CONCLUSION

Le marché de l'assurance prestations du vivant prend beaucoup d'ampleur actuellement au Canada. La détérioration du système de santé en général, une population vieillissante, les difficultés de disponibilité de soins appropriés, le traitement efficace de certaines maladies qui a pour effet de prolonger l'espérance de vie des patients, mais pas nécessairement en bonne santé, l'augmentation substantielle des coûts des traitements et des médicaments, voilà autant de raisons qui amènent les gens à considérer l'acquisition de tels contrats qui leur permettront de faire face financièrement aux impairs provoqués par un accident ou une maladie.

L'industrie canadienne de l'assurance a bien compris cette dynamique et continuera à offrir un gamme de plus en plus élaborée de produits et de services répondant à cette demande accrue.

Le législateur devra également se pencher de façon adéquate sur ces produits afin d'éliminer les zones grises et les interprétations du traitement fiscal y afférent. Depuis quelques années, de nombreuses représentations ont été faites, mais la variété des contrats offerts et leur mise en application semble retarder l'adoption d'une législation adéquate. C'est un dossier à suivre.

PLANIFICATION TESTAMENTAIRE : PIÈGES À ÉVITER

Charles P. Marquette
Avocat
Borden Ladner Gervais s.r.l.

Julie Daoust
Avocate
Borden Ladner Gervais s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9:3

1. PLAN TESTAMENTAIRE 9:3

1.1. DONNÉES PERSONNELLES DU CLIENT ET DE SA FAMILLE 9:3
1.2. ACTIFS DU CLIENT 9:4
1.3. DETTES 9:5
1.4. PRÉOCCUPATIONS DU TESTATEUR 9:5
1.5. PROPOSITION ET RÉSUMÉ DU PLAN TESTAMENTAIRE 9:5

2. PIÈGES À ÉVITER EN MATIÈRE FISCALE 9:6

2.1. DISPOSITION PRÉSUMÉE 9:6
2.2. REÉR 9:6

2.3. TRANSFERT AU CONJOINT OU À UNE FIDUCIE AU PROFIT DU CONJOINT 9:6
2.3.1. Critères de base 9:6
2.3.2. Roulement ou transfert en tout ou en partie des biens à la JVM 9:11
2.3.3. Dévolution irrévocable 9:11
2.3.4. Biens avec assumation de dettes par la fiducie au profit du conjoint 9:14
2.3.5. Maintien de la résidence canadienne de la fiducie au profit du conjoint 9:15
2.3.6. Maintien de l'existence de la fiducie au profit du conjoint après le décès de ce dernier 9:16
2.4. FIDUCIES POUR AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE 9:17
2.5. RÈGLE DE 21 ANS APPLICABLE AUX FIDUCIES 9:18

3. CERTAINS PIÈGES À ÉVITER EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL 9:19

3.1. CHOIX DU LIQUIDATEUR ET DU FIDUCIAIRE 9:19
3.1.1. Nomination et remplacement 9:19
3.1.2. Rémunération 9:20
3.1.3. Tâche du liquidateur 9:21
3.2. CONSIDÉRATIONS DES RÉGIMES LÉGAUX APPLICABLES AU CONJOINT SURVIVANT 9:22
3.2.1. Survie de l'obligation alimentaire 9:23
3.2.2. Prestation compensatoire ou enrichissement sans cause 9:24
3.2.3. Régime matrimonial et contrat de mariage 9:24
3.2.4. Patrimoine familial 9:25
3.3. LEGS UNIVERSEL VERSUS LEGS PARTICULIER 9:26
3.4. LES CLAUSES CONTRAIRES À L'ORDRE PUBLIC 9:27
3.4.1. Mesures visant à éviter les conflits d'intérêts et la captation 9:28
3.4.2. Mesures visant à protéger les droits fondamentaux 9:29
3.4.3. Mesures visant à protéger les droits des héritiers 9:30

CONCLUSION 9:30

ANNEXE 1 ..... 9:31

INTRODUCTION

Le présent texte traitera principalement de trois thèmes.

Dans un premier temps, nous réviserons quelques aspects pratiques pour la prise des données d'un testateur qui permettra au planificateur d'analyser la situation fiscale, les préoccupations personnelles du testateur pour la transmission de ses biens au décès et la formulation d'un plan fiscal et testamentaire.

Deuxièmement, nous passerons en revue quelques pièges à éviter en matière fiscale dans la planification testamentaire et principalement quant aux transmissions des biens au conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint.

Finalement, nous réviserons certains pièges et difficultés en matière de droit civil dans le cadre de la planification testamentaire.

1. PLAN TESTAMENTAIRE

1.1. DONNÉES PERSONNELLES DU CLIENT ET DE SA FAMILLE

Notre cabinet préconise toujours, après la rencontre avec le testateur, la préparation d'un bref mémorandum qui établit sommairement les données personnelles du testateur et de sa famille, son actif et son passif, les principales préoccupations qu'il peut avoir pour la dévolution de ses biens et, finalement, la planification qui sera mise en place pour y donner suite. Il n'y a bien entendu aucune formule sacramentelle pour la préparation d'un tel mémorandum. Celui-ci devrait être adapté aux besoins de la situation et au style des personnes impliquées. Ce qui importe le plus, c'est d'offrir au testateur un véhicule simple pour lui permettre une compréhension claire des éléments en jeu. En annexe au présent texte, vous trouverez un aide-mémoire en vue de la rédaction d'un testament.

Dans le mémorandum qui devrait être préparé et soumis au client pour approbation, les données personnelles qui seront nécessaires pour compléter le testament devraient être indiquées. Il faudra donc y inclure le nom du testateur au complet, la date et le lieu de sa naissance, son numéro d'assurance sociale, son adresse complète ainsi que les mêmes renseignements pour les membres de sa famille. Il est également opportun d'inclure le nom, l'adresse et le numéro de téléphone des aviseurs principaux tels qu'avocat, comptable, planificateur financier, agent d'assurance, etc.

1.2. ACTIFS DU CLIENT

Le mémorandum devrait, par la suite, faire état des actifs principaux du client. Le but visé, ici, est de s'assurer de traiter des éléments principaux qui devront être légués aux héritiers et, deuxièmement, d'analyser l'impact fiscal au décès de la disposition présumée de ces actifs. Ainsi, quant à la résidence principale, on devrait confirmer la date d'acquisition, son coût, le nombre d'années que celle-ci a été habitée à ce titre, et s'assurer qu'il n'y a pas eu d'autres dispositions de résidence principale par le testateur, son conjoint ou les membres proches de sa famille (selon le cas).

Immobilier

Quant aux autres immeubles, il est possible qu'il y ait, parmi eux, des immeubles à revenu. Dans un tel cas, il faudra confirmer la date d'acquisition, le coût de l'acquisition, les améliorations ainsi que la fraction non amortie du coût en capital et la valeur approximative de l'immeuble.

REÉR

Ensuite vient le régime enregistré d'épargne-retraire (ci-après « REÉR »), le fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR ») et tout autre régime de pension. Il importe d'y indiquer ici le montant approximatif, l'institution avec laquelle ces investissements sont tenus et les personnes contacts. On devrait aussi tenir compte de la désignation, s'il y en a, des bénéficiaires à ces plans, ou si le bénéficiaire est tout simplement indiqué comme étant la succession du testateur.

Valeurs mobilières / Compte de banque / Coffret de sûreté

Par la suite, on devrait donner un état succinct des investissements en valeur mobilière et comptes de banque, en connaître la valeur et le coût, pour pouvoir estimer les impôts qui seront réalisés au décès. On devrait aussi tenir compte d'un coffret de sûreté.

Assurance vie

Il est également souhaitable de vérifier les polices d'assurance vie, d'en préciser les montants, la nature et les bénéficiaires nommés.

1.3. DETTES

Les dettes et créanciers du testateur devraient être indiqués. Il faudra aussi estimer le montant des charges fiscales devant être soutenu par le testateur à son décès, ou au deuxième décès, s'il y a transfert de ces actifs libres d'impôt à un conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint. Ceci dit, il faudra, par la suite, estimer les liquidités disponibles afin de régler le paiement de ces charges.

1.4. PRÉOCCUPATIONS DU TESTATEUR

À cette étape du mémo, je recommande d'établir par écrit les désirs primordiaux du testateur. Désire-t-il tout laisser à son conjoint et lui laisser le soin, par la suite, de distribuer les biens selon la volonté de ce dernier, ou veut-il s'assurer que certains bénéficiaires recevront le reliquat de ces biens après avoir pourvu au besoin de son conjoint. De plus en plus, et surtout dans le cas où le testateur a des enfants d'une union antérieure, le testateur peut vouloir créer une fiducie en faveur de son conjoint actuel afin de pourvoir pour ce conjoint et par la suite que le capital ou le reliquat des biens soit transmis à ses enfants, soit ceux de l'union antérieure ou ceux-ci en plus de ceux de l'union actuelle.

Y a-t-il des organismes de bienfaisance que le testateur aimerait appuyer? Si oui, on devrait non seulement indiquer le montant mais aussi en déterminer l'impact fiscal.

On devrait aussi tenir compte de la nomination des liquidateurs de la succession et, s'il y a lieu, des fiduciaires à toute fiducie mise en place par le testateur, tel que discuté ci-après. Bien entendu, il s'agit de postes de confiance, et le testateur devra décider s'il veut confier ces postes à une compagnie de fiducie avec toute l'expertise que peut apporter une telle institution ou des personnes de confiance, soit de son milieu familial ou social et/ou de ses aviseurs les plus proches.

1.5. PROPOSITION ET RÉSUMÉ DU PLAN TESTAMENTAIRE

Cette étape du mémo consiste essentiellement à confirmer les instructions pour la préparation du testament, tel quel, en tenant compte des actifs, des dettes et des principales préoccupations du testateur. On élabore ici le contenu du testament de façon précise. Il serait souhaitable d'utiliser cette occasion pour expliquer toute variation entre la proposition, le résumé du plan testamentaire et les préoccupations du testateur. En effet, dans

certaines circonstances, il est peut être plus utile de proposer une alternative qui tienne compte de considérations auxquelles le testateur n'avait pas pensé.

2. PIÈGES À ÉVITER EN MATIÈRE FISCALE

2.1. DISPOSITION PRÉSUMÉE

À son décès, le testateur est généralement réputé avoir disposé, immédiatement avant celui-ci, de chacun de ses biens et avoir reçu un produit égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des biens[1]. Le cessionnaire, soit la succession ou la personne à qui les biens ont été légués, est alors réputé avoir acquis les biens pour un produit égal à cette JVM, établissant ainsi la JVM comme le coût pour l'acquéreur. Des exceptions s'appliquent à cette règle lorsqu'un bien est laissé à un conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint.

2.2. REÉR

Généralement, au décès, le défunt est réputé[2] avoir reçu, immédiatement avant son décès, une somme égale à la JVM de tous les biens du régime au moment du décès. Toutefois, cette règle générale ne s'applique pas lorsque le défunt a prévu le transfert de son REÉR à son conjoint ou, dans certains cas, à ses enfants ou petits-enfants financièrement à charge.

2.3. TRANSFERT AU CONJOINT OU À UNE FIDUCIE AU PROFIT DU CONJOINT

2.3.1. Critères de base

Lorsqu'une personne décède et lègue ses biens à son conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint, le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint

---

1 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 70(5). Le paragraphe 70(5) L.I.R. traite de la disposition des immobilisations (et des biens amortissables) alors que le paragraphe 70(5.1) L.I.R. traite des immobilisations admissibles. Le paragraphe 70(5.2) L.I.R. traite des avoirs miniers et des fonds détenus, faisant partie de l'inventaire d'une entreprise. Voir aussi AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-212R3, « Revenu de personnes décédées. Droits ou biens. », 21 mars 1990.

2 Par. 146(8.8) L.I.R.

est généralement réputé avoir acquis les biens à un coût égal au coût rajusté des biens pour le contribuable décédé, et le profit est donc reporté[3].

Pour être admissible à ce roulement, le conjoint survivant doit être un résident du Canada, et lorsque le cessionnaire est une fiducie au profit du conjoint, celle-ci doit rencontrer plusieurs critères dont, notamment, être résidente du Canada (à noter que le conjoint bénéficiaire n'a pas besoin d'être résident du Canada). Le conjoint survivant doit être admissible à recevoir tous les revenus de la fiducie au profit du conjoint sa vie durant, et nulle autre personne que lui ne peut recevoir ou obtenir, de toute autre façon, l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie au profit du conjoint.

Les fiduciaires ne peuvent donc pas se faire accorder la discrétion de ne pas distribuer les revenus de la fiducie au profit du conjoint sa vie durant. Ceci n'empêche cependant pas la fiducie au profit du conjoint d'accumuler les sommes qui seraient autrement payables au conjoint, dans la mesure où ce dernier, bien qu'il ait le droit de recevoir ces revenus, décline d'en recevoir le tout ou une partie. Dans un tel cas, les revenus (après impôt) non distribués peuvent être ajoutés au capital de la fiducie et bien entendu, aucune autre personne que le conjoint, sa vie durant, ne peut avoir droit à ce capital. Ce genre de planification peut être intéressant, dans le but de retenir des revenus imposables dans la fiducie au profit du conjoint pour prendre avantage des paliers d'impôt plus favorables dans celle-ci. De plus, dans la mesure où la fiducie permet au fiduciaire d'entamer sur le capital au profit du conjoint, ce dernier ne perdrait pas l'utilisation effective de ces sommes, advenant le besoin.

Il y a aussi une distinction entre la notion de « revenu » au sens fiscal et au sens civil. En effet, pour les fins d'une fiducie au profit du conjoint[4], le « revenu » (d'une fiducie) correspond à son revenu calculé non pas suivant les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) mais suivant celles du droit civil[5]. Ainsi, un gain en capital dont une partie (50 %) serait

---

3 Par. 70(6) L.I.R.

4 Par. 108(3) L.I.R.

5 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 909. « Sont du capital les biens dont on tire des fruits et revenus, les biens affectés au service ou à l'exploitation d'une entreprise, les actions ou les parts sociales d'une personne morale ou d'une société, le remploi des fruits et revenus, le prix de la disposition d'un capital ou son remploi, ainsi que les indemnités d'expropriation ou d'assurance qui tiennent lieu du capital.

(à suivre…)

imposable à des fins fiscales, ne serait pas considéré comme du « revenu » pour les fins de la fiducie du conjoint à être distribué au conjoint, et pourrait donc demeurer dans la fiducie. De plus, les dividendes en actions et les dividendes en capital, qui seraient considérés à des fins fiscales, seront traités comme du capital pour les fins de la fiducie. Encore une fois, bien que ces sommes puissent être traitées comme du capital de la fiducie, les modalités de la fiducie pourraient accorder au fiduciaire la discrétion d'entamer sur le capital et de payer ces sommes au conjoint.

Il faut s'assurer de ne pas accorder aux fiduciaires certains pouvoirs qui contamineraient le statut de la fiducie au profit du conjoint. En effet, les modalités des fiducies que l'on crée prévoient souvent des pouvoirs plutôt larges aux fiduciaires, leur donnant plusieurs droits sur les actifs de la fiducie. Il est nécessaire d'être vigilant afin de toujours rencontrer les deux critères primordiaux de la fiducie au profit du conjoint, à savoir (1) que seul le conjoint est admissible à recevoir tous les revenus de la fiducie au profit du conjoint sa vie durant, et (2) que nulle autre personne que le conjoint ne peut, sa vie durant, recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie au profit du conjoint. Il faut faire attention aux pouvoirs que l'on accorde aux fiduciaires, notamment lorsque ceux-ci ont le droit de distribuer ou de faire bénéficier une tierce partie des biens de la fiducie au profit du conjoint. Ainsi, il faut être vigilant lorsqu'on attribue aux fiduciaires des pouvoirs tels que les suivants :

(…suite)

Le capital comprend aussi les droits de propriété intellectuelle et industrielle, sauf les sommes qui en proviennent sans qu'il y ait eu aliénation de ces droits, les obligations et autres titres d'emprunt payables en argent, de même que les droits dont l'exercice tend à accroître le capital, tels les droits de souscription des valeurs mobilières d'une personne morale, d'une société en commandite ou d'une fiducie. »

Art. 910 C.c.Q. « Les fruits et revenus sont ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital. Ils comprennent aussi les droits dont l'exercice tend à accroître les fruits et revenus du bien.

Sont classés parmi les fruits ce qui est produit spontanément par le bien, ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds, de même que le produit ou le croît des animaux.

Sont classées parmi les revenus les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale; le sont aussi les sommes reçues en raison de la résiliation ou du renouvellement d'un bail ou d'un paiement par anticipation, ou les sommes attribuées ou perçues dans des circonstances analogues. »

i) lieu des biens de la fiducie;

ii) permettre à un bénéficiaire ou une tierce partie d'occuper un immeuble résidentiel détenu par la fiducie;

iii) permettre à un bénéficiaire ou toute autre personne l'utilisation de biens meubles ou immeubles de la fiducie;

iv) permettre le prêt d'argent détenu par la fiducie à des bénéficiaires ou toute autre personne;

v) permettre que les biens de la fiducie soient donnés en garantie au profit d'un bénéficiaire ou de toute autre personne;

vi) payer les dettes d'un bénéficiaire ou de toute autre personne.

Il se peut que de tels pouvoirs ne contaminent pas automatiquement la fiducie comme étant une fiducie au profit du conjoint, par exemple si un prêt est fait au taux d'intérêt courant et sujet aux modalités usuelles dans de telles circonstances.

On peut prendre note de la position de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »), au paragraphe 16 de son *Bulletin d'interprétation* IT-305R4, voulant qu'elle ne considère pas qu'une tierce partie ait obtenu l'avantage du revenu ou du capital de la fiducie au profit du conjoint lorsqu'il y a location de biens immobiliers à la valeur du marché ou un prêt d'argent aux conditions du marché[6]. Dans une décision technique, l'ADRC a conclu que la fiducie serait contaminée si les modalités de la

[6] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-305R4, « Fiducie testamentaire au profit du conjoint », 30 octobre 1996, par. 16 :
« En ce qui a trait à l'exigence selon laquelle seul le conjoint peut, avant son propre décès, recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie, la location de biens immobiliers à la valeur du marché ou le prêt d'argent aux conditions du marché (notamment des taux d'intérêt du marché, des garanties valables et d'un calendrier de remboursement raisonnable) ne signifie habituellement pas que la personne qui loue le bien immobilier ou qui emprunte l'argent a reçu ou obtenu l'usage du bien, selon le sens donné à l'expression dans la présente exigence. »

fiducie permettaient un prêt à toute personne autre que le conjoint sur une base non commerciale[7].

Résidents américains : Il est à noter qu'en vertu du paragraphe 5 de l'article XXIX-B de la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, il y a des dispositions permettant le roulement au conjoint dans le cas où le défunt était un résident des États-Unis immédiatement avant son décès. Ainsi, il est possible pour un résident américain de se qualifier pour le roulement à des fins fiscales canadiennes, et probablement pour créer une fiducie au profit du conjoint. Il est même possible, dans certains cas où les fiduciaires de la fiducie au profit du conjoint sont des résidents ou citoyens des États-Unis, de demander le roulement à l'autorité compétente canadienne[8].

---

[7] Voir aussi AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9819485, 28 novembre 1998, et 9627345, 14 novembre 1996.

[8] *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, 1980, art. XXIX-B, par. 5 :

« Lorsqu'une personne physique était un résident des États-Unis immédiatement avant son décès, aux fins du paragraphe 70(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, cette personne et son conjoint sont considérés avoir été résidents du Canada immédiatement avant le décès de cette personne physique. Lorsqu'une fiducie qui serait une fiducie au sens du paragraphe 70(6) de cette Loi, si ses fiduciaires qui étaient des résidents ou des citoyens des États-Unis ou des sociétés domestiques en vertu de la législation des États-Unis étaient des résidents du Canada, demande à l'autorité compétente canadienne de le faire, l'autorité compétente peut, sous réserve de modalités qui lui sont satisfaisantes, accepter de traiter la fiducie aux fins de cette Loi comme un résident du Canada pendant la période qui est précisée dans l'entente. »

(En anglais) "Where an individual was a resident of the United States immediately before the individual's death, for the purposes of subsection 70(6) of the *Income Tax Act*, both the individual and the individual's spouse shall be deemed to have been resident in Canada immediately before the individual's death. Where a trust that would be a trust described in subsection 70(6) of that Act, if its trustees that were residents or citizen of the United States or domestic corporations under the law of the United States where residents of Canada, requests the competent authority of Canada to do so, the competent authority may agree, subject to terms and conditions satisfactory to such competent authority, to treat the trust for the purposes of that Act as being resident in Canada for such time as may be stipulated in the agreement."

CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* no 95-048, 13 juin 1995 :

« *Canadian treatment of certain transfers*

The provisions of paragraph 5 relates to the operation of Canadian law. They are intended to provide deferral ("rollover") of the Canadian tax at death for certain transfers to a surviving spouse and to permit the Canadian competent authority to

(à suivre…)

2.3.2. Roulement ou transfert en tout ou en partie des biens à la JVM

Les représentants légaux du défunt peuvent choisir de ne pas effectuer un transfert au conjoint ou à la fiducie au profit du conjoint au coût des biens. Dans ce cas, le défunt sera réputé avoir disposé de ses biens à leur JVM, et ainsi possiblement réaliser un profit. Le choix doit être fait dans la déclaration de revenus régulière du défunt pour l'année du décès[9]. Par conséquent, le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint reçoit, dans un tel cas, le bien à un coût qui est égal à sa JVM.

Les représentants légaux du défunt ne peuvent choisir uniquement un montant égal à la JVM (c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas choisir un montant se situant entre le coût et la JVM). Dans les situations où un montant limité de gain devrait être créé, les représentants légaux pourraient choisir que les dispositions de transfert ne s'appliquent pas à une partie des biens, de sorte que certains biens seraient réputés avoir été disposés à la JVM et d'autres biens seraient réputés avoir été disposées au coût rajusté. Par exemple, lorsqu'il y a legs d'actions d'une société, cette stratégie peut être utile lorsqu'il est souhaitable d'utiliser l'exonération des gains en capital du défunt pour une partie de ses actions ou d'absorber des pertes en capital existantes. Le reste des actions peut être transféré, libre d'impôt, au conjoint, qui peut ensuite en disposer et utiliser sa propre exonération des gains en capital.

2.3.3. Dévolution irrévocable

Dans un cas comme dans l'autre, les biens doivent être « dévolus irrévocablement » dans les 36 mois suivant le décès du testateur[10] au conjoint ou à la fiducie au profit du conjoint, selon le cas pour bénéficier du

---

(…suite)
allow such deferral for certain transfers to a trust. For example, they would enable the competent authority to treat a trust that is a qualified domestic trust for U.S. estate tax purposes as a Canadian spousal trust as well for purposes of c3rtain provisions of Canadian tax law and of the Convention. These provisions do not affect U.S. domestic law regarding qualified domestic trusts. Nor do they affect the status of U.S. resident individuals for any other purposes. »

9 Par. 70(6.2) L.I.R. et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6, par. 2.

10 Le délai de 36 mois peut être allongé sur demande écrite, et si le Ministère considère qu'il est raisonnable dans les circonstances.

roulement. Le profit est alors reporté jusqu'au moment où le conjoint survivant, ou la fiducie au profit du conjoint, dispose des biens du vivant du conjoint, ou autrement jusqu'au décès du conjoint, selon le premier de ces événements.

L'expression « dévolu irrévocablement » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'ADRC interprète cette notion comme signifiant :

> « [le] droit incontestable de propriété d'un bien donné qui, par suite du décès du propriétaire, a été transféré ou attribué au conjoint, à une fiducie en faveur du conjoint ou à un enfant du défunt. Selon le Ministère, un bien est dévolu irrévocablement au conjoint ou à un enfant du défunt lorsque le conjoint ou l'enfant obtient un droit de propriété absolue sur ce bien, de manière que ce droit ne peut être annulé par aucun événement ultérieur, même si le conjoint ou l'enfant peut ne pas pouvoir bénéficier immédiatement de tous les avantages découlant du droit obtenu. [...]
>
> Un bien est considéré être dévolu irrévocablement à la personne à qui il est légué lorsque cette personne a un droit exécutoire de propriété à l'égard du bien[11] ».

<u>Impact d'une convention rattachée aux biens légués</u> : Les modalités d'une convention rattachées aux biens légués, telle une convention des actionnaires, peuvent empêcher que les biens soient dévolus irrévocablement au conjoint survivant ou à la fiducie au profit du conjoint si, en vertu de la convention, la succession du défunt est tenue de vendre les biens[12]. Dans un tel cas, le conjoint survivant ou la fiducie au profit du conjoint est considéré être admissible à recevoir le produit de la vente des biens, plutôt que les biens eux-mêmes. Par conséquent, le défunt est alors réputé avoir disposé des biens pour un produit égal à leur JVM, puisque les biens n'ont pas été dévolus irrévocablement.

Cependant, la convention régissant les biens légués pourrait être structurée différemment, afin de permettre la dévolution irrévocable au conjoint. Par exemple, la convention des actionnaires pourra stipuler que le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint a l'option de vendre les biens

---

[11] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-449R, « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 1-2.

[12] *Id.*, par. 8d).

(option de vente) aux actionnaires restants (ou à la société) durant une période donnée, suivant le décès de l'actionnaire. Si l'option n'est pas exercée dans la période donnée, les actionnaires restants (ou la société) pourraient, par la suite, avoir le droit d'acheter les biens (option d'achat) du conjoint ou de la fiducie au profit du conjoint durant une période donnée.

Si la convention des actionnaires donne simplement aux actionnaires restants ou à la société l'option d'acquérir les biens du défunt, les biens devraient pouvoir être ainsi dévolus irrévocablement au conjoint survivant ou à la fiducie au profit du conjoint. Cette clause peut être utile dans une convention pour éviter, par exemple, l'application des règles sur la minimisation des pertes. Dans l'affaire *Parkes Estate*[13], où les clauses de la convention des actionnaires obligeaient la vente des biens par l'exécuteur et leur rachat obligatoire, la cour a statué que les biens n'ont pas été dévolus irrévocablement à la succession.

Par contre, lorsque la convention des actionnaires prévoit que les actionnaires restants ont l'option d'acheter les biens, et que les biens sont de cette façon dévolus irrévocablement au conjoint survivant, la question de savoir si le conjoint survivant est obligé ou non, en vertu de la convention des actionnaires, de vendre les biens si les coactionnaires exercent l'option, à moins que le conjoint survivant ne soit autrement partie à la convention, peut se poser. En d'autres termes, il n'est pas toujours clair que les obligations du défunt en vertu de la convention des actionnaires seront transférées au conjoint survivant ou à la fiducie au profit du conjoint[14].

Le libellé de la convention des actionnaires pourrait prévoir autrement qu'une personne est obligée de vendre ses biens en cas de décès; mais que, si les biens sont légués à un conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint et que le conjoint survivant ou la fiducie au profit du conjoint (selon le cas) intervient dans la convention des actionnaires existante afin d'être lié par ses clauses. Alors, le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint pourrait

---

[13] *Parkes Estate* c. *MRN*, 86 D.T.C. 1214 (C.C.I.). Se reporter également à *Greenwood Estate* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 6190 (C.A.F.).

[14] Par exemple, dans une affaire, les actions de l'actionnaire sont passées à son conjoint au décès de l'actionnaire, mais elles étaient autrement assujetties à une convention. La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que le conjoint survivant n'était pas obligé par la convention : *O'Brien* c. *O'Brien Estate* (1999), 180 Sask. R. 33.

autrement avoir l'option de vendre les biens aux actionnaires restants[15]. De plus, dans ces situations, les actionnaires restants pourraient avoir le droit, après une certaine période, d'acquérir les biens (droit d'option d'achat) si le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint n'exerce pas l'option de vente.

Alternativement, il peut être préférable que le conjoint souscrive une action de type privilégiée de la société ayant une valeur nominale, et que le conjoint soit partie à la convention des actionnaires, de sorte que celle-ci ait force obligatoire envers le conjoint.

Les biens pourraient être autrement la propriété d'une société de portefeuille. Les biens de la société de portefeuille pourraient être légués au conjoint ou à la fiducie au profit du conjoint et la convention des actionnaires pourrait exiger la vente obligatoire des biens de la société par la société de portefeuille.

Décontamination : Dans certains cas, il se pourrait que la fiducie au profit du conjoint ne se qualifie pas parce que certaines modalités de sa création l'ont « contaminée », c'est-à-dire qu'il y a un élément entourant la création de la fiducie au profit du conjoint qui la rend non admissible. Puisque la loi prévoit que la dévolution irrévocable des biens à la fiducie au profit du conjoint doit avoir lieu dans les 36 mois suivant le décès, il se peut que l'on puisse, dans cette période du 36 mois, corriger la situation et modifier les modalités de la fiducie au profit du conjoint afin de les rendre conformes aux critères nécessaires. Dans certains cas, il se peut que l'on ait recours à une modification aux modalités de la fiducie.

Il faut aussi éviter que le droit au revenu du conjoint survivant puisse cesser, advenant un événement futur autre que son décès, par exemple si les modalités de la fiducie prévoient que le conjoint cesse d'avoir droit aux revenus de la fiducie au profit du conjoint, advenant un évènement subséquent.

2.3.4. Biens avec assumation de dettes par la fiducie au profit du conjoint

Il se peut que la fiducie au profit du conjoint soit contaminée si cette fiducie doit payer certaines dettes ou assumer certaines obligations. Dans un

[15] Luc MARTEL, « Clause de double option et la convention entre actionnaires », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 28:1-13.

tel cas, si la fiducie au profit du conjoint reçoit un bien avec la charge d'en assumer la dette due à une tierce partie, une telle obligation enfreindrait le critère voulant qu'aucune personne autre que le conjoint, de son vivant, ne puisse recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie au profit du conjoint (un tiers créancier qui se fait payer à même les biens de la fiducie au profit du conjoint se voit obtenir du capital de la fiducie au profit du conjoint). Le paragraphe 108(4) L.I.R. prévoit cependant que la fiducie au profit du conjoint ne serait pas contaminée du seul fait du paiement ou de dispositions prises pour le paiement de tout droit (par exemple, les droits successoraux) sur les biens transmis par décès ou de tout impôt sur le revenu, ou les bénéfices payables par la fiducie relativement à tout revenu de celle-ci.

Cependant, dans le cas où certains biens contamineraient la fiducie au profit du conjoint parce qu'ils sont légués avec obligation d'assumer une charge (par exemple, le transfert d'un immeuble avec charge d'assumer le prêt hypothécaire), il y a des règles spéciales prévues aux paragraphes 70(7) et 70(8) L.I.R. qui pourront possiblement remédier à la situation. Dans certains cas, ces paragraphes permettront un choix par les représentants légaux afin de tenter de remédier à la situation. En bref, le choix permettra que certains biens dévolus à la fiducie au profit du conjoint, égaux en valeur aux dettes qui ne se qualifient pas pour assumation par la fiducie en faveur du conjoint sans contamination, seront présumés avoir été disposés à leur JVM, plutôt que d'obtenir un roulement.

2.3.5. Maintien de la résidence canadienne de la fiducie au profit du conjoint

Puisqu'un des critères pour la fiducie au profit du conjoint est qu'elle soit résidente du Canada, il est essentiel de s'assurer que la majorité des fiduciaires de la fiducie au profit du conjoint soient des résidents du Canada. En effet, puisque la résidence d'une fiducie se détermine généralement par la résidence de la majorité de ses fiduciaires, la résidence de ceux-ci déterminera donc la résidence de la fiducie au profit du conjoint.

Premièrement, il est primordial de s'assurer que la majorité des fiduciaires nommés dans le testament soient des résidents du Canada.

Deuxièmement, il est fort opportun d'inclure, dans les modalités de la fiducie, une clause à l'effet qu'advenant que le statut résidentiel d'un des fiduciaires change pour devenir autre que celui de résident du Canada, son statut de fiduciaire lui soit retiré automatiquement et que d'autres fiduciaires soient nommés, pour s'assurer que la majorité des fiduciaires de la fiducie au

profit du conjoint demeurent résidents du Canada. Cette nouvelle nomination peut être faite soit par les fiduciaires restants ou par tout autre mécanisme tel qu'un « protecteur » (dont, souvent, le seul rôle est de nommer les fiduciaires de la fiducie au profit du conjoint) ou alternativement, qu'il y ait déjà d'autres fiduciaires prévus en remplacement.

2.3.6. Maintien de l'existence de la fiducie au profit du conjoint après le décès de ce dernier

En vertu de l'alinéa 104(4)a) L.I.R., la fiducie au profit du conjoint sera réputée avoir disposé, à la fin du jour du décès du conjoint pour lequel avait été établie la fiducie au profit du conjoint, de ses biens dont l'impôt avait été reporté lors du décès du testateur. Dans un tel cas, la fiducie sera donc assujettie à l'impôt généré par cette disposition présumée.

Cependant, ceci ne devrait pas mettre fin en soit à la fiducie au profit du conjoint. Bien qu'il y ait maintenant ouverture des droits aux autres bénéficiaires de la fiducie au profit du conjoint, maintenant que ce dernier est décédé, il y a avantage à ce que la fiducie au profit du conjoint demeure.

En effet, lorsqu'il y a, par exemple, détention d'actions d'une compagnie privée et que, lors de la disposition présumée, on aimerait que la société rachète ses actions afin de créer une perte en capital, si cette perte en capital est créée dans la même fiducie au profit du conjoint, celle-ci pourrait donc être appliquée contre le gain en capital réalisé lors de la disposition présumée[16]. En effet, par le simple décès du conjoint pour lequel avait été établie la fiducie au profit du conjoint, il n'y a pas de dispositions dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) qui prévoit la fin immédiate de la fiducie au profit du conjoint[17]. On doit donc se rapporter au droit civil. Bien que la notion de la continuation de l'existence de la fiducie au profit du conjoint

---

[16] Aux fins d'illustration, il peut s'agir, dans ce cas-ci, d'actions d'une compagnie privée qui ont une valeur élevée mais un capital versé et un prix de base rajusté faibles. En conséquence, lors de la disposition présumée, la fiducie au profit du conjoint a réalisé un gain en capital et ainsi ses actions auraient maintenant un prix de base rajusté et une valeur élevée mais toujours un capital versé faible. En conséquence, lors du rachat de ses actions par la société privée canadienne, il y aurait un dividende présumé égal à la différence entre la valeur des actions et leur capital versé, générant ainsi une perte égale d'un montant équivalent. La fiducie au profit du conjoint est, immédiatement après la disposition présumée avoir acquis les actions de la société privée pour un montant égal à leur JVM.

[17] En effet, dans un cas de décès du conjoint visé par une fiducie au profit du conjoint, le mécanisme de report dépend du paragraphe 164(6) L.I.R. et ne trouve pas application.

après le décès de ce dernier puisse être controversée, nous ne voyons pas pourquoi les modalités de la fiducie au profit du conjoint ne peuvent pas être rédigées afin de s'assurer que celle-ci continue son existence. Ainsi, il serait souhaitable de s'assurer que les fiduciaires ont le droit, et dans certains cas l'obligation, de continuer l'existence de la fiducie, en administrer les biens et par la suite remettre les biens aux bénéficiaires[18].

De plus, il serait probablement utile de continuer l'existence de la fiducie au profit du conjoint pour trois années afin de prendre avantage de toute perte en capital qui pourrait être réalisée par celle-ci dans les années à venir, et qui pourrait être reportée dans les trois années antérieures et ainsi éponger le gain en capital généré par la disposition présumée au décès.

2.4. FIDUCIES POUR AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE

Dans le cadre de la planification testamentaire, il est souvent utile de créer, parmi les bénéficiaires visés, une fiducie pour chacun d'eux (et leurs familles respectives). Par exemple, le testateur qui a plusieurs enfants pourrait constituer une fiducie au profit du conjoint et, au décès de ce dernier, constituer une fiducie discrétionnaire pour chacun des enfants et leurs familles respectives. De telles fiducies se qualifieraient comme fiducie testamentaire et aurait l'avantage d'avoir des paliers d'impôt gradués sur leur revenu, tout en accordant aux fiduciaires la discrétion de distribuer du revenu et d'entamer le capital.

Dans chacun des cas, il serait peut-être opportun de nommer l'enfant pour lequel la fiducie a été créée comme le « protecteur », statut qui lui permettrait de remplacer les fiduciaires à son gré. De plus, afin de rencontrer les exigences du *Code civil du Québec*, il faudrait nommer un fiduciaire ne bénéficiant pas de la fiducie. Il faut faire attention au paragraphe 104(2) L.I.R. et faire en sorte que les diverses fiducies ne soient pas identiques, puisque le Ministère a le pouvoir de recaractériser plusieurs fiducies comme étant une lorsque les biens originent d'une seule personne et que les revenus bénéficieront aux mêmes bénéficiaires ou à un même groupe de bénéficiaires.

---

[18] Voir exemple de la controverse dans Chris F. IRELAND, « Post Mortem Tax Planning », dans *1993 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, à la page 42:16.

2.5. RÈGLE DE 21 ANS APPLICABLE AUX FIDUCIES

Les fiducies sont généralement réputées avoir disposé de leurs immobilisations (et des fonds de terre inclus dans les stocks d'une entreprise)[19] tous les 21 ans. Pour les fiducies créées avant 1972, la première disposition réputée a eu lieu le 1er janvier 1993. Des mesures transitoires visant à retarder cette disposition réputée avaient été prévues pour les cas où il y avait des « bénéficiaires exemptés »[20], mais elles ont été supprimées de sorte que les fiducies antérieures à 1972 étaient réputées avoir disposé de leurs biens de la fiducie au plus tard le 1er janvier 1999. Dans le cas de fiducies au profit du conjoint, la disposition réputée est reportée jusqu'à la date du décès du conjoint et, par la suite, aux 21 ans.

Ainsi, s'il y a création de fiducie, il devrait y avoir une certaine flexibilité afin de permettre la distribution des biens avant la réalisation de la disposition présumée aux 21 ans. Alternativement, les modalités de la fiducie devraient être assez larges pour permettre une réorganisation de la détention des biens, afin d'éviter cette disposition présumée, tout en s'assurant qu'ils demeureront sous le contrôle de la fiducie.

Dans un contexte de planification successorale, l'utilisation d'une fiducie pour détenir les actions d'une société qui possède des placements de portefeuille ou est admissible à titre de société exploitant une petite entreprise pourrait exiger, pour la fiducie, l'attribution de ces biens, sur une base d'impôt reporté, à ses bénéficiaires[21] avant son 21e anniversaire (pour éviter la disposition réputée).

L'auteur du gel qui a mis en place le plan successoral (ou le gel) voudra peut-être que la structure soit maintenue après les 21 premières années. La fiducie pourrait échanger ses actions ordinaires (avec gains cumulés) de la société, dans le cadre d'un transfert avec report d'impôt, contre des actions privilégiées à valeur fixe et souscrire de nouvelles actions ordinaires. La fiducie attribuerait alors les actions privilégiées avant son 21e anniversaire à ses bénéficiaires du capital résidant au Canada, sur une base d'impôt reporté, en contrepartie partielle de leur participation au capital de la fiducie[22] (la

---

19 Voir le paragraphe 104(4) L.I.R., qui prévoit l'exclusion de certains biens des règles de disposition réputée.

20 Par. 104(5.4) L.I.R.

21 Par. 107(2) L.I.R.

22 Par. 107(2) L.I.R.

valeur des nouvelles actions ordinaires (votantes, pour maintenir le contrôle) de la fiducie devrait être peu élevée lors du 21e anniversaire). L'attribution serait une attribution du capital par une fiducie fondée sur le pouvoir de procéder à une telle attribution accordée aux fiduciaires (en vertu de l'acte de fiducie), comme le pouvoir d'empiètement.

3. CERTAINS PIÈGES À ÉVITER EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL

3.1. CHOIX DU LIQUIDATEUR ET DU FIDUCIAIRE

Sans aucun doute, le choix des personnes qui liquideront la succession et administreront les fiducies créées par les dispositions testamentaires est l'un des choix les plus importants à faire lors du processus de planification successorale.

Le liquidateur qui administre la succession, suivant le décès, ou le fiduciaire qui administre la fiducie au profit du conjoint ou des autres membres de la famille du testateur veille à ce que les volontés du testateur soient respectées. Toutes personnes d'âge adulte, excepté celles qui sont sous régime de protection en raison d'incapacité, peuvent exercer la charge de liquidateur ou de fiduciaire[23].

De plus, certaines sociétés sont habilitées par la Loi à agir en tant que liquidateur. Il s'agit des sociétés de fiducies[24].

3.1.1. Nomination et remplacement

Le testateur peut désigner un ou plusieurs liquidateurs/fiduciaires et même prévoir des mécanismes pour le remplacement[25]. Si le testateur omet de nommer un liquidateur, la charge incombera de plein droit aux héritiers[26]. Les héritiers pourront donc désigner, à la majorité, un liquidateur ou agir conjointement.

---

23 Art. 783 et 1274 C.c.Q.

24 *Id.*

25 Art. 786 et 1276 C.c.Q.

26 Art. 785 C.c.Q.

Le rôle de fiduciaire ne peut toutefois pas être rempli aussi facilement puisqu'une fiducie dont tous les fiduciaires seraient également bénéficiaires entraînerait un vice de forme de la fiducie[27].

Si le testateur nomme plus d'un liquidateur ou fiduciaire, ceux-ci exercent ensemble la charge et doivent être unanimes dans leurs décisions, à moins d'en être dispensés par le testament ou, à défaut, par les héritiers. Par contre, en cas d'empêchement de l'un des liquidateurs, les autres peuvent agir seuls uniquement pour les actes conservatoires de la succession et pour ceux qui demandent célérité[28].

C'est pourquoi il importe de s'assurer de faire une nomination et prévoir au remplacement.

3.1.2. Rémunération

Le liquidateur ou le fiduciaire a droit au remboursement des dépenses faites dans l'accomplissement de sa tâche[29]. Cela inclut l'embauche de professionnels pour l'assister à remplir sa tâche, tels des avocats, notaires ou comptables.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, en 1994, la charge du liquidateur est présumée être une charge rémunérée, à moins que le liquidateur soit également héritier. Si le liquidateur est héritier, il peut tout de même être rémunéré à condition que le testament le prévoit ou que les héritiers en conviennent. Quant à la tâche de fiduciaire, elle est rémunérée, à moins que l'administration ne soit gratuite en vertu de la loi, de l'acte ou des circonstances[30].

Dans les faits, la rémunération est rarement fixée par le testateur de façon précise. On voit parfois des clauses testamentaires semblables à « mon liquidateur / fiduciaire sera payé selon son taux horaire habituel » si le liquidateur nommé est un professionnel, tel un notaire, un avocat ou un comptable. Aussi, lorsque le testateur nomme une société de fiducie, il peut inclure une clause du type « mon liquidateur / fiduciaire sera rémunéré selon sa grille de tarifs en vigueur au moment de son administration ». Par contre,

---

27 Art. 1275 C.c.Q.

28 Art. 787 C.c.Q.

29 Art. 789 et 1367 C.c.Q.

30 Art. 1300 C.c.Q.

si la rémunération n'a pas été fixée par le testateur, les héritiers pourront la fixer[31]. En cas de désaccord, le Tribunal fixera la rémunération[32] selon les critères de l'article 1300 et du *Code civil du Québec.*

Étant donné le droit à la rémunération, il est suggéré d'examiner cette question à l'étape de la planification successorale.

3.1.3. Tâche du liquidateur

Étant donné les exigences de la loi, de la bureaucratie gouvernementale et des bénéficiaires, les tâches du liquidateur sont nombreuses et sa responsabilité est grande. En somme, il s'agit de retracer et de réunir l'actif et le passif du défunt, de l'évaluer et d'en faire l'inventaire, d'administrer la succession et ensuite de faire le partage parmi les bénéficiaires.

Évidemment, plusieurs questions d'incidence fiscale surviennent à la suite d'un décès, même si la planification successorale a été bien faite. Il est donc important de choisir un liquidateur qui s'y connaît ou qui est en mesure de s'entourer de collaborateurs professionnels.

Pour éviter des problèmes quant au choix du liquidateur/fiduciaire testamentaire, il est essentiel de choisir une personne qui ne sera pas intimidée par l'ampleur de la tâche, qui est digne de confiance et qui a le temps nécessaire pour accomplir cette tâche.

Certes, il est fréquent de nommer un proche pour agir à titre de liquidateur. Par exemple, le testateur nomme son épouse comme liquidatrice et seule héritière, et celle-ci fait un testament « miroir ». Ou encore, un parent veuf nomme son aîné à titre de liquidateur, ou tous ses enfants pour agir conjointement, dans cette capacité. Par contre, les gens sous-estiment souvent le potentiel pour les conflits. C'est pourquoi il peut parfois être utile de nommer un liquidateur indépendant, c'est-à-dire un liquidateur qui n'a aucun intérêt dans la succession, soit un avocat, un notaire, un comptable, tout autre professionnel ou encore une société de fiducie. Par exemple, le choix peut être approprié lorsque le testateur ne veut pas imposer ce fardeau à un membre de la famille ou ne croit pas que l'un de ses proches puisse assumer la tâche en raison de ses capacités ou de l'éloignement. Aussi, avec la population vieillissante, il faut veiller à ne pas nommer un liquidateur ou

---

[31] Art. 789 C.c.Q.

[32] *Id.*

fiduciaire qui risquerait de mourir avant le testateur ou avant l'accomplissement de la fiducie. Au surplus, le liquidateur ou fiduciaire indépendant peut éviter des conflits entre les membres de la famille, conflits qui semblent de plus en plus fréquents en raison de l'augmentation du nombre de familles reconstituées.

Afin d'éviter une situation où le liquidateur/fiduciaire pourrait refuser d'agir pour diverses raisons, il est crucial d'informer la personne choisie de la nomination et de lui indiquer où se trouve copie du testament en cas de décès.

Un liquidateur est un administrateur de bien d'autrui[33], de sorte qu'il doit, légalement, agir avec prudence et diligence[34]. Cependant, le liquidateur n'est pas tenu de souscrire une assurance ou de fournir une autre sûreté garantissant l'exécution de ses obligations, à moins que le testateur ou la majorité des héritiers ne l'exige ou que le Tribunal ne l'ordonne à la demande d'un intéressé qui établit la nécessité d'une telle mesure[35].

Dans les cas où le liquidateur ou le fiduciaire est dans l'impossibilité d'exercer sa charge, néglige ses devoirs ou ne respecte pas ses obligations, tout intéressé peut demander au Tribunal de le remplacer[36]. Par contre, une bonne planification successorale pourra souvent éviter la nécessité de ce recours.

3.2. CONSIDÉRATIONS DES RÉGIMES LÉGAUX APPLICABLES AU CONJOINT SURVIVANT

Un des éléments tout aussi importants à considérer au moment la planification successorale est les avantages que le droit civil confère au conjoint survivant du testateur. Il est essentiel de connaître les régimes prévus en vertu du droit civil afin de les faire interagir efficacement avec les avantages qui seront confiés au conjoint en vertu du testament. En effet, plusieurs planifications fiscales prévoient le transfert de certains biens au conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint ainsi qu'à d'autres héritiers. Les droits du conjoint survivant sur les biens du défunt en vertu du régime

---

33 Art. 802 C.c.Q.

34 Art. 1309 C.c.Q.

35 Art. 787 et 1290 C.c.Q.

36 Art. 791 C.c.Q.

matrimonial ou du patrimoine familial peuvent nuire à la dévolution des biens prévue à des fins fiscales. Le testament doit prévoir ces éléments.

3.2.1. Survie de l'obligation alimentaire

Parmi les divers régimes prévus par le droit civil, le patrimoine familial et le régime matrimonial du couple auront les impacts les plus importants sur la division des biens au décès. Nous en discuterons plus longuement ci-bas. Par contre, il ne faut pas oublier que notre droit prévoit la survie de l'obligation alimentaire. De fait, puisque les époux mariés se doivent secours et assistance[37], le conjoint légalement marié qui n'est pas suffisamment avantagé par le testament peut faire une réclamation à la succession à titre d'aliments.

Le conjoint est un créancier d'aliment de même que l'ex-conjoint et les parents en ligne directe au premier degré, c'est-à-dire les enfants et les parents du testateur[38]. Ces personnes peuvent faire une demande de contribution à titre d'aliments dans les six mois suivant le décès du testateur[39]. Cette contribution est fixée en accord avec le liquidateur, avec le consentement des héritiers et des légataires particuliers ou à défaut, par le Tribunal. Il est à noter que lorsque le créancier alimentaire est l'ex-conjoint du défunt et que l'ex-conjoint percevait effectivement une pension alimentaire au moment du décès, la contribution est égale à 12 mois d'aliment[40]. Dans le cas des autres créanciers d'aliment qui recevaient une contribution avant le décès, la contribution post-décès ne peut excéder six mois d'aliment[41]. Dans les deux cas, la contribution ne pourra excéder 10 % de la valeur totale de la succession[42].

Il importe donc, à l'étape de la planification successorale, d'examiner les personnes à charge du testateur et prévoir pour elles dans le testament.

---

37 Art. 392 C.c.Q.

38 Art. 585 C.c.Q.

39 Art. 684 C.c.Q.

40 Art. 688, al. 2 C.c.Q.

41 *Id.*

42 *Id.*

3.2.2. Prestation compensatoire ou enrichissement sans cause

La prestation compensatoire[43] vise à compenser le conjoint survivant qui a contribué à la fortune de son conjoint décédé et qui n'est pas, ou pas suffisamment, avantagé en vertu du testament de son conjoint décédé.

De même, la réclamation en enrichissement sans cause[44] est souvent utilisée pour compenser un conjoint de fait lors d'une succession *ab intestat* puisque sans testament, le conjoint non marié ne reçoit aucun avantage en droit des successions et ne peut non plus en réclamer en vertu de la survie de l'obligation alimentaire discutée ci-dessus.

La prestation compensatoire vise à être équivalente à la contribution des biens ou des services offerts par le conjoint survivant.

Selon l'article 809 C.c.Q., le liquidateur paie, comme toute autre dette de la succession, la prestation compensatoire du conjoint survivant suivant ce que conviennent entre eux les héritiers, les légataires particuliers et le conjoint ou, s'ils ne s'entendent pas, suivant ce que détermine le Tribunal. Il est à noter que le conjoint survivant a un an pour faire valoir son droit à une prestation compensatoire[45]. De plus, faute d'entente, le Tribunal fixe les modalités de paiement et peut également ordonner que la prestation soit payée par un droit sur la résidence familiale, sur les meubles qui servent à l'usage du ménage ou des droits accumulés aux titres de régime de retraite.

Il importe donc, à l'étape de la planification successorale, de discuter avec le testateur de tout apport particulier de son conjoint à l'augmentation de la valeur de son patrimoine. Dans l'affirmative, il y aura lieu de prévoir un avantage suffisant pour ce conjoint dans le testament pour éviter une réclamation post-décès.

3.2.3. Régime matrimonial et contrat de mariage

Le régime matrimonial et le contrat de mariage influencent considérablement la liquidation d'une succession et doivent donc être abordés au moment de la planification successorale. Ces deux éléments

---

43 Art. 427 C.c.Q.

44 Art. 1493 C.c.Q.

45 Art. 2928 C.c.Q.

serviront à déterminer l'actif réel du testateur, ce qui est crucial puisque nul ne peut léguer ce qu'il n'a pas.

Il est absolument nécessaire de déterminer le régime matrimonial correctement. Celui-ci sera déterminé par contrat de mariage ou par la date du mariage et le premier domicile commun des époux. Puisque les effets du partage du régime matrimonial au décès sont difficiles à évaluer, il est conseillé de prévoir une clause testamentaire stipulant que les avantages conférés au conjoint dans le testament sont conditionnels à sa renonciation au partage du régime matrimonial. De plus, il faut bien examiner le contrat de mariage puisque celui-ci peut contenir des donations à cause de mort qui pourraient contredire le testament si elles étaient ignorées.

3.2.4. Patrimoine familial

Le partage du patrimoine familial prend effet au décès tout comme à la fin d'un mariage survenu par séparation légale ou divorce.

Le patrimoine familial est un droit de créance au conjoint survivant sur les biens affectés à l'usage de la famille telles les résidences familiales, les meubles garnissant ces résidences, les automobiles servant aux déplacements de la famille, ainsi que les droits de retraite accumulés durant le mariage (régimes de retraite, REÉR, gains inscrits à la Régie des rentes du Québec)[46].

Le patrimoine familial s'applique à tous les couples légalement mariés, peu importe leur régime matrimonial ou le contenu de leur contrat de mariage. La seule exception s'applique aux couples qui ont signé une convention d'exclusion par laquelle les époux pouvaient se soustraire entièrement de l'application des mesures portant sur le patrimoine familial avant l'entrée en vigueur de la Loi, soit au plus tard le 31 décembre 1990. Cette convention d'exclusion n'est donc plus possible.

Une décision récente nous oblige à considérer l'impact du patrimoine familial plus que jamais puisque la Cour d'appel a récemment adjugé que les droits au partage du patrimoine familial suivant un décès appartiennent non seulement au conjoint survivant, mais aussi aux héritiers du conjoint décédé[47].

---

46 Art. 415 C.c.Q.

47 *Lamarche* c. *Widholm*, R.E.J.B. 2002-31329 (C.A.); *Banque Nationale du Canada* c. *Sciascia-Trapani*, R.E.J.B. 2002-31337 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, n° 29243).

Il importe de faire preuve d'une grande prudence lorsque le conjoint survivant n'est pas le seul héritier ou n'est pas le légataire de ces droits patrimoniaux. Pour éviter ces pièges, on pourrait obtenir de tous les héritiers du conjoint décédé une renonciation à leurs droits dans le patrimoine familial.

Par ailleurs, pour éviter la question de transmissibilité, une solution préventive serait d'inclure, dans le testament, une clause semblable à la suivante : « je lègue à mon époux ou épouse tous mes droits dans le patrimoine familial »[48].

Une autre solution serait de faire des legs conditionnellement à ce que les héritiers du testateur renoncent au paiement de la créance résultant du partage du patrimoine familial[49].

Également, chaque conjoint pourrait faire une donation, à cause de mort irrévocable, à son conjoint dans un contrat de mariage pour ce qui est des droits dans le patrimoine familial[50].

Il importe donc d'être particulièrement vigilant, à l'étape de la planification successorale, lorsque le testateur désire nommer des héritiers autres que son conjoint.

3.3. LEGS UNIVERSEL *VERSUS* LEGS PARTICULIER

En droit québécois, il existe trois types de legs pouvant être inclus dans un testament. Il s'agit du « legs universel », du « legs à titre universel » ou du « legs particulier »[51].

Premièrement, le legs universel est celui où le bénéficiaire a la vocation de recueillir la totalité de la succession. Deuxièmement, le legs à titre universel est celui où le bénéficiaire hérite d'une quote-part définie de la succession ou du démembrement du droit de propriété d'un bien (ex.

---

48 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Le contrat de partage en matière de patrimoine familial », Les cahiers, volume 1 A, Mars 1991, 555, p. 557.

49 Marilyn PICCINI ROY, « Les atteintes législatives au principe de liberté de tester », *Collection de droit 2003-2004*, vol. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, pp. 412-414.

50 *Id.*

51 Art. 731 C.c.Q.

usufruit). Troisièmement, le legs particulier est celui qui n'entre ni dans la catégorie du legs universel, ni dans la catégorie du legs à titre universel. En effet, il s'agit d'un legs d'un bien spécifique. Par exemple, un montant d'argent, un certain bijou, un certain immeuble.

À prime abord, il peut être tentant de favoriser le legs universel du type « je lègue tous mes biens meubles et immeubles à mon épouse ». Certes, le legs universel ou à titre universel confère le statut d'héritier. Par contre, il peut y avoir des avantages à privilégier le legs particulier puisque le légataire particulier n'est pas tenu des obligations du défunt, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu des dettes du défunt[52], contrairement à celui ou celle qui hérite en vertu d'un legs universel ou d'un legs à titre universel.

Le testateur pourrait donc léguer tous ses biens importants à titre de legs particuliers. Par contre, il est recommandé d'également nommer un légataire universel, même si tous les biens sont légués par legs particuliers. De fait, il est possible qu'entre le moment de la rédaction du testament et le décès du testateur, celui-ci ait acquis d'autres biens ou même gagné à la loterie! Au moment de l'ouverture de la succession, si c'est à l'avantage du légataire universel, il ou elle pourra choisir d'accepter ou de renoncer à son legs universel. Cette décision sera prise en fonction des actifs et des passifs; s'il y a plus d'actifs, le legs universel pourra être accepté. A contrario, le legs universel pourra être refusé, mais le bénéficiaire principal aura tout de même droit à tous les biens à titre de legs particulier sans avoir la responsabilité personnelle des dettes du défunt. En cas d'insuffisance de fonds pour payer les legs et les autres créanciers, le liquidateur fera une proposition de paiement en réduisant les legs au prorata, les créanciers ayant préséance sur les légataires. L'autre avantage important du legs particulier est que si les biens de la succession sont suffisants, les légataires particuliers sont payés rapidement, même si la liquidation de la succession n'a pas été complétée[53].

3.4. LES CLAUSES CONTRAIRES À L'ORDRE PUBLIC

En droit québécois, la liberté de tester est un droit qui prime dans tout le Livre troisième (Des successions) du *Code civil du Québec*. De fait, l'article 703 C.c.Q. stipule que « toute personne ayant la capacité requise peut, par testament, régler autrement que ne le fait la loi, la dévolution, à sa mort, de

---

52 Art. 739, al. 2 C.c.Q.

53 Art. 808 C.c.Q.

tout ou partie de ses biens ». Malgré cette liberté générale de tester, notre droit impose des limites à la liberté de tester.

Certaines clauses testamentaires ne sont pas permises par notre droit. C'est le concept de l'ordre public, c'est-à-dire des bonnes mœurs qui justifient les limites à la liberté de tester. Par exemple, le législateur a choisi de codifier certaines limites à la liberté de tester pour prohiber des clauses jugées contraires à l'ordre public.

3.4.1. Mesures visant à éviter les conflits d'intérêts et la captation

Premièrement, le legs fait au notaire qui reçoit le testament ou celui fait au conjoint du notaire ou à l'un de ses parents au premier degré est sans effet[54]. Deuxièmement, le legs fait au témoin du testament est sans effet[55]. Ces limites visent à protéger l'aspect solennel du testament et à éviter la captation, c'est-à-dire des manœuvres répréhensibles visant à s'emparer d'une succession.

Troisièmement, toujours dans le but d'éviter la captation, particulièrement des personnes vulnérables, l'article 761 C.c.Q. prohibe le legs à un propriétaire, à un administrateur ou à un salarié d'un établissement de santé ou de services sociaux qui n'est ni le conjoint ni le proche parent du testateur, si ce legs a été fait à l'époque où le testateur y était soigné ou y recevait des services. La limite s'applique également aux membres d'une famille d'accueil qui ne peuvent non plus recevoir un legs en vertu de cet article.

La Cour d'appel a récemment confirmé ce principe et élargi la portée de cet article de droit dans l'affaire *Bourque* c. *Lafortune*[56], qui fut hautement médiatisée. De fait, la Cour d'appel a stipulé que le legs est nul non seulement lorsque le testateur est hébergé dans une résidence du système public, mais également dans une résidence privée.

---

54 Art. 759 C.c.Q.

55 Art. 760 C.c.Q.

56 [2003] R.J.Q. 1437 (C.A.); J.E. 2003-1069; R.E.J.B. 2003-42046.

3.4.2. Mesures visant à protéger les droits fondamentaux

Les clauses testamentaires qui portent atteinte à des droits qui sont maintenant protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*[57] ont été jugées contraires à l'ordre public et doivent être évitées au moment de la rédaction d'un testament. Par exemple, une condition testamentaire créant un bénéfice en faveur des seuls enfants du testateur qui professeront une religion particulière est nulle comme contraire à l'ordre public, puisque la liberté de religion est une valeur fondamentale protégée par la *Charte québécoise*[58].

Puisque la *Charte québécoise* ne permet pas la discrimination sur la base de l'état civil, les clauses testamentaires qui lient le bénéfice testamentaire à l'état civil du bénéficiaire sont contraires à l'ordre public. Par exemple, l'article 757 C.c.Q. stipule qu'une clause testamentaire limitant les droits du conjoint survivant, advenant un nouveau mariage ou une nouvelle union civile est réputée non écrite. De même, la condition testamentaire prévoyant que le bénéficiaire doit intenter des procédures en séparation de son conjoint afin de bénéficier du legs est contraire à l'ordre public puisque cela encourage la séparation[59].

Le même sort est réservé à la condition testamentaire prévoyant la déchéance du bénéfice testamentaire si le bénéficiaire a recours à la séparation de corps, puisque cela constituerait une discrimination pour le bénéficiaire qui a droit au respect de son état civil, ce qui inclut le respect du droit de demander la séparation de son conjoint[60].

Quoique la *Charte québécoise* prohibe la discrimination sur la base de l'âge d'une personne, la disposition testamentaire, en vertu de laquelle les enfants du testateur ne peuvent toucher au capital avant d'avoir atteint un âge précis, n'est pas contraire à l'ordre public[61].

---

57 L.R.Q., c. C-12 et mod. (ci-après « Charte québécoise »).

58 *Kimpton* c. *Compagnie de chemin de fer du Canadien Pacifique*, (1888) 4 M.L.R. 338 (C.S.).

59 *Webster* c. *Kelly*, (1891) 7 M.L.R. 25 (C.S.).

60 *Weigart* c. *Stober*, (1920) 57 C.S. 321 (C.Rév.); confirmé par (1922) 60 C.S. 55 (C.Rév.).

61 *Estate of the Late William Falconer McGuigan*, [1980] C.S. 278; J.E. 1980-118.

3.4.3. Mesures visant à protéger les droits des héritiers

Il ressort de plusieurs de ces clauses jugées contraires à l'ordre public que le législateur considère qu'il est contraire aux bonnes mœurs que le testateur tente de contrôler ses bénéficiaires après son décès. C'est pourquoi la clause testamentaire ayant pour but d'empêcher le bénéficiaire de contester la validité de tout ou une partie du testament est également contraire à l'ordre public[62]. De même, la clause testamentaire qui stipule que le bénéficiaire doit renoncer à la contribution financière à titre d'aliment prévue à la survie de l'obligation alimentaire afin de recevoir son legs est contraire à l'ordre public[63]. Par contre, une clause testamentaire qui exige que le bénéficiaire renonce à ses droits, en vertu du patrimoine familial ou du régime matrimonial, afin de bénéficier, en vertu du testament, n'est pas contraire à l'ordre public, de sorte que les mécanismes de planification successorale discutés ci-haut sont tout à fait légitimes.

Il importe donc, à l'étape de la planification successorale, d'expliquer au testateur qu'il existe des limites à sa liberté de tester.

CONCLUSION

À la vue des pièges soulevés en matières fiscale et civile, il devient évident qu'il est nécessaire de commencer par un mémorandum tel que préconisé au début du texte pour l'élaboration claire d'une planification testamentaire. Il faut non seulement adresser les éléments techniques de la planification mais il faut aussi les adapter aux préoccupations du testateur.

---

62 Art. 758 C.c.Q.

63 *Droit de la famille-2060*, [1994] R.D.F. 789 (C.S.).

ANNEXE 1

AIDE-MÉMOIRE EN VUE DE LA RÉDACTION D'UN TESTAMENT

PRÉAMBULE :
- **Testament notarié ( )**
- **Testament devant deux témoins idoines ( )**

1. DÉSIGNATION ET RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX

a. Nom complet (nom de jeune fille, le cas échéant) : _____

_____

b. Date et lieu de naissance : _____

_____

c. Numéro d'assurance sociale : _____

d. Profession : _____

e. Adresse résidentielle et numéro de téléphone : _____

_____

f. État civil (marié(e), divorcé(e), veuf(ve), union civile ou autre) : _____

_____

(i) Si veuf ou veuve, quel est le nom de l'époux ou de l'épouse décédé(e) ainsi que la date du décès :

_____

(ii) Si divorcé(e), quel est le nom de l'ex-époux ou de l'ex-épouse, la date à laquelle le jugement de divorce a été prononcé, le juge qui a rendu le jugement, le numéro de la cause et le district judiciaire où la cause a été entendue :

_____

_____

_____

(iii) Si marié(e) :

– Quel était le domicile au moment du mariage?

_____

_____

– Quel est le régime matrimonial?

- séparation de biens ( )
- communauté de biens ( )
- société d'acquêts ( )

– À quelle date le contrat de mariage a-t-il été signé?

_____

– Quel est le nom du notaire?

_____

– Quel est le numéro de minutes du contrat de mariage?

_____

– Quel est le lieu et le numéro d'enregistrement du contrat de mariage?

_____

– Y a-t-il eu une convention d'exclusion du patrimoine familial? Si oui, inscrire :

- la date : _____
- le nom du notaire : _____
- le numéro de minutes : _____

– Quels sont les biens qui pourraient être visés par les dispositions sur le patrimoine familial :
  - résidence(s) familiale(s)?
  - voiture(s)?
  - fonds de pension?

g. Le cas échéant, nom et âge des enfants : _____

_____

_____

h. Existe-t-il un testament antérieur? _____

(i) Si oui, quelle est sa forme notariée, olographe ou devant témoin? À quelle date?

_____

(ii) Si le testament est notarié, quel est le nom du notaire, le lieu et la date à laquelle le testament a été fait?

_____

i. Y a-t-il des directives quant à l'inhumation et aux obsèques (exposition, incinération et inhumation dans un lot particulier, etc.)?

_____

_____

_____

j. Y a-t-il lieu de prévoir des vœux pour l'inhumation et les obsèques d'enfants mineurs (surtout dans le cas de parents divorcés ou séparés)?

_____

_____

_____

k. Nom et adresse des aviseurs légaux :

(i) Avocat : _____

(ii) Comptable : _____

(iii) Planificateur financier : _____

(iv) Agent d'assurance : _____

(v) Autre (précisez) : _____

2. ACTIFS PRINCIPAUX DU TESTATEUR

a. Les immeubles :

		Résidence principale	Résidence secondaire	Autre
(i)	Adresse			
(ii)	Prix d'achat			
(iii)	Année d'acquisition			
(iv)	Valeur des améliorations			
(v)	Évaluation de la valeur actuelle			
(vi)	Nombre d'années d'habitation à titre de résidence principale			

(vii) Bien amortissable (FNAC)			
(viii) Autre			

b. REÉR et FERR :

(i) REÉR
– Valeur approximative : _____
– Institution : _____
– Personne ressource : _____

(ii) FERR
– Valeur approximative : _____
– Institution : _____
– Personne ressource : _____

c. Comptes bancaires et valeurs mobilières :

(i) Comptes bancaires
– Folio : _____ Institution : _____
– Folio : _____ Institution : _____
– Folio : _____ Institution : _____

(ii) Valeurs mobilières (public et privé)
– Titre : _____ Valeur : _____
– Titre : _____ Valeur : _____
– Titre : _____ Valeur : _____

d. Coffret de sûreté

– Institution : _____ Valeur : _____

e. Assurance vie

– Valeur : _____

– Nature : _____

– Bénéficiaires : _____

– s'agit-il de bénéficiaires révocables? _____

f. Biens meubles ou immeubles à l'extérieur de la province, incluant valeurs mobilières et comptes bancaires :

_____
_____
_____

3. DETTES DU TESTATEUR

Inscrire toutes les dettes du testateur (hypothèque immobilière, hypothèque mobilière, dette résultant d'un jugement, prêt personnel, cautionnement, etc.) :

_____
_____
_____
_____

4. LES DÉSIRS PRIMORDIAUX DU TESTATEUR

Inscrire les désirs primordiaux du testateur :

_____
_____
_____
_____

5. LEGS PARTICULIERS

a. Quels sont les biens meubles ou immeubles qui seraient visés par un legs particulier et, le cas échéant, bien identifier les légataires de ces legs :

_____

_____

_____

– Articles ménagers et effets personnels (bijoux, tableaux, vêtements, etc.)
– Meubles meublants
– Somme d'argent
– Voiture
– REÉR et autre fonds de pension
– Immeuble (adresse complète)
– Autre meuble
– Usufruit d'un bien meuble ou immeuble
  - *Quid* frais d'utilisation ou de conservation (assurances, taxes, etc.)?
– Doit-on prévoir un mémorandum que pourra rédiger le testateur après son testament pour laisser certains biens (objets personnels, etc.) à des personnes spécifiques?

b. En cas de prédécès d'un légataire particulier, y a-t-il :

(i) Représentation, en faveur des descendants du légataire? ( )

(ii) Caducité du legs particulier et accroissement en faveur du ou des légataires universels? ( )

(iii) Accroissement en faveur des autres colégataires particuliers? ( )
– Si oui, au prorata? ( )

(iv) Substitution en faveur d'une tierce personne? ( )
– Si oui, laquelle? _____

6. LÉGATAIRE(S) UNIVERSEL(S)

a. Désignation des légataires universels qui hériteront du résidu des biens :

_____

_____

b. En cas de prédécès d'un légataire universel, il y aura :

(i) Représentation, en faveur de ses descendants? ( )
– Si oui, au prorata entre ces derniers? ( )

(ii) Accroissement en faveur des autres légataires universels? ( )

(iii) Substitution? ( )
– Si oui, désigner un autre légataire universel? _____

7. ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

a. Désignation du(des) liquidateur(s) :

_____

_____

b. Mode de remplacement du(des) liquidateur(s) si décès, invalidité ou démission. Désignation des remplaçants :

_____

_____

c. Mode de démission du(des) liquidateurs :

(i) Par acte notarié en minutes ( )

(ii) Tout autre mode autorisé ( )

d. Mode de décision s'il y a pluralité de liquidateurs :

(i) Majorité simple ( )

(ii) Unanimité ( )

(iii) Un des liquidateurs doit faire partie de la majorité (l'identifier) ( )

_____

e. Le liquidateur :

(i) Devra fournir une caution ( )

(ii) Ne sera pas tenu de fournir une caution ( )

f. Quels sont les pouvoirs conférés au liquidateur?

(i) Les pouvoirs prévus au *Code civil du Québec* ( )

(ii) Les pouvoirs d'administration les plus étendus ( )

g. Vœux à l'effet que le(les) liquidateur(s) consulte(nt) les professionnels du défunt : ( )

h. Cens d'éligibilité pour occuper la fonction de liquidateur? ( )
Par exemple :

(i) Le liquidateur doit-il être un résident du Québec? ( )

(ii) Le résidant doit-il résider dans le district judiciaire de Québec? ( )

i. Rémunération du(des) liquidateur(s) :

(i) Gratuité (remboursement des dépenses) ( )

(ii) Droit à des honoraires professionnels, le cas échéant ( )

8. CRÉATION DE FIDUCIE(S), LE CAS ÉCHÉANT

a. Est-il opportun de voir à la création de fiducie(s)? ( )

(i) Si oui, en faveur de qui? _____

_____

(ii) Nombre spécifique de fiducies; ou ( )
Discrétion laissée au fiduciaire à ce sujet ( )

b. Désignation du(des) fiduciaire(s) : _____

_____

c. Mode de remplacement du(des) fiduciaire(s) en cas de décès, d'invalidité ou de démission (désignation des remplaçants) :

_____

_____

d. Modalités de démission des fiduciaires :

(i) Par acte notarié en minutes ( )

(ii) Tout autre mode autorisé ( )

e. Vœux à l'effet que les enfants mineurs puissent suivre la gestion de leur fiducie :

_____

_____

f. Mode de décision en cas de pluralité de fiduciaires :

(i) Majorité simple ( )

(ii) Unanimité ( )

(iii) Un des fiduciaires doit faire partie de la majorité (le désigner) ( )

_____

g. Rémunération du(des) fiduciaire(s) :

(i) Gratuité (remboursement des dépenses) ( )

(ii) Honoraires professionnels, le cas échéant ( )

h. Cens d'éligibilité à la fonction de fiduciaire :

(i) Le fiduciaire doit résider au Québec ( )

(ii) Le fiduciaire doit résider dans le district judiciaire de Québec ( )

i. Modalités quant à la remise du revenu et du capital de la fiducie :

(i) Revenus

___ % des revenus à _____ (ans)

___ % des revenus à _____ (ans)

___ % des revenus à _____ (ans)

(ii) Capital

___ % des revenus à _____ (ans)

___ % des revenus à _____ (ans)

___ % des revenus à _____ (ans)

j. Pouvoirs des fiduciaires :

(i) Pouvoir de simple administration ( )

(ii) Pouvoir de pleine administration ( )

(iii) Pouvoir discrétionnaire d'accélérer la remise du capital et des revenus de la fiducie ( )

(iv) Pouvoir discrétionnaire de suspendre la remise du capital et des revenus de la fiducie ( )

(v) Continuer l'existence de la fiducie après un décès (ex. pour trois ans après le décès du 2ième conjoint) ( )

9. CONDITIONS POUR HÉRITER

a. Clause de survie : le légataire sera présumé avoir prédécédé le défunt s'il décède dans les ( ) jours du décès de ce dernier.

_____

_____

b. Renonciation de donation contenue aux termes d'un contrat de mariage, au patrimoine familial, au bénéfice du régime matrimonial :

_____

_____

c. Renonciation au produit d'une police d'assurance contractée sur la vie du défunt :

_____

_____

d. Obtention d'un certificat d'études, etc. : _____

e. Garde et entretien des animaux : _____

f. Autre condition : _____

g. Renonciation par le testateur à ses droits au patrimoine familial, régime matrimonial : _____

10. <u>AUTRES CLAUSES</u>

a. Les enfants mineurs :

(i) Soin des enfants : vœux à l'effet que les enfants mineurs ne soient pas séparés, qu'ils puissent demeurer au domicile familial, et ce, jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, etc. :

_____

_____

(ii) Tuteur ou subrogé tuteur : vœux qu'une personne à identifier soit désignée tuteur ou subrogé tuteur aux enfants mineurs :

_____

_____

b. Clause d'insaisissabilité et d'incessibilité : les biens légués demeureront la propriété privée du légataire ou du bénéficiaire, ne tomberont dans aucune communauté de biens ou société d'acquêts et ne pourront faire l'objet de saisie.

c. Soins des animaux (chats, chiens, etc.) :

(i) L'animal sera confié à la société protectrice des animaux ( )

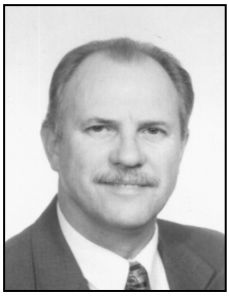
(ii) L'animal sera confié à une personne désignée (prévoir un legs à cet effet?) ( )

(iii) L'animal sera euthanasié ( )

RECOMMANDATIONS

- Informer le(s) liquidateur(s) de sa(leur) désignation en cette qualité, et de l'identité du dépositaire du testament.
- Conserver copie du testament dans un coffret de sûreté.

PLANIFICATION *POST MORTEM* OU *ALEA JACTA EST*



Serge-Hugues Ouimet
CA
BDO Dunwoody s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 10:3

1. ANALYSE DE L'APPLICATION DE DIFFÉRENTES CLAUSES 10:6

1.1. RACHAT D'ACTIONS PAR OPCO D'UN ACTIONNAIRE QUI EST UN PARTICULIER 10:6
1.2. RACHAT D'ACTIONS PAR OPCO D'UN ACTIONNAIRE CORPORATIF 10:7
1.3. OPTION D'ACHAT DES ACTIONS DU DÉFUNT DÉTENUES PERSONNELLEMENT 10:9
1.4. OPTION D'ACHAT DES ACTIONS DE OPCO DÉTENUES PAR GESTION 10:10
1.5. MODE DE PAIEMENT POUR LES ACTIONS DU DÉFUNT 10:11
1.6. DÉLAI DE PAIEMENT POUR LES ACTIONS 10:12
1.7. SITUATION OÙ UNE FIDUCIE FAMILIALE EST ACTIONNAIRE DE OPCO 10:14

CONCLUSION 10:15
ANNEXE A 10:16
ANNEXE B 10:17
ANNEXE C 10:18
ANNEXE D 10:19
BIBLIOGRAPHIE 10:20

INTRODUCTION

Lorsque l'on planifie la rédaction des clauses d'une convention entre actionnaires, on essaie toujours de les formuler de manière à ce que la convention reflète l'intention des parties en cause d'aujourd'hui, et on souhaite que celle-ci ne soit pas corrigée ou amendée par la suite. On espère que la convention soit applicable pendant plusieurs années avant d'être relue à nouveau afin d'être adaptée aux changements qui ont pu survenir depuis sa rédaction ou sa dernière révision.

Par contre, il est facile de négliger un strict suivi auprès de ces conventions. Les actionnaires n'y font référence que lors d'occasions inattendues et il peut y avoir un délai de plusieurs années avant que l'on n'y fasse référence. Tout le monde s'attend à ce que quelqu'un d'autre s'occupe de faire le suivi approprié. La convention est donc classée, jusqu'à ce qu'un problème surgisse et qu'on examine la façon dont la convention nous permettra de résoudre ce problème.

Un changement aux lois fiscales a récemment été apporté et il comporte des implications fiscales des plus inattendues lors de l'application de certaines clauses de conventions entre actionnaires. Il a fallu un certain temps pour évaluer toute l'ampleur de ce changement. Certaines conventions sont toujours conformes tandis que d'autres sont à être révisées de fond en comble.

Ce dernier changement mentionné ci-dessus est la réduction du taux d'inclusion du montant de gain en capital à 50 %, et qui pour un particulier est en application depuis le 18 octobre 2000. Cette réduction du montant imposable entraîne une diminution marquée des impôts qui peuvent être payables lors du décès d'un actionnaire d'une société.

L'annexe A compare les taux d'imposition qui étaient en vigueur en 1995 et ceux de 2003. On aperçoit que même si le taux d'un dividende imposable a été réduit de 5,91 % (soit de 38,72 % à 32,81 %), celui du gain en capital a été réduit de 15,6 % (soit de 39,71 % à 24,11 %). Ainsi, en 1995, la différence d'imposition d'un dividende imposable avec celui d'un gain en capital n'était que de 0,99 % en faveur du dividende. En 2003, cette variation d'impôt est de 8,78 % en faveur du gain en capital, soit un écart total de 9,77 %.

L'impact fiscal le plus évident est donc de favoriser maintenant l'imposition du gain en capital sur celui du dividende imposable. La plupart

des conventions entre actionnaires prévoient dans leur clause de décès que les actions du défunt seront rachetées par la société opérante (ci-après « OPCO »), afin de lui accorder un dividende au rachat. Cette clause était auparavant la plus rentable et peut continuer de l'être, selon les circonstances. En effet, si OPCO bénéficie d'un compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), le rachat sera plus avantageux pour la succession que s'il y avait un achat des actions. Si le CDC n'est pas suffisant pour couvrir la totalité du rachat, le dividende imposable qui en résulte était taxé en 1995 à un taux presque identique à celui d'un gain en capital.

La convention favorisait alors la clause unique du rachat d'actions et non pas celle d'achat des actions du défunt par les actionnaires survivants.

Maintenant, depuis l'année 2000, le gain en capital est imposé à un taux inférieur à celui du dividende imposable.

Il semble donc évident de vouloir corriger maintenant la clause de décès pour y inclure ou y ajouter une clause prévoyant une disposition possible par la succession des actions plutôt qu'un rachat des actions du défunt. Mais il ne faut pas oublier que le but principal des corrections apportées à une convention entre actionnaires est de refléter la vision globale de l'ensemble des actionnaires en cause et d'effectuer des changements qui dureront pendant plusieurs années.

Il est donc impératif de réviser ces clauses et d'évaluer les avantages pour la succession du défunt tout en évitant des inconvénients aux autres actionnaires.

Il existe également d'autres points à mettre en évidence lorsque l'on effectue des modifications à une convention entre actionnaires. En effet, il faut faire ressortir certains éléments qui pourraient altérer les implications fiscales désirées initialement. Parmi ces divers éléments, il suffit de mentionner les suivants pour réaliser l'ampleur de leurs conséquences fiscales et d'y apporter mûre réflexion avant d'aller de l'avant :

- La valeur marchande des actions des actionnaires impliqués dans la convention entre actionnaires.

- L'actionnaire décédé a-t-il déjà demandé son exemption de gain en capital prévue à l'article 110.6 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]?

---

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

- Le conjoint du défunt a-t-il aussi réclamé une exemption de gain en capital sur ces actions selon l'article 110.6 L.I.R.?

- Le paragraphe 112(3.2) L.I.R. s'applique-t-il à la transaction envisagée par les changements proposés?

- Si une société de Gestion (ci-après « GESTION ») a été interposée entre l'actionnaire particulier et OPCO, l'impôt de la Partie IV L.I.R. s'applique-t-il?

- S'il y a rachat des actions de GESTION par OPCO, comment l'actionnaire particulier pourra-t-il réaliser son gain en capital?

- S'il y a une assurance vie dans OPCO ou dans GESTION, comment la succession en tirera-t-elle avantage, tout en désirant l'imposition d'un gain en capital? Quel est le montant disponible du CDC dans GESTION ou dans OPCO?

Toutes ces questions se doivent d'être clarifiées avant de procéder aux changements envisagés. Comme la plupart de celles-ci ont été analysées ou pesées par plusieurs auteurs, je ne me suis limité qu'aux conventions entre actionnaires n'impliquant que des actionnaires non liés (voir la liste d'auteurs et des divers sujets qu'ils ont traités). Ainsi, lors du décès d'un actionnaire d'une OPCO, les clauses de la convention entre actionnaires détermineront le destin des actions du défunt. Compte tenu de la situation personnelle du défunt, la convention entre actionnaires pourra ou non traiter les actions de la façon la plus appropriée pour la succession. Si les clauses de décès prévues dans la convention sont conformes, alors la succession pourra encaisser le montant d'argent maximal, et la planification fiscale la plus avantageuse pourra être mise en application.

Dans le cas où les clauses de la convention entre actionnaires ne prévoient pas des clauses adéquates à la situation d'aujourd'hui, la succession sera alors défavorisée. De là l'expression « Alea jacta est », les dés sont jetés et on devra subir les conséquences fiscales reliées à ces clauses de la convention entre actionnaires.

Examinons ensemble les clauses qui ne sont plus nécessairement en vogue, qui limitent toute latitude et éliminons celles qui ne sont plus applicables. Cette révision permettra à la succession de bénéficier de tous les avantages fiscaux actuels.

1. ANALYSE DE L'APPLICATION DE DIFFÉRENTES CLAUSES

1.1. RACHAT D'ACTIONS PAR OPCO D'UN ACTIONNAIRE QUI EST UN PARTICULIER

Commençons par la clause la plus connue et la plus souvent utilisée dans une convention entre actionnaires habituelle :

> « Au décès d'un actionnaire, OPCO procédera au rachat des actions détenues par l'actionnaire décédé. La valeur de rachat des actions est déjà déterminée, en date du décès, selon une clause spécifique de la convention. »

Si l'actionnaire non lié détient directement ses actions de OPCO, tel qu'illustré à l'annexe B, la clause mentionnée ci-dessus fera en sorte que les actions du défunt seront rachetées par OPCO. Analysons et examinons ensemble les implications fiscales reliées à cette clause pour les parties en cause et les possibilités d'améliorer l'encaissement net pour la succession, tout en éliminant les désavantages pour la société.

OPCO

Au niveau d'OPCO, le rachat d'actions résultera en un dividende présumé, en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. Ce dernier sera un dividende imposable, à moins que les clauses de la convention prévoient que la totalité ou une portion de ce rachat proviendra du CDC émanant de la police d'assurance sur la vie de l'actionnaire décédé. Nous examinerons plus loin dans ce texte les implications fiscales reliées à une telle clause.

Succession

Les actions du défunt, qui font habituellement partie de la succession, seront rachetées par OPCO. Ce rachat entraînera un dividende présumé égal à l'excédent de la valeur de rachat sur le montant de capital versé, tel que prévu au paragraphe 84(3) L.I.R. Une portion de ce dividende peut provenir du CDC selon le paragraphe 83(2) L.I.R. et une autre portion peut être imposable, selon le paragraphe 82(1) L.I.R., à condition que les dividendes fassent l'objet de dividendes distincts.

Le montant encaissé par la succession, net d'impôts, variera selon la composition du dividende sur le CDC et du dividende imposable. Le montant pourra également varier si la succession réalise une perte en capital lors du rachat et qu'elle reporte cette perte à l'encontre du gain en capital du défunt.

Actionnaire décédé

L'actionnaire qui décède est réputé disposer de ses actions de OPCO à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »), selon l'application du paragraphe 70(5) L.I.R. Il réalisera un gain en capital égal à l'excédent de cette JVM sur son prix de base rajusté (ci-après « PBR »).

Si les clauses de la convention permettent une certaine marge de manœuvre par les représentants de la succession, ceux-ci seront donc en mesure de comparer plusieurs situations *post mortem*. Plusieurs de ces options sont expliquées dans les nombreux ouvrages mentionnés ci-après.

1.2. RACHAT D'ACTIONS PAR OPCO D'UN ACTIONNAIRE CORPORATIF

Transfert des actions à GESTION

Les conventions entre actionnaires prévoient habituellement une clause permettant à un actionnaire de transférer ses actions de OPCO à GESTION à condition que le contrôle de cette dernière soit conservé par l'actionnaire.

Avant la réduction du montant imposable d'un gain en capital, survenue en 2000, cette clause ne permettait à l'actionnaire que plus de flexibilité, au niveau de sa planification fiscale et successorale personnelle. En effet, le but ultime d'un actionnaire décédé était d'obtenir un dividende présumé au rachat, de ses actions de OPCO, et ce dividende présumé était maintenu au niveau de GESTION.

Le but était de recevoir le CDC de OPCO et de le transférer à la succession par l'entremise du rachat d'actions par GESTION.

Par contre, des impacts fiscaux distincts s'appliquent au niveau de GESTION et ceux-ci sont différents de ceux qui s'appliquent pour un actionnaire particulier. Ces impacts fiscaux pour GESTION varieront selon la composition du dividende présumé au rachat des actions qu'elle détient dans OPCO. Voir l'organigramme de l'annexe C.

OPCO

Ainsi, au décès d'un actionnaire qui a transféré ses actions à GESTION, les clauses de la convention entre actionnaires prévoient habituellement que les actions de GESTION seront rachetées, de la même façon que si l'actionnaire était un particulier. Les implications fiscales pour OPCO demeureront donc inchangées.

GESTION

Pour GESTION, le rachat d'actions par OPCO sera considéré comme un dividende présumé. Ce dividende présumé reçu par GESTION peut provenir du CDC de OPCO ou être considéré comme un dividende imposable ou un mélange des deux.

Si le montant du dividende est imposable, il est déductible en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Par contre, le montant de dividende imposable peut être assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. si GESTION n'est pas rattachée à OPCO. (Nous verrons plus loin dans ce texte certaines situations qui peuvent être créées par la convention entre actionnaires.) Il peut alors en résulter un décaissement temporaire pour GESTION.

Le dividende imposable peut aussi être assujetti à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. si les critères de ce paragraphe sont respectés. Le choix prévu à l'alinéa 55(5)f) L.I.R. peut être exercé pour la portion de revenu protégé de OPCO relié aux actions détenues par GESTION.

Défunt

L'actionnaire décédé effectuera une disposition de ses actions de GESTION à leur JVM et réalisera un gain en capital égal à l'excédent de cette JVM sur le PBR de ses actions. Par contre, contrairement à la situation analysée précédemment, l'actionnaire décédé sera assujetti à la convention entre actionnaires de GESTION, s'il y en a une. Dans le cas contraire, les implications fiscales reliées à son décès seront régies par les termes de son testament et pourront alors être complètement différentes de celles envisagées initialement.

S'il y a une convention entre actionnaires au niveau de GESTION, les clauses de la convention fourniront les informations appropriées pour traiter la disposition des actions de l'actionnaire décédé de GESTION.

Succession

Pour la succession, les éléments de planification à la suite du décès de l'actionnaire sont liés à l'application successive des termes de la convention entre actionnaires de OPCO, de ceux de GESTION, et finalement, s'il y a lieu, au testament du défunt.

L'encaissement net pour la succession variera selon le montant du CDC de OPCO, de l'application, s'il y a lieu, de l'impôt de la Partie IV L.I.R. par

GESTION et/ou de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., et finalement selon le testament du défunt.

Finalement, l'application du paragraphe 112(3.2) L.I.R. peut changer l'encaissement net d'impôts pour la succession. En effet, si les règles transitoires ne s'appliquent pas, l'encaissement par la succession du CDC de GESTION, lors du rachat d'actions par GESTION, peut être réduit, étant donné que la réduction de la perte en capital peut être reportée à l'encontre du gain du défunt.

1.3. OPTION D'ACHAT DES ACTIONS DU DÉFUNT DÉTENUES PERSONNELLEMENT

Si la convention entre actionnaires de OPCO prévoit que les actionnaires survivants auront l'option d'acheter de la succession les actions de l'actionnaire décédé, de nombreuses implications fiscales peuvent en découler.

Défunt

En disposant de ses actions, au lieu de se les faire racheter par OPCO, l'actionnaire décédé peut réaliser un gain en capital qui pourrait se qualifier à l'exemption de gain en capital prévue à l'article 110.6 L.I.R. L'excédent de ce gain en capital exempté serait taxable à un taux plus avantageux que celui d'un dividende imposable. Tout dépendant de la valeur marchande de ses actions, il peut être plus avantageux pour le défunt de réaliser une portion taxable de son gain en capital et une autre portion éligible à l'exemption de gain en capital prévue à l'article 110.6 L.I.R. que de réaliser, au rachat de ses actions, une portion du dividende en un dividende non taxable, provenant du CDC de OPCO, et une portion à titre de dividende imposable.

Ainsi, un dividende sur le CDC de 500 000 $, au rachat des actions du défunt par OPCO, correspondra à un gain en capital de 500 000 $, éligible à l'exemption de gain en capital sur les actions de petite entreprise. Tout excédent de la valeur des actions sur ce premier 500 000 $ sera à l'avantage du gain en capital sur celui d'un dividende imposable.

Succession

Au niveau de la succession, celle-ci devra calculer les impôts reliés au rachat des actions par OPCO et les comparer à ceux d'une disposition des actions qu'elle détient. La succession devra tenir compte du solde disponible par le défunt de son exemption de gain en capital, de la valeur du CDC à

recevoir de OPCO et de l'application possible du paragraphe 112(3.2) L.I.R. avant de pouvoir prendre une décision appropriée.

OPCO

En ce qui concerne OPCO, celle-ci devra débourser une somme identique, peu importe la façon choisie de traiter les actions du défunt. En effet, s'il y a un rachat, les termes de la convention prévoient que ce rachat proviendra en premier du CDC disponible et ensuite du solde selon la façon prévue à la convention. S'il y a acquisition des actions du défunt par les actionnaires survivants, ceux-ci auront besoin de fonds pour compléter la transaction avec la succession. Habituellement, les actionnaires survivants utiliseront GESTION qui recevra de OPCO les fonds nécessaires à l'acquisition. Ces fonds proviendront de OPCO, soit par un dividende imposable versé à GESTION, soit tout simplement par une avance de fonds.

Pour OPCO, le flux monétaire nécessaire pour effectuer le rachat ou pour permettre l'achat des actions est donc le même. Par contre, pour les actionnaires survivants, il y a toute une différence. S'il y a un rachat par OPCO des actions du défunt, et ce, à même le CDC, les actionnaires survivants ont l'avantage, simultanément, d'augmenter leur PBR des actions acquises et à la fois de conserver pour eux le CDC provenant de l'assurance sur la vie du défunt, s'il y a lieu.

1.4. OPTION D'ACHAT DES ACTIONS DE OPCO DÉTENUES PAR GESTION

Si les actions de OPCO sont détenues par la GESTION du défunt et que la convention prévoit une option pour les actionnaires survivants de faire l'acquisition de GESTION des actions de OPCO que celle-ci détient, au lieu que OPCO procède à leur rachat, on devra examiner une série d'éléments additionnels à ceux déjà considérés.

GESTION

Au niveau de GESTION, la disposition des actions de OPCO entraînerait un gain en capital qui serait assujetti au taux d'imposition de GESTION. Cette mesure entraînerait également un CDC ainsi que de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »). Par contre, GESTION peut avoir à sa disponibilité un report de perte en capital ou de perte autre qu'en capital. L'imposition du gain en capital serait réduite d'autant.

Succession

Au niveau de la succession, celle-ci devra considérer l'intégration fiscale dans ses mains du gain en capital réalisé par GESTION, celui relié à un dividende sur le CDC reçu par GESTION, celui d'un dividende imposable ou non, assujetti ou non à l'impôt de la Partie IV L.I.R. et possiblement assujetti à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. et, finalement, à l'assujettissement possible du paragraphe 112(3.2) L.I.R. aux fins du paragraphe 164(6) L.I.R.

La succession devra étudier toutes ces options avant de pouvoir choisir l'option pour la succession qui sera à son avantage. La meilleure option sera celle où l'intégration fiscale des éléments mentionnés ci-dessus lui donnera le meilleur montant après impôts.

1.5. MODE DE PAIEMENT POUR LES ACTIONS DU DÉFUNT

La convention entre actionnaires prévoit habituellement une clause détaillant le mode de paiement des actions du défunt. Cette clause peut facilement être écrite en des termes qui entraîneraient des implications fiscales très différentes, selon que OPCO rachète les actions du défunt ou lorsque celles-ci sont acquises par les actionnaires survivants. Il en est de même si les actions du défunt sont détenues par sa GESTION. Les résultats obtenus pourraient ne pas être ceux anticipés.

En effet, il existe une grande différence entre les termes « produit d'assurance vie » et « dividende sur le CDC ». Plusieurs conventions utilisent ces termes comme s'ils étaient identiques. Si le produit d'une police d'assurance sur la vie d'un actionnaire est d'un million de dollars, par exemple, cela ne signifie pas que le CDC sera du même montant.

Ainsi, une clause indiquant que le rachat d'actions sera versé en premier lieu au moindre coût de la valeur de rachat et du montant d'assurance vie reçu par OPCO peut entraîner pour la succession ou pour GESTION l'encaissement d'un dividende imposable plutôt que du CDC provenant de l'assurance vie. Cette situation n'est pas nécessairement celle voulue par toutes les parties.

Une clause attestant que le rachat des actions sera versé en premier lieu au moindre coût de la valeur de rachat et du montant de CDC disponible peut entraîner par inadvertance le paiement d'un CDC qui ne provient pas du produit de l'assurance vie du défunt. Le paiement de ce CDC serait au détriment des actionnaires survivants.

Dans certaines situations, l'actionnaire décédé peut avoir investi dans OPCO une partie de ses actions par l'entremise de son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »). Si la convention prévoit le rachat des actions du défunt par un paiement à même le CDC de OPCO, la portion du CDC qui sera versée au REÉR sera perdue et cela, au détriment de la succession et des actionnaires survivants.

Il en est de même pour les situations où le paiement du CDC entraînera pour la succession l'application du paragraphe 112(3.2) L.I.R. Cette réduction du report de perte possible pour la succession, prévue au paragraphe 164(6) L.I.R., n'améliore pas la situation de la succession et, une fois de plus, au détriment des actionnaires survivants.

1.6. DÉLAI DE PAIEMENT POUR LES ACTIONS

Les conventions entre actionnaires prévoient habituellement dans la clause du mode de paiement des actions un délai pour effectuer les versements. Cette façon de procéder a pour but d'éviter que OPCO se retrouve avec des problèmes financiers à la suite du décès de l'un de ses actionnaires.

Cette clause permet le paiement sur plusieurs années et prévoit, habituellement, un taux d'intérêt raisonnable.

Cette clause peut avoir des implications fiscales très différentes, selon qu'il y a rachat par OPCO de ses actions ou que les actionnaires survivants procèdent à l'achat des actions de OPCO, soit de la succession, soit de GESTION.

Prenons les exemples suivants où la convention prévoit que :

- le rachat des actions par OPCO sera payable sur une période de cinq ans, avec intérêt;

- l'acquisition des actions par les actionnaires survivants sera payable sur une période de cinq ans, avec intérêt.

Succession

Pour la succession, le rachat d'actions, payable sur cinq ans, peut avoir des implications fiscales majeures, selon l'importance de la valeur des actions de OPCO et des autres actifs de la succession du défunt.

En effet, le défunt est réputé avoir disposé de ses actions de OPCO à leur valeur marchande à la date de son décès. Le défunt aura alors un impôt à payer sur son gain en capital. Si la succession désire réduire ce gain en capital par l'application du paragraphe 164(6) L.I.R., celle-ci doit réaliser une perte en capital sur les actions de OPCO durant l'année suivant le décès de l'actionnaire. Si le rachat d'actions par OPCO n'est payable que sur cinq ans, la succession peut faire face à un manque de liquidité pour payer les impôts reliés au dividende présumé au rachat.

Ainsi, supposons que la valeur des actions est d'un million de dollars, que les actions ne sont pas admissibles à l'exemption de gain en capital sur des actions de petite entreprise, qu'il n'y a pas de CDC dans OPCO et que le rachat des actions sera payable sur cinq ans avec intérêt.

Le défunt sera imposé sur un gain en capital d'un million de dollars et l'impôt relié est estimé à 241 100 $. Si la succession se fait racheter les actions de OPCO dans les délais alloués au paragraphe 164(6) L.I.R., la succession réalisera un dividende présumé immédiat d'un million de dollars et sera redevable instantanément de l'impôt relié sur ce dividende estimé à 397 100 $. La succession pourra réduire à zéro le gain en capital du défunt, par l'application du paragraphe 164(6) L.I.R., mais la succession sera toujours redevable d'impôt sur ce dividende de 397 100 $, même si celle-ci ne reçoit pas l'argent immédiatement. Le dividende présumé au rachat est inadmissible à une réserve comme celle prévue pour un gain en capital.

Le rachat par OPCO de ses actions détenues par GESTION payable sur une période de quelques années peut également entraîner une position déficitaire pour GESTION. En effet, le rachat d'actions peut être assujetti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. et l'encaissement de la première année peut être insuffisant pour payer cet impôt. Il en sera de même si le dividende est assujetti au paragraphe 55(2) L.I.R. L'impôt relié à ce gain en capital sera payable sans délai et ne sera pas éligible à la réserve prévue au sous-alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R.

Si l'acquisition des actions est prévue sur une période de quelques années, la réserve sur gain en capital telle que mentionnée ci-dessus permettra à la succession et à GESTION de reporter le solde d'impôt sur une durée maximale de cinq ans.

1.7. SITUATION OÙ UNE FIDUCIE FAMILIALE EST ACTIONNAIRE DE OPCO

On assiste de plus en plus à des situations où les actionnaires de OPCO comprennent une fiducie familiale (ci-après « FIDUCIE ») à titre d'actionnaire. La plupart du temps, les actionnaires de OPCO ont déjà cristallisé leur exemption de gain en capital sur des actions de petite entreprise et ceux-ci désirent faire participer certains membres de leur famille à l'augmentation de valeur future de OPCO. FIDUCIE pourra possiblement être éligible à l'exemption de gain en capital sur les actions de petite entreprise advenant la disposition de ses actions de OPCO.

Habituellement, les actionnaires de OPCO procèdent à un gel de leurs actions participantes de OPCO et reçoivent en contrepartie des actions non participantes. Ces dernières actions sont généralement cristallisées pour faire bénéficier leurs propriétaires de l'exemption de gain en capital sur des actions de petite entreprise. Immédiatement après cette transaction, FIDUCIE souscrit aux nouvelles actions participantes de OPCO. Ainsi, advenant une disposition des actions de OPCO, les bénéficiaires de FIDUCIE seront éligibles à leur exemption de gain en capital sur des actions de petite entreprise.

Une telle situation peut être visualisée à l'annexe D.

Au niveau de la convention entre actionnaires, celle-ci prévoit habituellement une clause permettant une telle transaction de gel et de participation par des membres de la famille. Par contre, lorsque la convention est ajustée pour y inclure des participants additionnels, celle-ci peut ne pas être ajustée correctement et on peut se retrouver souvent devant des situations ne reflétant plus les intentions des actionnaires.

La convention qui est ajustée pour y inclure une clause d'option d'achat d'actions du défunt ou de sa succession par les actionnaires survivants n'adaptera pas les autres clauses suivantes :

- On oublie d'indiquer qu'au décès d'un actionnaire, les actions détenues par sa FIDUCIE seront également rachetées par OPCO ou achetées par les actionnaires survivants. On pourrait se retrouver alors avec un actionnaire détenant des actions participantes (Fiducie) qui n'est plus un actionnaire désiré dans la gestion de OPCO.

- On omet de spécifier que le rachat des actions de FIDUCIE devra s'effectuer à même le CDC provenant de l'assurance sur la vie de

l'actionnaire décédé. On se retrouvera alors avec un dividende imposable dans les mains des bénéficiaires de FIDUCIE, ce qui n'était pas les intentions originales des parties.

CONCLUSION

Ainsi, peut-on dire qu'il existe une planification *post mortem* ou doit-on plutôt dire « Alea jacta est », étant donné que toute la planification du décès d'un actionnaire ne sera possible qu'à partir de ce qui sera en place à cette date.

En effet, d'une part les fiscalistes connaissent toutes les méthodes pour minimiser les impôts au décès d'un actionnaire. Par contre, ceux-ci sont limités dans leur planification *post mortem* aux termes de la convention entre actionnaires de OPCO, à ceux de la convention de GESTION, s'il y a lieu, et aux termes du testament du défunt.

À partir de ces circonstances, les fiscalistes doivent composer avec la situation fiscale de OPCO au niveau de son CDC, de ses revenus protégés et de sa position financière. Les fiscalistes doivent également prendre en considération la situation fiscale de GESTION et des autres bénéficiaires du testament du défunt. Ils doivent ensuite examiner l'impact de l'intégration fiscale des dividendes ou gains en capital du particulier ou de GESTION afin d'évaluer la position la plus avantageuse pour la succession.

Il est donc impossible d'anticiper exactement toutes les étapes que la succession aura à franchir de manière à répartir ses actifs entre les bénéficiaires, compte tenu de toutes les incertitudes de l'avenir. De plus, on ne peut prévoir quels seront les changements de demain qui nous inviteront à modifier la convention entre actionnaires de OPCO, celle de GESTION ou à amender le testament de l'actionnaire. Il faut donc essayer d'inclure une flexibilité aux documents fiscaux et légaux dont nous supervisons la préparation.

Ce que nous devons retenir c'est la présence de l'incertitude et que le changement est la seule assurance avec laquelle nous devrons composer dans l'avenir.

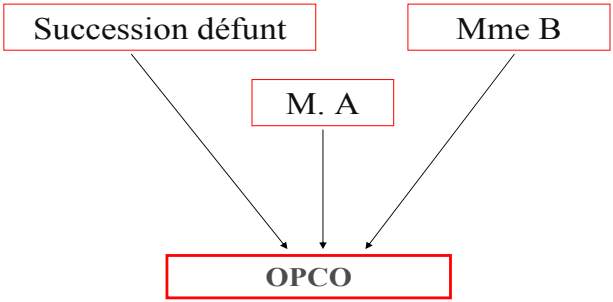
ANNEXE A

Restrictions fiscales plus importantes

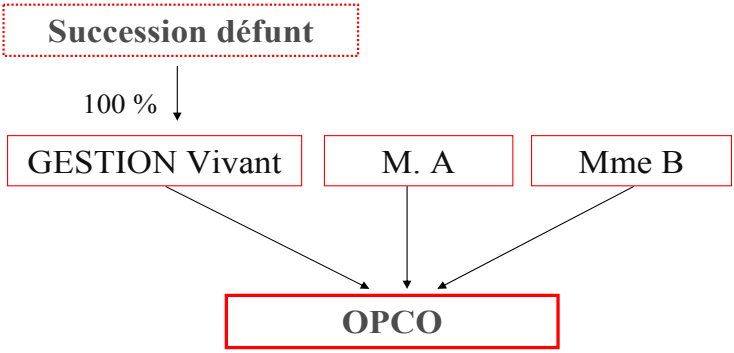
Taux d'imposition

	1995	2003
Revenu ordinaire	52,94 %	48,22 %
Gain en capital	39,71 %	24,11 %
Dividende imposable	38,72 %	32,81 %

ANNEXE B

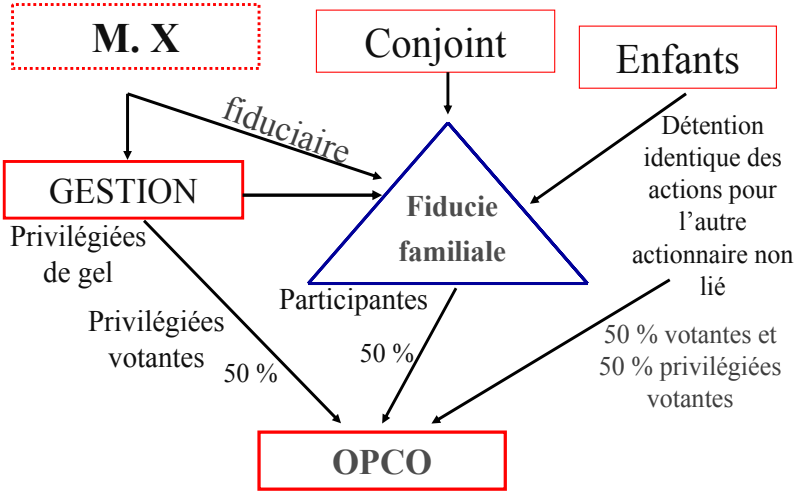


ANNEXE C



ANNEXE D

Situations rencontrées de plus en plus



Fiducie familiale peut se situer au niveau de Gestion X

BIBLIOGRAPHIE

AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0127013 et 2003-0018823.

AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-449R, « Meaning of "Vested indefeasibly" », 25 septembre 1987.

ATLAS, M., D. LOUIS ET B. NICHOLS, « Estate Planning in the 21st Century », (2002), nº 87 *CCH Estate Planner*.

ATLAS, M., D. LOUIS ET B. NICHOLS, « Estate Planning in the 21st Century », (2002), nº 90 *CCH Estate Planner*.

ATLAS, M., D. LOUIS ET B. NICHOLS, « Estate Planning in the 21st Century », (2003), nº 100 *CCH Estate Planner*.

BARBACKI, R., « Cas pratique sur les règles de minimisation des pertes », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 27:1-26.

BARNETT, J., P. EVERETT, C. IRELAND ET S. RINALD, « Post Mortem Planning for Private Company Shares: The New Regime », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, à paraître.

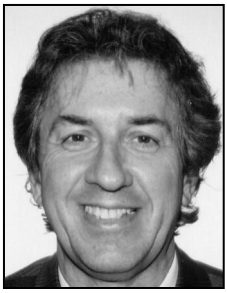
BERNSTEIN, J. ET S. BOLLEFER, « Planning for double Tax on Death », (2001), vol. 9, nº 6 *Canadian Tax Highlight*.

DE ANGELIS, V., « Stop-Loss Rules – Pitfalls and Opportunities », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, à paraître.

MARCH, R., « Insurance planning for the Owner Manager », *Cours de juillet 2003*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales.

SKLAR, M., « Produits financiers et compte de dividendes en capital – ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 20:1-38.

LIQUIDATION DE SUCCESSION



Marc-André Lamontagne
Notaire, Pl. Fin.
Trust Banque Nationale

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 11:3

1. OUVERTURE D'UNE SUCCESSION 11:3

1.1. L'OPTION DES SUCCESSIBLES 11:3
1.2. LA RESPONSABILITÉ DES HÉRITIERS 11:4

2. POUVOIRS DU LIQUIDATEUR 11:7

2.1. DE LA SIMPLE ADMINISTRATION 11:7
2.2. DE LA PLEINE ADMINISTRATION 11:10

3. INVENTAIRE DES BIENS 11:10

3.1. DU CONTENU DE L'INVENTAIRE 11:10
3.1.1. Les droits matrimoniaux 11:11
3.1.2. Les créances alimentaires 11:13

3.1.3. Les biens avec désignation de bénéficiaire 11:13
3.2. DU DÉLAI POUR LA PRODUCTION DE L'INVENTAIRE 11:13
3.3. LA PUBLICATION AU REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS 11:15

4. SOLVABILITE DE LA SUCCESSION 11:16

4.1. MANIFESTE 11:16
4.2. NON MANIFESTE 11:16
4.3. INSOLVABILITÉ 11:18

5. REMISE DES BIENS ET LOIS FISCALES 11:20

5.1. AU FÉDÉRAL 11:20
5.2. AU PROVINCIAL 11:20
5.3. LIBÉRATION DES HÉRITIERS 11:21

INTRODUCTION*

Tous les auteurs d'articles et les sondages de revues financières vous le confirmeront : les décès, et par conséquent le marché des liquidations de succession, sont en hausse et cette hausse se poursuivra jusqu'en 2040. Il se produit environ 60 000 décès par année au Québec et, effectivement, le nombre de décès augmentera jusqu'en 2040 pour atteindre alors le nombre de 110 000[1]. Encore faut-il se fier aux actuaires! À quand le décès du dernier « baby-boomer » (ou peut-être « papy-boomer »), représentant d'une génération dont fait partie votre conférencier? Qui saurait le dire?

Rien d'étonnant, donc, à ce que les professionnels et institutions œuvrant dans le champ de la planification financière et successorale, tels les juristes, notaires et avocats, suivant la finalité propre à leur profession, les comptables, les assureurs, les conseillers financiers, les banques et les sociétés de fiducie, s'intéressent à cette activité.

L'objectif de cette conférence est de vous sensibiliser à certains aspects de la liquidation de succession, banals dirais-je, mais souvent méconnus des praticiens, toutes professions confondues.

1. OUVERTURE D'UNE SUCCESSION

1.1. L'OPTION DES SUCCESSIBLES

Il était courant, il y a plusieurs années, de déconseiller fortement à un successible d'utiliser les biens d'une succession qui lui était échue tant et aussi longtemps qu'il ne s'était pas assuré de la solvabilité de la succession, par crainte que son acceptation n'emporte sa responsabilité personnelle sur ses propres biens si la succession devait se révéler insolvable. Un tel conseil se justifie-t-il encore de nos jours?

---

* Le présent texte reprend, en partie seulement, les propos de la conférence donnée par Me Geneviève Coupal, notaire, dans le cadre du Colloque n° 116 de l'Association de planification fiscale et financière portant sur la planification successorale, tenu à Québec et Montréal les 13 et 14 février 2002, ainsi que celle donnée au Cours de perfectionnement du notariat, les 4, 5 et 6 avril 2002, à Montréal. Le conférencier est seul responsable des quelques modifications apportées au texte initial pour tenir compte des derniers développements doctrinaux et jurisprudentiels.

1 Source : Bureau de la statistique du Québec.

De la même façon qu'une porte ne peut être qu'ouverte ou fermée, le *Code civil du Québec*[2] n'offre que deux options au successible : l'acceptation de la succession ou la renonciation à celle-ci. L'acceptation peut être expresse ou tacite[3]. L'utilisation par le successible des biens de la succession, l'automobile du défunt, par exemple, emporte l'intention d'accepter la succession.

Une première attrape : rappelons-nous que la désignation par le successible d'un liquidateur de succession, quand aucun n'a été nommé par le défunt, ou même l'assumation de cette charge par le successible, devenu de ce fait héritier, constituera également une acceptation de la succession. Cette acceptation « involontaire » emportera-t-elle des conséquences financières préjudiciables pour l'héritier?

La renonciation quant à elle est expresse et se fait par acte notarié[4]. Elle peut aussi, dans certaines circonstances, résulter de la loi[5].

1.2. LA RESPONSABILITÉ DES HÉRITIERS

Quelle responsabilité prend le successible qui a accepté la succession si cette dernière se révèle insolvable?

Selon le *Code civil du Bas-Canada*[6], remplacé par le *Code civil du Québec* le 1er janvier 1994, la responsabilité de l'héritier qui avait accepté purement et simplement la succession était illimitée. Les créanciers de la succession pouvaient le poursuivre sur ses biens personnels en cas d'insolvabilité de la succession. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire était assortie de telles formalités qu'elle était fort peu prisée des praticiens.

Il était de bon conseil de prévenir le successible des dangers d'une acceptation trop hâtive.

Le *Code civil du Québec* a changé cette règle du tout au tout. L'article 625 C.c.Q. énonce maintenant ce qui suit :

---

2 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

3 Art. 637 C.c.Q.

4 Art. 646 C.c.Q.

5 Art. 633, 650 et 651 C.c.Q.

6 Statuts prov. 1865, c. 41.

> « 625. Les héritiers sont, par le décès du défunt ou par l'événement qui donne effet à un legs, saisis du patrimoine du défunt, sous réserve des dispositions relatives à la liquidation successorale.
>
> Ils ne sont pas, sauf les exceptions prévues au présent livre, tenus des obligations du défunt au-delà de la valeur des biens qu'ils recueillent et ils conservent le droit de réclamer de la succession le paiement de leurs créances. »

Le principe est donc bien établi, mais quelles sont les exceptions qui retireront à l'héritier cet avantage?

L'héritier qui dispense le liquidateur de procéder à l'inventaire des biens de la succession ou qui confond, avant l'inventaire, ses biens avec ceux du défunt, sera tenu personnellement responsable des dettes du défunt[7].

L'inventaire, fait conformément aux dispositions prévues au *Code civil du Québec*, et non plus l'acceptation de la succession, devient donc la pièce maîtresse pour évaluer la responsabilité de l'héritier en cas d'insolvabilité de la succession.

Retenons également que la renonciation dite *in favorem*, aux termes de laquelle le successible déclare renoncer à la succession du défunt au profit d'une autre personne, par exemple les enfants au profit de leur père ou de leur mère, signifie que le renonçant a accepté la succession[8] et, dans certains cas, la charge de liquidateur. Il ne suffit donc pas de renoncer *in favorem* à une succession au profit de ses colégataires pour se débarrasser, par exemple, de sa responsabilité d'héritier. Là encore, l'héritier renonçant devra s'assurer qu'un inventaire sera fait par le liquidateur de succession ou par le nouvel héritier acceptant.

Le renonçant devrait-il même prévoir dans l'acte de renonciation, non seulement l'intervention de l'acceptant, mais également l'obligation pour ce dernier de s'assurer qu'un inventaire sera complété par le liquidateur conformément aux dispositions du *Code civil du Québec*, et ce, sous sa responsabilité personnelle pour tout manquement à ce faire?

De plus, ne pourrait-il pas exiger l'intervention du liquidateur de succession et son engagement à n'effectuer aucun paiement ou avance, même en cas de solvabilité manifeste présumée, tant et aussi longtemps que

---

7 Art. 779, 800 et 801 C.c.Q.

8 Art. 641 C.c.Q.

l'inventaire de succession n'aura pas été complété et qu'une copie ne lui aura pas été notifiée, en tant que partie intéressée?

Le successible qui fait acte d'acceptation de succession, que cette acceptation soit directe ou qu'elle résulte d'une renonciation *in favorem*, devient héritier et, de ce fait, également liquidateur de succession, en l'absence d'une telle désignation par le défunt, suivant l'article 785 C.c.Q. Le liquidateur exerce, pendant toute la durée de sa charge, la saisine des héritiers[9]. Cette saisine prend fin lors de l'acceptation du compte par les héritiers et la publication de l'avis de clôture de compte par le liquidateur[10].

Par conséquent, il est impératif que l'héritier renonce non seulement à la succession au profit de l'acceptant, mais également à sa charge de liquidateur.

Les articles 1357 et 1358 C.c.Q. traitent de la fin de l'administration et énoncent les formalités à respecter lors de la démission de l'administrateur du bien d'autrui. Ces dispositions, de droit supplétif, s'appliquent au liquidateur de succession à titre d'administrateur du bien d'autrui[11]. Ainsi, un avis de renonciation doit être notifié aux autres héritiers. D'ailleurs, la démission ne prendra effet qu'à la date de réception de l'avis.

Nous ne croyons donc pas que l'on puisse inférer de la renonciation *in favorem* consentie par le successible, une renonciation tacite à sa charge de liquidateur. La renonciation à la charge doit être expresse et sujette aux formalités décrites au chapitre deuxième, section I « De la simple administration du bien d'autrui »[12].

Il nous semble fortement recommandable et prudent, entre autres pour la protection du renonçant, tant comme héritier qu'à titre de liquidateur, de prévoir également dans l'acte de renonciation *in favorem* une renonciation à la charge de liquidateur.

---

9 Art. 777 C.c.Q.

10 Art. 822 C.c.Q.

11 Art. 802 C.c.Q.

12 Art. 1301 et suiv. C.c.Q.

Enfin, un dernier point sur la renonciation *in favorem*, une sorte de mise en garde : assurez-vous des conséquences non seulement d'ordre civil, mais également d'ordre fiscal, pouvant résulter d'une renonciation *in favorem*.

Voici un exemple, parmi d'autres, de conséquences fiscales que vous retrouverez dans tous les livres traitant de fiscalité *post mortem* : la renonciation des enfants à la succession au profit du conjoint survivant ne permettra pas le roulement fiscal des régimes enregistrés d'épargne-retraite au profit de ce dernier.

En résumé, et pour revenir à notre propos initial, le professionnel œuvrant auprès de son client, héritier ou liquidateur de succession, devra donc s'assurer de la confection de cet inventaire – dont nous traiterons plus loin –, conformément aux dispositions du *Code civil du Québec*, et ce, afin de limiter la responsabilité de chacun.

2. POUVOIRS DU LIQUIDATEUR

Les pouvoirs du liquidateur dépendent essentiellement de l'origine de sa nomination[13]. Le principe de base veut que le liquidateur détienne des pouvoirs de simple administration sur les biens. Seul le testateur peut étendre ces pouvoirs par une mention expresse à cet effet dans son testament. Si rien n'est prévu au testament, on s'en remet aux règles générales de la simple administration.

2.1. DE LA SIMPLE ADMINISTRATION

Les gestes autorisés par la simple administration sont ceux déterminés au Titre « De la simple administration du bien d'autrui »[14]. L'article 804 C.c.Q. édicte ce qui suit :

> « 804. Le liquidateur administre la succession. Il poursuit la réalisation des biens de la succession, dans la mesure nécessaire au paiement des dettes et des legs particuliers.
>
> Il peut, en conséquence, aliéner seul le bien susceptible de dépérir, de se déprécier rapidement ou dispendieux à conserver. Il peut aussi, avec le consentement des héritiers ou, à défaut, avec l'autorisation du tribunal, aliéner les autres biens de la succession. »

---

[13] Art. 802 à 807 C.c.Q.

[14] Art. 1301 et suiv. C.c.Q.

On voit donc que pour aliéner les biens de la succession, le liquidateur devra faire intervenir les héritiers qui devront consentir à tout acte d'aliénation.

En absence de testament, ce sont les héritiers qui, de plein droit, sont liquidateurs. Ils peuvent, à la majorité, décider de nommer un liquidateur[15]. Si la nomination du liquidateur est faite par la majorité ou par l'ensemble des héritiers, celui-ci ne détiendra que des pouvoirs de simple administration. Les héritiers auront quand même à intervenir dans certaines situations, même s'ils ont désigné un liquidateur, à moins qu'à l'intérieur de l'acte de nomination ou dans le cadre d'un mandat distinct ils aient, cette fois-ci à l'unanimité, consenti des pouvoirs additionnels au liquidateur.

Qu'arrive-t-il cependant si un mineur se trouve parmi les héritiers?

Si le ou les parents de l'enfant sont tuteurs, ceux-ci peuvent décider seuls, c'est-à-dire sans aucune intervention du conseil de tutelle ni du tribunal, de tous les gestes à poser, si la valeur du bien en cause est inférieure à 25 000 $. Le tuteur n'a alors aucun compte à rendre et aucune sûreté à donner. Si la valeur du bien excède ce montant, le parent doit obtenir l'avis ou l'autorisation du conseil de tutelle ou du tribunal avant de pouvoir vendre un bien ou même consentir à sa vente[16].

Lorsque le tuteur n'est pas le parent, celui-ci doit obtenir l'avis du conseil de tutelle pour les situations prévues au *Code civil du Québec*[17] ou l'autorisation du tribunal, qui sollicitera l'avis du conseil de tutelle si la valeur du bien excède 25 000 $.

Dans la pratique, on a vu certaines situations où il a été possible de s'adresser directement au tribunal. Ainsi, en alléguant l'urgence ou le coût de conservation du bien et l'accord du tuteur, on a pu éviter la mise en place d'un conseil de tutelle et les délais que sa constitution peut occasionner. Théoriquement, la tenue d'un tel conseil est obligatoire, mais en pratique il peut être à la fois plus simple et moins coûteux de s'adresser directement au tribunal lorsque la situation s'y prête.

---

15 Art. 785 C.c.Q.

16 Art. 208 et suiv. C.c.Q.

17 Art. 213 C.c.Q.

Dans un premier cas, M. B décède après avoir lui-même mis la maison en vente. Les enfants demeurant chez Mme B, de qui le défunt était divorcé, il n'y avait donc aucun intérêt à conserver la propriété. En présence d'un testament olographe qui ne prévoyait pas de pouvoirs étendus, le liquidateur a présenté une requête pour être autorisé à vendre l'immeuble sans recourir à la tenue d'un conseil de tutelle. À l'appui de cette demande, il a été allégué que, même si la valeur de la résidence excédait le montant prévu de 25 000 $, la part de chaque héritier mineur était inférieure à ce montant. Le parent survivant n'avait donc pas de compte-rendu à faire à un conseil de tutelle[18], alors qu'un tel conseil aurait normalement été requis pour cette seule question.

Un autre exemple où une telle requête a été acceptée : M. C détenait plusieurs propriétés de villégiature, mais laissait également une grande quantité de dettes. Il devenait évident que les immeubles devaient être vendus afin d'acquitter d'abord tous les passifs. M. C n'ayant pas laissé de testament, le liquidateur nommé par l'ensemble des héritiers n'avait que des pouvoirs de simple administration. Les héritiers mineurs étaient représentés par le parent survivant qui a répondu favorablement à la requête et souhaité que les immeubles soient vendus. Le tribunal a consenti à la vente sans recourir à l'avis du conseil de tutelle. Ici encore, la mise en place d'un tel conseil n'aurait été utile qu'à cette seule fin car la solvabilité de la succession n'étant pas manifeste, il était possible que les héritiers mineurs ne reçoivent aucune somme d'argent en héritage.

Il est fréquent de rencontrer des testaments olographes ou faits devant témoins dans lesquels les pouvoirs du liquidateur n'ont pas été élargis par le testateur. Il faut donc que le liquidateur limite ses gestes et s'assure de son autorité avant d'agir s'il ne veut pas risquer sa responsabilité vis-à-vis des héritiers qui n'auraient pas consenti aux gestes ou vis-à-vis de tiers avec qui il aurait transigé sans droit. Il en va de même de toutes les situations où le liquidateur a été nommé par les héritiers. Nous croyons opportun de mentionner, ici, que dans le cas d'une nomination judiciaire ou dans le cas où les héritiers désignent un liquidateur, il pourrait être approprié de prévoir l'étendue des pouvoirs du liquidateur dans la même requête ou dans le même acte afin d'éviter d'avoir à recourir à la Cour dans toutes les situations problématiques, ou encore que les héritiers aient à concourir à chacune des transactions.

---

[18] Art. 209 C.c.Q.

2.2. DE LA PLEINE ADMINISTRATION

Dans la plupart des testaments notariés, le notaire a pris grand soin d'accorder au liquidateur des pouvoirs de pleine administration qui lui permettent d'agir sans être astreint aux limites et aux exigences prévues dans le cas de la simple administration. Il faut évidemment que le testateur consente à octroyer des pouvoirs étendus et à donner ainsi au liquidateur toute l'autorité d'agir sans intervention aucune.

Un testament prévoyait, à la demande du testateur, que le liquidateur conserve tous les biens qu'il détenait au moment de son décès, c'est-à-dire des immeubles à revenus et des actions, en grande partie de compagnies minières. Le liquidateur devait rendre les biens aux héritiers à une date fixée, ce qui créait une période de 25 ans d'administration des biens. Une requête a donc été présentée afin de permettre au liquidateur de vendre les immeubles (qui n'étaient pas rentables) et de se départir de la plupart des actions en vue d'investir les fonds dans des véhicules plus rentables et plus sûrs pour les héritiers. Lors de la présentation de la requête, il a été démontré au juge que les restrictions imposées allaient à l'encontre des responsabilités d'un administrateur qui sont de préserver et d'accroître le capital pour le bénéfice des héritiers. Les héritiers étant majeurs, ils ont pu consentir à la requête.

3. INVENTAIRE DES BIENS

3.1. DU CONTENU DE L'INVENTAIRE

L'inventaire consiste en quelque sorte à dresser le bilan du défunt à la date du décès. On doit inclure tous les actifs du défunt ainsi que toutes ses dettes.

Le *Code civil du Québec* exige de désigner spécifiquement les biens ayant une valeur supérieure à 100 $[19]. Les autres biens peuvent être regroupés sous une rubrique telle que « Biens personnels », ou encore « Biens meubles ». Nous pouvons dire d'emblée qu'il est en pratique très rare de faire une liste exhaustive de tous les biens. Les situations conflictuelles ou la présence de plusieurs héritiers peuvent toutefois conduire à la nécessité d'établir un inventaire très rigoureux, qui détaille avec exactitude tous les biens, peu importe leur valeur.

---

[19] Art. 794 et 1328 C.c.Q.

Quand on dresse l'inventaire des biens, il faut le préparer selon une comptabilité d'exercice, c'est-à-dire que l'on doit tenir compte des revenus courus sur les biens qui doivent être déclarés dans l'année du décès (intérêts courus et ex-dividendes). Rappelons que le principe de base est à l'effet que le défunt est présumé avoir disposé de l'ensemble de ses biens à la date de son décès et, en conséquence, qu'il est également présumé avoir encaissé tous ses placements avec les intérêts courus afférents et avoir réalisé le gain qui peut être rattaché à certains actifs.

Même en présence de roulement au conjoint, il convient de présenter les biens à leur juste valeur marchande au moment du décès. Le roulement des biens est un principe fiscal et non comptable. Il conviendra cependant d'aviser le conjoint de la valeur, tant comptable que fiscale, des biens qui lui sont transférés.

Parmi les actifs, on doit inclure tous les biens propres ainsi que la quote-part des biens pouvant être détenus en copropriété, et même tous les biens susceptibles d'être considérés dans le calcul des droits matrimoniaux et qui sont la propriété du défunt.

3.1.1. Les droits matrimoniaux

Rappelons que les droits matrimoniaux constituent une créance et ne confèrent aucun droit de propriété sur les biens, sauf en ce qui concerne la communauté de biens. Le partage des droits matrimoniaux résultera en un actif ou en un passif, selon le cas, et c'est le résultat net qui fera l'objet d'une rubrique de l'inventaire.

Le liquidateur doit tenir compte, ici, de deux éléments importants : la notion du cumul des droits par le conjoint et la notion de transmissibilité du droit au partage du patrimoine familial.

Voyons d'abord la notion de transmissibilité. Une controverse existait à ce sujet depuis que les règles sur le partage du patrimoine familial ont été instaurées. La question est maintenant tranchée en faveur de la transmissibilité. Les héritiers peuvent donc exercer le droit du défunt et exiger du conjoint survivant qu'il verse à la succession les sommes dues au terme du partage du patrimoine familial.

La deuxième notion est celle du cumul des droits. Est-ce qu'un conjoint qui se voit attribuer un bien aux termes du testament ou à titre de bénéficiaire désigné pourrait également en réclamer la valeur dans le calcul du partage du patrimoine familial?

La réponse est simple quand on traite d'un fonds de pension dont le conjoint est bénéficiaire, car le régime est alors exclu du partage du patrimoine familial[20]. Mais qu'en est-il du bien légué à titre de legs particulier?

Ici la question du cumul est pertinente. En effet, est-ce qu'un conjoint qui se voit attribuer un bien à titre de legs particulier pourrait également en réclamer la valeur aux termes du partage des droits matrimoniaux? Par exemple, si je lègue le chalet à mon conjoint, celui-ci pourrait-il exiger qu'il soit considéré dans le partage du patrimoine familial? La jurisprudence reconnaît effectivement ce droit au conjoint[21].

Il faut donc toujours garder à l'esprit, lorsque le conjoint n'est pas le légataire universel, qu'une mention précise au testament permet d'éviter toute situation malencontreuse. On peut, par exemple, prévoir que le legs particulier d'un bien inclus dans le patrimoine familial est conditionnel à la renonciation, par le conjoint survivant, à ce que ce même bien soit considéré dans le partage du patrimoine familial. En ce qui a trait à la transmissibilité du droit au partage, on peut également prévoir que, si le conjoint survivant est débiteur aux termes de ce partage, la somme lui soit léguée à titre de legs particulier. Il faut aussi, bien entendu, tenir compte de la volonté du testateur qui pourrait être d'accorder le double avantage à son conjoint.

À noter qu'il devrait en être de même de tout legs à titre particulier d'un bien grevé d'une dette, y compris d'une dette fiscale latente tel un REÉR ou un bien générateur de gain en capital. Le principe du legs particulier est de donner le bien à la personne désignée sans que celle-ci ne soit responsable des dettes qui y sont rattachées[22]. Il faut donc, encore une fois, une mention expresse du testateur pour que le légataire soit tenu au paiement des dettes (hypothèques, impôts ou autres). Si la volonté du testateur est que le légataire assume cette dette, il faut qu'il indique précisément cette volonté. *A contrario*, s'il veut remettre le legs libre de toute responsabilité, pourquoi ne pas le mentionner également? N'est-ce pas la meilleure façon d'empêcher toute interprétation et de s'assurer de la compréhension de la loi par le testateur?

---

[20] Art. 415 C.c.Q.

[21] *Roy* c. *Bédard*, C.S. Québec, n° 200-05-01458-007, 6 février 2001, j. Deschênes; J.E. 01-561.

[22] Art. 739 C.c.Q.

La Cour supérieure a déjà statué que le professionnel qui entreprend de régler une succession doit avoir une connaissance des lois fiscales qui peuvent avoir une influence sur le règlement. S'il ne possède pas ces connaissances, il doit refuser le mandat ou, à tout le moins, consulter quelqu'un qui les possède. Nul doute qu'une telle pratique devrait être étendue à l'ensemble des expertises requises dans le cours d'une liquidation de succession[23].

3.1.2. Les créances alimentaires

Certaines catégories de personnes se voient octroyer des droits en vertu du *Code civil du Québec*. Il s'agit des créances alimentaires[24] que les bénéficiaires doivent réclamer dans les six mois du décès. À noter que le délai est identique à celui accordé aux successibles pour exercer leur option dans la succession. Le liquidateur doit donc considérer ces créances éventuelles et ne pas compléter l'inventaire avant l'expiration de ce délai si, à sa connaissance, il existe de tels créanciers ou à tout le moins prévoir une provision. Il devra également suivre les dispositions de la loi pour l'établissement de ces créances.

3.1.3. Les biens avec désignation de bénéficiaire

Une question qui revient souvent est celle de l'inclusion dans l'inventaire de la valeur des fonds de pension ou des assurances vie comportant une désignation de bénéficiaire. Quand un bénéficiaire est désigné aux termes de certains régimes de pension ou de polices d'assurance, les montants que représentent ces actifs sont exclus de la succession[25]. Nous traiterons de cette question ci-après, en relation avec la notion de conjoint.

L'inventaire des biens nous permettra donc de déterminer si l'on est en présence d'une succession solvable ou non, sujet qui sera également traité ci-après.

3.2. DU DÉLAI POUR LA PRODUCTION DE L'INVENTAIRE

Le délai pour produire l'inventaire n'est pas mentionné précisément aux articles du *Code civil du Québec* qui en traitent. Il découle plutôt de diverses

---

23 *Mitchell* c. *Lamarre*, [1996] R.R.A. 1095, J.E. 96-2029 (C.S.).

24 Art. 684 et suiv. C.c.Q.

25 Art. 2455 C.c.Q.

dispositions relatives, entre autres, au délai d'option et aux conséquences juridiques de certains gestes ou absence de gestes qui peuvent être posés par les successibles.

Le successible dispose d'un délai de six mois pour exercer son option[26]. Est-ce à dire que le liquidateur devrait produire l'inventaire à l'intérieur de ce délai? C'est l'inventaire qui détermine la solvabilité de la succession, élément principal dans le choix du successible. Cependant, un successible qui suit parfaitement les règles prévues au Livre troisième « Des successions » peut accepter toute succession sans crainte puisqu'en les respectant, il ne pourra jamais être tenu responsable d'aucune dette au-delà de la valeur des biens qu'il reçoit, comme nous l'avons déjà mentionné. Il n'y a donc aucun risque dans l'acceptation d'une succession, en autant que l'on suive les règles, notamment celles auxquelles une responsabilité est attachée en cas d'omission.

Qu'arrive-t-il si le liquidateur ne complète pas l'inventaire dans le délai prévu pour exercer l'option? Le successible qui constate que le liquidateur néglige ou refuse de faire l'inventaire, qui néglige d'y procéder lui-même ou de s'adresser au tribunal pour obliger le liquidateur à le faire ou à remplacer le liquidateur, sera alors présumé avoir accepté la succession dans un délai de 60 jours suivant le délai d'option. Devenu de ce fait héritier, il est également responsable du paiement des dettes, même au-delà de la valeur des biens qu'il reçoit, pour ne pas avoir exigé l'exécution de l'inventaire[27].

Est-ce à dire que le liquidateur dispose de 60 jours additionnels au délai de délibération? Nous sommes d'avis que le liquidateur dispose d'autant de jours qu'il est nécessaire pour mener à bien l'inventaire. Ce délai pourra sans contredit excéder les six mois et 60 jours additionnels. Ce que la loi sanctionne, c'est le refus ou la négligence. Un liquidateur qui, par exemple, n'est pas en mesure d'obtenir tous les renseignements requis pour dresser l'inventaire ne pourra pas se voir reprocher un refus ni une négligence et, par le fait même, le successible non plus.

Le passif le plus long à déterminer est sans conteste le montant dû aux autorités fiscales. La production des relevés fiscaux et la recherche d'information sur le coût d'acquisition de certains biens nécessitent parfois de longs délais. En voici un exemple : au moment du décès d'un contribuable, celui-ci faisait l'objet d'une enquête des autorités fiscales.

---

[26] Art. 632 C.c.Q.

[27] Art. 640 et 800 C.c.Q.

Les autorités révisaient le dossier sur une période de cinq ans et l'enquête a duré plus de six mois. Comme le liquidateur n'avait pas toutes les données relatives à cette enquête, il ne pouvait compléter l'inventaire ni évaluer une réserve suffisante pour établir un bilan provisoire ou préliminaire. Les héritiers ont donc bénéficié d'un délai additionnel pour exercer leur option.

Aurait-il fallu demander une prorogation de délai au tribunal? À notre avis, une telle procédure est requise dans le cas de refus ou de négligence manifeste. Dans l'exemple précité, aucune demande n'a été présentée. Toutes les parties concernées étaient informées des délais et des causes empêchant le liquidateur de finaliser l'inventaire.

Le liquidateur doit donc procéder à l'inventaire dans les six mois du décès pour permettre aux successibles d'exercer leur option; s'il est dans l'impossibilité de le faire, il doit aviser les personnes concernées des causes l'empêchant de le compléter afin de démontrer qu'il n'est pas négligent et qu'il agit avec diligence.

3.3. LA PUBLICATION AU REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS

Une fois l'inventaire complété, le liquidateur doit voir à la publication d'un avis de clôture d'inventaire au Registre des droits personnels et réels mobiliers. Cet avis mentionne que l'inventaire est complété et précise le lieu où il peut être consulté. Aucune mention n'est requise quant aux montants en cause ni au contenu de l'inventaire. Le liquidateur doit également publier un avis dans un journal de la localité de la dernière adresse connue du défunt. Cet avis ne comporte aucune autre information que les coordonnées du défunt, le fait que l'inventaire est complété et le lieu où il peut être consulté[28].

Il faut noter, au sujet du Registre des droits personnels et réels mobiliers, qu'en matière successorale, divers avis sont requis par la loi. En plus de l'inventaire mentionné ci-dessus, le liquidateur doit publier deux avis additionnels : la désignation ou le remplacement du liquidateur[29], le cas échéant, et le compte du liquidateur[30]. À défaut de procéder à ces publications, le liquidateur risque, selon nous, sa responsabilité personnelle

---

[28] Art. 795 C.c.Q.

[29] Art. 777 C.c.Q.

[30] Art. 822 C.c.Q.

face à des créanciers laissés dans l'ignorance du lieu où il peut être joint. Il y a une autre nouveauté : si le testament comporte une stipulation d'insaisissabilité des biens, pour donner plein effet à cette disposition, il faut maintenant un avis de cette stipulation au registre approprié[31]. La disposition seule est maintenant insuffisante pour protéger adéquatement le légataire. Nous ne croyons pas que ce soit la responsabilité du liquidateur de procéder à la publication car il s'agit d'une mesure de protection offerte au légataire qui a le devoir de s'assurer des formalités requises pour y donner plein effet. Toutefois, il peut être de la responsabilité du professionnel œuvrant dans le dossier de la succession de conseiller le légataire à ce sujet.

4. SOLVABILITÉ DE LA SUCCESSION

4.1. MANIFESTE

Lorsque la succession est manifestement solvable, le liquidateur paie les créanciers et les légataires à titre particulier au fur et à mesure qu'ils se présentent[32].

4.2. NON MANIFESTE

Lorsque la solvabilité n'est pas manifeste, le liquidateur ne doit payer que les dettes urgentes et, si les circonstances l'exigent, par exemple pour préserver le bien, les comptes usuels d'entreprises de services publics[33]. La solvabilité d'une succession s'apprécie non seulement en considérant les actifs et les passifs, mais en tenant compte également des legs particuliers.

Pour tout autre paiement, le liquidateur doit obligatoirement attendre un délai de 60 jours à compter de l'inscription de l'avis de clôture d'inventaire. On infère donc de cette disposition que tout créancier qui aurait été omis dans l'inventaire, et qui ne se serait pas manifesté dans un délai de 60 jours suivant la publication de l'avis de clôture d'inventaire, ne pourrait pas contester les paiements valablement effectués par le liquidateur après ce délai.

---

[31] Art. 2649 C.c.Q.

[32] Art. 808 C.c.Q.

[33] Art. 810 C.c.Q.

Mais qu'en est-il précisément de la notion de solvabilité non manifeste? À quel moment un liquidateur peut-il prétendre que la succession n'est manifestement pas solvable?

Dès que le liquidateur a un doute raisonnable sur le fait qu'il pourrait lui manquer certains renseignements importants ou, selon la nature des biens qu'il administre, sur l'établissement de leur valeur réelle, il devrait être prudent et suivre avec rigueur les dispositions de la loi. Il devrait aussi, dans certaines circonstances, se soumettre au même cheminement que celui prévu dans le cas des successions insolvables, cheminement exposé ci-après.

En fonction des biens constituant l'actif de la succession, par exemple des biens immobiliers, le liquidateur doit agir avec vigilance. La valeur des immeubles peut être déterminée par un évaluateur, mais s'il y a nécessité de les vendre pour acquitter les dettes, la valeur définitive ne sera connue qu'au moment de la vente. Les délais pour la vente des biens doivent également être pris en considération et un liquidateur prudent conservera une réserve importante pour faire face aux délais additionnels et à tous les frais que ceux-ci pourraient occasionner. Pensons simplement aux taxes municipales et scolaires, aux frais d'entretien, à la commission d'un agent d'immeuble, à des corrections éventuelles quant aux titres, aux vices cachés, etc.

Dans de telles circonstances, un liquidateur doit prêter une attention particulière et évaluer avec la plus grande rigueur les motifs qui tendent à qualifier la succession de non manifestement solvable. Les motifs sont-ils tels qu'un liquidateur puisse craindre que la succession devienne insolvable? Si tel est le cas, il devrait alors se comporter comme si la succession l'était et suivre les règles de l'insolvabilité, même s'il n'a pas tous les éléments en sa possession pour en être pleinement assuré.

Par exemple, un ordre de collocation a été présenté à la Cour, malgré le fait que l'inventaire montrait une valeur nette positive. L'actif était principalement constitué de biens immobiliers qui devaient être vendus pour permettre au liquidateur de payer toutes les dettes. Le bilan de la succession était positif avec les données connues, mais un ordre de collocation a été présenté pour déterminer l'ordre des créanciers et s'assurer qu'aucune mesure de recouvrement ne pourrait être entreprise pendant la liquidation. Certaines dettes portaient intérêts et les délais prévus de liquidation pouvaient porter atteinte à la solvabilité de la succession, voire entraîner son insolvabilité. Il serait donc imprudent qu'après le délai de 60 jours suivant la publication de l'avis de clôture de l'inventaire, un liquidateur paie les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent comme le mentionne l'article 811 C.c.Q. Il faut agir avec prudence, en fonction des données du

dossier, et tenir compte de tous les facteurs qui pourraient modifier la valeur de la succession et en changer la qualification.

4.3. INSOLVABILITÉ

La situation est évidemment beaucoup plus complexe dans le cas des successions dont les biens sont insuffisants pour payer à la fois les dettes et les legs particuliers. Rappelons, en effet, que la solvabilité de la succession s'évalue en considérant tous les legs particuliers prévus au testament. Une succession peut être solvable du point de vue comptable, mais être qualifiée d'insolvable en raison de nombreux legs particuliers, du point de vue civil.

Le *Code civil du Québec* prévoit que le liquidateur ne doit alors payer aucune dette, même les dettes urgentes et nécessaires. Cette disposition devrait se lire en regard des règles de l'administration du bien d'autrui, qui peuvent sembler en contradiction avec cet énoncé. L'administrateur du bien d'autrui doit prendre toutes les mesures pour protéger et conserver l'actif. Pourtant, suivant cette disposition, il ne pourrait pas payer l'assurance sur les biens ou encore les taxes municipales ou l'hypothèque sur un immeuble. Une telle rigidité pourrait donner ouverture aux recours des créanciers pour reprendre et faire vendre le bien. Le liquidateur a tout avantage, tant au niveau de sa responsabilité qu'à celui de l'intérêt de la succession, de s'assurer que la liquidation soit ordonnée et effectuée globalement. Il doit exercer sa saisine sur l'ensemble des biens et éviter que des créanciers reprennent certains biens et les liquident à la pièce. De telles procédures viendraient porter grandement atteinte à la masse des biens, gage commun des créanciers, en multipliant les frais.

En cas de succession insolvable, de même que lorsque la solvabilité n'est pas manifeste et que les circonstances font craindre qu'elle puisse devenir insolvable, le rôle du liquidateur, après avoir dressé l'inventaire des biens, est de préparer un ordre de collocation de paiements tel que requis par l'article 811 C.c.Q., tout en respectant l'ordre prévu à l'article 812 C.c.Q. qui stipule ce qui suit :

> « 812. En cas d'insuffisance des biens de la succession et conformément à sa proposition de paiement, le liquidateur paie d'abord les créanciers prioritaires ou hypothécaires, suivant leur rang; il paie ensuite les autres créanciers, sauf pour leur créance alimentaire et, s'il ne peut les rembourser entièrement, il les paie en proportion de leur créance.
>
> Si, ces créanciers étant payés, il reste des biens, le liquidateur paie les créanciers d'aliments, en proportion de leur créance s'il ne peut les payer entièrement; il paie ensuite les légataires particuliers. »

L'ordre de collocation doit donc tenir compte des priorités et des hypothèques qui sont prévues au Livre sixième « Des priorités et des hypothèques »[34].

Quant aux créanciers prioritaires, ils sont colloqués comme suit[35] :

- Les frais de justice et toutes les dépenses faites dans l'intérêt commun. Les dépenses faites pour préserver et protéger le bien se qualifient à ce titre selon nous et c'est pourquoi nous jugeons limitatifs et contraires aux responsabilités incombant à l'administrateur du bien d'autrui les termes de l'article 811 C.c.Q.;

- la créance du vendeur impayé, pour le prix du meuble vendu autrement que dans l'exploitation d'une entreprise;

- les créances de ceux qui ont un droit de rétention sur un meuble[36];

- les créances de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales. L'État représente ici l'autorité provinciale et non fédérale. Il s'agit donc uniquement de la créance du ministère du Revenu du Québec. De plus, cette priorité est accordée uniquement sur les biens meubles[37]. En pratique, pour tout solde de la créance, les autorités fiscales inscriront une hypothèque légale sur les immeubles, qui leur permet d'être payées en préférence sur les créanciers ordinaires;

- la créance des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers.

À l'intérieur de l'ordre des créanciers prioritaires, si les fonds sont insuffisants, chaque créancier sera payé selon le rang de sa créance.

Lorsque les créanciers prioritaires sont tous payés, on passe à l'ordre subséquent, celui des créanciers hypothécaires, qui seront colloqués entre eux, toujours selon leur rang. À cet effet, il faut s'en reporter au Livre

---

34 Art. 2644 et suiv. C.c.Q.

35 Art. 2651 C.c.Q.

36 Art. 946, 1591 et 1592 C.c.Q.

37 Art. 2653 C.c.Q.

sixième, titre troisième « Des hypothèques » pour déterminer le rang des créanciers hypothécaires entre eux.

Les autres créanciers seront ensuite, pour leur part, payés concurremment et au prorata de leur créance en cas d'insuffisance de fonds : les créanciers, autres que les créanciers d'aliments, les créanciers alimentaires et, finalement, les légataires à titre particulier.

5. REMISE DES BIENS ET LOIS FISCALES

À quel moment un liquidateur peut-il procéder à la remise des biens?

Dès qu'un liquidateur est assuré de la solvabilité de la succession, le *Code civil du Québec* lui accorde le pouvoir de payer les créanciers et les légataires à titre particulier au fur et à mesure qu'ils se présentent.

Il faut toutefois porter une attention particulière aux lois fiscales qui prévoient une responsabilité différente pour le liquidateur. Afin de limiter sa responsabilité, un liquidateur ne devrait pas, en principe, remettre de biens avant d'avoir reçu les autorisations des autorités fiscales. Quelles sont les règles à ce sujet? Les autorités fédérale et provinciale diffèrent à cet égard.

5.1. AU FÉDÉRAL

Au fédéral, le liquidateur peut procéder à la remise des biens en tout temps, mais il est responsable de toute dette fiscale impayée tant que le certificat de décharge n'a pas été émis en sa faveur. Il revient donc à ce dernier de juger de la solvabilité de la succession. Il peut procéder à la remise des biens, mais conserver une réserve suffisante pour faire face à toute réclamation fiscale. Le certificat de décharge est émis lorsque les impôts du défunt sont produits, cotisés, et que le dossier a été analysé à la satisfaction des autorités. On laisse donc le soin au liquidateur de juger des sommes qu'il entend distribuer, et ce, à ses risques et périls.

5.2. AU PROVINCIAL

Au provincial, le liquidateur doit être plus prudent. La remise du certificat autorisant la distribution des biens s'effectue différemment. Lorsque l'inventaire est terminé, le liquidateur devrait immédiatement compléter la demande de certificat, même si les impôts ne sont pas complétés. Le Ministère émet alors un certificat de distribution partielle aux termes duquel il autorise le liquidateur à distribuer un montant déterminé. Le liquidateur est alors libéré jusqu'à concurrence de ce montant. La loi prévoit

que le liquidateur peut, avant l'obtention du certificat de distribution partielle, distribuer une somme de 12 000 $ uniquement. Le Ministère ne le libérera jamais pour la somme excédentaire. La distribution des sommes comprend le paiement des dettes courantes, des frais funéraires, des legs particuliers et de toute remise de biens. Le liquidateur doit donc obtenir rapidement le certificat de distribution partielle s'il ne veut pas voir sa responsabilité reconnue et s'il veut être en mesure d'acquitter rapidement les dettes usuelles. Lorsque les impôts sont complétés et cotisés, le Ministère émettra alors le certificat final de distribution, libérant ainsi le liquidateur de toute responsabilité. Ce dernier doit donc être très prudent dans la remise des biens ainsi que dans le paiement de toute dette, tant qu'il n'a pas reçu le certificat autorisant la distribution partielle des biens.

Les délais d'obtention des avis de cotisation et des certificats libératoires sont très variables. Ainsi, on peut obtenir le certificat de distribution partielle dans un délai de quelques semaines. Quant aux avis de cotisation, ils s'obtiennent dans un délai variant de trois à six mois. Après la réception des avis de cotisation, il peut s'écouler quelques semaines ou quelques mois pour l'obtention du certificat de décharge fédéral ou du certificat provincial autorisant la distribution des biens. Les délais varient selon le contenu de l'inventaire. En fonction de la valeur des biens ou du genre d'actifs, le dossier doit faire l'objet d'une vérification qui peut entraîner plusieurs mois de délai. À titre d'exemple, le provincial ne transmettra le nom du vérificateur au contribuable qu'après un délai de trois mois. En additionnant tous les délais ci-dessus, il n'est pas rare, en pratique, de souffler la première bougie d'une succession.

5.3. LIBÉRATION DES HÉRITIERS

Qu'en est-il de la libération des héritiers?

Lorsque les certificats libératoires sont émis, devons-nous présumer que les autorités fiscales ont analysé le dossier et se sont déclarées satisfaites? Le seul effet de ces certificats est de libérer le liquidateur. Si une dette fiscale était découverte par la suite, les autorités fiscales ont toujours le droit de la réclamer, mais cette fois directement aux héritiers. Il est donc faux de prétendre que les héritiers sont libérés par l'émission de ces certificats, mais il est rare de voir un dossier cotisé de nouveau à la suite de leur émission.

ASPECTS FISCAUX LIÉS À CERTAINS PRODUITS FINANCIERS

Jean Létourneau
CGA, Pl. Fin., FICVM
Financière Banque Nationale

Paule Gauthier
CA, LL. M.
Financière Banque Nationale

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JEAN LÉTOURNEAU)

1. FIDUCIES DE REVENUS 12:5

1.1. INTRODUCTION 12:5
1.2. QU'EST-CE QU'UNE FIDUCIE DE REVENUS? 12:5
1.3. CRÉATION DE LA FIDUCIE 12:6
1.4. FONCTIONNEMENT ET CARACTÉRISTIQUES 12:6
1.5. GESTION D'UNE FIDUCIE DE REVENUS 12:7
1.6. COTES DE STABILITÉ DE STANDARD & POORS 12:7
1.7. ÉVALUATION FINANCIÈRE 12:8
1.8. RENDEMENT EN TERMES D'ENCAISSE 12:8
1.9. DURÉE DE PRODUCTION 12:9
1.10. FINANCEMENT DE LA CROISSANCE 12:9
1.11. DILUTION DES PARTS 12:9
1.12. IMPACT DES TAUX D'INTÉRÊT 12:9
1.13. AUTRES FACTEURS DE RISQUE 12:10

1.14. CONCLUSION 12:10
1.15. STRUCTURE D'UNE FIDUCIE DE REVENUS 12:12

2. FONDS ALTERNATIFS (FONDS DE COUVERTURE) 12:13

2.1. INTRODUCTION 12:13
2.2. UNE APPROCHE POUR CONTRER LA VOLATILITÉ DES MARCHÉS 12:13
2.3. COMPARAISON DES FONDS ALTERNATIFS ET DES FONDS D'INVESTISSEMENT 12:14
2.4. OBJECTIFS DE RENDEMENT ABSOLU (PAR EXEMPLE, 8 % À 10 % PAR ANNÉE) QUI NE SONT PAS LIÉS À UN INDICE DE RÉFÉRENCE 12:14
2.5. STRATÉGIE DE PLACEMENT 12:15
2.6. GRANDE FLEXIBILITÉ DANS LA GESTION DU PORTEFEUILLE 12:15
2.7. RÉMUNÉRATION DES GESTIONNAIRES EN FONCTION DES RÉSULTATS 12:15
2.7.1. Restrictions relatives à l'acquisition et au rachat des parts, à la taille de l'actif et au placement minimal 12:15
2.8. STRATÉGIES DE COUVERTURE 12:16
2.8.1. Arbitrage-fusion/acquisition 12:16
2.8.2. Arbitrage sur obligations convertibles 12:16
2.8.3. Arbitrage sur instruments à revenu fixe 12:16
2.8.4. Arbitrage sur titres hypothécaires 12:17
2.8.5. Achat de titres de sociétés en difficulté 12:17
2.9. CONCLUSION 12:17

3. CPG ET BILLETS RELIÉS AUX INDICES 12:18

3.1. INTRODUCTION 12:18
3.2. CARACTÉRISTIQUES 12:18
3.3. RENDEMENTS LIMITÉS 12:18
3.4. BASE DE CALCUL 12:19
3.5. RENDEMENTS NON GARANTIS 12:19
3.6. LIQUIDITÉS 12:19
3.7. FRAIS DE SORTIE AVANT TERME DU BILLET 12:19
3.8. FRAIS DE GESTION 12:19
3.9. FISCALITÉ 12:19
3.10. CONCLUSION 12:20

4. FONDS DISTINCTS 12:20

4.1. INTRODUCTION 12:20
4.2. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES 12:21
4.2.1. Prestation de décès 12:21
4.2.2. Garanties à l'échéance 12:21
4.2.3. Option de réinitialisation 12:22
4.2.4. Protection contre les créanciers 12:22

4.2.5. Assurabilité 12:22
4.2.6. Planification successorale 12:23
4.2.7. Frais de gestion 12:23
4.2.8. Coût de la protection 12:23
4.3. CONCLUSION 12:23

5. FONDS CORPORATIFS 12:23

5.1. QUELLES SONT LES DIFFÉRENCES? 12:24
5.2. TRANSFERT SANS INCIDENCE FISCALE 12:24
5.3. DISTRIBUTIONS : FIDUCIES ET SOCIÉTÉS 12:25
5.4. MINIMISATION DES DISTRIBUTIONS DANS LES SFCP 12:25
5.5. LE REPORT DE L'IMPÔT N'EST PAS GARANTI 12:25
5.6. LA TAXE SUR LE CAPITAL 12:25

PARTIE B (PAULE GAUTHIER)

INTRODUCTION 12:26

1. FONDS MUTUELS CONSTITUÉS EN FIDUCIE – GÉNÉRALITÉS COMMUNES À TOUS 12:26

2. FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT 12:27

2.1. ANNÉE D'IMPOSITION D'UNE FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT 12:27
2.2. INVESTISSEURS IMPOSABLES 12:27
2.2.1. Distribution de revenus et nature des revenus 12:28
2.2.2. Distribution de capital 12:28
2.2.3. Distribution de gains en capital et compte de dividendes en capital 12:29
2.3. RÉGIMES DE REVENUS DIFFÉRÉS 12:29
2.3.1. Placements admissibles 12:30
2.3.2. Contenu étranger 12:30

3. FONDS DE COUVERTURE 12:30

3.1. BILLETS À CAPITAL GARANTI – CERTAINS ÉLÉMENTS DE LEUR TRAITEMENT FISCAL 12:31
3.1.1. Paiement à l'échéance 12:31
3.1.2. Règles sur le revenu couru 12:32
3.1.3. Règles sur les entités de placement étrangères 12:33
3.2. LES UNITÉS DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT CANADIENS 12:33
3.2.1. Qualification à titre de fiducie de fonds commun de placement 12:33
3.2.2. Imposition de la fiducie et nature des revenus de couverture 12:34

3.2.3. Règles sur les entités de placement étrangères 12:35
3.2.4. Revenus de source étrangère et crédit d'impôt étranger.. 12:36

4. FIDUCIE DE REVENUS (*INCOME TRUST*) 12:37

4.1. QUALIFICATION À TITRE DE FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT 12:37
4.2. INVESTISSEURS TAXABLES 12:38
4.2.1. Mécanisme de conduit pour transférer la nature des revenus..... 12:38
4.2.2. Taxe sur le capital 12:38
4.3. INVESTISSEURS EXONÉRÉS D'IMPÔT 12:38
4.3.1. Contenu étranger 12:38

5. FONDS DISTINCTS 12:39

5.1. CONTRAT INDIVIDUEL DE RENTES DIFFÉRÉES VARIABLES 12:39
5.2. INVESTISSEURS IMPOSABLES 12:40
5.2.1. Mécanisme de conduit pour transférer la nature des revenus..... 12:40
5.2.2. Roulements disponibles au décès 12:41
5.2.3. Imposition des garanties à l'échéance ou au décès..... 12:42
5.3. RÉGIMES DE REVENUS DIFFÉRÉS 12:43
5.3.1. Placement admissible..... 12:43
5.3.2. Contenu étranger pour régimes de revenus différés 12:44

6. FONDS MUTUELS CONSTITUÉS EN SOCIÉTÉ OU SOCIÉTÉ DE PLACEMENT À CAPITAL VARIABLE 12:45

6.1. INVESTISSEURS IMPOSABLES 12:45
6.2. IMPOSITION DES REVENUS DU FONDS CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS 12:46
6.2.1. Société de placement à capital variable – SPCV 12:46
6.2.2. Société de placement – SP 12:47
6.2.3. Taux d'imposition effectifs des différents revenus gagnés 12:47
6.2.4. Dividende sur gain en capital et CDC 12:48
6.2.5. Rachat d'actions de SPCV 12:48
6.3. RÉGIMES ENREGISTRÉS..... 12:48

PARTIE A

Jean Létourneau, CGA, Pl. Fin., FICVM
Financière Banque Nationale

1. FIDUCIES DE REVENUS

1.1. INTRODUCTION

Depuis deux ans, les fiducies de revenus affichent un meilleur rendement que toutes les autres catégories de placement, si l'on exclut les titres aurifères, par ailleurs très volatils. La raison est simple. La baisse des taux d'intérêt stimule généralement l'économie, mais elle place aussi les investisseurs devant un dilemme. La sécurité ou le rendement? Les investisseurs qui comptaient sur un revenu sûr se sont retrouvés dans une impasse; des taux d'intérêt anémiques et un marché boursier baissier. Cela a suffi pour attirer l'attention des investisseurs vers les fiducies de revenus.

Les fiducies de revenus représentent maintenant une catégorie d'actifs ayant une valeur de plus de 56 milliards de dollars de capitalisation boursière. La popularité récente des fiducies de revenus est due aux distributions importantes qu'elles versent aux porteurs de parts. On pourrait croire qu'il s'agit de placements sécuritaires, en raison de la présence des termes « fiducie » et « revenu ». Or, il n'en est rien.

Il existe à peu près autant de niveaux de risque qu'il y a de fiducies de revenus. Un investisseur a donc tout intérêt à connaître exactement comment fonctionne la fiducie de revenus qu'il possède ou dans laquelle il s'apprête à investir.

1.2. QU'EST-CE QU'UNE FIDUCIE DE REVENUS?

Comme son nom l'indique, une fiducie de revenus est d'abord une fiducie, dans laquelle des éléments d'actifs génèrent des revenus qui sont versés presque entièrement aux détenteurs de parts de la fiducie. La fiducie ne paie pas d'impôt sur les fonds distribués, cependant, l'impôt exigible sur ces fonds doit être payé par les porteurs de parts.

Comme les fiducies versent une part importante de leurs liquidités aux porteurs de parts, il ne reste pas beaucoup de fonds pour financer la croissance et les investissements en immobilisations. Ce genre de structure semble donc plus adapté aux entreprises à maturité ayant peu de besoins de capitaux. La nouvelle vague de fiducies de revenus a vu apparaître des

sociétés mal adaptées à ce genre de structure, et elles seront sans doute les premières à en souffrir.

1.3. CRÉATION DE LA FIDUCIE

La fiducie de revenus est créée, par le transfert ou la vente, d'actifs d'une entreprise existante à la fiducie. Le transfert des actifs peut être effectué par le biais d'une réorganisation de la forme légale, l'entreprise se modifiant en fiducie. L'entreprise qui entreprend une telle modification de sa forme légale peut le faire également pour toutes ses filiales, mais ce n'est pas une obligation. Il est aussi possible de transformer une partie seulement des filiales.

La fiducie de revenus peut aussi être créée de toutes pièces purement et simplement par la vente de certains actifs de l'entreprise à la fiducie.

1.4. FONCTIONNEMENT ET CARACTÉRISTIQUES

La structure légale des fiducies de revenus peut différer selon les entreprises qui les ont créées. Ainsi retrouve-t-on des fiducies conventionnelles ou traditionnelles, des fiducies de placement immobilier, des fiducies de redevance et des sociétés en commandite.

1. La fiducie de revenus conventionnelle inclut toutes les sphères d'activité : transport, services publics, alimentation, restauration, etc.

2. La fiducie de redevance ou *Royalty Trust* : on retrouve dans cette catégorie tout ce qui est relatif au secteur du pétrole et du gaz. On parle ici de redevances en raison de la nature des actifs (des ressources naturelles avec droit d'exploitation). Il s'agit donc de droits exclusifs avec une valeur certaine et ayant une durée de vie déterminable. La valeur au marché des parts de ce genre de fiducie est soumise aux aléas du pétrole et du gaz.

3. La fiducie de placement immobilier (ci-après « FPI ») ou *Real Estate Income Trust* : la structure est liée à la réalité propre au secteur immobilier. Les FPI peuvent détenir directement les actifs sous-jacents, à savoir des immeubles résidentiels, commerciaux ou industriels. Les FPI sont habituellement spécialisés dans l'un des cinq secteurs suivants : hôtels, appartements, tours à bureaux, centres commerciaux, centres hospitaliers.

4. Société en commandite ou *Limited Partnership* : La structure la plus simple parmi les fiducies de revenus. Les actifs sont détenus par la société, qui est gérée par un « associé principal », une firme de gestion. Voir la section 1.15. « Structure d'une fiducie de revenus ».

1.5. GESTION D'UNE FIDUCIE DE REVENUS

La gestion de la fiducie est assurée par des gestionnaires externes, qui s'assurent d'atteindre les objectifs de la fiducie. Mais dans certains cas, la gestion est confiée à une nouvelle entreprise créée pour l'occasion et qui appartient entièrement à l'entreprise constituante. Cette dernière garde ainsi le contrôle, bien que les détenteurs de parts aient droit de vote pour choisir le gestionnaire (le fiduciaire), les vérificateurs, etc. Ce contrôle permet, entre autres choses, de faire participer la fiducie à la stratégie globale de l'entreprise.

1.6. COTES DE STABILITÉ DE STANDARD & POORS

Standard & Poors (ci-après « S&P ») fournit une opinion indépendante sur la durabilité et la variabilité des distributions des fiducies de revenus sous la forme d'une cote de stabilité. Les distributions sont cotées sur une échelle de SR-1 (cote la plus élevée et la meilleure) à SR-7 (cote la plus basse et la moins bonne) à la demande des fiducies. Les cotes varient en fonction du profil de la fiducie et de son groupe de référence. S&P cote actuellement environ 25 fiducies sur une centaine qui existent sur le marché. S&P estime que s'il y a si peu de fiducies cotées c'est parce que celles qui ne le sont pas craignent une appréciation défavorable.

À cela s'ajoute le fait que l'absence de fiducies de revenus cotées dans certaines industries empêche la comparaison. Par exemple, que signifierait une cote SR-3 s'il n'y avait qu'une seule fiducie de revenus cotée dans cette catégorie? Comme les cotes de stabilité sont en partie basées sur une analyse comparative d'un groupe, il n'y a pas de base de référence pour fonder une cote appropriée pour une telle fiducie. L'analyse de S&P est basée sur la structure et la gouvernance de la fiducie, son profil opérationnel, son profil financier et ses distributions. « Une cote de stabilité ressemble beaucoup à une cote de solvabilité; elle donne à l'investisseur une opinion sur la probabilité que le rendement de la fiducie n'atteigne pas un niveau de référence donné. »

COTE	Niveau de stabilité de la distribution de fonds par rapport à d'autres fonds de revenu canadiens cotés
SR-1	LA PLUS ÉLEVÉE
SR-2	TRÈS ÉLEVÉE
SR-3	ÉLEVÉE
SR-4	MOYENNE
SR-5	MARGINALE
SR-6	FAIBLE
SR-7	TRÈS FAIBLE

Les cotes de stabilité ne sont pas une recommandation d'achat ou de vente d'un fonds particulier. Le seul élément qu'un investisseur peut retenir de ces cotes est une indication concernant la volatilité et la durabilité des distributions de la fiducie de revenus.

1.7. ÉVALUATION FINANCIÈRE

D'un point de vue financier, la fiducie de revenus ressemble à un produit à revenu fixe pour le revenu qu'elle procure à l'investisseur mais en réalité, elle est plus proche des actions. La valeur de la part ne reflète pas toujours la valeur réelle de la fiducie, mais bien plus le rendement promis. Or, rien ne garantit que les actifs à l'intérieur de la fiducie seront en mesure de toujours générer ce rendement.

Lorsque l'on évalue la fiducie de revenus, deux éléments clés doivent être pris en considération, soit le rendement en termes d'encaisse, soit la durée de la production ou du bien.

1.8. RENDEMENT EN TERMES D'ENCAISSE

Le rendement en termes d'encaisse est égal au rendement courant par part sur un an divisé par le cours d'une part. Actuellement, les taux varient de 8 % à 12 %. Ces rendements sont relativement élevés, beaucoup plus élevés que ceux que peuvent rapporter les titres à revenu fixe traditionnels tels que les obligations. Le problème, c'est que le rendement en termes d'encaisse est trompeur puisqu'il ne tient pas compte de la durée du produit.

Le rendement en termes d'encaisse doit être mesuré en fonction de la durée prévue du bien ou de la durée de production. Par exemple, dans le secteur du pétrole, on doit calculer le rendement en divisant les réserves

prouvées et probables (en général, on ne retient que la moitié des réserves probables) par le taux annuel de production. Il va de soi que plus la durée de production est courte, plus les réserves seront épuisées rapidement et plus le rendement offert sera de courte durée.

1.9. DURÉE DE PRODUCTION

Le rendement annuel estimatif varie énormément en fonction de la durée de production. La valeur des parts peut augmenter si la direction réussit à trouver et mettre en exploitation de nouveaux produits et à prolonger la durée estimative des biens.

1.10. FINANCEMENT DE LA CROISSANCE

La valeur des parts est également influencée par la manière dont la croissance est financée. Si le financement se fait par la vente de nouvelles parts, les porteurs constateront une dilution de leur participation, à moins que le taux de rendement des nouveaux projets ne soit au moins égal à celui des anciens, compte tenu du coût de financement. Pour éviter une baisse de la valeur du fonds, la direction peut être obligée de vendre de nouvelles parts, afin d'investir dans ses projets en cours ou dans de nouveaux projets.

1.11. DILUTION DES PARTS

La possibilité pour la fiducie d'émettre d'autres parts ou d'utiliser le marché de l'emprunt peut provoquer une dilution de l'avoir des détenteurs de parts. Puisque les parts des fiducies de revenus sont cotées à la Bourse, l'offre et la demande jouent un rôle prédominant dans le mécanisme de fixation du prix de la part. En période d'engouement, la demande peut créer une surenchère, diminuant ainsi le rendement réel des distributions. Inversement, une demande faible peut diminuer la liquidité des parts et faire baisser le prix.

1.12. IMPACT DES TAUX D'INTÉRÊT

Les fiducies de revenus sont des produits sensibles aux taux d'intérêt et leurs cours sont inversement reliés au niveau des taux d'intérêt. Ainsi, dans une conjoncture de hausse des taux d'intérêt, les fiducies ressentent une pression à la baisse du prix de leurs parts. À titre d'exemple, les fiducies d'énergie ont des flux de trésorerie prévisibles sur un plus long terme que beaucoup d'autres fiducies, ils sont plus touchés par une hausse du taux d'escompte.

Pour les sociétés endettées, une augmentation des taux aurait un impact sur le coût de financement, donc sur le bénéfice et normalement sur les distributions.

1.13. AUTRES FACTEURS DE RISQUE

En plus des points discutés précédemment, voici une liste sommaire de certains facteurs de risque que les investisseurs éventuels devraient examiner, notamment :

- l'absence de garantie quant au rendement;
- l'effet de la fluctuation des taux d'intérêt :
  - une hausse des taux d'intérêt affecte la valeur actualisée des flux financiers,
  - une hausse des taux d'intérêt augmente les coûts d'exploitation;
- l'effet de la fluctuation du prix des marchandises; si les prix du pétrole chutent, les redevances diminuent;
- l'absence de marché pour la négociation des parts de fiducie;
  - la possibilité que les parts de fiducie se négocient à escompte par rapport à leur valeur liquidative.

1.14. CONCLUSION

Il est important de se rappeler que le capital et les distributions ne sont pas garantis. Les rendements plus élevés s'accompagnent normalement de risques plus grands. L'évaluation de la fiducie ne doit pas être basée seulement sur le niveau de distribution mais aussi sur les flux de trésorerie qu'elle génère.

Avant d'investir dans une fiducie, il est important d'avoir des réponses aux questions suivantes :

1. Quel est son profil financier?
2. A-t-elle une cote de solvabilité? Si oui, quelle en est la cote?

3. Quelle est la qualité de l'équipe de gestion?

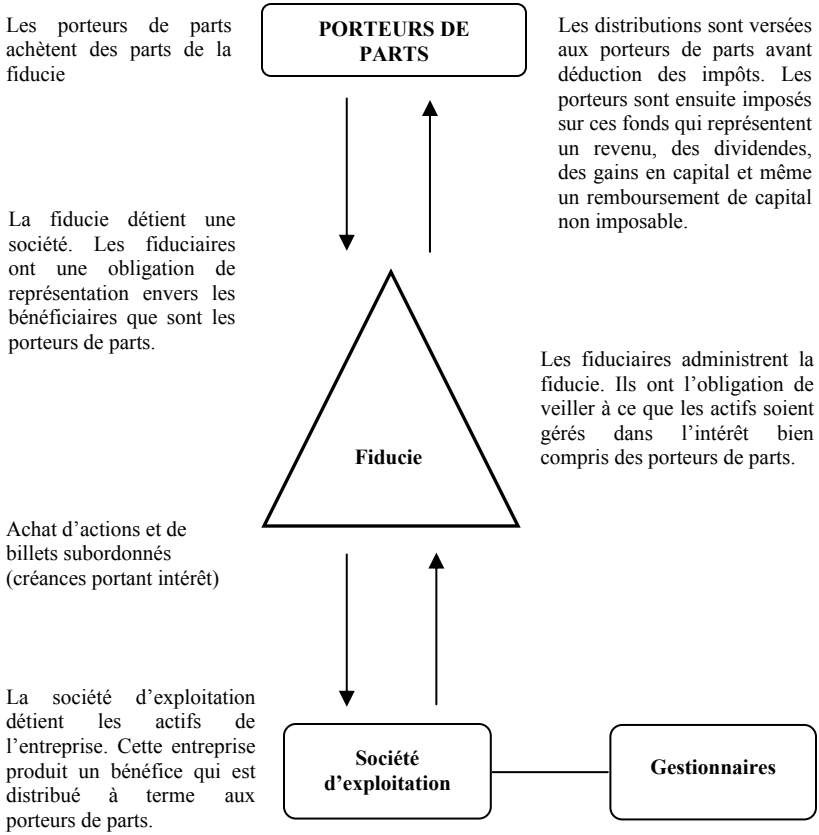
4. Quels sont les facteurs de risque?

5. Quel est le rendement de l'encaisse?

6. Quelle est la durée prévue de la production ou du bien?

1.15. STRUCTURE D'UNE FIDUCIE DE REVENUS

Les porteurs de parts sont les bénéficiaires de la fiducie. Ces investisseurs ont acheté des parts qui sont cotées en Bourse.



Les gestionnaires dirigent la société d'exploitation et peuvent former une entité interne ou externe. La tendance est actuellement à l'internalisation des gestionnaires. Idéalement, les intérêts des gestionnaires doivent concorder avec ceux des porteurs de parts. Cela peut ne pas toujours être le cas.

2. FONDS ALTERNATIFS (FONDS DE COUVERTURE)

2.1. INTRODUCTION

Les fonds alternatifs sont encore peu connus de l'ensemble des investisseurs. Pourtant, le premier fonds alternatif a été créé il y a plus de 50 ans, en 1949. On estime à plus de 500 milliards de dollars les actifs qui sont gérés dans de tels fonds aux États-Unis seulement.

Leur nature spécialisée les a traditionnellement réservés à une certaine catégorie d'investisseurs, composés de fondations, de particuliers très fortunés et, plus récemment, de caisses de retraite. Il faut reconnaître aussi que les fonds alternatifs ont parfois été l'objet d'une mauvaise presse. Le naufrage du fonds *Long Term Capital Management* en 1998 a sans doute été le plus important. Ce fonds était géré par une équipe hors pair de stratèges, dont deux figures légendaires dans le domaine des produits dérivés, Robert Merton et Myron Scholes. L'échec d'une stratégie d'arbitrage sur instruments à revenu fixe, aggravé par un emprunt de 130 milliards de dollars US représentant près de 30 fois le capital, a causé la perte du fonds. Résultat? Les créanciers ont pris le contrôle du fonds et les investisseurs ont perdu plus de 80 % de leurs avoirs.

Devons-nous discréditer l'ensemble d'une famille d'actifs en raison des problèmes de certains de ses membres? Ce serait comme s'abstenir d'acheter des actions de sociétés solides sous prétexte que certaines d'entre elles, parmi les plus réputées, ont vécu de grandes difficultés. Cessera-t-on purement et simplement d'acheter des actions sous prétexte que les titres de certains *Blue Chips*, contre toute attente, se sont effondrés? La réponse est évidemment non et c'est pourquoi il peut convenir d'inclure des fonds alternatifs dans un portefeuille bien équilibré.

2.2. UNE APPROCHE POUR CONTRER LA VOLATILITÉ DES MARCHÉS

Pourquoi envisager aujourd'hui le recours à cette nouvelle classe d'actifs? Précisément parce que ces fonds sont gérés de façon à n'être que faiblement corrélés avec les marchés.

Les fonds alternatifs visent à procurer un rendement supérieur aux produits à revenu fixe classiques tout en étant moins volatils que les actions. En effet, étant plus diversifiés, les fonds alternatifs sont considérés comme des solutions de rechange aux instruments à revenu fixe.

Dans un contexte où les marchés ont tendance à être à la fois interdépendants et fortement volatils, un portefeuille peut gagner en **stabilité**, en **prévisibilité** et, ultimement, en **rendement absolu** si on y inclut une forme de placement dont le rendement n'est que faiblement influencé par les fluctuations des marchés. Et c'est précisément ce que sont les fonds alternatifs.

Pour un fonds alternatif, nous constatons que la valeur est beaucoup moins corrélée aux indices de référence. La raison en est double. D'abord, un fonds alternatif est construit autour de formes de placement qui ne s'inscrivent que rarement dans un portefeuille traditionnel : titres de sociétés fermées (c'est-à-dire non négociés publiquement), titres d'emprunt à haut rendement, dérivés et contrats à terme, etc. De plus, les méthodes de gestion privilégiées par les gestionnaires de ces fonds diffèrent fortement de celles auxquelles sont contraints les gestionnaires de fonds d'investissement traditionnels.

Ces fonds sont gérés par des gestionnaires professionnels qui recherchent le maximum de rendement, tout en minimisant les risques habituellement associés aux marchés financiers. La stratégie est axée sur le rendement absolu et sur un faible degré de corrélation avec le marché boursier; autrement dit, que le marché soit haussier ou baissier, le fonds a pour objectif d'obtenir un rendement positif.

2.3. COMPARAISON DES FONDS ALTERNATIFS ET DES FONDS D'INVESTISSEMENT

Comme pour les fonds d'investissement, le fonds alternatif est géré par des professionnels qui assurent la gestion du portefeuille. La similitude s'arrête là, car le fonds possède plusieurs caractéristiques qui lui sont propres.

2.4. OBJECTIFS DE RENDEMENT ABSOLU (PAR EXEMPLE, 8 % À 10 % PAR ANNÉE) QUI NE SONT PAS LIÉS À UN INDICE DE RÉFÉRENCE

Alors que le rendement des fonds d'investissement est comparé à celui des principaux indices tels que le TSE, les fonds alternatifs ont pour objectif de réaliser un bénéfice quelle que soit la conjoncture du marché, c'est-à-dire même si les indices sont en baisse.

2.5. STRATÉGIE DE PLACEMENT

Les fonds alternatifs se distinguent au chapitre des stratégies de placement qu'ils peuvent employer. Les gestionnaires peuvent entre autres prendre des positions acheteur et vendeur, procéder à des acquisitions par emprunt et recourir massivement aux produits dérivés. Dans le cas d'un fonds d'investissement, le gestionnaire doit généralement se contenter de détenir des titres, le recours à l'emprunt et aux produits dérivés ne pouvant être envisagé.

2.6. GRANDE FLEXIBILITÉ DANS LA GESTION DU PORTEFEUILLE

Du fait que les clients ont signé un document attestant qu'ils sont des investisseurs avertis, les gestionnaires disposent de beaucoup plus de latitude pour gérer l'actif. Les fonds alternatifs sont constitués d'instruments que l'on retrouve rarement dans le portefeuille classique des actions de sociétés fermées (c'est-à-dire qui ne sont pas négociées en Bourse), des titres d'emprunt privés, des placements immobiliers, des titres d'emprunt à haut rendement, des produits dérivés, des contrats à terme, etc.

2.7. RÉMUNÉRATION DES GESTIONNAIRES EN FONCTION DES RÉSULTATS

En général, en plus de leur verser des honoraires correspondant de 1 % à 1,5 % de l'actif, les fonds alternatifs rétribuent les gestionnaires en fonction du rendement (20 % du bénéfice). Cette distinction s'avère importante, car cela permet de recruter des gestionnaires des plus compétents, qui sont disposés à mettre leur rétribution en jeu. De plus, les gestionnaires achètent généralement des parts du fonds alternatif, tout comme certains gestionnaires de fonds d'investissement d'ailleurs.

2.7.1. Restrictions relatives à l'acquisition et au rachat des parts, à la taille de l'actif et au placement minimal

Il n'est pas rare que l'on puisse acheter ou racheter des parts de fonds alternatifs uniquement sur une base mensuelle, trimestrielle ou annuelle. En revanche, les fonds d'investissement se distinguent par une liquidité quotidienne et des droits de rachat. Par ailleurs, le placement minimal est peu élevé dans le cas des fonds d'investissement, alors que la plupart des fonds alternatifs sont offerts en vertu d'une notice d'offre, ce qui suppose un placement minimal considérable qui varie selon la province; le placement minimum peut varier entre 25 000 $ et 150 000 $ selon la province. Par contre, il est possible d'acheter des fonds par l'intermédiaire de fonds de

fonds, de certificats de placement garanti (ci-après « CPG ») ou de billets dont le rendement est lié à des fonds alternatifs pour un placement de 500 $.

2.8. STRATÉGIES DE COUVERTURE

La gestion des fonds alternatifs fait appel à un large éventail de stratégies de placement. Il arrive que le cours des titres ne reflète pas leur juste valeur. Bon nombre de ces stratégies visent précisément à tirer parti de ces écarts sans prendre une position sur le mouvement général des marchés. De plus, les stratégies de couverture se distinguent par leur faible degré de corrélation avec le rendement et la direction des marchés obligataires, boursiers, etc. ainsi que par l'objectif de rendement absolu.

2.8.1. Arbitrage-fusion/acquisition

Cette stratégie est axée sur les sociétés qui participent à une fusion ou à une acquisition. Cela consiste généralement à prendre une position acheteur sur les actions de la société acquise et une position vendeur sur les actions de l'acquéreur. La couverture vise à tirer profit du fait que les titres ont la même valeur au terme de la fusion. L'éventualité qu'il n'y ait pas de fusion ou d'acquisition constitue le principal risque.

2.8.2. Arbitrage sur obligations convertibles

Cette stratégie consiste à prendre des positions couvertes sur des titres convertibles d'une société. En général, on achète les obligations convertibles d'une société et on vend à découvert ses actions ordinaires. Le fonds alternatif encaisse le revenu tiré du coupon des obligations convertibles de même que le montant réalisé sur la vente à découvert des actions. Le bénéfice varie en fonction de la volatilité des actions sous-jacentes et de l'importance du profit sur la vente à découvert. Comme le fonds est protégé, advenant que les obligations convertibles soient converties en actions, cette stratégie d'arbitrage est généralement moins risquée que l'achat pur et simple d'obligations convertibles. Cependant, elle comporte un risque de défaut de paiement, de même qu'un risque lié aux fluctuations des taux d'intérêt et des cours boursiers.

2.8.3. Arbitrage sur instruments à revenu fixe

Cela consiste à acheter différents instruments à revenu fixe et à les vendre à découvert. On cherche ainsi à tirer profit des écarts de rendement entre les différentes catégories de titres à revenu fixe (par exemple, obligations des administrations fédérales, provinciales et municipales et

titres d'emprunt de société) tout en créant une position relativement insensible aux fluctuations des taux d'intérêt. On peut utiliser des produits dérivés pour se prémunir contre les fluctuations des taux d'intérêt, et il n'est pas rare que l'on ait recours à l'emprunt pour accroître le rendement.

2.8.4. Arbitrage sur titres hypothécaires

Cette stratégie vise à réaliser un profit en effectuant des opérations sur des titres hypothécaires mal cotés. On peut se protéger contre les fluctuations des taux d'intérêt en vendant à découvert des titres du Trésor ou des titres hypothécaires ou en ayant recours à des produits dérivés à revenu fixe. Le risque de remboursement anticipé et l'acquisition par emprunt comptent parmi les principaux risques inhérents à cette stratégie.

2.8.5. Achat de titres de sociétés en difficulté

Certains fonds alternatifs investissent dans les titres d'emprunt, les actions ou les créances de sociétés en difficulté ou en faillite. Ces titres se négocient généralement bien en deçà de leur juste valeur du fait que le marché a réagi à outrance lorsque les difficultés de la société ont été rendues publiques.

D'autres stratégies et instruments financiers peuvent être employés par les fonds alternatifs, notamment la couverture de bons de souscription, l'arbitrage sur capital, les obligations à rendement élevé, les titres des marchés émergents, les contrats à terme d'instruments financiers, les contrats à terme de marchandises et l'arbitrage sur indices.

2.9. CONCLUSION

Les fonds alternatifs ont pour objectif des rendements stables, ils ont une corrélation faible aux mouvements par rapport aux placements traditionnels ainsi qu'une volatilité inférieure.

Les fonds alternatifs sont des placements spécialisés qui doivent être confiés à des professionnels. Afin de diminuer les risques des stratégies individuelles, il peut être préférable d'acheter ces produits par l'intermédiaire d'un fonds à multistratégies.

Certains produits sont disponibles avec capital garanti et leur échéance varie normalement entre cinq ans et dix ans. La portion à inclure dans le portefeuille dépend évidemment de la situation du client, de son profil d'investisseur et de ses objectifs.

Avant d'investir dans un fonds alternatif, vous devez vous poser les questions suivantes :

1. Qui sont les promoteurs du fonds?

2. Qui sont les gestionnaires?

3. Quel est leur style de gestion?

4. Le fonds adopte-t-il une ou plusieurs stratégies?

5. Quels sont les frais de gestion?

3. CPG ET BILLETS RELIÉS AUX INDICES

3.1. INTRODUCTION

Présentement, les CPG traditionnels offrant des taux d'intérêt relativement bas, les CPG et les billets reliés aux indices boursiers semblent être la solution idéale pour les investisseurs qui recherchent à la fois le rendement et la sécurité.

3.2. CARACTÉRISTIQUES

Ils permettent au détenteur de participer à la croissance d'un produit sous-jacent (tels les titres boursiers, les indices, les portefeuilles d'actions, les fonds d'investissement, ou encore les fonds de couverture) tout en limitant le risque. Le taux de rendement n'est toutefois pas établi à l'avance; il est basé sur la performance d'un ou de plusieurs indices, par exemple l'indice de la Bourse de Toronto. À l'échéance, le capital est remboursé et tout excédent sur le capital est versé à titre d'intérêt. Si le détenteur dispose du billet avant échéance, il réalise un gain ou une perte en capital.

3.3. RENDEMENTS LIMITÉS

Le rendement de certains produits est parfois limité. En effet, le taux de participation peut varier entre 60 % et 100 % de l'indice sous-jacent. De plus, certains peuvent se voir imposer un plafond. Dès que le plafond est atteint ou que le rendement se situe au-delà de la limite de participation, l'institution qui gère le produit encaisse les rendements excédentaires.

3.4. BASE DE CALCUL

Les bases de calcul varient selon les produits. À titre d'exemple, pour le marché boursier le calcul du taux de rendement ne tient compte que de la partie du rendement de l'indice boursier provenant de l'appréciation de l'indice. Les dividendes versés par les compagnies qui composent l'indice sous-jacent sont généralement exclus du calcul du taux de rendement.

3.5. RENDEMENTS NON GARANTIS

Le rendement pourrait être nul pour la période du placement. Le capital initial serait intact, mais l'investisseur aurait perdu une partie de son pouvoir d'achat avec le temps.

3.6. LIQUIDITÉS

Normalement, les CPG ne peuvent être rachetés avant leur échéance. Ce qui ne permet pas de modifier la composition d'un portefeuille si la situation ou les conditions du marché connaissent des modifications importantes. Par contre, les billets peuvent être vendus avant l'échéance.

3.7. FRAIS DE SORTIE AVANT TERME DU BILLET

Les frais varient d'un produit à l'autre, mais peuvent atteindre 4 % au cours de la première année.

3.8. FRAIS DE GESTION

Les frais de gestion sont en général de 3 à 3,5 %, mais peuvent atteindre 4,5 %. Ils sont déduits du rendement à échéance. Certains billets n'exigent aucuns frais de gestion, car ils sont considérés comme des placements de gestion passive. En réalité, dans le cas de l'indice boursier, l'investisseur ne reçoit pas les dividendes sur l'indice. Ces dividendes devraient être considérés comme les frais de gestion.

3.9. FISCALITÉ

Sur le plan fiscal, les intérêts provenant du CPG sont imposés à 100 %, les rendements du billet sont traités comme des gains en capital et sont imposés à un taux de 50 %, s'ils sont vendus avant l'échéance. Si le billet est conservé jusqu'à l'échéance, le rendement sera imposé comme revenu d'intérêts. En raison du traitement fiscal des CPG boursiers ou indiciels, il est préférable qu'ils soient détenus à l'intérieur d'un régime enregistré.

3.10. CONCLUSION

Compte tenu de ces caractéristiques, plusieurs associent ce placement davantage aux titres de revenu qu'aux titres de participation. Comme le capital investi à l'émission est garanti, le risque inhérent à ce produit demeure l'absence de rendement.

De plus, le véritable rendement potentiel des CPG et des billets boursiers varie considérablement d'un produit à l'autre, mais dans plusieurs cas, ils n'offrent pas le plein rendement du produit sous-jacent. Si les marchés se comportent bien, ils permettent d'obtenir un meilleur rendement qu'avec un CPG traditionnel. Ce produit s'adresse surtout aux clients dont l'horizon de placement est court ou qui ont une aversion pour le risque.

4. FONDS DISTINCTS

4.1. INTRODUCTION

Les fonds distincts combinent le potentiel de croissance des fonds mutuels avec la sécurité de l'assurance. Lorsqu'on investit dans des fonds distincts, on achète en fait un contrat d'assurance puisque le fonds distinct est un contrat d'assurance variable individuel. L'argent de chaque contrat est alors investi dans un fonds mutuel sous-jacent. L'appellation « fonds distincts » vient du fait que l'actif de ces fonds est géré de façon distincte de celui des fonds généraux de la compagnie d'assurances. Contrairement aux fonds communs de placement, les fonds distincts sont des contrats d'assurance vie en vertu desquels vos capitaux sont protégés.

L'investissement dans les fonds distincts permet de profiter des gains potentiels provenant du rendement des fonds mutuels tout en recevant les avantages associés aux contrats d'assurance. Ils offrent des garanties de capital, des prestations de décès, une protection contre les créanciers éventuels et des avantages sur le plan successoral. Les garanties ont pour but de protéger le capital contre les fluctuations et la volatilité des marchés. L'investisseur peut récupérer jusqu'à 100 % de son placement initial, quelle que soit la performance des marchés.

Comme pour les fonds mutuels, on peut les acheter et les vendre en tout temps. Toutefois, si le fonds est vendu avant la date de la garantie, l'investisseur reçoit la valeur marchande. À ce moment, la valeur pourrait être inférieure au capital investi.

4.2. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES

4.2.1. Prestation de décès

Selon la garantie du contrat, la prestation de décès offerte par un fonds distinct garantit au bénéficiaire qu'il recevra, soit le montant garanti, soit la valeur marchande de son placement, selon le plus élevé des deux. La garantie de remboursement peut s'établir sur une valeur variant entre 75 % et 100 % du placement initial, moins les retraits.

Le tableau suivant illustre les prestations de décès lorsque la valeur marchande des parts détenues dans le fonds distinct est inférieure, égale ou supérieure au prix d'achat du placement.

PRESTATIONS DE DÉCÈS

Montant garanti	Valeur marchande au décès	Prestation
10 000 $	12 000 $	0 $
10 000 $	9 000 $	1 000 $
10 000 $	10 000 $	0 $

La prestation de décès permet à l'investisseur d'avoir une stratégie de placement à long terme sans avoir à subir de perte de capital, s'il décède pendant une période au cours de laquelle le fonds perd de l'argent. Cela peut être utile pour les clients plus âgés, ou les clients ayant une santé précaire, qui désirent investir dans des actions, mais qui ne veulent pas prendre des risques de marché.

4.2.2. Garanties à l'échéance

Lorsque le dépôt arrive à échéance (il faut normalement compter 10 ans), l'investisseur reçoit le montant garanti (réduit en proportion des retraits effectués ou des frais imputés pendant la période) ou la valeur marchande du placement, selon le plus élevé de ces deux montants. La protection à l'échéance des fonds distincts peut être perçue comme une option d'achat intégrée sur le fonds lui-même.

La garantie à l'échéance permet aux investisseurs de participer à des marchés de croissance sans limiter les rendements, tout en protégeant leur capital investi contre les pertes.

4.2.3. Option de réinitialisation

Certains fonds distincts comportent une option qui permet de cristalliser les gains réalisés sur les placements. Supposons que le fonds a procuré un rendement de 8 % la première année, l'investisseur peut faire réinitialiser les garanties de la police selon la valeur marchande des parts détenues. Cette valeur deviendrait donc la nouvelle valeur garantie.

Selon la compagnie d'assurances, les réinitialisations peuvent être faites à l'initiative du détenteur de la police ou peuvent être automatiques. Le renouvellement peut être limité selon l'âge du rentier. La nouvelle garantie à l'échéance sur un contrat de 10 ans est rétablie pour une durée supplémentaire de 10 ans.

4.2.4. Protection contre les créanciers

Les fonds distincts offrent une protection contre les créanciers, auxquels ne sont pas assorties les autres formes de produits de placement gérés tels que les fonds communs de placement. La protection contre les créanciers découle du fait que les fonds distincts sont des contrats d'assurance et que c'est la compagnie d'assurances plutôt que le détenteur du contrat qui est le propriétaire de l'actif du fonds.

Au Québec, les droits du détenteur de contrat sont protégés contre la saisie par les créanciers si le bénéficiaire est un conjoint, un enfant ou un parent du détenteur du contrat. Les bénéficiaires reçoivent le montant intégral de toutes les prestations que prévoit le contrat pour eux, sans égard aux droits des créanciers envers le détenteur du contrat.

La protection contre les créanciers peut être intéressante pour des clients dont la situation personnelle ou commerciale pourrait les exposer à des saisies de biens. Les propriétaires d'entreprise, les entrepreneurs, les membres de professions libérales ou les clients préoccupés par leurs responsabilités individuelles apprécient la protection contre les créanciers.

4.2.5. Assurabilité

Contrairement à certains contrats d'assurance vie, les clients n'ont pas à se soumettre à des examens médicaux ou à d'autres conditions concernant la santé pour bénéficier des prestations de décès offertes par les fonds distincts. Cependant, les prestations de décès comportent généralement d'autres conditions ou exclusions qui peuvent éliminer ou réduire les paiements au bénéficiaire. L'exclusion la plus fréquente est basée sur l'âge. Une fois que

la personne assurée atteint un certain âge, le bénéficiaire peut ne plus être admissible aux prestations de décès ou être tenu d'accepter un pourcentage réduit des prestations.

4.2.6. Planification successorale

Les fonds distincts peuvent être utiles dans la planification successorale. Ainsi, en utilisant les dispositions se rapportant aux bénéficiaires irrévocables, les détenteurs du contrat peuvent contrôler le moment du legs à leurs enfants survivants.

4.2.7. Frais de gestion

Les frais de gestion des fonds distincts constituent le principal inconvénient de ce produit. Les frais de gestion peuvent être de 1 % supérieurs aux frais de gestion pour un fonds mutuel régulier. Les frais de gestion peuvent aller jusqu'à 4 % par année.

4.2.8. Coût de la protection

Le coût de l'assurance est élevé si l'on considère que l'assurance couvre la perte potentielle sur un investissement pour une période de 10 ans. Si l'investisseur croit que son capital peut être inférieur dans 10 ans, pourquoi investir sur le marché boursier? Si un investisseur veut garantir son capital à l'échéance, il pourrait investir dans une obligation à escompte ou dans des coupons détachés, et recevoir son capital investi à l'échéance. La différence peut être investie sur le marché boursier.

4.3. CONCLUSION

Les fonds distincts peuvent être comparés à d'autres placements garantis tels que les CPG indiciels. Ils ont leurs avantages et leurs inconvénients, comme tout investissement; il est important de connaître l'investisseur, sa situation globale, son aversion pour le risque et son état de santé.

5. FONDS CORPORATIFS

Un fonds commun de placement peut être structuré sous forme de fiducie d'investissement à participation unitaire ou de société. Une fiducie de fonds commun de placement (ci-après « FFCP ») est constituée par acte de fiducie et est assujettie aux lois en matière de fiducies, tandis qu'une société de fonds commun de placement (ci-après « SFCP ») comportant plusieurs catégories est régie par un conseil d'administration et est assujettie à la *Loi*

canadienne sur les sociétés par actions[1] ou à une loi provinciale équivalente, selon que le fonds est constitué comme une société fédérale ou provinciale. Le terme « catégorie » sert à décrire un fonds détenu au sein d'une société de fonds commun de placement.

Bien que les fonds en fiducie soient bien plus nombreux que ceux constitués en société, la popularité de ces derniers est grandissante. De plus en plus de familles de fonds offrent maintenant (ou sont en voie d'offrir) les deux catégories.

Pour une société qui désire acquérir des fonds communs, le régime fiscal actuel apparaît plus favorable aux actions de sociétés de fonds communs qu'aux unités de fiducies de fonds communs.

5.1. QUELLES SONT LES DIFFÉRENCES?

Il existe des différences qui favorisent présentement les actions de sociétés de fonds communs sur le plan fiscal pour les clients constitués en société et les particuliers.

5.2. TRANSFERT SANS INCIDENCE FISCALE

Les fonds communs de placement constitués en société permettent d'échanger des actions d'une catégorie contre celles d'une autre catégorie sans réaliser un gain en capital imposable au moment de l'échange. Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2], les investisseurs qui passent d'une catégorie à une autre au sein de la même SFCP ne procèdent pas à une disposition et ne réalisent donc pas de gain ou de perte en capital. Le prix de base rajusté (PBR) du placement dans la SFCP reste inchangé, et l'impôt sur tout gain en capital éventuel est reporté jusqu'à ce que l'investisseur passe à un placement hors de la SFCP. C'est un avantage important des placements dans une SFCP puisqu'ils permettent de profiter d'impôt reporté.

Le report de l'impôt permet une croissance composée plus rapide, ce qui procure une valeur supérieure après impôts dans le temps. Il permet de choisir le meilleur moment pour déclencher le gain en capital, ce qui pourrait aider à réduire l'impôt à payer.

---

1 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

2 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

5.3. DISTRIBUTIONS : FIDUCIES ET SOCIÉTÉS

À la fin de l'année, les deux types de fonds communs de placement distribuent en règle générale le revenu imposable pour éviter que ce dernier ne soit imposé au sein du fonds à un taux d'imposition élevé. Les FFCP permettent à tous les types de revenus (intérêts, dividendes canadiens, revenu étranger) et aux gains en capital gagnés par les fiducies d'être distribués aux épargnants, tout en conservant leurs caractéristiques aux fins de l'impôt. Par contre, dans le cas des SFCP, seuls les dividendes canadiens et les gains en capital peuvent être transférés directement aux épargnants. Les intérêts et le revenu étranger gagnés au sein d'une SFCP sont imposables en premier lieu au sein de la SFCP et peuvent seulement être distribués aux épargnants après impôts, sous forme de dividendes canadiens imposables. La structure de société ne convient donc pas aux fonds autres que les fonds d'actions, puisque tout revenu d'intérêts risquerait d'être imposé deux fois.

5.4. MINIMISATION DES DISTRIBUTIONS DANS LES SFCP

Les SFCP versent souvent des distributions moins importantes que les FFCP, car les sociétés sont en mesure de répartir les pertes entre les différentes catégories qui les composent. Dans le cas d'une SFCP, une seule déclaration de revenus est produite pour toute la société, même si celle-ci renferme plusieurs catégories d'actions représentant plusieurs stratégies de placement.

5.5. LE REPORT DE L'IMPÔT N'EST PAS GARANTI

Bien que les substitutions d'actions d'une catégorie à l'autre entraînent habituellement le report de l'impôt sur les gains en capital, il pourrait se produire dans certains cas un impact fiscal pour l'investisseur. Il se pourrait que des dividendes soient distribués à même des revenus du fonds, si la société doit vendre des placements d'une catégorie d'actions pour racheter les parts des investisseurs. Tout comme dans le cas des fiducies de fonds communs de placement, un style de gestion avec faible taux de rotation des portefeuilles favorisera un report maximal de l'impôt des sociétés. De plus, l'objectif de ces fonds est d'éviter des distributions, ce qui permet un report de l'impôt.

5.6. LA TAXE SUR LE CAPITAL

Les unités de fiducies ne sont pas, contrairement aux actions de sociétés, des placements admissibles qui réduisent le capital versé aux fins de la taxe sur le capital au Québec.

PARTIE B

Paule Gauthier, CA, LL. M.
Financière Banque Nationale

INTRODUCTION[1]

Le présent texte couvre la situation des investisseurs qui sont résidents canadiens et qui détiennent les placements comme immobilisations. Il n'est qu'une analyse sommaire couvrant les éléments essentiels de certains produits financiers, mais ne prétend pas être complet et ne comprend pas toute l'information fiscale qui peut être pertinente à chacune des situations vécues par des investisseurs particuliers.

Les principaux produits financiers étudiés comprendront : les fonds de couverture, les fiducies de revenus, les fonds distincts et les fonds mutuels constitués en société par actions. En plus de parler de la fiscalité des propriétaires de titres, j'ai tenté de couvrir les éléments pertinents de la fiscalité de l'entité qui peuvent influencer le rendement global des titres et influencer leur attrait global pour les investisseurs.

1. FONDS MUTUELS CONSTITUÉS EN FIDUCIE – GÉNÉRALITÉS COMMUNES À TOUS

Les fiducies de revenus, fiducies de redevances et fiducies de couverture sont normalement constituées en fiducies qui remplissent les conditions de qualification en tant que fonds commun de placement et qui bénéficient donc de toutes les caractéristiques fiscales propres à ceux-ci. Ce sont les particularités de chaque sous-groupe qui les différencient et leur font utiliser particulièrement un aspect fiscal plutôt qu'un autre, en les rendant plus ou moins attrayants à certains groupes d'investisseurs.

En tant que fiducie normalement taxable, les fonds mutuels sont généralement structurés afin d'éviter l'imposition au niveau de la fiducie par la distribution annuelle de tous les revenus aux porteurs de parts. Ils se caractérisent le plus souvent de fiducie de fonds commun de placement, et à ce titre, ils peuvent normalement constituer des placements admissibles aux régimes de revenus différés. Soulignons aussi que leur structure en fiducie leur permet d'éviter l'imposition des taxes sur le capital, mais en

[1] Les opinions émises dans ce texte n'engagent que l'auteure.

contrepartie, les unités de fonds commun de placement ne se qualifient pas de placements admissibles en déduction du capital aux fins du calcul de la taxe sur le capital du porteur de parts constitué en société par actions.

2. FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT

La fiducie de fonds commun de placement est une qualification fiscale qui est une sous-catégorie des fiducies d'investissement à participation unitaire. Elle doit avoir des investissements plutôt passifs et doit satisfaire aux conditions réglementaires portant sur le nombre de détenteurs de ses unités ainsi que sur la répartition et le commerce de celles-ci[2]. Les seules activités admissibles sont l'investissement de ses fonds dans des biens, sauf des biens immeubles ou des droits dans de tels biens; soit l'acquisition, la détention, l'entretien, la location, l'amélioration ou la gestion de biens immeubles qui font partie de ses immobilisations ou des droits dans de tels biens, ou une combinaison de ces placements[3].

2.1. ANNÉE D'IMPOSITION D'UNE FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT

La fin d'année d'imposition d'une fiducie entre vifs est le 31 décembre, mais une fiducie de fonds commun de placement peut faire le choix d'avoir sa fin d'année d'imposition le 15 décembre. Cette disposition de la loi fournit un délai utile pour le calcul et la distribution de revenu de fin d'année.

Puisque les distributions de revenu au porteur de parts se font en fin d'année, un acheteur qui effectue l'achat de parts en fin d'année se verra imposer sur le revenu réalisé par la fiducie au cours de l'année entière, mais réellement gagné par l'ancien propriétaire, puisque cette portion de revenu sera reflétée dans le prix de l'unité lors de l'achat.

2.2. INVESTISSEURS IMPOSABLES

Des caractéristiques fiscales sont particulièrement pertinentes aux porteurs de parts qui sont imposables, soit les porteurs autres que les régimes de revenus différés et entités non imposables.

---

2 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod., al. 132(6)c) (ci-après « L.I.R. ») et *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod., art. 4801 (ci-après « R.I.R. »).

3 Par. 132(6) L.I.R.

2.2.1. Distribution de revenus et nature des revenus

Un porteur de parts non exempt d'impôts sera généralement tenu d'inclure dans son revenu la portion du revenu de la fiducie qui lui est payée ou lui devient payable au cours de cette année d'imposition déterminée. Un montant est considéré payable à un porteur de parts au cours d'une année d'imposition si le porteur de parts a le droit au cours de l'année d'exiger le paiement du montant. Le revenu d'un porteur de parts provenant des parts de fiducie sera généralement réputé être un revenu de biens et perdra donc sa nature propre, à l'exception des dividendes imposables qui garderont leur nature[4], et des dividendes en capital qui ne seront pas imposables aux résidents canadiens[5]. Le revenu étranger et l'impôt étranger payé peuvent aussi être alloués sous leur nature propre aux porteurs de parts.

La fiducie de fonds commun de placement demande une déduction dans le calcul de son revenu pour tout montant de revenu payable ou payé aux porteurs de parts, ce qui amène son revenu imposable à zéro. Les pertes réalisées par une fiducie ne peuvent être allouées directement à un porteur de parts et traitées comme une perte d'un porteur de parts. Plutôt, le fiduciaire peut réclamer une déduction pour allocation de revenu aux porteurs d'un montant inférieur au revenu afin de lui permettre d'utiliser les pertes subies[6].

2.2.2. Distribution de capital

L'imposition des distributions de capital, lorsque celles-ci sont possibles, est un élément important de leur popularité auprès des investisseurs dans les comptes autres que les régimes enregistrés, puisqu'il permet un certain degré de report d'impôts. En effet, tout montant payé par le fonds à un porteur de parts en excédent du revenu net payé à ce dernier au cours d'une année d'imposition ne sera généralement pas inclus dans son revenu pour l'année en cause.

Toutefois, ce montant réduira le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des parts de fiducie pour le porteur de parts[7]. Lorsque le PBR d'une part de fiducie est par ailleurs inférieur à zéro, le montant négatif sera réputé être un

---

4 Par. 104(19) L.I.R.

5 Par. 104(20) et 132(3) L.I.R.

6 Par. 104(13.1) L.I.R.

7 Al. 53(2)h) L.I.R.

gain en capital du porteur de parts résultant de la disposition des parts de fiducie au cours de l'année.

Au moment de la disposition réelle ou réputée de la part de fiducie par un porteur de parts, celui-ci réalisera un gain en capital (ou subira une perte en capital) calculé sur la différence entre le produit de disposition de l'unité (moins certains frais) et le PBR à ce moment.

Certaines distributions de capital n'entraînent pas de réduction du PBR des parts de la fiducie. Il en est ainsi de la distribution de portion non imposable des gains en capital et des dividendes en capital[8].

2.2.3. Distribution de gains en capital et compte de dividendes en capital

Les fonds communs de placement constitués en fiducie peuvent maintenant faire bénéficier les porteurs de parts constitués en société par actions de l'ajout au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») pour la portion non imposable des gains en capital réalisés par le fonds et distribués aux porteurs de parts.

En effet, la définition du CDC d'une société couvre l'inclusion d'un montant calculé comme le moindre de deux montants[9] :

- Le premier étant le montant par lequel la distribution excède le montant désigné comme gain en capital imposable pour le porteur de parts.

- Le second étant la portion non imposable du gain en capital du fonds relatif au montant imposable attribué à la fiducie.

2.3. RÉGIMES DE REVENUS DIFFÉRÉS

Certaines caractéristiques ne seront pertinentes qu'aux investisseurs qui sont des régimes de revenus différés. C'est le cas du contenu étranger et de l'admissibilité des placements, tous deux détaillés ci-après.

---

8 Div. 53(2)h)(i.1)(B) L.I.R.

9 Par. 89(1) « compte de dividendes en capital », al. f) L.I.R.

2.3.1. Placements admissibles

L'admissibilité comme placement d'une unité de fiducie est octroyée de fait par règlement, dès lors que le fonds se qualifie, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de fonds commun de placement, ce qui est habituellement le cas, et qu'il est distribué au public[10]. Seule la qualification à titre de bien étranger est moins catégorique et nécessite une analyse plus poussée.

2.3.2. Contenu étranger

Les fiducies de régimes de revenus différés qui sont elles-mêmes des placements enregistrés[11] sont normalement assujetties à un impôt prévu de 1 % de l'excédent du coût indiqué si leurs placements dans des biens étrangers dépassent les limites fixées qui sont généralement de 30 % du coût de tous les biens détenus[12]. En contrepartie, elles ne constitueront pas des biens étrangers[13].

Une fiducie de fonds commun de placement qui n'est pas un placement enregistré ne constituera pas un bien étranger seulement si la fiducie n'a pas acquis de biens étrangers après le 30 juin 1971 ou bien si le coût indiqué des biens étrangers qu'elle détient n'a dépassé, pendant la période pertinente, 30 % du coût indiqué de l'ensemble des biens qu'elle détient[14].

Il est donc important pour toute fiducie de fonds commun de placement qui désire se qualifier de bien canadien, de s'assurer que les investissements étrangers qu'elle détient ne se qualifient pas de bien étranger.

3. FONDS DE COUVERTURE

L'investissement dans des fonds de couverture comporte des particularités, puisque les opérations de couverture ne sont normalement pas des transactions qui peuvent être effectuées par un fonds commun de

---

10 Al. 132(6)c) L.I.R. et art. 204 « placement admissible », al. i) L.I.R.; al. 4900(1)d.2) R.I.R. et art. 4801 R.I.R.

11 Par. 204.4(1) L.I.R.

12 Par. 206(2) L.I.R.

13 Al. 206(2)i) L.I.R.

14 Par. 5000(1) R.I.R.

placement. Les produits créés pour donner accès au public à ce type de gestion de fonds sont principalement de deux types : le billet à capital garanti émis par une société canadienne, dont le capital est indexé sur la valeur d'un fonds de couverture sous-jacent, et la fiducie canadienne de fonds commun de placement qui, elle, investit dans des fonds de couverture, le plus souvent étrangers[15].

Les particularités de ce type d'investissement ont été couvertes à l'occasion du congrès de l'Association de planification fiscale et financière (APFF) de l'année dernière[16], et les lecteurs pourront s'y référer pour de plus amples renseignements, mais un résumé incluant une mise à jour est discuté ici.

3.1. BILLETS À CAPITAL GARANTI – CERTAINS ÉLÉMENTS DE LEUR TRAITEMENT FISCAL

3.1.1. Paiement à l'échéance

Les revenus encaissés à l'échéance seront inclus dans le revenu d'un résident canadien sous l'alinéa 12(1)c) L.I.R. Notons que la formulation de cet alinéa est assez large dans sa version anglaise pour inclure toute considération payée à la place d'intérêts.

Le détenteur qui n'est pas le premier acquéreur aura vraisemblablement payé une prime à l'achat, représentant une valeur de revenu qui a été

---

15 Les instruments financiers étudiés aux fins de ce texte ont été les suivants :

Document d'information du 13 mars 2002, Billets du Fonds de couverture RGP Citibanque du Canada.

Information Statement dated November 30, 2001, BDC Absolute Return Multi-Strategy (ARMS) Protected Notes Series 1 Due 2008, Business Development Bank of Canada.

Confidential Offering Memorandum dated July 1, 2002, Units of Absolute Return Concepts Fund, Banque Royale du Canada.

Prospectus simplifié du 18 juillet 1997, Parts émises du *Newcastle Market-neutral Trust*.

Prospectus du 3 mai 2002, Parts du *iPerform Strategic Partners Hedge Fund, iPerform*.

16 Paule GAUTHIER, « Imposition des investissements dans des fonds de couverture pour les détenteurs canadiens », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 9:1-26.

« gagné » par le détenteur précédent. Dans le but d'éviter que ce revenu couru soit imposé deux fois, à l'échéance et à la vente, le paragraphe 12(9.1) L.I.R. permet normalement de considérer ce revenu comme une partie du coût et de ne pas l'inclure dans le revenu à l'échéance.

3.1.2. Règles sur le revenu couru

À titre de dettes, les billets (lorsqu'ils ne se qualifient pas de titres de créances indexés[17]) sont sujets aux règles sur les intérêts courus[18]. De façon générale, les détenteurs qui sont des particuliers ou des fiducies ayant des particuliers comme bénéficiaires imposent leur revenu couru[19] sur une base d'anniversaire de contrat[20]. Les sociétés, sociétés de personnes, fiducies de fonds commun de placement et fiducies ayant une société ou une société de personnes en tant que bénéficiaires, imposent leur revenu couru sur une base annuelle de fin d'exercice[21].

Le principe général de calcul du revenu couru au règlement est de calculer le montant des paiements connus lors d'un événement futur déterminé, et de calculer les valeurs actuelles du placement à des dates antérieures afin de reconnaître le revenu couru annuellement.

Le revenu des billets tels que souvent structurés, ne peut pas être déterminé et n'est pas crédité à l'instrument avant l'avènement d'un rachat anticipé ou de l'échéance. Il est donc impossible de faire le calcul prévu au règlement. Cette situation a été reconnue dans quelques interprétations techniques[22], dont une portant sur un titre comparable, et dans une décision en matière d'impôt sur le revenu[23] où l'Agence des douanes et du revenu du

---

17 Par. 248(1) L.I.R. « titre de créance indexé » est un titre de créance dont les modalités prévoient l'ajustement, déterminé en fonction de la variation du pouvoir d'achat de la monnaie, d'un montant payable relativement au titre pour une période au cours de laquelle il était en circulation.

18 Par. 12(3) et 12(4) L.I.R. et art. 7000 R.I.R.

19 Réputé de l'intérêt par le paragraphe 7000(2) R.I.R.

20 Par. 12(4) L.I.R.

21 Par. 12(3) L.I.R.

22 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9719753, 3 octobre 1997 et 9806325, 24 mars 1998.

23 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-61, « Règles sur les intérêts courus », 20 avril 1995. L'instrument analysé dans cette décision diffère des billets étudiés dans le présent

(à suivre…)

Canada (ci-après « ADRC ») a fait part de son opinion qu'aucun intérêt couru sur l'élément indexé n'était imposable avant le rachat ou l'échéance[24], moment auquel serait déclenchée une imposition directement sous l'alinéa 12(1)c) L.I.R. pour le revenu recevable ou reçu.

3.1.3. Règles sur les entités de placement étrangères

Bien que les billets à capital garanti étudiés puissent refléter le rendement étranger d'un fonds de couverture étranger par le biais des sous-jacents auxquels ils sont liés, les règles sur les entités de placement étrangères (ci-après « EPÉ ») n'auront pas d'impact direct causé par la détention des billets par des résidents canadiens, puisque la première condition d'application de ces règles, qui est la détention d'un intérêt dans une entité non résidente[25], n'est pas respectée dans les cas examinés. Les billets étudiés ont été, en effet, émis par des sociétés résidant au Canada et constituées en vertu des lois du Canada.

3.2. LES UNITÉS DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT CANADIENS

D'autres produits sont commercialisés en tant que fonds de couverture et sont structurés comme des fiducies de fonds commun de placement constituées dans la province de l'Ontario. Les trois fiducies échantillonnées ont pour objectif d'investir dans des fonds de couverture tout en différant entre elles par les investissements qu'elles feront pour y parvenir ou par leur structure : l'une des fiducies est restreinte à des fonds de couverture constitués en sociétés et l'autre fiducie est structurée pour être inscrite à la Bourse de Toronto.

3.2.1. Qualification à titre de fiducie de fonds commun de placement

Puisqu'il nous est impossible, en tant qu'investisseurs potentiels, de déterminer nous-mêmes la qualification de la fiducie dont nous considérons

(…suite)

texte en ce qu'il comprend une portion intérêt annuel et une portion boni à l'échéance qui, lui, est lié à un indice. Les problèmes de calcul du revenu couru du boni sont exactement les mêmes que ceux des billets analysés.

24 Sauf en cas de transfert de titre à un tiers.

25 Modifications proposées au par. 94.1(1) L.I.R., « entité de placement étrangère » et « entité non résidente ».

l'achat potentiel d'unités, à titre de fiducie de fonds commun de placement, il faut se fier aux renseignements contenus dans le document d'information ou prospectus publié par l'émetteur.

3.2.2. Imposition de la fiducie et nature des revenus de couverture

Gain en capital *versus* revenu d'entreprise

Une particularité des fonds de couverture est l'investissement dans des titres en position acheteur en utilisant concurremment la vente à découvert de titres. Or, l'utilisation de ces types d'investissements entraîne une qualification des gains à la vente à titre de revenus au lieu de gains en capital. La structure légale d'investissement prend donc ici une importance fiscale puisqu'elle permettra ou non l'utilisation de l'investissement à titre de conduit en transférant certains types de revenus tout en conservant leur nature.

Certains fonds communs de placement investissent dans des fonds de couverture constitués en société[26] et pourront donc s'attendre à recevoir des dividendes de sociétés canadiennes imposables, des dividendes étrangers, des dividendes en capital et la réalisation de gain ou de perte en capital à la vente de la partie des actions détenues sur le compte de capital. De plus, il peut réaliser un gain ou une perte autre qu'en capital à la disposition de la partie des actions détenues sur le compte de revenus du fonds.

Par contre, certains fonds communs de placement investissent dans des fonds de couverture constitués en fiducies[27] qui, elles, effectuent les investissements typiques de ces sortes de fonds. Ces fonds de couverture réaliseront vraisemblablement une bonne proportion de gain ou de perte à la vente de titres qui se qualifieront sur le compte de revenus, mais pourront aussi réaliser des transactions qui demeureront sur le compte de capital, donc générant du gain en capital. Les gains en capital réalisés par le fonds de couverture et attribués au fonds commun de placement garderaient leur nature et seraient donc du gain en capital pour le fonds commun de placement. Par contre, les gains qui sont qualifiés sur le compte de revenus

---

26 Tel que le *Absolute Return Concepts Fund*.

27 Stratégie poursuivie par le *Newcastle Market-Neutral Trust*, qui ne limite pas les investissements à des fonds de couverture constitués en société, en plus d'effectuer aussi des investissements autres que des fonds de couverture. Prospectus simplifié, Stratégie d'investissement, p. 14.

seront attribués au fonds commun de placement à titre de revenu, et ensuite, ultimement alloués sous forme de revenu aux porteurs de parts.

Une interprétation de l'ADRC commente cette question de la façon suivante :

> « La détermination à savoir si un gain ou une perte particulière est sur le compte de revenus ou de capital est toujours une question de faits. Lorsque l'intention du fonds commun de placement est la réalisation d'un profit par l'achat, la vente ou la prise de position dans des contrats à terme, des contrats à termes standardisés, dans options sur contrat à terme basé sur notamment une marchandise, un indice basé sur le cours d'une marchandise, une devise, un indice boursier ou un indice obligataire, il y a une présomption que le gain ou la perte qui y est associé sera sur le compte de revenus[28]. » (Notre traduction)

3.2.3. Règles sur les entités de placement étrangères

En vertu des règles proposées, les investisseurs canadiens devront s'imposer, même si aucune distribution n'est effectuée, sur un revenu calculé à un taux prescrit sur leurs investissements dans des EPÉ ou sur leur accroissement de valeur.

Les fiducies de fonds commun de placement qui sont des fiducies résidentes du Canada ne sont pas des EPÉ. Par contre, si elles font des investissements étrangers, elles pourront être soumises elles-mêmes aux règles sur les EPÉ et être obligées d'en transférer l'impact aux porteurs de parts.

Le revenu annuel imposé dans la fiducie en vertu des règles sur les EPÉ se qualifiera de revenu et non de gain en capital. Typiquement, les règles devraient s'appliquer aux fiducies canadiennes relativement à leurs investissements étrangers qui ne sont pas des participations exemptes. Les participations dans un fonds commun de placement détenues par la fiducie canadienne seront des participations exemptes si on peut conclure que le contribuable n'a pas acquis la participation donnée en vue d'éviter l'impôt et que l'une ou l'autre des situations suivantes est respectée[29] :

---

[28] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9500235, 24 janvier 1995.

[29] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'imposition des fiducies non résidentes et des entités de placement étrangères*, 30 octobre 2003; par. 94.1(1) « participation exempte », al. e) L.I.R.

- le fonds commun de placement est résident dans un pays où il y a une Bourse de valeurs visée par règlement et des participations identiques dans le fonds sont largement réparties, activement négociées et inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs visée par règlement; ou alors,

- le fonds commun de placement est régi par les lois d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale et des participations identiques sont largement réparties et activement négociées.

L'Institut des fonds d'investissement du Canada (IFIC) fait actuellement des représentations auprès du ministre de Finances du Canada pour élargir la définition de « participation exempte » qu'elle juge trop limitative.

Imposition des porteurs de parts sur revenus alloués

Comme mentionné précédemment, les revenus de source étrangère[30] et l'impôt étranger leur étant associés, réalisés par le fonds et payables[31] aux bénéficiaires, peuvent leur être attribués et conserver leur nature. Les revenus inclus dans le revenu de la fiducie par les nouvelles règles sur les EPÉ peuvent aussi être attribués aux bénéficiaires en autant qu'un montant suffisant de ce revenu leur sera payable pour permettre une telle attribution. Si la fiducie effectue des distributions aux bénéficiaires afin de réduire à zéro le revenu imposable par la fiducie, les bénéficiaires se verront imposer sur le revenu relatif aux EPÉ détenues par la fiducie de fonds commun de placement.

3.2.4. Revenus de source étrangère et crédit d'impôt étranger

La fiducie de fonds commun de placement peut attribuer aux porteurs de parts du revenu de source étrangère qui conservera sa nature ainsi que les impôts étrangers qui y sont associés.

Un fonds de couverture investira normalement une partie de ses actifs dans des fonds étrangers, qui généreront des revenus de source étrangère, desquels des impôts étrangers pourraient être prélevés. Comme le revenu

---

30 Par. 104(22) et 104(22.1) L.I.R.

31 Le *Bulletin d'interprétation* IT-286R2 expose les vues du Ministère quant à la définition de l'expression « somme payable » : AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-286R2, « Fiducies – Somme payable », 8 avril 1988.

étranger et l'impôt étranger y étant associé peuvent être attribués aux bénéficiaires, ces derniers pourront utiliser un maximum de 15 % du revenu étranger à titre de crédit d'impôt étranger et l'excédent pourra être déduit à l'encontre du revenu[32].

4. FIDUCIE DE REVENUS (*INCOME TRUST*)

La fiducie de revenus (souvent appelée fiducie de redevances) est née dans un environnement de faible taux d'intérêt, par la demande des investisseurs pour des distributions stables de liquidités excédant les retours habituels générés par les obligations corporatives et gouvernementales traditionnelles. La particularité de la fiducie de revenus est de distribuer annuellement ses revenus en plus de verser un retour de capital.

Plusieurs fiducies de revenus ont été effectuées dans les secteurs de l'immobilier (les *Real Estate Investment Trust* – REIT), de l'énergie et des ressources naturelles, et ont constitué un véhicule d'accession à des liquidités supplémentaires pour des sociétés existantes, mais d'autres secteurs variés ont aussi utilisé ce concept en vendant une entreprise existante à l'intérieur de la fiducie de revenus qui faisait, de son côté, une émission publique pour financer l'acquisition.

4.1. QUALIFICATION À TITRE DE FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT

Comme mentionné précédemment, les investissements admissibles dans un fonds commun de placement sont des placements passifs. Or, la particularité des fiducies de revenus est de pouvoir distribuer un revenu stable généré par une entreprise active, la location ou les royautés, en plus d'avoir la possibilité d'obtenir des liquidités permettant une distribution de capital. Conséquemment, afin d'obtenir la qualification à titre de fiducie de fonds commun de placement, l'entreprise ne peut pas être détenue directement par le fonds, mais sera plutôt détenue par une société par actions ou une fiducie, qui elle, est détenue par le fonds commun de placement[33].

---

32 Par. 29(11) L.I.R.

33 Par exemple, la fiducie de redevances *Pengrowth Energy Trust*, dont le prospectus simplifié du 16 juillet 2003, pour l'émission de parts de fiducie, mentionne à la page 4 :

> « Pengrowth Trust a pour objectif d'acheter et de détenir des parts de redevances émises par Pengrowth Corporation, sa filiale détenue en majorité, et d'émettre des parts de fiducie dans le public. Pengrowth

(à suivre…)

4.2. INVESTISSEURS TAXABLES

4.2.1. Mécanisme de conduit pour transférer la nature des revenus

Lorsque l'entreprise générant le revenu est une société par actions, une partie des revenus sera versée à la fiducie sous forme de dividendes imposables, qui peuvent être attribués sous cette même nature aux porteurs de parts. Par contre, lorsqu'une partie de l'entreprise active est constituée sous forme de fiducie, c'est un revenu de fiducie qui sera versé à la fiducie de redevances, pour être ensuite attribué tel quel aux porteurs de parts.

4.2.2. Taxe sur le capital

L'utilisation d'une société par actions opérant au Canada impliquera l'imposition inévitable d'une taxe sur le capital au niveau de la société. Le porteur de parts ne peut pas non plus utiliser son investissement en unités de fiducie comme placement admissible à la réduction de son propre capital versé puisque seuls les actions et les titres de dettes peuvent se qualifier. D'où un double fardeau fiscal de taxe sur le capital.

Alternativement, la constitution de l'entreprise sous forme de fiducie permet à l'entité opérante d'éviter le fardeau de la taxe sur le capital puisque les fiducies n'y sont pas sujettes.

4.3. INVESTISSEURS EXONÉRÉS D'IMPÔT

4.3.1. Contenu étranger

On peut éviter plus facilement de donner à l'unité de fiducie de revenus le statut de bien étranger lorsque l'entreprise générant les revenus est constituée en société par actions canadienne. En effet, les actions d'une

---

(…suite)

Corporation acquiert, possède et gère des participations directes et des droits de redevances dans des biens pétroliers et gaziers. »

Aussi, par exemple, la fiducie de revenus *Enerplus Resources Fund* détient EnerMark Ink, l'entité opérante dans le secteur des ressources naturelles. *Information Circular and Proxy Statement with respect to a merger involving Enerplus Resources Fund and EnerMark Income Fund*, 14 mai 2001.

société canadienne[34] (autre qu'un fonds mutuel incorporé et une société de placement) ne prendront généralement le statut de bien étranger que dans la mesure où il est raisonnable de fonder principalement[35] la valeur des actions directement ou indirectement sur des biens étrangers[36] et que la compagnie n'a pas une « présence importante au Canada »[37].

Certaines fiducies de revenus sont structurées de telle sorte que l'entreprise est détenue à l'intérieure d'une fiducie, qui est elle-même détenue par la fiducie. D'autres structures impliquent une société de personnes et d'autres encore sont un amalgame de ces structures.

Des fiducies de revenus ont pu être structurées pour que leurs unités puissent donc éviter la qualification de bien étranger[38], mais cet aspect doit être vérifié aux prospectus pour chaque fiducie de revenus considérée.

5. FONDS DISTINCTS

5.1. CONTRAT INDIVIDUEL DE RENTES DIFFÉRÉES VARIABLES

Les fonds distincts établis par les assureurs sont des contrats de rente à capital variable. Ils sont des produits manufacturés par les compagnies d'assurances qui se rapprochent des fonds communs de placement. Ils incluent un engagement en vue du versement d'une rente[39] et, parce qu'ils comportent certaines garanties minimales à l'échéance d'au moins 75 % des primes versées, ils se qualifient de contrats de rente. Conséquemment, ils ne constituent pas des valeurs mobilières et ne sont pas soumis aux dispositions réglementaires quant à l'émission de prospectus.

---

34 Par. 89(1) L.I.R. « société canadienne »; de façon générale, est une société canadienne à un moment donné, une société qui réside au Canada et qui, soit a été constituée au Canada, soit a résidé au Canada tout au long de la période qui a commencé le 18 juin 1971 et se termine à ce moment.

35 C'est-à-dire plus de 50 %.

36 Par. 206(1) « bien étranger », al. d.1) L.I.R.

37 Par. 206(1.1) L.I.R.

38 Par exemple, *Pengrowth Energy Trust*, *op. cit.*, note 33, et *Canada Oil Sand Trust*, prospectus simplifié du 25 juin 2003 pour l'émission de parts de fiducie, p. 19.

39 Hélène MARQUIS, *Bulletin*, « Protection contre les créanciers », Financière Sun Life, p. 3.

Les sommes prélevées doivent être « virtuellement » maintenues dans des fonds distincts des autres fonds de l'assureur, d'où l'origine de leur appellation commerciale[40]. Ils font toutefois partie des fonds généraux de l'assureur et ne sont pas constitués en fiducie. Ils pourront quand même procurer une protection contre les créanciers dans certains cas, mais cette question dépasse l'étendue de ce texte[41]. Dans le jargon fiscal, ils sont identifiés comme des polices à fonds réservé et sont définis par l'ADRC comme une entente conclue entre une personne et un assureur en vertu de laquelle les gains de la personne sont fonction des gains réalisés par l'assureur sur un groupe déterminé de biens[42].

Il s'agit donc d'une assurance vie pouvant, du point de vue de l'investisseur, paraître semblable à un fonds commun de placement, mais qui en réalité comporte des différences au niveau légal et fiscal.

Une différence importante est que le propriétaire n'achète pas de parts du fonds mutuel ou de l'actif sous-jacent, mais il achète plutôt un placement de la compagnie d'assurance vie dont la valeur est fonction du rendement du sous-jacent ou du fonds mutuel sous-jacent. La compagnie d'assurances peut réinvestir les sommes dans des fonds mutuels ou directement dans les placements sous-jacents selon le cas.

5.2. INVESTISSEURS IMPOSABLES

5.2.1. Mécanisme de conduit pour transférer la nature des revenus

Bien que n'étant pas constituées en fiducie, des règles fiscales spéciales permettent de générer des avantages équivalents. Les fonds réservés d'une compagnie d'assurance vie qui ne sont pas des placements enregistrés[43] sont réputés être détenus en fiducie[44], et le revenu, les gains en capital imposables

---

40 Élyse LEMAY, « Aspects légaux des contrats de REÉR chez les assureurs vie », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 45:1-30.

41 H. MARQUIS, *op. cit.*, note 39.

42 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 96-100, « Mesures touchant les polices à fonds réservés et autres contrats de vente », 19 décembre 1996.

43 Par. 204.4(1) L.I.R. et *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 9425495, 21 octobre 1994.

44 Par. 138.1(1) L.I.R.

et les pertes en capital déductibles[45], sont attribués aux détenteurs des polices. L'allocation des revenus est prévue pour être effectuée d'une manière semblable à celle qui est accordée aux bénéficiaires d'une fiducie, à certaines différences près. Les fonds mutuels ne peuvent pas allouer les pertes en capital aux porteurs de parts alors que cela est permis pour les fonds distincts.

5.2.2. Roulements disponibles au décès

Les conséquences fiscales à l'arrivée d'un décès ou d'une échéance sont plus compliquées que celles impliquant un fonds commun de placement parce qu'elles sont la conséquence directe de la qualification du produit à titre de rente. Un décès aura des conséquences différentes selon que le contrat possède un rentier survivant, un propriétaire subsidiaire ou que la somme est versée au bénéficiaire.

Un fonds distinct est un contrat de rente impliquant un titulaire, un rentier, un bénéficiaire des versements de rente (ou « le crédirentier »), et évidemment, la compagnie d'assurance vie (le débirentier)[46]. Le titulaire du contrat détient tous les pouvoirs conférés par le contrat et s'impose annuellement sur les revenus. Le décès du titulaire n'implique pas la terminaison du contrat (s'il n'est pas rentier), mais plutôt son transfert au propriétaire subsidiaire ou à sa succession. Il y aura normalement disposition du contrat à la juste valeur marchande au décès et réalisation de tout gain ou perte à ce moment, sauf si le contrat est transféré au conjoint, auquel cas un roulement au conjoint est disponible.

Le rentier[47] d'un fonds distinct, comme de toute autre rente, est l'équivalent de la vie assurée d'un contrat d'assurance vie. Il n'est pas partie au contrat et n'a aucun droit au contrat mais à son décès, le contrat est terminé et la somme est versée au bénéficiaire. Sans la présence d'un rentier survivant, le décès du rentier entraînera automatiquement la terminaison du contrat, et empêcherait le roulement au conjoint. Pour contourner cet obstacle et bénéficier du roulement au conjoint, il est possible de désigner le

---

45 Par. 138.1(3) L.I.R.

46 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2367.

47 À noter que le rentier légal n'a pas la même signification que le rentier fiscal d'un régime d'épargne-retraite. Le rentier d'un REÉR a droit aux versements de rente alors que le rentier légal n'y a pas nécessairement droit.

conjoint à titre de rentier survivant dans le but que le contrat se poursuive jusqu'au décès du dernier rentier.

Le bénéficiaire des versements de rentes (le crédirentier), quant à lui, reçoit les prestations de rente et la valeur du contrat au décès du rentier. Le décès d'un bénéficiaire qui n'est ni rentier ni titulaire n'entraînera aucune conséquence fiscale immédiate, mais il sera prudent de nommer un autre bénéficiaire. Sans cette nouvelle désignation, le propriétaire sera le nouveau bénéficiaire. Lorsque le bénéficiaire décédé est aussi titulaire, ce sera la succession du titulaire qui sera désignée bénéficiaire.

Dans le cas des fonds distincts détenus personnellement, il est courant de voir un titulaire qui est aussi bénéficiaire des versements et rentier. Toutefois, lorsqu'une société est titulaire du fonds, elle est habituellement bénéficiaire des versements, mais ne pourra jamais être rentière, puisqu'il faut un particulier pour remplir ce rôle. Le rentier sera souvent un actionnaire et le contrat se terminera à son décès.

Puisque les différentes personnes concernées sont plus nombreuses et leurs rôles plus compliqués que dans le cas d'un fonds commun de placement, il est courant de voir une confusion quant aux conséquences d'un décès. Pour analyser correctement les conséquences, il est nécessaire d'identifier toutes les personnes concernées et analyser les dispositions en vertu desquelles le contrat est transféré.

5.2.3. Imposition des garanties à l'échéance ou au décès

Il n'est pas clair si l'application de la garantie à l'échéance et au décès constitue du gain en capital, du revenu ou un versement non imposable. Les autorités fiscales semblent souvent traiter le paiement comme une disposition entraînant la réalisation d'un gain en capital, mais il se peut que les dispositions spécifiques du contrat de fonds distincts et les circonstances du versement aient un impact sur la qualification du gain. Par exemple, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les interprétations techniques à ce sujet indiquent qu'un montant, à l'égard des garanties, que reçoit le titulaire de la police ou qu'il affecte vers l'acquisition d'unités additionnelles, est réputé être le produit de disposition d'une participation dans le fonds réservé et entraîner la réalisation d'un gain en capital[48].

---

[48] Al. 138.1(1)j) L.I.R. et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0102235, 13 mai 2002.

À l'heure actuelle, les gains sont habituellement rapportés sous forme de gain en capital par les compagnies d'assurance vie et il existe une certaine harmonie d'interprétation entre le ministère des Finances, l'ADRC et l'industrie de l'assurance vie pour supporter le traitement de gain en capital.

Lorsqu'il y a décès du rentier et que le régime est versé au bénéficiaire, le fonds distinct fera l'objet d'une disposition et entraînera la réalisation d'un gain ou d'une perte en capital. Or, dans les circonstances où la garantie au décès s'appliquera, le régime aura nécessairement perdu de la valeur depuis l'acquisition. Que la garantie au décès soit qualifiée de gain en capital ou non, elle aura comme contrepartie une perte en capital du même montant déductible à 50 % à l'encontre des gains en capital seulement.

5.3. RÉGIMES DE REVENUS DIFFÉRÉS

5.3.1. Placement admissible

La loi n'est pas tout à fait claire quant aux conditions dans lesquelles des fiducies de REÉR peuvent acquérir des rentes, mais un bulletin d'interprétation affirme de façon claire l'admissibilité des rentes et leurs conditions d'acceptation[49]. Le ministre des Finances a annoncé en 1996, par voie de communiqué, qu'une modification législative serait présentée pour en clarifier les conditions[50].

---

[49] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-430R3, « Placements admissibles » (consolidé), décembre 2002, par. 18 à 20.

[50] CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 42.

Modifications proposées :

« (a) Placements admissibles

- Un contrat de rente (y compris une police à fonds réservé) établi par une personne autorisée par licence ou autrement, en vertu des lois du Canada ou d'une province, à exploiter un commerce de rentes au Canada pourra être un placement admissible dans une fiducie de REER ou de FERR. Pour qu'un contrat de rente puisse être un placement admissible dans une fiducie de REER ou de FERR en vertu des nouvelles règles,
- le contrat doit être acquis par la fiducie après 1997,
- la fiducie doit être la seule personne (à part l'assureur qui a établi le contrat) qui a droit aux futurs droits ou avantages prévus au contrat,
- la date de paiement et le montant des avantages de la fiducie ne peuvent être touchés par les conditions propres à un particulier, sauf pour la durée

(à suivre…)

5.3.2. Contenu étranger pour régimes de revenus différés

Malgré l'annonce des modifications proposées sur l'application des règles sur le contenu étranger[51], les règles ne s'appliquent toujours pas aux polices à fonds distincts qui sont des placements enregistrés. Des reports ont été constamment introduits pour permettre l'aboutissement à une révision complète des règles sur les fonds distincts à la suite des discussions tenues entre le ministre et l'industrie[52]. Des modifications majeures aux systèmes des assureurs sont aussi nécessaires pour leur permettre de contrôler les contenus étrangers.

Quant à la qualification des fonds distincts qui ne sont pas des régimes enregistrés ni des fiducies de REÉR, une interprétation technique datant de neuf ans déjà explique que les fonds distincts ne sont pas des biens étrangers actuellement[53]. Les modifications proposées excluront les fonds distincts en tant que bien étranger en fonction de critères semblables à ceux régissant les fonds mutuels[54].

(…suite)

de vie du particulier qui était le rentier titulaire du REER ou du FERR immédiatement après l'acquisition du contrat.

- Cette modification sera mise en oeuvre par voie de modification de la partie XLIX du Règlement de l'impôt sur le revenu. On n'envisage pas la modification de l'alinéa c) de la définition de "placement admissible" prévue au paragraphe 146(1) de la Loi. On prévoit cependant que le paragraphe 146(11) de la Loi sera modifié de façon qu'il ne s'applique pas aux contrats de rente établis après 1997. »

51 *Id*.

52 ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES INC., *Manuel sur l'imposition des titulaires de polices d'assurance vie*, chapitre V, pp. V-13.

53 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9418025, 16 août 1994.

54 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 97-091, « Précisions sur le plafond applicable aux biens étrangers détenus par les fonds réservés », 23 octobre 1997 :

« En règle générale, la fiducie régie par un REER, un FERR ou un RPA est assujettie à l'impôt de pénalité prévu au paragraphe 206(2) de la Loi pour un mois, si le coût indiqué pour elle des "biens étrangers" (au sens du paragraphe 206(1)) qu'elle détient excède 20 p. 100 du coût indiqué pour elle de l'ensemble des biens qu'elle détient.

(à suivre…)

6. FONDS MUTUELS CONSTITUÉS EN SOCIÉTÉ OU SOCIÉTÉ DE PLACEMENT À CAPITAL VARIABLE

Les organismes de placement collectifs peuvent être établis en tant que fiducie de fonds commun de placement ou en tant que société de placement à capital variable (ci-après « SPCV »), qui est essentiellement un fonds mutuel constitué en société. Plusieurs fonds sont généralement disponibles à l'intérieur d'une même société et les actions émises par chacun des fonds sont divisées en catégories d'actions.

La valeur d'un investissement dans une SPCV est réalisée en faisant racheter les titres que l'on détient. Lorsqu'une SPCV émet plus d'une série d'actions, les porteurs de titres se partagent les revenus, les dépenses et tous les gains ou toutes les pertes en capital, généralement en proportion du nombre de titres dont ils sont propriétaires à cette date.

6.1. INVESTISSEURS IMPOSABLES

La principale différence entre la structure en société par actions et la structure en fiducie de fonds commun de placement est que la première permet de reporter l'impôt sur les gains en capital réalisés par le fonds. En effet, une fois les actions achetées, il est généralement possible de changer d'un fonds à un autre sans matérialiser de gain en capital, en convertissant les actions d'une catégorie en actions d'une autre catégorie. La conversion bénéficie d'un roulement fiscal par règles sur les conversions d'actions[55] avec la conséquence que le gain en capital ne devient généralement pleinement imposable qu'au moment où les actions sont rachetées.

Les SPCV peuvent verser des dividendes ordinaires et des dividendes sur les gains en capital. Les dividendes ordinaires sont soumis aux règles de majoration et de crédit fiscal pour les dividendes de sociétés canadiennes

(…suite)

Selon l'alinéa i) de la définition de "bien étranger", une participation dans une fiducie est un bien étranger, sauf si la fiducie est un "placement enregistré" ou si la participation n'est pas un bien étranger aux termes du Règlement de l'impôt sur le revenu (le Règlement). Selon les modifications proposées, une part de fonds réservé sera traitée comme une participation dans une fiducie pour l'application de la partie XI de la Loi à compter de 1999. Par conséquent, la fiducie régie par un REER, un FERR ou un RPA qui détient une police à fonds réservé au cours d'un mois se terminant après 1998 pourrait être assujettie à l'impôt de pénalité prévu à la partie XI. »

[55] Art. 51 L.I.R.

imposables. Les dividendes sur les gains en capital sont réputés être des gains en capital du porteur de parts.

Comme dans le cas des unités de fonds mutuels, le prix d'une action d'une SPCV peut comprendre des revenus et des gains en capital gagnés qui n'ont pas encore été réalisés ni versés comme dividendes. Un investisseur achetant une action avant la déclaration d'un dividende, souvent en décembre pour les dividendes ordinaires et en février pour les dividendes sur les gains en capital, devra s'imposer sur le dividende reçu mais non gagné puisque inclus dans le prix d'achat.

6.2. IMPOSITION DES REVENUS DU FONDS CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Les sociétés privées ont accès au mécanisme de l'impôt remboursable au titre de dividende afin de réaliser l'intégration de leurs taux d'imposition avec ceux de leurs actionnaires. De leur côté, les fonds constitués en société par actions ne pourront pas profiter de ces mécanismes parce qu'ils ne sont pas des sociétés privées, mais ils auront toutefois des mécanismes légèrement différents pour atteindre ce but.

Les méthodes seront plus ou moins efficaces selon que le fonds se qualifie de SPCV seulement, ou s'il se qualifie aussi de « société de placement » (ci-après « SP »), telles que définies plus loin[56].

Le mécanisme d'intégration de la SPCV ressemble à celui des sociétés privées, à la différence que son impôt remboursable au titre de dividende permet l'intégration des dividendes imposables et des gains en capital imposables[57] seulement. L'intégration des revenus de placements, accomplie par une réduction de 20 % de l'impôt sur les revenus de placements autres que les gains en capital imposables[58], se fera seulement si la SPCV se qualifie aussi de SP. Une SPCV qui n'est pas une SP subira donc une double imposition de ses revenus de placements.

6.2.1. Société de placement à capital variable – SPCV

La SPCV[59] est une société publique canadienne dont la seule activité est l'investissement de ses propres fonds (sauf des biens immeubles ou des droits

---

[56] Les « sociétés de placement hypothécaire », visées par l'article 131.1 L.I.R., n'ont pas été couvertes dans ce texte.

[57] Par. 131(2) et 131(5) L.I.R.

[58] Par. 130(1) L.I.R.

[59] Par. 131(8) L.I.R.

dans de tels biens), l'acquisition, la détention, l'entretien, l'amélioration, la location ou la gestion de biens immeubles ou des droits dans de tels biens. Les actions qu'elle émet doivent être assorties d'une clause de rachat au gré du détenteur.

6.2.2. Société de placement – SP

La SP[60] est une société publique qui détient essentiellement des titres négociables canadiens et espèces et en tire 95 % de ses revenus et gains. Les revenus d'intérêts ne peuvent constituer plus de 25 % des revenus bruts, et au moins 85 % du revenu est distribué aux actionnaires chaque année. D'autres conditions sur la diversité de l'actionnariat sont aussi imposées. Une société peut être une SP sans être une SPCV, bien que cela soit moins courant.

6.2.3. Taux d'imposition effectifs des différents revenus gagnés

Les taux d'imposition effectifs combinés des revenus gagnés par l'intermédiaire d'un fonds mutuel constitué en société par actions et acheminés aux actionnaires du fonds sont les suivants. On note que des intérêts gagnés par une SPCV qui ne se qualifie pas de SP sont imposés à un taux effectif assez élevé, puisqu'ils ne bénéficient pas de mécanisme d'intégration pour contrecarrer la double imposition lorsque ces sommes sont versées aux actionnaires.

Taux globaux d'imposition combinés des revenus gagnés par une société et distribués aux actionnaires	**Dividendes**	**Intérêts**	**Gains en capital**
SPCV – non SP	32,81 %	63,66 %	30,72 %
SPCV – SP	32,81 %	49,89 %	30,72 %
Taux d'imposition personnels	33,81 %	48,22 %	24,11 %

[60] Par. 130(3) L.I.R.

Un investisseur qui achète des fonds du marché monétaire ou de titre à revenus fixes par l'intermédiaire d'une SPCV aurait avantage à s'assurer qu'elle se qualifie aussi de SP afin de ne pas réduire le rendement global de ses placements par l'imposition importante des intérêts.

6.2.4. Dividende sur gain en capital et CDC

Lorsque les fonds mutuels corporatifs réalisent et distribuent un gain en capital, il est possible de réaliser l'intégration pour l'actionnaire corporatif par le mécanisme du dividende sur gain en capital. Un dividende sur gain en capital d'un fonds mutuel corporatif est réputé être un gain en capital de l'actionnaire constitué en société, provenant de la disposition d'une immobilisation qu'il a effectuée au cours de l'année[61]. La portion non imposable du gain en capital réputé sera ajoutée au compte de dividendes en capital de la société récipiendaire du dividende[62].

6.2.5. Rachat d'actions de SPCV

Le rachat d'actions d'une SPCV par la société elle-même n'est pas soumis à la règle réputant un dividende, le montant de l'excédent du produit de disposition sur le capital versé[63]. Conséquemment, à l'exercice du droit de rachat d'une action, un gain en capital (ou une perte en capital) sera réalisé.

6.3. RÉGIMES ENREGISTRÉS

Les actions d'un fonds mutuel constitué en société sont normalement des « placements admissibles » pour les régimes enregistrés[64].

Les actions des SPCV et des SP qui ne sont pas des placements enregistrés sont des biens étrangers[65]. Les documents d'information des titres ont l'habitude de préciser leur qualification à titre de bien étranger.

---

61 Al. 131(1)b) L.I.R.

62 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9830585, 1er juin 1999.

63 Par. 131(4) L.I.R.

64 Par. 204(1) « placements admissibles », al. i) L.I.R. et al. 4900(1)b) R.I.R.

65 Par. 206(1) « bien étranger », al. e) L.I.R.

Taux d'imposition des différents revenus via les différents véhicules

Il est intéressant de comparer les taux d'imposition globaux des entités ou des particuliers qui détiennent les investissements, dans le but d'effectuer une répartition des placements fiscalement optimale.

Taux d'imposition maximum du revenu :	**Intérêts**	**Dividendes**	**Gain en capital**
• si gagné personnellement	48,22 %	32,81 %	24,11 %
• si gagné dans une société de portefeuille	52,09 %	33,33 %	26,04 %
• si gagné par l'intermédiaire d'une société de portefeuille et remis annuellement à l'actionnaire[66]	49,89 %	32,81 %	24,81 %

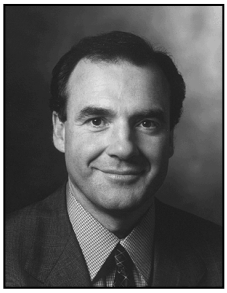
Par exemple, on note dans le tableau ci-dessus que les intérêts sont imposés à un taux de près de 4 % supérieur lorsqu'il sont gagnés par l'intermédiaire d'une société de portefeuille qui accumule les revenus[67]. Un investisseur dans cette situation pourrait considérer investir dans ses titres à revenus fixes par voie personnelle, ou encore mieux, par l'intermédiaire de son REÉR, et laisser la société investir dans des placements générateurs de dividendes, qui présentent un impôt additionnel d'environ 0,5 % par rapport au taux d'imposition des dividendes gagnés personnellement. À cet argument s'ajoute que les actions de sociétés qui génèrent des dividendes sont normalement des placements admissibles à la réduction du capital versé aux fins de la taxe sur le capital fédérale et québécoise.

---

66 Les calculs sont basés sur le fait qu'un dividende suffisant est déclaré chaque année pour récupérer la totalité de l'impôt remboursable au titre de dividendes (IRTD) créé annuellement, permettant en plus de sortir annuellement de la société une portion du capital.

67 52,09 % - 48,22 %.

POSITIONNEMENT DE LA VAGUE DE NOUVEAUX PRODUITS DANS UN PORTEFEUILLE EN 2003



Louis Bourassa
MBA
Placements Montrusco Bolton inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 13:3

1. TYPES DE CHANGEMENTS DANS LE CLIMAT ACTUEL POUR L'INVESTISSEUR 13:3

1.1. MARCHÉ BAISSIER DEPUIS 2000 ..... 13:3
1.2. PLUS BAS TAUX D'INTÉRÊT DEPUIS 40 ANS 13:3
1.3. VIEILLISSEMENT DE LA POPULATION 13:4

2. RÉPONSE DES MARCHÉS FINANCIERS 13:4

2.1. FONDS DE COUVERTURE 13:4
2.2. BILLET À CAPITAL GARANTI 13:5
2.3. FIDUCIES DE REVENU 13:6
2.4. RENTE ASSURÉE 13:6
2.5. OBLIGATIONS À HAUT RENDEMENT 13:7

3. POSITIONNEMENT DANS LE PORTEFEUILLE 13:7

3.1. FONDS DE COUVERTURE 13:7
3.2. BILLET À CAPITAL GARANTI 13:8
3.3. FIDUCIES DE REVENU 13:9
3.4. RENTE ASSURÉE 13:9
3.5. OBLIGATIONS À HAUT RENDEMENT 13:10

CONCLUSION 13:11

INTRODUCTION

Avec l'éclatement de la bulle boursière en 2000 et la chute subséquente des taux d'intérêt à des niveaux inégalés depuis près de 50 ans, de plus en plus d'investisseurs se retrouvent avec une prolifération de produits financiers présumément adaptés au contexte actuel. Le but du présent texte est de s'attarder sur cinq produits financiers qui ont émergé de façon importante au cours des dernières années comme solution d'appoint à la gestion traditionnelle d'un portefeuille.

Les solutions financières étudiées comprendront : les fonds de couverture, les billets à capital garanti, les fiducies de revenu, la rente assurée et les obligations à haut rendement. L'auteur analysera de façon sommaire les avantages et les contraintes associés à chacune des solutions étudiées dans la construction d'un portefeuille.

1. TYPES DE CHANGEMENTS DANS LE CLIMAT ACTUEL POUR L'INVESTISSEUR

1.1. MARCHÉ BAISSIER DEPUIS 2000

La confiance des investisseurs a été mise à rude épreuve depuis mars 2000. Les principaux indices boursiers nord-américains et européens ont chuté de 40 à 45 % sur trois ans! Le Nasdaq a quant à lui vu son indice fondre de près de 80 % durant cette période. Une valeur de près de 7 000 milliards de dollars a été effacée[1]. La majorité des experts s'attendent à beaucoup de volatilité dans les prochaines années avec des rendements espérés moyens de l'ordre de 6 à 10 %. Rien de trop réjouissant pour les investisseurs qui ont été habitués à des rendements supérieurs dans les années 90.

1.2. PLUS BAS TAUX D'INTÉRÊT DEPUIS 40 ANS

Afin de redonner un second souffle à l'économie et d'éviter les affres d'une récession prolongée, les principales banques centrales de la planète ont entrepris un programme vigoureux de baisse de taux d'intérêt. Avec cette situation, on compromet cependant le style de vie de ceux qui dépendent du revenu tiré de la portion obligataire de leur patrimoine. L'impact de

---

[1] Alan ABELSON, « Scandals and Stocks », *Barron's*, 6 octobre 2003.

l'inflation et même possiblement de la déflation viennent ajouter au défi que les investisseurs doivent relever afin de rencontrer leurs objectifs.

1.3. VIEILLISSEMENT DE LA POPULATION

Avec un horizon de placement qui se rétrécit, plusieurs « baby-boomers » se voient piégés : les pertes boursières importantes des dernières années ont modifié de façon significative les plans de retraite tout en remettant en question la possibilité de maintenir un mode de vie à la hauteur des attentes initiales.

Ce constat en amène parfois certains à adopter une des deux positions extrêmes suivantes : l'ultra-conservatisme d'une part, et une prise de risques débridée d'autre part.

2. RÉPONSE DES MARCHÉS FINANCIERS

Face à un tel environnement, diverses réponses ont été formulées par les intermédiaires afin de répondre aux besoins de leur clientèle.

2.1. FONDS DE COUVERTURE

Les dernières années, il s'est créé un engouement certain pour les Fonds de couverture. Quelques rendements spectaculaires fort publicisés ont poussé un nombre croissant d'investisseurs à explorer cette solution de rechange. Autrefois l'apanage des caisses de retraite et des investisseurs fortunés, les fonds de couverture ont trouvé leur chemin auprès du grand public depuis quelques années à peine.

Plusieurs stratégies relativement sophistiquées sont utilisées selon les objectifs recherchés :

- Positions acheteur/vendeur (long/short)
- Arbitrage de titres convertibles
- Gestion liée aux événements
- Arbitrage de fusions
- Titres de sociétés en difficulté

- Gestion de contrats à terme
- Global macro
- Arbitrage de titres à revenu fixe
- Net vendeur sur actions

En fait, les fonds de couverture regroupent un ensemble diversifié de stratégies d'investissement et un large éventail d'objectifs en termes de rendement et de risque souhaités.

Le dénominateur commun de ces stratégies est néanmoins l'obtention des rendements positifs nonobstant la direction des marchés[2], d'où l'attrait pour l'investisseur!

En effet, la performance ne dépend pas directement de la fluctuation des marchés puisque les gestionnaires ont recours à diverses techniques, comme la vente à découvert et diverses stratégies d'arbitrage pour contrer les fluctuations des marchés au lieu de suivre le mouvement.

Les intermédiaires ont mis en marché des fonds de fonds afin de permettre à l'investisseur moyen de bénéficier des avantages de cette forme de placement alternatif. Le résultat pour l'investisseur est une grande diversification des risques imputables à chacun des gestionnaires, contribuant ainsi à la construction d'un portefeuille offrant moins de volatilité et des rendements potentiellement intéressants.

2.2. BILLET À CAPITAL GARANTI

Il s'agit d'un billet vendu par une institution financière qui garantit le remboursement du capital et la plus-value (si tel est le cas) à la date d'échéance. Le billet ne porte habituellement pas intérêt mais comporte plutôt un rendement correspondant à la différence entre le montant payable à l'échéance et le capital souscrit. Le montant de cet excédent, le cas échéant, sera inclus dans le revenu du porteur à titre d'intérêt pour l'année d'imposition au cours de laquelle la date d'échéance du billet aura été atteinte.

---

[2] René PERREAULT, « Améliorer le rendement / risque d'un portefeuille », *Avantage*, juin 1999.

Les billets à capital garanti sont habituellement liés à un indice boursier, à la performance d'un fonds de couverture, à un portefeuille activement géré, etc. L'attrait pour l'investisseur découle de la possibilité de réaliser un rendement intéressant sans pour autant placer son capital à risque.

2.3. FIDUCIES DE REVENU

La fiducie de revenu consiste en une structure de placement destinée à remettre la majorité des flux monétaires générés par l'exploitation d'actifs aux détenteurs d'unités qui sont, de fait, les propriétaires. Cette distribution des flux monétaires générés n'est cependant pas garantie.

La récente prolifération des fiducies à revenus fixes a attiré beaucoup d'attention sur les marchés canadiens. Ces titres occupent une niche entre les actions, qui procurent un potentiel de croissance du capital à long terme, et les obligations, qui donnent la possibilité d'obtenir des revenus réguliers.

Étant donné la demande de plus en plus élevée de ces titres, plusieurs nouvelles fiducies de revenu ont vu le jour récemment. Le grand nombre et la diversité de ces titres rendent le travail d'évaluation plus difficile et demande une très grande connaissance de ce type de placement.

De plus, les facteurs qui ont favorisé l'émergence des fonds de revenu sont encore là, soit la faiblesse des taux d'intérêt et les piètres rendements des marchés boursiers comparativement à ceux des fiducies.

L'attrait pour l'investisseur découle de la possibilité de compter sur un revenu régulier supérieur à ce que les titres à revenu fixe conventionnels offrent.

2.4. RENTE ASSURÉE

Il s'agit d'une rente prescrite garantie à vie dont seule la portion intérêt est imposable. Combinée avec une assurance vie, une planification successorale efficace est possible tout en procurant à l'investisseur un véhicule de placement générant des revenus garantis à une fréquence prédéterminée.

Le mécanisme est assez simple : il s'agit d'une rente viagère sans période garantie, laquelle génère un revenu périodique qui se décompose en remboursement de capital non imposable et un revenu d'intérêt imposable.

L'attrait pour l'investisseur de cette alternative financière découle de la turbulence extrême des marchés boursiers depuis 2000 et de la faiblesse prononcée des taux d'intérêt entraînant une perspective de retraite nébuleuse. La rente assurée représente une sécurité financière importante qui permet de recevoir un revenu périodique fixe et garanti du vivant de l'investisseur.

2.5. OBLIGATIONS À HAUT RENDEMENT

Lancées dans les années 70, la plupart des obligations à haut rendement sont des obligations corporatives.

Leur cote de crédit est la plus risquée. Il y a donc une probabilité élevée que le paiement des intérêts et le remboursement du capital ne puissent s'effectuer tel que convenu. Il existe alors un élément spéculatif important et le haut rendement offert reflète, de fait, le risque encouru.

Dans un contexte de bas taux d'intérêt, certains investisseurs sont attirés par la possibilité de générer un revenu (et souvent un gain en capital) intéressant malgré les risques reconnus.

L'histoire suggère qu'un portefeuille bien diversifié d'obligations à haut rendement génère un rendement supérieur à un portefeuille de titres à revenus fixes géré dans un but de préservation de capital[3].

3. POSITIONNEMENT DANS LE PORTEFEUILLE

3.1. FONDS DE COUVERTURE

	Titre à revenu fixe	**Actions**	**Solution alternative**
Stratégie individuelle			✓
Fonds de fonds			✓
Billet à capital garanti	✓		

[3] Frank J. FABOZZI et Irving M. POLLACK, *The Handbook of fixed income securities*, 1987, p. 754.

AVANTAGES	CONTRAINTES
- Plusieurs stratégies permettent de réduire la volatilité d'un portefeuille - Si bien diversifié, un fonds de fonds engendre un rendement près de la portion « actions » du portefeuille avec une volatilité similaire à celle de la portion en revenu fixe - Focus sur rendement absolu - Faible corrélation avec les classes d'actifs traditionnelles – instrument de diversification - Qualité institutionnelle	- Illiquidité - Effet de levier - Transparence - Frais (surtout note protégée) - Difficile à expliquer

3.2. BILLET À CAPITAL GARANTI

	Titre à revenu fixe	Actions	Solution alternative
Billet à capital garanti	✓		

AVANTAGES	CONTRAINTES
- Capital protégé - Possibilité de rendement intéressant - Participation sans risque dans le marché - Large éventail de produits	- Illiquidité - La protection est annulée si vendu avant l'échéance - Frais d'assurance - Historique de rendement à faire

3.3. FIDUCIES DE REVENU

	Titre à revenu fixe	Actions	Solution alternative
Titre individuel		✓	
Fonds diversifié	✓		

AVANTAGES	CONTRAINTES
- Revenu versé régulièrement - Liquidité croissante - Diversification - Volatilité moindre qu'actions - Qualité institutionnelle	- Pas de garantie sur les versements - Volatilité de certains secteurs (pétrole et gaz, hôtellerie, etc.) - Risque relié au comportement du marché et des taux d'intérêt - Risque fiscal (si gouvernement revient sur le concept de « flow through ») - Début de perception de « bulle » - Planification fiscale de la distribution difficile à effectuer

3.4. RENTE ASSURÉE

	Titre à revenu fixe	Actions	Solution alternative
Rente assurée	✓		

AVANTAGES	CONTRAINTES
- Intéressant pour une planification successorale si combiné à un produit d'assurance - Paix d'esprit (permanence) - Avantage fiscal - Correspond à une partie du « revenu fixe » du portefeuille	- Illiquidité - Risque de crédit de l'émetteur - Aucune protection contre l'inflation (si non indexée) - Permanence (si situation de vie change) - Achat dans un contexte où les taux sont à un creux historique actuellement - Risque pour patrimoine (si non acheté avec couverture d'assurance)

3.5. OBLIGATIONS À HAUT RENDEMENT

	Titre à revenu fixe	Actions	Solution alternative
Titre individuel		✓	
Fonds diversifié	✓		

AVANTAGE	CONTRAINTES
- Possibilité de rendement intéressant (revenu et gain en capital)	- Risque de crédit élevé - Illiquidité

CONCLUSION

Il n'y a pas de formule miracle qui permettrait à chacun d'atteindre ses objectifs financiers avec aisance. Avec la prolifération des produits financiers au cours des dernières années, l'investisseur et son conseiller sont souvent aux prises avec des décisions difficiles à prendre. Un processus de planification financière adéquat s'amorce tout d'abord et seulement après une étude soignée de la situation financière, fiscale et émotive (tolérance au risque) du client. De là découleront les recommandations qui s'adapteront à ce dernier. Le défi est d'autant plus grand dans le contexte actuel de la volatilité des marchés boursiers combiné aux taux d'intérêt les plus bas depuis près d'une cinquantaine d'années.

D'où l'importance de bien saisir la nature des solutions financières que le marché propose. Nous nous sommes concentrés sur cinq d'entre elles et chacune a ses mérites et ses contraintes, selon le profil et les besoins de l'investisseur.

LE PRÊT POUR INVESTISSEMENTS
STRATÉGIES DE LEVIER FINANCIER

Daniel Laverdière
ASA, Pl. Fin.
Planification financière
Banque Nationale inc.

Michel C. Lavoie
M. Fisc., CA, Pl. Fin.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (DANIEL LAVERDIÈRE)
Le levier financier

INTRODUCTION 14:3

1. LE RENDEMENT *VERSUS* LE RISQUE 14:3

1.1. LE MARCHÉ DES REVENUS FIXES 14:5
1.2. LE MARCHÉ DES ACTIONS 14:7
1.3. RENDEMENTS HISTORIQUES *VERSUS* RENDEMENTS ATTENDUS 14:7

2. EXEMPLES DE LEVIER 14:8

2.1. EXEMPLE DE LEVIER : SANS VOLATILITÉ DES RENDEMENTS 14:8
2.2. L'IMPORTANCE DU PROFIL 14:9
2.3. EXEMPLE DE LEVIER : AVEC VOLATILITÉ DES RENDEMENTS 14:11
2.4. LE LEVIER DÉGRESSIF 14:14

CONCLUSION 14:15

PARTIE B (MICHEL C. LAVOIE)
Effet de levier – Aspect fiscal

INTRODUCTION 14:16

1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 14:16

1.1. HISTORIQUE 14:16

2. BULLETIN « PROJET » IT-53X 14:20

2.1. SCÈNE 1, PRISE 2 ..... 14:21
2.2. PARAGRAPHE 10 – REVENU 14:21
2.3. PARAGRAPHE 15 – RESTRUCTURATION D'EMPRUNTS 14:22
2.4. PARAGRAPHE 22 – RETRAÇAGE/LIEN DANS LE CAS D'UN INVESTISSEMENT DANS DES ACTIONS, DES PARTS DE FIDUCIE OU UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES SUIVI D'UN REMBOURSEMENT DE CAPITAL 14:22
2.5. PARAGRAPHE 32 – EMPRUNT CONTRACTÉ POUR EFFECTUER DES INVESTISSEMENTS Y COMPRIS L'ACHAT D'ACTIONS ORDINAIRES 14:23

CONCLUSION 14:24

PARTIE A
Le levier financier

Daniel Laverdière, ASA, Pl. Fin.
Planification financière Banque Nationale inc.

INTRODUCTION

Le levier financier est une planification largement connue et plus souvent qu'autrement on mentionne simplement qu'elle « ne s'applique pas à monsieur tout le monde ». Le principe est assez simple, il s'agit d'emprunter une somme d'argent et de l'investir dans un placement qui rapportera un taux de rendement plus élevé que le taux d'emprunt.

Là où cela se complique c'est lorsque les marchés financiers n'offrent pas de rendements garantis qui surpassent les taux d'emprunt d'une même période. Les institutions financières qui octroient les prêts se gardent une marge de profit entre le taux qu'ils accordent à leur déposant.

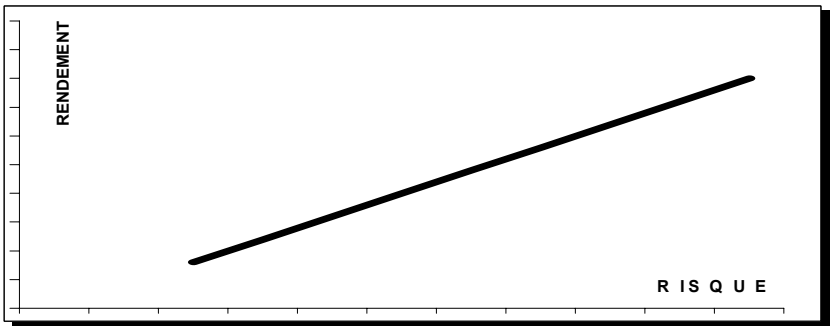
Alors que la principale raison de mettre en pratique l'effet de levier en est une d'ordre financier (faire plus d'argent que le taux d'emprunt), l'aspect fiscal est important. En effet, les règles fiscales prévoyant un traitement plus avantageux pour certains types de revenus de placement (gain en capital et dividendes) viennent augmenter le potentiel de rentabilité. Lorsque les intérêts ne sont pas déductibles, la stratégie peut alors se transformer en cauchemar, car le rendement exigé vient de doubler. M. Michel Lavoie aborde dans la seconde partie de ce texte le sujet de la déductibilité des intérêts. Aux fins du présent document, nous assumerons, afin de simplifier, que les intérêts sont déductibles, l'objet principal étant d'analyser l'aspect financier.

Ce texte ne se veut pas une étude exhaustive sur les rendements attendus ni un cours de statistiques élaboré. Toutefois, ces notions sont importantes dans l'analyse du risque de l'effet de levier et on ne peut aborder le sujet sans avoir à poser des hypothèses de rendement moyen attendu et de volatilité anticipée.

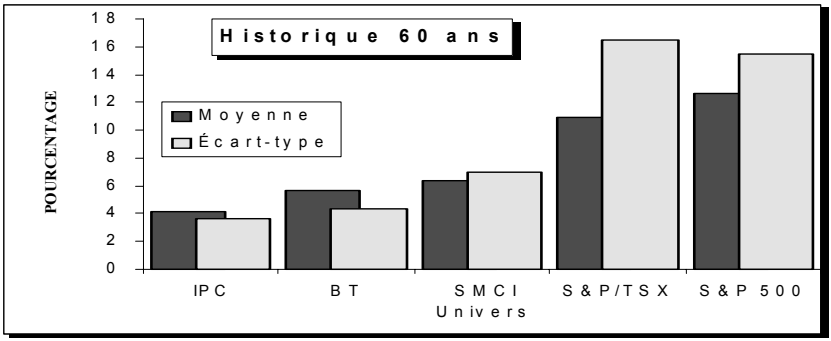
1. LE RENDEMENT *VERSUS* LE RISQUE

Dans les marchés financiers, il est reconnu que le rendement potentiel est directement fonction du risque sous-jacent. Le rendement potentiel est souvent exprimé comme étant la moyenne des résultats obtenus sur de

longues périodes. La mesure du risque la plus répandue est l'écart-type des rendements réalisés.



Plus l'écart-type est élevé, plus les résultats sont dispersés. On verra plus loin que le rendement moyen des actions est historiquement plus élevé que celui des revenus fixes, mais l'écart-type est également beaucoup plus élevé.



À titre d'information, l'écart-type est la racine carrée de la variance. La variance est une mesure de dispersion face à la moyenne. Elle se calcule comme étant l'écart au carré moyen de chaque nombre par rapport à la moyenne d'un ensemble. Si on prend les nombres 1, 2 et 3, par exemple, la moyenne est 2 et la variance est de 0,6667, soit :

$$\text{Variance} = [(1-2)^2 + (2-2)^2 + (3-2)^2] \div 3$$

$$= [1^2 + 0^2 + 1^2] \div 3$$

$$= [1 + 0 + 1] \div 3$$

$$= 2 \div 3$$

$$= 0{,}6667$$

Dans ce petit exemple, l'écart-type est de 0,8165, soit la racine carrée de 0,6667.

Quand on analyse des données normalement distribuées, on peut s'attendre à ce que…

- Environ 68 % des données se retrouvent dans un intervalle compris en prenant la moyenne plus ou moins 1 écart-type.

- Environ 95 % des données se retrouvent dans un intervalle compris en prenant la moyenne plus ou moins 2 écarts-types.

- Environ 99 % des données se retrouvent dans un intervalle compris en prenant la moyenne plus ou moins 3 écarts-types.

Si une catégorie de placement réalise une moyenne de 9 % de rendement avec un écart-type de 18 %, cela veut dire que 32 % des résultats se situent, soit en haut de 27 % (soit 9 % plus 18 %), soit inférieur de –9 % (soit 9 % moins 18 %). Par conséquent, on peut s'attendre à une probabilité avoisinant 16 % de perdre plus de 9 %!

1.1. LE MARCHÉ DES REVENUS FIXES

Si on veut rester dans l'univers du connu, les taux d'emprunt fixés pour cinq ans (taux hypothécaires) sont à 6,30 % à la fin de septembre, alors que le certificat de placement garanti (ci-après « CPG ») d'un terme de cinq ans était à 2,93 %. L'écart avant négociation est de 3,37 %. Ces montants, qui proviennent du bulletin hebdomadaire de la Banque du Canada[1], ne sont pas des taux négociés. Il est possible d'obtenir un taux hypothécaire plus bas ainsi qu'un taux de rendement plus élevé, spécialement si les montants sont significatifs. Néanmoins, il est peu probable de penser renverser la situation et de faire disparaître totalement l'écart. Nous excluons ici toutes les ententes « entre amis », que ce soit pour l'emprunt ou le placement, car ces situations sont plutôt rares et souvent, un risque se cache derrière ces ententes.

On pourrait prétendre qu'il est possible à l'occasion d'emprunter à des taux à court terme (plus bas que ceux à long terme) pour investir dans des titres garantis offrant un meilleur rendement. Cette situation comporte un risque de renouvellement du prêt. D'ailleurs, si des institutions offrent un

[1] www.banqueducanada.com

taux de rendement significativement supérieur à long terme, cela s'explique par la prime de risque.

Lorsqu'on parle d'emprunt à court terme, c'est habituellement là où l'on retrouve les plus bas taux, sauf dans les rares situations où la courbe de taux est renversée. C'est pourquoi plusieurs prêteurs offrent à leur bon client de les financer au taux préférentiel.

Le taux préférentiel est fixé à 1,50 % au-dessus du taux d'escompte. Le taux d'escompte est par définition 0,25 % au-dessus du taux cible de financement à un jour de la Banque du Canada.

Par exemple, le taux cible fixé le 15 octobre 2003 par David Dodge[2] est de 2,75 %. Ainsi, le taux officiel d'escompte est de 3,00 %. On ajoute 1,50 % et on obtient 4,50 % comme taux préférentiel. L'institution prêteuse exige parfois de 0,25 % à 1,00 % de plus que le taux préférentiel.

Si l'investisseur demeure dans le domaine du court terme, il devient difficile d'obtenir plus que le rendement des bons du Trésor à trois mois. Ceci s'explique par le fait que ces taux sont étroitement liés au niveau de la cible de la Banque du Canada. À la fin septembre 2003, le rendement moyen était de l'ordre de 2,60 %. On comprend bien qu'il ne sert à rien d'emprunter à 4,50 % pour placer à 2,60 %.

Dans le domaine des revenus fixes, il est possible de trouver des titres offrant des rendements supérieurs. Lorsque c'est le cas, cela est un signe de la présence d'un risque. En effet, les obligations corporatives permettent d'obtenir un rendement plus élevé que les obligations garanties par des gouvernements.

Toutefois, si ces sociétés offrent des taux élevés, c'est parce que le marché financier l'exige pour compenser le risque. Si le taux est trop bas compte tenu du risque, les obligations ne trouveront pas preneurs. Il faut bien comprendre que les sociétés recherchent elles-mêmes à se financer au taux le plus bas et si elles offrent des taux plus élevés c'est qu'elles n'ont pas vraiment le choix.

La présence du risque qui justifie le rendement plus élevé a souvent été un concept assez théorique pour l'investisseur. Toutefois, c'est lorsque des sociétés connues (Air Canada, Téléglobe, etc.) sont en difficultés financières

---

2 Gouverneur de la Banque du Canada depuis le 1er février 2001.

que l'on réalise la présence réelle du risque. Le titre à revenu fixe peut à l'occasion se transformer en pertes importantes.

1.2. LE MARCHÉ DES ACTIONS

Puisque les titres à revenus fixes permettent peu d'espoir de battre le taux d'emprunt, il faut se tourner vers des titres plus risqués. Parmi les titres plus risqués il y a bien entendu les actions.

La catégorie des actions est très vaste. La relation risque/rendement du titre varie en fonction de divers facteurs tels que :

- le secteur d'activité;
- le pays;
- la capitalisation de l'entreprise.

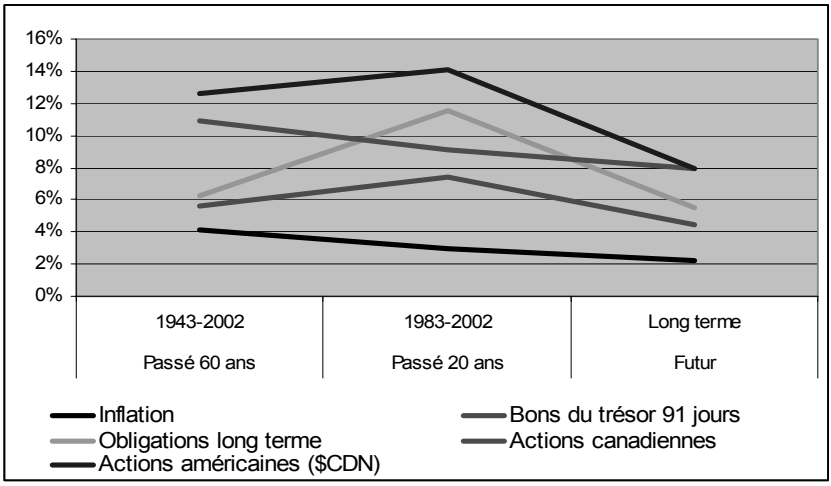
L'indice repère du marché canadien est le S&P/TSX. Cet indice est diversifié dans différents titres (plus de 200) et secteurs. En gestion de portefeuille, il est recommandé de détenir plusieurs titres pour réduire la volatilité. Néanmoins, la volatilité annuelle de S&P/TSX est de l'ordre de 16 % (depuis 1934).

1.3. RENDEMENTS HISTORIQUES *VERSUS* RENDEMENTS ATTENDUS

Lorsqu'on parle de rendements, il faut bien entendu éviter d'utiliser ce que l'investisseur souhaite réaliser. Souvent ses attentes sont surévaluées bien que présentement, on retrouve la situation inverse où il faut parfois remonter le moral des gens.

Pour être plus réalistes, les rendements historiques sur de longues périodes sont des mesures plus sérieuses sur le potentiel d'une catégorie d'actifs. Une période de 20 ans, quoique très longue, peut ne pas représenter la même tendance qu'une période de 60 ans.

À titre d'exemple, le tableau de la page suivante compare le rendement passé sur 60 et 20 ans et le compare aux rendements attendus selon l'enquête annuelle de Watson Wyatt.



2. EXEMPLES DE LEVIER

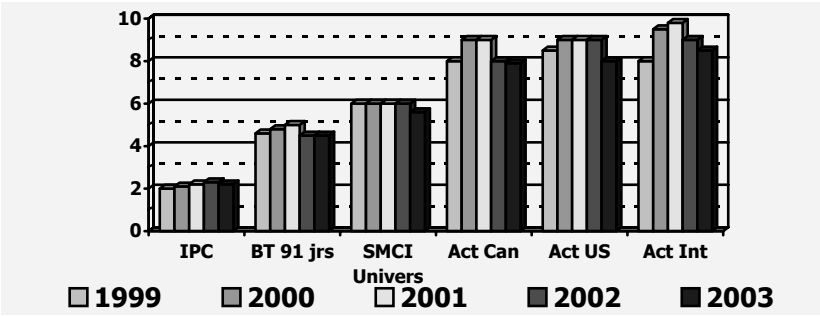
2.1. EXEMPLE DE LEVIER : SANS VOLATILITÉ DES RENDEMENTS

Pour donner un exemple, il faut poser des hypothèses de rendement et de taux d'emprunt. Dans le tableau ci-dessus, qui illustre le rendement médian attendu par un groupe de gestionnaires, on voit très bien que les attentes à long terme sont relativement semblables d'une enquête à l'autre. En janvier 2000, en pleine euphorie des marchés, les attentes du marché des actions canadiennes étaient de 9 %. En janvier 2003, on parlait d'attentes de l'ordre de 8 %.

Dans un premier temps, notre hypothèse de taux d'emprunt sera étroitement liée au rendement du marché monétaire. En effet, le rendement des bons du Trésor est directement relié au taux cible de financement à un jour de la Banque du Canada. Dans notre analyse, on prendra 4,5 %. Puisque le taux privilégié est fixé à 1,50 % au-dessus du taux d'escompte, et que celui-ci est 0,25 % au-dessus de la fourchette cible, on obtient un taux d'emprunt moyen de 6,25 %. Bien entendu, il est possible que le taux d'emprunt soit même supérieur, car on retrouve souvent des règles comme TP + 0,5 %.

Selon le graphique de la page suivante, le rendement attendu du SMCI univers est de 5,6 % et celui des actions de 8 % (canadiennes et américaines). On voit très bien ici que la stratégie de levier en investissant dans des revenus fixes est vouée à l'échec malgré la déductibilité des

intérêts. On abandonne ainsi cette stratégie. Du côté des actions, l'avenir est prometteur.



Dans les deux cas, vous noterez que les impôts sont négatifs, présumant ainsi que d'autres revenus sont présents dans la déclaration fiscale pour utiliser pleinement les frais d'intérêts déductibles.

	Actions	Rev. fixes
Prêt	10 000 $	10 000 $
Taux d'emprunt	6,25%	6,25%
Frais d'intérêts	625 $	625 $
Placement	10 000 $	10 000 $
Taux de rendement	8,00%	5,60%
Rendement	800 $	560 $
Partie non imposable	400 $	- $
Frais d'intérêts	625 $	625 $
Partie imposable	(225) $	(65) $
Taux d'imposition	48,215%	48,215%
Impôts	(108,48)	(31,34)
Rendement brut	800 $	560 $
Frais d'intérêts	(625) $	(625) $
Impôts	108 $	31 $
Rendement net	283 $	(34) $

2.2. L'IMPORTANCE DU PROFIL

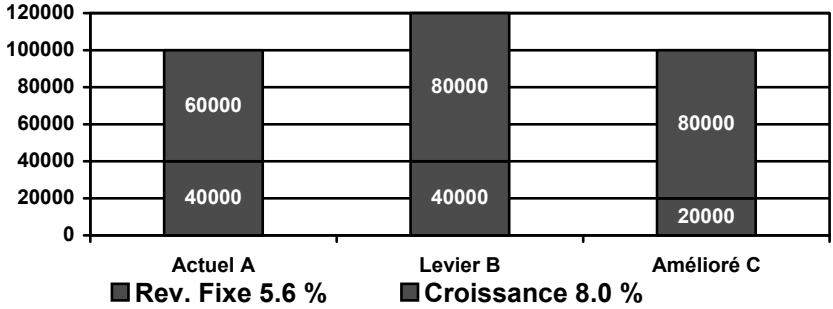
Le profil d'investisseur est un élément très important avant de faire du levier financier, car l'espoir de profit réside dans la prime de risque d'un placement. Voici certaines citations qui témoignent du risque inhérent à la stratégie :

> « Le fait d'encourager les clients à emprunter de l'argent de façon excessive afin d'acquérir des parts de fonds communs de placement est considéré comme

> allant à l'encontre des objectifs du Code. Pour certains achats, un emprunt peut être approprié, mais il faut faire preuve de prudence lorsqu'on adopte une telle stratégie[3]. »
>
> « Il y a des risques à adopter ce genre de stratégie. L'achat sur marge est une façon hardie d'investir. » « Le risque appréciable associé à cette stratégie, même s'il est mitigé par le fait que les frais d'intérêts sont déductibles de l'impôt, [...][4]. »

Compte tenu du risque, la Commission des valeurs mobilières du Québec exige de faire signer un document qui donne un exemple de levier lorsque le rendement est défavorable.

Le profil est également important d'un point de vue financier, car comme on l'exprimait plus haut, l'espoir de rentabilité avec des titres à revenus fixes est minime (à moins de prendre des titres de sociétés offrant des rendements plus élevés en contrepartie d'une plus grande volatilité).



L'exemple ci-dessus illustre la situation d'un client dont le portefeuille actuel (A) est composé à 40 % de revenus fixes. S'il décide d'emprunter 20 000 $ pour investir en actions, il se retrouve avec le portefeuille B. Toutefois, dans ce portefeuille, une partie des revenus fixes devrait générer moins de rendement que le taux d'emprunt (perte fixe). Ainsi, il est préférable de régler la dette avec les titres à revenus fixes pour se retrouver avec le portefeuille C, sans emprunt. Cependant, au grand jamais ce

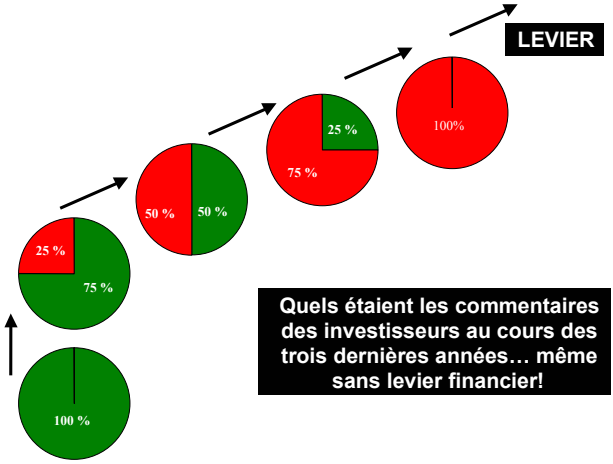
---

3 INSTITUT DES FONDS D'INVESTISSEMENT DU CANADA, *Cours : représentant en épargne collective*, 1996-1997, p. 1:92.

4 INSTITUT CANADIEN DES VALEURS MOBILIÈRES, *Cours sur le commerce des valeurs mobilières*, 1998, p. 2:63.

portefeuille ne devrait être recommandé si le client n'a pas ce profil d'investisseur (selon un questionnaire de tolérance au risque).

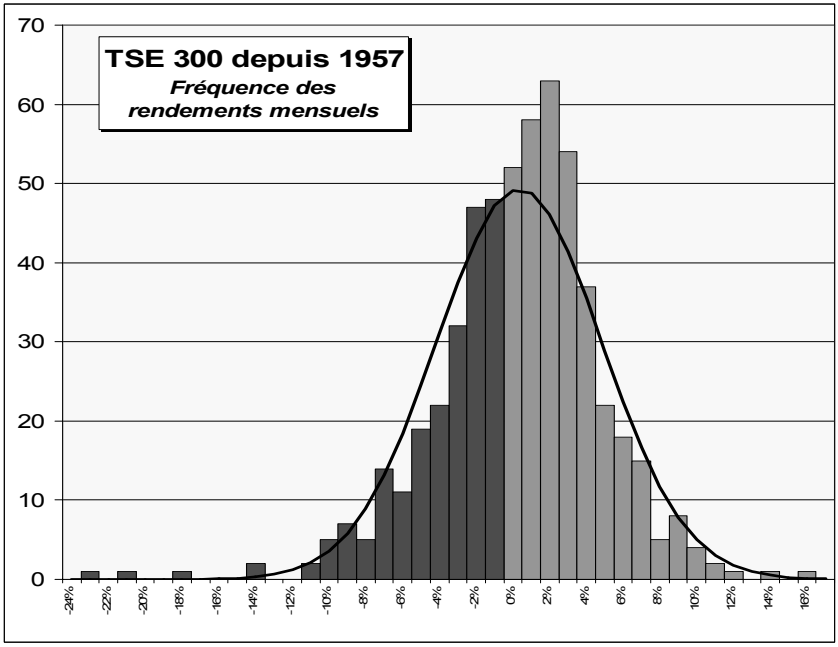
Par conséquent, avant de faire du levier, il est souhaitable d'être déjà investi 100 % en actions (ou titres plus risqués avec un potentiel de rendement plus grand). L' image ci-dessous indique qu'il est possible d'augmenter son potentiel de rendement sans emprunter en haussant simplement la compo-sante à risque. Encore faut-il avoir de la tolérance.



2.3. EXEMPLE DE LEVIER : AVEC VOLATILITÉ DES RENDEMENTS

Si on donne un exemple de levier financier sur cinq ans en utilisant seulement les rendements attendus, on obtient certaines tendances.

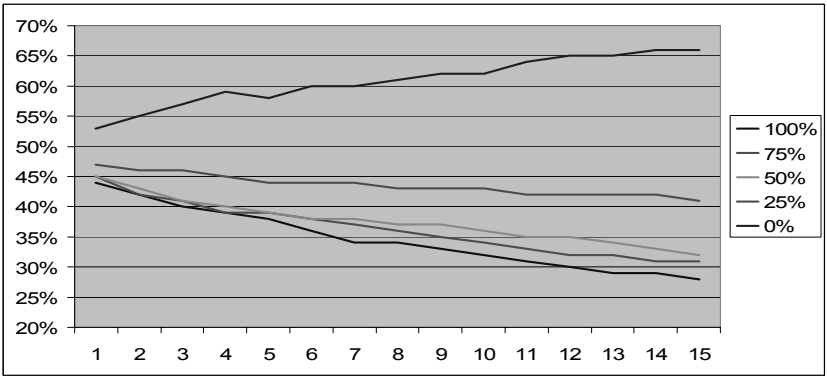
Qu'arrive-t-il maintenant si on fait varier les rendements des actions puisque ceux-ci ne sont malheureusement pas linéaires? Afin d'illustrer le risque relié à la volatilité des rendements, nous présumerons que la dispersion des rendements correspond à une loi normale.



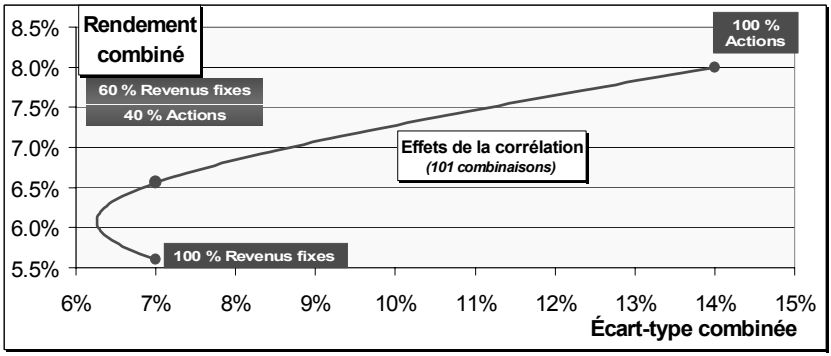
Le graphique ci-dessus illustre que cette hypothèse est loin d'être farfelue pour les rendements mensuels des actions canadiennes. Le rendement moyen est de 0,643 % par mois avec un écart-type de 4,847 %.

Puisque le rendement des actions n'est pas linéaire, on comprend bien qu'il est possible d'obtenir sur cinq, dix ou quinze ans un rendement qui s'éloigne du rendement moyen. Par exemple, sur la période de cinq ans qui se terminait le 30 avril 2003, le S&P/TSX procurait un rendement annualisé de –2 %.

En simulant des rendements à l'aide de la méthode de Monte Carlo, on obtient les probabilités de pertes (après impôts et frais d'intérêts). Dans le graphique qui suit, la courbe du bas est celle d'un investissement de 100 % en actions. La probabilité de perte diminue avec le temps, ce qui favorise la stratégie à long terme. Malheureusement, même sur une période de 15 ans, on ne peut pas garantir la fiabilité de la stratégie. L'espoir de gain est néanmoins de + 2,6 % par année. La différence avec le 2,8 % (ou 283 $) de l'exemple initial provient du fait qu'une partie du revenu est imposée comme du revenu de dividendes et non pas uniquement comme du gain en capital.



Pour les revenus fixes, nous prenons 0,455 % de rendement mensuel et un écart-type de 2,106 %. Lorsqu'on ajoute une composante SMCI Univers dans les placements, on réduit le rendement brut du placement selon un prorata (75 % de 8 % pour les actions plus 25 % de 5,6 % pour les revenus fixes). On ne peut pas utiliser la même règle en ce qui concerne la volatilité, car celle-ci baisse davantage qu'un prorata compte tenu d'une corrélation peu significative entre les deux classes. Le graphique ci-dessous illustre ce propos.



Pour les adeptes, le calcul de l'écart-type est le suivant :

ET1= écart-type de la classe 1 **P1=** poids de la classe 1

ET2= écart-type de la classe 2 **P1=** poids de la classe 2

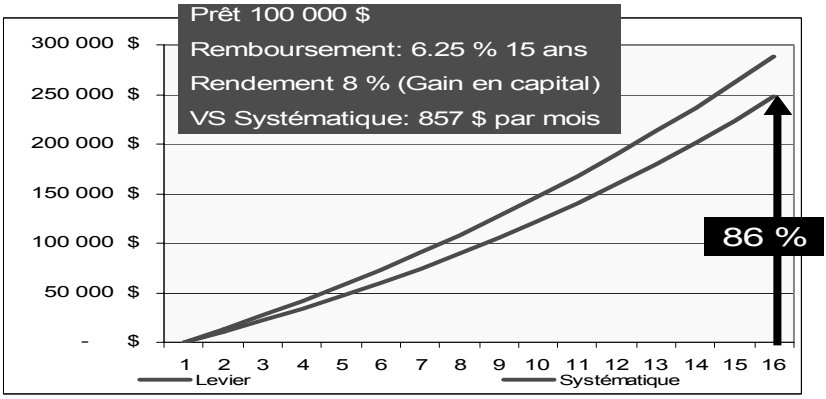
COR= corrélation entre les classes 1 et 2

$$\mathbf{ET12= (P1^2 \times ET1^2 + P2^2 \times ET2^2 + 2 \times P1 \times P2 \times ET1 \times ET2 \times COR)^{1/2}}$$

Même si on se retrouve avec une volatilité réduite, le graphique de la page précédente illustre qu'en ajoutant cette classe d'actifs on augmente la probabilité de perte. De plus, chaque 25 % en revenus fixes fait baisser la rentabilité à long terme de la stratégie d'environ 0,75 % de sorte qu'à 100 % en revenus fixes, on obtient le rendement négatif attendu de –0,3 % (le même que celui de l'exemple initial de –34 $).

2.4. LE LEVIER DÉGRESSIF

Par prudence, on voit à l'occasion des stratégies de levier avec remboursement sur une période fixe. Dans l'exemple ci-dessous, on réalise qu'au lieu de faire du levier en remboursant 857 $ par mois pour un prêt de 100 000 $, l'épargne systématique de ce même 857 $ aurait procuré un actif presque aussi significatif que la situation de levier (même si le rendement est linéaire à 8 %). L'investisseur désirant néanmoins faire le levier financier doit réaliser que celui-ci le fait entrer sur le marché dans un laps de temps très court, ce qui peut occasionner des problèmes de mauvaise synchronisation avec le marché. L'investisseur favorisant l'épargne systématique délaisse une partie de la croissance potentielle (86 % au lieu de 100 %) mais est moins exposé aux aléas des marchés.



Dans la catégorie des leviers dégressifs, on retrouve le prêt REÉR dont les intérêts ne sont pas déductibles. Pour être financièrement rentable comparativement à l'épargne systématique, le rendement attendu des placements doit excéder le taux d'emprunt. Il est ainsi difficile d'imaginer l'efficacité d'un prêt REÉR sur cinq ans pour un investisseur conservateur privilégiant les CPG (tout en considérant les remboursements d'impôt).

CONCLUSION

La stratégie de levier financier ne devrait s'adresser qu'à des investisseurs ayant une grande tolérance au risque. En effet, pour être pleinement efficace, elle exige d'être à 100 % dans des titres plus risqués. Il faut se méfier des illustrations à taux fixe, car le risque associé au levier ne transparaît pas dans ce genre d'analyse. Plusieurs éléments doivent également être considérés tels que :

Psychologie : L'investisseur est tenté de vendre ses placements dans des marchés baissiers. L'emprunt ajoute à la pression.

Rappel de prêt : Possibilité que l'institution prêteuse exige le remboursement du prêt.

Manque de tandem : Les taux d'intérêt tendent à suivre un cycle inverse à celui du prix des actions.

Market-timing : Investissement concentré au lieu d'épargne systématique.

PARTIE B
Aspect fiscal

Michel C. Lavoie, M. Fisc., CA, Pl. Fin.

INTRODUCTION

1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Dans la première partie de ce texte, M. Daniel Laverdière démontrait l'importance des enjeux financiers dans l'utilisation d'une stratégie d'effet de levier.

Bien que la question financière est en soi déterminante dans une telle stratégie, les diverses explications données par M.Laverdière tenaient pour acquis que les intérêts exigibles, dans un tel concept, étaient totalement déductibles.

Du point de vue fiscal, la question à se poser ici devrait être la suivante :

> « Dans un contexte de levier financier, est-ce que les intérêts sont toujours déductibles? »

Dans les prochaines pages, nous discuterons, brièvement, de la déductibilité des intérêts et plus particulièrement de cette notion dans le cadre du concept de l'effet de levier[1].

Avant de discuter du sujet en particulier, faisons un bref rappel historique.

1.1. HISTORIQUE

Certains sujets en fiscalité font couler beaucoup d'encre. La déductibilité des intérêts est loin d'y échapper. Voici pourquoi.

---

[1] Pour une analyse plus détaillée, le lecteur pourrait consulter le texte de François BARETTE, Gaétan BISSON, Marc VANASSE et Paul LYNCH, « Présentation sur la déductibilité des intérêts », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp 36:1-50, ainsi que le document du comité mixte sur la fiscalité de l'Association du Barreau canadien et de l'Institut canadien des comptables agréés, 6 août 2002.

Cette dépense déductible est prévue à l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2], et son équivalent au Québec, sauf exception.

Les écrits concernant ce sujet sont assez nombreux. Voici quelques exemples :

- les bulletins d'interprétation[3];
- une circulaire d'information[4];
- trois décisions en matière d'impôt sur le revenu[5];
- deux nouvelles techniques[6];

---

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

3 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-80, « Intérêts sur l'argent emprunté pour racheter des actions, payer des dividendes », 27 novembre 1972; IT-315, « Frais d'intérêts engagés à des fins de liquidation ou de fusion », 10 mai 1976; IT-355R2, « Intérêts sur les prêts contractés pour acquérir des polices d'assurance vie et des contrats de rente et intérêts sur les avances sur police d'assurance », 26 août 1994; IT-445, « Déductibilité de l'intérêt sur les fonds empruntés pour consentir un prêt à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable ou pour honorer une garantie donnée moyennant une contrepartie insuffisante dans les cas où il y a lien de dépendance », 23 février 1981; IT-478, « Déduction pour amortissement – Récupération et perte finale », 17 septembre 1999; IT-104R3, « Déductibilité des amendes ou des pénalités », 9 août 2002; IT-121R3, « Choix de capitaliser le coût d'emprunts », 6 mai 1988; IT-153R3, « Promoteurs fonciers – Coûts de lotissement et de mise en valeur de fonds de terre et frais financiers connexes », 7 octobre 1991; IT-265R3, « Paiement de revenu et capital réuni », 7 octobre 1991; IT-341R3, « Frais d'émission ou de vente d'actions, d'unités dans une fiducie, de participations dans une société de personnes ou dans un syndicat et frais d'emprunt », 29 novembre 1995; IT-362R25, « Ristournes », 10 août 1990; IT-421R2, « Avantages consentis aux particuliers, aux corporations et aux actionnaires sous forme de prêts ou de dettes », 9 septembre 1992 et IT-488R2, « Liquidation de sociétés canadiennes imposables dont 90 % du capital-actions appartient à une autre société canadienne », 24 juin 1994.

4 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale antiévitement – Article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », 21 octobre 1988.

5 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Décisions en matière d'impôt sur le revenu* ATR-14, « Frais d'intérêt lorsqu'il y a un lien de dépendance », 18 novembre 1986; ATR-16, « Dividendes payés par une entreprise à une autre entreprise à titre d'intérêt », 21 novembre 1986 et ATR-41, « Actions privilégiées convertibles », 6 septembre 1991.

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, nº 16, 8 mars 1999 et nº 18, 16 juin 2000.

- une doctrine abondante ainsi que plus d'une soixantaine d'interprétations techniques ou réponses à des tables rondes[7];

- plusieurs causes de jurisprudence[8];

Vous remarquerez que, pour les personnes soucieuses de bien comprendre ce sujet, plusieurs documents sont disponibles. Courage, je n'ai pas terminé et je continue l'énumération :

- en 1990, un avant-projet de loi ambitieux sur les intérêts débiteurs était déposé (articles 20.1 et 20.2 L.I.R.). Jusqu'à ce jour, le projet n'a jamais reçu sa sanction royale;

- le 1er octobre 2002, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a présenté ses positions administratives[9] sur la déductibilité des intérêts.

Ce document de l'ADRC fait suite, entre autres, aux décisions de la Cour suprême dans les causes *Ludco* et *Singleton*[10].

En effet, dans ce document, l'ADRC a mis l'accent sur les critères de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. relatifs à l'intention de gagner un revenu, à savoir le

---

7 Voir les services de mise à jour de CCH, ainsi que Tax Windows à l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

8 *Novopharm Ltd.* c. *La Reine,* 2003 D.T.C. 5195 (C.A.F.); *La Reine* c. *Gifford,* 2002 D.T.C. 7197 (C.A.F.); *Penn Ventilation Canada Ltd.* c. *La Reine,* 2002 D.T.C. 1498 (C.C.I.); *Hill* c. *La Reine,* 2002 D.T.C. 1749 (C.C.I.); *Stewart* c. *La Reine,* 2002 D.T.C. 6969 (C.S.C.); *La Reine* c. *Canadian Helicopters Ltd.,* 2002 D.T.C. 6805 (C.A.F.); *Ludco Entreprises Ltd.* c. *La Reine,* 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.) (ci-après « *Ludco* »); *La Reine* c. *Singleton,* 2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.) (ci-après « *Singleton* »); *La Reine* c. *Milewski,* 2000 D.T.C. 6559 (C.A.F.); *C.R.B. Logging Co. Ltd.* c. *La Reine,* 2000 D.T.C. 6547 (C.A.F.); *The Chase Manhattan Bank of Canada* c. *La Reine,* 2000 D.T.C. 6018 (C.A.F.); *Canadian Pacific Ltd.* c. *La Reine,* 2000 D.T.C. 6174 (C.A.F.); *Shell Canada* c. *La Reine,* 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.); *Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.* c. *La Reine,* 99 D.T.C. 5269 (C.A.F.); *Lewisporte Holding Ltd.* c. *La Reine,* 99 D.T.C. 253 (C.C.I.); *Central City Financial Services Ltd.* c. *La Reine,* 98 D.T.C. 6645 (C.A.F.); *La Reine* c. *Sherway Centre Ltd.,* 98 D.T.C. 6121 (C.A.F.); *Tennant* c. *La Reine,* 98 D.T.C. 6121 (C.S.C.); *La Reine* c. *Bronfman Trust,* 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.); *722540 Ontario Inc.*, 2002 D.T.C. 1307.

9 Ce document est disponible sur le site de l'ADRC à l'adresse électronique suivante : www.ccra-adrc.gc.ca/technical/incometax/presentation-f.html.

10 Précitées, note 8.

critère de l'utilisation directe et celui des circonstances exceptionnelles qui découlent d'une utilisation admissible indirecte de l'argent emprunté.

Les principaux points discutés dans ce document sont :

- retraçage/lien;
- mise à part de l'argent;
- montants payables pour des services rendus;
- emprunt pour acquérir un placement produisant un revenu;
- emprunt pour acquérir des actions ordinaires;
- intérêt participatif;
- intérêt conditionnel;
- créances émises à prime ou à escompte;
- emprunt pour racheter des actions ou réduire le capital;
- calcul du capital;
- emprunt pour verser des dividendes;
- billet émis pour racheter des actions ou payer des dividendes;
- emprunt pour effectuer des prêts sans intérêts;
- prêt à un employé ou à un actionnaire;
- emprunt pour faire une contribution de capital;
- emprunt aux fins d'un stratagème d'utilisation de pertes;
- emprunt pour honorer une garantie;
- acquisition par emprunt.

Une lecture de ce document vous permettrait de connaître les positions administratives actuelles de l'ADRC concernant ces sujets.

La publication de ces positions administratives promettait un nouveau bulletin d'interprétation traitant de ce sujet au début de l'année 2003. De plus, le Budget fédéral du 18 février 2003 mentionnait que ce sujet était à l'étude pour le moment et que des modifications techniques à la *Loi de l'impôt sur le revenu* seraient soumises aux fins de consultations publiques[11].

Situation actuelle

Après avoir préparé ce texte, basé sur la documentation existante, l'ADRC a publié, peu de temps après, un projet de bulletin d'interprétation sur ce sujet.

Il s'agit de la version 7 du *Bulletin d'interprétation* IT-53X[12], daté du 14 août 2003, mais accessible seulement vers la fin de septembre.

Nous discuterons, ci-après, de ce projet de bulletin.

2. BULLETIN « PROJET » IT-53X

Voici de façon sommaire, un aperçu de ce bulletin « projet » :

- 13 pages;
- 43 paragraphes;
- articles, paragraphes et alinéas touchés : 20(1)c), 9, 16, 20.1, 67.1, 67.5, 16(1), 20(2), 20(2.2), 20.1(4), 248(1), 20(1)d), 20(1)f), 60d), 20(1)c)(i), (ii), (iii), (iv), 20(1)e)(iv.1) L.I.R.;
- bulletins d'interprétation annulés : IT-80, IT-203, IT-314, IT-445 et IT-498;

---

[11] CANADA, ministère des Finances, *Budget 2002-2003, Discours sur le Budget* et *Renseignements supplémentaires*, 18 février 2003.

[12] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-53X, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 14 août 2003.

- des modifications législatives pourraient être possibles selon l'ADRC;

- toutes les interprétations techniques existantes, en règle générale, deviendraient caduques selon l'ADRC;

- il reprend dans les grandes lignes les réflexions développées dans le document du 1er octobre 2002;

- l'ADRC explique aussi dans ce document que les opinions exprimées n'ont pas force de loi, en d'autres mots, il s'agit simplement de directives administratives.

2.1. SCÈNE 1, PRISE 2

Comme mentionné précédemment, ce nouveau bulletin reprend, en règle générale, les propositions présentées en octobre 2002.

Une lecture de ce bulletin « projet » apporte certaines lumières mais laisse encore place à beaucoup d'interprétation concernant plusieurs questions.

Nous discuterons, dans les prochaines pages, des notions pertinentes de ce bulletin, pouvant orienter les stratégies de levier financier.

2.2. PARAGRAPHE 10 – REVENU

> « Le sous-alinéa 20(1)c)(i) exige que les intérêts déduits soient versés sur "de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien". L'interprétation du terme "revenu" a été abordée dans l'affaire Ludco comme suit : "Il est donc clair que *revenu* s'entend du revenu en général, à savoir de toute somme qui entre dans le revenu imposable et non seulement du revenu net". Le tribunal a également déclaré ce qui suit : "Le sens ordinaire de cette disposition n'appuie pas l'interprétation selon laquelle *revenu* équivaut à *profit* ou à *revenu net*". En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, les tribunaux ne devraient donc pas se demander si le revenu escompté ou touché a un caractère suffisant. Pour plus de précisions, veuillez vous reporter au numéro 32. »

Commentaire : L'arrêt *Ludco* est reconnu. Attendons plus loin pour lire les interprétations contenues au paragraphe 32.

2.3. PARAGRAPHE 15 – RESTRUCTURATION D'EMPRUNTS

« Un contribuable peut restructurer des emprunts et la propriété des biens de façon à respecter le critère d'utilisation directe.

Exemple 1 : Madame A détient 1 000 actions de la société B, société inscrite à la TSX. Elle est également propriétaire d'un condominium réservé à son usage personnel qui a été financé moyen d'un emprunt. Dans ce cas, l'argument emprunté a servi directement à l'acquisition du condominium. Madame A peut vendre ses actions de la société B, utiliser le produit de vente de ses actions à n'importe quelle fin, y compris le remboursement de l'argent emprunté utilisé pour faire l'acquisition de son condominium puis contracter un autre emprunt pour faire l'acquisition de 1 000 autres actions de la société B. À ce moment, l'emprunt d'argent supplémentaire serait alors utilisé directement pour faire l'acquisition de 1 000 actions de la société B. »

Commentaire : Reconnaissance de l'arrêt *Singleton*, à savoir que l'utilisation directe de l'argent est jugée selon une transaction et non selon une série de transactions avec un but ultime.

2.4. PARAGRAPHE 22 – RETRAÇAGE/LIEN DANS LE CAS D'UN INVESTISSEMENT DANS DES ACTIONS, DES PARTS DE FIDUCIE OU UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES SUIVI D'UN REMBOURSEMENT DE CAPITAL

« L'argent emprunté peut être utilisé pour acquérir des actions, des parts de fiducie ou une participation dans une société de personnes. Si les autres critères applicables sont respectées en ce qui a trait aux biens acquis, les intérêts qui s'y rapportent, sont généralement déductibles. Toutefois, dans certains cas donnant lieu à un remboursement de capital au détenteur des actions, des parts de fiducie ou de la participation dans une société de personnes, la déductibilité des intérêts pourraient être limitée ou refusée.

Exemple 8 : Monsieur R emprunte 10 000 $ pour acquérir une participation supplémentaire dans la société de personnes RST. Monsieur R avait 12 000 $ dans un compte en capital de la société de personnes avant cette transaction. La société de personnes RST remet par la suite 10 000 $ à Monsieur R. L'utilisation directe de l'argent emprunté avait pour objet d'acquérir une participation dans la société de personnes RST, et le critère de la fin est appliqué à cette utilisation. En pareil cas, on considère que le critère de la fin est respecté pour ce qui est de l'acquisition de la participation dans la société de personnes, étant donné qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que Monsieur R touche un revenu découlant de sa participation supplémentaire dans la société de personnes.

Exemple 9 : Madame U emprunte 10 000 $ pour acquérir des parts de la fiducie V. La fiducie V offre un certain rendement aux détenteurs de parts, sous forme

de revenu payable à partir des activités de la fiducie (400 $ par année) et de remboursement de capital (200 $ par année). Tout le capital de la fiducie V provient des détenteurs de parts. L'utilisation directe de l'argent emprunté avait pour objet d'acquérir des parts de la fiducie, et le critère de la fin s'applique d'abord à cette utilisation. Cependant, en pareil cas, on considère qu'il y a eu une disposition de biens en ce qui a trait au remboursement de capital et que l'utilisation actuelle de cette partie de l'argent emprunté (200 $ par année) doit être établie pour appliquer les critères en matière de déductibilité des intérêts.

Exemple 10 : Monsieur W emprunte 10 000 $ et achète des actions ordinaires d'une société nouvellement constituée, la société X. La société X n'a pas d'autres éléments d'actif ou de passif que ses 10 000 $ d'argent comptant et ses 10 000 $ de capitaux propres. La société X remet 10 000 $ du capital des actions ordinaires à Monsieur W après quoi elle n'a plus d'éléments d'actif. Même si l'utilisation directe de l'argent que Monsieur W a emprunté avait pour objet l'acquisition d'actions ordinaires de la société X, le critère de la fin n'est pas respecté en ce qui a trait à ces actions, étant donné qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à tirer un revenu des actions de la société X. »

Commentaire : On remarque ici que certaines limitations relatives à la déductibilité de l'intérêt pourraient s'appliquer. À mon avis, l'exemple 10 semblerait peu probable en pratique.

2.5. PARAGRAPHE 32 – EMPRUNT CONTRACTÉ POUR EFFECTUER DES INVESTISSEMENTS Y COMPRIS L'ACHAT D'ACTIONS ORDINAIRES

« Lorsqu'un placement (p. ex. un instrument productif d'intérêts ou des actions privilégiées) est porteur d'intérêt ou de dividendes, le critère de l'intention de tirer un revenu est respecté «en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstance viciant l'opération». Par ailleurs, en supposant que tous les autres critères sont respectés, l'intérêt n'est pas refusé en totalité ni restreint en fonction du revenu découlant du placement si le revenu ne dépasse pas les frais d'intérêt, compte tenu de la définition de «revenu» qu'on trouve au numéro 10.

Si l'investissement n'est pas porteur d'intérêt ou de dividendes notamment dans le cas de certaines actions ordinaires, il est parfois difficile de déterminer l'expectative raisonnable de profit au moment de l'investissement. Normalement, l'ADRC estime que les intérêts se rapportant à un emprunt contracté pour acheter des actions ordinaires sont déductibles s'il y a une expectative raisonnable, au moment de l'acquisition des actions, que le détenteur des actions ordinaires recevra des dividendes. Malgré tout, chaque situation doit être traitée selon les faits particuliers en cause. Ces commentaires s'appliquent également de façon générale aux investissements dans des fiducies de fonds communs de placement et des sociétés de placement à capital variable.

Exemple 11 : La société Y est un instrument de placement conçu pour offrir un rendement de capital uniquement aux personnes qui investissent dans ses actions ordinaires. La politique de la société en matière de dividendes est la

suivante : aucun dividende ne sera versé, les bénéfices de la société seront réinvestis de façon à accroître la valeur des actions, et les actionnaires seront tenus de vendre leurs actions à un tiers, dans un nombre fixé d'années pour réaliser leur valeur. En pareil cas, il n'est donc pas raisonnable de s'attendre à ce que ces actions produisent un revenu, et l'intérêt sur l'argent emprunté pour acheter les actions de la société Y ne serait pas déductible.

Exemple 12 : La société Z réunit des fonds en vendant des actions ordinaires. Conformément à ses plans d'entreprise, ses rentrées de fonds devront être réinvesties dans un avenir prévisible, et la société Z indique à ses actionnaires que des dividendes seront versés uniquement lorsque les conditions opérationnelles le permettront (c.-à-d. lorsque les flux de trésorerie excéderont les besoins) ou lorsque la société estimera que les actionnaires pourraient utiliser l'argent à meilleur usage. En pareil cas, le critère de la fin qui est de tirer un revenu est généralement respecté, et tout intérêt afférent à l'argent emprunté pour faire l'acquisition d'actions de la société Z est déductible. »

Commentaire : Encore une fois, l'ADRC mentionne que la déductibilité de l'intérêt pourrait être mise en cause dans certaines circonstances.

CONCLUSION

Nous avons discuté de la déductibilité des intérêts dans un cadre de levier financier.

Le nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-53X est venu apporter certaines précisions à certaines questions mais laisse toujours des doutes quant à la déductibilité des intérêts dans certaines circonstances.

Les lecteurs auraient intérêt à prendre connaissance de ce document pour connaître les positions de l'ADRC en cette matière.

Dans un cas particulier mettant en jeu ce sujet, le lecteur devrait consulter un spécialiste du domaine.

TITRES À REVENUS FIXES

Serge Beugré
CFA
Norbourg Gestion d'actifs inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 15:3

1. OBLIGATIONS *VERSUS* DÉBENTURES 15:3

2. COMMENT FONCTIONNE UNE OBLIGATION? 15:4

3. PERFORMANCE DES TITRES À REVENUS FIXES 15:4

4. LECTURE D'UNE COTE D'OBLIGATION 15:4

5. POURQUOI INVESTIR DANS DES OBLIGATIONS? 15:5

6. FACTEURS À CONSIDÉRER 15:5

6.1. LE PRIX 15:5
6.2. LE TAUX DE COUPON 15:6
6.3. LA MATURITÉ OU L'ÉCHÉANCE 15:6
6.4. LE RENDEMENT 15:6
6.5. CLAUSE DE REMBOURSEMENT ANTICIPÉ 15:7

6.6. OPTIONS DE VENTE 15:7

7. QUELQUES PROPRIÉTÉS DE TITRES À REVENUS FIXES 15:8

8. RISQUES DES TITRES À REVENUS FIXES 15:8

9. QUALITÉ DU CRÉDIT ET NOTATION 15:9

9.1. QUALITÉ DU CRÉDIT 15:9
9.2. NOTATION 15:9
9.3. TYPES D'OBLIGATIONS ET LEUR RISQUE 15:11
9.3.1. Obligations à moindre risque 15:11
9.3.2. Obligations à risque modéré 15:11
9.3.3. Obligations à plus haut risque 15:11

10. OBLIGATIONS À RENDEMENT RÉEL 15:12

11. OBLIGATIONS INTERNATIONALES 15:12

12. TRAITEMENT FISCAL DES TITRES À REVENUS FIXES 15:12

INTRODUCTION

Le « titre à revenu fixe » conventionnel est un produit dont le revenu, la date d'échéance et la valeur sont connus à l'avance. En d'autres termes, lorsqu'un montant global est investi et que des revenus réguliers sont versés sur cette somme ou s'accumulent pour être versés à une date future, le placement est désigné comme un titre à revenu fixe. De plus, si le titre est conservé jusqu'à l'échéance, le taux de rendement est relativement sûr.

Considérés depuis toujours comme des placements simples et conservateurs sur lesquels des intérêts étaient perçus et réinvestis jusqu'à l'échéance, les titres à revenus fixes sont aujourd'hui devenus plus complexes en raison de la volatilité des taux d'intérêt, de l'inflation, de la croissance du marché et des nouvelles stratégies de négociation.

Aujourd'hui, la catégorie des titres à revenus fixes englobe toute une gamme de variantes de l'obligation conventionnelle. Les titres à revenus fixes comprennent donc les obligations, les débentures, les obligations à coupon détachées, les bons du Trésor et autres titres du marché monétaire, les titres hypothécaires et même les actions privilégiées.

Pour vous permettre de vous familiariser avec les titres à revenus fixes, votre conseiller en placement pourra vous aider à structurer un portefeuille de titres à revenus fixes adapté à vos objectifs de placement à court et à long terme.

1. OBLIGATIONS *VERSUS* DÉBENTURES

Une « obligation » est un titre de créance, similaire à un prêt qui est garanti par les biens matériels décrits dans l'acte de fiducie inclus dans le contrat d'obligation. Si l'obligation est en défaut, les dispositions de l'acte de fiducie permettent aux porteurs de saisir des biens matériels précis et de vendre ceux-ci pour recouvrer la somme de leur placement.

Par contre, la « débenture » est essentiellement une obligation non garantie. Elle est un engagement direct (c'est-à-dire une promesse de payer) de la société émettrice, mais n'est pas garantie par le nantissement ou la cession de biens ou d'autres avoirs.

2. COMMENT FONCTIONNE UNE OBLIGATION?

Lorsque vous achetez une obligation, vous prêtez de l'argent à un gouvernement, une municipalité, une entreprise, une agence fédérale ou une autre entité connue du vendeur. En retour de ce prêt, le vendeur promet de vous payer, durant toute la durée de l'obligation, un taux d'intérêt spécifique. Il s'engage également à rembourser la valeur nominale de l'obligation, une fois celle-ci arrivée à maturité.

3. PERFORMANCE DES TITRES À REVENUS FIXES

	BONS DU TRÉSOR			OBLIGATION UNIVERS			S&P/TSX		
	3 ans	**5 ans**	**10 ans**	**3 ans**	**5 ans**	**10 ans**	**3 ans**	**5 ans**	**10 ans**
RENDEMENT	3,72	4,26	4,66	7,85	7,00	7,93	-11,10	8,02	8,10
RISQUE	0,39	0,39	0,45	3,96	4,13	5,06	16,72	17,46	16,66

Au cours des dix dernières années, on a pu voir que les titres à revenus fixes (bons du Trésor et obligations) ont réalisé des rendements inférieurs aux actions. Par contre, il est important de souligner que ces titres à revenus fixes sont trois fois moins volatils que les actions. Lorsqu'on observe la performance de ces classes d'actifs au cours des trois dernières années, on remarque que les titres à revenus fixes ont généré des rendements positifs, alors que les actions ont baissé de 11 %. D'où l'importance d'avoir un certain montant de titres à revenus fixes dans son portefeuille.

4. LECTURE D'UNE COTE D'OBLIGATION

La cote d'une obligation publiée dans un journal peut se présenter comme suit :

Émission	Coupon	Échéance	Cours Acheteur	Cours Vendeur	Rendement
Bell Canada	6,25 %	12 avril 2012	105,39	105,67	5,45 %

Ce qui signifie qu'au moment où la cote a été communiquée aux journaux, cette obligation à 6,25 % de la société Bell Canada, échéant le

12 avril 2012, pouvait être vendue à 105,39 $ et achetée à 105,67 $ par tranche de 100 $ de valeur nominale. Comme les cours sont exprimés en pourcentage de la valeur au pair (100), afin d'acheter pour 10 000 $ de valeur nominale de cette obligation, il en coûterait alors 10 000 $ X 1,0567, soit 10 567 $, plus l'intérêt couru.

5. POURQUOI INVESTIR DANS DES OBLIGATIONS?

La plupart des conseillers financiers recommandent aux investisseurs de maintenir un portefeuille d'investissement diversifié, constitué d'obligations, d'actions et de *cash* en proportion variable, en fonction d'un profil ou d'objectifs personnels. Les obligations apportent des paiements et un remboursement prévisibles. Pour cette raison, beaucoup de gens investissent dans ce type d'instrument afin de préserver et d'augmenter leur capital ou pour recevoir un revenu stable grâce aux intérêts perçus. Que l'objet de l'épargne concerne les études supérieures de votre enfant, l'achat d'une nouvelle maison, l'accroissement de votre pension ou tout autre but financier, investir dans des obligations peut vous aider à atteindre vos objectifs. Les valeurs à revenus fixes présentent une grande diversité, permettant ainsi aux investisseurs d'effectuer un choix répondant à leurs objectifs financiers individuels.

6. FACTEURS À CONSIDÉRER

Il y a un certain nombre de facteurs-clés à considérer lorsqu'on désire investir dans une obligation. La maturité de l'obligation, les caractéristiques de rachat, la qualité du crédit, le risque, le taux d'intérêt, le prix, le rendement et l'aspect fiscal. Ensemble, ces facteurs aident à déterminer la valeur de l'investissement et le degré de correspondance à vos objectifs.

6.1. LE PRIX

Le prix que vous payez pour une obligation est basé sur un grand nombre de variables, incluant le taux d'intérêt, l'offre et la demande, la qualité de crédit, la maturité et le statut fiscal. Nouvellement issue, une obligation se vend normalement à sa valeur nominale. Les obligations négociées sur le marché secondaire, quant à elles, fluctuent en prix en réponse aux changements de taux d'intérêt. Lorsque le prix d'une obligation est au-dessus de sa valeur nominale, on dit qu'elle est vendue à prime. Par contre, lorsque son prix est inférieur à sa valeur nominale, on dit qu'elle est vendue à escompte.

6.2. LE TAUX DE COUPON

Les intérêts des obligations peuvent être fixes, variables ou payables à maturité. La plupart des titres de créance ont un taux d'intérêt qui reste fixe jusqu'à maturité et qui correspond à un certain pourcentage de la valeur nominale. Normalement, les investisseurs touchent les intérêts semestriellement. Par exemple, une obligation a une valeur nominale de 1 000 $ avec un taux d'intérêt de 8 %. Elle rapportera à l'investisseur 80 $ par an. L'investisseur recevra donc 40 $ tous les six mois. Lorsque l'obligation arrivera à maturité, l'investisseur recevra en retour la valeur nominale de celle-ci, dans ce cas, 1 000 $. Certaines obligations n'ont pas de paiements d'intérêts périodiques. À la place, l'investisseur recevra un seul paiement à maturité. Celui-ci sera égal à la valeur nominale plus la totalité des intérêts rapportés. Les intérêts sont calculés semestriellement au taux d'intérêt initialement fixé. Connues sous le nom de « zéro-coupon », ces obligations sont vendues à un prix légèrement inférieur à leurs valeurs nominales. Par exemple, une obligation avec une valeur nominale de 20 000 $ dont la durée est de 20 ans peut être achetée à environ 5 050 $. À la fin des 20 ans, l'investisseur recevra 20 000 $. La différence entre 20 000 $ et 5 050 $ représente les intérêts composés basés sur un taux de 7 %, et ce, jusqu'à maturité. Si l'obligation est imposable, les intérêts seront taxés au fur et à mesure qu'ils seront accumulés, même s'ils ne sont pas versés à l'investisseur avant la maturité ou le rachat.

6.3. LA MATURITÉ OU L'ÉCHÉANCE

La maturité d'une obligation fait référence à la date future à laquelle la valeur nominale sera repayée à l'investisseur. La maturité d'une obligation peut aller, en général, de un jour à 30 ans. Les obligations peuvent être catégorisées en fonction de leur maturité :

1. Billets à court terme : maturité allant jusqu'à 5 ans;

2. Billets/Obligations à moyen terme : de 6 à 12 ans;

3. Obligations à long terme : plus de 12 ans.

6.4. LE RENDEMENT

Il y a deux types principaux de rendement sur une obligation : le taux de rendement courant et le taux de rendement à l'échéance.

Le taux de rendement courant est le revenu annuel sur le montant en dollars payé pour l'obligation et est calculé en divisant les intérêts reçus par le prix d'achat. Si vous achetez une obligation à 1 000 $ et que le taux de coupon est de 8 % (80 $), le rendement courant sera de 8 % (80 $ ÷ 1 000 $). Si vous achetez l'obligation à 900 $ et que le taux de coupon est toujours de 8 %, le rendement courant sera alors de 8,89 % (80 $ ÷ 900 $). Par contre, si vous achetez l'obligation à 1 100 $ et que le taux de coupon est toujours de 8 %, le rendement courant sera alors de 7,27 % (80 $ ÷ 1 100 $). Comme vous pouvez le constater, le rendement courant ne prend en compte que les flux monétaires ainsi que la valeur courante du placement, et non le montant initial investi.

Le taux de rendement à l'échéance est plus représentatif du revenu total que vous recevrez en conservant l'obligation jusqu'à maturité. Le taux de rendement à l'échéance est égal à la somme des intérêts reçus depuis l'achat de l'obligation jusqu'à sa maturité plus tout gain ou perte en capital représenté par la différence entre le prix d'achat de l'obligation et sa valeur nominale à l'échéance.

Ainsi, contrairement au rendement courant, le rendement à l'échéance englobe à la fois le revenu d'intérêts et le gain (ou la perte) en capital enregistré. De plus, il permet de comparer les obligations avec différentes maturités et coupons. Par conséquent, lorsque vous envisagez l'achat d'une obligation, vous pouvez demander à votre conseiller financier de vous renseigner sur le taux de rendement à l'échéance étant donné les limites du taux de rendement courant.

6.5. CLAUSE DE REMBOURSEMENT ANTICIPÉ

Certaines obligations présentent des clauses de remboursement anticipé qui permettent ou obligent l'émetteur de l'obligation à rembourser la valeur nominale à l'investisseur à une date, fixée d'avance, antérieure à la maturité. Les obligations sont généralement remboursées par anticipation lorsque le taux en vigueur a chuté significativement depuis le moment où l'obligation a été émise. Avant d'acheter une obligation, veillez à toujours vous informer sur d'éventuelles clauses de remboursement anticipé. Les obligations avec clauses de remboursement anticipé ont habituellement un rendement annuel supérieur pour compenser ce risque.

6.6. OPTIONS DE VENTE

Réciproquement, certaines obligations ont des « clauses d'encaissement anticipé » qui offrent à l'investisseur la possibilité d'exiger de l'émetteur le

rachat de l'obligation à un moment précis, antérieur à la maturité. Les investisseurs exercent généralement cette option quand ils ont besoin d'argent pour des raisons personnelles ou lorsque les taux d'intérêt ont augmenté par rapport au moment de l'émission de l'obligation. Ils peuvent ainsi réinvestir le montant à un taux plus élevé.

7. QUELQUES PROPRIÉTÉS DE TITRES À REVENUS FIXES

Il existe des règles classiques concernant les fluctuations de prix des titres à revenus fixes. La connaissance de ces règles et caractéristiques aide à évaluer leur effet cumulatif sur la volatilité des prix et sur les risques rattachés à n'importe quel titre à revenu fixe.

1. Lorsque les taux d'intérêt montent, le prix des obligations baisse et lorsque les taux d'intérêt baissent, le prix des obligations monte.

2. Les obligations à faible coupon sont plus volatiles que celles ayant des coupons élevés.

3. Les obligations à long terme sont plus volatiles que les obligations à court terme.

8. RISQUES DES TITRES À REVENUS FIXES

Même si les titres à revenus fixes ont la réputation d'être des placements conservateurs, il n'en demeure pas moins que ces placements comportent certains risques.

Risque de marché (ou de prix) :

Lorsque les taux d'intérêt montent, le prix des obligations baisse et vice versa. Les investisseurs qui désirent vendre leurs obligations avant la date d'échéance peuvent parfois subir une perte en capital lorsque les taux montent.

Risque de défaut :

Il ne faut jamais oublier que lorsqu'on effectue un prêt, on court toujours le risque de ne pas être remboursé. Les récents scandales financiers des sociétés telles que Enron et WorldCom ont plus que jamais fait prendre conscience aux investisseurs de l'importance du risque de défaut.

Risque de remboursement anticipé :

Paradoxalement, une autre source de risque auquel doit faire face l'investisseur est que l'émetteur de l'obligation rembourse la valeur nominale de l'obligation à une date, fixée d'avance, antérieure à la maturité. Généralement, ceci arrive lorsque les taux d'intérêt sont bas; dans ce cas, l'investisseur est obligé de réinvestir son argent à des taux d'intérêt moins intéressants.

Risque de pouvoir d'achat :

L'inflation constitue le pire ennemi des placements à revenus fixes. En effet, à cause des paiements fixes prédéterminés dans le temps, toute hausse de l'inflation au cours de la détention de l'obligation entraîne une diminution du pouvoir d'achat. De plus, étant donné que notre investissement est « bloqué » jusqu'à l'échéance de l'obligation (10, 20 ou 30 ans), il devient difficile pour l'investisseur de profiter des taux d'intérêt élevés qui sont généralement associés à une hausse de l'inflation.

9. QUALITÉ DU CRÉDIT ET NOTATION

9.1. QUALITÉ DU CRÉDIT

Le choix d'une obligation peut se faire en fonction de sa qualité de crédit. Ce choix s'étend des obligations gouvernementales et des bons du Trésor assurés par la foi et le crédit du gouvernement aux obligations sous garantie et considérées comme spéculatives. La qualité du crédit est un important facteur à prendre en considération lorsqu'on évalue un investissement à revenu fixe. Lorsqu'une obligation est émise, l'émetteur doit fournir les détails quant à sa santé financière et son degré de solvabilité. Celle-ci peut vous être communiquée sur demande par votre conseiller en investissement. Comment savoir si une compagnie sera capable de respecter les paiements d'intérêts échelonnés sur une période de 5, 10, 20 ou 30 ans? Les agences d'évaluation du crédit donnent une notation à de nombreuses obligations dès leurs émissions et surveillent leurs développements pendant la durée de vie des obligations.

9.2. NOTATION

Au Canada, le *Dominion Bond Rating Service* de Toronto et la Société canadienne d'évaluation du crédit de Montréal offrent à leurs abonnés des services d'évaluation indépendante pour de nombreux titres d'emprunt. Les cotes attribuées aident les investisseurs à évaluer la qualité de leurs titres

d'emprunt et elles leur permettent de comparer leurs propres évaluations à celles d'analystes professionnels.

Ces services existent aussi aux États-Unis. Citons, par exemple, les maisons *Moody's* et *Standard and Poor's* qui, depuis de nombreuses années, fournissent des évaluations d'après une échelle graduée.

Les notations les plus hautes sont celles de AAA (S&P et DBRS) et Aaa (Moody's). Les obligations notées dans la catégorie BBB ou les catégories supérieures sont considérées comme papiers « sans risque ». Par contre, les obligations notées dans la catégorie BB et en dessous sont considérées comme papiers « à risque ».

Les investisseurs surveillent de près ces évaluations, et tout changement – surtout à la baisse – peut avoir des répercussions directes sur le cours du titre en question. Cette cote est en fait un indicateur de la probabilité qu'une société assurera sans interruption le paiement de l'intérêt et le remboursement du capital.

NOTATIONS DE CRÉDIT			
RISQUE	**MOODY'S**	**STANDARD & POOR'S**	**DBRS**
PAPIER SANS RISQUE			
Plus haute qualité	Aaa	AAA	AAA
Haute qualité (très forte)	Aa	AA	AA
Mieux que qualité moyenne	A	A	A
Qualité moyenne	Baa	BBB	BBB
PAPIER À RISQUE			
Plus ou moins spéculatif	Ba	BB	BB
Spéculatif	B	B	B
Hautement spéculatif	Caa	CCC	CCC
Le plus spéculatif	Ca	CC	C
Défaillance imminente	C	C	C
Défaillance	C	D	D

9.3. TYPES D'OBLIGATIONS ET LEUR RISQUE

Le facteur « risque » joue un rôle déterminant dans le choix d'un type d'obligation. Le risque est le résultat de l'interaction de la plupart des variables précitées : volatilité des prix, durée jusqu'à maturité, rendement et qualité de crédit.

9.3.1. Obligations à moindre risque

Obligations gouvernementales – Relativement sans risque et hautement liquides avec une notation de crédit élevée. Celles-ci ne vont pas avoir un rendement aussi important que les obligations à haut risque par exemple, justement parce qu'elles comportent des risques modérés. En général, un risque modéré va de paire avec un rendement modéré, alors qu'un risque plus élevé va de pair avec un rendement plus élevé. Généralement, ce type d'obligation apporte une sécurité à un investissement stratégique ou un portefeuille.

9.3.2. Obligations à risque modéré

Obligations municipales – Avec un risque modéré et relativement liquides avec une notation de crédit moyenne. Généralement, ce type d'obligation offre un rendement légèrement plus élevé que les obligations gouvernementales et constitue un complément intéressant en termes de diversification de portefeuille.

9.3.3. Obligations à plus haut risque

Obligations des sociétés (Crédits) – Généralement plus exposées à des risques que les obligations émises par les gouvernements et les municipalités, parce qu'elles sont directement en relation avec les avoirs des institutions par qui elles sont émises. De récents scandales tels que Enron et WorldCom illustrent la volatilité des crédits, comment ils sont dépendants de la stabilité des taux de crédit. Quand une société est « renotée » positivement ou négativement par rapport à sa qualité de crédit, les prix du crédit peuvent bouger avec une volatilité significative. Ces obligations peuvent être un excellent moyen de générer des profits et seraient un apport profitable dans un portefeuille fait en majorité de papiers sans risque.

Obligations « de pacotille » (*Junk bonds*) – Les obligations avec une notation inférieure à celle des investissements à risque sont communément appelées obligations « de pacotille ». Encore une fois, le rapport entre risque et revenu est évident. Les notations inférieures indiquent un plus grand

risque de défaillance, ce qui en même temps signifie la nécessité d'offrir un rendement plus important en compensation des risques encourus.

10. OBLIGATIONS À RENDEMENT RÉEL

Les obligations à rendement réel s'avèrent certainement une excellente avenue pour préserver le pouvoir d'achat de votre capital face à l'inflation. Généralement, le capital et les intérêts de ces obligations sont indexés à l'inflation. Lorsque le taux d'inflation annuel est bas, le rendement sur ces obligations est faible et, à l'inverse, lorsque le taux d'inflation annuel augmente, le rendement est ajusté à la hausse.

Par exemple, le gouvernement du Québec a émis des obligations à rendement réel ayant un taux de coupon de 3,3 % et venant à échéance en décembre 2013. Si le taux d'inflation annuel est de 2,5 %, le rendement de l'obligation sera ajusté en conséquence et devrait donc s'établir à 5,88 %. Le nouveau taux de coupon sera de 3,38 % (3,3 X 1,025), soit 33,82 $ et la nominale sera ajustée à 1 025 $ (1 000 X 1,025). Le problème est que, pour véritablement encaisser ledit rendement, l'investisseur devra attendre à l'échéance ou encore revendre son obligation sur le marché secondaire. Dans ce dernier cas, à cause du jeu de l'offre et de la demande, il n'est pas sûr qu'il pourra encaisser dans sa totalité l'ajustement calculé en fonction de l'inflation annuelle.

11. OBLIGATIONS INTERNATIONALES

Les « obligations étrangères » sont des obligations émises dans un autre pays que celui de l'émetteur et libellées dans une autre monnaie que celle du pays de l'émetteur, ce qui permet à ce dernier d'accéder à des sources de capitaux de nombreux pays.

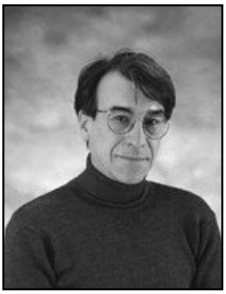
Les obligations étrangères offrent aux investisseurs et aux épargnants l'occasion de diversifier leurs portefeuilles tout en permettant à l'émetteur de se procurer des capitaux à des coûts plus avantageux dans les pays étrangers.

12. TRAITEMENT FISCAL DES TITRES À REVENUS FIXES

L'intérêt gagné sur une obligation est réputé être un revenu et il est imposé comme tel, au taux marginal de l'investisseur. L'intérêt doit être déclaré au fisc tous les ans, qu'il ait été versé ou non. Même si cet intérêt n'est versé qu'à l'échéance des obligations ou au moment où celles-ci seront encaissées, il doit être déclaré chaque année. Les titres tels que les bons du Trésor, vendus au-dessous du pair et rachetés au pair, sont réputés rapporter

de l'intérêt et non des gains en capital selon l'Agence des douanes et du revenu du Canada.

COMMENT AMÉLIORER LA MOBILISATION DES RESSOURCES? PAR DES TAXES « INTELLIGENTES », DES DÉPENSES PUBLIQUES PRODUCTIVES, UNE PERSPECTIVE À LONG TERME, DE LA TRANSPARENCE ET DE L'INFORMATION



Pierre Lefebvre
Ph. D.
Université du Québec à Montréal

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 16:3

1. LE CANADA : UNE LEÇON SUR LA DÉCENTRALISATION DES TAXES ET DES DÉPENSES PUBLIQUES 16:3

2. LA LEÇON DES TAXES « INTELLIGENTES » (*SMART TAXES*) : EFFICACITÉ ENGENDRE CROISSANCE 16:5

3. LA LEÇON DES DÉPENSES PUBLIQUES PRODUCTIVES : EFFICACITÉ ENGENDRE CROISSANCE 16:8

4. TROIS DÉFIS MAJEURS 16:11

4.1. LA « RÉVOLUTION » DU CAPITAL HUMAIN 16:11
4.2. DES SERVICES DE SANTÉ ESSENTIELS DE QUALITÉ ET ACCESSIBLES 16:13

4.3. LES FILETS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE : DES INSTITUTIONS INCONTOURNABLES 16:14

5. LA CROISSANCE DES DÉPENSES PUBLIQUES EST-ELLE INCONTRÔLABLE? 16:18

6. DES CONTRAINTES ET DES DÉFIS EXTERNES AVEC LA GLOBALISATION 16:19

6.1. L'ÉVOLUTION PRÉVISIBLE DE LA FISCALITÉ AVEC LA « GLOBALISATION » ET LA CROISSANCE DE LA TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION 16:19

6.2. MOBILITÉ DU CAPITAL, DES TRAVAILLEURS SPÉCIALISÉS (ET DE CERTAINS PRODUITS) 16:20

6.3. TENDANCES DES FINANCES PUBLIQUES ET DE LA FISCALITÉ DANS LES PAYS DÉVELOPPÉS 16:21

7. PARTENARIAT ET CONCERTATION : UNE ALCHIMIE DIFFICILE MAIS PORTEUSE 16:22

8. AUTRES CONSIDÉRATIONS : DISCIPLINE BUDGÉTAIRE, PERSPECTIVE À LONG TERME, TRANSPARENCE ET INFORMATION 16:23

9. MOBILISATION CONTRE LES ARMES DE DESTRUCTION MASSIVE *VERSUS* POUR LES ARMES DE SALUT MASSIF 16:24

INTRODUCTION

Les réflexions que je vous livre dans cette présentation sur le thème de la mobilisation des ressources me sont inspirées avant tout par mon expérience professionnelle de chercheur en finances publiques et sur les questions de politiques sociales au Canada et au Québec. Mais aussi à titre d'observateur attentif tant de l'évolution des politiques publiques en Amérique du Nord et en Europe que des disparités de développement entre les pays du « Nord » et du « Sud » pour employer une dichotomie simple.

Comme mes expériences de travail sur le terrain ne portent pas sur celui des pays en développement, qu'ils soient à économie de marché ou à économie de transition et, compte tenu de la grande diversité des situations et des conditions propres à chacun des pays[1], je me garderai de faire des commentaires ou des suggestions précises sur la mobilisation des ressources qui pourraient les concerner spécifiquement. Néanmoins, je pense que tous les gouvernements ont des défis similaires à relever : que les interventions publiques (taxation, dépense, réglementation, etc.) soient efficaces et innovatrices et qu'elles évoluent avec des besoins de la population qui changent! Et, en particulier, que les interventions favorisent l'égalité des chances, atténuent les inégalités économiques et sociales et réduisent l'insécurité économique associée à la vie sociale dans un monde d'interdépendances.

Je terminerai ma présentation sur cette idée d'interdépendance ou ce qui me semble plus approprié, l'interconnectivité de la planète et ses défis concernant la mobilisation des ressources du Nord vers le Sud.

1. LE CANADA : UNE LEÇON SUR LA DÉCENTRALISATION DES TAXES ET DES DÉPENSES PUBLIQUES

Vous connaissez sans doute le Canada mais sans être totalement familier avec les caractéristiques de sa gouvernance publique. Le Canada est une fédération (comme l'Allemagne, la Suisse ou les États-Unis) relativement décentralisée en termes d'interventions publiques avec deux paliers importants de gouvernement, le troisième est essentiellement celui des gouvernements locaux (villes) qui s'occupent des biens et services locaux. Le gouvernement fédéral s'occupe des responsabilités qui sont

[1] Sur le plan des enjeux, des institutions, de la géographie physique, de la culture, de l'histoire et des normes et traditions sociales.

habituellement dévolues aux gouvernements centraux (biens et services à caractère nationaux), d'un nombre limité de grands programmes de sécurité du revenu (assurance-chômage, rente de vieillesse de base, soutien des familles à faible revenu). Les États provinciaux sont responsables des biens et services publics provinciaux et de la grande majorité des programmes de dépenses sociales (dont les plus importantes sont la santé et l'éducation) et d'une large gamme de programmes associés au filet de la sécurité du revenu (accidents de travail, rente de retraite basée sur le revenu de travail, assistance sociale). Les deux paliers de gouvernement lèvent de façon autonome des taxes et des impôts sur les mêmes assiettes fiscales[2]. À ce titre, on peut dire que les deux paliers de gouvernement sont sur le même pied. Au palier local revient les taxes foncières sur la propriété qui assurent des revenus, promeuvent la responsabilité et l'autonomie locales et répondent en partie à l'objectif d'équité (les propriétés bénéficient directement des dépenses locales).

Les avantages d'un système de gouvernance décentralisé sont bien connus : meilleure prise en compte des besoins et des préférences des citoyens; plus grande efficience dans l'organisation des biens et services publics, notamment par le jeu de la concurrence intergouvernementale, degré plus élevé d'expérimentations et d'innovations conduisant à de nouvelles solutions aux problèmes et aux nouveaux défis. **Les désavantages d'une décentralisation des interventions publiques et de la fiscalité** sont aussi bien connus : problèmes d'efficacité productive; problèmes d'inefficacité fiscale; problèmes d'équité. Tous ces problèmes sont présents à divers degrés dans toute organisation décentralisée. **Les solutions pour mitiger les désavantages** sont également connues. Diverses solutions existent pour conserver les avantages de la décentralisation et réduire les inconvénients de la décentralisation fiscale. Elles sont de deux types : l'utilisation de programmes de transferts intergouvernementaux (au Canada, il y a une longue tradition d'expérimentation concernant les diverses formules de transferts, le Canada a mis en place d'importants régimes de transferts intergouvernementaux); l'utilisation de standards nationaux; la coordination des politiques; l'harmonisation fiscale et les accords de perception fiscale font partie de l'arsenal des moyens.

La Fédération canadienne, quelle qu'en soit la raison – adaptation, nécessité, improvisation –, a évolué au cours du dernier demi-siècle pour laisser plus d'espace fiscal aux gouvernements provinciaux (et locaux). En

---

[2] Les droits de douane qui représentent moins de 1 % des recettes fiscales fédérales lui étant réservés comme seule main-d'œuvre de la politique commerciale extérieure.

termes de revenus, la part du gouvernement fédéral, qui était cinq fois supérieure à celle des gouvernements provinciaux après la dernière guerre mondiale, est maintenant sensiblement égale sur la base des revenus autonomes (la part des provinces est légèrement plus élevée sur la base des revenus totaux dévolus aux deux paliers de gouvernement). Cette évolution de la Fédération canadienne, et sa flexibilité implicite, apparaît comme une caractéristique importante et désirable.

Pendant plusieurs décennies, la coopération intergouvernementale a produit des résultats impressionnants. On peut mentionner à cet égard la mise en place d'un régime d'assurance-maladie, le développement d'un système de l'enseignement post-secondaire, le déploiement d'un large filet de la sécurité du revenu avec des programmes de revenu minimum généraux et non catégoriques, des accords de perception fiscale facilitant l'harmonisation et la coordination des interventions fiscales, le programme de péréquation et de stabilisation du revenu des provinces. Cependant, les dérives dans la gouvernance des finances publiques au cours des années 80 et 90 ont bouleversé les relations de confiance à la base du fédéralisme coopératif canadien et se sont traduites ainsi par un prix élevé en termes économique, social et politique lorsque chaque gouvernement, chacun pour soi, a cherché le rétablissement de son équilibre financier.

2. LA LEÇON DES TAXES « INTELLIGENTES » (*SMART TAXES*) : EFFICACITÉ ENGENDRE CROISSANCE

Pour le contribuable, le constat que différents paliers de gouvernement occupent, exclusivement ou non, différentes assiettes fiscales ou que la division d'un champ particulier de taxation soit égale ou non n'a pas de conséquence dans la mesure où **toutes les taxes** sont supportées par les individus[3] et impliquent un fardeau dont la contrepartie est évidemment les bénéfices sociaux engendrés par les programmes de dépenses publiques. Or, le fardeau social de la taxation – ou en termes plus techniques, le coût marginal social des fonds publics –, tout en variant sensiblement en fonction de la structure des taxes et des assiettes utilisées, reste sensiblement supérieur à un dollar par dollar de recette fiscale supplémentaire.

---

[3] Il est plus difficile d'identifier quels individus paient quelle part de quelles taxes ou cotisations ou impôts. La seule façon légitime (excluant la fraude fiscale) pour un individu d'éviter taxes et impôts est de quitter le pays. Les facteurs « mobiles » y compris le capital peuvent évidemment avec le temps aussi se déplacer, ce qui laisse le poids du fardeau des taxes aux « nationaux ».

L'analyse économique souligne qu'il y a un coût marginal social à percevoir des impôts qui n'est pas apparent et différent de celui du fardeau direct, abstraction faite des coûts d'administration. Parce que la fiscalité a pour effet d'introduire un écart entre les prix (à titre d'exemple, entre la rémunération brute du travail payée par l'employeur ou le rendement brut du capital et la rémunération reçue par les travailleurs ou le rendement net des impôts et taxes reçues par les détenteurs du capital), les incitations économiques sont modifiées et, potentiellement, l'ensemble des décisions relatives au travail, à l'épargne et à l'investissement. L'ampleur de ces « distorsions » est liée, toutes choses égales dont la sensibilité d'ajustement, avec le niveau des taux de taxe – elle croît plus que proportionnellement avec le taux. On utilise parfois la métaphore de la « fuite » du système fiscal pour décrire ces pertes d'efficacité et de bien-être supportées par l'ensemble des contribuables. Par ailleurs, selon les critères de l'efficacité et de la croissance économique, le potentiel de « dommages » de chaque type de taxe n'est pas le même[4]. Par exemple, il est généralement admis que les taxes à la consommation et les revenus de travail apparaissent comme plus favorables à croissance, à la création d'emplois et de revenus, que les taxes sur le revenu du capital.

En d'autres mots, la mobilisation de ressources financières internes pour financer les activités d'un gouvernement ne peut se faire indépendamment de la question de la composition du panier des taxes. Les travaux en économie indiquent que ce n'est pas seulement le poids des impôts et des taxes dans l'économie qui importe pour maintenir la compétitivité et créer un contexte favorable à l'augmentation du niveau de vie, mais la structure fiscale, c'est-à-dire l'importance relative des différentes taxes (par rapport à l'ensemble) et la structure de chacune (définition de l'assiette, taux, etc.).

D'où la nécessité d'examiner la composition du panier des taxes et pas seulement le poids des impôts et des taxes dans l'économie. Le tableau 1, qui compare le Canada avec les États-Unis et les principaux pays européens en termes de composition et de niveau des recettes fiscales par rapport au produit intérieur brut (ci-après « PIB »), illustre la difficulté d'interpréter la corrélation entre poids des recettes fiscales et croissance. Tout en affichant des ratios recettes fiscales/PIB différents, le Canada et les États-Unis mettent à contribution essentiellement les mêmes assiettes fiscales et dans des proportions similaires. Le poids des recettes fiscales dans le PIB au Canada

---

4 Il faut noter que des taxes sur des assiettes largement définies impliquent des taux de taxation plus faibles et, de façon générale, de plus faibles distorsions, toutes choses égales.

est inférieur à celui de la plupart des pays européens, sauf l'Irlande. En revanche, de 1988 à 1998, le Canada a connu une croissance réelle très médiocre, tout comme la Suède qui, des pays identifiés, a le plus fort ratio recettes fiscales/PIB. Certains avancent que les pays européens (ceux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »)) compensent le coût élevé de leur main-d'œuvre – les rigidités sur le marché du travail conduisant à des taux de chômage et d'inactivité élevés – par une plus grande productivité découlant d'investissements encouragés par une fiscalité plus favorable aux entreprises. Le poids des impôts n'est donc pas le seul élément à considérer comme déterminant de la croissance des emplois et des revenus.

La fonction essentielle des taxes est de fournir aux gouvernements des ressources pour la production de biens et de services dont la consommation collective ou sociale serait insuffisante ou, si elle était laissée au secteur privé de production, non profitable. Les autres objectifs (redistribution[5], stabilisation de l'économie[6]) souvent associés à la fiscalité sont secondaires et peuvent plus facilement être atteints par la croissance de l'économie et les dépenses publiques (voir plus bas). Comment la fiscalité soutient la croissance : (1) en favorisant (augmentant[7]) l'épargne; (2) en canalisant l'épargne dans ses utilisations les plus productives; (3) en accroissant les dépenses de consommation productives telles que l'éducation et la santé (cette idée est développée plus bas); (4) en décourageant les consommations (et les investissements) non productives et extravagantes, à titre d'exemple, telles que les voitures de luxe ou énergétiques et les habitations de grand luxe; (5) en réduisant ou en éliminant les distorsions, introduites par le système fiscal et certaines autres politiques publiques qui ralentissent la croissance; (6) en éliminant ou en réduisant les distorsions dans les prix relatifs des facteurs de production. Les exemples de « distorsions » dans tous les pays sans exception sont biens connus, il n'est pas nécessaire que j'élabore plus sur ce sujet.

---

5 Comme la « manipulation » d'une distribution particulière du revenu qui résulte du fonctionnement « libre » d'une économie de marché.

6 Le consensus dans les pays développés est que la politique monétaire joue (ou peut jouer) le plus grand rôle à cet égard à condition que l'équilibre des « finances publiques » du pays ne soit pas au bord de la catastrophe et la dette publique à un niveau insoutenable financièrement.

7 L'épargne agrégée d'une économie (abstraction faite des entrées de capitaux étrangers – l'épargne étrangère) dépend aussi de l'épargne publique (déficit des finances publiques). Une épargne publique négative peut ainsi jouer négativement sur le niveau des investissements dans l'économie.

Il est vrai que les finances publiques dans les pays en développement ou en transition sont dans un état fragile et que, par ailleurs, leurs régimes fiscaux ne sont pas reconnus comme ayant un degré élevé d'efficacité et générant suffisamment de revenus publics. Cela rend d'autant plus difficile la tâche d'un ministre des Finances, celle de convaincre son gouvernement et les citoyens qu'une taxation plus efficace procurerait des gains importants à plus long terme, mais souvent au prix de différents types de sacrifices au moment de la mise en œuvre et sur l'horizon à court terme. Le même dilemme caractérise les pays développés soumis aussi aux « populistes » peu scrupuleux et aux élites conservatrices. De telles réformes fiscales sont, soit ignorées, soit ne sont pas présentées (ou faussement) dans les discussions publiques parce que les dirigeants politiques sont trop inquiets de la perception de telles modifications. C'est-à-dire, qu'elles seraient perçues comme favorables au « capital » et ainsi aux plus riches. Cependant, le point crucial est que des niveaux plus élevés de capital (et donc d'investissements) dans l'économie augmentent les salaires de tous les travailleurs – qualifiés et non qualifiés – d'une façon pratiquement uniforme et sans effet notoire sur l'inégalité. En d'autres mots, les taux tendanciels de croissance des emplois de tous les types de qualification, des salaires et de la consommation vont de pair avec le taux d'accumulation du capital humain et physique.

3. LA LEÇON DES DÉPENSES PUBLIQUES PRODUCTIVES : EFFICACITÉ ENGENDRE CROISSANCE

Plus encore, des travaux économiques qui portent plus directement sur les facteurs de croissance économique identifient non seulement la composition du panier des taxes, mais aussi l'usage que font les gouvernements des deniers publics. Dans l'explication « classique » de la croissance, les moteurs étaient l'accroissement naturel de la population et le progrès technologique qui venait par soi-même, sans l'influence du gouvernement. La taxation ne se faisait sentir que sur les parts relatives des revenus de travail et de capital. Or, les avancées plus récentes en science économique tendent à montrer que la croissance et les innovations technologiques dépendent de l'accumulation de capital humain et physique, laquelle est influencée par la taxation et les dépenses gouvernementales[8]. Ainsi, des dépenses publiques relativement plus « productives », à recettes fiscales données, peuvent accroître le rythme de la croissance, comme le

[8] L'accroissement de la population relève à long terme des comportements de fécondité qui peuvent être influencés par le contexte économique, la fiscalité, les transferts et les dépenses publiques. Dans une certaine mesure, le gouvernement peut agir sur cette croissance notamment par sa politique d'immigration.

montrent les études récentes dans ce domaine[9]. Le tableau 2, portant sur le Canada, illustre qualitativement la nature des arbitrages possibles entre les types de taxes et les types de dépenses publiques ainsi que leurs effets potentiels sur l'évolution des revenus à long terme. Le scénario le plus favorable à la création de « richesse » est celui où une baisse des taxes sur le revenu du travail serait compensée par une baisse des dépenses publiques qui prennent la forme de transferts aux individus. Le plus défavorable serait une baisse des taxes à la consommation compensée par une baisse des dépenses publiques au titre des biens et services publics au sens strict, suivie de près par une baisse des dépenses publiques favorisant le développement du capital humain.

Quelles sont plus spécifiquement les dépenses productives? Ce sont celles qui génèrent des bénéfices sociaux nets, c'est-à-dire qui dépassent largement et non pas à la marge le coût social des taxes et des impôts. À ce titre, il y a un ensemble complet de ces institutions communes et essentielles à la gouvernance et à la régulation d'une économie de marché : celles qui dans un pays assurent l'accès libre à un large marché commun de biens, de services, du travail et du capital; leur libre circulation ainsi que des droits de citoyenneté peu importe où les personnes décident de résider et de travailler auxquels on peut ajouter des droits de propriété. Ce sont aussi certains biens et services publics qui ont un caractère fortement collectif parce qu'ils exploitent les économies d'échelle ou les effets externes qui sont associés aux programmes de dépenses. Les domaines qui illustrent bien ce type d'intervention publique sont la « protection » contre les menaces intérieures (la loi et l'ordre, les services policiers, les services d'incendie, etc.), les infrastructures de base (routes, ponts, etc.), l'environnement, la justice, la régulation monétaire et financière, etc.

Ce que l'on qualifie souvent de services sociaux (la santé, l'éducation, la protection contre les risques de perte ou de variabilité de revenu) sont de même nature. Néanmoins, ils ont pris plus d'importance dans les sociétés modernes et dynamiques[10], c'est-à-dire qui doivent constamment s'adapter

---

9 Voir, pour ce type d'évidences concernant les pays de l'OCDE, R. KNELLER et autres, « Fiscal Policy and Growth: Evidence from OECD Countries », (1999), vol. 74, n° 2 *Journal of Public Economics* 171-190.

10 La croissance des dépenses publiques dans les pays développés depuis 40 ans (en % du PIB) tient presque exclusivement à la hausse des dépenses sociales. Les dépenses publiques traditionnelles (infrastructures, armée, justice, etc.) ont stagné ou régressé (en % du PIB).

aux changements, à certains « chocs » internes ou externes, aux comportements des individus.

Je voudrais singulariser ici les services d'éducation (les services de santé font l'objet de commentaires plus bas) pour illustrer qu'un gouvernement doit constamment faire des choix, évaluer les résultats de ses politiques et les réviser compte tenu que les individus modifient et adaptent toujours leurs comportements face aux incitations qui découlent de toute politique publique. Dans les pays développés, les services d'éducation primaire et secondaire sont offerts sur une base universelle et gratuite. Les retombées sociales et individuelles de ces services sont très importantes et se font sentir dans les comportements des individus tout au long de leur vie. On considère que l'obtention d'un diplôme d'études secondaires est le minimum nécessaire pour réussir et poursuivre sa formation sur le marché du travail. En prenant le cas du Canada (que je connais le mieux), on constate aujourd'hui qu'environ 25 % des jeunes n'ont pas obtenu un tel diplôme à 20 ans (certains peuvent revenir aux études plus tard). En outre, certains parmi les diplômés ont une maîtrise déficiente des habiletés de base (en lecture, en calcul, etc.) qui devrait caractériser l'obtention de ce diplôme, ce qui constitue un handicap pour la poursuite d'une formation subséquente.

Par ailleurs, le Canada, comme d'autres pays développés, met beaucoup l'accent sur les études post-secondaires. Par rapport aux autres pays de l'OCDE, le Canada est celui qui consacre le plus de dépenses publiques en proportion de son PIB à l'enseignement supérieur et où la part publique du financement de l'enseignement supérieur est la plus élevée. Ce n'est que plus récemment que la part assumée par les premiers bénéficiaires de l'enseignement supérieur (par les frais de scolarité) a augmenté ces dernières années dans la plupart des provinces (l'enseignement supérieur est une responsabilité provinciale au Canada). Certaines provinces n'ont pas permis que les frais de scolarité augmentent et toutes les provinces ont autorité sur le montant et la croissance des frais de scolarité. La demande et la participation à l'éducation supérieure ont connu une croissance spectaculaire au Canada. Les ressources des institutions d'enseignement supérieur qui sont toutes publiques au Canada n'ont pas suivi cette hausse parce que les gouvernements n'ont pas augmenté leurs subventions au même rythme et n'ont pas permis que les frais de scolarité suivent le rythme d'augmentation des coûts. La conséquence est évidemment un partage des ressources sur un plus grand nombre d'étudiants et une relative dégradation de la qualité des formations.

Or, la plus grande partie des bénéfices de l'éducation post-secondaire sont privés et appropriés par les individus sous la forme de revenus plus

élevés au cours de leur cycle de vie. Au Canada, on calcule que le rendement annuel moyen (toutes disciplines confondues) de l'enseignement supérieur pour un diplômé est d'environ 10 % (12 % pour les femmes). Du point de vue de l'efficacité et de l'équité, la question n'est pas de savoir si les subventions publiques sont suffisantes ou non, mais bien plus de décider de combien les frais de scolarité devraient augmenter et des efforts supplémentaires qui devraient être consentis pour accroître le taux des diplômés et la qualité du diplôme au niveau secondaire. Au Canada, en moyenne, 85 % des coûts de l'éducation post-secondaire sont payés par les gouvernements. En 1998, 38 % des étudiants inscrits en première année à l'université proviennent de familles dont le revenu est supérieur à 70 000 $, alors qu'il n'y a que 20 % des familles comparables qui ont un tel revenu.

Les discussions sur la question du financement de l'éducation supérieure ont surtout porté sur la croyance que les contraintes de crédit sont importantes dans la poursuite des études supérieures et le mythe que l'éducation supérieure produit des externalités importantes (des bénéfices engrangés par les tiers au-delà de la hausse des rémunérations captées par les diplômés). Les évidences empiriques indiquent que les contraintes de crédit à court terme ne découragent pas la participation à l'enseignement supérieur. Elles suggèrent que les facteurs à long terme (préparation à l'enseignement supérieur, succès scolaire passé, motivation, attentes) structurés par la famille et les environnements institutionnels ou non expliquent la relation positive entre le revenu familial et la poursuite d'études post-secondaires. L'effet distributif du niveau de subventions publiques dans l'enseignement supérieur soulève donc des questions d'équité et d'efficacité qui sont controversées et délicates sur le plan politique pour les gouvernements. La forte subvention publique implicite qu'impliquent de faibles frais de scolarité serait doublement perverse au plan distributif, en faveur des personnes venant de milieux plus favorisés par des personnes dont les revenus seront beaucoup plus élevés que ceux de la moyenne des contribuables qui la financent. Enfin, la grande mobilité (interprovinciale ou internationale) de certains diplômés (dans certains secteurs) de l'enseignement supérieur soulève d'autres types de questions d'équité et d'efficacité pour le financement public.

4. TROIS DÉFIS MAJEURS

4.1. LA « RÉVOLUTION » DU CAPITAL HUMAIN

La qualité du capital humain d'une société est devenue l'ingrédient essentiel pour assurer le dynamisme et la compétitivité de l'économie et asseoir la prospérité future d'une société. Les individus avec des niveaux

plus élevés d'éducation et de formation professionnelle développent des habiletés et des compétences qui sont fortement valorisées par le marché du travail. Elles le sont plus qu'autrefois, ce qui accroît – on a tendance à l'oublier – l'incitation à les acquérir et à choisir les occupations où ces habiletés sont récompensées. De même, le marché récompense fortement l'entrepreneurship, l'originalité et la création. On peut donc comprendre pourquoi il y a une hausse des activités d'innovation et de création. Beaucoup d'entreprises ont été créées dans de nouveaux domaines et elles ont connu une croissance fulgurante. De plus, les nouvelles technologies favorisent ceux qui ont le plus de qualifications au détriment des moins qualifiés. Les économies se sont transformées considérablement au cours des dernières décennies : la production de services domine maintenant très largement celle des biens, alors que la production de ceux-ci incorpore tant du capital physique que des expertises techniques provenant du capital humain. En ce qui concerne l'obtention de capitaux pour financer des investissements, l'innovation, la recherche-développement, la réduction de distorsions institutionnelles, la réduction des intermédiaires ainsi que la diminution des coûts de transactions financières ont rendu plus accessible et moins onéreuse l'obtention de capitaux permettant de financer une multitude de projets et d'idées.

Comment utiliser judicieusement les ressources rares de la société? Les évidences empiriques de la recherche, si on les prend au pied de la lettre, suggèrent que la stratégie la plus porteuse à long terme est d'investir dans les très jeunes, d'améliorer les apprentissages de base et les compétences sociales et puis de hausser les taux de réussite à l'école secondaire et, enfin, de favoriser la poursuite des études post-secondaires dans tous les domaines.

La politique fiscale peut jouer un rôle important à cet égard. Les dispositions fiscales des régimes de taxation du revenu des particuliers et des sociétés dans les pays développés sont plus favorables à la formation du capital humain que du capital physique, plus favorables aux travailleurs les plus qualifiés et à plus haut revenu (qui investissent et profitent le plus de la formation en emploi), et plus favorables à l'investissement dans la formation sur le tas que dans l'éducation formelle (les coûts de formation en emploi sont déductibles pour l'employeur et récupérés par des salaires plus faibles durant la période de formation). Une taxe proportionnelle sur le capital humain (c'est-à-dire sur le revenu de travail) entraînerait moins de distorsions. En d'autres mots, le coût pour un individu d'investir dans son capital humain est le coût en termes de salaires perdus durant sa période de formation initiale ou des périodes ultérieures en cours d'emploi ainsi que les frais de scolarité et coûts afférents. Dans la mesure où ces derniers sont déductibles de l'impôt personnel, une taxe sur les salaires a des effets

négatifs mitigés sur l'accumulation de capital humain. Ceci suggère que les taxes sur le capital humain doivent être augmentées et les taxes sur le capital physique diminuées pour mieux promouvoir la croissance de salaires. Une approche similaire est de taxer le revenu dépensé sur une base personnelle.

De telles réformes fiscales sont potentiellement plus à la portée des pays développés. Cependant, ce que cette orientation suggère c'est un système d'éducation structuré en pyramide où tous les enfants, garçons et filles, sont scolarisés au minimum pour atteindre la fin du primaire et avec une importante proportion qui termine des études secondaires générales et techniques. Et, pour les plus doués et motivés, un soutien financier pour accéder à des études post-secondaires. Un soutien financier n'a pas la même signification et implication que d'avoir un système d'éducation universitaire public et totalement gratuit. Ces systèmes publics, le plus souvent, manquent de ressources et offrent des formations dont la qualité est discutable.

4.2. DES SERVICES DE SANTÉ ESSENTIELS DE QUALITÉ ET ACCESSIBLES

Les services de santé sont similaires aux services d'éducation, ils constituent des investissements dans le capital humain des personnes. Des enfants malades constituent un fardeau financier pour les parents qui doivent leur consacrer du temps précieux, ne peuvent se développer convenablement et devenir des citoyens productifs. De même, des adultes malades ne peuvent plus subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille.

Les pays développés font face à une croissance importante des dépenses publiques en santé qui posent des problèmes pour les équilibres budgétaires et soulèvent des questions de fond sur l'efficacité et l'équité des interventions publiques. Malgré un système de santé très articulé et une espérance moyenne de vie élevée, il y a des disparités (ou des inégalités dans les états de santé) importantes dans la morbidité (l'incidence de différentes maladies) et la mortalité selon le statut socio-économique des personnes et des familles. Le système de santé combine une sur-consommation de certains soins ou services médicaux dans plusieurs domaines et une sous-consommation dans d'autres domaines, souvent soumis à un rationnement important, souvent décidé arbitrairement et de façon hiérarchique. Une meilleure façon de faire face au défi de la croissance de la demande de soins de santé de qualité et d'assurer un accès équitable avec des niveaux de protection adéquats consiste à adopter une approche philosophique fort différente de celle de la monopolisation publique des services de santé. D'ailleurs, celle-ci a pour effet secondaire de rendre ce secteur d'activité peu dynamique et soumis à la « concurrence » étrangère. Le Canada dans son ensemble et certaines provinces en particulier dont le Québec « exportent »

(ou se voient ravir) une partie de la main-d'œuvre spécialisée, éduquée dans le système public et formée dans le système public de santé et « importent » autant des « innovations » dans le domaine des soins de santé que de la main-d'œuvre spécialisée (notamment des infirmières) formée et venant de l'étranger. Une approche plus novatrice combinerait les éléments suivants : une part de coassurance avec des plafonds; le recours à des mécanismes de prix afin de réguler l'offre des services parmi les producteurs et un mécanisme pour mieux répartir les coûts entre les générations. Par exemple, la constitution d'un fonds pour payer les services d'hébergement futurs des personnes devenues âgées (certains pays développés ont mis en place de tels fonds à l'aide d'une taxe sur les revenus bruts de travail). Selon une telle approche, le gouvernement se retirerait du financement public des services de santé mais il resterait le principal « payeur », mais en mettant « l'argent » entre les mains des consommateurs et des producteurs de services en fonction de leurs performances et réalisations. Cette approche implique de pratiquer la décentralisation et de faire confiance aux mécanismes d'incitation qui découlent de sa mise en place.

Taxer et dépenser efficacement sont les meilleurs leviers pour rehausser la croissance des emplois et des revenus. Et, de façon plus importante, la croissance des revenus crée le support politique nécessaire pour assurer un système fiscal équitable et financer les biens et services publics nécessaires pour supporter cette croissance et répartir les gains qui en découlent.

Ces orientations, pour les pays moins développés, suggèrent qualitativement un système de santé de base où les dépenses publiques sont sélectives et consacrées en priorité à la préservation de la santé des catégories de la population les plus vulnérables et pour lesquelles une détérioration de l'état de santé aura des conséquences catastrophiques.

4.3. LES FILETS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE : DES INSTITUTIONS INCONTOURNABLES

Les gouvernements jouent un rôle d'efficacité sociale essentiel en favorisant la mise en place de différentes formes d'assurances collectives protégeant les individus, notamment contre les risques suivants : risque de chômage (et d'accident de travail), risque de maladie, risque associé à l'âge et à la retraite, risque de pauvreté temporaire et permanente chez les adultes (et par ricochet chez les enfants) ainsi que les risques de déqualification et d'obsolescence professionnelle. À cet égard, lorsque les gouvernements s'éloignent des principes généraux d'assurance, les coûts en termes de perte d'efficacité et d'équité peuvent être très importants.

L'exemple le plus typique et qui l'illustre le mieux dans les pays développés concerne le programme d'assurance-chômage : comme système de transferts interrégions (lorsque le régime est centralisé) et intersectoriels, il peut devenir très coûteux, favoriser un mode de gestion de la main-d'œuvre pervers et être considéré par les travailleurs comme un régime complémentaire de sécurité du revenu. Le programme de l'assurance-emploi a toujours été une source d'inefficacités sur le marché du travail et un programme peu convaincant comme mécanisme de redistribution du revenu, de « revenu minimum » ou pour protéger les travailleurs moins qualifiés contre les conséquences de changements permanents du marché du travail et du déclin de certains secteurs d'activité (un phénomène durable dans toute économie dynamique).

Le seul objectif légitime en termes d'efficacité et d'équité d'un tel régime est de protéger les travailleurs contre le risque de perte de revenu sur une base d'assurance et pour une durée limitée. Au Canada, actuellement la seule contribution des employeurs (les employés y contribuant aussi) est plus que suffisante pour en assurer le financement et dégager un surplus selon les règles de prudence. Le régime finance d'autres dépenses comme des prestations de maternité et de congé parental pour les travailleurs, la formation de la main-d'œuvre au chômage et des programmes de transition et d'adaptation lorsqu'une industrie particulière s'effondre. Comme les cotisations du régime dépassent largement les dépenses qui sont imputées au régime, le « surplus » est affecté au financement général du gouvernement y compris la réduction de la dette. Cependant, cette situation est source d'iniquité fiscale puisque les cotisations sont plafonnées à un certain seuil de revenu de travail près de la moyenne. Ceci signifie que les revenus de travail au-delà de ce seuil ne contribuent pas par cette taxe au « surplus ».

Dans les pays développés, outre les programmes de type assurance qui n'établissent pas toujours un lien serré entre bénéfices et cotisations, les programmes en matière de réduction des inégalités économiques et d'atténuation de l'insécurité du revenu ont une efficacité qui laisse à désirer. Certains de ces programmes mettent un accent indu sur les transferts monétaires aux familles sans ou à très faible revenu ou à faible qualification. Ce qui ne rend pas le travail financièrement attrayant, maintient les personnes en situation d'inactivité économique, les exclut socialement et contribue à les maintenir dans une « trappe » de pauvreté.

Il y a aussi un accent indu sur les programmes publics de formation. Les recherches indiquent que pour atténuer les « chocs » provenant du marché du travail, les mesures « actives » sont supérieures aux mesures « passives ». Cependant, les statistiques de l'OCDE indiquent que près de 60 % des

sommes consacrées aux mesures dites actives au Canada, à titre d'exemple, sont dépensées dans le cadre de programmes publics de formation. Ces programmes, abstraction faite des programmes plus ciblés et courts d'aide à la recherche d'emploi, sont essentiellement de la formation donnée en dehors des entreprises privées. La recherche montre que les participants en tirent peu de bénéfices et que ces dépenses sociales ne passent pas le test usuel des avantages/coûts sociaux. La prémisse sous-jacente à tous ces programmes est que les adultes avec peu ou pas de qualifications, que les bénéficiaires de l'aide sociale aptes au travail ainsi que les travailleurs déplacés plus âgés peuvent être transformés en détenteurs d'emplois bien rémunérés. Malheureusement, la réalité est différente.

Il y a donc, d'une part, un déséquilibre entre les dépenses sociales consacrées aux « plus jeunes » et aux « plus vieux », et d'autre part, un déséquilibre entre les dépenses en formation publique et privée. L'analyse économique suggère qu'il vaut mieux « investir » ou dépenser là où les rendements financiers et sociaux sont les plus élevés : d'abord pour les jeunes et, pour les plus vieux, les soutenir par des crédits ou des suppléments au travail qui favorisent la formation privée sur le tas. Le conflit ici se situe entre l'efficacité économique et des valeurs sociales et non pas directement entre efficacité et justice sociale au plan économique. La société accorde de la valeur au travail au-delà de ses aspects pécuniaires. Faire un travail est aussi un acte de dignité individuelle. Il apporte des bénéfices généraux aux familles, à l'environnement des jeunes enfants et il confère des bénéfices aux communautés où vivent les personnes et à la société. Alors la société peut être d'accord pour subventionner des emplois moins « inefficaces » ou à faible productivité. De fortes subventions incitent les personnes à opter pour des activités de travail. Cependant, le mécanisme des subventions à l'emploi est fort différent de celui des subsides à l'investissement en formation.

Les gouvernements n'ont pas été souvent innovateurs dans ces domaines, tout en convenant que les programmes existant puisent aux trois grandes approches classiques : (1) encouragement à gagner plus (accroissement de la demande des travailleurs peu qualifiés, amélioration de l'employabilité et des qualifications) afin de renforcer la différence entre le revenu du travail et le revenu d'assistance sociale; (2) suppléments ajoutés aux faibles revenus tirés du travail par d'autres sources de revenu (assistance sociale, mesures fiscales telles que les crédits remboursables ou des prestations fiscales pour les enfants à charge); (3) atténuation des effets négatifs ou dommageables de la pauvreté par des bénéfices en nature (en santé, en habitation, en éducation) aux personnes et aux familles à faible revenu.

Dans ce domaine, les gouvernements peuvent jouer un rôle important sur le plan de l'efficacité et de la redistribution. Par exemple, en matière de politique active sur le marché du travail, une mesure qui apparaît comme ayant plusieurs effets positifs (réduction de la pauvreté, réduction des trappes de pauvreté et d'inactivité, inclusion sociale) est un programme de supplément du revenu du travail. Plusieurs pays ont mis en place de tels programmes. Ils impliquent des dépenses considérables aux États-Unis et au Royaume-Uni. En France, ce programme national est plus modeste mais le gouvernement vise à l'amplifier avec les années.

Pour les familles, les évidences empiriques indiquent que l'accroissement du revenu familial au-delà d'un certain seuil permettant de couvrir, par exemple, les besoins matériels de base des enfants, ne corrige pas les problèmes associés à la pauvreté des enfants et n'améliore pas significativement leurs chances futures de succès. En revanche, on a observé que les programmes qui procurent des bénéfices en nature (tels que le « counselling » alimentaire, les suppléments alimentaires aux mères monoparentales enceintes ou aux très jeunes mères pauvres, les programmes alimentaires à l'école, l'éducation précoce aux enfants provenant de milieux défavorisés) donnent des résultats importants à long terme.

Quelles implications peut-on tirer pour les pays en développement et en transition de cette brève revue des défis et des enjeux de la sécurité du revenu dans les pays développés[11]? Les filets sociaux de sécurité jouent des rôles irremplaçables sur les plans de l'efficacité sociale et de la redistribution : (1) en protégeant les ménages, les familles et les personnes contre les risques de perte de revenu et de réduction de la consommation importante; (2) par leur mécanisme d'assurance et de mutualisation collective des risques, ils n'ont pas les faiblesses qui caractérisent les mécanismes de protection venant de la famille étendue; (3) ils préviennent les comportements indésirables comme l'engagement dans des activités dangereuses pour la santé et la vie, criminelles ou marginales et peu productives que peuvent entreprendre les personnes sur le point de tout perdre; (4) ils soutiennent le développement humain en permettant aux familles de maintenir leurs dépenses d'éducation et de santé qui sont cruciales pour la croissance; (5) ils réduisent les incitations à désinvestir dans les différents types de capital (physique et social) que les ménages

[11] Sur les filets de sécurité dans les pays en développement et en transition on pourra consulter les excellents travaux et les bilans faits par la Banque mondiale (http://www.worldbank.org/poverty/safety/) ainsi que son rapport *World Development Report 2000/01 Attacking Poverty* et les stratégies de gestion des risques sociaux par régions et pays (http://www.worldbank.org/wbi/socialsafetynets/rpublications.html).

possèdent et dont dépend leur productivité présente et future; (6) ils facilitent la mise en place des mécanismes de marché et les réformes en les rendant politiquement acceptables; (7) ils protègent les communautés et les régions contre les conséquences de « catastrophes » (sécheresse, famine, épidémie); (8) ils réduisent les conséquences pécuniaires et sociales des risques qui peuvent toucher tout le pays (sécheresse, inondation, crise financière, détérioration des termes de l'échange); (9) ils protègent les plus pauvres tels que les invalides, les orphelins, les personnes incapables de travailler, les personnes âgées sans famille et sans revenu qui sont aussi des risques collectifs; (10) ainsi ils promeuvent l'efficacité économique en soutenant une croissance durable.

Pour ce qui est du financement, il n'y a pas de porte de sortie. Les revenus doivent venir, d'une part, des cotisations des assurés pour les régimes plus spécifiques de prévoyance et d'assurance et, d'autre part, des revenus généraux du gouvernement. À titre d'illustration, en France, on y trouve, entre autres cotisations, la contribution sociale généralisée (en principe sur tous les types de revenu) pour financer une partie, en principe l'assurance-maladie, une petite contribution prélevée sur le salaire brut visant au remboursement de la « dette sociale », c'est-à-dire destinée à combler les déficits passés de l'assurance-maladie; puis une contribution de solidarité imposée aux fonctionnaires puisqu'ils bénéficient de la garantie d'emploi, égale à 1 % de l'ensemble de leurs revenus, déduction faite des cotisations sociales obligatoires et des retenues pour leur régime de pension.

5. LA CROISSANCE DES DÉPENSES PUBLIQUES EST-ELLE INCONTRÔLABLE?

Les programmes qui procurent des biens et services publics au sens large (incluant l'atténuation des inégalités économiques et la réduction de la variabilité du revenu ou de la consommation associée aux différents aléas de la vie en société) jouent un rôle efficace et utile lorsque leurs retombées sociales (en termes d'avantages rendus ou de coûts sociaux évités) sont importantes et lorsqu'ils n'entraînent pas des changements pervers importants des comportements économiques ou des effets secondaires indésirables. Les programmes de la sécurité du revenu, notamment, permettent d'illustrer l'arbitrage délicat à réaliser en termes de coûts d'incitation et de bénéfices de protection : plus l'accent est mis sur « l'indemnisation », afin de réduire les inégalités de résultats plutôt que sur des stratégies proactives ou des actions à long terme de prévention afin de réduire les inégalités d'opportunités, plus les groupes visés agiront stratégiquement pour en tirer un bénéfice. La conséquence sera une croissance des dépenses de programme.

Le même phénomène s'observe dans le secteur des services sociaux ou d'éducation ou de santé quand le gouvernement fixe des paramètres à incidence budgétaire. Les exemples qui peuvent illustrer que les gouvernements planifient peu ou mal leurs interventions sont presque illimités si on passait en revue les pays et ceci, même sur un horizon de temps court. Une approche stratégique à la gestion des dépenses publiques, qui prend en considération discipline des dépenses (enveloppe de dépenses explicite, pré-établie et soutenable au plan budgétaire), efficacité (priorités explicites, mobilité des ressources entre les enveloppes (selon les résultats obtenus et les priorités révisées)), efficacité de résultats (gains de résultats, monitorage des performances relatives), implique de façon complémentaire et interdépendante : (1) un cadre avec des paramètres précis associés aux dépenses avec prévisions et prédictibilité; (2) des priorités dans le programme de dépenses et des coûts anticipés pour les volets; (3) des procédures de mise en place de la politique, de sa gestion ainsi que de surveillance, de monitorage et d'information concernant les dépenses, les coûts et les résultats recherchés; (4) des démarches, objectives et indépendantes, d'évaluation des programmes. L'approche stratégique à la gestion des dépenses publiques est délicate au plan politique, car l'expérience montre que plus une politique est l'objet d'examens critiques et d'évaluations, le plus souvent on y trouve des faiblesses. La réponse à la question posée au début de cette section est oui mais parce que le gouvernement y consent par ses choix.

6. DES CONTRAINTES ET DES DÉFIS EXTERNES AVEC LA GLOBALISATION

6.1. L'ÉVOLUTION PRÉVISIBLE DE LA FISCALITÉ AVEC LA « GLOBALISATION » ET LA CROISSANCE DE LA TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION

Il fut un temps où la politique fiscale pouvait répondre principalement à des considérations domestiques sans porter trop d'attention à celles qui existaient ailleurs. Les taux de taxes, les assiettes fiscales, la composition du panier des taxes et les incitations fiscales pouvaient être décidées du point de vue de leurs effets « domestiques », en considérant que leurs ramifications « externes » étaient secondaires. Ce n'est plus le cas. Cette nouvelle perspective découle de plusieurs facteurs, qui tombent tous sous le chapeau de la « globalisation » : l'interdépendance des économies, la baisse des barrières au commerce, la réduction des coûts de transaction, la montée du capital « intangible » avec ses rendements financiers importants, l'augmentation de la concurrence venant de la déréglementation dans la plupart des secteurs d'activité, l'accès accru au capital provenant des

innovations financières, etc. Ces tendances doivent être prises en considération plus explicitement dans l'élaboration d'une politique stratégique de taxation et de dépenses publiques.

6.2. MOBILITÉ DU CAPITAL, DES TRAVAILLEURS SPÉCIALISÉS (ET DE CERTAINS PRODUITS)

Le phénomène de la mobilité implique qu'il est préférable de taxer plus les assiettes fiscales les moins mobiles et, mieux, d'élargir les assiettes fiscales et de baisser en contrepartie les taux. La taxation du revenu des particuliers soulève le dilemme suivant : les décisions de travail (participation au marché du travail, modalités de participation, etc.), d'épargne et d'investissement (financier et en capital humain) sont fortement influencées par les taux marginaux de taxation (incluant les taux associés aux programmes d'assurance sociale). Des taux marginaux plus faibles et plus forfaitaires sont plus susceptibles de mettre en place des incitations financières plus favorables. Par ailleurs, une baisse des taux moyens de taxation (une variable plus stratégique dans la décision de mobilité des travailleurs hautement qualifiés selon les évidences empiriques) profite plus aux travailleurs à revenu modeste et moyen.

La taxation du rendement du capital illustre aussi le même type d'arbitrage. L'analyse conventionnelle de l'incidence des taxes sur le rendement du capital des sociétés indique, d'une part, que c'est le taux marginal effectif qui est le déterminant le plus important des décisions d'investissement et, d'autre part, que le rendement après taxes peut rester le même une fois que le capital s'est ajusté avec comme conséquence que le fardeau est supporté par les facteurs les moins mobiles. Un régime fiscal des sociétés plus neutre et comportant moins d'ingérences signifie que ce sont tous les travailleurs, peu importe leurs qualifications, qui bénéficieront de la présence de plus de capital.

Le commerce électronique, en particulier entre entreprises, va aussi avoir des effets sur la formulation de la politique fiscale et sa gouvernance. Un premier effet est de réduire les coûts de transactions indépendamment des frontières géographiques et de la taille des entreprises. Un deuxième effet avec la « dématérialisation » des produits (par exemple, musique, services conseils, etc.) est de rendre plus difficile la définition de la source, de l'origine et de la destination tant de la production que de la consommation et donc de déterminer où et qui a produit et consommé les produits. Un dernier effet est la frontière plus floue entre produits tangibles et intangibles. À cet égard, les États américains, compte tenu de l'hétérogénéité de leurs règles et de leurs structures fiscales concernant leurs taxes de vente, ont pris

conscience que ces développements pourraient conduire à terme, pour certains, à une érosion de leur assiette fiscale, mettant en péril l'équilibre de leurs finances publiques.

La mobilité, peu importe les raisons (la principale étant évidemment que les personnes veulent améliorer leur bien-être et celui de leur famille), a des implications sur le taux de croissance de l'économie, le développement de la société et le financement du secteur public. Plusieurs biens et services publics ont un caractère d'indivisibilité dont le prix fiscal baisse lorsque plus de contribuables participent à son financement. Perdre des citoyens par le jeu de la migration, quelles qu'en soient les raisons qui les motivent, vers d'autres pays, rend plus lourd pour les citoyens qui restent le fardeau du financement du secteur public. La migration de certains travailleurs hautement spécialisés peut aussi avoir cumulativement des effets importants. À titre d'exemple, le départ d'une centaine de médecins peut paraître négligeable par rapport au nombre total qui pratiquent la médecine. Dans l'immédiat, la société perd son investissement en éducation et en formation, compte tenu des fortes subventions publiques versées pour l'éducation supérieure et du fait que les rendements (des investissements en éducation et en formation) sont pour l'essentiel captés par les individus sous la forme de flux de revenus de travail plus élevés. Ces personnes doivent être remplacées, ce qui prend plusieurs années. Le flux de taxes qu'ils auraient payées est accaparé par d'autres gouvernements. La perte de personnes hautement spécialisées qui s'accompagne aussi souvent d'emplois spécialisés réduit la densité du marché du travail. Les évidences empiriques indiquent que les « agglomérations » de travailleurs et d'entreprises ont tendance à faire boule de neige et croître, non pas parce qu'ils dégagent des « effets externes » (les idées viennent de partout et non pas par la fréquentation des mêmes lieux de socialisation), mais parce que la densité signifie qu'il est plus facile de changer ou de retrouver un emploi dans le même domaine d'activité ou de spécialisation. Les travailleurs apportent avec eux leur savoir-faire qu'ils partagent et transmettent à leurs pairs.

6.3. TENDANCES DES FINANCES PUBLIQUES ET DE LA FISCALITÉ DANS LES PAYS DÉVELOPPÉS

Plusieurs tendances communes se dégagent dans les pays développés. Les gouvernements centraux se sont départis ou ont privatisé ces entreprises qui autrefois étaient considérées comme devant faire partie du champ des responsabilités de l'État ou des services publics : télécommunications, électricité, eau, transport, infrastructures de toute nature (autoroutes, aéroports, ports, etc.). Ils ont décentralisé une partie de leurs dépenses vers d'autres paliers de gouvernement. La baisse relative de leurs dépenses et de

leurs responsabilités s'est souvent accompagnée d'une baisse générale des prélèvements fiscaux, en particulier au titre des recettes fiscales tirées des sociétés et des revenus des individus. La tendance à la baisse ou à la concurrence fiscale entre pays concernant la taxation des revenus du capital est manifeste. Notamment, plusieurs pays ont introduit des dispositions dans leur régime de la taxation du revenu des particuliers visant à taxer avec des taux différenciés ou privilégiés le revenu provenant du capital et les autres revenus (par exemple, la Suède). Ce qui a conduit tant l'OCDE que l'Union européenne à réfléchir sur les caractéristiques « inacceptables » des régimes fiscaux en termes de concurrence fiscale néfaste[12]. On observe également des changements dans la composition du panier des taxes, soit une hausse des revenus provenant des taxes à la consommation, des taxes prélevées directement sur le revenu de travail, des taxes sur la propriété foncière et du recours accru à des frais d'utilisation.

Enfin, le vieillissement de la population a amené les gouvernements à revoir le mode de financement des retraites pour réduire le recours à la « répartition » (par opposition à la capitalisation) et améliorer l'équité intergénérationnelle des régimes existants. Par ailleurs, la hausse de la proportion des personnes plus âgées dans la population et l'amélioration considérable de leur niveau de vie relatif (dans le temps et par rapport au reste de la population) rend celles-ci plus importantes comme sources de revenus fiscaux. Les sources de revenu viennent de la taxation de la consommation et des patrimoines.

7. PARTENARIAT ET CONCERTATION : UNE ALCHIMIE DIFFICILE MAIS PORTEUSE

Dans les pays développés, au cours des derniers vingt ans, on a repensé sérieusement le rôle de l'État. Le débat sur l'organisation sociale a dépassé la dichotomie Marché *versus* État ou les extrêmes entre État minimal et État thaumaturge. Il y a quelques pays en développement où il n'y a en pratique pas d'État, les conséquences pour le niveau de vie des citoyens et les perspectives de croissance sont désastreuses, plus encore que dans les pays où le gouvernement est omniprésent ou peu démocratique.

D'abord, il est devenu clair qu'un appareil gouvernemental centralisé et lourd est incapable d'interpréter l'information nécessaire à la gestion efficace

---

[12] Voir, à titre d'exemple, ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris, OCDE, 1998.

d'une économie petite, ouverte, dépendante des grands blocs commerciaux et hétérogènes dans ses régions. Ensuite, dans une économie fondée sur la connaissance et le changement technologique, l'atteinte de l'efficacité dans la gouvernance et la gestion de l'économique et du social passe plus par des formes mixtes d'organisation avec le secteur privé et des partenariats avec les entreprises où l'intervention de l'État devient plus modeste mais aussi plus utile. Enfin, l'émergence de citoyens plus exigeants sur la qualité des services mais refusant de payer plus de taxes a rendu la bureaucratie moins taylorienne et omnipotente, commandant des interventions publiques plus subtiles dans un contexte où il fallait faire plus et mieux avec moins de ressources. Une société où le partenariat avec les citoyens devient ainsi plus important, ceux-ci ne pouvant plus exclusivement faire des réclamations et détenir des créances. Un État aussi plus subsidiaire, qui assure le développement à long terme et organise la socialisation des risques liés aux mutations de la société et à l'adaptation d'une économie qui est en constante transformation. Autant les citoyens s'attendent à un État qui puisse se transformer, autant vont-ils accorder une prime politique à la collaboration et aux partenariats gouvernements-entreprises et intergouvernements.

8. AUTRES CONSIDÉRATIONS : DISCIPLINE BUDGÉTAIRE, PERSPECTIVE À LONG TERME, TRANSPARENCE ET INFORMATION

Mes dernières considérations sur la mobilisation des ressources seront très brèves mais elles sont tout aussi importantes.

La gestion des différentes interventions gouvernementales pour favoriser l'efficacité économique, réduire les disparités de bien-être et favoriser l'égalité des chances, réduire la pauvreté et réduire l'exclusion sociale ne peuvent pas être l'objet de considérations uniquement technocratiques. Elles impliquent aussi des jugements de valeur qui traduisent les valeurs de la société.

Les directions à prendre pour tout gouvernement désirant améliorer les résultats de ses interventions nous paraissent d'abord indissociables du maintien par les gouvernements d'une forte discipline budgétaire à long terme. En d'autres mots, le financement des programmes de dépenses publiques tout en étant adéquat et transparent, doit aussi être stable et soutenable. Ensuite, le gouvernement doit être transparent dans ses stratégies (de financement et de dépenses) et les défendre ouvertement en soulignant leurs mérites à long terme et les efforts à faire à court terme qui peuvent impliquer des « perdants » et des « gagnants ». Enfin, le gouvernement doit recueillir toutes les informations pertinentes nécessaires à l'évaluation de ses interventions même celles qui peuvent les contester. C'est à cette condition

que des consensus larges dans la société peuvent se dégager afin de mieux les réorienter au fil des années. L'information est une variable stratégique. L'actualité récente nous a montré que les entreprises privées à capital ouvert qui ont cherché à embellir leurs résultats en manipulant des informations sur leurs opérations ont été fortement pénalisées par le marché. De même, lorsque certaines sociétés privées exploitant des ressources naturelles dans certains pays en développement ont rendu plus disponibles des informations sur les montants de redevances payées aux pays hôtes, il est devenu évident que des recettes n'apparaissaient pas au budget de ces gouvernements. Ce sont les citoyens de ces pays qui dans ce cas se trouvent pénalisés[13].

9. MOBILISATION CONTRE LES ARMES DE DESTRUCTION MASSIVE *VERSUS* POUR LES ARMES DE SALUT MASSIF

L'économiste Jeffrey Sachs (professeur à la Columbia University, ancien conseiller du Fonds global pour combattre le SIDA, la tuberculose et la malaria et actuel conseiller du secrétaire des Nations Unies pour le Fonds de développement du millénaire), dans un commentaire cinglant écrit pour l'hebdomadaire *The Economist*[14], souligne que les pays développés dont bien sûr les États-Unis ont réussi, en y mettant beaucoup d'énergie, à mobiliser rapidement des ressources pour accroître leur sécurité « interne », combattre le terrorisme et autres menaces qui pourraient potentiellement rendre la vie sur la planète dangereuse. Évidemment, les pays développés ne fournissent pas les mêmes efforts de mobilisation des ressources pour mettre en place des armes de développement qui assureraient la survie de plusieurs millions de personnes chaque année et rendraient également la planète plus sécuritaire et hospitalière. Les armes de survie de masse sont celles de l'arsenal des vaccins qui sauvent la vie, les médicaments et les soins de base en santé qui peuvent enrayer les maladies épidémiques, l'aide alimentaire d'urgence, le déploiement de technologies agricoles plus efficaces, l'accès à une eau potable. Alors que les armes du développement durable sont les services de base en santé et en éducation et l'accès aux marchés des pays développés.

Beaucoup de pays de la planète avec l'extension des échanges commerciaux et l'ouverture des marchés sont plus interdépendants et en

---

[13] Des économistes se sont posé récemment la question suivante : « Do Corrupt Government Receive Less Foreign Aid? », la réponse appuyée par une étude empirique est non. Voir Alberto ALESINA et Beatrice WEDER, « Do Corrupt Government Receive Less Foreign Aid? » , (2002), vol. 92, n° 4 *The American Economic Review* 1126-1137.

[14] Jeffrey SACHS, *Weapons of mass salvation*, The Economist, 24 octobre 2002.

tirent partie. D'autres, nombreux, sont en dehors de cette globalisation alors que des centaines de millions de personnes survivent difficilement, sans dignité, prisonniers de la pauvreté et de la maladie. Par contre, les pays développés sont très bien connectés grâce aux moyens de communication sur les réalités des pays pauvres, des pays où sévissent guerre interne, famine, sécheresse, inondations, épidémie. Cependant, leurs engagements réels sont minimes.

Les différentes organisations internationales ont non seulement une énorme expertise technique mais des connaissances précieuses, de par leurs expériences sur le terrain du développement à traiter tous les types de problèmes dans les conditions les plus difficiles, qui permettent de mettre en œuvre des plans d'action crédibles soutenant le développement durable. Elles ont surtout la légitimité pour forcer (en identifiant publiquement les irresponsables et en les sanctionnant) la main des pays développés et des gouvernements des pays pauvres à travailler multilatéralement, en coopération avec le secteur privé et les organisations philanthropiques et non gouvernementales. Pour reprendre l'esprit du commentaire de Sachs, la mobilisation des armes de la survie pour des millions d'être humains est hors de tout doute la meilleure stratégie pour assurer la sécurité et l'interdépendance de tous les pays.

Tableau 1 : Composition des recettes fiscales en pourcentage, impôts et taxes en pourcentage du PIB et taux de croissance du PIB réel *per capita*, Canada, États-Unis et certains pays européens, 1997

Type de taxes/assiettes	Taxes en % des taxes totales								
	Canada	États-Unis	France	Allemagne	Irlande	Italie	Pays-Bas	Suède	Royaume-Uni
Impôt/Revenu personnel	38,0	39,0	14,0	23,9	31,4	25,3	15,6	35,0	24,8
Impôt/Revenu des sociétés	10,3	9,4	5,8	4,0	10,0	9,5	10,5	6,1	12,1
Cotisations sociales/ Salaires	15,5	24,2	43,0	41,6	14,0	33,6	40,9	32,4	17,2
Taxes de vente/Biens et services	24,4	16,7	27,8	27,7	39,7	25,9	28,0	22,3	35,0
Impôts fonciers et taxes sur héritages	10,0	10,7	5,4	2,7	4,9	5,1	4,6	3,9	10,8
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Taxes en % du PIB	36,8	29,7	45,1	37,2	32,8	44,4	41,9	51,9	35,4
Croissance du PIB réel *per capita*, 1998-1988 en pourcentage	5,0	18,5	14,5	14,3	92,2	13,5	26,2	7,3	14,0

Source : Pour les taxes et le PIB réel : OCDE, *Revenue Statistics*, 1965/1998, Paris, 1999. Pour le calcul des taux de croissance : Pierre FORTIN, *The Canadian Standard of Living : Is There a Way Up?* Benefactors Lecture, C.D. Howe Institute, Toronto, octobre 1999, tableau 1.

Tableau 2 : Effets à long terme sur le taux de croissance du PIB réel canadien d'un changement égal à 1 % du PIB de certaines taxes ou dépenses publiques, 2000-2030

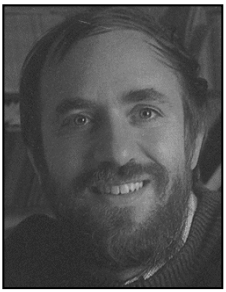
Changement de politique : variation 1 % ratio type de taxes ou type de dépenses publiques/PIB à budget public inchangé	Changement dans le taux de croissance du PIB réel : base 1994 = 2,64 %		Effet en milliards $ après 20 ans (par famille canadienne)
	Année 10	Année 30	
Changement dans la composition du panier des taxes à recettes fiscales inchangées			
Baisse taxe sur revenu du capital et hausse taxe de vente	+0,344	+0,311	71 M$ (5 233$)
Baisse taxe sur revenu du capital et hausse taxe sur revenu travail	+0,065	+0,127	19 M$ (1 401$)
Baisse taxe sur revenu de travail et hausse taxe de vente	+0,412	+0,404	85 M$ (6 266$)
Baisse taxe sur le revenu du capital compensée par une baisse des dépenses publiques selon le type			
Baisse taxe sur capital et toutes dépenses publiques	+0,267	+0,267	55 M$ (4 054$)
Baisse taxe sur capital et transferts publics	+0,360	+0,406	79 M$ (5 823$)
Baisse taxe sur capital et dépenses biens et services publics	+0,139	+0,126	27 M$ (1 990$)
Baisse taxe sur capital et dépenses publiques sur capital humain	+0,148	+0,037	19 M$ (1 401$)

Baisse taxes de vente compensée par une baisse des dépenses publiques selon le type			
Baisse taxes de vente et toutes dépenses publiques	+0,037	-0,074	11 M$ (811$)
Baisse taxes de vente et transferts publics	+0,216	+0,219	44 M$ (3 243$)
Baisse taxes de vente et dépenses biens et services publics	-0,307 -0,032	-0,424 -0,660	-76 M$ (-5 602$)
Baisse taxe sur capital et dépenses publiques sur capital humain			-72 M$ (-5 307$)
Baisse taxe sur le revenu du travail compensée par une baisse des dépenses publiques selon le type			
Baisse taxe sur travail et toutes dépenses publiques	+0,588	+0,389	102 M$ (7 519$)
Baisse taxe sur travail et transferts publics	+0,840	+0,773	174 M$ (12 826$)
Baisse taxe sur travail et dépenses biens et services publics	+0,149	-0,006	14 M$ (1 032$)
Baisse taxe sur travail et dépenses publiques sur capital humain	+0,701	-0,313	40 M$ (2 949$)

Source : Calcul de l'auteur à partir de résultats de simulations de Jing Xu, « Taxation and Economic Performance: A Cross-Country Comparison and Model Sensitivity Analysis », ministère des Finances du Canada, Document de recherche 99-01, tableau 3.4.

∗ Le calcul est le suivant : à titre d'exemple pour la première ligne : 1 000 milliards $ pour l'année 2000 x $(1+(0{,}00344+1{,}00311/2))^{20}$ – 1 000 milliards $ (pour 13 566 000 familles de contribuables).

SECTEUR PRIVÉ/SECTEUR PUBLIC, GOUVERNEMENTS NATIONAUX/DÉCENTRALISÉS ET FISCALITÉ : QUI FAIT QUOI ET COMMENT PAYER?



François Vaillancourt
Professeur, sciences économiques
Université de Montréal

Judith Hamel
Économiste

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 17:3

1. QUI FAIT QUOI 17:3

1.1. DU RÔLE DU SECTEUR PRIVÉ 17:3
1.2. QUEL NIVEAU DE GOUVERNEMENT? 17:4
1.2.1. Interventions macroéconomiques 17:5
1.2.2. Interventions redistributives 17:5
1.2.3. Interventions microéconomiques 17:6

2. LES PRATIQUES FISCALES ACTUELLES 1990-2000 ..... 17:6

3. LA CONCEPTION D'UN SYSTÈME FISCAL : CONTRAINTES ET CHOIX 17:13

3.1. QUELLES CARACTÉRISTIQUES POUR UN SYSTÈME DE TAXATION « OPTIMAL »? 17:13

3.2. LES FACTEURS SOCIODÉMOGRAPHIQUES 17:15
3.2.1. Le vieillissement de la population 17:16
3.2.2. L'urbanisation 17:18
3.2.3. L'incidence du VIH/SIDA 17:20
3.2.4. La hausse générale du niveau d'éducation 17:21
3.3. LA MONDIALISATION DE L'ÉCONOMIE 17:23
3.4. LA TROP GRANDE INFLUENCE DES ÉLITES 17:25
3.5. LA MISE EN ŒUVRE DES POLITIQUES RETENUES 17:26
3.5.1. La dimension sous-nationale 17:28

CONCLUSION 17:31

INTRODUCTION*

L'objectif de ce texte est de se pencher sur la façon de mobiliser des ressources afin d'offrir des services publics à une population donnée. Le texte se divise en trois parties. Dans la première, nous discutons des rôles des secteurs public et privé et des gouvernements central et sous-nationaux (provincial/local/communal); dans la seconde, nous présentons comment des pays de diverses régions du monde, ayant atteint divers niveaux de développement perçoivent des recettes. Finalement dans la troisième, nous examinons comment concevoir un système fiscal.

1. QUI FAIT QUOI

Cette première partie du texte se divise en deux sections. La première porte sur le choix privé/public et la deuxième sur le choix de niveau de gouvernement qui doit intervenir.

1.1. DU RÔLE DU SECTEUR PRIVÉ

La perception de recettes fiscales s'explique par la nécessité de financer des activités menées par le secteur public. Or, certaines de ces activités peuvent peut-être être menées par le secteur privé de façon plus efficace. Il est donc pertinent, lorsqu'on établit la taille des besoins en recettes du secteur public, de se poser les questions suivantes :

- Faut-il fournir privément ou publiquement un service donné? Certains services qui sont offerts par le secteur public sont de nature privée. Par exemple, l'eau potable ou le transport de passagers par voie aérienne sont des biens privés. Le fait de subventionner à l'aide de taxes et d'impôts généraux certains consommateurs et non d'autres réduit la volonté de payer de l'ensemble des contribuables.

- Doit-on exiger par réglementation que le secteur privé fournisse des services à certains consommateurs plutôt que de les fournir publiquement? Par exemple, on peut exiger d'un promoteur immobilier qu'il prévoie des places de stationnement pour les usagers d'un édifice à

---

* Texte préparé pour l'Atelier de développement de compétences n° 9 intitulé « Amélioration de la mobilisation des ressources et des systèmes administratifs de taxation », Le 4e Forum global : La réinvention du rôle de l'État, Marrakech, décembre 2002.

bureaux ou on peut se reposer sur la municipalité pour qu'elle offre ces places ou gère les problèmes de stationnement. Dans le premier cas, on fait fournir privément le service et dans le second cas, on le fait publiquement. Si on choisit la seconde solution, les coûts ne sont pas nécessairement payés par les usagers.

- Veut-on produire publiquement ou préfère-t-on faire produire hors du secteur public les services offerts publiquement? Les producteurs peuvent être des entreprises privées (enlèvement des ordures,) ou des organisations non gouvernementales (ci-après « ONG ») (éducation primaire, santé). L'utilisation de producteurs privés se justifie si elle réduit les coûts ou accroît la qualité des services offerts. Dans les deux cas, cela facilitera la perception des impôts et taxes associés à la provision de ce service public.

Il est donc important, avant de penser mobiliser des ressources pour le secteur public, de s'assurer que c'est la seule façon d'offrir les services car chaque point de pourcentage additionnel de produit intérieur brut (ci-après « PIB ») que l'on veut mobiliser accroît les distorsions au sein de l'économie et rencontre une résistance croissante des contribuables.

Une fois la décision prise de faire intervenir le secteur public, une deuxième question se pose.

1.2. QUEL NIVEAU DE GOUVERNEMENT?

Rares, sinon inexistants, sont les pays qui n'ont pas au moins deux niveaux de gouvernement, plusieurs en ayant trois ou plus. Étant donné cela, il faut donc choisir quel niveau de gouvernement est responsable de la prestation d'un service donné dans un cadre de décentralisation.

Le terme décentralisation couvre un ensemble de structures et relations intergouvernementales qui sont de fait plus ou moins contraignantes pour l'un ou l'autre ordre de gouvernement. Il est donc approprié de différencier déconcentration, délégation et dévolution. La déconcentration consiste en l'attribution de responsabilités du gouvernement central à des bureaux régionaux de ce gouvernement plutôt qu'au bureau central usuellement situé dans la capitale. Cette déconcentration permet d'accélérer la prise de décisions et de mieux tenir compte des préférences locales. En revanche, elle peut avoir pour conséquences qu'une loi ou une politique nationale soit mise en vigueur différemment d'une région à l'autre. La délégation consiste à faire des gouvernements sous-nationaux des agents du gouvernement central qui exercent certaines fonctions pour l'État. Cela réduit la dispersion des

employés de l'État sur le territoire national. Finalement, la dévolution implique que les gouvernements sous-nationaux ont la responsabilité et le pouvoir de décider de ce qui se fait dans un domaine d'activité gouvernementale. C'est ce dernier sens qui est le plus près de celui donné usuellement au mot décentralisation. Cette décentralisation peut se faire au sein d'un État unitaire ou fédéral au sens constitutionnel. La discussion qui suit sur les responsabilités gouvernementales s'inscrit dans le cadre de la dévolution. Il y a lieu maintenant d'examiner les critères économiques permettant d'établir le partage optimal des pouvoirs de dépenser; nous traiterons de celui de percevoir des recettes dans la troisième section du texte (figure 4).

C'est à Oates (1972) que revient l'honneur d'avoir le premier mis de l'avant des critères explicites de partage des pouvoirs en matière de dépenses[1]. Suivant en cela Musgrave[2], il distingue trois types d'activités du gouvernement, soit les interventions macroéconomiques, les interventions redistributives et les interventions microéconomiques. Depuis lors, d'autres auteurs se sont penchés sur cette question et le consensus suivant a émergé.

1.2.1. Interventions macroéconomiques

Ces interventions relèvent tout d'abord du gouvernement central, étant donné la nécessité de coordonner politiques fiscale et monétaire, celle-ci étant la prérogative de l'État dans tous les pays du monde. Les gouvernements sous-nationaux peuvent jouer le rôle d'agents mettant en oeuvre des investissements locaux en réponse à des demandes ou incitations du gouvernement central.

1.2.2. Interventions redistributives

Ces interventions relèvent aussi, tout d'abord, de l'État central lorsque la population est mobile d'un gouvernement local à un autre. Mais lorsqu'il y a peu ou pas de mobilité, par exemple, pour des raisons ethnolinguistiques, un gouvernement sous-national peut mettre en place des politiques redistributives. Cela se fera usuellement dans un cadre de finances fédérales, car il faut une large dose d'autonomie aux États, particulièrement en matière d'harmonisation des politiques de transfert et de fiscalité, pour que de telles politiques fonctionnent.

---

1 Wallace OATES, *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt, Brace, Jovanovich, 1972.

2 Richard MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, New York, McGraw Hill, 1959.

1.2.3. Interventions microéconomiques

C'est dans ce type d'interventions que les gouvernements sous-nationaux ont un rôle important à jouer. De manière générale, pour une activité donnée :

- plus les économies d'échelle sont importantes, plus la taille de l'unité de production devrait être importante, ce qui favorise la production au niveau central;

- plus les goûts pour la quantité et le type de biens et services offerts par le secteur public varient (hétérogénéité) d'une population locale à l'autre, moins devraient être centralisées les prises de décisions quant à la quantité et à la qualité produites, ce qui favorise la production au niveau sous-national;

- plus il y a d'effets externes positifs ou négatifs d'un gouvernement sous-national à un autre, et étant donné qu'il est très difficile pour un État sous-national de subventionner ou de taxer l'activité dans un autre État local, plus la production devrait être centralisée, de façon à internaliser ces effets et donc assurer le niveau optimal de production;

- plus il est possible de produire de différentes façons (lieu physique, ratio capita/travail, etc.) les biens et services publics, plus la production devrait être décentralisée pour encourager l'innovation dans la production et donc l'émulation entre gouvernements sous-nationaux.

De ces règles, on peut conclure qu'il faut étudier chaque intervention gouvernementale pour décider si elle devrait être faite par le gouvernement central ou les gouvernements sous-nationaux.

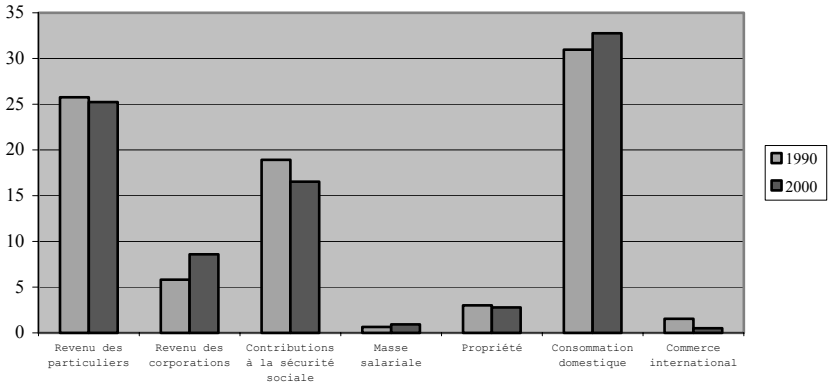
2. LES PRATIQUES FISCALES ACTUELLES 1990-2000

Les données rendues disponibles par le Fonds monétaire international (ci-après « FMI ») dans son *Government Finance Statistics Yearbook* nous ont permis de dresser, dans les tableaux 1 à 5, la liste des revenus du gouvernement selon leur type pour plusieurs blocs de pays : pays industrialisés, pays d'Afrique, d'Asie, d'Amérique latine et d'Europe de l'Est. Lorsqu'elles étaient disponibles, nous avons utilisé les données se rapportant aux années 1990, 1995 et 2000, pour ainsi voir quelles ont été les grandes tendances nationales en matière de fiscalité au cours de la dernière décennie. Si les résultats varient grandement d'un pays à l'autre, des points communs peuvent être dégagés pour chaque groupe de pays, surtout

lorsqu'on considère, à l'intérieur de ceux-ci, des pays où le niveau de développement est similaire, développement qui peut être partiellement mesuré par le revenu national par habitant et par des indicateurs du tableau 6, à savoir la part de l'agriculture et des revenus de taxation sur le produit national brut. Notons aussi que pour la plupart des pays, les données sont relatives au revenu du gouvernement central seulement et qu'inclure les sources de revenus des gouvernements sous-nationaux pourrait dans certains cas modifier substantiellement les résultats retenus.

Pays industrialisés[3]

GRAPHIQUE 1
PAYS INDUSTRIALISÉS : Principales taxes (en pourcentage du revenu du gouvernement)



On remarque que les changements de politique fiscale, au cours des années 1990, ont été plutôt limités dans les pays industrialisés, où les sources de revenus du gouvernement sont restées à peu près inchangées. La mondialisation de l'économie semble par contre avoir entraîné quelques variations dans les recettes fiscales. En effet, la part des taxes sur le commerce international a diminué de façon relativement importante, toutefois, elle était déjà si négligeable au début de la période que cela n'a pas influencé de façon significative les sources de revenus utilisées. Un changement somme toute plus important serait la hausse générale de la part

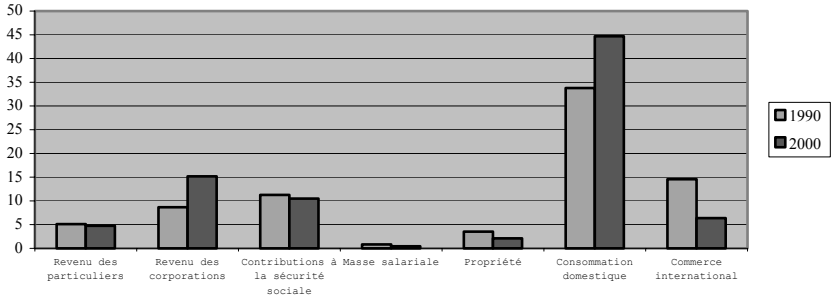
[3] Pour chacun des groupes de pays, on trouvera un histogramme représentant les différentes taxes; les données utilisées sont celles des tableaux 1 à 5.

des revenus associée à l'impôt corporatif, plutôt difficile à associer à la mondialisation : on aurait pu s'attendre à l'effet inverse alors que les pays ont, semble-t-il, à faire face à une compétition fiscale accrue s'ils veulent retenir ou attirer chez eux les investissements[4].

En général, on observe que les pays industrialisés répartissent presque également leurs sources de revenus entre trois principaux types de taxation : la taxation des revenus des individus et des corporations, leur contribution au système de sécurité sociale, ainsi que la taxation de la consommation domestique des biens et services. Au niveau de cette dernière taxe, les États-Unis font bande à part : en effet, la part des revenus associée à la taxation de la consommation américaine est la plus faible de celle de tous les pays industrialisés, avec environ 15 %, et semble décroître avec le temps au profit de la taxe sur le revenu des individus.

Pays d'Amérique latine

GRAPHIQUE 2
AMÉRIQUE LATINE : Principales taxes (en pourcentage du revenu du gouvernement)



À l'image de la réalité économique de ce groupe de pays en développement, les revenus fiscaux de ces pays latino-américains ont connu des soubresauts importants lors de la décennie 1990. Les revenus provenant du commerce international ont diminué en moyenne de plus de la moitié, passant de près de 15 % à moins de 7 %. Les hausses relatives les plus

[4] Pour une discussion sur l'avenir des taxes sur le revenu des corporations dans un contexte de mondialisation, voir l'article de Jack M. MINTZ, « Is There a Future for Capital Income Taxation », (1994), vol. 42, n° 6 *Revue fiscale canadienne* 1469-1503.

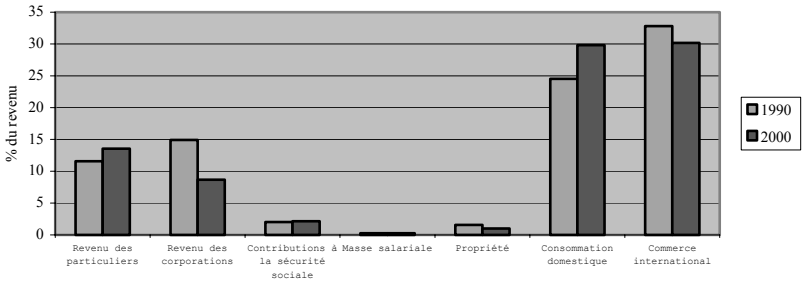
notables sont sans doute celles de la taxation sur la consommation domestique de biens et services – première source de revenus de la plupart des pays en 2000 –, ainsi que de la taxation des revenus des corporations. Si la part des revenus générés par la taxation des revenus individuels et corporatifs était environ la même en 1990, l'impôt sur le revenu des corporations en 2000 était en moyenne environ trois fois plus important que celui sur les revenus des particuliers.

Quant à la contribution au système de sécurité sociale, elle n'est pas utilisée par de nombreux pays du continent. Par contre, elle constitue parfois une source de revenus très importante, notamment dans les cas de l'Argentine, du Brésil et du Costa Rica, ce qui laisse croire à une implication particulière du gouvernement dans ces pays pour assurer un certain filet de sécurité sociale. Leur gouvernement aurait donc de plus grandes dépenses à assumer et besoin de revenus de taxation plus grands : cette intuition est confirmée par le tableau 6, où on voit que le Costa Rica et le Brésil sont justement les deux pays où les revenus de taxation sont, par rapport au produit national brut, les plus élevés pour l'ensemble de l'échantillon. Notons que pour l'Argentine, tout comme pour le Brésil, ceci est sous-évalué en raison du fait qu'il s'agit d'États fédéraux et que la mesure donnée ne prend en compte que les impôts levés par le gouvernement central.

Soulignons en terminant l'importance croissante de la fiscalité pour ce groupe de pays dont la part des revenus autres que ceux découlant de la taxation a diminué de près de la moitié lors de la décennie étudiée.

Pays d'Afrique

GRAPHIQUE 3
AFRIQUE : Principales taxes (en pourcentage du revenu du gouvernement)



La situation des pays africains est, au premier coup d'œil, plutôt symptomatique de la faiblesse des institutions gouvernementales du continent à lever des impôts (voir en ce sens le tableau 6), et donc à fournir les infrastructures et le soutien essentiels au bon développement de leur économie. En effet, même si en moyenne les pays africains de l'échantillon perçoivent un plus grand pourcentage de leur produit intérieur brut en taxes que ceux de l'Amérique latine, la variance entre les différents États est beaucoup plus élevée, et parmi les pays d'Afrique subsaharienne dont les données sont disponibles, on remarque que pour bon nombre d'entre eux, ce ratio tourne autour de 10 %, ce qui est très faible comparativement à 30 %, en moyenne, pour les pays développés.

Si aucune réforme n'est entreprise, l'utilisation des différentes sources de revenus qui est faite par les pays africains risque aussi, en hypothéquant la déjà précaire capacité de leur gouvernement à intervenir, de nuire à leur développement. En effet, la plupart des pays sont surtout dépendants des revenus générés par le commerce international – en moyenne, 30 % des revenus de l'État en dépendent, et cette proportion atteint jusqu'à 75 % pour la Guinée – : en dépit du climat de mondialisation actuel, ces revenus n'ont pas connu de diminution significative lors de la décennie 1990. Or, étant donné la tendance à libéraliser le commerce entre pays, une telle dépendance envers les taxes sur le commerce international ne semble pas soutenable à long terme, et elle représente donc un handicap majeur pour la bonne gestion des finances publiques de ce groupe de pays.

Afin de pallier cette faiblesse, les experts du FMI proposent d'implanter la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA »), pour l'introduction de laquelle ils ont maintes fois offert leurs services aux pays en développement[5]. S'ils acceptent l'idée selon laquelle la TVA est difficile à administrer et qu'elle génère des coûts de conformité importants, qui rendent son application moins efficace dans le cas des pays en développement que dans celui des pays industrialisés, ils avancent toutefois qu'elle s'avère généralement moins coûteuse que les anciens systèmes de taxes qu'elle vise à remplacer[6].

Presque aucun pays n'utilise les taxes sur la masse salariale ou la contribution pour la sécurité sociale (la plupart des États africains ne

---

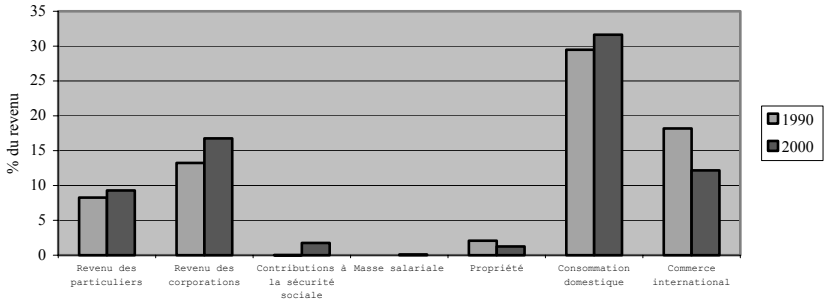
5 Voir la préface de l'excellent ouvrage de référence sur la TVA publié par le FMI : Liam EBRILL, Michael KEEN, Jean-Paul BODIN et Victoria SUMMERS, *The Modern VAT*, Washington, IMF, 2001.

6 *Id.,* p. 60.

fournissant guère ce type de service à leur population). Contrairement à ce qui a été observé pour les deux groupes de pays précédents, les parts relatives des taxes sur les revenus des corporations ont diminué de façon importante (-50 %) pour les pays dont on a les observations en fin et en début de période. Mis à part l'Afrique du Sud, dont la structure fiscale est plus près de celle des pays industrialisés, on constate que la part de l'impôt sur les revenus des particuliers est plutôt faible, oscillant généralement autour de 10 %. Au cours de la décennie, elle a cependant augmenté dans près de la moitié des cas recensés.

Pays d'Asie

GRAPHIQUE 4
ASIE : Principales taxes (en pourcentage du revenu du gouvernement)



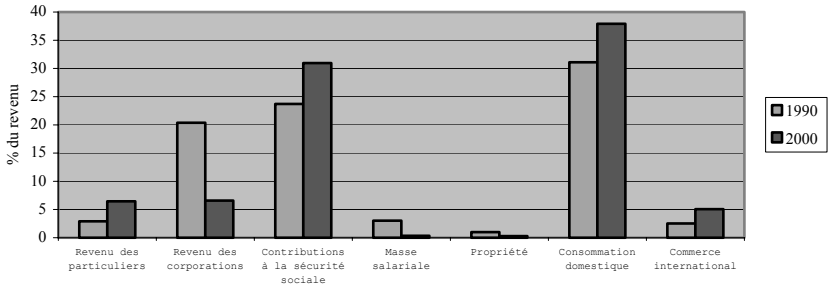
Comme pour les pays d'Afrique, les ressources fiscales de ces pays se concentrent autour de l'impôt sur le revenu, ainsi que des taxes sur la consommation domestique et le commerce international. On peut présumer que le rôle que joue l'État est relativement peu important, étant donné qu'il s'agit du groupe de pays pour lequel la part du PIB prélevé sous forme d'impôt est la plus faible, oscillant entre seulement 8 % et 15 %. Il est très difficile de tirer de grandes conclusions à propos de ces pays dont les systèmes sont très différents les uns des autres.

Règle générale, la part relative des taxes sur le commerce international a diminué de façon substantielle. Par contre, sur ce point, d'énormes différences subsistent : en 2000, les taxes sur le commerce international représentaient moins de 2 % des revenus gouvernementaux pour les économies de Singapour et de la Mongolie, deux économies particulièrement ouvertes (voir le tableau 6), tandis qu'elles s'élevaient à plus de 30 % pour le Népal.

Selon la tendance mondiale et en accord avec les propositions du FMI, les taxes sur la consommation domestique, particulièrement celle sur la valeur ajoutée, prennent aussi de plus en plus de place au sein de ces pays. Comme il a été observé dans les pays industrialisés et en Amérique latine, on voit aussi que la part des revenus d'impôts corporatifs s'est accrue sur la période étudiée.

Pays d'Europe de l'Est

GRAPHIQUE 5
EUROPE DE L'EST : Principales taxes (en pourcentage du revenu du gouvernement)



On remarquera que ces pays en transition ont peu à voir avec les pays en développement d'Asie, d'Afrique ou d'Amérique latine. La part des revenus associée au commerce international est pour eux très marginale, tandis que les contributions à la sécurité sociale représentent un des revenus les plus importants : il s'agit là sans nul doute d'un héritage des régimes socialistes, le tableau 6 nous indique d'ailleurs qu'il s'agit, mis à part les pays industrialisés, du groupe de pays pour lequel les revenus perçus par le gouvernement sont les plus importants en termes de PIB.

Une des évolutions les plus marquantes de la décennie 1990 dans le système fiscal des pays d'Europe de l'Est a certainement été la baisse majeure de la part des revenus provenant des taxes sur les corporations (elle est passée de 17 % à 6 % en moyenne). Cette diminution a été comblée principalement par une augmentation relative de l'importance des taxes sur la consommation domestique ainsi que de la contribution à la sécurité sociale.

3. LA CONCEPTION D'UN SYSTÈME FISCAL : CONTRAINTES ET CHOIX

L'expérience des pays industrialisés nous montre que le système fiscal choisi par un gouvernement va dépendre en grande partie des réalités de l'environnement économique. Ainsi, s'il y 100 ans, les revenus de ces gouvernements reposaient en grande partie sur des taxes de propriété, des taxes d'accise et des droits de douane, aujourd'hui ils sont principalement constitués d'impôts sur le revenu des corporations et des individus[7]. Ce changement s'explique, entre autres, par l'urbanisation, la concentration de l'emploi au sein de larges corporations et l'augmentation du pourcentage de la population qui est alphabétisée. Comme nous avons pu le constater à la section précédente, on observe de nos jours, sans doute à cause de la mondialisation et de la difficulté des administrations à anticiper les innovations financières qui en découlent, un deuxième changement vers, cette fois, des taxes sur la consommation domestique caractérisées par des taux faibles et une assiette de taxation très large[8].

Les pays en développement aussi ont à faire face à des changements, à des réalités particulières : leurs systèmes fiscaux sont-ils prêts à y faire face? Cette section, qui représente le cœur du texte, tentera de voir si les sources de revenus des pays en développement répondent bien aux réalités économiques présentes et futures de ces derniers. Nous essaierons de voir quelles réformes devraient idéalement être entreprises pour assurer le bon fonctionnement du système. Après avoir défini quelles sont les caractéristiques d'un bon système de taxation, nous nous attarderons sur quelques défis qui attendent les gouvernements des pays en développement relativement aux changements sociodémographiques, à la mondialisation de l'économie, au rôle joué par les élites au sein de ces États, à la mise en vigueur des politiques retenues et au rôle que devraient jouer les collectivités locales dans le système fiscal.

3.1. QUELLES CARACTÉRISTIQUES POUR UN SYSTÈME DE TAXATION « OPTIMAL »?

Une fois le niveau et la composition des dépenses gouvernementales fixés, on doit s'assurer de recueillir les revenus nécessaires à la

---

7 Voir la conférence de Neil BROOKS, « Key Issues and Income Tax : Challenges of Tax Administration and Compliance », dans *Asian Development Bank Tax Conference*, 8 septembre 2001, p. 1, en ligne; http://www.adb.org/Documents/Events/2001/Tax_Conference/paper_brooks.pdf.

8 *Id.*, p. 5.

concrétisation de ces dépenses. Afin de choisir le meilleur mode de collecte possible, il faudra tenir compte des coûts associés à l'exercice de taxation, ces coûts pouvant être liés à une perte d'efficacité ou à l'application de la loi elle-même.

Les coûts en efficacité peuvent être mesurés par les distorsions qu'introduit une taxe dans l'économie. Ainsi, si deux produits/facteurs de production substituts ne sont pas touchés également par les taxes, le système fiscal favorise un des deux produits/facteurs de production aux dépens de l'autre. Il peut être souhaitable pour un gouvernement de procéder de la sorte en présence d'externalités : par exemple, lorsqu'un des deux facteurs de production est beaucoup plus polluant que l'autre. Toutefois, en l'absence d'externalités, les mesures incitatives créées par le système fiscal risquent de nuire à l'allocation optimale des ressources de la société[9].

S'appuyant sur le principe de la « taxation optimale », afin de diminuer le plus possible les distorsions engendrées par la fiscalité, le gouvernement devrait taxer les biens fortement inélastiques[10] (qui n'ont pas de substituts et dont la quantité consommée variera peu en fonction du prix) tout en tâchant, bien sûr, de répondre aux problèmes d'externalités à travers son système de taxation.

Cependant, ceci est inéquitable et difficile à administrer. En pratique, on suggère plutôt d'avoir recours à des taux de taxation bas mais visant la très grande majorité des biens pour éviter que les individus aient recours à l'évasion[11]. D'où, entre autres, le nouvel intérêt, qui a déjà été mentionné, pour les taxes sur la consommation, plus particulièrement pour la TVA.

Dans les pays en développement, les administrateurs font face à des contraintes élevées : insuffisance de personnel qualifié qui pourrait administrer le système et grande importance du secteur informel, par exemple. Cela les amène souvent à percevoir tout ce qui peut être perçu, sans chercher à rationaliser leur système de taxation[12]. Cela nous conduit au

---

9 Pour un aperçu de la théorie de la « taxation optimale », vous pouvez consulter le texte de Howell ZEE, « Taxation and Efficiency », dans *Tax Policy Handbook*, P. Shome Ed., Washington, IMF, 1995, pp. 25-29.

10 *Id.*

11 Voir la critique que fait Alm des théories de la « taxation optimale » : J. ALM, « What is an optimal Tax System? », (1996), vol. 49, n° 1 *National Tax Journal* 117-133.

12 Vito TANZI et Howell ZEE, *Tax Policy for Developing Countries*, Washington, IMF, 2000, pp. 1-2.

deuxième type de coûts que doivent prendre en considération les autorités, à savoir les coûts d'administration et de conformité (les premiers étant assumés par le gouvernement et les seconds par les citoyens), inhérents à l'application en tant que telle des politiques fiscales choisies.

Pour nombre de pays en développement, il s'agit donc de trouver un compromis entre les taxes qui seraient les plus efficaces et celles qui sont applicables au sens pratique du terme. De plus, le système fiscal reflète généralement l'histoire d'un pays et des rapports de force présents et passés qui y ont été exercés : il peut parfois être très douloureux politiquement de le remanier de fond en comble et, bien souvent, la meilleure réforme est, aux yeux des dirigeants, celle qui sera la moins coûteuse politiquement[13].

Mis à part la prise en considération des coûts en efficacité et des coûts d'application, un bon système de taxation doit aussi répondre à certains objectifs : il ne doit pas nuire à la croissance économique, il peut permettre une distribution plus égalitaire des revenus (redistribution qui sera bien évidemment aussi atteinte par les politiques de dépenses gouvernementales et non seulement par les politiques de taxation) et il doit assurer la stabilité des revenus gouvernementaux, qui doivent pouvoir croître au fur et à mesure que l'économie croît. Ainsi, le gouvernement pourra poursuivre son action sans être trop durement touché par les pressions inflationnistes découlant de la croissance[14].

3.2. LES FACTEURS SOCIODÉMOGRAPHIQUES

Chaque pays est confronté à des réalités sociales et démographiques particulières. Si celles-ci modifient évidemment ses besoins en termes de dépenses publiques, elles peuvent aussi toucher largement son assiette fiscale et, par conséquent, la combinaison d'impôts qu'il devrait choisir. Au cours des années à venir, les pays en développement devront faire face à des changements sociodémographiques importants, ils doivent donc en tenir compte dans l'élaboration de leur politique fiscale.

Les variables sociodémographiques dont les impacts seront ici traités ont déjà été retenues par Sally Wallace dans Fiscal Architecture[15], il s'agit du

---

13 Richard BIRD, *Tax Policy and Economic Development*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1992, p. 22.

14 *Id.*, pp. 8-13.

15 Sally WALLACE, *Fiscal Architecture*, en ligne : http://www.worldbank.org/ubi/publicfinance/publicresources/module3.pdf.

vieillissement de la population, de l'urbanisation, de l'épidémie du SIDA et de l'amélioration générale du niveau d'éducation de la population.

3.2.1. Le vieillissement de la population

La distribution de la population selon son âge a connu des changements importants au cours des dernières décennies en partie à la suite du vieillissement de la population dans les pays industrialisés. Par ailleurs, depuis 1950, l'espérance de vie a connu une hausse importante de 20 ans pour l'ensemble de la population mondiale. Au cours des prochaines années, on prévoit que cette tendance va se maintenir : si à l'heure actuelle une personne sur dix est âgée de plus de 60 ans, le ratio devrait être d'une personne sur cinq en 2050[16].

Au cours des prochaines décennies, les pays en développement risquent d'être concernés particulièrement par ce vieillissement de la population. En effet, les Nations Unies prévoient que la transition vers une structure des âges où les vieux occupent une place relativement plus importante se fera chez eux plus rapidement que pour les pays industrialisés et qu'ils auront donc moins de temps pour s'adapter à ce changement[17]. Ainsi, pour les cinquante prochaines années, on prévoit une hausse de l'espérance de vie de 9,2 % pour les pays développés, de 19 % pour l'ensemble des pays en développement et de 38 % pour, parmi ceux-ci, les pays les moins avancés[18].

Cet accroissement du nombre de personnes âgées entraîne une augmentation de l'importance des retraités par rapport aux travailleurs. Notons cependant que, pour les pays en développement, un plus grand nombre de personnes âgées continuent de faire partie de la population active même après avoir atteint l'âge de 60 ans : 50 % des hommes et 19 % des femmes, comparativement à 21 % et 10 % pour les pays développés[19].

Cette modification dans la structure d'âge aura comme conséquence de réduire la part relative des dépenses en éducation, tout en augmentant cependant celle de la santé. Si le gouvernement assure aussi un certain filet

---

16 United Nations Population Division, Department of Economic and Social Affairs, *Population Ageing 2002,* en ligne : http://www.un.org/esa/population/publications/ageing/Graph.pdf.

17 *Id.*

18 *Id.*

19 *Id.*

de sécurité sociale à ses citoyens, alors les dépenses associées aux paiements de transfert risquent aussi d'augmenter, une plus grande part de la population ne participant plus, en raison de son âge, au marché du travail.

Au niveau des revenus de taxation, plusieurs effets peuvent être attendus. Ils sont résumés dans la figure 1.

Tout d'abord, il est probable que les personnes âgées consacrent une plus grande part de leurs revenus à des biens non taxables (soins de santé, alimentation) et donc que la hausse des revenus associés aux taxes sur la consommation soit moins importante. Si ces biens que les personnes âgées consomment proportionnellement davantage sont surtout produits au pays, cela peut engendrer une baisse des revenus de taxation reposant sur le commerce international, dont nous avons vu que de nombreux pays sont dépendants. Par contre, s'il s'agit de denrées importées, on pourra s'attendre à une hausse ou une baisse des revenus liés au commerce international, selon que la hausse des importations liées au vieillissement va compenser la baisse qu'elle a entraînée, au niveau des autres biens délaissés par les personnes âgées.

Figure 1

Effets du vieillissement de la population sur les revenus de taxation

1. Les biens consommés par les personnes âgées (biens de première nécessité) sont surtout produits au pays :

↓Taxes sur le revenu	↓Taxes sur le commerce international	↓Taxes sur la consommation	↓Ensemble des taxes

2. Les biens consommés par les personnes âgées (biens de première nécessité) sont surtout importés :

↓Taxes sur le revenu	↓ou↑Taxes sur le commerce international	↓Taxes sur la consommation	↓Ensemble des taxes (moins important qu'en 1.)

De plus, les personnes âgées vont généralement consommer moins de biens durables, ce qui pourrait toucher les entreprises du pays et ses revenus provenant de l'impôt sur les corporations. Au niveau de l'impôt sur le revenu individuel, les personnes âgées jouissent souvent d'un revenu taxable plus faible et on risque donc aussi de voir diminuer les revenus associés à ce dernier.

De façon générale, on remarque donc que les décideurs devront faire face au vieillissement de la population avec beaucoup de prudence : celui-ci risque d'entraîner une hausse considérable des dépenses publiques, en rétrécissant cependant l'assiette d'imposition. Il s'agit d'un problème important que l'on pourrait notamment contrecarrer en élargissant le plus possible l'ensemble des biens et services touchés par la taxe de vente, bien que cela semble difficile pour les pays en développement où le secteur informel occupe une bonne place[20]. Fort probablement, on risque donc d'être confronté à l'obligation de hausser les taux d'imposition et le fardeau fiscal assumé par les travailleurs.

3.2.2. L'urbanisation

Au cours des prochaines années, les Nations Unies prévoient la continuation de l'urbanisation des pays en développement. En effet, pour ce groupe de pays, la croissance de la population urbaine sera de 4,5 % par année pour les années 2000 à 2005, tandis que celle de la population rurale ne sera que de 1,6 % par année au cours de la même période[21].

Au niveau des dépenses gouvernementales, l'urbanisation entraîne des pressions importantes sur les institutions : besoin accru d'infrastructures donnant accès aux services de base tels les égouts, l'électricité, le branchement à l'eau potable, l'éducation, la santé, etc.

L'urbanisation s'accompagne généralement d'une diminution de la part de l'économie rurale dans le produit national brut. L'effet que cela aura sur les revenus fiscaux des gouvernements va dépendre en partie de l'effet attendu sur la taille de l'économie informelle du pays. La figure 2 représente les quatre cas possiblement observables et leur effet (positif, négatif ou nul) sur la taille de l'assiette fiscale du gouvernement.

---

[20] Afin de mesurer la part du secteur informel, on suggère de vous référer à la colonne Pourcentage du PIB provenant de l'agriculture, il s'agit d'une variable facilement mesurable et généralement fortement corrélée avec la taille de l'économie informelle.

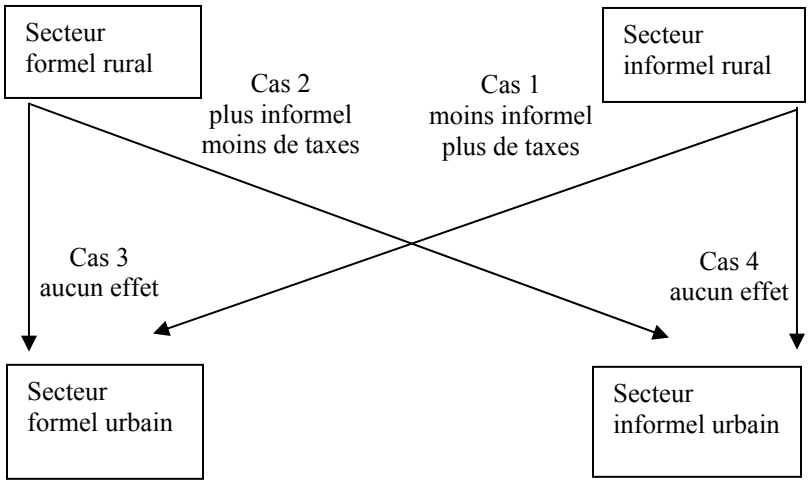
[21] S. WALLACE, *op. cit.*, note 15, p. 9.

Dans un premier cas, les individus, jadis agriculteurs autonomes plutôt déconnectés de l'économie formelle, deviendraient employés, en ville, de grandes entreprises ou de manufactures mieux contrôlées par le gouvernement. On observerait donc une diminution de la taille de l'économie informelle[22]. Ce qui aura comme conséquence d'augmenter à la fois les revenus provenant des taxes sur la consommation et de celles sur les revenus individuels et corporatifs.

Dans un deuxième cas, on peut aussi imaginer que les individus, en migrant vers les villes, vont plutôt quitter l'économie formelle pour se tourner vers le secteur informel[23], mettre sur pied des petits ateliers et des petits commerce, ce qui aurait l'effet inverse de celui observé précédemment et il y aurait dans ce cas une diminution des revenus pouvant être perçus par le gouvernement.

Figure 2

Influence de l'urbanisation sur la taille de l'économie informelle et sur les recettes du gouvernement



[22] La part de l'agriculture dans le PIB est souvent utilisée comme mesure de la taille de l'économie informelle, les deux variables étant fortement corrélées. Il n'est donc pas absurde de prétendre que l'urbanisation entraînera à terme une diminution de l'activité informelle.

[23] Il s'agit d'ailleurs du point de vue adopté par S. Wallace, *op. cit.*, note 15.

Dans un troisième cas, les individus faisaient partie de l'économie formelle à la campagne, et continuent d'y participer après leur arrivée en ville. Tout comme dans le quatrième cas, où ils quittent le secteur informel rural pour le secteur informel urbain, cela n'aura pas d'impact sur la taille de l'économie formelle ni, par conséquent, sur l'assiette de biens et de revenus imposables par le gouvernement.

Les villes doivent souvent faire face à des problématiques qui leur sont propres, il serait donc primordial que les gouvernements locaux disposent d'une marge de manœuvre de plus en plus grande au fur et à mesure que se vit le processus d'urbanisation. Afin de faire face à la demande accrue de services, on pourrait penser à élargir l'usage de frais d'usagers pour certains services municipaux. Afin de rejoindre les payeurs de taxes potentiels du secteur informel urbain, il pourrait être adéquat d'imposer une taxe d'accès à certains services de base comme l'eau, l'électricité, etc.[24] Une telle façon de faire serait beaucoup plus simple que de chercher à taxer les revenus de l'économie souterraine.

3.2.3. L'incidence du VIH/SIDA

De nombreux pays en développement sont durement touchés par l'épidémie du VIH/SIDA. En effet, à la fin 2000, il y avait 36,1 millions de personnes touchées par le virus, dont 90 % dans des pays en développement (75 % en Afrique subsaharienne)[25].

Au niveau des dépenses publiques, cette épidémie entraîne des coûts importants : en 2001, lors d'un sommet spécial, les dirigeants africains se sont engagés à consacrer 15 % de leurs dépenses pour la santé et la lutte contre le SIDA[26]. Beaucoup d'orphelins du sida, souvent infectés par le virus eux-mêmes, se retrouvent aussi à la charge de la société. En conséquence, le nombre d'enfants par famille tend à augmenter dans les pays les plus durement touchés par l'épidémie, lesquels voient également diminuer de façon significative leur population active[27].

---

24 S. WALLACE, *op. cit.*, note 15, p. 42.

25 Engagement sur le VIH/SIDA. Voir le communiqué de presse *AIDS/20* sur le site Internet de l'ONU (20 juin 2001) : « La session extraordinaire des Nations Unies sur le VIH/SIDA cherchera à générer mondialement une réponse massive à la crise », en ligne : http://www.un.org/News/fr-press/docs/2001/AIDS20.doc.htm.

26 *Id*.

27 S. WALLACE, *op. cit.*, note 15, p. 15.

Figure 3

Effets du VIH/SIDA sur les revenus de taxation

↓Taxes sur le revenu	↓Taxes sur le commerce international	↓Taxes sur la consommation	↓Ensemble des taxes

Au niveau de la perception des impôts, la figure 3 indique les conséquences amenées par le virus. Il y aura une diminution de la consommation taxable (de plus en plus des ressources des ménages étant affectées à la consommation de soins de santé, généralement exempts d'impôts) et des recettes de l'impôt sur le revenu, la population active étant moins grande. On observera finalement une baisse généralisée de l'ensemble des assiettes fiscales si l'épidémie va jusqu'à entraîner une décroissance économique.

Dans une telle situation, les gouvernements ne peuvent que s'appuyer temporairement sur une plus grande taxation du revenu des entreprises, lesquelles sont touchées moins directement que les individus par le virus. Par contre, des investissements massifs doivent être faits dans l'éducation et la sensibilisation de la population afin d'endiguer l'épidémie, la fin de celle-ci étant la seule véritable solution au problème.

3.2.4. La hausse générale du niveau d'éducation

De façon générale, le niveau d'alphabétisation et l'accès à l'éducation vont en augmentant pour les pays en développement. En effet, selon l'UNESCO, le pourcentage d'adultes analphabètes est passé, au niveau mondial, de 22,4 % en 1995 à 20,3 % en 2000[28]. Les plus grandes diminutions sont observées en Afrique (5,4 %) et en Asie (2,8 %). Cependant, beaucoup de chemin reste encore à parcourir, notamment en ce qui a trait à l'alphabétisation des femmes, qui représentent les deux tiers des individus ne sachant ni lire ni écrire. En 2010, l'UNESCO estime que le pourcentage d'analphabètes ne sera plus que de 16,5 %[29]. Parmi les pays en

[28] Site Internet de l'Institut statistique de l'UNESCO, en ligne : http://portal.unesco.org/uis/ev.php?URL_ID=5063&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201&reload=1038709016.

[29] *Id.*

développement, on peut espérer que 26 d'entre eux verront leur taux d'analphabétisme chuter de plus de 50 % entre 2000 et 2015; pour 39 autres, la baisse se situe entre 40 % et 50 % et pour 28 autres, elle sera de 30 % à 40 %[30]. Il reste cependant 30 pays en développement qui ne pourront pas connaître une telle évolution et on prévoit qu'en 2015, 92 % des analphabètes vivront dans un de ces 30 pays[31].

De façon générale, on observe donc une augmentation importante du taux d'alphabétisation dans la grande majorité des pays en développement. Les impacts de ceci sur la fiscalité nationale sont nombreux.

Au niveau des dépenses, on observera un investissement accru dans les infrastructures d'éducation. Les gens plus éduqués ayant généralement une meilleure hygiène de vie, les coûts associés à la santé devraient d'une part diminuer, mais cet effet peut être d'autre part contrebalancé par le fait que les gens qui sont plus instruits vont aussi vivre plus vieux et donc possiblement accroître la demande pour les soins de santé.

L'alphabétisation et l'accès à l'éducation pour tous entraînent une amélioration du capital humain disponible dans le pays et donc des perspectives économiques meilleures. Ainsi, il y a des bonnes chances que le revenu national augmente et donc que les revenus de taxation, tant en provenance des taxes sur la consommation que sur les revenus, augmentent aussi.

Le tout sera, pour les gouvernements, d'allouer les revenus générés à des programmes de développement durable et ainsi atteindre un niveau de développement supérieur. On remarque d'ailleurs dans les données

---

[30] *Id.* Quelques pays dont :

1) la baisse sera de plus de 50 % : Chine, Indonésie, Tanzanie, Kenya, Zimbabwe;

2) la baisse sera entre 40 % et 50 % : Algérie, Bolivie, Chili, Équateur, Namibie, Turquie, Zambie;

3) la baisse sera entre 30 % et 40 % : Brésil, El Salvador, République du Laos, Togo, Ouganda.

[31] *Id.* Parmi ces pays où la situation ne s'améliore pas suffisamment rapidement aux yeux de l'UNESCO, on compte les suivants : Bangladesh, Bénin, Burkina Faso, Cambodge, Côte d'Ivoire, République Dominicaine, Égypte, Érythrée, Éthiopie, Gambie, Guatemala, Haïti, Inde, Irak, Malawi, Mali, Mauritanie, Maroc, Myanmar, Népal, Nicaragua, Niger, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Sénégal et Émirats Arabes Unis.

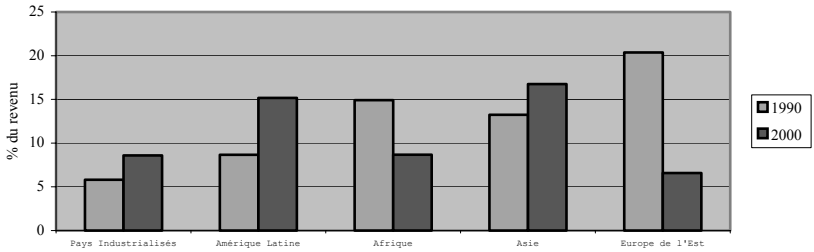
présentées au tableau 6 de l'annexe, qu'au fur et à mesure qu'une économie se développe, les revenus de taxation du gouvernement, en termes de PIB, augmentent pour permettre la mise en place d'infrastructures de qualité lui permettant de concurrencer les États économiquement plus avancés.

3.3. LA MONDIALISATION DE L'ÉCONOMIE

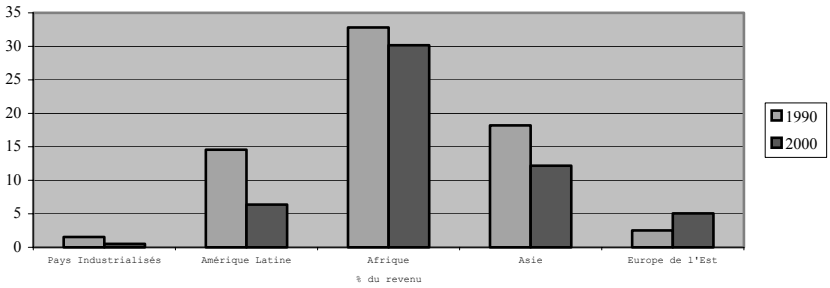
La mondialisation de l'économie se traduit par une plus grande mobilité des facteurs de production d'un pays à l'autre. Il est dorénavant possible d'investir, de consommer et, dans une moindre mesure, d'offrir son travail sur les marchés internationaux. Dans un tel contexte, les décisions fiscales prises par un pays ont des externalités importantes sur les autres gouvernements. Les économistes sont partagés quant à l'impact de cet environnement de concurrence.

On pourrait s'attendre à ce que les gouvernements, afin d'attirer les ressources sur leur territoire, baissent de façon importante les taux de taxation, baisse dont l'ampleur sera déterminée par le degré de mobilité du capital visé. Par exemple, on devrait voir une augmentation du fardeau assumé par les travailleurs, à l'avantage des détenteurs de capitaux. Cette diminution des revenus levés devrait être accompagnée d'une diminution proportionnelle du rôle joué par l'État dans l'économie nationale. Or, non seulement les taxes sur les revenus des travailleurs n'ont pas augmenté par rapport aux taxes sur les corporations lors de la décennie 1990 pour la majorité des continents (voir le graphique 6), mais on a, en plus, pour les pays industrialisés, observé une hausse de la taille de l'État au cours des dernières années. Il est donc loin d'être évident que la compétition fiscale ait eu les effets escomptés.

GRAPHIQUE 6
Pourcentage du revenu provenant de l'impôt sur le revenu des corporations



GRAPHIQUE 7
Pourcentage du revenu provenant des taxes sur le commerce international



Quoiqu'il en soit, les pays en développement sont aux prises avec des problèmes particuliers liés à la mondialisation de l'économie. Non seulement les revenus qu'ils retirent du commerce international sont menacés (et il s'agit quelquefois d'un grand pourcentage de leur revenu comme l'indique le graphique 7), mais en plus, les autorités fiscales voient leur marge de manœuvre limitée dans la taxation des revenus d'investissement et des revenus d'entreprises. En effet, si la taxation de ces revenus est élevée comparativement à ce qui est appliqué dans les pays voisins, il y a un risque de voir fuir les capitaux et les investissements à l'extérieur des frontières; il semble cependant moins grand, à la lumière de nos résultats, que ce à quoi on aurait pu s'attendre de prime abord. Afin de pouvoir conserver leurs revenus, ils doivent donc s'appuyer sur l'impôt sur le revenu des particuliers ou bien sur une augmentation des taxes sur la consommation domestique.

L'impôt personnel n'est pas très lucratif pour la majorité des pays en développement, la plupart des citoyens ne jouissant pas d'un revenu stable ou ne gagnant pas suffisamment pour être concernés par ce type d'impôt. La majorité des ménages des pays en développement ne sont pas salariés et retirent plutôt leurs revenus d'une petite entreprise familiale (agricole ou autre), ce qui rend particulièrement difficile l'administration d'un impôt sur le revenu individuel.

En conséquence, il n'est pas surprenant de voir que pour tous les groupes de pays étudiés, il y a eu une hausse des taxes sur la consommation domestique. Une attention toute particulière doit être portée à ce type de taxe. La taxe sur la consommation, lorsqu'elle est caractérisée par des taux faibles et par une large base d'imposition, est sans doute l'une des moins coûteuses, en termes d'efficacité, étant donné qu'elle touche de façon

similaire la quasi-totalité des secteurs. Toutefois, elle risque aussi d'être plus régressive qu'un impôt sur les revenus et les gains en capital; rappelons toutefois que l'étude de l'effet d'une seule taxe ne nous permet pas de conclure ou non à la régressivité du système, lequel comprend aussi, outre d'autres taxes, un volet dépenses qui touche différemment les riches et les pauvres.

En conséquence, en réaction à la mondialisation, il serait donc avisé de conseiller aux pays en développement d'avoir recours dans une plus large mesure à des taxes sur la consommation des biens domestiques : l'installation d'une TVA, par exemple. Cependant, des mesures de compensation pourraient être requises afin de s'assurer que les pauvres ne soient pas lésés par un tel système.

3.4. LA TROP GRANDE INFLUENCE DES ÉLITES

Une étude menée auprès de plusieurs pays en développement montre que les systèmes de taxation en vigueur dans ces derniers sont beaucoup moins progressifs que ceux des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »). Ainsi, si les politiques fiscales des pays industrialisés réduisent de 16 % le coefficient de Gini observé, leur impact n'est qu'une diminution de 6 % du même coefficient lorsqu'il est question des pays en développement[32]. Les riches seraient donc moins touchés par les politiques fiscales des pays en développement que par celles des pays développés, et ce, en raison de l'influence démesurée qu'ils sont généralement en mesure d'exercer sur l'appareil politique[33] des pays où la démocratie est plus fragile.

Ainsi, alors que pour renvoyer une image de progressivité, les pays en développement multiplient les fourchettes d'imposition sur le revenu, on remarque qu'ils y intègrent aussi une foule d'exemptions qui ne profitent en général qu'à la classe la plus aisée de la population. L'impôt sur le revenu sera donc souvent, en raison de toutes ces exemptions, beaucoup moins progressif qu'il n'en a l'air[34].

---

32 Ke-young CHU, Hamid DAVOODI et Sanjeev GUPTA, *Income Distribution and Tax and governement social spending policies in developing countries,* IMF Working Paper (WP/00/62), 2000, p. 3.

33 V. TANZI et H. ZEE, *op. cit.*, note 12, p. 2.

34 *Id.,* p. 5.

Il serait donc utile, dans nombre de cas, de limiter de façon importante les exemptions autorisées et de réduire le plus possible le nombre de fourchettes d'imposition, ces dernières rendant l'administration du système plus difficile[35].

3.5. LA MISE EN ŒUVRE DES POLITIQUES RETENUES

Une fois les politiques choisies, il est important de s'assurer de la bonne application de celles-ci. En effet, si elles sont impossibles à administrer, mieux vaudrait sans doute leur préférer une autre combinaison.

Comment donc s'assurer que les citoyens des pays en développement vont accepter de participer à l'effort gouvernemental et se soumettre aux exigences fiscales de leur pays? Si la théorie économique apporte des pistes de réponse à cette question, il ne faudrait pas non plus négliger l'importance du rôle du gouvernement qui doit, par ses actions et son attitude, légitimer son droit de percevoir des impôts.

L'évasion fiscale, bien que présente dans tous les pays, est particulièrement importante dans les pays en développement. En effet, dans ces pays, les marchés informels sont responsables d'une grande part de la production, et ce n'est qu'une faible partie de la population qui jouit du statut de salarié. Il est donc extrêmement difficile de contrôler le revenu ou la consommation des individus ou des corporations.

Cette évasion fiscale est très nuisible pour l'économie. Elle remet en cause l'équité du système, certains individus réussissant à échapper au fardeau fiscal. De plus, elle nuit à l'efficience des marchés économiques. En effet, elle empêche la concurrence, car elle favorise certains producteurs aux dépens des autres. Devant les revenus qui leur échappent, les gouvernements qui désirent atteindre un niveau donné de dépenses peuvent avoir le réflexe d'augmenter les taux, ce qui a l'effet pervers d'augmenter encore l'iniquité entre ceux qui paient et ceux qui ne paient pas, et ainsi d'inciter encore plus fortement les gens à ne pas se soumettre aux politiques fiscales. De plus, les citoyens qui se rendent compte de l'incapacité de leur gouvernement à lever des revenus pourraient développer du cynisme à son égard, et la crédibilité des autorités s'en trouverait largement entachée.

Afin donc d'endiguer le phénomène, les économistes ont tenté d'expliquer les raisons de l'évasion fiscale. On doit à Allingham et Sandmo

---

[35] *Id.*, p. 6.

(1972) l'explication économique la plus répandue de ce comportement[36]. Selon eux, les individus décident de ne pas payer leurs impôts comme ils décident de jouer ou non à une loterie. Leur choix va donc dépendre essentiellement de la perte qu'ils risquent de subir s'ils se font prendre et de la probabilité que les autorités découvrent leur infraction. En conséquence, selon cette théorie, deux choix s'offrent aux fonctionnaires qui désirent diminuer l'évasion fiscale : augmenter les pénalités qui lui sont associées ou augmenter les contrôles[37].

Cela dit, d'autres facteurs sont aussi avancés pour expliquer la propension des gens à ne pas payer leurs impôts. Par exemple, les coûts de conformité, c'est-à-dire les coûts que doivent supporter les individus ou les corporations pour se soumettre aux exigences du gouvernement, peuvent, lorsqu'ils sont trop élevés, inciter à l'évasion fiscale.

La perception que les contribuables se font de l'action et de l'attitude de l'État est un autre des facteurs pris en considération lors de la décision qu'ils prendront de contribuer ou non à l'enrichissement de ce dernier.

On blâme aussi la mondialisation des marchés, qui a rendu plus difficile le contrôle des activités des entreprises multinationales, lesquelles peuvent souvent, à travers des mécanismes de prix de transfert entre succursales, échapper à la taxation à laquelle elles auraient dû être soumises à l'intérieur d'un pays donné[38].

À la lumière de ces facteurs explicatifs de l'évasion fiscale, les principes de réforme suivants pourraient donc être adoptés par les pays en voie de développement. Tout d'abord, augmenter les pénalités associées au fait de tricher. Par contre, une telle stratégie n'est souvent pas désirée et peut même paraître injuste : il est moralement difficile de demander à des individus de payer une somme importante pour avoir triché, si cette pratique est très étendue et que le fait d'avoir été pris relève plus de la malchance ou du non-paiement d'un pot-de-vin que du fait d'agir moins bien que la moyenne[39].

---

36 Michael ALLINGHAM et Agnar SANDMO, « Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis », (1972), 1 (3/4), *Journal of Public Economics* 323-338.

37 Vito TANZI et Parthasarathi SHOME, « A Primer on Tax Evasion », (1993), vol. 40, n° 4 *IMF Staff Papers* 807-828.

38 J. HINES, « Lessons from Behavioral Response to International Taxation », (1999), vol. 52, n° 2 *National Tax Journal* 305-322.

39 V. TANZI et P. SHOME, *loc. cit.*, note 37, 811.

On peut aussi augmenter les contrôles, ce qui peut être fait en adoptant des méthodes de déclarations croisées (par exemple, comparer les déclarations des employeurs avec celles des employés) ou en utilisant les données obtenues par les autres ministères du gouvernement.

Il est aussi primordial d'avoir un système de taxation simple, nettoyé de tout type de loi impossible à appliquer. En simplifiant le processus de prélèvement, on diminue les coûts de conformité des individus et des entreprises et on augmente la crédibilité du gouvernement, en rendant son mode de fonctionnement intelligible pour tous.

Afin de s'assurer de la coopération des individus, certains suggèrent aussi d'attacher une plus grande importance aux relations publiques[40] : être en mesure de répondre de façon rapide et courtoise aux interrogations du contribuable et faire parvenir le plus rapidement possible leur remboursement d'impôt à ceux qui peuvent en bénéficier.

Étant entendu que la corruption génère une partie non négligeable de l'évasion fiscale dans les pays en voie de développement, il faudrait aussi songer à limiter l'importance des incitatifs fiscaux et des droits de douane, ces deux mesures étant particulièrement sensibles aux problèmes de corruption[41]. En effet, le choix des entreprises pouvant bénéficier des incitatifs fiscaux se fait souvent arbitrairement par les hauts fonctionnaires et des droits de douane trop élevés sur certaines denrées (tabac, alcool, etc.) ouvrent la porte aux organisations criminelles et à la corruption des fonctionnaires par ces dernières.

3.5.1. La dimension sous-nationale

Jusqu'à maintenant, nous avons négligé la dimension fédérale de la fiscalité nationale. Examinons donc cette question,étant donné la tendance à la décentralisation qui s'observe un peu partout à travers le monde. Le principal critère de partage des impôts et taxes entre divers niveaux de gouvernement est la mobilité de l'assiette fiscale, à savoir sa capacité de se déplacer d'une juridiction fiscale à une autre pour se soustraire en tout ou en partie à ses obligations fiscales. Plus l'assiette est mobile, plus elle devrait être taxée à un niveau supérieur de gouvernement, pour éviter la concurrence

---

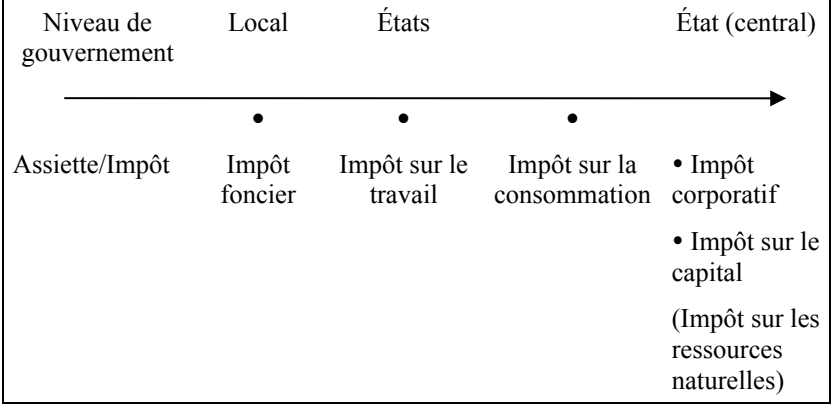
40 *Id.*, 816.

41 Vito TANZI, « Corruption in the public finances », (1997), *8th Anti-Corruption International Conference*, en ligne : http://www.transparency.org/iacc/8th_iacc/papers/vtanzi.html.

fiscale et les déplacements de fardeau entre États locaux. Notons cependant que certains suggèrent que si l'État est un organisme omnipotent, la concurrence fiscale en réduit la taille, ce qui est souhaitable. On peut représenter cela à l'aide d'un axe où l'on superpose niveau de gouvernement et champ d'imposition, ce qui donne la figure 4.

Figure 4

Continuum fiscal et partage des champs d'impôts



L'assiette fiscale de l'impôt foncier, qui porte sur la valeur vénale ou locative du sol et des immeubles, est par définition immobile. Elle est donc une bonne source de financement pour des services locaux tels l'enlèvement des ordures ou la lutte contre les incendies lorsque les frais d'usagers ne sont pas utilisables. Les impôts sur le travail (impôt sur le revenu et taxe sur la masse salariale) et sur la consommation (TVA, taxe d'accise) portent sur des activités des individus et des ménages, agents plus mobiles que le sol où ils résident, mais moins que le capital. Il faut donc tenir compte du degré relatif de mobilité de ces matières imposables, qui varie d'un pays à l'autre. Certains auteurs suggèrent d'attribuer au gouvernement central l'impôt sur le revenu (du travail) pour assurer sa coordination avec les politiques redistributives, la TVA étant alors du ressort des gouvernements sous-nationaux. Finalement, les corporations ont à leur disposition un ensemble de moyens (prix de transfert, structure financière, etc.) permettant de minimiser leur fardeau fiscal. Les frontières nationales de l'État sont un peu moins perméables à cet égard que celles des gouvernements locaux. En terminant, il est *a priori* étonnant de retrouver l'impôt sur les ressources naturelles parmi les impôts du gouvernement central, étant donné l'immobilité de cette assiette. Cela s'explique par la mobilité induite du travail que son attribution

au niveau local entraînerait, mobilité expliquée par la recherche des rentes associées à cette ressource.

En général, le partage des dépenses et des recettes fait que le gouvernement central doit transférer des ressources aux gouvernements sous-nationaux. Un système de transferts intergouvernementaux doit répondre à deux questions : combien et comment transfère-t-on? Il n'y a pas de réponse unique à ces questions, étant donné que chaque État a des objectifs différents de nature géographique (développement et intégration des régions frontalières pour assurer la sécurité nationale), politique (équilibre ethnolinguistique pour assurer l'harmonie et éviter ou réduire les tendances sécessionnistes) ou économique (assurer un niveau minimal ou égal de services sur l'ensemble du territoire, tenir compte des externalités possibles entre gouvernements locaux). Cela dit :

- le montant total à transférer (combien) est déterminé de l'une des trois façons suivantes : i) un pourcentage fixe, soit de l'ensemble des recettes du gouvernement central, soit d'une partie des recettes tirées d'une ou de quelques taxes spécifiques; ii) un montant fixe déterminé annuellement comme toute autre dépense, avec ou sans consultation des gouvernements locaux; iii) un montant variable déterminé par une formule (un pourcentage des dépenses des récipiendaires ou un montant selon des caractéristiques de la population : âge, éducation, etc.). Chaque façon de faire a des avantages et des inconvénients. Ainsi, le pourcentage d'un impôt donné de l'État allant en transferts aux États, s'il est élevé, réduit la rentabilité des efforts de perception dudit impôt par le gouvernement central et peut l'amener à diminuer ces transferts. Par contre, les États peuvent, à assiette et efforts de perception inchangés, prévoir leurs recettes de transferts et donc emprunter sur cette base. Par ailleurs, la détermination annuelle du montant réduit la prévisibilité des recettes des gouvernements locaux, mais permet, en théorie du moins, de mieux adapter les transferts à l'évolution des besoins. Ainsi, l'État, s'il se déleste de certaines dépenses, peut en assurer le financement à l'aide de transferts accrus;

- les formules de transfert appartiennent à deux grands types. Certaines visent à garantir un niveau minimal similaire ou égal de services gouvernementaux dans toutes les régions d'un pays en assurant aux gouvernements sous-nationaux des recettes adéquates. Ces formules, dites de péréquation, utilisent des indicateurs de la capacité fiscale et/ou des besoins des États. Elles peuvent avoir des effets pervers sur l'activité économique (Usher, 1995). La mesure de ces deux types d'indicateurs est plus ou moins facile. Ainsi, il faut éviter de confondre assiette fiscale

potentielle et assiette fiscale constatée, ou plus simplement assiette et recettes. La figure 5 fait ressortir ceci.

Figure 5

La relation assiette / recettes

Assiette potentielle (réelle)	Inscription au rôle (règles, oublis)	⇒	Assiette constatée (recensée)	•	Taux (exemption)

⇒ Recettes à recouvrer • Effort de recouvrement ⇒ Recettes recouvrées

De même, il faut éviter de confondre niveau observé des dépenses et besoins.

D'autres formules visent à modifier le comportement des gouvernements locaux. Il s'agit alors de transferts conditionnels qui doivent être dépensés selon certains critères et dans certains domaines, accompagnés ou non de dépenses financées localement. Le premier type de transfert accroît la marge de manoeuvre des gouvernements locaux, le second, non. L'à-propos de l'un ou l'autre type dépend à la fois de conditions objectives (capacité de gestion des gouvernements locaux, présence d'externalités, etc.) et du rôle respectif des niveaux de gouvernement (responsabilités conjointes ou séparées, normes nationales ou non, etc.). L'essentiel est de s'assurer que ces transferts n'ont pas d'effets pervers. Ainsi, un système de transferts assurant l'équilibre budgétaire, soit la couverture de la différence entre dépenses et recettes, peut décourager l'effort de perception fiscale par les gouvernements locaux. D'autres systèmes peuvent accroître certains types de dépenses, par exemple, des transferts couvrant le coût des salaires plus que nécessaire.

CONCLUSION

Chaque pays faisant face à des réalités qui lui sont propres, il serait présomptueux de chercher à tirer des conclusions générales sur ce qui devrait, ou non, être entrepris par les pays en développement pour améliorer leurs systèmes de taxation et, par la même occasion, le financement des infrastructures publiques qu'ils doivent fournir pour améliorer la qualité de vie de leurs populations, ces infrastructures étant essentielles à tout processus de développement économique durable.

Par contre, à la lumière des sections précédentes, nous pouvons tirer quelques grandes lignes de conduite auxquelles devraient se conformer les décideurs de politiques s'ils désirent promouvoir la viabilité de leur système fiscal.

1. **Revoir le rôle de l'État.** Avant de revoir la fiscalité, il est important de s'assurer que l'on veut financer avec des impôts et taxes des biens et services qui relèvent vraiment de la compétence de l'État. Certes, il n'est pas possible de modifier en un jour l'activité étatique mais un programme de privatisation bien structuré peut faciliter, grâce à des entrées de fonds temporaires, la réforme de la fiscalité.

2. **Utiliser les impôts et taxes les plus reliés aux services rendus.** Cela vise à créer un lien entre la consommation de biens et services et le paiement pour ces services. On peut utiliser des primes d'assurance pour la santé ou la sécurité de revenu, des péages pour les routes, des compteurs pour l'eau et ainsi de suite.

3. **Attribuer les bonnes compétences et les revenus au bon niveau de gouvernement.** La proximité des centres de décision et de prestation des services facilite l'acceptation de la fiscalité par une population relativement démunie car elle en perçoit plus aisément les bénéfices. Il faut donc examiner si une accentuation de la décentralisation serait appropriée.

4. **Mettre en place un système simple et stable.** Afin de minimiser les coûts de perception, mais surtout afin de s'assurer de la coopération des individus, les autorités fiscales ont tout intérêt à mettre en place un système simple, que leurs ressources limitées leur permettront de gérer sans perdre leur crédibilité. Quant à la stabilité, elle facilite la perception en créant l'habitude de paiement chez le contribuable.

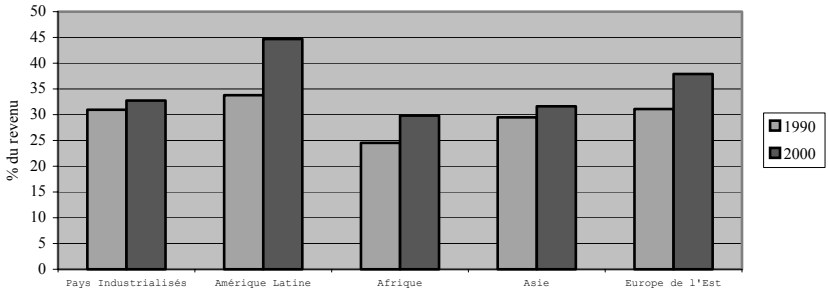
5. **Élargir les assiettes de perception.** Pour un système donné, il faut éviter les exclusions historiques ou arbitraires de l'assiette telles celles des terrains agricoles ou des immeubles en milieu périurbain ou des petits commerçants. On peut utiliser des mécanismes simples (patente, forfait, etc.) pour assurer une inclusion la plus large possible.

6. **Diminuer la dépendance envers les taxes sur le commerce international.** Nombre de pays en développement sont encore très dépendants des taxes sur le commerce international, sans doute à cause de la facilité qu'ils ont à percevoir ce type d'impôts. Par contre, il s'agit d'une source de revenu menacée par l'ensemble des traités de libre-

échange commerciaux, régionaux ou mondiaux, qui sont présentement en phase d'élaboration et dont la portée est de plus en plus importante. De plus, il s'agit d'un type d'impôt qui génère de grandes distorsions dans l'économie nationale, et qui entraîne donc une mauvaise allocation économique des ressources nationales et une perte de bien-être des individus.

7. **Favoriser l'usage de taxes sur la consommation domestique.** Nombre de fois il a été fait mention dans le présent texte des avantages que peut procurer l'implantation d'une taxe sur la consommation, dont les taux faibles s'appliqueraient de façon uniforme, à la presque totalité des biens. Elle est notamment recommandable pour remplacer les taxes sur le commerce international, et pour faire face à la problématique du vieillissement de la population, tout en n'introduisant pas de trop grandes distorsions dans l'économie. Le graphique 8 indique que la majorité des pays a déjà accepté les vertus de ce type de taxe. En effet, on y remarque que son importance relative a connu une augmentation pour l'ensemble des groupes de pays à l'étude.

GRAPHIQUE 8
Pourcentage du revenu provenant des taxes sur la consommation domestique



8. **Face au phénomène d'urbanisation, élargir l'utilisation des frais d'usagers.** Il s'agit sans aucun doute d'un type de perception que devraient privilégier les autorités municipales aux prises avec une augmentation soudaine de leurs dépenses. Les frais d'usagers sont efficaces au plan économique et permettent aussi, dans une certaine mesure, de rejoindre les agents de l'économie informelle (par des frais sur l'eau et l'électricité, par exemple).

9. **Tenir compte des effets à court, moyen et long termes qu'auront les dépenses du gouvernement sur son assiette fiscale.** En effet, dans les sections traitant de la hausse du niveau d'éducation et de l'épidémie du SIDA, nous avons constaté qu'un investissement gouvernemental dans l'alphabétisation ou dans la lutte contre le VIH pouvait se répercuter, à terme, par un élargissement notable de l'assiette fiscale. Il s'agit d'un type de préoccupation dont les décideurs devraient tenir compte au moment de l'élaboration des budgets gouvernementaux.

10. **Mériter la confiance des contribuables.** Plus les contribuables feront confiance à leur gouvernement, plus ils seront enclins à lui remettre une partie de leur revenu. Cette coopération diminue de façon importante les coûts de gestion d'un système de taxation. Toutefois, pour en bénéficier, le gouvernement doit montrer non seulement sa capacité à lever des taxes efficacement, mais plus encore sa capacité à les utiliser de façon adéquate et profitable pour l'ensemble de la population.

Tableaux 1 à 5 : source de revenus des gouvernements centraux* (en pourcentage du revenu total de ces gouvernements) au cours de la dernière décennie[42]

TABLEAU 1 : PAYS INDUSTRIALISÉS											
		Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des particuliers	Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des corporations	Contributions à la sécurité sociale	Taxes sur la masse salariale	Taxe sur la propriété	Taxes sur la consommation domestique, biens et services	*VAT (ou gen sales turnover)*	Taxes sur le commerce international	Autres taxes	Revenu ne provenant pas de la taxation
PAYS INDUSTRIALISÉS											
États-Unis*	1992	39	6,74	28,13	0	1,62	15,73	*ND*	1,19	0	18,46
	1995	38,63	8,49	26,5	0	1,7	15,36	*ND*	1,07	0	17,92
	1999	43,41	7,62	25,36	0	2,1	14,11	*ND*	0,82	0	18,76
Canada*	1991	37,1	ND	12,69	0	1,56	22,1	*ND*	1,46	2,05	17,18
	1995	34,5	ND	13,29	0	2,07	22,29	*ND*	0,95	2,07	16,47
	2000	33,47	ND	13,33	0	2,06	21,34	*ND*	0,67	1,9	16,27
Australie*	1990	38,31	ND	0	0,92	4,76	21,86	*ND*	3,11	3,98	14,98
	1995	33,99	ND	0	1,75	4,84	23,11	*ND*	2,21	4,11	15,96
	1998	35,02	ND	0	1,59	4,88	21,47	*ND*	1,8	6,69	5,67
Nouvelle-Zélande	1991 (prel)[a]	43,87	5,99	0	1,71	1,13	24,97	*16,41*	1,8	0	11,29
	1995 (prel)	42,5	11,22	0	0,85	0,46	27,61	*19,96*	2,15	0,01	11,29
	2000	44,8	11,93	0	0,89	0,06	28,4	*19,74*	1,85	0	6,84
Belgique	1990 (prel)	28,82	5,9	35,29	0	2,71	23,34	*16,51*	0,02	0,47	3,22
	1995	29,09	5,95	34,23	0	2,49	24,96	*15,53*	0	0	2,41
	1998	28,72	8	32,94	0	3,39	25,21	*19,72*	0	0	1,62
Danemark	1990 (prel)	30,83	3,33	3,19	0,79	2,48	40,84	24,59	*0,06*	0	14,06
	1995	31,27	4,38	3,88	0,57	1,77	39,78	*24,07*	0,05	0,52	12,87
	2000 (for)[b]	27,13	5,5	4,06	0,54	1,65	44,85	*27,99*	0	1,35	11,79
Finlande	1990	24,45	3,94	11,64	0	3,19	45,53	*30,06*	0,9	0,21	10,11
	1995	23,42	4,23	13,9	0	1,81	41,22	*24,45*	0,15	0,31	14,93
	1998	21,79	7,32	10,35	0	2,18	43,83	*26,33*	0	0,14	13,16

42 Les données de ces cinq tableaux sont tirées des *Governement Finance Yearbook*, publiés annuellement par le FMI.

TABLEAU 1 : PAYS INDUSTRIALISÉS (SUITE)											
Allemagne*	1990	19,76	ND	40,08	0	1,64	24,7	*ND*	0	0	8,46
	1995	20,46	ND	35,99	0	1,22	25,3	*ND*	0	0	14,88
	1998	18,23	ND	36,7	0	1,1	24,38	*ND*	0	0	15,24
Grèce	1990	14,09	5,79	28,84	0	5,31	42,66	*27,12*	0,08	2,96	8,27
	1995	16,75	9,56	2,16	0	3,75	58,39	*34,1*	0,07	3,46	10,34
	1998	19,47	12,96	2,19	0	4,27	54,78	*33,25*	0,06	3,69	6,98
Islande	1991	18,31	2,31	7,26	0,68	5,33	44,7	*34*	9,6	0,4	10,41
	1995	18,94	3,13	8,1	0	4,67	48,02	*31,21*	1,32	0,38	14,74
	1998	17,63	3,82	9,3	0	4,22	48,72	*30,74*	1,24	0,04	12,71
Norvège	1990	9,19	7,3	24,05	0	1,08	34,27	*18,23*	0,47	0,26	22,89
	1995	9,93	7,63	21,94	0	0,91	37,5	*21,26*	0,71	0	21,32
	1998	12,47	8,72	22,46	0	1,01	37,49	*22,18*	0,56	0,01	17,08
Portugal	1990	14,9	7,8	27,13	0	0,49	35,04	*18,23*	2,32	2,7	8,17
	1995	16,86	7,15	24,77	0	0,21	36,79	*21,48*	0	2,74	9,39
	1998	15,98	10,38	24,62	0	0,24	35,94	*21,46*	0,01	2,16	9,7
Suède	1990	13,92	3,91	30,38	4,94	3,89	28,8	*16,82*	0,54	0,06	13,17
	1995	5,83	8,15	35,45	2,02	3,61	29,32	*18,73*	0,84	0,11	12,74
	1999	6,08	7,66	33,14	9,93	4,54	27,05	*17,02*	0,07	0,12	11,29
Royaume-Uni	1990	28,02	10,86	16,24	0	6,76	28,89	*16,32*	0,06	0,1	8,76
	1995	26,64	9,21	17,18	0	6,44	32,53	*18,26*	0,06	0,07	7,66
	1999	29,13	10,58	17,02	0	7,21	31,02	*18,81*	0	0	4,89
MOYENNE	**1990**	**25,76**	**5,81**	**18,92**	**0,65**	**3,00**	**30,96**	**21,83**	**1,54**	**0,94**	**12,10**
	1998	**25,24**	**8,59**	**16,53**	**0,93**	**2,78**	**32,76**	**23,72**	**0,51**	**1,15**	**10,86**

TABLEAU 2 : PAYS D'AMÉRIQUE LATINE											
		Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des particuliers	Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des corporations	Contributions à la sécurité sociale	Taxes sur la masse salariale	Taxe sur la propriété	Taxes sur la consommation domestique, biens et services	*VAT (ou gen sales turnover)*	Taxes sur le commerce international	Autres taxes	Revenu ne provenant pas de la taxation
AMÉRIQUE LATINE											
Argentine*	1991	7,39	ND	26,29	0	7,89	19,03	*ND*	4,66	23,51	9,83
	1995	11,25	ND	21,28	0	5,8	24,03	*ND*	3,19	21,06	8,93
	1998	13,3	ND	15,75	0	5,44	26,91	*ND*	4,01	20,31	8,8
Bolivie	1990	0	2,14	8,8	0	7,36	31,61	*18,29*	7,31	3,57	44,47
	1995	0	2,51	6,52	0	10,21	39,49	*29,54*	6,66	0,76	31,89
	2000	0	7,8	9,41	0	7,52	47,96	*24,95*	5,6	0,13	18,76
Brésil*	1990	0,83	ND	18,24	3,01	0,28	31,61	*ND*	1,18	0,24	12,09
	1994	0,7	ND	21,19	2,84	0,43	34,36	*ND*	1,29	0,64	19,54
	1998	0,91	ND	24,78	4,18	1,47	32,83	*ND*	2	0,85	14,76
Chili	1987	3,47	10,22	6,54	0	0,59	41,52	*30,85*	9,87	7,49	20,83
	1995	17,35		6.07	0	0	*45,27*	36,99	9,31	4,55	17,18
	2000	18,35		6,43	0	0	*45,83*	35,72	6,11	3,42	19,69
Colombie	1989	27,73		12,55	5,14	ND	*27,72*	22,27	17,79	ND	7,44
	1999	1,71	32,46	0	0	4,7	39,32	*35,55*	7,32	0,15	14,36
Costa Rica	1990	7,33	2,46	28,68	0	0,6	27,24	*13,08*	22,95	0,88	14,38
	1995	8,54	2,5	25,88	0	0,13	32,45	*20,16*	14,89	1,08	14,14
	2000	0,9	10,51	31,67	0	0,29	39,78	*21,72*	4,86	0	10,36
El Salvador	1990	8,59	13,63	0	0	6,31	45,28	*29,11*	21,77	1,32	3,32
	1994	10,72	10,35	0	0	3,66	48,48	*40,03*	14,7	0,01	10,94
	2000	10,09	17,21	0	0	0,72	55,06	*51,91*	9,12	0,33	7,42
Guatemala	1989	3,19	14,84	0	0	2,06	23,16	*12,25*	33,78	5,16	17,72
	1995	4	14,9	0	0	0,46	46,15	*33,06*	22,96	2,65	8,53
	2000	0,9	13,18	0	0	0,11	61,66	*46,28*	11,89	1,2	6,36
Mexique*	1990	22,37		10,4	0,6	0,66	46,54	*ND*	0,01	2,45	11,8
	1995	22,51		11,53	0	0,87	45,24	*ND*	0	2,47	16,83
	1998	36,82		9,23	0	0,8	47,02	*ND*	3,42	34,52	12,15

TABLEAU 2 : PAYS D'AMÉRIQUE LATINE (SUITE)											
Pérou	1990 (prel)	10,01		0	0	6	44,22	*ND*	26,31	18,25	2,61
	1995	16,45		10,42	5,14	0,14	47,48	*35,64*	9,71	2,5	11,55
	2000	10,24	9,86	7,58	0,09	0	50,51	*39,03*	9,39	2,41	18,66
MOYENNE	**1990**	5,10	8,66	11,26	0,82	3,53	33,79	20,98	14,56	5,10	8,66
	2000	4,76	15,17	10,49	0,43	2,11	44,69	36,45	6,37	4,76	15,17

TABLEAU 3 : PAYS D'AFRIQUE		Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des particuliers	Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des corporations	Contributions à la sécurité sociale	Taxes sur la masse salariale	Taxe sur la propriété	Taxes sur la consommation domestique, biens et services	*VAT (ou gen sales turnover)*	Taxes sur le commerce international	Autres taxes	Revenu ne provenant pas de la taxation
AFRIQUE											
Burundi	1981	10,08	11,23	2,87	1,75	8,95	28,82	*0*	24,09	0,56	10,86
	1996	9,06	11,2	7,09	1,28	0	35,16	*12,6*	17,22	1,61	16,59
	1999	9,17	10,64	7,44	0,86	0	43,92	*17,55*	20,14	0,05	6,46
Cameroun	1989	8,93	36,3	6,41	0	1,54	20,18	*11,16*	13,96	7,58	5,08
	1995	8,29	8,7	0	0	1,14	25,14	*20,79*	27,58	1,48	27,39
	1999	8,69	12,06	0	0	1,06	25,79	*22,24*	28,26	3,34	20,34
Rép. Dém. du Congo	1995	7,97	22,78	0	0,127	0	18,68	*5,14*	32,64	6,6	7,78
	1998	9,14	20,1	0	0	0,1	17,25	*4,06*	33,22	8,63	11,57
République du Congo	2001	5,4	0	0	0	0	19,55	*17,67*	7,84	1	66,21
Côte d'Ivoire	1998	8,78	11,94	5,69	1,87	0,96	16,84	*12*	50,71	0,4	2,56
Guinée	1990	nd	nd	nd	nd	nd	17,07	*nd*	74,39	0	6,1
	1999 (for)	6,23	2,78	0,61	0,78	2,84	5,14	*5,03*	74,65	0,07	3,9
Kenya	1990	29,77		0	0	0	43,21	*31,81*	15,03	1,46	10,5
	1994	27,57		0	0	0	45,84	*31,44*	15,59	0,91	10,07
	1998	31,19		0	0	0	37,25	*19,34*	13,79	0	17,76
Lesotho	1991	9,21	7,66	0	0	0,07	16,73	*13,74*	51,75	0,04	14,5
	1998 (prel)	12,82	3	0	0	0	12,35	*10,76*	47,67	0	21,9

TABLEAU 3 : PAYS D'AFRIQUE (SUITE)											
Madagascar	1991	5,03	8,2	0	0	0,86	18,97	*6,62*	43,34	0,23	18,99
	1995	5,1	7,24	0	0	1,22	25,97	*21,08*	55,13	0,58	2,44
	2000	4,99	7,7	0	0	1,01	28,2	*16,72*	51,86	0,58	3,12
Île Maurice	1991 (prel)	6,62	8,15	4,23	0,46	5,93	22,06	*8,13*	45,77	0,24	6,53
	1995	6,16	6,19	5,69	0,56	5,96	26,3	*9,87*	35,76	0,14	13,23
	2000	6,02	5,24	4,81	0,55	4,71	37,44	*21,9*	27,1	0,05	12,13
Maroc	1990	9,67	9,6	3,94	0	2,34	37,31	*21,14*	17,7	1,75	13,28
	1995	10,32	6,28	6,67	0	1,95	38,38	*19,29*	14,44	1	15,39
	1999	11,08	9,19	5,16	0	1,9	36,02	*18,55*	15,78	1,03	15,5
Namibie	1991	14,57	8,76	0	0	0,3	25,07	*16,96*	37,43	0,22	13,49
	2000 (prel)	32,31		0	0	0,52	21,13	*nd*	37,05	0,62	8,37
Sénégal	2000	11,22	8,91	0	0	2,01	36,71	*nd*	32,17	1,55	4,43
Sierra Leone	1990 (prel)	9,42	21,95	0	0,09	0	23,34	*0*	40,26	0,08	4,59
	1995	7,59	7,84	0	0,18	0	37,52	*4,57*	42,24	0,02	3,69
	1999	15,79	9,82	0	0	0	21,54	*0,48*	48,6	0	4,06
Afrique du Sud	1990 (prel)	31,72	18,15	1,75	0,05	1,44	33,78	*24,17*	3,64	1,19	7,53
	1995	38,12	12,61	1,67	0,03	2,04	36,13	*24,47*	1,83	1,17	6,16
	2000 (prel)	35,23	16,66	1,86	0,52	1,66	*33,73*	22,81	3,04	1	5,23
Soudan	1999	5,26	9,36	0	0	0	35,28	*10,58*	29,02	1,02	20,07
Swaziland	1990 (prel)	8,08	20,17	0	0	0,16	11,47	*10,74*	48,81	1,74	7,84
	2000	15,9	8,61	0	0	0,2	13,72	*13.72*	51,94	4,06	5,04
Tunisie	1989	5,66	4,6	11,11	1,07	1,79	20,07	*7,16*	27,89	2,27	22,84
	1996	8,16	4,84	16,84	1,34	0,07	20,78	*8,6*	25,57	3,28	15,98
	2000	13,5	6,81	17,34	0,7	1,42	38,23	*24,76*	11,45	1,65	8,85
Ouganda	2000 (prel)	7,56	4,27	0	0	0,83	58,09	*28,36*	9,52	2,74	7,39
Zambie	1988	7,78	27,84	0	0,3	0,18	36,99	*23,49*	15,78	0,07	8,58
	1995 (for)	18,01	13,9	0	0	0,4	49,57	*33,73*	9,5	0	5,02
	1999 (prel)	21,87	8,95	0	0	0,83	58,09	*28,36*	9,52	2,74	7,39

TABLEAU 3 : PAYS D'AFRIQUE (SUITE)											
MOYENNE	**1990**	**11,57**	**14,91**	**2,02**	**0,26**	**1,57**	**24,53**	**12,36**	**32,82**	**1,91**	**10,39**
	2000	**13,55**	**8,67**	**2,15**	**0,26**	**1,00**	**29,81**	**16,54**	**30,17**	**1,53**	**12,61**

TABLEAU 4 : PAYS D'ASIE		Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des particuliers	Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des corporations	Contributions à la sécurité sociale	Taxes sur la masse salariale	Taxe sur la propriété	Taxes sur la consommation domestique, biens et services	*VAT (ou gen sales turnover)*	Taxes sur le commerce international	Autres taxes	Revenu ne provenant pas de la taxation
ASIE											
Boutan	1990 (e)	2,62	5,24	0	0	0,52	17,45	4,61	0,37	0,06	73,05
	1995 (for)	2,88	7,18	0	0	0,29	24,54	10,9	1,89	0,62	57,95
	2000 (prel)	2,97	18,39	0	0	0,2	14,83	5,96	1,36	0,4	60,85
Inde*	1991	5,08	5,92	0	0	0,69	45,47	ND	16,79	2,43	20,43
	1995	6,89	7,28	0	0	0,58	42,74	ND	15,79	3,09	22,08
	1998	6,71	8,13	0	0	0,36	44,05	ND	13,48	3,12	21,46
Indonésie	1990	3,9	56,68	0	0	2,05	23,71	18,86	6,39	0,62	5,39
	1994 (prel)	8,15	37,99	1,99	0	0,59	33,69	26,42	6,09	0,07	10,17
	1999	7,84	50,15	1,94	0	0,31	27,91	16,65	2,53	0,08	7,72
Mongolie	1995 (prel)	0	31,86	14,57	0	0	17,92	9,61	8,85	0,2	23,13
	2000	0	11,82	17,79	0	0	36,02	23,03	7,36	0,96	24,38
Myanmar	1990	17,49	0	0	0	0	27,53	19,9	13,67	0	40,39
	1995	19,76	0	0	0	0	25,79	18,06	11,88	0	40,41
	1999	17,23	0	0	0	0	27,46	20	4,37	0	50,77
Népal	1991 (e)	7,26	2,28	0	0	5,41	36,54	18,28	30,64	0,07	16,98
	1996 (for)	6,12	6,3	0	0	3,65	39,7	29,14	27,92	0	15,12
	2001 (prel)	4,09	12,93	0	1,2	2,1	34,91	25,3	26,21	0	16,97
Pakistan	1990	0	10	0	0	0,23	32,24	12,02	30,6	0	26,94
	1994	15,69		0	0	0,45	31,86	10,99	23,28	0	28,73
	2001 (for)	3,29	19,24	0	0	0,46	37,28	27,92	11,58	5,91	21,23

TABLEAU 4 : PAYS D'ASIE (SUITE)											
Papouasie-Nouvelle-Guinée	1988	23,47	20,84	0	0	0,02	10,47	0,09	24,9	1,8	18,06
	1994 (for)	16,71	33,15	0	0	0	10,44	0,15	23,72	1,63	14,11
	1999	34,8	14,03	0	0	0	10,73	0,16	31,46	4,36	2,97
Philippines	1990	8,79	10,82	0	0	0,58	30,03	8,94	24,5	2,27	12,6
	1995	10,73	14,65	0	0	0,12	24,13	8	27,19	3,9	7,46
	2000	15,93	16,69	0	0	0,09	27,15	10,36	18,57	4,09	9,49
Singapour	1990	21,15		0	0	5,46	13,21	0	1,65	5,92	35,21
	1995	18,98		0	0	4,09	15,03	4,17	0,91	6,72	27,36
	2000	25,51		0	0	3,32	15,86	4,38	1,25	4,9	35,37
Sri Lanka	1990 (prel)	4,35	6,44	0	0	4,62	46,18	29,86	28,46	0	9,46
	1995 (prel)	5,4	7,19	0	0	3,79	52,73	26,74	17,89	0	12,93
	2000 (prel)	5,54	7,46	0	0	3,86	58,12	21,58	11,35	0	13,66
Thaïlande	1990 (prel)	9,62	14,1	0,11	0	3,31	41,44	20,75	22,09	0,95	7,93
	1995 (prel)	10,69	20,02	1,48	0	2,1	39,44	18,28	16,49	0,71	8,65
	2000	11,11	17,46	3,03	0	0,45	43,08	19,66	11,09	0,45	11,32
Vietnam	2000	2,02	24,75	0	0	5,06	33,82	18,15	17,62	0,5	15,6
MOYENNE	**1990**	**8,26**	**13,23**	**0,01**	**0,00**	**2,08**	**29,48**	**13,33**	**18,19**	**1,28**	**24,22**
	2000	**9,29**	**16,75**	**1,75**	**0,09**	**1,25**	**31,63**	**16,10**	**12,17**	**1,91**	**22,45**

TABLEAU 5 : PAYS D'EUROPE DE L'EST											
		Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des particuliers	Taxe sur le revenu, le profit et les gains en capital des corporations	Contributions à la sécurité sociale	Taxes sur la masse salariale	Taxe sur la propriété	Taxes sur la consommation domestique, biens et services	*VAT (ou gen sales turnover)*	Taxes sur le commerce international	Autres taxes	Revenu ne provenant pas de la taxation
EUROPE DE L'EST											
Albanie	1995	1,29	6,89	14,75	0	0,99	38,42	11,39	13,55	0,34	20,88
	1998	1,31	5,87	13,67	0	0,34	39,69	32,27	15,49	0,19	23,38
Biélorussie	1996	0	7,67	30,81	8,26	1,51	37,18	15,67	5,37	1,15	7,35
	2000	0	10,85	35,1	2,76	0	38,42	20,57	5,36	0	6,52
Bulgarie	1990	5,96	25,78	13,51	0	0,39	12,72	5,71	1,21	0	40,43
	1995	0	7,67	30,81	8,26	1,51	37,18	15,67	5,37	1,15	7,35
	2000	6,05	4,96	25,94	0	0	37,01	24,87	2,33	0	21,24
Croatie	1995	8,22	2,37	32,98	0	0,33	41,73	20,2	9,26	0,81	4,05
	2000 (for)	5,35	3,2	36,18	0	0,41	42,79	31,99	6,42	0,81	4,41
République Tchèque	1995	1,75	13,02	40,25	0	0,66	31,95	19,49	3,58	0,55	8,21
	2000	5,35	8,06	45,08	0	0,92	35,32	22,47	2,1	0,25	2,87
Estonie	1991	0	20,78	28	0	0	40,3	40,29	0,62	1,29	8,92
	1994	11,27	9,81	32,34	0	0,64	38,81	31,32	1,82	0,19	4,91
	2000	11,04	3,23	33,93	0	0	41,83	30,8	0,13	0	9,08
Hongrie	1990	5,54	12,36	29,23	0,14	0,06	31,33	14,19	5,8	0	15,53
	2000	14,52	6,11	26,89	0,32	1,14	35,71	24,09	2,87	0,68	11,19
Lituanie	1991	5,98	14,21	27,42	0	3,38	39,47	1,95	0,7	0	8,15
	1995	7,6	4,9	30,14	0	0	49,54	38,36	3,31	0,45	3,67
	2000	9,19	2,8	32,31	0	0	47,05	33,21	1,28	0,02	6,97
Pologne	1988	0	30,35	21,4	3,21	2,09	30,41	30,21	6,23	1,2	5,09
	1995	20,04	7,54	25,11	0,65	0,01	28,16	17,66	7,71	0,26	10,37
	2000	10,88	7,91	30,33	0,68	0	37,54	24,45	2,38	0,01	9,75
Roumanie	1990	0	18,75	22,68	14,75	0	32,36	0	0,54	0	10,07
	1994	17,15	12,79	28,7	0	0	23,01	18,99	4,36	2,17	11,75
	1999	5,65	9,73	32,88	0	0	31,45	18,97	4,75	0,66	11,4

TABLEAU 5 : PAYS D'EUROPE DE L'EST (SUITE)											
Russie	1995 (prel)	1,01	12,87	29,45	ND	0,32	34,03	24,5	8,74	1,34	5,52
	2000	1,62	9,65	28,18	0	0,25	30,2	20,15	12,52	0,13	14,81
MOYENNE	**1990**	**2,91**	**20,37**	**23,71**	**3,02**	**0,99**	**31,10**	**15,39**	**2,52**	**0,42**	**14,70**
	2000	**6,45**	**6,58**	**30,95**	**0,34**	**0,28**	**37,91**	**25,80**	**5,06**	**0,25**	**11,06**

* Les pays marqués d'un astérisque (*) sont des fédérations, et pour tenir compte de cette réalité, les pourcentages donnés incluent aussi le revenu des autorités provinciales, régionales ou étatiques.

a) L'abréviation « prel » à côté d'une année signifie qu'il s'agit de données préliminaires.

b) L'abréviation « for » à côté d'une année signifie qu'il s'agit de données projetées par les autorités nationales.

Tableau 6[43]

	Revenu national brut per capita ($US)	Secteur agricole (% du PIB)	Importations (% du PIB)	Taxes perçues par le gouvernement central (% du PIB)
	2001	1999	2001	1998
PAYS INDUSTRIALISÉS				
États-Unis	34 870	*2*	12	20,4
Canada	21 340	*3*	34	*18,3*
Australie	19 770	*3*	17	22,9
Nouvelle-Zélande	12 380	*7*	28	32,1
Belgique	23 340	*2*	76	*41,5*
Danemark	31 090	*4*	27	*32,3*
Finlande	23 940	*6*	26	*28,3*
Allemagne	23 700	1	25	26,6
Grèce	11 780	*11*	22	*26*
Islande	ND	ND	ND	ND
Norvège	35 530	*3*	20	*32,3*
Portugal	10 670	*6*	34	*28,4*
Suède	25 400	*3*	28	35,8
Royaume-Uni	24 230	*2*	23	36,3
MOYENNE	**22 926**	**4,08**	**29**	**29,32**
AMÉRIQUE DU SUD				
Argentine	6 960	6	8	*9,4*
Bolivie	940	16	21	15,1
Brésil	3 060	9	11	*19*
Chili	4 350	8	26	18,4
Colombie	1 910	14	16	10,1
Costa Rica	3 950	14	43	*19,7*
El Salvador	2 050	10	38	ND
Guatemala	1 670	23	29	ND
Mexique	5 540	5	32	*13,7*

[43] Les données de ce tableau sont tirées des *World Development Report*, publiés annuellement par la Banque Mondiale.

Tableau 6 (suite)

	Revenu national brut per capita ($US)	Secteur agricole (% du PIB)	Importations (% du PIB)	Taxes perçues par le gouvernement central (% du PIB)
	2001	1999	2001	1998
Pérou	2 000	8	16	13,7
MOYENNE	**3243**	**11,30**	**24**	**14,89**
AFRIQUE				
Burundi	100	52	20	12,7
Cameroun	570	44	17	*10,8*
Rép. Dém. du Congo	ND	58	ND	4,3
Rép. du Congo	700	10	43	6,6
Côte d'Ivoire	630	24	28	21
Guinée	400	23	40	10
Kenya	340	27	28	23,5
Lesotho	550	23	68	34,9
Madagascar	260	30	19	8,5
Île Maurice	ND	ND	ND	ND
Maroc	1 180	*18*	31	*22,9*
Namibie	1 960	13	49	*27,4*
Sénégal	480	18	32	ND
Sierra Leone	140	44	24	9,9
Afrique du Sud	2 900	4	23	24,5
Soudan	ND	ND	ND	ND
Swaziland	ND	ND	ND	ND
Tunisie	2 070	13	47	24,8
Ouganda	280	44	23	ND
Zambie	320	17	23	ND
MOYENNE	**805**	**27,18**	**32**	**17,27**
ASIE				
Boutan	ND	ND	ND	ND
Inde	460	28	11	8,6
Indonésie	680	*19*	22	15,6
Mongolie	400	33	46	13,5
Myanmar	ND	*57*	ND	4,5

Tableau 6 (suite)

	Revenu national brut per capita ($US)	Secteur agricole (% du PIB)	Importations (% du PIB)	Taxes perçues par le gouvernement central (% du PIB)
	2001	1999	2001	1998
Népal	250	41	21	8,8
Pakistan	420	26	17	12,6
Papouasie-N.-G.	580	21	36	20,4
Philippines	1 050	17	39	*14,1*
Sri Lanka	830	*26*	37	*14,5*
Thaïlande	1 970	13	50	14,4
Viêt Nam	410	*37*	49	15,8
MOYENNE	**705**	**28,91**	**33**	**12,98**
EUROPE DE L'EST				
Albanie	1 230	54	29	14,8
Biélorussie	1 190	*24*	69	28,7
Bulgarie	1 560	ND	58	27
Croatie	4 550	10	46	43,3
Rép. Tchèque	5 270	4	65	31,6
Estonie	3 810	6	86	29,9
Hongrie	4 800	6	65	31,4
Lituanie	3 270	10	52	25,4
Pologne	4 240	4	29	32,8
Roumanie	1 710	16	39	24,4
Russie	1 750	7	17	ND
MOYENNE	**3 035**	**14,1**	**50**	**28,93**

Les données en italique sont celles de 1990, celles de 1998 ou 1999 n'étant pas disponibles.

TRANSPARENCE DES FINANCES PUBLIQUES ET MÉCANISMES DE REDDITION DE COMPTES

Alain Paquet
Ph. D.
Université du Québec à Montréal

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 18:3

1. LA TRANSPARENCE DES FINANCES PUBLIQUES : NÉCESSITÉ ET PORTÉE 18:3

2. LE RÔLE DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL ET DES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES 18:7

2.1. NOMINATION ET INDÉPENDANCE DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL 18:8
2.2. MANDAT ET CHAMP DE COMPÉTENCE DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL 18:9
2.3. RAPPORTS DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL : PUBLICATION ET SUIVI 18:11
2.4. LES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES ET LA REDDITION DE COMPTE 18:12
2.5. LA COMMISSION PERMANENTE DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE 18:14

2.6. LA COMMISSION DES FINANCES PUBLIQUES 18:15

3. LE MANDAT D'INITIATIVE SUR LA TRANSPARENCE DES FINANCES PUBLIQUES 18:15

CONCLUSION 18:20

INTRODUCTION*

Les gouvernements gèrent l'argent des contribuables et doivent répondre des orientations de la politique budgétaire, des montants et des façons dont cet argent est collecté et dépensé, ainsi que des équilibres financiers et de la gestion de la dette publique. Pour ce faire, une gestion rigoureuse et responsable des finances publiques doit compter sur un encadrement et des outils qui facilitent la transparence de la situation budgétaire sous tous ces aspects et qui favorisent l'imputabilité de l'exécutif. Dans ce texte, on discutera de transparence des finances publiques. En faisant référence à l'expérience du Québec et aux réflexions qui s'amorcent pour aller plus loin, différentes facettes reliées à cette question seront abordées: notamment, le rôle d'un vérificateur général, le contrôle et l'apport des parlementaires dans le suivi de la politique budgétaire et de la gestion des fonds et autres biens publics, les consultations prébudgétaires, l'utilité des documents publics et de leur contenu comptable et économique, la comptabilisation des immobilisations *versus* les dépenses courantes du gouvernement, la relation entre le gouvernement et les organismes paragouvernementaux et les enjeux de gouvernance.

1. LA TRANSPARENCE DES FINANCES PUBLIQUES : NÉCESSITÉ ET PORTÉE

Le concept de la transparence de la gestion des gouvernements, tout comme celui de la gouvernance, auquel il est lié de près, connaît depuis quelques années une popularité croissante. Les grands organismes internationaux, l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») et le Fonds monétaire international (ci-après « FMI ») en tête, font de la transparence des gouvernements un élément essentiel d'une bonne gouvernance et de conditions financières solides[1]. Encore plus fondamentalement, certains considèrent que la transparence est liée à l'idée de démocratie et d'État de droit[2]. L'intérêt

---

* Je veux remercier Jacques Gagnon et Steve Lavoie de la Direction des études documentaires de l'Assemblée nationale pour certaines références utilisées dans ces notes. Toutes omissions ou erreurs résiduelles sont la responsabilité de l'auteur.

1 FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Word Economic Outlook*, mai 1998, p. 121; ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *OECD Best Practices for Budget Transparency*, mai 2001, p. 3.

2 Michel BOUVIER, « Transparence et finances publiques », dans *Revue française de finances publiques*, n° 40, 1992, p. 3.

renouvelé pour le sujet tient sans doute en grande partie aux profondes transformations de l'environnement social, politique et économique de nos sociétés. Le déficit de confiance dont souffrent souvent les hommes et femmes politiques vis-à-vis leurs commettants peut aussi être un puissant incitatif à améliorer la transparence des finances publiques. Mais, plus encore, la disponibilité et l'accessibilité d'une information de qualité sont des conditions essentielles pour que les citoyens, les parlementaires et le public spécialisé puissent apprécier la situation actuelle et future des finances publiques pour rehausser le niveau et la profondeur des discussions et des débats publics sur les orientations et les politiques d'un gouvernement, pour permettre aux décideurs publics de fonder leurs décisions sur les meilleures bases possibles et pour accroître l'imputabilité de l'exécutif.

Les effets des politiques doivent être évalués dans un contexte dynamique plutôt que statique et sous l'angle global d'équilibre général plutôt que partiel. Keynes disait « qu'à long terme, nous sommes tous morts ». Nous savons aujourd'hui que nous ne pouvons pas ignorer les conséquences à long terme résultant principalement de l'effet cumulé des décisions prises à court terme. Avec la vitesse des changements liés à la mondialisation et aux technologies de l'information, la plupart des effets à long terme se manifestent souvent après cinq ans. C'est pourquoi il est si important de doter les gouvernements, les parlements et les citoyens d'outils ou de mécanismes permettant de dégager une vue d'ensemble des décisions, d'autant plus qu'ici comme ailleurs, les débats politiques ont souvent été marqués par de nombreuses actions ponctuelles en réponse à des demandes diverses et parfois contradictoires.

Notons que la bonne gestion des finances publiques repose en fait sur trois dimensions fondamentales, qui sont interdépendantes : la transparence, l'efficacité des politiques de finances publiques et la santé des finances publiques.

Pour le FMI, la transparence des finances publiques s'entend comme suit :

> « La transparence des finances publiques est définie comme l'information sans réserve du grand public au sujet de la structure gouvernementale et des attributions des diverses composantes, des orientations de la politique fiscale, des comptes publics et des prévisions. Elle implique l'accès sans réserve à une information fiable, complète, compréhensible, comparable et produite en temps opportun. Cette information vise toutes les activités gouvernementales, qu'elles soient le fait d'entités gouvernementales ou quasi gouvernementales. Ainsi, le public et les marchés financiers peuvent correctement apprécier la situation financière du gouvernement ainsi que les coûts réels et les bénéfices des

activités gouvernementales, incluant les implications économiques et sociales à court et à long terme[3]. » (Notre traduction)

En vertu de cette définition, la transparence des finances publiques concerne trois **domaines** : les institutions, la comptabilité publique et les indicateurs et prévisions. Elle insiste par ailleurs sur la **qualité de l'information** : fiable, complète, en temps opportun, compréhensible et comparable. Enfin, cette définition met en lumière les **objectifs de cette information** : faire en sorte que les marchés et les citoyens puissent juger de la situation actuelle et prévisible des finances publiques.

Afin d'opérationnaliser le concept de transparence des finances publiques, le FMI a préparé un code révisé de bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques (voir le tableau 1) et il a publié un manuel sur la transparence des finances publiques qui explique les préceptes et illustre les pratiques recommandées[4].

Les pays membres sont invités à évaluer leurs pratiques de gestion des finances publiques et à définir les actions prioritaires pour en améliorer la transparence. Ils peuvent d'ailleurs participer à la préparation du *Rapport sur l'observation des normes et des codes*[5] du FMI sur la transparence des finances publiques. Au mois de mars 2003, 48 rapports sur la transparence avaient été publiés, ainsi que 11 mises à jour. Il est prévu qu'une vingtaine de nouveaux rapports ou de rapports révisés paraissent chaque année. À titre d'exemple, en mars 2002, le FMI a publié le rapport pour le Canada[6].

L'OCDE s'est aussi dotée, à partir de l'expérience des pays membres, d'un guide des meilleures pratiques suggérées en matière de transparence

---

3 George KOPITS et Jon CRAIG, *Transparency in Government Operations*, Occasional Paper n° 158, Fonds monétaire international, janvier 1998, p. 1.

4 FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Manuel sur la transparence des finances publiques*, 2001, 89 p.

5 FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Canada : Report on the Observance of Standards and Codes – Fiscal Transparency Module*, mars 2002, 19 p.

6 Une section de ce rapport est consacrée aux commentaires du personnel de la Direction des finances publiques du FMI. De manière générale, on considère que les façons de faire au Canada en matière de finances publiques respectent ou surpassent les exigences du Code. De plus, les pratiques du gouvernement fédéral sont conformes aux meilleures pratiques suggérées par l'OCDE en ce qui concerne notamment la publication de l'information sur l'actif et le passif, la publication en temps opportun des données, l'indépendance des prévisions économiques et fiscales et l'indépendance de la vérification.

budgétaire. La définition adoptée par l'OCDE est la suivante : « La transparence budgétaire est la publication systématique de toute l'information fiscale pertinente en temps opportun[7]. » (Notre traduction)

Le concept de « transparence budgétaire » retenu par l'OCDE est toutefois moins englobant que celui de « transparence des finances publiques » (*fiscal transparency*) du FMI. En effet, il se concentre sur la transparence budgétaire (excluant de ce fait les opérations extra-budgétaires) et il ne vise que l'administration centrale (au lieu de considérer l'ensemble des administrations publiques). Le guide de l'OCDE, *Transparence budgétaire – Les meilleures pratiques de l'OCDE*[8], porte sur trois grands thèmes : les principaux documents budgétaires et leur contenu, les informations sur la performance financière et non financière qui devraient être divulguées dans ces rapports et les pratiques pour assurer la qualité et la fiabilité des rapports (voir le tableau 2). Chacun des thèmes se subdivise en plusieurs sujets pour lesquels des pratiques bien précises sont suggérées.

D'un point de vue pratique, Alt, Lassen et Skilling (2001) ont développé un indice de transparence budgétaire en retenant 12 critères issus des questionnaires de l'OCDE auprès des hauts responsables nationaux du budget (voir le tableau 3)[9]. Ils ont dégagé quatre caractéristiques essentielles de procédures transparentes : (1) plus d'information, toutes choses égales par ailleurs, dans moins de documents; (2) l'existence d'une vérification indépendante; (3) la présentation objective des données; et (4) davantage de justification des choix.

Ayant compilé des résultats pour 19 pays, Alt, Lassen et Skilling (2002) concluent que le Canada présente un indice de transparence des finances publiques moyen et que les leaders dans le domaine sont la Nouvelle-Zélande, les États-Unis et le Royaume-Uni[10].

---

7 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Transparence budgétaire – Les meilleures pratiques de l'OCDE*, mai 2001, p. 3.

8 *Id*.

9 James E. ALT, David DREYER LASSEN et David SKILLING, *Fiscal Transparency and Fiscal Policy Outcomes in OECD Countries*, décembre 2001, 30 p.

10 *Id*., p. 36.

2. LE RÔLE DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL ET DES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES[11]

Dans un régime de démocratie parlementaire, la corrélation entre les pouvoirs du législatif (le Parlement) et de l'exécutif (le gouvernement) s'articule d'abord et avant tout sur la primauté du Parlement sur l'exécutif. Pour bien se faire, le contrôle parlementaire doit pouvoir s'exercer en comptant sur la transparence de l'administration publique envers le Parlement. C'est à ce titre que le bureau du vérificateur général est un allié important des parlementaires[12].

En contrepartie des sommes accordées par le Parlement aux ministères et autres entités gouvernementales qui ont la responsabilité de la gestion et de l'application des lois et des programmes, ils doivent être imputables.

Une vérification législative indépendante de la gestion gouvernementale et des sommes consenties pour mettre en œuvre des lois et des programmes doit fournir aux parlementaires une évaluation du travail des gestionnaires qui les sensibilise eux-mêmes à leur obligation de rendre des comptes.

---

[11] Les informations de cette section relativement au rôle du Vérificateur général du Québec sont largement inspirées du site Web : http://www.vgq.gouv.qc.ca/HTML/Organisme.html.

[12] De l'Acte constitutionnel de 1791, en passant par l'Acte d'Union de 1841 pour la province du Bas-Canada, jusqu'à la réforme de l'administration financière de 1970 adoptée par l'Assemblée nationale du Québec, l'auditeur de la province avait la responsabilité de s'assurer dès avant paiement qu'une dépense respectait la volonté du Parlement. En 1970, son titre devient alors celui de Contrôleur des finances. En vertu de la *Loi sur le Vérificateur général* (L.R.Q., c. V-5.01), adoptée en 1985, le Vérificateur général est maintenant distinct de l'administration et il a la responsabilité exclusive de la vérification législative qui ne se pratique qu'après paiement de dépenses.

En vertu de la *Loi sur l'administration financière* (L.R.Q., c. A-6.001), le Contrôleur des finances a une existence et un rôle distincts de vérification, en tant que comptable en chef du gouvernement et vérificateur au service de l'administration.

Il existe aussi d'autres intervenants en vérifications qui relèvent de l'administration publique. Les vérificateurs internes exercent un rôle important du contrôle administratif. Leurs travaux viennent appuyer la responsabilité de la gestion et peuvent déterminer la nature et l'étendue des interventions propres de vérification externe du Vérificateur général. Enfin, le mandat d'autres vérificateurs du gouvernement est de surveiller l'application des lois, par exemple pour le ministère du Revenu ou l'Inspecteur général des institutions financières. Ces vérificateurs font rapport à la direction des ministères ou organismes dont ils relèvent.

Tel qu'exprimé dans le *Plan stratégique 2003-2006*, la mission du Vérificateur général du Québec envers l'Assemblée nationale et ses commissions parlementaires consiste à :

> « Favoriser le contrôle parlementaire sur les fonds et autres biens publics ; pour ce faire, réaliser en toute indépendance la vérification des états financiers et l'évaluation de la qualité de la gestion et de la reddition de comptes, tout en effectuant la promotion des saines pratiques dans ces domaines[13]. »

Son champ de compétence s'étend à plus de 300 ministères, organismes ou entreprises du gouvernement et il a également compétence sur l'utilisation des subventions versées à des milliers d'organismes publics et privés.

2.1. NOMINATION ET INDÉPENDANCE DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL

En conformité avec la déclaration de Lima sur les lignes directrices du contrôle des finances publiques[14], l'indépendance du Vérificateur général est la première condition essentielle à l'exécution de son rôle inhérent à la transparence de l'administration publique.

C'est la *Loi sur le Vérificateur général*, adoptée le 20 juin 1985, qui situe le Vérificateur général par rapport au contrôle parlementaire, au gouvernement et aux autres agents de vérification.

Le Vérificateur général du Québec est nommé pour un mandat non renouvelable de dix ans, sur motion du premier ministre, et adoptée par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale. Seule une motion adoptée par les deux tiers des députés de l'Assemblée peut le destituer de ses fonctions.

Le Vérificateur général relève exclusivement de l'Assemblée nationale et détermine lui-même le contenu de son rapport à l'Assemblée nationale. Cette discrétion est valable pour tout sujet relatif à ses travaux de vérification ou d'enquête, ainsi que pour tout commentaire émis sur les états financiers et les documents d'information financière.

---

13 VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Plan Stratégique 2003-2006 : Vers une administration plus transparente*, juin 2003, p. 4.

14 Les délégués du IXe Congrès de l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques réunis à Lima au Pérou en 1997 ont adopté par acclamation une déclaration appelant à l'indépendance du contrôle des finances publiques.

Le Vérificateur général ne fait pas partie de l'administration et il est au service exclusif de l'Assemblée nationale, à qui il fait rapport sur la gestion gouvernementale à l'Assemblée nationale. Ses crédits sont établis par le bureau de l'Assemblée nationale, qui est présidé par le président de l'Assemblée nationale et est composé, en outre, de cinq députés du parti gouvernemental et de quatre de partis de l'opposition[15], puis votés par l'Assemblée.

Le Vérificateur général dispose aussi d'une autonomie de gestion. Celle-ci s'exprime d'une part dans sa gestion des ressources humaines en matière de planification, d'organisation et de développement. Les besoins en effectifs pour l'exercice de ses fonctions, la répartition et le niveau d'emploi sont déterminés par le Vérificateur général, sous réserve des crédits accordés par le Parlement. Les quelque 200 employés du Véricateur général sont nommés et rémunérés en vertu de la *Loi sur la fonction publique*[16]. D'autre part, il peut se faire déléguer, après ententes, l'exercice de certains pouvoirs du Contrôleur des finances, de l'Office des ressources humaines et du Conseil du trésor.

2.2. MANDAT ET CHAMP DE COMPÉTENCE DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL

Le Vérificateur général effectue des exercices de vérification des fonds et autres biens publics qui peuvent comporter jusqu'à trois volets : l'attestation financière, la vérification de la conformité des opérations aux lois, règlements, énoncés de politique et directives, et la vérification de l'optimisation des ressources. Lorsqu'une vérification touche les trois volets ci-haut mentionnés, on parle alors d'une vérification intégrée.

La vérification de l'optimisation des ressources évalue les moyens employés pour gérer les ressources de façon économique et efficiente, ainsi que l'efficacité et la présence de liens de responsabilité. Tel que stipulé dans la *Loi sur le Vérificateur général*, l'économie est synonyme de « l'acquisition, au meilleur coût et en temps opportun, des ressources financières, humaines et matérielles, en quantité et qualité appropriées ». L'efficience est « la transformation, au meilleur rendement, des ressources en

---

15 Les quatre membres de l'opposition au bureau de l'Assemblée nationale sont issus de l'opposition officielle ou, s'il y a plusieurs partis d'opposition, trois du parti de l'opposition officielle et un de celui des autres partis d'opposition qui a obtenu le plus grand nombre de sièges ou, au cas d'égalité de sièges, de celui qui a obtenu le plus grand nombre de votes valides.

16 L.R.Q. 1997, c. F-3.1.1.

biens et services ». L'efficacité signifie « l'atteinte, au meilleur degré, des objectifs ou autres effets recherchés d'un programme, d'une organisation ou d'une activité ».

Le Vérificateur général ne porte jamais de jugement quant au bien-fondé des énoncés de politiques et des objectifs des programmes gouvernementaux. Néanmoins, les vérifications financière, de conformité et d'optimisation des ressources sont des outils qui peuvent aider les législateurs à juger du succès des politiques et des programmes mis en oeuvre.

Pour réaliser son mandat, le Vérificateur général adopte un programme de vérification, recherche l'information probante, émet un constat en fonction de normes de vérification, comme tout autre vérificateur professionnel.

Premièrement, certains travaux de vérification sont exercés chaque année : l'attestation des données financières, l'exercice du droit de regard et l'examen des rapports annuels des entités.

Deuxièmement, d'autres interventions de vérification, comme celles de la conformité, de l'optimisation des ressources ou de l'utilisation des subventions, sont faites dans la mesure où les priorités le permettent. Ces interventions peuvent être réalisées de façon sectorielle ou dans le cadre d'un mandat d'envergure gouvernementale, lorsque les activités vérifiées et les aspects de vérification retenus s'appliquent à plusieurs entités. Afin de mettre en lumière les déficiences de contrôle et de gestion des fonds publics, les secteurs les plus susceptibles d'amélioration font souvent l'objet d'une attention particulière de la part du Vérificateur général.

Le champ de compétence du Vérificateur général s'étend à tous les fonds et autres biens publics sur lesquels le Parlement exerce son rôle de surveillance. Sa vérification englobe donc tous les ministères, organismes et entreprises du gouvernement. Il peut aussi vérifier l'utilisation de toute subvention accordée à un établissement, une institution, une association ou une entreprise. Les ministères et les organismes du gouvernement sont sujets à la vérification financière, comme à celles de la conformité et de l'optimisation des ressources. Les entreprises du gouvernement qui sont des entités dont les activités en font un prolongement de la mission sociale et économique du gouvernement et pour lesquels le gouvernement est en fait l'actionnaire, sont assujetties à l'appréciation financière. Elles peuvent être sujettes à la vérification de la conformité et, à certaines conditions, à celle de l'optimisation des ressources.

Le Vérificateur général s'acquitte de la vérification de la plupart des organismes et des entreprises du gouvernement. Certaines de ces entités se prévalent d'une disposition de leur loi constitutive ou de la loi qui régit leurs activités pour confier la vérification externe à des cabinets privés. Dans ces cas, le Vérificateur général dispose d'un droit de regard dont l'exercice vise à assurer aux parlementaires une qualité comparable du travail de vérification.

L'utilisation de subventions accordées par un ministère ou un organisme gouvernemental à un établissement, une institution, une association ou une entreprise, notamment dans les domaines de la santé, des services sociaux et de l'éducation, peut aussi être assujettie aux trois types de vérification du Vérificateur général.

Enfin, le gouvernement ou le Conseil du trésor peut aussi confier des vérifications particulières ou des enquêtes, dans la mesure où leur accomplissement ne vient pas entraver la réalisation des mandats principaux et récurrents.

2.3. RAPPORTS DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL : PUBLICATION ET SUIVI

Le Vérificateur général du Québec dépose un rapport annuel à l'Assemblée nationale en deux tomes, soit en juin et en décembre respectivement. Le Vérificateur général y signale tout sujet ou tout cas qui découle de ses travaux de vérification ou de l'exercice de son droit de regard qui, d'après lui, mérite d'être porté à l'attention des membres de l'Assemblée nationale. Il consigne ainsi les principales constatations qu'il a portées à la connaissance des dirigeants des entités vérifiées. Il peut également commenter, dans son rapport annuel, la forme et le contenu des documents d'information financière mis à la disposition de l'Assemblée nationale.

Son rapport incorpore aussi des recommandations afin de susciter des améliorations dans la gestion. Les recommandations indiquent l'objectif à atteindre. Le Vérificateur général n'a cependant pas la responsabilité d'imposer la procédure à suivre pour concrétiser les améliorations souhaitables. C'est à la gestion qu'il appartient de mettre en place les correctifs.

Dans son rapport, le Vérificateur général laisse aux gestionnaires des entités vérifiées la possibilité de présenter leurs commentaires; ils peuvent ainsi faire valoir leur point de vue et signaler les mesures qu'ils ont prises ou qu'ils entendent adopter pour améliorer la situation. Le Vérificateur général

effectue par la suite un suivi des constatations et recommandations et fait de nouveau rapport sur ce suivi.

Les recommandations indiquent l'objectif à atteindre. Les gestionnaires des entités concernés sont alors responsables d'apporter des correctifs, alors que le Vérificateur général n'a pas la responsabilité d'imposer l'implémentation des améliorations souhaitables.

Les gestionnaires peuvent présenter leurs commentaires dans le rapport du Vérificateur général, y faire valoir leur point de vue et y signaler les mesures qu'ils ont prises ou qu'ils entendent prendre pour améliorer la situation. Un suivi des constatations et recommandations est effectué par le Vérificateur général environ trois ans plus tard et un nouveau rapport sur ce suivi est publié.

Le Vérificateur général dépose aussi à l'Assemblée nationale un rapport d'opinion sur les états financiers du gouvernement (comptes publics) et ceux des organismes et des entreprises du gouvernement dont il effectue la vérification en vertu des normes de vérification généralement reconnues.

Son opinion porte également sur la conformité de la présentation avec les conventions comptables en vigueur dans le gouvernement et sur la continuité de leur application. De plus, le Vérificateur général se prononce sur leur pertinence. Tout accroc à la présentation fidèle et complète de l'information financière, qui est jugé important par le Vérificateur général, est alors signalé et se traduit par une restriction dans son opinion sur les états financiers.

C'est en commission parlementaire que le Vérificateur général peut alors être entendu sur son rapport d'activité, ainsi que sur ses constatations et recommandations. Des responsables de la gestion gouvernementale sont également invités à témoigner en commission parlementaire pour échanger avec les députés sur les questions soulevées par le Vérificateur général dans le rapport annuel.

2.4. LES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES ET LA REDDITION DE COMPTE

Le lieu le plus propice pour que les députés exercent de façon plus approfondie leur pouvoir de surveillance de l'exécutif et de l'administration publique est en commission parlementaire.

Les commissions parlementaires de l'Assemblée nationale sont la Commission de l'administration publique, qui a des fonctions spécifiques, la

Commission de l'Assemblée nationale et 10 commissions permanentes. Elles sont les commissions des institutions, des finances publiques, des affaires sociales, de l'économie et du travail, de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation, de l'aménagement du territoire, de l'éducation, de la culture, ainsi que celle des transports et de l'environnement. Les membres des commissions sont désignés par les groupes parlementaires respectifs. Ils élisent parmi eux un président et un vice-président pour une période de deux ans. Si le président est issu du groupe ministériel, le vice-président est issu de l'opposition officielle, et vice-versa. Si six des neuf commissions permanentes régulières sont présidées par des députés du groupe formant le gouvernement et trois par des députés de l'opposition, la commission de l'administration publique est nécessairement présidée par un député de l'opposition officielle.

Certains des mandats des commissions émanent directement de l'Assemblée. Ceux-ci concernent les projets de loi, les crédits budgétaires et toute autre matière qui leur est confiée.

Par ailleurs, toute commission, à l'exception de celle de l'administration publique, qui a un mandat spécifique, peut elle-même choisir d'étudier une affaire relativement à des projets de règlement et à des règlements, à des orientations, à des activités et à la gestion des organismes publics (mandat de surveillance); ainsi qu'à toute autre matière d'intérêt public. On parle alors de mandats d'initiative qui peuvent être initiés sur motion d'un membre, et adoptée à la majorité des membres de chaque groupe parlementaire (ministériel et opposition).

Relativement au contrôle de l'administration publique, chaque commission peut donc de sa propre initiative convoquer un organisme public relevant de sa compétence (office, régie, tribunal administratif ou société d'État), afin de faire l'examen de ses orientations, de ses activités et de sa gestion. Les compétences des diverses commissions sont présentées au tableau 5. De plus, plusieurs lois confèrent des mandats aux commissions portant sur les administrations parapubliques, tels les établissements universitaires et les réseaux de santé et de services sociaux.

Suivant généralement de peu le discours du budget, les crédits budgétaires (ou budget de dépenses) sont déposés par le gouvernement à l'Assemblée nationale pour étude et pour obtenir l'autorisation de dépenser les sommes d'argent indiquées pour le financement de ses activités pour la prochaine année. Les neuf commissions parlementaires régulières doivent étudier les crédits budgétaires des ministères et des organismes compris dans leurs champs de compétence.

Sans minimiser le travail de l'ensemble des commissions, deux commissions ont des mandats particuliers au chapitre du contrôle des finances et des dépenses publiques : la Commission de l'administration publique et la Commission des finances publiques[17].

2.5. LA COMMISSION PERMANENTE DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

La Commission de l'administration publique a pour mandats :

- de vérifier les engagements financiers associés à des contrats et subventions d'une valeur supérieure ou égale à 25 000 $ pour s'assurer que les sommes allouées au gouvernement ont effectivement été dépensées suivant les règles d'une saine gestion;

- d'entendre, chaque année, le Vérificateur général sur son rapport annuel;

- d'entendre, conformément à la *Loi sur l'imputabilité des sous-ministres et des dirigeants d'organismes publics*[18] et à la *Loi sur l'administration publique*[19], au moins une fois par année, les ministres, si ceux-ci le jugent opportun, et selon le cas, les sous-ministres ou les dirigeants d'organismes publics, afin de discuter de leur gestion administrative et, le cas échéant, de toute autre matière de nature administrative relevant de ces ministères ou organismes et signalée dans un rapport du Vérificateur général ou du Protecteur du citoyen;

- d'étudier toute matière qui lui est confiée par l'Assemblée.

Pour remplir son mandat, la Commission s'appuie en grande partie sur le rapport et sur la collaboration du Vérificateur général.

---

[17] De son côté, la Commission des institutions est chargée d'entendre annuellement le Protecteur du citoyen pour discuter de son rapport annuel qui porte sur les plaintes qui lui sont adressées par les personnes, les corporations ou les associations qui s'estiment lésées dans leurs droits ou qui croient avoir été injustement traitées par un ministère ou un organisme du gouvernement.

[18] L.R.Q., c. I-4.1.

[19] L.R.Q., c. A-6.01.

2.6. LA COMMISSION DES FINANCES PUBLIQUES

Les compétences de la Commission des finances publiques concernent les finances, le budget, les comptes publics, l'administration du gouvernement, la fonction publique, ainsi que les services et les approvisionnements. En plus des mandats similaires dévolus aux autres commissions parlementaires, une partie substantielle du débat entourant la lecture du discours sur le budget se déroule à cette commission.

De plus, selon ce que prévoit le règlement de l'Assemblée nationale, il est prévu que la Commission des finances publiques se réunisse une fois par trimestre pour un examen général de la politique budgétaire du gouvernement et de l'évolution des finances publiques. En pratique, depuis sa création, hors mis sa réunion dans le cadre du débat sur le discours du budget, qui tient lieu de réunion trimestrielle, la Commission des finances publiques a rarement accompli ce volet de son mandat. Il apparaît que les travaux dans ces rencontres auraient pu s'appuyer principalement sur la *Synthèse des opérations financières*, publiée à chaque trimestre par le ministère des Finances[20], et sur les comptes publics, mais la Commission n'a pas identifié dans le passé la façon pratique de s'acquitter efficacement de son mandat dans le contexte d'une évaluation plus large de l'examen général de la politique budgétaire et de l'évolution des finances publiques.

C'est dans ce contexte que l'actuelle Commission des finances publiques s'est donné un mandat sur la transparence des finances publiques pour actualiser, poursuivre les réflexions et augmenter la gamme d'outils et de moyens à la disposition des citoyens, des parlementaires et du gouvernement.

3. LE MANDAT D'INITIATIVE SUR LA TRANSPARENCE DES FINANCES PUBLIQUES

Les députés de la Commission des finances publiques de l'Assemblée nationale du Québec ont décidé à l'unanimité en juin dernier d'examiner la transparence des finances publiques.

Il ne s'agit pas d'analyser l'efficacité des politiques mises de l'avant ou la santé des finances publiques, mais bien d'étudier la qualité et la disponibilité de l'information dont les citoyennes et citoyens, les

[20] La *Synthèse des opérations financières* trace l'évolution des revenus et des dépenses gouvernementales en regard des prévisions énoncées lors du discours sur le Budget.

parlementaires et le public spécialisé ont besoin pour apprécier, le plus justement possible, l'ensemble de la situation des finances publiques, autant celle des dernières années que celle des années à venir.

Cette initiative d'examen de la transparence de nos finances publiques s'inscrit dans un processus continu d'amélioration de l'information publiée. Au cours des dernières années, plusieurs changements ont été apportés pour améliorer la transparence des finances publiques : une réforme de la comptabilité gouvernementale, le passage d'une comptabilité de caisse à une comptabilité d'exercice, la consolidation des états financiers du gouvernement cherchant à élargir le périmètre comptable du gouvernement pour y intégrer l'ensemble des fonds spéciaux, organismes et entreprises publiques, l'inscription du passif actuariel des régimes de retraite aux états financiers du gouvernement. Il y a également eu l'amélioration des plans annuels de gestion des dépenses qui sont déposés en même temps que le budget de dépenses. Récemment, le gouvernement a exprimé la volonté de publier les comptes publics dès le mois de septembre à partir de l'an prochain.

Il est toutefois temps pour les parlementaires de poser les gestes nécessaires pour placer le Québec à l'avant-garde dans le domaine de la transparence des finances publiques.

Pour mener à bien ce mandat, les membres de la Commission procéderont à un examen rigoureux de nos façons de faire, comparativement aux meilleures pratiques de certaines juridictions qui ont mis en œuvre des réformes majeures pour accroître la transparence de leurs finances publiques. De plus, pour réaliser ce mandat, des discussions avec les acteurs importants dans le domaine des finances publiques sont également prévues.

Ce mandat s'inscrit en lien direct avec le devoir de la Commission d'étudier, à chaque trimestre, la politique budgétaire du gouvernement et l'évolution des finances publiques. Nous jugeons important de réaliser pleinement et de la meilleure façon possible ce mandat réglementaire et nous croyons que ce mandat d'initiative sur la transparence des finances publiques pourra nous mettre sur la piste de manières constructives et innovatrices pour l'assumer.

Les membres de la Commission exploreront un certain nombre d'éléments des finances publiques pour en améliorer la transparence.

Dans un premier temps, nous nous questionnerons sur les indicateurs budgétaires utilisés et les documents rendus publics pour voir dans quelle

mesure des améliorations pourraient être apportées pour rendre ceux-ci plus transparents. Pour ce faire, nous allons scruter les meilleures pratiques ailleurs au Canada et dans le monde, en particulier dans les juridictions où des initiatives importantes en matière de transparence ont été menées dans les dernières années.

Il importe que les parlementaires et les citoyens soient en mesure d'évaluer la santé financière, c'est-à-dire l'état des finances, du gouvernement et de savoir si elle s'améliore ou si elle se détériore. Ils seront ainsi mieux informés pour participer aux débats relatifs aux décisions que doit prendre le gouvernement pour relever les défis de l'avenir. Pour y arriver, ceux-ci ont besoin d'indicateurs pertinents et clairs de l'état des finances publiques. Nous étudierons ainsi les différents indicateurs mis à la disposition de la population dans des documents comme, entre autres, les documents du budget, les documents du budget de dépenses, les comptes publics et les synthèses des opérations financières.

Les recommandations du Vérificateur général, qui s'était penché sur ce sujet dans le second tome de son rapport à l'Assemblée nationale pour l'année 2000-2001, seront également étudiées, tout comme les travaux de l'Institut canadien des comptables agréés (ci-après « ICCA ») dans ce domaine.

Nous allons nous assurer que les indicateurs publiés soient identiques d'un exercice budgétaire à l'autre, qu'ils facilitent l'appréciation de l'état de leurs finances et que ceux-ci permettent d'effectuer des comparaisons avec d'autres juridictions.

Nous voulons aussi nous assurer que les données présentées dans les documents publics soient accompagnées de toutes les informations et explications pertinentes et que celles-ci soient suffisamment « parlantes » pour la population et pour nous les parlementaires.

Un élément très important pour les membres de la Commission et sur lequel nous apporterons une attention toute particulière, est le besoin de situer les différentes informations budgétaires publiées dans un contexte de long terme. Il est important pour la population de connaître les impacts à long terme des choix effectués et des effets à long terme de certains changements socio-économiques, comme le vieillissement de la population, sur nos finances publiques.

Par ailleurs, nous désirons analyser la possibilité pour les ministères et les organismes d'établir le lien entre les budgets alloués et les résultats

atteints. Nous voulons également étudier la possibilité de rendre publics de manière plus systématique les coûts de revient des différents services publics.

Notre mandat portera également sur les infrastructures du secteur public. Plusieurs commentaires font état d'un manque d'information. C'est notamment l'opinion d'un groupe d'étude de l'ICCA. Une information adéquate dans le domaine est essentielle pour financer adéquatement et planifier la construction, l'entretien et le remplacement des infrastructures.

Les informations reliées aux infrastructures du secteur public que l'on retrouve dans nos documents publics seront analysées. Nous nous questionnons quant à savoir si l'information adéquate au sujet de l'inventaire des infrastructures existantes, des coûts actuels et prévus de celles-ci, de l'utilisation qui en est faite et de l'état dans lequel les infrastructures se trouvent, est disponible et facile à comprendre par la population. En particulier, nous veillerons à ce que les données sur l'entretien différé soient colligées et rendues disponibles.

Nous nous assurerons également que l'information présentée au sujet des infrastructures permette :

- d'évaluer les grandes priorités en matière d'infrastructures;
- de porter des jugements sur la performance;
- d'évaluer la capacité de maintenir les infrastructures existantes ou de les développer;
- de connaître les conséquences de tout report d'investissement en entretien ou remplacement;
- de comparer les coûts.

Nous étudierons les initiatives de certains gouvernements dans ce domaine, notamment :

- la création d'une sous-catégorie « dépenses d'investissement » distincte de celle des autres dépenses de programmes;

- la publication d'un plan de dépenses d'investissement qui traite essentiellement des défis en matière d'immobilisations, des principales cibles d'investissement et du financement de ces projets;

- une distinction entre les dépenses d'entretien et de celles de développement.

Ce mandat permettra aussi aux membres de la Commission de s'intéresser à la nature des rapports que certains organismes entretiennent avec le gouvernement et au contrôle parlementaire exercé. En ce moment, les parlementaires disposent de peu d'éléments pour surveiller la gestion de certains organismes. Nous scruterons donc l'obligation de rendre des comptes pour les administrateurs et les dirigeants de certains organismes.

Par ailleurs, nous examinerons si une meilleure harmonisation des règles applicables en matière de gestion financière serait souhaitable et si l'information disponible à la population et aux parlementaires au niveau de l'atteinte des objectifs et de l'utilisation optimale des fonds par certains organismes est suffisante et claire.

Les balises qui pourraient être mises en place pour mesurer la qualité de la gestion de certains organismes seront analysées par les membres de la Commission.

Par la suite, nous désirons analyser la participation du public au processus budgétaire, lors de consultations prébudgétaires. Cette pratique pourrait permettre d'enrichir le débat public par l'information et la mobilisation des citoyennes et des citoyens. De plus, cette participation pourrait assurer une meilleure compréhension de la situation actuelle et de l'évolution des finances publiques. Elle favoriserait l'échange d'idées sur les actions, les mesures ou les programmes à privilégier. Nous voulons également voir dans quelle mesure les parlementaires pourraient jouer un rôle central dans ces consultations. Nos travaux porteront sur l'analyse des façons de faire d'autres gouvernements pour ce type de consultation publique et les bénéfices que peuvent en retirer la population et les parlementaires.

Plusieurs gouvernements effectuent depuis quelques années des consultations populaires avant la publication de leur budget pour connaître l'opinion des gens. Nous nous inspirerons de ces expériences et retiendrons les éléments qui pourront permettre aux Québécoises et Québécois de faire connaître leurs priorités et leurs opinions sur les grands enjeux budgétaires auxquels nous ferons face dans les prochaines années.

Une fois cette analyse complétée, nous étudierons la méthode à retenir pour procéder à des consultations prébudgétaires qui permettraient à l'ensemble de la population de se faire entendre et de rendre plus compréhensible les grands enjeux budgétaires pour le Québec, autant les enjeux actuels que ceux à venir.

En résumé, ce que la Commission veut réaliser dans le cadre de ce mandat, c'est fondamentalement de contribuer à l'amélioration de l'information offerte aux citoyennes et aux citoyens pour présenter une image de la situation actuelle et prévisible des finances publiques du Québec.

Nous désirons insister sur le fait que le mandat entrepris n'est pas un exercice qui porte sur la qualité de la gestion passée ou présente des finances publiques. Il porte sur la disponibilité et la qualité de l'information nécessaire pour pouvoir apprécier, le plus justement possible, la situation des finances publiques. Cette approche reflète la volonté de l'ensemble des membres de la Commission de travailler de manière constructive et en collaboration, pour que les pratiques du Québec en matière de transparence des finances publiques soient parmi les plus avancées.

Nous débuterons nos travaux dans les prochaines semaines par une mise à niveau des connaissances des membres de la Commission, pour bien s'y retrouver dans toutes les informations reliées aux finances publiques. Par la suite, nous constituerons plusieurs groupes de travail pour étudier plus spécifiquement chacune des facettes de ce mandat.

CONCLUSION

En cas de carence d'information complète et fiable, les décideurs publics et privés, les marchés financiers, les législateurs et l'opinion publique peuvent plus difficilement apprécier convenablement les objectifs et les implications de la politique budgétaire et fiscale.

La transparence des finances publiques et les mécanismes de redditions de compte doivent s'inscrire dans un processus continu qui peut compter sur l'existence et l'accessibilité à des informations publiques fiables, complètes, disponibles en temps opportun, comparables et compréhensibles. Dans un contexte de grands changements sociaux, économiques et démographiques, il est particulièrement important de favoriser une perspective de plus long terme dans l'examen des finances publiques.

Il y a parfois des occasions qui se présentent, permettant de faire progresser de manière accélérée des enjeux cruciaux pour l'ensemble de la

population, comme celui de travailler à ce que les pratiques du Québec en matière de transparence des finances publiques puissent être parmi les plus avancées. Une volonté politique ferme relativement à la transparence qui a été exprimée par le premier ministre du Québec dans son discours inaugural en juin dernier est certainement à souligner. Le mandat d'initiative entrepris unanimement par les membres du gouvernement et de l'opposition à la Commission des finances publiques témoigne aussi de manière tangible du rôle important des parlementaires dans le contrôle de l'argent des contribuables. Je termine en saluant publiquement l'implication de tous les membres de ma commission.

Tableau 1
FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL
Résumé du Code révisé de bonnes pratiques
en matière de transparence des finances publiques

I. Définition claire des attributions et des responsabilités

1.1 Le secteur de l'administration publique doit être distinct du reste du secteur public et du reste de l'économie, et la répartition des attributions au sein du secteur public en matière de décision et de gestion doit être claire et rendue publique.

1.2 La gestion des finances publiques doit s'inscrire dans un cadre juridique et administratif clair.

II. Accès du public à l'information

2.1 Le public doit être pleinement informé de l'activité financière passée, présente et prévue de l'administration publique.

2.2 Un engagement public de diffuser en temps voulu des informations sur les finances publiques doit être pris.

III. Préparation, exécution et information budgétaire transparentes

3.1 La documentation budgétaire doit préciser les objectifs en matière de finances publiques, le cadre macroéconomique, les politiques sur lesquelles repose le budget et les principaux aléas budgétaires identifiés.

3.2 Les informations budgétaires doivent être présentées de manière à satisfaire aux besoins de l'analyse des politiques et de la clarté des comptes.

3.3 Les modalités d'exécution et de suivi des dépenses approuvées et de recouvrement des recettes doivent être clairement définies.

3.4 Des rapports budgétaires doivent être soumis régulièrement aux autorités législatives et au public.

IV. Garantie d'intégrité

4.1 Les données budgétaires doivent être conformes aux normes de qualité reconnues.

4.2 Les informations relatives aux finances publiques doivent faire l'objet d'un examen indépendant.

Source : http://www.imf.org/external/np/fad/trans/fre/codef.pdf

Tableau 2
OCDE
Résumé du guide sur les meilleures pratiques suggérées en matière de transparence budgétaire

I. Rapports budgétaires
1.1 Budget
1.2 Rapport préalable au budget
1.3 Rapports mensuels
1.4 Rapport en milieu d'année
1.5 Rapport de fin d'année (comptes publics)
1.6 Rapport préalable à des élections
1.7 Rapport sur le long terme

II. Indications particulières
2.1 Hypothèses économiques
2.2 Dépenses fiscales
2.3 Créances et engagements
2.4 Actifs non financiers
2.5 Obligations liées aux pensions des agents publics
2.6 Engagements conditionnels

III. Intégrité, contrôle et comptabilité
3.1 Politique suivie en comptabilité
3.2 Système et responsabilité
3.3 Audit
3.4 Contrôle du public et celui du gouvernement

Source : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Transparence budgétaire – Les meilleures pratiques de l'OCDE*, 15 mai 2001, 9 p.

Tableau 3
ALT, LASSEN ET SKILLING (2001)
Critères pour établir un indice de transparence fiscale

I. Plus d'information, toutes choses égales par ailleurs, dans moins de documents

1.1 Information sur la performance non financière incluse dans les documents budgétaires présentée au Parlement
1.2 Publication statutaire d'un rapport sur l'état des finances publiques et les perspectives avant une élection générale
1.3 Production régulière d'un rapport sur les perspective des finances publiques à long terme (horizon de 10 à 40 ans)
1.4 Publication régulière d'une évaluation des éléments de passif éventuels
1.5 Publication maximale d'un seul budget supplémentaire au cours d'une année

II. Vérification indépendante

2.1 Vérification financière indépendante annuelle
2.2 Revue indépendante des hypothèses financières incluses au budget

III. Présentation objective des données

3.1 Adoption d'un système de comptabilité d'exercice

IV. Davantage de justification des choix

4.1 Obligation légale d'inclure dans la documentation budgétaire des projections pluriannuelles des dépenses
4.2 Obligation légale d'inclure dans la documentation budgétaire des comparaisons entre les projections de dépenses et les dépenses réelles des années antérieures
4.3 Inclusion dans le budget d'analyses de sensibilité aux variations des hypothèses économiques
4.4 Obligation de procéder régulièrement à des analyses actuarielles des programmes de sécurité sociale

Source : James E. ALT, David DREYER LASSEN et David SKILLING, *Fiscal Transparency and Fiscal Policy Outcomes in OECD Countries*, décembre 2001, pp. 15-16.

Tableau 4
Orientations, axes d'intervention et objectifs extraits du Plan stratégique 2003-2006
Vérificateur général du Québec

I. Maintenir la confiance relative des états financiers et renforcer celle qui est reliée à la reddition de compte sur la performance.

Des états financiers de qualité et utiles.

1. D'ici 2006, veiller à ce que l'ensemble des entités dont les états financiers sont vérifiés par le Vérificateur général produisent des états financiers conformes aux principes comptables généralement reconnus (PCGR) du Canada.

2. D'ici 2006, veiller à ce que 80 % des états financiers vérifiés par le Vérificateur général soient transmis aux entités dans les 90 jours suivant la fin de leur exercice financier.

3. D'ici 2006, inciter le gouvernement à déposer à l'Assemblée nationale ses états financiers consolidés au plus tard 15 jours après la reprise des travaux parlementaires d'automne.

Une reddition de comptes sur la performance de qualité et produite en temps opportun.

4. Réaliser annuellement des travaux portant sur la qualité de rapports annuels de gestion ; pour ce faire, évaluer le respect des principes reconnus de publication de l'information sur la performance et les délais de dépôt des rapports à l'Assemblée nationale.

II. Maximiser l'influence de nos travaux sur l'amélioration des pratiques de gestion des entités gouvernementales.

Des vérifications de l'optimisation des ressources axées sur les besoins des parlementaires, les déficiences appréhendées et les risques.

1. Réaliser au moins une vérification de l'optimisation des ressources par année dans chacun des domaines suivants : la santé, l'éducation, les ressources informationnelles et la modernisation de la gestion gouvernementale.

Tableau 4 (suite)
Orientations, axes d'intervention et objectifs extraits du Plan stratégique 2003-2006
Vérificateur général du Québec

II. Maximiser l'influence de nos travaux sur l'amélioration des pratiques de gestion des entités gouvernementales. (suite)

2. D'ici 2006, se doter d'une stratégie d'intervention dans le domaine de l'environnement et du développement durable et réaliser trois interventions.

3. D'ici 2006, réaliser deux vérifications de l'optimisation des ressources auprès d'entreprises du gouvernement afin de favoriser un meilleur contrôle parlementaire sur ces entités.

La promotion de saines pratiques de gestion.

4. D'ici 2006, hausser à 70 % le taux des recommandations du Vérificateur général qui sont appliquées ou ont donné lieu à des progrès satisfaisants.

5. D'ici 2006, réaliser deux études sur des sujets en émergence et d'intérêt pour les parlementaires.

6. D'ici 2006, faire ressortir, en moyenne, une saine pratique de gestion par rapport de vérification de l'optimisation des ressources.

Une valeur ajoutée aux travaux de vérification des états financiers et de vérification de la conformité aux lois et règlements.

7. Produire annuellement 30 rapports à la direction adressés aux entités et transmettre 10 rapports ou extraits de rapports à l'Assemblée nationale.

8. D'ici 2006, se doter d'une nouvelle stratégie d'intervention en matière de conformité aux lois et règlements et de juricomptabilité, et réaliser deux interventions.

Tableau 4 (suite)
Orientations, axes d'intervention et objectifs extraits du Plan stratégique 2003-2006
Vérificateur général du Québec

III. Être reconnu comme une organisation performante, s'adaptant aux nouvelles réalités et offrant aux employés des défis stimulants.

Un milieu de travail stimulant et équilibré.

1. Assurer la disponibilité de ressources humaines qualifiées en nombre suffisant et en temps opportun.

2. D'ici 2006, s'assurer que la satisfaction de nos employés est élevée, concernant notamment l'enrichissement des connaissances et le développement des habiletés professionnelles ainsi que l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle, et accroître le sentiment d'appartenance.

Des communications et des travaux de qualité.

3. Améliorer nos communications avec les entités.

4. Accroître l'efficience de nos travaux et de notre gestion par la mise en œuvre d'une nouvelle politique de gestion des risques.

5. Augmenter l'utilisation des technologies de l'information dans nos travaux et notre gestion.

6. D'ici 2006, livrer une reddition de comptes en vertu des principes reconnus de publication de l'information sur la performance avant la fin des travaux parlementaires du printemps.

7. S'assurer que la satisfaction des parlementaires à l'égard de nos activités est élevée.

Tableau 4 (suite)
Orientations, axes d'intervention et objectifs extraits du Plan stratégique 2003-2006
Vérificateur général du Québec

III. Être reconnu comme une organisation performante, s'adaptant aux nouvelles réalités et offrant aux employés des défis stimulants. (suite)

Des communications et des travaux de qualité.

8. Améliorer nos communications avec les entités.

9. Accroître l'efficience de nos travaux et de notre gestion par la mise en œuvre d'une nouvelle politique de gestion des risques.

10. Augmenter l'utilisation des technologies de l'information dans nos travaux et notre gestion.

11. D'ici 2006, livrer une reddition de comptes en vertu des principes reconnus de publication de l'information sur la performance avant la fin des travaux parlementaires du printemps.

12. S'assurer que la satisfaction des parlementaires à l'égard de nos activités est élevée.

Source : VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Plan Stratégique 2003-2006 : Vers une administration plus transparente*, juin 2003, p. 7

Tableau 5
Dénomination et compétences
des commissions parlementaires permanentes
de l'Assemblée nationale du Québec

1. ***Commission de l'administration publique***
   Engagements financiers; rapport du Vérificateur général; imputabilité des ministres, des sous-ministres et dirigeants des organismes publics relativement à la vérification financière, la conformité et l'optimalité des ressources;

2. ***Commission des institutions :***
   Présidence du Conseil exécutif, justice, sécurité publique, relations intergouvernementales et constitution;

3. ***Commission des finances publiques :***
   Finances, budget, comptes publics, administration du gouvernement, fonction publique, services et approvisionnements;

4. ***Commission des affaires sociales :***
   Famille, santé, services sociaux et communautaires, condition féminine et sécurité du revenu;

5. ***Commission de l'économie et du travail :***
   Industrie, commerce, tourisme, travail, science, technologie, énergie et ressources et main-d'œuvre;

6. ***Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation :***
   Agriculture, pêcheries et alimentation;

7. ***Commission de l'aménagement du territoire :***
   Collectivités locales, aménagement, habitation, loisirs;

8. ***Commission de l'éducation :***
   Éducation, formation professionnelle et protection du consommateur;

9. ***Commission de la culture :***
   Culture, communication, communautés culturelles, immigration et relations avec les citoyens;

Tableau 5 (suite)
Dénomination et compétences
des commissions parlementaires permanentes
de l'Assemblée nationale du Québec

10. Commission des transports et de l'environnement :
Transports, travaux publics, environnement et faune.

Source : *Règlements de l'Assemblée nationale du Québec*, article 118.

LA LÉGITIMITÉ DU POUVOIR DE TAXER

Raymond Garneau
Président du conseil
Industrielle Alliance, Assurance
et services financiers

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 19:3

1. LES CONDITIONS QUI DONNENT À UN GOUVERNEMENT LA LÉGITIMITÉ DE LEVER DES IMPÔTS 19:5

2. ASPECTS POLITIQUES LIÉS À LA FISCALITÉ 19:9

2.1. CENTRALISATION OU DÉCENTRALISATION DES CENTRES DE DÉCISIONS BUDGÉTAIRES ET FISCALES 19:9

2.2. L'ÉDUCATION DES JEUNES, UNE PRIORITÉ BUDGÉTAIRE 19:12

3. MONDIALISATION, CONCURRENCE ET DÉMOCRATIE 19:14

INTRODUCTION

J'aimerais, dès le départ, vous avouer deux choses : premièrement, même si je suis économiste de formation, il y a longtemps que j'ai dû abandonner la théorie pour me consacrer davantage à la pratique; deuxièmement, mes expériences de vie professionnelle ne sont pas celles puisées sur le terrain des pays en développement, qu'ils soient à économie de marché ou à économie en transition.

Mon expérience, s'il en est, je la tire de mes vingt ans de vie politique, dont sept à titre de ministre des Finances (1970 à nov. 1976) d'une des dix provinces canadiennes, la province de Québec. Mon expérience professionnelle, je la tire aussi des vingt années passées à titre de président du conseil et chef de la direction, d'abord de 1980 à 1984 d'une banque d'épargne et plus tard, de l988 à 2000, d'une société d'assurance vie et de services financiers opérant à la grandeur du Canada et dans le nord-ouest des États-Unis. Je suis toujours président du conseil de cette société qui se nomme Industrielle Alliance, Assurance et services financiers.

De toute façon, lorsque l'on occupe ou qu'on a déjà occupé le poste de ministre des Finances ou de haut fonctionnaire dans ce ministère, on fait partie à vie de cette sorte de confrérie informelle qui a été confrontée à la même dure réalité : « **comment financer de la façon la plus efficace possible les fonctions de l'État** ». Ou encore, en termes plus prosaïques : « **comment boucler le budget** ».

Même si, comme je vous l'ai déjà avoué, je n'ai pas une connaissance approfondie de la situation des économies en développement ou en transition, j'ai assez voyagé à travers le monde et causé avec assez de personnes qui ont occupé le poste de ministre des Finances pour savoir qu'il y a, entre nous, un autre point commun et c'est celui de convaincre ou d'avoir dû convaincre d'abord le président de la République ou le premier ministre et ensuite nos autres collègues ministres, que le ministre des Finances ne peut pas, en même temps, balancer le budget et accroître les dépenses publiques à un rythme dépassant sans cesse celui de la croissance des revenus.

J'ajouterais que, dans la mesure où les dirigeants qui exercent le pouvoir ont à cœur le bien-être de leurs concitoyens et le développement de leurs pays, cette dure réalité (balancer le budget) que je viens de décrire, transcende les pays; elle est vraie quelle que soit la forme du régime politique et/ou du régime économique.

Plan de travail

Aujourd'hui, les professeurs Lefebvre et Vaillancourt vous ont parlé des différentes formes de taxation et de comment chacune d'elles peut influencer positivement ou négativement l'économie nationale et l'équité entre les différentes catégories de citoyens. Me Alain Paquet, député de Laval-des-Rapides et président de la commission des finances publiques au Parlement de Québec, a élaboré sur la transparence dans l'administration des finances publiques.

Pour ma part, j'ai décidé d'aborder le thème de l'atelier d'aujourd'hui non sous l'angle technique de la taxation, mais sous son angle politique et de discuter avec vous du rôle et de la responsabilité du ministre et du ministère des Finances dans la gestion des affaires publiques.

Quoi qu'en disent les techniciens et les experts en taxation, si les plans du ministre des Finances ne sont pas compris et acceptés par ses collègues et par la population, la vie du ministre des Finances ne durera, pour paraphraser le proverbe, que ce que durent les roses… l'espace d'un… budget.

Je ferai ma présentation d'abord en explorant avec vous :

1. les conditions qui donnent à un gouvernement la légitimité de lever des impôts, pour ensuite;

2. analyser le cheminement qu'un ministre des Finances doit suivre pour conserver cette légitimité;

3. j'aborderai ensuite deux aspects politiques liés à la fiscalité, soit :

   a) la centralisation *versus* la décentralisation et

   b) l'éducation des jeunes, une priorité budgétaire;

4. je terminerai mon exposé en analysant le défi grandissant que constitue, pour les pays en voie de développement, le phénomène de **la globalisation des marchés**, ou ce que certains ont appelé « **le village global** ».

1. LES CONDITIONS QUI DONNENT À UN GOUVERNEMENT LA LÉGITIMITÉ DE LEVER DES IMPÔTS

À la question « pourquoi lever des impôts », je pourrais essayer de remonter le cours de l'histoire pour trouver qui, le premier, a eu cette brillante idée de taxer et pourquoi. Un tel exercice ne serait guère utile à notre débat.

Par contre, ce qui est beaucoup plus important, c'est de bien établir la légitimité du gouvernement qui assume la responsabilité de lever des impôts.

En système démocratique, cette légitimité vient de la population qui, au cours d'une élection libre et ouverte, choisit les hommes et les femmes du parti politique qui, pour une période de temps limitée, auront la responsabilité de gouverner.

De cette réalité démocratique découlent deux conséquences pratiques :

a) la première est que des hommes et des femmes intéressés à la gérance des affaires publiques doivent se regrouper en partis politiques et proposer à leurs concitoyens un programme d'action qui doit aussi comprendre le coût des engagements électoraux et la façon de les financer;

b) la deuxième conséquence est liée au fait que le mandat électoral étant d'une durée limitée, cela impose aux élus l'obligation, le devoir et la responsabilité de rendre des comptes à leurs commettants sous peine d'être sanctionnés lors du prochain rendez-vous électoral. Ceci implique la transparence dans l'action gouvernementale et la divulgation complète de la situation financière de l'État. Il y a un dicton chez nous qui dit qu'en démocratie « on peut tromper des gens un certain temps mais on ne peut pas tromper tout le monde tout le temps ».

Dans ce contexte, la responsabilité du ministre des Finances revêt un caractère bien particulier parce que sa responsabilité doit être partagée par l'ensemble de l'équipe gouvernementale, sinon ses chances de succès, et celles du gouvernement auquel il appartient, sont grandement diminuées.

Mon expérience politique me porte à croire que la chose la plus importante que tout nouveau ministre des Finances doit faire, et cela dès son arrivée en fonction, est celle d'établir, avec les hauts fonctionnaires de son ministère, le cadre financier à l'intérieur duquel le gouvernement dont il fait partie devrait agir. Ce plan, mis à jour annuellement, doit, pour avoir une chance de réussir, recevoir avec ou sans modification, l'aval inconditionnel

du premier ministre ou du président selon le cas, ainsi que de l'ensemble du gouvernement., Si ce cadre de référence n'est pas accepté par le chef du gouvernement et par l'ensemble du Conseil des ministres, il est impossible pour le ministre des Finances d'exercer son rôle de gardien de l'équilibre financier de l'État. De plus, si le gouvernement n'a pas de cadre financier, où le ministre des Finances puisera-t-il ses arguments pour convaincre ses collègues, les milieux financiers et la population en général de la nécessité de reporter à plus tard certains programmes de dépenses? Dans le cas contraire, il faudrait réaménager ou éliminer ceux déjà existants ou augmenter le fardeau fiscal.

Dans les gouvernements modernes, le rôle du ministre des Finances ne peut pas se limiter à celui d'un comptable, aussi brillant qu'il puisse être. Le ministre des Finances moderne doit, en plus d'avoir l'appui inconditionnel de son chef de gouvernement, être un véritable homme politique, un communicateur hors pair capable de convaincre ses collègues, les dirigeants de sa formation politique et la population en général de la nécessité de faire des choix de dépenses courantes qui se situent à l'intérieur d'un équilibre budgétaire acceptable à court et à moyen termes.

De même, les dépenses en capital qui peuvent être financées en tout ou en partie par des emprunts à long terme doivent être bien ciblées et réalisées en tenant compte de l'impact que le service de la dette de ces emprunts aura dans l'avenir sur les dépenses courantes. Tout au long de cet exercice périlleux qu'est celui d'occuper la fonction de ministre des Finances, je ne voudrais pas sous-estimer la responsabilité des hauts fonctionnaires de son ministère qui ont le devoir et l'obligation de le conseiller et de le supporter dans l'atteinte de ce cadre financier clairement établi et accepté.

Même avec les meilleures intentions du monde, on peut se tromper dans l'évaluation des coûts d'un programme donné. Je pense ici à une expérience vécue récemment chez nous avec l'implantation de deux nouveaux programmes sociaux au demeurant tout à fait valables :

- **le premier** concerne l'assurance médicaments pour les gens ne bénéficiant pas de programmes d'assurances privés employeurs/employés, et

- **le deuxième** concerne l'établissement de garderies publiques à prix populaire que l'on a baptisé ici « les garderies à cinq dollars ».

Dans le premier cas, le gouvernement a dû, à cause de ses erreurs dans l'estimation des coûts, augmenter de façon considérable la prime de

financement et le niveau de coassurance. Aujourd'hui, le coût au contribuable est passé en peu de temps de 175 $ à 464 $ par année, par personne, et il faudra sans doute prévoir d'autres augmentations pour assurer la viabilité du programme.

Pour ce qui est du programme de garderie à cinq dollars, là aussi les prévisions ont été erronées et dans ce cas, l'État a décidé, avec toutes les iniquités que cela comporte, de limiter l'offre de service de garderie afin de contrer l'escalade exponentielle des coûts.

Je ne sais pas si la défaite de l'ex-gouvernement québécois aux élections du 14 avril dernier est liée à ses erreurs de calcul des coûts de ses nouveaux programmes sociaux, mais le fait est que le parti qui était au pouvoir a perdu les élections et de belle façon. J'aimerais citer un autre exemple et celui-là je l'ai vécu alors que j'occupais le poste de ministre des Finances. Permettez, pour un moment, que je vous mette dans l'ambiance.

En mai l970, quelques jours seulement avant l'assermentation du nouveau gouvernement dont je devais faire partie, la ville de Montréal était choisie pour organiser la présentation des Jeux olympiques d'été de 1976. C'était l'euphorie dans les rues de la ville et partout au Canada.

Plusieurs experts avaient évalué les coûts probables entourant la tenue de ces Jeux et certaines assurances avaient été données à ceux qui s'inquiétaient, mais aucune levée de boucliers contre l'obtention des Jeux n'a eu lieu.

Certes, il y a eu bien des erreurs d'aiguillage durant cette période fébrile de préparation, mais aucun spécialiste n'avait prévu les effets néfastes qu'allaient engendrer sur les coûts, les crises des prix du pétrole et la surchauffe économique liée à la réalisation même de toutes les infrastructures découlant de la tenue des Jeux olympiques, sans oublier le comportement des centrales syndicales et de certains entrepreneurs.

Quoi qu'il en soit, six ans plus tard, lors de la présentation en mai 1976 de mon discours sur le budget, et cela à peine deux mois avant l'ouverture officielle des Jeux, il me fallait déjà pourvoir au financement d'un déficit olympique estimé à un milliard de dollars, dont 800 millions devaient être à la charge de notre gouvernement et deux cents millions à la charge de la Ville de Montréal.

Déjà, l'équilibre budgétaire auquel je faisais face était affecté par la croissance rapide des coûts des programmes d'assurance hospitalisation,

d'assurance santé et d'éducation, le tout étant une conséquence directe, d'une part, de la croissance de la demande et, d'autre part, des effets pervers de l'inflation sur les demandes de hausses de salaires causées surtout par l'environnement international des prix de l'énergie. Pour faire face à cette flambée des coûts, je devais accroître, entre autres, le financement des programmes de santé. À cet effet, j'avais fait le choix de remplacer la prime d'assurance hospitalisation par une taxe sur les salaires frappant les travailleurs et leurs employeurs, ce que l'on appelle en anglais « a payroll tax ».

Pour financer le déficit olympique, ma marge de manœuvre était inexistante. Je ne voulais pas accroître l'impôt sur les revenus des individus ou celui des sociétés afin de ne pas affecter trop négativement notre position concurrentielle face aux autres provinces canadiennes et aux États américains limitrophes.

C'est ainsi qu'après quelques nuits blanches et beaucoup de discussions avec mes conseillers financiers et fiscaux, je décidais de proposer à mon premier ministre de financer le déficit olympique en maintenant la loterie olympique jusqu'à la fin de l'exercice financier l979-80, en y ajoutant une taxe additionnelle sur le tabac et les cigarettes à un niveau qui permettait, avec le produit de la loterie, de subvenir au service de la dette olympique et d'effacer les emprunts liés à cette dette olympique sur une période de six ans. Le premier ministre a accepté ma proposition.

Les Jeux de 1976 ont été tenus à Montréal dans la joie et l'allégresse, mais la population n'a pas apprécié le fardeau fiscal additionnel que nous avions dû lui imposer. Elle nous l'a bien fait savoir et de belle façon aux élections de novembre 1976. Notre formation politique a été remerciée par l'électorat, et un autre parti politique a assumé la dangereuse légitimité de pouvoir lever des impôts.

Si je vous raconte cette expérience, c'est pour bien faire ressortir la lourde responsabilité qui incombe au ministre des Finances et à ses hauts fonctionnaires, soit celle de bien évaluer les coûts présents et futurs des programmes gouvernementaux et d'en informer clairement les contribuables. Dans l'enthousiasme du moment, on peut oublier momentanément le cadre financier en rationalisant les avantages de tel ou tel programme de dépenses. Cependant, la dure réalité nous ramène rapidement à la case départ, celle du cadre budgétaire préparé par le ministre des Finances et expliqué à la population. Je dirais qu'en démocratie à tout le moins, la crédibilité du ministre des Finances est d'une importance capitale pour celle du gouvernement.

Le monde dans lequel nous vivons, tant au nord qu'au sud, fournit bien des exemples de gouvernements qui se sont enlisés dans des programmes de dépenses inconsidérées produisant déficit budgétaire par-dessus déficit budgétaire et qui, en fin de course, ont nécessité des augmentations substantielles du fardeau fiscal des contribuables. Un fardeau fiscal qui à son tour a entraîné une spirale de pauvreté réelle ou relative beaucoup plus aiguë, sans oublier l'humiliation d'une tutelle ou quasi-tutelle imposée par les banques et les organismes internationaux sur les gouvernements nationaux. La grande leçon que je tire de mon expérience comme ministre des Finances est que les bénéfices à long terme de finances publiques saines surpassent, et de beaucoup, ceux retirés à court terme par des programmes de dépenses qui surchargent le fardeau fiscal des contribuables.

2. ASPECTS POLITIQUES LIÉS À LA FISCALITÉ

2.1. CENTRALISATION OU DÉCENTRALISATION DES CENTRES DE DÉCISIONS BUDGÉTAIRES ET FISCALES

Cette limite de fardeau fiscal n'est pas toujours facile à établir. Là encore, la légitimité du gouvernement ou, exprimé différemment, l'appui qu'il reçoit de la population, constitue un ingrédient majeur. Selon les coutumes et les valeurs qui lient les hommes et les femmes d'un même pays à leur gouvernement, le degré d'acceptabilité pacifique du niveau de taxation peut varier. Une chose est certaine, un gouvernement qui ne s'appuie pas sur les valeurs et les traditions de la majorité de la population qu'il dirige ne pourra pas à terme lever suffisamment d'impôts pour payer pendant longtemps le bouclier ou l'armure artificielle de l'armée qui le protège.

Il y a une expression liée à la gérance des fonds publics qui est bien connue et qui exprime clairement cette légitimité qu'a ou que n'a pas un gouvernement de taxer ses citoyens. Cette expression, vous la connaissez bien : *no taxation without representation*.

C'est en ayant ce dicton à l'esprit que j'aimerais aborder une question toujours difficile à trancher pour une société et une économie en transition vers une structure démocratique et une économie de marché. Cette question est la suivante : « Les centres de décisions budgétaires et fiscales doivent-ils être centralisés? » ou encore : « Quelle est la meilleure approche pour améliorer la mobilisation des ressources? ».

D'entrée de jeu, j'aimerais vous dire que tant à titre d'homme politique qu'à titre d'homme d'affaires, j'ai toujours eu un penchant vers la décentralisation. J'ai la conviction que les systèmes décentralisés sont

généralement plus efficaces parce que plus près de la population. C'est du moins l'expérience vécue dans plusieurs pays de type fédéral. C'est aussi la forme la plus utilisée dans les grandes entreprises privées.

Le Canada, comme l'Allemagne, la Suisse ou les États-Unis, sont des fédérations relativement décentralisées en termes d'interventions publiques, avec deux paliers importants de gouvernement : le gouvernement central et celui des États ou des provinces. Le troisième niveau de gouvernement relève généralement de l'autorité des provinces (ou des États) et est essentiellement composé des villes qui s'occupent des biens et services locaux.

Dans la fédération canadienne, le gouvernement fédéral a la responsabilité habituellement dévolue aux gouvernements centraux (affaires extérieures, défense, banques, monnaie etc.) et d'un nombre limité de grands programmes de sécurité du revenu (assurance chômage, rente de vieillesse de base, soutien des familles à faible revenu).

Les provinces, pour leur part, sont responsables des biens et services plus près de la population. À titre d'exemple, je mentionnerai la santé et l'éducation et une large gamme de programmes associés au filet de la sécurité du revenu (accidents de travail, rente de retraite basée sur le revenu de travail, assistance sociale, etc.).

À quelques exceptions près, les deux paliers de gouvernement lèvent de façon autonome et concurrente leurs taxes et leurs impôts dans les mêmes assiettes fiscales. À ce titre, on peut dire que les deux paliers de gouvernement sont pratiquement sur le même pied dans les domaines de leurs juridictions exclusives. Au palier local, les villes et les villages perçoivent les taxes foncières sur la propriété, ce qui leur assure la grande partie de leurs revenus. J'ajouterai cependant que l'urbanisation poussée des dernières décennies a accru considérablement le rôle des villes dans la gestion des affaires publiques et elles réclament des champs fiscaux élargis.

Les avantages d'un système de gouvernance décentralisé sont bien connus : meilleure prise en compte des besoins et des préférences des citoyens, plus grande efficience dans l'organisation et la livraison des biens et services publics, notamment par le jeu de la concurrence intergouvernementale qui favorise un degré plus élevé d'expérimentations et d'innovations conduisant à de nouvelles solutions aux problèmes et aux défis nouveaux.

Les désavantages d'une décentralisation des interventions publiques et de la fiscalité sont aussi bien connus : problèmes d'efficacité productive; problèmes d'inefficacité fiscale; problèmes d'équité. Tous ces problèmes sont présents à divers degrés dans toute organisation décentralisée. Les solutions pour mitiger les désavantages sont également connues et elles sont de deux types :

a) l'utilisation de programmes de transferts intergouvernementaux et de standards nationaux;

b) la coordination des politiques, l'harmonisation fiscale et les accords de perception fiscale.

Certes, un régime décentralisé nécessite plus de débats, et chez nous les disputes fédéral/provincial sont presque un sport national. Cependant, la réalité des choses est que la coopération intergouvernementale a produit, au Canada, des résultats impressionnants. On peut mentionner à cet égard : la mise en place d'un régime d'assurance maladie, le développement d'un système d'enseignement post-secondaire, le déploiement d'un large filet de sécurité du revenu, des accords de perception fiscale facilitant l'harmonisation et la coordination des interventions fiscales, le programme de péréquation qui a contribué largement à la stabilisation du revenu des provinces moins développées économiquement.

Par contre, la lutte acharnée menée avec succès à partir de 1995 par le gouvernement central pour éliminer les déficits budgétaires a cependant laissé des traces et rendu plus acrimonieuses les relations fiscales intergouvernementales. Malgré ces difficultés de parcours, je considère la décentralisation des décisions budgétaires et fiscales comme un puissant outil de gestion des affaires publiques.

J'avancerais même que :

a) plus un pays est vaste du point de vue géographique, plus le système fédéral est approprié;

b) plus la composition culturelle et linguistique régionale de la population nationale est diversifiée, plus le régime fédéral facilite une cohabitation harmonieuse.

Pour le contribuable, le constat que différents paliers de gouvernement occupent, exclusivement ou non, différentes assiettes fiscales ou que la division d'un champ particulier de taxation soit égale ou non n'a pas de

conséquence, dans la mesure où toutes les taxes sont supportées par le même contribuable et affectées aux dépenses de services publics; mais ce qu'il y a de plus important est le fait que c'est le même citoyen qui élit les deux paliers de gouvernement.

Sur cette question de la centralisation ou de la décentralisation, comme je le disais il y a un instant, mon expérience politique et d'affaires me porte à conclure que les avantages de la décentralisation l'emportent largement sur les inconvénients. De plus, un système décentralisé permet une meilleure participation des citoyens au débat public et génère une plus grande cohésion politique et sociale dans le développement et l'atteinte des objectifs communs.

2.2. L'ÉDUCATION DES JEUNES, UNE PRIORITÉ BUDGÉTAIRE

Comme je l'ai répété à plusieurs reprises depuis le début de ma causerie, peu importe le pays où l'on se trouve, la ponction fiscale a ses limites et le produit des taxes et des impôts doit être utilisé avec beaucoup de discernement. Dans ce contexte de rareté, dans quel champ d'activité une société en voie de développement devrait-elle investir le plus?

Les travaux économiques portant plus directement sur les facteurs de croissance économique identifient non seulement la composition du panier des taxes, mais aussi l'usage que font les gouvernements des deniers publics.

Dans l'explication « classique » de la croissance, les moteurs étaient l'accroissement naturel de la population et le progrès technologique qui venaient par eux-mêmes, sans l'influence du gouvernement. La taxation ne se faisait sentir que sur les parts relatives des revenus de travail et de capital. Or, les avancées plus récentes en sciences économiques tendent à montrer que la croissance et les innovations technologiques dépendent de l'accumulation de capital humain et physique, laquelle est affectée par la taxation et les dépenses gouvernementales.

Ainsi, des dépenses publiques relativement plus « productives », à recettes fiscales données, peuvent accroître le rythme de la croissance, comme le montrent les études récentes dans ce domaine. La partie de l'étude portant sur le Canada[1] illustre qualitativement la nature des arbitrages possibles entre les types de taxes et les types de dépenses publiques, ainsi que leurs effets potentiels sur l'évolution des revenus à long terme.

---

[1] Voir tableaux 1 et 2 en annexe.

Le scénario le plus favorable à la création de « richesse » serait celui où une baisse des taxes sur le revenu du travail serait compensée par une baisse des dépenses publiques qui prennent la forme de transferts aux individus.

Le scénario le plus défavorable serait une baisse des taxes à la consommation compensée par une baisse des dépenses publiques au titre des biens et services publics au sens strict.

Quelles sont plus spécifiquement les dépenses productives? L'étude tend à démontrer que ce serait celles qui génèrent des bénéfices sociaux nets, c'est-à-dire qui dépassent largement, et non pas à la marge, le coût social des taxes et des impôts qui les financent. Il y plusieurs formes de dépenses dites productives, mais celles dont je voudrais traiter plus spécifiquement sont liées à l'éducation.

Dans un environnement où les ressources fiscales sont limitées, l'investissement le plus rentable qu'un État puisse effectuer est celui orienté vers la formation de ses jeunes. La formation du capital humain est essentielle à la formation de capital physique et c'est la conjonction de ces deux éléments qui assure la croissance économique future et le niveau de vie des citoyens.

La qualité du capital humain d'une société est devenue sans l'ombre d'un doute l'ingrédient essentiel au dynamisme et à la compétitivité de l'économie. Les individus avec des niveaux plus élevés d'éducation et de formation professionnelle et technique développent des habiletés et des compétences qui sont fortement valorisées sur le marché du travail. Elles le sont plus qu'autrefois, ce qui accroît – on a tendance à l'oublier – l'incitation à les acquérir et à choisir les occupations où ces habiletés sont récompensées.

De même, le marché récompense fortement l'entrepreneurship, l'originalité et la création. On peut donc comprendre pourquoi il y a une hausse des activités d'innovation et de création dans le monde. Beaucoup d'entreprises ont été créées dans de nouveaux domaines et elles ont connu une croissance fulgurante. De plus, les nouvelles technologies favorisent ceux et celles qui ont le plus de qualifications professionnelles et techniques, au détriment des moins qualifiés.

Les évidences empiriques de la recherche, si on les prend au pied de la lettre, suggèrent que la stratégie la plus porteuse **à long terme est d'investir d'abord dans les très jeunes** pour améliorer leur apprentissage de base, pour ensuite accroître le niveau d'obtention des diplômes d'études

secondaires. À mon sens, les niveaux d'études primaire et secondaire doivent être gratuits et ouverts à tous les jeunes. La deuxième priorité devrait être celle des écoles professionnelles où on enseigne les métiers et les techniques les plus en demande sur le marché du travail local et régional. Le niveau universitaire est important, mais il devrait être largement financé par les usagers, quitte à offrir des bourses d'études importantes aux étudiants brillants venant de familles moins fortunées. Je ne verrais pas d'un mauvais œil le fait que l'État signe avec ses boursiers des contrats obligeant les bénéficiaires à travailler dans leurs pays respectifs pour des périodes données.

3. MONDIALISATION, CONCURRENCE ET DÉMOCRATIE

En guise de conclusion, j'aimerais élargir mon propos pour le placer sur une toile de fond beaucoup plus vaste, celle de la mondialisation et de ses effets sur notre vie quotidienne. D'ailleurs, en ce faisant, je n'ai pas l'impression de m'éloigner tellement du thème principal de ce texte, car l'amélioration de la mobilisation des ressources et des systèmes de taxation ne peut pas se faire sans avoir à l'esprit l'environnement international dans lequel nos pays respectifs évoluent.

Le phénomène de la mondialisation est un sujet aux multiples facettes. Il ne laisse plus personne indifférent, tant devient évident, un peu plus chaque jour, l'impact considérable qu'il a sur la vie des entreprises et des citoyens un peu partout à travers le monde.

À l'origine, la plupart des promoteurs du libre-échange considéraient l'application de la liberté d'entreprise à l'échelle régionale ou mondiale, comme un moyen efficace d'accroître la concurrence, de permettre une meilleure utilisation des ressources au profit des consommateurs et de favoriser, comme le souhaitaient les pères du marché commun européen, la paix entre leurs nations.

Cependant, peu de personnes avaient réellement envisagé que la mondialisation des marchés allait changer si profondément le rôle de l'État, voire même le fonctionnement de nos gouvernements, tant ceux évoluant en système démocratique que les autres.

Le schème de référence qui en découle a comme conséquence paradoxale de placer le citoyen non pas à la merci du vote de la majorité s'il vit en démocratie ou à une autre forme de consensus national lié à sa culture ou à ses traditions, mais plutôt à la merci de décisions prises ailleurs, par des structures sur lesquelles il n'a aucun contrôle ou influence.

Cette situation apparaît encore plus évidente depuis l'éclatement du bloc soviétique et de la chute du mur de Berlin car, depuis cette date, le monde occidental tout au moins n'a plus à démontrer chaque jour la supériorité de l'économie de marché sur celle de l'économie dirigée, ni à défendre ses valeurs démocratiques par rapport à celles de la dictature communiste.

Par contre, il ne faudrait pas que, dans l'enthousiasme de la mondialisation, les Occidentaux oublient les valeurs qui leur sont si chères, et encore moins qu'ils fassent fi de celles des autres communautés culturelles, religieuses et linguistiques de la planète. Voilà la toile de fond sur laquelle il faut dessiner le monde de demain.

Je me réjouis du fait que des intellectuels et des dirigeants de mouvements sociaux prennent conscience de certains des effets pervers de la mondialisation et qu'ils l'écrivent ou le disent publiquement. Ces gens croient, à tort ou à raison, que par une curieuse sorte d'effet de domino, une nouvelle dictature est en train de s'installer, une dictature d'affaires sans foi ni loi, sans conscience sociale et qui se nourrit aussi bien de la force de travail et de l'esprit d'initiative que de sa propre quête de survie.

Quoi qu'il en soit, une chose est cependant certaine : « le village global existe mais il n'y a toujours pas, à la tête de ce village, un conseil municipal démocratiquement élu. »

Une telle situation inquiète beaucoup de gens qui se demandent qui tire les ficelles et, plus important encore, **quelles sont les valeurs que le village global est en train de promouvoir**.

À l'échelle nationale, la liberté individuelle, la liberté d'entreprise et les préoccupations sociales ont tendance à se fondre pour créer un certain équilibre. Même si cet équilibre n'est pas parfait, la justice sociale qui en découle trouve sa légitimité dans l'aval qu'elle reçoit soit du processus démocratique ou, selon le cas, des autres formes de consultation par lesquelles les consensus nationaux s'établissent.

Par exemple, j'ai été frappé, en écoutant les reportages télévisés sur le Sommet de la terre tenu en Afrique du Sud à l'été 2002, par la vision contradictoire des participants à cette grande conférence avec celle qui est généralement véhiculée dans les communiqués de presse des rencontres de l'OMC (Organisation mondiale du commerce). Au Sommet de la terre, les participants ont demandé plus d'intervention des États; aux rencontres de l'OMC, c'est le contraire. Qui a tort, qui a raison?

Dans son ouvrage intitulé *L'ordre économique mondial* et publié chez Fayard en 2001, l'économiste Peter Cohen écrit :

> « La mondialisation encourt deux critiques majeures : elle est inégalitaire en ce sens qu'elle creuse le fossé entre les nations riches et les nations prolétaires, démentant ainsi l'axiome principal des partisans du libre-échange; elle remet en cause les choix sociaux institutionnels et redistributifs des nations. La critique est radicale : elle désigne une double contradiction entre croissance et équité d'un côté, entre universel de marché et universel démocratique de l'autre. »

Regardons d'un peu plus près comment les choses se passent dans la froide réalité du quotidien. Et ce n'est pas à des gens comme vous que j'apprendrai que fabriquer le meilleur produit au meilleur coût exige le goût du risque, de la discipline et du savoir-faire. De plus, pour ceux qui veulent accroître leur part de marché et tenter l'aventure de l'international, il leur faut aussi avoir accès au marché financier.

Ceci étant dit, nous ne pouvons pas non plus reprocher aux entreprises de chercher à se donner les moyens d'être plus concurrentielles et de vouloir accroître leurs ventes sur le marché mondial. Il faut cependant être assez lucide pour reconnaître que plus les moyens financiers sont importants, plus les entreprises sont à même de saisir les occasions qui s'offrent à elles, soit d'acheter un concurrent, soit de s'amalgamer ou de fusionner avec d'autres et ainsi décider des endroits où s'effectueront les implantations industrielles de façon à mieux contrôler leurs coûts et leurs niveaux de production de même que les différents canaux de distribution.

Pour leur part, les propriétaires ou dirigeants de petites et moyennes entreprises, surtout celles encore naissantes dans les pays en développement, se demandent comment ils pourront concurrencer les multinationales sur leurs propres marchés et/ou obtenir le financement pour se déployer au plan international.

Ce qui est vrai pour les entreprises l'est aussi pour les pays qui veulent améliorer leur économie et leur niveau d'emploi. C'est ainsi que plus la base économique d'un pays est forte, plus ce pays a intérêt à s'associer à d'autres pour étendre sa zone d'influence et celle de ses agents économiques et, par ricochet, accroître sa richesse nationale. D'autre part, les pays en voie de développement ou en transition ont aussi intérêt à s'associer mais ils se demandent comment leur économie nationale et leurs citoyens pourront bénéficier de la mondialisation.

L'objectif de mon propos, vous l'aurez remarqué, est de faire prendre conscience que la concentration économique ne peut pas être l'instrument de

la répartition de la richesse dans le monde. Nous avons aujourd'hui le cartel du pétrole, est-ce que la mondialisation nous donnera demain celui des banques, des communications, du transport aérien ou encore celui de l'industrie du loisir et de la culture?

On ne voit pas venir le coup, mais le processus est toujours le même :

- le **libre-échange** provoque la déréglementation;
- la **déréglementation signifie plus de concurrence** et moins d'intervention étatique;
- la **concurrence** conduit à la mondialisation de l'économie;
- la **mondialisation** de l'économie provoque la concentration des entreprises;
- la **concentration** des entreprises crée des monopoles ou quasi-monopoles et tue la concurrence.

Dans ce contexte, quelle structure possédera la légitimité nécessaire pour réglementer, si nécessaire, ces monopoles ou quasi-monopoles transfrontaliers? Quelle structure aura la légitimité et la capacité de lever les dizaines de milliards de dollars, mentionnés dans le Rapport annuel des Nations Unies de l'an 2000, pour résoudre annuellement les principaux problèmes d'alimentation et d'assainissement d'eau et de santé des populations démunies dans le monde?

Le village global qui s'érige n'a pas à sa tête de Conseil municipal possédant la légitimité nécessaire pour prendre des décisions et encore moins celle d'en assurer l'exécution.

J'admets, de prime abord, qu'il peut paraître illusoire de penser qu'à court terme on puisse être à même de réconcilier les acquis économiques des pays développés avec les besoins, ne serait-ce que vitaux, des pays pauvres.

Les paramètres à considérer sont effectivement très nombreux et variés et les solutions à trouver, d'une complexité équivalente. Permettez-moi d'énumérer quelques-uns seulement des problèmes à résoudre :

Comment mettre en concurrence des travailleurs dont l'écart de niveau salarial et de conditions d'emploi est si grand, sans les réduire, les uns et les autres, au rang de ressources naturelles à exploiter?

Comment éviter que les droits à l'identité, à la culture, à la langue et à la religion, qui font partie inhérente de la fierté et de la capacité d'agir des peuples et des communautés, ne soient brimés ou noyés par les exigences d'accès au marché des multinationales du divertissement?

Comment tendre vers l'équité sociale sans qu'elle ne soit vue comme un frein au développement économique des entreprises?

Comment ouvrir ses frontières sans risque pour la santé publique et les mouvements terroristes?

Comment aller à l'encontre de tous les régimes réglementaires que se sont donnés les pays développés au chapitre des normes de production, qu'ils ont élaborés souvent au nom de l'intérêt public et qui constituent autant de barrières pour des pays en développement qui tentent d'accéder à ces marchés? À titre d'exemple, les subventions à l'agriculture des pays occidentaux ne sont-elles pas une entrave aux produits venant des pays en voie de développement?

Tout ça peut paraître pessimiste mais, quand je regarde tout le bouillonnement des milieux intellectuels autour du thème de la mondialisation, je demeure confiant. Quand je vois les écrivains qui se réunissent autour du thème de la mondialisation, je demeure confiant; quand je vois les Autochtones des Amériques qui s'unissent pour mieux se faire entendre, je suis optimiste.

Enfin, quand je vois des colloques comme celui-ci, je me dis que la mondialisation se fait de moins en moins en vase clos. Elle donne de plus en plus lieu à de grands débats auxquels participent des experts, des citoyens et des groupes sociaux de tous les continents et qui, à leur façon, influencent les dirigeants de leurs pays dans leurs prises de décisions.

Somme toute, la mondialisation a besoin d'une morale et ça ne peut pas être uniquement celle des pays riches.

Tableau 1

Composition des recettes fiscales en pourcentage, impôts et taxes en pourcentage du PIB et taux de croissance du PIB réel *per capita*, Canada, États-Unis et certains pays européens, 1997

Type de taxes/assiettes	Taxes en pourcentage des taxes totales								
	Canada	États-Unis	France	Allemagne	Irlande	Italie	Pays-Bas	Suède	Royaume-Uni
Impôt/Revenu personnel	38,0	39,0	14,0	23,9	31,4	25,3	15,6	35,0	24,8
Impôt/Revenu des sociétés	10,3	9,4	5,8	4,0	10,0	9,5	10,5	6,1	12,1
Cotisations sociales/ Salaires	15,5	24,2	43,0	41,6	14,0	33,6	40,9	32,4	17,2
Taxes de vente/Biens et services	24,4	16,7	27,8	27,7	39,7	25,9	28,0	22,3	35,0
Impôts fonciers et taxes sur héritages	10,0	10,7	5,4	2,7	4,9	5,1	4,6	3,9	10,8
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Taxes en pourcentage du PIB	36,8	29,7	45,1	37,2	32,8	44,4	41,9	51,9	35,4
Croissance du PIB réel *per capita*, 1998-1988 en pourcentage	5,0	18,5	14,5	14,3	92,2	13,5	26,2	7,3	14,0

Source : Pour les taxes et le PIB réel : OCDE, *Revenue Statistics*, 1965/1998, Paris, 1999. Pour le calcul des taux de croissance : Pierre FORTIN, *The Canadian Standard of Living : Is There a Way Up?*, Benefactors Lecture, Toronto, C.D. Howe Institute, octobre 1999, tableau 1.

Tableau 2

Effets à long terme sur le taux de croissance du PIB réel canadien d'un changement égal à 1 % du PIB de certaines taxes ou dépenses publiques, 2000-2030

Changement de politique : variation 1 % ratio type de taxes ou type de dépenses publiques/PIB à budget public inchangé	Changement dans le taux de croissance du PIB réel : base 1994 = 2,64 %		Effet en milliards $ après 20 ans (par famille canadienne)
	Année 10	Année 30	
Changement dans la composition du panier des taxes à recettes fiscales inchangées			
Baisse taxe sur revenu du capital et hausse taxe de vente	+0,344	+0,311	71 M$ (5 233$)
Baisse taxe sur revenu du capital et hausse taxe sur revenu travail	+0,065	+0,127	19 M$ (1 401$)
Baisse taxe sur revenu de travail et hausse taxe de vente	+0,412	+0,404	85 M$ (6 266$)
Baisse taxe sur le revenu du capital compensée par une baisse des dépenses publiques selon le type			
Baisse taxe sur capital et toutes dépenses publiques	+0,267	+0,267	55 M$ (4 054$)
Baisse taxe sur capital et transferts publics	+0,360	+0,406	79 M$ (5 823$)
Baisse taxe sur capital et dépenses biens et services publics	+0,139	+0,126	27 M$ (1 990$)
Baisse taxe sur capital et dépenses publiques sur capital humain	+0,148	+0,037	19 M$ (1 401$)

Tableau 2 (suite)

Baisse taxes de vente compensée par une baisse des dépenses publiques selon le type			
Baisse taxes de vente et toutes dépenses publiques	+0,037	-0,074	11 M$ (811$)
Baisse taxes de vente et transferts publics	+0,216	+0,219	44 M$ (3 243$)
Baisse taxes de vente et dépenses biens et services publics	-0,307	-0,424	-76 M$ (-5 602$)
Baisse taxe sur capital et dépenses publiques sur capital humain	-0,032	-0,660	-72 M$ (-5 307$)
Baisse taxe sur le revenu du travail compensée par une baisse des dépenses publiques selon le type			
Baisse taxe sur travail et toutes dépenses publiques	+0,588	+0,389	102 M$ (7 519$)
Baisse taxe sur travail et transferts publics	+0,840	+0,773	174 M$ (12 826$)
Baisse taxe sur travail et dépenses biens et services publics	+0,149	-0,006	14 M$ (1 032$)
Baisse taxe sur travail et dépenses publiques sur capital humain	+0,701	-0,313	40 M$ (2 949$)

Source : Calculs de l'auteur à partir de résultats de simulations de Jing Xu, « Taxation and Economic Performance: A Cross-Country Comparison and Model Sensitivity Analysis », ministère des Finances du Canada, Document de recherche 99-01, tableau 3.4.

∗ Le calcul est le suivant : à titre d'exemple pour la première ligne : 1 000 milliards $ pour l'année 2000 x $(1+(0{,}00344+1{,}00311/2))^{20}$ – 1 000 milliards $ (pour 13 566 000 familles de contribuables).

COMMENT CONTRER LES RECOURS DE CERTAINS CRÉANCIERS
PRINCIPES FONDAMENTAUX POUR NON-SPÉCIALISTES

Raymond Massi
CA
Richter & Associés inc.

TABLE DES MATIÈRES

1. ***LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ*** 20:5

1.1. DÉFINITIONS 20:5
1.2. DIFFÉRENTES OPTIONS 20:5

2. **PERSONNE INSOLVABLE** 20:6

2.1. CRITÈRES POUR ÊTRE CONSIDÉRÉ INSOLVABLE 20:6
2.2. RECOURS POUR LES CRÉANCIERS 20:6

3. **CATÉGORIE DE CRÉANCIERS** 20:7

3.1. CRÉANCIERS GARANTIS 20:7
3.2. CRÉANCIERS NON GARANTIS 20:7
3.2.1. Créanciers ordinaires 20:7
3.2.2. Créanciers privilégiés 20:7
3.2.3. Créanciers reportés 20:8

4. FAILLITE 20:8

4.1. FAILLITE VOLONTAIRE 20:8
4.1.1. Définitions 20:8
4.1.2. Conditions à respecter et admissibilité 20:8
4.1.3. Buts de la faillite 20:9
4.2. FAILLITE INVOLONTAIRE 20:9
4.2.1. Définitions 20:9
4.2.2. Qui peut faire une pétition? 20:9
4.2.3. Qui peut faire l'objet d'une pétition? 20:10
4.3. PROCÉDURES EFFECTUÉES PAR LE SYNDIC 20:10
4.4. SUSPENSION DES PROCÉDURES 20:10
4.4.1. Généralités 20:10
4.4.2. Biens de 30 jours 20:11
4.4.3. Créanciers garantis 20:11
4.5. CONTRÔLE ADMINISTRATIF DE LA FAILLITE 20:12
4.6. DISTRIBUTION DES FONDS 20:12
4.6.1. Preuve de réclamation 20:12
4.6.2. Créanciers garantis 20:12
4.6.3. Généralités 20:13

5. AVIS D'INTENTION ET PROPOSITION 20:13

5.1. AVIS D'INTENTION 20:13
5.1.1. Qui peut faire un avis d'intention? 20:13
5.1.2. Dépôt d'intention 20:14
5.1.3. Suspension des procédures 20:14
5.2. PROPOSITION 20:15
5.2.1. Qui peut faire une proposition? 20:15
5.2.2. Facteurs nécessaires au succès d'une proposition 20:16
5.2.3. Suspension des procédures 20:16
5.2.4. Assemblée des créanciers 20:17
5.2.5. Mécanisme de contrôle pour le créancier 20:17
5.3. PROPOSITION DE CONSOMMATEUR 20:17
5.3.1. Qui peut faire une proposition de consommateur? 20:17
5.3.2. Procédures 20:18
5.3.3. Rejet d'une proposition par les créanciers 20:18
5.3.4. Effet sur les créanciers garantis 20:18

6. *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* 20:19

6.1. DÉFINITIONS 20:19
6.2. ADMISSIBILITÉ 20:19
6.3. BUT DE LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* 20:19

7. SÉQUESTRE INTÉRIMAIRE 20:20

7.1. NOMINATION DU SÉQUESTRE 20:20
7.2. CIRCONSTANCES DE NOMINATION D'UN SÉQUESTRE INTÉRIMAIRE 20:20
7.3. LE RÔLE ET LES POUVOIRS DU SÉQUESTRE INTÉRIMAIRE 20:20

CONCLUSION 20:21

INTRODUCTION

Au cours des dernières années, le domaine de l'insolvabilité a beaucoup évolué. Au milieu des années 80, lorsqu'une compagnie était insolvable, la première réaction était de fermer l'entreprise, de liquider les actifs et d'assumer les pertes. Aujourd'hui, en insolvabilité, nous identifions les problèmes d'une compagnie et nous déterminons si l'entreprise peut être solvable dans certaines conditions. Selon le cas, plusieurs possibilités s'offrent à nous. Dans le présent texte, nous examinerons ces différentes options et leurs effets sur les créanciers. Ce faisant, nous ferons un rapide survol du droit de l'insolvabilité.

1. *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ*

1.1. DÉFINITIONS

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[1] (ci-après « L.F.I. ») établit un cadre législatif pour la liquidation des actifs de personnes insolvables, de sociétés par actions et de sociétés de personnes insolvables. La Loi établit également un cadre pour la distribution du produit de la liquidation de manière équitable et ordonnée entre les créanciers. Elle prévoit la nomination d'un syndic chargé de saisir les actifs, de les vendre et d'en distribuer le produit.

1.2. DIFFÉRENTES OPTIONS

D'autres solutions prévues dans la Loi comprennent des mécanismes permettant aux entreprises insolvables ou aux débiteurs consommateurs d'éviter la faillite en négociant avec leurs créanciers des arrangements visant à transiger sur leur dette et à réorganiser leurs affaires financières. Une personne insolvable pourra en conséquence déposer une cession de biens en vertu du paragraphe 49(1) L.F.I., une proposition en vertu du paragraphe 50(1) L.F.I. ou une proposition de consommateur en vertu du paragraphe 66.12(1) L.F.I., puisque toutes ces dispositions exigent comme prérequis que la personne soit une personne insolvable. Par ailleurs, un créancier pourra déposer une pétition pour obtenir une ordonnance de séquestre en vertu du paragraphe 43(1) L.F.I. Il sera aussi possible pour la personne insolvable de recourir à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[2]

---

1 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

2 L.R.Q., c. P-16.

(ci-après « L.A.C.C. »). Finalement, la Cour ou un créancier garanti pourra nommer un séquestre intérimaire pour protéger les actifs.

2. PERSONNE INSOLVABLE

2.1. CRITÈRES POUR ÊTRE CONSIDÉRÉ INSOLVABLE

Pour pouvoir recourir à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, il faut être considéré comme une personne insolvable. Selon la Loi, une personne insolvable est une personne qui n'est pas en faillite, qui réside au Canada ou y exerce ses activités ou y possède des biens et qui a au moins 1 000 $ de dettes. Sa situation financière est fortement douteuse et le fondement de ses dettes est reconnu par la Loi.

De plus, pour être qualifiée de personne insolvable au sens de la Loi, cette personne doit être dans l'une des trois situations suivantes :

- elle est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance;
- elle a cessé d'acquitter ses obligations dans le cours normal de ses affaires; ou,
- la totalité de ses biens, s'ils étaient vendus, ne suffiraient pas à l'acquittement de toutes ses obligations.

En fait, une personne peut être insolvable même si elle n'a pas cessé d'effectuer ses paiements. Du moment qu'elle est incapable de faire face à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance, et que ses dettes totalisent au moins 1 000 $, elle est, dans le fait, insolvable et pourra recourir de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

2.2. RECOURS POUR LES CRÉANCIERS

Il est cependant possible qu'un créancier conteste l'état d'insolvabilité d'une personne qui prétend être insolvable au sens de la Loi. En effet, certains débiteurs peuvent abuser du processus d'insolvabilité et rechercher dans ce processus un moyen d'éviter de payer leurs dettes, alors qu'en réalité ils sont tout à fait solvables. En pareil cas, le créancier pourra rechercher l'annulation de la cession de biens déposée par son débiteur en démontrant au tribunal que son débiteur n'était pas une personne insolvable au sens de la Loi, et qu'en conséquence, elle ne pouvait être admissible au processus de faillite.

3. CATÉGORIE DE CRÉANCIERS

3.1. CRÉANCIERS GARANTIS

Le créancier garanti est défini comme une personne qui détient une hypothèque, un gage, une charge ou un privilège sur les biens du failli, en garantie des dettes dues par celui-ci. Ainsi, le créancier dont la réclamation est garantie par un bien en particulier ou par tous les biens du failli est un créancier garanti. Une condition essentielle pour qu'un tel créancier soit considéré comme garanti est à l'effet que la garantie qu'il détient doit être valable et opposable au syndic.

Le syndic a le droit d'exiger des créanciers garantis de déposer une preuve de leur garantie, dans laquelle ils décrivent cette garantie et déclarent la valeur qu'ils lui attribuent. Puisque le défaut des créanciers garantis de se conformer à cette demande du syndic peut entraîner la perte de la garantie, ces derniers sont maintenant des participants actifs dans le processus de la faillite. Les créanciers garantis peuvent déposer une preuve de réclamation non garantie pour la portion excédant la valeur de leur garantie.

3.2. CRÉANCIERS NON GARANTIS

3.2.1. Créanciers ordinaires

Outre les créanciers garantis, tout autre créancier est non garanti (créanciers privilégiés, créanciers dont la créance est reportée et créanciers ordinaires). Les créanciers ordinaires seront payés en fonction de leur créance et du montant des dividendes à distribuer. En cas d'insuffisance des dividendes pour payer la totalité de la créance, les créanciers ordinaires seront payés en proportion de leur créance.

3.2.2. Créanciers privilégiés

Les créanciers privilégiés, aussi qualifiés de « préférés » ou « prioritaires », sont des créanciers non garantis, mais qui bénéficient d'une priorité de rang dans la distribution des biens de la faillite. Cela signifie que ces créanciers ont le droit de recevoir le paiement de leurs créances avant les créanciers non garantis et les créanciers dont la créance est reportée. Les créances privilégiées découlent, dans l'ordre de priorité des créanciers, de :

- frais funéraires du failli;
- frais d'administration de l'actif;
- salaires;
- pensions alimentaires;
- loyers;
- mémoires d'honoraires d'avocats du premier pétitionnaire; et,
- blessures physiques subies par un employé.

3.2.3. Créanciers reportés

Certains créanciers non garantis voient leurs réclamations traitées différemment des autres en raison de la nature même de ces réclamations ou des circonstances entourant la naissance de leurs créances. Pour ceux-ci, le droit de recevoir un dividende sur leurs réclamations est reporté ou le droit d'être préféré à d'autres est annulé.

4. FAILLITE

4.1. FAILLITE VOLONTAIRE

4.1.1. Définitions

Une personne insolvable peut être mise en faillite volontairement ou involontairement. La faillite survient lorsque le débiteur ou les créanciers déposent une procédure en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Une procédure de faillite volontaire est entamée lorsqu'une personne insolvable fait une cession au profit de ses créanciers en général. Lors d'une faillite volontaire, une personne insolvable cède tous ses biens à un syndic de faillite au profit de ses créanciers en général. La cession est déposée auprès du séquestre officiel. Lorsqu'elle est acceptée, le séquestre officiel émet le certificat de nomination du syndic.

4.1.2. Conditions à respecter et admissibilité

Pour pouvoir faire une faillite, il faut être considéré comme une personne insolvable, tel que décrit à la section 2 ci-dessus. Lorsqu'il s'agit

d'une personne morale, il faut aussi obtenir **l'adoption d'une résolution par le conseil d'administration pour autoriser la cession des biens**.

4.1.3. Buts de la faillite

La procédure est entamée par les débiteurs et les créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* aux fins de :

- permettre la distribution ordonnée et équitable des biens du failli à ses créanciers;
- enquêter sur les affaires du failli;
- annuler les paiements préférentiels, les dispositions et autres transactions frauduleuses;
- réhabiliter un consommateur failli; et
- permettre à un débiteur honnête mais malchanceux d'être libéré de ses dettes.

4.2. FAILLITE INVOLONTAIRE

4.2.1. Définitions

Une procédure de faillite involontaire débute par le dépôt d'une pétition par un ou plusieurs créanciers, suivi de l'émission d'une ordonnance de séquestre par le tribunal. Lors d'une faillite involontaire, le tribunal peut rendre une ordonnance de séquestre contre une personne insolvable à la suite de la requête d'au moins un créancier détenant une créance non garantie d'au moins 1 000 $. Le pétitionnaire doit alléguer dans la requête que la personne insolvable a commis un acte de faillite (tel que défini au paragraphe 42(1)) au cours des six mois précédant immédiatement le dépôt de la requête. Dans l'ordonnance de séquestre, la personne insolvable est déclarée faillie et un syndic est nommé.

4.2.2. Qui peut faire une pétition?

Un ou plusieurs créanciers peuvent déposer une pétition pour une ordonnance de séquestre contre un débiteur. Un créancier garanti peut déposer une pétition à condition :

- qu'il déclare dans sa pétition qu'il accepte de renoncer à sa sûreté au profit des créanciers de l'actif si une ordonnance de séquestre est rendue; ou,

- qu'il donne une estimation de la valeur de sa sûreté, et que la valeur de la sûreté dépasse la valeur des actifs de 1 000 $ ou plus. Quand il évalue sa sûreté, le créancier garanti n'est tenu que de démontrer que l'évaluation est raisonnable.

4.2.3. Qui peut faire l'objet d'une pétition?

Un créancier peut déposer une pétition contre un débiteur. La définition du « débiteur » dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* inclut les personnes insolvables et toute personne qui résidait ou faisait affaire au Canada au moment de commettre un acte de faillite. La pétition peut être déposée contre une personne morale, une société de personnes, une entreprise à propriétaire unique ou un individu. Pour que le débiteur soit admissible, ses dettes doivent s'élever à au moins mille dollars et il doit avoir commis un acte de faillite.

4.3. PROCÉDURES EFFECTUÉES PAR LE SYNDIC

À la suite de sa nomination, le syndic doit prendre possession des biens, livres et documents, établir un inventaire ainsi que prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les biens. Il doit assurer tous les biens assurables du failli. Il lui faut disposer des biens périssables ou susceptibles de perdre de la valeur rapidement. Il doit aussi décider s'il y a lieu ou non de poursuivre les activités du débiteur. Il est dans l'obligation d'aviser les créanciers. Il doit déposer un cautionnement. Finalement, il doit porter assistance à la préparation du bilan statutaire du failli.

4.4. SUSPENSION DES PROCÉDURES

4.4.1. Généralités

Parallèlement, le syndic doit envoyer aux parties concernées et au Palais de justice, un avis de suspension des procédures pour toutes les causes dans lesquelles la compagnie est impliquée. La suspension des procédures est l'arrêt des procédures judiciaires. Cela peut signifier que les procédures sont interrompues jusqu'à ce que certaines actions requises soient prises. La suspension peut aussi signifier le désistement total ou la suspension indéterminée des procédures. Lorsqu'un débiteur devient failli, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* impose une suspension des procédures pour certains

créanciers, dans la mesure où ils ont une réclamation prouvable en faillite. La suspension empêche les créanciers d'entreprendre ou de poursuivre toute action contre le failli et ses biens. Le but de cette disposition est de prévenir toute procédure qui avantagerait un créancier aux dépens des autres et d'offrir au débiteur une mesure immédiate de redressement.

4.4.2. Biens de 30 jours

Dans certaines circonstances, certaines marchandises peuvent être retournées au fournisseur. Certaines conditions s'appliquent pour qu'un créancier puisse bénéficier des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* :

- les marchandises doivent être destinées à une utilisation reliée aux affaires du failli;
- les marchandises n'ont pas été payées au complet;
- le fournisseur présente une demande écrite de reprise de possession dans les 30 jours de leur livraison;
- l'acheteur est en faillite, ou un séquestre a été nommé;
- les marchandises sont en possession du failli, du syndic ou du séquestre;
- les marchandises sont identifiables et dans le même état que lors de la livraison; et,
- les marchandises n'ont pas été vendues ou ne font pas l'objet d'une promesse de vente.

4.4.3. Créanciers garantis

Le principe de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est de ne pas s'ingérer dans les droits des créanciers. La faillite n'empêche pas un créancier garanti de nommer un séquestre intérimaire et n'affecte pas les activités d'un séquestre intérimaire nommé avant la faillite. Les créanciers garantis conservent le droit de réaliser toute opération relative à leur garantie, à moins que le syndic obtienne une ordonnance contraire du tribunal. Les droits des créanciers garantis sont préservés dans une faillite et peuvent être améliorés ou modifiés. Sans faillite, certains créanciers, tels les locateurs et les réclamants au titre d'une fiducie réputée provinciale, peuvent

avoir priorité sur les créanciers garantis. Les créanciers garantis susciteront souvent une faillite dans le but de réaménager l'ordre de priorité de certaines réclamations, même si aucun bien n'est disponible pour les créanciers non garantis. Les tribunaux ont statué que l'utilisation d'une procédure en faillite par des créanciers garantis pour leur propre bénéfice n'est pas abusive.

4.5. CONTRÔLE ADMINISTRATIF DE LA FAILLITE

Un avis de faillite et de première assemblée des créanciers est aussi acheminé à tous les créanciers et à l'administrateur. Le contrôle administratif est donné aux créanciers. Le contrôle s'exerce, en particulier lors de la première assemblée des créanciers, en confirmant la nomination du syndic, en nommant les inspecteurs et en communiquant des instructions au syndic quant à l'administration de l'actif. Après la première assemblée des créanciers, le contrôle administratif est exercé par l'entremise des inspecteurs. Lors de cette même assemblée, le syndic remet aux créanciers un rapport sur l'administration préliminaire.

4.6. DISTRIBUTION DES FONDS

4.6.1. Preuve de réclamation

Pour avoir le droit de recevoir des dividendes, le créancier doit déposer une preuve de réclamation auprès du syndic. La preuve de réclamation doit être préparée en la forme prescrite, remplie en bonne et due forme et appuyée d'une preuve de la créance. Les réclamations peuvent être déposées à l'égard de créances actuelles ou futures, pourvu que l'obligation ait été engagée avant la faillite. Le syndic procédera à l'évaluation de la preuve et déterminera s'il y a admission ou rejet des réclamations.

4.6.2. Créanciers garantis

Un créancier garanti peut décider de réaliser sa garantie en dehors du régime de la faillite, mais il devra remettre au syndic le surplus réalisé, le cas échéant. Si la réalisation de cette garantie est inférieure au montant de sa créance, il pourra déposer une preuve de réclamation pour la différence. Subsidiairement, il pourra déposer une preuve de réclamation pour le plein montant de sa créance s'il remet sa garantie au syndic.

Le syndic peut exiger d'un créancier garanti qu'il fasse évaluer sa garantie. Il peut acquérir le bien qui constitue la garantie en payant au créancier garanti le moindre du montant de sa créance ou du montant auquel il a évalué sa garantie. Il peut, s'il n'est pas d'accord avec la valeur que le

créancier garanti a attribuée à sa garantie, exiger que le bien soit offert en vente au moment et aux conditions qui pourront être fixés suivant une entente qu'il aura conclue avec le créancier garanti ou, faute d'entente, par le tribunal. Si le syndic omet d'acquérir le bien en rachetant la garantie ou d'exiger que le bien soit vendu dans les 30 jours suivant celui où il reçoit l'avis du créancier garanti en ce sens, le droit que le syndic a sur le bien sera transféré au créancier garanti et le montant auquel celui-ci aura évalué sa garantie sera déduit de la réclamation qu'il aura formulée contre l'actif.

4.6.3. Généralités

Pour avoir droit au partage dans la distribution, un créancier doit remettre au syndic une preuve de réclamation. Le syndic paiera un dividende aux seuls créanciers qui ont prouvé leurs réclamations. Dès que des fonds dépassant les frais d'administration sont disponibles, le syndic devrait commencer à distribuer ces fonds aux créanciers non garantis. Les créanciers privilégiés doivent être payés en premier, selon l'ordre de leur priorité respective.

5. AVIS D'INTENTION ET PROPOSITION

Une proposition peut être faite à l'ensemble des créanciers, ou encore à des catégories distinctes de créanciers, incluant les créanciers garantis. Dans le cas d'une proposition faite avant la faillite, la démarche débute par le dépôt, auprès d'un syndic autorisé, soit d'un avis d'intention de faire une proposition, soit d'une copie de la proposition renfermant les conditions de celle-ci ainsi que les détails des garanties ou cautions proposées.

Le dépôt d'une proposition ou d'un avis d'intention de déposer une proposition a d'abord et avant tout pour effet de suspendre toutes les actions contre le débiteur. En pratique, cela signifie que les créanciers ne peuvent recouvrer leurs créances ou obtenir un jugement pour cause de défaut de paiement. Par contre, les créanciers garantis ne perdent pas le droit qu'ils ont d'aliéner leur garantie, sauf s'ils décident de participer à la proposition.

5.1. AVIS D'INTENTION

5.1.1. Qui peut faire un avis d'intention?

Toute personne qui est insolvable tel que défini par la Loi et qui désire déposer une proposition dans le futur immédiat peut déposer un avis d'intention.

5.1.2. Dépôt d'intention

Le débiteur insolvable commencera par déposer son avis d'intention. Cet avis doit être déposé en la forme prescrite auprès du séquestre officiel. Le débiteur insolvable doit y indiquer son intention de présenter une proposition ainsi que le nom du syndic autorisé qui a accepté par écrit les fonctions de syndic dans le cadre de la proposition. L'avis d'intention est également accompagné d'une liste des créanciers et de la résolution du conseil d'administration. Le syndic nommé dans l'avis d'intention doit aviser chaque créancier connu dans les cinq jours qui suivent le dépôt de l'avis, en leur faisant parvenir une copie de l'avis d'intention.

5.1.3. Suspension des procédures

5.1.3.1. Délais

En déposant l'avis d'intention, le débiteur insolvable obtient automatiquement une suspension des procédures à l'encontre de tous les créanciers pour une période de 30 jours, sauf dans certains cas. À la fin de cette période, une proposition doit être déposée auprès du séquestre officiel ou une prorogation doit être obtenue du tribunal. Le tribunal accordera des prorogations pouvant atteindre 45 jours, pour que le total des prorogations ne dépasse pas six mois, dans les cas suivants :

- le débiteur agit de bonne foi et avec toute la diligence voulue;
- le débiteur serait vraisemblablement en mesure de faire une proposition viable si la prorogation demandée était accordée;
- la prorogation demandée ne saurait causer de préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers.

5.1.3.2. Annulation de la suspension

La suspension demeurera en vigueur jusqu'à ce que la proposition soit déposée ou jusqu'à ce que le débiteur fasse faillite. Le tribunal peut, par contre, mettre fin à la suspension initiale des procédures ou à une prorogation de ladite suspension s'il est convaincu que, selon le cas :

- le débiteur n'agit pas de bonne foi;

- le débiteur ne sera vraisemblablement pas en mesure de faire une proposition viable;

- la proposition ne sera vraisemblablement pas acceptée par les créanciers;

- la prorogation demandée causerait un préjudice sérieux à l'ensemble des créanciers.

Lorsqu'une proposition n'est pas déposée ou que la suspension est annulée pour une raison autre que les raisons susmentionnées, la personne insolvable sera présumée avoir fait une cession.

La suspension des procédures ne s'applique pas dans les cas suivants :

- lorsqu'un créancier garanti a déjà pris possession de sa garantie avant le dépôt de l'avis d'intention;

- lorsque le créancier garanti a donné un avis de son intention de mettre sa garantie à exécution contre le débiteur insolvable conformément au paragraphe 244(1) L.F.I. plus de 10 jours avant le dépôt de l'avis d'intention du débiteur insolvable;

- lorsqu'un créancier subirait un préjudice important;

- lorsque la personne insolvable fait défaut de payer les montants qu'elle doit selon le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] ou une loi provinciale similaire et que ces montants deviennent échus après le dépôt de l'avis d'intention.

5.2. PROPOSITION

5.2.1. Qui peut faire une proposition?

Une proposition peut être formulée par l'une ou l'autre des personnes suivantes :

---

[3] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

- une personne insolvable;
- un séquestre qui a pris le contrôle de la quasi-totalité des biens d'une personne insolvable ou d'un failli;
- un liquidateur des biens d'une personne insolvable;
- un failli;
- un syndic de l'actif d'un failli.

5.2.2. Facteurs nécessaires au succès d'une proposition

Pour assurer le succès de sa proposition, le débiteur doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Premièrement, le débiteur devra obtenir le soutien de ses prêteurs. Il a besoin de crédit supplémentaire pour poursuivre ses activités pendant qu'il réorganise ses affaires et qu'il cherche à obtenir l'approbation des créanciers, ainsi que pour financer ses activités ultérieures. Deuxièmement, le débiteur doit avoir une entreprise viable pouvant donner lieu à des rentrées de fonds supérieures aux sorties de fonds, tant pendant l'exécution de la proposition que par la suite. Il devra démontrer cette viabilité de façon claire aux créanciers. Troisièmement, les conditions de la proposition doivent être réalistes et susceptibles d'être respectées. Les créanciers devront être convaincus de ce fait lorsque le débiteur leur présentera la proposition. Finalement, la direction doit être intègre et en mesure d'exécuter la proposition.

5.2.3. Suspension des procédures

5.2.3.1. Effet du dépôt d'une proposition

Lorsqu'une personne insolvable dépose une proposition, aucun créancier ayant une réclamation prouvable en faillite n'a de recours contre le débiteur ou ses biens. Cette suspension des procédures touche tous les créanciers à qui la proposition est faite, qu'il s'agisse de créanciers garantis ou de créanciers non garantis. Cependant, si un créancier garanti visé par une proposition a pris possession de sa garantie avant le dépôt de la proposition, la suspension ne s'applique pas. La suspension des procédures est en vigueur jusqu'à ce que la proposition soit entièrement exécutée ou jusqu'à ce que la personne insolvable devienne faillie ou, dans le cas d'un failli, jusqu'à ce que le syndic soit libéré.

5.2.3.2. Créanciers garantis

La suspension des procédures s'applique à tous les créanciers garantis si un avis de l'intention de déposer une proposition ou une proposition a été déposé. Lorsqu'une proposition ne renferme aucune disposition au sujet d'une créance garantie, celle-ci n'est pas visée par la suspension et, si une catégorie donnée de créanciers garantis rejette la proposition, la suspension ne s'appliquera pas à cette catégorie. Dans le cas d'une proposition, la suspension demeure en vigueur jusqu'à ce que la proposition ait été entièrement exécutée ou jusqu'à ce que le débiteur devienne failli; s'il s'agit d'un avis d'intention, la suspension demeurera en vigueur jusqu'à ce que la proposition soit déposée ou jusqu'à ce que le débiteur fasse faillite.

5.2.4. Assemblée des créanciers

Le syndic doit convoquer une assemblée des créanciers dans les 21 jours suivant le dépôt d'une proposition et le séquestre officiel ou son représentant présidera l'assemblée, qui est tenue dans le but d'examiner la proposition et de voter au sujet de son acceptation ou de son rejet. Pour qu'une proposition soit acceptée par les créanciers, elle doit être approuvée par une majorité en nombre et les deux tiers en valeur des créanciers qui ont déposé une preuve de déclaration et qui sont présents en personne ou par le biais d'une procuration. Le tribunal doit ensuite homologuer la proposition. Si les créanciers ou le tribunal refusent d'accepter ou d'approuver la proposition, la personne insolvable est présumée avoir fait une cession en faillite.

5.2.5. Mécanisme de contrôle pour le créancier

Les créanciers peuvent demander l'inclusion dans la proposition de conditions relatives à la surveillance des affaires du débiteur. Ils ont également le pouvoir de nommer jusqu'à cinq inspecteurs de l'actif du débiteur. Toutes les sommes d'argent à payer selon la proposition doivent être remises au syndic et distribuées par celui-ci.

5.3. PROPOSITION DE CONSOMMATEUR

5.3.1. Qui peut faire une proposition de consommateur?

Une proposition peut être faite par un débiteur consommateur, c'est-à-dire une personne physique qui est un failli ou qui est insolvable et dont la somme des dettes n'excède pas 75 000 $ excluant une hypothèque personnelle. Le débiteur consommateur qui a déposé un avis d'intention ou

une proposition ne peut faire une proposition de consommateur avant que le syndic nommé à cet égard ait été libéré.

5.3.2. Procédures

La démarche débute par une rencontre entre le débiteur insolvable et un administrateur afin que celui-ci évalue sa situation financière. Aux termes de la procédure d'évaluation, l'administrateur procède à une estimation de la situation financière du débiteur et examine les options, prévues par la loi ou non, qui sont offertes au débiteur. Si ce dernier décide de déposer une proposition de consommateur, l'administrateur prépare la proposition et la dépose auprès du séquestre officiel. Il envoie ensuite la proposition et une copie du rapport qu'il a établi au séquestre officiel et à tous les créanciers connus.

Les créanciers disposent alors d'un délai de 45 jours après le dépôt de cette proposition pour demander la tenue d'une assemblée. S'ils ne le font pas, la proposition est présumée avoir été acceptée par chaque créancier qui a déposé une preuve de réclamation. Le séquestre officiel ou toute autre partie intéressée dispose d'un délai de 15 jours suivant l'acceptation présumée pour demander au tribunal de revoir la proposition. Si une demande n'est pas déposée dans le délai de 15 jours, la proposition est présumée avoir été acceptée par le tribunal.

5.3.3. Rejet d'une proposition par les créanciers

Un aspect intéressant de cette section de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* concerne les conséquences du rejet d'une proposition par les créanciers ou par le tribunal. Le rejet d'une proposition de consommateur n'entraîne pas automatiquement la faillite du débiteur. Le débiteur ne devient en faillite que si la proposition est annulée par le tribunal.

5.3.4. Effet sur les créanciers garantis

Les règles relatives à la suspension des procédures lors du dépôt d'une proposition du consommateur sont les mêmes que celles s'appliquant à la suspension en cas de faillite. Ainsi, les créanciers garantis ne perdent pas le droit qu'ils ont d'aliéner leur garantie, sauf s'ils décident de participer à la proposition. Les créanciers garantis peuvent être visés par les dispositions d'une proposition de consommateur s'ils déposent une preuve de réclamation et que la proposition est acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal.

6. *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*

6.1. DÉFINITIONS

Une autre possibilité qui s'offre à une personne insolvable est de recourir à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.* Cette loi établit un cadre législatif pour la réorganisation de sociétés insolvables. Elle permet à une société insolvable de demander une ordonnance d'un tribunal afin de suspendre toutes les procédures intentées par ses créanciers ou qui pourraient l'être pendant qu'elle négocie avec eux le rééchelonnement de ses dettes ou les transactions sur ses dettes. Cette loi est moins contraignante que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et elle ne comprend pas de limites de temps. Pour qu'une entente soit conclue, la société doit obtenir lors du vote des créanciers une majorité en nombre et les deux tiers en valeur pour chaque catégorie de créanciers. Si les créanciers refusent le plan d'arrangement, cela n'entraîne pas automatiquement une faillite. Toutes les ententes doivent être autorisées par la Cour.

6.2. ADMISSIBILITÉ

Pour avoir recours à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, une compagnie doit être en faillite ou insolvable. Il faut également que la personne insolvable ait accumulé des créances pour un montant totalisant un minimum de 5 millions de dollars.

6.3. BUT DE LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*

L'objectif de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* est de faciliter la réorganisation d'entreprises en difficultés financières dans le respect des droits de toutes les parties impliquées. Elle vise à établir un équilibre entre les intérêts privés des divers intervenants et l'intérêt du public à la survie des compagnies en difficultés financières. La jurisprudence est unanime à l'effet que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* est une loi réparatrice qui se doit de recevoir une interprétation large et généreuse facilitant la réalisation de ses objectifs.

7. SÉQUESTRE INTÉRIMAIRE

7.1. NOMINATION DU SÉQUESTRE

L'ordonnance de séquestre intérimaire, émise par le tribunal, nomme un séquestre intérimaire à titre de gardien aux fins de protéger les actifs du débiteur. Le séquestre intérimaire peut aussi être nommé par un créancier garanti qui craint que les biens du débiteur ne soient dilapidés ou ne disparaissent avant qu'une ordonnance de séquestre ne soit rendue, la proposition approuvée ou la garantie exercée.

7.2. CIRCONSTANCES DE NOMINATION D'UN SÉQUESTRE INTÉRIMAIRE

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit que le tribunal peut nommer un séquestre intérimaire à la suite du dépôt des documents suivants :

- une pétition de séquestre intérimaire, par un créancier;
- un avis d'intention de déposer une proposition, par un débiteur;
- une proposition, par un débiteur; et,
- un avis d'intention de réaliser une garantie, par un créancier garanti.

7.3. LE RÔLE ET LES POUVOIRS DU SÉQUESTRE INTÉRIMAIRE

Le tribunal définit le rôle et les pouvoirs du séquestre intérimaire comme suit :

- prendre possession des actifs et contrôler les recettes et les débours du débiteur, et ne pas s'ingérer dans les activités quotidiennes du débiteur;
- devenir le gardien des actifs, entre le moment du dépôt et de l'audition de la pétition;
- adopter une attitude passive ; et,
- tout autre pouvoir que le tribunal juge approprié selon les circonstances.

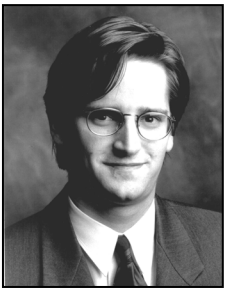
Pour des raisons évidentes, c'est là l'un des rôles les plus difficiles qu'un syndic autorisé peut être appelé à jouer. Le débiteur demeure propriétaire de ses biens et le séquestre intérimaire ne peut lui en interdire l'accès. Son rôle

consiste simplement à éviter tout gaspillage des biens et à voir à ce que ceux-ci soient utilisés dans le cours normal des activités commerciales du débiteur.

CONCLUSION

En cas d'insolvabilité, une personne peut faire faillite, déposer un avis d'intention suivi d'une proposition et recourir à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers*. Un créancier confronté à une personne insolvable peut déposer une ordonnance de séquestre ou demander la nomination d'un séquestre intérimaire.

LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES INSOLVABLES



Patrice Benoit
Avocat
Gowling Lafleur Henderson s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 21:3

1. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES EN MATIÈRE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES INSOLVABLES 21:4

1.1. LE DIAGNOSTIC 21:4
1.2. LA CONVENTION DE SURSIS 21:5
1.3. LA NÉCESSITÉ DE RECOURIR À LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ* OU À LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* 21:9

2. LE FINANCEMENT DIP OU « LA FIN JUSTIFIE LES MOYENS » 21:13

2.1. PRINCIPAUX CAS D'OUVERTURE À L'OCTROI D'UNE SÛRETÉ DIP 21:20
2.2. CONFLIT AVEC LE DROIT PROVINCIAL DANS LE CADRE

DE L'OCTROI D'UNE SÛRETÉ DIP 21:22
2.3. LE FINANCEMENT DIP – QU'EN EST-IL AU QUÉBEC? 21:25

3. AMENDEMENTS PROPOSÉS À LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ* ET À LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES 21:27

3.1. LE FINANCEMENT INTÉRIMAIRE 21:28
3.1.1. Pouvoir d'accorder un financement DIP 21:28
3.1.2. Critères d'octroi d'un financement DIP 21:30
3.1.3. Protection du prêteur DIP et du débiteur-exploitant 21:32
3.1.4. Sûreté DIP 21:32
3.1.5. Caractère exécutoire de l'ordonnance permettant l'octroi d'un financement DIP 21:34
3.2. AUTRES PROPOSITIONS DU GROUPE DE TRAVAIL CONJOINT 21:36
3.2.1. La résiliation par la personne insolvable de contrats exécutoires 21:36
3.2.2. Cession par l'entreprise insolvable de contrats à exécution successive 21:39

INTRODUCTION

L'un des principaux problèmes auxquels se heurte toute entreprise insolvable désireuse de se réorganiser est l'obtention des ressources financières requises pour financer le processus de restructuration et assurer sa réussite.

En s'engageant dans un tel processus, l'entreprise insolvable réalisera rapidement la justesse de l'ancien proverbe qui veut que « le capital est comme un oiseau qui ne s'établit que dans les endroits paisibles »!

L'entreprise insolvable constatera également rapidement que les deux principales lois canadiennes relatives à l'insolvabilité, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[1] et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[2], bien qu'elles aient pour but d'offrir un cadre législatif approprié pour permettre la mise en œuvre d'une réorganisation, sont en pratique silencieuses sur la question du financement des opérations pendant cette période tumultueuse, contrairement au *Bankruptcy Code*[3] des États-Unis qui contient des dispositions précises visant à faciliter l'obtention par la débitrice de nouveaux crédits intérimaires.

Nous verrons que les tribunaux, essentiellement dans les provinces de *common law*, ont résolument décidé de pallier ce silence du législateur en inférant des larges pouvoirs discrétionnaires que leur confèrent la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, une juridiction inhérente leur permettant de faire preuve de la créativité et de la souplesse nécessaires en vue d'assurer la réhabilitation des entreprises insolvables, but premier de ces deux lois.

Par la suite, nous soulignerons et commenterons les importantes recommandations en matière de financement des entreprises insolvables qui ont été soumises à Industrie Canada par le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises formé à l'instigation de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation (ci-après « Groupe de travail conjoint »). Nous verrons que le Groupe de travail conjoint milite en

---

1 L.R.C. (1985), c. C-36 (ci-après « L.A.C.C. »).

2 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

3 11 U.S.C. § 364.

faveur d'une codification importante des règles dégagées par la jurisprudence en matière de financement d'une restructuration commerciale. Trois principaux objectifs sont manifestement poursuivis par le Groupe de travail conjoint : i) parer les excès qui n'ont pas manqué de survenir en certaines circonstances dans la recherche du délicat équilibre entre les moyens pouvant être offerts à la débitrice pour se restructurer et la préservation des droits des créanciers; ii) estomper le plus possible l'incertitude qui résulte de l'absence de règles claires et qui, dans bien des cas, décourage tant les entreprises insolvables que les prêteurs dans la mise en place de crédits intérimaires ou rend l'obtention de tels financements plus onéreux, et iii) préserver néanmoins le plus possible la flexibilité du système actuel dont un des grands mérites est sa capacité à s'adapter aux circonstances particulières de chaque dossier.

Dans un premier temps, nous traiterons de quelques considérations pratiques propres au financement des entreprises insolvables.

1. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES EN MATIÈRE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES INSOLVABLES

1.1. LE DIAGNOSTIC

Une entreprise insolvable ne sera jamais en mesure de mettre en œuvre une réorganisation viable et d'obtenir le soutien de ses principaux bailleurs de fonds sans qu'un certain diagnostic des causes de son insolvabilité et de sa capacité à supporter une réorganisation n'ait été posé.

Cela peut sembler l'évidence même, mais tout professionnel de l'insolvabilité a déjà été en mesure de constater que dans certains cas, les entreprises insolvables se lancent dans une réorganisation commerciale en catastrophe. Ce faisant, elles tentent d'appliquer le remède avant même d'avoir cerné ce dont elles souffrent véritablement.

Ainsi, les dirigeants de la personne insolvable, dès lors que l'insolvabilité pointe à l'horizon et qu'il est raisonnable de penser que la survie de l'entreprise ne pourra vraisemblablement être assurée que par une réorganisation, auront tout avantage à travailler à l'établissement de ce diagnostic le plus rapidement possible et, à cet égard, à faire preuve de transparence envers ses principaux créanciers, en particulier son prêteur finançant les crédits d'exploitation. L'entreprise devra tôt ou tard obtenir la collaboration de ce dernier et celui-ci sera souvent le mieux placé pour consentir les crédits additionnels nécessaires à la mise en œuvre de la réorganisation.

Pour ce faire, la personne insolvable aura intérêt à retenir les services de spécialistes en redressement qui, en plus de détenir l'expertise appropriée dans les circonstances, ont l'indépendance et le détachement requis pour analyser froidement la situation. De toute façon, à défaut d'avoir été volontairement mise en oeuvre par l'entreprise, cette mesure sera souvent imposée par son prêteur.

Le mandat confié à l'expert en redressement inclura (i) l'identification des raisons ayant entraîné l'insolvabilité de l'entreprise, (ii) la validation et l'analyse de l'information financière connue et notamment la validation ou, le cas échéant, l'établissement d'un état de l'évolution de l'encaisse et d'un budget à moyen terme ainsi que (iii) la détermination des avenues de réorganisation envisageables. Lorsqu'un tel mandat est confié à la demande du prêteur, il inclura aussi une évaluation de la valeur des actifs donnés en garantie, évaluation que, pour des raisons stratégiques évidentes, le prêteur voudra garder confidentielle.

Comme nous l'avons dit précédemment, c'est à la porte des prêteurs existants, en particulier du prêteur finançant le crédit d'exploitation, que l'entreprise insolvable ira cogner en tout premier lieu pour obtenir les crédits additionnels nécessaires à sa réorganisation ou, à tout le moins, certains allégements aux conditions d'utilisation des prêts déjà en place. On peut être porté à penser que dans la mesure où la totalité des actifs de l'entreprise sont déjà grevés de sûretés pour leur pleine valeur, la démarche est vouée à l'échec. Toutefois, rien n'est moins sûr… et même si l'expression consacrée *don't throw good money after bad* fait partie de l'abécédaire de tout banquier qui se respecte, il jugera parfois préférable, en pareilles circonstances, d'accorder certains allégements et même des crédits additionnels à l'entreprise insolvable, dans la mesure où cette dernière et les experts en redressement consultés peuvent le convaincre du sérieux du processus de restructuration et de ses chances de succès. Les prêteurs existants privilégieront parfois cette alternative à celle de la matérialisation d'une perte importante inévitable en cas de liquidation de l'entreprise. Dans ces cas, c'est en quelque sorte un mariage de raison qui s'opère et le prêteur et la personne insolvable auront alors tous deux avantage à en établir clairement les modalités.

1.2. LA CONVENTION DE SURSIS

Le meilleur moyen de fixer les conditions qui régiront le soutien financier du prêteur existant, de façon à ce que tant les intérêts de ce dernier que ceux de la personne insolvable soient préservés, est la conclusion d'une convention de sursis. D'une part, le prêteur voudra, compte tenu de la

précarité de la situation, se positionner pour pouvoir réagir le plus rapidement possible en cas de défaillance ou d'échec du processus de réorganisation et s'assurer à l'avance de la collaboration de l'entreprise insolvable et, d'autre part, cette dernière souhaitera que soit établie le plus objectivement possible sa marge de manœuvre.

Voici, selon nous, les principaux éléments qu'une convention de sursis et la documentation accessoire doivent couvrir :

- D'abord, préalablement à la conclusion de la convention de sursis, le prêteur serait bien avisé de transmettre à l'entreprise insolvable l'avis d'intention de mettre à exécution ses sûretés prévu à l'article 244 L.F.I. et d'obtenir de sa part la renonciation au délai de 10 jours prévu à cette disposition. La convention de sursis devrait également prévoir que, dans l'éventualité où l'entreprise insolvable se placerait sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, elle devra obligatoirement obtenir l'accord préalable du prêteur. À cet égard, il est opportun de préciser dans la convention de sursis que le projet d'ordonnance initial qui sera soumis au tribunal devra prévoir que le prêteur n'est aucunement lié par la suspension des recours qui sera décrétée. Il est également utile d'y indiquer qu'au-delà de son droit de mettre un terme à son soutien financier et de réaliser sans délai ses sûretés en cas de défaut aux termes de la convention de sursis, le prêteur demeurera libre, en pareilles circonstances, de demander la nomination d'un séquestre intérimaire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de déposer une requête pour ordonnance de séquestre.

- La convention de sursis inclura une reconnaissance par la personne insolvable (i) des sommes dues au prêteur, (ii) des cas de défaut existants, (iii) de la validité et du caractère exécutoire des sûretés déjà en place et (iv) de l'absence de réclamation ou de cause d'action par la personne insolvable à l'encontre du prêteur. Cela vise évidemment à rassurer le prêteur qu'en cas d'échec de la réorganisation ou de la survenance de défauts aux termes de la convention de sursis, il n'aura pas à faire face, de la part de l'entreprise insolvable, à une contestation des mesures qu'il entreprendra qui serait fondée sur la situation qui prévalait antérieurement à la conclusion de la convention de sursis.

- La convention de sursis devrait également faire référence à un budget (incluant un état de l'évolution de l'encaisse) que la

personne insolvable s'engagera à respecter, faute de quoi elle sera considérée en défaut aux termes de l'entente.

– Lorsque les circonstances s'y prêtent, la convention de sursis devrait aussi prévoir l'octroi d'un mandat de suivi du dossier à des spécialistes en redressement ayant notamment pour tâche de s'assurer du respect du budget établi.

– Le rédacteur de la convention de sursis prendra bien soin d'y préciser que les modifications qu'elle apporte aux crédits existants n'emportent pas novation et que si, malgré l'intention exprimée par les parties, un tribunal devait ultérieurement conclure le contraire, le prêteur réserve expressément ses hypothèques, ceci afin qu'elles ne soient pas éteintes par l'effet de l'article 1662 du *Code civil du Québec*[4] qui stipule que « […] les hypothèques liées à l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservées ».

– Aux termes de la convention de sursis, le prêteur devrait également être libéré, dans une certaine mesure, de son devoir de confidentialité relativement aux affaires de l'entreprise insolvable, de façon à ce qu'il soit autorisé à discuter adéquatement avec les intervenants au dossier et, notamment, avec les investisseurs potentiels ou les tiers susceptibles d'être intéressés à se porter acquéreurs de tout ou partie de l'entreprise de la personne insolvable, dans la mesure où il est à prévoir que sa réorganisation impliquera le délestage de certains actifs ou la vente de l'entreprise en continuité d'opérations (*as a going concern*). Sur ce dernier point, l'entreprise insolvable sera toutefois bien avisée d'exiger que soient fixées clairement les limites du droit de divulgation conféré au prêteur, ne serait-ce que pour éviter que des renseignements potentiellement dommageables soient communiqués à ses concurrents, lesquels s'avèrent souvent les acheteurs potentiels les plus intéressés.

– En plus du non-respect du budget élaboré, la convention de sursis devra également établir adéquatement les autres cas de défaut et, à cet égard, chaque dossier est un cas d'espèce. Cela dit, la personne insolvable devra s'attendre à ce que son prêteur exige qu'il soit précisé que, dans la mesure où un changement important à la

[4] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

situation existante survenait ayant un impact sur les actifs, les affaires ou les conditions financières de la personne insolvable ou sur les droits et recours du prêteur (selon l'appréciation de ce dernier agissant raisonnablement), il sera libre de résilier la convention de sursis, de mettre à exécution ses sûretés et d'entreprendre les autres recours prévus par les ententes existantes et la loi.

– Évidemment, lorsque le prêteur consent non seulement des assouplissements aux conditions d'utilisation des crédits en place (devant être précisés dans la convention de sursis), mais également de nouvelles avances, les modalités les régissant doivent aussi être clairement stipulées. Toute nouvelle facilité de crédit mise en place devrait également être assortie de nouvelles sûretés, et ce, même si la totalité des actifs est déjà grevée en faveur du prêteur aux termes des sûretés existantes. Cette recommandation tient toujours dans les cas où ces sûretés existantes (i) ont été consenties pour un montant suffisamment élevé pour couvrir les nouvelles avances qui seront octroyées et (ii) garantissent toutes les obligations présentes et futures du débiteur. En effet, même si la Cour d'appel du Québec a confirmé en 1999, dans l'arrêt *St-Jacques* c. *Charbonneau*[5], qu'une hypothèque pouvait garantir des obligations futures, alors même qu'il est impossible de les décrire dans l'acte constitutif, rien n'empêche, comme le souligne Me Louis Payette dans son traité sur les sûretés réelles dans le *Code civil du Québec*[6], que le constituant de l'hypothèque (ou, nous l'ajoutons, le syndic à son éventuelle faillite) puisse tenter de prétendre que les obligations futures garanties par la sûreté existante sont plus limitées que ne le soutient le prêteur. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit véritablement de crédits additionnels, la validité de nouvelles sûretés consenties alors que l'entreprise est notoirement insolvable ne devrait pouvoir être remise en question en vertu des dispositions relatives aux transactions révisables ou au moyen d'une action en inopposabilité suivant les articles 1631 et suivants C.c.Q. Mentionnons sur ce point précis que, lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, on a craint pendant quelque temps que le vocabulaire utilisé par le législateur à l'article 1632 C.c.Q. pouvait s'avérer problématique. On y stipule en effet qu' « un

[5] [1999] R.D.I. 200.

[6] Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 273.

contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder si le co-contractant ou le créancier connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que celui-ci, par cet acte, se rendait ou cherchait à se rendre insolvable ». Or, l'article 2857 C.c.Q. prévoit qu'« une présomption légale […] qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire; celle qui concerne des faits réputés est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée ». Une interprétation littérale de l'article 1632 C.c.Q. aurait donc pu amener les tribunaux à conclure qu'une hypothèque consentie à un prêteur qui connaît l'état d'insolvabilité du constituant doit être considérée comme ayant été faite avec l'intention de frauder, sans possibilité d'apporter une preuve contraire. Si cette interprétation avait été retenue, elle aurait conduit à un non-sens dans bien des dossiers de réorganisation commerciale. En effet, en pareilles circonstances, le débiteur et le banquier agissent généralement en toute bonne foi. Le débiteur a, il est vrai, consenti un avantage au banquier par rapport aux autres créanciers en lui octroyant de nouvelles sûretés mais il a toutefois reçu, en contrepartie, une considération valable qui pourrait éventuellement lui permettre de rétablir sa situation financière, pour le bénéfice de l'ensemble de ses créanciers. Fort heureusement, dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada* c. *Soracci*[7], la Cour d'appel, à la majorité, en est venue à la conclusion que la présomption stipulée à l'article 1632 C.c.Q. peut être repoussée par le créancier ayant agi de bonne foi, malgré le vocabulaire employé par le législateur.

1.3. LA NÉCESSITÉ DE RECOURIR À LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ* OU À LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*

Bien souvent, les dirigeants de l'entreprise en difficulté financière se résignent difficilement à la nécessité de déposer un avis d'intention de faire une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou à demander la protection du tribunal en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, étant inquiets des répercussions qu'aura cette démarche sur sa clientèle, sur la recherche de nouveaux prêteurs ou investisseurs ou, encore, sur la vente éventuelle de tout ou partie de leur entreprise en continuité d'opération. Parfois, ils perçoivent aussi une telle

[7] J.E. 2000-527.

avenue comme un constat d'échec difficile à accepter et à admettre publiquement. Ils auront donc tendance, dans certains cas, à repousser l'inéluctable jusqu'à ce que les pressions exercées par les créanciers de l'entreprise n'offrent aucune alternative.

Dans l'intervalle, les dirigeants de l'entreprise insolvable chercheront à négocier avec les prêteurs existants certaines ententes visant à permettre une réorganisation ou une liquidation informelle.

Même si le prêteur et l'entreprise insolvable peuvent, de prime abord, trouver certains avantages à procéder en dehors du cadre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, qui comportent leurs lots de contraintes, et considérer que leur intérêt respectif sera mieux servi ainsi, il s'agit bien souvent d'un leurre.

En situation d'insolvabilité, l'intérêt de toutes les parties concernées (et, en particulier, celui de l'ensemble des créanciers) doit être plus que jamais pris en considération. La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ont été édictées pour répondre tout autant à cette préoccupation que pour favoriser les réorganisations. Le cadre législatif qu'elles offrent à cet égard demeurera toujours perfectible, mais il a néanmoins le mérite de fixer les principales règles du jeu et de permettre à ceux qui se considèrent lésés de se faire entendre.

En voulant naviguer trop longtemps à l'extérieur de ce cadre, l'entreprise insolvable et son prêteur, ayant convenu d'une réorganisation informelle, risquent ainsi de s'exposer davantage aux réclamations de tiers. Évidemment, le seul recours à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* n'est pas un refuge en soi les mettant à l'abri en toutes circonstances ou ayant pour effet de légitimer tous leurs agissements, mais il fait généralement en sorte que les débats pouvant être suscités par les mesures mises en place surviendront dans le cadre même de la réorganisation plutôt qu'à l'occasion de poursuites en dommages ultérieures.

À cet égard, la jurisprudence a déjà à moult reprises établi que plus le prêteur s'immisce dans les opérations commerciales et financières de son client, plus il s'expose aux réclamations des tiers. Les propos tenus par la juge Carole Julien, dans l'affaire *Hewitt Équipements Ltée* c. *Banque Royale*

du Canada et autres[8] sont, à cet égard, éloquents. Dans cette affaire, Hewitt Équipements Ltée avait intenté une action en dommages et intérêts contre la Banque Royale du Canada à qui elle reprochait d'avoir conservé pour son seul bénéfice le produit de liquidation de certains équipements utilisés par sa cliente, Les Entreprises Vibec Inc., mais qui appartenaient à Hewitt. La vente de ces équipements était intervenue dans le cadre de la « liquidation ordonnée » informelle des actifs de Vibec dont cette dernière avait convenu avec la Banque Royale. La juge Julien s'est exprimée ainsi :

> « Cela dit, la présente affaire déroge de ce qui pourrait être normalement considéré comme la gérance habituelle du compte d'un client. La Banque et Vibec sont liées par une entente particulière relative à la « *liquidation ordonnée* » des actifs ou de certains actifs de Vibec afin de rembourser les avances consenties par la Banque et de maintenir son soutien financier en faveur de Vibec.
>
> À compter de décembre 1995, la Banque et Vibec sont liées par leur accord mutuel de procéder à cette liquidation suivant un plan de restructuration des affaires de l'entreprise. Ce plan leur convient et protège leurs intérêts respectifs. D'ailleurs, l'une et l'autre retiennent les services de consultants - experts afin d'être conseillées adéquatement et de vérifier l'exécution réciproque de leurs obligations mutuelles, notamment, par la mise en place d'une procédure de suivi et d'autorisation des chèques émis par Vibec.
>
> Cela est bien, mais ne doit pas être accompli au détriment des droits des tiers. La Banque et Vibec le comprennent d'ailleurs, puisqu'elles s'entendent dès le début sur l'obligation de rembourser les créances prioritaires.
>
> […]
>
> En l'espèce, le processus de liquidation des actifs a dérapé à l'égard de la créance de Hewitt. Apparemment, une mésentente est survenue après la vente entre la Banque et Hewitt quant à l'opportunité de vendre l'équipement en cause compte tenu du déficit dans la réalisation de cet actif. Hewitt, nullement partie aux ententes liées à ce processus, n'a pas à faire les frais de cette mésentente.
>
> Vibec a ses propres obligations envers Hewitt, mais cet aspect n'occulte pas les responsabilités qui incombent à la Banque en raison de son rôle dans le cadre du processus de liquidation et des avantages qu'elle anticipe par le remboursement de ses avances et le maintien de sa relation d'affaires avec sa débitrice. Cette responsabilité à l'égard de Hewitt est de nature délictuelle et est fondée sur l'article 1457 C.c.Q. :
>
> […]

---

8 [2001] R.J.Q. 952.

> Il est reconnu qu'une Banque peut être tenue responsable délictuellement des dommages causés à des tiers dans le cadre de ses relations contractuelles avec sa cliente :
>
> " Les Banques ne sont pas différentes des autres membres de la société qui doivent se conformer à la règle de la bonne foi implicite dans une relation contractuelle et s'abstenir de toute action qui pourrait violer une obligation légale de diligence indépendante de toute relation contractuelle. "
>
> […]
>
> Ici, la Banque connaît la provenance des fonds utilisés pour le remboursement de ses avances. Elle sait que le produit de disposition des actifs, incluant ceux affectés d'une créance prioritaire, est déposé au compte de Vibec, puisque seul le produit « net » de disposition est déposé au compte équipement. Elle sait ou est présumée savoir qu'elle risque, en raison de sa convention avec Vibec prévoyant le remboursement de ses avances lorsqu'un seuil de liquidités est atteint, de s'approprier des fonds provenant de la disposition des actifs et affectés de créances prioritaires. Ce faisant, elle manque de diligence dans le processus de suivi et assume les conséquences de ce risque.
>
> Si, d'autre part, elle accorde de nouvelles avances à sa cliente en raison des remboursements effectués à partir du compte courant et des dépôts résultant des ventes d'actifs, elle assume le risque financier associé à ces nouvelles avances et ne peut indirectement le transférer à des tiers dont les actifs ont été vendus et dont le produit de disposition a été utilisé à leur insu, en refusant ensuite de les rembourser vu le manque de liquidité de sa débitrice[9]. »

Cela dit, un processus de restructuration informel n'est pas à exclure d'emblée dans tous les cas. Avant d'envisager un tel scénario, l'entreprise insolvable ainsi que ceux qui consentent à la soutenir, principalement son prêteur à court terme, devront raisonnablement se satisfaire non seulement que la viabilité financière à long terme de l'entreprise a davantage de chances d'être atteinte de cette façon que par le recours au processus formel de réorganisation en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* mais, d'abord et avant tout, que la mise en œuvre d'un tel scénario ne sera pas de nature à favoriser certains créanciers au détriment d'autres ou de placer ceux-ci, collectivement, dans une situation davantage précaire qu'elle ne le serait dans le cadre d'une réorganisation sous l'égide de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

---

9 *Id.*, 965-966.

Par ailleurs, il va évidemment de soi que l'entreprise insolvable devra faire preuve de grande transparence quant à l'état réel de sa situation et tenir régulièrement informés non seulement son banquier, mais également ses principaux fournisseurs et clients (dont le soutien est primordial) de l'évolution de ses efforts de réorganisation.

2. LE FINANCEMENT DIP OU « LA FIN JUSTIFIE LES MOYENS »

Nous avons jusqu'à présent couvert les principales considérations pratiques liées au financement d'une entreprise insolvable par ses prêteurs existants bénéficiant déjà de sûretés de premier rang. Toutefois, dans certains cas, cette alternative n'est pas envisageable et, dans la mesure où tous les actifs de l'entreprise insolvable sont déjà lourdement grevés, l'obtention d'un soutien financier sous forme de nouveaux prêts s'avère normalement impossible.

Lorsqu'un apport de capital additionnel de la part des actionnaires de l'entreprise insolvable ou de nouveaux investisseurs ne peut davantage être espéré pour permettre à l'entreprise insolvable de financer ses opérations pendant la période critique de la mise en œuvre de sa restructuration, elle se trouve démunie, et ce, même dans les cas où une réorganisation commerciale plutôt qu'une liquidation ordonnée des actifs semble une solution viable dont, ultimement, tous les créanciers bénéficieraient.

Pour parer à cette éventualité, les praticiens de l'insolvabilité et les tribunaux dans les provinces de *common law* (principalement en Ontario) ont développé le concept du *DIP financing* qui réfère à la notion de *debtor in possession* que l'on retrouve dans le *Bankruptcy Code* des États-Unis, mais qui n'a cependant aucun équivalent dans la législation canadienne relative à l'insolvabilité. Ce vocable étranger à notre droit traduit néanmoins l'idée d'un débiteur insolvable demeurant en possession de ses actifs et procédant à une réorganisation commerciale et c'est sans doute pour cette raison qu'on y a eu recours.

Ainsi, les tribunaux dans les provinces de *common law* ont établi que les larges pouvoirs discrétionnaires et la « juridiction inhérente » qui leur sont conférés par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* leur permettaient de rendre une ordonnance accordant aux prêteurs, disposés à soutenir financièrement les efforts de réorganisation de l'entreprise insolvable, une charge prioritaire sur tout ou partie des actifs de la personne insolvable opposable aux autres créanciers de cette dernière.

Il faut noter que non seulement le pouvoir du tribunal d'accorder des sûretés prioritaires dans le cadre d'un financement DIP ne repose sur aucune assise législative précise[10] mais, qui plus est, il va à contre-courant des régimes de sûretés applicables au Québec et dans les provinces de *common law*. En effet, sauf rare exception législative, ces régimes conditionnent la validité des sûretés à une certaine forme de publicité (qui permet à tous les tiers d'agir en connaissance de cause) et établissent leur rang en fonction de leur date de publication.

En fait, c'est à la lumière du langage utilisé par le législateur aux paragraphes 11(3) et (4) L.A.C.C. que les tribunaux ont conclu que la loi leur conférait des pouvoirs et une discrétion suffisamment larges pour consentir des sûretés DIP. Les paragraphes 11(3) et (4) se lisent comme suit :

> « (3) [Demande initiale – ordonnances]
>
> Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :
>
> a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;
>
> b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;
>
> c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.
>
> (4) [Autres demandes – ordonnances]
>
> Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :
>
> a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

---

[10] Contrairement à ce qui prévaut aux États-Unis où le *Bankruptcy Code* codifie expressément ce pouvoir et fixe les paramètres de son exercice (voir art. 364).

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie. »

Alors qu'on aurait pu conclure que les termes « aux conditions qu'il peut imposer » réfèrent au pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux de fixer les modalités de la suspension des recours (judiciaires ou autres) des créanciers contre la débitrice (seul sujet dont traitent les paragraphes 11(3) et 11(4) L.A.C.C.), les tribunaux y ont en fait vu l'assise de leur pouvoir discrétionnaire ou de leur « juridiction inhérente » leur permettant de consentir des sûretés DIP prioritaires dans les cas où cela était jugé essentiel à la survie de l'entreprise. À la lumière du principe fondamental de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, qui est de favoriser le plus possible les réorganisations commerciales, les tribunaux ont donc, en d'autres mots, considéré que le législateur avait reconnu qu'en certaines circonstances, « la fin justifie les moyens », tout en leur laissant le soin d'adapter ces moyens à chaque cas d'espèce et d'en fixer les limites jugées raisonnables.

Dans l'affaire *Sulphur Corp. of Canada Ltd.*[11], le juge Lovecchio, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, s'est exprimé comme suit :

« The fact at bar are similar to those that were before Associate Chief Justice Wachowich (as he then was) in *Hunters Trailer & Marine Ltd., Re*. In that case, Wachowich C.J.Q.B. granted Hunters an *ex parte*, 30 day stay of proceedings under the *CCAA* and, further, granted a DIP financing and Administrative Charge with a super-priority ranking over the claims of the other creditors.

In discussing the objective of the *CCAA*, Wachowich C.J.Q.B. stated that following at para. 15:

The aim of the *CCAA* is to maintain the status quo while an insolvent company attempts to bring its creditors on side in terms of a plan of arrangement which will allow the company to remain in business to the mutual benefits of the company and its creditors […].

[…]

Finally, at para. 51

[11] (2002) 35 C.B.R. (4e) 304 (ci-après « *Sulphur Corp. of Canada Ltd.* »).

> As I have indicated above, I am of the view that the Court has the inherent or equitable jurisdiction to grant a super-priority for DIP financing and administrative costs, including those of the monitor and professional advisors of the debtor company. While this jurisdiction is invoked when an initial application is made under the *CCAA*, the Court is not limited to granting a priority only for those costs which arise after the date of the application or initial order. So long as the monies were reasonably advanced to maintain the status quo pending a *CCAA* application or the costs were incurred in preparation for the *CCAA* proceedings, justice dictates and practicality demands that they fall under the super-priority granted by the Court. To deny them priority would be to frustrate the objectives of the *CCAA*.
>
> In addressing the Court's jurisdiction to grant an order, the Court of Appeal in *Smoky River Coal Ltd.*, *Re* confirmed the conclusion that s. 11(4) confers broad powers on the Court to exercise a wide discretion to make an order "on such terms as it may impose". At p. 11, para 53 of the decision, Hunt J.A. for the Court wrote:
>
> These statements about the goals and operations of the *CCAA* support the view that the discretion under s. 11(4) should be interpreted widely[12]. »

Les tribunaux ont toutefois régulièrement réitéré, à tout le moins au niveau des principes diront les cyniques, que l'octroi d'une sûreté DIP devrait demeurer une mesure d'exception et, dans tous les cas, qu'elle sera consentie uniquement s'il est démontré que cela est absolument essentiel à la continuation des opérations, à défaut de quoi la stabilité du droit des sûretés – nécessaire au bon fonctionnement du système financier – serait mise en péril.

Sur ce point, le juge Blair, de la Ontario Court of Justice, s'est exprimé comme suit dans *In Re Royal Oak Mines Inc.*[13] :

> « It follows from what I have said that, in my opinion, extraordinary relief such as DIP financing with super priority status should be kept, in Initial Orders, to what is reasonably necessary to meet the debtor company's urgent needs over the sorting-out period. Such measures involve what may be a significant re-ordering of priorities from those in place before the application is made, not in the sense of altering the existing priorities as between the various secured creditors but in the sense of placing encumbrances ahead of those presently in existence. Such changes should not be imported lightly, if at all, into the creditors mix; and affected parties are entitled to a reasonable opportunity to think about their potential impact, and to consider such things as whether or not the CCAA approach to the insolvency is the appropriate one in the

---

12 *Id.*, par. 27.

13 (1999) 6 C.B.R. (4e) 314.

> circumstances – as opposed, for instance, to a receivership or bankruptcy – and whether or not, or to what extent, they are prepared to have their positions affected by DIP or super priority financing. As Mr. Dunphy noted, in the context of this case, the object should be to « keep the lights [of the company] on" and enable it to keep up with appropriate preventative maintenance measures, but the Initial Order itself should approach that objective in a judicious and cautious matter[14]. »

Une des premières décisions rapportées où la Cour a accordé une sûreté DIP prioritaire est l'affaire *Re Dylex Ltd.*[15] Dans cette affaire, le juge Houlden a retenu le critère de la protection adéquate (*adequate protection*), s'inspirant en cela de l'article 364 du *U.S. Bankruptcy Code*. Ainsi, le juge Houlden a consenti une sûreté DIP prioritaire en faveur d'un tiers uniquement après s'être satisfait que le prêteur existant, qui voyait ses sûretés subordonnées à celles du prêteur DIP, n'en subirait aucun *adversed effect*. Le juge Houlden a conclu que le financement DIP serait de nature à générer de nouveaux comptes à recevoir pour la débitrice qui s'avéreraient suffisants pour pourvoir à son remboursement.

Les tribunaux n'ont toutefois pas résisté longtemps à assouplir le critère retenu dans l'affaire *Dylex*. Ainsi, dans *Re Skydome Corporation*[16], la Cour a consenti une sûreté DIP prioritaire même si la valeur des sûretés des créanciers existants se voyait réduite, au motif que cette réduction n'était pas significative en comparaison de l'ampleur des enjeux, non seulement pour la débitrice, mais aussi pour l'ensemble des autres parties impliquées.

Autrement dit, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire d'accorder une sûreté DIP, les tribunaux doivent certes procéder avec prudence mais tout en soupesant les intérêts de toutes les parties concernées[17].

Le passage suivant du jugement rendu par le juge Tysoe dans l'affaire *United Used Auto & Truck Part Ltd.*[18] a été cité avec approbation dans plusieurs autres décisions comme constituant le critère fondamental auquel

---

14 *Id.*, 321.

15 (23 janvier 1995) n° B4/95 (Ont. Div. Gén.) (ci-après « *Dylex* »).

16 (27 novembre 1998), n° 98-C.L.-3179 (Ont. Div. Gén.).

17 *Sulphur Corp. of Canada Ltd.*, précité, note 11.

18 (1999) 12 C.B.R. (4e) 144 (C.S.C.-B.).

doit satisfaire la personne insolvable demandant qu'une sûreté DIP soit accordée :

> « While I agree with Macdonald J. that there are considerations in a CCAA situation which do not exist in relation to a receivership, it is my view that the inherent jurisdiction of the Court to subordinate existing security should only be exercised in extraordinary circumstances. […]
>
> While I do not disagree that it is an exercise of balancing interests, it is my view that there should be cogent evidence that the benefit of "**DIP financing**" clearly outweighs the potential prejudice to the lenders whose security is being subordinated. For example, in *Westar Mining Ltd.*, the charge was necessary to keep the business in operation and there was no prejudice to any secured lenders[19]. »

À titre d'illustration de l'application de ce critère, mentionnons encore une fois la décision rendue par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans l'affaire *Sulphur Corp. of Canada Ltd.*[20], où la Cour a permis l'octroi d'une sûreté DIP en faveur d'un créancier garanti afin de permettre à la débitrice d'obtenir un prêt nécessaire à la terminaison de la construction de son usine. Le tribunal a précisé que cette sûreté DIP devait avoir priorité sur toutes les charges existantes, y compris les « liens » publiés par ceux ayant jusqu'alors participé à la construction de l'usine, et ce, malgré les objections formulées par ces derniers. Ce faisant, le tribunal a reconnu que la création d'une sûreté DIP prioritaire aurait pour effet de diluer d'environ 400 000 $ la valeur des « liens » déjà publiés pour des créances totalisant 9 000 000 $. Par contre, le tribunal a souligné qu'en cas de liquidation des actifs de la personne insolvable, son usine pourrait n'avoir aucune valeur alors que si cette liquidation survenait une fois la construction complétée, sa valeur de liquidation pourrait atteindre 24 000 000 $. Au surplus, le seul prêteur disposé à avancer des fonds moyennant l'octroi d'une sûreté DIP prioritaire détenait déjà 79 % des actions de la débitrice et avait donc un très grand intérêt à œuvrer pour sa survie :

> « In this case, a determination of priorities is not before me but, from the record, the following appears to be the lineup. Prior to insertion in the line of the Administrative Charge and the "**DIP financing**", Proprietary appears to have a secured position of $1,180,000, there are registered liens of approximately $9,000,000 and then the balance of the secured position of Proprietary. In addition, the landlords position of roughly $25, 000 must be fit into the equation.

---

19 *Id.*, par. 24 et 28.

20 Précité, note 11.

> This facility has not been completed and, until it is, any cash flow is a pipe dream. Someone must come up with a plan to reorganize this unfortunate situation as a simple sale of the unfinished facility will, in all likelihood, yield the least in dollars for all to share.
>
> There is conflicting evidence on what the plant may be worth. This is partly driven by the method chosen (liquidation vs. going concern, and who is preparing the report). The highest number for a completed facility is $23.3 million to $24.2 million and on an uncompleted basis it may be as low as $1.00.
>
> The best chance for the lienholder's to be paid is likely on completion as a liquidation appears to lead to a shortfall even for them. I realize that I have potentially eroded their position by $400,000 with the "DIP financing" in a liquidation scenario. However, that money is coming from Proprietary and they are the ones who have the greatest interest in seeing value created and at this point they are also the only ones who will finance a scheme that might see the creation of greater value.
>
> In my view given the magnitude of the numbers we are dealing with, at this stage the prejudice to the lienholder's is outweighed by the potential benefit for all concerned[21]. »

Dans cette affaire, le tribunal a également décidé que le consentement des créanciers garantis existants, dont les sûretés se voyaient subordonnées, n'était pas requis, puisque conclure autrement aurait eu pour effet de leur accorder un droit de veto, ce qui serait contraire à l'esprit de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

À l'inverse, dans l'affaire *General Electric Capital Canada Inc.* c. *Euro United Corp.*[22], le tribunal a refusé de consentir une prolongation de l'ordonnance initiale rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (à laquelle s'opposaient les principaux créanciers) et d'octroyer une sûreté prioritaire dans le cadre d'un financement DIP. Tout en reconnaissant que la débitrice agissait de bonne foi et avec diligence, la Cour a décidé que les préjudices causés aux créanciers garantis et aux fournisseurs en cas d'octroi d'une sûreté DIP prioritaire seraient trop considérables, eu égard aux probabilités que la personne insolvable puisse réussir sa réorganisation suivant le scénario envisagé jusqu'alors. La Cour a également ajouté ce qui suit :

---

21 *Id.*, par. 43-47.

22 (1999) 25 C.B.R. (4e) 250.

> « There is authority in Canada for the court to order "**DIP financing**" on a super-priority basis, but such an order is only rarely made unless the security for such financing can be provided by hitherto unsecured assets. This is not the case here[23]. »

2.1. PRINCIPAUX CAS D'OUVERTURE À L'OCTROI D'UNE SÛRETÉ DIP

Les tribunaux ont consenti des sûretés DIP, parfois prioritaires, dans de multiples circonstances, chaque dossier de réorganisation ayant ses propres particularités. Voici quelques situations où on a jugé cette mesure appropriée :

- En premier lieu, soulignons que l'octroi d'une sûreté DIP pour garantir les honoraires et déboursés des professionnels chargés d'assister la débitrice dans le cadre de sa réorganisation (contrôleur, procureurs de ce dernier et de la débitrice, etc.) constitue maintenant une pratique établie, à tout le moins en Ontario. Les tribunaux ont, ce faisant, reconnu la nécessité pour l'entreprise insolvable de s'entourer de professionnels compétents pour la conseiller dans ses efforts de restructuration, ce qui s'avérerait impossible dans la mesure où ceux-ci ne pouvaient être assurés d'être payés pour leurs services. Les tribunaux ont même déterminé qu'ils avaient le pouvoir d'accorder une sûreté DIP prioritaire pour couvrir les honoraires et déboursés des professionnels aux termes de l'ordonnance initiale en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, même si cette ordonnance initiale était rendue *ex parte*[24].

- On a déjà également consenti une sûreté DIP en faveur de fournisseurs disposés à continuer de vendre des marchandises à la débitrice à crédit postérieurement à l'obtention par cette dernière de la protection de la Cour en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[25].

---

23 *Id.*, par. 14.

24 Voir *Re Hunters Trailer & Marine Ltd.*, (2001) 27 C.B.R. (4e) 236 (C.B.R. Alb.) (ci-après « *Hunters Trailer and Marine Ltd.* »).

25 Voir *Re Smoky River Coal Ltd.*, (2000) 19 C.B.R. (4e) 281 (C.B.R. Alb.) (ci-après « *Smoky River* »).

– Par ailleurs, dans l'affaire *Hunters Trailer & Marine Ltd.*[26], on a déterminé que le tribunal avait juridiction pour consentir une sûreté DIP prioritaire pour garantir des avances qui avaient été consenties à la débitrice avant même que cette dernière se soit placée sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, dans la mesure où il était démontré que ces avances antérieures avaient été utilisées pour maintenir le statu quo et permettre à l'entreprise d'initier sa réorganisation. La Cour s'est exprimée comme suit :

> « As I have indicated above, I am of the view that the Court has the inherent or equitable jurisdiction to grant a super-priority for "**DIP financing**" and administrative costs, including those of the monitor and professional advisors of the debtor company. While this jurisdiction is invoked when an initial application is made under the CCAA, the Court is not limited to granting a priority only for those costs which arises after the date of the application or initial order. So long as the monies were reasonably advanced to maintain the status quo pending a CCAA application or the costs were incurred in preparation for the CCAA proceedings, justice dictates and practicality demands that they fall under the super-priority granted by the Court. To deny them priority would be to frustrate the objectives of the CCAA.
>
> In the present case, it is likely that if the advances had not been made by CWB, Hunters' would have ceased to carry on business. The advances were used to cover Hunters' payroll and for security for the premises. Under these circumstances, I am prepared to order that the advances made by CWB from September 25, 2000 to October 11th be paid out of the "**DIP financing**"[27] ».

– Comme nous l'avons relaté plus tôt, on a aussi consenti des sûretés DIP prioritaires dans le cadre de financements devant permettre à la débitrice de compléter certains travaux de construction, jugeant que cela profiterait à l'ensemble des créanciers[28].

– Fait notable, dans l'affaire *Re Charron Systems Inc.*[29], le juge Campbell de la Ontario Superior Court of Justice a consenti, dans le cadre de la présentation d'une requête pour nomination d'un

---

26 Précitée, note 24.

27 *Id.*, par. 51-52.

28 Voir *Canadian Asbestos Services Ltd.* c. *Banque de Montréal*, (1992) 16 C.B.R. (3e) 114 (Ont. Div. Gén.), *Dylex*, précité, note 15 et *Sulphur Corp. of Canada Ltd.*, précité, note 11.

29 (2001) 30 C.B.R. (4e) 201 (ci-après « *Charron Systems* »).

séquestre intérimaire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (par la débitrice elle-même qui avait préalablement déposé un avis d'intention de soumettre une proposition à ses créanciers), une sûreté DIP de premier rang pour garantir un financement devant servir au paiement de certaines dépenses courantes, tel le salaire de ses employés. Le juge Campbell s'est exprimé comme suit :

> « The urgent nature of the relief sought was due to the threatened actions of a landlord and the need to meet employee obligations, if the business is to continue to recover the receivables. The procedure of the Companies Creditors' Arrangement Act R.S.C. 1985 c. C-36 as amended (the "CCAA"), was not resorted to, as in the opinion of counsel, it could not provide the required relief in the needed short space of time and would in the circumstances be too expensive.
>
> […] under s. 47.1(2), the Court has discretion to direct an interim receiver so take such action as the Court deems advisable where under (3) the receiver is appointed for the protection of the debtor's estate or of creditors generally.
>
> In this case, I am satisfied that it appears to be in the interests both of the debtor and of the secured creditors that the accounts receivable be collected[30]. »

Il s'agit à notre connaissance de la seule décision rapportée où l'on a autorisé le recours au financement DIP dans le cadre d'une réorganisation amorcée en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* plutôt qu'aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

2.2. CONFLIT AVEC LE DROIT PROVINCIAL DANS LE CADRE DE L'OCTROI D'UNE SÛRETÉ DIP

Comme nous l'avons vu précédemment, les tribunaux dans les provinces de *common law* se sont satisfaits (à la lumière de l'objectif poursuivi par le législateur aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*) qu'en vertu de leur juridiction inhérente, ils ont le pouvoir de subordonner des sûretés validement créées en vertu du droit provincial et ainsi, de modifier le rang de ces sûretés.

Il est vrai que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* crée un ordre de collocation des créanciers qui diffère de celui applicable en matière civile et

---

30 *Id.*, par. 18-19.

que cela peut avoir pour effet, comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada[31], de subordonner certains créanciers, mêmes garantis, qui auraient eu priorité dans un contexte où la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne s'applique pas. Cet effet résulte toutefois d'un conflit entre des dispositions législatives explicites de la loi provinciale et de la loi fédérale dans le cadre duquel cette dernière doit prévaloir puisque l'insolvabilité relève de la compétence constitutionnelle du fédéral.

Par contre, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* n'établit pas d'ordre de collocation, contrairement à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Cela rend d'autant plus étonnant le fait qu'à peu d'exceptions près, les tribunaux n'aient pas véritablement abordé la question de l'octroi de sûretés DIP prioritaires sous l'angle constitutionnel.

L'une des deux exceptions notables à l'énoncé qui précède est le jugement rendu par le juge Farley de la Cour de justice de l'Ontario dans l'affaire *Royal Oak Mines Inc*.[32]

Dans cette affaire, le juge Farley avait à déterminer si, aux termes de sa juridiction inhérente en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, il avait le pouvoir d'accorder une sûreté DIP ayant priorité sur des « liens » publiés en vertu du *Mechanics' Liens Act* du Manitoba, dont l'article 11 stipule qu'un tel « lien » « […] takes priority over all judgments, executions, attachments and receiving orders recovered, issued or made after the Lien takes effect[33] ».

Le juge Farley a considéré que cette disposition avait pour effet de restreindre sa juridiction inhérente, tout en ajoutant qu'il en était autrement dans le cas des sûretés provinciales qui ne bénéficient pas d'une telle protection ou suprématie statutaire.

---

31 *Banque Fédérale de développement* c. *Québec* (*C.S.S.T.*), [1988] 1 R.C.S. 1061 (ci-après « *Banque Fédérale de développement* »); *La Reine* c. *Banque Nationale du Canada,* [1997] 3 C.F. 3 (ci-après « *Banque Nationale* »); *SMRQ* c. *Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après « *Rainville* »); *Deloitte Haskins & Sells Ltd.* c. *Alberta (Workers Compensation Board)*, [1985] 1 R.C.S. 785 (ci-après « *Deloitte Haskins* »); *Husky Oil Operations Ltd.* c. *MRN*, [1995] 3 R.C.S. 454 (ci-après « *Husky Oil* »); *Colombie-Britannique* c. *Henfrey Samson Bélair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24 (ci-après « *Colombie-Britannique* »).

32 *Re Royal Oak Mines Inc.*, (1999) 7 C.B.R. (4e) 293.

33 *Mechanics Liens Act*, R.S.M. 1970, C.C280, art. 11.

Le juge Farley a essentiellement fondé sa décision sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Baxter Student Housing Ltd.* et *R. C. Baxter Ltd.* c. *College Housing Co-operative Limited* et *College Housing Holdings Incorporated*[34] où la Cour a conclu que le juge de première instance avait erré en inférant de sa juridiction inhérente en vertu d'une loi du Manitoba le pouvoir de consentir à un tiers une sûreté prioritaire à des « liens » publiés en vertu du *Mechanics' Liens Act* de la même province et bénéficiant de la protection de l'article 11 mentionné ci-dessus. La Cour suprême avait énoncé ce qui suit :

> « In my opinion the inherent jurisdiction of the Court of Queen's Bench is not such as to empower a Judge of that Court to make an order negating the unambiguous expression of the legislative will. The effect of the order made in this case was to alter the statutory priorities which a Court simply cannot do[35]. »

Ainsi, dans l'affaire *Royal Oak Mines*, le juge Farley a semblé considérer que sa juridiction inhérente découlant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, une loi fédérale, ne pouvait aller jusqu'à lui permettre de contrecarrer une disposition législative provinciale, l'article 11 du *Mechanics' Liens Act*, conférant clairement une priorité à une sûreté prévue à cette dernière loi.

L'autre exception notable à l'énoncé qui précède selon lequel les tribunaux analysent rarement la question de l'octroi de sûretés DIP sous l'angle constitutionnel est le jugement rendu par le juge Lovecchio dans l'affaire *Sulphur Corp. of Canada Ltd.*[36]. Dans cette affaire, la Cour avait à déterminer si elle pouvait consentir une sûreté DIP ayant priorité sur un *statutory lien* qui avait été valablement publié en vertu du *Builders Liens Act* de la Colombie-Britannique[37]. Cette loi prévoit, à son article 32, que seul un *registered mortgage* a priorité sur les *statutory liens*.

Le juge Lovecchio a reconnu que la sûreté DIP qu'on lui demandait d'accorder ne constituait pas un *registered mortgage* au sens de l'article 32 du *Builders Liens Act*. Il a néanmoins considéré qu'il pouvait consentir une sûreté DIP prioritaire aux « liens » qui avaient été valablement publiés.

---

34 [1976] 2 R.C.S. 475 (ci-après « *Baxter* »).

35 *Id.*, 480.

36 Précitée, note 11.

37 S.B.C. 1997, c. 45.

Le juge Lovecchio a d'abord distingué l'arrêt *Baxter* de la Cour suprême en mentionnant que, dans cette affaire, il s'agissait d'un conflit entre deux lois provinciales, alors qu'en l'espèce, le conflit existait entre une loi fédérale, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, et une loi provinciale.

Rappelant l'objectif fondamental de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, soit de favoriser les réorganisations commerciales, le juge Lovecchio a conclu que le législateur fédéral permet aux tribunaux, en vertu de l'article 11 L.A.C.C., d'exercer adéquatement leur discrétion et que « […] no specific limitations were placed on the exercise of that discretion[38] ».

Le juge Lovecchio a donc conclu qu'en vertu du principe constitutionnel de la primauté de la législation fédérale sur la législation provinciale en cas de conflit, la juridiction inhérente et les larges pouvoirs discrétionnaires que lui confère la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* lui permettaient de contrecarrer l'application d'une disposition législative provinciale explicite.

2.3. LE FINANCEMENT DIP – QU'EN EST-IL AU QUÉBEC?

Nous n'avons retracé aucune décision rapportée, émanant des tribunaux québécois, où l'on aurait traité du pouvoir de la Cour d'accorder une sûreté DIP prioritaire. Cependant, de telles sûretés ont déjà été consenties dans le cadre d'ordonnances qui n'ont pas été publiées et où la question ne semblait pas faire l'objet de contestation[39]. Chose certaine, au Québec, le débat reste à faire.

Il n'existe évidemment pas dans la législation provinciale québécoise de dispositions accordant un tel pouvoir exorbitant aux tribunaux. Au contraire, l'article 2664 C.c.Q. stipule que « l'hypothèque n'a lieu que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi. Elle est conventionnelle ou légale ». En ce qui concerne les hypothèques légales, elles ne peuvent résulter d'un jugement que dans la mesure où celui-ci porte une condamnation à verser une somme d'argent (art. 2730 C.c.Q.) et elles ne prennent rang qu'à compter de leur inscription au registre approprié (art.

---

38 *Sulphur Corp. of Canada Ltd.*, précité, note 11, par. 35.

39 Voir, à titre d'exemple, l'ordonnance rendue par le juge Pierre C. Fournier dans *l'affaire de l'arrangement de Mine Jeffrey inc.*, C.S. Sherbrooke, n° 450-05-005118-027, 29 novembre 2002.

2945 C.c.Q.). Par ailleurs, nous voyons mal comment les tribunaux pourraient qualifier une sûreté DIP accordée en vertu de leur pouvoir inhérent en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (une loi fédérale) de « créance prioritaire » au sens de l'alinéa 2651(1) C.c.Q. (relatif aux frais de justice et aux dépenses faites dans l'intérêt commun).

Cela dit, les régimes de sûretés instaurés dans les provinces de *common law*, même s'ils diffèrent à maints égards des dispositions du *Code civil du Québec* en la matière, sont tout autant formalistes et reposent eux aussi sur le principe que les sûretés prennent normalement rang souvent à leur date de publication.

De prime abord, il nous semble donc que les juges québécois ne pourront refuser totalement de suivre la pratique établie ailleurs qu'en en venant à la conclusion que la législation fédérale relative à l'insolvabilité ne leur confère pas les pouvoirs discrétionnaires exorbitants du droit commun que leurs collègues des autres provinces ont cru y discerner.

Notre tradition civiliste incite généralement les tribunaux québécois à plus de réticence que leurs pendants des provinces de *common law* lorsqu'on leur demande de faire preuve d'innovation judiciaire. Cependant, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sont des lois fédérales et sans pour autant prétendre que nous devrions ici suivre aveuglément la pratique établie ailleurs (qui n'est pas exempte d'abus), des interprétations fondamentalement contradictoires de lois qui sont pourtant d'application pan-canadienne s'avéreraient fort malheureuses, particulièrement en situation d'insolvabilité et où les répercussions débordent très souvent les frontières d'une seule province.

À cet égard, la Cour suprême du Canada, dans son célèbre « quintet d'arrêts[40] », a établi et s'est évertuée à réitérer (dans un tout autre contexte il est vrai) qu'il fallait éviter autant que possible de « balkaniser » la législation fédérale relative à l'insolvabilité et qu'il fallait plutôt privilégier une application de celle-ci la plus uniforme possible d'une province à l'autre.

---

[40] *Banque Fédérale de développement*; *Banque Nationale*; *Rainville*; *Deloitte Haskins*; *Husky Oil*; *Colombie-Britannique*, précités, note 31.

Par ailleurs, le débat qui persiste encore, essentiellement en doctrine[41], sur la question de savoir si la juridiction inhérente des tribunaux leur permet effectivement de créer des sûretés DIP prioritaires, quoique méritoire, nous apparaît académique aujourd'hui. En effet, le courant jurisprudentiel est à ce point établi maintenant qu'il nous semble pour le moins improbable que les tribunaux fassent un jour volte-face pour conclure qu'en l'absence de dispositions législatives claires, une charge prioritaire ne peut être ordonnée judiciairement. Vraisemblablement, le débat s'articule dorénavant davantage autour de la nécessité pour le législateur de codifier le mécanisme du financement DIP, d'une part pour mettre fin à l'incertitude qui peut encore persister à certains égards, mais surtout pour en circonscrire clairement les cas d'ouverture et les limites, de façon que tous les intervenants dans les dossiers de réorganisation commerciale puissent le plus possible œuvrer en terrain connu.

3. AMENDEMENTS PROPOSÉS À LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ* ET À LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES

Dans le cadre de la révision statutaire quinquennale de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Industrie Canada a référé ces deux lois au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, pour étude. Plusieurs consultations ont déjà eu lieu avec divers intervenants, notamment en matière d'insolvabilité des entreprises. Jusqu'à présent, l'une des contributions les plus significatives à ce processus de consultation est certes le rapport soumis le 15 mars 2002 à Industrie Canada par le Groupe de travail conjoint, formé de représentants de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation[42].

Il est certes opportun que le plus grand nombre d'acteurs du domaine de l'insolvabilité prennent connaissance de ce rapport et fassent valoir leur

---

41 David B. LIGHT, *Involuntary Subordination of Security Interests to Charges for DIP Financing Under the Companies' Creditors Arrangement Act*, (2002) 30 C.B.R. (4e) 245.

42 Pour obtenir une copie du rapport, nous vous suggérons de vous adresser soit à l'Institut d'insolvabilité du Canada ou à l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Incidemment, le comité sénatorial entendra les représentants de ces deux associations lors d'une audience devant avoir lieu le 8 mai prochain.

point de vue sur les modifications considérables qu'ils proposent. Aussi, avons-nous jugé utile de profiter de la tribune qui nous est offerte pour résumer et commenter les recommandations du Groupe de travail conjoint qui concernent ou ont une incidence sur le financement des entreprises insolvables.

3.1. LE FINANCEMENT INTÉRIMAIRE

3.1.1. Pouvoir d'accorder un financement DIP

D'entrée de jeu, le Groupe de travail conjoint constate que les tribunaux canadiens, à tout le moins dans les provinces de *common law*, ont déjà décidé à plusieurs reprises que les larges pouvoirs discrétionnaires que leur confère la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* leur permettaient d'autoriser des financements DIP et qu'il convenait de confirmer législativement ce pouvoir ainsi que d'en codifier les limites.

Ainsi, la première recommandation du Groupe de travail conjoint se lit comme suit :

> « 1. Prévoir dans les dossiers relevant de la LACC un pouvoir légal exprès d'autoriser le débiteur-exploitant à emprunter (« prêt DIP ») et à consentir des sûretés aux montants précisés par l'ordonnance en garantie des avances et des biens et services fournis après le dépôt des procédures d'insolvabilité (« dépôt »), lorsque ces avances et ces biens et services sont nécessaires au financement du débiteur pendant la période des procédures de restructuration, un tel pouvoir d'emprunt devant être accordé selon des critères à être précisés par la loi[43]. »

Il faut d'abord noter que le Groupe de travail conjoint recommande par cette proposition qu'un financement DIP ne puisse être octroyé au débiteur-exploitant que dans le cadre d'une restructuration sous l'égide de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Manifestement, cette question n'a pas fait l'unanimité au sein du Groupe de travail conjoint, puisqu'on peut lire ce qui suit dans son rapport :

> « D'aucuns prétendent que l'on ne devrait recourir au financement DIP que dans des cas relativement exceptionnels car il s'agit d'un dispositif onéreux qui peut entraîner la continuation inutile et en pure perte d'une procédure de restructuration vouée à l'échec et faire l'objet d'abus. Selon un point de vue, le financement DIP ne devrait pas être utilisé dans les dossiers de moindre

[43] Rapport du Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises, p. 32.

> importance où les considérations pertinentes, en particulier en ce qui concerne le gouvernement du débiteur, sont en pratique beaucoup plus difficiles à contrôler. Toutefois, selon un point de vue contraire, on devrait rendre disponible l'option de financement DIP dans les cas de proposition en vertu de la LFI afin de maximiser les chances de succès des réorganisations, et que les craintes concernant les coûts, les délais et les abus sont exagérées[44]. »

Pour notre part, nous convenons que l'octroi d'un financement DIP, ne serait-ce que parce qu'il constitue un accroc important à l'économie générale du droit des sûretés, devrait demeurer une mesure d'exception réservée aux réorganisations où les enjeux commerciaux justifient pareil remède. Toutefois, le Groupe de travail conjoint présume, par le libellé de sa recommandation, que ces restructurations d'envergure se font toutes et continueront nécessairement de se faire sous l'égide de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* plutôt que par le biais d'une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Ceci nous apparaît, avec respect, quelque peu présomptueux et, dans une certaine mesure, inexact[45]. Il nous semblerait plus adéquat de permettre également l'octroi de financement DIP sous l'égide de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, quitte à ce que parmi les conditions d'application, on précise certains critères objectifs permettant d'assurer que le financement DIP ne pourra être envisagé que dans les dossiers d'importance. On pourrait ainsi prévoir qu'un débiteur-exploitant ne peut demander l'octroi d'un financement DIP, dans le cadre d'une restructuration en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, que dans la mesure où le total de son passif est supérieur à 5 000 000 $, ce qui constitue déjà l'une des conditions d'application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. De cette façon, le financement DIP demeurerait une mesure d'exception et le libre choix du débiteur-exploitant, qui pourrait trouver plus avantageux de se prévaloir de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* plutôt que de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, serait préservé.

Par ailleurs, la nécessité de spécifier le montant de la sûreté qui serait consentie pour garantir le remboursement du financement DIP tombe sous le sens. Autrement, nous voyons mal comment le tribunal et les diverses parties concernées (en particulier les créanciers garantis existants) pourraient adéquatement évaluer les enjeux d'une telle mesure.

---

44 *Id.*

45 Voir *Charron Systems*, précité, note 29.

Il faut aussi noter que le Groupe de travail conjoint recommande qu'un financement DIP puisse se faire non seulement par le biais d'un prêt d'argent, mais également, comme les tribunaux l'ont déjà permis[46], sous forme de fourniture à crédit de biens et de services.

Si cette recommandation était suivie par le législateur, elle aura de toute évidence pour effet de modifier substantiellement la dynamique actuelle des relations entre le débiteur-exploitant, ses fournisseurs et son prêteur finançant les crédits d'exploitation, lesquels crédits sont généralement garantis par des sûretés sur les stocks et les comptes à recevoir de l'emprunteur. Elle offrirait notamment une alternative au débiteur-exploitant dans les cas où son prêteur serait peu enclin à débloquer des crédits additionnels, alors que ses principaux fournisseurs seraient davantage disposés à le faire, à la condition d'obtenir une sûreté adéquate. À l'heure actuelle, le débiteur-exploitant est davantage à la merci de son prêteur à court terme, les fournisseurs exigeant, quant à eux, systématiquement, comme ils sont en droit de le faire aux termes du paragraphe 65.1(4) L.F.I. et de certaines clauses standards de l'ordonnance initiale en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, d'être payés comptant pour les biens et services fournis après l'obtention par la débitrice de la protection de la loi.

Finalement, il faut remarquer que le Groupe de travail conjoint recommande au législateur de ne pas permettre l'octroi de sûretés DIP prioritaires pour couvrir des avances consenties antérieurement à l'ordonnance initiale rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, contrairement à ce qu'une certaine jurisprudence a déjà permis[47].

3.1.2. Critères d'octroi d'un financement DIP

Le Groupe de travail conjoint recommande également que le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'octroyer un financement DIP soit circonscrit par les critères suivants :

> « 2. Prévoir qu'en décidant d'autoriser ou non un prêt au débiteur-exploitant, le tribunal devrait tenir compte, entre autres choses, des facteurs suivants :

---

46 Voir *Smoky River*, précité, note 25.

47 Voir *Hunters Trailer & Marine Ltd*., précité, note 24.

quels arrangements ont été pris pour le gouvernement du débiteur au cours des procédures;

si l'administration est fiable et compétente et a la confiance des créanciers importants;

le temps requis pour déterminer s'il existe une solution de continuité d'exploitation, sous forme de réorganisation ou de vente, qui crée une plus grande valeur qu'une liquidation;

si le prêt au DIP améliorera les perspectives d'une solution de continuité d'exploitation ou d'un redressement;

la nature et la valeur des actifs du débiteur;

si des créanciers subiront un préjudice important au cours de cette période en raison de la poursuite des opérations du débiteur; et

si le débiteur a fourni un état détaillé de l'encaisse pour une période couvrant au moins les 120 prochains jours[48]. »

Comme nous l'avons vu dans la première partie, ces critères codifient dans une large mesure les principes établis par la jurisprudence. Évidemment, chaque réorganisation est un cas d'espèce et tout en établissant le plus clairement possible les lignes directrices qui devront guider le tribunal, la loi doit se garder, par l'énoncé de conditions d'application trop précises et rigides, de limiter indûment sa capacité de s'adapter aux circonstances particulières de chaque dossier.

On constate aussi rapidement, à l'examen des critères suggérés, que les demandes d'octroi d'un financement DIP continueront dans bien des cas, malgré une certaine codification législative, d'entraîner de longs, complexes et coûteux débats, ne serait-ce qu'en ce qui a trait à l'évaluation de la valeur des actifs du débiteur et à la détermination des préjudices qui pourraient être causés aux créanciers en général ou à certains d'entre eux en particulier.

Par ailleurs, nous trouvons fort heureuse la recommandation selon laquelle le débiteur-exploitant devra fournir un état détaillé de l'évolution de son encaisse, dans la mesure où il est précisé que cet état doit obligatoirement être validé par le contrôleur au moyen d'un rapport en confirmant le caractère raisonnable.

---

48 Rapport du Groupe de travail conjoint, *op. cit.*, note 43, pp. 33-34.

3.1.3. Protection du prêteur DIP et du débiteur-exploitant

Le Groupe de travail conjoint poursuit en recommandant que la loi soit amendée pour prévoir une protection législative automatique en faveur du prêteur DIP et du débiteur-exploitant, contre toute réclamation intentée contre ceux-ci en raison du prêt DIP autorisé par le tribunal, mais qui contreviendrait à certains engagements contractés par le débiteur antérieurement à la mise en œuvre de sa restructuration.

Il s'agit ici d'une mesure nécessaire, notamment en ce que bien souvent, un emprunteur convient, dans le cadre des conventions de crédit qu'il conclut avec ses prêteurs, de ne pas consentir de sûretés à des tiers sur ses actifs déjà grevés en leur faveur sans obtenir au préalable leur accord (*negative pledge*).

3.1.4. Sûreté DIP

Le Groupe de travail conjoint recommande également que le tribunal ait le pouvoir d'octroyer au prêteur DIP une sûreté sur les actifs du débiteur-exploitant et que celle-ci pourrait avoir priorité sur toutes les autres sûretés existantes spécifiées par le tribunal (à l'exception des fiducies présumées garantissant les retenues à la source). Il précise toutefois que le tribunal ne pourra subordonner le rang des sûretés publiées antérieurement sans donner un préavis d'au moins 48 heures ouvrables aux créanciers garantis concernés. Par souci d'efficacité, particulièrement dans les situations d'urgence, le Groupe de travail conjoint suggère aussi que la sûreté DIP puisse être constituée par l'ordonnance elle-même, sans nécessiter de documents de sûreté distincts qui sont souvent coûteux et longs à préparer.

Fort heureusement, le Groupe de travail conjoint recommande aussi qu'un avis de l'ordonnance créant la sûreté DIP doit être publié conformément aux lois provinciales sur les sûretés mobilières en vigueur dans la localité du débiteur ainsi qu'au registre foncier (dans le cas d'une sûreté sur un immeuble) pour conférer priorité et opposabilité à l'égard des tiers ayant transigé avec le débiteur-exploitant moyennant contrepartie mais sans avoir été avisés de l'ordonnance du tribunal.

Le préavis de 48 heures ouvrables devant être donné aux créanciers garantis actuels qui verraient leur sûreté subordonnée par la sûreté DIP permettra d'éviter certains abus rencontrés jusqu'à présent, mais il paraîtra à nombre d'entre eux fort court et parfois insuffisant pour qu'ils puissent démontrer adéquatement au tribunal qu'ils subiront un préjudice important en cas d'octroi d'une sûreté DIP prioritaire et si, à leur avis, celle-ci est

véritablement requise. Cela sera particulièrement vrai dans la mesure où le débiteur-exploitant demande qu'une sûreté DIP soit consentie non seulement sur les stocks et les comptes à recevoir mais aussi sur les immeubles et les équipements, puisque les prêteurs finançant le crédit à long terme généralement garanti par des sûretés sur ces actifs sont souvent bien moins au fait que le banquier qui finance le crédit d'exploitation de la situation financière de l'emprunteur.

Par contre, un préavis trop long serait susceptible, dans bien des cas, de retarder indûment l'octroi des ressources financières dont le débiteur-exploitant a un urgent besoin. Le Groupe de travail conjoint se dit d'avis que la nécessité de transmettre un préavis aux créanciers garantis existants encouragera la communication et la négociation entre ceux-ci et le débiteur-exploitant avant le début du processus judiciaire. Cela est effectivement à prévoir mais il est aussi à espérer que le tribunal sera sensible aux situations où il sera démontré que le débiteur-exploitant s'en est tenu à ce délai de 48 heures, alors qu'il aurait été en mesure d'aviser plus rapidement les créanciers garantis concernés.

Le Groupe de travail conjoint recommande également qu'aux critères identifiés dans leur deuxième proposition (qui s'appliquent à tous les financements DIP), un huitième s'ajoute dans les cas où ces financements seront assortis d'une sûreté à laquelle on conférera un statut prioritaire, à savoir la codification du principe « de l'évaluation des préjudices / préjudices limités », utilisée à l'heure actuelle par les tribunaux et dont nous avons traité précédemment.

Le Groupe de travail conjoint précise qu'il rejette pour sa part le critère applicable en vertu du *Bankruptcy Code* américain de la « protection suffisante ». Il souligne que :

> « Le modèle américain de « protection suffisante » ("adequate protection") a été rejeté parce que l'évaluation des biens donnés en garantie est un processus long et coûteux, parce que la détermination de l'existence d'une protection suffisante est coûteuse et donne lieu à de nombreux litiges et parce que le modèle américain manque de souplesse[49]. »

Il faut toutefois se rappeler qu'aux termes de la deuxième proposition du Groupe de travail conjoint, la nature et la valeur des actifs du débiteur-exploitant devront être prises en considération par le tribunal dans le cadre d'une demande d'octroi d'un financement DIP. Ainsi, même si le tribunal ne

---

[49] Rapport du Groupe de travail conjoint, *op. cit.*, note 43, p. 38.

pourrait rejeter une telle demande au seul motif que la valeur des actifs du débiteur-exploitant qui feront l'objet d'une sûreté DIP prioritaire sera insuffisante pour satisfaire, en cas de réalisation, au paiement des réclamations tant du prêteur DIP que du créancier garanti subordonné, il devra néanmoins prendre cet élément en considération, lequel devrait, selon nous, jouer un rôle prépondérant.

Aux termes de sa neuvième proposition[50], le Groupe de travail conjoint suggère de prévoir que le tribunal aura le pouvoir, en cas d'octroi d'une sûreté DIP prioritaire, d'accorder aux créanciers garantis subordonnés une sûreté sur d'autres actifs du débiteur-exploitant afin de le prémunir en cas d'insuffisance du produit de réalisation éventuel des actifs grevés par la sûreté DIP.

Le Groupe de travail conjoint recommande par ailleurs qu'en cas de réalisation de la sûreté DIP prioritaire, le tribunal devrait avoir le pouvoir de répartir parmi l'ensemble des créanciers garantis subordonnés le préjudice qui leur est causé. Il s'exprime comme suit :

> « 10. Prévoir qu'advenant la réalisation de la sûreté DIP ayant subordonné le rang des autres sûretés, le tribunal a le pouvoir de décider, sur une base juste et équitable, la répartition finale parmi les créanciers garantis ainsi subordonnés, de tout préjudice occasionné par cette sûreté DIP.
>
> À l'heure actuelle, il n'y a pas de mécanisme permettant de répartir le fardeau de la priorité du financement DIP parmi les créanciers garantis ayant des réclamations à l'égard des différentes catégories d'actifs. Néanmoins, le raisonnement qui sous-tend l'octroi du financement est qu'il est généralement dans l'intérêt des créanciers qu'un financement soit consenti pour une durée limitée afin de déterminer si un plan viable est possible. Comme un grand nombre de parties intéressées bénéficient de ce financement, il semble approprié d'accorder au tribunal la discrétion de répartir aussi les coûts. Un critère « juste et équitable » permettrait au tribunal de soupeser les préjudices de même que les bénéfices potentiels découlant d'une solution de continuité d'exploitation[51]. »

3.1.5. Caractère exécutoire de l'ordonnance permettant l'octroi d'un financement DIP

La proposition n° 11 du Groupe de travail conjoint en matière de financement du débiteur-exploitant précise que toutes les avances consenties

---

[50] *Id.*

[51] *Id.*, 39.

par le prêteur DIP et la sûreté en garantissant le remboursement ne pourront être visées par toute ordonnance subséquente (y compris à la suite d'un appel du jugement initial) modifiant, suspendant ou annulant l'ordonnance qui a autorisé le prêt DIP. Évidemment, cela ne vaudra qu'à l'égard des avances effectivement déboursées avant la réception par le prêteur DIP d'un écrit l'avisant de l'ordonnance subséquente. De l'avis du Groupe de travail conjoint, « ceci créera plus de certitude pour les prêteurs DIP, améliorera la capacité du débiteur à obtenir un financement DIP et favorisera ainsi l'atteinte des objectifs de redressement que vise la législation[52] ».

Sûreté DIP pour garantir les honoraires et frais des conseillers et les responsabilités assumées par les administrateurs et officiers

Il faut aussi noter que, sous la rubrique « gouvernement d'entreprise » de son rapport, le Groupe de travail conjoint suggère que soit octroyé au tribunal (et cette fois-ci tant les dossiers de proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* que de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*) le pouvoir d'accorder une sûreté DIP, régie par les règles résumées précédemment, en faveur des séquestres intérimaires, contrôleurs, syndics et autres administrateurs d'insolvabilité en garantie de leurs honoraires et déboursés raisonnables, sous réserve d'une taxation subséquente.

Le Groupe de travail conjoint recommande par ailleurs que l'obtention d'une sûreté DIP soit aussi rendue possible par les administrateurs et officiers du débiteur-exploitant pour leur responsabilité envers les tiers, à l'exclusion de celle résultant de leur faute intentionnelle et négligence grossière.

Pour prévenir les abus, le Groupe de travail conjoint suggère toutefois qu'en sus des conditions générales d'octroi d'une sûreté DIP, le tribunal ait à « […] tenir compte si le conseil d'administration du débiteur a mis en place des mécanismes appropriés de gouvernement d'entreprise, en nommant un comité indépendant relevant du conseil, en engageant un chef de restructuration (CRO) ou par d'autres moyens, le tout pour assurer une gestion appropriée des affaires du débiteur durant le processus de restructuration[53] ».

---

52 *Id.*

53 *Id.*, 60.

Comme on le sait, des amendements ont été apportés à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en 1997 pour prévoir que la suspension des procédures dans le cadre d'un processus de restructuration sous l'égide de l'une ou l'autre de ces deux lois s'appliquait également aux réclamations contre les administrateurs de la personne insolvable, ès qualité, et pour prévoir que la personne insolvable pouvait inclure, dans sa proposition ou son arrangement, un compromis à l'égard de ces réclamations.

Ces modifications législatives avaient été apportées pour éviter la désertion des dirigeants de l'entreprise insolvable, au moment où leur présence est plus que jamais requise. Toutefois, la législation actuelle ne protège pas les dirigeants de la personne insolvable en cas de rejet par les créanciers ou d'annulation par le tribunal de la proposition ou de l'arrangement.

De façon à éviter que les créanciers garantis aient systématiquement à assumer indirectement les réclamations dont les administrateurs sont autrement responsables, en raison de la subordination de leur sûreté au profit d'une sûreté DIP, il est effectivement primordial que le tribunal soit convaincu, avant d'octroyer une telle sûreté, que des mécanismes adéquats de « gouvernement d'entreprise » ont été mis en place.

3.2. AUTRES PROPOSITIONS DU GROUPE DE TRAVAIL CONJOINT

Même si elles n'ont pas trait directement au financement des entreprises insolvables, quelques autres recommandations du Groupe de travail conjoint méritent, selon nous, d'être mentionnées puisque, si elles se traduisaient en modifications législatives, elles auraient certainement une incidence significative sur la capacité de la personne insolvable d'obtenir du financement intérimaire et faciliteraient les réorganisations prévoyant la vente de l'entreprise sur une base de continuité d'exploitation.

3.2.1. La résiliation par la personne insolvable de contrats exécutoires

Hormis certains articles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en matière de baux immobiliers, les lois canadiennes relatives à l'insolvabilité ne renferment aucune disposition prévoyant expressément le droit pour la personne insolvable de résilier des contrats à exécution successive en cours, lorsque selon elle, la répudiation de ces contrats est nécessaire au succès de sa réorganisation.

La jurisprudence en matière d'arrangements en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* est venue pallier ce silence du législateur en déterminant que la juridiction inhérente du tribunal était suffisamment large pour qu'il puisse permettre à la débitrice, en certaines circonstances, de résilier des contrats exécutoires qui affectent sa capacité de mettre en œuvre sa réorganisation[54].

Au Québec, dans l'arrêt *Les Immeubles Wilfrid Poulin Ltée* c. *Les ordinateurs Hypocrat Inc.*, la Cour d'appel a confirmé ce qui suit :

> « […] Aucune disposition de cette loi n'interdit à un tribunal d'homologuer un arrangement qui prévoit la résiliation de contrats à exécution successive si cette mesure peut sauvegarder les intérêts de l'entreprise en difficulté […][55]. »

Plus récemment encore, dans l'affaire *Hydrogenal Inc.* c. *Pioneer Companies, Inc. et autres,* la juge Danièle Mayrand a décidé que dans le cadre de son arrangement, la débitrice PCI pouvait « […] dans le meilleur intérêt économique et financier de l'entreprise […] mettre fin aux contrats qui ne sont manifestement pas avantageux d'un point de vue économique et financier avec les conséquences qui en découlent[56] ». Dans son jugement, la juge Mayrand a également précisé que « le préjudice et les intérêts des parties doit s'apprécier sur une base collective et non pas sur une base individuelle comme le propose Hydrogenal[57] ».

Évidemment, la possibilité pour l'entreprise insolvable de résilier certains contrats à exécution successive désavantageux vise à faciliter sa réorganisation et, par voie de conséquence, favorisera normalement l'octroi des financements intérimaires requis. Il y a toutefois un écueil.

En effet, la résiliation d'un contrat par l'entreprise insolvable avec l'autorisation de la Cour causera, règle générale, des dommages au cocontractant. En toute équité, ces dommages-intérêts doivent conférer au cocontractant une réclamation prouvable dans le cadre de l'arrangement. Cependant, la question est de savoir s'il est en droit d'opérer compensation

---

54 Voir *Re Blue Range Ressources Corp.*, (1999) 245 A.R. 154 (ci-après « *Blue Range* ») et *Re Eaton Co.*, (1999) 14 C.B.R. (4e) 288.

55 [1998] R.D.I. 189 (C.A.).

56 [2002] R.J.Q. 1093 (C.S.) (requête pour permission d'en appeler rejetée (C.A. Montréal, no 500-09-012056-024)).

57 *Id.*, 1105.

entre le montant de ces dommages-intérêts et les sommes qu'il pourrait par ailleurs devoir à l'entreprise insolvable.

Dans l'arrêt *Blue Range*[58], la Cour d'appel de l'Alberta a répondu par l'affirmative à cette question en appliquant les règles du *equitable set-off*[59].

Cette décision a été jugée fort préoccupante par certains[60]. Ainsi, on a soutenu que s'il était suivi, l'arrêt *Blue Range*[61] aurait pour effet de limiter la capacité de l'entreprise insolvable s'étant placée sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* d'obtenir le financement intérimaire requis pendant sa période de restructuration. En effet, les créanciers disposés à offrir certaines facilités de crédit pendant cette période cruciale (que ce soit le banquier existant de l'entreprise ou un nouveau prêteur DIP) cherchent généralement en tout premier lieu, comme nous l'avons vu, à obtenir une sûreté efficace sur les comptes à recevoir de l'entreprise. Dans la mesure où une partie importante de ceux-ci est potentiellement sujette à compensation, il va sans dire que le bailleur de fonds redoublera de prudence ou diminuera les avances qu'il aurait autrement consenties.

Pour remédier à l'incertitude qui règne encore à ce sujet, le Groupe de travail conjoint recommande dans son rapport que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soient amendées pour prévoir la possibilité pour la débitrice ou, le cas échéant, le syndic de faillite, de résilier les contrats exécutoires (à l'exception des contrats financiers admissibles), tout en précisant que :

> « […] la partie co-contractante devrait détenir une réclamation antérieure non garantie prouvable pour tout dommage causé par la résiliation (le montant des

---

58 Précité, note 54.

59 Il est à noter que la Cour d'appel du Québec a déjà reconnu l'application du *equitable set-off* au Québec, dans le cadre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Voir *Nolisair International Inc. (faillite de)*, R.E.J.B. 2000-19824 et *Structal (1982) Inc.* c. *Fernand Gilbert Ltée*, [1998] R.J.B. 86. Au Québec, on pourrait également, dans une certaine mesure, référer à la notion de compensation judiciaire.

60 Voir Justin R. FOGARTY, « Recent developments in debtor in possession financing », dans *The Advanced Course in Insolvency Law and Practice*, Toronto, Canadian Institute, 18 et 19 janvier 2001.

61 Mentionnons que dans l'affaire *Montreal Trust Co. of Canada Ltd.* c. *Smokey River Coal Ltd.*, [2001] A.B.Q.B. 587, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a manifestement cherché à en limiter l'application.

dommages à être déterminé selon la formule existante dans le cas des baux immobiliers), mais ne devrait détenir aucun droit de compensation à cet égard[62] ».

3.2.2. Cession par l'entreprise insolvable de contrats à exécution successive

Le rapport du Groupe de travail conjoint contient les recommandations fort importantes suivantes :

> « 29. Prévoir qu'en rapport avec une vente en continuité d'exploitation approuvée par le tribunal de la totalité ou d'une partie de l'entreprise du débiteur, l'acquéreur peut bénéficier d'une cession de tout contrat d'exploitation exécutoire (pour plus de certitude, à l'exception des contrats financiers admissibles) relatif à cette entreprise.
>
> 30. Prévoir que les syndics de faillite et les séquestres nommés par le tribunal (« Court appointed Receivers ») devraient avoir le pouvoir de céder les contrats exécutoires (à l'exception des contrats financiers admissibles) tant dans le contexte de transactions en continuité d'exploitation que sur une base de liquidation.
>
> 31. Prévoir que les droits de cession qui précèdent ne devraient pas être limités par quelque disposition du contrat exécutoire interdisant la cession mais ne devraient pas s'appliquer aux contrats exécutoires qui en vertu de la loi générale applicable à ces contrats sont incessibles de par leur nature.
>
> 32. Prévoir que le tribunal peut interdire la cession d'un contrat exécutoire si la partie co-contractante établit que :
>
> (a) le cessionnaire proposé ne satisfait pas, d'une manière importante, aux critères valides appliqués raisonnablement par la partie co-contractante avant de conclure des ententes similaires (par exemple, les contrats de franchise);
>
> (b) le cessionnaire proposé a une moins bonne cote de crédit que celle qu'avait le débiteur au moment de la signature du contrat exécutoire et l'on ne lui a pas fourni des assurances raisonnables de paiement concernant tout crédit devant être consenti au cessionnaire par la partie co-contractante en vertu du contrat exécutoire après la cession[63]. »

Plusieurs réorganisations commerciales ne sont envisageables que dans la mesure où l'entreprise de la personne insolvable est vendue sur une base

---

62 Rapport du Groupe de travail conjoint, *op. cit.*, note 43, p. 52.

63 *Id.*, p. 53.

de continuité d'opérations, ce qui implique nécessairement la possibilité pour la personne insolvable de céder ses contrats en cours à l'acquéreur, au même titre que ses autres actifs. Or, bon nombre de ces contrats contiennent des dispositions empêchant leur cession sans l'accord préalable (et parfois purement discrétionnaire) des cocontractants.

Pensons notamment aux accords de licence. Bien souvent, une entreprise opère à l'aide d'une technologie, de procédés de fabrication et d'un savoir-faire dont elle n'est pas propriétaire et dont elle n'obtient l'usage qu'aux termes d'un accord de licence. En pareil cas, la vente en continuité d'opérations de l'entreprise ne pourra s'envisager que dans la mesure où les accords de licence peuvent eux aussi être cédés.

Alors que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les ordonnances initiales rendues en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* prévoient l'interdiction pour les tiers de résilier les contrats conclus avec la personne insolvable au motif qu'elle est insolvable[64], la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ne renferment à l'heure actuelle aucune disposition visant à limiter le droit des tiers de refuser de consentir à leur cession dans le cadre d'une réorganisation.

L'incertitude qui perdurera sans doute sur cette question jusqu'à ce qu'on ait légiféré pour y remédier aura certainement un impact significatif sur la capacité de la débitrice d'obtenir le soutien financier nécessaire à une réorganisation prévoyant la vente de l'entreprise. Par contre, le législateur et les tribunaux, dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, devront faire preuve de prudence et reconnaître que le principe de la liberté contractuelle, qui est l'un des piliers de toute économie de marché, inclut aussi celui du choix de son cocontractant. Pour les raisons invoquées par le Groupe de travail conjoint résumées ci-dessus, il est sans doute opportun, dans un contexte de réorganisation commerciale impliquant la vente de l'entreprise en continuité d'opérations, d'apporter certaines limites à ce libre choix, pour autant, selon nous, que les critères retenus ne permettent de contraindre le cocontractant que dans les cas où son refus de consentir à la cession du contrat paraîtrait objectivement déraisonnable.

---

[64] En vertu du paragraphe 65.1(2) L.F.I., lorsque le contrat visé est un bail ou un accord de licence, l'interdiction de résiliation vaut également dans les cas où la personne insolvable n'a pas payé son loyer ou ses redevances.

Par exemple, on ne devrait pas pouvoir imposer la cession d'un contrat de franchise ou d'un accord de licence à un concurrent direct du franchiseur ou du *licensor*.

Par contre, nous pouvons envisager qu'il soit interdit à un tel franchiseur ou *licensor* d'exercer son droit contractuel de s'objecter à la cession du contrat dans la mesure où il ne cherche à faire valoir ce droit que pour faire fuir tous les acheteurs potentiels et profiter de la situation pour tenter d'acquérir à rabais l'entreprise de la personne insolvable.

À notre connaissance, la seule décision rapportée sur la possibilité d'imposer au cocontractant d'une débitrice ayant entamé une réorganisation en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* la cession du contrat est le jugement rendu par le juge Spence de la Cour supérieure de l'Ontario dans *In Re Playdium Entertainment Corp*.[65] Le juge Spence en est venu à la conclusion que « […] the CCAA order affords a context in which the Court has the jurisdiction to make the order (i.e. de forcer la cession du contrat en cause). For the order to be appropriate, it must be in keeping with the purposes and spirit of the regime created by the CCAA […][66] ». Il est à noter que dans cette affaire, le cocontractant s'objectait à la cession du contrat au motif (i) que l'une de ses dispositions prévoyait qu'une telle cession ne pouvait avoir lieu sans son consentement (lequel ne pouvait par contre être retenu déraisonnablement) et (ii) qu'il souhaitait lui-même céder le contrat à un tiers qui lui offrait une contrepartie plus avantageuse. Le juge Spence a répondu à ces arguments comme suit :

> « The other reason Famous Players evidently has for opposing the applicants' motion is that it could do a better deal with Starburst. If that were the only reason it had for with withholding consent to an assignment of the Agreement, it would not be a reasonable basis for withholding consent under s. 35 of the Agreement. It can be inferred from that consideration that it should also not be regarded as, by itself, a proper reason to allow the objection to stand in the way of the proposed assignment as part of the proposal to enable the business to continue[67]. »

Nul ne peut, à l'heure actuelle, prédire si les propositions du Groupe de travail conjoint seront retenues en tout ou en partie par le législateur dans le cadre de la révision qu'il entame de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et

---

65 [2001] O.J. 4252.

66 *Id*., par. 23.

67 *Id*., par. 31.

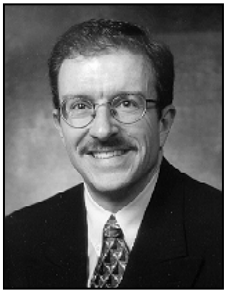
de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Compte tenu de l'ampleur et de la portée de ces recommandations, on peut craindre, sans faire preuve d'un excès de pessimisme, qu'il sera décidé de reporter l'étude de bon nombre d'entre elles à une date ultérieure[68]. Même si tel était le cas, il faut selon nous néanmoins garder à l'esprit que les propositions du Groupe de travail conjoint ne sont pas à l'effet de mettre en place un tout nouveau régime de réorganisation commerciale, mais qu'elles visent plutôt à codifier des pratiques déjà largement répandues dans certaines juridictions et à parer à l'insécurité liée à l'exercice par les tribunaux d'une « juridiction inhérente » mal circonscrite et donc plus susceptible d'engendrer à l'occasion certains abus.

D'ici à ce que les législateurs interviennent, nous formulons donc le vœu que le rapport du Groupe de travail conjoint, de même que toute autre opinion qui pourrait être diffusée sur la question du financement des entreprises insolvables et sur les aspects qui y sont connexes, serviront d'autant de guides dans la détermination de l'étendue des pouvoirs du tribunal et l'évaluation des intérêts des parties en présence.

---

68 D'autant plus que dans son *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soumis au comité sénatorial en septembre 2002, Industrie Canada a souligné que la codification des règles relatives au financement des entreprises insolvables fait partie des « […] questions les plus litigieuses, c'est-à-dire celles qui continuent de susciter des points de vue très divergents et qui sont difficiles à résoudre » par opposition à d'autres questions débattues où il y a, selon Industrie Canada, un appui généralisé à l'adoption de nouvelles mesures ou, sinon, des « […] divergences qui ne semblent pas insurmontables ». (p. 3 du rapport)

LE CAPITAL DE RISQUE À L'AIDE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ



Jean Robillard
MBA, D.E.A., CA, CIRP
Raymond Chabot inc.

Michel Lavoie
CA, CIRP
Raymond Chabot Grant Thornton

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 22:3

1. DÉFINITIONS 22:3

2. CAPITAL DE RISQUE INSTITUTIONNEL *VERSUS* PRIVÉ 22:4

3. CONDITIONS EXIGÉES PAR LES INVESTISSEURS 22:6

4. ÉTAPES PRÉCÉDANT LA MISE DE FONDS 22:10

INTRODUCTION

Les mots « capital de risque » prennent tout leur sens lorsqu'il s'agit d'investir dans des sociétés en difficulté financière et dont la continuité dépend d'une mise de fonds sous forme de capital. Le gain espéré dans ce type de société est à la hauteur du risque encouru, soit très élevé!

Avant de débuter, nous tenterons, à partir de notre expérience et de nos lectures personnelles, de répondre à une question maintes fois entendue : « Est-ce qu'il y a plusieurs cas concrets où un investissement dans une société en difficulté financière, voire insolvable, a généré un gain important? »

La réponse est oui, bien entendu. La confidentialité nous empêche de les nommer spécifiquement, mais de tels cas se présentent chaque année. Néanmoins, il y a plus d'échecs que de réussites et, comme nous le verrons plus loin, le capital de risque investi dans des sociétés en redressement diminue au Québec.

Cet article présente une définition du capital de risque, distingue le capital de risque institutionnel de celui dit privé, énumérant les principales conditions exigées par les investisseurs, et décrit les étapes qui précèdent normalement un investissement dans une entreprise en difficulté.

1. DÉFINITIONS

Capital de risque

> « Le capital de risque et le financement privé sont des formes de financement avec prise de participation et incluent également le financement de redressement, le rachat d'entreprise par les cadres et la fusion-acquisition. Il s'agit de fonds généralement investis sous forme d'équité ou de quasi-équité comportant rarement des garanties. [...] Cette forme de financement comporte ainsi des risques plus ou moins élevés que l'investisseur espère pouvoir compenser par un rendement proportionnel sur son investissement[1]. »

[1] Source : RÉSEAU CAPITAL, L'association des investisseurs et des associés en capital de risque du Québec, (en ligne), adresse URL : http://www.reseaucapital.com.

Entreprise en difficulté

Entreprise ayant d'importants problèmes de liquidité causés par des pertes d'exploitation et/ou une croissance trop rapide.

2. CAPITAL DE RISQUE INSTITUTIONNEL *VERSUS* PRIVÉ

Bien qu'il existe plusieurs types d'investisseurs en capital de risque, nous pouvons les répartir en deux catégories :

- Le capital de risque institutionnel

On regroupe dans cette catégorie les sociétés de capital de risque traditionnelles (Fonds de solidarité, Fonds Action, Caisse de dépôt et placement du Québec, Investissement Desjardins, etc.) et les fonds gouvernementaux (Société générale de financement du Québec et Innovatech).

- Le capital de risque privé

Particuliers souvent appelés « anges financiers » qui se situent à mi-chemin des investisseurs en capital de risque et des entrepreneurs.

La distinction la plus importante à faire entre ces deux types d'investisseurs se situe au niveau de l'implication :

	Degré de participation		
	Au capital		**À la gestion**
	Minoritaire	**Majoritaire**	
Capital de risque institutionnel	La plupart du temps	Rarement	Uniquement par le conseil d'administration
Capital de risque privé	Quelquefois	Souvent	Implication directe selon les compétences

Le fait que le capital de risque privé vise souvent le contrôle de l'entreprise fait en sorte que les entrepreneurs, même dans des cas de redressement, privilégient les fonds institutionnels.

Certaines sociétés de capital de risque institutionnel qui n'investissent que dans des compagnies en difficulté existent aux États-Unis et, depuis peu, en Ontario. Ces sociétés recrutent des experts en redressement opérationnel et financier.

Au Québec, il y a eu à notre connaissance deux tentatives en ce sens, l'une au début et l'autre à la fin des années 1990. Dans les deux cas, ces sociétés ont été fermées.

Les statistiques compilées par la firme MacDonald and Associates Ltd, pour le compte de Réseau Capital, montrent un net déclin ces dernières années de l'investissement de capital de risque institutionnel dans des sociétés en redressement (voir le tableau ci-dessous).

Investissement dans des entreprises en redressement au Québec par des sociétés de capital de risque

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Nombre	18	13	3	29	38	15	4	8	–	5
Investissements dans des cas de redressement (en millions de dollars)	31 $	21 $	1 $	55 $	9 $	12 $	2 $	3 $	– $	4 $
Investissements totaux en capital de risque (en millions de dollars)	197 $	172 $	258 $	325 $	546 $	630 $	727 $	1 334 $	984 $	722 $
Pourcentage sur les investissements totaux en dollars	16 %	12 %	1 %	17 %	2 %	2 %	–	–	–	1 %

Malgré la hausse considérable des fonds totaux investis au cours des cinq dernières années, moins de 1 % fut consacré à des cas de redressement.

Bien que reflétant une réalité que nous avons constatée, à titre de spécialistes en redressement, il nous apparaît évident que cette statistique n'inclut pas les cas de réinjection de fonds dans des sociétés en difficulté de leur propre portefeuille. Comme il fut mentionné, il n'y a pas, au sein de ces sociétés, de département spécialisé dont le mandat est d'investir dans des sociétés en redressement. Cependant, la plupart d'entre elles comptent du personnel voué aux sociétés en redressement avec lesquelles elles sont déjà partenaires. Ce personnel traite un nombre restreint de dossiers et consacre ainsi beaucoup de temps à chaque cas. Ces employés accompagnent leurs partenaires d'affaires dans tout le processus de redressement. Il sont déterminants dans la décision de réinvestir lorsque nécessaire, ce qui est souvent le cas.

Une des contraintes les plus sérieuses rencontrées est que la mise de fonds nécessaire fait en sorte que la société de capital de risque institutionnel devient l'actionnaire majoritaire, ce qu'elles ne veulent pas.

Les faibles rendements des dernières années et la forte concurrence sur le marché pour des entreprises rentables vont peut-être relancer l'intérêt pour les sociétés en difficulté. Le coût d'acquisition d'un pourcentage du capital dans des entreprises en redressement est peu élevé et, dans la majorité des cas, l'argent pour acquérir ces actions est investi dans la société. Les gains obtenus sont souvent très bons et parfois même spectaculaires, d'où l'existence, aux États-Unis principalement et au Canada anglais depuis peu de temps, de fonds spécialisés en investissement dans ce type d'entreprise.

3. CONDITIONS EXIGÉES PAR LES INVESTISSEURS

Les conditions usuelles à tout type de placement sont :

- un créneau d'affaires intéressant;
- une direction compétente;
- un plan d'affaires bien conçu;
- être rentable;
- de bons systèmes d'information financière et de gestion;
- une main-d'œuvre compétente.

La plupart des entreprises en redressement ont de la difficulté à répondre à ces exigences, ou à prouver qu'elles pourront y répondre, d'où leur grande difficulté à obtenir des fonds.

Reprenons chacune de ces conditions :

- Un créneau d'affaires intéressant

L'investisseur averti se concentrera sur le critère fondamental : le créneau exploité par l'entreprise. À partir de l'analyse de cas médiatisés de redressement, nous constatons :

– que leur créneau est stable ou en croissance;

– qu'il y a un nombre restreint de compétiteurs;

– que l'expertise nécessaire pour œuvrer dans ce secteur est importante et longue à acquérir.

Lorsqu'une société répond à ces critères, il faut la considérer sérieusement, même si elle est en redressement.

En fait, l'occasion qui se présente permet d'investir à un prix d'aubaine dans une entreprise qui est un joueur important de son créneau.

Si ce critère n'est pas rencontré, généralement, l'entreprise devra être vendue pour pouvoir poursuivre ses activités.

- Une direction compétente

L'investisseur en capital de risque institutionnel n'est pas là pour gérer l'entreprise. Or, la plupart des cas de redressement nécessitent un renforcement de l'équipe de gestion, ce qui prend généralement plusieurs mois.

Pour rassurer l'investisseur institutionnel, il arrive fréquemment qu'un gestionnaire intérimaire recruté par la société de capital de risque soit ajouté à l'équipe en place. Il s'agit souvent d'une exigence qui retarde la conclusion d'une entente.

Dans le cas de l'investisseur privé, son implication personnelle fait en sorte que cette condition est rarement exigée.

- Un plan d'affaires bien conçu

Habituellement, un plan d'affaires présente la stratégie de l'entreprise pour croître. Dans un contexte de redressement, le plan d'affaires doit d'abord répondre à la question suivante : « Quelles sont les causes des difficultés actuelles de l'entreprise? »

Les dirigeants et actionnaires en place sont rarement les bonnes personnes pour donner la réponse la plus complète. Un investisseur, qu'il soit institutionnel ou privé, voudra obtenir cette réponse d'une personne indépendante de l'entreprise ou s'en satisfaire par lui-même.

De façon générale, une entreprise en difficulté aura à son service un consultant, de préférence spécialisé en redressement, qui aura fait une étude diagnostique des causes aux difficultés et des solutions à instaurer.

Un tel rapport diagnostic peut également, devant l'ampleur du problème qu'il soulève, causer la fin des discussions avec certains investisseurs. C'est une des raisons pour lesquelles un rapport diagnostic doit également proposer des solutions.

Ceci nous amène à traiter de deux aspects importants en redressement : le temps et la transparence.

Le temps à la disposition d'une entreprise pour mettre en place son plan de redressement est la plupart du temps limité, d'où l'importance, une fois le plan défini, d'avoir rapidement les fonds pour le mettre à exécution. Or, en général, le temps de réponse des investisseurs institutionnels dans ce genre de situation est plus long que la normale, alors que ce devrait être le contraire. Cette contrainte fait souvent en sorte que plusieurs dossiers intéressants ne sont pas référés aux investisseurs institutionnels et sont présentés uniquement aux investisseurs privés.

Une des conditions à un redressement réussi est certes la transparence. Or, une des raisons qui explique que des entreprises ne trouvent pas d'argent est le manque de transparence de certaines d'entre elles. Ces entreprises hésitent à aborder les « vrais problèmes » dès le début des discussions avec un investisseur. Or, tôt ou tard, celui-ci s'en rendra compte et se retirera du dossier par manque de confiance.

- Être rentable

Une entreprise en difficulté n'est généralement pas rentable. Il faut démontrer qu'elle l'a déjà été, et surtout qu'elle a les fondations nécessaires pour le redevenir. Pour l'investisseur, c'est évidemment la condition fondamentale. Cette condition ne peut être démontrée que dans le temps, d'où le risque encouru! Pour minimiser ce risque, outre les conditions énumérées précédemment, l'investisseur institutionnel exigera généralement un rendement minimum sur son investissement. Si ce rendement n'est pas atteint, son pourcentage d'actionnariat pourrait être augmenté afin de le compenser. Cela peut aller jusqu'à la prise de contrôle effective de l'entreprise.

- De bons systèmes d'information financière et de gestion

L'absence de bons systèmes d'information financière et de gestion constitue également une faiblesse pour les entreprises en difficulté. Pourtant, il s'agit probablement du point faible le plus facile à corriger.

Ce genre de problème n'inquiète pas la plupart des investisseurs, pour autant que des systèmes palliatifs temporaires soient déjà en place afin d'exercer un minimum de contrôle de suivi de l'exploitation avant, pendant et après la mise de fonds.

- Une main-d'œuvre compétente

Les problèmes de rentabilité et de liquidité ont, à la longue, un effet négatif sur le personnel, ce qui affecte son rendement. Souvent, lorsque les problèmes sont abordés correctement et que les ressources financières sont disponibles, le redressement le plus spectaculaire se fait au niveau de la productivité des employés.

Il arrive parfois, dans le cas de l'investisseur institutionnel et souvent dans le cas de l'investisseur privé, qu'il veuille rencontrer individuellement plusieurs employés, et ce, à tous les niveaux de l'organisation, avant de prendre une décision quant à son investissement.

En résumé, dans le cas où le risque de faire un tel investissement est plus élevé que la normale, ce qui est le cas lorsque l'entreprise est en redressement, les conditions exigées sont de beaucoup supérieures à la normale.

4. ÉTAPES PRÉCÉDANT LA MISE DE FONDS

Une fois l'entente de principe d'un investissement conclue, les étapes varieront selon la précarité de la situation financière de l'entreprise.

- Mise de fonds sans restructuration financière

Dans ce contexte, il ne s'agit que de redressement opérationnel. La mise de fonds peut survenir avant ou après la mise en place du plan de redressement opérationnel. De fait, les dirigeants ont dû démontrer que leur plan de redressement pourrait être opérationnel et fonctionnel avant d'obtenir du capital. Il faut toutefois s'assurer qu'on ne tente pas de compenser un besoin de redressement opérationnel par une mise de fonds qui ne ferait que reporter les effets financiers des problèmes non résolus.

- Mise de fonds après une restructuration financière

Les cas de mises de fonds après une restructuration financière sont beaucoup plus fréquents. Les investisseurs désirent que leurs mises de fonds servent surtout pour l'exploitation future et non pour payer les pertes passées.

Trois scénarios s'offrent alors à l'entreprise ou à l'investisseur. Chacun des scénarios devrait être analysé avec soin pour en identifier les avantages et les inconvénients. Entre autres, nous devrons tenir compte des aspects financiers, commerciaux, juridiques, fiscaux et organisationnels ainsi que du facteur temps.

	Fréquence	**Privilégié par**
Restructuration informelle	Quelquefois	L'entreprise et l'investisseur
Restructuration formelle (proposition ou C-36)	Souvent	L'investisseur et parfois l'entreprise
Faillite et rachat d'éléments d'actif	Rare	L'investisseur privé, la plupart du temps

Pour chacun de ces scénarios, il faut du temps pour planifier et négocier. Comme dans la plupart des cas le temps manque, il faut en obtenir de celui qui peut nous en accorder, soit le prêteur à court terme.

Le prêteur à court terme est le créancier garanti le plus sensible à la précarité de la situation et au facteur temps. Pour la plupart des autres

créanciers, un gel des sommes dues et une politique de paiement comptant sont mis en place. Le banquier est donc un intervenant avec qui il faut s'entendre pour gagner du temps afin de mettre en place le plan de restructuration financière.

L'entente va d'une garantie de non-détérioration de sa situation de prêteur jusqu'à des accords sur une détérioration supplémentaire pour une période de temps limitée. Dans ce dernier cas, le banquier y consent lorsque son risque de pertes en cas d'échec est élevé et qu'il a confiance en le sérieux de la démarche en cours.

– Restructurations informelles

Il existe aussi de nombreux cas où les négociations avec les principaux créanciers garantis et non garantis se font de façon informelle. L'objectif visé dans ce genre de démarche est double :

- ne pas perturber les relations commerciales de l'entreprise;
- en venir à une entente rapide avec les principaux créanciers.

Dans une restructuration informelle, l'implication de l'investisseur est rapide car celui-ci prend souvent part aux discussions avec les créanciers.

– Restructurations formelles

Ces restructurations consistent en une proposition aux divers créanciers à l'aide de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[2] ou de *la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[3]. Il n'est pas de notre intention de décrire le fonctionnement d'une telle démarche. Bien que tous souhaitent une conclusion très rapide dès qu'une entente d'investissement est intervenue, ce processus nécessite un minimum de 60 jours avant d'être complété.

– Faillite et rachat d'éléments d'actif

Situation que l'on ne peut qualifier que d'extrême, où l'ampleur des dettes de l'entreprise est telle et/ou que le temps manque pour compléter la restructuration financière.

---

[2] L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

[3] L.R.C. (1985), c. C-36.

Il va sans dire que ce scénario est néfaste pour les actionnaires et créanciers de l'entreprise. Cela peut aussi considérablement diminuer la valeur de l'entreprise aux yeux des investisseurs. Avant d'envisager un tel scénario, il faut s'assurer que l'intégrité des principales composantes de l'entreprise sera préservée malgré la faillite.

BIEN CONNAÎTRE LES CONSÉQUENCES FISCALES D'UNE FAILLITE

Claude Désy
FCA, avocat, M. Fisc.
De Grandpré Chait s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 23:5

1. L'IMPÔT SUR LE REVENU DU FAILLI 23:10

1.1. IMPORTANCE DE LA DATE DE LA FAILLITE 23:10
1.2. LA FISCALITÉ DU FAILLI 23:11
1.2.1. Dispositions applicables 23:11
1.2.2. Règles communes aux sociétés et aux particuliers 23:12
1.2.3. Exercice financier (société) 23:15
1.2.4. Faillite d'une société – particularités 23:16
1.2.5. Faillite d'un particulier – particularités 23:17

2. DISPOSITIONS FISCALES FAISANT RÉFÉRENCE À LA FAILLITE 23:23

2.1. OBLIGATION POUR LE DÉVELOPPEMENT DE LA PETITE ENTREPRISE ET OBLIGATION POUR LA PETITE ENTREPRISE 23:24

2.2. CAPITALISATION RESTREINTE 23:24
2.3. FAILLITE D'UN PROFESSIONNEL ET RÈGLES TRANSITOIRES DE 1995 ..... 23:25
2.4. PERTE SUR ACTION D'UNE SOCIÉTÉ EN FAILLITE 23:26
2.5. PAIEMENTS FORFAITAIRES À UN PARTICULIER 23:26
2.6. CRÉDITS D'IMPÔT PERSONNELS 23:26
2.7. IMPÔT EN MAIN – REMBOURSEMENT AU TITRE DE DIVIDENDE 23:27
2.8. OBLIGATION POUR LE SYNDIC DE PRODUIRE UNE DÉCLARATION DE REVENUS 23:27
2.9. CERTIFICAT AVANT RÉPARTITION 23:27
2.10. EXONÉRATION DE L'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R. 23:28
2.11. RÉCLAMATION GARANTIE EN VERTU DE LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ* 23:28
2.12. SAISIE-ARRÊT 23:29
2.13. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS 23:29
2.14. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES 23:29

3. LE RECOUVREMENT DES CRÉANCES FISCALES 23:30

3.1. LES DROITS DU FISC À LA DATE DE LA FAILLITE 23:30
3.1.1. Introduction générale 23:30
3.1.2. Créances visées par super priorité découlant des paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R. et de l'article 20 L.M.R. 23:34
3.1.3. Droits de l'ADRC 23:34
3.1.4. Droits du MRQ 23:36
3.1.5. À quel moment les droits du fisc prennent-ils naissance? 23:38
3.1.6. Les biens visés par la fiducie présumée 23:38
3.1.7. Qu'en est-il des intérêts et pénalités dus au fisc? 23:39
3.1.8. Qu'en est-il des demandes péremptoires de paiement? 23:39
3.2. ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE 23:43
3.3. RÉSUMÉ DES PRINCIPES APPLICABLES EN SITUATION DE FAILLITE 23:46

4. QUESTIONS CONNEXES ET INCIDENCES DE LA FAILLITE SUR LES TIERS 23:48

4.1. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS 23:48
4.1.1. Administrateur *de facto* 23:52
4.2. TRANSFERT À UNE PERSONNE LIÉE 23:53
4.2.1. Y a-t-il une prescription en matière de l'application de l'article 160 L.I.R.? 23:54
4.3. LE SYNDIC ET LA CONFIDENTIALITÉ DES RENSEIGNEMENTS FISCAUX DU FAILLI 23:55

4.4. LIEU DE RÉSIDENCE À DES FINS DE DÉPÔT DES DÉCLARATIONS DE REVENUS DANS L'ANNÉE DE LA FAILLITE 23:55
4.5. FRACTION NON AMORTIE D'UN IMMEUBLE REMIS À UN FAILLI 23:56
4.6. ANNULATION D'UNE FAILLITE 23:56
4.7. CONGÉ FISCAL ET RACHAT D'ENTREPRISE DU SYNDIC 23:58
4.8. PERTES À REPORTER ET AUTRES PERTES RÉALISÉES À L'OCCASION DE LA FAILLITE 23:59
4.9. DÉCLARATION DE REVENUS DU PARTICULIER LORS DE LA FAILLITE (PARTICULARITÉS) 23:62
4.9.1. Régime enregistré d'épargne-retraite – Régime d'accession à la propriété et régime d'éducation permanente 23:62
4.9.2. Crédits d'impôt personnels 23:63
4.10. PROPOSITION CONCORDATAIRE ET FAILLITE 23:66
4.10.1. Date de la proposition concordataire 23:66

CONCLUSION 23:67

INTRODUCTION*

Les statistiques publiées par le bureau du Surintendant des faillites en 2002 nous montrent que le nombre de faillites d'affaires s'élevait au Canada à un total de 9 472, dont 2 221 au Québec. Le ratio de faillite au Québec est de 11,84 pour 1 000 établissements alors que ce ratio est de 7,24 pour le Canada.

Les facteurs les plus importants causant les faillites sont essentiellement le taux d'inflation, la compétition internationale mais surtout la négligence des principaux des entreprises au niveau du sous-financement, d'une expansion trop rapide et mal contrôlée, d'un accroissement continu des frais généraux, le tout engendrant une baisse des liquidités.

Bien qu'il puisse y avoir plusieurs définitions de l'expression « insolvabilité », nous faisons nôtre celle de Me Hubert Reid à savoir que l'insolvabilité est l'état d'une personne ou d'une compagnie dont le passif patrimonial excède l'actif. C'est aussi l'état d'une personne physique ou morale incapable d'acquitter ses obligations au fur et à mesure de leur échéance ou qui a cessé d'effectuer ses paiements dans le cours ordinaire de ses affaires[1].

L'objectif de la législation canadienne sur la faillite et l'insolvabilité est

> « destinée à prévenir ou à régler les conflits résultant de l'insolvabilité d'une personne dans le but de protéger celle-ci, ses créanciers, de même que l'intérêt public et de réprimer, le cas échéant, la conduite répréhensible du débiteur de mauvaise foi[2] ».

En effet, la législation canadienne de la faillite doit protéger le débiteur en lui assurant la possibilité de se réhabiliter par la libération du paiement d'une partie ou de la totalité de ses dettes, en le réintégrant dans le circuit économique afin qu'il redevienne productif. En même temps, la législation doit sauvegarder l'intérêt des créanciers en leur divulguant l'état réel de la

---

* L'auteur tient à remercier Mes Alain Robichaud et Daniel Courteau pour leur collaboration à la rédaction de ce texte.

1 Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.

2 Albert BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Les éditions Thémis, 1992, p. 3.

situation économique du débiteur tout en les protégeant de certaines manœuvres frauduleuses de certaines personnes insolvables et en leur accordant un droit préférentiel ou non au résidu du patrimoine du failli pouvant être distribué aux créanciers.

De plus, l'intérêt public est sauvegardé dans la mesure où les droits des intervenants sont protégés. Ceci permet de conserver une certaine moralité commerciale qui prendra la forme de la libération du failli de ses dettes ou de l'acceptation d'une proposition concordataire. L'objectif de réintégrer la personne insolvable dans la structure économique lui permettant de repartir à zéro sera ainsi atteint.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[3] propose deux solutions à l'insolvabilité d'un débiteur, à savoir la faillite (forcée ou volontaire) et la proposition concordataire. La faillite est un état[4] découlant de l'application de la loi par lequel une personne se libère de ses dettes en faisant une cession volontaire ou forcée de l'universalité de ses biens saisissables à des fins de réalisation au bénéfice de ses créanciers, et ce, par l'entremise d'un syndic. Le failli[5] est donc une personne qui a fait cession de ses biens ou à l'encontre de laquelle une ordonnance de séquestre a été prononcée.

Dès l'ordonnance de séquestre, par suite d'une requête par un créancier ou d'une cession volontaire par le failli, le syndic prend possession des biens et les administre au bénéfice des créanciers qui auront des réclamations prouvables à la date de la faillite, et ce, relativement à l'universalité des biens[6] tant présents que futurs, connus ou non, situés au Canada ou ailleurs[7].

Un concordat ou proposition concordataire est un accord entériné par le tribunal entre une personne insolvable ou un failli et ses créanciers, par lequel ceux-ci lui consentent un délai de paiement ou une remise partielle de la dette[8].

---

3 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

4 Art. 2 « faillite » L.F.I.

5 Art. 2 « failli » L.F.I.

6 Art. 2 « bien » L.F.I.

7 Par. 71(2) L.F.I.

8 H. REID, *op. cit.*, note 1.

Il y a trois types de faillite :

- cession volontaire : acte unilatéral du débiteur qui cède tous ses biens au profit de ses créanciers en général[9];

- cession forcée : ordonnance de séquestre émise par le tribunal à la demande d'un créancier[10];

- cession mixte : échec d'une proposition concordataire à la suite de laquelle le débiteur est présumé avoir fait cession de ses biens[11].

La mise en faillite forcée résulte d'une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre de la part d'un ou de plusieurs créanciers du débiteur, et ce, en vertu de l'article 43 L.F.I. Le ou les créanciers qui présentent cette requête doivent faire la preuve que le débiteur a commis l'un des « actes de faillite » décrits à l'article 42 L.F.I. Le débiteur peut, par ailleurs, contester cette requête et démontrer au juge qu'il est en mesure d'honorer ses engagements[12].

Généralement, l'établissement d'une ordonnance de séquestre ou la cession, sauf pour une personne morale, a l'effet d'une demande de libération[13]. Des règles spéciales s'appliquent pour un particulier dont c'est la première faillite[14]. Contrairement à un particulier, une personne morale ne peut être libérée qu'à la condition de payer tous ses créanciers[15]. Il est à noter que la libération n'a pas pour effet de libérer le failli de toutes et chacune de ses dettes. Il existe une disposition spécifique énumérant la liste des créances dont le failli n'est pas libéré[16]. On peut penser par exemple aux pensions alimentaires, aux dettes de nature pénale, à toute indemnité découlant d'un jugement pour lésions corporelles intentionnelles ou décès, etc.

---

9 Art. 49 L.F.I.

10 Art. 43 L.F.I.

11 Par. 61(2) L.F.I.

12 Par. 43(7) L.F.I.

13 Par. 169(1) L.F.I.

14 Art. 168.1 L.F.I.

15 Par. 168.1(4) L.F.I.

16 Par. 178(1) L.F.I.

Comme cela est défini à l'article 2 L.F.I., les « biens » de la faillite comprennent tous les biens patrimoniaux du débiteur, corporels ou incorporels, susceptibles de liquidation. Par ailleurs, sont exclus de la faillite les biens d'autrui, les biens déclarés insaisissables ou purement personnels du débiteur, ainsi que les biens détenus en fiducie par le débiteur pour une autre personne[17].

Pour que les créanciers du débiteur puissent avoir accès aux liquidités engendrées par la vente des biens du failli, ils doivent présenter au syndic une réclamation prouvable[18] de leur droit dans la faillite. Les créanciers postérieurs à la faillite et les créanciers qui détiennent une garantie sur un bien particulier du failli n'ont pas de réclamation prouvable dans la faillite à moins, pour les créanciers garantis, d'en faire la demande auprès du syndic[19].

Le débiteur peut aussi faire une proposition concordataire à ses créanciers. Il existe deux sortes de propositions concordataires, le régime général et le régime propre aux consommateurs, qui ne fera pas l'objet de notre présentation[20].

La procédure d'une proposition concordataire consiste en ce que la personne insolvable dépose un « avis d'intention » de faire une proposition à ses créanciers selon les formalités prescrites. On peut, par le syndic, passer outre à l'avis d'intention et procéder directement au dépôt d'une proposition[21]. Dans le cas d'un avis d'intention, à l'expiration d'un délai de 30 jours, sous peine de se voir mettre sous faillite, la personne insolvable dépose une proposition raisonnable et avantageuse pour l'ensemble de ses créanciers. Cette proposition doit être acceptée par une majorité de créanciers avant d'être entérinée par le tribunal à la demande du syndic[22].

Le refus d'approuver la proposition faite par une personne insolvable entraîne la cession de ses biens et son état de faillite à la date du dépôt de la proposition ou de la pétition pour ordonnance de séquestre si la proposition

---

17 Par. 67(1) L.F.I.

18 Art. 121 L.F.I.

19 Par. 127(1) et 127(2) L.F.I.

20 Art. 50 et suiv. et art. 66.2 et suiv. L.F.I.

21 Art. 50.4 et 62 L.F.I.

22 Art. 58 L.F.I.

suit celle-ci, alors que l'approbation de la proposition par le tribunal a pour effet de lier les créanciers[23].

L'objectif visé par le présent texte se veut un aide-mémoire et un « pot-pourri » de situations entourant la faillite d'une personne, qu'elle soit un particulier ou une société et des incidences au niveau des tiers. Les expressions « faillite » et « failli », par exemple, se retrouvent à plus de 70 reprises dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[24] et ses règlements et à plus de 40 dans la *Loi sur les impôts*[25] du Québec[26]. Il est possible de les regrouper par sujets.

Ces lois de l'impôt sur le revenu ne contiennent aucune définition des mots « faillite » et « failli ». En effet, le paragraphe 248(1) L.I.R., à la définition de l'expression « failli », s'en reporte au sens que lui accorde la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Cette dernière, à l'article 2, définit l'expression « failli » comme « une personne qui a fait une cession ou contre laquelle a été émise une ordonnance de séquestre […] ».

Nous verrons donc, dans une première partie, les dispositions attachées à la faillite d'une personne prévue à l'article 128 L.I.R. et aux articles 777 et suivants L.I. Nous analyserons les obligations du syndic et du failli en regard des déclarations de revenus à produire et le contenu de ces déclarations.

En deuxième lieu, nous dresserons une liste des diverses dispositions fiscales contenant la notion de faillite afin de voir quelles sont les conséquences dans des situations précises.

Une troisième partie analysera de façon précise les droits de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») et du ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») quant au recouvrement de créances fiscales dans le cadre d'une faillite.

Une dernière partie traitera de diverses situations où la faillite d'une personne peut avoir une incidence fiscale sur les tiers non directement

---

23 Par. 50.4(8) et art. 57 L.F.I.

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

25 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

26 Ces deux lois seront ci-après désignées collectivement par le mot « Loi » ou « les Lois de l'impôt sur le revenu » à moins de dispositions sensiblement différentes dans leurs effets.

touchés par la faillite, par exemple la responsabilité des administrateurs et la responsabilité fiscale des personnes liées à qui un failli aurait transféré des biens sans contrepartie avant la faillite.

Enfin, mentionnons que toutes les questions relatives à la TPS et à la TVQ ne seront pas traitées dans ce document, sauf en ce qui concerne le droit des autorités fiscales de percevoir ces types de créances lors d'une faillite.

Au cours de la lecture du présent document, plusieurs textes de lois seront cités et certaines abréviations seront utilisées[27].

1. L'IMPÔT SUR LE REVENU DU FAILLI

1.1. IMPORTANCE DE LA DATE DE LA FAILLITE

La date de la faillite est définie à l'article 2.1 L.F.I. dans la définition d'« ouverture (date) de la faillite ». Il existe trois situations dans lesquelles une personne peut devenir un failli.

- Dans le cas de faillite forcée par un ou des créanciers, la date de la faillite est le jour du dépôt de la requête pour ordonnance de séquestre et non la date de l'ordonnance elle-même[28].

- Dans le cas d'une faillite volontaire par un débiteur insolvable qui fait une cession de ses biens saisissables au syndic, la date de la faillite correspond à la date d'une telle cession[29].

- En ce qui concerne la proposition concordataire, s'il y a acceptation par les créanciers, il n'y a pas faillite, mais si la proposition est refusée par les créanciers, la faillite rétroagit le jour du dépôt de la proposition concordataire ou de l'avis d'intention, ou encore de la première pétition pour ordonnance de séquestre si la proposition faisait suite à cette pétition[30].

---

27 *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »); *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »); *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

28 Al. 2.1a) L.F.I.; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9607945, 15 mars 1996.

29 Al. 2.1b) L.F.I.

30 Al. 2.1a), par. 50.4(8), al. 50a), al. 61(2)a) L.F.I.

La date de la faillite est importante car elle détermine quelles seront les créances admissibles non garanties et prouvables. À la date de la faillite, toutes ces créances sont soumises à la procédure de vérification et tous les recours sont suspendus[31].

La date de la faillite détermine quelles sont les dettes du débiteur qui seront libérées. Enfin, cette date détermine l'étendue du dessaisissement de tous les biens qui seront dévolus au syndic pour fins de la réalisation.

Notons que même pendant la faillite, le failli peut déposer une proposition concordataire que le tribunal peut approuver. Cette approbation a pour conséquence d'annuler la faillite[32].

En matière fiscale, la date de la faillite détermine les obligations du failli et du syndic, notamment en ce qui concerne la production des déclarations de revenus et la responsabilité des dettes fiscales.

1.2. LA FISCALITÉ DU FAILLI

1.2.1. Dispositions applicables

Il n'existe qu'une seule disposition fiscale précise contenant les règles applicables au failli et au syndic de la faillite[33]. Il s'agit d'une disposition purement technique visant autant le failli que le syndic, autant le particulier que la société et sur laquelle il n'y a eu que très peu de doctrine publiée à ce jour[34]. Il s'agit plus d'une disposition d'administration fiscale que d'une disposition d'imposition.

Afin que l'article 128 L.I.R. entre en application, il est nécessaire d'être en présence d'une faillite telle que cette expression est définie à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Dans la mesure où la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit que les actifs du failli sont transférés au syndic de

---

31 Art. 121 et suiv., art. 69 et suiv. L.F.I.

32 Par. 61(2) L.F.I.

33 Art. 128 L.I.R.; art. 777 à 785 L.I.

34 Marc ROBERT, « L'insolvabilité et la fiscalité », dans *Colloque – La Loi sur la faillite et l'insolvabilité : aspects pratiques*, 60, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993; Lloyd W. HOULDEN et Geoffrey B. MORAWETZ, *Bankruptcy and insolvency law of Canada*, vol. 2, 3e éd., Scarborough, Ont., Thomson, Carswell, 1992, feuilles mobiles.

faillite[35], le législateur se devait de prévoir une disposition correspondante en matière d'impôt sur le revenu[36].

Selon la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, une société n'est plus présumée détenir d'actif ni exploiter une entreprise, à tout le moins jusqu'à la date de la libération consentie par ordonnance[37]. L'objectif visé par l'article 128 L.I.R. est donc d'assurer un passage harmonieux de la situation fiscale du failli qui est transférée au syndic jusqu'à la date d'ordonnance de libération.

1.2.2. Règles communes aux sociétés et aux particuliers

Généralement, la législation fiscale s'applique au contribuable qui est un failli de la même façon que s'il n'y avait pas eu de faillite (sauf exception). Ainsi, par exemple, la notion de résidence, les différentes sources de revenus, les crédits d'impôt, les déductions, les taux d'imposition ne sont pas modifiés lorsqu'ils sont applicables à une personne en faillite. L'article 128 L.I.R. a pour but de concilier les règles contenues dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les dispositions de la législation fiscale. Sur le sujet, la Cour canadienne de l'impôt écrivait dans l'arrêt *Sinnott* c. *La Reine*[38] :

> « There are some differences between the scheme of the *Income Tax Act* and the *Bankruptcy and Insolvency Act*, and they are not necessarily reconcilable. The first is that the trustee is deemed to be an agent of the bankrupt for the purposes of the *Income Tax Act*. No such agency specifically arises under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. Second, the estate of the bankrupt is deemed not to be an estate or trust for the purposes of the *Income Tax Act*, although it is an estate or trust for the purposes of the *Bankruptcy and Insolvency Act* as it read in 1997 […]. Third, the salary, wages or other remuneration of the bankrupt individual that arises after the bankruptcy does not vest in the trustee[39]. »

Les dispositions des paragraphes 128(1) et 128(2) L.I.R. traitent principalement :

---

35 Par. 71(2) L.F.I.

36 Al. 128(1)a), 128(1)b) et s.-al. 128(1)c)(ii) L.I.R.

37 Par. 71(2) L.F.I.

38 2000 D.T.C. 2459 (C.C.I.) (ci-après « *Sinnott* »).

39 *Id*., par. 21.

- de l'année d'imposition qui se termine immédiatement avant la date de la faillite et de celle qui débute à cette date et des déclarations de revenus à produire (sauf quelques exceptions pour les particuliers);

- de la responsabilité du syndic qui, aux fins fiscales, agit comme mandataire du failli et non comme fiduciaire. La loi précise qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actif du failli ne constitue ni une fiducie ni une succession. Cette précision confirme que l'actif confié au syndic ne constitue pas une fiducie ni un patrimoine autonome d'affectation selon la définition d'une fiducie au Québec[40] ou aux termes des règles applicables de *common law* des autres provinces et du territoire;

- on ne peut appliquer au syndic et aux actifs qu'il gère les règles prévues dans les législations fédérales et québécoises applicables aux fiducies telle que cette expression est définie aux paragraphes 104(1) et 104(2) L.I.R., expression qui englobe les tiers qui administrent ou qui ont le contrôle des biens d'une fiducie;

- plusieurs des applications décrites ci-après sont issues du rôle du mandant du failli et de mandataire du syndic. Cette présomption a des conséquences importantes quant à savoir, notamment, s'il y a ou non une modification au contrôle de la société et en ce qui concerne les pertes à reporter;

- des pertes subies avant la date de la faillite.

Agissant à titre de mandataire du failli, il n'y a pas à proprement parler de changement de propriété du patrimoine aux fins fiscales. Voici certaines applications pratiques de cette présomption :

- le syndic n'a pas besoin de l'autorisation du failli pour obtenir le dossier fiscal du débiteur (voir la section 4.3.);

- il est à noter qu'un avis de cotisation envoyé au syndic est aussi valable que si cet avis avait été envoyé au failli et ce, même s'il s'agit d'un avis de cotisation relatif à une année se terminant la veille de la date de la faillite

---

40 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1261; al. 128(1)b) et 128(2)b) L.I.R.

et la déclaration relativement aux activités du failli pendant la faillite en ce qui concerne un particulier[41];

- le failli peut, par exemple, déposer un avis d'opposition si le syndic ne le fait pas, et s'il est dans l'intérêt du failli de le faire, il pourra instituer des procédures à l'encontre d'une cotisation d'impôt[42];

- la reprise d'un bien par le failli dont le syndic n'a pas disposé ne constitue pas une disposition par le syndic ni une acquisition par le failli[43] (voir la section 4.5);

- la fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») du bien repris au syndic par le débiteur est majorée des montants d'allocation du coût en capital (ci-après « ACC ») diminué par le syndic pendant l'administration par le syndic;

- les dispositions relatives à la réduction de dettes et de reprise de possession en paiement continuent de s'appliquer[44];

- le syndic doit produire une déclaration de revenus si le débiteur ne le fait pas en ce qui concerne un particulier[45];

- l'actif du failli est présumé ne pas constituer une fiducie ni une succession[46];

- si le syndic agit sur l'actif du failli après sa libération, il redevient responsable de la déclaration fiscale relative aux biens[47].

---

41 *Sinnott*, précité, note 38.

42 *Shanks* c. *MRN*, 70 D.T.C. 1144 (C.C.I.).

43 L'article 181 L.F.I. prévoit que le tribunal peut annuler une faillite.

44 Art. 79 et 80 L.I.R.

45 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9308245, 27 octobre 1993.

46 Al. 128(1)b) L.I.R.

47 Al. 128(2)h) L.I.R.

1.2.3. Exercice financier (société)

Dans le cas d'une société, une fin d'année est présumée se terminer immédiatement avant la date de la faillite et un nouvel exercice financier est présumé débuter à la date de la faillite. Par la suite, la date de fin d'exercice continuera d'être la même qu'auparavant. Le *Bulletin d'interprétation* IT-179R[48] traitant de ce sujet n'est pas clair sur la notion de détermination d'un nouvel exercice financier, mais dans les *Nouvelles techniques* n° 8, l'ADRC[49] est sans équivoque à cet effet :

> « Au contraire de l'alinéa 24(4)d) et des sous-alinéas 128.1(1)a)(ii) et 128.1(4)a)(ii) de la Loi, l'exercice de la société n'est pas réputé prendre fin en raison de la disposition de la présomption de l'alinéa 128.1(1)d) de la Loi. Il n'y a pas non plus, dans la Loi, de disposition selon laquelle une société qui fait faillite est réputée ne pas avoir établi en vertu de la définition de ce terme au paragraphe 248(1) de la Loi (le paragraphe 249.1(1) pour les exercices débutant après 1994) demeure l'exercice de la société pour les années d'imposition postérieures à celle où elle a fait faillite. Par conséquent, l'exercice préalablement établi en vertu de la définition de ce terme au paragraphe 248(1) de la Loi pour les exercices débutant après 1994 demeurera l'exercice de la société pour les années d'imposition postérieures à celle où elle a fait faillite […]. »

On peut par ailleurs se demander quelle est la date de la fin d'exercice présumée par la loi. Est-ce la date du jugement sur la requête en faillite ou la date de la requête en faillite elle-même? En accord avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, comme la date de la faillite rétroagit à la date de la requête, la fin d'exercice sera présumée être cette date. Comme le syndic est le mandataire du failli, ce dernier ne peut modifier la fin d'exercice normale et habituelle du failli. En conséquence, le syndic doit demander aux autorités fiscales la permission de modifier l'exercice financier[50].

---

48 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-179R, « Changement d'exercice financier », 28 mai 1993, par. 5c) et 10. Dans les *Nouvelles techniques* n° 8 du 30 septembre 1996, il est précisé que les paragraphes 5c) et 10 du *Bulletin d'interprétation* IT-179R ne reflètent plus la position du Ministère relativement à l'exercice d'une société qui fait faillite, et seront révisés.

49 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu - Nouvelles techniques*, n° 8, 30 septembre 1996.

50 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 28.

1.2.4. Faillite d'une société – particularités

1.2.4.1. Revenu

Le revenu ainsi que le revenu imposable du failli pour toute année d'imposition au cours de laquelle la société était en faillite et pour toute année subséquente sont déterminés comme si :

- le failli restait saisi des biens;
- le syndic accomplissait les opérations portant sur l'actif du failli ou sur la poursuite des activités commerciales à titre de mandataire, le revenu étant celui du failli et non celui du syndic[51].

1.2.4.2. Obligation solidaire

Pendant la période de la faillite, le syndic et le failli sont tenus solidairement au paiement des impôts découlant des activités imposables durant cette période. Cependant, le syndic ne peut être tenu responsable pour un montant supérieur à celui représentant la valeur des biens qu'il a en sa possession[52].

1.2.4.3. Aucune association à une autre société

La société en faillite est présumée n'être associée à aucune autre société pendant la période de la faillite[53]. Il n'y a donc pas de partage de la déduction pour petite entreprise entre des sociétés qui pouvaient être avant la faillite des sociétés associées selon la législation fiscale. Rappelons qu'une personne morale ne peut demander une libération à moins d'avoir acquitté intégralement les réclamations de ses créanciers[54].

1.2.4.4. Pertes et ordonnance de libération

Au moment où une ordonnance de libération ne comportant aucune réserve est rendue à l'égard de la société, aucune perte, aux fins de l'article

---

51 Al. 128(1)c) L.I.R.

52 Al. 128(1)e) L.I.R.

53 Al. 128(1)f) L.I.R.

54 Par. 169(4) L.F.I.

111 L.I.R., subie par la société au cours d'une année d'imposition antérieure à l'année de la libération, c'est-à-dire autant avant que pendant la faillite, n'est déductible par la société pour l'année de la libération ou toute année subséquente[55]. *A contrario*, si l'ordonnance de libération comporte une réserve, la société pourra bénéficier du report d'une perte réalisée au cours d'une année antérieure à la faillite et même d'une année pendant l'existence de la faillite[56], comme c'est le cas par exemple de la situation où une proposition concordataire est acceptée. Il faudra par contre analyser l'impact de l'application possible de l'article 80 L.I.R.

Une société qui est un failli peut utiliser les pertes réalisées durant les années d'imposition se terminant avant la faillite à l'encontre du revenu d'années antérieures, et ce, dans les limites permises par la loi aux termes des règles usuelles.

Cette règle n'empêche donc pas le syndic d'appliquer tout solde des pertes réalisées par la société pour effacer du revenu généré pendant la période de faillite.

1.2.4.5. Déclarations et paiement de l'impôt

La société en faillite doit produire une déclaration fiscale pour l'année se terminant la veille de la faillite et ses déclarations fiscales pour l'année ayant débuté le jour de la faillite et pour les années subséquentes jusqu'au moment de la libération. Soulignons de plus, à nouveau, que la responsabilité du syndic est limitée aux actifs de la société.

1.2.4.6. Congé fiscal au Québec pour les nouvelles entreprises

Ces règles sont décrites à la section 4.7. du présent texte.

1.2.5. Faillite d'un particulier – particularités

1.2.5.1. Revenu

Le revenu ainsi que le revenu imposable du failli pour toute année d'imposition au cours de laquelle le particulier était en faillite et pour toute

---

55 Al. 128(1)g) L.I.R.

56 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9131705, 16 janvier 1992.

année subséquente sont déterminés comme si le failli restait saisi des biens et que les revenus gagnés par le syndic étaient ceux du failli[57]. Rappelons que le revenu imposable du failli se détermine, sauf exception, aux termes des règles usuelles. Contrairement aux règles applicables aux sociétés, il n'y a aucune responsabilité solidaire du syndic et du failli pour le paiement des impôts.

1.2.5.2. Assujettissement du failli au niveau provincial et au niveau fédéral en cas de faillite avant le 31 décembre

Ces règles sont décrites à la section 4.4. du présent texte.

1.2.5.3. Règle quant à l'année d'imposition

L'année d'imposition d'un particulier se terminant le 31 décembre est alors divisée en deux. La première partie couvre la période du 1er janvier jusqu'au jour précédant la faillite. Une nouvelle année d'imposition se terminant le 31 décembre est présumée avoir débuté[58]. En ce qui concerne le particulier, il existe des exceptions à ce principe de division de l'année d'imposition en ce qui concerne certains régimes d'imposition différés. Nous verrons plus loin quelques exemples d'application en ce qui concerne ces régimes différés.

1.2.5.4. Déclarations de revenus à produire

Comme le particulier en faillite peut générer des revenus par son activité propre, pendant la faillite, soit celle qui n'est pas gérée par le syndic, il faut donc conclure que la faillite peut amener le syndic et le particulier à préparer jusqu'à trois déclarations de revenus pour l'année civile de la faillite et jusqu'à deux déclarations de revenus pour les autres années. Nous avons vu précédemment que le syndic a le devoir de produire ces déclarations de revenus si le failli ne le fait pas.

1. Année de la faillite

La première déclaration distincte à produire par le failli couvre la période du 1er janvier jusqu'à la veille de la date de la faillite. Cette déclaration de revenus doit être produite avant le 30 avril de l'année suivante[59].

---

[57] Al. 128(2)c) L.I.R.

[58] Al. 128(2)d), d.1) et d.2) L.I.R.; *Stiliadis* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 341 (C.C.I.).

[59] S.-al. 150(1)d)(i) L.I.R.

La seconde déclaration est produite par le syndic et vise la période débutant à la date de la faillite et se terminant le 31 décembre, et elle vise les actifs dont le syndic a la saisie. Cette déclaration ne doit inclure que le revenu de biens découlant des actifs en la possession du syndic ainsi que les revenus d'entreprise générés par ces actifs. Dans l'année de la libération, la période visée par l'obligation du syndic se termine à la date de la libération. Cette déclaration doit être produite dans les 90 jours suivant la fin de l'année civile et le syndic ne peut réclamer des crédits d'impôt personnels que le particulier pourrait réclamer[60].

Ce revenu généré par le syndic au nom du failli est calculé en utilisant les règles suivantes :

- on présume que le seul revenu du particulier est son revenu tiré des opérations portant sur les actifs et les actes dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise mais dans la mesure où ces gestes sont la responsabilité du syndic;

- les biens saisis par le syndic comprennent les régimes de revenu différés;

- le syndic peut utiliser les pertes à reporter des années antérieures du failli, et ce, sans condition;

- le syndic peut réclamer l'exonération pour gain en capital de 500 000 $ sur les actions d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») et bénéficier des régimes d'option d'achat d'actions de sociétés publiques ou privées[61];

- le détail des déductions et crédits pouvant ou ne pouvant être réclamés dans la déclaration de revenus préparée par le syndic est discuté à la section 4.8.

Est inclus dans la troisième déclaration de revenus qui doit être produite par le particulier, tout revenu non inclus dans la déclaration produite par le syndic pour la même période, à savoir des revenus découlant d'actifs ou d'activités non gérés par le syndic[62].

---

60 Al. 128(2)e) L.I.R.

61 Par. 110.6(2) L.I.R.

62 Al. 128(2)f) L.I.R.; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9616185, 15 août 1996.

2. Années subséquentes à la faillite

Deux déclarations de revenus sont à produire pour les années subséquentes à la faillite. Une première par le syndic relativement aux revenus et aux actifs sous sa gestion et une seconde, par le particulier, pour les autres revenus du particulier.

1.2.5.5. Pertes subies avant la faillite et crédits d'impôt

Au moment où une ordonnance de libération ne comportant aucune réserve est rendue à l'égard du failli, aucune perte, aux fins de l'article 111 L.I.R., subie par le failli au cours d'une année d'imposition antérieure à l'année de la libération, c'est-à-dire autant avant que pendant la faillite, n'est déductible par le failli pour l'année de la libération ou toute année subséquente[63]. *A contrario*, si l'ordonnance de libération comporte une réserve, le particulier pourra bénéficier du report d'une perte qui aurait été réalisée au cours d'une année antérieure à la faillite et même d'une année réalisée pendant l'existence de la faillite dans la mesure où le syndic n'aurait pas utilisé une telle perte[64]. Il faudra alors tenir compte de l'application de l'article 80 L.I.R., le cas échéant.

Ces dispositions fiscales n'empêchent pas un failli d'utiliser une perte réalisée pour l'année d'imposition se terminant la veille de la date où le failli est entré en faillite à l'encontre du revenu d'années antérieures.

Le syndic doit présenter, pour le compte du particulier, pour toutes les années où le particulier est en faillite, une déclaration de revenus indiquant seulement le revenu tiré des opérations portant sur l'actif du failli ou des actes dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise du failli, accomplis par le syndic. Le syndic peut réclamer, dans cette déclaration de revenus, toute déduction permise par l'article 111 L.I.R.[65]

Par contre, dans sa déclaration de revenus, pour ses activités non gérées par le syndic, le failli n'a droit à aucune déduction prévue à l'article 111 L.I.R. relativement à toute perte subie au cours d'une année d'imposition antérieure[66].

---

63 Al. 128(2)g) L.I.R.

64 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 56.

65 S.-al. 128(2)e)(ii) L.I.R.

66 S.-al. 128(2)f)(iii) L.I.R.

Par ailleurs, à la suite de l'ordonnance de libération absolue, les pertes subies avant la date de la faillite ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu du particulier[67].

1.2.5.6. Exonération du gain en capital de 500 000 $ sur action admissible de SEPE pour le failli

La perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTPE ») réduit, entre autres, la possibilité de réclamer l'exonération pour gain en capital de 500 000 $ sur des actions admissibles d'une SEPE[68].

En conséquence de la faillite, le solde des PTPE est réduit à zéro. Cette disposition permet donc au failli de recommencer à zéro et de pouvoir éventuellement réclamer cette exonération sans tenir compte de la PTPE accumulée avant la faillite.

1.2.5.7. Activités du syndic par suite de la libération

Au cours d'une année d'imposition commençant après la libération du failli, si le syndic pose et accomplit des gestes portant sur l'actif du particulier failli ou dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise de ce dernier, la loi prévoit des règles qui feront en sorte que le particulier sera présumé toujours en faillite relativement aux obligations du syndic quant à la production des déclarations de revenus[69].

1.2.5.8. Non-production des déclarations de revenus

Quelle est la responsabilité du syndic quant à la production des déclarations de revenus? Rappelons que la responsabilité du syndic ne peut excéder la valeur des actifs qui lui sont confiés[70].

---

67 Al. 128(2)g) L.I.R.

68 Par. 110.6(1) L.I.R. (voir les définitions de « plafond annuel des gains » et « plafond cumulatif de gains »).

69 Al. 128(2)h) L.I.R.

70 Al. 128(2)e) L.I.R.

- Pendant la faillite

Contrairement à la faillite d'une société, le syndic n'est pas solidairement responsable avec le failli particulier pour la production des déclarations de revenus que le failli doit produire. En ce qui concerne le particulier, ce dernier a la responsabilité de produire sa propre déclaration de revenus en ce qui concerne les actifs ou les activités qui ne sont pas sous la gestion du syndic. Le syndic a, quant à lui, la responsabilité de produire une déclaration de revenus et de payer tout impôt en ce qui concerne les biens dont il a la gestion.

- Avant la faillite

Pour les années d'imposition avant la date de la faillite, il ne semble pas y avoir de disposition traitant de cette situation à l'exception du paragraphe 150(3) L.I.R. (art. 1002 L.I.) et de l'article 206 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[71] qui mentionnent que le syndic de faillite qui administre le bien d'autrui est tenu de produire une déclaration d'imposition pour une année où cette personne ne l'a pas produite. À l'exception de la pénalité pour non-production[72], il ne semble pas y avoir de disposition ayant trait à d'autres responsabilités pour le syndic pour la non-observation du paragraphe 150(3) L.I.R.

1.2.5.9. Libération avec ou sans condition

En principe, la libération absolue du failli éteint les dettes civiles (incluant les dettes fiscales) existant à la date de la faillite[73]. Cependant, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit des dispositions[74] qui permettent au tribunal de refuser, suspendre ou prévoir une libération conditionnelle si le failli, au yeux du tribunal, a posé des gestes ne justifiant pas une libération absolue. La question est particulièrement actuelle dans la mesure où, parfois, les autorités fiscales n'apprécient guère que des contribuables utilisent la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour faire des faillites dites stratégiques ou d'impôt.

---

[71] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

[72] Par. 163(2) L.I.R.

[73] Art. 168.1 L.F.I. à l'exception de certaines dettes spécifiques prévues à l'article 178.1 L.F.I. Une personne morale ne peut demander de libération à moins d'avoir payé tous ses créanciers (par. 168.1(4) L.F.I.).

[74] Art. 173 L.F.I.

Les conditions imposées au failli peuvent varier du versement d'une somme libératoire et forfaitaire à des versements périodiques, pour un montant déterminé par le tribunal. Lindsay Frank, de l'ADRC, lors de la Conférence nationale des séquestres officiels de l'an 2000[75], abordait ce problème où l'ADRC avoue se sentir de plus en plus victime de faillites organisées où seule l'ADRC ne recouvre pas sa dette fiscale. Comme ce sont les autres contribuables canadiens qui défraient indirectement la note pour les mauvais payeurs, l'ADRC entendrait être plus vigilante dans ces situations. Parmi les efforts de l'ADRC pour contrer les faillites stratégiques, les demandes aux tribunaux pour faire annuler un plus grand nombre de faillites et s'opposer aux libérations sans condition sont de plus en plus fréquentes.

Ce n'est pas d'hier que les autorités fiscales s'intéressent à cette question. En 1992, on discutait déjà des circonstances qui feraient en sorte que les autorités fiscales s'opposeraient à une libération du failli sans condition dans des cas de faillite stratégique. Parmi ces situations, on retrouve :

- la faillite antérieure du failli, ou son comportement;
- le niveau de vie, la nature de la faillite, etc.

Enfin, mentionnons que l'alinéa 178(1)a) L.F.I. prévoit que le failli, même après sa libération, demeure responsable du paiement de toute amende ou pénalité exigée par un tribunal. Cela inclut notamment les pénalités relatives à une infraction aux lois fiscales, mais non les dettes usuelles d'impôt sur les revenus ou de TPS ou de TVQ.

2. DISPOSITIONS FISCALES FAISANT RÉFÉRENCE À LA FAILLITE

À plusieurs occasions dans les lois de l'impôt sur le revenu, le législateur fait référence à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou utilise le mot « failli ». La présente section présente un inventaire de ces dispositions en expliquant les situations les plus utilisées, le cas échéant.

---

[75] Lyndsay FRANK, « Questions d'ordre fiscal : sujets particuliers concernant la fiscalité », dans *Conférence nationale de séquestres officiels*, Cornwall, Ont., pp. 13-14.

2.1. OBLIGATION POUR LE DÉVELOPPEMENT DE LA PETITE ENTREPRISE ET OBLIGATION POUR LA PETITE ENTREPRISE

Dans le cadre de la restructuration d'une entreprise en difficulté financière, un des véhicules utilisés consiste, pour le débiteur, à émettre une obligation soit pour le développement de la petite entreprise, dont les règles sont prévues à l'article 15.1 L.I.R. (pour une société) ou une obligation pour la petite entreprise visée à l'article 15.2 L.I.R. (pour les particuliers ou les sociétés de personnes).

Ces deux dispositions font en sorte que toute somme reçue par un contribuable à titre d'intérêt sur une telle obligation est présumée être un dividende imposable. Le dividende, s'il est reçu par une société par actions, bénéficiera de la déduction pour dividende intersociétés[76]. Une obligation visée aux articles 15.1 et 15.2 L.I.R. est un titre qui est une « créance admissible » émise par une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »), un particulier ou une société de personnes respectant les conditions prévues par la loi.

Parmi les conditions à respecter, le titre de créance doit avoir été émis dans le cadre d'une proposition faite à ses créanciers ou d'un accommodement conclu avec eux et approuvé par un tribunal en conformité avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[77]. Cette règle s'applique également si la société est insolvable, notamment si elle est visée par une ordonnance de liquidation en vertu de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*[78]. Sont également visées les sociétés qui, entre autres, sont insolvables, qui n'exploitent pas d'entreprise et dont les actions ont une valeur marchande nulle[79].

2.2. CAPITALISATION RESTREINTE

Le paragraphe 18(4) L.I.R. prévoit des règles spécifiques qui limitent la déduction des intérêts payés à des non-résidents par une société lorsque le prêt a été effectué par un actionnaire déterminé non résident tel qu'il est

---

76 Art. 112 L.I.R.

77 Par. 15.1(3) et 15.2(3) L.I.R.

78 L.R.C. (1985), c. W-11, art. 10 et suiv.

79 S.-al. 50(1)b)(iii) L.I.R. et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-159R3, « Créances de capital reconnues comme mauvaises », 1er mai 1989.

défini au paragraphe 18(5) L.I.R. Cette mesure a pour but d'assurer que l'on ne réduise pas abusivement le revenu imposable d'une société résidant au Canada par la déduction d'intérêts dus à un actionnaire qui est un non-résident déterminé.

Un actionnaire déterminé est un actionnaire qui détient seul ou avec des personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance au moins 25 % des droits de vote de la société ou qui détient des actions dont la valeur est au moins égale à 25 % de la valeur de l'ensemble des actions de la société payeuse.

Le fait pour un actionnaire déterminé non résident de détenir un droit immédiat ou futur, conditionnel ou non, tel qu'il est spécifié par la loi, est présumé une détention réelle des actions aux fins de la détermination du pourcentage de 25 %. Par ailleurs, cette présomption tombe si le droit peut, notamment, n'être exercé qu'en cas de faillite.

2.3. FAILLITE D'UN PROFESSIONNEL ET RÈGLES TRANSITOIRES DE 1995

L'article 34.1 L.I.R. vise les professionnels dont la fin de l'exercice financier ne coïncide pas avec le 31 décembre de chaque année et les professionnels qui, en 1995, avaient une fin d'exercice autre que le 31 décembre et qui ont vu une partie de leur revenu de l'année civile 1995 être assujettie à l'imposition sur une période de 10 ans (ci-après « réserve de 1995 »)[80].

Aux termes du paragraphe 249(4) L.I.R., un particulier peut quand même maintenir une fin d'année qui ne coïncide pas avec l'année civile. Peuvent effectuer ce choix les particuliers et les sociétés de personnes composées de particuliers. Dans ce cas, une portion de la réserve de 1995 composée des revenus différés à ce moment-là, provenant du choix avant 1995, d'une fin d'année autre que l'année civile, doit être incluse dans le revenu du contribuable.

Les paragraphes 34.1(8) et 34.2(6) L.I.R. ont pour effet qu'en cas de faillite d'un professionnel, la fin d'exercice est ramenée au 31 décembre[81] et que le plein montant de la réserve pour le revenu de 1995, le cas échéant, doit être inclus dans la partie d'année se terminant avant la date de la faillite.

---

[80] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9731937, 3 juillet 1998.

[81] Al. 249.1(1)b) L.I.R.

Ainsi, dans l'année de la faillite, aucune réserve pour le revenu de 1995 ne pourra être réclamée et le plein montant de la provision de l'année précédente devra être inclus dans le revenu du failli pour l'année se terminant le jour avant la date de la faillite.

Pour le failli qui avait fait le choix de la méthode alternative dans le cas où l'exercice ne se terminait pas le 31 décembre, le syndic et le failli ne pourront utiliser une date autre que le 31 décembre pour les prochains exercices.

2.4. PERTE SUR ACTION D'UNE SOCIÉTÉ EN FAILLITE

Le paragraphe 50(1) L.I.R. prévoit qu'un contribuable détenant une action ou une créance d'une société en faillite au sens du paragraphe 128(3) L.I.R. est présumé avoir disposé de l'action pour un produit égal à zéro et l'avoir acquise de nouveau à un coût de zéro, et ce, à la condition que le contribuable effectue un choix en ce sens. Cela permet au créancier ou à l'actionnaire de déduire la perte qu'il a subie.

Si les conditions prévues à l'alinéa 39(1)c) L.I.R. sont respectées, la perte réalisée sur une action d'une société en faillite sera présumée être une perte au titre d'un placement dans une entreprise.

2.5. PAIEMENTS FORFAITAIRES À UN PARTICULIER

Dans les circonstances spécifiques de la réception par un particulier d'une somme d'argent représentant un salaire provenant d'une charge ou d'un emploi, d’une prestation de retraite ou de pension ou d'autres sommes définies au paragraphe 110.2(1) L.I.R., il est possible d'étaler l'imposition de ces sommes sur la période couverte par leur encaissement. On peut penser, par exemple, à la situation d'un contribuable en faveur de qui on a obligé l'employeur à le réintégrer dans ses fonctions par suite de sa mise à pied ayant eu lieu plusieurs années auparavant. Il existe une mécanique qui permet d'inclure la somme au prorata des années couvertes mais en tenant compte d'un facteur d'intérêt. Ce mode d'étalement n'est pas permis pour une année où le contribuable a fait faillite.

2.6. CRÉDITS D'IMPÔT PERSONNELS

Ces règles sont décrites à la section 4.9. du présent texte.

2.7. IMPÔT EN MAIN – REMBOURSEMENT AU TITRE DE DIVIDENDE

Une société qui verse un dividende à une société qui la contrôle ne pourra recevoir un remboursement au titre de dividende qui aurait été autrement remboursable si la société qui détenait ainsi le contrôle est en faillite à un moment quelconque de l'année d'imposition de la société qui verse le dividende[82].

2.8. OBLIGATION POUR LE SYNDIC DE PRODUIRE UNE DÉCLARATION DE REVENUS

Le syndic doit produire une déclaration de revenus pour le failli durant son administration mais également pour toute année où le failli n'en a pas produit, à titre de mandataire[83]. Cette obligation vise les années antérieures à la faillite et les années couvrant la période de la faillite.

On peut se demander quelle est la responsabilité du syndic quant à l'obligation de produire, et ce, dans les circonstances où il ne peut obtenir d'information du failli. La réponse est au paragraphe 162(3) L.I.R. et correspond à une pénalité de 10 $ par jour pour un maximum de 50 $. Une personne devant déposer une déclaration de revenus pour une autre personne ne peut être visée par le paragraphe 162(1) L.I.R.[84]

Rappelons que le syndic ne peut jamais être responsable pour plus que la valeur des actifs de la faillite, et ce, en vertu de l'alinéa 128(1)e) L.I.R.

2.9. CERTIFICAT AVANT RÉPARTITION

Les paragraphes 159(2) et 159(3) L.I.R. prévoient l'obligation du représentant légal, sous peine d'une responsabilité personnelle, d'obtenir l'autorisation des autorités fiscales avant de faire une distribution des biens dont il a la responsabilité. Cette obligation ne s'applique pas à un syndic de faillite.

---

82 Par. 129(1.1), 129(3) et 186(2) L.I.R.

83 Par. 150(3) et 186(2) L.I.R.

84 *Ross* c. *MRN*, 50 D.T.C. 775 (C. de l'É.).

2.10. EXONÉRATION DE L'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.

Le sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. prévoit les modalités pour que les intérêts versés sur une dette et payables à un non-résident ne soient pas assujettis à une retenue à la source. On parle généralement d'un prêt à une personne non liée par un non-résident dont le capital, sauf exception, ne peut être remboursable avant cinq ans, sauf pour un pourcentage de 25 %. Le remplacement d'une dette pourrait faire en sorte que l'exception ne s'applique plus[85]. Pour sa part, le paragraphe 212(3) L.I.R. prévoit qu'un titre de remplacement de la dette initiale sera présumé avoir été émis à la date de la dette initiale si le titre de remplacement a été émis dans le cadre d'une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, dans le cas où les actifs sous l'administration d'un séquestre et à un moment où les conditions attachées à la dette n'étaient pas respectées en raison des difficultés financières de l'émetteur[86]. De plus, il faut que le titre serve au financement d'une activité exploitée activement au Canada par la société émettrice, ou une autre société canadienne avec laquelle elle a un lien de dépendance, et que les intérêts sur l'ancienne dette n'avaient pas été assujettis à la retenue à la source conformément au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.

2.11. RÉCLAMATION GARANTIE EN VERTU DE LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ*

Dans le cadre des procédures de recouvrement, les autorités fiscales peuvent obtenir un certificat attesté par un tribunal faisant état de la dette fiscale d'un contribuable, lequel est enregistré à la Cour. Une fois enregistré, ce document accorde une sûreté ou une priorité à cette dette de l'État[87].

Dans de telles circonstances, la garantie ainsi accordée par la loi est présumée être une réclamation garantie en vertu de l'alinéa 86(2)a) et du paragraphe 87(1) L.F.I. Ce constat est important puisqu'un créancier garanti a nécessairement plus de droits qu'un créancier ordinaire lors de la faillite

---

85 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-361R3, « Exemption de l'impôt de la Partie XIII sur les intérêts versés à des non-résidents », 12 février 1996.

86 Sur la position de l'ADRC concernant les difficultés financières, voir les *Bulletins d'interprétation* IT-507, « Obligations pour le développement de la petite entreprise et obligations pour la petite entreprise », 8 mai 1987, et IT-527 « Actions privilégiées émises dans une situation de difficultés financières », 12 juin 1995.

87 Par. 223(11.1) L.I.R.

d'une personne. Remarquons qu'un certificat obtenu en vertu du paragraphe 223(11.1) L.I.R. peut viser autant l'impôt sur le revenu que les déductions à la source (ci-après « DAS »), la TPS et la TVQ. Nous verrons les droits du fisc en matière de fiducie présumée à la section 3.

2.12. SAISIE-ARRÊT

Il s'agit de ce que certains nomment la « super priorité » du fisc car, nonobstant la législation sur la faillite, le fisc peut intercepter toute somme due au failli par un tiers ou due par un tiers à un créancier garanti du failli[88]. Cette « super priorité » ne s'applique que pour les dettes fiscales visées au paragraphe 227(10.1) L.I.R., notamment en ce qui concerne les retenues à la source, l'impôt des non-résidents, les cotisations pour non-versement dans une convention de retraite. La section 3. du présent texte traite des droits du fisc en ce qui concerne les créances fiscales.

2.13. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Ce sujet est discuté à la section 4.1. de ce texte.

2.14. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Aux fins de la définition de « personnes liées » relative à la déduction pour petite entreprise, une personne qui détient un droit immédiat ou futur, conditionnel ou non à des actions d'une société ou d'en contrôler le vote, est présumée les détenir à titre de propriétaire sauf si ce droit prend naissance à cause de la faillite d'un particulier[89].

Le même principe s'applique relativement à la détermination si deux ou plusieurs sociétés sont associées aux fins de la législation telle que cette expression est définie dans la loi[90].

---

88 Par. 224(1.2) L.I.R.

89 Al. 251(5)b) L.I.R.

90 Par. 256(1.4) L.I.R.

3. LE RECOUVREMENT DES CRÉANCES FISCALES

3.1. LES DROITS DU FISC À LA DATE DE LA FAILLITE[91]

3.1.1. Introduction générale

S'il est un sujet épineux qui hante plusieurs praticiens exerçant dans le domaine de la faillite et représentant les institutions financières et les autres créanciers garantis ou ordinaires, c'est bien celui de la priorité des créances fiscales de l'ADRC et du MRQ. Pour une compréhension plus approfondie de ces notions, nous vous référons aux ouvrages de Louis L'Heureux[92] et de Francis L. Lamer[93].

Il ne faut pas oublier que la règle générale en matière de faillite veut qu'à compter de la date de la faillite, les réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties[94], à l'exception des cas spécifiquement énumérés aux paragraphes 67(2) et 67(3) L.F.I.

Une fiducie présumée est un patrimoine d'affectation autonome et distinct dont le seul bénéficiaire est la Couronne fédérale ou provinciale. Les actifs qui font partie de ce patrimoine, incluant les créances garanties, ne peuvent être saisis ou livrés à d'autres personnes que les bénéficiaires. Par exemple, le paragraphe 227(4) L.I.R. prévoit que « toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la Loi est réputée (Partie I, Partie XIII et autres) malgré toute autre garantie […] le détenir en fiducie pour sa Majesté […] ».

Les règles du jeu en ce domaine ont beaucoup évolué depuis ces 10 dernières années. Une des premières décisions rendues par la Cour suprême du Canada est celle qui fut rendue dans l'affaire *Dauphin Plains Credit Union Ltd.* c. *Xyloid Industries Ltd*.[95] au début des années 80.

---

91 Voir également Alain ROBICHAUD, « Le fisc : un créancier à maîtriser », dans *Colloque – Créativité financière pour l'entreprise québécoise*, 132 (jour 1), Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 7:1-28.

92 Louis L'HEUREUX, *La fiducie présumée de la Loi de l'impôt sur le revenu*, Toronto, Carswell, 2002.

93 Francis L. LAMER, *Priority of Crown Claims in Insolvency*, Toronto, Carswell, 2002.

94 Par. 86(1) L.F.I.

95 [1980] 1 R.C.S. 1182.

Dans cette cause, le juge Pigeon, parlant pour la majorité, établissait deux théories quant à la fiducie de ce que l'on appelait à l'époque « de recouvrement ». Il s'agissait premièrement de celle de la « fiducie présumée » qui, pour exister, requérait que les sommes dues au fisc se devaient d'être tenues séparément des autres sommes détenues par le débiteur fiscal pour conférer au fisc une priorité.

La seconde, plutôt applicable en *common law*, exigeait une charge fixe par rapport à une charge flottante pour que le fisc exécute sa priorité. Généralement, la notion de fiducie impliquait une charge flottante sur les biens du failli et venait donc en second rang après les créanciers qui détenaient des charges fixes.

Cette règle a toujours été confirmée jusqu'en 1997 dans l'arrêt *Banque Royale du Canada* c. *Sparrow Electric Corp*.[96] où, par voie d'*obiter dictum*, le juge Iacobucci avança le raisonnement suivant :

> « Finalement, je tiens à souligner qu'il est loisible au législateur d'intervenir et d'accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224 (1.2) L.I.R. illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribue à sa Majesté certaines sommes "malgré toute autre garantie au titre de ce(s) somme(s)", et prévoit qu'elles "doi(ven)t être payée(s) au Receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce(s) somme(s)". Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d'utiliser des termes aussi clairs[97]. »

Ainsi, fort de cet avis de la Cour suprême, le législateur fédéral a introduit les paragraphes actuels 227(4) à 227(4.3) L.I.R. qui donnent priorité à la fiducie présumée de l'ADRC comme nous le verrons ci-après. L'état du droit sur la « super priorité » de la Couronne nous est bien expliqué dans la décision *First Vancouver Finance* c. *MRN*[98]. D'abord, rappelons que l'article 227 et plus précisément les nouveaux paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R. furent adoptés en 1998[99] à la suite de la décision de la même Cour dans la cause *Sparrow Electric*. En résumé :

- le fisc est un créancier involontaire qui, contrairement à une banque, ne connaît pas la situation financière du débiteur fiscal. « C'est pourquoi la

---

96 [1997] 1 R.C.S. 411 (ci-après « *Sparrow Electric* »).

97 *Id*., 485.

98 [2002] 2 R.C.S. 720.

99 Projet de loi technique 1995-97 applicable à compter du 15 juin 1994.

L.I.R. accorde au ministère la priorité de rang sur les autres créanciers pour la perception des versements d'impôt et de taxes en souffrance[100] »;

> « […] le législateur n'a pu vouloir que l'employeur qui manque à ses obligations un jour et qui touche une somme importante le lendemain échappe en grande partie à l'application de la fiducie réputée et continue d'affecter les fonds détournés à l'exploitation de son entreprise. Une telle situation irait à l'encontre de l'intention du législateur d'accorder au ministre de grands pouvoirs de perception au moyen de la fiducie réputée[101] »;

- par les mots « malgré toute autre garantie », le Ministère a attribué à la Couronne une priorité absolue à la fiducie réputée, et ce, nonobstant toute garantie déjà détenue par un créancier garanti[102];

- la super priorité prend effet malgré toute autre garantie et se matérialise en cas de non-versement des retenues à la source (selon les modalités et dans le délai prévu par la loi). La fiducie est donc enclenchée dès qu'il y a un manquement à l'obligation de remettre à la Couronne les retenues à la source[103];

- la fiducie prend effet rétroactivement à compter du moment où le montant est déduit ou retenu (par 227(4.1) *in fine* L.I.R.);

- le montant est séparé des biens de la personne qui déduit ou retient un montant et ne fait pas partie de ses biens (al. 227(4.1)a) L.I.R);

- le montant est présumé détenu par la personne en fiducie pour la Couronne fédérale (par. 227(4) L.I.R.);

- la fiducie s'applique à la fois aux biens détenus par le débiteur fiscal au moment de sa création et à tous les biens du débiteur fiscal au fur et à mesure qu'il en devient le propriétaire. La mention du mot « produit » des biens indique qu'un bien acquis au moyen de l'aliénation par le débiteur d'un bien détenu en fiducie après la matérialisation de la fiducie est assujetti à celle-ci[104];

---

100 *Sparrow Electric*, précité, note 96, par. 23.

101 *Id.*, par. 35.

102 *Id.*, par. 26.

103 *Id.*, par. 27.

104 *Id.*, par. 32.

- la fiducie réputée « s'apparente sur le plan des principes à une charge flottante grevant la totalité des biens du débiteur fiscal au profit de sa Majesté »[105];

- le législateur peut qualifier la fiducie comme il l'entend, il n'est pas lié par les contraintes découlant des principes habituels du droit des fiducies[106];

- la cession de biens détenus en fiducie n'a pas pour effet de les soustraire à l'application de la fiducie réputée[107];

- le mécanisme s'apparente, sur le plan des principes, à une charge flottante grevant, jusqu'à concurrence du montant en souffrance, tous les biens du débiteur fiscal[108];

- la nature des biens assujettis à la fiducie réputée peut changer dans le temps[109];

- lorsque le débiteur fiscal vend un élément de son actif, la fiducie réputée cesse de s'appliquer à cet élément mais la contrepartie touchée est dès lors détenue en fiducie[110];

- le législateur n'aurait pu prévoir que les biens aliénés par le débiteur fiscal continuent d'être détenus en fiducie. Ceci aurait été contraire à la jurisprudence qui reconnaît qu'en l'absence de termes clairs, l'impôt dû par une personne ne peut être perçu sur les biens d'une autre personne[111];

---

105 *Id*., par. 4.

106 *Id*., par. 34.

107 *Id*., par. 39.

108 *Id*., par. 40.

109 *Id*., par. 41.

110 *Id*., par. 42.

111 *Id*., par. 23; voir aussi *Pemberna on the Red Development Corp.* c. *Triman Industries Ltd*., (1991) 85 D.L.R. (4e) 29 (C.A. Man.).

- l'application de la fiducie réputée au bien vendu à un tiers serait d'avantage susceptible de nuire à la perception des créances du ministère plutôt que de les faciliter[112].

3.1.2. Créances visées par super priorité découlant des paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R. et de l'article 20 L.M.R.

Il s'agit des retenues à la source que les autorités fiscales exigent d'un payeur lorsqu'il verse des sommes bien précises, lesquelles sont énumérées dans la loi.

En ce qui concerne la *Loi sur l'assurance-emploi*[113], ce n'est que la part de l'employé qui fait l'objet de la fiducie présumée[114].

3.1.3. Droits de l'ADRC

En matière de retenues à la source, les droits de l'ADRC sont prévus aux paragraphes 227(4.1) à 227(4.3) et à l'article 2201 R.I.R.

Ainsi, la loi crée une fiducie présumée en faveur de l'ADRC en ce qui concerne les retenues à la source faisant en sorte que nonobstant une faillite, l'ADRC a un droit prioritaire sur les biens du débiteur fiscal jusqu'à concurrence du montant des déductions à la source non remises à l'ADRC, et ce, en priorité aux droits de tout créancier garanti, incluant ceux qui détenaient déjà une garantie à la date où les déductions à la source sont devenues impayées.

Il existe toutefois une exception en ce qui concerne les hypothèques immobilières, dans certains cas, enregistrées avant la date où la fiducie présumée a pris naissance[115].

Les règles sont différentes en matière de TPS puisque par suite de l'étude et de l'analyse de l'article 2201 R.I.R., nous devons en venir à la

---

[112] *Sparrow Electric*, précité, note 96, par. 45.

[113] L.R.C. 1996, c. 23 (ci-après « L.A.E. »).

[114] Par. 86(2) L.A.E. et *Ledcor Design-Build (B.C.)* c. *Smithers Constructors Inc.*, [2000] 3 C.T.C. 412.

[115] Art. 2201 R.I.R.

conclusion qu'il existe diverses restrictions au principe général voulant que les hypothèques immobilières soient exemptées de l'application de la règle de la super priorité.

Ces cinq restrictions peuvent être résumées comme suit :

a) les seules hypothèques protégées et non affectées par les dispositions relatives à la fiducie présumée sont les hypothèques enregistrées avant la naissance de la fiducie présumée, c'est-à-dire les hypothèques enregistrées avant le prélèvement des déductions à la source qui n'ont pas été payées aux autorités fiscales. En effet, le créancier hypothécaire qui détient une hypothèque immobilière sur un immeuble n'est pas protégé s'il existe déjà des déductions à la source impayées à la date où il enregistre son hypothèque immobilière;

b) lorsque l'hypothèque grève à la fois un fonds de terre ou un bâtiment ainsi que d'autres biens en même temps, seule la partie de l'hypothèque qui affecte le fonds de terre ou le bâtiment est considérée comme une garantie visée par le *Règlement de l'impôt sur le revenu*;

c) dans le cas d'un crédit rotatif, les avances consenties par le prêteur après le défaut de son emprunteur de payer les déductions à la source doivent être exclues du calcul aux fins de la détermination du montant de la garantie hypothécaire exemptée de sorte que les avances consenties par le prêteur postérieurement au défaut de son emprunteur de payer les déductions à la source seront subordonnées à la fiducie présumée;

d) la garantie hypothécaire immobilière exemptée sera aussi limitée par les sûretés supplémentaires accordées au créancier hypothécaire. Le montant de la garantie hypothécaire immobilière visée par le *Règlement de l'impôt sur le revenu* doit donc être réduit de la valeur des sûretés supplémentaires détenues par le créancier hypothécaire.

e) finalement, l'alinéa 2201(2)b) R.I.R. prévoit que la garantie hypothécaire exemptée devra aussi être réduite des montants payés par le débiteur ou crédités à celui-ci après son défaut de payer les déductions à la source.

En effet, le libellé du paragraphe 222(1) L.T.A. ne reprend pas le libellé du paragraphe 227(4.1) L.I.R.

De plus, le paragraphe 222(1.1) L.T.A. mentionne que la fiducie présumée ne s'applique pas à compter du moment de la faillite aux montants perçus par le débiteur avant la faillite.

Insistons enfin sur le fait qu'un montant perçu et isolé dans un compte distinct pour le fisc bénéficierait au fisc car l'on se retrouverait alors en présence d'une fiducie réelle parfaitement valide et opposable même en situation de faillite.

3.1.4. Droits du MRQ

Bien que l'article 2651(4°) C.c.Q. accorde une priorité à l'État québécois (et non à l'État fédéral) sur les biens meubles du débiteur fiscal à l'égard de l'ensemble des dettes fiscales dues par celui-ci au MRQ, c'est l'article 20 L.M.R. qui crée une fiducie présumée de nature similaire à celle créée en vertu des paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R. en ce qui concerne l'ensemble des montants déduits, perçus ou retenus. Il faut souligner que la *Loi sur le ministère du Revenu* vise la *Loi sur les impôts* mais également la *Loi sur la taxe de vente du Québec* et toute autre loi de nature fiscale.

Rappelons que le paragraphe 67(3) L.F.I. accorde la même valeur à une fiducie présumée créée au niveau provincial que celle créée au niveau fédéral dans la mesure où les conditions d'application sont respectées :

> « Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputé avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier. »

Par ailleurs, pour bénéficier du paragraphe 67(3) L.F.I., il faut que la loi provinciale créant la fiducie présumée vise des impôts similaires à ceux décrits au paragraphe 227(4) L.I.R. qui vise essentiellement les retenues à la source. Le paragraphe 227(4) L.I.R. se lit comme suit :

> « Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vertu de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévues par la présente loi. »

L'article 20 L.M.R. réfère à tout montant déduit, retenu ou perçu, ce qui inclut non seulement les déductions à la source, mais également les montants perçus au titre de la TVQ. Il est donc beaucoup plus vaste dans sa portée, tel qu'il est rédigé, que les paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R qui, eux, ne s'appliquent qu'aux déductions à la source et aux sommes déduites en vertu

de la *Loi sur le régime de pensions du Canada*[116] de même qu'en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

Le paragraphe 67(3) L.F.I. a donc fait l'objet d'amendements de manière à reconnaître l'application d'une fiducie présumée à l'égard de toute loi provinciale créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à la Couronne provinciale le paiement des sommes à déduire ou à retenir pourvu que la loi provinciale prévoie un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que celle de ses dispositions qui le crée soit pour l'essentiel identique au paragraphe 227(4) L.I.R.

À la suite de cet amendement, il est maintenant clair que la dernière partie du paragraphe 67(3) L.F.I. prévoit que toute disposition de la loi provinciale créant une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif provincial ou fédéral qui crée une fiducie présumée et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

En conséquence, en situation de faillite, il faut donc en venir à la conclusion que la fiducie présumée qui est prévue à l'article 20 L.M.R. continue à s'appliquer et à avoir plein effet à l'égard des déductions à la source provinciales.

De plus, les amendements qui ont été apportés au paragraphe 67(3) L.F.I. ainsi qu'à l'article 20 L.M.R. font maintenant en sorte que la fiducie présumée québécoise est valide, même en situation de faillite, nonobstant le fait que les sommes soient déduites ou retenues en vertu d'une loi autre que la *Loi sur le ministère du Revenu*.

En effet, la créance de la Couronne provinciale découle, en ce qui concerne les déductions à la source provinciales, de la *Loi sur les impôts*, alors que la fiducie présumée découle plutôt d'une disposition dans la *Loi sur le ministère du Revenu.*

Malgré le libellé du paragraphe 227(4.1) L.I.R. et de l'article 20 L.M.R., il semble qu'en pratique les deux paliers de gouvernement se partagent, au prorata de leurs créances, les sommes réalisées à même leur fiducie présumée, bien que l'ADRC pourrait prétendre techniquement détenir une

---

[116] L.R.C. (1985), c. C-8.

priorité en matière de retenues à la source prévues aux paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R.

3.1.5. À quel moment les droits du fisc prennent-ils naissance?

Les paragraphes 227(4) à 227(4.2) L.I.R. créent en quelque sorte une fiducie présumée en deux volets : premièrement, lorsque la déduction à la source au nom du fisc est effectuée, et ce, pour le montant retenu uniquement et en second lieu, lorsque le montant de la déduction n'est pas remis dans les délais prescrits par la loi. À ce moment, ce sont tous les biens du débiteur fiscal qui deviennent visés par la fiducie présumée.

Comme vous l'avez noté, il faut qu'il y ait eu effectivement une retenue à la source. La Cour fédérale du Canada a eu à se prononcer dans la cause *Coopers & Lybrand Ltée* c. *MRN*[117] quant à cette question. Selon le tribunal, il y a effectivement retenue à la source lorsque les talons de paye des employés indiquent qu'il y a eu une retenue à la source.

Dans le cas où aucune retenue à la source n'est pratiquée, il n'y a pas de fiducie présumée et le fisc devient créancier ordinaire de l'employeur sous réserve d'une priorité plus spécifique ailleurs dans la loi.

3.1.6. Les biens visés par la fiducie présumée

Comme nous l'avons vu, la fiducie présumée a préséance sur les autres créanciers à l'exception du créancier garanti dont la créance est garantie par une hypothèque sur des bâtisses ou des terrains incluant les produits d'assurance ou d'expropriation sur ces immeubles sous réserve des restrictions prévues[118].

La deuxième exception est celle de la vente à tempérament ou vente conditionnelle où le vendeur du bien retient la propriété du bien jusqu'à parfait paiement du solde du prix de vente. Il semble que les tribunaux, du moins jusqu'à présent, acceptent cette exception en se basant sur la définition de l'expression « garantie » au paragraphe 224(1.3) L.I.R. Le même raisonnement s'applique en ce qui concerne le crédit-bail où il est clair que la fiducie présumée ne s'applique pas[119].

---

[117] 97 D.T.C. 5174.

[118] Par. 2201(3) R.I.R.

[119] Voir les arrêts *Daimler Chrysler Financial Service (Debis) Canada Inc.* c. *Mega Pets Ltd.*, 2001 D.T.C. 5202 (C.S.C.-B.), infirmé par [2002] B.C.C.A. 242; *Massouris*

(à suivre…)

3.1.7. Qu'en est-il des intérêts et pénalités dus au fisc?

La lecture du paragraphe 227(4) L.I.R. confirme que seul le capital est protégé par la fiducie présumée et que les intérêts et les pénalités ne sont pas visés par la fiducie présumée. Certains jugements ont confirmé cette position[120].

3.1.8. Qu'en est-il des demandes péremptoires de paiement?

Aux fins de percevoir les sommes qui lui sont dues à titre de déductions à la source impayées, l'ADRC bénéficie d'un mécanisme lui permettant de s'approprier des droits sur les créances et comptes à recevoir pouvant être dus par des tiers au débiteur fiscal, et ce, en priorité sur les droits conférés à tout créancier garanti du débiteur fiscal. Ce mécanisme s'appelle la demande formelle de paiement et il est prévu au paragraphe 224(1.2) L.I.R.

Ce droit pour la Couronne fédérale de saisir et de s'approprier les créances et comptes à recevoir dus par des tiers à son débiteur fiscal continue à s'appliquer même en situation de faillite mais il devient suspendu dans le cas du dépôt d'un avis d'intention de faire une proposition concordataire ou d'une proposition concordataire sauf si un créancier détenant des droits sur lesdits comptes à recevoir obtient lui-même d'un tribunal un jugement reconnaissant qu'il n'est plus visé par le sursis de procédures découlant du dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition concordataire.

Il est important de noter que contrairement au mécanisme de la fiducie présumée, les montants dus à titre de déductions à la source et qui sont visés par le mécanisme de ce paragraphe 224(1.2) L.I.R. comprennent le capital mais également les intérêts et les pénalités.

Par le mécanisme de cette demande formelle de paiement qui s'ajoute, à titre de mode de perception des déductions à la source, au mécanisme de la fiducie présumée, la Couronne fédérale peut donc exiger que les sommes

---

(…suite)
Construction c. *Honda Canada Finance Inc.*, [2002] J.Q. n° 595 (C.A.) et L. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 92.

[120] *Revenu Canada* c. *H & J Restaurant Ltd. (Trustee of)*, (1996) 43 C.B.R. (3e) 137 (C.A.N.-B.); *Canada (Procureur général)* c. *Campbell*, (1995) 38 C.B.R. (3e) 217 (C.A.C.-B.); *Canadian Asbestos Ltd.* c. *Bank of Montreal*, (1993) 21 C.B.R. (3e) 120 (Ont.).

dues par des tiers au débiteur fiscal, par les débiteurs du créancier garanti du débiteur fiscal ou par toute personne devenant débitrice dans un délai de 12 mois suivant la demande formelle de paiement lui soient remises, et ce, nonobstant toute garantie détenue par un créancier garanti.

Précisons à ce sujet que le paragraphe 224(1.2) L.I.R. prévoit que dès la réception d'une telle demande formelle de paiement, la somme due par les tiers débiteurs au débiteur fiscal devient la propriété de la Couronne, et ce, nonobstant toute garantie détenue par un créancier garanti jusqu'à concurrence du montant dû à l'ADRC à la suite d'une cotisation établie en vertu du paragraphe 227(10.1) L.I.R., de l'article 22 de la *Loi sur le régime de pensions du Canada*, de l'article 56 de la *Loi sur l'assurance-chômage*[121] ou de l'article 85 L.A.E.

En ce qui concerne la TPS impayée, on parle plutôt d'un « ordre de payer », lequel est prévu au paragraphe 317(3) L.T.A.

En matière de TPS impayée, nous devons conclure que le paragraphe 317(3) L.T.A. est, à toutes fins pratiques, identique au paragraphe 224(1.2) L.I.R. sauf qu'il ne contient pas les mots « malgré la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » tel qu'il est mentionné par ailleurs au paragraphe 224(1.2) L.I.R.

Nous avons vu précédemment que la Couronne fédérale pouvait, nonobstant la faillite, continuer à expédier une demande formelle de paiement même après la faillite.

Il n'en va pas de même de ce paragraphe 317(3) L.T.A. puisque celui-ci ne survit pas à la faillite avec la conséquence que par suite d'une faillite, la Couronne ne peut plus expédier l'ordre de payer prévu au paragraphe 317(3) L.T.A.

À défaut de réception d'un « ordre de payer » prévu au paragraphe 317(3) L.T.A. antérieurement à la faillite, la réclamation de la Couronne fédérale pour la TPS impayée sera une simple réclamation ordinaire non garantie dans la faillite conformément au principe général du paragraphe 86(1) L.F.I., à moins que la Couronne fédérale n'ait obtenu une hypothèque conventionnelle dûment publiée avant la faillite.

---

[121] L.R.C. (1985), c. U-1.

Il demeure par ailleurs une question en litige encore controversée donnant lieu à de nombreuses discussions lorsqu'un Ordre de payer prévu au paragraphe 317(3) L.T.A. est expédié avant la faillite.

En effet, le paragraphe 317(3) L.T.A. prévoit que la somme due par les tiers au débiteur fiscal devient la propriété de la Couronne à compter de la réception de l'Ordre de payer, de sorte que l'on doit sérieusement s'interroger sur l'impact d'une faillite subséquente, compte tenu que la somme visée par l'ordre de payer ne fait plus partie du patrimoine du débiteur fiscal au moment où celui-ci devient en faillite.

C'est dans ce sens que la jurisprudence majoritaire a statué[122].

Une position contraire avait toutefois été adoptée par le juge Gomery dans l'affaire *Central Guaranty Trust* c. *SMRQ*[123]. Dans cette affaire, le juge Gomery a conclu que ce sont les prescriptions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui doivent avoir priorité et qui s'appliquent, en s'appuyant notamment sur le fait que le paragraphe 317(3) L.T.A. n'exclut pas l'application des principes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* car il n'indique pas, comme le fait le paragraphe 224(1.2) L.I.R., « malgré la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ».

De fait, au paragraphe 317(3) L.T.A., il est plutôt indiqué « malgré tout texte législatif fédéral à l'exception de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », ce qui confirme, quant à nous, le fait que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* a priorité et continue de s'appliquer.

Selon le juge Gomery, une disposition référant spécifiquement à la faillite était donc requise au paragraphe 317(3) L.T.A. pour que cet article conserve son opposabilité en situation de faillite comme le législateur fédéral l'a fait dans le cas du paragraphe 224(1.2) L.I.R.

En somme, selon la position du juge Gomery, si le paiement n'a pas été effectué à la Couronne avant la faillite, l'ordre de payer ne peut plus avoir d'effet à compter de la faillite même s'il a été donné avant la faillite.

---

[122] *Alberta Treasury Branches* c. *MRN*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Re: Canoe Cove Manufacturing Ltd.*, (1994) 25 C.B.R. (3e) 260; *Re: San Diego Catering Ltd.*, (1995) 32 C.B.R. (3e) 132 et (1995) 42 C.B.R. (3e) 203.

[123] [1993] R.J.Q. 1559.

En ce qui concerne la Couronne provinciale, on doit plutôt parler d'« avis du ministre du Revenu à un tiers-saisi » en vertu de l'article 15 L.M.R.

Précisons toutefois que cet avis du ministre du Revenu à un tiers saisi s'applique à l'ensemble des dettes fiscales dues par un débiteur fiscal à la Couronne provinciale.

L'article 15.3.1. L.M.R. prévoit que sur réception d'un avis du ministre signifié ou transmis par courrier recommandé, le montant qui y est indiqué comme devant lui être versé devient la propriété de l'État et doit lui être remis en priorité sur toute autre sûreté donnée à l'égard de ce montant.

À première vue, il y a donc une différence importante entre l'article 15 L.M.R. et le paragraphe 224(1.2) L.I.R.

En effet, l'article 15 L.M.R. peut être utilisé par la Couronne provinciale pour l'ensemble des dettes fiscales qui lui sont dues en vertu de l'une ou l'autre des lois fiscales du Québec alors que la demande formelle de paiement prévue au paragraphe 224(1.2) L.I.R. ne vise que les déductions à la source.

Nonobstant ce fait, il a été reconnu[124] que l'article 15 L.M.R. était similaire au paragraphe 224(1.2) L.I.R.

La question intéressante vise par ailleurs à déterminer si l'article 15 L.M.R. qui s'applique à l'ensemble des dettes du débiteur fiscal envers la Couronne provinciale continue à s'appliquer lorsque survient une faillite car il est beaucoup plus vaste dans sa portée que le paragraphe 224(1.2) L.I.R.

Rappelons par ailleurs que le paragraphe 86(3) L.F.I. permet au législateur provincial d'adopter une « disposition législative provinciale identique pour l'essentiel au paragraphe 224(1.2) L.I.R. ».

Le seul article pouvant conférer des pouvoirs identiques pour l'essentiel à ceux prévus au paragraphe 224(1.2) L.I.R. est précisément l'article 15 L.M.R.

---

[124] *Giguère (syndic de)* c. *SMRQ*, [2001] R.D.F.Q. 39 (C.A.) mais d'une façon plus convaincante dans *Structal 1982* (Proposition de), [1999] R.D.F.Q. 15 (C.A.), D.F.Q.E. 99F-53 (C.A.); C.A. Québec, n° 200-09-000347-952.

Afin de concilier la portée plus large de l'article 15 L.M.R. avec le principe d'une « disposition provinciale identique pour l'essentiel » au paragraphe 224(1.2) L.I.R., nous croyons qu'il faut en venir aux conclusions suivantes en ce qui concerne la portée de l'avis du ministre du Revenu à un tiers saisi prévu à l'article 15 L.M.R. :

a) Dans un contexte d'absence de faillite, l'article 15 L.M.R. peut être utilisé par la Couronne provinciale afin de percevoir les sommes dues par les tiers débiteurs du débiteur fiscal, et ce, pour toutes les dettes fiscales pouvant être dues par un débiteur fiscal de la Couronne provinciale et ledit article a pour effet de conférer des droits prioritaires à ceux détenus par tout créancier garanti.

b) Lorsque la faillite du débiteur fiscal survient, l'article 15 L.M.R. ne peut être utilisé qu'aux fins de percevoir les sommes dues à titre de déductions à la source impayées compte tenu que le paragraphe 86(3) L.F.I. exige que la disposition provinciale soit identique pour l'essentiel au paragraphe 224(1.2) L.I.R.

3.2. ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE

Deux décisions importantes ont été rendues récemment. Dans l'affaire *Chibou-Frac (Syndic de)*[125], la question en litige était la suivante : le sous-ministre du Revenu du Québec (ci-après « SMRQ ») est-il un créancier ordinaire quant aux montants de TPS et de TVQ perçus par le syndic de la débitrice et remis en fidéicommis aux procureurs du syndic et de la débitrice?

Dans cette affaire, on peut résumer les faits comme suit : avant sa faillite, une débitrice détenait une créance contre Noranda et cette créance comprenait des sommes dues à titre de TPS et de TVQ. Ces sommes ont été versées au syndic après la faillite de la débitrice et les sommes ainsi perçues ont été déposées en fidéicommis entre les mains des procureurs, et ce, dans l'attente d'une décision quant à leur propriété.

Le SMRQ prétendait que la débitrice de même que le syndic agissaient à titre de mandataires et non à titre de propriétaires en ce qui concerne les montants perçus à titre de TPS et TVQ.

---

[125] J.E. 2003-1855 (C.S.).

Dans un premier temps, la Cour en vient à la conclusion que les montants de TPS et TVQ détenus par la débitrice ne sont pas protégés par la fiducie présumée qui est visée par le paragraphe 67(3) L.F.I.

Par ailleurs, la Cour conclut que le SMRQ est bien fondé de réclamer les sommes ayant été déposées dans le compte en fidéicommis des procureurs de la débitrice, puisque le syndic agissait à titre de mandataire aux fins de la perception de la TPS et de la TVQ. Le tribunal fut évidemment fortement influencé par le fait que les montants en cause étaient toujours identifiables et retraçables parce qu'ils étaient détenus dans le compte en fidéicommis des procureurs du syndic.

Nous sommes personnellement en désaccord avec cette décision, qui est lourde de conséquences en matière de faillite.

En effet, le juge Laurent Guertin associe à la gestion des actifs visés par l'alinéa 265(1)a) L.T.A. le simple fait de percevoir des créances pourtant nées antérieurement à la faillite.

Selon nous, cette interprétation de l'alinéa 265(1)a) L.T.A. a pour effet de changer l'ordre de collocation prévu à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité,* ce qui ne devrait pas être possible à moins d'un texte juridique clair émanant du législateur fédéral lui-même.

Il est à noter par ailleurs que cette décision, rendue en date du 29 août 2003, n'a pas été portée en appel.

Malgré l'avis contraire exprimé par le juge Guertin dans cette affaire, nous sommes personnellement d'opinion que l'expression « gestion des actifs du failli » telle qu'elle est utilisée à l'alinéa 265(1)a) L.T.A. ne doit pas s'étendre à l'activité de perception par le syndic de créances nées antérieurement à la faillite.

Une seconde décision fort importante sur la responsabilité des créanciers garantis, eu égard au paiement des sommes dues à titre de déductions à la source, a été rendue dans l'affaire *MRN* c. *Banque Nationale du Canada, Caisse populaire d'Amos et Caisse populaire Desjardins de Lebel-sur-Quévillon*[126].

---

[126] [2004] D.T.C. 6145.

Il s'agit dans cette affaire d'un jugement rendu par la Cour d'appel fédérale en ce qui concerne la responsabilité de créanciers hypothécaires ayant réalisé leurs hypothèques mobilières.

Par suite du défaut de leur débiteur, lesdits créanciers hypothécaires ont réalisé leurs sûretés mobilières en procédant respectivement par saisie, prise en paiement et vente sous contrôle de justice.

Le ministre du Revenu national (ci-après « MRN ») a donc réclamé à chacun de ces créanciers hypothécaires le versement du produit découlant de la vente des biens mobiliers jusqu'à concurrence des montants de déductions à la source impayées, c'est-à-dire jusqu'à concurrence des montants retenus à la source mais non remis par les débiteurs fiscaux.

Les deux questions en litige soulevées dans cette importante affaire sont les suivantes :

a) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en appliquant le droit provincial à titre supplétif quant à la procédure aux fins de faire valoir les droits découlant du paragraphe 227(4.1) L.I.R. et du paragraphe 86(2.1) L.A.E.?

b) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en qualifiant les créancières hypothécaires d'acquéreurs de bonne foi de façon à soustraire à l'application de la fiducie présumée les biens qu'elles ont pris en paiement, saisis ou obtenus par délaissement?

En ce qui concerne la première question en litige ci-dessus mentionnée, la Cour d'appel fédérale en vient à la conclusion qu'un créancier garanti qui ne respecte pas l'obligation statutaire de payer au Receveur général le produit de biens assujettis à la fiducie présumée en priorité sur sa garantie engage sa responsabilité personnelle et devient personnellement responsable et redevable du montant dû au Receveur général à titre de déductions à la source impayées. Comme, dans cette affaire, les créancières hypothécaires avaient reçu le produit découlant de la vente des biens assujettis à la fiducie présumée et qu'elles n'avaient pas effectué les remises requises au Receveur général, le MRN détenait un argument valable afin de recouvrer les montants dus à titre de déductions à la source impayées desdits créanciers garantis.

En ce qui concerne la seconde question en litige, la Cour d'appel fédérale en vient à la conclusion qu'il y a application de la fiducie réputée dès qu'il y a manquement à l'obligation de verser les retenues à la source. De plus, selon la Cour d'appel fédérale, les biens sont réputés être détenus en

fiducie à compter du moment où le montant est déduit ou retenu et ce, suivant l'alinéa 227(4.1)a) L.I.R.

En s'appuyant sur les principes élaborés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *First Vancouver Finance* c. *MRN*[127], la Cour d'appel fédérale a statué que la fiducie réputée prend effet rétroactivement au moment où les retenues à la source ont été faites. De plus, selon la Cour, les seuls biens du débiteur fiscal qui sont susceptibles d'échapper à la l'application de la fiducie présumée sont ceux dont le débiteur fiscal s'est départi dans le cadre normal de ses activités, auquel cas la fiducie présumée s'étend au produit de vente ou au bien de remplacement.

À la suite de cette décision, il faut donc conclure que seuls les biens dont le débiteur fiscal se départit dans le cadre normal de ses activités ne sont pas couverts par la fiducie réputée, avec la conséquence que les créanciers hypothécaires qui exercent les droits découlant de leurs hypothèques mobilières ne peuvent en aucune façon être assimilés à des tiers acquéreurs.

3.3. RÉSUMÉ DES PRINCIPES APPLICABLES EN SITUATION DE FAILLITE

En résumé, les principes à retenir en situation de faillite sont les suivants :

a) Le paragraphe 86(1) L.F.I. reconnaît à titre de principe général que l'ensemble des dettes fiscales dues à la Couronne, tant fédérale que provinciale, de même qu'à ses agents ou mandataires constitue une créance ordinaire non garantie.

Ce principe général souffre cependant de multiples exceptions, dont notamment les suivantes :

– si la Couronne fédérale a dûment fait publier avant la faillite une hypothèque conventionnelle qui lui a été consentie par son débiteur fiscal conformément au paragraphe 86(2) L.F.I.;

– si la Couronne provinciale a dûment fait publier avant la faillite, soit une hypothèque légale dont elle peut se prévaloir puisqu'elle est considérée comme l'État (art. 87 L.F.I. et art. 2724 C.c.Q.), soit une hypothèque conventionnelle (par. 86(2) L.F.I.).

---

[127] Précité, note 98.

b) En ce qui concerne les sommes dues à titre de déductions à la source impayées, celles-ci font l'objet, tant en ce qui concerne la Couronne fédérale que provinciale, d'une fiducie réputée ayant pour effet de conférer à la Couronne une super priorité sur l'ensemble des biens du débiteur fiscal, et ce, même en situation de faillite, laquelle fiducie présumée est opposable tant à un syndic de faillite qu'à un créancier garanti (par. 67(3) L.F.I., par. 227(4) et 227(4.1) L.I.R. et art. 20 L.M.R.).

c) Aux fins de la perception des montants dus à titre de déductions à la source impayées, la Couronne fédérale bénéficie d'un mécanisme additionnel qui s'appelle « demande péremptoire de paiement » en vertu du paragraphe 224(1.2) L.I.R. En ce qui concerne la Couronne provinciale, elle bénéficie du mécanisme prévu à l'article 15 L.M.R., soit l'avis du ministre du Revenu à un tiers saisi et nonobstant le fait que ce mécanisme vise l'ensemble des dettes fiscales, il ne continue à s'appliquer en situation de faillite qu'à l'égard des sommes dues à titre de déductions à la source impayées.

d) Dans le cas des sommes dues pour la TVQ impayée, il s'agit d'une créance ordinaire non garantie sauf s'il y a eu publication d'une hypothèque conventionnelle ou légale par la Couronne provinciale avant la faillite, laquelle hypothèque prendra rang par ailleurs suivant sa date de publication conformément aux principes généraux applicables en matière d'hypothèques (art. 2941 et 2945 C.c.Q.).

e) Dans le cas de la TPS impayée, on peut indiquer à titre général qu'il s'agit d'une créance ordinaire non garantie, sauf dans les cas suivants :

– la Couronne fédérale a obtenu et fait publier avant la faillite une hypothèque conventionnelle lui ayant été consentie par son débiteur fiscal;

– lorsqu'un ordre de payer en vertu du paragraphe 317(3) L.T.A. a déjà été expédié aux tiers débiteurs des créances dues au débiteur avant la faillite. En effet, dans un tel cas, il y a controverse quant à savoir si les créances dues par ces tiers débiteurs font ou non partie du patrimoine du débiteur fiscal dont le syndic obtient la saisine au moment de la faillite. La jurisprudence majoritaire a en effet reconnu, en s'appuyant sur la formulation même du paragraphe 317(3) L.T.A., que la Couronne est réellement devenue propriétaire des sommes dues par les tiers débiteurs du débiteur fiscal, et ce, dès la réception de l'ordre de payer prévu au paragraphe 317(3) L.T.A.

f) Il y a également un autre cas où il s'agit d'un cas d'exception au principe général prévu au paragraphe 86(1) L.F.I. ci-dessus mentionné et c'est celui où il y a eu véritablement création d'une fiducie réelle en faveur de la Couronne, soit le cas où les montants de TPS et de TVQ perçus par le débiteur fiscal avant sa faillite étaient détenus réellement en fiducie par lui dans un compte distinct et séparé au moment de la survenance de la faillite. En effet, si une telle fiducie réelle existait véritablement à la date de la faillite, la Couronne est véritablement en droit de prétendre ne pas être touchée par la faillite vu le paragraphe 67(2) L.F.I. et l'alinéa 67(1)a) L.F.I. qui prévoient que les biens d'un failli constituant le patrimoine attribué à ses créanciers ne comprennent pas les biens détenus par le failli en fiducie pour une autre personne.

4. QUESTIONS CONNEXES ET INCIDENCES DE LA FAILLITE SUR LES TIERS

4.1. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Ce sujet pourrait faire l'objet d'une conférence par lui-même[128]. Rappelons brièvement les règles applicables relativement à la responsabilité des administrateurs pour certains impôts dus par la société[129].

a) L'administrateur sera responsable pour l'omission par la société de retenir ou de remettre une somme prévue aux paragraphes 135(3) L.I.R. (ristourne) et 153(1) L.I.R. (DAS – employé), à l'article 215 L.I.R. (non-résident) et aux Parties VII (émission d'actions admissibles) et VIII (Impôt R & D) L.I.R.

b) Les conditions d'application suivantes doivent être respectées[130] :

– un certificat a été obtenu du fisc par un tribunal attestant le défaut d'exécution total ou partiel selon l'article 223 L.I.R.;

---

128 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-2R, « Responsabilité des administrateurs – Article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* », 27 juin 1997. Voir également Réjean J. BOUDREAU, Gérard GRENIER, Jean LOZEAU et Joe STARNINO, « Étude de cas D – Insolvabilité causée par des dettes fiscales : proposition concordataire *vs* faillite », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 49:1-75.

129 Art. 227.1 L.I.R.

130 Par. 227.1(2) L.I.R.

– il ne s'est pas écoulé six mois depuis la demande de dissolution;

– il ne s'est pas écoulé six mois depuis la date où le fisc devait faire une réclamation prouvable selon la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

c) L'administrateur peut invoquer une défense de diligence raisonnable à l'encontre d'une cotisation du fisc[131].

d) Toute action se prescrit par deux ans depuis la date où l'administrateur a cessé pour la dernière fois d'être administrateur[132]. En ce domaine, il est nécessaire d'établir clairement la date de la démission d'un administrateur. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[133] et la *Loi sur les compagnies*[134] contiennent des dispositions claires à cet effet. De plus, un envoi doit être envoyé dans les 15 jours suivant la démission soit à l'Inspecteur des institutions financières, soit au Directeur des institutions financières[135].

La jurisprudence sur la notion de diligence de l'administrateur est très volumineuse et on ne peut que constater qu'il s'agit à toutes les fois de situations d'analyse cas par cas. On réfère régulièrement à l'arrêt *Soper* c. *La Reine*[136] où on énumère les règles générales de diligence raisonnable, à savoir :

- S'agit-il d'un administrateur qui a volontairement favorisé d'autres créanciers au détriment des autorités fiscales, auquel cas la responsabilité est retenue. Il est intéressant de noter que dans la cause de *Blanchard* c. *La Reine*[137], l'administrateur tentait de démontrer à la Cour qu'il avait agi avec diligence en voulant sauver son entreprise et les emplois et qu'en toute objectivité, la décision était de ne pas payer les retenues à la source

---

131 Par. 227.1(2) L.I.R. Voir sur le sujet la position de l'ADRC, *op. cit.*, note 128, par. 11 à 18.

132 Par. 227.1(4) L.I.R.

133 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

134 L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C.Q. »).

135 Par. 108(2) et art. 113 L.C.S.A.; art. 123.76 et 123.81 L.C.Q.; voir également Paul RYAN, « La responsabilité des tiers en matière fiscale », (1996) vol. 18, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 339-352.

136 97 D.T.C. 5407 (C.A.F.) (ci-après « *Soper* »).

137 2000 D.T.C. 2255 (C.C.I.).

mais bien les autres fournisseurs pour continuer à exploiter l'entreprise et ainsi espérer remonter la pente. Bien qu'ayant attiré la sympathie du juge, cet argument n'a pas modifié la décision de le tenir responsable des retenues à la source non effectuées.

- S'agit-il d'un administrateur qui n'a été nommé que pour la forme, sans expérience et sans même avoir le pouvoir pour faire quoique ce soit dans la société, les décisions étant prises par d'autres personnes? S'agit-il d'un administrateur qualifié de marionnette au sens de la jurisprudence? Cette situation se retrouve souvent dans des compagnies familiales où le patriarche dirige toute l'entreprise sans que les enfants puissent faire quoique ce soit et avoir quelque influence sur les décisions de l'entreprise[138]. Dans de telles situations, la jurisprudence va dans le sens de ne pas retenir la responsabilité de tels administrateurs.

- S'agit-il d'un administrateur activement impliqué dans l'entreprise? Le niveau de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement par une société est plus élevé pour les administrateurs activement impliqués dans les opérations[139].

- Le niveau de diligence est-il le même dans le cas d'une entreprise en difficulté financière? Une telle situation devrait alerter l'administrateur sur les risques que la société n'honore pas ses obligations vis-à-vis le fisc[140].

Par ailleurs, plus précisément au niveau de la faillite, on peut se poser les trois questions suivantes :

a) Est-ce que la faillite d'une société emporte automatiquement la démission d'un administrateur?

En effet, le paragraphe 227.1(4) L.I.R. prévoit que les autorités fiscales ne peuvent exiger de l'administrateur des montants non remis par la société plus de deux ans après que l'administrateur ait remis sa démission.

Dans ce contexte, il est très important que l'administrateur remette sa démission puisque ni la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, ni la législation

---

138 *Dirienzio* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 2230 (C.C.I.).

139 *Soper*, précité, note 136.

140 *Id*.

fédérale et québécoise sur les sociétés ou compagnies, ni la législation fiscale en tant que telle ne prévoient une disposition faisant en sorte que l'administrateur d'une société insolvable est présumé avoir remis sa démission[141].

b) Est-ce qu'une proposition concordataire prévoyant également la libération des administrateurs à l'égard de certaines dettes incluant les remises gouvernementales a effectivement pour effet de libérer les administrateurs de leur responsabilité fiscale?

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, à son paragraphe 50(13), et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[142], à son paragraphe 99(3), autorisent et permettent à la compagnie d'inclure dans sa proposition que l'acceptation de celle-ci ait également pour effet de libérer les administrateurs de leur responsabilité, quelle qu'elle soit.

Il est devenu courant de demander à l'intérieur d'une proposition la libération des administrateurs. La décision rendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *BlueStar Battery System International Corp.*[143] est intéressante à ce sujet.

Dans l'affaire *BlueStar*, les autorités fiscales fédérales cherchaient à réclamer contre la compagnie la portion de la TPS qui avait été annulée lors de l'acceptation de la proposition en invoquant qu'elles n'étaient pas liées par le concordat. En refusant de donner droit à la demande des autorités fiscales, le juge décida que l'acceptation de la proposition faisait en sorte que la dette de TPS était éteinte.

Ainsi, par suite de ce jugement, certains spécialistes considèrent qu'en incluant l'administrateur dans une proposition et dans la mesure où le fisc accepte la proposition, tout solde des dettes d'impôts ou de taxes dont l'administrateur pourrait être redevable est ainsi éteint.

---

141 *Nagy et autres* c. *MRN*, 91 D.T.C. 993 (C.C.I.). Voir également la position de l'ADRC relativement aux administrateurs passifs (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 128, par. 9).

142 L.R.C. (1985), c. C-36 et mod.

143 [2001] G.S.T.C. 2 (C.S. Ont.) (ci-après « *BlueStar* »).

Il ne faut quand même pas oublier que le paragraphe 50(15) L.F.I. donne le pouvoir et la liberté au tribunal d'exclure ou non les responsabilités d'un administrateur.

c) Quel est le traitement fiscal des sommes payées par l'administrateur dans le cadre d'une faillite découlant de son obligation statutaire?

Il arrive parfois qu'un administrateur doive payer les salaires et les déductions à la source dans le cadre d'une faillite ou autrement. Comme il s'agit d'un paiement pour acquitter une dette prévue par la loi, les autorités fiscales considèrent qu'il ne s'agit pas d'une dépense engagée dans le but de gagner du revenu et ne constitue donc pas une PTPE. L'administrateur pourrait probablement être subrogé aux droits du fisc contre la société (mais elle est en faillite) ou les coadministrateurs pour leur portion.

Il est curieux de constater qu'un paiement effectué pour honorer une garantie commerciale pourrait donner droit au traitement d'une PTPE[144].

4.1.1. Administrateur *de facto*

Il est à noter qu'un administrateur de fait peut également être tenu responsable comme tout autre administrateur[145]. Selon cette jurisprudence, pour être tenu responsable, les faits suivants seront considérés, à savoir :

---

[144] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-239R2, « Déductibilité des pertes en capital résultant de la garantie visant un emprunt moyennant une contrepartie insuffisante ou d'un prêt consenti à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable dans les cas où il y a lien de dépendance », 9 février 1981.

[145] *Hébert* c. *SMRQ*, [1993] R.D.F.Q. 18 (C.Q.) et *Silcoff* c. *SMRQ*, [1998] R.D.F.Q. 159 (C.Q.) où la Cour écrit à la page 9 :

> « Pour considérer quelqu'un comme administrateur *de facto* (Hébert), le tribunal doit s'assurer du rôle important et de l'influence exercée sur les affaires de la compagnie. Pour ce faire, il faut avant tout analyser les faits et voir l'implication de l'individu. [...] Il est l'initiateur de l'achat du commerce et du choix des actionnaires. Il en est l'organisateur financé par sa mise de fonds, son endossement, son nantissement et sa possibilité d'avoir du crédit. Il est le penseur de la stratégie de vente, de la mise en marché et de la gestion de l'entreprise. Les activités quotidiennes sont dirigées par Jodoin, mais sous la direction de son associé (Hébert). De plus, il se présente personnellement ou par l'intermédiaires de tiers, comme administrateur et engage ainsi la compagnie ».

i) existence d'un stratagème de non-paiement; ii) implication active ou passive de la personne visée; iii) montants investis dans la société par la personne visée; iv) cautionnement donné par la personne visée; v) implication de la personne visée dans les signatures de documents importants de la société; et vi) la personne était-elle une âme dirigeante de la société?

4.1.1.1. Particularité de l'article 24.0.3 L.M.R.

L'article 24.0.3 se lit comme suit :

> « Quiconque a le pouvoir d'autoriser, pour une personne, le paiement d'un montant assujetti à une retenue à la source prévue à l'article 1015 de la *Loi sur les impôts* (LRQ., c. I-3) ou de faire en sorte qu'il soit effectué et qui consent ou fait en sorte que ce montant soit versé, alloué, confère ou payé par cette personne ou pour son compte, est tenu, solidairement avec cette dernière, aux mêmes obligations que celle-ci relativement aux sommes devant être déduites ou retenues de ce montant en vertu de la *Loi sur les impôts* et de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* (LRQ c. R-9). »

Il s'agit d'une particularité propre aux déductions à la source et englobe des personnes qui, bien que n'étant pas des administrateurs ou des administrateurs *de facto*, peuvent encourir une responsabilité du fait qu'elles ont le contrôle sur les DAS. Il semble que cette disposition ne soit pas utilisée couramment ni au niveau du Ministère, ni au niveau de la défense d'un administrateur au motif qu'il a été victime d'une telle personne. On peut penser ici au comptable ou au contrôleur d'une société ou au gestionnaire ou séquestre nommé par un tiers pour administrer les affaires d'une société.

4.2. TRANSFERT À UNE PERSONNE LIÉE[146]

Il n'est pas de notre intention de faire une étude détaillée de l'article 160 L.I.R. Mentionnons brièvement que cette disposition vise la responsabilité supportée par une personne pour le paiement d'une partie ou de la totalité des impôts d'une personne liée lorsque cette dernière lui transfère des biens sans contrepartie ou avec une contrepartie inférieure à la juste valeur du bien transféré. Il existe des règles au niveau de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoyant que certaines transactions avec des personnes liées sont révisables en vertu de cette loi.

Dans une telle situation, le bénéficiaire du transfert peut être responsable du paiement de la totalité ou d'une partie des impôts du failli jusqu'à

[146] Art. 160 L.I.R.

concurrence de la valeur du bien transféré, déduction faite de la valeur de la contrepartie versée.

Il faut se rappeler que la cotisation à l'encontre de la personne liée peut se faire par suite d'un transfert dans une année donnée subséquente à la création de la dette fiscale de l'auteur du transfert, et ce, même si aucune cotisation pour une année antérieure n'a encore été émise. En effet, selon la jurisprudence[147], la dette fiscale est présumée se cumuler au jour le jour. L'avis de cotisation ne fait que constater la dette fiscale pour une année donnée.

On peut par ailleurs se demander si la libération du failli libère également toute autre personne visée par l'article 160 L.I.R. La réponse a été donnée dans la cause *Heavyside* c. *La Reine*[148] où le tribunal a répondu par la négative.

Sont visées par l'article 160 L.I.R. les personnes suivantes, à savoir le conjoint ou une personne qui est devenue le conjoint, une personne de moins de 18 ans ou une personne qui a un lien de dépendance avec le débiteur fiscal. Ainsi, deux sociétés peuvent avoir un lien de dépendance aux fins de l'article 160 L.I.R.[149]

4.2.1. Y a-t-il une prescription en matière de l'application de l'article 160 L.I.R.?

À première vue, il ne semble pas y avoir de prescription légale en vertu et à l'intérieur de laquelle les autorités fiscales devraient prendre action contre une personne visée à l'article 160 L.I.R. La loi stipule en effet qu'une telle procédure peut être prise en « tout temps ».

Par ailleurs, la Cour d'appel dans la cause *Complexe Immobilier ASKL* c. *SMRQ*[150] laisse entrevoir que les autorités fiscales pourraient être limitées dans leur recours si elles n'ont pas agi avec diligence.

---

147 *La Reine* c. *Simard-Beaudry Inc. et autres*, 71 D.T.C. 5511 (C.F.) (ci-après « *Simard-Beaudry* »).

148 97 D.T.C. 5026 (C.A.F.) et *Wannan* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 76 (C.C.I.). Au provincial, voir la décision *Caceres* c. *SMRQ*, D.F.Q.E. 2001-F24.

149 Pour une étude sur la notion de lien de dépendance entre sociétés, voir *Gestion Yvan Drouin inc.* c. *La Reine,* 2001 D.T.C. 72 (C.C.I.).

150 [1997] R.D.F.Q. 46 (C.A.).

4.3. LE SYNDIC ET LA CONFIDENTIALITÉ DES RENSEIGNEMENTS FISCAUX DU FAILLI[151]

Le failli peut-il obtenir des renseignements concernant son dossier fiscal, notamment copie de relevés d'emploi et d'intérêts, et ce, pendant la période de la faillite? La réponse est affirmative, et ce, en vertu de l'article 69 L.M.R.

La *Loi sur le ministère du Revenu* ne contient aucune disposition spécifique en ce sens, mais le MRQ est d'opinion qu'à titre de mandataire du failli par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le syndic est autorisé à demander le dossier fiscal du failli.

4.4. LIEU DE RÉSIDENCE À DES FINS DE DÉPÔT DES DÉCLARATIONS DE REVENUS DANS L'ANNÉE DE LA FAILLITE

Certains spécialistes se sont posés la question de savoir dans quelle province un failli doit déposer sa déclaration de revenus s'il change de province avant le 31 décembre de la même année.

Pour l'ADRC, il s'agit de la province de résidence du failli au 31 décembre[152]. En effet, comme la déclaration de revenus doit être déposée auprès des autorités fiscales avant le 30 avril de l'année suivante, l'ADRC est d'avis que les règles d'assujettissement normal s'appliquent.

Ainsi, se fondant sur le paragraphe 249(1) L.I.R., l'ADRC considère que l'année d'imposition d'un particulier est l'année civile, et ce, même si le paragraphe 128(2) L.I.R. présume une fin d'année d'imposition avant le 31 décembre. Dans un tel cas, l'ADRC est d'avis que la province de résidence du failli au 31 décembre de l'année de la faillite est la province où le failli et le syndic doivent déposer leur déclaration de revenus.

Le MRQ a adopté une position contraire[153]. En effet, pour le fisc québécois, le lieu de résidence du failli à la date de la faillite détermine la province où la déclaration de revenus du failli pour la période de l'année précédant la date de la faillite sera déposée. Pour le MRQ, il faut déterminer

---

151 REVENU QUÉBEC, Lettre d'interprétation 98-0103238, 26 août 1998.

152 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0095217, 22 février 2002.

153 REVENU QUÉBEC, Mémoire d'opinion 02-010797, 13 novembre 2002.

la résidence à la date de la faillite puisque la législation prévoit une fin d'année d'imposition.

Le MRQ est donc d'opinion que le lieu de résidence doit être déterminé aux fins des déclarations de revenus préfaillite et postfaillite du particulier ainsi que celle du syndic.

4.5. FRACTION NON AMORTIE D'UN IMMEUBLE REMIS À UN FAILLI[154]

Est-ce que l'amortissement total déduit sur un immeuble avant la faillite est effacé à la suite de la faillite dans la situation où le bien est remis au failli par le syndic au moment de la libération?

Selon l'alinéa 128(2)a) L.I.R., le syndic est le mandataire du failli. Dans ce cas, le failli n'a pas disposé de son droit de propriété dans l'immeuble. En conséquence, le failli reprend l'immeuble à sa valeur nette fiscale compte tenu de tout l'amortissement réclamé jusqu'à la date du transfert au failli. L'effet de cette position est que le failli ne doit pas inclure dans son revenu la récupération d'amortissement lors de la préparation de sa déclaration de revenus pour l'année se terminant avant la date de la faillite.

Tout l'amortissement réclamé par le syndic pendant la période de la faillite s'ajoutera à l'amortissement cumulé déjà réclamé antérieurement par le failli sur le principe que le syndic est le mandataire du failli. Cette situation peut se présenter par exemple lorsque l'hypothèque sur un immeuble est tellement élevée par rapport à sa valeur marchande qu'aucune personne ne veut acquérir ce bien du syndic.

4.6. ANNULATION D'UNE FAILLITE

Qu'arrive-t-il lorsqu'un contribuable contre lequel une requête en faillite a été déposée présente une proposition en vertu de l'article 50.4 L.F.I. et que celle-ci est acceptée?

Selon les autorités fiscales, il ne s'agit pas de l'application de l'alinéa 128(1)g) L.I.R. car il ne s'agit pas d'une ordonnance de libération visée par cet alinéa. Par ailleurs, la position veut que l'annulation de la faillite en vertu des paragraphes 61(1) et 181(1) L.F.I. n'est pas rétroactive aux fins des lois fiscales. Dans ce cas, les règles relatives à la date de fin d'année présumée

---

[154] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Décision en matière d'impôt sur le revenu 2000-0062493, 28 mars 2001.

pour le failli et à celle du début d'une nouvelle année, notamment prévues à l'alinéa 128(1)d) L.I.R., s'appliquent[155].

Dans un cas d'annulation prévue ci-dessus, qu'arrive-t-il aux pertes à reporter dont les règles sont prévues à l'alinéa 128(1)a) L.I.R.?

Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une libération inconditionnelle (al. 128(1)g) L.I.R.), et que le syndic est le mandataire du failli, les autorités fiscales sont d'avis que les pertes autres qu'en capital ne seront pas limitées par le paragraphe 111(5) L.I.R. et ces pertes continueront à s'appliquer à l'encontre du revenu futur du failli puisqu'il s'agit de la même entreprise continuée par le failli après l'annulation.

L'alinéa 128(1)g) L.I.R. stipule que les pertes subies par une société avant son ordonnance de libération ne sont pas déductibles dans le calcul de son revenu pour l'année de sa libération et les années suivantes. Par ailleurs, il faut noter qu'en pratique, la question ne se posera pas puisque la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit qu'une société ne peut être libérée qu'à moins d'avoir payé tous ses créanciers[156].

Aux fins du paragraphe 111(5) L.I.R, une société ne peut pas utiliser les pertes autres qu'en capital subies au cours d'une année antérieure à l'encontre de son revenu de l'année s'il y a eu une acquisition de contrôle après la réalisation de la perte et l'année au cours de laquelle on souhaite les utiliser, sauf si l'entreprise qui a réalisé la perte continue d'être exploitée. L'ADRC précise que la faillite en soi ne constitue pas la cessation de l'exploitation d'une entreprise.

De plus, de l'avis des autorités fiscales, l'annulation de la faillite n'a pas d'effet rétroactif et les actes posés par le syndic aux termes de l'article 128 L.I.R. le sont à titre de mandataire du failli[157]. En conséquence, les déclarations de revenus faites par le syndic sont toujours valides puisque le syndic était le mandataire du failli. Dans le cas d'annulation, une nouvelle année débutera à la date de l'annulation.

---

155 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9131705, 16 janvier 1992 et 9924355, 23 septembre 1999.

156 Par. 68(2) L.F.I.

157 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique DC90-200, 10 décembre 1990.

4.7. CONGÉ FISCAL ET RACHAT D'ENTREPRISE DU SYNDIC

Une entreprise qui achète du syndic de faillite l'entreprise antérieurement exploitée par le failli peut-elle réclamer le congé fiscal de cinq ans prévu aux articles 771.6 et 771.7 L.I.? Y a-t-il un traitement différent si le syndic exploite ou non l'entreprise du failli?

Cette question a été posée au représentant du MRQ lors du Congrès de l'APFF en 1999 et la réponse fut la suivante :

> « En vertu des dispositions prévues au paragraphe f) de l'article 771.6 (1er alinéa) L.I., une société n'est pas admissible à l'exonération temporaire pour une nouvelle société si, à un moment quelconque compris dans la période s'étendant du jour de sa constitution en société jusqu'à la fin de cette année, la société exploitait une entreprise admissible principalement en raison de l'acquisition ou la location de biens d'une autre personne ou d'une société de personnes, qui, à un moment quelconque dans les douze mois précédant cette acquisition ou location, exploitait une entreprise dans laquelle elle utilisait ces biens et qu'il est raisonnable de croire qu'en raison de cette acquisition ou location, la société a continué l'exploitation de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise de l'autre personne ou de la société de personnes.
>
> Selon notre compréhension des principes applicables en matière de faillite, le syndic devient propriétaire, par l'effet du dessaisissement, des biens de la faillite. Ainsi, pour les fins de l'application des dispositions du paragraphe f) de l'article 771.6 (1er alinéa) L.I., un bien compris dans l'actif d'une faillite qui est acquis d'un syndic, est acquis d'une personne qui, au cours des douze mois précédant l'acquisition, exploitait l'entreprise dans laquelle le bien était utilisé, pour autant que le syndic exploite l'entreprise du failli.
>
> Par ailleurs, si le syndic n'avait pas exploité l'entreprise du failli, le ministère considérait l'application de la discrétion prévue à l'article 771.7 L.I. Les conditions d'ouverture de cette discrétion sont, d'une part, la continuation, dans les faits, de l'exploitation par une société d'une entreprise qu'une ou plusieurs autres personnes ou sociétés de personnes exploitaient auparavant ou selon le contexte, d'une partie de celle-ci et, d'autre part, que la société se soit qualifiée de société admissible, n'eût été de l'application de l'article 771.7 L.I.
>
> L'existence de la mesure d'exonération est d'inciter l'émergence de nouvelles entreprises et, dans ce contexte, les articles 771.6 et 771.7 L.I. assurent l'intégrité de la mesure. Plus particulièrement, la discrétion ministérielle s'appliquera notamment pour éviter de donner ouverture à la mesure d'exonération lorsque la nouvelle structure n'est pas dans les faits une nouvelle entreprise mais plutôt la continuation d'une ou de plusieurs entreprises ou d'une

partie ou de plusieurs entreprises, indépendamment du fait que les biens aient été acquis ou non à la suite d'une faillite ou d'une insolvabilité[158]. »

4.8. PERTES À REPORTER ET AUTRES PERTES RÉALISÉES À L'OCCASION DE LA FAILLITE

Le principe de base est à prévu aux alinéas 128(1)g) et 128(2)g) L.I.R. Toutes les pertes à reporter qui pourraient être utilisées dans l'avenir par le failli ne peuvent plus être utilisées au moment où le tribunal prononce la libération sans condition du failli.

Par ailleurs, l'ADRC estime qu'une perte autre qu'en capital réalisée par le failli au cours d'une année d'imposition où il est en faillite peut être reportée dans une déclaration de revenus produite uniquement par le syndic pendant la faillite, et ce, pour une année d'imposition avant l'ordonnance de libération inconditionnelle. Cette conclusion de l'ADRC découle de son interprétation des sous-alinéas 128(2)f)(iii) et 128(2)e)(ii) L.I.R. qui prévoient que le particulier ne peut réclamer de pertes visées à l'article 111 L.I.R. pendant la durée de la faillite, alors que le syndic a la possibilité d'utiliser la perte réalisée par le failli dans une année durant la faillite et avant l'année d'imposition de la libération inconditionnelle[159].

Dans un autre ordre d'idées, on peut se demander quel est l'effet de la faillite d'un particulier sur les pertes subies par une société dont il détenait la majorité des actions. Ainsi, par exemple, il est possible que par suite de la libération du failli, le syndic lui remette les actions de la société dont il détenait les actions. Le syndic a probablement vendu à perte des actifs d'entreprise de cette société, lesquelles pertes sont probablement venues augmenter des pertes déjà existantes.

L'ADRC est d'avis que les pertes de la société ne sont pas perdues lors de la remise des actions à l'ex-failli et qu'en aucun moment il n'y a eu de changement de contrôle de telle sorte que la société peut exploiter l'ancienne entreprise ou une nouvelle entreprise sans que le paragraphe 111(5) L.I.R. ne s'applique à la société. La position de l'ADRC reposait sur le simple fait que le syndic agit à titre de mandataire du failli en vertu de l'alinéa

---

158 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 45:17-80, question 2.2, aux pages 45:33-34.

159 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Lettre d'interprétation 9713217, 27 juillet 1997.

128(2)a) L.I.R. et qu'à ce titre, il n'y a pas de changement ou d'acquisition de contrôle lors de la prise en possession des actifs du failli par le syndic[160]. Par ailleurs, notons que les articles 79 et 80 L.I.R., traitant de la reprise de possession et de la réduction de dettes, s'appliquent à la société, et pourraient avoir substantiellement réduit les pertes à reporter et le coût indiqué de ses actifs.

Dans le cadre de la faillite d'une société, il est possible que l'administrateur ait à débourser des sommes additionnelles en raison de sa position d'administrateur. On peut penser à des salaires impayés, des cotisations à l'assurance emploi et à la Régie des rentes du Québec, etc. Évidemment, cette dépense constitue une perte sèche pour l'administrateur puisque, malgré la subrogation, la société débitrice est en faillite et ne remboursera pas l'administrateur.

Cet administrateur peut-il traiter la perte découlant du versement de ces montants comme une perte au titre d'un placement dans une entreprise dans la mesure où les versements l'ont été pour des salaires alors que la société est en faillite? La réponse a été donnée par l'ADRC une première fois en 1992 lors d'une table ronde sur la fiscalité fédérale à l'occasion du Congrès de l'APFF[161]. Il semble que l'ADRC, à l'époque, était disposée à reconnaître que le montant versé aux employés ou à l'État constitue une créance à l'encontre de la société si les conditions prévues par la loi (al. 39(1)c) L.I.R. et par. 50(1) L.I.R.) sont respectées (voir aussi le *Bulletin d'interprétation* IT-239R[162]). L'administrateur pouvait ainsi réclamer une perte au titre d'un placement dans une entreprise même si l'on pourrait prétendre que les sommes versées ne l'ont pas été dans le but d'en tirer un revenu de bien ou d'entreprise.

En se référant au *Bulletin d'interprétation* IT-139R, l'ADRC, en 1992, estimait que :

---

160 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Lettre d'interprétation 9410860, 6 juin 1994.

161 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 1146-1184, section 5.11, aux pages 1181-1182.

162 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-239R, « Déductibilité des pertes en capital qui résultent de la garantie visant un emprunt ou d'un prêt improductif d'intérêts », 18 avril 1977.

> « Dans la situation que vous nous avez soumise, nous sommes d'avis que les paiements des salaires impayés et des déductions à la source sur ces salaires par l'actionnaire unique (et le seul administrateur), résultant d'une responsabilité solidaire avec la corporation à titre d'administrateur, constituent des créances sur la corporation. De plus, nous appliquerions à de telles créances, par analogie, les mêmes conditions d'exception prévues au Bulletin d'interprétation précité à l'égard des paiements pour honorer une garantie, si les conditions prévues au paragraphe 6 dudit Bulletin étaient rencontrées. Par conséquent, nous considérons que ces créances pourraient être admissibles à titre de pertes au titre de placement d'entreprise aux fins de l'alinéa 39(1)c) de la Loi[163]. »

Cette interprétation a été modifiée par une autre lettre d'interprétation[164] qui faisait suite à l'arrêt *Gordon Jackman* c. *MRN*[165]. Cette décision repose sur la prohibition du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. Celui-ci prévoit qu'une perte résultant de la disposition d'une créance ou d'un droit de recevoir une somme est réputée nulle sauf si la créance ou le droit, selon le cas, a été acquis en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Même si l'administrateur est subrogé et devient créancier de la société, cette créance ne peut être considérée comme acquise pour produire ou générer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Elle fut plutôt acquise pour acquitter une obligation légale d'un administrateur.

Par ailleurs, le MRQ a toujours eu la même interprétation de la législation fiscale[166] car pour le Ministère, il ne s'agit pas d'une dépense engagée dans le but de gagner un revenu de bien ou d'entreprise, mais bien pour s'acquitter d'une obligation prévue par la loi. On ne tient pas compte que ce type de versement constitue une dépense pour la société qui effectue normalement le paiement.

---

163 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 161.

164 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Lettre d'interprétation 9930565, 18 janvier 2000 (voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 144, par. 6).

165 91 D.T.C. 1275 (C.C.I.). La Cour écrit sur ce sujet : « The critical problem for Mr. Jackman is that the payment of the corporate liability did not present in any way the prospect that either he or the corporation could gain or produce income therefrom ».

166 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Lettre d'interprétation 99-0111148, 18 février 2000.

4.9. DÉCLARATION DE REVENUS DU PARTICULIER LORS DE LA FAILLITE (PARTICULARITÉS)

4.9.1. Régime enregistré d'épargne-retraite – Régime d'accession à la propriété et régime d'éducation permanente

Le paragraphe 128(2)d) L.I.R. stipule qu'il n'y a pas de fin d'année présumée aux fins de déterminer la limite à la contribution dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »). De même, tout remboursement dans le cadre d'un régime d'accession à la propriété ou d'un régime d'éducation permanente se fait sur une base annuelle et non sur deux années d'imposition durant la même année. La contribution effectuée durant la première année d'imposition (se terminant la veille de la date de la faillite) s'ajoute à celle faite durant la deuxième année d'imposition qui se termine dans la même année, et ce, aux fins de déterminer le maximum déductible pour une année civile. Le même principe s'applique en ce qui concerne la détermination de la partie inutilisée de la déduction pour REÉR, laquelle est faite sur une base annuelle. La pénalité pour contribution excédentaire se détermine également sur une base annuelle comme s'il n'y avait pas eu de faillite (impôt de la Partie X.1 L.I.R.).

Même à la suite de la libération de la faillite, le contribuable ne perd pas ses crédits inutilisés pour REÉR (*Bulletin d'interprétation* IT-124R6[167]) et tous les calculs se font comme si le contribuable n'avait jamais été en faillite[168].

---

[167] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-124R6, « Cotisations à un régime enregistré d'épargne-retraite », 31 janvier 1995.

[168] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Lettre d'interprétation 9802765, 31 mars 1998. Sur le sujet, nous pouvons lire ce qui suit au paragraphe 37 du *Bulletin d'interprétation* IT-124R6 :

> « À compter de 1991, des règles spéciales s'appliquent pour que le maximum déductible au titre des REER et les déductions inutilisées au titre des REER de tout contribuable en faillite, ainsi que l'impôt sur les cotisations excédentaires à des REER payable par tout contribuable en faillite, soient déterminés comme s'il n'y avait pas eu faillite. Premièrement, la règle énoncée à l'alinéa 128(2)*d*), qui divise en deux années d'imposition l'année civile au cours de laquelle un particulier est mis en faillite, ne vaut pas pour l'application des définitions relatives aux REER énoncées au paragraphe 146(1) ni pour l'application des règles énoncées dans

(à suivre…)

Les retenues à la source pratiquées par une institution financière lorsque le syndic retire les montants accumulés dans un REÉR doivent être pris en compte dans la déclaration de revenus que prépare le syndic pour une année débutant à la date de la faillite ou après[169]. Il est possible que le solde d'impôt soit supérieur au montant de retenue à la source et en conséquence, le syndic devra payer tout complément d'impôt.

4.9.2. Crédits d'impôt personnels

L'alinéa 128(2)e) L.I.R. traite des règles à suivre par le syndic lorsqu'il dépose une déclaration au nom du syndic sur le revenu du failli tiré des opérations par le syndic sur l'actif ou de l'entreprise du failli, et ce, dans les 90 jours suivant la fin de l'année civile.

Dans le calcul du revenu imposable de la déclaration de revenus produite par le syndic, ce dernier ne peut déduire :

- que les montants que le failli pourrait autrement déduire en vertu d'un régime d'option d'achat d'actions et prévu aux alinéas 110(1)d) à 110(1)d.3) L.I.R. et dont une partie du revenu découlant de la vente d'actions ou de l'exercice d'option dans le cadre d'un tel régime n'est pas imposable à titre de revenu d'emploi;

(…suite)

la partie X.1 de la Loi relativement au calcul de l'impôt sur les cotisations excédentaires à des REER. Deuxièmement, aux fins du calcul des déductions inutilisées au titre des REER et de l'impôt de la partie X.1 de tout contribuable en faillite qui a deux années d'imposition dans une année civile, les montants déduits par le contribuable pour chacune des deux années à l'égard de cotisations à des REER sont traités comme s'ils étaient déduits dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année civile. Troisièmement, les déductions maximales qu'un contribuable peut demander en vertu des paragraphes 146(5) ou (5.1), à l'égard de cotisations à des REER pour la seconde année d'imposition (commençant le jour de la mise en faillite et se terminant à la fin de l'année d'imposition) se terminant dans l'année civile de la mise en faillite, sont réduites du montant déduit par le contribuable pour la première année d'imposition (commençant le 1er janvier et se terminant le jour avant la mise en faillite) se terminant dans la même année civile. »

[169] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Lettre d'interprétation 9308245, 27 octobre 1993.

- que la déduction, à vie, pour gains en capital prévue à l'article 110.6 L.I.R. dans la mesure où le revenu découle d'une vente d'un bien appartenant au failli et inclus dans les actifs en la possession du syndic;

- que les pertes à reporter du contribuable en vertu de l'article 111 L.I.R. dans la mesure où la perte se rapporte à une année d'imposition s'étant terminée avant sa libération inconditionnelle;

- aucun des crédits suivants ne peut être réclamé par le syndic dans le calcul de l'impôt payable :

  – crédits personnels (famille) prévus à l'article 118 L.I.R.;

  – crédits pour frais médicaux prévus à l'article 118.2 L.I.R.;

  – crédits d'impôt pour déficience mentale prévus à l'article 118.3 L.I.R.;

  – crédits pour frais de scolarité prévus à l'article 118.5 L.I.R.;

  – crédits pour étude prévus à l'article 118.6 L.I.R.;

  – transfert à l'époux ou au conjoint de fait de certains crédits d'impôt inutilisés (art. 118.8 L.I.R.);

  – transfert à un parent ou grand-parent de crédits personnels inutilisés (art. 118.9 L.I.R.);

  – don de charité effectué par le particulier le jour de sa faillite ou postérieurement (art. 118.1 L.I.R.);

  – intérêt sur prêt étudiant payé le jour de la faillite ou postérieurement (art. 118.62 L.I.R.);

  – crédit d'impôt à l'investissement au titre d'une dépense effectuée au cours d'une année d'imposition se terminant après sa libération inconditionnelle (par. 127(5) L.I.R.);

  – réduction d'impôt à l'égard de la famille (art. 776 et 752.0.27 L.I.).

- Crédits disponibles au particulier au cours de l'année de la faillite

L'article 118.95 L.I.R. limite la déduction ou la partie des déductions de crédit d'impôt dans l'année d'imposition qui se termine dans l'année de la faillite aux déductions suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme applicables à l'année d'imposition :

– Paragraphe 118(3) L.I.R. : crédit pour pension

– Article 118.1 L.I.R. : don de charité

– Article 118.2 L.I.R. : crédit pour frais médicaux

– Article 118.3 L.I.R. : crédit pour déficience mentale ou physique

– Article 118.6 L.I.R. : crédit pour études

– Article 118.62 L.I.R. : crédit pour intérêt sur prêt étudiant

– Article 118.7 L.I.R. : crédit pour assurance-emploi et Régie des rentes du Québec

– Article 118.8 L.I.R. : transfert de crédit au conjoint

– Article 118.9 L.I.R. : transfert de crédit à un parent

- Crédits d'impôt pour une année après la date de la libération ne pouvant être réclamés par l'ex-failli;

- Crédit d'impôt pour frais de scolarité et études s'étant accumulé pour une année antérieure avant la libération;

- Report de tout impôt minimum payé avant la libération;

- Intérêt sur prêt étudiant avant la faillite;

- Crédit à l'investissement pour une année avant la libération.

4.10. PROPOSITION CONCORDATAIRE ET FAILLITE

4.10.1. Date de la proposition concordataire

On ne saurait discuter de la faillite sans parler de l'effet d'un concordat, et ce, surtout après la décision de la Cour d'appel dans la cause *SMRQ* c. *Leblond, Buzetti et associés ltée*[170].

Dans cette cause, il fallait déterminer si la date d'une proposition concordataire équivalait à la date d'une faillite aux fins de déterminer les réclamations prouvables au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, et ce, pour l'application de l'article 779 L.I. De plus, il fallait déterminer quel était le montant de la réclamation prouvable du MRQ pour l'année civile de la faillite à savoir toute l'année ou un prorata du 1er janvier à la date de la proposition concordataire.

En résumé, les faits étaient les suivants :

- le 14 octobre 1993, une proposition concordataire est homologuée par le tribunal;

- le 25 octobre 1995, le MRQ émet une cotisation pour l'année 1993 et réclame le plein montant de sa cotisation auprès du syndic;

- le syndic demande de scinder la cotisation en deux en indiquant que seulement la période du 1er janvier 1993 au 14 octobre 1993 soit visée par la proposition.

Bien que le MRQ ne conteste pas le fait que la dette fiscale s'accumule au jour le jour, elle n'est fixée avec certitude que le 31 décembre. La cotisation était donc une réclamation prouvable auprès du syndic.

Cette position prise par le Ministère était dangereuse dans la mesure où elle semblait venir à l'encontre de leur position et de celle des tribunaux dans les cas d'application des articles 1034 et suivants L.I. En effet, dans les cas de transfert d'actifs au conjoint dans une année subséquente à une année où le contribuable était en dette d'impôt, la jurisprudence veut que même s'il n'y a pas de cotisation émise pour une année antérieure au transfert, la dette d'impôt est quand même existante et la cotisation ne fait que confirmer une

---

[170] [2000] R.E.J.B. 97-04085 (C.A.) (ci-après « *Leblond* »).

dette due. C'est la raison pour laquelle le SMRQ n'a pas contesté formellement que la dette naît au fur et à mesure que le revenu est gagné. Cependant, le SMRQ argumentait que la proposition n'équivalait pas à une faillite et que la réclamation du Ministère était bien fondée[171].

La Cour d'appel confirme donc que la dette fiscale existe dès que le revenu est gagné[172]. Ainsi la réclamation de fisc est une réclamation prouvable. Il fallait donc déterminer ensuite le montant de la réclamation.

Quant à savoir si une proposition concordataire équivaut à une faillite au sens de l'article 779 L.I., la Cour d'appel a statué que tel n'est pas le cas, notamment, en se fondant sur la décision de la Cour d'appel dans l'affaire de *Perrette inc.* c. *Richter & Associés inc. et Ultramar Canada inc.*[173]

De plus, la Cour d'appel, dans la cause *Leblond*, insiste sur le fait que :

> « Le législateur cherche avant tout la réhabilitation financière du débiteur et le traitement équitable de tous les créanciers. Si on exclut le dettes de nature fiscale, on contrevient à ces objectifs d'une part en rendant plus difficile la réhabilitation du débiteur et d'autres part en favorisant le fisc au détriment des autres créanciers[174]. »

CONCLUSION

Le sujet de la faillite et la fiscalité est souvent abordé de façon segmentée. Nous espérons que cette revue, nouveau genre, provoquera de nouveaux écrits sur le sujet.

---

171 *Id.*

172 *Simard-Beaudry*, précité, note 147.

173 [2000] R.D.F.Q. 52 (C.S.).

174 *Leblond*, précité, note 170.

DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS, DES FRAIS FINANCIERS ET AUTRES PAIEMENTS DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

Jean-Guillaume Shooner
Avocat, M. Fisc.
Stikeman Elliott, s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 24:5

1. ANALYSE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES RELATIVES À LA DÉDUCTIBLITÉ DES INTÉRÊTS, DES FRAIS FINANCIERS ET DE CERTAINES AUTRES DISPOSITIONS CONNEXES 24:5

1.1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS – ALINÉA 20(1)c) L.I.R. 24:6
1.1.1. Législation 24:6
1.1.2. Critères jurisprudentiels 24:7
1.1.3. Politiques administratives 24:20
1.2. ARGENT EMPRUNTÉ POUR REMBOURSER UN EMPRUNT – PARAGRAPHE 20(3) L.I.R. 24:24
1.3. PERTE D'UNE SOURCE DE REVENU – ARTICLE 20.1 L.I.R. 24:25
1.3.1. Argent emprunté pour tirer un revenu d'un bien – Paragraphe 20.1(1) L.I.R. 24:26

1.3.2. Argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise – Paragraphe 20.1(2) L.I.R. 24:27
1.4. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS – ALINÉA 20(1)d) L.I.R. 24:28
1.5. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'ÉMISSION OU DE VENTE D'ACTIONS, D'UNITÉS OU DE PARTICIPATIONS ET FRAIS D'EMPRUNT – ALINÉAS 20(1)e) ET 20(1)e.1) L.I.R. 24:29
1.5.1. Alinéa 20(1)e) L.I.R. 24:29
1.5.2. Alinéa 20(1)e.1) L.I.R. 24:30
1.6. DÉDUCTIONS RELATIVES AUX PRIMES D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE UTILISÉE À TITRE DE GARANTIE – ALINÉA 20(1)e.2) L.I.R. 24:32
1.7. DISPOSITIONS CONNEXES RELIÉES À LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS ET DE CERTAINS FRAIS FINANCIERS 24:33
1.7.1. Choix de capitaliser les intérêts sur un bien amortissable – Article 21 L.I.R. 24:33
1.7.2. Paiement pour remboursement anticipé ou réduction de taux – Paragraphe 18(9.1) L.I.R. 24:34

2. APPLICATIONS PRATIQUES DANS UN CONTEXTE DE DIFFICULTÉS FINANCIÈRES 24:36

2.1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS – ALINÉA 20(1)c) L.I.R. 24:36
2.1.1. Expectative de tirer un revenu d'entreprise ou de bien ... 24:36
2.1.2. Emprunt pour honorer une garantie 24:38
2.1.3. Portion intérêt d'un paiement effectué par une caution pour honorer une garantie 24:40
2.1.4. Réinvestissement en équité par les actionnaires 24:40
2.1.5. Réinvestissement sous forme de prêt par l'actionnaire – Le cas du prêt sans intérêt 24:41
2.1.6. Prêts participatifs 24:42
2.1.7. Remboursement d'un emprunt déjà en circulation – Paragraphe 20(3) L.I.R. 24:45
2.1.8. Perte d'une source de revenu – Article 20.1 L.I.R. 24:45
2.2. FRAIS DE FINANCEMENT ET AUTRES FRAIS CONNEXES EN PÉRIODE DE RESTRUCTURATION 24:49
2.2.1. Frais d'emprunt – Alinéas 20(1)e) et e.1) L.I.R. 24:50
2.2.2. Primes d'une police d'assurance vie utilisée à titre de garantie – Alinéa 20(1)e.2) L.I.R. 24:53
2.3. CAS ATYPIQUES 24:54
2.3.1. Choix de capitaliser les intérêts – Article 21 L.I.R. 24:54
2.3.2. Paiement pour remboursement anticipé ou réduction de taux – Paragraphe 18(9.1) L.I.R. 24:56
2.4. PAIEMENTS EFFECTUÉS EN VERTU D'UN CAUTIONNEMENT 24:59

2.5. DÉDUCTIBILITÉ ET CONSÉQUENCES FISCALES DE CERTAINS PAIEMENTS ENGAGÉS PAR LES ADMINISTRATEURS D'UNE SOCIÉTÉ 24:62
2.5.1. Frais judiciaires et extrajudiciaires 24:62
2.5.2. Montants payés en vertu de l'article 227.1 L.I.R. ou d'une disposition similaire 24:62

INTRODUCTION[1, 2]

Le présent exposé sur la déductibilité des intérêts, des frais financiers et autres paiements de l'entreprise en difficulté financière, présenté dans le cadre du congrès annuel de l'Association de planification fiscale et financière, vise à brosser un tableau, non exhaustif certes, mais pragmatique, du traitement fiscal des paiements que la société, ses actionnaires et ses cautions peuvent avoir à effectuer en ce qui a trait spécifiquement aux frais financiers et aux frais d'intérêt. Également, nous examinerons la situation des administrateurs qui doivent verser des sommes au nom de leur responsabilité statutaire en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3].

Dans la première portion de ce texte, nous ferons un bref retour sur les différentes dispositions législatives de la *Loi de l'impôt sur le revenu* traitant de la déductibilité des intérêts et des autres frais financiers. La deuxième portion de notre étude portera de façon plus détaillée sur l'impact de ces règles lorsqu'une société doit faire face à une situation économique plus difficile, mettant sa solvabilité à rude épreuve. Nous passerons en revue les situations pouvant affecter les conséquences fiscales des paiements effectués par la société elle-même, ses actionnaires, ses cautions et, finalement, ses administrateurs.

Tout au long du présent document, le lecteur devra cependant garder à l'esprit que ce bref « essai » n'a pas la prétention de traiter le sujet de manière complète. Il tente, en revanche, de soulever suffisamment de points et d'interrogations pour offrir au praticien un point de départ intéressant si celui-ci désire approfondir un point particulier.

1. ANALYSE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES RELATIVES À LA DÉDUCTIBLITÉ DES INTÉRÊTS, DES FRAIS FINANCIERS ET DE CERTAINES AUTRES DISPOSITIONS CONNEXES

La première partie de ce texte sera consacrée à l'analyse des dispositions législatives pertinentes. Un survol de chaque disposition sera effectué de

---

1 Le présent texte est une version revue et augmentée d'un document publié dans le cadre de la deuxième conférence annuelle de l'Association de planification fiscale et financière sur le financement et la fiscalité des entreprises, tenue en juin 2003.

2 L'auteur tient à remercier Me Mélissa Dorsaint pour son assistance au niveau de la recherche ainsi que M. Luc Bernier pour ses judicieux conseils.

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

même qu'une mise à jour des plus récentes positions jurisprudentielles et administratives qui y sont reliées.

1.1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS – ALINÉA 20(1)c) L.I.R.

Au cours des dernières années, la déductibilité des intérêts a fait couler beaucoup d'encre. Les positions administratives de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »), les propositions d'amendements législatifs présentées par le ministère des Finances et les plus récents jugements ont contribué à créer une certaine incertitude quant à l'application et l'interprétation de cette disposition. Afin de pouvoir traiter plus spécifiquement de la déductibilité des intérêts dans le contexte particulier de l'entreprise éprouvant des difficultés financières, nous souhaitons d'abord peindre un tableau succinct de l'état actuel du droit sur la question. Dans cette optique, nous examinerons d'abord la facture de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. ainsi que la jurisprudence et nous analyserons les récentes politiques administratives émises par les autorités fiscales. Par ailleurs, nous ne saurions traiter de la déductibilité des intérêts sans étudier certaines dispositions accessoires à ce principe, comme le paragraphe 20(3) et l'article 20.1 L.I.R.

1.1.1. Législation

Le préambule du paragraphe 20(1) et l'alinéa 20(1)c) L.I.R. sont libellés comme suit :

> « Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :
>
> c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :
>
> (i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),
>
> (ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le

> revenu serait exonéré ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie), […]. »

Ainsi, la législation prévoit clairement que toute somme raisonnable, versée en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien ou pour un bien acquis en vue de tirer un tel revenu, est déductible dans le calcul du revenu du contribuable.

D'autre part, il importe de mentionner que l'alinéa 20(1)c) doit être lu conjointement avec le paragraphe 20(3) et l'article 20.1 L.I.R. La première disposition prévoit que les intérêts sur l'argent emprunté pour rembourser un emprunt antérieur (ou pour payer une somme due relativement à des biens visés au sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R.) sont également déductibles, dans la mesure où les intérêts sur le prêt d'origine l'étaient aussi. Quant à la seconde disposition, elle établit le principe selon lequel l'intérêt sur certains emprunts pourra être déductible dans certaines circonstances établies par la loi, et ce, malgré le fait que ladite somme ait cessé d'être utilisée à une fin admissible au sens de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

1.1.2. Critères jurisprudentiels

Les tribunaux ont établi, au cours des dernières années, six conditions qui doivent nécessairement être remplies afin qu'un contribuable puisse se prévaloir de son droit à la déductibilité des intérêts en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Ainsi, pour qu'une somme soit déductible à titre d'intérêt, elle doit nécessairement :

a) constituer de l'intérêt;

b) être payée ou payable en vertu d'une obligation légale de verser des intérêts;

c) être empruntée dans le but de tirer un revenu d'entreprise ou de bien ou être payable à l'égard d'un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou un revenu d'entreprise;

d) être utilisée directement et couramment à une fin admissible et, dans certaines circonstances exceptionnelles, se rapporter indirectement à une fin admissible;

e) être raisonnable; et

f) se rapporter à une source de revenu.

De manière à permettre une meilleure compréhension de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., nous croyons nécessaire de passer tous ces critères en revue de manière compendieuse.

1.1.2.1. La somme d'argent doit constituer de l'intérêt

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient pas de définition du terme « intérêt », et ce, malgré le fait que plusieurs dispositions réfèrent à cette notion. Toutefois, au cours des années, les tribunaux ont établi des balises traditionnelles qui permettent de cerner les paramètres de ce concept.

Ainsi, il a maintes fois été reconnu que pour qualifier un paiement d'« intérêt », les faits relatifs à la situation donnée doivent premièrement permettre de conclure que la somme d'argent versée à ce titre constitue une compensation afférente à l'utilisation de fonds appartenant à une autre personne. Dans l'arrêt de la Cour suprême *Saskatchewan (Attorney General)* c. *Canada (Attorney General)*[4], le juge Rand a explicitement reconnu ce qui suit :

> « Interest is in general terms, the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another[5]. »

La *ratio decidendi* de cette décision a été citée à plusieurs reprises[6] et constitue aujourd'hui un principe bien ancré en fiscalité canadienne.

Par ailleurs, afin de pouvoir qualifier un paiement d'« intérêt », il faut également que la somme qu'il représente s'accumule quotidiennement. En fait, dans l'affaire *Ontario (Attorney General)* c. *Barfried Enterprises Ltd.*[7], la Cour suprême a statué que l'intérêt court, jour après jour, même s'il n'est payable que par intervalle.

En outre, une somme payable qui n'est pas déterminée sur la base du capital emprunté ne serait pas déductible. Effectivement, dans l'affaire

---

4 [1947] R.C.S. 394.

5 *Id.*, 411.

6 Voir notamment : *La Reine* c. *Sherway Centre Ltd.*, [1998] 3 F.C. 36, 98 D.T.C. 6121 (C.A.F.) (ci-après « *Sherway* »).

7 [1963] R.C.S. 570.

Re Balaji Apartments Ltd. c. *Manufacturers Life Insurance Co.*[8], il a été reconnu qu'une somme payable composée d'un taux hypothécaire équivalant à 9 % du principal et d'une somme supplémentaire correspondant à 1 % du revenu de location brut d'un immeuble ne constituait de l'intérêt que jusqu'à concurrence du montant attribuable aux intérêts hypothécaires. Plus précisément, la Cour mentionne que les paiements de 1 % ne constituaient pas de l'intérêt parce qu'ils ne correspondaient pas à un pourcentage de la somme principale ou n'y étaient liés d'aucune façon[9].

1.1.2.2. La somme d'argent doit être payée ou payable en vertu d'une obligation légale de verser des intérêts

Comme il est explicitement mentionné à l'alinéa 20(1)c) L.I.R., l'intérêt sera déductible dans la mesure où il est payé en exécution d'une obligation légale. Ce concept a été analysé dans l'affaire *Barbican Properties Inc.* c. *La Reine*[10]. Dans cette affaire, il a été reconnu que l'obligation assortie de la possibilité de reporter le paiement des intérêts, lorsque le revenu net annuel résultant de l'actif générateur de revenu est inférieur aux intérêts courus, ne représentait pas une véritable « obligation légale » au sens de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Le juge Margeson a souligné que l'obligation légale de verser des intérêts existe uniquement dans la mesure où la dette est exigible et que le créancier est en droit d'en requérir le paiement, ce qui exclurait tout élément de contingence. Il a ainsi mentionné que :

> « Simply put, as argued by counsel for the Respondent, the bottom line was that the bank could not enforce payment.
>
> […]

---

8 (1979) 25 O.R. (2e) 275 (H.C.).

9 Sur le sens du terme « intérêt », voir aussi l'affaire *Brenda J. Miller* c. *La Reine*, [1985] 2 C.T.C. 139, 85 D.T.C. 5354 (C.F. 1re inst.). Par ailleurs, il est à noter que l'affaire *Sherway* a grandement élargi la notion d'intérêt dans le cadre d'un prêt dont une partie du rendement était basé sur une participation du prêteur aux revenus du débiteur. Les conclusions de la Cour fédérale d'appel sont toutefois basées sur la notion de « réalité économique » et il n'est pas certain qu'elles soient encore applicables à l'heure actuelle. Voir les commentaires à la section 2.1.6., concernant le prêt participatif.

10 [1997] 1 C.T.C. 2383, 97 D.T.C. 5008 (C.A.F.). Voir également : *Canassurance, Compagnie d'Assurance vie inc.* c. *La Reine*, [1994] 2 C.T.C. 37, 93 D.T.C. 5492 (C.A.F.).

> This Court is satisfied that what was involved here was not a future liability which was binding on the Appellant, but not payable until a future date. What was involved here was a "contingent" liability[11]. »

En outre, l'obligation légale peut se rapporter tant à de l'argent emprunté en vue de gagner un revenu d'entreprise ou de bien qu'à l'égard d'une somme payable pour un bien qui servira à générer un tel revenu[12].

---

[11] *Barbican Properties Inc.* c. *La Reine*, précité, note 10, 128.

[12] Pour bénéficier de la déduction en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., la jurisprudence exige que la relation contractuelle entre les parties se qualifie de véritable relation « prêteur-emprunteur ». En effet, dans *Parthenon Investments Ltd.* c. *La Reine*, [1997] 3 C.T.C. 152 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale devait déterminer si le fait pour une société (Parthenon Investments Ltd.) de payer des intérêts sur un billet qui avait été remis à titre de dividende lui permettait de bénéficier du principe de la déductibilité des intérêts. Le juge MacGuigan, citant les arrêts *McCool* et *MerBan*, a conclu comme suit :

> « We are all agreed that the learned Tax Court Judge was right in holding that the appellant did not borrow money on which it could deduct interest as required by subpar. 20(1)(c)(i) of the Act. In the words of Locke J. in *Minister of National Revenue* v. *T.E. McCool Ltd.* (1949), 4 D.T.C. 700 (S.C.C.), 712, in interpreting the same provisions, "in order to qualify under the statute the taxpayer would have to be in the position of a borrower and some other person would have to be a lender." More recently, Stone J.A. has made the same point for this Court in *R.* v. *MerBan Capital Corp.* (1989), 89 D.T.C. 5404 (Fed. C.A.), 5413 :
>
> What is fatal to the Respondents' case in my view is that paragraph 20(1)(c) requires that for interest to be deductible it must be paid pursuant to money borrowed by the taxpayer and not by someone else. The taxpayer must have created a borrower-lender relationship which gives rise to interest being paid. »

Par ailleurs, il faut distinguer la situation de l'affaire *Parthenon* où les intérêts étaient sous-jacents à un billet émis par le contribuable relativement à des dividendes qu'elle devait verser. Cette situation ne satisfait évidemment pas aux exigences du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., étant donné qu'un billet n'est pas un emprunt, ni du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. puisque les fonds n'ont pas été utilisés pour acquérir un bien générant des revenus. Ainsi, cet arrêt est à distinguer de *Penn Ventilator Canada Ltd.* c. *La Reine*, [2002] 2 C.T.C. 2636, 2002 D.T.C. 1498, où les circonstances ont permis d'octroyer la déduction des intérêts sur un billet, **émis en contrepartie d'un rachat d'actions**, et ce, en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. La Cour avait considéré que des circonstances exceptionnelles justifiaient cette conclusion. Dans cette affaire, un conflit existait entre deux groupes d'actionnaires et la Cour a jugé que le fait, pour la compagnie, de racheter les actions des actionnaires qui désiraient en disposer augmentait la capacité de la compagnie de réaliser des bénéfices.

1.1.2.3. Les intérêts doivent se rapporter à une somme d'argent empruntée dans le but de tirer un revenu d'entreprise ou de bien ou être payables à l'égard d'un bien acquis en vue de tirer un tel revenu

Pour que les intérêts sur une somme d'argent soient déductibles dans le calcul du revenu, cette même somme doit avoir été empruntée « en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien et utilisée à cette même fin » ou être payable à l'égard d'un bien acquis en vue de tirer un tel revenu. Ce critère exige que nous investiguions plusieurs éléments.

Dans l'arrêt *Bronfman Trust* c. *La Reine*[13], la Cour suprême a examiné pour la première fois, de manière exhaustive, le test de l'utilisation admissible. Le contribuable (une fiducie) soutenait que les sommes payées à titre d'intérêt sur l'argent emprunté pour effectuer un versement de capital à un bénéficiaire pouvaient être déductibles. *A priori*, le juge Dickson a mentionné de manière non équivoque qu'en appliquant le test de l'utilisation admissible, il doit être déterminé à quelle fin ultime le contribuable destine les fonds empruntés. En fait, ce qui importe, ce n'est pas la fin de l'emprunt comme tel mais l'objectif recherché par le biais de l'utilisation des fonds. Il s'exprime en ces termes :

> « La disposition prévoyant la déduction des intérêts exige non seulement la détermination de l'usage auquel ont été affectés les fonds empruntés, mais aussi la détermination de la « fin ». L'admissibilité à la déduction est soumise à la condition que l'argent emprunté soit utilisé pour produire un revenu. Cependant, il est bien établi par la jurisprudence que le point pertinent n'est pas la fin de l'emprunt lui-même. Ce qui est pertinent est plutôt la fin qu'a visée le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière : *Auld* v. *Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (C.A.I.). Il s'ensuit donc que l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés[14]. »

Par ailleurs, dans *Ludmer* c. *MRN*[15], le juge Iacobucci, écrivant pour la majorité, confirmait cette assertion et le principe qui en découle. Toutefois, il a ajouté que pour déterminer la fin poursuivie par l'utilisation de l'argent, il faut que le contribuable soit en mesure de démontrer une expectative raisonnable de gagner un revenu et non pas qu'un revenu sera effectivement

---

13 [1987] 1 C.T.C. 117, 87 D.T.C. 5029 (C.S.C.) (ci-après « *Bronfman Trust* »).

14 *Id.*, 5064.

15 [2002] 1 C.T.C. 95, 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.) (ci-après « *Ludmer* »).

généré par l'entreprise ou les biens dans lesquels l'argent emprunté a été injecté :

> « [V]oici le critère applicable pour déterminer la fin visée par l'utilisation des fonds empruntés et décider si l'intérêt est déductible en application du sous-al. 20(1)c)(i) : Compte tenu de toutes les circonstances, le contribuable avait-il, au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un revenu?
>
> Le critère de l'expectative raisonnable est compatible avec la notion de fin telle qu'elle est formulée dans la disposition et il constitue une norme objective, indépendamment de l'intention subjective du contribuable, laquelle est en soi pertinente mais non décisive. Il permet en outre d'éviter bon nombre des écueils inhérents aux autres critères proposés et il contribue à la réalisation de l'objectif de politique générale visé par la disposition relative à la déductibilité des intérêts, savoir l'accumulation des capitaux et l'investissement, comme il est expliqué dans la partie suivante des présents motifs[16]. »

De plus, dans le but d'éliminer toute imprécision quant à l'interprétation du mot « revenu » à l'alinéa 20(1)c) L.I.R., le juge Iacobucci a ajouté qu'il devait être interprété dans le sens fiscal le plus large. Ainsi, la personne désirant se prévaloir de la déduction doit démontrer une « expectative raisonnable de revenu <u>brut</u> ». Il écrit :

> « […] Dans cette optique, le terme "revenu" figurant au sous-al. 20(1)c)(i) ne s'entend pas du revenu net, mais bien du revenu assujetti à l'impôt. Il est donc clair que "revenu" s'entend du revenu en général, savoir de toute somme qui entre dans le revenu imposable et non seulement du revenu net.
>
> L'autre élément de preuve concernant l'intention du législateur renforce cette conclusion. Si le législateur avait voulu que l'intérêt ne soit déductible que lorsque l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un « revenu net », il aurait pu le dire expressément. […]
>
> Par ailleurs, comme il a été expliqué précédemment, le fait d'interpréter "revenu" au sous-al. 20(1)c)(i) au sens de revenu en général concorde davantage avec l'objectif visé par la disposition relative à la déductibilité de l'intérêt. Dans la plupart des cas, l'art. 9 et l'al. 18(1)b) de la Loi interdisent la déduction des sommes dépensées à titre de capital. Le sous-alinéa 20(1)c)(i) établit une exception afin de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus : voir les arrêts *Shell Canada Ltd.*, précité, au par. 28, la juge McLachlin, *Tennant* v. *R.*, [1996] 1 S.C.R. 305 (S.C.C.), au par. 16, le juge Iacobucci; *Bronfman Trust*, précité, à la p. 45, le juge en chef Dickson. L'objet du sous-al. 20(1)c)(i) est donc d'encourager l'accumulation de capitaux susceptibles de produire des revenus et ce en permettant au contribuable de déduire les frais d'intérêt liés à leur acquisition. L'accumulation de capitaux productifs de

---

16 *Id.*, 5529.

> revenus est jugée souhaitable parce qu'elle crée de la richesse et accroît l'assiette de l'impôt sur le revenu. Pour que s'applique la disposition, il est nettement suffisant qu'un investisseur ait eu une expectative raisonnable de tirer un revenu brut, comme il a été expliqué précédemment, lorsqu'il a investi l'argent emprunté. À l'opposé, s'il devait en outre établir qu'il avait une expectative raisonnable de tirer un revenu net ou de réaliser un profit, la mesure d'encouragement serait beaucoup moins efficace[17]. » (Notre soulignement)

Nature objective du test

En outre, la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *74712 Alberta Limited* c. *MRN*[18], a statué que le test de l'utilisation admissible devait être de nature objective. Dans cette cause, on rappelle que la rédaction de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. exige que les fonds empruntés soient affectés à des fins admissibles. Selon nous, ceci implique que le contribuable a le fardeau de démontrer l'utilisation des fonds empruntés s'il veut justifier la déduction; à cette fin, il lui faut établir le lien entre le montant emprunté et son utilisation. La Cour a toutefois mentionné que cette même conclusion impose au contribuable visé de rattacher l'emprunt à une source de revenu et de démontrer un lien suffisant entre cette source et ledit revenu. Or, à cet effet, le juge Robertson ajoute qu'il n'y a rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui motive le fait que l'utilisation admissible doive être déterminée en fonction de l'intention subjective du contribuable. En effet, il a indiqué que :

> « Third, I see nothing in the jurisprudence, in particular the reasons of Bronfman, which requires a subjective appreciation of the motives or intent underlying the taxpayer's decision to borrow funds : see also *Symes* v. *The Queen*, [1993] 4 S.C.R. 695 at 736 to the same effect in the context of paragraph 18(1)(a) of the Act. The words "use" and "purpose" are used in paragraph 20(1)c) in an objective not subjective sense. It is important to recognize that terms such as "motive, intent, reason, purpose, object and effect" can be applied or interpreted differently, depending on the statutory context in which they are invoked[19]. »

Ainsi, en appliquant le test de l'utilisation admissible, ne seront pas pris en considération les motifs propres du contribuable, mais plutôt l'utilisation réelle des fonds et le véritable objectif sous-jacent. Dans tous les cas, l'objectif devra être raisonnablement lié à cette utilisation.

---

17 *Id.*, 5530.

18 [1997] 2 C.T.C. 30, 97 D.T.C. 5126 (C.A.F.) (ci-après « *74712 Alberta Limited* »).

19 *Id.*, 5135.

Caractère accessoire de l'utilisation

Le fait que la jurisprudence exige que les sommes empruntées soient utilisées à des fins admissibles et réelles n'empêche pas qu'il y ait, dans une situation donnée, plusieurs objectifs admissibles au sens de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Dans l'affaire *Ludmer*, en analysant le test de l'utilisation des fonds, le juge Iacobucci a conclu à la lumière de cette prémisse que la déduction doit être admise même si l'emprunt est utilisé à plusieurs fins, dont une seule était admissible, et que la fin réelle et principale de l'utilisation d'un emprunt ne devait pas constituer un critère sous-jacent que dans les cas de « trompe-l'œil ». Il commente :

> « En ce qui concerne le sens ordinaire de cette disposition, la seule condition explicite liée à la notion de « fin » est que l'argent emprunté ait été « utilisé en vue de tirer un revenu ». Outre l'emploi de l'article défini « the » avant le mot « purpose » dans la version anglaise, fait qui, si on y regarde de près, est loin d'être suffisant pour trancher la question dont notre Cour est saisie, rien dans le texte de la disposition n'indique que la fin requise doit être la fin exclusive, première ou dominante ou que, en présence de fins multiples, celles-ci doivent d'une certaine manière être classées par ordre d'importance pour déterminer quelle est la fin « réelle » poursuivie par le contribuable. Par conséquent, il est parfaitement compatible avec le texte du sous-al. 20(1)c)(i) de permettre à un contribuable qui utilise de l'argent emprunté afin d'effectuer un investissement visant plus d'une fin de déduire ses frais d'intérêt lorsque l'une de ces fins est de tirer un revenu.
>
> À cet égard, les adjectifs utilisés par les tribunaux jusqu'à maintenant pour qualifier la fin visée au sous-al. 20(1)c)(i), par exemple « véritable » ou « réelle », ne sont utiles en fin de compte que lorsqu'il s'agit de déterminer si l'opération en cause n'était qu'un trompe-l'oeil ou un artifice conçu pour ouvrir droit à la déduction de l'intérêt. En l'absence d'un trompe-l'oeil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, une fin accessoire poursuivie par le contribuable en effectuant l'investissement peut néanmoins constituer une fin réelle ou véritable, tout aussi susceptible de satisfaire la condition de déductibilité de l'intérêt que toute autre fin principale plus importante[20]. »
> (Notre soulignement)

Bref, tout contribuable qui souhaite déduire des intérêts dans le calcul de son revenu en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. doit être en mesure de démontrer que les intérêts en question se rapportent à une somme utilisée dans le but véritable (accessoire ou pas) de gagner un revenu brut quelconque.

---

[20] *Ludmer*, précité, note 15, 5528.

1.1.2.4. Les intérêts doivent se rapporter à une somme d'argent utilisée directement et couramment à une fin admissible et, dans certaines circonstances exceptionnelles, se rapporter indirectement à une fin admissible

Dans l'affaire *Bronfman Trust*, il a également été mentionné que dans le cadre de l'application du test de l'utilisation admissible des fonds empruntés, l'utilisation courante de ces fonds doit être examinée. L'intérêt sur des sommes, qui à l'origine étaient utilisées dans le but de gagner un revenu, ne sera pas déductible si l'utilisation courante et actuelle de ces fonds est inadmissible. La Cour mentionne ainsi que :

> « Un contribuable ne peut pas, du simple fait que l'argent emprunté a servi originairement à l'achat de biens productifs de revenu, continuer à déduire les intérêts après qu'il a vendu ces biens et qu'il a affecté le produit à une utilisation inadmissible. Permettre au contribuable d'agir ainsi aurait pour conséquence qu'on emprunterait des fonds pour financer l'achat de biens productifs de revenu, lesquels pourraient être revendus immédiatement, les intérêts restant néanmoins déductibles.
>
> Inversement, un contribuable qui utilise ou qui entend utiliser de l'argent emprunté pour une fin inadmissible, mais qui s'en sert ultérieurement pour tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ne devrait pas se voir privé de la déduction à l'égard de l'utilisation actuelle, qui est admissible.
>
> […]
>
> Par exemple, dans le cas où un contribuable emprunte pour acheter un bien meuble qu'il vend par la suite, les intérêts payés deviendront déductibles si le produit de la vente est affecté à l'achat de biens admissibles productifs de revenu.
>
> Ce principe souffre toutefois une importante restriction naturelle. Si le contribuable veut réclamer la déduction en raison d'une utilisation actuelle qui est admissible, il faut que les fonds empruntés soient encore en sa possession, ce qui peut être établi en retraçant le parcours du produit de la disposition des biens qui constituaient l'utilisation inadmissible antérieure. Lorsque le contribuable a dépensé les emprunts pour un usage inadmissible, sans recevoir en contrepartie aucun bénéfice durable ni aucun bien vendable, il est évident que ce contribuable ne dispose pas de l'argent emprunté et qu'il ne peut pas s'en servir par la suite à une autre fin, que celle-ci soit admissible ou inadmissible. Par conséquent, une obligation continue de payer des intérêts au créancier ne prouve pas de façon concluante que le contribuable fait encore usage de l'argent emprunté[21]. »

---

[21] *Bronfman Trust*, précité, note 13, 5065, 5066.

Le juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale apportait un commentaire similaire dans l'arrêt *Attaie* c. *MRN*[22]. Il a en effet affirmé que :

> « According to *Bronfman Trust*, the statutory provisions require that the inquiry to be made be centered on the use to which the taxpayer put the borrowed funds. Their current use rather than their original use is relevant in assessing deductibility of interest payments[23]. »

En conséquence, les fonds empruntés peuvent être utilisés à diverses fins successives. Toutefois, l'alinéa 20(1)c) L.I.R. ne sera applicable que dans la mesure où durant les périodes pour lesquelles on tente de se prévaloir de la déduction des intérêts, les fonds soient utilisés à une fin admissible, soit en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien.

L'arrêt *Bronfman Trust* permet également d'affirmer qu'il doit exister un lien direct entre l'emprunt et l'utilisation admissible. Dans l'affaire *Tennant* c. *La Reine*[24], la Cour suprême a explicité cette notion de lien. En effet, le juge Iacobucci commente pour la majorité :

> « Par conséquent, pour déduire les intérêts versés, le contribuable doit établir un lien entre le bien dont l'utilisation actuelle est admissible, le produit de la disposition du bien dont l'utilisation initiale était admissible et l'argent qui a été emprunté pour acheter le bien dont l'utilisation initiale était admissible. En l'espèce, pour déduire les intérêts versés, l'appelant doit établir un lien entre les actions de TWL qu'il détient actuellement, le produit de la disposition des actions initiales et l'argent qui a été emprunté pour acheter les actions initiales. À mon avis, cela a été établi, étant donné que tant les actions initiales que les actions de TWL tirent directement leur origine de l'emprunt[25]. »

De même, dans l'affaire *Shell* c. *La Reine*[26], la juge McLachlin fait les commentaires suivants :

> « Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 46, "l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés". Il a par ailleurs précisé que c'est l'utilisation actuelle des fonds empruntés qui est déterminante, et que la disposition exige généralement "que les fonds empruntés aient été affectés à une

---

22 [1990] 2 C.T.C. 157, 90 D.T.C. 6413 (C.A.F.).

23 *Id.*, 6416.

24 [1996] 1 R.C.S. 305, [1996] 1 C.T.C. 290, 96 D.T.C. 6121 (C.S.C.).

25 *Id.*, 318.

26 [1994] 4 C.T.C. 313, 99 D.T.C. 5682 (C.S.C.) (ci-après « *Shell* »).

> utilisation admissible précise" : *Bronfman Trust*, précité, à la p. 53. La déduction est donc exclue lorsqu'il n'y a qu'un lien indirect entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible. L'intérêt est déductible seulement s'il existe un lien suffisamment direct entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible actuelle : *Tennant* c. *Ministre du Revenu national*, [1996] 1 R.C.S. 305, aux par. 18 à 20, le juge Iacobucci. En outre, la confusion des fonds empruntés avec des fonds affectés à d'autres fins n'est pas nécessairement déterminante dans la mesure où les fonds empruntés peuvent dans les faits être rattachés à une utilisation admissible actuelle[27]. » (Notre soulignement)

Dans l'affaire *Singleton* c. *La Reine*[28], la Cour suprême a conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de la réalité économique des opérations sous-jacentes lors de la détermination de l'utilisation des fonds empruntés. Dans cette affaire bien connue, le contribuable était associé d'un cabinet d'avocats et il avait retiré des fonds de son compte de capital de la société pour acheter une résidence. Par la suite, il avait emprunté des fonds afin de rembourser sa part de capital dans la société. Malgré le fait que le Ministère ait argumenté que la réalité économique des transactions démontrait que le contribuable avait, dans les faits, emprunté pour financer l'achat de sa maison, le juge Major a statué que l'apport des fonds empruntés au compte de capital constituait une utilisation directe et admissible.

À la suite de l'affaire *Bronfman Trust*, il était traditionnellement reconnu que les paramètres de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. n'étaient pas respectés lorsque les fonds empruntés étaient utilisés indirectement en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien. Par contre, la Cour suprême avait affirmé, en *obiter dictum*, que certaines circonstances exceptionnelles pouvaient justifier la déduction des intérêts lorsque les fonds sous-jacents sont utilisés indirectement à une fin admissible :

> « Même s'il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations d'un contribuable, il pourrait convenir, en raison d'un effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus, de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, je suis convaincu que de telles circonstances n'existent pas en l'espèce. Il me semble qu'à tout le moins, le contribuable doit convaincre la Cour que la fin réelle qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu. À l'inverse de ce qui semble être le cas dans l'affaire *Trans-Prairie*, les faits en l'espèce sont loin de faire cette démonstration. D'ailleurs, il n'est pas simplement anecdotique que

---

27 *Id.*, 5688.

28 [2002] 1 C.T.C. 121, 2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.) (ci-après « *Singleton* »).

> les biens, qui ont été conservés pendant une brève période, ont eu un rendement bien en deçà du loyer de l'argent emprunté […][29]. »

Subséquemment, dans l'affaire *74712 Alberta Limited*, le juge Robertson a précisé la portée de ce commentaire en affirmant qu'un contribuable peut invoquer l'exception des « circonstances exceptionnelles », à la condition d'établir qu'il avait une intention réelle d'utiliser les sommes empruntées dans le but de gagner un revenu et qu'il avait une expectative raisonnable que l'emprunt allait générer un revenu. Le critère des « circonstances exceptionnelles » a également été abordé dans l'arrêt *Canadian Helicopters* c. *La Reine*[30]. La question en litige se rapportait à la déduction des intérêts sur un emprunt contracté par Canadian Helicopters. La société avait décidé de prêter de nouveau la somme sans intérêt à l'une de ses sociétés mères afin qu'elle fasse l'acquisition des actions d'une société concurrente à Canadian Helicopters. *A priori*, il appert que les fonds n'étaient pas utilisés directement à une fin admissible. Toutefois, le juge Malone de la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle il y avait des circonstances spéciales qui permettaient la déduction de l'intérêt. Il a conclu, d'une part, que la preuve corroborait le fait que Canadian Helicopters avait effectué l'emprunt dans le but véritable de gagner un revenu[31]. D'autre part, il a affirmé que la condition de l'expectative raisonnable de tirer un revenu avait également été rencontrée. Ces deux constatations lui ont permis de statuer que le contribuable avait droit à la déduction malgré le caractère indirect de l'utilisation des fonds.

1.1.2.5. Les intérêts doivent être raisonnables

L'alinéa 20(1)c) L.I.R. énonce de manière explicite que le montant de l'intérêt qui doit réduire le revenu du contribuable doit être raisonnable. À prime abord, ce critère prête beaucoup moins à controverse que les

---

29 *Bronfman Trust*, précité, note 13, 5067.

30 [2002] 2 C.T.C. 83, 2002 D.T.C. 6805 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian Helicopters* »). Les affaires *Banque Chase Manhattan du Canada* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6018 (C.A.F.) et *Lewisporte Holdings* c. *La Reine*, [1999] 1 C.T.C. 2056, 99 D.T.C. 253 (C.C.I.) (ci-après « *Lewisporte* ») traitent également de ce concept.

31 À cet effet, le juge Malone écrit : « Nous sommes convaincus, comme l'a statué le juge de la Cour de l'impôt, que les événements postérieurs au prêt, comme l'entente de gestion entre Viking et Helicopters, de même que l'augmentation du revenu d'entreprise d'Helicopters et la réduction de la concurrence, constituent une preuve de la fin et de l'intention visées par Helicopters quand elle a obtenu le prêt. »

précédents. Toutefois, il est tout de même important de faire mention des principes découlant de l'arrêt *Shell*[32] qui porte en partie sur le sujet. La Cour suprême y a reconnu que le caractère raisonnable des intérêts ne devait pas être examiné en fonction de la réalité économique des transactions effectuées par les parties. Dans cette affaire, le contribuable (Shell) devait emprunter 100 000 000 $ US pour les fins de l'exploitation de son entreprise. Au lieu d'effectuer un prêt directement en devises américaines, il a préféré le contracter en dollars néo-zélandais. À cette fin, une série de transactions comportant deux étapes a été effectuée par le contribuable. D'abord, un prêt de 150 000 000 $ NZ a été contracté, à un taux d'intérêt de 15,4 %. Puis, un contrat de change à terme a été conclu par lequel la totalité de l'emprunt en devises néo-zélandaises a été affecté à l'achat de 100 000 000 $ US. Étant donné que le dollar néo-zélandais se dépréciait, le contribuable avait prévu que la valeur à terme (exprimée en dollars américains) des 150 000 000 $ NZ que Shell devait rembourser aux prêteurs étrangers en 1993 serait inférieure à la valeur courante ou au comptant (exprimée en dollars américains) de la somme au moment de son emprunt en 1988. Par conséquent, Shell réaliserait un gain de change important, ce qui lui permettrait de ramener le taux d'intérêt réellement versé durant la période de détention du prêt à un taux similaire à ce qu'elle aurait payé si elle avait emprunté directement en devises américaines.

En l'espèce, alors que la Cour d'appel fédérale statuait que la réalité économique des transactions montrait clairement que les intérêts raisonnables devaient être déterminés par rapport à l'emprunt direct en devises américaines, la Cour suprême a conclu, à l'inverse, que cette méthode de détermination de la « raisonnabilité » des intérêts n'était pas appropriée. Plus spécifiquement, la juge McLachlin a écrit pour la majorité que :

> « Notre Cour ne s'est encore jamais prononcée au sujet de la quatrième exigence – que la somme que l'on cherche à déduire soit la somme effectivement payée ou "une somme raisonnable à cet égard". Il est clair, toutefois, compte tenu de la formulation de l'al. 20(1)c), que ces termes renvoient au sous-al. 20(1)c)(i) en entier. Le contribuable peut donc déduire le moins élevé 1) du montant effectivement versé ou 2) d'un montant raisonnable à l'égard "d'une somme payée [...] en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur [...] de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien". En l'occurrence, l'argent emprunté qui a été utilisé pour produire un revenu, ce sont les 150 000 000 $ NZ. En première instance, le juge Christie a conclu que le taux du marché en 1988 pour le prêt de dollars néo-zélandais pendant la durée de cinq ans prévue dans les contrats

[32] Voir également *Canadian Pacific* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 6742 (C.A.F.).

> d'achat de débentures était 15,4 pour cent par année. C'est le taux d'intérêt que Shell a payé. Lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable : *Mohammad* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 5503 (C.A.F.), à la p. 5509, le juge Robertson, *Canada* c. *Irving Oil Ltd*., [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), à la p. 359, le juge Mahoney. Le quatrième critère est donc respecté […][33]. »

Ainsi, pour juger de la rationalité d'un taux quelconque, il peut être utile de faire la comparaison avec des taux en vigueur sur le marché pour des dettes ayant des modalités et un niveau de risque semblables.

1.1.2.6. Les intérêts doivent se rapporter à une source de revenu

Le dernier critère exige que l'intérêt se rapporte à une source de revenu. En d'autres termes, il est nécessaire que les intérêts versés par le débiteur se rattachent à l'une de ses sources de revenus admissibles tirées d'une entreprise ou d'un bien. En théorie, la déduction des intérêts serait refusée dans le cas où la source originale de revenu a fait l'objet d'une disposition ou qu'elle n'a pas été remplacée par une autre source admissible. Cependant, la plupart des jugements rendus spécifiquement sur cette notion de source de revenu et refusant la déduction des intérêts[34] sont maintenant frappés de caducité par suite de l'adoption de l'article 20.1 L.I.R. que nous examinerons plus loin.

1.1.3. Politiques administratives

À la suite de ces récentes décisions jurisprudentielles ayant trait à l'interprétation et à l'application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., l'ADRC a été dans l'obligation d'annoncer, en octobre 2001, qu'elle réexaminerait ses positions administratives dans le but de déterminer si ces dernières devaient être révisées et, le cas échéant, si des changements devaient être apportés. Les résultats préliminaires découlant de ce processus ont été rendus publics en octobre 2002[35]. En outre, l'ADRC a annoncé quelle anticipait d'émettre un nouveau bulletin d'interprétation portant sur la position interprétative officielle des autorités fiscales. À cet effet, en août 2003, un projet de

---

33 *Shell*, précité, note 26, 5688.

34 Voir, *inter alia*, les affaires *Emerson* c. *La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 422, 86 D.T.C. 6184 (C.A.F.); *Lyons* c. *MRN*, [1984] C.T.C. 2690, 84 D.T.C. 1633 (C.C.I.); *Alexander et autres* c. *MRN,* [1983] C.T.C. 2516, 83 D.T.C. 459 (C.R.I.).

35 Voir notamment Paul LYNCH et Marc VANASSE, « Présentation sur la déductibilité des intérêts à l'Association de planification fiscale et financière », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 36:1-50.

bulletin a été publié pour fins de consultation[36]. Dans cette ébauche, les autorités fiscales se sont attardées sur plusieurs éléments en reprenant la vaste majorité des sujets abordés lors de la présentation d'octobre 2002. Toutefois, nous nous concentrerons essentiellement sur les commentaires portant sur la détermination de l'utilisation directe ou indirecte, plus précisément, l'identification de l'utilisation des sommes empruntées pour des fins admissibles et quelques autres éléments qui sont étroitement liés au propos plus spécifique du présent texte.

1.1.3.1. Utilisation directe ou indirecte

En ce qui a trait au critère de l'utilisation des fonds empruntés, l'ADRC reprend essentiellement les conclusions des arrêts *Bronfman Trust*, *Shell* et *Singleton* à l'effet que le critère applicable est l'utilisation directe de l'argent emprunté sous réserve de l'exception des « circonstances exceptionnelles ». Ainsi, les autorités fiscales mentionnent au paragraphe 13 du Projet de Bulletin :

> « Dans l'affaire *Bronfman Trust*, le tribunal a déclaré que "[…] le texte de la Loi exige que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise[…]" et qu'"il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction". Dans l'affaire *Shell*, le tribunal a décrit le critère comme suit : "Si un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible[…]" et il a été déterminé que l'argent a été utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Il a aussi été mentionné : "L'intérêt est déductible seulement s'il existe un lien suffisamment direct entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible actuelle[...]". Dans l'affaire *Singleton*, le tribunal a déclaré : "Il est maintenant manifeste, à la lumière du raisonnement suivi dans l'arrêt *Shell*, que la question à trancher est celle de l'utilisation directe de l'argent emprunté". Il a également déclaré qu'"…il est erroné de considérer ces démarches comme une seule et même opération. Pour donner effet au rapport juridique, il faut considérer les opérations comme des opérations distinctes."»

Au paragraphe 14 du Projet de Bulletin, l'ADRC spécifie que lorsque vient le temps de déterminer à quelle fin l'argent emprunté a été utilisé, le fardeau de la preuve repose sur le contribuable qui doit ainsi établir un lien entre l'argent emprunté et une utilisation admissible. Par ailleurs, le Projet de Bulletin précise également que l'utilisation initiale des fonds empruntés est souvent non pertinente dans l'établissement du lien :

---

36 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-53X, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 14 août 2003, version finale pour consultation (ci-après « Projet de Bulletin »).

> « Plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada, et, plus précisément, dans les affaires *Canada Safeway*, *Bronfman Trust* et *Shell*, montrent clairement que l'utilisation pertinente est l'utilisation actuelle et non pas l'utilisation initiale de l'argent emprunté. Pour déterminer l'utilisation actuelle de l'argent emprunté, les contribuables doivent établir un lien entre l'argent emprunté et son utilisation actuelle[37]. »

1.1.3.2. Test du retraçage / lien

Concernant l'établissement d'un lien entre l'argent emprunté et l'utilisation actuelle des fonds, les autorités fiscales semblent être enclines à choisir la voie de la flexibilité déjà toute tracée par la jurisprudence récente :

> « Dans les cas simples où un bien est remplacé par un autre bien, l'établissement d'un tel lien est facile à faire. En pareils cas, l'utilisation actuelle de l'argent emprunté se rapporte entièrement au bien de remplacement, étant donné que la totalité du produit de disposition associé au bien initial est réinvesti dans le bien de remplacement, comme ce fut le cas dans l'affaire *Tennant*.
>
> […]
>
> Dans le cas où un bien acquis avec de l'argent emprunté est remplacé par plus d'un bien, on peut adopter une approche flexible pour établir un lien, comme ce fut le cas dans l'affaire *Ludco*. Selon une approche flexible pour établir un lien, les contribuables peuvent attribuer, à raison d'un dollar pour chaque dollar, l'argent emprunté non remboursé à la valeur des biens de remplacement acquis[38]. »

Dans les cas de fonds amalgamés dans des comptes d'encaisse ou des marges de crédit, l'ADRC prend la position suivante :

> « Il arrive souvent que la technique de mise à part de l'argent […] ne soit pas appliquée et ne puisse pas l'être et que l'argent emprunté soit déposé dans un compte et amalgamé avec d'autre argent. En pareils cas, il est difficile d'établir un lien entre l'argent emprunté et l'utilisation actuelle, étant donné que l'argent est fongible et que les contribuables sont incapables d'établir un lien avec une utilisation précise. Cependant, les contribuables peuvent adopter l'approche flexible dont il est question au numéro 18 en pareils cas. Par conséquent, lorsque l'argent emprunté est amalgamé avec d'autre argent, les contribuables peuvent choisir l'utilisation de l'argent emprunté parmi toutes les utilisations de l'argent. La même approche pourrait s'appliquer aux marges de crédit et autres

---

37 Projet de Bulletin, par. 17.

38 *Id.*, par. 18.

arrangements semblables. La séquence des transactions est importante en pareils cas, puisque

- cette approche s'applique uniquement lorsque l'argent emprunté est amalgamé avec d'autre argent, et
- l'utilisation précise de l'argent ne peut jamais être reliée à un emprunt contracté par la suite.

Cependant, la séquence des transactions n'a généralement aucune importance si les transactions ont lieu le même jour[39]. »

1.1.3.3. Emprunt contracté pour effectuer des investissements, y compris l'achat d'actions ordinaires

Les autorités fiscales sont d'opinion que les intérêts sur les sommes empruntées pour acquérir des placements ou des actions ayant un taux d'intérêt ou de dividende établi seront déductibles dans la mesure où le contribuable avait, lors de leur acquisition, une expectative raisonnable de revenu brut. Ainsi, l'ADRC confirme la position jurisprudentielle développée dans l'affaire *Ludmer* :

> « Lorsqu'un placement (p. ex. un instrument productif d'intérêts ou des actions privilégiées) est porteur d'intérêt ou de dividendes, le critère de l'intention de tirer un revenu est respecté "en l'absence d'un trompe l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération". Par ailleurs, en supposant que tous les autres critères sont respectés, l'intérêt n'est pas refusé en totalité ni restreint en fonction du revenu découlant du placement si le revenu ne dépasse pas les frais d'intérêt, compte tenu de la définition de "revenu" que l'on trouve au numéro 10[40]. »

Par ailleurs, dans le cas d'un investissement dans des actions ordinaires, les intérêts sur l'emprunt contracté seront déductibles si le contribuable peut démontrer une expectative raisonnable, au moment de l'acquisition des actions, de recevoir des dividendes. Toutefois, l'ADRC réitère la position selon laquelle l'application de ce principe repose essentiellement sur les faits[41].

---

39 *Id.*, par. 20.

40 *Id.*, par. 32.

41 *Id.*

1.1.3.4. Argent emprunté pour consentir des prêts sans intérêt et effectuer un apport de capital

De manière générale, le fait d'emprunter une somme pour la prêter de nouveau sans intérêt n'est pas un usage admissible et l'intérêt payé sur l'emprunt ne sera pas déductible. Toutefois, l'ADRC a affirmé que la déduction sera admise si le contribuable peut démontrer que l'utilisation directe a néanmoins une incidence sur sa capacité de gagner un revenu. Cette position confirme essentiellement la décision rendue dans *Canadian Helicopters*. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la Cour avait reconnu dans cette affaire qu'un emprunt pour effectuer un prêt sans intérêt devait être considéré comme une utilisation directe inadmissible de l'argent. Néanmoins, en l'espèce, la déduction avait été accordée sous prétexte que des circonstances exceptionnelles justifiaient un tel traitement. En conséquence, les autorités fiscales prennent la position suivante dans le cas d'un prêt sans intérêt consenti à une filiale ou d'un apport de capital dans une société dont l'emprunteur est actionnaire :

> « L'intérêt est généralement déductible lorsque l'argent emprunté est utilisé pour consentir un prêt sans intérêt à une filiale à cent pour cent (ou, dans le cas de nombreux actionnaires, lorsque chaque actionnaire consent un prêt sans intérêt en fonction du nombre d'actions qu'il détient) et que le produit a une incidence sur la capacité de la société de gagner un revenu, augmentant ainsi les dividendes pouvant être versés. Ces observations s'appliquent également à l'intérêt sur l'argent emprunté et utilisé pour effectuer un apport de capital dans une société dont l'emprunteur est actionnaire (ou dans une société de personnes dont l'emprunteur est un associé)[42]. »

1.2. ARGENT EMPRUNTÉ POUR REMBOURSER UN EMPRUNT – PARAGRAPHE 20(3) L.I.R.

Lorsque des fonds empruntés sont utilisés pour rembourser un emprunt antérieur, ou pour payer une somme due relativement à des biens acquis en vue de tirer un revenu de bien ou un revenu d'entreprise, le paragraphe 20(3) L.I.R. permet de présumer que la nouvelle créance a été contractée aux mêmes fins que celle qui a été remplacée.

Ainsi, les conditions requises pour l'application de cette présomption sont simples : il suffit que les raisons sous-jacentes à l'existence de la nouvelle dette soient ou le remboursement d'un prêt déjà existant ou

---

[42] *Id.*, par. 26.

l'acquittement du passif accessoire à un bien acquis dans le but de tirer un revenu d'entreprise ou de bien.

Généralement, l'application et l'interprétation de cette disposition ne posent pas trop de difficultés et l'ADRC a eu l'occasion d'exposer ses vues quant à son « spectre d'application » à plusieurs reprises[43]. Par ailleurs, il importe de souligner que les autorités fiscales ont également affirmé que le fait qu'un contribuable assume la dette d'un tiers en contrepartie du règlement de sa propre obligation ne constitue pas une situation couverte par le paragraphe 20(3) L.I.R.[44] Dans de telles circonstances, pour permettre au contribuable de déduire les intérêts reliés à la dette assumée, celui-ci devra s'assurer que la dette respecte les critères du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R.

Au surplus, les tribunaux ont indiqué que la présomption du paragraphe 20(3) L.I.R. ne s'applique au nouvel emprunt que pour le montant de la dette remplacée[45].

1.3. PERTE D'UNE SOURCE DE REVENU – ARTICLE 20.1 L.I.R.[46]

Préalablement à l'ajout de l'article 20.1 L.I.R.[47], les tribunaux avaient toujours refusé de permettre à un contribuable de déduire les intérêts sur une dette dans la situation où celui-ci avait disposé de la source initiale de revenu et que cette même source n'avait pas été remplacée. Or, depuis 1994, l'article 20.1 L.I.R. fait en sorte que les intérêts conservent leur déductibilité,

---

43 Voir notamment : *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 9806915, 11 mai 1998; interprétation technique 9726695, 28 octobre 1997; interprétation technique 9622415, 28 juin 1996; interprétation technique 9516735, 1er août 1995; interprétation technique 9512250, 16 mai 1995; interprétation technique 9516675, 19 juillet 1995; interprétation technique 9422085, 8 décembre 1994.

44 *Id.*, interprétation technique 2000-0000205, 23 février 2000.

45 *Shore* c. *MRN*, [1986] 1 C.T.C. 2360, 92 D.T.C. 6059 (C.F. 1re inst.); *Grenier (P)* c. *MRN*, [1992] 1 C.T.C. 2703, 92 D.T.C. 1675 (C.C.I.); *Trans-Prairie Pipelines Ltd.* c. *MRN*, [1970] C.T.C. 537, 70 D.T.C. 6351 (C. de l'É).

46 Pour une étude plus complète de l'article 20.1 L.I.R., nous référons le lecteur aux textes suivants : Pierre BARSALOU, « Déductibilité des intérêts : où en sommes-nous? », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 10:1-45; Ryan CHANG et Jane BRIANT, « Déductibilité des intérêts : Nouvelles règles sur la perte d'une source de revenu », (1995), vol. 43, nº 1 *Revue fiscale canadienne* 177-202.

47 L'article 20.1 L.I.R. a été édicté en 1993.

dans certaines circonstances, dans la mesure où une perte doit être assumée à la suite de la disposition d'un bien générateur de revenu (qui doit être une immobilisation, sauf un immeuble ou un bien amortissable) ou dans la situation où l'on peut constater une diminution de sa juste valeur marchande (ci-après « JVM »)[48], et également, dans le cas de la cessation de l'exploitation d'une entreprise[49].

1.3.1. Argent emprunté pour tirer un revenu d'un bien – Paragraphe 20.1(1) L.I.R.

Le paragraphe 20.1(1) s'applique lorsque de l'argent emprunté cesse d'être utilisé en vue de tirer un revenu d'une immobilisation, sauf un immeuble ou un bien amortissable. La partie de l'argent emprunté qui a trait à la source de revenu perdue est réputée continuée d'être utilisée en vue de tirer un revenu du bien. L'alinéa 20.1(1)b) prescrit la méthode requise pour établir la partie de l'argent emprunté en application du paragraphe 20.1(1) L.I.R. Ainsi, selon les paramètres de l'alinéa b), les intérêts calculés sur l'ensemble des montants décrits ci-après sont déductibles :

i) la fraction correspondant à l'excédent des sommes empruntées sur le produit de disposition de l'immobilisation, lorsque le contribuable en a disposé à un prix qui n'est pas inférieur à sa JVM;

ii) la fraction correspondant à l'excédent des sommes empruntées sur le produit de disposition que le contribuable aurait reçu s'il avait disposé de son immobilisation à sa JVM moins le montant constituant une réduction de l'argent emprunté compris dans le paragraphe (iii) ci-dessous (si applicable), lorsque le contribuable en a disposé à un prix inférieur à sa JVM;

iii) la fraction correspondant à n'importe quelle réduction de l'argent emprunté si le contribuable a disposé de l'immobilisation pour une contrepartie comprenant une telle réduction;

iv) la fraction correspondant à l'excédent des sommes empruntées moins la JVM de l'immobilisation, lorsque le contribuable n'en a pas réellement disposé mais que l'utilisation a changé.

---

48 Par. 20.1(1) L.I.R.

49 Par. 20.1(2) L.I.R.

Par ailleurs, comme le font remarquer des auteurs, le calcul de l'alinéa b) porte uniquement sur la déductibilité des intérêts de la partie de l'emprunt initial qui n'est pas réellement utilisée dans un autre but. Dans l'hypothèse où un contribuable dispose d'une immobilisation pour un produit au moins égal à sa JVM, et que la totalité du produit est réinvestie en vue de tirer un revenu, les intérêts sur la partie réinvestie de l'emprunt continueront d'être déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.[50]

1.3.2. Argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise – Paragraphe 20.1(2) L.I.R.

Le paragraphe 20.1(2) L.I.R. permet à un contribuable de continuer à déduire les intérêts sur de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise lorsque celui-ci cesse son exploitation. Ce résultat survient à la suite de l'application de trois présomptions. Premièrement, l'argent emprunté est réputé ne pas avoir été utilisé pour acquérir un bien que le contribuable a utilisé dans le cadre de son entreprise[51]. Ainsi, tout lien entre l'argent emprunté et l'acquisition d'un bien particulier utilisé dans l'entreprise est rompu.

Deuxièmement, lorsqu'un contribuable dispose d'un bien qu'il a utilisé pour la dernière fois dans le cadre de son entreprise, il est prévu à l'alinéa 20.1(2)a) L.I.R. que le contribuable est réputé utiliser la moins élevée des sommes suivantes pour acquérir le bien en question, immédiatement avant sa disposition :

i) la JVM du bien au moment de la disposition; ou

ii) la fraction de l'argent emprunté qui reste à rembourser au moment de la disposition du bien et qui n'est pas réputée avoir été utilisée avant le moment de la disposition pour acquérir un autre bien.

Finalement, l'alinéa 20.1(2)c) L.I.R. ajoute que toute fraction de l'emprunt qui reste à rembourser après la cessation de l'exploitation de l'entreprise, et qui n'est pas réputée (en vertu de l'alinéa a)) avoir servi à l'acquisition d'un bien, sera réputée être utilisée à une fin admissible. Ensemble, ces trois présomptions font en sorte que l'argent emprunté utilisé dans une entreprise continue d'être utilisé en vue de tirer un revenu, et ce,

---

50 R. CHANG et J. BRIANT, *loc. cit.*, note 46.

51 Al. 20.1(2)b) L.I.R.

même après la cessation de l'exploitation de l'entreprise. Dans l'hypothèse où le contribuable dispose de certains biens de l'entreprise, une certaine fraction de l'argent emprunté ne sera plus considérée comme étant utilisée à une fin admissible.

En outre, le législateur a également prévu qu'il faut appliquer les règles du paragraphe 20.1(2) L.I.R. (et non celles du paragraphe 20(3) L.I.R.) à toute somme empruntée pour rembourser la fraction d'une dette antérieure qui respecte les paramètres de l'alinéa 20.1(2)c) L.I.R.[52]

1.4. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS – ALINÉA 20(1)d) L.I.R.

Il importe de souligner que le contribuable peut non seulement obtenir la déduction des sommes payables et visées à l'alinéa 20(1)c) L.I.R., mais également des intérêts qui doivent être versés sur ces dernières, et ce, en vertu de l'alinéa 20(1)d) L.I.R. Le libellé de cette disposition est formulé comme suit :

> « Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :
>
> d) une somme payée au cours de l'année en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur une somme qui serait déductible selon l'alinéa c) si elle était payée au cours de l'année ou payable pour l'année ».

Cette disposition est beaucoup plus restrictive que l'alinéa 20(1)c) L.I.R. puisqu'elle ne permet que la déduction des montants qui ont effectivement été payés au cours de l'année d'imposition du contribuable (et non « payables »). Cette interprétation a d'ailleurs été confirmée par les autorités fiscales qui ont affirmé que les intérêts sur les intérêts capitalisés sont déductibles seulement dans l'année du paiement[53].

---

52 Par. 20.1(6) L.I.R.

53 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 43, interprétation technique 2002-0155667, 5 décembre 2002; interprétation technique 9506765, 20 juin 1995. Voir également *Hill* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 1749 où la Cour canadienne de l'impôt a affirmé que :

> « Pursuant to paragraph 20(1)d), compound interest can only be deducted when actually paid in the year. As the amounts [intérêts composés] were not paid in the years in which they are being claimed they are not deductible. »

1.5. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'ÉMISSION OU DE VENTE D'ACTIONS, D'UNITÉS OU DE PARTICIPATIONS ET FRAIS D'EMPRUNT – ALINÉAS 20(1)e) ET 20(1)e.1) L.I.R.

1.5.1. Alinéa 20(1)e) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* permet, à l'alinéa 20(1)e), que les frais relatifs à l'émission ou à la vente d'actions, d'unités ou de participations, ainsi que certains frais reliés à des emprunts ou à la constitution d'une dette, soient déductibles dans le calcul du revenu. En plus des frais qui pourraient autrement être visés par cette disposition, le *Bulletin d'interprétation* IT-99R5[54] mentionne explicitement que les frais juridiques et comptables engagés dans le cadre des opérations énumérées précédemment peuvent être déductibles. Il est à noter que l'alinéa 20(1)e) L.I.R. ne vise que les frais qui ne sont pas déductibles, par ailleurs, en vertu d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'alinéa 20(1)e) L.I.R. crée une règle d'amortissement des frais engagés. Ainsi, la déduction permise sera égale au moins élevé des montants suivants :

i) le produit de 20 % de la dépense et du rapport entre le nombre de jours de l'année et 365;

ii) l'excédent éventuel de la dépense sur le total des montants déductibles par le contribuable au titre de la dépense dans le calcul de son revenu pour les années d'imposition antérieures[55].

Conséquemment, 20 % des frais pourront être déduits dans l'année où ils sont engagés ainsi que dans chaque année subséquente jusqu'à ce qu'ils soient déduits en entier. Par contre, il ne sera pas possible de reporter à une année ultérieure la portion déductible dans l'année courante.

Cette disposition énonce, par ailleurs, que les frais sont déductibles s'ils sont engagés dans le cadre d'un emprunt d'argent que le contribuable utilise en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ou dans le cadre de la

---

[54] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5, « Frais juridiques et comptables » (consolidé), 11 décembre 1998.

[55] S.-al. 20(1)e)(iii) et (iv) L.I.R.

constitution d'une dette qui représente un montant payable pour un bien acquis en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien[56]. De même, les sommes attribuables à la révision du calendrier des paiements sur une créance, à sa restructuration ou à sa prise en charge par le contribuable, si la créance se rapporte à un emprunt visé par les deux situations susmentionnées, seront également déductibles en vertu de cette disposition[57]. La « révision » ou la « restructuration » s'entend d'une situation qui doit comprendre l'un des changements qui suit : la modification des conditions de la créance, sa conversion en une action ou en une autre créance, son remplacement par une action ou par une autre créance. Selon une école de pensée, les cas de conversion ou de remplacement de créance ne viseraient que les situations impliquant le créancier d'origine[58].

En outre, ont été explicitement exclus de la portée de l'alinéa e) tous les montants qui sont :

i) payés ou payables au titre du principal d'une créance ou des intérêts afférents à une créance;

ii) conditionnels à l'utilisation de biens ou qui dépendent de la production en provenant;

iii) calculés en fonction des recettes, des bénéfices, du flux de trésorerie, du prix des marchandises ou d'un critère semblable ou en fonction des dividendes versés ou payables aux actionnaires d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société (« paiements participatifs »)[59].

Par conséquent, il appert que l'intention du législateur était, notamment, d'exclure de l'application de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. tous les montants qui seraient autrement visés par l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

1.5.2. Alinéa 20(1)e.1) L.I.R.

L'alinéa 20(1)e.1) L.I.R. se distingue de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. puisqu'il spécifie que seules les dépenses qu'il est raisonnable de considérer comme se **rapportant à l'année d'imposition pour laquelle la déduction est**

---

56 S.-al. 20(1)e)(ii) et (ii.1) L.I.R.

57 S.-al. 20(1)e)(ii.2) L.I.R. Voir section 2.2.1. pour une analyse plus détaillée.

58 Voir section 2.3.2.

59 S.-al. 20(1)e)(iv.1) L.I.R.

demandée sont déductibles, pourvu que le contribuable engage ces frais dans le cadre des opérations couvertes par l'alinéa e), **sauf** les cas d'émission ou de vente d'unités, de participations ou d'actions. Les montants suivants et ceux qui s'y apparentent seront déductibles en vertu du libellé de l'alinéa e.1), à savoir : frais d'ouverture de crédit, frais de garantie, honoraires de registraire, honoraires d'agent de transfert, frais de dépôt de prospectus et les frais de service, sauf s'il s'agit d'un paiement :

i) qui est conditionnel à l'utilisation de biens ou qui dépend de la production en provenant;

ii) qui est calculé en fonction des recettes, des bénéfices, de la marge d'autofinancement, du prix des marchandises ou d'un critère semblable; ou

iii) qui est calculé en fonction des dividendes versés ou payables aux actionnaires d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société.

En outre, tout montant qui pour une raison quelconque ne peut être entièrement déduit en vertu de l'alinéa 20(1)e.1) pourra l'être à l'alinéa 20(1)e), et ce, jusqu'à concurrence de 20 % par année sur une période de cinq ans[60].

---

[60] Généralement, la première année de déduction est celle où la transaction a eu lieu. Cependant, les autorités fiscales reconnaissent que :

> « Toutefois, dans certains cas, la première année des déductions prévues par l'alinéa 20(1)e) ou l'année où la déduction entière peut être demandée en vertu de l'alinéa 20(1)e.1) peut précéder l'année de l'opération qui justifie les frais. C'est notamment le cas lorsque des frais sont engagés pour une émission d'actions au cours d'une année qui précède l'émission même. Habituellement, ces frais sont quand même considérés comme engagés dans le cadre de l'émission. L'année du début des déductions prévues par l'alinéa 20(1)e) ou de la déduction entière prévue par l'alinéa 20(1)e.1) peut également être postérieure à l'année où l'opération même est effectuée, s'il a été convenu, au moment où l'opération a été organisée, que le contribuable engagerait des frais dans l'avenir. »

Voir à cet effet, AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-341R3, « Frais d'émission ou de vente d'actions, d'unités dans une fiducie, de participations dans une société de personnes ou dans un syndicat et frais d'emprunt », 29 novembre 1995, par. 14.

1.6. DÉDUCTIONS RELATIVES AUX PRIMES D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE UTILISÉE À TITRE DE GARANTIE – ALINÉA 20(1)e.2) L.I.R.

L'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. est une disposition qui a été édictée dans le but de permettre la déduction des primes d'assurance vie payables dans le cas où la police est cédée à titre de garantie sur un emprunt. Afin que cette disposition soit applicable, certaines conditions doivent être respectées. En effet, le montant de la prime doit être raisonnable et se rapporter à un montant dû à une institution financière véritable (définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme étant, entre autres, une banque, une caisse de crédit ou une société dont l'activité de l'entreprise principale est de prêter de l'argent à des personnes avec lesquelles elle n'a aucun lien de dépendance)[61].

Le contribuable pourra déduire dans le calcul de son revenu une somme qui ne dépasse pas le moindre des deux montants suivants :

- Le montant de la prime payable par le contribuable dans l'année lorsqu'un intérêt dans la police a été cédé à titre de garantie sur un emprunt[62] et que la cession a été exigée par l'institution financière à titre de garantie[63]. De plus, il faut que les intérêts payables sur l'emprunt en question soient déductibles dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année[64].

- Le coût net de l'assurance pure en vertu de la police pour la même période[65].

Lorsque l'année d'imposition du contribuable ne correspond pas à l'année prescrite pour les fins de la police, les primes payables dans le cadre de la police et le coût net de l'assurance pure que l'assureur détermine devront être calculés en proportion de l'année d'imposition du contribuable.

Le plafond des primes ainsi déterminé servira au calcul du montant déductible, lequel doit équivaloir à la partie de ce plafond qu'il est

---

61 Voir paragraphe 248(1) L.I.R., définition d' « institution financière véritable ».

62 Div. 20(1)e.2)(i)(A) L.I.R.

63 Div. 20(1)e.2)(i)(C) L.I.R.

64 Div. 20(1)e.2)(i)(B) L.I.R.

65 Le coût net de l'assurance pure se calcule en fonction de l'article 308 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

raisonnable de considérer comme se rapportant au montant impayé du prêt en garantie duquel la police a été cédée. Si le contribuable a emprunté 600 000 $ d'une institution financière véritable et que cette dernière exige que lui soit cédée en garantie une police d'assurance vie d'une valeur de 1 000 000 $, la portion attribuable à la garantie est 60 % de la police et le contribuable pourra déduire 60 % du moindre des primes d'assurance vie payables et du « coût net » de la police.

Par ailleurs, il importe de mentionner que la politique administrative de l'ADRC exige que le contribuable qui requiert la déduction soit également le titulaire de la police cédée à titre de garantie. Les autorités fiscales justifient cette interprétation par le libellé de la disposition même qui énonce qu'afin de pouvoir réduire le revenu, les sommes doivent « être payables par le contribuable pour l'année aux termes d'une police »[66]. (Notre soulignement)

1.7. DISPOSITIONS CONNEXES RELIÉES À LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS ET DE CERTAINS FRAIS FINANCIERS

Certaines autres dispositions législatives pertinentes méritent également d'être étudiées. Nous traiterons de leurs applications pratiques dans la deuxième portion de cette étude.

1.7.1. Choix de capitaliser les intérêts sur un bien amortissable – Article 21 L.I.R.

Le but de l'article 21 L.I.R. est de permettre à un contribuable, s'il en fait le choix, de capitaliser, plutôt que de déduire, une partie ou la totalité du coût des emprunts et frais de financement annuels utilisés pour acquérir, dans l'année, un bien amortissable[67].

Le coût des emprunts visés couvre l'année en question ainsi que les trois années précédentes. Le paragraphe 21(1) L.I.R. spécifie que les montants visés par les alinéas 20(1)c), d), e) et e.1) ne s'appliquent pas à tout ou partie du montant qui est indiqué dans le choix du contribuable et qui serait autrement déductible dans le calcul de son revenu. Le montant visé par le

---

66 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-309R2, « Primes d'une police d'assurance vie utilisée comme garantie », 23 février 1995; *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 43, interprétation technique 9528015, 9 novembre 1995.

67 À noter que le paragraphe 21(2) L.I.R. s'applique aussi à l'argent emprunté pour l'aménagement, l'exploration et l'acquisition de biens reliés aux ressources.

choix est ajouté au coût en capital du ou des biens amortissables ainsi acquis[68].

Finalement, étant donné que le paragraphe 21(1) L.I.R. ne vise que les coûts d'emprunt de l'année d'acquisition du bien amortissable et les trois années précédentes, le paragraphe 21(3) L.I.R. permet, une fois le choix du paragraphe 21(1) effectué, de faire des choix pour les années subséquentes à l'acquisition. Toutefois, à partir du moment où le contribuable n'exerce le choix que pour une portion des coûts de l'année en question, le paragraphe 21(3) ne sera plus applicable pour les années futures.

1.7.2. Paiement pour remboursement anticipé ou réduction de taux – Paragraphe 18(9.1) L.I.R.[69]

Le paragraphe 18(9.1), ajouté en 1994 à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, s'applique aux pénalités payées dans le cadre du remboursement anticipé d'un emprunt ainsi qu'aux paiements faits en considération de la réduction du taux d'intérêt payable sur un emprunt. Puisque ces paiements visent à compenser le créancier pour les intérêts qui auraient été autrement payables par le débiteur, le paragraphe 18(9.1) L.I.R. répute les sommes comme ayant été reçues et payées à titre d'intérêt aux fins de la Loi. Les montants visés pourront donc être déductibles pour le payeur selon certains paramètres.

La législation prévoit toutefois que certains types de paiement sont exclus de la portée spécifique de la disposition :

i) un paiement qu'il est raisonnable de considérer comme étant effectué relativement au report d'échéance d'une créance, au remplacement d'une créance par une autre créance ou par une action, ou encore à la conversion d'une créance en une autre créance ou en une action;

ii) un paiement qui est conditionnel à l'utilisation d'un bien ou qui dépend de la production en provenant ou encore qui est calculé en fonction des recettes, des bénéfices, de la marge d'autofinancement, du prix des

---

68 Il est possible, sous certaines conditions essentiellement discrétionnaires, de procéder à un choix tardif en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. et de l'article 600 R.I.R. Voir section 2.3.1.

69 Pour une étude complète du paragraphe 18(9.1) L.I.R., voir le texte de Francine ST-ONGE, « Pot-pourri fiscal – Déductibilité des paiements relatifs à une réduction de taux ou autres remboursements anticipés de l'emprunt », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 25:1-25.

marchandises ou d'un critère semblable ou en fonction des dividendes versés ou payables aux actionnaires d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société (« paiement participatif »).

Étant donné que la première exception semble couvrir les paiements relatifs à certaines restructurations de dette ou certains refinancements, nous pourrions en déduire que le contribuable pourrait se rabattre sur le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R., à titre d'ersatz, pour lui permettre de déduire de son revenu certains de ces paiements sur une période de cinq ans. Toutefois, comme le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. ne s'appliquerait qu'aux cas ou la « révision » ou la « restructuration » implique le même créancier, les situations où un paiement en compensation du remboursement anticipé d'un emprunt est fait dans le contexte d'un refinancement avec un créancier différent, par exemple, ne seraient ni couvertes par le paragraphe 18(9.1), ni par le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. Néanmoins, l'ADRC semble d'avis que lorsqu'un nouveau créancier est impliqué dans un refinancement, il ne s'agirait pas du « remplacement » d'une créance au sens du paragraphe 18(9.1) L.I.R.[70]

Les conditions d'application de la disposition sont les suivantes[71] :

- le paiement doit être fait dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise ou dans le cadre d'une activité dont est tiré un revenu de bien;

- le paiement doit se rapporter aux intérêts futurs sur l'emprunt; et

- le paiement n'excède pas la valeur actuelle des intérêts qui auraient été payables sur la durée non écourtée de l'emprunt[72].

Quant à l'impact pour le débiteur au niveau de la déductibilité de ce type de paiement, le chevauchement des paragraphes 18(9.1), (9.2) et suivants L.I.R. rend la méthode de déduction très complexe et son analyse détaillée dépasse la portée plutôt limitée de ce texte. Cependant, de façon générale, nous pouvons indiquer que le paiement pour une réduction de taux sera étalé sur la période pour laquelle la réduction de taux s'applique tandis que le

---

70 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 43, interprétation technique 9411060, 16 mai 1994.

71 F. ST-ONGE, *loc. cit.*, note 69.

72 La portion du paiement excédant la valeur actuelle des intérêts n'est pas déductible en vertu de cette disposition.

paiement pour un remboursement anticipé d'un emprunt sera étalé sur la période qui resterait autrement à courir sur l'emprunt.

2. APPLICATIONS PRATIQUES DANS UN CONTEXTE DE DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

La deuxième portion de cet exposé vise à présenter certaines possibilités de planification pour l'entreprise en situation économique difficile tout en examinant l'application des règles visant la déductibilité des intérêts, frais financiers et certains autres paiements faits par la société, ses actionnaires, ses administrateurs et ses cautions. Dans ce contexte, le but premier de cette étude est de donner un aperçu quant aux perspectives de planification pour l'entreprise en difficulté, autant du point de vue de la société que des investisseurs.

2.1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS – ALINÉA 20(1)c) L.I.R.

En période de difficultés économiques, plusieurs situations peuvent affecter la déductibilité des intérêts payés par les différents intervenants, que ce soit la société elle-même, ses actionnaires ou ses cautions. Les problématiques potentielles ainsi que certaines perspectives de planification touchant la déductibilité des intérêts seront abordées dans cette section.

2.1.1. Expectative de tirer un revenu d'entreprise ou de bien

Une des conditions essentielles à la déductibilité des intérêts concerne l'expectative de revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien. En effet, le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. prévoit que l'argent doit avoir été emprunté et être utilisé « en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ». Les biens visés au sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. doivent également être acquis en vue de tirer un revenu de bien ou un revenu d'entreprise. Puisque la législation ne prévoit pas de distinction entre « revenu brut » et « revenu net », deux écoles de pensée ont eu tôt fait de débattre le sujet devant les tribunaux. Récemment, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la notion d'expectative de revenu dans l'affaire *Ludmer* et le juge Iacobucci, écrivant pour la majorité, a conclu que seul le concept « d'expectative raisonnable de revenu brut » était compatible avec le libellé de la disposition législative. Le juge s'exprime en ces termes :

> « Pour que s'applique la disposition, il est nettement suffisant qu'un investisseur ait eu une expectative raisonnable de tirer un revenu brut, comme il a été expliqué précédemment, lorsqu'il a investi l'argent emprunté. À l'opposé, s'il devait en outre établir qu'il avait une expectative raisonnable de tirer un revenu

> net et de réaliser un profit, la mesure d'encouragement serait beaucoup moins efficace[73]. »

Ainsi, nous pouvons conclure que la dépense d'intérêt est déductible si elle est engagée en vue de gagner des sommes qui devront être incluses au revenu imposable du contribuable. Cette « expectative » doit également être raisonnable dans les circonstances.

Par suite de cette décision du plus haut tribunal du pays, le ministère des Finances a indiqué, dans le cadre du Budget fédéral du 18 février 2003, que des changements législatifs seraient considérés puisque les conclusions retenues par les tribunaux sont vraisemblablement contraires à la politique fiscale sous-jacente à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. :

> « Certaines décisions rendues récemment par les tribunaux ont soulevé des questions sur la façon dont les contribuables doivent tenir compte de leurs dépenses, et plus particulièrement de l'intérêt, dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien aux fins de la Loi de l'impôt sur le revenu. Soulignons notamment que ces décisions pourraient entraîner des conséquences fiscales inappropriées lorsqu'un contribuable bénéficie d'une perte fiscale en déduisant des frais d'intérêts même si, en vertu de toute demande objective, il n'y a aucun motif raisonnable de s'attendre à ce que le contribuable gagne un revenu (par opposition à un gain en capital), ou lorsque la présence ou la perspective d'un revenu (par opposition à un revenu net des dépenses) suffit à conclure qu'une dépense a été engagée "en vue de gagner un revenu". Ni un ni l'autre de ces résultats n'est compatible avec une politique fiscale appropriée et n'aurait été prévu en vertu de la législation et de la jurisprudence antérieure. Par conséquent, des modifications de la *Loi de l'impôt sur le revenu* seront envisagées de manière à assurer la continuité de cet aspect important de la loi[74]. »

L'ADRC reprend intégralement cette mise en garde dans son Projet de Bulletin en indiquant que ce dernier ne tient pas compte d'éventuelles modifications législatives qui pourront être éventuellement adoptées à cet égard[75].

À la lumière de la jurisprudence et de la politique administrative actuelles, le test d'intention (expectative raisonnable de revenu brut) ne

---

73 *Ludmer*, précité, note 15, 5530.

74 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2003*, 18 février 2003. Annexe 9 – Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens.

75 Projet de Bulletin, annexe B.

semble pas poser un quelconque problème pour une société aux prises avec des difficultés financières. Cependant, dans l'hypothèse où la législation est modifiée et impose le concept de profit ou de revenu net (et dans l'optique où l'article 20.1 L.I.R. ne trouve pas application dans le cas où il y a une perte de source de revenu), la déductibilité des intérêts pourrait être mise en péril (pour la société elle-même ou pour l'actionnaire qui emprunterait pour réinvestir dans celle-ci) si on arrive à la conclusion que, dans les circonstances, l'entreprise ne peut plus être profitable pour une période plus ou moins longue. Le praticien devra donc être à l'affût de tout changement législatif à cet égard.

2.1.2. Emprunt pour honorer une garantie

En théorie, lorsqu'une caution doit effectuer un paiement pour honorer une garantie, elle se trouve subrogée dans les droits du créancier. De façon générale, lorsqu'une caution contracte un emprunt pour honorer la garantie donnée au préalable et qu'elle utilise, par exemple, les dispositions de l'article 50 L.I.R. pour réclamer une perte en capital sur la créance, les intérêts sur le prêt ne peuvent, théoriquement, être déductibles puisque l'usage courant des fonds empruntés ne respecte pas le test d'intention (l'article 20.l L.I.R. ne peut pas non plus trouver application puisque l'argent emprunté n'a jamais servi à gagner un quelconque revenu).

Dans les autres situations, selon le principe de l'utilisation directe de l'argent emprunté, il appert que seuls les cas où une contrepartie est versée à titre de frais de cautionnement peuvent permettre à la caution de déduire ses frais d'intérêt sur un emprunt utilisé pour honorer une garantie[76]. Le principe des circonstances exceptionnelles pourrait cependant permettre d'étendre les cas où la déduction des intérêts serait permise[77]. À cet égard, le Projet de Bulletin ouvre la porte à certaines exceptions à la règle de l'utilisation directe lorsque le contribuable est en mesure de démontrer que la garantie a été accordée pour accroître sa capacité de gagner un revenu :

> « Par exemple, il peut exister des cas où la caution a accès au produit de l'emprunt garanti. En pareil cas, l'intérêt est déductible sur le montant de l'emprunt contracté pour honorer le cautionnement qui peut être retracé aux

---

[76] Voir cependant l'arrêt *Lewisporte*, précité, note 30, où la Cour a conclu à une utilisation directe des fonds empruntés même si des frais de cautionnement n'avaient pas été versés.

[77] *74712 Alberta Limited*. Cet arrêt traite d'un emprunt d'argent pour honorer une garantie et le principe des circonstances exceptionnelles découlant de l'arrêt *Bronfman Trust* y a été analysé.

> fonds utilisés par le contribuable en vue de tirer un revenu. Il peut y avoir d'autres cas où le contribuable peut démontrer que le critère de l'utilisation indirect est satisfait. Ce genre de situation comprendrait le cas où une société-mère cautionne les dettes d'une filiale à cent pour cent (ou, dans le cas de nombreux actionnaires, lorsque chaque actionnaire cautionne un prêt en fonction du nombre d'actions qu'il détient) et qu'elle est en mesure de démontrer qu'elle pourrait raisonnablement s'attendre à tirer un revenu de la transaction, notamment la possibilité de recevoir des dividendes additionnels[78]. »

Il s'agit d'un assouplissement par rapport à la politique publiée en 1981 par l'ADRC dans son *Bulletin d'interprétation* IT-445 :

> « Lorsqu'un contribuable emprunte de l'argent avec intérêt pour faire un paiement en vertu d'une garantie qui a été donnée moyennant une contrepartie insuffisante à l'égard des dettes d'une corporation canadienne dont il est actionnaire ou à l'égard d'une filiale canadienne de cette corporation, le Ministère permettra de déduire l'intérêt si les conditions suivantes sont respectées :
>
> a) la corporation dont les dettes ont été garanties a utilisé les fonds empruntés en vue de tirer un revenu d'entreprise ou d'un bien, ou la corporation a utilisé les fonds empruntés en vue de prêter de l'argent à sa filiale canadienne qui à son tour, les a utilisés en vue de tirer un revenu d'entreprise ou d'un bien, et
>
> b) la corporation ne pouvait obtenir les fonds nécessaires, sans la garantie consentie par l'actionnaire à des taux d'intérêts auxquels l'actionnaire peut emprunter[79]. »

En pratique, les cas où aucuns frais de cautionnement n'ont été versés devront être analysés plus attentivement avant de conclure à la déductibilité des intérêts sur l'emprunt utilisé pour honorer une garantie.

---

78 Projet de Bulletin, par. 34.

79 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-445, « Déductibilité de l'intérêt sur les fonds empruntés pour consentir un prêt à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable ou pour honorer une garantie donnée moyennant une contrepartie insuffisante dans les cas où il y a lien de dépendance », 23 février 1981, par. 9.

2.1.3. Portion intérêt d'un paiement effectué par une caution pour honorer une garantie

La jurisprudence canadienne a toujours été d'avis que la portion intérêt d'un paiement effectué par une caution pour honorer une garantie ne peut donner lieu à une déduction en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.[80] En effet, comme le paiement d'intérêt ne vise ni un bien acquis, ni un montant emprunté par la caution et qu'il n'y a pas de relation prêteur-emprunteur entre le créancier et cette dernière, la déductibilité en vertu de l'alinéa 20(1)c) est impossible. Il pourrait cependant être plaidé que ces paiements sont déductibles à titre de dépenses courantes dans l'exploitation d'une entreprise[81].

2.1.4. Réinvestissement en équité par les actionnaires

En période de difficultés financières pour une société exploitant une entreprise, il pourrait être opportun pour les membres de l'actionnariat de réinjecter des fonds sous forme d'équité afin de permettre à la société de financer ses opérations sans pour autant augmenter sa charge de frais financiers. Dans l'hypothèse où l'actionnaire doit emprunter pour procéder à la réinjection de fonds, une attention spéciale devra être portée sur la déductibilité des intérêts pour l'actionnaire.

2.1.4.1. Emprunt pour effectuer une contribution de capital

Théoriquement, si un actionnaire contracte un prêt pour recontribuer au capital de sa société sans recevoir d'actions participatives additionnelles en retour, on ne pourra considérer qu'il a acquis un bien en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. De plus, il ne sera pas présumé utiliser les fonds directement à une fin admissible en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. Or, comme nous l'avons mentionné précédemment, étant donné que l'utilisation directe des fonds n'est pas admissible, la notion de « circonstances exceptionnelles » pourrait trouver application. À ce sujet, l'ADRC semble adopter une position équivalente à celle retenue concernant les emprunts pour honorer une garantie. Ainsi, elle indique que l'intérêt sera généralement

---

80 Voir notamment : *Bowater Canadian Limited* c. *La Reine*, [1987] 2 C.T.C. 159, 87 D.T.C. 5287 (C.A.F.); *La Reine* c. *Merban Capital Corporation Limited*, [1989] 2 C.T.C. 246, 89 D.T.C. 5404 (C.A.F.).

81 Voir Barbara L. NOVEK, « Deductibility of financing expenses », dans *Corporate Management Tax Conference 1992*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 3:1-33.

déductible lorsque l'argent emprunté est utilisé pour effectuer un apport de capital à une filiale en propriété exclusive (ou, dans le cas de nombreux actionnaires, lorsque chaque actionnaire effectue une contribution de capital au prorata de sa part de l'actionnariat) et que le produit a une incidence sur la capacité de la société de gagner un revenu quelconque[82].

2.1.4.2. Emprunt pour acquérir des actions ordinaires

Normalement, les frais d'intérêt sur de l'argent emprunté pour acquérir des actions ordinaires sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. pour l'actionnaire si ce dernier a une expectative raisonnable de recevoir des dividendes. Comme nous le mentionnions, il pourrait arriver dans certaines circonstances que l'expectative de recevoir un revenu de dividende soit absente. Dans un cas où la société dans laquelle des fonds sont réinjectés est dans une situation financière précaire, cette possibilité devra être réexaminée en profondeur.

2.1.5. Réinvestissement sous forme de prêt par l'actionnaire – Le cas du prêt sans intérêt

Dans le but de réduire la charge d'intérêt d'une société en difficultés financières, il pourrait être opportun pour un actionnaire de consentir un prêt sans intérêt à sa société. De la même façon, si celui-ci doit lui-même emprunter pour prêter les sommes, on doit s'assurer que les intérêts seront déductibles dans le calcul du revenu de l'actionnaire.

Dans une situation semblable, il apparaît bien évident que l'utilisation directe des fonds empruntés, si ceux-ci servent à consentir un prêt qui ne porte pas intérêt, ne respecte pas le critère de l'expectative raisonnable de revenu, le revenu provenant d'un prêt ne pouvant être constitué que de l'intérêt que celui-ci rapporte. Toutefois, en se basant sur le critère des « circonstances exceptionnelles », l'ADRC est prête à accepter le principe de la déductibilité dans les cas de prêt sans intérêt à une société en propriété exclusive si le produit a une incidence sur la capacité de la société de gagner un revenu[83].

---

82 Projet de Bulletin, par. 26.

83 *Id.*

2.1.6. Prêts participatifs

Depuis le jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Sherway*, rendue en 1998, la question du traitement fiscal des paiements de participation a été analysée maintes et maintes fois par de nombreux auteurs[84]. Le but de ce texte n'étant pas d'analyser en détail la question du prêt participatif, nous nous contenterons d'en dresser les grandes lignes.

Généralement, un prêt avec un élément de participation se qualifiera d'instrument financier hybride puisqu'au moins une partie du rendement du prêt sera basée sur des critères qui influent habituellement sur le rendement des investisseurs en équité. Par exemple, une part du rendement sur le prêt pourra être calculée en fonction des recettes, des bénéfices, des flux de trésorerie ou d'autres critères analogues. Évidemment, une portion du rendement sur le prêt proviendra également d'un revenu d'intérêt basé sur le capital emprunté. L'avantage d'une telle forme de financement provient du fait que le taux d'intérêt exigé par le prêteur (excluant l'élément de participation) est souvent moindre que celui du marché. Pour une société en situation de précarité financière, ce type de financement a des avantages indéniables. Encore une fois, on doit s'assurer au préalable avant d'émettre ce type d'instrument financier que la société ne devra pas assumer une charge fiscale indue.

Les conseillers fiscaux devront ainsi s'assurer, avant de recourir au prêt participatif, que le traitement fiscal des paiements effectués en vertu du prêt puisse donner lieu à une déduction dans le calcul du revenu ou, à tout le moins, ceux-ci devraient s'assurer que les conséquences fiscales seront les plus avantageuses possibles dans les circonstances.

Dans l'affaire *Sherway*, le contribuable avait émis une obligation à un taux inférieur à celui du marché au moment de l'emprunt. Pour compenser le

---

[84] Voir notamment : Elinore J. RICHARDSON, David GLICKSMAN et Lara FRIEDLANDER, « Fundamentals of Canadian Taxation of Financial Instruments », dans *Corporate Management Tax Conference 1999*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 5:1-57; Jeannette Y. PANTRY, « Tax Issues and Structuring Income Funds », dans *2002 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 9:1-39; Christophe DE KOSTER, « Intérêts et frais financiers : le point sur la quasi-équité », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 36:1-28 et Sylvain CHAREST, « Financement de l'entreprise en difficulté », dans *Colloque – Financement nord-américain dans la turbulence*, 115-2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 1-28.

rendement moindre quant à l'intérêt stipulé aux termes de l'entente, le créancier avait droit à un intérêt participatif égal à 15 % des surplus d'exploitation excédant 2 900 000 $. Selon les faits exposés devant les tribunaux, l'intérêt participatif devait permettre au prêteur d'obtenir un rendement égal au taux du marché en additionnant le taux d'intérêt et le paiement de participation. En revanche, aucun taux maximal n'était stipulé dans l'entente, le rendement restant potentiellement illimité. La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge McDonald, a statué que le paiement participatif était déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. en élargissant la définition traditionnelle d'intérêt :

> « L'intérêt de participation, même s'il n'était versé en espèces qu'une fois par année, représentait un pourcentage de l'excédent d'exploitation pour l'année. Il pouvait donc être réparti sur une base quotidienne et, par conséquent, satisfaire aux critères d'accroissement jour après jour.
>
> […]
>
> La question qui se pose est donc celle de savoir si on peut considérer l'intérêt de participation payé au détenteur en espèces comme un pourcentage du capital ou un versement se rapportant de quelque façon au capital. Je suis d'avis qu'on le peut, car, ainsi que le fait remarquer l'intimé, cet intérêt n'était payable que s'il restait un capital à rembourser. La fraction d'intérêt de participation reçue était directement proportionnelle au montant du capital dû, et l'intérêt de participation ne visait qu'à assurer, pendant la durée du prêt, un rendement sur ce capital s'approchant du taux d'intérêt normal. Conclure autrement, c'est à dire donner à cette disposition l'interprétation aussi restrictive que l'a fait la jurisprudence antérieure et refuser la déduction, reviendrait à mon avis à ne pas tenir compte des nouvelles réalités commerciales, lesquelles n'avaient pas été examinées lorsque les tribunaux ont rendu leurs décisions passées.
>
> En concluant que les paiements effectués au titre de l'intérêt de participation ne sont pas déductibles, la Cour indiquerait en fait que la Loi de l'impôt sur le revenu décourage l'esprit d'entreprise, puisque ceux qui tentent de mettre sur pied une nouvelle entreprise mais qui ont besoin, pour réussir, de trouver des modes de financement innovateurs n'auraient pas droit aux déductions prévues par la Loi. Il ne faut pas oublier non plus que les paiements ont été imposés lorsqu'ils ont été reçus par les détenteurs d'obligations. Un tel aménagement du financement de l'entreprise n'amène donc aucun évitement fiscal. De fait, l'intimé cherche seulement à se prévaloir de la déduction à laquelle les autres entreprises effectuant des paiements d'intérêts ont droit. Nous ne sommes pas non plus en présence d'un paiement travesti en versements d'intérêts[85]. »

---

[85] *Sherway*, précité, note 6, 44.

Ainsi, la Cour s'est basée sur la notion de « réalité économique » pour élargir la définition d'intérêt[86] et permettre la déductibilité en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. L'ADRC a reconnu cette position jurisprudentielle, notamment dans les *Nouvelles techniques* n° 16[87], en mars 1999. Les conclusions de l'affaire *Sherway* différaient de la position traditionnelle des autorités fiscales puisque aucun pourcentage maximum n'était prévu à l'entente de prêt.

À l'heure actuelle, il apparaît fort peu probable que la *ratio decidendi* de l'arrêt *Sherway* puisse encore être applicable à la lumière des décisions récentes de la Cour suprême du Canada sur la déductibilité des intérêts. En effet, la notion de « réalité économique » ou « réalité commerciale » a été définitivement écartée par le plus haut tribunal du pays dans les arrêts *Ludmer*, *Shell* et *Singleton*. Malgré cela, l'ADRC a choisi de conserver la position administrative adoptée peu après le jugement rendu dans *Sherway*. Dans le cadre du Congrès 2002 de l'APFF, l'ADRC a eu l'occasion de réexposer ses vues :

> « À la lumière des décisions récentes de la Cour Suprême du Canada dont entre autres, l'arrêt *Shell Canada Limited* vs. *The Queen*, [1999] 4 C.T.C. 313, 99 D.T.C. 5669, où le concept de réalité économique a été mis plus ou moins en veilleuse, est-ce que l'ADRC maintient sa position concernant la déductibilité d'un paiement participatif qui n'est pas calculé directement en fonction du principal d'un prêt?
>
> Réponse de l'ADRC :
>
> Les versements de participation pour des montants qui sont des intérêts sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)(c) lorsque les versements se limitent à un pourcentage fixe du montant du principal ou que les faits indiquent que les versements de participation visaient à établir le taux d'intérêt du prêt au taux en vigueur sur le marché, le pourcentage limitatif, s'il en existe un, traduit les taux d'intérêts commerciaux entre des parties sans lien de dépendance au moment où le prêt est conclu et aucun autre fait n'indique la présence d'une participation au capital. Il faut remarquer que les versements de participation ne sont pas

---

86 Dans un commentaire subsidiaire, le juge McDonald a aussi mentionné que l'alinéa 20(1)e) L.I.R. pourrait être applicable pour permettre la déduction de la portion participative de l'emprunt. Toutefois, un amendement législatif subséquent (s.-al. 20(1)e)(iv.1) L.I.R.) empêche la déduction des paiements participatifs en vertu de l'alinéa 20(1)e).

87 AGENCES DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 16, 8 mars 1999.

> déductibles en vertu du sous alinéa 20(1)e)(iv.1) à titre de dépenses engagées dans le cadre d'un emprunt d'argent[88]. »

Étant donné que la décision qui serait rendue par un tribunal dans le cadre d'un litige concernant la déductibilité des paiements participatifs en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. serait fort probablement défavorable au contribuable, le praticien aura tout intérêt à suivre à la lettre les critères énoncés dans les politiques administratives de l'ADRC. Par mesure de précaution, il serait préférable de préconiser l'utilisation d'un taux « plafond » ainsi que d'éviter d'ajouter tout autre élément « d'équité » à l'instrument financier (par exemple, un prêt participatif convertible en actions de l'émetteur serait à notre avis problématique). Dans l'hypothèse où la préconisation d'un taux « plafond » n'est pas retenue, l'obtention d'une décision anticipée s'avérerait une démarche d'une circonspection élémentaire.

2.1.7. Remboursement d'un emprunt déjà en circulation – Paragraphe 20(3) L.I.R.

Le paragraphe 20(3) L.I.R. fait en sorte que lorsqu'un contribuable emprunte dans le but de rembourser un ou des emprunts déjà existants ou pour rembourser une dette relative à l'acquisition d'un bien, l'argent emprunté est réputé avoir été utilisé aux mêmes fins que le ou les emprunts originaux ou pour acquérir les biens relativement auxquels la dette était due. Il crée une présomption d'utilisation directe des fonds empruntés.

Dans la situation où une société doit reconsolider ses emprunts ou refinancer une partie ou la totalité de ses dettes, le paragraphe 20(3) L.I.R. fera en sorte que la déductibilité des intérêts sera préservée si la déductibilité était par ailleurs antérieurement permise. Toutefois, si le montant du refinancement est supérieur au montant de ses dettes antérieures, la société devra s'assurer que l'excédent est utilisé à des fins admissibles[89].

2.1.8. Perte d'une source de revenu – Article 20.1 L.I.R.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, à la section 1.3., l'article 20.1 L.I.R. constitue une exception à la règle voulant que la perte de

---

88 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 43, interprétation technique 2002-0157035, 11 octobre 2002. Le Projet de Bulletin reprend intégralement cette position au paragraphe 2.

89 Voir section 1.2.

la source de revenu, à laquelle se rattachent les intérêts sur l'argent emprunté, empêche la déductibilité des intérêts en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. L'article 20.1 L.I.R. constitue en quelque sorte un dégrèvement législatif pour le contribuable. Bien évidemment, cet article pourrait trouver application spécialement dans un contexte où des difficultés financières peuvent affecter la source de revenu. Nous analyserons donc certaines situations où la société ou ses actionnaires pourraient bénéficier de la déduction des intérêts dans ce cadre particulier.

2.1.8.1. Argent emprunté pour tirer un revenu d'un bien – Paragraphe 20.1(1) L.I.R.

Le paragraphe 20.1(1) L.I.R. s'applique lorsqu'un contribuable cesse d'utiliser de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une immobilisation. La disposition exclut spécialement les biens immeubles et les bien amortissables[90] de son champ d'application. Si le contribuable vend une immobilisation à perte ou si cette dernière diminue de valeur, le paragraphe 20.1(1) L.I.R. fera en sorte que les intérêts (ou une portion des intérêts) sur l'emprunt demeureront déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. malgré la perte de la source de revenu.

Les applications pratiques peuvent être nombreuses et les permutations possibles le sont également, que ce soit pour l'actionnaire ou sa société. Par exemple, un contribuable qui aurait emprunté pour investir dans une société dans le but de tirer un revenu de dividende pourrait bénéficier de cette disposition, advenant le cas où l'expectative de revenu est mise en doute en situation économique difficile ou même en cas de faillite, afin de lui permettre de conserver le droit à la déduction des intérêts sur l'emprunt, qu'il ait ou non disposé des actions. En revanche, l'actionnaire ne pourrait se rabattre sur l'article 20.1 L.I.R. s'il contractait un nouvel emprunt dans le but de réinvestir dans une société si le critère de l'expectative de revenu n'était pas rencontré au moment de l'emprunt.

Pour la société elle-même, l'application du paragraphe 20.1(1) L.I.R. semble plutôt limitée en période économique difficile puisque celui-ci ne vise que l'argent emprunté pour tirer un revenu d'une immobilisation à l'exception d'un bien immeuble ou d'un bien amortissable. Cependant, ceci pourrait permettre à une société de liquider ses placements pour augmenter son fonds de roulement tout en conservant la déductibilité des intérêts sur les emprunts y reliés d'un point de vue fiscal.

---

[90] Les biens amortissables sont couverts par le paragraphe 20.1(2) L.I.R.

2.1.8.2. Argent emprunté pour tirer un revenu d'une entreprise – Paragraphe 20.1(2) L.I.R.

Le paragraphe 20.1(2) L.I.R. s'applique dans les situations où un contribuable emprunte de l'argent pour tirer un revenu d'une entreprise mais cesse d'exploiter cette dernière. Après la cessation des activités, l'alinéa 20.1(2)c) L.I.R. répute l'argent emprunté comme étant toujours utilisé pour tirer un revenu d'entreprise et les intérêts sont, en conséquence, toujours déductibles.

Comme le paragraphe 20.1(2) n'est applicable que dans le cas où un contribuable cesse complètement d'exploiter une entreprise, sa portée s'en trouve limitée. Les critères utilisés par l'ADRC pour savoir si une entreprise a cessé d'être exploitée sont les suivants[91] :

i) la vente de tous les stocks;

ii) la mise à pied de tous les employés; et

iii) l'évacuation des locaux de l'entreprise.

Par ailleurs, les autorités fiscales considèrent que la vente de toutes les immobilisations d'une entreprise n'est pas essentielle pour conclure à la cessation de son exploitation[92].

Comme le libellé de la disposition vise la cessation d'exploitation « d'une entreprise », celle-ci pourrait s'appliquer si une société qui exploite des entreprises distinctes cesse l'exploitation d'une seule de ses entreprises. À cet égard, les facteurs jurisprudentiels servant à déterminer si deux entreprises sont exploitées de manière distincte ont été résumés par l'ADRC dans son *Bulletin d'interprétation* IT-206R :

> « La question est de savoir si l'exploitation simultanée de deux ou plusieurs entreprises par un contribuable est la même entreprise dépend du degré de corrélation, d'entrelacement ou d'interdépendance et de la mesure de l'unité touchant l'exploitation. Le fait que les entreprises d'un contribuable soient de différentes natures, par exemple la fabrication à la vente, ne les empêchent pas

---

91 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-206R, « Entreprises distinctes », 29 octobre 1979, par. 4.

92 *Id.*

de constituer une seule et même entreprise s'il y a suffisamment de corrélation, d'entrelacement et d'interdépendance entre les relations.

Lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de corrélation, d'entrelacement ou d'interdépendance existant entre des opérations commerciales, les facteurs à prendre en considération pourraient inclure les suivants, sans que cette liste soit exhaustive :

a) la mesure dans laquelle les deux exploitations ont des facteurs communs peut être pertinente. Par exemple, les deux exploitations ont-elles les mêmes procédés, produits, clients, service aux clients, type de stock, employés, machine et le même matériel.

b) la question est de savoir si l'exploitation se fait dans les mêmes locaux. Par exemple, si une quincaillerie et un magasin d'articles de sport sont exploités dans deux endroits différents, il est possible qu'ils puissent être considérés comme des entreprises distinctes; toutefois, s'il s'agit du même magasin, il est presque que certain qu'ils constituent une entreprise.

c) une exploitation peut exister principalement dans l'intention d'approvisionner l'autre. Prenons, par exemple, l'exploitation d'une ferme maraîchère principalement en vue d'approvisionner un hôtel en produits frais; dans ces circonstances, les deux exploitations seraient probablement considérées comme une seule entreprise, même si une petite quantité des produits de l'exploitation maraîchère est vendue ailleurs.

d) les entreprises ont des fins d'années financières différentes.

e) le système comptable du contribuable enregistre les opérations des deux entreprises comme s'il s'agissait d'une seule entreprise, où des registres complets et distincts sont tenus pendant toute l'année; dans ce dernier cas, il ne faut pas accorder trop d'importance à l'amalgamation possible des résultats dans un seul état à la fin de l'année, aux fins de l'impôt ou à d'autres fins relatives au rapport[93]. »

Pour une société qui n'exploite qu'une seule entreprise, la portée pratique du paragraphe 20.1(2) L.I.R. est plutôt limitée puisque l'avantage fiscal résultant de la déductibilité des intérêts a peu d'impact pour une société ayant cessé toute activité à la suite de difficultés financières, sinon celui d'augmenter ses pertes. En revanche, certaines situations pourraient être envisageables dans certains cas particuliers.

Si une société exploite plus d'une entreprise simultanément et que ces entreprises sont « distinctes » selon les critères élaborés par les autorités

[93] *Id.*, par. 2 et 3.

fiscales, il pourrait être possible de cesser d'exploiter une des entreprises, moins rentable, afin de se concentrer sur celles qui ont un meilleur potentiel tout en continuant à déduire les intérêts sur les emprunts reliés à l'entreprise dont on a cessé l'exploitation. Si la société dispose de biens utilisés précédemment dans l'entreprise, elle devra s'assurer que le produit de disposition est réutilisé à des fins admissibles pour ne pas perdre le bénéfice de la déductibilité des intérêts sur le montant total de ses emprunts.

Au surplus, si la société affecte un bien utilisé dans l'entreprise qui a cessé d'être exploitée à une autre entreprise en activité, le paragraphe 20.1(3) L.I.R. prévoit une présomption de disposition applicable dans le cadre de l'alinéa 20.1(2)a) L.I.R. La société est en effet réputée disposer du bien au moment où elle commence à l'utiliser dans le cadre d'une autre entreprise ou à une autre fin. Conséquemment, la disposition présumée de l'alinéa 20.1(3)a) L.I.R. fera en sorte que la société sera réputée avoir utilisé, immédiatement avant le moment de la disposition, la fraction de l'argent emprunté qui correspond au moins élevé des montants suivants pour acquérir les biens : (i) la JVM du bien au moment de la disposition, ou (ii) la fraction de l'argent emprunté qui reste à rembourser au moment de la disposition qui n'est pas réputée avoir été utilisée avant ce moment pour acquérir un autre bien[94]. Par le biais de la présomption de disposition, le changement d'usage d'un bien utilisé dans le cadre d'une entreprise dont on a cessé l'exploitation sera traité, pour les fins de la déductibilité des intérêts, de la même façon que la vente d'un bien suivie de l'acquisition d'un bien de remplacement utilisé pour une nouvelle fin. Ainsi, dans la mesure où le bien est utilisé, après la disposition, en vue de gagner un revenu dans l'autre entreprise, la déductibilité des intérêts sera préservée.

Finalement, les règles prévues au paragraphe 20.1(2) L.I.R. continueront à s'appliquer même lorsque l'argent emprunté fait l'objet d'un refinancement, ce qui donne toute la latitude voulue à la société en difficulté[95].

2.2. FRAIS DE FINANCEMENT ET AUTRES FRAIS CONNEXES EN PÉRIODE DE RESTRUCTURATION

Une société en difficultés financières qui désire « remodeler » sa structure de financement pour remettre son entreprise « à flot » peut

---

94 Al. 20.1(2)a) L.I.R.

95 Par. 20.1(6) L.I.R.

bénéficier d'un bon nombre de dispositions législatives permettant la déduction de frais financiers et autres frais connexes engagés lors d'une restructuration. Étant donné que ces frais sont souvent non négligeables tout en étant par ailleurs essentiels, une maximisation des déductions et des avantages fiscaux sera à privilégier. Nous examinerons donc en détail les choix qui s'offrent à la société qui restructure son financement et qui engage ce type de frais accessoires.

2.2.1. Frais d'emprunt – Alinéas 20(1)e) et e.1) L.I.R.

Comme nous l'avons mentionné précédemment[96], l'alinéa 20(1)e) L.I.R. permet à un contribuable qui engage des frais dans le cadre d'un emprunt d'argent utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, d'une émission d'actions ou de la restructuration d'une dette du contribuable, y compris la révision du calendrier des paiements, de déduire sur une période de cinq ans certaines dépenses connexes.

Pour la société dont la situation financière est précaire, la restructuration des dettes existantes ou la révision du calendrier des paiements de ces dernières peut représenter une avenue avantageuse si les créanciers sont prêts à donner leur aval à un tel plan. Le cas échéant, les conseillers fiscaux de la société devront notamment s'assurer de pouvoir bénéficier de la déduction des frais engagés lors de la restructuration[97].

Selon le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R., la restructuration de la révision du calendrier des paiements d'une dette doit prévoir :

i) la modification de ses conditions;

ii) sa conversion en une action ou en une autre dette; ou

iii) son remplacement par une action ou par une autre dette.

Par conséquent, la société a toute la latitude voulue pour se refinancer, restructurer sa dette existante, ou même émettre des actions de renflouement en substitution de sa dette tout en bénéficiant du mécanisme « d'amortissement » des dépenses y reliées en vertu de

---

96 Voir section 1.5.

97 Le praticien doit également évaluer si certaines dépenses sont déductibles sous l'article 9 L.I.R. à titre de dépenses courantes ou selon le mécanisme de l'alinéa 20(1)b) et du paragraphe 14(5) L.I.R.

l'alinéa 20(1)e) L.I.R.[98] Selon une école de pensée, l'application du sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. serait limitée aux cas où le créancier demeure le même[99].

Voici un bref aperçu des dépenses admissibles selon le *Bulletin d'interprétation* IT-341R3 pour la déduction de l'alinéa 20(1)e) et qui pourraient être engagées dans le contexte d'une restructuration :

> « a) les frais juridiques liés à l'établissement et à l'approbation d'un prospectus, lorsque l'argent est emprunté au moyen d'une émission d'obligations ou de débentures;
>
> b) les frais d'impression du prospectus, des obligations ou des débentures, etc.;
>
> c) toute commission d'engagement versée à un prêteur conformément à une entente conclue entre lui et l'emprunteur et prévoyant que le prêteur devra mettre une somme donnée à la disposition de l'emprunteur de temps à autre, à la demande de l'emprunteur;
>
> d) toute somme versée à un garant, soit périodiquement pendant la durée du prêt, soit sous la forme d'un paiement forfaitaire au début du prêt;
>
> e) certains « frais accessoires » qu'un investisseur engage lors du financement de la construction d'un bâtiment utilisé pour tirer un revenu d'un bien dont cet investisseur a la propriété effective au moment de l'engagement. Voici les catégories les plus courantes de frais accessoires (c.-à-d. qui ne font pas partie du coût d'acquisition même d'un fonds de terre, de bâtiments ni de matériel) que l'investisseur peut déduire en vertu de l'alinéa 20(1)e) :
>
> - les droits de demande, d'évaluation, d'administration et d'assurance relatifs à un prêt hypothécaire;
> - les droits de garantie d'hypothèque (voir d) ci-dessus);
> - les droits de courtage (placement) hypothécaire et les autres commissions versées aux intermédiaires financiers;
> - les frais juridiques liés au financement hypothécaire;
>
> f) les commissions de gestion exigées par le promoteur à l'égard des frais accessoires qui sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e);

---

98 Voir également la section 2.3.2. quant à la déduction de certains paiements en vertu du paragraphe 18(9.1) L.I.R.

99 *Id*.

> g) les droits de certification et certains autres frais engagés (p. ex. les commissions exigées par une banque) relativement à la vente d'acceptations bancaires[100]. »

Il est fort probable que d'autres types de frais puissent s'ajouter à cette liste non exhaustive, comme les frais juridiques et comptables généraux. Cependant, les honoraires juridiques ou autres frais engagés reliés à l'obtention d'une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, antérieurement à l'émission d'actions de renflouement par exemple, pourraient se qualifier à titre de dépenses admissibles en vertu de l'alinéa 20(1)cc) L.I.R. à titre de frais de démarche et être déduits dans l'année courante. Au surplus, lorsqu'un contribuable peut déduire un montant en vertu de l'alinéa cc), il peut, au lieu de déduire les frais dans l'année, choisir de déduire un dixième de ce montant au cours de chacune des dix années consécutives[101].

Également, si le créancier exige une compensation pour modifier les conditions de l'emprunt, ceux-ci pourraient être admissibles. Cependant, il est à noter que les paiements effectués dans le cadre d'un prêt participatif ne sont plus déductibles, pour la portion de la dépense qui vise :

> « […]
>
> un montant qui est conditionnel à l'utilisation de biens ou qui dépend de la production en provenant [et] un montant calculé en fonction des recettes, des bénéfices, du flux de trésorerie, du prix des marchandises ou d'un critère semblable ou en fonction des dividendes versés ou payables aux actionnaires d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société,
>
> […][102]. »

Les frais financiers admissibles doivent normalement être amortis sur une période de cinq ans. Toutefois, si les emprunts ou les dettes qui ont généré ces dépenses sont réglés ou éteints au cours d'une année d'imposition, il est permis de déduire la totalité de la « fraction non amortie » de ces dépenses cette année-là en vertu du sous-alinéa

---

100 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 60, par. 17.

101 Par. 20(9) L.I.R. Évidemment, si les opérations envisagées dans la demande de décision anticipée se rapportent au revenu (plutôt qu'au capital), les frais peuvent être déductibles en vertu de l'article 9 L.I.R.

102 S.-al. 20(1)e)(iv.1) L.I.R.

20(1)e)(v) L.I.R. En revanche, cette disposition particulière sera d'une utilité plutôt limitée dans le cadre d'une restructuration puisque le libellé exclut spécialement les cas de refinancement ou les cas où une dette est éteinte pour une contrepartie comprenant une action du contribuable ou d'une personne ayant un lien de dépendance avec celui-ci.

Également, la société devra s'assurer de déduire la portion maximale des dépenses permises selon le mécanisme d'amortissement de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. puisqu'il ne lui est pas permis de reporter un montant à une année ultérieure[103].

En dernier lieu, comme nous l'avons mentionné précédemment[104], certains frais seront entièrement déductibles dans le calcul du revenu d'une année pour la société (dans la mesure où ils se rapportent à un événement dans l'année en question) dans le cadre d'une « restructuration » ou d'une « révision » en vertu de l'alinéa 20(1)e.1) L.I.R. Les frais de garantie, d'ouverture de crédit, de prospectus, les frais de service, et autres frais semblables seront donc déductibles sans avoir à se soucier du mécanisme d'amortissement de l'alinéa 20(1)e) L.I.R.

2.2.2. Primes d'une police d'assurance vie utilisée à titre de garantie – Alinéa 20(1)e.2) L.I.R.

Le but de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. est de permettre la déduction dans le calcul du revenu du contribuable provenant d'une entreprise ou d'un bien, les primes payables par le contribuable pour l'année aux termes d'une police d'assurance vie dans le cas où la police a été cédée à une institution financière pour l'obtention d'un emprunt et sur lequel les intérêts sont déductibles ou le seraient si ce n'était de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En 1994, le ministre des Finances a ajouté cet alinéa à l'égard des primes d'assurance devenues payables après 1989[105] à la suite du jugement *La Reine* c. *Antoine Guertin Ltée*[106], dans lequel la Cour d'appel fédérale avait refusé la déduction des primes d'assurance sur des polices d'assurance vie qui avaient été cédées en garantie à une institution financière.

---

[103] Voir section 1.5.1.

[104] *Id.*

[105] L.C. 1994, c. 7, ann. II, par. 15(2). Cet ajout codifiait la pratique administrative de l'ADRC.

[106] [1988] 1 C.T.C. 360, 88 D.T.C. 6126 (C.A.F.).

Une société aux prises avec des difficultés financières pourra donc céder des polices d'assurance vie dont elle est la bénéficiaire à une institution financière à titre de garantie pour l'obtention d'un emprunt tout en bénéficiant de la déductibilité des primes payables en vertu de ces mêmes polices. En situation économique difficile, ce type de garantie supplémentaire n'est pas à négliger, d'autant plus que le traitement fiscal pour la société est avantageux.

2.3. CAS ATYPIQUES

Dans la présente section, nous nous pencherons sur certains cas spécifiques reliés à la déductibilité des intérêts et certains autres paiements qui peuvent potentiellement affecter la société en situation économique difficile.

2.3.1. Choix de capitaliser les intérêts – Article 21 L.I.R.

Comme nous l'avons exposé, l'article 21 L.I.R. permet à un contribuable de choisir de capitaliser une partie ou la totalité des intérêts et frais connexes[107] sur des fonds empruntés pour acquérir des biens amortissables. En général, le choix doit être effectué dans l'année d'acquisition des biens amortissables.

Dans une perspective de planification, la société qui se trouve en situation économique difficile et qui est dans une position qui pourrait rendre impossible le report d'une partie ou de la totalité de ses pertes pourrait envisager d'effectuer le choix de capitaliser le coût de ses emprunts lorsqu'elle acquiert des biens amortissables. Comme elle augmente ainsi le coût fiscal de ses biens, ceci lui permettra d'augmenter sa déduction pour amortissement lorsque la situation économique sera plus favorable. Au surplus, le paragraphe 21(1) L.I.R. permet de ne capitaliser qu'une portion des frais visés, l'autre partie demeurant déductible selon les règles habituelles[108].

Pour ce qui est des cas de planification à rebours, les applications risquent d'être fort limitées et les contribuables qui voudront effectuer le

---

[107] L'article 21 vise non seulement les paiements d'intérêts couverts par l'alinéa 20(1)c) mais également les sommes déductibles en vertu des alinéas 20(1)d), 20(1)e) et 20(1)e.1) L.I.R.

[108] À noter que le paragraphe 21(3) L.I.R. ne serait alors plus applicable pour les années futures. Voir section 1.7.1.

choix de l'article 21 L.I.R. dans une année subséquente à l'acquisition du ou des biens amortissables, en s'appuyant sur le paragraphe 220(3.2) L.I.R. et l'article 600 R.I.R., devront satisfaire les exigences administratives de l'ADRC en matière de choix tardifs. À ce sujet, nous référons le lecteur à la *Circulaire d'information* 92-1[109].

---

[109] Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 92-1, « Lignes directrices concernant l'acceptation des choix tardifs, modifiés ou révoqués », 18 mars 1992. Au paragraphe 10, les autorités indiquent qu'une demande peut être acceptée dans les situations suivantes :

> « a) Lorsqu'une situation a entraîné des conséquences fiscales non voulues par le contribuable et qu'il peut être prouvé que le contribuable a pris des mesures raisonnables pour se conformer à la loi. Tel est notamment le cas lorsque le contribuable a, de bonne foi, obtenu pour un bien une évaluation qui, après examen par le Ministère, s'est révélée inexacte.
>
> b) Lorsque le demande est attribuable à une situation qui est manifestement indépendante de la volonté du contribuable. Les situations extraordinaires peuvent comprendre les calamités naturelles ou les catastrophes provoquées par l'homme comme une inondation ou un incendie; les troubles civils ou les interruptions de services comme une grève des postes; les maladies ou les accidents graves; les troubles émotifs sérieux ou les souffrances morales graves comme le décès d'un membre de la famille immédiate.
>
> c) Lorsqu'il est évident que le contribuable a agi en se fondant sur des renseignements erronés fournis par le Ministère, notamment une réponse écrite inexacte qu'il aurait reçue concernant une demande de renseignements ou une erreur contenue dans une publication du Ministère.
>
> d) Lorsque la demande est attribuable à une situation qui découle manifestement d'une erreur mécanique. Tel est notamment le cas lorsque le contribuable a utilisé la valeur comptable nette alors qu'il est évident qu'il voulait utiliser la fraction non amortie du coût en capital ou qu'il s'est trompé en utilisant un certain coût pour des calculs.
>
> e) Lorsque la comptabilisation postérieure des opérations a été faite par toutes les parties comme si le choix avait été exercé ou avait été exercé d'une manière donnée.
>
> f) Lorsque le contribuable peut démontrer qu'il ne savait pas qu'il pouvait exercer le choix, malgré les efforts raisonnables qu'il avait déployés pour observer la loi, et qu'il a pris sans tarder des mesures correctives. »

Au paragraphe 11, on indique qu'une demande est habituellement refusée dans les cas suivants :

(à suivre…)

2.3.2. Paiement pour remboursement anticipé ou réduction de taux – Paragraphe 18(9.1) L.I.R.

Le paragraphe 18(9.1) L.I.R. s'applique à certains paiements à titre de pénalité ou de gratification effectués lors du remboursement anticipé d'un emprunt ou à titre de considération pour la réduction du taux d'intérêt payable sur un emprunt. Cette disposition fait en sorte que ces différents paiements sont traités comme de l'intérêt aux fins fiscales.

Comme nous l'avons vu, ce paragraphe **exclut** spécifiquement certains paiements qu'il est raisonnable de considérer comme faits relativement :

i) au report d'échéance d'un emprunt;

ii) au remplacement d'un emprunt par un autre emprunt ou par une action;

iii) à la conversion d'un emprunt en un autre emprunt ou en une action; et

iv) à un « paiement participatif »[110].

Une société qui doit restructurer son passif peut avoir à payer des montants forfaitaires à des créanciers pour obtenir des réductions de taux dans le but de réduire sa charge d'intérêt ou même avoir à payer des pénalités dans le cadre de remboursements anticipés d'emprunts à la suite d'un refinancement ou d'une reconsolidation de dettes. À cet égard, le paragraphe 18(9.1) L.I.R. pourra permettre la déduction de ces paiements à certaines conditions. De même, le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. pourra trouver application à titre subsidiaire pour certains paiements exclus de

---

(…suite)

> « a) Il est raisonnable de conclure que le contribuable a présenté la demande dans un but de planification fiscale rétroactive. Tel est notamment le cas lorsque le contribuable veut profiter de modifications législatives qui sont entrées en vigueur après l'expiration du délai d'exercice du choix.
>
> b) La documentation existante ne permet pas au Ministère de vérifier s'il peut accepter la demande.
>
> c) Il est raisonnable de conclure que le contribuable a dû faire une demande, parce qu'il a fait preuve de négligence ou d'imprudence en ce qui concerne l'observation de la loi. »

[110] Voir section 1.7.2.

l'application du paragraphe 18(9.1) L.I.R. Nous analyserons donc les parallèles à faire entre ces deux dispositions.

Comme le paragraphe 18(9.1) L.I.R. ne s'applique pas dans le cas où un paiement est effectué relativement au report d'échéance, au remplacement ou à la conversion d'un emprunt par un autre emprunt ou par une action, nous pourrions présumer que la plupart des cas de refinancement ou de restructuration de dettes seront écartés du spectre d'application de cette disposition. Cependant, une interprétation technique récente émanant de l'ADRC nous indique que pour qu'il y ait « remplacement » d'un emprunt par un autre emprunt au sens du paragraphe 18(9.1) L.I.R., il doit y avoir un « remplacement » de l'obligation entre le débiteur et le créancier original. Ainsi, dans le cas où une société rachète des débentures avec une portion non utilisée de son crédit bancaire disponible (les détenteurs des débentures étant des personnes distinctes des institutions financières qui ont émis le crédit bancaire), il ne s'agit pas du « remplacement » d'un emprunt par un autre au sens du paragraphe 18(9.1) L.I.R. :

> « La loi ne définit pas ce que constitue le remplacement d'une créance par une autre créance. Nous sommes toutefois d'avis que pour qu'il y ait un tel remplacement aux fins du paragraphe 18(9.1) de la Loi, il doit y avoir entre le créancier et le débiteur un remplacement de l'obligation originale par une autre obligation.
>
> Dans la situation que vous nous avez soumise, il n'y a pas eu entre Société et les détenteurs des débentures un remplacement de l'obligation originale par une autre. En effet, Société a remboursé les détenteurs des débentures. Le fait que Société ait financé, du moins en partie, le paiement des débentures avec un crédit rotatif auprès des institutions financières, qui sont des personnes distinctes des détenteurs des débentures, ne constitue pas le remplacement d'une créance par une autre créance[111]. »

Dans le cas où le refinancement est effectué avec le même créancier, le paiement effectué pour le remboursement anticipé de l'emprunt original pourrait être déductible sur une période de cinq ans en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. En effet, comme nous l'avons mentionné, les termes « révision » et « restructuration » impliquent des changements aux droits et obligations des parties à un contrat[112]. À cet égard, les autorités fiscales ont déjà reconnu que :

---

[111] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 43, interprétation technique 2002-0138067, 4 décembre 2002; interprétation technique 9802565, 24 avril 1998.

[112] Voir section 1.5.1.

> « […] the Department considers that the terms generally describe changes to the rights and obligations of the parties to the debt obligation. They may include, *inter alia*, alteration of payment schedules, extension of maturity dates, alteration of interest rates and conversion or substitution of the original debt obligation to or with a share or another debt obligation[113]. »

On peut donc concevoir que le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. ne s'appliquera que lorsque le même créancier est impliqué, tandis que le paragraphe 18(9.1) L.I.R. pourra s'appliquer si un refinancement implique un créancier différent. Il est à noter que dans cette dernière situation, les frais reliés au deuxième emprunt pourront tout de même être couverts par le sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. comme un emprunt distinct.

D'un strict point de vue de planification, la société qui doit se refinancer pourra, si elle en a l'occasion, ce qui est loin d'être évident, évaluer la possibilité d'utiliser les services d'un même créancier ou d'un créancier différent selon que la déduction sur cinq ans des pénalités pour remboursement anticipé est plus avantageuse que la déduction étalée sur la période qui resterait à courir sur l'emprunt. Pour les emprunts à long terme, la déduction de ce type de pénalité en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. est évidemment plus avantageuse.

Dans le cas d'un paiement visant la réduction du taux d'intérêt, même s'il peut s'agir d'une « restructuration » ou d'une « révision » d'un emprunt au sens du sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R., cette dernière disposition ne sera pas applicable car le paiement est par ailleurs visé par le paragraphe 18(9.1)[114]. Concernant ce dernier type de paiement compensatoire, une mise en garde s'avère nécessaire quant aux conséquences fiscales pour la société qui désirerait utiliser cet échappatoire pour réduire sa charge d'intérêt future. En effet, comme la déductibilité du paiement sera étalée sur le reste de la durée du prêt, des conséquences fiscales plutôt désavantageuses pourraient en résulter, surtout dans les cas où les sommes versées en compensation sont appréciables et lorsque les prêts ont de longues échéances. Au surplus, comme la déduction de ces paiements est calculée selon une méthode plutôt complexe[115], les conseillers fiscaux de

---

113 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 43, interprétation technique 9411060, 16 mai 1994.

114 L'alinéa 20(1)e) L.I.R., *in limine*, prévoit que seuls les montants qui ne sont pas déductibles par ailleurs en vertu d'autres dispositions sont visés par le champ d'action de cette disposition.

115 Voir section 1.7.2.

la société devront s'assurer que le calcul des déductions respecte le mécanisme législatif.

2.4. PAIEMENTS EFFECTUÉS EN VERTU D'UN CAUTIONNEMENT

Généralement, lorsqu'une caution doit effectuer un paiement en vertu d'une garantie donnée dans un contrat de cautionnement parce que le débiteur principal a manqué à ses obligations, celle-ci peut lui réclamer ce qu'elle a payé en capital, intérêts et frais[116].

Dans l'hypothèse où le débiteur rembourse la caution, cette dernière n'aura subi aucune perte monétaire (sauf peut-être pour la portion correspondant à l'intérêt perdu pour la période comprise entre le paiement et le remboursement par le débiteur). Cependant, si la caution est dans une situation où il lui est impossible de recouvrer les montants dus à cause de l'insolvabilité du débiteur, on doit établir le traitement fiscal approprié en ce qui a trait à la caution[117].

Lorsqu'un contribuable établit qu'une créance (détenue à titre capital) qui lui est due (en l'espèce, le montant dû par le débiteur à la caution) devient irrécouvrable dans une année, le contribuable est réputé avoir disposé de la créance à la fin de l'année pour un prix nul et l'avoir recouvrée pour un prix nul (à condition qu'il en fasse le choix dans sa déclaration de revenus)[118]. En ce qui a trait à la détermination de l'« irrécouvrabilité » de la créance, l'affaire *Granby Construction & Equipment Ltd.* c. *MRN*[119] a établi qu'un contribuable doit agir en « personne d'affaires avertie ». La Cour a d'ailleurs spécifié que le contribuable n'est pas tenu de recouvrer des sommes lorsque cette démarche pourrait provoquer la faillite du débiteur. Ainsi, la caution qui détermine que la créance envers le débiteur (à la suite d'un paiement fait pour honorer la garantie donnée) est irrécouvrable dans une année, réalisera une perte en capital (ou une perte au titre d'un placement d'entreprise selon le cas (ci-après « PTPE »)[120]) dans cette même année, à moins que le sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. ne répute la perte comme

---

116 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2356.

117 Il est à noter que cette section ne traitera pas des conséquences fiscales pour la caution qui exploite une entreprise dont une partie vise la « fourniture » de cautionnements.

118 Al. 50(1)a) L.I.R.

119 [1999] 2 C.T.C. 2239, 89 D.T.C. 456 (C.C.I.).

120 Si les critères de l'alinéa 39(1)c) L.I.R. sont respectés.

étant nulle[121]. Selon cette disposition, la perte en capital que subit un contribuable à la disposition d'une créance ou d'un autre droit de recevoir une somme est nulle, sauf :

> « si la créance ou le droit a été acquis par le contribuable en vue de tirer un revenu (qui n'est pas un revenu exonéré) d'une entreprise ou d'un bien, ou en contrepartie de la disposition d'une immobilisation en faveur d'une personne avec qui le contribuable n'avait aucun lien de dépendance ».

Puisque le test de finalité est identique à celui de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., il nous est permis de croire que l'interprétation du terme « revenu » élaborée dans l'arrêt *Ludmer* serait également appliquée dans le cadre de l'exégèse du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. En conséquence, si la caution a reçu une considération quelconque (suffisante ou insuffisante) du débiteur à titre de frais de garantie pour compenser le fait qu'elle agisse à titre de garant dans le cadre du contrat de cautionnement, ceci pourra permettre d'éviter l'application du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. puisque le contrat de cautionnement avait pour but de tirer un revenu pour la caution.

Pour ce qui est de la caution qui a garanti les dettes d'une société moyennant une contrepartie nulle, l'ADRC a étendu la portée du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. dans son *Bulletin d'interprétation* IT-239R2 datant de 1981 pour permettre à un actionnaire de garantir les dettes de sa société en certaines circonstances :

> « Si un contribuable a prêté de l'argent à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable à une corporation canadienne dont il est actionnaire, ou à une filiale canadienne de cette corporation, si la garantie des dettes de cette corporation moyennant une contrepartie est suffisante, toute perte subséquente résultant de l'incapacité de la corporation de s'acquitter de son obligation envers lui ou du fait qu'il soit tenu d'honorer la garantie peut constituer une perte en capital déductible pour lui, même si le taux d'intérêt n'est pas raisonnable ou si la contrepartie est insuffisante. En général, le Ministère admet une perte résultant d'un prêt ou d'une garantie de ce genre et ne la considère pas comme nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g)(ii) si les conditions sont respectées :
>
> a) la corporation à qui le prêt a été consenti ou dont les dettes ont été garanties a utilisé les fonds empruntés en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, ou les a prêtés à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable à sa filiale canadienne pour lui permettre de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;

---

[121] Il est à noter que toute fraction de la créance qui est récupérée par la suite crée un gain en capital.

> b) la corporation a tout fait en son pouvoir pour obtenir les fonds nécessaires par l'intermédiaire des marchés monétaires commerciaux courants, et ne peut obtenir de financement, sans la garantie consentie par l'actionnaire, à des taux d'intérêt auxquels l'actionnaire peut emprunter;
>
> c) la corporation a cessé de façon permanente d'exploiter son entreprise, et
>
> d) le prêt consenti par l'actionnaire à la corporation à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable (ou sans intérêt) ne confère pas à l'actionnaire ou à la corporation un avantage fiscal indu[122]. »

Toutefois, la décision rendue dans l'arrêt *Byram* c. *La Reine*[123] par la Cour d'appel fédérale a remis en question la position administrative des autorités fiscales. Le juge McDonald a en effet émis le commentaire suivant :

> « Lorsqu'un actionnaire fournit une garantie ou un prêt sans intérêt à la société dans le but de lui fournir du capital, il existe assurément un lien entre le contribuable et le revenu futur éventuel. Lorsqu'un prêt est consenti en vue de gagner un revenu sous forme de dividende, ce lien est suffisant pour que soit remplie la condition liée au but fixé par le sous-alinéa 40(2)g)(ii)[124]. »

L'ADRC a ensuite indiqué dans des publications administratives subséquentes qu'elle se ralliait à la position jurisprudentielle. En conséquence, un actionnaire qui garantit les dettes de sa société sans fixer de frais de garantie pourra généralement bénéficier du paragraphe 50(1) L.I.R.

Également, pour ce qui est de la portion intérêt du paiement effectué par la caution au créancier, il a été établi que de telles sommes ne sont pas déductibles par la caution à titre de paiement d'intérêt en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. puisque cette déduction n'est possible que pour la personne qui a effectué l'emprunt[125].

---

[122] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-239R2, « Déductibilité des pertes en capital résultant de la garantie visant un emprunt moyennant une contrepartie insuffisante ou d'un prêt à un taux raisonnable dans les cas où il y a un lien de dépendance », 9 février 1981, par. 6.

[123] [1999] 2 C.T.C. 149, 99 D.T.C. 5117 (C.A.F.).

[124] Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 18, 16 juin 2000; *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 43, interprétation technique 2001-0094527F, 23 novembre 2001.

[125] Voir section 2.1.3.

En dernier lieu, on doit noter que si la caution paie un montant au créancier pour se libérer de la garantie donnée au préalable (en présumant que la garantie n'a pas été consentie dans le cours normal de ses affaires), puisque le paiement ne crée pas d'obligation pour le débiteur, la caution ne pourra bénéficier du paragraphe 50(1) L.I.R.

2.5. DÉDUCTIBILITÉ ET CONSÉQUENCES FISCALES DE CERTAINS PAIEMENTS ENGAGÉS PAR LES ADMINISTRATEURS D'UNE SOCIÉTÉ[126]

Lorsqu'une société éprouve des difficultés financières relativement importantes, les risques d'engager la responsabilité des administrateurs s'en trouvent accrus. Entre autres, ces derniers peuvent être tenus responsables du paiement de certaines sommes en vertu de l'article 227.1 L.I.R.

Nous examinerons donc les conséquences fiscales reliées aux paiements qui peuvent être engagés par un administrateur dans ce contexte.

2.5.1. Frais judiciaires et extrajudiciaires

En vertu de l'alinéa 60o) L.I.R., les sommes payées au cours d'une année par un administrateur à titre d'honoraires ou de frais engagés pour préparer, présenter ou poursuivre une opposition ou un appel au sujet d'une cotisation en vertu de l'article 227.1 L.I.R. ou d'une disposition provinciale équivalente sont déductibles dans le calcul de son revenu[127].

2.5.2. Montants payés en vertu de l'article 227.1 L.I.R. ou d'une disposition similaire

Il est généralement établi qu'un administrateur qui doit verser une somme en vertu du paragraphe 227.1(1) L.I.R. devient un créancier de la société et est, en quelque sorte, subrogé dans les droits de la Couronne à l'égard des sommes versées. À cet égard, le paragraphe 227.1(6) L.I.R. spécifie en plus que dans les cas où l'administrateur a dû verser une somme à la suite de l'établissement d'une créance contre la société dans le cadre de procédures de liquidation, de dissolution ou de faillite, celui-ci a droit à tout

---

[126] Voir à ce sujet l'excellent texte de Evelyn P. MOSKOWITZ, « Director's Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes », (1990), vol. 38, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 537-585.

[127] Cette disposition ne couvrirait toutefois pas le cas des poursuites criminelles.

privilège auquel la Couronne aurait eu droit si le paiement n'avait pas eu lieu.

Dans les circonstances, l'administrateur se retrouve donc dans une situation similaire à la caution qui se voit dans l'obligation d'honorer sa garantie. Dans la situation où la créance est irrécouvrable, l'administrateur peut-il bénéficier de l'application de l'article 50 L.I.R. et réaliser une perte en capital (ou une PTPE, selon le cas)?

Conformément au sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R., la perte résultant de la disposition d'une créance est réputée nulle à moins que la créance ait été acquittée en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien.

Évidemment, il semble à prime abord difficile d'établir que l'administrateur a acquis la créance dans le but de tirer un revenu d'entreprise ou de bien. D'une part, ce type de créance ne porte pas intérêt. D'autre part, aux fins fiscales, la fonction d'administrateur est considérée comme une « charge »[128] et les jetons de présence qu'un administrateur reçoit en contrepartie de sa charge sont considérés comme un revenu d'emploi au sens de l'article 6 L.I.R. et sont conséquemment exclus du concept de « revenu d'entreprise » au sens de la Loi. Ainsi, il nous semble peu probable qu'un administrateur, de façon générale, puisse éviter l'application du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R.

Toutefois, certaines circonstances particulières pourraient permettre de pallier cette règle de minimisation des pertes :

Première situation : un administrateur, qui est également un conseiller juridique externe de la société, pourrait plaider qu'il a décidé d'assumer une charge d'administrateur dans l'intérêt de préserver sa relation d'affaires avec sa cliente et ainsi augmenter ses honoraires futurs.

Deuxième situation : un administrateur qui est également actionnaire unique de la société pourrait argumenter que la charge d'administrateur est intimement liée à son actionnariat et à l'expectative de recevoir des dividendes.

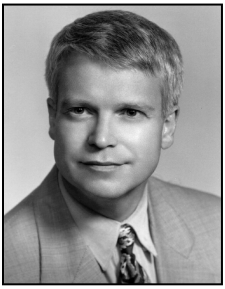
À notre avis, ce n'est que dans certaines situations particulières qu'un administrateur pourra réaliser une perte en capital (ou une PTPE, le cas échéant) sur une créance acquise à la suite de l'application de

[128] Par. 248(1) L.I.R., définition de « charge ».

l'article 227.1 L.I.R. Comme aucun autre type d'allègement fiscal n'est disponible, l'administrateur aura intérêt à éviter de devoir verser ces sommes à même son patrimoine personnel en prenant les mesures nécessaires pour se prémunir contre ce type de responsabilité par le biais d'une police d'assurance responsabilité par exemple[129].

[129] En pratique, c'est la société qui assume elle-même les frais relatifs aux assurances servant à protéger ses administrateurs et ces derniers devront s'assurer que les montants de couverture sont adéquats.

RÉDUCTIONS ET REMISES DE DETTES LES MOINS DOULOUREUSES



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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 25:5

1. GÉNÉRALITÉS 25:6

1.1. LA POSITION DE L'ARTICLE 80 DANS LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 25:6
1.2. L'ÉVOLUTION DE LA VÉRITABLE NATURE DU GAIN DU DÉBITEUR SUR RÈGLEMENT DE DETTES : UN BREF RAPPEL HISTORIQUE 25:6
1.3. LE CARACTÈRE SUPPLÉTIF DE L'ARTICLE 80 L.I.R. 25:8

2. CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 80 L.I.R. 25:8

2.1. LES DIFFÉRENTES COMPOSANTES DE L'ARTICLE 80 L.I.R. 25:8
2.2. LES CONTRIBUABLES VISÉS PAR L'ARTICLE 80 L.I.R. 25:9
2.3. QUAND L'ARTICLE 80 L.I.R. S'APPLIQUE-T-IL? 25:10
2.4. NOTION DE DETTE COMMERCIALE 25:11
2.4.1. La créance commerciale 25:11
2.4.2. Les actions de renflouement 25:14

3. MOMENT OÙ IL Y A REMISE 25:14

3.1. RÈGLES DE BASE 25:14
3.2. NOTION DE REMISAGE DE DETTES 25:20
3.2.1. Vente de créances 25:20
3.2.2. Fusion et liquidation 25:22
3.2.3. Dette frappée de prescription 25:24
3.2.4. Gains et pertes en monnaie étrangère 25:25
3.2.5. Paiements subséquents en règlement d'une créance 25:26

4. CALCUL DU MONTANT REMIS ET CONSÉQUENCES SUR LES ATTRIBUTS FISCAUX 25:27

4.1. NOTION DE MONTANT REMIS 25:27
4.2. CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION DES RÈGLES SUR REMISE DE DETTES 25:31
4.3. LA RÉDUCTION DES ÉLÉMENTS FISCAUX 25:31
4.4. L'INCLUSION AU REVENU 25:40
4.5. AJUSTEMENTS APPORTÉS DANS LE CALCUL DU MONTANT INCLUS AU REVENU DU CONTRIBUABLE EN VERTU DU PARAGRAPHE 80(13) L.I.R. 25:42
4.6. LE TRANSFERT D'UN MONTANT REMIS 25:43

5. REVENU ÉTRANGER ACCUMULÉ, TIRÉ DE BIENS (RÉATB) 25:51

6. RÈGLES CONÇUES POUR PRÉSERVER L'EFFICACITÉ DE L'ARTICLE 80 L.I.R. 25:52

7. MÉCANISME DE RÉSERVES 25:54

7.1. PARTICULIER 25:54
7.2. LES SOCIÉTÉS ET LES FIDUCIES 25:56

8. DÉDUCTION POUR INSOLVABILITÉ 25:56

9. PARTICULARITÉS APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES 25:58

10. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION POUR UN PARTICULIER 25:62

11. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION AU NIVEAU D'UNE SOCIÉTÉ 25:63

11.1. EFFECTUER UN DÉLAISSEMENT VOLONTAIRE DES BIENS EN FAVEUR DU CRÉANCIER DE FAÇON À ENGENDRER L'APPLICATION DE L'ARTICLE 79 L.I.R. 25:63
11.1.1. Exemples d'application 25:63
11.1.2. L'article 80 L.I.R. ne s'applique qu'aux dettes commerciales 25:64

11.2. PLANIFIER LA REMISE DE DETTES AFIN QU'ELLE SURVIENNE AU COURS D'UNE ANNÉE OÙ UNE PERTE D'EXPLOITATION EST ENREGISTRÉE, DANS LE BUT D'UTILISER LA DÉDUCTION POUR INSOLVABILITÉ ET AINSI CONSERVER LA TOTALITÉ DE LA PERTE D'EXPLOITATION 25:65
11.3. L'UTILISATION DE LA RÈGLE DE 20 % DANS LE CAS DE REMISAGE DE DETTES 25:66
11.4. PROCÉDER À L'ACQUISITION D'ACTIFS DANS L'ANNÉE D'IMPOSITION AU COURS DE LAQUELLE UN RÈGLEMENT DE DETTES DOIT INTERVENIR 25:67
11.5. TRANSFERT DU FONDS DE COMMERCE À UNE FILIALE NOUVELLEMENT FORMÉE 25:69
11.6. PLANIFIER LE MOMENT OÙ IL Y A REMISE DE DETTES LORSQU'UN CHANGEMENT DE CONTRÔLE EST ENVISAGÉ 25:70

12. COMMENTAIRES SUR LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT ... 25:73

CONCLUSION 25:74

INTRODUCTION

Dans le cadre d'une opération de redressement, une entreprise peut bénéficier d'une réduction de dettes avec ou sans reprise de biens. Une telle transaction peut avoir des conséquences fiscales défavorables.

L'article 79 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] s'applique pour le débiteur lorsqu'un créancier acquiert ou acquiert de nouveau d'un débiteur d'une créance la propriété effective du bien par suite du défaut de payer du débiteur tout ou partie d'un ou plusieurs montants déterminés d'une dette.

Lorsque l'article 79 L.I.R. ne s'applique pas, l'article 80 L.I.R. indique habituellement les règles applicables pour un débiteur, lorsque ce dernier bénéficie d'une réduction de sa dette sans paiement ou sans un paiement complet pour le montant dû.

Le présent texte porte sur les modalités d'application de l'article 80 L.I.R. Nous y traiterons, entre autres, du moment où il y a remise, du calcul du montant remis, des conséquences sur les attributs fiscaux, des mécanismes de réserves, de la déduction pour insolvabilité, des règles applicables dans les situations de remisages de dettes et du cas particulier des sociétés de personnes. Nous présenterons également certaines idées de planification pour un particulier et une société.

Le texte ne fait pas l'analyse des dispositions de l'article 79 L.I.R., car elles se résument à considérer comme produit de disposition du bien délaissé par le débiteur, le montant des dettes annulées à la suite de la prise du bien ou de la reprise du bien. Nous présenterons néanmoins les conséquences fiscales différentes qui peuvent survenir lors d'une transaction économique dont les modalités d'exécution engendrent l'application des dispositions de l'article 79 L.I.R. et la même transaction économique dont les modalités d'exécution amènent l'application des dispositions de l'article 80 L.I.R.

---

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

1. GÉNÉRALITÉS

1.1. LA POSITION DE L'ARTICLE 80 DANS LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*

Les règles sur les remises de dettes se situent à la sous-section f de la section B de la Partie I L.I.R. Cette sous-section est titrée « Règles relatives au calcul du revenu » et traite des éléments d'imposition suivants : les restrictions générales relatives aux dépenses (frais de représentation et frais de congrès, par exemple); les contreparties mixtes et insuffisantes; le décès du contribuable; les transferts de biens entre vifs et les règles d'attribution, les sommes impayées; les forclusions d'hypothèques et les remises de dettes; et les intérêts présumés.

Il est intéressant de constater que le législateur est venu imposer en tout et en partie l'accroissement du « pouvoir économique » résultant de situations spécifiques, comme le cas du gain sur règlement de dettes, tel que recommandé antérieurement dans le rapport de la Commission Carter[2], précurseur de la réforme fiscale de 1972.

1.2. L'ÉVOLUTION DE LA VÉRITABLE NATURE DU GAIN DU DÉBITEUR SUR RÈGLEMENT DE DETTES : UN BREF RAPPEL HISTORIQUE

La nature des sommes incluses au revenu, soit directement dans le cadre de l'application du paragraphe 80(13) L.I.R., soit indirectement par le mécanisme fiscal de réduction d'attributs fiscaux, représente un aspect intéressant. Cette petite réflexion ne se veut qu'un bref survol de la question.

En effet, avant la réforme fiscale de 1972, le gain du débiteur sur règlement de dettes ne faisait l'objet d'aucune taxation puisque ce gain était qualifié de nature capital. En effet, à cette époque, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a suivi de façon générale, malgré certaines exceptions[3], le courant jurisprudentiel adopté dans la cause de la Cour de l'Échiquier du Canada, *Geo T. Davie and Sons Ltd.* c. *MRN*[4], à savoir que ce type de gain était de nature capital. En conséquence, comme les gains et les pertes en capital n'étaient ni taxables, ni déductibles dans le

---

2 CANADA, Commission royale d'enquête sur la fiscalité, *Rapport de la Commission royale*, vol. 1-6, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966.

3 *Oxford Motors Ltd*. c. *MRN*, 59 D.T.C. 1119 (C.S.C.).

4 54 D.T.C. 1045 (C. de l'É.).

calcul du revenu avant 1972, le gain sur règlement de dettes n'avait aucun impact sur le calcul de l'impôt à payer pour le contribuable.

Après la réforme fiscale de 1972, le législateur a démontré, par l'introduction d'une nouvelle mesure fiscale, qu'il se sentait de plus en plus concerné par la situation où un contribuable, débiteur d'une dette commerciale, pouvait obtenir des déductions fiscales importantes dans le calcul de son revenu et qu'ultérieurement, il pouvait y avoir remise de la dette sans un remboursement complet au créancier, sans qu'il n'y ait aucune forme d'imposition quelconque. Cette situation a amené l'introduction de l'ancien article 80 L.I.R.

Le législateur, selon les règles applicables avant le 22 février 1994, a considéré que la nature du gain sur règlement de dettes pouvait être différente selon la situation. Ainsi, la partie du gain sur règlement de dettes servant à réduire les pertes autres qu'en capital (ci-après « PAC ») à reporter et du coût en capital de biens amortissables est considérée comme du revenu d'entreprise ou de biens. Toutefois, lorsque le montant porté en réduction du montant remis sur la dette est appliqué en réduction des pertes en capital reportées et du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de certains biens, généralement des biens non amortissables, cette partie du gain est indirectement qualifiée de nature capital. La non-inclusion au revenu du solde restant, selon les anciennes règles, a amené à qualifier le gain comme un élément extraordinaire sur le plan fiscal relativement à sa nature[5]. Cependant, pour ajouter à la complexité du traitement fiscal de ce gain, sachons que le Ministère pouvait considérer le gain sur remise de dettes à titre d'avantage conféré au contribuable par l'application du paragraphe 246(1) L.I.R.[6]

Depuis les dernières modifications substantielles applicables après le 22 février 1994 concernant cet article, un traitement plus précis du solde du gain sur remise de dettes est appliqué par le législateur. Cette portion du gain sur règlement de dettes doit être ajoutée, selon le paragraphe 80(13) L.I.R., dans le calcul du revenu « provenant de la source relativement à laquelle la dette a été émise ».

---

5 Ce gain fut qualifié par les praticiens de « nothing ». Voir à cet effet l'essai présenté par Camille LESSARD pour le programme de maîtrise en fiscalité à l'Université de Sherbrooke, « Le nouvel article 80 sur les remises de dettes : y a-t-il encore place à planification? », février 1996.

6 *Tax Window Files*, dans *Tax Works*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 4M006801, 12 avril 1994.

Au paragraphe 4(1) L.I.R., la définition de « source » englobe les catégories de sources suivantes : charge et emploi[7], entreprise et bien[8].

1.3. LE CARACTÈRE SUPPLÉTIF DE L'ARTICLE 80 L.I.R.

Avant d'aborder la structure des règles de l'article 80 L.I.R. et ses conditions d'application, il est important de connaître l'ordre d'application des diverses mesures mises en place par le législateur quant au règlement de dettes.

Dans l'esprit du législateur, dans le but d'éviter la double imposition du contribuable, lorsque le produit de l'émission de la dette a été inclus par ailleurs dans le revenu du débiteur, le gain résultant d'un règlement de dettes ne sera pas assujetti aux dispositions de l'article 80 L.I.R.

Lorsque nous aurons des situations où se présenteront des remises de dettes par un employeur à son employé ou par une société à son actionnaire, lorsqu'elles donneront lieu à une inclusion au revenu d'entreprise ou de bien ou à titre de gain en capital selon les dispositions prévues dans la loi, lorsqu'elles auront trait à des sommes impayées ou, finalement, à des forclusions d'hypothèques, les articles visés pour ces situations spécifiques auront préséance sur l'application de l'article 80 L.I.R.

2. CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 80 L.I.R.

2.1. LES DIFFÉRENTES COMPOSANTES DE L'ARTICLE 80 L.I.R.

Le paragraphe 80(13) L.I.R. détermine le montant à inclure au revenu. Le paragraphe 80(1) L.I.R. présente un ensemble de définitions s'appliquant au présent article comme la notion de dette commerciale et de montant remis qui constituent les concepts de base de l'article 80 L.I.R. Le second paragraphe traite de l'application et des règles techniques. Les paragraphes qui suivent, de 80(3) à 80(12) L.I.R., indiquent les réductions obligatoires ou optionnelles des éléments fiscaux avant d'avoir l'obligation d'inclure un montant en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. au revenu du contribuable. Le paragraphe 80(14) L.I.R. précise la notion de solde résiduel applicable au paragraphe 80(13) L.I.R. relativement au calcul du montant à inclure au revenu. Les paragraphes 80(15) et 80(18) L.I.R. indiquent les règles

---

7 Voir art. 5 à 8 L.I.R.

8 Voir art. 9 à 37 L.I.R.

applicables dans le cas du règlement d'une créance commerciale émise par une société de personnes. Le paragraphe 80(16) L.I.R. permet au ministre d'effectuer les réductions sur les éléments fiscaux du contribuable dans la mesure maximale où il aurait été permis au débiteur de le faire. Ce pouvoir du ministre s'applique dans le cas où le contribuable n'aurait pas déduit le maximum en vertu des paragraphes 80(5) à 80(11) L.I.R. et qu'il a réclamé par la suite une provision en vertu des articles 61.2 « déduction pour insolvabilité pour un particulier » et 61.3 L.I.R. « déduction pour insolvabilité pour les sociétés » à l'égard d'une inclusion au revenu.

L'article 80.01 L.I.R. indique des présomptions à l'égard d'un règlement de dettes afin de prévoir les situations où, sans ces précisions du législateur, une dette serait remisée de manière à éviter, par le biais de planifications fiscales, l'application de l'article 80 L.I.R. dans son ensemble. L'article 80.02 L.I.R. énonce certaines règles qui régissent l'application des dispositions de la loi aux émetteurs d'actions privilégiées de renflouement. L'article 80.03 L.I.R. traite des gains sur dispositions subséquentes de biens dans le cas où le coût fiscal d'un bien a été diminué par l'application de l'article 80 L.I.R. Finalement, l'article 80.04 L.I.R. prévoit un mécanisme de transfert du montant remis entre parties liées.

Dans ce cadre législatif, certains mécanismes de réserves[9] viennent ajouter des possibilités au praticien quant à la planification fiscale optimale dans le cadre d'un règlement d'une dette commerciale d'un contribuable.

2.2. LES CONTRIBUABLES VISÉS PAR L'ARTICLE 80 L.I.R.

Les dispositions à l'égard de la remise de dettes s'appliquent aux contribuables qui se qualifient de « débiteurs » selon la définition du paragraphe 80(1) L.I.R.

Les sociétés par actions, les particuliers (incluant les fiducies) et les personnes non résidentes sont visés par les dispositions sur les remises de dettes. À cet égard, sont assimilées à des débiteurs les sociétés émettrices d'actions privilégiées de renflouement et les sociétés de personnes.

Les règles concernant la remise de dettes s'appliquent au calcul du revenu étranger accumulé, tiré de biens (ci-après « REATB »), sous réserve de certaines exceptions (voir la section 5.).

---

9 Les mécanismes de réserves prévus par le législateur se situent aux articles 61.2, 61.3, 61.4, 56.2 et 56.3 L.I.R.

2.3. QUAND L'ARTICLE 80 L.I.R. S'APPLIQUE-T-IL?

Les règles de l'article 80 L.I.R. sont applicables à un moment, à un contribuable si certaines situations sont rencontrées :

- ce dernier doit, au préalable, se qualifier à titre de débiteur d'une dette commerciale;

- cette dette doit, par la suite, être réglée ou éteinte autrement que par legs, par héritage ou par l'émission d'une action visée au paragraphe 80(1) « valeur mobilière exclue », alinéa b) L.I.R.;

- à la suite du règlement de la dette du contribuable, ce dernier doit obtenir un gain ou un bénéfice réalisé à la suite de la transaction.

Sur le plan légal, il existe plusieurs façons de régler une dette. Un contribuable peut régler sa dette envers son créancier par remise de dettes[10], à la suite d'un paiement[11], par compensation[12], par confusion[13], par prescription[14], par l'effet d'une clause résolutoire[15], par l'impossibilité d'exécuter l'obligation, par le biais de la novation[16] et finalement, par la libération du débiteur. Dans toutes ces situations, l'article 80 L.I.R. peut s'appliquer.

---

[10] Il y a remise de dette lorsque celle-ci est réglée sans que le débiteur n'effectue de paiement ou ne paie un montant moindre que la somme due.

[11] Le concept de « paiement » comprend un paiement en nature. L'application de l'article 80 L.I.R. serait à considérer lorsque, par exemple, la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions émises en paiement serait moindre que le principal de la dette, en vertu de l'alinéa 80(2)g) L.I.R.

[12] La compensation résulte d'une situation où le créancier est lui-même endetté envers le débiteur.

[13] La confusion s'opère lorsque les qualités de créancier et de débiteur se retrouvent dans la même personne. Par exemple, une dette due par une filiale à sa société mère s'éteint par confusion lorsque la filiale est liquidée dans sa société mère.

[14] La prescription est le fait qu'une dette peut s'éteindre avec le temps. Le paragraphe 80.01(9) L.I.R. prévoit ce type de situation.

[15] Une clause résolutoire a pour effet d'annuler une transaction entre les parties comme si elle n'avait jamais eu lieu.

[16] La novation existe lorsqu'une nouvelle dette est substituée à l'ancienne qui, par l'effet de l'opération, devient éteinte.

Les autorités fiscales sont d'avis que ces dispositions s'appliqueront également lorsqu'une créance commerciale d'une société débitrice a été réglée avec le produit d'une assurance vie dont les primes ont été entièrement assumées par le créancier[17]. Toutefois, l'article 80 L.I.R. ne trouvera pas application dans la situation où une dette est éteinte avec le produit d'une police d'assurance vie si les primes ont été payées par la société débitrice bénéficiaire de ladite police.

Par contre, l'article 80 L.I.R. ne s'appliquera pas[18] à une société mère américaine qui exerce une partie de ses activités au Canada par le biais d'une succursale et qui convertit ses avances à l'entité canadienne en capital. En effet, c'est la société mère américaine qui est assujettie à nos lois fiscales et non la succursale, qui n'est pas considérée comme une entité juridique sur le plan légal. Par conséquent, comme une personne ne peut transiger avec elle-même et régler une dette avec elle-même, l'article 80 L.I.R. ne peut s'appliquer.

2.4. NOTION DE DETTE COMMERCIALE

Le législateur a défini ce que constitue une dette commerciale. Nous sommes en présence d'une dette commerciale si le débiteur émet soit une créance commerciale, soit des actions privilégiées de renflouement.

2.4.1. La créance commerciale

La créance commerciale peut être définie comme une créance sur laquelle un montant au titre d'intérêts est déductible dans le calcul du revenu, sans tenir compte de règles particulières[19], ou serait déductible si ces intérêts avaient été payés ou payables en vertu d'une obligation légale.

---

[17] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9905095, 19 mars 1999 et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-430R3, « Produit d'une police d'assurance vie que reçoit une société privée ou une société de personnes par suite d'un décès » (consolidé), 2 décembre 2002, par. 9.

[18] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9718755, 8 août 1997.

[19] Art. 15.1 « intérêts sur obligation pour le développement de la petite entreprise » L.I.R.; art. 15.2 « intérêts sur obligation pour petite entreprise » L.I.R.; al. 18(1)g) « obligations à intérêts conditionnels » L.I.R.; par. 18(2) « intérêts sur terrain vacant » L.I.R.; par. 18(3.1) « coût accessoire se rapportant à la période de construction, rénovation ou transformation d'un bâtiment » L.I.R.; par. 18(4) « intérêts qu'une

(à suivre…)

Les obligations de nature exclusivement personnelle ou non commerciale ne sont aucunement visées par les règles fiscales actuelles relativement à un règlement de dettes, puisqu'elles ne peuvent entrer dans le cadre de la définition de « créance commerciale » établie par le législateur. Comme illustration, une obligation contractée pour l'acquisition de biens à usage personnel, un chalet ou un condominium par exemple, ne pourrait, *a priori*, être soumise aux règles sur la remise de dettes. Cependant, si le prêt est contracté par le contribuable pour un bien immeuble utilisé à deux usages (d'une part, à titre personnel; d'autre part, pour générer un revenu de location), une proportion de ladite dette du débiteur serait soumise à l'application de l'article 80 L.I.R. C'est par l'effet du paragraphe 248(27) L.I.R. que cette dette sera proratée, en établissant qu'une dette émise par un débiteur comprend toute partie d'une dette plus importante qu'il a émise.

Le mécanisme fiscal sur les remises de dettes trouvera donc son application lorsque les intérêts de la dette pourront être déductibles en vertu des règles générales de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est précisé à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. les cas où la dépense d'intérêts est déductible. De façon générale, les intérêts sur un emprunt seront déductibles si les sommes empruntées par le débiteur sont utilisées à des fins d'affaires dans le but de gagner un revenu d'entreprise ou de bien.

Ainsi, sujettes aux commentaires mentionnés ci-après, les dettes pour lesquelles une déduction à titre d'intérêts est refusée ne peuvent être soumises à l'article 80 L.I.R. au moment où il y a remise de dettes. Pour un contribuable, il serait donc préférable de négocier avec ses créanciers des remises de dettes sur les créances où les intérêts ne sont pas déductibles[20] en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. avant toute autre dette.

Dans le cas d'une obligation financière d'un contribuable ne portant pas intérêt, elle est assujettie aux dispositions fiscales portant sur le règlement de dettes dans la situation où, s'il y avait des intérêts payés ou payables, ils auraient été déductibles.

Une attention particulière devra être accordée lorsque le rendement à payer à un créancier sur une dette est calculé selon une formule. Il est

(…suite)
société ne peut déduire sur les dettes envers certains non-résidents » L.I.R.; art. 21 « choix de capitaliser le coût des emprunts » L.I.R.

[20] Par exemple, un emprunt effectué pour contracter une police d'assurance vie.

fréquent de voir des ententes prévoyant que le montant d'intérêt payable est un montant déterminé en fonction du profit net, du revenu ou de l'encaisse générée par les opérations, etc. Il est donc possible de prétendre que si la totalité des intérêts payables n'est pas déductible, alors le titre émis ne répondra pas à la définition de dette commerciale[21]. Pour la même raison, si aucune partie des intérêts sur un emprunt n'est déductible en vertu des dispositions de l'article 20.3 L.I.R., le titre ne répondra pas à la définition de créance commerciale. Cependant, dans la même situation, il semble également possible de prétendre que si la dette est contractée dans le but de gagner un revenu et si les intérêts sur un prêt répondant aux exigences des alinéas 20(1)c) et 20(1)d) L.I.R. ou des articles 20.1 ou 20.2 L.I.R. avaient été payables sur la dette, les intérêts auraient été déductibles et que, conséquemment, la créance se qualifierait à titre de créance commerciale.

Lorsqu'un actionnaire renonce à des dividendes déclarés, il ne s'agit pas d'une créance commerciale, ce qui a pour effet d'exclure cette dette de l'application de l'article 80 L.I.R.

Les intérêts impayés doivent aussi être inclus dans le calcul de la dette commerciale[22], sauf s'ils proviennent d'un règlement de dettes survenu dans les six mois suivant le décès du contribuable[23]. Toutefois, il est important de porter une attention particulière aux intérêts composés impayés. Comme ces derniers ne sont déductibles que lorsqu'ils sont payés en vertu de l'alinéa 20(1)d) L.I.R., ils ne seront pas touchés par cette disposition. Par contre, s'il y a novation ou disposition de la créance et que le principal de la nouvelle créance comprend les intérêts, ceux-ci seront inclus dans le calcul de la dette commerciale puisqu'ils seront déductibles, étant considérés payés[24].

---

21 Malgré l'ouverture de la jurisprudence permettant la déduction de ces intérêts dans l'arrêt *Sherway Centre Ltd.* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 6121 (C.A.F.), l'alinéa 20(1)e) L.I.R. a été modifié de façon à préciser qu'il n'est pas permis de déduire des paiements liés à la participation aux bénéfices ou des paiements semblables, à savoir les montants qui sont conditionnels à l'utilisation de biens ou qui dépendent de la production des biens et les montants calculés en fonction des recettes, des bénéfices, du flux de trésorerie, du prix des marchandises ou d'un critère semblable ou en fonction de dividendes.

22 L'alinéa 80(2)b) L.I.R. précise que les intérêts payables déductibles, ou ceux qui l'auraient été par un débiteur (n'eût été l'application des paragraphes 18(2) ou 18(3.1) L.I.R. ou de l'article 21 L.I.R.) relativement à une dette qu'il a émise, sont réputés être une dette aux fins de l'application de l'article 80 L.I.R.

23 S.-al. 80(2)q)(iv) L.I.R. Il s'agit des intérêts courus pour la période commençant au décès et se terminant au moment du règlement de la dette.

24 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 5-953290, 11 mars 1996.

2.4.2. Les actions de renflouement

Les actions de renflouement émises par un débiteur sont comprises dans la définition de « dette commerciale ». Il s'agit d'actions correspondant à la définition du paragraphe 248(1), « action privilégiée à terme », alinéa e) L.I.R., c'est-à-dire d'actions privilégiées à terme émises dans le cadre de difficultés financières par une société après le 21 février 1994. Ces actions doivent être émises par une société résidant au Canada pour une durée n'excédant pas cinq ans suivant la date de l'émission, dans l'une des situations suivantes :

- lors d'une proposition faite à ses créanciers ou d'un arrangement conclu avec eux et approuvé par un tribunal en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[25];

- à une date où au moins 90 % des actifs de la société émettrice étaient sous le contrôle d'un séquestre, d'un séquestre gérant ou d'un syndic de faillite;

- à un moment où la société est en défaut sur un titre de créance en raison de difficultés financières.

De plus, le produit de l'émission doit pouvoir raisonnablement être considéré comme ayant été utilisé par la société ou une entité avec laquelle elle avait un lien de dépendance pour le financement de l'entreprise qu'elle exploitait au Canada immédiatement avant que soient émises les actions.

3. MOMENT OÙ IL Y A REMISE

3.1. RÈGLES DE BASE

C'est aux alinéas 80(2)a) et 80(2)i) L.I.R. des règles d'application générale sur les remises de dettes que la loi nous précise de manière succincte le moment d'application de cette mesure fiscale.

Une dette émise par un débiteur est réglée au moment où elle est réglée ou éteinte autrement que par legs ou héritage ou autrement qu'en

[25] L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

contrepartie de l'émission d'une action visée au paragraphe 80(1) « valeur mobilière exclue »[26], alinéa b) L.I.R.

La question de savoir quand une dette est réglée ou éteinte est une question de faits et de droit qui ne peut être déterminée qu'après un examen de tous les faits pertinents. Le *Code civil du Québec*[27] prévoit que plusieurs causes peuvent éteindre une obligation, notamment, le paiement, l'arrivée d'un terme extinctif, l'effet d'une condition résolutoire ou la novation, la compensation des dettes, la confusion des qualités de créancier et de débiteur, la remise de dettes, l'impossibilité d'exécuter l'obligation ou la libération du débiteur.

La remise de dettes n'a donc pas lieu à la fin de l'année fiscale du contribuable mais à un moment spécifique où il y a règlement.

Dans une situation où un débiteur émet des actions en paiement partiel d'une dette commerciale, le moment où l'article 80 L.I.R. est applicable correspond à la date où le solde de la dette est payé, c'est-à-dire lors du règlement final. Au moment de la quittance partielle et de la modification du prêt, il n'y a normalement pas novation de la dette en vertu du *Code civil du Québec*. La dette n'est donc pas réglée ni même éteinte. Par conséquent, s'il n'y a pas extinction ou règlement d'une dette en droit, le paragraphe 80(1) L.I.R. ne s'applique pas. À cet égard, la position adoptée par le Ministère[28] est la suivante : si une dette est renégociée autrement que selon ses conditions initiales, il faudra se conformer au droit de l'administration compétente (notre droit civil du Québec, par exemple) pour déterminer si la modification des conditions de cette dette constitue un remplacement de la dette par une autre.

---

[26] Une « valeur mobilière exclue » correspond à la valeur mobilière qu'une société émet en faveur d'une autre personne en contrepartie du règlement d'une dette correspondant à l'une des actions suivantes : une action privilégiée de renflouement; une action émise en exécution des conditions de la dette, dans le cas où celle-ci prend la forme d'une obligation ou d'un billet inscrit à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada visée par règlement et où les conditions concernant la conversion de l'action n'ont pas été établies ou modifiées quant à leurs éléments essentiels, après le dernier en date du 22 février 1994 et du jour de l'émission de l'obligation ou du billet.

[27] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

[28] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9909067, 23 juin 1999.

Au Québec, si la modification des conditions de la dette initiale est telle qu'elle entraîne une novation (acquittement de la dette et son remplacement par une autre) selon le droit pertinent en matière de contrats, il est raisonnable de considérer la dette initiale comme ayant fait l'objet d'une disposition aux fins de l'impôt sur le revenu.

En vertu de l'article 1660 C.c.Q., « la novation s'opère lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte, ou lorsqu'un débiteur est substitué à l'ancien, lequel est déchargé par le créancier; la novation peut alors s'opérer sans le consentement de l'ancien débiteur ». En outre, l'article 1601 C.c.Q. prévoit que la novation ne se présume pas, l'intention de « nover » doit être évidente.

Selon une interprétation technique[29], les paragraphes 6, 7 et 8 du *Bulletin d'interprétation* IT-293R, publié le 16 juillet 1979[30], peuvent être considérés pour déterminer le moment où une dette est réglée ou éteinte :

> « 6. Pour qu'une dette ou obligation soit "réglée ou éteinte", l'obligation de payer ne doit plus exister. Parmi les modes d'extinction des dettes ou obligations, il y a le paiement, l'annulation, la compensation, la novation par changement de débiteur et la remise. Une dette ou obligation n'est pas réglée du seul fait qu'un créancier renonce à son droit de recourir à des moyens de contrainte pour se faire payer ou qu'une prescription l'empêche de faire valoir ses droits. Il y a toutefois règlement si, en vertu d'une loi, il y a extinction de l'obligation de payer du débiteur après un certain laps de temps.
>
> 7. Si, aux termes des modalités de la dette, le débiteur est tenu d'effectuer des versements partiels à des dates et pour des montants spécifiés, il se peut que l'article 80 s'applique, bien que la somme réglée ou éteinte ne représente, en l'occurrence, qu'une partie de la dette totale. Prenons par exemple le cas d'un contribuable qui fait un emprunt hypothécaire de 20 000 $ en 1973, au titre duquel il est tenu de verser mensuellement la somme de 100 $ à valoir sur le principal. Les paiements se font régulièrement en 1973 et 1974. En 1975, l'emprunteur éprouve des difficultés financières et le créancier hypothécaire lui consent une remise de 50 $ par mois (en d'autres termes, les 50 $ versés chaque mois annulent l'obligation de 100 $.) Les obligations de 100 $ ayant été réglées par des versements de 50 $ en 1975, le contribuable est assujetti à l'article 80 pour cette année.

---

29 *Id.*, interprétation technique 9501307, 6 février 1995.

30 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-293R, « Gain d'un débiteur provenant d'un règlement de dette », 16 juillet 1979, par. 6-8.

> 8. Dans le cas où les modalités de la dette ne prévoient pas de versements provisionnels, l'article 80 ne s'applique qu'après acceptation par le créancier d'un règlement final. Lorsque des arrangements sont pris avec ce dernier, le règlement final n'intervient en général qu'une fois que le débiteur a pleinement satisfait à l'accommodement. Prenons par exemple le cas d'un contribuable qui contracte une dette de 400 000 $ en 1972 en titre de laquelle il n'a pas à verser d'acomptes provisionnels, mais qui doit être remboursée en totalité avant 1976. En 1973, les parties conviennent d'un arrangement : 200 000 $ sont à verser sur-le-champ et 100 000 sont à verser en 1975, la dette de 400 000 $ n'étant éteinte qu'une fois reçue cette dernière somme. La règle décrite au numéro 1 *(application de l'article 80)*[31] ci-dessus ne joue pas en 1973 mais bien en 1975, lorsque le débiteur verse les 100 000 $ promis. Ce qui précède ne joue pas s'il y a lieu de croire que le créancier a accepté à titre de règlement intégral un paiement partiel et un nouvel engagement de la part du débiteur. Si, dans l'exemple précité, l'arrangement avait consisté en un paiement immédiat de 299 000 $, en 1973, et en un engagement de la part du débiteur de verser 1 000 $ en 1999, la règle décrite au numéro 1 *(application de l'article 80)*[32] ci-dessus aurait joué en 1973. »

Il est à noter qu'au Québec, la position décrite à la dernière phrase du paragraphe 8 pourrait être en contradiction avec d'autres positions du ministre si le règlement n'a pas amené novation de la première dette.

L'alinéa 80(2)i) L.I.R. traite du cas de dettes commerciales réglées simultanément. Le débiteur de ces dettes commerciales peut désigner sur un formulaire prescrit (T-2153) l'ordre dans lequel les dettes seront considérées avoir été réglées. En général, cet ordre d'application n'aura aucun impact sur la situation fiscale du contribuable, si ce n'est de faciliter l'application des règles de calcul du gain sur remise de dettes.

Cependant, une planification de l'application du paragraphe 80(13) L.I.R. et du choix fiscal prévu à l'alinéa 80(2)i) L.I.R. pourrait être intéressante pour un contribuable. En effet, puisque la règle générale veut que le solde restant après la réduction d'éléments fiscaux est à ajouter dans le calcul du revenu du débiteur pour l'année provenant de la source relativement à laquelle la dette a été émise, un choix par le débiteur selon l'alinéa 80(2)i) L.I.R. pourrait être profitable dans certains cas.

Pour illustrer cet élément, pensons à Endettée ltée qui a deux dettes de l'ordre de 100 000 $ chacune. Cette dernière possède des attributs fiscaux de l'ordre de 120 000 $. Compte tenu des difficultés financières de la société,

---

31 La parenthèse est de l'auteur.

32 La parenthèse est de l'auteur.

ces deux dettes totalisant 200 000 $ sont réglées et éteintes simultanément sans qu'aucun paiement ne soit effectué au Bon Samaritain inc., créancier des deux dettes de Endettée ltée. Si, par exemple, Endettée ltée a émis une de ces dettes commerciales pour gagner un revenu de bien et l'autre pour gagner un revenu d'entreprise active, le montant remis après réduction des attributs fiscaux, soit 80 000 $, pourrait donc être considéré par le débiteur comme du revenu d'entreprise exploitée activement si, en vertu du choix prévu à l'alinéa 80(2)i) L.I.R., le contribuable désigne la dette émise pour gagner un revenu de bien comme ayant été réglée en premier.

La loi précise le moment où il y a remise dans des situations particulières. L'alinéa 80(2)p) L.I.R. précise que la succession d'un particulier est réputée avoir émis la dette au même moment et dans les mêmes circonstances que le particulier si elle est responsable du paiement de la créance immédiatement avant le moment du règlement de dettes. En vertu de l'alinéa 80(2)q) L.I.R., lorsqu'une créance commerciale émise par un particulier est réglée, n'eût été l'alinéa 80(2)q) L.I.R., à un moment de la période se terminant au plus tard six mois après le décès du contribuable ou au cours d'une période plus longue que le ministre et la succession du particulier estiment acceptable, et que la succession du particulier était responsable du paiement de la créance, immédiatement avant le règlement, cette dette commerciale est réputée avoir été réglée au début du jour du décès du particulier et non au moment où la créance a été effectivement réglée. Tout montant donné par la succession à une autre personne à ce moment ou antérieurement, en contrepartie de la prise en charge de la créance par cette dernière, est réputé avoir été donné au début du jour du décès du particulier. De plus, l'alinéa 80(2)b) L.I.R. ne s'applique pas pour la période commençant le jour du décès et se terminant le jour où la créance a été éteinte. L'alinéa 80(2)b) L.I.R. demande de considérer les intérêts payables comme une dette.

De plus, l'alinéa 80(2)h) L.I.R. précise qu'une dette commerciale, lorsqu'elle est remplacée par une nouvelle dette commerciale, est réputée réglée pour un montant égal au principal de la nouvelle dette et non à la JVM de celle-ci[33]. À titre d'exemple, il n'y aura pas de montant remis lorsque le principal de la nouvelle dette est égal à celui de l'ancienne dette même si les termes de cette dernière sont différents.

Dans le cadre d'un cautionnement, lorsqu'une dette commerciale est honorée par une personne autre que le débiteur et que ce dernier a

[33] Al. 80(2)h) L.I.R.

l'obligation légale de payer ce montant à cette autre personne, une nouvelle dette commerciale est créée entre le débiteur et la personne qui a payé la dette initiale en vertu de l'alinéa 80(2)l) L.I.R. La nouvelle dette commerciale est réputée avoir été émise au même moment et dans les mêmes conditions que la dette initiale.

L'alinéa 80(2)o) L.I.R. traite de la situation où une créance commerciale, dont une personne est solidairement responsable avec une ou plusieurs autres personnes, est réglée, à un moment donné, quant à la personne mais non quant à l'ensemble des autres personnes. La loi indique que la partie de la créance qu'il est raisonnable de considérer comme représentant la part qui revient à la personne est réputée avoir été émise par celle-ci et réglée à ce moment et non à un moment postérieur[34].

Si une action privilégiée de renflouement émise par une société ne répond plus à un moment quelconque aux critères, cette action devient une action d'un autre type et, par conséquent, celle-ci perd le statut d'« action privilégiée de renflouement ». Dans ce cas, le paragraphe 80.02(7) L.I.R. indique que la dette commerciale est réputée être réglée immédiatement avant ce moment pour un paiement égal à la JVM de l'action à ce moment.

Aux fins des règles sur les remises de dettes, une dette commerciale comprend les actions privilégiées de renflouement et un débiteur comprend une société qui a émis lesdites actions. Les différents paragraphes de l'article 80.02 L.I.R. viennent préciser l'application des règles sur les remises de dettes quant au règlement des actions privilégiées de renflouement (rachat, acquisition ou annulation par l'émetteur) pour un montant inférieur au principal.

Le législateur a prévu un mécanisme de roulement aux fins de l'article 80 L.I.R. pour une société qui désire refinancer sa dette par le biais d'actions privilégiées de renflouement sans conséquence fiscale. Lorsque le principal de la nouvelle créance, ou encore le capital versé des actions privilégiées nouvellement émises est l'équivalent du principal de l'ancienne créance ou du capital versé des actions annulées, cela ne donnera pas lieu à un « montant remis ».

---

34 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9725425, 7 octobre 1997.

Lorsqu'il y a application de l'un ou l'autre des mécanismes de roulement[35], tout montant remis sera donc reporté jusqu'au moment du rachat ou de l'annulation des actions privilégiées de renflouement ou de la créance commerciale pour un montant inférieur au capital versé des actions ou de la valeur nominale de la créance commerciale selon le cas. Les dispositions de roulement s'appliquent si la nouvelle créance émise à la suite de l'échange se qualifie à titre de créance commerciale. Toutefois, si la première créance commerciale ne se qualifie pas de créance commerciale, l'article 80 L.I.R. n'est pas applicable et il faudra alors déterminer si, dans une situation donnée, il y a disposition de la première créance pour un montant égal à la JVM de la deuxième créance, auquel cas on pourra se référer au *Bulletin d'interprétation* IT-448 du 6 juin 1980[36].

3.2. NOTION DE REMISAGE DE DETTES

3.2.1. Vente de créances

Le remisage de dettes dans le cas d'une vente de créances consiste en une opération où le créancier qui détient une dette d'un débiteur qui n'a aucune chance d'être remboursée vend cette dette à un taux d'escompte élevé à un créancier ayant un lien de dépendance avec le débiteur plutôt que de radier la dette. Le nouveau créancier conserve la dette en souffrance indéfiniment de façon à ne jamais annuler la dette sur le plan juridique même si, en substance, sur le plan économique, il existe un règlement de dettes.

Le législateur a créé un mécanisme de présomptions pour que l'article 80 L.I.R. s'applique à certaines situations afin qu'un contribuable ne puisse éviter les règles fiscales sur les remises de dettes. Le but de l'article 80.01 L.I.R. consiste à prévoir des règles particulières lorsqu'une dette a été remisée de manière à contourner l'application de l'article 80 L.I.R.

---

35 Les roulements possibles sont les suivants : le remplacement d'une créance commerciale en actions privilégiées de renflouement en vertu du paragraphe 80.02(3) L.I.R.; la transformation d'une action privilégiée de renflouement en une créance commerciale en vertu du paragraphe 80.02(4) L.I.R.; la transformation d'une action privilégiée de renflouement en une action du même genre en vertu du paragraphe 80.02(5) L.I.R.

36 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-448, « Dispositions – Modification des conditions des titres », 6 juin 1980.

Pour que les règles fiscales de l'article 80.01 L.I.R. au remisage de dettes s'appliquent, il faut premièrement être en présence, à un certain moment, d'une dette commerciale pouvant se qualifier de « dette déterminée »[37]. Deuxièmement, cette dette déterminée doit être acquise par une personne ayant un lien de dépendance[38] avec le débiteur ou une participation notable dans une société qui est débitrice de la créance.

En premier lieu, la dette doit donc répondre à la définition de « dette déterminée ». Nous qualifions, sur le plan fiscal, une dette de « dette déterminée » lorsque, initialement, la dette a appartenu à une personne n'ayant pas de lien de dépendance ou de participation notable avec le débiteur ou a été acquise d'une autre personne qui, au moment de l'acquisition, n'était pas liée au détenteur actuel.

Également, la définition de « dette déterminée » inclut une dette réputée être acquise de nouveau à un coût nul selon le paragraphe 50(1) L.I.R., qui s'applique aux créances reconnues comme irrécouvrables et aux actions d'une société en faillite.

Un créancier aura une participation notable[39] dans une société si cette personne, ou une personne avec qui elle a un lien de dépendance, détient des actions du capital-actions de la société, auxquelles sont rattachés au moins 25 % des droits de vote, ou représentant au moins 25 % de la JVM de l'ensemble des actions émises par la société.

Les paragraphes 80.01(7)[40] et 80.01(8) L.I.R. indiquent qu'il y a remisage de dettes lorsqu'une dette déterminée est acquise par une personne ayant un lien de dépendance avec la société débitrice, par une personne ayant une participation notable dans la société débitrice et si la créance est acquise pour une somme inférieure à 80 % du principal de la dette.

---

37 Par. 80.01(6) L.I.R.

38 L'alinéa 80(2)j) précise cette notion aux fins de l'article 80 L.I.R.

39 Al. 80.01(2)b) L.I.R.

40 Le paragraphe 80.01(7) L.I.R. précise qu'une dette émise par un débiteur est une dette remisée à un moment donné si les conditions suivantes sont réunies à ce moment : (i) la dette en est une déterminée du débiteur; (ii) le détenteur de la dette : a) soit a un lien de dépendance avec le débiteur ou b) soit si le débiteur est une société et que le détenteur a acquis la dette, a une participation notable avec le débiteur.

Dans le cadre d'une planification, il peut être intéressant de considérer une renonciation à un montant minime pour que les règles de remise de dettes prévues au paragraphe 80.01(8) L.I.R. ne s'appliquent pas.

Supposons une dette (dont le principal est de 160 000 $) émise par Detteco à Banco, une institution financière. Une entente contractuelle fait en sorte que Acquisico acquière de Banco la dette émise par Detteco pour 140 000 $ en 1999. En 2000, ayant des idées innovatrices pour redresser les affaires de Detteco (devenue non profitable), Acquisico achète 100 % des actions de cette dernière.

Conséquences fiscales pour Detteco

- 1999 : La dette devient une dette déterminée pour Detteco.

- 2000 : La dette devient une dette remisée puisque celle-ci est maintenant détenue par Acquisico, une personne ayant un lien de dépendance. Le paragraphe 80.01(8) L.I.R. ne donne lieu à aucun impact fiscal au moment de l'acquisition des actions de Detteco en raison de la règle de renonciation aux montants minimes prévue par ce même paragraphe de la loi. En effet, cette règle permet l'acquisition de la dette émise par un débiteur moyennant un escompte de 20 % ou moins sans que le paragraphe 80.01(8) L.I.R. ne s'applique. Comme Acquisico s'est prévalu d'un escompte de 12,5 %[41], aucune conséquence fiscale négative ne touche Detteco, car elle n'est sujette à aucun montant remis.

3.2.2. Fusion et liquidation

Les paragraphes 80.01(3) à 80.01(5) L.I.R. traitent des cas de fusion ou de liquidation. La règle générale indique que la dette commerciale existante entre une entité mère et sa filiale est réputée avoir été réglée pour son coût indiqué immédiatement avant une fusion. Pour ce qui est de la liquidation, un choix fiscal est possible pour le débiteur afin de réputer la dette réglée pour un montant égal au coût indiqué par le créancier. Dans le cas où une dette d'une filiale est réglée à la suite de l'attribution de biens, elle sera réputée être réglée immédiatement avant le moment de l'attribution afin que le coût indiqué soit adéquatement réduit en vertu de l'application de l'article 80 L.I.R.

---

[41] Le 12,5 % obtenu correspond à la division de 20 000 $ (escompte ou rabais obtenu) par 160 000 $ (dette initiale émise par Detteco).

Également, dans la situation d'une liquidation ayant trait à des actions privilégiées de renflouement, le paragraphe 80.01(5) L.I.R. s'applique pour réputer cette action comme réglée pour un montant égal à son PBR.

Ainsi, si la filiale est endettée envers sa société mère ou vice versa, et que l'entité créancière désire être réglée pour la dette, la fusion ou la liquidation pourra éviter l'application de l'article 80 L.I.R.

Une illustration d'une planification intéressante nous est fournie dans la *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-66[42]. Cette dernière a été rendue sur la base des faits et des transactions résumées ci-après.

Holding ltée (société mère) a avancé à Exploitante ltée des fonds pour financer ses opérations. Un effet à recevoir (billet d'Exploitante ltée qui est une immobilisation au sens de l'article 54 L.I.R. pour Holding ltée) atteste la dette envers Holding ltée. À la suite des pertes d'exploitation subies au cours des cinq dernières années, Exploitante ltée possède des PAC à reporter aux années futures. En conséquence, le principal du billet d'Exploitante ltée que détient Holding ltée est supérieur à sa JVM. Achats ltée est intéressée à acquérir Exploitante ltée, et ce, dans le but, entre autres, d'utiliser les PAC de cette dernière. Il n'existe, entre Achats ltée et Exploitante ltée, aucun lien de dépendance.

Pour permettre qu'Achats ltée puisse acquérir les PAC d'Exploitante ltée sans que ne s'applique le paragraphe 80(1) L.I.R., aux fins de réduire le montant des PAC, à la suite du règlement ou de l'extinction de la dette que constitue le billet d'Exploitante ltée, voici un résumé du scénario projeté pour réaliser l'objectif :

- Exploitante ltée crée une nouvelle société, Filiale ltée. Holding ltée vend ensuite son billet d'Exploitante ltée à Filiale ltée à sa JVM pour une contrepartie unique consistant en un billet payable de Filiale ltée. Holding ltée enregistrera une importante perte en capital à la suite de la vente. Cette perte sera ajoutée au PBR du billet d'Exploitante ltée que détient Filiale ltée.

- Filiale ltée est ensuite liquidée dans Exploitante ltée et le paragraphe 88(1) L.I.R. est applicable. Par suite de la liquidation de Filiale ltée dans

---

42 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-66, « Transfert d'une dette avec liens de dépendance suivi d'une liquidation et de la vente des actions », 20 avril 1995.

Exploitante ltée, le billet d'Exploitante ltée est réglé sans qu'aucun paiement ne soit fait par Exploitante ltée. Exploitante ltée exerce un choix fiscal en vertu du paragraphe 80.01(4) L.I.R. (présomption de règlement en cas de liquidation) selon le formulaire prescrit (T-2027) et dans le délai exigé pour que le billet d'Exploitante ltée que détient Filiale ltée soit réputé avoir été réglé ou éteint au moment de la liquidation par le paiement d'une somme égale à son « coût indiqué », au sens du paragraphe 248(1) L.I.R., sans tenir compte de l'alinéa e). Le billet de Filiale ltée que Holding ltée détenait immédiatement avant la liquidation deviendra alors une dette d'Exploitante ltée.

- Holding ltée vendra ensuite ses actions d'Exploitante ltée et son nouveau billet d'Exploitante ltée, lequel a un coût fiscal minime, à Achats ltée pour une contrepartie égale à la JVM.

L'ADRC a confirmé, dans le cadre de cette décision en matière d'impôt sur le revenu, que la disposition générale antiévitement, soit l'article 245 L.I.R., ne s'applique pas à une planification dont le but est d'échanger une perte en capital sur un placement sous forme de dette dans une société contre la possibilité de vendre cette société sans que les pertes à reporter de la société vendue ne soient réduites.

Cependant, il est important de noter que l'ADRC a précisé, au cours d'une interprétation technique ultérieure[43], qu'advenant l'hypothèse où la société mère à laquelle on fait référence dans l'exemple ci-dessus avait été une société non résidente, alors l'alinéa 53(1)f.1) L.I.R. ne permettrait pas d'augmenter le PBR du billet détenu par Filiale ltée dans Exploitante ltée. Par conséquent, lors de la liquidation de Filiale ltée dans Exploitante ltée, il y aura un gain sur règlement de dettes et les pertes d'Exploitante ltée seront réduites. Dans cette interprétation, le Ministère a élaboré sur les raisons pour lesquelles il était justifié de ne pas appliquer l'article 245 L.I.R.

3.2.3. Dette frappée de prescription

Tant au niveau de la *common law* que dans notre droit civil au Québec, un créancier qui envisage un recours légal pour recouvrir une créance doit le faire à l'intérieur d'un certain délai, ce qui est communément appelé « délai de prescription ». La période de temps peut varier selon la juridiction et le genre de créance.

---

[43] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0093185, 5 octobre 2001.

Le législateur est venu indiquer, en vertu du paragraphe 80.01(9) L.I.R., que si une dette ne peut plus être récupérée en raison des délais de prescription (si, par exemple, le créancier ne peut obtenir légalement aucun jugement lui permettant le recouvrement de sa créance), l'article 80 L.I.R. s'appliquera comme si la dette avait été réglée pour un montant nul, c'est-à-dire comme si tout le montant de la dette avait été remis au moment de l'expiration du délai de prescription.

3.2.4. Gains et pertes en monnaie étrangère

Lorsqu'une dette commerciale émise par un débiteur est libellée en monnaie étrangère et qu'elle est réputée par les paragraphes 80.01(8) ou 80.01(9) L.I.R. avoir été réglée, le paragraphe 80.01(11) L.I.R. nous indique que ces paragraphes ne s'appliquent pas aux fins du calcul du gain ou de la perte pour le débiteur, résultant du règlement de la dette, qui est attribuable à une fluctuation de la valeur de la monnaie étrangère par rapport à la valeur du dollar canadien. À titre d'exemple, Exploitante ltée emprunte 100 000 $ US à Créancier à un moment où le dollar canadien vaut 1 $ US. Gestion inc. (la société mère de Exploitante ltée), considérant les difficultés financières de sa filiale (Exploitante ltée), décide d'acheter de Créancier la dette de 100 000 $ US pour 100 000 $ US à un moment où un dollar canadien vaut 1,35 $ US, donc un paiement équivalent en dollars canadiens pour la créance commerciale de 74 074 $.

Conséquences fiscales pour Exploitante ltée

- Au moment de l'emprunt de 100 000 $ US par Exploitante ltée, cette créance constitue une dette déterminée en vertu du paragraphe 80.01(6) L.I.R.;

- lorsque Gestion inc. achète la dette de 100 000 $ US, celle-ci se qualifie à titre de dette remisée aux fins du paragraphe 80.01(7) L.I.R.;

- la présomption de règlement après remisage de dettes s'applique pour venir réputer à Exploitante ltée un montant remis sur la créance de 25 926 $ CA en vertu du paragraphe 80.01(8) L.I.R. Par contre, lorsqu'une dette émise par un débiteur est libellée en monnaie étrangère et qu'elle est réputée par les paragraphes 80.01(8) et 80.01(9) L.I.R. avoir été réglée, aux fins du calcul d'un gain ou d'une perte du débiteur résultant du règlement, il faut exclure le montant attribuable à une fluctuation de la valeur de la monnaie étrangère par rapport à la valeur du dollar canadien. Dans notre situation, puisque le 25 926 $ CA est attribuable entièrement à la fluctuation du taux de change, il n'y aurait

donc pas de montant remis pour Exploitante ltée à la suite du remisage de dettes en vertu de l'application du paragraphe 80.01(11) L.I.R.

3.2.5. Paiements subséquents en règlement d'une créance

Le paragraphe 80.01(10) L.I.R. s'applique lorsqu'un montant recouvré au titre d'une créance commerciale dépasse celui pour lequel la créance était réputée avoir été réglée par les paragraphes 80.01(8) et 80.01(9) L.I.R. à un moment donné. Dans cette situation, le débiteur peut demander une déduction représentant la moitié de l'excédent éventuel du paiement sur l'excédent éventuel du principal de la créance sur le total des montants suivants :

- tous les montants remis déterminés antérieurement relativement aux fractions de la dette au moment où ces fractions ont été réglées;

- tous les paiements effectués antérieurement au règlement du principal de la dette.

À titre d'illustration, supposons qu'à l'an 1, Acquisico ltée acquiert de Banco (une institution financière) une créance commerciale émise par Endettée ltée dont le PBR est de 1 M$ et dont le principal, ainsi que le montant pour lequel elle a été émise, est de 4 M$. À l'an 2, Acquisico fait l'acquisition de 100 % des actions votantes du capital-actions de Endettée ltée. Devenue prospère, à la suite d'une réorganisation corporative, Endettée ltée rembourse 2 M$ sur sa créance. Les conséquences fiscales sont les suivantes :

An 1 : La dette devient une dette déterminée en vertu du paragraphe 80.01(6) L.I.R.

An 2 : La dette se qualifie à titre de dette remisée en vertu du paragraphe 80.01(7) L.I.R.

Le montant remis est de 3 M$.

An 3 : Endettée ltée peut demander une déduction de 750 000 $ dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 80.01(10) L.I.R.

[¾ (2 M$ - (4 M$ - 3 M$)) = 750 000 $]

4. CALCUL DU MONTANT REMIS ET CONSÉQUENCES SUR LES ATTRIBUTS FISCAUX

4.1. NOTION DE MONTANT REMIS

L'application des règles fiscales sur les remises de dettes demande de déterminer le « montant remis ».

De façon générale, le montant remis est constitué du principal de la dette diminué du montant payé en règlement de la dette et des montants réputés payés. Les montants réputés payés sont constitués des montants déjà inclus dans le calcul du revenu en vertu d'autres dispositions de la loi, du principal de la dette si le débiteur est un failli, de la contrepartie donnée par le débiteur pour l'assumation d'une dette par une autre personne et du montant remis sur un prêt fait par un associé actif dans une société de personnes.

Plus précisément, le « montant remis » à un moment donné sur une dette commerciale émise par un débiteur correspond au moins élevé du montant pour lequel la dette a été émise ou du principal de la dette, moins le total des montants suivants :

- tout montant payé à ce moment en règlement du principal de la dette;
- tout montant inclus relativement à la dette d'un employé (al. 6(1)a) L.I.R.) ou d'un actionnaire (par. 15(1) L.I.R.) dans le calcul du revenu d'une personne en raison du règlement de la dette à ce moment;
- tout montant appliqué en réduction du montant remis sur la dette à ce moment en application de l'alinéa 18(9.3)f) L.I.R. correspondant aux frais d'intérêts payés d'avance;
- tout gain en capital déclaré en vertu du paragraphe 39(3) L.I.R. issu de l'achat de la dette par le débiteur sur le marché libre;
- la fraction du principal de la dette incluse dans le calcul du produit de disposition, pour le débiteur, d'un bien qu'il a délaissé en vertu du paragraphe 79(3) L.I.R.;
- tous les montants remis antérieurement relativement à la dette alors que celle-ci était réputée, en vertu du paragraphe 80.01(8) ou 80.01(9) L.I.R., avoir été réglée;

- la partie du principal de la dette qui représente le montant des intérêts courus qui a été inclus dans le calcul du revenu du débiteur en vertu de l'article 80.4 L.I.R. Il est à noter que cette disposition ne s'applique que dans la mesure où le montant des intérêts impayés est réputé faire partie du principal de la dette par l'effet de l'alinéa 80(2)b) L.I.R., car l'intérêt présumé calculé en vertu de l'article 80.4 L.I.R. a donné lieu à une dépense déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.;

- si le débiteur est un failli à ce moment, le principal de la dette;

- si le débiteur est une société de personnes et que la dette a toujours été payable à un associé « actif » de la société de personnes, le « montant remis » sera également nul dans cette situation. À cette fin, un associé « actif » d'une société de personnes s'entend d'un associé qui prend une part active, de façon régulière, continue et importante, aux activités de l'entreprise de la société, sauf celles qui ont trait au financement de l'entreprise de la société de personnes;

- le montant éventuel que le débiteur a donné à une autre personne à ce moment ou antérieurement en contrepartie de la prise en charge de la dette par cette dernière;

- la fraction du principal de la dette qui représente le principal d'une « dette exclue ».

Une « dette exclue », telle que définie au paragraphe 80(1) L.I.R., est une dette émise par un débiteur et à l'égard de laquelle l'un des faits suivants se vérifie :

a) Le produit de l'émission de la dette a été, soit :

    - inclus dans le calcul du revenu du débiteur ou l'aurait été, n'eût été le passage, « à l'exclusion d'un montant prescrit », à l'alinéa 12(1)x) L.I.R.,

    - déduit dans le calcul, pour l'application de la présente loi, d'un solde de dépenses ou autres montants non déduits,

    - déduit dans le calcul du coût en capital et du coût indiqué, pour le débiteur, d'un de ses biens;

b) Un montant payé par le débiteur en règlement du montant intégral du principal de la dette serait inclus dans le montant déterminé selon l'alinéa

28(1)e) L.I.R. ou l'article 30 L.I.R. relativement au débiteur (sommes payées ou réputées l'être dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise agricole ou de pêche);

c) L'article 78 L.I.R. s'applique à la dette (règle des sommes impayées);

d) Le principal de la dette (en présumant que la dette est réglée sans qu'aucun montant ne soit payé en règlement de son principal) serait inclus dans le revenu du débiteur en raison du règlement de la dette, sauf par l'effet des articles 79 et 80 L.I.R.

Dans une interprétation technique de 1996[44], l'ADRC donne son interprétation du paragraphe 80(1) « dette exclue », alinéa d) L.I.R. On y indique que l'ADRC est d'avis qu'il n'est pas nécessaire qu'une dette soit réglée sans qu'aucun montant ne soit payé pour constituer une dette exclue, mais seulement que le principal serait inclus dans le revenu du débiteur dans ces circonstances si aucune partie de la dette n'était payée. Cette même interprétation technique nous indique également que les paragraphes 19e), 25 et 26 du *Bulletin d'interprétation* IT-293R[45], qui traitent des dettes commerciales, sont toujours pertinents pour l'application de l'actuel article 80 L.I.R. Essentiellement, le *Bulletin d'interprétation* IT-293R nous indique que l'article 80 L.I.R. s'applique à un règlement d'une dette si la dette est reliée à des biens qui ne sont pas des marchandises ou des biens dont le débiteur fait commerce et si la dépense a été réclamée dans une année antérieure à l'année où la dette reliée à cette dépense a été réglée ou éteinte.

De plus, le paragraphe 26 du *Bulletin d'interprétation* IT-293R nous indique que la position de l'ADRC dans le cas d'une proposition concordataire, en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, veut que le règlement de l'ensemble des dettes est une opération de nature capital et qu'ainsi, l'article 80 L.I.R. s'applique même si la dette est de nature courante et que la dette a été contractée au cours de l'année de la remise.

Au niveau de la planification, il pourrait être intéressant, dans une situation où il y a gain sur règlement de dettes, de prétendre que le gain ne sera pas imposable en vertu d'une autre disposition de la loi pour tenter

---

44 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9617515, 27 juin 1996.

45 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 30, par. 19e), 25 et 26.

d'imposer le gain en vertu des dispositions de l'article 80 L.I.R., étant donné les options que cela permet.

À cet effet, il n'est peut-être pas toujours clair si un gain est taxable en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. ou non.

En vertu de l'alinéa 80(2)b) L.I.R., le principal des intérêts payables par un débiteur correspond à la partie des intérêts qui est déductible ou qui pourrait être capitalisée aux fins de l'impôt sur le revenu du contribuable visé. De plus, cette même disposition fiscale précise que le montant de ces intérêts constitue également une dette émise par le débiteur pour le même montant.

Dans une situation où une société émet une action, autre qu'une action privilégiée de renflouement, en contrepartie du règlement d'une dette, la JVM de l'action émise sera réputée être un montant payé par la société débitrice[46]. De plus, lorsque la valeur de certaines actions, appartenant à un créancier, augmente à la suite du règlement d'une dette, cette augmentation de valeur pour cette personne sera réputée payée par la société au créancier[47].

Pour ce qui est d'une dette commerciale libellée en monnaie étrangère, supposons qu'une société ABC ltée emprunte 1 M$ US le 1er janvier 1999 et que cette dette émise par ce débiteur est réglée ou éteinte en vertu d'une entente contractuelle le 8 février 2000 sans qu'il y ait eu versement de la part de ABC ltée. Le montant remis de 1 M$ US devra donc être déterminé[48] en fonction de la valeur du dollar américain par rapport à la valeur du dollar canadien au moment de l'émission de la dette, soit le 1er janvier 1999 et non le 8 février 2000 ou à toute autre date. Par contre, si la devise américaine perd de la valeur par rapport au dollar canadien entre le moment de l'émission de la dette et le moment où la créance est réglée, le gain de change obtenu correspondra à un gain sur remise de dettes assujetti à l'article 80 L.I.R.

Toutefois, si cette même société ABC ltée emprunte par dette obligataire 1 M$ US (à un taux de change de 1 $ US pour 1,40 $ CA) et qu'il existe une

---

46 Voir l'alinéa 80(2)g) L.I.R. pour une discussion sur cette disposition et sur certains problèmes y afférents; le lecteur pourrait consulter le texte de Robert PARENT, « Application de l'article 80 L.I.R. – Règlement de dettes », (2002), vol. 23, nº 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 453-522, pp. 500-506.

47 Al. 80(2)g.1) L.I.R.

48 Al. 80(2)k) L.I.R.

condition voulant que si les deux devises deviennent d'égale valeur, la dette obligataire libellée en dollar américain sera remplacée par une dette obligataire en dollar canadien, le traitement du gain diffère. En effet, si l'alinéa 80(2)h) L.I.R. s'applique par suite du remplacement d'une créance par une nouvelle, l'article 80 L.I.R. ne pourra être applicable puisque l'obligation initiale (1 M$ US) est réglée pour un montant égal au principal de la nouvelle dette. Cependant, le gain de 400 000 $ au moment de l'émission de la nouvelle créance pourrait être considéré comme un revenu ou comme un gain en capital selon l'objet pour lequel la dette fut émise[49].

4.2. CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION DES RÈGLES SUR REMISE DE DETTES

Lorsqu'il y a remise de dettes et qu'un montant est remis, la mécanique de la loi engendre premièrement une réduction des attributs fiscaux du débiteur. Deuxièmement, si le montant remis excède les attributs fiscaux, il y a une inclusion au revenu du débiteur, sous réserve de la déduction pour insolvabilité, du transfert du montant remis à des sociétés ou à des sociétés de personnes liées ainsi que d'autres mécanismes de réserves.

4.3. LA RÉDUCTION DES ÉLÉMENTS FISCAUX

La réduction des éléments fiscaux suit des règles très précises[50]. L'application de la réduction des soldes fiscaux se divise en six étapes.

Étape 1 : La réduction des soldes de pertes des années antérieures

Le montant remis est appliqué pour réduire automatiquement les soldes de pertes provenant d'années antérieures non expirées. Pour chacune des catégories de pertes, le montant remis est appliqué en premier lieu aux pertes les plus anciennes. De plus, la réduction s'effectue dans l'ordre suivant :

- les PAC en excluant les pertes au titre de placement d'entreprise[51];
- les pertes agricoles[52];

---

49 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9601795, 28 février 1996.

50 Al. 80(2)c) L.I.R.

51 Al. 80(3)a) L.I.R.

52 Al. 80(3)b) L.I.R.

- les pertes agricoles restreintes[53];

- les pertes au titre d'un placement d'entreprise tenant compte de la « fraction applicable »[54];

- les pertes en capital nettes en tenant compte de la « fraction applicable »[55].

Le montant applicable en réduction d'une perte pour une année se limite au « solde de pertes applicables » à l'égard de la dette et relativement à cette perte. Aux termes du paragraphe 80(1) L.I.R., le « solde de pertes applicables » d'un débiteur à l'égard d'une dette pour une année d'imposition antérieure correspond au montant de cette perte qui est déductible dans le calcul du revenu imposable du débiteur ou de son revenu imposable gagné au Canada si les conditions suivantes sont réunies : le débiteur dispose d'un revenu et de gains en capital imposables suffisants; le montant de cette perte n'est pas réduit par l'effet des paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R. au moment où la dette est réglée ou après; aucune restriction en vertu de l'alinéa 111(4)a) et du paragraphe 111(5) L.I.R. ne s'applique pour limiter la déductibilité des pertes après une acquisition de contrôle du débiteur.

Toutefois, le législateur a prévu des règles spéciales[56] concernant l'application du montant remis aux pertes reportées réalisées avant une acquisition de contrôle. En effet, le solde de pertes applicables ne peut réduire le solde inutilisé du montant remis que lorsque la dette, faisant l'objet du règlement, a été émise avant l'acquisition de contrôle et non en prévision de cette acquisition ou lorsque la totalité ou presque du produit de l'émission de la dette a servi à régler le principal d'une dette émise avant l'acquisition de contrôle.

Donc, si le test mentionné précédemment est satisfait, les pertes à reporter avant le changement de contrôle peuvent être disponibles à l'encontre du solde inutilisé du montant remis et cela, même si les pertes n'étaient plus reportables en vertu du paragraphe 111(4) L.I.R., puisqu'il ne

---

53 Al. 80(3)c) L.I.R.

54 Al. 80(4)a) L.I.R.

55 Al. 80(4)b) L.I.R.

56 Par. 80(1) « solde de pertes applicables » L.I.R., s.-al. 80(3)a)(i), 80(3)b)(i), 80(3)c)(i) et 80(4)b)(i) L.I.R., div. 80(4)a)(i)(A) L.I.R.

faut pas tenir compte des restrictions prévues à l'alinéa 111(4)a) L.I.R. et au paragraphe 111(5) L.I.R.

De façon succincte, l'expression « fraction applicable » utilisée aux alinéas 80(2)d) et 80(2)e) L.I.R. réajuste les pertes au titre de placement d'entreprise ou les pertes en capital nettes sur la base de 100 %.

Étape 2 : La réduction des soldes fiscaux des biens amortissables et des dépenses relatives à des ressources

La partie non appliquée restante du montant remis sur la dette doit servir, selon l'ordre déterminé par le contribuable, à réduire les soldes fiscaux suivants :

- le coût en capital des biens amortissables d'une catégorie prescrite et, par la suite, s'il n'y a plus de biens dans la catégorie, la fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») directement[57];

- le montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA »)[58];

- les comptes de dépenses relatives à des ressources[59].

Le paragraphe 80(5) L.I.R. prévoit que le solde inutilisé du montant remis, pour un débiteur, relativement à une dette réglée à un moment donné peut être appliqué immédiatement après ce moment, en réduction du coût en capital des biens amortissables ou de la FNACC si la désignation est faite par le débiteur sur formulaire prescrit (T-2154) dans sa déclaration de revenus.

Le paragraphe 80(6) L.I.R. prévoit qu'un montant ne peut, en vertu du paragraphe 80(5) L.I.R., s'appliquer en réduction du coût en capital, pour le débiteur, des biens amortissables d'une catégorie visée par règlement, à un moment donné, que dans la mesure où la FNACC des biens amortissables pour le débiteur dépasse la somme de toutes les autres réductions appliquées immédiatement après ce moment à cette FNACC. Cela signifie que le coût en capital d'un bien d'une catégorie prescrite ne peut être réduit par l'effet de l'application du paragraphe 80(5) L.I.R. si cela fait en sorte que le solde de

---

57 Par. 80(5) et 80(6) L.I.R.

58 Par. 80(7) L.I.R.

59 Par. 80(8) L.I.R.

la FNACC de la catégorie devienne négatif. Une mesure similaire dans le même paragraphe touche spécialement les biens acquis avant 1972 et auxquels la Partie XVII (biens acquis pour l'agriculture et la pêche) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[60] s'applique. Toutefois, il est à noter que le choix du contribuable peut porter sur n'importe laquelle des catégories de biens détenus par le contribuable.

Le paragraphe 80(7) L.I.R. stipule que la fraction du montant remis qui est réputée avoir été appliquée à l'encontre du MCIA représente quatre tiers de la réduction du MCIA, comme l'indique le commentaire afférent à l'alinéa 80(2)f) L.I.R. La réduction s'effectue sur le MCIA du débiteur relativement à chacune de ses entreprises.

Le paragraphe 80(8) L.I.R. expose des règles spécifiques concernant la réduction des dépenses relatives à des ressources. La fraction inutilisée du montant remis peut, dans la mesure indiquée sur le formulaire prescrit, s'appliquer en réduction des montants suivants :

- le solde non déduit des dépenses relatives à des ressources qui sont déductibles ou pourraient l'être en vertu des alinéas 66.7(2)a), 66.7(3)a), 66.7(4)a) ou 66.7(5)a) L.I.R. à la suite de l'acquisition de contrôle du débiteur par une personne ou un groupe de personnes, du fait que le débiteur cesse d'être exonéré de l'impôt de la Partie I L.I.R.sur son revenu imposable ou du fait de l'acquisition de biens par le débiteur à la suite d'une fusion ou d'une unification, sous réserve des restrictions ci-dessous[61];

- le montant cumulatif du débiteur constitué des frais d'exploration au Canada, des frais d'aménagement au Canada ainsi que des frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz[62];

- si le débiteur a résidé au Canada tout au long de cette année, la fraction de ses frais d'exploration et d'aménagement à l'étranger qui serait déductible dans le calcul de son revenu pour l'année s'il disposait d'un revenu tiré d'un avoir minier étranger suffisant et si l'année avait pris fin à ce moment[63].

---

60 C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

61 Al. 80(8)a) L.I.R.

62 Al. 80(8)b), 80(8)c) et 80(8)d) L.I.R.

63 Al. 80(8)e) L.I.R.

La réduction appliquée à un compte de dépenses relatives à des ressources, en vertu de l'un des paragraphes 66.7(2) à 66.7(5) L.I.R., à la suite du règlement d'une dette commerciale d'un débiteur, à un moment donné, ne peut dépasser le solde du « compte de société remplaçante » immédiatement après ce moment, relativement à la dette, au sens du paragraphe 80(1) L.I.R. Le « compte de société remplaçante » à un moment donné, relativement à une dette, correspond au solde du montant déterminé en vertu de l'un de ces paragraphes qui serait déductible dans le calcul du revenu du débiteur pour l'année d'imposition qui comprend le moment donné si les conditions suivantes étaient réunies : le débiteur a tiré un revenu suffisant de toutes sources; le solde n'a pas été réduit par suite de l'application du paragraphe 80(8) L.I.R. à ce moment; l'année a pris fin immédiatement après le moment donné[64]; le pourcentage maximal de 30 % annuel de déduction des frais d'aménagement au Canada ou de 10 % des frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole ou au gaz de la société remplaçante n'est pas applicable. De plus, pour que le compte de la société remplaçante à un moment donné à l'égard d'une dette ne soit pas réputé nul, certaines conditions[65] doivent être satisfaites.

Ces soldes fiscaux, même s'ils peuvent être réduits de façon discrétionnaire par le débiteur, doivent être annulés au complet par le débiteur avant que le solde du montant remis puisse réduire le PBR des biens en immobilisation ou les pertes en capital de l'année, tel qu'il est expliqué aux étapes qui suivent.

Si le solde du montant remis peut être annulé en entier sans qu'il soit nécessaire de passer à l'étape suivante, il sera important de faire les choix appropriés afin de réduire, en premier lieu, les soldes fiscaux dont les taux de déduction applicables à une année d'imposition donnée sont les plus faibles.

Étape 3 : La réduction du PBR d'immobilisations

Pour bénéficier du paragraphe 80(9) L.I.R. relativement au règlement d'une dette, le contribuable doit d'abord désigner le montant maximum

---

64 Aucune transaction ni aucun événement futur n'a eu comme conséquence de réduire le solde.

65 Les conditions sont remplies lorsque la dette est émise avant l'événement (par exemple, l'acquisition de contrôle) qui a donné lieu à la déduction du solde de compte des frais relatifs à des ressources en vertu des paragraphes 66.7(2) à 66.7(5) L.I.R., et non en prévision de celui-ci ou lorsque la totalité ou presque du produit d'émission de la dette a servi (directement ou indirectement) à refinancer une dette décrite ci-dessus.

permis par les paragraphes 80(5), 80(7) et 80(8) L.I.R. La partie non appliquée du montant remis après l'application de ces paragraphes peut réduire le PBR de certaines immobilisations, à l'exception des biens suivants :

- les actions et les dettes d'une société dont le débiteur est un actionnaire déterminé à ce moment. Une personne est un actionnaire déterminé si elle détient directement ou indirectement 10 % ou plus des actions d'une catégorie quelconque de la société ou d'une société liée[66];

- une participation dans une société de personnes liée[67]. À cet effet, l'alinéa 80(2)j) L.I.R. énonce certaines hypothèses pour déterminer si une personne est liée à une autre personne ou à une société de personnes;

- les biens amortissables qui ne font pas partie d'une catégorie prescrite[68], comme certains terrains utilisés dans des opérations forestières;

- les biens à usage personnel[69];

- les biens exclus[70];

- la plupart des biens amortissables puisqu'ils sont déjà visés au paragraphe 80(5) L.I.R.

Pour l'application de l'article 80 L.I.R., le législateur a prévu certaines présomptions servant à déterminer si deux personnes sont liées entre elles à un moment donné et si une personne contrôle une autre personne. En effet, l'alinéa 80(2)j) L.I.R. prévoit que :

- chaque société de personnes et chaque fiducie est réputée disposer d'un capital-actions composé de 100 actions émises, d'une seule catégorie, ayant droit de vote;

---

66 Al. 80(9)a) et par. 248(1) « actionnaire déterminé » L.I.R.

67 Al. 80(9)a) L.I.R.

68 *Id*.

69 *Id*.

70 Au sens du paragraphe 80(1) L.I.R., un « bien exclu » correspond à un bien d'un débiteur non résident qui est un bien protégé par traité ou qui n'est pas un bien canadien imposable.

- chaque associé d'une société de personnes et chaque bénéficiaire d'une fiducie est présumé être propriétaire à ce moment d'un nombre d'actions émises en proportion de leur participation dans la société de personnes ou dans la fiducie. La proportion de participation d'un associé ou d'un bénéficiaire est fonction du rapport entre la JVM de leur participation individuelle et la JVM de l'ensemble des participations des associés de la société de personnes ou de l'ensemble des participations des bénéficiaires dans la fiducie;

- dans la situation d'une fiducie discrétionnaire, la JVM de la participation d'un bénéficiaire est réputée nulle si le bénéficiaire n'a pas le droit de recevoir, ou autrement d'en obtenir l'usage, aucune partie du revenu ou du capital de la fiducie avant le moment où au moins un ou plusieurs autres bénéficiaires de la fiducie soient décédés, et dans les autres cas, elle est réputée être égale au total des JVM, à ce moment, des participations des bénéficiaires dans la fiducie.

Lorsque le coût en capital est changé, par l'effet de règles spéciales sur le changement d'utilisation et les transferts avec lien de dépendance, en vertu du paragraphe 13(7) L.I.R., par exemple, il est possible, par l'application de l'alinéa 80(9)b) L.I.R., de réduire le solde du montant remis de l'excédent entre le coût en capital du bien selon les règles générales et le coût en capital du bien aux fins de l'application des alinéas 8(1)j) et 8(1)p), des articles 13 et 20 L.I.R. et des dispositions réglementaires prises en vertu de l'alinéa 20(1)a) L.I.R.[71] Dans ces circonstances, un débiteur peut réduire le coût en capital de ses biens amortissables en vertu du paragraphe 80(9) L.I.R. seulement dans la mesure où il n'est pas pris en compte dans la FNACC d'une catégorie de biens amortissables visée par règlement.

L'alinéa 80(9)c) L.I.R. prévoit que la réduction du coût en capital de biens amortissables en vertu du paragraphe 80(9) L.I.R. n'est pas pertinente aux fins de l'application des alinéas 8(1)j) et 8(1)p) L.I.R., des articles 13 et 20 L.I.R. et des dispositions réglementaires auxquelles réfère l'alinéa 20(1)a) L.I.R. Cependant, la réduction du coût en capital de biens amortissables par l'effet du paragraphe 80(9) L.I.R. pourrait créer ou augmenter le gain en capital lors de la disposition du bien.

Dans certaines situations, la réduction, en vertu du paragraphe 80(9) L.I.R., du PBR d'une action, d'une dette convertible, d'une participation dans une société de personnes ou dans une fiducie pourrait être

[71] Al. 80(9)b) L.I.R.

pertinente aux fins de l'article 80.03 L.I.R. Nous y reviendrons plus loin pour venir en préciser les effets.

Dans le cas d'une société de personnes, le montant qui pourra être désigné ne pourra ramener le PBR d'une immobilisation qui lui appartient à un montant inférieur à la JVM de ce bien à ce moment[72]. Le législateur limite les montants que peut indiquer une société de personnes, en vertu du paragraphe 80(9), 80(10) ou 80(11) L.I.R., dans le but d'empêcher cette dernière d'acquérir des immobilisations pour minimiser l'impact de l'article 80 L.I.R. Cette disposition s'applique uniquement aux sociétés de personnes puisque plusieurs éléments fiscaux (par exemple, le report des pertes et les dépenses relatives à des ressources) sont attribués aux associés d'une société de personnes et que la remise d'une dette commerciale que la société de personnes est réputée avoir émise n'entraîne pas de réduction de ces éléments, sous réserve de l'application du paragraphe 80(15) L.I.R.

En règle générale, les biens habituellement visés aux fins de cette étape sont les terrains et les placements dans des sociétés dont le débiteur n'est pas un actionnaire déterminé ou les placements dans des sociétés de personnes non liées.

Étape 4 : La réduction du PBR d'actions ou de dettes d'une société dont le débiteur est un actionnaire déterminé

Une fois que le maximum aura été réduit à l'étape précédente, le solde inutilisé du montant remis pourra[73] réduire le PBR des biens qui sont des immobilisations et des placements pour lesquels le débiteur est un actionnaire déterminé[74]. À cette étape, il ne sera cependant pas possible de réduire le PBR des actions et des créances détenues dans une société liée. Les PBR des biens appartenant à un non-résident, à un moment donné, qui se qualifieraient comme « biens exclus » au sens du paragraphe 80(1) L.I.R. ne pourront être réduits également. Finalement, tel qu'il est expliqué précédemment, une société de personnes pourra réduire le PBR du bien uniquement jusqu'à concurrence de la JVM de ce bien à ce moment.

---

72 Par. 80(18) L.I.R.

73 Choix fiscal par le contribuable dans la mesure indiquée dans le formulaire prescrit annexé à la déclaration de revenus que le débiteur produit pour son année d'imposition.

74 Par. 80(10) L.I.R.

Étape 5 : La réduction du PBR d'actions et de dettes de sociétés liées et de la participation dans une société de personnes liée

À la condition que la réduction effectuée à l'étape précédente ait été faite pour le montant maximum[75], le débiteur peut maintenant réduire le PBR des actions et des dettes de sociétés liées ou celui des participations dans des sociétés de personnes liées[76] s'il ne s'agit pas d'un bien exclu au sens du paragraphe 80(1) L.I.R. La décision du contribuable de réduire ou de ne pas réduire ces attributs fiscaux est discrétionnaire et, s'il choisit de le faire, il devra compléter le formulaire prescrit (T-2154).

Il faut savoir que le montant indiqué en vertu de ce paragraphe peut être limité. En effet, dans certaines situations, la partie restante du montant remis qu'on voudrait voir appliquée en réduction du coût de certains titres, en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R., n'aura aucun effet sur le montant qui doit être rajouté au revenu à la suite du règlement de dettes. Ainsi, lors de l'application du paragraphe 80(13) L.I.R., une réduction du PBR d'un bien en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R. peut entraîner l'ajout d'un montant au revenu du contribuable. Comme dans les cas précédents, le paragraphe 80(18) L.I.R. empêchera une société de personnes de réduire le PBR d'un bien à un montant inférieur à sa valeur marchande.

Étape 6 : La réduction des pertes en capital nettes de l'année en cours

La partie non appliquée restante du montant remis pourra, en vertu du paragraphe 80(12) L.I.R., à la discrétion du débiteur, réduire les pertes en capital pour l'année en cours ou, lorsque le débiteur est une société par actions, le double des pertes en capital nettes de son ancienne filiale qui pourraient être déductibles dans le calcul du revenu imposable du débiteur à la suite de l'application du paragraphe 88(1.2) L.I.R. En pratique, il s'agit donc des pertes qui seraient déductibles pour la société mère dans un exercice financier commençant après le début de la liquidation. À défaut de cette disposition, la fraction inutilisée du montant remis serait ajoutée dans le calcul du revenu du contribuable de la façon prévue au paragraphe 80(13) L.I.R. et les pertes en capital mentionnées ci-dessus ne pourraient servir à compenser le revenu résultant du gain provenant du règlement de

---

[75] Pour bénéficier du paragraphe 80(11) L.I.R. relativement au règlement de dettes, le débiteur doit désigner le montant maximum permis par les paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R.

[76] L'alinéa 80(2)j) L.I.R. doit être consulté afin de déterminer si une société de personnes est liée à un contribuable.

dettes. Pour se prévaloir de l'application du paragraphe 80(12) L.I.R., le débiteur devra préalablement réduire au maximum les attributs fiscaux prévus aux paragraphes 80(5) à 80(9) L.I.R.

Afin de pouvoir appliquer le montant remis à l'encontre des pertes en capital de l'année, la loi fait la présomption que le débiteur est réputé, sur une partie ou la totalité du montant remis, avoir réalisé un gain en capital égal au moins élevé de la partie non appliquée restante du montant remis et des pertes en capital de l'année déduites des gains en capital de l'année.

4.4. L'INCLUSION AU REVENU

À la suite des réductions des attributs fiscaux effectuées précédemment, s'il reste un solde non appliqué du montant remis ou un montant positif déterminé en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R., le débiteur pourrait devoir inclure un montant à son revenu. En vertu de l'article 80.04 L.I.R., il sera possible pour le contribuable de réduire le montant à inclure au revenu grâce au transfert à une personne désignée d'une partie ou de la totalité du solde non appliqué du montant remis.

Le paragraphe 80(13) L.I.R. utilise une formule complexe décrite au paragraphe suivant afin de calculer le montant à inclure au revenu du débiteur. En résumé, lorsqu'une dette commerciale émise par un débiteur est réglée, 50 % du montant remis qui demeure inutilisé après l'application des paragraphes 80(3) à 80(12) L.I.R. et des transferts prévus à l'article 80.04 L.I.R. (ou 100 % de ce montant lorsque le débiteur est une société de personnes) doit être rajouté au revenu du débiteur en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. La source de ce revenu est réputée être celle à l'égard de laquelle la dette a été émise. De plus, certaines dispositions de la loi prévoient un étalement de tout montant ajouté au revenu en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R.

MONTANT À INCLURE AU REVENU = (A + B – C – D) X E

OÙ :

- A : représente la partie non appliquée restante du montant remis sur la dette à ce moment. Il s'agit donc du montant remis qui demeure inutilisé après l'application des paragraphes 80(3) à 80(12) L.I.R.

- B : le moindre :

a) du total des montants indiqués par le débiteur en application du paragraphe 80(11) L.I.R. à ce moment;

b) du solde résiduel relativement au règlement de dettes[77].

- C : le total des montants transférés en vertu d'une convention produite selon l'article 80.04 L.I.R. relativement au règlement de la dette à ce moment. Nous aborderons plus loin cette question du transfert du montant remis entre sociétés liées et sociétés de personnes liées.

- D : certaines pertes en capital réputées nulles par l'effet du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. lors de la disposition de biens effectuée par le débiteur[78].

- E :

a) 0,50; ou

b) le chiffre **1**, si le débiteur est une société de personnes. Le revenu ainsi créé est alors attribué à chacun des associés selon leur part respective.

Le paragraphe 80(15) L.I.R. permet cependant aux associés de demander une déduction afin que ceux-ci puissent diminuer leurs soldes fiscaux. Cette déduction sera calculée comme s'il s'agissait d'une source distincte, de sorte que les dépenses de la société de personnes pour l'année en cours n'influent nullement sur le calcul de la déduction. De plus, la déduction ne pourra dépasser, pour les associés, la somme qui serait ajoutée au revenu de la société selon le paragraphe 80(13) L.I.R. si la société de personnes avait indiqué des montants dans toute la mesure permise par les paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R. Par la suite, l'associé sera réputé avoir réalisé un gain sur règlement de dettes pour un montant égal à la déduction

---

[77] Le solde résiduel peut être défini de façon générale comme le total des éléments fiscaux de personnes désignées qui restent, une fois réglée la dette commerciale émise par le débiteur et compte tenu de l'application de l'article 80.04 L.I.R. relativement à ce règlement, moins la partie non appliquée restante du montant remis sur la dette à ce moment pour le débiteur. Le calcul détaillé du solde résiduel se trouve aux paragraphes 80(14) et 80(14.1) L.I.R. et tient compte des gains sur règlement de dettes et des choix appropriés faits en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R. et de l'article 80.04 L.I.R. pour des dettes réglées antérieurement dans l'année.

[78] Par. 80(1) « perte non constatée » L.I.R.

demandée. L'associé pourra ainsi venir diminuer ses attributs fiscaux personnels selon les règles de l'article 80 L.I.R. et ultimement ajouter à son revenu la moitié de la partie non appliquée restante du montant qui lui a été attribué. Comme nous le verrons plus loin, l'associé pourra alors avoir droit à une réserve ou même à une déduction pour insolvabilité dans certaines situations.

4.5. AJUSTEMENTS APPORTÉS DANS LE CALCUL DU MONTANT INCLUS AU REVENU DU CONTRIBUABLE EN VERTU DU PARAGRAPHE 80(13) L.I.R.

Le législateur, par le biais de ce premier ajustement (« B » - « C »), prévu au paragraphe 80(13) L.I.R., a voulu inciter le contribuable, débiteur d'une dette commerciale, à réduire le montant désigné, par ailleurs, en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R.[79], d'un montant égal aux éléments fiscaux[80] des « personnes désignées »[81]. Cet ajustement pourra donc intervenir lorsque le débiteur a appliqué un montant en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R.

Le second ajustement (- « D ») s'applique pour un débiteur qui avait antérieurement disposé d'une créance qui lui était payable ou d'un autre droit de recevoir un montant, mais à qui une perte en capital a été refusée relativement à la disposition par l'effet du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. Dans cette situation, le montant inclus au revenu du débiteur selon le paragraphe 80(13) L.I.R. peut être réduit pour tenir compte du montant de la fraction de cette perte (qui constitue la « perte non constatée » du débiteur au sens du paragraphe 80(1) L.I.R.) qui n'a pas encore été appliqué en réduction du montant ajouté dans le revenu du débiteur en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. relativement au règlement antérieur de dettes émises par le débiteur. Cet ajustement est conditionnel à ce que le débiteur ait désigné un montant égal au maximum permis en vertu des paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R. Cependant, si le débiteur est une société dont le contrôle a été acquis après la réalisation de la perte non constatée, cette perte est réputée nulle à moins que, selon le cas, la dette réglée au moment ultérieur ait été émise par le débiteur avant l'acquisition de contrôle, mais non en prévision de celle-ci, ou

---

79 Ce qui a trait à une réduction de PBR d'actions ou de dettes d'une société liée ou de la participation dans une société de personnes liées.

80 Par. 80(14.1) L.I.R.

81 Par. 80(1) « personne désignée » L.I.R. Il s'agit d'une société, ou société de personnes, qui contrôle le débiteur ou qui est contrôlée par le débiteur ou par le débiteur et une ou plusieurs personnes liées au débiteur et finalement par une personne ou groupe de personnes qui contrôle le débiteur.

que plus de 90 % du produit d'émission de cette dette ait été utilisé, directement ou indirectement, pour refinancer une dette similaire à celle décrite précédemment.

4.6. LE TRANSFERT D'UN MONTANT REMIS

La possibilité de transférer une partie ou la totalité de la partie non appliquée du montant remis à des entités admissibles a été mentionnée brièvement dans la section précédente. Dans cette partie, nous traiterons maintenant des conditions nécessaires pour effectuer ces transferts. En effet, le législateur a prévu un mécanisme[82] permettant à un débiteur de conclure des conventions avec des cessionnaires admissibles pour que le débiteur puisse transférer le solde du montant remis à certaines sociétés et sociétés de personnes plutôt que de l'inclure dans son revenu. Les conditions suivantes devront être remplies pour que l'article 80.04 L.I.R. s'applique :

- une dette commerciale donnée émise par un débiteur est réglée à un moment donné[83];
- le débiteur a désigné des montants en application des paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R. dans la mesure maximale permise relativement au règlement de la dette donnée au moment donné[84];
- le débiteur et le cessionnaire admissible produisent une convention conclue entre eux relativement à ce règlement[85]. Les personnes désignées ainsi que les sociétés et sociétés de personnes canadiennes liées au débiteur sont des cessionnaires admissibles;
- un montant est déterminé dans cette convention[86] :
  - cette convention est produite sur formulaire prescrit[87] au plus tard le jour où le débiteur doit produire sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition ou l'exercice, selon le cas, qui comprend le moment où sa dette a été réglée, ou au plus tard le jour où la personne désignée ou liée doit produire sa déclaration de revenus pour l'année

---

82 Par le biais de l'article 80.04 L.I.R.

83 Al. 80.04(4)a) L.I.R.

84 Al. 80.04(4)b) L.I.R.

85 Al. 80.04(4)c) L.I.R.

86 Al. 80.04(4)d) L.I.R.

87 Formulaire fédéral T-2156.

d'imposition ou l'exercice, selon le cas, qui comprend le moment où la dette a été réglée. La convention peut aussi être produite avant l'expiration du délai dont le débiteur ou le cessionnaire dispose pour signifier un avis d'opposition à une cotisation d'impôt en vertu de la Partie I L.I.R.[88] relativement à l'année d'imposition mentionnée précédemment. Pour une société de personnes, celle-ci est réputée être tenue de produire une déclaration de revenus pour un exercice à la plus tardive des dates où l'un de ses associés est tenu de produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle cet exercice se termine[89];

– une copie certifiée conforme des résolutions ou des documents du débiteur et du cessionnaire autorisant la conclusion de la convention doit être annexée au choix[90].

Le paragraphe 80.04(2) L.I.R. stipule que le « cessionnaire admissible » d'un débiteur à un moment donné est une société ou société de personnes qui est une « personne désignée » quant au débiteur ou une société canadienne imposable ou une société de personnes canadienne admissible liée au débiteur à ce moment. À cette fin, il n'est pas tenu compte d'un lien résultant d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

Selon le paragraphe 80(1) L.I.R, une « personne désignée », quant à un débiteur à un moment donné, est une personne qui est l'une ou l'autre des personnes suivantes :

a) Une société canadienne imposable ou société de personnes canadienne admissible qui contrôle le débiteur à ce moment.

b) Une société canadienne imposable ou société de personnes canadienne admissible contrôlée à ce moment par le débiteur, soit par le débiteur et une ou plusieurs personnes liées à celui-ci, soit par une personne ou un groupe de personnes qui contrôle le débiteur à ce moment.

---

88 Al. 80.04(6)a) L.I.R.

89 Par. 80.04(7) L.I.R.

90 Al. 80.04(6)b) L.I.R.

Selon l'ADRC[91], lorsqu'une société débitrice, qui est contrôlée par deux actionnaires qui sont des particuliers non liés en tant que groupe, contrôle une deuxième société, celle-ci pourra se qualifier de « cessionnaire admissible » aux fins de l'article 80.04 L.I.R. Par contre, si cette seconde société était contrôlée moitié-moitié par les époux des actionnaires non liés, celle-ci ne pourrait plus se qualifier de « personne désignée » et ne pourrait plus se prévaloir des dispositions fiscales permettant de lui transférer une partie d'un montant remis, puisqu'elle ne serait pas un cessionnaire admissible.

Il est à noter que le cessionnaire admissible n'a pas besoin d'avoir d'éléments fiscaux pour accepter un tel choix. Il sera donc possible de transférer à un cessionnaire un montant qui constituera un revenu pour lui.

En vertu du paragraphe 80.04(5.1) L.I.R., aucun avantage n'est considéré conféré à un débiteur en raison de la conclusion d'une convention avec un cessionnaire admissible. Toutefois, le législateur a prévu des règles[92] dans le cas où le cessionnaire reçoit un bien en compensation pour avoir adhéré à une convention en vertu de l'article 80.04 L.I.R. Si le bien appartenait au débiteur immédiatement avant la cession, ce dernier est réputé avoir disposé du bien à sa JVM mais ne peut déduire aucun montant relativement à la cession, sauf le montant d'une perte résultant de la disposition réputée. Le coût auquel le cessionnaire admissible a acquis le bien à ce moment est réputé égal à sa JVM à ce moment.

Une disposition antiévitement empêche une société de devenir une société liée seulement pour prendre avantage du mécanisme de transfert[93]. De plus, lorsqu'une convention est conclue aux termes de l'article 80.04 L.I.R, le Ministère pourra émettre une cotisation ou une nouvelle cotisation à l'égard de tout contribuable (comprenant un associé du débiteur ou du cessionnaire) pour tenir compte de cette convention, et ce, malgré le fait que cette cotisation ou nouvelle cotisation serait par ailleurs frappée de prescription[94].

---

91 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9605475, 29 mars 1996.

92 Par. 80.04(5) L.I.R.

93 Par. 80.04(8) L.I.R.

94 Par. 80.04(9) L.I.R.

Le paragraphe 80.04(11) L.I.R. précise que le débiteur et le cessionnaire sont solidairement responsables des montants d'impôt découlant de la convention.

L'alinéa 80.04(10)a) L.I.R. prévoit qu'un débiteur est tenu de payer tout ou partie de l'impôt, des intérêts et des pénalités de son cessionnaire admissible qui est une société pour les années d'imposition qui se terminent dans la période qui commence au moment du règlement de la dette et se termine au cours des quatre années civiles après ce moment. Ce montant ne pourra excéder 30 % du montant indiqué dans la convention mais, puisqu'il s'applique à la fois pour le fédéral et pour le provincial (Québec), la charge du débiteur peut donc représenter 60 % du montant indiqué dans la convention[95].

Ainsi, en ce qui concerne les impôts à payer par le débiteur par l'effet de l'alinéa 80.04(10)a) L.I.R. mentionné ci-dessus, comme la responsabilité solidaire sera maintenue pendant les quatre années suivant la convention conclue selon l'article 80.04 L.I.R., même s'il y a changement de contrôle. Cette disposition pourra donc dissuader le débiteur de vendre les actions de cette société liée.

Dans la situation où le cessionnaire est une société de personnes[96], le débiteur, en vertu de l'alinéa 80.04(10)b) L.I.R., est redevable jusqu'à 60 % du montant indiqué dans la convention des montants représentant l'impôt payable, les intérêts et les pénalités relatifs à ces impôts par une personne en vertu de la présente loi pour une année d'imposition qui, à la fois commence ou se termine dans cette période et qui comprend la fin d'un exercice de la société de personnes au cours duquel la personne est un associé de celle-ci.

Les paragraphes 80.04(12) et 80.04(13) L.I.R. permettent au ministre d'établir une cotisation à l'égard du débiteur concernant les impôts, les intérêts et les pénalités dont il est redevable par l'effet du paragraphe 80.04(10) L.I.R. comme si elle avait été établie en application de l'article 152 L.I.R.

Dans le cas spécifique où le débiteur est une société de personnes, l'alinéa 80.04(12)b) L.I.R. indique que le ministre peut cotiser une personne qui a été un associé de la société de personnes. Toutefois, le ministre peut

---

95 En vertu du paragraphe 80.04(10) L.I.R et de l'article 485.49 de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod.

96 Al. 80.04(10)b) L.I.R.

cotiser un associé de la société de personnes seulement en respect des années d'imposition qui se rapportent au cessionnaire admissible (ou si celui-ci est une société de personnes, les associés de cette dernière) qui se terminent au moment suivant ou postérieurement où la personne devient un associé de la société de personnes. Si une personne n'est pas un associé de la société de personnes au moment où la créance commerciale est réputée être réglée en vertu de l'article 80.04 L.I.R., le ministre ne peut cotiser cette personne relativement au règlement réputé que si elle se joint de nouveau à la société de personnes.

Le législateur a prévu aux fins de l'assujettissement et de la cotisation en vertu des alinéas 80.04(10)b) et 80.04(12)b) L.I.R. la présomption suivante : si, par exemple, une société de personnes, A & Ass., est l'associée d'une autre société de personnes, B & Ass., les associés de la première société de personnes sont assimilés à ceux de l'autre société de personnes aux fins de l'application de ces alinéas.

Un choix en vertu de l'article 80.04 L.I.R. avec un cessionnaire admissible pourra créer un problème pratique si le débiteur ne possède pas le contrôle réel du cessionnaire et que le cessionnaire n'accepte pas de signer la convention. En effet, dans le cas d'un titre d'une entité liée, le paragraphe 80(11) L.I.R. réduit la partie non appliquée du montant remis à inclure au revenu, mais si l'entité liée a des éléments fiscaux et est une personne désignée, une réduction en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R. pourra s'avérer inutile à cause de l'élément B prévu à la formule déterminant le montant à inclure au revenu (voir la section 4.4.). Dans ce cas, l'impossibilité de transférer un montant à cette même entité peut être considérée inéquitable pour le débiteur selon les résultats obtenus. L'exemple qui suit illustre ce problème.

Une mère et sa fille détiennent chacune une participation de 50 % d'une société par actions faisant la vente de vêtements. Cette société sera donc une personne désignée en vertu du sous-alinéa 80(1)b)(iii) L.I.R. de la définition de « personne désignée » aux fins de l'application du paragraphe 80(13), et ce, même si le consentement de chacune d'elles est nécessaire afin que cette dernière diminue ses éléments fiscaux. Si la fille bénéficie d'un règlement de dettes avec une banque et qu'elle n'a pas d'autres attributs fiscaux pouvant être diminués et que l'autre actionnaire, soit la mère, ne donne pas son accord afin de faire le choix en vertu de l'article 80.04 L.I.R., la fille devra ajouter à son revenu le montant remis sans pouvoir diminuer le PBR de ses actions si cette société possède des éléments fiscaux. La situation donnera des résultats particuliers si les actions en question ont subi une perte de valeur importante et qu'il est impossible de faire le choix au paragraphe

50(1) L.I.R. dans l'année où il y a règlement de la dette. Dans cette situation, la fille ne pourra donc pas utiliser la perte en capital latente sur les actions afin de réduire ou d'éliminer la somme à inclure à ses revenus. Dans une année subséquente, la perte sur les actions pourra probablement se qualifier à titre de perte au titre d'un placement d'entreprise (PTPE) ou à titre de perte en capital ordinaire. Dans ce dernier cas, il sera nécessaire d'avoir des gains en capital ou d'autres règlements de dette pour pouvoir utiliser la perte en capital. À noter également que, dans l'exemple ci-dessus, si l'investisseur fait le choix mentionné au paragraphe 50(1) L.I.R. à l'égard d'une dette plutôt qu'à l'égard d'actions, il y aura un gain sur règlement de dettes dans la société qui a émis la dette (voir section 3.2.1. qui traite des cas de remisage de dettes).

La possibilité de se prévaloir ou non du choix de l'article 80.04 L.I.R. ne sera simple que dans les cas où les deux entités sont détenues par la même personne ou par le même groupe de personnes, dans des proportions identiques. Cela signifie que l'utilisation de l'article 80.04 L.I.R. sera complexe dans beaucoup de situations. Premièrement, le transfert d'une partie du montant remis d'un débiteur à l'encontre des soldes fiscaux d'un cessionnaire admissible représente un coût financier pour ce dernier, qui ne sera pas toujours facile à évaluer. Deuxièmement, un débiteur peut transférer à un cessionnaire admissible un montant en vertu de l'article 80.04 L.I.R. sur la base des éléments fiscaux appartenant à l'une ou l'autre des parties à un moment donné. À la suite d'une vérification de l'ADRC ou de Revenu Québec, ces éléments peuvent être modifiés et, si cela devait être le cas, il est possible que l'on désire modifier le montant indiqué dans la convention pour tenir compte des nouvelles données. Cependant, le paragraphe 220(3.2) L.I.R. ne prévoit pas qu'un choix en vertu de l'article 80.04 L.I.R. puisse être modifié, annulé ou produit en retard. Par contre, comme il est mentionné précédemment, le paragraphe 80.04(9) L.I.R. permet cependant à l'ADRC d'émettre une cotisation pour tenir compte d'une convention même si l'année pour laquelle elle a été produite serait par ailleurs frappée de prescription.

Il peut donc être difficile pour les contribuables qui veulent se prévaloir de ce choix de prévoir dans une convention la façon dont ils vont se compenser, advenant le cas où les éléments fiscaux de l'une ou de l'autre des parties puissent être modifiés, et la façon dont ils vont régler les problèmes de responsabilité solidaire, advenant le cas où le cessionnaire aurait une cotisation par suite de l'application du choix. Les montants éventuels d'impôt dont les parties sont solidaires peuvent être difficiles à déterminer. Par conséquent, un transfert en vertu de l'article 80.04 L.I.R. doit être utilisé avec beaucoup de précaution, car les conséquences peuvent être variées et la

convention qui supporte ce choix pourrait être complexe, selon les ententes que l'on voudrait préciser au début.

L'exemple suivant a pour but de démontrer l'importance de l'utilisation planifiée de l'article 80.04 L.I.R. pour optimiser la position fiscale du débiteur et du cessionnaire. Endettée ltée a émis une dette commerciale de 950 001 $ et dispose des pertes et des éléments fiscaux suivants :

• PAC		125 000 $
• Pertes déductibles au titre de placements dans une entreprise (ci-après « PDTPE »)		50 000
• FNACC		
Catégorie 1		200 000
Catégorie 8		155 000
• MCIA		90 000
• Terrain		150 000
• Filialeco :	Actions (PBR)	50 000
	Autres attributs fiscaux	110 000

Le 7 février 2003, la dette de 950 001 $ est réglée pour un montant de 1 $. En vertu de l'entente contractuelle, Endettée ltée n'a plus rien à payer au créancier, ce qui résulte en une remise de dettes de 950 000 $. Les conséquences fiscales pour Endettée ltée sont les suivantes :

Application obligatoire

PAC (sans PDTPE)	[par. 80(3) L.I.R.]	125 000 $
PDTPE (50 000 $ X 2/1)	[par. 80(4) L.I.R.]	100 000

Application discrétionnaire

FNACC (catégorie 1)	[par. 80(5) L.I.R.]	200 000 $
FNACC (catégorie 8)		155 000
MCIA (90 000 $ X 4/3)	[par. 80(7) L.I.R.]	120 000
Terrain	[par. 80(9) L.I.R.]	150 000
Total des montants appliqués		850 000 $
Solde du montant remis non appliqué		**100 000 $**

Dans la première situation, aucun choix n'est exercé pour transférer une partie du solde du montant remis à Filialeco. Endettée ltée désigne un montant de 50 000 $ devant servir à réduire le PBR des actions de Filialeco.

Calcul du montant à inclure au revenu de Endettée ltée en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R.

Solde non appliqué (100 000 $ - 50 000 $)		50 000 $
Plus :	Moindre de :	
	(i) montant appliqué aux actions (50 000 $)	
	(ii) solde résiduel (110 000 $ - 50 000 $)	50 000
Moins :	Montant transféré à un cessionnaire admissible (Filialeco)	0
Revenu déterminé		100 000 $
Montant à inclure au revenu (50 %)		50 000 $

Cette décision de diminuer le PBR des actions de Filialeco dans cette situation ne permet aucune réduction dans le calcul du montant à inclure au revenu de la société Endettée ltée.

Dans la deuxième situation, Endettée ltée et Filialeco choisissent de transférer une tranche de 50 000 $ en vertu de l'article 80.04 L.I.R. Également, Endettée ltée choisit de réduire de 50 000 $ le PBR des actions de Filialeco.

Calcul du montant à inclure au revenu de Endettée ltée en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R.

Solde non appliqué (100 000 $ - 50 000 $)		50 000 $
Plus :	Moindre de :	
	(i) montant appliqué aux actions (50 000 $)	
	(ii) solde résiduel (110 000 $ - 50 000 $)	50 000
Moins :	Montant transféré à un cessionnaire admissible (Filialeco)	(50 000)
Revenu déterminé		50 000 $
Montant à inclure au revenu (50 %)		25 000 $

La tranche de 50 000 $ devant être appliquée à la réduction du PBR des actions de Filialeco ne donne aucune réduction dans le calcul du montant à

inclure au revenu, tout comme dans le cas de la situation précédente puisqu'elle n'a pas servi à réduire le montant que Endettée ltée doit inclure au revenu, cela en raison des éléments fiscaux de Filialeco auxquels le montant remis aurait pu être appliqué.

Dans la troisième situation, Endettée ltée et Filialeco choisissent de transférer la totalité du montant remis, soit 100 000 $, en vertu de l'article 80.04 L.I.R. De plus, Endettée ltée ne désigne aucun montant devant servir à réduire le PBR des actions de Filialeco.

Calcul du montant à inclure au revenu de Endettée ltée en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R.

Solde non appliqué (100 000 $)		100 000 $
Plus :	Moindre de :	
	(i) montant appliqué aux actions (0 $)	
	(ii) solde résiduel (110 000 $ - 100 000 $)	0
Moins :	Montant transféré à un cessionnaire admissible (Filialeco)	(100 000)
Revenu déterminé		0 $
Montant à inclure au revenu (75 %)		0 $

En choisissant cette option, Endettée ltée n'a aucun montant à inclure dans son revenu. Cette possibilité optimise la situation fiscale de la société débitrice en réduisant au maximum le montant à inclure à son revenu.

5. REVENU ÉTRANGER ACCUMULÉ, TIRÉ DE BIENS (RÉATB)

Pour un contribuable qui détient une société étrangère affiliée, c'est l'alinéa 95(2)g.1) L.I.R. qui vient préciser l'application de l'article 80 L.I.R. dans le calcul du RÉATB de la société étrangère affiliée. Il est précisé aux fins du calcul du RÉATB que le passage « revenu, du revenu imposable ou du revenu imposable gagné au Canada », à la définition de « créance commerciale », au paragraphe 80(1) L.I.R., est remplacé par « revenu étranger accumulé, tiré de biens », au sens du paragraphe 95(1) L.I.R. De plus, toujours aux fins du RÉATB, cet alinéa indique qu'il n'est pas tenu compte des paragraphes 80(3) à 80(12) et 80(15) et 80.01(5) à 80.01(11) et des articles 80.02 à 80.04 L.I.R. En résumé, les dispositions fiscales applicables amènent à rajouter un montant dans le calcul du revenu du débiteur sans pouvoir le réduire par des attributs fiscaux disponibles et les règles conçues pour préserver l'efficacité de l'article 80 L.I.R. ne sont pas

applicables également. Seules les présomptions de règlement au coût indiqué en cas de fusion ou de liquidation peuvent être applicables aux fins de l'article 80.01 L.I.R., les autres étant inapplicables. Il n'existe aucune possibilité de transfert de montant remis à une autre entité d'un groupe ou de se prévaloir des dispositions particulières touchant les actions privilégiées de renflouement.

6. RÈGLES CONÇUES POUR PRÉSERVER L'EFFICACITÉ DE L'ARTICLE 80 L.I.R.

L'article 80.03 L.I.R. énonce les règles conçues pour préserver l'efficacité des règles sur les remises de dettes en vertu de l'article 80 L.I.R. lorsque l'application de cet article donne lieu à une réduction du PBR d'une action, d'une participation dans une société de personnes ou d'une participation dans une fiducie détenue par un débiteur.

Avant l'introduction de ces règles par le législateur, l'impact de la réduction du PBR de certains biens pouvait être éliminé grâce à des transferts en franchise d'impôt selon certaines dispositions de roulement.

Les immobilisations visées sont celles qui ont fait l'objet d'une réduction en vertu des paragraphes 80(9) à 80(11) L.I.R. En tenant compte de l'application de cet article lorsque l'article 80 L.I.R. aura eu pour effet de réduire le PBR de certains biens, certaines transactions appelées « opérations de délaissement » auront pour effet de générer un revenu (un gain en capital), et ce, même si elles sont faites en utilisant les dispositions de roulement. Le contribuable devra donc tenir des registres appropriés des réductions touchant le coût fiscal de ces biens et s'y référer lorsqu'il y effectuera certaines transactions.

L'idée générale de cet article est le suivant : lorsqu'une immobilisation qui est une action autre qu'une action privilégiée de renflouement, une participation au capital d'une fiducie ou une participation dans une société de personnes, laquelle a subi une réduction de son PBR en vertu de l'article 80 L.I.R., est transférée par voie de fusion, liquidation ou roulement, le gain différé, correspondant au montant remis appliqué en réduction du PBR de ces biens, doit à nouveau être rajouté au revenu. Plus précisément, il y a délaissement[97] lorsque, selon le cas :

[97] Le législateur précise cette notion au paragraphe 80.03(3) L.I.R.

- l'action fait partie du capital-actions d'une filiale et il en est disposé dans le cadre d'une liquidation à laquelle le paragraphe 88(1) L.I.R. s'applique;

- la personne est une société et l'action fait partie du capital-actions d'une autre société à laquelle la société est intégrée par fusion ou unification;

- la participation au capital dans une fiducie est disposée en vertu de l'alinéa 107(2)c) L.I.R. lors d'une attribution;

- le roulement d'une participation dans une société de personnes est visé aux alinéas 98(3)a) (la société de personnes cesse d'exister) ou 98(5)a) L.I.R. (entreprise de la société de personnes exploitée par un seul et unique propriétaire).

Comme il a été mentionné précédemment, lorsqu'une personne délaisse un bien, elle est réputée, en vertu du paragraphe 80.03(2) L.I.R., avoir réalisé un gain en capital sur la disposition d'un autre bien théorique. Le montant de ce gain réputé correspond[98] à l'excédent du total des réductions du PBR du bien délaissé qui résulte directement ou indirectement (en vertu des « règles de maintien »[99]) de l'application de l'un des paragraphes 80(9) à 80(11) L.I.R. sur le total des montants suivants : le gain en capital de la personne issu de la disposition du bien délaissé, compte non tenu du gain en capital issu de la disposition d'une participation dans une société de personnes dont le PBR est négatif[100]; le montant désigné en vertu du paragraphe 80.03(7) L.I.R. par la personne relativement au bien délaissé lorsque, à la fin de l'année d'imposition qui comprend le moment de délaissement du bien, la personne réside au Canada ou, si elle n'y réside pas, y exploite une entreprise par l'intermédiaire d'un lieu fixe d'affaires.

Le paragraphe 80.03(7) L.I.R. permet de considérer un gain en capital qui découlerait par ailleurs de l'application du paragraphe 80.03(2) L.I.R. comme un montant remis aux fins de l'article 80 L.I.R. dans la mesure où la personne désigne ce montant à cette fin.

---

98 Par. 80.03(2) L.I.R.

99 Al. 53(2)g.1) et 53(1)q) L.I.R. Ces dispositions visent à préserver les déductions antérieures dans le calcul du PBR d'un bien par suite de l'application des paragraphes 80(9) à 80(11) L.I.R. dans certaines circonstances.

100 Par. 100(2) L.I.R.

La désignation est faite sur formulaire prescrit (T-2155) dans la déclaration de revenus de la personne pour l'année d'imposition qui comprend le moment de la disposition qui entraîne l'application du paragraphe 80.03(2) L.I.R.

Aux fins de l'article 80 L.I.R., lorsque la personne indique un tel montant, les règles suivantes s'appliquent :

- la personne est réputée avoir émis, au moment de la disposition, une créance commerciale qui est réglée immédiatement après ce moment;
- le montant désigné (dans la mesure du gain en capital réputé déterminé, par ailleurs, par l'effet du paragraphe 80.03(2) L.I.R.) est assimilé au montant remis immédiatement après le moment donné relativement à la créance commerciale réputée émise;
- la source relativement à laquelle la dette réputée a été émise correspond à toute entreprise que la personne exploitait à la fin de l'année;
- lorsque la personne n'exploite pas d'entreprise à la fin de l'année, elle est réputée exploiter activement une entreprise à la fin de l'année et la source à l'égard de laquelle la créance réputée a été émise est réputée être l'entreprise que la personne est ainsi réputée exploiter.

Finalement, le paragraphe 80.03(8) L.I.R. prévoit que le gain en capital réalisé par un individu en vertu du paragraphe 80.03(2) L.I.R. sur un autre bien, par suite de la disposition d'un bien qui se qualifie de bien agricole admissible ou comme une action admissible de petite entreprise, est réputé provenir de la disposition d'une action admissible de petite entreprise ou d'un bien agricole admissible aux fins d'application de l'article 110.6 L.I.R.

7. MÉCANISME DE RÉSERVES

7.1. PARTICULIER

Le particulier, à l'exception d'une fiducie, résidant au Canada, pourra profiter d'un allégement fiscal à la suite de l'utilisation d'un mécanisme de réserve[101].

Le fonctionnement de la réserve est simple. En effet, le législateur a conçu un mécanisme prévoyant une déduction dans une année et une

[101] Art. 56.2 et 61.2 L.I.R.

inclusion au revenu pour l'année suivante. Le montant maximum déductible en vertu de l'article 61.2 L.I.R. est calculé selon la formule suivante :

A + B – 0,2 (C – 40 000 $)

OÙ :

- A représente le total du montant inclus en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. pour l'année, incluant la part du revenu d'une société de personnes attribuable au paragraphe 80(13) L.I.R. pour l'exercice qui prend fin dans l'année, moins le total des montants déduits par l'effet de l'alinéa 80(15)a) L.I.R.;

- B représente le montant inclus en application de l'article 56.2 L.I.R. dans le calcul du revenu du particulier pour l'année;

- C représente le plus élevé de 40 000 $ et du revenu du particulier pour l'année.

De façon générale, le montant minimum à inclure au revenu chaque année sera égal à 20 % du montant pour lequel le revenu du particulier excède 40 000 $. Le montant déduit en application de l'article 61.2 L.I.R. dans le calcul du revenu du particulier pour une année d'imposition est rajouté en vertu de l'article 56.2 L.I.R. dans le calcul du revenu du particulier pour l'année suivante. Par conséquent, le montant ajouté au revenu du particulier par l'effet de l'article 80 L.I.R. est en fait reporté aux années d'imposition au cours desquelles le revenu de ce dernier lui permettra d'inclure le total du montant imposable en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R.

Il est intéressant de noter qu'une réserve peut être réclamée, en vertu de l'article 61.2 L.I.R., pour l'année du décès et qu'il n'y a pas lieu d'ajouter cette réserve dans le calcul du revenu de la succession ou des bénéficiaires du décédé[102]. De plus, un règlement de dettes effectué dans les six mois après le décès du contribuable est réputé avoir été réglé au début du jour du décès en vertu de l'alinéa 80(2)q) L.I.R. Ces particularités de la loi peuvent donc, dans certaines circonstances, représenter des éléments de planification intéressants. En outre, l'ajout d'une provision pour un particulier en vertu de l'article 56.2 L.I.R. ne s'applique à aucune année d'imposition au cours de laquelle le particulier est un failli.

---

[102] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 6, interprétation technique 9500440, 16 janvier 1995.

7.2. LES SOCIÉTÉS ET LES FIDUCIES

Les sociétés, les fiducies qui résident au Canada ainsi que les personnes non résidentes qui exploitaient une entreprise par l'entremise d'une place fixe d'affaires au Canada, peuvent étaler l'ajout du montant à inclure au revenu sur une période de cinq ans[103]. Plus précisément, pour l'année d'imposition où un montant est ajouté au revenu en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R., un montant représentant au plus quatre cinquièmes du montant ainsi ajouté peut être déduit en vertu de l'article 61.4 L.I.R. dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année. Le montant déduit par un contribuable en vertu de l'article 61.4 L.I.R. pour une année d'imposition est rajouté en vertu de l'article 56.3 L.I.R. dans le calcul du revenu de l'année subséquente. Pour l'année suivante, le contribuable peut déduire au plus trois cinquièmes du montant initial ajouté à son revenu jusqu'à concurrence de l'excédent de ce montant initial sur le montant déduit en vertu de l'article 61.4 L.I.R. pour l'année précédente. Pour les deux années suivantes, le contribuable peut déduire au plus les deux cinquièmes et le un cinquième respectivement du montant initial ajouté à son revenu, sous réserve de la même limite décrite précédemment.

L'article 61.4 L.I.R. est structuré de manière à tenir compte des dettes réglées au cours de différentes années d'imposition du contribuable.

8. DÉDUCTION POUR INSOLVABILITÉ

Le législateur a pris en considération le fait que l'application du paragraphe 80(13) L.I.R. pourrait avoir comme conséquence de mener à l'insolvabilité pour les sociétés. Une déduction pour insolvabilité[104] a donc été prévue pour une société résidant au Canada pendant toute l'année d'imposition et qui n'est pas exonérée de l'impôt en vertu de la Partie I L.I.R. sur son revenu imposable. Le montant à déduire est égal au moins élevé de deux montants : le premier montant étant le total des montants ajoutés dans le calcul du revenu par l'effet du paragraphe 80(13) L.I.R. moins toute déduction relativement à ce total en vertu de la déduction pour associés de société de personnes prévue à l'alinéa 80(15)a) L.I.R.; le deuxième montant est le résultat de la formule suivante :

A - 2 (B - C - D - E)

---

[103] Art. 56.3 et 61.4 L.I.R.

[104] Art. 61.3 L.I.R.

OÙ

- A représente le montant remis net déterminé (soit l'équivalent du premier montant);

- B est égal au total de la JVM des actifs de la société à la fin de l'année, des montants payés par la société avant la fin de l'année au titre de l'impôt fédéral et provincial pour l'année, des montants payés par la société au cours de la période de 12 mois précédant la fin de l'année à une personne avec qui elle a un lien de dépendance[105];

- C correspond au passif de la société à la fin de l'année sans tenir compte de son assujettissement à l'impôt;

- D représente le principal total de toutes les actions privilégiées de renflouement émises par la société à la fin de l'année, déterminé en vertu du paragraphe 80(1) L.I.R.;

- E représente l'excédent éventuel du revenu de la société pour l'année (déterminé compte non tenu des articles 61.3 et 61.4 L.I.R.) sur le montant net remis déterminé (soit l'équivalent du premier montant).

Voyons ensemble un exemple illustrant le fonctionnement au niveau pratique de cette réserve. La société Endettée ltée, à la fin de l'année d'imposition 2003, à la suite d'une remise de dettes, a un montant remis net de 200 000 $ et un actif évalué à 140 000 $, un passif déterminé, sans tenir compte de l'impôt payable pour l'année de 121 000 $. Le revenu de cette société pour l'année, déterminé compte non tenu des articles 61.3 et 61.4 L.I.R., est de 205 000 $ et le paiement au titre de l'impôt déterminé payé pour l'année est nul ainsi que les montants payés par la société au cours de la période de 12 mois précédant la fin de l'année à une personne avec qui elle a un lien de dépendance pour dividendes, réduction du capital versé de son capital-actions, etc. La déduction permise pour Endettée ltée, en vertu de cette disposition, sera donc de 172 000 $, soit le moins élevé de 200 000 $ représentant le montant remis net et le résultat du calcul de la formule

---

105 Soit à titre de dividendes (sauf un dividende en actions), soit lors de la réduction du capital versé, soit lors du rachat, de l'annulation ou de l'acquisition de ses actions, soit, enfin, à titre de distribution ou d'attribution effectuée de quelque façon que ce soit aux actionnaires, dans la mesure où il n'est pas raisonnable de considérer que ces montants payés aient entraîné une réduction du passif de la société.

A – 2 (B - C - D - E) mentionnée ci-dessus : [200 000 $ - 2 (140 000 $ - 121 000 $ - 0 $ - (205 000 $ - 200 000 $)] = 172 000 $.

Nous pouvons conclure que la formule a pour objectif d'assurer que l'inclusion au revenu n'excède pas le double de l'actif net de la société. De façon simple, l'actif net est calculé en fonction de la JVM des actifs de la société moins le passif, tel qu'il est présenté aux états financiers, selon les principes comptables généralement reconnus (PCGR), sans tenir compte du passif fiscal pour l'année et ultérieurement rattaché à certains actifs, advenant le cas d'une disposition.

La loi prévoit une déduction analogue à celle susmentionnée pour une société non résidente[106].

Le montant demandé à titre de déduction selon l'article 61.3 L.I.R. viendra réduire également le solde non déduit des dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental (RS & DE)[107]. La déduction pour insolvabilité ne sera pas permise si un bien a été transféré ou qu'une dette a été contractée au cours de la période de 12 mois précédant la fin de l'année et que l'un des motifs du transfert ou de la dette consistait à augmenter le montant que la société aurait le droit de déduire en vertu de l'article 61.3 L.I.R.[108]

Finalement, il est important de mentionner que si un particulier utilise la provision prévue à l'article 61.2 L.I.R. ou qu'une société insolvable déduit un montant selon l'article 61.3 L.I.R., et qu'ils n'ont pas réduit au maximum leurs attributs fiscaux, le paragraphe 80(16) L.I.R. permet au ministre de réduire ces soldes fiscaux dans la mesure maximale permise en vertu des paragraphes 80(5) à 80(11) L.I.R. Par ailleurs, on peut noter qu'un choix en vertu de l'article 80.04 L.I.R., qui aurait pour but de profiter d'une déduction en vertu de l'article 61.3 L.I.R. au niveau du cessionnaire, n'est pas possible en vertu de l'alinéa 80.04(4)j) L.I.R.

9. PARTICULARITÉS APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Le paragraphe 80(15) L.I.R. a pour objet de procurer un allégement aux associés d'une société de personnes, sachant que ces derniers peuvent très

---

106 Par. 61.3(2) L.I.R.

107 Al. 37(1)f.1) L.I.R.

108 Par. 61.3(3) L.I.R.

bien disposer de montants reportés inutilisés au titre de pertes et de comptes de frais relatifs à des ressources qui sont attribuables aux activités de celle-ci. La remise d'une dette qui est réputée incomber à un associé est prise en compte de la même manière qu'un montant remis relativement à une dette émise par un débiteur.

Comme une illustration vaut mille mots, voici la situation de ABC & Associés. Cette firme de consultants professionnels est détenue par trois associés, MM. A, B et C, qui ne sont pas liés. Cette société de personnes possède les attributs fiscaux suivants : une FNACC provenant de biens amortissables de l'ordre de 500 000 $. Selon une entente avec les créanciers, la société a réglé la dette totale de 3 M$ pour la somme de 1,2 M$. Les PBR des participations des associés sont : pour M. A (150 000 $), pour M. B (600 000 $) et, finalement, pour M. C (400 000 $). Les conséquences fiscales pour la société de personnes et ses associés sont les suivantes :

Calcul pour la société de personnes

Remise de la dette de ABC & Associés (3 M$ - 1 M$)	1,8 M$
Réduction de la FNACC	(600 000)
Solde du montant remis non appliqué	1,2 M$
Inclusion au revenu de la société de personnes (100 %)	1,2 M$

Calcul pour chaque associé

A priori, chaque associé devra inclure 400 000 $ dans le calcul de son revenu.

Chacun des associés aura droit à une déduction dans le calcul de son revenu personnel de 400 000 $ par suite de l'application du paragraphe 80(15) L.I.R. Ainsi, chaque associé sera considéré avoir fait l'objet d'une remise de dettes de 400 000 $ et l'article 80 L.I.R. s'appliquera à chacun des associés.

Si les trois associés n'ont pas d'attributs fiscaux autres que le PBR de leur participation dans la société de personnes, les conséquences fiscales du gain sur règlement de dettes pour ces derniers sont les suivantes :

- le PBR de la participation de M. A dans la société de personnes sera réduit à zéro en vertu du paragraphe 80(9) L.I.R. avec une inclusion au revenu de 187 500 $[109];

- le PBR de la participation de M. B dans la société de personnes sera réduit à 200 000 $[110];

- le PBR de la participation de M. C dans la société de personnes sera réduit à zéro.

Selon l'ADRC[111], aux fins d'application du paragraphe 80(15) L.I.R., le revenu découlant de l'application du paragraphe 80(13) L.I.R. est considéré provenir d'une source distincte de la société de personnes. Par conséquent, les règles de fraction à risque concernant les sociétés en commandite (voir les paragraphes 96(2.1) et 96(2.2) L.I.R.) ne s'appliquent pas pour limiter la déduction en vertu du paragraphe 80(15) L.I.R.

Il est à noter que l'alinéa k) de la description de l'élément B de la définition de « montant remis », selon le paragraphe 80(1) L.I.R., prévoit une déduction à l'égard de certaines dettes de sociétés de personnes telle la dette payable à un associé actif. Lorsque le règlement de dettes est en relation avec une restructuration de l'entreprise, incluant la vente de la participation de l'associé qui prend une part active de façon régulière, continue et importante aux activités de l'entreprise de la société de personnes, le moment où la créance est réglée ou éteinte influencera l'application des dispositions fiscales prévues à l'article 80 L.I.R. À cet effet, l'ADRC a indiqué[112] son incapacité à trouver dans la jurisprudence fiscale actuelle des précisions pertinentes quant au moment où la dette est considérée comme réglée ou éteinte. Ainsi, dans ce genre de situation, l'ADRC est d'avis que la dette ne saurait être réglée ou éteinte à un moment où le prêteur (associé actif de la société de personnes) était activement engagé sur une base régulière et continue dans les activités de la société de personnes. Par conséquent,

---

[109] L'inclusion au revenu de 187 500 $ correspond à ¾ multiplié par (400 000 $ - 150 000 $).

[110] La réduction du PBR de participation réduit à 200 000 $ correspond à 600 000 $ (initial) - 400 000 $.

[111] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9830237, 30 novembre 1998.

[112] *Id.*, interprétation technique 9530615, 20 février 1996.

l'alinéa k) de l'élément B de la définition de « montant remis » au paragraphe 80(1) L.I.R. ne pourrait s'appliquer pour cette situation.

Dans le cas d'une structure où une société de personnes est un associé d'une deuxième société de personnes, l'associé de la première société de personnes à un moment quelconque n'est pas réputé, selon l'opinion de l'ADRC[113], être un associé de la deuxième société de personnes à ce moment. En conséquence, l'alinéa k) de l'élément B de la définition de « montant remis » ne s'appliquera pas pour un prêt d'un membre actif de la première société de personnes effectué en faveur de la deuxième société de personnes. Les paragraphes 80.04(14) et 125(6.1) L.I.R. font la présomption (pour les structures à deux paliers de sociétés de personnes) qu'un associé de la première société de personnes est un associé de la seconde société de personnes pour des dispositions spécifiques de la loi. Toutefois, il n'est pas prévu que cette présomption puisse s'appliquer à la définition de « montant remis » à l'article 80 L.I.R.

En vertu de l'alinéa 80(2)n) L.I.R., la créance commerciale émise par un débiteur et réglée à un moment où celui-ci est l'associé d'une société de personnes est considérée comme émise par la société de personnes et non par le débiteur, dans le cas où elle était considérée, immédiatement avant ce moment, selon les termes d'une convention, comme une dette dont la société de personnes était débitrice.

Dans le calcul du revenu d'un associé d'une société de personnes, le paragraphe 96(3) L.I.R. permet qu'un seul des associés exerce un choix fiscal lorsque cet associé agit au nom de tous les autres associés de la société de personnes. Dans ce cas, le choix fait par cet associé est réputé valide pour tous les autres associés et la société de personnes. Les modalités[114] du paragraphe 96(3) L.I.R. s'appliquent pour les dispositions suivantes concernant l'article 80 L.I.R. : les paragraphes 80(5), 80(9), 80(10) et 80(11) et l'article 80.04 L.I.R.

---

[113] *Id.*, interprétation technique 9528105, 19 janvier 1996.

[114] Le paragraphe 96(3) L.I.R. s'applique aux paragraphes 13(4), 13(16) et 14(6), à l'article 15.2, aux paragraphes 20(9) et 21(1) à 21(4), à l'article 22, au paragraphe 29(1), à l'article 34, à la division 37(8)a)(ii)(B), aux paragraphes 44(1) et 44(6), 50(1), 80(5), 80(9), 80(10) et 80(11), à l'article 80.04 et aux paragraphes 86.1(2), 97(2), 139.1(16) et 139.1(17) et 249.1(4) et 249.1(6) L.I.R.

Dans un autre ordre d'idées, mentionnons que l'ADRC a précisé, au cours d'une récente interprétation technique[115], que lorsqu'une fraction du coût d'une participation dans une société de personnes est composée d'un apport fait à la société sous la forme de l'émission d'un billet payable à demande, et que la partie de ce billet qui n'a pas encore été versée à la société fait l'objet d'une remise de dettes, alors le montant remis (lequel inclut à la fois le montant de capital et les intérêts) viendra réduire la perte en capital qui pourra être réclamée par le contribuable à la suite de la disposition de sa participation dans la société de personnes.

10. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION POUR UN PARTICULIER

Une simple illustration d'un prêt à des membres de la famille peut amener des discussions intéressantes au sujet de l'application de l'article 80 L.I.R.

M. Généreux (associé d'une firme comptable) décide de prêter, sans intérêt, 250 000 $ à chacun de ses deux fils, Gabriel et Olivier. Gabriel, un dépensier de la pire espèce, a utilisé l'argent pour ses « folles » dépenses personnelles alors que Olivier, un gratte-sou (certes, un futur requin de la finance!), a investi cet argent dans une micro-brasserie bien connue, « La Charleboise », une entreprise florissante. M. Généreux décide d'annuler ses créances. Les règles concernant les règlements de dette ne seront applicables qu'à Olivier. En effet, pour Olivier, la créance se qualifie de dette commerciale puisque, si des intérêts avaient été payés à M. Généreux, ceux-ci auraient été déductibles dans le calcul du revenu de Olivier. L'article 80 L.I.R. ne trouve pas application pour la créance de Gabriel, car elle ne se qualifie pas de dette commerciale. Afin d'éviter l'application des règles sur remises de dettes pour Olivier, M. Généreux pourrait prévoir que cette dette sera éteinte par testament en vertu de l'alinéa 80(2)a) L.I.R.

Supposons que M. Généreux fait ultérieurement des dons importants de l'ordre de 250 000 $ à chacun de ses fils, par exemple en janvier 2003, et que Olivier décide de rembourser son père pour sa créance envers ce dernier avec l'argent obtenu du don. Dans ce cas, le Ministère est d'avis[116] que le paiement de la dette avec l'argent reçu du don du père, qui a pour seul objet de repayer l'obligation (dette commerciale), entraînerait l'application de l'article 80 L.I.R. Par contre, si le fils repaie la dette envers son père par des

---

[115] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0067075, 2 février 2001.

[116] *Id.*, interprétation technique 9704365, 4 avril 1997.

fonds économisés provenant de plusieurs dons faits par M. Généreux depuis des années, le Ministère n'appliquerait pas l'article 80 L.I.R. Nous pouvons donc conclure que, selon l'ADRC, c'est une question de faits, à savoir si l'article 80 L.I.R. s'applique ou non dans certaines situations.

11. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION AU NIVEAU D'UNE SOCIÉTÉ

11.1. EFFECTUER UN DÉLAISSEMENT VOLONTAIRE DES BIENS EN FAVEUR DU CRÉANCIER DE FAÇON À ENGENDRER L'APPLICATION DE L'ARTICLE 79 L.I.R.

En certaines circonstances, il pourrait s'avérer plus avantageux pour un débiteur de procéder à un délaissement volontaire en faveur d'un créancier, plutôt que de bénéficier d'une remise de dettes. En effet, les conséquences fiscales de ces deux dernières opérations pourront être fort différentes puisque, dans le cas de délaissement volontaire, ce sont les dispositions de l'article 79 L.I.R. qui devront recevoir application, alors que les cas de remise de dettes seront plutôt soumis aux dispositions prévues à l'article 80 L.I.R. D'ailleurs, l'exemple suivant nous permettra de bien illustrer ce principe.

11.1.1. Exemples d'application

Détention d'une filiale

Une compagnie opérante (ci-après « Opco ») détient la totalité des actions de Filialeco. Le PBR des actions est de 2 M$ et leur JVM est évaluée à 1,5 M$. Opco a financé l'acquisition des actions de sa filiale au moyen d'un emprunt de 2 M$ et possède également un solde de PAC inutilisé de 1,5 M$.

En cas de délaissement volontaire des actions de Filialeco en faveur du créancier, ce sont les dispositions prévues à l'article 79 L.I.R. qui devront recevoir application. Ce faisant, il y aura disposition du placement pour un montant de 2 M$ ce qui n'engendrera aucun gain ou aucune perte pour Opco. De plus, cette dernière société conservera la totalité de ses PAC.

Dans les cas où il y aurait plutôt application des règles de remise de dettes prévues à l'article 80 L.I.R., la disposition des actions de Filialeco se ferait pour un montant égal à leur JVM, c'est-à-dire 1,5 M$, ce qui provoquerait la création d'une perte en capital de 500 000 $. Il y aurait

également une remise de dettes pour un montant de 500 000 $, ce qui engendrerait la réduction du solde des PAC disponibles du même montant[117]. Après réalisation de toutes ces transactions, Opco bénéficierait d'un solde de PAC de 1 M$ et d'un solde de pertes en capital de 500 000 $. On constate donc que les opérations auront eu pour effet de « transformer » une perte autre qu'en capital en perte en capital!

11.1.2. L'article 80 L.I.R. ne s'applique qu'aux dettes commerciales

Toutefois, il serait imprudent de conclure trop rapidement que l'application des dispositions de l'article 79 L.I.R. s'avère toujours l'option la plus judicieuse pour un contribuable canadien. En effet, il existe certaines situations où l'utilisation des règles prévues à l'article 80 L.I.R. permettront d'obtenir un fardeau fiscal moins onéreux.

D'ailleurs, l'exemple suivant, emprunté d'un texte de Manon Thivierge, nous permet de bien illustrer ce principe :

> « […] l'application de l'article 79 de la Loi n'est pas restreinte aux dettes commerciales, contrairement à ce qui est prévu à l'article 80 de la Loi. Par conséquent, un débiteur pourra être contraint d'inclure les intérêts courus dans son produit de disposition sans qu'il n'ait droit à une déduction correspondante dans le calcul de son revenu. Dans une telle situation, il pourrait être avantageux pour le débiteur d'obtenir une remise de dette de son créancier en ce qui concerne les intérêts courus avant la date du délaissement, de façon à ce que l'article 79 de la Loi ne s'applique qu'au principal de la créance[118]. »

---

[117] En vertu du paragraphe 80(3) L.I.R.

[118] Manon THIVIERGE, « Forclusion d'hypothèques et reprise de biens », dans *Congrès* 96, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 11:1-21, à la page 11:11.

11.2. PLANIFIER LA REMISE DE DETTES AFIN QU'ELLE SURVIENNE AU COURS D'UNE ANNÉE OÙ UNE PERTE D'EXPLOITATION EST ENREGISTRÉE, DANS LE BUT D'UTILISER LA DÉDUCTION POUR INSOLVABILITÉ ET AINSI CONSERVER LA TOTALITÉ DE LA PERTE D'EXPLOITATION

Comme nous l'avons précédemment mentionné au cours de ce texte[119], il existe, pour toute société ayant résidé au Canada tout au long de l'année et pour laquelle l'inclusion d'un montant en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. pourrait mener à l'insolvabilité, une déduction[120] qui permet à cette société de déduire un certain montant dans le calcul de son revenu. L'utilisation judicieuse de cette déduction pourrait s'avérer fort intéressante en certaines circonstances.

Par exemple, supposons que la société Perteco a réalisé, à la suite de la disposition de son unique élément d'actif, une perte d'entreprise évaluée à 500 000 $ au cours de son année d'imposition 2003. Présumons également qu'un gain sur règlement de dettes de 300 000 $ est également réalisé au cours de cette même période.

À la toute fin de son année d'imposition 2003, la société Perteco ne possède plus aucun élément d'actif et aucun autre attribut fiscal.

Puis, au cours de l'année d'imposition subséquente, on procède à la fusion entre la société Perteco et sa société mère.

a) Conséquences fiscales obtenues dans l'hypothèse où aucune déduction pour insolvabilité n'est demandée

La société Perteco sera dans l'obligation d'inclure dans ses revenus pour l'année d'imposition 2003 un montant de 150 000 $[121]. Ce faisant, l'utilisation d'une partie de la perte autre qu'en capital devrait être envisagée pour éviter un impôt immédiat payable sur le gain provenant du règlement de dettes. Après ces dernières opérations, le solde des PAC de Perteco s'élèverait à 350 000 $. Ce dernier attribut fiscal serait par la suite transféré à la société issue de la fusion en vertu du paragraphe 87(2.1) L.I.R.

---

119 *Supra*, section 8.

120 Cette déduction pour insolvabilité est prévue au paragraphe 61.3(1) L.I.R.

121 Ce montant est obtenu en multipliant le revenu provenant du règlement de dette, soit 300 000 $, par le taux d'inclusion, lequel est actuellement de 50 %.

b) Conséquences fiscales dans l'hypothèse où une déduction pour insolvabilité est demandée

Dans l'hypothèse où Perteco aurait réclamé, au cours de son année d'imposition 2003, une déduction pour insolvabilité de 150 000 $, aucune utilisation des PAC n'aurait été nécessaire pour éviter tout impôt payable sur le gain provenant du règlement de dettes. Ce faisant, le solde de PAC qui aurait pu être transféré à la société issue de la fusion aurait été de 500 000 $.

Cependant, il est important de noter qu'une telle planification n'aurait pas été possible si le règlement de dettes était intervenu au cours de l'année d'imposition 2004. En effet, contrairement à la perte d'exploitation, le solde des PAC des années antérieures est réduit d'une somme équivalant au montant remis.

Par conséquent, on constate qu'il peut être fort important de bien planifier le moment où une remise de dettes doit intervenir pour se retrouver dans une situation où l'on peut se prévaloir de la déduction pour insolvabilité.

11.3. L'UTILISATION DE LA RÈGLE DE 20 % DANS LE CAS DE REMISAGE DE DETTES

Dans la section 3.2.1. de ce texte, nous avons précisé que les règles relatives au règlement de dettes devaient être considérées dans les situations où une dette déterminée était remisée Or, en règle générale, nous sommes en présence d'une dette remisée lorsque le coût d'une créance entre les mains de son détenteur est inférieur à 80 % du principal de la dette. Ce faisant, un créancier peut donc bénéficier d'un escompte de 20 % lorsqu'il se porte acquéreur d'une dette, le tout sans que les dispositions de l'article 80 L.I.R. ne reçoivent application pour le débiteur.

Il pourrait donc s'avérer avantageux, lors de l'acquisition d'une créance, de scinder cette créance en deux dettes distinctes afin de minimiser les conséquences fiscales découlant de cette transaction. L'exemple suivant vise à illustrer cette situation.

Exemple :

Une institution financière est titulaire d'une créance de 500 000 $ à l'endroit de la société X. Une société liée à cette dernière société X souhaite acquérir cette dette pour un montant de 350 000 $.

Dans ces circonstances, les règles relatives au remisage de dettes devraient recevoir application puisque la créance est acquise par la société liée pour un montant inférieur à 80 % du principal de la dette (350 000 $ / 500 000 $ = 70 %). Par conséquent, il y aura un montant remis de 150 000 $.

Toutefois, avant de procéder à cette « transaction », la société X aurait pu refinancer sa dette de 500 000 $ auprès de l'institution financière. En effet, cette dette aurait pu être scindée en deux dettes distinctes, lesquelles auraient pu avoir des valeurs respectives de 430 000 $ et de 70 000 $. Ensuite, la société liée pourrait se porter acquéreur de ces créances pour des montants respectifs de 350 000 $ dans le cas de la première dette et pour une valeur nominale dans le cas de la seconde. Ce faisant, les règles relatives au remisage de dettes ne recevraient application qu'en relation avec la seconde dette de 70 000 $. Le montant remis serait donc réduit de 150 000 $ à 70 000 $.

11.4. PROCÉDER À L'ACQUISITION D'ACTIFS DANS L'ANNÉE D'IMPOSITION AU COURS DE LAQUELLE UN RÈGLEMENT DE DETTES DOIT INTERVENIR

Une autre idée de planification intéressante viserait à faire en sorte que le contribuable puisse faire l'acquisition d'actifs (sur lesquels le contribuable sera susceptible de réaliser un gain en capital lors de la disposition) avant le règlement de dettes, ce qui aurait comme conséquence, dans certaines situations, de réduire le coût en capital de biens qui pourront n'être disposés que plus tard au lieu qu'il y ait un montant à inclure au revenu en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. dans l'année où il y a règlement de dettes.

Évidemment, lors de la disposition ultérieure de ces biens, un gain en capital plus important sera réalisé par le contribuable. Cependant, en plus d'avoir réussi à différer l'impôt qui aurait dû être acquitté sur le gain provenant du règlement de dettes, la moitié du gain en capital qui sera créé par la vente des actifs viendra alors augmenter le compte de dividende en capital de la société et la partie du gain en capital qui est imposable donnera lieu à un impôt en main remboursable de 26,7 %, ce qui abaisse le taux d'impôt sur cette partie imposable à 25,4 % comparativement à un taux d'environ 33 %[122].

[122] C'est-à-dire le taux applicable au Québec en 2003.

Par exemple, une société qui prévoit bénéficier sous peu d'un règlement de dettes d'un montant de 250 000 $ pourrait procéder à l'acquisition d'obligations pour une somme de 250 000 $. Le coût de ces obligations serait donc « utilisé » afin d'éviter l'inclusion d'un montant remis dans le calcul du revenu de la société. Le PBR des obligations ayant été ramené à une valeur nulle, l'imposition sera donc différée jusqu'au moment de la disposition de ce placement.

En présumant que la société dispose de ces obligations en 2004, pour un montant de 250 000 $, le compte de dividende en capital de la société serait augmenté de 125 000 $. De plus, par le biais du mécanisme d'impôt en main remboursable, le taux d'impôt applicable à la portion imposable du gain en capital serait réduit de 31 % à 25,4 %. L'économie totale au niveau de la société et de ses actionnaires bénéficiant du règlement de dettes serait d'environ 47 000 $. Le tableau qui suit résume les différentes conséquences fiscales en fonction de chacune des hypothèses :

Conséquences fiscales lorsque le règlement de dettes intervient sans que la société ait procédé à l'acquisition d'obligations

Montant remis	250 000 $
Montant imposable (50 % du montant remis)	125 000
Impôt payable par la société (taux de 33 %)	(41 250)
Solde disponible dans la société pour distribution aux actionnaires	208 750
Impôt payable par les actionnaires (en supposant un taux de 32,8 %)	(68 470)
Montant net dont bénéficient les actionnaires	140 280 $

Conséquences fiscales lorsque le règlement de dettes intervient et que la société a procédé à l'acquisition d'obligations et réduit le coût de l'obligation du montant remis

Montant remis	250 000
Montant imposable (50 % du montant remis)	125 000
Impôt payable par la société (taux applicable de 52,08 %)	(65 100)
Net de la compagnie	184 900
Impôt en main remboursable au titre de dividendes (IMRTD) que la société récupère lorsqu'elle verse un dividende (26,67 % x 125 000 $)	33 337,50
Montant disponible dans la société pour distribution aux actionnaires	218 237,50
Impôt payable par les actionnaires (soit 218 237,50 $ - 125 000 (CDC) x 32,8 %)	30 581,90
Montant net dont bénéficient les actionnaires	187 655,60

On constate donc que cette planification permet à la fois de différer l'imposition du montant remis et de réduire l'impôt qui est payable si on envisage de remettre des sommes à un particulier qui est actionnaire de la société.

11.5. TRANSFERT DU FONDS DE COMMERCE À UNE FILIALE NOUVELLEMENT FORMÉE

Une société n'a plus aucun attribut fiscal à l'exception du coût fiscal de son inventaire et de ses comptes clients, lesquels sont évalués et ont un coût de 500 000 $. Au cours d'une année d'imposition, cette société bénéficie d'une remise de dettes de 250 000 $. Ce faisant, une somme de 125 000 $

(soit 250 000 $ x 50 %) devrait être incluse dans le calcul du revenu de la société.

Toutefois, la création d'une filiale et le transfert à celle-ci du fonds de commerce de l'entreprise (inventaire et comptes clients) pourrait être une planification envisagée en pareilles circonstances. Tout d'abord, il suffirait d'effectuer le transfert du fonds de commerce en faveur d'une filiale nouvellement créée. Ce transfert serait effectué sous la base d'un roulement prévu à l'article 85 L.I.R. et la somme convenue serait fixée à 500 000 $. En contrepartie, des actions ayant un PBR de 500 000 $ seraient émises en faveur de la société cédante. Puis, afin d'éviter toute inclusion au revenu en vertu des règles sur les règlements de dettes, il suffirait de procéder à une réduction du PBR des actions de la filiale pour un montant de 250 000 $[123].

Pour des commentaires reliés à l'application de la règle antiévitement dans une situation semblable, nous vous référons aux commentaires de Robert Parent dans un texte qu'il a récemment publié[124].

11.6. PLANIFIER LE MOMENT OÙ IL Y A REMISE DE DETTES LORSQU'UN CHANGEMENT DE CONTRÔLE EST ENVISAGÉ

Comme nous le démontrerons dans la présente section, il peut être fort important, lorsqu'un changement de contrôle est envisagé au sein d'une société, de bien planifier le moment où une remise de dettes doit intervenir.

Supposons qu'un particulier possède la totalité des actions d'une société (ci-après « société A ») et que ce dernier est également titulaire d'une créance à l'endroit de la société dont le PBR est de 3 M$ et la JVM est évaluée à 1,5 M$. La société A possède aussi un solde de PAC de 400 000 $, des biens amortissables ayant une JVM de 600 000 $, lesquels ont d'ailleurs un solde de FNACC de 200 000 $.

La société A détient également toutes les actions d'une autre société (Filialeco). Le PBR de ces actions est de 2 M$ et la JVM est évaluée à un montant de 500 000 $. Filialeco possède un solde de PAC de 1 M$.

Une tierce société souhaite procéder à l'acquisition de l'ensemble des actions émises par la société A pour une somme de 1 $, pour autant qu'un

---

[123] Cette réduction est effectuée en vertu des dispositions du paragraphe 80(11) L.I.R.

[124] R. PARENT, *loc. cit.*, note 46, 512 et suiv.

montant représentant 1,5 M$ de la créance détenue par le particulier soit radié.

1re hypothèse : Le particulier radie le solde de sa créance et vend ensuite ses actions à la tierce société

À la suite de la radiation de la créance détenue par le particulier, il y aura un montant remis de 1,5 M$ et les dispositions prévues à l'article 80 L.I.R. devront recevoir application. Par la suite, comme toutes les actions de la société A seront vendues, il y aura application des règles relatives au changement de contrôle. Une perte en capital de 1,5 M$[125] découlant d'une disposition présumée des actions de Filialeco sera donc engendrée. Notons que cette perte pourra être utilisée par la société dans le but de réduire le montant remis. Ce faisant, les conséquences fiscales découlant du règlement de dettes seront les suivantes :

• Réduction des PAC :	400 000 $
• Réduction de la FNACC des biens détenus par la société A :	200 000 $
• Réduction de la perte en capital de 1,5 M$ engendrée par le changement de contrôle :	900 000 $
TOTAL :	1,5 M$

Finalement, à la suite de toutes ces opérations, le solde de PAC de 1 M$ disponible au sein de Filialeco subsistera. En effet, comme la possibilité de transférer un montant à un cessionnaire admissible en vertu de l'article 80.04 L.I.R. n'est aucunement obligatoire, il nous sera possible d'utiliser la perte en capital créée lors du changement de contrôle afin « d'absorber » le montant remis. Pour ce faire, il est toutefois primordial que le changement de contrôle survienne au cours de la même année d'imposition que le règlement de dettes pour que la totalité de la perte autre qu'en capital de Filialeco puisse être épargnée.

[125] Ce montant représente la différence entre la valeur des actions de Filialeco et leur coût.

2e hypothèse : La société tierce acquiert les actions et la dette à leur JVM

En vertu du paragraphe 249(4) L.I.R., il y aurait, immédiatement avant le moment de l'acquisition des actions de la société A, une fin d'année réputée. Il y aurait également une disposition présumée des actions de Filialeco pour un montant égal à leur JVM. Ce faisant, une perte en capital de 1,5 M$ serait engendrée[126].

De plus, comme la créance du contribuable dans la société A aura été acquise par une personne qui contrôle la société pour un montant inférieur à 80 % de sa valeur nominale d'une personne non liée, les règles prévues à l'article 80 L.I.R. s'appliqueront. Ce faisant, il y aura un montant remis de 1,5 M$.

Les implications fiscales seront donc les suivantes :

- réduction de la PAC que possédait la société A avant le changement de contrôle. Le montant remis sera donc réduit de 400 000 $;

- réduction de la perte en capital réalisée avant l'acquisition de contrôle (notons ici que les restrictions prévues à l'alinéa 111(4)a) L.I.R. ne s'appliquent pas, étant donné la terminologie employée à la définition de « solde de pertes applicables » prévue au paragraphe 80(1) L.I.R.). Une partie de la perte en capital de 1,5 M$, soit la somme de 1 100 000 $, pourra donc être utilisée pour éliminer le gain provenant du règlement de dettes.

Ce faisant, aucun revenu ne devra être inclus par la société A.

À la suite de toutes ces opérations, la société A possédera toujours des biens ayant une FNACC de 200 000 $ et la société Filialeco conservera son solde de PAC de 1 M$.

On constate donc que la seconde hypothèse nous permet de réduire les implications fiscales en conservant la FNACC de 200 000 $.

---

126 En vertu des alinéas 111(4)c) et 111(4)d) L.I.R.

12. COMMENTAIRES SUR LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

Au cours d'une récente décision[127], la Cour d'appel fédérale (ci-après « C.A.F. ») a eu à se prononcer sur l'applicabilité de la règle générale antiévitement dans une situation où les règles relatives au remisage de dettes telles qu'elles existaient avant 1995 étaient applicables.

À l'instar de la Cour canadienne de l'impôt, la C.A.F. a conclu, étant donné que les dispositions de l'article 80 L.I.R. n'étaient pas applicables en l'espèce, qu'aucun abus de cet article ne pouvait avoir été fait. Ce faisant, la règle générale antiévitement était inapplicable. Même si le cas de remisage de dettes dans des situations particulières est visé par l'actuel article 80 L.I.R., il reste néanmoins que sur la base de cette cause, si une transaction est structurée de façon à ce que les règles de l'article 80 L.I.R. ne s'appliquent pas, alors les autorités fiscales auraient probablement de la difficulté à prétendre que l'article 245 L.I.R. doit recevoir application.

Par ailleurs, lors d'une interprétation technique rendue au cours de l'année 1995[128], l'ADRC était appelée à se prononcer sur l'applicabilité de la disposition générale antiévitement dans une situation où une compagnie canadienne était endettée à l'endroit de sa société mère américaine. Plutôt que de convertir la dette qui affligeait la société canadienne en actions, ce qui aurait entraîné l'application de l'article 80 L.I.R., il fut convenu que la société mère investirait, en échange d'actions du trésor de sa filiale, un nouveau montant de capital dans la société canadienne. Par la suite, le montant investi était remis par la société canadienne à sa société mère américaine à titre de paiement de la dette. Ce paiement provoquait donc l'extinction de la dette et permettait d'annuler la créance sans provoquer l'application des dispositions prévues à l'article 80 L.I.R. Selon le Ministère, cette transaction pouvait être qualifiée de transaction d'évitement et était, par le fait même, assujettie à l'application de la disposition générale antiévitement.

Toutefois, il a été mentionné, au cours d'une interprétation technique ultérieure[129], qu'étant donné qu'il n'était pas de l'essence d'une interprétation technique de se prononcer sur l'application de la règle générale

---

[127] *La Reine* c. *Jabin Investments Ltd.*, 2003 D.T.C. 5027 (C.A.F.).

[128] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9518785, 31 octobre 1995.

[129] *Id.*, interprétation technique 2002-0141005, 9 septembre 2002.

antiévitement puisque, en pareilles circonstances, tous les faits en cause se devaient d'être analysés, que l'interprétation technique selon laquelle la règle générale antiévitement était applicable lorsque la société mère était non résidente devait être retirée.

Ce faisant, on constate donc qu'il sera passablement difficile, à l'avenir, d'obtenir l'opinion de l'ADRC afin de déterminer si la disposition générale antiévitement est applicable dans une situation particulière.

CONCLUSION

Les principes de base de l'article 80 L.I.R. et des dispositions qui lui sont liées sont relativement simples. Toutefois, la législation en vigueur des règles fiscales sur remise de dettes est complexe, particulièrement dans le cas où une société de personnes est impliquée, compte tenu qu'elle tient compte des structures de la loi actuelle et de l'approche consolidée qu'elle a retenue dans plusieurs situations. De plus, ses règles d'application sont hybrides en ce sens que certaines dispositions de l'article 80 L.I.R. sont d'application rigide et d'autres dispositions sont d'application discrétionnaire. Ainsi, dans bien des cas, il pourra être ardu de déterminer les effets de l'article 80 L.I.R. et, conséquemment, de déterminer les choix appropriés. Par contre, il pourrait être intéressant de vouloir appliquer les dispositions de l'article 80 L.I.R. à un gain sur règlement de dettes plutôt que les autres dispositions de la loi, si le traitement fiscal accordé au gain est plus avantageux.

En matière de règlement de dettes, plusieurs scénarios de planification peuvent être envisagés. Seule une étude approfondie peut nous permettre de déterminer l'avenue la plus avantageuse.

TAXES ET CHARGES AU-DELÀ DE L'IMPÔT SUR LE REVENU

Guylaine Dallaire
CA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton

TABLE DES MATIÈRES

1. AU-DELÀ DE L'IMPÔT, QUE RESTE-T-IL? 26:3

1.1. FAILLITE 26:3
1.2. PROPOSITION CONCORDATAIRE 26:4
1.3. SÉQUESTRE 26:4
1.4. CTI/RTI À RECEVOIR 26:4

2. CHOIX DE L'ARTICLE 167 DE LA *LOI SUR LA TAXE D'ACCISE* ET DE L'ARTICLE 75 DE LA *LOI SUR LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC* 26:4

3. DOUANES 26:6

4. CAUTION DE REMBOURSEMENT 26:7

5. HYPOTHÈQUE LÉGALE 26:7

6. VENTE EN JUSTICE 26:7

Cette conférence a pour but de sensibiliser les intervenants aux diverses règles fiscales applicables en matière d'insolvabilité et d'entreprises en difficulté financière, et également de discuter des problèmes potentiels que nous pouvons retrouver dans un tel contexte. Nous n'avons pas voulu traiter des dispositions législatives qui sont particulièrement complexes dans ce domaine, mais bien de discuter davantage de cas vécus par des entreprises en difficulté financière, des solutions qui ont été apportées et des économies qui ont pu être réalisées. Le présent texte sera donc présenté sous une forme succincte, ce qui, croyons-nous, reflète très bien l'esprit de la conférence.

1. AU-DELÀ DE L'IMPÔT, QUE RESTE-T-IL?

Évidemment, l'une des charges les plus courantes, mis à part l'impôt sur le revenu, consiste en les taxes à la consommation. D'ailleurs, il faut noter que plusieurs particularités et problématiques trouvent application en matière de faillite, séquestre, proposition concordataire, règles de saisie, etc. en regard des taxes à la consommation. Comme autres charges, nous retrouvons également les droits de douane, les cotisations en matière de santé et sécurité au travail, les droits et taxes d'accise (assurance, transport aérien, cosmétiques, bijoux), les autres taxes du Québec (primes d'assurance, pari mutuel, hébergement, pneus neufs, etc.) et enfin, les retenues à la source (Régie des rentes du Québec et assurance-emploi). Comme mentionné, nous traiterons davantage de taxes à la consommation, mais avant de vous entretenir de divers cas que nous avons vécus, nous jugeons nécessaire que certains concepts importants soient brièvement abordés.

1.1. FAILLITE

Comme nous l'avons indiqué en introduction, le but du présent texte n'est pas d'analyser toutes les règles applicables en matière de faillite et de taxes à la consommation. Cependant, il est important de noter qu'en matière de faillite :

- Le syndic de faillite constitue le mandataire du failli.

- Les créanciers peuvent réclamer la TPS et la TVQ sur la portion considérée comme constituant une mauvaise créance.

- La position des autorités fiscales veut qu'elles peuvent émettre une cotisation de TPS et de TVQ équivalente aux crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») et aux remboursements de taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») réclamés sur les comptes impayés.

- L'Agence des douanes et du revenu du Canada et le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») peuvent opérer compensation de cette cotisation à l'encontre de remboursements d'impôts ou de crédits.

1.2. PROPOSITION CONCORDATAIRE

En matière de proposition concordataire, il faut garder à l'esprit que la loi ne prévoit aucune fin de période de déclaration, mais que par politique administrative, les autorités considèrent qu'il y a fin de la période de déclaration au moment du dépôt de l'avis d'intention. De plus, la position des autorités fiscales veut qu'elles peuvent émettre une cotisation de TPS et de TVQ équivalente aux CTI et RTI réclamés sur les comptes impayés.

1.3. SÉQUESTRE

Aux fins des taxes à la consommation, un séquestre est considéré comme le mandataire de l'entreprise. La loi ne prévoit aucun changement au niveau de la période de déclaration.

1.4. CTI/RTI À RECEVOIR

La *Loi sur la gestion des finances publiques*[1] contient une disposition stipulant que des CTI et des RTI constituent des actifs incessibles.

À la lumière de ces concepts, nous allons maintenant passer en revue quelques situations vécues en ce qui concerne des entreprises en difficulté financière.

2. CHOIX DE L'ARTICLE 167 DE LA *LOI SUR LA TAXE D'ACCISE* ET DE L'ARTICLE 75 DE LA *LOI SUR LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC*

En matière de vente d'entreprise, d'autres points particuliers doivent être considérés en ce qui concerne le choix de l'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*[2] et de l'article 75 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[3]. Ce choix permet, comme mentionné, de ne pas assujettir aux taxes une vente d'entreprise. Ce choix doit être produit par l'acquéreur et trouve application si certaines conditions sont remplies. La loi prévoit deux tests qui doivent

---

1 L.R.C. (1985), c. F-11.

2 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

3 L.R.Q., c. T-01 et mod.

être respectés. Le premier veut que le fournisseur doive vendre tout ou partie d'une entreprise qu'il a établie ou exploitée ou qu'il a acquise d'une autre personne qui l'a établie ou exploitée. À cet égard, le problème que l'on retrouve fréquemment concerne la notion de « partie d'entreprise ». En effet, une partie d'entreprise se définit comme une entité administrative distincte et organisée comme une activité autonome. Plusieurs éléments doivent être considérés : le lieu où est exploitée la partie d'entreprise, l'achalandage, la tenue de livres et de registres distincts. Les actifs de la partie d'entreprise doivent également être distincts. Une division d'entreprise pourrait être un exemple d'une partie d'entreprise.

Le second test stipule que l'acquéreur doit acquérir la possession, la propriété ou l'utilisation de la totalité ou presque (plus de 90 %) des biens nécessaires à l'exploitation d'une entreprise. La problématique dans un tel contexte est que bien souvent, certains actifs ne sont pas transférés ni même loués, par exemple un immeuble. D'ailleurs, en matière de faillite, il faut noter que le bail prend fin et ne peut, par conséquent, être transféré.

Prenons par exemple une vente d'entreprise pour laquelle tous les actifs transférés ont une valeur de 200 000 $. Cependant, l'immeuble, d'une valeur de 100 000 $, n'est pas transféré. Toutefois, l'acquéreur acquiert un autre immeuble pour exploiter son entreprise d'une valeur de 50 000 $. Selon le test de « la totalité ou presque », le résultat est que l'acquéreur acquiert seulement 80 % des biens nécessaires à l'exploitation d'une entreprise (200 000 $/ 200 000 $ + 50 000 $). Par conséquent, le choix ne pourrait être produit puisqu'il faut inclure au dénominateur la valeur d'un bail avec un tiers ou la partie de la juste valeur marchande de l'immeuble de l'acquéreur, dans notre exemple 50 000 $. Ce point doit donc faire l'objet d'une attention particulière.

Un autre problème fréquemment rencontré concerne la production tardive du choix. Cependant, la politique du MRQ à cet égard est plutôt flexible et généralement, si les conditions sont satisfaites, celui-ci accepte la production tardive dudit choix.

Une autre situation que nous rencontrons à l'occasion est lorsque deux vendeurs et deux acheteurs sont impliqués dans une transaction de vente d'entreprise. En effet, le problème qui peut se poser est que l'entreprise A, par exemple, vend l'immeuble et l'entreprise B, les autres actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Dans un tel cas, les conséquences seront que les conditions ne sont pas respectées au niveau du test et le choix ne peut être effectué avec l'entreprise B.

Lorsque la transaction implique un vendeur et deux acheteurs, les conditions du choix ne seront pas remplies puisque les acquéreurs ne peuvent acquérir la totalité ou presque des biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise.

Enfin, si le choix n'est pas disponible parce que les conditions ne sont pas respectées, l'acquéreur devra financer le paiement des taxes pour l'achat de l'entreprise ce qui peut, dans certaines circonstances, s'avérer un réel casse-tête. À cet effet, il faut savoir qu'il est possible de planifier un mécanisme de compensation ou de remboursement rapide obtenu dans un délai de 21 jours. Un arrangement doit toutefois être fait au préalable avec les autorités fiscales. Certes les taxes devront être déboursées, mais le délai de remboursement est beaucoup plus court que si la procédure normale de remboursement avait été utilisée.

3. DOUANES

Au niveau des douanes, voici un cas que nous avons traité et en vertu duquel des économies importantes ont été réalisées. Une entreprise a acheté des actifs (ci-après « A ») en Europe qui ont une valeur marchande très importante. Les actifs A sont importés temporairement au Canada et par la suite aux États-Unis. Les actifs A ont rejoint les actifs canadiens (ci-après « B ») qui avaient été importés temporairement aux États-Unis. Des difficultés financières ont surgi au sein de l'entreprise et les actifs A et B ont donc été rapatriés au Canada. Si aucune intervention n'avait été faite, des droits de douane (au pourcentage élevé) auraient été imposés sur les actifs A.

Les actifs B ont été rapatriés sous un code « marchandises retournées », ce qui implique une importation en franchise de douane et de TPS. Les actifs A sont demeurés en entrepôt des douanes faute d'argent pour les rapatrier. Cependant, cette procédure a fait en sorte qu'un code tarifaire permettant une exemption de douane (pour les actifs A et B pris ensemble) ne pouvait plus trouver application en raison du fait qu'une partie des actifs B avait été rapatriée sous le code « marchandises retournées ». Cette exemption prévoit que les actifs A et B doivent être importés ensemble et sous un seul et même code spécifique.

Les autorités donnent 90 jours à une entreprise pour amender la déclaration douanière. L'amendement a été effectué et a permis d'enregistrer tous les actifs A et B sous le code tarifaire permettant l'exemption de taxes. Cependant, la TPS a dû être déboursée sur les actifs A et B, mais elle a pu être récupérée par la suite.

4. CAUTION DE REMBOURSEMENT

Dans ce dossier, une soumission, concernant des travaux à effectuer sur des ouvrages, avait été faite par un fournisseur à un acquéreur. À la suite des discussions, le fournisseur a accepté de réduire le montant de la soumission à la condition que l'acquéreur lui verse une avance. Celui-ci a accepté de verser l'avance, mais a exigé la remise d'un cautionnement de remboursement d'avance. La compagnie d'assurances a émis le cautionnement et l'acquéreur a versé un montant d'avance au fournisseur (taxes incluses). L'acquéreur a réclamé des CTI/RTI, donc le débours net représente une somme moindre. Les travaux ont été interrompus et le contrat a été résilié par l'acquéreur. Ce dernier a demandé le remboursement du paiement d'avance effectué au fournisseur. Le fournisseur a fait faillite. L'acquéreur a exigé la caution de la compagnie d'assurances, le montant lui a été versé. Cependant, l'acquéreur avait en vérité déboursé un montant moindre puisqu'il avait eu droit à des CTI/RTI.

5. HYPOTHÈQUE LÉGALE

Dans ce cas, il s'agissait d'un promoteur qui avait engagé un fournisseur afin d'effectuer certains ouvrages. Le fournisseur a engagé à son tour des sous-traitants pour effectuer les travaux. À un certain moment, le fournisseur a cessé de payer les sous-traitants. Afin d'éviter une hypothèque légale sur les ouvrages par les sous-traitants, le promoteur a commencé à payer directement les sous-traitants pour les factures antérieurement émises. Malheureusement, le promoteur s'est vu refuser les CTI/RTI relativement à ces factures puisqu'il ne constitue pas le véritable acquéreur des fournitures en vertu de la loi.

6. VENTE EN JUSTICE

Dans une situation où l'acheteur ne peut réclamer de CTI/RTI puisqu'il n'exerce pas une activité commerciale, il peut être envisagé, d'un point de vue légal, de procéder à une vente en justice plutôt qu'à une vente sous contrôle de justice. En effet, la loi prévoit qu'en matière de vente en justice, la TPS et la TVQ ne s'appliquent pas. Une vente en justice vise le cas où un tribunal ordonne de saisir les biens d'un débiteur pour le paiement d'un montant dû en vertu d'un jugement d'un tribunal et que le tribunal effectue par la suite une fourniture des biens. Ainsi, la vente est réputée effectuée autrement que dans le cadre d'une activité commerciale; par conséquent, les taxes ne s'appliquent pas. À l'inverse, dans le cas d'une vente sous contrôle de justice ou d'une vente par le créancier, celui-ci ne cherche pas un jugement du tribunal condamnant le débiteur au paiement d'une somme

d'argent. En effet, le créancier requiert en outre du tribunal de désigner une personne qui procédera à la vente et d'en fixer les conditions et modalités. Dans ce cas, la vente sera assujettie aux taxes. Il est important d'indiquer qu'il s'agit d'un point légal qui doit être analysé à la lumière des dispositions du *Code civil du Québec*[4] et par des avocats œuvrant dans ce secteur.

Dans un dossier, puisque l'acquéreur était un organisme ne pouvant réclamer des CTI/RTI, cette procédure a donc été utilisée.

[4] L.Q. 1991, c. 64.

LA FISCALITÉ DES INSTRUMENTS FINANCIERS POUR LES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Thomas W. Copeland
LL. M.
Fasken Martineau

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 27:3

1. LE RÉGIME APPLICABLE AUX ACTIONS PRIVILÉGIÉES 27:3

1.1. AVANTAGES DES ACTIONS PRIVILÉGIÉES POUR LE DÉTENTEUR 27:4
1.2. DÉSAVANTAGES DES ACTIONS PRIVILÉGIÉES POUR L'ÉMETTEUR 27:5
1.3. RÈGLES RESTREIGNANT LES ACTIONS PRIVILÉGIÉES 27:5
1.3.1. Les actions privilégiées à terme 27:5
1.4. ACTION PRIVILÉGIÉE IMPOSABLE 27:9
1.4.1. Définition « d'action privilégiée imposable » 27:9
1.4.2. Exceptions à la définition d'action privilégiée imposable 27:11
1.5. ACTION PRIVILÉGIÉE À COURT TERME 27:11
1.5.1. Définition d'action privilégiée à court terme 27:12

2. LES ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE RENFLOUEMENT 27:13

2.1. POURQUOI AVOIR RECOURS À DES APR 27:13
2.2. QU'EST-CE QU'UNE APR? 27:15
2.3. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX QUANT À LA TROISIÈME CATÉGORIE D'APR 27:16
2.3.1. Difficultés financières et manquement à un engagement 27:17
2.3.2. Les parties n'ayant aucun lien de dépendance 27:21
2.3.3. Financement d'entreprise exploitée au Canada 27:22
2.3.4. Durée de cinq ans 27:24
2.4. STRUCTURE D'UNE ÉMISSION DES APR 27:25
2.4.1. Commentaires quant à la structure typique 27:26
2.5. DEMANDE DE DÉCISIONS EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LE REVENU ... 27:30
2.5.1. Commentaires relatifs aux renseignements à fournir 27:31
2.6. SOMMAIRE DES DÉCISIONS À RENDRE 27:33
2.6.1. Commentaires relatifs aux décisions 27:34
2.7. MOYENS DE DÉMANTELER LA STRUCTURE 27:35
2.8. ALTERNATIVE DANS LE CAS D'UN CRÉANCIER NON IMPOSABLE : TRANSFERT DES APR À UNE TIERCE PARTIE 27:37

3. OBLIGATIONS À INTÉRÊT CONDITIONNEL 27:38

INTRODUCTION*

Il va sans dire qu'une société en difficulté financière a besoin de liquidités mais, vu ses problèmes financiers, il y a généralement peu d'investisseurs qui s'y intéressent. La *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] offre aux sociétés en difficulté financière la possibilité de recourir à des actions privilégiées de renflouement (ci-après « APR ») ou à des obligations à intérêt conditionnel (ci-après « OIC »). Ces instruments utilisent le système d'imposition afin d'alléger le fardeau financier d'une société pouvant avoir recours à de tels titres.

Plutôt que de représenter de nouvelles sources de financement, des APR et des OIC permettent à une société en difficulté financière de réduire le coût de son financement existant en convertissant, du point de vue du créancier, un revenu d'intérêts en revenu de dividendes. De façon générale, un créancier qui est imposable devrait être prêt à accepter un dividende sur une APR ou un paiement sur une OIC ayant un rendement moins élevé qu'un paiement d'intérêt sur un titre de dettes, car le dividende ou autre paiement sera déductible dans le calcul de son revenu imposable tandis que l'intérêt doit être inclus dans le calcul de son revenu.

Dans le présent texte, nous effectuerons un survol rapide des règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* régissant l'imposition des actions privilégiées. Par la suite, nous analyserons le régime applicable aux APR et aux OIC. Notez que nous ne traiterons pas des questions reliées à des structures pour de nouvelles sources de financement, par exemple des prêts participatifs, ces sujets étant couverts par d'autres conférenciers.

1. LE RÉGIME APPLICABLE AUX ACTIONS PRIVILÉGIÉES

De façon générale, deux options s'offrent à une société qui ne génère pas suffisamment de revenus et qui a besoin de financement. Premièrement, une société peut emprunter d'une institution financière ou d'une autre personne ou entité. Deuxièmement, la société peut émettre des actions, notamment des actions privilégiées.

---

* L'auteur tient à remercier Me Martine Riendeau pour son aide apportée à la préparation de ce texte.

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

Les actions privilégiées constituent un choix intéressant pour des investisseurs parce que de telles actions bénéficient du traitement fiscal avantageux réservé aux dividendes tout en ayant des caractéristiques s'apparentant aux titres de dettes. Cependant, le droit fiscal restreint l'accès au financement par actions privilégiées. Cette partie du texte dressera un sommaire des règles fiscales applicables aux actions privilégiées. Même si les APR sont exclus de ces règles, il faut néanmoins les analyser car ce sont ces règles qui s'appliqueront lorsqu'une action privilégiée ne se qualifiera pas ou ne se qualifiera plus en tant qu'APR.

1.1. AVANTAGES DES ACTIONS PRIVILÉGIÉES POUR LE DÉTENTEUR

À cause du traitement fiscal, un investisseur pourra préférer recevoir un dividende plutôt que de recevoir un paiement d'intérêt. En effet, sous réserve de l'application de l'impôt de la Partie IV et de certaines autres exceptions, une société qui reçoit un dividende d'une société canadienne imposable peut généralement déduire une somme égale au dividende dans le calcul de son revenu imposable en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

Pour cette raison, une société acceptera même de recevoir un versement de dividende moins élevé, avant impôts, qu'un paiement d'intérêt, le récipiendaire du paiement d'intérêt devant inclure la totalité du paiement d'intérêt dans le calcul de son revenu sans avoir recours à une déduction semblable à celle prévue au paragraphe 112(1).

De plus, les actions privilégiées offrent à l'actionnaire la possibilité de bénéficier de certaines garanties quant à la somme investie. De façon générale, des actions de financement pourront avoir les caractéristiques suivantes :

a) rachetables au gré de leur détenteur en tout temps ou à partir d'une date spécifique;

b) droit à un dividende privilégié et cumulatif à un taux fixe;

c) lors de la liquidation, les actifs seront attribués en priorité aux autres actionnaires (mais non en priorité à d'autres créanciers);

d) non votantes, sauf en des circonstances particulières (c'est-à-dire un défaut de la société émettrice).

1.2. DÉSAVANTAGES DES ACTIONS PRIVILÉGIÉES POUR L'ÉMETTEUR

Du point de vue de l'émetteur des actions, le financement par voie de dividendes est plus onéreux que le financement par un instrument de dette portant intérêt. En effet, l'émetteur doit payer le dividende à partir de son revenu après impôts alors que les paiements d'intérêts sont déductibles dans le calcul du revenu imposable de l'émetteur lorsque l'argent est emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien.

La déductibilité de l'intérêt n'est toutefois pas une considération importante pour l'émetteur dans tous les cas. Par exemple, une société en situation de perte ne peut bénéficier, de toute façon, de la déduction pour intérêts. Cependant, une société payant un dividende plutôt que de l'intérêt subira quand même une perte moins élevée ou pourrait se voir dans l'obligation d'utiliser d'autres pertes afin de ne pas devoir payer d'impôt. Néanmoins, un émetteur ayant des difficultés financières pourrait sacrifier ses attributs fiscaux afin d'optimiser ses liquidités car, pour accéder au même montant du capital, le dividende à être versé sera inférieur à l'intérêt à verser sur une dette.

1.3. RÈGLES RESTREIGNANT LES ACTIONS PRIVILÉGIÉES

Le fait que les actions privilégiées, bien que s'apparentant à la dette, soient assujetties à un traitement fiscal différent de celui applicable aux titres de dettes soulève des problèmes d'un point de vue de politique fiscale. En effet, il n'est pas acceptable de bénéficier du système d'intégration, principe sous-tendant la non-imposition des dividendes, dans un contexte où il n'est pas clair que la société versant un dividende paie également de l'impôt. Pour normaliser la situation, une série de règles régissant les actions privilégiées ont été mises en place.

1.3.1. Les actions privilégiées à terme

La notion d'action privilégiée à terme touche principalement les sociétés visées par la définition d'institution financière déterminée (ci-après « IFD ») lesquelles détiennent des actions s'apparentant à un instrument de dettes.

En vertu du paragraphe 112(2.1) L.I.R., une IFD qui reçoit un dividende sur une action privilégiée à terme ne peut généralement pas déduire le montant du dividende du calcul de son revenu imposable, à l'exception d'un dividende versé sur une action du capital-actions d'une société qui n'a pas

été acquise dans le cours normal des activités de l'entreprise exploitée par l'institution[2].

1.3.1.1. Notion d'IFD

Le concept d'IFD réfère, entre autres, à une banque, à une société autorisée à exploiter une entreprise d'offre de services de fiduciaire au public, à une caisse de crédit, à une compagnie d'assurances ou à une société dont l'activité d'entreprise principale consiste soit à prêter de l'argent à des personnes qui n'ont aucun lien de dépendance avec l'entreprise, soit à acheter des titres de créance émis par ces personnes ou à faire les deux[3]. Le fait qu'une société liée à l'une ou l'autre des sociétés précédentes soit également une IFD a pour conséquence de les qualifier à leur tour comme IFD[4].

1.3.1.2. Définition d'action privilégiée à terme

En vertu du paragraphe 248(1) L.I.R., une action émise après le 16 novembre 1978 est une action privilégiée à terme si, en vertu des caractéristiques de l'action, de toute convention concernant l'action ou de toute modification apportée soit aux caractéristiques de l'action, soit à une convention à l'égard de l'action :

a) le propriétaire de l'action peut obliger, ou la société émettrice de l'action (ou toute autre personne ou société de personnes) peut être tenue de :

---

2 La Cour canadienne de l'impôt a déjà analysé cette expression dans l'affaire *Société d'investissement Desjardins* c. *MRN,* 91 D.T.C. 373.

3 Sont aussi des institutions financières déterminées, les sociétés prescrites par l'article 8604 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* (C.R.C., 1978, c. 945 et mod.), lequel énumère plusieurs commerces particuliers œuvrant dans le domaine des services financiers.

4 L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a déjà eu l'occasion d'interpréter l'expression « institution financière déterminée ». Dans le cas lui ayant été soumis, une société de placements avait acquis une participation passive dans une société en commandite. Cette dernière exerçait comme entreprise principale le prêt d'argent à des personnes non liées. L'ADRC a considéré que la société de placements exploitait elle-même l'entreprise de la société de commandite et que pour cette raison, la société de placements était une IFD. La partie des dividendes représentant la participation de la société de commandite est donc assujettie aux restrictions quant à la déductibilité en vertu du paragraphe 112(2.1) L.I.R. aux fins du calcul du revenu imposable de la société de placements. *Tax Net* (en ligne), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique AC58181, 25 septembre 1989.

i) racheter, acquérir ou annuler en tout ou en partie l'action (sauf si le droit ou l'obligation ne découle uniquement d'un droit de convertir ou d'échanger l'action);

ii) réduire le capital versé au titre de l'action; ou

iii) convertir ou échanger l'action à moins que : (i) l'action soit convertible ou échangeable contre une action qui n'est pas une action privilégiée à terme de la société émettrice ou d'une personne liée (ou contre un bon de souscription donnant droit à une action autre qu'une action privilégiée à terme), et (ii) l'action reçue (ou le bon reçu) constitue la seule contrepartie de la conversion ou de l'échange; ou

b) l'émettrice ou toute autre personne ou société de personnes fournit ou peut être tenue de fournir toute forme de garantie, d'indemnité ou d'engagement semblable.

La définition d'action privilégiée à terme vise aussi le cas où certaines sociétés énumérées, seules ou avec d'autres sociétés énumérées :

a) contrôlent un émetteur d'actions;

b) ont le droit, absolu ou conditionnel, de contrôler l'émetteur; ou

c) ont le droit d'acquérir le contrôle de l'émetteur.

Parmi les sociétés énumérées, mentionnons les IFD et les sociétés contrôlées par une IFD[5]. Un détenteur d'une action obtenue après le 11 décembre 1979 qui est soit une société liée à une IFD, soit une société liée à une société contrôlée par une IFD est également soumis à cette définition.

Une action émise ou acquise après le 28 juin 1982 sera considérée une action privilégiée imposable si, au moment où l'action a été émise ou acquise, l'existence de la société émettrice était limitée ou un arrangement avait été pris en vertu duquel l'existence de celle-ci pourrait être limitée dans le temps. Dans ces cas, la définition d'action privilégiée imposable s'appliquera parce qu'il est prévu ou prévisible que l'actionnaire recevra une distribution lors de la liquidation prochaine de la société.

---

[5] Aux fins de cette partie de la définition d'action privilégiée à terme, une IFD ne comprend pas les sociétés visées aux alinéas f) et g) de la définition d'IFD.

1.3.1.3. Exceptions à la définition « d'action privilégiée à terme »

La définition de l'expression « action privilégiée à terme » prévoit aussi certaines exceptions qui font en sorte que l'action n'est pas considérée comme une action privilégiée à terme. Aux fins du présent texte, il faut notamment signaler l'exception prévue pour des actions émises par une société en difficulté financière, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

a) une action émise après le 12 novembre 1981 ayant une durée n'excédant pas cinq ans suivant la date de son émission par une société résidant au Canada, soit :

   i) conformément à une proposition faite à ses créanciers ou à un arrangement conclu et approuvé par un tribunal en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[6];

   ii) à une date où la totalité ou presque de ses actifs étaient sous le contrôle d'un séquestre, d'un séquestre gérant, d'un administrateur-séquestre ou d'un syndic de faillite;

   iii) à un moment où l'émettrice (ou une autre société qui réside au Canada avec laquelle l'émettrice a un lien de dépendance) manquait ou on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'une des sociétés mentionnées précédemment manque à un engagement résultant d'un titre de créance avec laquelle l'émettrice (ou l'autre société) n'avait aucun lien de dépendance.

Pour que cette exception soit applicable à l'égard d'une société éprouvant des difficultés financières, l'action doit être émise en échange ou en remplacement de tout ou d'une partie du titre de créance. De plus, il faut que le produit tiré de l'émission puisse raisonnablement être considéré comme ayant été utilisé par l'émettrice, ou une société avec laquelle elle a un lien de dépendance, pour le financement de l'entreprise qu'elle exploitait au Canada immédiatement avant que soit émise l'action.

---

6 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

1.4. ACTION PRIVILÉGIÉE IMPOSABLE

La définition « d'action privilégiée imposable », ainsi que l'application de ce concept, est beaucoup plus large que la notion d'action privilégiée à terme, cette dernière étant surtout applicable dans le cadre des IFD.

Lorsqu'un dividende est versé sur une action privilégiée imposable, la Partie VI.1 L.I.R. prévoit généralement que la société versant le dividende devra payer un impôt remboursable d'au moins 25 % du montant du dividende[7]. Une société qui reçoit un dividende doit payer un impôt de la Partie IV.1 de 10 % du dividende reçu sur une action privilégiée imposable dans la mesure où le dividende est déductible du revenu imposable de la société selon l'article 112 ou 113 L.I.R.[8]

Le payeur du dividende pourrait toutefois choisir de payer un impôt remboursable égal à 40 % du dividende imposable[9]. Si ce choix est fait, le récipiendaire ne sera pas tenu de verser l'impôt de 10% du dividende reçu sur une action privilégiée imposable.

1.4.1. Définition « d'action privilégiée imposable »

La définition « d'action privilégiée imposable » se trouve au paragraphe 248(1) L.I.R. et comprend notamment :

a) une action privilégiée imposable à court terme (émise après le 15 décembre 1987)[10];

b) une action (émise après 20 h le 18 juin 1987), selon les caractéristiques ou selon une convention dont la société émettrice ou une personne apparentée[11] à la société émettrice fait partie et pour laquelle :

---

7 S.-al. 191.1(1)a)(iii) L.I.R.

8 Art. 187.2 L.I.R.

9 Par. 191.2(1) L.I.R.

10 La description du concept d'« action privilégiée à court terme » se trouve à la section 1.5. du présent texte.

11 En vertu du paragraphe 248(1), une « personne apparentée » se réfère à une personne qui a un lien de dépendance avec l'autre personne ou une société de personnes ou une fiducie dont la personne ou les personnes avec qui la personne a un lien de dépendance est associée ou bénéficiaire.

i) il est raisonnable de considérer que le montant du dividende qui peut être déclaré ou versé sur l'action est soit fixe, soit plafonné en vertu d'une formule ou autrement, ou encore que le dividende peut être déclaré de façon préférentielle sur un dividende d'une autre action de la société émettrice et est assujetti à un plancher;

ii) il est raisonnable de considérer que la part de l'actionnaire est, lors de la dissolution, de la liquidation de la société émettrice, ou lors du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation de l'action, ou encore dans le cadre de la réduction du capital versé au titre de l'action, soit fixe, soit plafonnée, ou encore assujettie à un plancher par formule ou autrement.

Aux fins de cette disposition particulière, le montant doit être payable par la société émettrice ou par une personne apparentée à celle-ci. De plus, cette condition ne s'applique pas si l'obligation de rachat, d'acquisition ou d'annulation ne survient qu'en cas de décès de l'actionnaire ou à cause seulement d'un droit de conversion ou d'échange de l'action;

iii) l'action est convertible ou échangeable à tout moment, sauf si :

- elle est convertible ou échangeable contre une autre action qui n'est pas une action privilégiée imposable ou contre un bon de souscription qui permet l'acquisition d'une action qui n'est pas une action privilégiée imposable; et

- la contrepartie totale pour l'action échangeable ou convertible (ou du bon de souscription) est l'autre action sauf pour la contrepartie reçue en remplacement d'une fraction d'action; ou

iv) au moment considéré ou juste avant, une personne autre que la société émettrice a l'obligation, conditionnelle ou non et immédiate ou future, d'exécuter un engagement afin de limiter toute perte de l'actionnaire ou d'une personne apparentée à celui-ci, ou de faire en sorte que l'actionnaire ou une personne apparentée à celui-ci obtienne des gains du fait de la détention de l'action ou d'un autre bien. Cet engagement doit avoir été pris dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations qui comprennent l'émission de l'action.

Si l'engagement est donné après 20 h le 18 juin 1987, l'action est réputée être émise au moment où l'engagement est pris. De plus,

l'engagement est réputé avoir été donné dans le cadre d'une série d'opérations comprenant l'émission de l'action;

c) une mesure antiévitement faisant en sorte qu'une action est réputée être une action privilégiée imposable lorsque :

i) il est raisonnable de considérer que des dividendes déclarés ou versés sur une action proviennent principalement de dividendes reçus sur des actions privilégiées imposables d'une autre société; et

ii) il est raisonnable de considérer que l'action a été émise ou acquise dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations dont l'un des principaux objets consistait à éviter ou à restreindre l'application de l'impôt spécial payable sur un dividende versé sur une action privilégiée imposable[12].

1.4.2. Exceptions à la définition d'action privilégiée imposable

La définition de l'expression « action privilégiée imposable » prévoit aussi certaines exceptions qui font en sorte que l'action pourrait ne pas être considérée comme une action privilégiée imposable. Parmi ces exceptions, on peut signaler celle mentionnée à la section 1.3.1.3.

1.5. ACTION PRIVILÉGIÉE À COURT TERME

Bien qu'une action privilégiée à court terme soit comprise dans la définition « d'action privilégiée imposable », son imposition diffère de cette dernière.

Ainsi, une société versant un dividende sur une action privilégiée à court terme devra payer un impôt remboursable en vertu de la Partie VI.1 à un taux égal à 66 2/3 % du total des dividendes imposables versés (sauf à l'égard de dividendes exclus[13]). L'impôt ne devra cependant pas être payé tant que l'exemption pour dividendes de la société pour l'année ne sera pas dépassée. Le récipiendaire du dividende n'a donc aucun impôt de la Partie IV.1 à payer.

---

12 L'impôt de la Partie IV.1 et l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R.

13 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 20 décembre 2002; on y prévoit que ce taux d'impôt sera ramené à 50 %.

1.5.1. Définition d'action privilégiée à court terme

De façon générale, la définition d'action privilégiée à court terme inclut les actions pour lesquelles le détenteur peut exiger le rachat, la conversion ou une autre opération similaire à l'intérieur d'un court délai après l'émission ou après l'émission réputée de l'action.

Les actions assujetties à la définition d'action privilégiée à court terme comprennent, entre autres :

a) une action ayant les caractéristiques ou pour laquelle il y a une convention, ou encore pour laquelle des modifications ont été apportées aux caractéristiques ou à la convention afin de prévoir qu'une société émettrice (ou une personne apparentée[14]) a ou peut avoir l'obligation à tout moment de racheter, d'acquérir ou d'annuler l'action en tout ou en partie ou de réduire le capital versé au titre de l'action, et ce, dans les cinq ans suivant la date d'émission ou la date d'émission réputée de l'action.

   Aux fins de déterminer si une telle obligation existe, il ne faut pas tenir compte d'une stipulation par laquelle une personne conviendra d'acquérir une action à l'un des montants suivants :

   i) dans le cas où une action doit être acquise dans les 60 jours suivant la date de la conclusion de la convention, si le montant d'acquisition ne dépasse pas le plus élevé de la juste valeur marchande de l'action au moment de la conclusion de la convention ou de la juste valeur marchande de l'action au moment de son acquisition. Dans les deux cas, la juste valeur marchande de l'action devra être déterminée sans égard à la convention d'acquisition;

   ii) autrement, un montant qui ne dépasse pas la juste valeur marchande de l'action au moment de l'acquisition, et ce, sans égard à la convention.

      De plus, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit une règle de transparence pour l'application de cette disposition, en réputant que

[14] Personne apparentée : une personne qui a un lien de dépendance avec l'autre personne ou une société de personnes ou fiducie dont la personne ou les personnes avec qui la personne a un lien de dépendance est associée ou bénéficiaire.

l'actionnaire d'un actionnaire d'une société est assimilé à un actionnaire de cette société;

b) une action convertible ou échangeable dans les cinq ans suivant la date de l'émission, à moins :

   i) qu'elle soit convertible ou échangeable contre une autre action de la société émettrice ou d'une personne liée à celle-ci qui ne serait pas une action privilégiée à court terme, ou contre un droit ou un bon de souscription qui ne peut être exercé en contrepartie d'une action privilégiée à court terme; et

   ii) que la contrepartie totale reçue sur l'échange ou la conversion est l'autre action ou le droit ou bon de souscription (sauf pour une contrepartie en remplacement d'une fraction d'action);

c) une action sera une action privilégiée à court terme si l'action est émise par une société alors que l'existence de la société émettrice est limitée, ou un arrangement existe par laquelle l'existence de la société pourrait être limitée, à une période de cinq ans ou moins;

d) une action, pour laquelle ses caractéristiques ou une convention à l'égard de l'action conclue par la société émettrice ou par une personne apparentée, prévoient qu'une personne a l'obligation (conditionnelle ou non, immédiate ou future) d'exécuter un engagement dans les cinq ans suivant le jour de l'émission de l'action afin de limiter la perte que l'actionnaire ou une personne apparentée à l'actionnaire peut subir à cause de la détention de l'action ou d'un autre bien.

   Cette disposition ne s'applique toutefois pas lorsque l'engagement est pris par la société émettrice ou un particulier autre qu'une fiducie. Aux fins de calculer la période de cinq ans, l'action est réputée avoir été émise lors de la prise de l'engagement et cet engagement est réputé avoir été donné dans le cadre d'une série d'opérations comprenant l'émission de l'action.

2. LES ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE RENFLOUEMENT

2.1. POURQUOI AVOIR RECOURS À DES APR

Les APR permettent à une société qui éprouve des difficultés financières de réduire son coût de financement. En vertu des règles régissant les APR, un débiteur peut échanger un titre de dettes en contrepartie d'actions

privilégiées payant un dividende ayant un rendement établi et fixe, tout en échappant aux restrictions fiscales qui seraient normalement applicables aux actions privilégiées. Un investisseur détenant des APR pourrait donc déduire du calcul de son revenu imposable, en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R., un dividende imposable reçu sur des APR soit d'une société canadienne imposable, soit d'une société résidant au Canada et dont elle a le contrôle. Ceci constitue un avantage important parce que le récipiendaire d'un paiement d'intérêts doit inclure la totalité du paiement d'intérêts dans son calcul de revenu (sans avoir recours à une déduction semblable à celle prévue au paragraphe 112(1) L.I.R.). Un investisseur qui accepte d'échanger des titres de dettes pour des APR pourra accepter de recevoir un dividende moins élevé tout en bénéficiant du même rendement après impôts par rapport à un titre de dettes.

L'allègement des obligations financières d'une société débitrice ayant recours aux APR peut être substantiel. Par exemple, Société A prête 100 $ à Société B. En retour, Société A reçoit 10 $ d'intérêts par année et est imposée à un taux combiné de 42,6 %. Sur le 10 $ d'intérêts, Société A devra donc payer 4,26 $. Si Société A reçoit des dividendes, déductibles aux fins du calcul du revenu imposable en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R., Société B n'aura qu'à payer 5,74 $ en dividendes pour avoir un rendement égal. En vertu du régime des APR, Société B peut donc diminuer son coût de financement d'un montant de 4,26 $. Il faut toutefois noter que l'importance de l'avantage procuré par des APR dépendra du taux d'intérêt payé par la société débitrice ainsi que du résultat de négociations entre les parties : plus le taux d'intérêt sera élevé, plus l'avantage financier sera important.

Du point de vue de Société B, le recours au régime des APR lui permet essentiellement de monétiser ses pertes, autres déductions fiscales ou crédits. Tandis qu'un paiement d'intérêt constitue un paiement avant impôts, déductible dans le calcul du revenu du payeur, le paiement d'un dividende s'effectue après impôts. Société B devrait donc utiliser ses attributs fiscaux afin de ne pas payer d'impôt sur la partie de son revenu qui aurait autrement été protégé par la déduction pour les intérêts.

Les APR ne sont pas exclus de l'impôt de la Partie IV. Cet impôt sera toutefois applicable qu'en de rares occasions. En effet, de façon générale, les détenteurs des APR ne sont pas des sociétés privées ou des sociétés assujetties telles qu'elles sont définies au paragraphe 186(1) L.I.R.

2.2. QU'EST-CE QU'UNE APR?

La définition d'APR, prévue au paragraphe 80(1) L.I.R, réfère à une action émise par une société après le 21 février 1994 qui est visée à l'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme » et qui correspondrait à cette définition si les exceptions prévues aux alinéas e) et f) ne s'appliquaient pas[15].

Une action visée à l'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme » est une action émise par une société résidant au Canada, soit :

a) conformément à une proposition faite à ses créanciers ou à un arrangement conclu et approuvé par un tribunal en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*;

b) à une date où la totalité ou presque de ses actifs étaient sous le contrôle d'un séquestre, d'un séquestre gérant, d'un administrateur-séquestre ou d'un syndic de faillite;

c) à un moment où l'émettrice (ou une autre société qui réside au Canada avec laquelle l'émettrice a un lien de dépendance), en raison de difficultés financières, manquait ou on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'une des sociétés mentionnées précédemment manque à un engagement résultant d'un titre de créance avec laquelle l'émettrice (ou l'autre société) n'avait aucun lien de dépendance. De plus, il faut que l'action soit émise en totalité ou presque et directement ou indirectement en échange ou en remplacement du tout ou d'une partie du titre de créance (« troisième catégorie d'APR »).

De plus, le produit tiré de l'émission doit pouvoir raisonnablement être considéré comme ayant été utilisé par l'émettrice ou une société avec laquelle l'émettrice a un lien de dépendance, pour le financement de l'entreprise qu'elle exploitait au Canada immédiatement avant que soit émise l'action[16].

---

[15] Voir la section 1.3.1 du présent texte pour la définition d'« action privilégiée à terme ».

[16] Par. 80(1) L.I.R., « action privilégiée de renflouement »; al. e) de la définition d'« action privilégiée à terme » au par. 248(1) L.I.R.

Une telle action échappe à la définition d'« action privilégiée à terme » (et peut donc revêtir le statut d'APR) pour une période n'excédant pas cinq ans suivant la date de son émission[17].

Les deux premières catégories d'APR sont généralement peu utilisées. D'un point de vue pratique, une société qui a fait une proposition à ses créanciers ou qui a conclu un arrangement et pour qui la proposition ou l'arrangement a été approuvé par un tribunal en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité,* de même qu'une société pour laquelle la totalité ou presque de ses actifs sont sous le contrôle d'un séquestre, séquestre gérant, administrateur-séquestre ou syndic de faillite, est généralement dans une situation où il n'est plus possible d'avoir recours au régime des APR. Pour cette raison, nous ne traiterons pas de ces deux premières catégories d'APR.

Un plan d'arrangement effectué en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[18] n'entre cependant pas dans les deux premières catégories d'APR. En effet, dans le cadre d'un tel plan d'arrangement, aucun arrangement ou proposition n'a été fait ni approuvé par le tribunal en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. De plus, dans le cadre d'un tel plan d'arrangement, les actifs de la société demeurent sous le contrôle de la société et non sous le contrôle d'un séquestre, séquestre gérant, administrateur-séquestre ou syndic de faillite. Une émission d'APR effectuée en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* se qualifie donc en vertu de la troisième catégorie d'APR.

2.3. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX QUANT À LA TROISIÈME CATÉGORIE D'APR

La troisième catégorie d'APR a l'avantage de permettre que les APR soient émises par une société liée à la société en difficulté financière plutôt que par la société en difficulté elle-même. Ainsi, un détenteur d'APR peut bénéficier de garanties qui s'apparentent à celles applicables aux titres de créance et l'investisseur qui échange ses titres de créance pour des APR ne sacrifie pas nécessairement sa position à l'égard des différentes garanties.

La troisième catégorie d'APR soulève plusieurs problèmes d'interprétation qui proviennent surtout du fait que les différents critères d'application associés à la troisième catégorie dépendent du cas en l'espèce.

---

17 Dans certains cas, l'ADRC a pris la position administrative que la période de cinq ans débute à partir de l'émission de la décision anticipée.

18 L.R.C. (1985), c. C-36.

À cause de l'incertitude engendrée par les différentes questions et des conséquences fiscales néfastes qui peuvent survenir tant pour le créancier que pour le débiteur s'il s'avère que des actions émises ne se qualifiaient pas en tant qu'APR, il est courant de faire une demande de décisions en matière d'impôt sur le revenu. Dans la plupart des cas, un créancier exigera une telle décision anticipée avant d'accepter d'échanger ses titres de dettes pour des APR.

De façon générale, la rédaction du texte législatif de la troisième catégorie des APR soulève les questions suivantes :

a) Est-ce que c'est en raison de difficultés financières que l'émettrice (ou une autre société qui réside au Canada et avec laquelle elle a un lien de dépendance) a manqué ou qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle manque à un engagement résultant d'un titre de créance;

b) Le titre de créance est-il détenu par une personne avec laquelle l'émettrice (ou une autre société qui réside au Canada et avec laquelle l'émettrice a un lien de dépendance) n'a aucun lien de dépendance;

c) Est-ce que le produit tiré de l'émission peut raisonnablement être considéré comme ayant été utilisé par l'émettrice (ou une société avec laquelle elle avait un lien de dépendance) pour le financement de l'entreprise qu'elle exploitait au Canada immédiatement avant que soit émise l'APR;

d) Comment respecter la durée maximale de cinq ans?

La section qui suit tentera de répondre à ces différentes questions.

2.3.1. Difficultés financières et manquement à un engagement

2.3.1.1. Difficultés financières

Même si la question de savoir si une société éprouve des difficultés financières est d'abord une question de faits, l'ADRC accepte quand même d'émettre des décisions affirmant que la société éprouve effectivement des difficultés financières. Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-527[19], l'ADRC

[19] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-527, « Actions privilégiées émises dans une situation de difficultés

(à suivre…)

considère qu'une société est aux prises avec des difficultés financières si les conditions suivantes sont réunies :

a) La société a manqué à son engagement de payer ou on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle manque à son engagement de payer une dette détenue par une personne avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance.

b) La société n'a pas suffisamment d'argent comptant, ni de marge de crédit, et il ne lui est pas possible d'obtenir un prêt remboursable sur demande pour rembourser sa dette.

c) La société n'a pas d'autres sources de liquidités, par exemple des liquidités pouvant provenir de la vente de biens superflus ou d'une nouvelle émission d'actions.

d) La société ne peut pas obtenir de liquidités supplémentaires d'un établissement financier ou d'autres parties avec lesquelles elle n'est pas liée, sauf par l'émission d'actions privilégiées émises dans une situation de difficultés financières.

e) Les actionnaires et les sociétés du même groupe corporatif de la société en difficulté financière ne sont pas en mesure de fournir des fonds supplémentaires à celle-ci.

Dans l'une ou l'autre de ces situations, le contribuable devra être en mesure de fournir aux autorités fiscales la preuve dudit défaut.

2.3.1.2. Nature du défaut

Le défaut devrait relever d'un paiement obligatoire, soit un paiement du principal selon les termes convenus de la dette, soit de l'intérêt. Le recours au régime des APR est donc possible pour pallier les coûts de financement ou de refinancement. Aussi, les termes du paiement découlant du titre de dettes doivent être raisonnables pour que les autorités fiscales considèrent qu'une société est en défaut aux fins du régime des APR.

(…suite)

financières », 12 juin 1995, par. 10; voir aussi AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-52R4, « Obligations à intérêt conditionnel », 20 octobre 1983.

De façon générale, l'ADRC s'assurera que la difficulté financière ne provient ni d'une omission technique ni d'une astuce de la société pour augmenter sa dette. Le défaut de payer doit résulter d'une incapacité générale de la société de payer et non d'un défaut technique tel que l'impossibilité pour l'emprunteur de remplir certaines exigences concernant les ratios financiers.

Il existe des cas cependant où un défaut technique peut constituer un défaut donnant ouverture au régime des APR, lorsque les autorités fiscales sont convaincues de la gravité de la situation. La meilleure façon d'atteindre cet objectif serait de leur fournir un avis écrit préparé par le créancier expliquant le défaut, les raisons pour lesquelles le défaut est matériel ainsi que l'intention de ce dernier d'exiger le paiement complet de la dette advenant le cas où le financement par APR échoue.

Dans tous les cas, l'ADRC refusera d'émettre une décision anticipée dans un cas où une société planifie son défaut afin de pouvoir bénéficier du régime des APR. Par exemple, un débiteur en bonne situation financière ne pourrait pas bénéficier du régime des APR s'il emprunte un montant excédant sa capacité d'emprunt dans le but d'acquérir un bien grâce à un financement après impôts, en prétendant par la suite qu'il était aux prises avec des difficultés financières et qu'il a le droit de remplacer sa dette par des APR.

2.3.1.3. Accès à d'autres fonds

Le régime des APR constitue un financement de dernier recours et, pour cette raison, les autorités fiscales regarderont au-delà du voile corporatif de la société en difficulté financière afin de vérifier si elle n'a pas d'autres moyens de financement à sa portée. De façon générale, l'ADRC cherchera à savoir s'il est raisonnable que les créanciers, les actionnaires ou les autres membres du même groupe corporatif continuent de financer la société en détresse. Dans le cas d'un créancier qui a déjà fourni du financement, les autorités fiscales n'exigeront pas qu'il continue de fournir si elles considèrent qu'il est imprudent pour le créancier de le faire. En ce qui concerne les autres actionnaires de la société en détresse, ils ne sont généralement pas tenus d'investir des montants au-delà de ceux d'un investisseur raisonnable[20]. Cependant, les autorités fiscales exigeront, dans la mesure du possible, que les actionnaires ou la société en difficulté financière

[20] Voir par exemple John BRUSSA, « Distress Preferred Share Financing », (1993), vol. 5, n° 2 *Canadian Petroleum Tax Journal* 4.

empruntent sur tout élément d'actif raisonnablement liquide afin d'accéder aux liquidités nécessaires[21].

Afin d'illustrer les propos tenus précédemment, mentionnons les exemples suivants, lesquels sont tirés d'interprétations techniques et de décisions publiées par l'ADRC.

a) L'ADRC a déjà accepté l'argument énoncé par une société qui était l'actionnaire d'une société en détresse à l'effet qu'elle ne pouvait plus continuer de financer la société en détresse à moins d'aller à l'encontre de ses obligations envers ses propres actionnaires.

b) Un actionnaire majoritaire ne serait généralement pas requis de participer au financement au-delà du pourcentage de sa participation dans la société en difficulté financière. Par exemple, lorsque des actionnaires minoritaires significatifs d'une société en difficulté financière ne peuvent plus apporter leur part de financement à la société en détresse, l'ADRC a déjà conclu qu'il serait alors déraisonnable d'exiger que l'actionnaire majoritaire injecte d'autres fonds car ces fonds constitueront un bénéfice aux actionnaires minoritaires[22].

c) Dans le cas où une société n'ayant aucun lien de dépendance avec une société en difficulté financière aurait garanti certaines obligations de cette dernière, l'ADRC a conclu que la société était en difficulté financière, et ce, même avec la garantie parce qu'il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que la société ayant octroyé la garantie continue de financer les activités de la société en détresse sans une restructuration de la dette. Dans le cas précis de cette interprétation technique, il faut toutefois noter que les dettes garanties avaient été acquises par la société ayant octroyé les garanties avant l'émission des APR[23].

d) Les assurances offertes par la Société d'habitation du Canada (SHRC) ne représentent pas une source de financement et, à ce titre, ne constituent

---

21 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 19. Voir aussi AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-507R, « Obligations pour le développement de la petite entreprise et obligations pour la petite entreprise », 31 janvier 1994, par. 9.

22 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9713873, 13 avril 1999.

23 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9640333, 2 mai 1997.

pas une raison pour refuser de reconnaître qu'une société est ou qu'il est raisonnable de croire qu'elle sera en défaut[24].

e) Il est peu probable que l'ADRC émettra une décision anticipée dans un cas où les APR sont émises dans le cadre d'une acquisition de la société en difficulté financière par une tierce partie. Dans une telle situation, l'ADRC prendrait la position que les ressources du nouvel acquéreur devraient être utilisées, les APR constituant un moyen de financement après impôts.

2.3.1.4. Manquement à un engagement

Pour se qualifier en vertu de la troisième catégorie d'APR, il faut que la société manque ou qu'il soit raisonnable de s'attendre à ce qu'elle manque à un engagement en raison de difficultés financières. Il n'est donc pas nécessaire que la société soit déjà en défaut. Un texte préparé par un représentant de l'ADRC mentionne que la première version du projet de loi introduisant la définition des APR référait simplement au manquement à un engagement. Le ministère des Finances a confirmé que le texte législatif a été modifié pour s'assurer qu'une société ne doit pas être nécessairement en défaut avant de pouvoir accéder au régime des APR. Selon l'ADRC, « la raisonnabilité d'un défaut imminent signifie qu'il y aura défaut dans trois ou quatre mois ». Au-delà de cette période, la raisonnabilité du défaut sera trop aléatoire[25].

2.3.2. Les parties n'ayant aucun lien de dépendance

Dans le cas de parties qui ne sont pas liées au sens du paragraphe 251(2) L.I.R., la question de savoir si elles agissent sans lien de dépendance en est une de faits. En présumant que le créancier d'une société en difficulté financière ne sera pas une personne liée à ladite société, il faut s'assurer que ni les termes du financement ni les agissements du créancier ne créent une situation où le créancier exerce un contrôle de fait sur le débiteur. Cette question n'a pas été soulevée dans les interprétations techniques et décisions consultées aux fins du présent texte et ne semble pas poser, de façon générale, de problème.

---

[24] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9601653, 4 octobre 1996.

[25] C. Brian DARLING, « Revenu Canada Perspectives », dans *1992 Corporate Management Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 5:1-21.

2.3.3. Financement d'entreprise exploitée au Canada

Seule la partie de la dette se rattachant à l'entreprise exploitée au Canada est admissible à un refinancement au moyen des APR. La meilleure façon de démontrer qu'il est raisonnable de considérer que le produit tiré de l'émission des APR a été utilisé pour le financement d'une entreprise qui a été exploitée au Canada immédiatement avant l'émission serait de retracer l'origine des fonds. Toutefois, dans un contexte où une société a des activités à l'extérieur du Canada, il n'est pas toujours facile d'établir de tels liens à des activités particulières. Ainsi s'il n'est pas possible de retracer l'origine des fonds, la société pourrait avoir recours à une méthode raisonnable de répartition. L'ADRC mentionne, par exemple, qu'une répartition fondée sur la comparaison des bénéfices nets et des coûts des biens pourra être acceptable[26].

La détermination de savoir si le produit de l'émission a été utilisé pour le financement d'une entreprise exploitée au Canada doit être faite immédiatement avant que l'APR soit émise. Le fait qu'à l'origine, une dette soit contractée pour le financement des activités étrangères ne l'exclut pas pour autant du régime des APR, car un tel financement pourrait changer de vocation. Par exemple, l'ADRC a déjà commenté une situation où une société canadienne contracte une dette afin d'honorer une garantie octroyée à un créancier de sa filiale étrangère et utilise les fonds dans le but de souscrire à des actions de sa filiale. Malgré le financement, la filiale étrangère a cessé ses opérations. Trois ans après la cessation des opérations de sa filiale, la société canadienne a manqué à son engagement de payer la dette et désirait la refinancer au moyen des APR.

Dans une telle situation, l'ADRC a pris la position que les fonds étaient utilisés dans une entreprise exploitée au Canada pour les raisons suivantes :

a) la dette ne pouvait plus être rattachée à un bien ou à un placement étranger;

b) l'entreprise canadienne était, depuis quelque temps, responsable pour le paiement de la dette;

c) le refinancement permettrait à l'entreprise canadienne (maintenant la seule entreprise) de poursuivre ses activités.

---

[26] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 19, par. 15.

Se servant de la même logique, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que l'ADRC prenne en considération le fait que l'étendue des activités étrangères d'une société en difficulté financière soit diminuée lors de la répartition d'une dette parmi les différentes activités canadiennes et étrangères de la société.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-527, l'ADRC indique qu'elle refuse le recours au régime des APR lorsqu'un commandité détenant 1 % d'une société de commandite cherchait à émettre des actions privilégiées en se fondant sur le fait que la dette de la société en commandite constitue la dette du commandité. Selon les commentaires publiés au paragraphe 16 du *Bulletin d'interprétation*, le produit de l'émission des actions privilégiées émises ne servait pas à financer l'entreprise du commandité[27].

Il faut toutefois reconnaître que cette position a depuis été atténuée. Il semble désormais possible pour les associés de transférer leurs participations dans la société en commandite au commandité en échange d'actions de ce dernier. Dans une telle situation, la société en commandite sera éliminée et la dette du commandité qui serait échangée à l'encontre des APR serait considérée comme utilisée par le commandité dans une entreprise qu'il exploitait au Canada immédiatement avant l'émission des APR[28]. Bien que difficile à comprendre en raison de toutes les ratures, il semble que l'ADRC a déjà émis une décision anticipée favorable dans un cas où certains actifs d'une société en commandite ont été transférés à une société dans laquelle les anciens associés étaient actionnaires[29].

Récemment, l'ADRC a émis d'autres décisions en matière d'impôt sur le revenu approuvant des APR dans des situations impliquant des sociétés de commandite. Dans le document 9906963, une société en commandite avait des activités commerciales au Canada. Le commandité a restructuré son capital-actions afin d'avoir des catégories d'actions ayant les mêmes droits et obligations que les participations dans la société de personnes. Les autres associés de la société en commandite ont échangé leurs participations dans la société en commandite pour des actions du commandité ayant les mêmes caractéristiques que leurs participations respectives sans toutefois éliminer la

---

27 *Id.*, par. 16.

28 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9723533, 1998.

29 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9820613, 1er septembre 1999.

société en commandite. Dans le cadre de cette série de transactions, le commandité a incorporé une filiale qui a reçu une participation afin que la société en commandite continue d'exister. L'ADRC a accepté l'émission des APR effectuée par le commandité[30].

2.3.4. Durée de cinq ans

Bien que l'exception prévue à l'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme » prévue au paragraphe 248(1) s'applique pour une durée n'excédant pas cinq ans suivant la date de son émission, l'ADRC a permis, de façon administrative, que le délai commence à courir à partir de l'émission de la décision anticipée dans des cas où les faits étaient compliqués et qu'une longue période s'était écoulée avant l'émission de la décision anticipée[31].

De façon générale, dans le cadre d'une décision anticipée, l'ADRC exigera que la société en difficulté financière rachète les APR avant l'expiration de la période de cinq ans bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoie pas cette exigence. Aux fins de l'article 80 L.I.R., une APR est réputée avoir été réglée immédiatement avant qu'elle perde son statut. Dans ce cas, un paiement égal à la juste valeur marchande de l'action immédiatement avant le moment où elle perd son statut est réputé avoir été effectué en règlement du principal de l'action. Pour le reste, l'action demeure émise.

Même si la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas de disposition, de prolongation ou de renouvellement automatique des APR, il est possible de conserver le financement par des APR après l'expiration de la période initiale de cinq ans. L'émetteur doit émettre de nouvelles APR en échange des APR sur le point d'échoir. Pour ce faire, il faut recommencer le processus à neuf en démontrant que les exigences relatives aux difficultés financières sont satisfaites au moment de la nouvelle émission des APR.

---

30 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9906963, 26 avril 2000.

31 Voir par exemple AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9906963, 26 avril 2000; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 962713, 1996.

2.4. STRUCTURE D'UNE ÉMISSION DES APR

Bien que différentes transactions comportent différentes variantes, la structure utilisée pour émettre des APR est, le plus souvent, similaire. Dans un premier temps, il est plutôt rare que la société en difficulté financière émette elle-même les APR. De façon générale, la société en difficulté financière incorporera la nouvelle société qui fera l'émission. Les deux sociétés doivent avoir un lien de dépendance entre elles. Généralement, la société en difficulté financière détiendra les actions ordinaires de la filiale émettant les APR.

La raison principale sous-tendant l'usage d'une telle filiale ne relève pas de considérations fiscales mais plutôt de sûretés. De façon générale, la seule activité permise pour la filiale sera l'émission des APR et la détention d'une créance due par la société mère.

La structure typique d'une émission des APR est illustrée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-527 et comporte les étapes suivantes :

a) Une société en difficulté financière (« Perteco ») constitue une nouvelle société canadienne imposable (« Nouco »). Perteco détient toutes les actions ordinaires de Nouco. Les statuts de Nouco prévoient également une catégorie d'actions privilégiées qui serviront des APR.

b) Nouco contracte un emprunt, remboursable à demande, auprès d'une tierce partie d'une somme égale au total du prix d'émission prévue pour les APR.

c) Nouco prête l'argent emprunté à Perteco.

d) Perteco utilise les fonds prêtés par Nouco afin de rembourser la dette originelle due à la banque (ci-après « Banque »).

e) Banque souscrit à des APR de Nouco. Nouco utilise le produit tiré de la souscription des APR pour rembourser l'emprunt à demande contracté au début de la série de transactions.

f) Banque, Perteco et Nouco concluront une convention d'achat en vertu de laquelle Banque peut, en cas de défaut de paiement, exiger que Perteco achète les APR pour une somme égale à leur prix de rachat et tout dividende couru mais impayé.

g) Perteco s'engage à effectuer, sur une base volontaire, des contributions de capital périodiquement à Nouco afin de permettre à Nouco d'effectuer les paiements de dividende requis. Les fonds utilisés pour racheter les APR sont transmis à Nouco par des paiements sur le titre de créance détenu par Nouco et pour lequel Perteco est le débiteur.

2.4.1. Commentaires quant à la structure typique

2.4.1.1. Constitution de Nouco

Nouco existe afin de s'assurer que les détenteurs des APR se trouvent isolés dans une société à part. De façon générale, les statuts corporatifs limiteront les activités de Nouco à la détention des APR et, de cette manière, Nouco n'aura ni passif, ni d'autres obligations. Perteco se porte garant des obligations de Nouco envers les actionnaires détenant des APR et si possible, Perteco va garantir ces obligations en se servant des mêmes sûretés qui garantissaient les titres de dettes. Ceci pourrait s'avérer compliqué. Les actionnaires détenant des APR se trouvent donc dans la même situation en ce qui concerne les garanties que s'ils détenaient les titres de dettes échangés.

Il est à noter que certaines demandes de décisions en matière d'impôt sur le revenu dans le domaine des APR se servent de deux ou plusieurs Nouco. L'usage de plusieurs Nouco a généralement pour objectif de s'assurer que les tests corporatifs de solvabilité soient respectés afin de pouvoir payer des dividendes fixes aux actionnaires des APR. Une autre raison de recourir à plusieurs Nouco serait de diviser différentes tranches de dettes parmi leurs débiteurs respectifs.

2.4.1.2. Prêt de Nouco à Perteco

Dans la plupart des décisions en matière d'impôt sur le revenu émises, ce prêt ne porte pas intérêt. Il est cependant intéressant d'en prévoir la possibilité. Par exemple, Nouco pourrait avoir engagé des dépenses dans le cadre du financement par APR. Le fait que Nouco ait un certain revenu lui permettrait de déduire les dépenses engagées. Pour cette raison, il est possible que le prêt porte intérêt et que Nouco ait le droit de refuser le paiement des intérêts ou qu'il y ait moratoire quant au paiement d'intérêts. L'ADRC a déjà accepté une telle structure de titre de créance pour autant que le droit de renoncer aux intérêts soit exercé par Nouco sur une base

trimestrielle ou annuelle et que Nouco signale son refus avant que les intérêts soient payables[32].

Le fait que Nouco paie des dividendes sans avoir du revenu peut aussi causer un préjudice dans la mesure où Perteco aurait eu droit à un remboursement de montants dans son compte d'impôt en main remboursable à titre de dividende. Certaines décisions en matière d'impôt sur le revenu soulèvent ce fait et prévoient le transfert de certains revenus de Perteco à Nouco.

L'ADRC a déjà accepté que les coûts reliés au financement au moyen des APR soient déductibles par Perteco dans la mesure où ces coûts ont été engagés directement par Perteco dans le cadre d'un accord lui permettant d'emprunter de l'argent de Nouco. Dans une telle situation, l'ADRC a conclu que les coûts engendrés sont déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R.[33]

2.4.1.3. Souscription à des APR

De façon générale, les APR auront les caractéristiques suivantes :

a) émises pour une durée maximale de cinq ans;

b) rachetables en tout temps au gré de la société jusqu'à concurrence de l'excédent de la trésorerie;

c) paiement d'un dividende cumulatif déterminé;

d) lors de l'avènement d'un défaut (c'est-à-dire Nouco manque un paiement de dividendes sur les APR, les APR ne sont pas rachetées selon l'échéancier), les APR sont rachetables au gré du détenteur. Dans une telle situation, le détenteur aura également le droit d'obliger Perteco à acquérir les actions.

Lors de la souscription, Nouco inscrira généralement le plein montant de l'argent payé au compte du capital versé. Par la suite, une réduction par Nouco du compte du capital versé attribuable aux APR à une valeur

---

32 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9715673, 3 octobre 1997; 9718053, 1997; 9713873, 1997.

33 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9312310, 17 mai 1993.

nominale pourra être nécessaire dans le but de s'assurer que les tests de solvabilité soient respectés aux fins de payer un dividende. Si ces derniers tests ne sont pas satisfaits, le paiement d'un dividende pourrait alors engager la responsabilité des administrateurs de la société. Les montants déduits du compte du capital versé seraient attribués au surplus d'apport de la société. Avant de racheter les APR, en totalité ou en partie, il faut remettre les montants attribués au surplus d'apport au compte du capital versé des APR.

2.4.1.4. Contributions par Perteco

Perteco effectuera des contributions de capital de façon volontaire afin d'éviter que Nouco réalise un revenu sur les montants reçus de Perteco.

Une question qui demeure nébuleuse est celle de savoir si les autres créanciers de Perteco peuvent contester la validité des engagements et des paiements effectués par Perteco à Nouco en prétendant que ces paiements avantageront des actionnaires de Perteco et de Nouco au détriment des créanciers de Perteco. Normalement, de tels créanciers devraient avoir priorité sur les actionnaires de Perteco ou de Nouco.

La question a été débattue dans l'affaire *Pioneer Distributors Ltd.* c. *Bank of Montreal*[34]. Dans cette affaire, une société, Pioneer, a eu recours à une structure similaire à la structure d'APR décrite ci-dessus. Malgré la restructuration corporative et financière, les autres créanciers se sont trouvés dans l'obligation de requérir la faillite de Pioneer en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Un des créanciers de Pioneer a utilisé les dispositions de la loi régissant les sociétés en Colombie-Britannique afin de contester les transactions relatives à l'émission des APR et les paiements effectués par Pioneer afin de permettre le rachat des APR[35]. La position du créancier était que les transactions étaient en contravention avec la priorité des créanciers de Pioneer en favorisant le détenteur des APR et que, pour cette raison, les transactions relatives aux paiements effectués par Pioneer étaient nulles. Un des arguments principaux du créancier a été que le but de l'incorporation d'une nouvelle société filiale de Pioneer, qui a émis les APR, était de contrevenir au droit corporatif statutaire et de payer des sommes à la nouvelle société filiale pour que cette dernière puisse procéder au rachat des APR.

---

34 [1995] 1 W.W.R. 48.

35 *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 260.

Le tribunal a refusé la demande du créancier pour plusieurs motifs. D'abord, la filiale qui a été créée afin d'émettre les APR et de payer les dividendes était une société distincte de Pioneer. Pour cette raison, il n'y avait aucune restriction selon le droit corporatif l'empêchant de racheter ses actions privilégiées émises. De plus, les parties n'avaient aucunement fait un effort de déguiser la restructuration corporative et financière de Pioneer, cette dernière ayant été effectuée dans le but de réduire les obligations financières de Pioneer et de lui permettre de continuer ses opérations. Les autres créanciers de Pioneer se trouvaient dans la même position avant et après la restructuration.

Le tribunal a statué que :

> « It is of importance that the Bank did not purport to give up its existing right to be secured as against the assets of [the operating corporation] and the letter agreement nor revisions do not suggest otherwise[36]. »

Un peu plus loin dans le jugement, la Cour a aussi déclaré :

> « All parties to the transactions benefited from the restructured financing and nothing was hidden or cloaked. The restructure was accomplished by careful craftsmanship not by guile. The restructured format did not operate to the prejudice of creditors of [the operating corporation] then existing or those in the future.
>
> I would characterize the substance and the form of the restructure as not being a sham or a method to circumvent s. 260 of the *Company Act* by doing indirectly what was barred directly. Rather, I would view it as a method of restructuring a corporate debt to permit the debtor company to participate in a tax advantage initiative that would reduce the debt finance costs to a financially troubled business.
>
> While the plaintiff views the incorporation of Subco negatively as a device to defeat the intention of s. 260 of the *Company Act* it may be said in a positive vein it was created to facilitate compliance with s. 260[37]. »

Le créancier a aussi pris la position que la nouvelle société n'avait pas le droit d'émettre les APR parce qu'elles avaient une valeur moindre que le capital versé déclaré de la catégorie d'actions. Même si les APR ont été souscrites par une banque en contrepartie d'un paiement d'argent comptant, le créancier a pris la position que :

---

36 *Pioneer Distributors Ltd.* c. *Bank of Montreal*, précité, note 34, 58.

37 *Id.*, 63.

> « […] the preference shares were really issued in exchange for the term loan and term loan debenture held by the Bank and that all Parties were aware that the security had a fair market value substantially less […][38]. »

Bien que le tribunal ait rejeté cet argument, il a toutefois vérifié l'évaluation de la dette qui a été faite par les parties à la transaction afin de déterminer si ladite évaluation était raisonnable. Le tribunal a procédé à cette analyse même si la banque avait souscrit aux APR en utilisant de l'argent comptant et que la nouvelle société avait utilisé l'argent pour acquérir la dette détenue par la société opérante et a conclu que l'évaluation de la dette a été raisonnable, compte tenu des circonstances. Le tribunal a également étudié la politique sous-tendant le droit statutaire qui était :

> « […] the protection of those who might come to the company as shareholder or creditor by insuring to them that the real capital position of the corporation can be ascertained[39]. »

La Cour a conclu que :

> « The careful structuring of Subco eliminated any concern in this regard. No member of the public could become a shareholder or creditor and its purpose was limited by its objects to holding debt obligations of [the operating corporation]. The potential to mislead anyone as to its capital position did not exist[40]. »

2.5. DEMANDE DE DÉCISIONS EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LE REVENU

Dans le cadre d'une demande de décision anticipée, il faut fournir les informations suivantes à l'ADRC :

a) un organigramme du groupe corporatif ainsi que les autres actionnaires de la société afin de démontrer qu'il n'y a pas de sociétés ou d'actionnaires qui pourraient pallier les difficultés financières de la société en question;

b) l'historique de la société en difficulté financière ainsi que de l'émetteur des APR;

---

38 *Id.*, 64.

39 *Id.*, 67.

40 *Id.*, 67.

c) une description du secteur d'activités de la société en difficulté financière;

d) une description des causes des difficultés financières;

e) une démonstration que la société manque à une obligation ou qu'il est raisonnable de croire que la société sera en défaut et que le défaut n'est pas temporaire ou pour un montant insignifiant;

f) un plan de restructuration, y compris un budget pour les cinq prochaines années;

g) une copie de la convention de crédit entre Perteco et Nouco;

h) un engagement à ce que les excédents de liquidité soient utilisés afin de racheter les APR.

2.5.1. Commentaires relatifs aux renseignements à fournir

2.5.1.1. Le plan de restructuration

Le plan de restructuration a deux raisons d'être. Dans un premier temps, le plan devra démontrer qu'il y a espoir que la situation de la société s'améliorera et que la société pourrait être en activité avec le financement par APR. Dans un deuxième temps, le plan devra indiquer que le financement par APR constitue un financement de dernier recours qui vise à permettre à la société de continuer ses opérations et de recouvrir une situation financière saine. Ce genre de financement ne devrait donc pas servir de financement d'expansion ou de renouvellement du capital de la société.

Dans le cadre de la présentation d'un tel plan à l'ADRC, il est très important de prévoir les acquisitions d'actifs et autres besoins de capital de la société pour la période lors de laquelle des APR sont émises. La société étant limitée par ses engagements dans la décision anticipée, des oublis pourraient menacer la validité de la décision anticipée dans la mesure où la société doit procéder à de tels investissements.

2.5.1.2. L'engagement à l'égard de l'usage des surplus

Deux raisons sous-tendent cet engagement. Premièrement, l'ADRC exige que la société s'engage à se servir des surplus pour racheter les APR

afin de restreindre la capacité de la société à effectuer de nouveaux investissements de capitaux ou à payer des dividendes sur d'autres actions.

Deuxièmement, et sans considération avec les preuves apportées par le contribuable quant à sa situation financière, la question de déterminer si une société est en difficulté financière en est une de faits. Selon les autorités fiscales, la seule façon de conclure définitivement qu'une société soit en difficulté financière serait d'entreprendre une vérification de la société. Or, cette façon de procéder serait beaucoup trop longue et serait très lourde d'un point de vue administratif. Du point de vue du contribuable, il faudrait pouvoir se fier sur la décision anticipée. Pour ces raisons, l'ADRC exigera plutôt que la société s'engage à utiliser tout surplus de liquidités (en excédent des engagements opérationnels) pour racheter les APR avant d'émettre une décision anticipée. De cette façon, les APR seront rachetées dans la mesure où la société ne se trouve pas réellement dans une position de difficultés financières.

De façon générale, les excédents de liquidité représentent les liquidités telles qu'elles sont déterminées par les principes comptables généralement reconnus. Il faut toutefois ajuster le calcul afin de s'assurer que certaines dépenses ne soient pas soustraites. Par exemple, aucune déduction dans le calcul de liquidités ne peut être utilisée pour des paiements à d'autres actionnaires de même que pour des dépenses jugées non nécessaires pour l'entreprise[41].

Il est intéressant de tenir compte des commentaires de l'ADRC émis lors d'une question d'un contribuable à savoir si les gains générés par une entreprise distincte de l'entreprise en difficulté financière devaient être inclus dans le calcul du surplus aux fins de déterminer les liquidités. Selon les faits, l'entreprise qui éprouvait des difficultés financières était exploitée par le contribuable, qui était le propriétaire majoritaire, et un autre contribuable. L'ADRC a conclu que le contribuable ne devait pas utiliser les gains provenant de l'entreprise distincte pour racheter les APR. En effet, obliger le contribuable à effectuer de tels paiements entraînera un bénéfice indu pour l'autre propriétaire minoritaire[42].

---

[41] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9903613, 22 septembre 1999.

[42] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9713873, 1997.

2.6. SOMMAIRE DES DÉCISIONS À RENDRE

De façon générale, l'ADRC est prête à rendre les décisions suivantes :

a) Les actions privilégiées de Nouco (les « actions ») qui seront émises en faveur de la banque et, s'il y a lieu, à un tiers acheteur seront :

   i) des actions décrites au sous-alinéa e)(iii) de la définition d'« action privilégiée à terme » du paragraphe 248(1) L.I.R., dont la durée ne dépassera pas cinq ans à compter de la date de leur émission, et

   ii) des « actions exclues » conformément à l'alinéa c) de la définition de cette expression au paragraphe 112(2.6) L.I.R. pour la même période.

   Par conséquent, les paragraphes 112(2.1), (2.2), (2.3) et (2.4) L.I.R. ne s'appliqueront pas pour refuser à la banque, ou à une tierce société acheteuse résidant au Canada, une déduction en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. relativement à des dividendes reçus ou réputés avoir été reçus sur de telles actions au cours de ladite période.

b) Aucune somme ne sera incluse dans le calcul du revenu de Nouco en vertu de l'alinéa 12(1)c) ou x) L.I.R., du paragraphe 12(3), 12(9), 16(1) ou 246(1) L.I.R. ou de l'article 9 L.I.R. au titre des apports faits ou devant être faits par Perteco au capital de Nouco, et de tels montants ne constitueront pas, pour Nouco, un produit de disposition au sens de l'article 54 L.I.R., tiré de l'aliénation, par cette dernière, de tout bien.

c) Le paragraphe 80(1) L.I.R. ne s'appliquera pas à Perteco du fait qu'un intérêt ne sera pas payé ou payable par cette dernière à Nouco sur le prêt acheté.

d) Sous réserve de l'alinéa 20(1)e.1) L.I.R., les dépenses engagées par Nouco pour l'emprunt d'argent et l'émission des actions seront déductibles conformément à l'alinéa 20(1)e) L.I.R., dans la mesure où de telles dépenses sont raisonnables dans les circonstances.

e) Le coût indiqué, au sens du paragraphe 248(1) L.I.R., pour la banque, des actions sera, immédiatement après leur émission, égal au montant payé par la banque pour ces dernières.

f) Le coût indiqué, au sens du paragraphe 248(1) L.I.R., pour Nouco, du prêt acheté sera, immédiatement après son acquisition auprès de la banque, égal au prix auquel il a été acheté.

g) Aucune somme ne sera incluse dans le calcul du revenu de la banque en application du paragraphe 56(2) L.I.R. au titre des apports faits par Perteco au capital de Nouco.

h) Si le prêt acheté est acquis de nouveau par la banque, le coût indiqué, au sens du paragraphe 248(1) L.I.R., pour cette dernière, du prêt acheté est égal au prix d'achat payé.

i) Aucune somme ne sera incluse dans le revenu de Perteco conformément aux paragraphes 15(1) et 246(1) L.I.R. uniquement du fait qu'un intérêt ne sera pas payé ou payable par cette dernière à Nouco sur le prêt acheté.

j) À la condition que le prêt acheté constitue un ou des prêts consentis par la banque dans le cours de son entreprise habituelle, qui consiste à prêter de l'argent, le prêt acheté acquis de nouveau par la banque sera considéré comme ayant été acquis par cette dernière au cours de son entreprise habituelle, qui consiste à prêter de l'argent, aux fins des alinéas 20(1)e) et 20(1)p) L.I.R.

k) Le paragraphe 112(4) L.I.R. ne s'appliquera pas, relativement aux dividendes reçus par la banque sur les actions, à toute perte subie par cette dernière sur le prêt acheté après qu'elle l'a acquis de nouveau.

l) Par la suite des opérations proposées comme telles, le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquera pas pour déterminer de nouveau les conséquences fiscales confirmées par les décisions rendues.

2.6.1. Commentaires relatifs aux décisions

2.6.1.1. L'article 80 L.I.R.

L'ADRC ne fournit pas de décision anticipée selon laquelle l'article 80 L.I.R. ne s'applique pas à Perteco à la suite du règlement de la dette due par Perteco à Banque. Auparavant, l'ADRC prenait la position que les APR seraient considérées comme émises en guise de règlement de la dette de Perteco. Dans la mesure où la juste valeur marchande des APR était moindre que la juste valeur marchande de la dette réglée, l'article 80 L.I.R. pourrait s'appliquer. Bien que certains commentateurs aient suggéré que l'affaire *Praxair Canada Inc.* c. *La Reine*[43] pourrait servir d'appui à cette position, il

[43] 93 D.T.C. 5101 (C.F. 1re inst.).

semble qu'une telle position fait fi de la structure de la transaction en vertu de laquelle la dette est réglée en contrepartie d'argent comptant.

Des modifications apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1994 éliminaient sensiblement ce problème car le paragraphe 80.02(3) établit que, aux fins de l'article 80 et dans la mesure où une créance commerciale est réglée en contrepartie d'une APR, le montant payé pour la créance est réputé correspondre au moins élevé du :

a) principal de la créance;

b) le montant qui vient augmenter le capital versé au titre de la catégorie d'actions qui comprend l'action à cause de l'émission de l'action.

2.6.1.2. Montants déductibles

Il faut s'assurer que Nouco gagne un revenu afin de permettre que Nouco puisse déduire les coûts assortis à l'émission des APR. Tel qu'il est précédemment décrit, l'ADRC pourrait permettre à Perteco de déduire les coûts dans certains cas.

2.6.1.3. L'application du paragraphe 112(4) L.I.R.

Il est préférable de remplacer les APR par une nouvelle créance commerciale ou d'autres APR plutôt que de vendre les APR à perte. L'ADRC prendrait la position que le paragraphe 112(4) L.I.R. s'applique à la disposition des APR et dans un tel cas, le paragraphe 112(4) L.I.R. pourrait empêcher la réalisation d'une perte jusqu'à concurrence des dividendes qui ont été reçus sur les APR.

2.7. MOYENS DE DÉMANTELER LA STRUCTURE[44]

Lors du règlement des APR, l'article 80 L.I.R. pourrait s'appliquer en raison du fait que les APR constituent une dette commerciale en vertu de la définition de « dette commerciale » au paragraphe 80(1) L.I.R. pour laquelle il peut avoir un montant remis. Il faut toutefois noter que l'article 80.02 L.I.R. prévoit des règles régissant l'application de l'article 80 L.I.R. lors du règlement des APR.

---

[44] Pour plus de renseignements, voir John UNGER, « Structuring the Purchase of a Financially Troubled Corporation », dans *1996 Corporate Management Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, pp. 6:1-25.

Comme mentionné précédemment, les APR perdent leur statut en tant que APR après cinq ans et l'ADRC requiert que les APR soient rachetées au bout de cinq ans. Si les APR demeurent émises, aux fins du paragraphe 80(1) L.I.R., il y a présomption de règlement des APR à leur juste valeur marchande lorsque les APR perdent leur statut[45].

Dans le cas où une APR serait remplacée par une créance commerciale, le montant payé en règlement du principal de l'action est réputé être égal au principal de la créance[46]. De même, si une APR est remplacée par une autre APR, le montant payé en règlement de l'APR est réputé être égal au montant du capital versé attribué à la nouvelle APR aux fins du paragraphe 80(1) L.I.R. en vertu du paragraphe 80.02(6) L.I.R. Dans de telles situations, il est donc possible d'éviter l'application de l'article 80 L.I.R. Dans le cas où l'APR serait réglée en contrepartie d'une créance autre que commerciale ou par une action autre qu'une APR, le montant de règlement de l'APR est réputé être égal à la juste valeur marchande de l'autre action ou dette[47].

Il existe plusieurs façons de défaire la structure des APR à la fin de la période de cinq ans.

a) La banque pourrait effectuer un « put » des APR de Nouco à Perteco pour la nouvelle dette de Perteco. Le problème principal que soulève cette situation est qu'il sera difficile de s'assurer une garantie suffisante sur la nouvelle dette émise.

b) La banque prête à Perteco. Perteco utilise l'argent afin de régler la dette due à Nouco. Nouco se sert de l'argent reçu afin de racheter les APR détenues par la banque. Cette façon de procéder a l'avantage de fixer le coût du prêt de la banque à Perteco. Un problème survient du fait qu'il sera difficile d'octroyer une garantie suffisante pour la banque.

---

45 Par. 80.02(7) L.I.R.

46 En vertu du paragraphe 80.02(2), le principal de l'action correspond au montant pour lequel l'action a été émise. Le montant pour lequel l'action a été émise est l'excédent du :

a) du montant pour lequel l'action a été émise, et

b) le montant d'augmentation du capital versé, sur

c) le total des montants de réduction du capital versé.

47 Par. 80.02(6) L.I.R.

c) Nouco rachète les APR en se servant du prêt de la banque. La banque devient donc le créancier de Perteco.

d) La banque fait l'acquisition du prêt intersociété de Nouco. La banque pourrait bénéficier de la subrogation de la dette.

e) Il est possible de remplacer les APR par de nouvelles APR. Il faut toutefois refaire toutes les étapes reliées à l'émission des APR. De plus, il faut s'assurer que de nouvelles APR soient émises. Il n'est pas possible de se servir des APR qui ont déjà été émises.

2.8. ALTERNATIVE DANS LE CAS D'UN CRÉANCIER NON IMPOSABLE : TRANSFERT DES APR À UNE TIERCE PARTIE

Si le créancier d'une société en difficulté financière n'est pas une entité imposable, le régime des APR ne sera pas intéressant. Dans une telle situation, il faudra vérifier la possibilité de mettre en place une planification en vertu de laquelle les APR sont vendues à une tierce partie imposable[48]. Ainsi, l'entité non imposable pourrait transférer les APR à une entité imposable en garantissant le risque relié à l'émetteur des APR. L'entité imposable recevrait un dividende déductible de son revenu imposable et l'entité non imposable ferait l'acquisition des APR avant leur expiration[49].

Pour garantir le risque associé à l'APR, l'entité non imposable acceptera d'accorder une hypothèque sur la contrepartie reçue en échange des APR. L'entité non imposable, quant à elle, investira néanmoins la contrepartie reçue et gardera le retour d'investissement.

Comme l'investissement de l'entité imposable est complètement garanti, cette dernière devrait être prête à réduire le rendement qu'elle reçoit sur les APR, car ce retour est basé sur un investissement dans des titres de dettes qui comportait un élément plus élevé de risque. L'entité imposable paiera donc un montant à l'entité non imposable en contrepartie de la garantie offerte par l'entité non imposable d'acquérir les APR. Il faut toutefois se questionner quant à la déductibilité d'un tel paiement pour l'entité imposable.

---

48 Pour plus de renseignements, voir J. UNGER, *loc. cit.*, note 44.

49 Les APR sont exclus du « mécanisme de transfert de dividendes » prévu au paragraphe 248(1) L.I.R.

Ni les règles concernant le mécanisme du transfert de dividendes ni celles relatives au remisage de dettes ne devraient s'appliquer en l'espèce. La définition du « mécanisme du transfert de dividendes » exclut expressément les APR. En vertu du paragraphe 80.01(8) L.I.R., la présomption de règlement après le remisage de dettes ne s'applique qu'aux créances commerciales. Une APR n'est pas une créance commerciale mais une dette commerciale.

3. OBLIGATIONS À INTÉRÊT CONDITIONNEL

Les obligations à intérêt conditionnel (ci-après « OIC ») constituent une alternative aux APR. Les conditions d'émission d'OIC sont les mêmes que celles qui existent pour des APR et nous référons le lecteur aux sections 2.2. et 2.3. du présent texte.

À la différence des dividendes payables sur des APR, l'intérêt n'est payable sur l'OIC que dans la mesure où l'émettrice a réalisé des bénéfices (avant d'envisager le paiement de l'intérêt sur l'OIC). Si une société émet plusieurs OIC, le profit doit être attribué parmi les différentes OIC.

La plupart des règles régissant les OIC proviennent de positions administratives de l'ADRC plutôt que de dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De l'avis de l'ADRC, le calcul des bénéfices correspond à son revenu net calculé selon les principes comptables généralement reconnus après déduction pour l'impôt sur le revenu et pour des postes extraordinaires. Le revenu net ne comprend pas les bénéfices réalisés par des filiales ou des sociétés associées. Toutefois, les dividendes reçus d'une telle société sont inclus dans le calcul du revenu net jusqu'à concurrence du pourcentage de participation de la société en difficulté financière dans la société payant un dividende. Il faut attribuer le revenu net à la période durant laquelle l'OIC est émise. Une société ne peut pas payer un montant d'intérêt pour une période qui excède le revenu net pour la même période. Des pertes réduisent le profit généré lors de périodes subséquentes. Une perte subie après une période n'est toutefois pas appliquée de façon rétroactive. L'intérêt qui ne peut pas être payé à cause de manque de revenu peut être payé à un moment ultérieur. Toutefois, si l'OIC expire avant que l'intérêt prévu puisse être payé, l'intérêt est éteint et la société en difficulté financière est relevée de toute obligation de le payer.

L'avantage des OIC consiste, sauf pour une exception très limitée, en ce que la somme versée par une société à titre d'intérêt par une société qui réside au Canada est réputée avoir été payée par la société et reçue par le contribuable à titre de dividende sur une action du capital-actions de la

société en vertu du paragraphe 15(3) L.I.R. De même, dans le cas d'une société non résidente, la somme versée au titre d'une OIC est réputée avoir été reçue par le contribuable à titre de dividende sur une action du capital-actions dans la mesure où la somme versée n'aura été, en vertu des lois du pays où la société résidait, déductible dans le calcul du revenu de la société aux fins de l'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices au pays de résidence de la société[50].

Même si cela n'est pas précisé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'ADRC prend la position administrative que le dividende réputé avoir été versé en vertu du paragraphe 15(3) L.I.R. sera toujours considéré comme un dividende imposable aux termes du paragraphe 89(1) L.I.R.[51]

En vertu de l'alinéa 18(1)g) L.I.R., le paiement effectué par le débiteur n'est pas déductible aux fins du calcul de son revenu aux fins de l'impôt.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-52R4, l'ADRC précise qu'une OIC ne perd pas sa qualité du seul fait que :

a) selon les modalités de l'obligation, l'intérêt continue à courir après que le titre a cessé d'être une OIC;

b) l'intérêt qui n'est pas payable en raison de l'insuffisance des bénéfices d'une période continue à courir et est versé plus tard quand il y a suffisamment de bénéfices;

c) l'intérêt devient composé lorsqu'il court mais n'est pas payable à cause de l'insuffisance des bénéfices;

d) la fraction des bénéfices réalisés pendant une période qui dépasse la somme requise pour payer un intérêt pendant cette période sert à payer l'intérêt d'une période ultérieure;

e) l'intérêt est payé mensuellement, trimestriellement, semestriellement, etc., d'après une estimation des bénéfices entraînant un tel intérêt, à condition que le détenteur soit tenu de rembourser la fraction de l'intérêt qui dépasse l'intérêt dûment payable pour l'exercice financier;

---

50 Par. 15(4) L.I.R.

51 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 19, par. 3.

f) l'obligation est convertible en actions ou en un autre genre de titre;

g) le principal est garanti;

h) l'obligation peut être rachetée en entier ou en partie avant l'échéance;

i) le principal de l'OIC devient payable à cause d'une dérogation aux modalités de l'entente, qui peut comprendre le défaut par la corporation émettrice de réaliser des bénéfices suffisants pour verser le plein montant de l'intérêt couru sur l'obligation; ou

j) les modalités du titre lui-même ou de toute entente s'y rapportant stipule que si le traitement prévu pour les OIC dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* est modifié ou si le Ministère établit une cotisation après avoir décidé que le titre n'est pas une obligation à intérêt conditionnel, l'intérêt courra à partir de la date des événements susmentionnés, habituellement à un taux plus élevé.

Une OIC perdra son statut lors des événements suivants :

a) à n'importe quel moment, lorsque des modifications, autres que de nature mineure, ont été apportées aux conditions d'une entente établie ou d'une OIC émise en vertu d'une entente établie, ou encore aux conditions de toute entente relative à des obligations de ce genre, à moins que les conditions permettant l'émission d'une OIC ne soient respectées à la suite des modifications en cause;

b) lorsqu'une obligation a été acquise dans le cours normal des affaires d'une institution financière désignée, d'une société ou d'une fiducie non testamentaire et que les conditions de l'obligation visée ou de toute entente connexe autorisent le détenteur à exiger, après le 16 novembre 1978, le remboursement, l'acquisition, l'annulation ou la conversion de l'obligation à moins que :

   i) le remboursement, l'acquisition, l'annulation ou la conversion de l'obligation ne sont requis qu'en raison du non-respect des conditions qui s'y appliquent ou des conditions d'une entente connexe conclue lors de l'émission de l'obligation;

c) après le 16 novembre 1978, au moment particulier où la date d'échéance d'une obligation a été prorogée ou les conditions relatives au remboursement du principal de l'obligation modifiées;

d) à la date d'échéance prévue pour l'obligation;

e) au moment particulier où le principal de l'obligation :

i) est remboursé au complet;

ii) est transformé en un autre genre de titre; ou

iii) devient exigible en raison d'une dérogation aux modalités de l'obligation, sauf si le détenteur de l'obligation y renonce aux termes des modalités de l'obligation visée.

COMMENT PROTÉGER LE PATRIMOINE DU DIRIGEANT?

Louis Dumont
Avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 28:3

1. LES SOURCES DE RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS ET DIRIGEANTS 28:4

1.1. LOIS PARTICULIÈRES 28:4
1.1.1. Droit corporatif 28:4
1.1.2. Droit des valeurs mobilières 28:13
1.1.3. Droit fiscal (responsabilité civile et pénale) 28:13
1.1.4. Droit du travail 28:15
1.1.5. Droit environnemental 28:17
1.1.6. Droit de l'immigration 28:18
1.1.7. Droit de la concurrence 28:18
1.1.8. Droit de la faillite 28:18
1.2. LA RESPONSABILITÉ EN VERTU DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* 28:20
1.2.1. La responsabilité extracontractuelle 28:20

1.2.2. Non-respect des devoirs quasi fiduciaires d'un administrateur 28:21
1.2.3. Le soulèvement du voile corporatif 28:22
1.2.4. Non-divulgation de l'insolvabilité de la compagnie aux tiers contractants 28:23
1.2.5. Fraude à l'égard de la personne morale 28:24
1.2.6. Conflit d'intérêts 28:24
1.3. *CODE CRIMINEL* CANADIEN 28:24

2. STRATÉGIES DE DÉFENSE ET MESURES DE PROTECTION 28:25

2.1. DÉFENSES STATUTAIRES 28:25
2.1.1. Diligence raisonnable / bonne foi 28:25
2.1.2. Prescription 28:27
2.1.3. Responsabilité complémentaire par rapport à la personne morale dans certains cas. 28:28
2.1.4. L'acte est en conformité avec la loi 28:28
2.1.5. Opposition explicite à une mesure 28:28
2.1.6. Convention unanime des actionnaires 28:29
2.2. MESURES DE PROTECTION 28:30
2.2.1. Indemnisation des administrateurs par la personne morale 28:30
2.2.2. Établissement d'une fiducie 28:31
2.2.3. L'assurance responsabilité 28:32
2.2.4. Arrangement avec les créanciers 28:39
2.2.5. Démission 28:41

3. LA RÉGIE D'ENTREPRISE (*CORPORATE GOVERNANCE*) 28:42

3.1. ACTUALITÉ RÉCENTE 28:43

CONCLUSION 28:45

INTRODUCTION*

Dans l'ère post Enron et des récents scandales financiers, la nervosité et la fébrilité règnent auprès des administrateurs et dirigeants de personnes morales qui voient leurs responsabilités augmenter et la patience des investisseurs devenir plutôt sinusoïdale. Les faits et gestes des administrateurs et dirigeants sont de plus en plus scrutés à la loupe et nous devons nous attendre à une prolifération des poursuites contre eux.

Les administrateurs sont collectivement chargés d'administrer les affaires de la compagnie, alors que cette charge est individuelle pour les dirigeants. Les administrateurs comme les dirigeants sont des mandataires de la compagnie[1] et, dans cette fonction, responsables d'accroître et de faire fructifier le patrimoine de la compagnie. Ils peuvent engager la compagnie envers les tiers qui n'ont en principe pas à se préoccuper du fait que le dirigeant ou l'administrateur outrepasse ses pouvoirs, ceci étant une question de la régie interne de la compagnie (*indoor management*).

Le principe bien établi depuis l'arrêt du conseil privé anglais dans l'affaire *Salomon* c. *Salomon & Co.*[2] est que les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Envers les tiers, les administrateurs ne sont en principe pas responsables pour les actes et omissions de la compagnie[3].

Toutefois, en regard de l'évolution de la responsabilité statutaire des administrateurs et dirigeants, ce principe est battu en brèche. En réalité, l'immunité des dirigeants ou des administrateurs peut sembler être l'exception plutôt que la règle.

Dans ce contexte, il est impératif que les administrateurs et les directeurs comprennent l'étendue de leurs devoirs et obligations, ainsi que les limites des protections dont ils peuvent bénéficier en vertu des contrats d'assurance responsabilité. Ils doivent également être conscients des mécanismes de défense qui leur sont permis aux termes de la législation et de la

---

* Ce texte a été préparé avec la précieuse collaboration de Jan A. Krupski, stagiaire.

1 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 321; *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C.Q. »), art. 123.83.

2 [1897] A.C. 22 (H.L.).

3 Voir art. 309 et 1257 C.c.Q.

jurisprudence applicables pour s'assurer de mettre en place les mesures de protection appropriées.

Cette présentation débute par un survol des sources de responsabilité des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans notre droit, avant d'aborder les stratégies de défense et mécanismes pouvant servir à réduire les risques d'être tenus personnellement responsables ou d'exposer leur patrimoine.

1. LES SOURCES DE RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS ET DIRIGEANTS

Les sources de responsabilité des administrateurs et dirigeants sont abondantes. Elles sont à la fois de nature civile et de nature pénale.

Les sources de responsabilité civile se trouvent dans les lois particulières et dans notre loi de portée générale, le *Code civil du Québec*.

La responsabilité pénale fait également l'objet de ces lois particulières et s'ajoute à la responsabilité criminelle générale qui ressort du *Code criminel* canadien[4].

Ces règles seront exposées par la suite.

1.1. LOIS PARTICULIÈRES

La responsabilité des dirigeants est notamment légiférée dans les domaines particuliers suivants : le droit des sociétés et le droit de la faillite et de l'insolvabilité, le droit des valeurs mobilières, le droit fiscal, le droit du travail, le droit environnemental, le droit de l'immigration et le droit de la concurrence.

1.1.1. Droit corporatif

1.1.1.1. L'obligation d'agir de bonne foi et avec diligence et compétence en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

Le paragraphe 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[5] prévoit deux obligations générales pour un administrateur soit :

---

4 L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

5 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

- d'agir avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de la compagnie; et

- d'agir avec soin, diligence et compétence.

Au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande, les tribunaux reconnaissent que les administrateurs n'ont pas en principe de devoir de fiduciaire envers les créanciers. Le devoir de fiduciaire appartient à la compagnie et à ses actionnaires. Par contre, lorsque la compagnie devient insolvable, les tribunaux reconnaissent que ce devoir doit être exercé d'une manière à ne pas porter préjudice à l'intérêt des créanciers.

Les tribunaux étrangers adoptent des tests à la fois subjectifs et objectifs pour déterminer si l'administrateur a correctement respecté son devoir de fiduciaire. Du point de vue objectif, le tribunal devra considérer la conduite de l'administrateur et se satisfaire du fait que celui-ci a agi raisonnablement. Sur le plan subjectif, le tribunal évaluera l'implication de l'administrateur dans la compagnie ainsi que son degré de compétence et d'expérience[6].

Dans la décision récente de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Peoples Department Stores Inc. / Magasins à rayons Peoples inc. (syndic de)*[7], la Cour a refusé d'étendre la responsabilité de l'administrateur lorsque la compagnie est insolvable au motif « qu'il n'appartient pas aux tribunaux de décider de l'opportunité d'une évolution du droit des sociétés que le législateur n'a pas cru bon de mettre en place lors de sa réforme »[8]. Seul le législateur peut créer une responsabilité des administrateurs envers les créanciers de la compagnie.

---

6 Voir, par exemple, *Kinsella* c. *Russell Kinsella Property Ltd.*, [1986] 4 A.C.L.C. 215, 221; *Nicholson* c. *Permakraft (N.Z.) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242, 249 (N.Z.C.A.); *Liquidator of West Mercia Safetywear Ltd.* c. *Dodd & Anor*, [1988] 4 B.C.C. 30, 33 (C.A.); *Insolvency Act 1986* (U.K.), art. 214; *Corporations Law* (Australie), art. 588G; *Companies Act 1933* (N.Z.), art. 135.

Ces décisions sont discutées *in extenso* par Paul MARTEL dans « L'insolvabilité de la compagnie et la responsabilité des administrateurs : l'émergence d'un "insolvent trading" judiciaire? », dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 61 aux pages 67 et suiv.

7 C.A. Montréal, n° 500-09-007536-980, 5 février 2003; J.E. 2003-499 (C.A.) (ci-après « *Peoples* »).

8 *Id.*, par. 94 et suiv., au par. 96 du jugement.

Dans l'arrêt *Peoples*, la Cour conclut que le devoir de loyauté ou « fiduciary duty » ne se rapporte pas à la qualité de la gestion des administrateurs, mais plutôt à leur comportement personnel. La loi leur impose d'être loyaux envers ceux qui leur ont confié la mission de gérer les actifs mis en commun. Ce genre de devoir s'intéresse davantage à la motivation des administrateurs plutôt qu'aux conséquences de leurs gestes.

Autrement dit, l'intégrité et la bonne foi s'analysent en fonction des raisons qui poussent les administrateurs à agir et non à la lumière des résultats concrets de leurs actions[9]. Le résultat aurait certainement été différent si la Cour avait conclu que les administrateurs avaient agi de mauvaise foi, s'ils avaient agi en leur propre intérêt ou s'ils s'étaient retrouvés en conflit d'intérêts.

Outre le devoir de loyauté ou le devoir fiduciaire, l'alinéa 122(1)b) L.C.S.A. exige que les administrateurs agissent dans leurs fonctions avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve une personne prudente en de pareilles circonstances.

Aucun niveau de compétence n'est exigé pour un administrateur en droit canadien[10]. En ce sens, Paul Martel définit les devoirs d'agir avec soin et diligence comme suit :

> « Les devoirs de prudence et diligence imposés par la loi aux administrateurs ne leur imposent pas d'être compétents ou habiles, mais de faire de leur mieux avec la compétence et le sens des affaires qu'ils ont; il leur impose aussi d'agir avec diligence pour se prémunir contre leurs propres imperfections en recherchant l'aide de conseillers qualifiés, ou du moins semblant l'être[11]. »

L'arrêt de principe en la matière a été rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Soper* c. *Canada*[12], où la Cour établit des critères à la fois objectifs et

---

9 *Peoples*, précité, note 7.

10 Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 23-7.

11 Voir également *In Re City Equitable Fire Insurance*, [1924] Ch. 407, 409 (C.A.); R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *Droits des sociétés par actions – principes fondamentaux*, Montréal, Thémis, 2002, p. 459; Y. LAUZON, « La perception judiciaire des devoirs des administrateurs : quel progrès? », dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit commercial*, vol. 112, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 151 et 223.

12 [1998] 1 C.F. 124 (C.A.).

subjectifs pour évaluer la compétence et les soins apportés par un administrateur à sa charge :

> « The standard of care set out in subsection 227.1(3) of the Act is, therefore, not purely objective. Nor is it purely subjective. It is not enough for a director to say he or she did his or her best, for that is an invocation of the purely subjective standard. Equally clear that honesty is not enough. However, the standard is not a professional one. Nor is it the negligence law standard that governs these cases. Rather, the Act contains both objective – embodied in the reasonable person language – and subjective elements – inherent and individual considerations like "skill" and the idea of "comparable circumstances". Accordingly, the standard can be properly described as "objective-subjective"[13]. »

Pour agir avec soin et diligence, les administrateurs doivent être correctement informés. Les administrateurs doivent donc prendre toutes les mesures nécessaires pour être correctement informés, car ce sera là l'un des éléments importants dans l'appréciation éventuelle par un tribunal de la présence d'une conduite raisonnable de la part de l'administrateur :

> « The mandate of directors is to manage the company according to their best judgment; that judgment must be an informed judgment; it must have a reasonable basis[14]. »

La conduite des administrateurs ne sera pas considérée raisonnable lorsque ceux-ci se sont aveuglément fiés sur un dirigeant sans faire aucune vérification[15].

Malgré la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Peoples*, certains mettent en doute que celle-ci soit suivie dans d'autres juridictions[16]. Il faudra sans doute attendre une évolution jurisprudentielle ou, possiblement, une intervention du législateur avant que ne soit consacrée une source directe de responsabilité des administrateurs en droit canadien pour « insolvent trading » envers les créanciers.

---

13 Au même effet, voir *Re City Equitable Fire Insurance*, précité, note 11.

14 *Maple Leaf Foods Inc. et al.* c. *Schneider Corporation*, [1998] 113 O.A.C. 263-265 (Ont. C.A.).

15 Voir *Blair* c. *Consolidated Enfield Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 5.

16 Voir notamment les commentaires du juge Farley de la Cour suprême de l'Ontario dans *Pylex Limited (Trustee of)* c. *Andersen et autres*, O.G. 833, par. 20 (11 mars 2003).

1.1.1.2. Recours en oppression en vertu de l'article 241 L.C.S.A.

Par ailleurs, dans les provinces de *common law*, on a utilisé le recours en oppression au droit fédéral[17] afin d'obtenir des condamnations personnelles des administrateurs pour des préjudices soufferts par les créanciers à la suite d'une faillite. Selon cette jurisprudence, la responsabilité peut être engagée dès que l'administrateur s'avantage sciemment, même de bonne foi, comme par exemple quand il s'agit d'un remboursement d'avances et de l'émission par la compagnie d'une lettre de crédit pour le libérer de ses cautionnements personnels[18].

Dans l'affaire *Olympia and York Developments Ltd. (Trustee of)* c. *Olympia and York Reality Corporation*[19], le juge Farley de la Cour suprême de l'Ontario a permis à un syndic d'intenter un recours en oppression contre les administrateurs aux termes de l'article 241 L.C.S.A. puisque le syndic était aux droits des créanciers[20].

Il est à noter qu'au niveau provincial, la *Loi sur les compagnies* ne reprend pas le recours d'oppression prévu à l'article 241 L.C.S.A. Les tribunaux ont dû s'appuyer sur l'article 33 du *Code de procédure civile*[21] (« pouvoirs généraux de la Cour supérieure ») afin de contrer une conduite oppressive de la part des administrateurs[22].

---

17 Voir al. 241(3)j) L.C.S.A.

18 Une dizaine de décisions traitent du sujet. Voir *Heap Noseworthy Ltd.* c. *Didham*, (1997) 29 B.L.R. (2e) 279 (Nfld S.C.); *SCI Systems Inc.* c. *Gormizki Thompson & Little Co.* (1997) 147 D.L.R. (4e) 300 (Ont. C.J.); *Gignac, Lutts and Woodball Construction Co.* c. *Harris*, (1998) 36 B.L.R. (2e) 210 (Ont. Gen. Div.); *R.* c. *Sands Motor Hotel Ltd.* (1984) [1985] 1 W.W.R. (Sask Q.B.); *Bank of Montreal* c. *Dome Petroleum Ltd.*, (1987) 54 Alta. L. R. (2e) 289 (Q.B.); *Re Sidaplex – Plastic Suppliers Inc. and the Elta Group Inc. et autres*, (1998) 40 O.R. (3e) 563 (Ont. C.A.); *First Edmonton Place Ltd.* c. *315888 Alberta Ltd.* (1988) 40 B.L.R. 28 (Alta Q.B.); *Levy-Russell Ltd.* c. *Shieldings*, (1998) 41 O.R. (3e) 54. Voir P. MARTEL, *loc. cit.*, note 6.

19 (2001) 16 B.L.R. 1 (3e) 74 (Ont. S.C.).

20 Voir *Contrat PG Canada* c. *Standard Trust Company*, (1991) 5 O.R. (3e) 660 (Gen. Div.), où le juge Holden a refusé ce droit sur la base que les agissements de la faillie avaient été entérinés par une résolution unanime de son conseil d'administration.

21 L.R.Q., c. C-25.

22 Voir *Développement urbain Candiac inc.* c. *Combest Corporation*, [1993] R.J.Q. (C.A.) 1321; J. SMITH, « Protection of minority shareholders in Quebec and Article

(à suivre…)

1.1.1.3. Responsabilité civile pour participation aux réunions du conseil d'administration

Rien n'oblige les administrateurs à assister à toutes les réunions du conseil d'administration. La seule absence ne peut engager leur responsabilité, à moins qu'elle ne cause un préjudice à la compagnie[23].

Toutefois, la loi crée certaines présomptions.

En ce qui concerne la présence lors des réunions du conseil d'administration, un administrateur est présumé avoir approuvé toute résolution ou avoir participé à toute mesure prise lors de la réunion[24].

En ce qui concerne l'absence lors d'une réunion, l'administrateur est réputé avoir acquiescé à la résolution prise à la réunion au fédéral[25], tandis qu'au Québec, il est réputé ne pas y avoir acquiescé[26].

Même s'il n'existe pas d'obligation de la part d'un administrateur d'assister à toutes les réunions du conseil d'administration, il va sans dire que les absences répétées d'un administrateur lors des conseils d'administration où des décisions cruciales pourront être prises, soit notamment lorsque la compagnie est insolvable, pourront entraîner un tribunal à conclure que l'administrateur a manqué à son devoir de diligence[27] ou, à tout le moins, qu'il a manqué à son défaut de se tenir informé des développements au sein de la compagnie.

Comme nous l'avons vu, les tribunaux auront tendance à apprécier à la fois objectivement et subjectivement la raisonnabilité de la conduite d'un administrateur. En vertu de la règle du « Business Judgment Rule »[28], nos

---

(…suite)
33 of the Code of civil procedure », (1998), 80 *Revue du Notariat* 193; R. DEMERS, « Litigation in Quebec », C.A.J. (1998).

23 Voir *Dorchester Finance Co*. c. *Stebbing*, [1989] B.C.L.C. 498 (Ch.D.).

24 Voir art. 123.85 L.C.Q. et par. 123(1) L.C.S.A.

25 Voir par. 123(3) L.C.S.A.

26 Voir art. 123.86 L.C.Q.

27 Art. 122 L.C.S.A.

28 Voir P. MCGUINNESS, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Markham, Ont., Butterworths, 1999, pp. 714 et 957.

tribunaux sont généralement réticents à s'immiscer dans la gestion courante des entreprises[29].

D'ailleurs, dans *Peoples*, la Cour d'appel du Québec reconnaît aux administrateurs le droit de se tromper[30]. Néanmoins, ceci implique nécessairement que l'administrateur s'est acquitté de sa tâche de superviser, dans la mesure où il peut le faire, l'exercice par les dirigeants de leurs fonctions.

1.1.1.4. Responsabilité lorsque les tests financiers ne sont pas satisfaits

Sans s'étendre plus amplement sur le sujet, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et la *Loi sur les compagnies* contiennent de nombreux exemples de cas où les administrateurs engagent leur responsabilité lorsque certaines transactions sont effectuées alors que les tests financiers ne sont pas satisfaits. À titre d'exemples :

- les administrateurs sont responsables pour les prêts et garanties[31] illégaux aux actionnaires, notamment lorsque le test comptable n'est pas satisfait[32];

- les administrateurs sont responsables pour le paiement d'un dividende lorsque les tests comptables ne sont pas satisfaits[33] ou effectués dans les 12 mois précédant la faillite[34] (responsabilité solidaire);

- les administrateurs sont responsables pour le transfert[35] ou l'émission[36] d'actions non entièrement payées (responsabilité solidaire);

---

29 *Id.*, pp. 11, 13 et 14.

30 Voir *Peoples*, précité, note 7.

31 Voir *Girard* c. *Breault*, [1989] R.J.Q. 289.

32 Voir art. 95, 123.66 et suiv. L.C.Q.

33 Voir art. 79, 94, 123.70 et suiv. L.C.Q.; art. 42 et al. 118(2)c) L.C.S.A.

34 Voir *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (telle que modifiée par L.C. 1992, c. 1 et L.C. 1992, c. 27) (ci-après « L.F.I. »), par. 101(1) et al. 101(2)b).

35 Voir art. 72 L.C.Q.

36 Voir art. 25, par. 118(1) et 118(6) L.C.S.A.

- les administrateurs sont responsables pour l'acquisition d'actions lorsque les tests comptables ne sont pas satisfaits[37] ou effectués dans les 12 mois précédant la faillite (responsabilité solidaire)[38];

- les administrateurs sont responsables pour l'autorisation de fusion sans que le test comptable ne soit satisfait (Québec) (responsabilité solidaire)[39];

- les administrateurs sont responsables envers les créanciers lors de la dissolution volontaire de la compagnie sans paiement des dettes (Québec) (responsabilité solidaire)[40];

- les administrateurs sont responsables pour la réduction de capital sans que le test comptable ne soit satisfait (Québec) (responsabilité solidaire)[41];

- les administrateurs sont responsables pour le refus de montrer les livres d'une compagnie en vertu de la Partie I (Québec)[42];

- les administrateurs sont responsables pour le versement d'une indemnité en dehors des cas prévus (fédéral) (responsabilité solidaire)[43]; et

- les administrateurs sont responsables pour le versement de commissions non raisonnables lors de l'émission ou de la vente d'actions (fédéral) (responsabilité solidaire)[44].

Comme nous le verrons plus loin, il serait important pour l'administrateur de démontrer qu'il a agi de bonne foi et qu'il s'est appuyé sur des états financiers et autres états comptables de la compagnie ou le rapport de vérification donné par les dirigeants de cette société, ou qu'il s'est

---

37 Voir art. 123.52 à 123.56 L.C.Q.; art. 34, 35, 36, 190 et 241 L.C.S.A.

38 Voir par. 101(1) et al. 101(2)b) L.F.I.

39 Art. 123.116 et 123.121 L.C.Q.

40 Voir art. 29 L.C.Q.

41 Voir art. 123.63 et 123.64 L.C.Q.

42 Voir par. 108(1) L.C.Q. (une amende pouvant aller jusqu'à 100 $ est aussi possible).

43 Voir al. 118(2)d) et art. 124 L.C.S.A.

44 Voir al. 118(2)b) L.C.S.A.

appuyé sur un conseiller indépendant approprié pour conclure que la transaction respectait les tests financiers.

1.1.1.5. Responsabilité pénale

L'administrateur pourra engager ses responsabilités pénales dans les cas suivants :

- pour infractions relatives aux livres et registres de la compagnie[45];
- pour infractions relatives au bilan[46];
- pour infractions relatives aux déclarations selon la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*[47] (Québec);
- pour fausses représentations lors d'une réduction de capital en vertu de la Partie I (Québec)[48];
- pour infractions relatives à la sollicitation de procurations (fédéral)[49];
- pour faux renseignements et omissions dans les rapports, avis et déclarations (fédéral)[50];
- généralement pour contravention à la loi particulière en l'absence de peines plus précises[51].

---

45 Voir par. 105(2), 108(1) L.C.Q. (Partie I) et par. 22(3) L.C.S.A.

46 Voir par. 114(5) L.C.Q. (amende maximale de 200 $) et par. 171(9) L.C.S.A. (amende maximale de 5 000 $ / six mois d'emprisonnement).

47 L.R.Q. c. P-45, art. 101, 102, 103, 106 et 109.

48 Voir art. 61 L.C.Q. (amende jusqu'à 200 $).

49 Voir par. 149(4) et 150(4) L.C.S.A. (amende maximale de 5 000 $ / emprisonnement de six mois).

50 Voir par. 250(1) L.C.S.A. (amende maximale de 5 000 $ dollars / emprisonnement de six mois).

51 Voir art. 123 L.C.Q.; art. 251 L.C.S.A.; art. 202, 205 L.V.M. et art. 204 L.F.I.

1.1.2. Droit des valeurs mobilières

La *Loi sur les valeurs mobilières*[52] prévoit que l'administrateur engage sa responsabilité civile dans deux cas spécifiques :

i) lorsqu'il y a un placement de valeurs mobilières sans prospectus ou une note d'information[53]; ou

ii) lorsque les règles de confidentialité ne sont pas respectées lors d'une transaction de valeurs mobilières[54].

D'autre part, la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit un corollaire de nature pénale dans les cas suivants :

i) lorsqu'un placement est fait sans prospectus[55];

ii) lorsque les règles de confidentialité ne sont pas respectées[56]; et

iii) lorsqu'il y a défaut de produire un rapport d'initié (Québec)[57].

1.1.3. Droit fiscal (responsabilité civile et pénale)

Les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables de certaines retenues aux termes des lois fiscales.

1.1.3.1. Droit fédéral

Au fédéral, les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables envers les autorités fiscales, selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*[58] (déductions à la source), aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*[59]

---

52 L.R.Q., c. V-1.1 (ci-après « L.V.M. »).

53 Voir art. 214 et suiv. L.V.M.

54 Voir art. 187 L.V.M. (émetteurs assujettis seulement); par. 131(4) et suiv. L.C.S.A.

55 Voir art. 214 et suiv. L.V.M.

56 Voir par. 195(3) et art. 205 L.V.M. (amende jusqu'à 50 000 $).

57 Voir par. 204(1) L.V.M. (amende jusqu'au quadruple du bénéfice réalisé ou 1 M$, selon le montant le plus élevé).

58 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 227.1(1) et 227.1(2).

59 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »), par. 323(1) et 323(2).

(TPS), de même que pour les contributions à l'assurance emploi et au Régime de pensions du Canada[60].

En ce qui concerne les déductions à la source et les contributions à l'assurance emploi et au Régime de pensions du Canada, l'administrateur sera responsable pour les montants qui n'ont pas été retenus ou perçus et non remis. En ce qui concerne la TPS, l'étendue de la responsabilité de l'administrateur se limite aux sommes perçues par la compagnie mais non versées aux autorités fiscales.

1.1.3.2. Droit provincial

Au provincial, les plus importantes responsabilités des administrateurs découlent de la *Loi sur le ministère du Revenu*[61], en relation avec les lois fiscales particulières[62] au Québec.

Cette charge comprend toute somme (plus intérêts et pénalités) que la compagnie doit remettre à la Couronne. Cependant, ce devoir ne s'actualise que lorsque la compagnie opère une cession ou une liquidation des biens, et pourvu (au fédéral) que la réclamation de nature fiscale soit déposée auprès du syndic dans les six mois suivant la faillite ou le non-acquittement d'un certificat d'exécution des autorités fiscales.

Ajoutons que l'administrateur engage sa responsabilité lorsqu'il consent, acquiesce ou participe à une distribution des biens de la compagnie sans avoir obtenu le certificat prévu à l'article 14 L.M.R., attestant qu'aucune somme n'est exigible au ministère du Revenu.

---

60 *Loi sur l'assurance-emploi,* L.R.C. (1996), c. 23 (ci-après « L.A.E. »), art. 83 et *Loi sur le régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), c. C-8, art. 21.1.

61 L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

62 Pour la responsabilité civile, voir l'article 24.0.1 L.M.R. et les lois fiscales particulières applicables, comme la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod., art. 674 et 674.4; la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q. c. N-1.1 et mod. (ci-après « L.N.T. »); la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre*, L.Q., 1995, c. 43, art. 19; ou la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*, L.R.Q., c. R-5, art. 37 et la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9 et mod. (ci-après « L.R.R.Q. »), et d'autres.

Pour la responsabilité pénale, voir les articles 68, 59 et suivants L.M.R.

1.1.4. Droit du travail

De façon générale, les devoirs de l'administrateur en ce domaine visent les employés seulement, et non les entrepreneurs indépendants. Les critères utilisés pour distinguer les employés des entrepreneurs indépendants sont le degré de contrôle de l'employeur sur l'employé, la flexibilité des horaires de travail et le mode de rémunération ainsi que le nombre d'employeurs[63].

D'autre part, la responsabilité des administrateurs envers les employés est généralement limitée aux services rendus pendant la durée de leur mandat par les employés, jusqu'à concurrence d'un maximum de six mois de salaire.

1.1.4.1. Responsabilité civile

L'administrateur peut engager sa responsabilité pour discrimination en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*[64].

De même, comme mentionné précédemment, il peut engager sa responsabilité envers les employés jusqu'à concurrence de six mois de salaire, d'avances ou d'indemnités de départ (toutes formes de rémunération).

La mise en application de cette responsabilité exige que la compagnie soit poursuivie dans l'année de l'exigibilité du salaire, ainsi que soit le non-paiement de la dette après bref d'exécution, soit la liquidation ou la faillite de la compagnie pendant cette année[65]. Il s'agit d'une responsabilité solidaire.

L'administrateur pourra également être tenu responsable pour non-versement de retenues à la source dans les cas suivants :

---

63 Voir, par exemple, *Commission des normes du travail* c. *9002-8515 Québec inc.*, J.E. 2000-931 (C.S.); *Plourde* c. *Helie*, [1984] C.S. 462; *Lageux* c. *Landry*, [1984] C.P. 147; *Beauce Vidéo ltée* c. *SMRQ*, [1983] R.D.F.Q. 3; *Beiss* c. *SMRQ*, [1981] R.D.F.Q. 48.

64 L.R.Q., c. C-12 et mod. (ci-après « C.D.L.P. »), art. 19, 20 et 48.

65 Voir art. 96 L.C.Q.; art. 119 L.C.S.A.; *Code canadien du travail*, L.R. (1985), c. L-2, art. 251.18. Est également responsable l'administrateur de fait; voir, récemment, *Ducharme* c. *Comité paritaire des agents de sécurité*, C.A. Montréal, n° 500-09-010017-002, 8 janvier 2003, J.E. 2003-213 (C.A.) (ci-après « *Ducharme* »).

- pour non-versement de retenues à la source à un régime de pensions[66];

- pour non-versement de retenues à la source à l'assurance emploi[67];

- pour cause de liquidation ou de faillite jusqu'à concurrence de six mois de cotisations non versées au Régime complémentaire de retraite[68] (responsabilité solidaire); et

- pour non-versement de retenues à la source selon la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[69].

1.1.4.2. Responsabilité pénale

Encore une fois, les diverses lois applicables prévoient un corollaire pénal à ces obligations, notamment :

- pour non-versement de retenues à la source à l'assurance emploi[70];

- responsabilité individuelle[71] ou solidaire[72] pour (connaissance de) fraude envers la Commission de l'assurance emploi;

- pour infraction à la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[73];

- pour infraction à la *Loi sur les normes du travail*[74];

---

66 Voir *Régime des pensions du Canada*, L.R. 1985, c. C-8 (ci-après « R.p.C. »), par. 21(1), art. 21.1.

67 Par. 82(1), art. 83 et 46.1 L.A.E.

68 *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1. (ci-après « L.R.C.R. »), art. 52 et 53.

69 Art. 60 L.R.R.Q.

70 Voir art. 106, 107 et par. 125(17) L.A.E. (amende jusqu'à 5 000 $ / six mois d'emprisonnement).

71 Voir art. 2 et par. 39(3) L.A.E.

72 Voir art. 46.1 L.A.E.

73 Voir art. 223 et 224 L.R.R.Q.

74 Art. 142 L.R.R.Q. (amende jusqu'à 6 000 $ pour récidive).

- pour contravention des règles sur les relations industrielles assujetties au *Code du travail*[75];

- pour infraction à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*[76].

1.1.5. Droit environnemental

1.1.5.1. Responsabilité civile

L'administrateur engage sa responsabilité envers le ministre en cas d'inaction ou de refus à la suite d'une ordonnance de faire[77].

1.1.5.2. Responsabilité criminelle et pénale

Généralement, l'administrateur qui encourage une compagnie à participer à une infraction à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*[78] ou à la *Loi sur la qualité de l'environnement*[79] au moyen d'un ordre, d'une autorisation, d'un conseil ou de tout autre moyen, peut être tenu responsable indépendamment de toute poursuite ou condamnation à l'égard de la compagnie. Plus particulièrement, l'administrateur engage sa responsabilité criminelle et pénale dans les cas suivants :

- générale pour infraction à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*[80]. Cette infraction de nature criminelle s'étend à toute violation d'une prescription de la loi, d'une ordonnance ou d'une autre décision d'un tribunal rendue sous le couvert de la loi ou lorsqu'il fournit à une personne de l'information qu'il sait être fausse ou participe à la production par la compagnie d'un rapport contenant ces fausses informations;

---

75 L.R.Q., c. C-27, art. 145.

76 L.R.Q., c. A-3.001, art. 465 et 469 (amende jusqu'à 500 $ / dédoublement en cas de récidive).

77 Voir *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2 (ci-après « L.Q.E. »), art. 113.

78 1999, c. 33.

79 L.R.Q., c. Q-2 (ci-après « L.Q.E. »).

80 Précitée, note 78, par. 280(1) (amende jusqu'à 1 M$ / emprisonnement de trois à cinq ans).

- pour lésions corporelles causées par la pollution et punissables en vertu du *Code criminel*;

- générale pour contravention à une ordonnance, à la loi ou à ses règlements, ou pour inaction de la personne morale (Québec)[81].

1.1.6. Droit de l'immigration

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*[82] prévoit une responsabilité criminelle pour emploi de personnes en violation de la loi.

1.1.7. Droit de la concurrence

La *Loi sur la concurrence*[83] prévoit une responsabilité criminelle pour infractions à la loi.

1.1.8. Droit de la faillite

L'article 198 L.F.I. prévoit toute une série d'infractions, par exemple lorsqu'il y a une disposition frauduleuse de biens par la faillie, l'obtention de crédits ou de tout autre moyen à l'aide de fausses représentations, la falsification de documents et le défaut de remettre au syndic tous les biens de la faillie. Outre ces infractions à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, nous nous devons de souligner deux situations où un administrateur pourrait engager sa responsabilité.

1.1.8.1. Transaction révisable en vertu de l'article 100 L.F.I.

L'article 100 L.F.I. permet au tribunal, sur demande du syndic, d'enquêter pour déterminer si la faillie qui a vendu, acheté, loué, engagé, fourni ou reçu des biens ou des services au moyen d'une transaction révisable intervenue dans l'année précédant l'ouverture de la faillite. Le

---

81 Voir art. 109.3 L.Q.E. (amende jusqu'à 20 000 $ ou 40 000 $ pour récidive / un an d'emprisonnement).

82 Voir *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, 2001, c. 27, al. 124(1)c) et par. 124(2), art. 125 (amende pouvant aller jusqu'à 50 000 $ / emprisonnement de deux ans, ou jusqu'à 10 000 $ / six mois d'emprisonnement, selon le type de procédure).

83 L.R.C. (1985), c. C-34, art. 45 et suiv.

tribunal devra examiner si la compagnie faillie a reçu une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») en contrepartie des biens ou des services.

Dans l'arrêt *Peoples*, la Cour d'appel a tempéré la jurisprudence existante, qui avait permis qu'un administrateur soit condamné à rembourser la différence entre la contrepartie effectivement versée et la JVM des biens ou des services[84].

En effet, la Cour d'appel du Québec a jugé que l'article 101 L.F.I. ne pouvait s'appliquer aux administrateurs que si les administrateurs concernés avaient eu un intérêt dans la transaction reprochée. Il sera non seulement important pour l'administration d'établir la contrepartie juste et valable, mais également de prouver pour l'administrateur l'absence d'avantage personnel dans la transaction attaquée.

1.1.8.2. Les dividendes et les rachats d'actions

L'article 101 L.F.I. permet au tribunal d'enquêter, à la demande du syndic, à l'égard du paiement par la compagnie d'un dividende autre qu'un dividende en actions ou du rachat d'actions de son capital pour annulation dans l'année précédant la faillite de la compagnie.

Le tribunal pourra accorder un jugement au syndic contre les administrateurs de la personne morale pour le montant du dividende ou du prix de rachat d'actions plus intérêts s'il est établi que : i) la transaction a été faite à un moment où la société était insolvable ou, de ce fait, est devenue insolvable et que ii) les administrateurs n'avaient pas de motifs raisonnables de croire que la transaction était faite à un moment où la compagnie n'était pas insolvable ou ne deviendrait pas insolvable de ce fait.

Dans l'appréciation des faits et gestes des administrateurs, le tribunal examinera ce qu'une personne prudente et diligente aurait fait dans les circonstances de l'espèce, en tenant compte de bonne foi des états financiers ou autres de la personne morale ou de rapports de vérification ou sur les affaires de celle-ci établis à la suite d'un contrat avec elle par un avocat, un

---

[84] Voir à cet effet les arrêts *Re Claubert Products Corp.*, [1983] 51 C.B.R. (N.S.) 38 (C.S.Q.); *In Re Lagden Equipment Ltd.*, [1990] 77 C.B.R. (N.S.) 285 (C.S.); *Clarkson & Co.* c. *White*, [1979] 32 C.B.R. (N.S.) 25 et *Re H.R. Doane Limited*, 43 C.B.R. (N.S.) 282.

notaire, un comptable, un ingénieur, un évaluateur ou toute autre personne dont la profession assure la crédibilité des mentions qui y sont faites[85].

L'article 101 L.F.I. prévoit également que l'administrateur pourra se disculper s'il s'est objecté formellement à l'adoption de la résolution validant la transaction reprochée[86].

Fait à noter, les administrateurs condamnés aux termes de cet article pourront recouvrer d'un actionnaire ayant bénéficié de la transaction reprochée.

1.2. LA RESPONSABILITÉ EN VERTU DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

1.2.1. La responsabilité extracontractuelle[87]

En principe, un administrateur peut engager sa responsabilité civile en vertu de l'article 1457 C.c.Q., pierre angulaire du droit de responsabilité civile au Québec. Néanmoins, la Cour d'appel du Québec a fait preuve de beaucoup de retenue dans l'application de cette disposition dans trois décisions où elle a refusé de conclure à la responsabilité civile des administrateurs.

Dans *Regor inc.* c. *Pro-Sag Mécanique inc.*[88], la Cour a déclaré que la cessation des activités d'une entreprise ou son insolvabilité éventuelle n'avait pas en soi pour effet de rendre les actionnaires et les administrateurs débiteurs personnels d'une dette qu'ils n'avaient garantie d'aucune façon, à défaut d'une faute de leur part.

Ce principe a été reconnu dans la cause *Lanoue* c. *Brasserie Labatt ltée*[89]. En l'absence de fraude ou d'abus de droit, la responsabilité des administrateurs ne sera pas engagée. Pourtant, la compagnie avait commandé une importante quantité de marchandises juste avant de fermer ses portes et

---

85 Voir art. 101 L.F.I.

86 Voir par. 100(3) L.F.I.

87 Voir art. 322 C.c.Q. et al. 122(1)a) L.C.S.A.

88 C.A. Montréal, n° 500-09-006086-987, 22 février 2001, J.E. 2001-631 (C.A.).

89 *Lanoue* c. *Brasserie Labatt ltée*, C.A. Montréal, n°s 500-09-001693-951 et 500-09-001739-952, 13 avril 1999, J.E. 1999-857 (C.A.) (ci-après « *Lanoue* »).

qui plus est, les administrateurs ont tenté de dissimuler ces marchandises après la fermeture. Comme l'indique le juge Forget :

> « Raisonner autrement aurait pour effet d'entraîner la responsabilité de tous les administrateurs d'une société qui tentent d'éviter le paiement de leurs dettes par des gestes peut-être discutables, mais qui n'équivalent ni à la fraude ni à l'abus de droit[90]. »

Nous pouvons d'ores et déjà constater que la Cour d'appel a placé la barre très haute en ce qui a trait à la faute extracontractuelle d'un administrateur. Nous trouvons cette position discutable puisqu'elle ne s'applique sur aucune base juridique permettant de restreindre la responsabilité personnelle des administrateurs aux cas de fraude ou d'abus de droit[91].

L'opinion du juge Forget dans l'arrêt *Lanoue* a été reprise avec approbation par la Cour d'appel dans l'affaire *Peoples*[92].

D'autre part, dans *Biern-Boyd* c. *Cinar Corp.*[93], la Cour a rejeté une action déposée contre les administrateurs Charest et Wineberg, au motif que la faute découlait de l'exécution d'un contrat intervenu entre la demanderesse et Cinar. En vertu de l'article 1458 C.c.Q., la Cour a conclu que les dommages résultaient de l'exécution d'un contrat entre les deux compagnies. La demanderesse ne pouvait donc pas se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilités.

1.2.2. Non-respect des devoirs quasi fiduciaires d'un administrateur[94]

L'article 322 C.c.Q. reprend essentiellement les dispositions du paragraphe 122(1) L.C.S.A.[95]

---

90 *Id*.

91 À titre de comparaison, voir l'article 317 C.c.Q. en matière de soulèvement du droit corporatif face aux actionnaires.

92 *Peoples*, précité, note 7, 22.

93 J.E. 2003-86 (C.S.).

94 Voir art. 322 C.c.Q. et al. 122(1)a) L.C.S.A.

95 Voir nos commentaires à la section 2.1.1.1. du présent texte.

Ainsi, l'administrateur doit agir avec prudence et diligence, de même qu'avec honnêteté et loyauté et dans l'intérêt de la personne morale, sous peine de se voir imposer une responsabilité pour non-respect de ses engagements contractuels envers la compagnie[96].

Il ne faut pas confondre le devoir de loyauté avec celui de gestion compétente. Le premier se réfère au comportement personnel, à son intégrité, sa bonne foi. Le second a trait à la qualité des décisions.

La jurisprudence reconnaît aux administrateurs le droit de se tromper[97]. De plus, les actionnaires qui acceptent une gestion en toute connaissance de cause ne peuvent la répudier plus tard. Même en présence d'une fraude à l'égard des créanciers, les actionnaires ne peuvent la reprocher aux administrateurs[98].

1.2.3. Le soulèvement du voile corporatif[99]

En matière contractuelle, les tribunaux peuvent mettre de côté le principe de la responsabilité limitée des administrateurs qui sont des actionnaires uniques d'une compagnie lorsque ceux-ci invoquent la personnalité juridique distincte de la société pour masquer la fraude, l'abus de droit ou la contravention d'une règle intéressant l'ordre public. Il faut que cet administrateur-actionnaire soit l'« âme dirigeante » (ou l'« alter ego ») de la compagnie[100].

Une « fraude » peut constituer des actes par lesquels un administrateur vole, transfère ou cache des stocks donnés en garantie à une institution financière ou falsifie l'inventaire, notamment en matière d'insolvabilité[101].

---

96 Voir art. 1458 C.c.Q.

97 Voir *Peoples*, précité, note 7.

98 *Id*.

99 Voir art. 317 C.c.Q.

100 Voir *Buanderie Centrale de Montréal* c. *Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29; Voir *Lanoue*, précité, note 90; Paul MARTEL, « Le voile corporatif – l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec », (1998), 58 *Revue du Barreau* 95; S. JUÉRETTE, *La responsabilité des administrateurs pour : « Insolvent Trading »*, Insight, 22 novembre 2002.

101 Voir *Robert Lefort inc*. c. *Placement Scali inc*., C.Q. Montréal, n° 500-02-021103-952, 11 février 1998, 98 BE-286 (C.Q.); P. MARTEL, *loc. cit.*, note 6, 85. Paul Martel mentionne, en outre, l'arrêt *G.W.F. USA Corp*. c. *Vêtements Club Champion par*

(à suivre…)

Une « règle d'ordre public » inclut, d'une part, les règles d'ordre public politique qui visent à protéger l'ensemble des institutions qui constituent la base des règles du jeu social, telles que les lois sur l'administration de la justice, les lois sur l'organisation de l'État, les lois administratives et fiscales et les chartes de droits et libertés fondamentales[102]. D'autre part, sont incluses les règles d'ordre public économique, telles que les lois en matière d'environnement, de travail, de sécurité publique, de communications ou de services d'utilité publique[103].

L'« abus de droit » est l'exercice d'un droit avec l'intention de nuire (élément subjectif) ou l'exercice d'un droit de manière excessive et déraisonnable (élément objectif)[104], comme par exemple un congédiement illégal ou l'utilisation excessive d'un bien de la compagnie[105].

1.2.4. Non-divulgation de l'insolvabilité de la compagnie aux tiers contractants[106]

La responsabilité de l'administrateur pour défaut de révéler l'insolvabilité d'une compagnie ne s'applique qu'au seul cas où la compagnie (le mandant) n'est pas identifiée au moment de la signature du contrat par l'administrateur (le mandataire)[107]. Il s'agit alors du mandat semi-clandestin. Ceci peut également constituer un abus de droit permettant de lever le voile corporatif, comme il a été mentionné précédemment, et ainsi de poursuivre personnellement l'administrateur.

(…suite)
Geky inc., C.Q. Montréal, n° 500-02-045662-967, 4 décembre 1997, 98 BE-32 (C.Q.), qui a permis ce recours même en l'absence de fraude.

102 Voir Jean-Louis BAUDOIN et P.G. JOBIN, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, pp. 157 et suiv.; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Coutu*, [1998] A.Q. (Q.L.) 2779 (C.A.).

103 J.L. BAUDOIN et P.G. JOBIN, *op. cit.*, note 102, pp. 159 et suiv.; QUÉBEC, ministre de la Justice, *Code civil du Québec et Commentaires du Ministre de la Justice*, Montréal, Les publications DACFO, 1993, p. 139.

104 Art. 6 et 7 C.c.Q.

105 Voir *Brodeur* c. *Choinière*, [1945] C.S. 334.

106 Voir par. 2159(2) C.c.Q.

107 Voir *Immeubles Rodeba inc.* c. *Colicchio*, [1998] R.L. 677 (C.A.), 679; C.A. Montréal, n° 500-09-003063-963, 25 mars 1998, R.E.J.B. 98-05694 (C.A.); *Barreau du Québec* c. *Québec (ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 900, 909 (C.S.); P. MARTEL, *loc. cit.*, note 6, 87 et suiv.

1.2.5. Fraude à l'égard de la personne morale[108]

Il y a fraude à l'égard de la personne morale s'il est prouvé que les administrateurs ont participé à l'acte frauduleux et qu'ils en ont tiré un profit personnel.

1.2.6. Conflit d'intérêts

Tout intérêt dans l'entreprise susceptible de placer l'administrateur dans une situation de conflit d'intérêts[109] doit être dénoncé à la personne morale. L'administrateur doit signaler la nature et la valeur de ces droits dans l'entreprise et demander qu'ils soient consignés au procès-verbal des délibérations du conseil d'administration ou aux résolutions écrites qui en tiennent lieu. L'administrateur a alors le devoir de s'abstenir de délibérer et de voter sur la question. En cas de défaut, l'administrateur peut être ordonné de remettre à la personne morale le profit réalisé ou l'avantage reçu[110].

1.3. *CODE CRIMINEL* CANADIEN

En vertu du *Code criminel* canadien, peut être reconnu coupable un administrateur qui par tout moyen dolosif « frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur »[111] ou « avec l'intention de frauder influe sur la cote publique des stocks, actions, marchandises ou toute chose offerte en vente au public[112]. »

Les administrateurs peuvent aussi engager leur responsabilité criminelle pour avoir participé à l'infraction par leur compagnie ou d'autres employés. Selon ces dispositions, un cadre ou un membre du conseil d'administration pourrait être tenu responsable s'il a aidé une personne à commettre une infraction ou s'il l'y a encouragée[113], lui a conseillé de participer à l'infraction[114] ou en est complice après le fait[115]. Le fait qu'il puisse y avoir

---

108 Voir art. 316 C.c.Q.

109 Voir art. 324 et 325 C.c.Q.

110 Voir art. 326 C.c.Q.

111 Voir par. 380(1) C. cr.

112 Voir par. 380(2) C. cr.

113 Voir art. 21 C. cr.

114 Voir art. 22 C. cr.

115 Voir art. 23 C. cr.

responsabilité de la compagnie n'exclut pas la possibilité additionnelle d'accusations contre ses dirigeants, selon les articles 21, 22 et 23 C. cr.[116]

2. STRATÉGIES DE DÉFENSE ET MESURES DE PROTECTION

2.1. DÉFENSES STATUTAIRES

Il existe certaines défenses d'ordre général, telles que la diligence raisonnable et la bonne foi. Les lois particulières dont il a été question antérieurement contiennent également des cas d'exclusions de responsabilité spécifiques permettant aux administrateurs et dirigeants de s'affranchir de leur responsabilité en vertu de la loi en question.

2.1.1. Diligence raisonnable / bonne foi

Nous associons généralement la défense de diligence raisonnable aux matières pénales.

En matière pénale, sauf pour les cas d'infractions de responsabilité stricte[117], pour lesquels la poursuite n'a pas à faire la preuve de l'état d'esprit du défendeur, les défenses d'erreur raisonnable, de fait et de diligence raisonnables[118] sont normalement permises.

L'existence d'une responsabilité absolue sans possibilité d'exonération doit être énoncée clairement par le législateur[119] comme, par exemple, pour le refus de négocier de bonne foi selon le *Code du travail*[120].

---

116 Voir, par exemple, *R.* c. *Fell*, (1981) 64 C.C.C. (2e) 456-463.

117 En matière environnementale, notamment, voir P. HALLEY, « Les infractions de pollution et la Charte constitutionnelle : *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.* », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, 1992, p. 700, à la page 712. En matière d'immigration, l'exercice illégal d'un emploi a été considéré comme une infraction de responsabilité stricte : *Jarmasko* c. *La Reine*, C.A. Montréal, no 500-16-000210789, 9 avril 1980 (C.A.).

118 Les facteurs à considérer sont la prévisibilité du danger, la norme de diligence reconnue dans les circonstances particulières et l'existence de situations de rechange. Voir l'arrêt clé *R.* c. *Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1325 et suiv.

119 Voir *R.* c. *Chapin*, [1979] 2 R.C.S. 121, 131 et suiv. Dans le cas où les sanctions subies sont légères et que les inconvénients causés par l'infraction nuisent considérablement à l'intérêt public, l'infraction peut être qualifiée de responsabilité absolue.

120 Voir *Code du travail*, art. 123 et 141.

Le fait que le législateur autorise, dans certaines dispositions, le recours à cette défense, ne permet pas d'inférer une intention de la refuser dans d'autres articles.

En matière civile, certaines des lois étudiées permettent aux dirigeants de s'exonérer de leurs responsabilités en établissant uniquement leur bonne foi. Tel est le cas de la responsabilité pour défaut de produire un prospectus dans le domaine des valeurs mobilières. L'ouverture à une telle défense se reconnaît généralement à l'utilisation d'expressions comme « à son insu », « sans consentement » ou « malgré les mesures de prévention »[121].

Dans d'autres cas, la loi exige que l'administrateur fasse preuve d'une diligence raisonnable avant de pouvoir se fier à certaines informations ou documents. Par exemple, la *Loi sur les valeurs mobilières* requiert, de la part de l'administrateur, d'avoir agi « avec un degré de soin », « prudence », « diligence » et « habileté »[122], alors que d'autres lois requièrent que l'administrateur ait agi « comme l'auraient fait en pareilles [ou comparables] circonstances des personnes raisonnables »[123].

Par exemple, un administrateur qui a le soupçon d'une fraude d'un dirigeant a le devoir de faire enquête. Les administrateurs internes sont tenus à des standards de conduite plus élevés que les administrateurs provenant de l'extérieur[124].

La diligence raisonnable de l'administrateur sera généralement établie lorsque ce dernier s'est fondé sur l'opinion d'experts indépendants. Par exemple, au Québec, un administrateur est présumé avoir agi avec l'habileté convenable et avec prudence et diligence s'il se fonde sur l'opinion d'un expert[125].

Pour les réclamations intentées en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la preuve de l'exercice de diligence raisonnable est établie quand une personne prudente,

---

[121] Voir par. 187(2) L.V.M., art. 112 L.Q.E., par. 52(1) L.R.C.R., 24.0.2(1) L.M.R. et 118(6) L.C.S.A.

[122] Par. 220(1) et 224(1) L.V.M.

[123] Par. 52(1) L.R.C.R., art. 24.0.2. L.M.R., par. 227.1(3) L.I.R., 46.1(3) et 83(2) L.A.E., 21.1(2) R.P.C. et 323(3) L.T.A.

[124] Voir *Soper* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 5407 (C.A.F.).

[125] Voir art. 123.84 L.C.Q.

en de pareilles circonstances, aurait agi avec soin, diligence et compétence en se fondant sur des rapports d'experts ou des états financiers vérifiés[126].

2.1.2. Prescription

2.1.2.1. Les prescriptions d'un an

Le recours contre les administrateurs fondé sur l'existence d'un conflit d'intérêts prévu à l'article 326 C.c.Q. doit être exercé, tout comme le recours en inopposabilité[127], dans l'année de la connaissance du conflit d'intérêts.

2.1.2.2. Les prescriptions de deux ans

Les réclamations de nature fiscale contre les administrateurs se prescrivent normalement dans les deux ans suivant la cessation des fonctions de l'administrateur[128].

La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* prévoit également une prescription de deux ans à compter de l'échéance de la cotisation[129].

Les actions pour réduction du capital-actions se prescrivent dans les deux ans à partir de l'acte reproché (Québec)[130].

Le recours pour paiement de dividende ou de prêt, au fédéral, se prescrit dans les deux ans à compter de la date de la résolution autorisant l'acte[131].

2.1.2.3. Prescription de trois ans

La responsabilité pour les salaires impayés se prescrit, au Québec, dans les trois ans à compter de la date de la naissance de la dette[132].

---

126 Voir par. 123(4) L.C.S.A., al. 101(2)b) et par. 101(2.1) L.F.I.

127 Art. 1641 et suiv. C.c.Q.

128 Voir par. 227.1(4) L.I.R. et 24.0.2(2) L.M.R.

129 Voir art. 53 L.R.C.R.

130 Voir art. 123.168 L.C.Q.

131 Voir par. 118(7) L.C.S.A. L'administrateur condamné peut demander une ordonnance au tribunal obligeant les bénéficiaires à remettre les fonds ou biens reçus du fait de l'acte, paragraphe 118(4) L.C.S.A.

132 Voir art. 2925 C.c.Q.

2.1.2.4. Prescription de cinq ans

Au pénal, une infraction à la *Loi sur les normes du travail*, par exemple, se prescrit dans un délai de cinq ans au plus depuis la date de perpétration[133].

2.1.3. Responsabilité complémentaire par rapport à la personne morale dans certains cas

Bien que la responsabilité statutaire des administrateurs existe indépendamment de la personne morale, il arrive qu'une loi exige de poursuivre la personne morale avant de pouvoir se retourner contre l'administrateur (dans le sens d'un « bénéfice de discussion »).

En ce sens, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* requiert, comme condition préalable à un recours contre les administrateurs, que la personne morale soit poursuivie en premier lieu. Il s'agit en quelque sorte d'un bénéfice de discussion[134].

2.1.4. L'acte est en conformité avec la loi

Par exemple, même si la *Charte des droits et libertés de la personne* prohibe la discrimination dans l'emploi, elle prévoit des situations où la différence de traitement est justifiée[135].

De même, le dommage causé par une transaction d'initiés peut être justifiable quand elle se produit dans des circonstances prévues par règlement[136].

2.1.5. Opposition explicite à une mesure

Un dirigeant peut se libérer de sa responsabilité en apportant une preuve suffisante qu'il a protesté contre le paiement d'un dividende, contre le rachat ou l'achat pour annulation des actions du capital social[137]. Normalement,

---

[133] Voir art. 144 L.N.T.

[134] Voir art. 53 L.R.C.R.

[135] Voir art. 19 et 20 C.D.L.P.

[136] Voir al. 131(4)c) L.C.S.A.

[137] Voir par. 101(3) L.F.I., art. 123.85 L.C.Q. et par. 123(1) à 123(3) L.C.S.A.

cette preuve se fait sur la base de l'inscription de sa dissidence avec une résolution approuvée par les autres administrateurs.

2.1.6. Convention unanime des actionnaires[138]

L'administrateur sera exonéré s'il peut démontrer qu'il n'avait pas le pouvoir d'agir au moment des faits reprochés, puisque ces pouvoirs furent conservés par des actionnaires aux termes d'une convention unanime des actionnaires.

Une convention unanime des actionnaires a pour effet de restreindre le pouvoir des administrateurs et de substituer les actionnaires aux administrateurs dans les droits et pouvoirs ainsi que dans les devoirs et responsabilités des administrateurs dans la mesure de la restriction. Ainsi, les actionnaires peuvent remplacer complètement les administrateurs. La convention lie aussi les actionnaires subséquents[139], mais ne peut être opposée aux tiers de bonne foi (*indoor management*)[140].

En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, ces clauses peuvent prendre les formes suivantes :

- une clause de majorité spéciale pour l'adoption des résolutions des administrateurs[141];
- une clause qui oblige les administrateurs ou leur interdit de poser certains gestes[142];
- une clause qui exige l'approbation de certaines résolutions par les actionnaires;
- une clause qui transfère certains pouvoirs aux actionnaires.

Au Québec, la *Loi sur les compagnies* permet uniquement une clause de transfert des pouvoirs des actionnaires[143].

---

138 Voir art. 123.91, par. 123.111(1) L.C.Q. et 146(1) L.C.S.A.

139 Voir par. 123.93(1) L.C.Q. et 146(3) L.C.S.A.

140 Voir par. 123.31(1) L.C.Q. et al. 18a) L.C.S.A.

141 Voir par. 6(3) L.C.S.A.

142 Voir par. 102(1), 122(2) et 146(2) L.C.S.A.

143 Voir art. 123.91 et suiv. L.C.Q.

2.2. MESURES DE PROTECTION

2.2.1. Indemnisation des administrateurs par la personne morale

2.2.1.1. L'indemnité statutaire

Au Québec, la loi prévoit une indemnité pour l'administrateur si l'administrateur agit dans l'exercice de ses fonctions, sauf si l'administrateur a commis une faute lourde ou une faute personnelle séparable de l'exercice de ses fonctions[144].

Dans le cadre d'une poursuite pénale ou criminelle, le dirigeant a droit à une indemnité s'il « avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi » ou s'il a été libéré ou acquitté.

Au fédéral, la personne morale doit indemniser l'administrateur à condition que celui-ci agisse avec intégrité et bonne foi, au mieux des intérêts de la société. Lorsqu'il s'agit de poursuites pénales ou d'amendes, l'indemnisation s'appliquera lorsque l'administrateur « avait de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi »[145].

Nous pouvons constater que le processus d'indemnisation pour un administrateur d'une personne morale fédérale est plus lourd, puisque ce dernier doit obligatoirement obtenir un jugement avant de se faire rembourser ses frais et dépenses. En effet, l'obligation d'indemniser l'administrateur n'est enclenchée que lorsque le tribunal ou une autre autorité compétente a conclu à la commission de manquements ou à l'omission de devoirs de leur part[146].

Avant qu'un jugement soit rendu, la personne morale **peut** indemniser les administrateurs de leurs frais et dépenses qui, agissant à la demande de la société, étaient impliqués dans des poursuites civiles ou pénales[147].

---

144 Voir art. 123.87 L.C.Q.

145 Al. 124(3)b) L.C.S.A. Voir *Peoples*, précité, note 7.

146 Voir par. 124(5) L.C.S.A.

147 Voir par. 124(1) L.C.S.A.

2.2.1.2. Adoption d'un règlement créant une obligation pour la personne morale d'indemniser l'administration

La personne morale peut adopter un règlement rendant obligatoire l'indemnisation des administrateurs dans des cadres plus généreux que ceux prescrits par la loi. Néanmoins, les administrateurs sont à la merci de la personne morale puisque ce type de règlement peut être changé sans le consentement des administrateurs qui n'ont pas de contrôle sur une telle modification. Il est préférable de conclure une convention d'indemnisation plutôt qu'un règlement d'indemnisation.

2.2.1.3. Convention d'indemnisation

Une convention d'indemnisation peut être négociée entre la compagnie et ses administrateurs et comporte de nombreux avantages, dans la mesure où elle ne peut être modifiée ou résiliée que de la manière prescrite[148]. De plus, les objets visés par l'indemnisation peuvent être plus larges que ceux couverts par l'indemnisation statutaire prévue aux lois. On peut ainsi prévoir une obligation spécifique de prendre en charge la défense de l'administrateur et d'assumer ses frais de défense, de stipuler des délais de remboursement, etc.

2.2.2. Établissement d'une fiducie

La mise sur pied d'une fiducie spécifique, afin de pourvoir aux obligations pour lesquelles les administrateurs peuvent contracter une responsabilité statutaire, représente la solution la plus sûre. Par exemple, une telle fiducie peut être constituée dans le but de s'assurer du remboursement des sommes dues aux employés de la compagnie, au cas où se déclencherait la responsabilité en vertu des lois sur les compagnies et du *Code canadien du travail*[149].

La fiducie est créée suivant les dispositions du *Code civil du Québec*[150]. Celui-ci prescrit à l'administrateur de la fiducie, le fiduciaire, de déposer auprès des bénéficiaires et des administrateurs de la compagnie, qui ont un droit de surveillance sur le fiduciaire[151], « une déclaration indiquant,

---

148 Voir *Consolidated Enfield Corporation* c. *Blair*, [1995] 4 R.C.S. 5, 21 et suiv.

149 *Supra*, note 65.

150 Voir art. 1260 et suiv. C.c.Q.

151 Voir par. 1287(1) C.c.Q.

notamment, la nature et l'objet de la fiducie, sa durée ainsi que les nom et adresse du fiduciaire »[152]. « Le fiduciaire doit […] permettre l'examen des dossiers de la fiducie et fournir tout compte, rapport ou information qui lui est demandé. »[153]. Pour assurer les droits des bénéficiaires, l'administrateur de la fiducie pourra lui aussi avoir recours à des mécanismes comme l'assurance responsabilité[154] ou la sûreté conventionnelle[155].

Dans le cas d'une faillite, cette fiducie doit être constituée en temps suffisamment opportun pour pouvoir échapper aux dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sur les dispositions et traitements préférentiels[156]. Selon la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la constitution de la fiducie pourra faire l'objet d'une révision si sa création a lieu dans les douze mois précédant l'ouverture de la faillite.

2.2.3. L'assurance responsabilité*

La police d'assurance responsabilité demeure une mesure de protection essentielle et incontournable. Toutefois, ces polices d'assurance sont très dispendieuses et contiennent de plus en plus d'exclusions. Il faut prendre garde de ne pas se fier uniquement sur cette protection.

Il est à noter qu'à ce jour, nos tribunaux n'ont pas eu à traiter, de manière significative, de l'interprétation de ces produits spécialisés d'assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants. Conséquemment, il est encore difficile de jeter des balises permettant d'identifier les *caveat* qui attendent les compagnies au détour. Par contre, nous pouvons nous inspirer des décisions américaines pour obtenir un aperçu de l'interprétation qui sera donnée à ces clauses.

Les lois sur les compagnies, tant fédérales que provinciales, autorisent la personne morale à acheter et maintenir en place des couvertures d'assurance au bénéfice de ses administrateurs et dirigeants[157].

---

152 Par. 1288(1) C.c.Q.

153 Par. 1288(2) C.c.Q.

154 Voir art. 2498 et suiv. C.c.Q.

155 Voir art. 2687 C.c.Q.; Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 227, n° 364.

156 Voir art. 91 et suiv. L.F.I.

* Cette partie a été préparée avec la collaboration de Me Louis-Martin Richer.

157 Voir par. 124(6) L.C.S.A.

Les protections présentement disponibles visent à assurer deux types de couvertures, soit :

- une couverture d'assurance visant à protéger la compagnie dans l'éventualité où elle serait tenue d'indemniser ses administrateurs et dirigeants;

- une couverture d'assurance visant à protéger directement les administrateurs et dirigeants en regard des réclamations pour lesquelles ils ne pourraient réclamer auprès de la compagnie.

Le produit spécialisé qu'est le contrat d'assurance responsabilité civile des administrateurs et directeurs est, contrairement aux polices d'assurance responsabilité civile générale, tout sauf standard.

2.2.3.1. De quelle couverture bénéficie-t-on?

On retrouve habituellement, et sous forme variable, deux volets de protection dans ce genre de produits d'assurance :

- le versement d'une indemnité aux administrateurs et dirigeants pour les réclamations couvertes pour lesquelles ces derniers ne peuvent réclamer auprès de la compagnie;

- le versement d'une indemnité au nom de la compagnie pour les réclamations couvertes et pour lesquelles l'entreprise a l'obligation d'indemniser ses administrateurs et dirigeants.

Il sera essentiel de déterminer, à la lecture du contrat, si la réalisation d'un risque est couverte, et ce en passant en revue les points suivants :

- il doit y avoir eu une perte ou un dommage, comme il est défini au contrat;

- celle-ci doit faire l'objet d'une réclamation, comme il est défini au contrat;

- celle-ci doit exposer l'assuré à une responsabilité potentielle pour laquelle des sanctions sont prévues notamment à la loi;

- il doit y avoir eu un geste fautif (*wrongful act*) posé par l'administrateur ou le dirigeant;

- l'administrateur ou le dirigeant doit avoir agi de manière fautive dans le cadre de l'exécution de ses fonctions.

2.2.3.2. La perte

Ce terme est ordinairement défini de manière générale dans la police et vise tout montant que les administrateurs et dirigeants seront dans l'obligation de payer par suite de l'imposition d'une sanction prévue par la loi ou pour laquelle la compagnie est tenue de verser à ses administrateurs et dirigeants une somme pour des réclamations faites contre ceux-ci à la suite des gestes fautifs posés par les administrateurs ou dirigeants. Il est néanmoins de mise de vérifier la définition du terme.

Bien évidemment, ne constitueront pas une perte les actions posées par un administrateur ou un dirigeant agissant de mauvaise foi et à l'encontre des intérêts de l'entreprise.

Cette définition de la perte est plus large que celle ordinairement prévue dans les polices d'assurance responsabilité civile générale qui ne visent que les dommages compensatoires. Aussi, on peut se poser la question à savoir si l'assureur pourrait être tenu de payer les sommes dues à titre de dommages punitifs et exemplaires dans certaines situations. Il reste à voir si une telle protection irait à l'encontre de l'ordre public.

De plus, il est important de garder à l'esprit que la perte couverte n'est en aucun cas celle subie directement et personnellement par l'entreprise[158].

2.2.3.3. La réclamation

Il n'y a pas de réclamation tant que la perte n'est pas rapportée en bonne et due forme à l'assureur. Le défaut de transmission de l'avis de réclamation en temps opportun est fatal. L'avis adressé à celui-ci peut d'ordinaire être fait de manière verbale ou par écrit. Souvent, l'assuré avisera directement le courtier. Évidemment, il est préférable et souvent requis de transmettre un avis écrit au courtier ainsi qu'à l'assureur, et ce, par courrier recommandé.

Le moment de la réception de l'avis de réclamation sera déterminant puisque l'assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants prévoit

---

[158] Voir *Farmer & Merchants Bank* v. *Home Ins. Co*., 514 So 2d 825 (1987) Alabama; *PLM Inc*. v. *National Union Fire Ins. Co*., 848 F. 2d 1243 (1988 U.S.A. 9 Cir.).

d'ordinaire une couverture « on a claims-made basis », c'est-à-dire que la perte doit être rapportée alors que la police était en vigueur[159].

En aparté, nous nous permettons de vous souligner que des périodes de garanties prolongées peuvent être offertes à titre de produit complémentaire pour se parer contre les pertes subies à l'expiration du contrat, celles-ci pouvant s'avérer essentielles pour éviter de mauvaises surprises.

Aussi, il est tout à fait avisé d'identifier l'existence, dans le contrat d'assurance responsabilité des administrateurs ou dirigeants, d'une *discovery clause* qui assure les protections pour toute réclamation née durant la vie de la police ou toute période négociée avant l'expiration de la police (*extended reporting period*). Ceci évitera plus souvent qu'autrement un débat sur la couverture.

Enfin, il est important de souligner que :

- le simple fait d'avoir posé un geste fautif au sens du contrat ou d'avoir formulé une demande d'information auprès de son assureur, à la suite d'un geste que l'on croit fautif, n'est pas d'ordinaire suffisant pour constituer un avis formel auprès de l'assureur[160];

- une réclamation ne sera pas reconnue comme étant valide si, en l'absence de toute demande auprès de l'assureur, l'assuré, par exemple, rembourse à un tiers une somme d'argent obtenue de manière frauduleuse[161].

2.2.3.4. La responsabilité

La responsabilité imposée par la loi englobe toute somme due à la suite d'une sanction ou d'une pénalité prévue notamment par la loi. Les dispositions anglaises retrouvées dans certains contrats soulignent que : « […] the phrase encompasses tortious and statutory liability, for duties of directors and officers which are imposed both at law and by statute ».

---

159 Voir *Bensalem Township* v. *Western World Ins. Co*., 609 F. Supp. 1343 (ED Pa. 1985).

160 Voir *Hoyt* v. *St-Paul Fire & Marine Ins. Co*., 607 F. 2d 864 (9th Cir. 1979).

161 Voir *MGIC Indemnity Corp*. v. *Home State Savings Assoc*., 797 F. 2d 285 (6th Cir. 1986).

2.2.3.5. L'acte fautif

Le contrat visera, de manière générale, toute erreur ou omission de la part des administrateurs et directeurs et sera habituellement défini comme suit au contrat :

> « […] any actual or alleged error, misstatement, misleading statement, act, omission, neglect, or breach of duty committed, attempted or allegedly committed or attempted by an insured individually or otherwise, in his insured capacity, or any matter claimed against him solely by reason of his serving in such an insured capacity. »

Ceci pourra comprendre :

- le paiement de sommes impayées et dues aux employés;
- le *workplace liability*;
- la responsabilité des administrateurs et dirigeants pour ne pas avoir effectué les retenues pour taxes et retenues à la source;
- la responsabilité des administrateurs et dirigeants pour défaut de s'être conformés à la législation environnementale[162].

2.2.3.6. L'administrateur doit avoir agi dans l'exécution de ses fonctions

Lors de l'émission de la couverture, de la révision du contrat ou lors d'une réclamation, il faudra s'assurer que les actions et gestes posés par les administrateurs et dirigeants, et pour lesquels leur responsabilité peut être retenue, s'inscrivent dans le cadre de leurs occupations, comme il est défini notamment par contrat et toute autre résolution au sein de l'entreprise.

2.2.3.7. Qui sont les assurés?

Les assurés bénéficiant d'une couverture sous ce type de produits d'assurance sont d'ordinaire les administrateurs et dirigeants d'entreprises comme il est défini dans la législation fédérale et provinciale.

---

[162] Ce type d'acte fautif est de plus en plus invoqué aux États-Unis.

Le point le plus important qu'il convient d'examiner est celui de savoir qui bénéficiera de la couverture d'assurance. Une consultation de la page frontispice de la police (conditions particulières) permettra d'identifier rapidement, nommément ou de manière générale, les représentants assurés.

Finalement, des protections additionnelles sont disponibles pour couvrir les anciens administrateurs et dirigeants ainsi que ceux agissant dans des compagnies sœurs et des filiales.

2.2.3.8. Les exclusions

Les exclusions doivent être révisées de manière méticuleuse car elles varient, en genre et en nombre, en fonction du produit acheté. Pour les fins de notre propos, nous vous rapportons celles que nous trouvons le plus fréquemment dans ce type de produits d'assurance :

- la police ne couvre pas les actes malhonnêtes, frauduleux et criminels;
- les réclamations dont l'assuré avait connaissance avant la formation du contrat sont exclues;
- les réclamations pour le remboursement de sommes versées illégalement aux directeurs et administrateurs par la compagnie sont exclues;
- les réclamations fondées sur des gestes posés par les administrateurs et directeurs pour leur profit personnel et qui vont à l'encontre de leurs obligations prévues par la loi sont exclues (*insider trading*);
- les réclamations déjà couvertes par d'autres polices d'assurance sont souvent exclues;
- les réclamations visant les administrateurs et directeurs ayant pour objet leur défaut d'avoir maintenu des protections d'assurance adéquates auprès de l'entreprise sont exclues;
- les réclamations effectuées par la compagnie contre ses administrateurs et dirigeants sont exclues;
- les réclamations d'un administrateur contre un autre administrateur sont exclues;

- les réclamations pour dommages corporels, invalidité, décès ou pour tout dommage matériel causé aux infrastructures sont exclues;

- les réclamations pour pollution et contamination sont exclues;

- les réclamations découlant d'une responsabilité engendrée par des gestes posés en contravention de la *Loi sur la responsabilité nucléaire*[163].

2.2.3.9. L'obligation de défendre

La plupart des produits d'assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants ne prévoient que le remboursement des frais de défense engagés ainsi que le paiement de la somme due à la suite d'un jugement. De manière complémentaire, ces contrats comportent une clause de réserve de droits pour l'assureur[164] qui conserve un certain droit de regard en ce qui a trait au choix du procureur ainsi qu'au montant pour lequel l'assuré pourra régler le dossier.

Or, il est à prévoir que ces contrats d'assurance seront modifiés dans un avenir rapproché, et ce de manière à respecter la disposition d'ordre public *du Code civil du Québec* qui prévoit une obligation de la part de l'assureur de défendre l'assuré[165].

Enfin, il est important de noter que dans les cas de responsabilité partiellement couverte, l'assureur pourra, si cela est prévu, partager les coûts de défense avec l'assuré :

> « in any claim against both directors and officers and any other party or parties, costs, charges and expenses for investigation or defense shall be limited to those incurred in the right of and for the principal benefit of the directors and officers, as distinguished from any such other party or parties, and the insurer and the directors and officers will endeavor to establish, at the earliest opportunity, a proper basis for the allocation of the costs, charges or expenses of counsel or orders rendering services to or for the benefit of both the directors and officers and any such other party or parties ».

---

[163] L.R.C. (1985) c. N.-28, art. 15.

[164] L'assureur doit exercer cette discrétion avec parcimonie et ne pourra s'opposer que pour des motifs raisonnables.

[165] Voir art. 2503 C.c.Q.

2.2.4. Arrangement avec les créanciers

Depuis les amendements apportés à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[166] et à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité,* une compagnie insolvable peut désormais présenter à ses créanciers, dans le cadre de son arrangement ou de sa proposition concordataire, selon le cas, un compromis visant à réduire ou à éliminer la responsabilité de ses administrateurs en tant que débiteurs personnels d'une créance statutaire, comme par exemple celle envers les salariés ou les autorités fiscales.

2.2.4.1. La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

L'article 5.1 L.A.C.C. prévoit que la transaction de l'arrangement visant une compagnie débitrice peut comporter, au profit de ses créanciers, des dispositions relativement à une transaction sur la réclamation contre ses administrateurs qui sont antérieures aux procédures intentées sous le régime de cette loi. Toutefois, la transaction ne vise que les responsabilités statutaires des administrateurs et n'inclut pas celles découlant de droits contractuels (tel un cautionnement) ou fondées sur la fausse représentation ou la conduite injustifiée ou abusive des administrateurs.

Dans les faits, la portée de cette disposition est relativement restreinte, puisque l'article 18.2 L.A.C.C. prévoit que les retenues à la source non versées par une compagnie insolvable et qui pourraient être réclamées d'un administrateur doivent être acquittées par la débitrice dans les six mois suivants l'approbation de son plan d'arrangement.

Dans l'affaire *Blue Star Battery System International Corporation* c. *Blue Star Battery Canada Corporation*[167], le juge Farley rejette une requête de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »), demandant de refuser à la compagnie de transiger à l'égard des réclamations des administrateurs. Le tribunal reconnaît qu'il est possible que certaines réclamations soient exclues de l'arrangement ou encore que tous les administrateurs ne soient pas couverts, donnant ainsi lieu à l'ouverture d'une demande d'exclusion lorsqu'il y a eu de fausses représentations de la part d'administrateurs ou lorsque la réclamation du créancier est importante en regard de la masse totale de celle-ci.

---

166 L.R.C. (1985), c. C-36 (ci-après « L.A.C.C. »).

167 [2001] 25 C.B.R.(4e) 216 (Ont. S.C.).

La demande de l'ADRC fut rejetée, au motif qu'elle n'a pas présenté sa contestation de la classification des créanciers en temps opportun. En effet, l'ADRC a attendu la demande de ratification de l'arrangement par le tribunal. Cette décision implique néanmoins que l'ADRC n'a pas nécessairement le droit d'être classé dans une catégorie particulière en ce qui a trait à ses réclamations.

Ce principe fut également reconnu dans l'arrêt *Re Carling Worldwide Inc.*[168], où la Cour supérieure de la Colombie-Britannique a conclu qu'un créancier bénéficiant de recours contre ses administrateurs ne doit pas nécessairement être classé dans une catégorie distincte des autres créanciers.

Les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* sont souvent utilisées conjointement avec la mise en place d'une fiducie couvrant les obligations statutaires. Dans plusieurs cas, la compagnie et les administrateurs, par l'effet de la suspension de procédures prévues par la loi, peuvent prendre la justice entre leurs mains et se protéger à l'égard de leurs obligations statutaires avant même que les créanciers ne se soient prononcés sur un plan d'arrangement.

2.2.4.2. La Loi sur la faillite et l'insolvabilité

Le paragraphe 50(13) L.F.I. prévoit la possibilité de présenter une proposition au nom d'une personne morale qui comporte, au profit de ses administrateurs, des dispositions relatives à une transaction sur la réclamation contre ses administrateurs qui sont antérieures aux procédures intentées sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Encore une fois, la transaction ne peut viser que les obligations statutaires et non les droits contractuels (tels que les cautionnements) ou les obligations découlant de fausses représentations ou d'une conduite injustifiée ou abusive de leur part.

Aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le paragraphe 50(15) accorde une discrétion au tribunal de refuser une transaction au bénéfice des administrateurs s'il est convaincu qu'elle ne serait ni juste ni équitable dans les circonstances.

À ce jour, nous ne connaissons qu'une seule décision interprétant cette disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Il s'agit de l'affaire

[168] [2001] B.-C.S.C. 224.

Planchers Bois-Franc (Trois-Rivières) inc. (proposition de)[169]. Contrairement aux décisions rendues en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, le tribunal a permis à Revenu Québec d'être placé dans une catégorie distincte quant aux sommes exigibles contre l'administrateur à la suite du défaut de celui-ci de procéder aux déductions à la source. Cette décision est surprenante puisque le fisc pourrait ainsi, par un vote négatif, faire rejeter la proposition au détriment de tous les créanciers. Nous savons que le 13 juin dernier, les principes de l'arrêt *Bois-Franc* ont été remis en question dans deux causes soumises à la Cour supérieure. Nous espérons que le tribunal rendra une interprétation de cette disposition conforme à la solution adoptée en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou, à tout le moins, conclura que cette catégorie de créanciers n'est pas considérée aux fins de déterminer si la proposition est présumée acceptée.

2.2.5. Démission

Pour démissionner de son poste, l'administrateur n'est tenu que de faire parvenir au conseil d'administration concerné un avis de son désir de ne plus agir comme administrateur[170]. Une résolution des administrateurs en prendra acte.

Au fédéral, la société doit envoyer copie de cette déclaration aux actionnaires et au Directeur des sociétés à Ottawa[171].

Au Québec, il est également utile d'adresser une copie de la démission à l'Inspecteur général des institutions financières, qui administre le registre dans lequel doivent être publiés les noms des administrateurs, parce que les tiers peuvent se fier sur les informations que l'on retrouve aux registres tenus à cet effet.

La démission de l'administrateur ne le libère pas des obligations déjà engagées. De plus, il risque d'être considéré comme un administrateur de fait au cas où il continuerait de se présenter aux tiers comme administrateur de la compagnie ou agirait comme tel et, de ce fait, être tenu responsable comme un administrateur de droit[172].

---

169 2003 R.J.Q. 157 (ci-après « *Bois-Franc* »).

170 Voir art. 123.76 L.C.Q. et par. 108(2) L.C.S.A.

171 Voir par. 110(2) et 110(3) L.C.S.A.

172 Voir par. 109(4) L.C.S.A.; *Ducharme*, précité, note 65.

Si l'administrateur a signé un cautionnement en cette fonction et qu'il démissionne plus tard, il devra prouver clairement que le créancier lui a accordé la possibilité de résilier son obligation dès la cessation de ses fonctions pour être libéré de son engagement[173].

3. LA RÉGIE D'ENTREPRISE (*CORPORATE GOVERNANCE*)

Les administrateurs devraient respecter certaines règles relatives à la gouvernance d'entreprise codifiées dans les *Obligations d'information et lignes directrices*, publiées en février 1995 par la Bourse de Toronto et présentement en processus de révision par la Bourse de Toronto et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, qui donnent certaines lignes directrices[174] pour les exigences du conseil d'administration, notamment :

- d'adopter un processus de planification stratégique;
- un plan de gestion des risques;
- l'élaboration d'une politique de communication;
- la création de systèmes de contrôle internes;
- la nomination des administrateurs qui soient des personnes non reliées;
- des comités soient composés d'administrateurs externes; et
- qu'un processus d'évaluation de l'efficacité du conseil d'administration soit établi.

Le conseil doit pourvoir à :

- un système de recrutement ainsi qu'à la formation des membres du conseil;
- la taille du conseil et sa rémunération doivent également être contrôlées;

---

173 Voir *Épiciers unis Métro-Richelieu inc, division « Econogros »* c. *Reid*, C.A. Montréal, n° 500-09-007159-981, 28 juin 2002, J.E. 2002-1272 (C.A.).

174 Voir *Obligations d'information et lignes directrices*, art. 474.

- les fonctions et les limites de responsabilité de la direction doivent être décrites en détail; et

- des mécanismes doivent êtres établis afin d'assurer l'indépendance du conseil vis-à-vis de la direction.

Finalement,

- la vérification doit être implémentée par des administrateurs externes.

Ces règles sur la gouvernance d'entreprise ont pour objectif d'accroître la solidité, la viabilité et la compétitivité de la société. Selon les *Obligations d'information et lignes directrices*, chaque société inscrite constituée au Canada ou dans une province ou un territoire canadien a l'obligation de présenter annuellement ses pratiques en matière de gouvernance. Cet exposé paraît dans le rapport annuel de la société ou dans les circulaires de sollicitation des procurations et doit donner une description complète du système de gouvernance faisant renvoi à chaque ligne directrice[175].

Toutefois, il n'y a présentement aucune responsabilité statutaire qui s'attache à un défaut de respecter les lignes directrices à la lettre. Plutôt, les sociétés ont le droit de donner des explications d'éventuelles différences par rapport aux lignes directrices ou des raisons qui justifient leur non-application[176].

3.1. ACTUALITÉ RÉCENTE

Après la signature aux États-Unis de la *Loi Sarbanes-Oxley* en juillet 2002[177], en réaction aux scandales financiers inouïs, plusieurs initiatives canadiennes ont vu le jour dans le dessein de renforcer la protection des marchés boursiers. Notamment, les lignes directrices de la Bourse de Toronto, précédemment mentionnées, sont révisées à la lumière de la

---

175 *Id.*, art. 473 et 474.

176 *Id.*, par. 473(1) *in fine*.

177 Voir *An Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes – Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act (Sarbanes-Oxley Act)*, H.R. 3763, art. 302.

nouvelle loi américaine[178]. Il s'agit avant tout de savoir s'il est nécessaire de rendre toutes, ou au moins quelques-unes des lignes directrices obligatoires.

Le ministre de la Justice a d'ailleurs annoncé vouloir déterminer s'il y a des lacunes dans le *Code criminel* qui laisseraient la voie libre aux entreprises pour commettre une fraude en ce qui concerne leurs états financiers, et ce, en collaboration avec les provinces qui mènent des enquêtes à ce sujet et des moyens qui permettraient de poursuivre plus efficacement ce genre d'infraction[179]. En effet, la responsabilité du chef de la direction et du chef des finances de l'émetteur pour l'attestation de l'information financière incluse dans les rapports annuels et trimestriels, ainsi que pour les contrôles et méthodes de l'émetteur en matière d'information qui se trouve dans la *Loi Sarbanes-Oxley*, a donné naissance à une initiative semblable en Ontario.

À la fin de l'année 2002, le gouvernement de l'Ontario a présenté le projet de loi 198 qui conférerait à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario le pouvoir d'instaurer de nouvelles exigences en matière de gouvernance d'entreprise, notamment des règles qui exigeraient des systèmes de contrôle internes, des contrôles des méthodes d'information et qui obligeraient les chefs de la direction et les chefs des finances à produire une attestation en ce qui concerne les contrôles internes et les contrôles et méthodes d'information. Ceci est conforme avec les exigences exprimées par le Conseil canadien des chefs d'entreprise (ci-après « CCCE ») en septembre 2002[180].

Les autres initiatives entreprises au Canada concernent surtout les vérificateurs et comprennent la création d'un Conseil canadien sur la reddition de comptes (CCRC) et d'un Conseil de surveillance de la

---

178 Selon des informations obtenues par téléphone auprès de la Bourse de Toronto et auprès de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, la finalisation de cette révision est incertaine. La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario publiera de nouvelles règles d'ici le 27 juin 2003. Ces propositions seront soumises à de nouvelles consultations avec la Bourse de Toronto.

179 Allocution du ministre de la Justice et du Procureur général du Canada, M. Martin Cauchon, devant l'Association du Barreau canadien le 12 août 2002, en ligne : ministère de la Justice <canada.justice.gc.ca/fr/news/sp/2002/doc_30664.html> (date d'accès : 6 juin 2003).

180 Voir CONSEIL CANADIEN DES CHEFS D'ENTREPRISE, *Communiqué*, « Gouvernance, valeurs et compétitivité : un engagement envers le leadership », 26 septembre 2002; en ligne : CCCE <ceocouncil.ca/Francais/Media/communiques.htm> (date d'accès : 6 juin 2003).

normalisation comptable (CSNV), ainsi que la publication de recommandations dans un manuel par la Bourse de Toronto[181].

CONCLUSION

Nonobstant l'arrêt *Peoples*[182], la situation des administrateurs et dirigeants demeure précaire.

Nous pouvons constater, à la lumière de la législation et de la jurisprudence applicables, que les obligations des administrateurs et dirigeants découlent principalement de l'obligation de fidélité et de loyauté envers la personne morale et de l'obligation d'agir avec diligence raisonnable et avec compétence.

L'appréciation *a posteriori* de leur conduite s'évalue généralement en vertu de critères objectifs et subjectifs.

L'administrateur ne peut plus bêtement se fier sur d'autres personnes sans faire quelque vérification que ce soit, surtout lorsque ces personnes sont liées à l'entreprise. Pour diminuer l'élément subjectif et se placer dans une position pour prendre des décisions pleinement éclairées, l'administrateur doit faire les vérifications appropriées. Il doit s'assurer que le statut des obligations statutaires soit révisé périodiquement lors des réunions du conseil, réviser les rapports financiers internes et externes (états vérifiés) et proposer ou mettre en place toutes les mesures appropriées pour s'assurer qu'il soit pourvu aux responsabilités pour lesquelles il pourrait être tenu personnellement responsable.

Un soin particulier devra également être apporté aux procès-verbaux dans les cas appropriés. Toute dissidence devra être consignée aux procès-verbaux du conseil d'administration.

---

181 Pour plus de détails, voir B. HENDRICKSON et A. BALINSKY, « Canadian Initiatives and the Sarbanes-Oxley Act » (2002) 104 Can. Securities L. News 1 (September); KPMG, « Comparaison des modifications aux réglementations canadienne et états-unienne » 2002, en ligne : KPMG <kpmg.ca/english/services/assurance/publications/sarbanes_oxley.html> (date d'accès : 6 juin 2003).

182 *Peoples*, précité, note 7.

Bref, si l'administrateur agit diligemment, il pourra ainsi réduire les risques associés à sa responsabilité personnelle potentielle. Toutefois, il ne pourra arrêter la prolifération des poursuites!

PANEL SUR L'INCORPORATION DES PROFESSIONNELS

Pierre Jean Beauregard
Avocat, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot
Prévost s.e.n.c.

Michel Turcot
Notaire, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot
Prévost s.e.n.c.

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

Sylvain Moreau
CGA, Pl. Fin., D. Fisc.
Pratte, Bélanger
comptables agréés inc.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PIERRE JEAN BEAUREGARD, MICHEL TURCOT)
Nouvelles options pour l'organisation fiscale, financière et juridique des professionnels : les SPA et les SENCRL

INTRODUCTION 31:7

1. DESCRIPTION DES CONCEPTS 31:8

1.1. EXIGENCE D'UN RÈGLEMENT 31:9
1.2. CONSTATATIONS 31:10

2. PRINCIPAUX ENJEUX 31:11

2.1. PLANIFICATION FINANCIÈRE ET FISCALE 31:11
2.2. STRUCTURE ORGANISATIONNELLE 31:12
2.3. RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE 31:12
2.4. IMPUTABILITÉ 31:13
2.5. NOUVEAU DROIT CORPORATIF 31:14
2.6. MULTIDISCIPLINARITÉ 31:14

3. ANALYSE DU CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS* ET DU RÈGLEMENT 31:15

3.1. CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS* 31:15
3.2. RÈGLEMENTS 31:15
3.2.1. Notaires 31:15
3.2.2. Avocats 31:22
3.2.3. Comptables agréés 31:25
3.2.4. Médecins 31:31
3.3. ASPECTS CORPORATIFS DES SPA 31:34
3.3.1. Juridiction 31:35
3.3.2. Statuts 31:35
3.3.3. Règlements 31:36
3.3.4. Dénomination sociale 31:37
3.3.5. Capital social 31:37
3.3.6. Dirigeants 31:38
3.3.7. Convention entre actionnaires 31:38

4. FISCALITÉ 31:38

4.1. IMPACT DES TAUX D'IMPÔT CORPORATIFS 31:39
4.1.1. Description des taux d'impôt sur le revenu de profession 31:39
4.1.2. Pleine distribution sous forme de dividendes 31:39
4.1.3. Fractionnement du revenu de dividendes 31:42

4.1.4. Accumulation de revenus dans la SPA 31:42
4.1.5. Paiement d'un salaire 31:44
4.1.6. Revenu de profession provenant d'une SENC 31:44
4.1.7. Revenus bénéficiant du congé fiscal au Québec 31:45
4.1.8. Revenus d'un employé incorporé 31:46
4.1.9. Revenus de placement 31:48
4.2. EXONÉRATION DE GAIN EN CAPITAL SUR LES ACTIONS DE LA SPA 31:48
4.3. RÉSERVE DU 31 DÉCEMBRE 1995 ..... 31:49
4.4. PAIEMENT DES DÉPENSES NON DÉDUCTIBLES 31:50
4.5. TAXE SUR LE CAPITAL 31:50
4.6. TRANSFERT DE LA PRATIQUE EXISTANTE 31:51
4.6.1. Actifs transférés 31:51
4.6.2. Contrepartie pour les actifs 31:53
4.6.3. Choix du moment du transfert et de la fin d'année 31:53
4.6.4. Règles antiévitement 31:54
4.6.5. Nécessité de refléter les changements 31:55
4.6.6. Règles particulières s'appliquant aux SENC 31:55
4.7. SORT DES SOCIÉTÉS DE GESTION EXISTANTES 31:55
4.8. STRUCTURE FISCALE OPTIMALE 31:56

CONCLUSION 31:58

PARTIE B (LUC LACOMBE, SYLVAIN MOREAU)
Incorporation des professionnels – Aspects fiscaux

INTRODUCTION 31:60

1. MÉTHODES ANALYSÉES 31:61

1.1. TRANSFERT DES ACTIFS D'UNE SENC À UNE SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC 31:62
1.1.1. Méthode 31:62
1.1.2. Transfert 31:65
1.1.3. Liquidation de la SENC 31:66
1.2. LIQUIDATION DE LA SENC ET TRANSFERT DES ACTIFS À LA SPA 31:72
1.2.1. Méthode 31:72
1.2.2. Constat 31:74
1.3. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC 31:74
1.3.1. Méthode 31:74
1.3.2. Commentaires 31:74
1.3.3. Autres considérations 31:76

1.3.4. Constat 31:77
1.4. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET MAINTIEN DE LA SENC 31:78
1.4.1. Méthode 31:78
1.4.2. Commentaires 31:79
1.4.3. Autres considérations 31:79
1.5. AUTRES ÉLÉMENTS DE DISCUSSION 31:80
1.5.1. Choix des travaux en cours 31:80
1.5.2. Date de fin d'exercice de la SPA 31:81
1.5.3. Transfert dans plusieurs SPA 31:83
1.5.4. Déduction à l'égard du gain en capital 31:84
1.5.5. Choix du 22 février 1994 ..... 31:85
1.5.6. Somme convenue supérieure au coût fiscal 31:88
1.5.7. Congé fiscal au Québec 31:90
1.5.8. Société de gestion 31:92
1.5.9. Taxes de vente 31:92
1.5.10. Pertes apparentes 31:92
1.5.11. Règles d'association 31:93
1.6. AVANTAGES ÉCONOMIQUES 31:94

2. RÉSUMÉ 31:96

CONCLUSION 31:98

ANNEXE A 31:99

ANNEXE B 31:102

ANNEXE C 31:103

ANNEXE D 31:104

ANNEXE E 31:105

ANNEXE F 31:106

ANNEXE G 31:107

ANNEXE H 31:108

ANNEXE I 31:109

PARTIE A
Nouvelles options pour l'organisation fiscale, financière et juridique des professionnels : les SPA et les SENCRL

Pierre Jean Beauregard, avocat, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot Prévost s.e.n.c.

Michel Turcot, notaire, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot Prévost s.e.n.c.

INTRODUCTION*

À la suite de nombreux et constants efforts consacrés par le gouvernement du Québec, l'Office des professions et divers ordres professionnels impliqués dont le Barreau du Québec, l'Ordre des comptables agréés du Québec et la Chambre des notaires du Québec, tous les professionnels du Québec pourront éventuellement offrir leurs services par l'entremise d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée. En effet, la Loi 169 intitulée *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*[1] fut sanctionnée le 21 juin 2001, ouvrant ainsi une ère nouvelle dans l'économie des services professionnels.

Cette législation vise principalement à répondre à trois préoccupations qui ont été manifestées par les professionnels.

La première découle de la responsabilité solidaire, attribut de la société en nom collectif (ci-après « SENC »). En effet, le risque pour un professionnel de recevoir une mise en demeure relativement à une faute commise par l'un de ses associés, à laquelle il n'a pas contribué, devient de plus en plus élevé. Il est vrai que ce risque peut être moindre, ou à tout le moins plus facile à évaluer, lorsqu'il s'agit d'une SENC composée d'un nombre restreint de professionnels. Toutefois, plus les associés sont nombreux, et plus la répartition géographique des bureaux à partir desquels les services sont rendus est étendue, plus ce risque augmente.

---

* Ce texte est partiellement tiré du Cours de perfectionnement du Notariat, auquel ont participé les auteurs du présent article en avril 2003, avec le consentement de la Chambre des notaires du Québec.

1 L.Q. 2001, c. 34 (ci-après « la Loi 169 »).

Ce problème n'est pas réservé uniquement aux professionnels œuvrant au Québec. Nos voisins du sud, de même que ceux de la plupart des autres provinces ont eu à faire face à ce type de difficulté. C'est pourquoi la plupart d'entre eux ont accepté de limiter cette responsabilité professionnelle solidaire. Cela a contribué à faire modifier la législation québécoise, système juridique compétitif oblige.

Quant à la deuxième préoccupation, elle découle du principe voulant que la plupart des professionnels n'ont historiquement pas eu le droit d'offrir leurs services par l'entremise d'une société par actions. De ce fait, ils n'ont jamais pu joindre le rang des autres communautés d'affaires qui jouissent des attributs rattachés à ce véhicule juridique, notamment la personnalité juridique distincte et le traitement fiscal qui lui est réservé.

Finalement, les règles qui limitent le regroupement des membres de divers ordres professionnels ne représentent plus la nouvelle économie. Le regroupement de services complémentaires en un « guichet unique » constitue un attrait indéniable et requiert une mise à jour du cadre juridique de façon à permettre la multidisciplinarité.

1. DESCRIPTION DES CONCEPTS

Les concepts retenus par le législateur québécois afin d'apporter une réponse aux préoccupations soulevées sont les suivants :

- la société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL »);

- la société par actions (ci-après « SPA »), amputée partiellement de son statut de personnalité juridique distincte.

Voici l'essentiel de ce qui distingue la SENCRL de la SENC, une étude plus détaillée est abordée subséquemment.

La SENCRL est une société en nom collectif, dont le professionnel qui en est membre est, à l'égard des actes professionnels posés, uniquement responsable des fautes ou négligences commises par lui, son préposé ou son mandataire dans l'exercice de ses activités professionnelles, faisant ainsi disparaître la responsabilité professionnelle solidaire à cet égard. Ainsi, le professionnel nullement impliqué dans une faute professionnelle commise par un membre de la SENCRL ne sera pas tenu responsable et ne sera pas dans l'obligation d'indemniser la victime à même son patrimoine personnel. Par ailleurs, soulignons que les actifs appartenant à la SENCRL demeurent

assujettis à l'obligation d'acquitter une créance résultant d'une telle faute ou négligence. Autrement dit, la responsabilité de la SENCRL pourra être engagée au même titre que le professionnel fautif.

La disparition de la responsabilité solidaire en relation avec les actes professionnels posés au sein d'une SENCRL est un gain notable, mais il faut considérer le fait que la responsabilité solidaire demeure inchangée à l'égard de tous les autres engagements contractés par la société, ou par les membres qui la composent, dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise[2]. De même, les actes professionnels posés antérieurement à la continuation de la SENC en SENCRL demeurent assujettis à la responsabilité solidaire. Cette transition comporte donc un double régime de responsabilité.

Quant à la société par actions réservée aux professionnels, ce qui la caractérise fondamentalement par rapport à toute autre société par actions, c'est le fait que l'actionnaire ayant rendu un service professionnel, soit personnellement, soit par l'entremise d'un préposé ou d'un mandataire, est assujetti à la responsabilité d'une faute ou négligence qui pourrait en découler, et doit en répondre à même son propre patrimoine. Cette caractéristique signifie l'ajout d'une autre exception au principe de la personnalité juridique distincte de la SPA[3], principe que l'on retrouve aux articles 298 et 309 C.c.Q. Par ailleurs, la responsabilité de la SPA sera engagée en raison des actes professionnels qui seront posés par ses employés ou mandataires, par exemple ses actionnaires. Encore une fois, les obligations contractées par les professionnels antérieurement à la constitution de la SPA demeureront leur propre responsabilité, le nouveau régime ne pouvant avoir d'effet rétroactif.

1.1. EXIGENCE D'UN RÈGLEMENT

L'exercice des activités professionnelles par l'entremise de ces nouvelles entités juridiques hybrides[4] repose sur le respect des trois conditions suivantes :

- le bureau de l'Ordre autorise ses membres à offrir leurs services professionnels aux conditions qu'il détermine par règlement[5];

---

2 *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 187.12.

3 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 317.

4 Ces entités juridiques sont parfois collectivement identifiées sous l'expression « société professionnelle ».

5 *Code des professions*, art. 187.11, par. 1.

- les membres fournissent et maintiennent, pour cette société, une garantie contre leur responsabilité professionnelle conforme aux exigences prescrites dans un règlement pris par le bureau[6];

- les membres déclarent exercer ainsi leurs activités professionnelles conformément aux conditions et modalités prévues par le règlement pris par le bureau[7].

1.2. CONSTATATIONS

Le premier grand principe retenu consiste à maintenir la responsabilité découlant d'un acte professionnel au niveau du professionnel, protection du public oblige. Cela implique également que le professionnel, dans l'exercice de sa profession, demeure imputable vis-à-vis de son ordre professionnel. Ainsi, c'est le professionnel qui fera toujours l'objet d'une inspection professionnelle, et non la SPA. L'article 187.19 du *Code des professions* illustre ce principe. Le législateur n'a pas cru bon d'exiger que la SPA soit dotée d'un permis d'exercice ou d'un certificat.

En second lieu, le législateur québécois s'est principalement contenté d'établir les principes de base régissant les règles du jeu en matière de responsabilité professionnelle. Il laisse à chacun des ordres professionnels le soin d'établir les conditions et modalités devant régir tous les autres aspects, par règlement. Comme il se doit, les autorités gouvernementales se réservent le soin de revoir le règlement en question et peuvent y apporter les modifications qu'elles jugent appropriées avant son entrée en vigueur.

C'est dans ce contexte que certains projets de règlements ont été soumis par des ordres professionnels à leurs membres pour consultation, pour ensuite prendre le chemin usuel en vue d'une prochaine mise en vigueur.

Le présent texte porte sur les projets de règlement et règlements suivants:

- le Projet de règlement adopté par le bureau de l'Ordre de la Chambre des notaires du Québec le 28 février 2003 intitulé *Règlement sur l'exercice de la profession de notaire en société* (ci-après « *Règlement de la Chambre des notaires du Québec* »);

---

6 *Id*., par. 2.

7 *Id*., par. 3.

- le Projet de règlement adopté par le Conseil général du Barreau du Québec et publié dans la partie 2 de la *Gazette officielle du Québec* le 5 février 2003, 135e année, no 6 (ci-après « *Règlement du Barreau* »);

- le Projet de règlement adopté par le Collège des médecins et publié dans la partie 2 de la *Gazette officielle du Québec* le 3 septembre 2003, 135e année, no 36 (ci-après « *Règlement du Collège des médecins* »);

- le *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société* publié le 5 février 2003 et entré en vigueur le 20 février 2003 (ci-après « *Règlement des comptables agréés* »).

Il va de soi qu'il faudra suivre l'évolution du texte de ces règlements jusqu'au moment de leur mise en vigueur, le cas échéant, afin d'y déceler les modifications qui y seront éventuellement apportées.

Cette mise en contexte étant faite, nous abordons maintenant la description des principaux enjeux pour ensuite procéder à l'analyse du chapitre VI.3 du *Code des professions* et des règlements.

Vient ensuite l'étude des considérations fiscales rattachées à l'utilisation des sociétés professionnelles.

2. PRINCIPAUX ENJEUX

À partir du moment où un ordre professionnel accepte que ses membres puissent avoir recours aux nouvelles sociétés professionnelles, cela implique inévitablement que des membres de cet ordre remettront en question le mode juridique d'exploitation de leur entreprise.

2.1. PLANIFICATION FINANCIÈRE ET FISCALE

Il va sans dire que l'analyse coût/bénéfice de la migration du mode d'exploitation d'une entreprise professionnelle dans un tel contexte constitue la pierre angulaire permettant d'effectuer le choix le plus judicieux.

Quels seront les coûts reliés à l'utilisation d'une SPA?

- Frais annuels à l'Inspecteur général des institutions financières (ci-après « IGIF »);

- états financiers annuels (déplacement de la dépense);

- déclarations de revenus annuelles;
- frais de transition :
  - constitution d'une SPA;
  - transfert d'actifs;
- impôt sur le revenu et taxe sur le capital;
- assurance responsabilité professionnelle.

Cette nomenclature illustre certains des facteurs devant être pris en considération en vue d'un éventuel changement.

2.2. STRUCTURE ORGANISATIONNELLE

Outre l'analyse financière et fiscale propre à chacun des professionnels, il convient de tenir compte également de la stratégie adoptée par le professionnel en fonction de ses objectifs. Pensons au professionnel œuvrant seul dont la simplicité de l'organisation constitue l'un des atouts à son efficacité; la SPA peut-elle déstabiliser l'environnement auquel il est habitué? Pensons aussi à ceux et celles qui utilisent actuellement une société par actions parallèlement à leur SENC afin de rendre des services de gestion à leur société professionnelle. Cela implique une double comptabilité, un système de facturation efficace et bien souvent une convention entre actionnaires intégrée au contrat de société. Serait-il approprié de « fusionner » toutes les activités au sein d'une seule entité, ne serait-ce que pour simplifier l'organisation du travail?

2.3. RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

La responsabilité professionnelle demeure un enjeu de taille et, par conséquent, les produits que vont offrir les assureurs devront recevoir toute notre attention. La disparition de la responsabilité professionnelle solidaire des associés d'une SENC, les exigences découlant de la Loi 169 et des règlements et le régime transitoire sont certes des facteurs influents qui vont fournir suffisamment de matière à réflexion aux assureurs et, par conséquent, aux professionnels.

Outre la responsabilité personnelle du professionnel résultant d'une faute ou négligence qu'il a commise, le législateur déclare à l'article 187.11,

paragraphe 2° du *Code des professions* qu'un membre exerçant ses activités professionnelles au sein d'une société professionnelle doit fournir et maintenir, pour cette société, une garantie contre la responsabilité professionnelle conforme aux exigences édictées par l'ordre professionnel, par règlement.

La couverture d'assurance minimale exigée de la société est de 1 M$, mais elle peut être réduite à 500 000 $ pour le professionnel pratiquant seul si le règlement adopté par l'ordre concerné le prévoit.

Ainsi, le nouveau contrat d'assurance responsabilité doit couvrir le professionnel pour le montant minimum exigé par la loi et, parallèlement, la SENCRL ou la SPA, selon le cas, doit souscrire auprès du même assureur, ou par un contrat d'assurance distinct ou de cautionnement auprès d'un autre assureur, à une garantie excédentaire au contrat de base d'un montant minimum correspondant à celui fixé par le règlement.

L'une des questions importantes qui demeure en suspens pour le moment consiste à déterminer si une seule police d'assurance (excédentaire de 1 M$) peut couvrir l'ensemble des sociétés professionnelles faisant partie d'un même groupe ou si une police d'assurance doit être émise pour chacune d'elles. Cela pourrait être le cas d'une SENCRL dont les associés sont des SPA autorisées à rendre des services professionnels.

Aussi, une attention particulière devra être portée à la couverture des actes professionnels antérieurs à la création de la société professionnelle, ainsi qu'aux réclamations présentées dans les cinq ans qui suivent la période de garantie au cours de laquelle un membre de la société décède, quitte la société ou cesse d'être membre de l'ordre concerné. En effet, les assureurs ne semblent pas, pour le moment, très enthousiastes en ce qui a trait à ce type de conditions, de sorte qu'au moment d'écrire ces lignes, ils les remettent en question.

2.4. IMPUTABILITÉ

Le *Code des professions* et les règlements consacrent le principe voulant que le professionnel demeure imputable de ses actes professionnels vis-à-vis de ses clients, mais également de l'ordre duquel il relève.

Par exemple, la société doit permettre au notaire d'exercer ses activités professionnelles dans le respect des principes d'impartialité et du secret

professionnel inhérents à ce rôle, et de façon plus générale, dans le respect de la *Loi sur le notariat*[8].

Autre exemple, l'article 187.19 du *Code des professions* prévoit que le membre d'un ordre ne peut invoquer des décisions ou des actes de la société par actions au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles pour justifier un manquement à une disposition du *Code des professions*, de la loi constituant l'ordre dont il est membre ou des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi.

Malgré le maintien du lien de droit entre le professionnel et l'ordre duquel il relève, les règlements requièrent un engagement de la société professionnelle à donner accès aux documents qui la concernent (par exemple : registre complet et à jour des valeurs mobilières) aux personnes, comités et tribunal mentionnés à l'article 192 du *Code des professions*.

2.5. NOUVEAU DROIT CORPORATIF

Le fait que chaque ordre professionnel soit libre d'adopter par règlement les conditions relatives aux SPA qui conviennent le mieux à la protection du public et aux professionnels qui en sont membres, suppose inévitablement qu'un nouveau droit corporatif pointe à l'horizon. En effet, il faudra être attentif à la juridiction requise, aux mentions exigées dans les statuts, à une description de capital social approprié, à l'adoption de règlements généraux adaptés, à la tenue de registres à jour, etc. Imaginez la constitution d'une SPA regroupant des membres de trois différents ordres professionnels dont les exigences réglementaires divergent de façon substantielle!

C'est ce que nous allons voir plus loin.

2.6. MULTIDISCIPLINARITÉ

Les regroupements multidisciplinaires seront juridiquement possibles, à tout le moins en ce qui concerne les ordres professionnels qui les auront acceptés. Les ordres professionnels qui l'acceptent doivent non seulement l'exprimer par le règlement portant sur les sociétés de professionnels, mais ils doivent également apporter les modifications requises à leur code de déontologie. Malgré la volonté exprimée par certains ordres professionnels d'accepter le concept de multidisciplinarité, les professionnels doivent à leur tour évaluer si les questions d'affaires seront compatibles.

---

[8] L.R.Q., c. N-3. Voir aussi *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 1.

3. ANALYSE DU CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS* ET DU RÈGLEMENT

3.1. CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS*

Le professionnel membre d'un ordre professionnel qui entend exercer sa profession au sein d'une société professionnelle doit le déclarer à son ordre[9] et :

- fournir et maintenir, pour cette société, une garantie contre sa responsabilité professionnelle conforme aux exigences prescrites par un règlement pris par le bureau de l'Ordre[10];

- s'agissant d'une société en nom collectif à responsabilité limitée, il doit s'assurer que soit inscrite dans la dénomination sociale de la société l'expression « société en nom collectif à responsabilité limitée » ou le sigle « SENCRL[11] »; et

- le fait de choisir la SENCRL comme véhicule juridique à l'exercice des activités professionnelles doit être consigné dans un **contrat écrit**. Il en va de même lorsque la SENCRL cesse d'être à responsabilité limitée[12].

3.2. RÈGLEMENTS

Les conditions applicables aux SPA et SENCRL énoncées aux règlements complètent les exigences requises par le *Code des professions*. Le professionnel se doit de les respecter en tout temps.

3.2.1. Notaires

3.2.1.1. Respect des lois et règlements

Le notaire doit s'assurer que la société professionnelle au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles lui permette de respecter la *Loi sur le notariat* et tous les règlements pris en application de cette loi. Cela

---

9 *Code des professions*, art. 187.11, par. 3.

10 *Id.*, art. 187.11, par. 2.

11 *Id.*, art. 187.13.

12 *Id.*, art. 187.15.

comprend notamment le respect du secret professionnel et le principe d'impartialité inhérent au rôle d'officier public. Cela suppose, par exemple, et cela s'avère particulièrement vrai dans le cas des sociétés multidisciplinaires, que le notaire doit s'assurer que le contrat de société ou la convention entre actionnaires auquel il est partie ne comporte aucune disposition incompatible avec cette loi[13].

3.2.1.2. Droit de vote

La majorité des voix rattachées aux actions d'une SPA, au statut d'associé ou aux parts sociales de la SENCRL doit être détenue et exprimée par[14] :

- une ou plusieurs personnes membres d'un ordre professionnel[15];
- une SPA dont au moins 90 % des voix rattachées aux actions sont détenues et exprimées par une ou plusieurs personnes membres d'un ordre professionnel;
- une fiducie dont tous les fiduciaires sont des personnes membres d'un ordre professionnel; ou
- une combinaison des personnes ou des patrimoines qui précèdent.

3.2.1.3. Société exclusive

S'agissant d'une société professionnelle qui se présente exclusivement comme une société de notaires, il faut alors que la majorité des voix à laquelle il est fait référence au paragraphe précédent soit détenue et exprimée par[16] :

---

13 *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 1.

14 *Id.*, art. 2, par. 1.

15 Le *Règlement de la Chambre des notaires* précise qu'il doit s'agir d'un membre d'un ordre professionnel régi par le *Code des professions* ou d'un regroupement professionnel qui exerce un contrôle similaire à celui exercé par un ordre professionnel et qui apparaît en annexe A. Cette annexe couvre les ordres de comptables régis par une autre province canadienne, l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, le Bureau des services financiers, les ordres de juristes régis par une loi d'une autre province canadienne et l'Institut des actuaires du Canada.

16 *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 3, par. 1.

- un ou des notaires;
- une SPA dont au moins 90 % des voix rattachées aux actions sont détenues et exprimées par un ou plusieurs notaires;
- une fiducie dont tous les fiduciaires sont des notaires; ou
- une combinaison des personnes ou des patrimoines qui précèdent.

3.2.1.4. Administration

Les membres du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs d'une SENCRL sont en majorité des membres d'un ordre professionnel. De plus, pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs d'une société professionnelle, la majorité des membres présents pour engager celle-ci doit être composée de personnes membres d'un ordre professionnel[17].

S'agissant d'une société professionnelle qui se présente exclusivement comme une société de notaires, il faut alors que la composition du conseil d'administration soit majoritairement formée de notaires, alors que pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs, la majorité des membres présents pour engager celle-ci doit être composée de notaires[18].

3.2.1.5. Inscription – objet

Le notaire qui est associé, administrateur, dirigeant ou actionnaire de la société doit s'assurer que sont inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL, les conditions ci-dessus énoncées aux sections 3.2.1.1. à 3.2.1.4. et le fait que la société professionnelle est constituée aux fins d'exercer principalement des activités professionnelles[19].

---

[17] *Id.*, art. 2, par. 2.

[18] *Id.*, art. 3, par. 2.

[19] *Id.*, art. 2, par. 3 et art. 3, par. 3.

3.2.1.6. Autres conditions

Avant le début de l'exercice des activités professionnelles d'un notaire au sein d'une société professionnelle, il doit avoir acquitté les frais de 175 $ et fournir au secrétaire de l'Ordre :

- une déclaration selon le formulaire prévu à cet effet;

- la confirmation écrite d'une autorité compétente (l'assureur) attestant que la société professionnelle fait l'objet d'une garantie conforme au règlement;

- un engagement de la société professionnelle voulant qu'elle fournisse la documentation prévue à l'article 13 du règlement ou une copie conforme de tout tel document à la personne, comité ou tribunal mentionné à l'article 192 du *Code des professions*[20];

- une confirmation écrite donnée par chacune des autorités compétentes concernées attestant de l'existence d'une SPA et de l'immatriculation d'une SPA ou d'une SENCRL ou une copie conforme de la déclaration requise en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*[21] indiquant à quelle date la SENC est devenue SENCRL[22], le cas échéant.

La déclaration à laquelle il est fait référence ci-dessus doit être remplie par le notaire sous son serment professionnel et contenir les renseignements suivants :

- le nom et le numéro de membre du notaire et son statut au sein de la société professionnelle;

- le nom ou la dénomination sociale, ainsi que les autres noms utilisés au Québec par la société professionnelle au sein de laquelle exerce le notaire;

---

[20] *Id.*, art. 4, par. 5.

[21] L.R.Q., c. P-45.

[22] *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 4, par. 3, 4 et 6.

- le numéro de matricule de la société professionnelle attribué par l'Inspecteur général des institutions financières;

- la forme juridique de la société professionnelle;

- la déclaration doit comprendre une affirmation qui relate essentiellement que la société professionnelle se conforme aux conditions relatives au respect par le notaire de la *Loi sur le notariat* et de son devoir d'impartialité mentionnées à l'article 1 du règlement, de même qu'aux droits de vote, à la composition du conseil d'administration, au quorum et aux décisions exprimées par le conseil d'administration mentionnés ci-dessus;

- l'adresse du siège de la société professionnelle ainsi que l'adresse de ses établissements au Québec;

- s'agissant d'une société par actions, les noms et adresses domiciliaires de ses administrateurs et dirigeants, de même que les ordres desquels ils relèvent;

- s'agissant d'une SENCRL, les noms et adresses domiciliaires de tous les associés domiciliés au Québec, des administrateurs nommés par ces associés pour administrer la société, que ces derniers soient ou non domiciliés au Québec, de même que les ordres desquels ils relèvent;

- s'agissant d'une SENC qui est devenue une SENCRL, la date à laquelle ce changement est survenu.

3.2.1.7. Répondant

Lorsque plus d'un notaire exerce ses activités professionnelles au sein d'une même société professionnelle, une seule déclaration peut être complétée et remise au secrétaire de l'Ordre par un répondant pour l'ensemble des notaires de cette société[23]. Seul un notaire associé, administrateur, dirigeant ou actionnaire de la société professionnelle peut agir à titre de répondant[24].

---

[23] *Id.*, art. 6.

[24] *Id.*, art. 2, dernier alinéa.

Il importe de souligner que tous les notaires exerçant au sein de cette société demeurent toutefois pleinement responsables :

- de l'exactitude des renseignements fournis à l'égard du nom et du numéro de membre du notaire;
- de la déclaration relative à leur statut au sein de la société professionnelle;
- du nom et de la dénomination sociale utilisée par la société professionnelle; et
- du numéro de matricule décerné à cette société par l'Inspecteur général des institutions financières.

Pour conserver son droit d'exercer ses activités professionnelles au sein d'une société professionnelle, le notaire ou le répondant, le cas échéant, doit, avant le 31 mars de chaque année, mettre à jour et fournir la déclaration dont il est fait mention à la section 3.2.1.6. ci-dessus et acquitter les frais exigibles. Tel notaire ou répondant doit informer le secrétaire de l'Ordre, sans délai, de toute modification à la garantie relative à l'assurance responsabilité de la société ou aux informations transmises dans la déclaration abordée à la section 3.2.1.6. ci-dessus qui aurait pour effet de nuire au respect des conditions relatives aux droits de vote, à la composition du conseil d'administration ainsi qu'au quorum aux assemblées des administrateurs, comme stipulé aux sections 3.2.1.2. à 3.2.1.5. ci-dessus.

3.2.1.8. Avis

Un notaire exerçant ses activités professionnelles selon l'un des modes juridiques actuellement permis et qui désire utiliser l'une ou l'autre des nouvelles entités juridiques doit transmettre à ses clients, à l'égard desquels des dossiers sont en cours à la date de constitution de la SPA ou de la continuation d'une SENC en SENCRL, un avis écrit les informant de la nature et des effets de la modification du statut de la société au sein de laquelle il exerçait antérieurement ses activités professionnelles, notamment quant à sa responsabilité professionnelle et à celle de cette société[25].

---

[25] *Id.*, art. 12.

3.2.1.9. Interdictions et sanctions

Un membre exerçant sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL, qui ferait défaut de respecter l'une quelconque des dispositions du règlement qui lui sont applicables s'exposerait à des sanctions disciplinaires et pénales pouvant conduire jusqu'à sa radiation du tableau de l'Ordre. La radiation, même temporaire, ferait en sorte qu'il ne pourrait plus exercer sa profession au sein de cette SPA ou SENCRL, et qu'il perdrait le bénéfice de la responsabilité non solidaire de la SENCRL, de même que les attributs fiscaux rattachés à la SPA.

Par ailleurs, un administrateur, un dirigeant ou un représentant d'une SPA ne peut aider, ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amener un membre d'un ordre qui exerce ses activités professionnelles au sein d'une SPA, à ne pas respecter les dispositions du *Code des professions*, de la loi constituant l'Ordre dont le professionnel est membre et des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi[26].

L'interdiction stipulée à l'article 187.18 du *Code des professions* est assortie d'une sanction[27] selon laquelle un ordre professionnel peut, sur résolution du bureau ou du comité administratif, et conformément à l'article 10 du *Code de procédure pénale*[28], intenter une poursuite pénale à l'égard des contrevenants.

Si un notaire faisant partie d'une société professionnelle constate que l'une des conditions prévues au règlement ou au chapitre VI.3 du *Code des professions* n'est plus satisfaite, il doit, dans les 15 jours de ce constat, prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer, à défaut de quoi il cesse d'être autorisé à exercer ses activités au sein de cette société[29].

---

26 *Code des professions*, art. 187.18.

27 *Id.*, art. 189.1.

28 L.R.Q., c. C-25.1.

29 *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 8.

3.2.2. Avocats

3.2.2.1. Respect des lois et règlements

Un membre du Barreau du Québec exerçant sa profession au sein d'une société professionnelle demeure lié par les obligations découlant du *Code des professions*, de la *Loi sur le Barreau*[30] et des règlements adoptés en vertu du Code ou de la Loi 169[31].

3.2.2.2. Droit de vote

En tout temps, plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions d'une SPA ou aux parts sociales d'une SENCRL sont détenus par :

a) - des membres du Barreau;

- des personnes régies par le *Code des professions*;

- des personnes visées à l'annexe A[32];

ou

b) des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par une ou plusieurs personnes visées au paragraphe a) ci-dessus;

c) une combinaison des personnes visées aux paragraphes a) et b) ci-dessus[33].

---

30 L.R.Q., c. B-1.

31 *Règlement du Barreau*, art. 6.

32 Les personnes figurant à l'annexe A du *Règlement du Barreau* sont : membre en règle de la Chambre de l'assurance des dommages, de la Chambre de la sécurité financière, d'un barreau constitué hors du Québec ou de l'Institut canadien des actuaires. Figurent également parmi ces personnes un agent de brevet inscrit auprès du Commissaire aux brevets aux termes de la *Loi sur les brevets*, L.R.Q. 1985, c. P-4 ou un agent de marques de commerce inscrit auprès du Registraire des marques de commerce aux termes de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13.

33 *Règlement du Barreau*, art. 5, par. 1.

Il convient de souligner que ce règlement précise qu'un membre du Barreau du Québec, d'un ordre professionnel ou une personne visée à l'annexe A qui a été radiée pour une période de plus de trois mois ne peut, pendant la période de radiation, détenir directement ou indirectement aucune action comportant un droit de vote au sein de la société professionnelle[34].

3.2.2.3. Administration

Les membres du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs de la SENCRL sont en majorité des membres d'un ordre professionnel ou figurent parmi les personnes visées à l'annexe A[35]. De plus, pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs d'une société professionnelle, la majorité des membres présents doit être composée des personnes visées ci-dessus[36]. La personne radiée dans les circonstances décrites à la section 3.2.2.2. ne peut, pendant la période de radiation, être administrateur, dirigeant ou représentant de la société professionnelle[37].

3.2.2.4. Inscription – objet

Les conditions énumérées aux sections 3.2.2.2. et 3.2.2.3. doivent être inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL[38], sauf en ce qui a trait à la personne radiée pour une période de plus de trois mois.

3.2.2.5. Objet

Les articles 1 et 2 du *Règlement du Barreau* stipulent que la société doit être constituée aux fins de l'offre et de la prestation de services professionnels. Est-ce que cela ferme la porte à toute autre activité? Est-ce que la doctrine de l'*ultra vires* recevra application dans ces circonstances? A-t-on songé à l'incertitude pouvant en résulter à l'égard de la sécurité des transactions? Soulignons que cette condition n'a pas à être inscrite aux statuts de la SPA.

---

34 *Id*., art. 2c).

35 *Id*., art. 5, par. 2; voir la nomenclature figurant à la note 32.

36 *Id*., art. 5, par. 3.

37 *Id*., art. 2c) *in fine*.

38 *Id*., art. 5, par. 4.

3.2.2.6. Frais et engagement

Un membre du Barreau doit avoir acquitté les frais fixés par résolution du Conseil général pour être autorisé à exercer sa profession au sein d'une société professionnelle[39]. Il doit également s'assurer que l'engagement de la société professionnelle prévu à l'annexe B du *Règlement du Barreau* est reçu par le directeur général du Barreau du Québec avant de commencer à exercer sa profession[40].

3.2.2.7. Répondant

La société professionnelle doit désigner un répondant et au plus deux ou, le cas échéant, un substitut, auprès du Barreau du Québec parmi ses associés, actionnaires, administrateurs ou dirigeants. Le répondant doit être membre du Barreau du Québec et exercer sa profession au sein de cette société[41].

3.2.2.8. Dénomination sociale

La dénomination sociale d'une société professionnelle ne comprend que les noms des membres autorisés à exercer au sein de celle-ci ou qui, retraités ou décédés, y exerçaient leur profession ou leurs activités[42]. De plus, l'expression « société professionnelle autorisée » ou le sigle « SPA » doit apparaître dans la dénomination sociale[43]. Ces exigences sont en voie de révision, nous a-t-on mentionné.

3.2.2.9. Avis

Les membres d'une SENC continuée en SENCRL doivent, dans les 15 jours de la continuation, faire publier un avis dans un journal circulant dans les localités où ils tiennent une place d'affaires. L'avis doit préciser le changement de statut de la société et expliquer en termes généraux les modifications qu'entraîne ce changement quant à la responsabilité des

---

39 *Id.*, art. 5, par. 5.

40 *Id.*, art. 4.

41 *Id.*, art. 8.

42 *Id.*, art. 7.

43 *Id.*, art. 2b).

associés[44]. Ce règlement est muet lorsqu'il s'agit du début des activités au sein d'une SPA.

3.2.2.10. Sanction

Pour conserver son droit d'exercer ses activités professionnelles au sein d'une société professionnelle, le membre doit, dans les 15 jours suivant la notification de non-conformité à l'une des conditions, modalités ou restrictions prévues au *Règlement du Barreau*, prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer, à défaut de quoi le membre n'est plus autorisé à exercer sa profession au sein d'une telle société[45].

3.2.3. Comptables agréés

3.2.3.1. Services de certification ou société exclusive

Les membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec sont autorisés à exercer leur profession au sein d'une société professionnelle:

- s'ils offrent des services de certification; ou
- si cette société se présente comme une société de comptables agréés;
- si les conditions suivantes sont respectées.

1. Droit de vote

En tout temps, plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions d'une SPA ou aux parts sociales d'une SENCRL sont détenus par :

a) - des membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec exerçant la profession au sein de la société;

   - des membres de l'Institut des comptables agréés exerçant la profession au sein de la société;

---

44 *Id.*, art. 10.

45 *Id.*, art. 1.

b) des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par un ou plusieurs personnes visées au paragraphe a) ci-dessus;

c) une combinaison des personnes visées aux paragraphes a) et b) ci-dessus[46].

Il convient de souligner qu'au moins un membre de l'Ordre des comptables agréés du Québec exerçant sa profession au sein d'une telle société doit détenir une part sociale ou une action conférant le droit de vote[47].

Par ailleurs, l'exercice du droit de vote à l'égard d'une action ou d'une part appartenant à un membre de l'Ordre ou de l'Institut canadien des comptables agréés doit être réservé à une personne membre de l'un ou l'autre de ces organismes exerçant sa profession au sein d'une telle société[48].

2. Administration

Les membres du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs de la SENCRL sont en majorité des membres de l'Ordre ou des membres de l'Institut canadien des comptables agréés exerçant leur profession au sein de la société[49]. De plus, pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs d'une société professionnelle, la majorité des membres doit, en tout temps, être composée des personnes visées ci-dessus[50].

En outre, le président du conseil d'administration de la SPA ou celui qui occupe un poste similaire au sein d'une SENCRL doit :

- être personnellement associé ou actionnaire;
- obtenir une participation lui conférant le droit de vote; et

---

46 *Règlement des comptables agréés*, art. 1, par. 1.

47 *Id.*, art. 1, par. 4.

48 *Id.*, art. 1, par. 6.

49 *Id.*, art. 1, par. 2.

50 *Id.*, art. 1, par. 3.

- il doit être membre de l'Ordre ou de l'Institut canadien des comptables agréés[51].

3. Inscription – objet

Seules les conditions énumérées à la section 1. doivent être inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL. Par ailleurs, il faut inscrire dans ces documents que la société est constituée aux fins d'exercer des activités professionnelles[52]. Cela soulève les mêmes questions que celles identifiées à l'égard du *Règlement du Barreau*[53].

3.2.3.2. Services non exclusifs

Lorsque les membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec n'entendent pas offrir des services de certification au sein d'une société professionnelle ni de s'afficher comme une société de comptables agréés, les conditions devant être respectées diffèrent de celles prévues à la section 3.2.3.1.

Essentiellement, la détention des droits de vote, les qualités requises et le nombre des administrateurs, les règles relatives au quorum ainsi que l'inscription aux statuts et au contrat répondent aux mêmes exigences, à l'exception du fait que ces conditions s'adressent aux professionnels régis par le *Code des professions* et aux autres membres expressément identifiés[54].

---

51 *Id.*, art. 1, par. 5.

52 *Id.*, art. 1 *in fine*.

53 Voir la section 3.2.2.5 à ce sujet.

54 *Règlement des comptables agréés*, art. 2; les personnes autorisées sont soit des personnes régies par le *Code des professions*, soit des courtiers immobiliers ou agents immobiliers membres en règle de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec et, s'ils sont dûment accrédités par une autorité compétente, des courtiers ou conseillers en valeurs mobilières, des planificateurs financiers, des représentants en assurance de personnes ou en assurance collective, des agents ou des courtiers en assurance de dommages, ou des personnes régies par une loi d'une autre province canadienne les reconnaissant et les assujettissant à des règles similaires ou des membres en règle de la corporation constituée en vertu de la *Loi constituant en corporation l'Institut canadien des actuaires* (S.C. 1964-65, c. 76) et exerçant au sein de la société.

3.2.3.3. Autres conditions

Avant qu'un membre puisse exercer sa profession au sein d'une société professionnelle, il doit acquitter les frais déterminés par l'Ordre[55] et lui fournir :

- une confirmation écrite d'une autorité compétente (l'assureur) attestant que la société professionnelle fait l'objet d'une garantie conforme au règlement[56];

- une confirmation écrite par chacune des autorités compétentes concernées attestant de l'existence d'une SPA et de l'immatriculation d'une SPA ou d'une SENCRL ou une copie conforme de la déclaration requise en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*[57] indiquant la continuation de la SENC en SENCRL;

- une confirmation écrite attestant que la société maintient un établissement au Québec[58];

- une autorisation écrite irrévocable de la société professionnelle stipulant qu'elle fournisse la documentation prévue à l'article 15 du règlement ou une copie conforme de tout tel document à la personne, au comité, à une instance disciplinaire ou un tribunal visé à l'article 192 du *Code des professions*[59];

- une déclaration sous serment, dûment remplie sur le formulaire fourni par l'Ordre[60].

---

55 *Règlement des comptables agréés*, art. 3, par. 7 et art. 5.

56 *Id*., art. 3, par. 1.

57 L.R.Q., c. P-45.

58 *Règlement des comptables agréés*, art. 3, par. 5.

59 *Id*., art. 3, par. 6.

60 *Id*., art. 4.

3.2.3.4. Répondant

Lorsque plus d'un comptable agréé exerce ses activités professionnelles au sein d'une même société professionnelle, une seule déclaration peut être complétée et remise à l'Ordre par un répondant pour l'ensemble de ces comptables agréés. Par ailleurs, s'il s'agit d'une société offrant des services de certification ou qui se présente comme une société de comptables agréés, un répondant doit être désigné[61]. Seul un comptable agréé membre de l'ordre associé, administrateur et actionnaire avec droit de vote de la société visée peut agir à titre de répondant[62]. Les autres membres sont dispensés de respecter les conditions mentionnées à la section 3.2.3.3. lorsqu'un répondant les a satisfaites[63]. Une mise à jour annuelle de la documentation est également exigée du membre ou du répondant, au plus tard le 31 mars de chaque année[64]. De plus, le membre ou le répondant doit aviser sans délai l'Ordre de l'annulation de la garantie d'assurance exigée en vertu du règlement, de la radiation, de la dissolution, de la cession de biens, de la faillite, de la liquidation volontaire ou forcée de la société ou de toute autre cause de nature à constituer un empêchement pour la société de poursuivre ses activités[65].

3.2.3.5. Avis

Un comptable agréé exerçant ses activités professionnelles selon l'un des modes juridiques antérieurement permis et qui désire utiliser l'une ou l'autre des nouvelles entités juridiques doit transmettre à ses clients, à la date de la continuation ou de la constitution, un avis les informant de la nature et des effets de la modification du statut de la société, notamment quant à sa responsabilité professionnelle et à celle de la société[66].

3.2.3.6. Interdictions et sanctions

Un membre exerçant sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL qui ferait défaut de respecter l'une quelconque des dispositions du

---

61 *Id.*, art. 6, al. 2.

62 *Id.*, art. 6.

63 *Id.*, art. 7.

64 *Id.*, art. 8.

65 *Id.*, art. 10.

66 *Id.*, art. 14.

règlement qui lui sont applicables s'exposerait à des sanctions disciplinaires et pénales pouvant conduire jusqu'à sa radiation du tableau de l'Ordre. La radiation, même temporaire, ferait en sorte qu'il ne pourrait plus exercer sa profession au sein de cette SPA ou SENCRL, et qu'il perdrait le bénéfice de la responsabilité non solidaire de la SENCRL, de même que les attributs fiscaux rattachés à la SPA.

Par ailleurs, un administrateur, un dirigeant ou un représentant d'une SPA ne peut aider, ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amener un membre d'un ordre qui exerce ses activités professionnelles au sein d'une SPA, à ne pas respecter les dispositions du *Code des professions*, de la loi constituant l'Ordre dont le professionnel est membre et des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi[67].

L'interdiction stipulée à l'article 187.18 du *Code des professions* est assortie d'une sanction[68] selon laquelle un ordre professionnel peut, sur résolution du bureau ou du comité administratif, et conformément à l'article 10 du *Code de procédure pénale*, intenter une poursuite pénale à l'égard des contrevenants.

Si un comptable agréé faisant partie d'une société professionnelle ne respecte plus les conditions prévues au règlement ou au chapitre VI.3 du *Code des professions*, il cesse immédiatement d'être autorisé à exercer ses activités au sein de cette société[69]. Le comptable agréé ne bénéficie d'aucun délai pour lui permettre de corriger le défaut pouvant être éventuellement soulevé.

3.2.3.7. Disposition transitoire

Il importe de souligner une disposition propre aux comptables agréés selon laquelle le membre qui exerce sa profession au sein d'une société par actions avant l'entrée en vigueur du règlement[70], doit au plus tard dans l'année de l'entrée en vigueur du règlement, s'y conformer[71].

---

67 *Code des professions*, art. 187.18.

68 *Id.*, art. 189.1.

69 *Règlement des comptables agréés*, art. 9.

70 Cela suppose des activités qui pouvaient légalement être rendues par une société par actions telle la juricomptabilité.

71 *Règlement des comptables agréés*, art. 18.

3.2.4. Médecins

3.2.4.1. Respect des lois et règlements

Le médecin doit s'assurer que la société professionnelle au sein de laquelle il exerce sa profession lui permette de respecter le *Code des professions*, la loi médicale et tous les règlements édictés en vertu de ces lois[72].

3.2.4.2. Droit de vote

Plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions ou aux parts sociales de la société sont exercés :

a) par des médecins;

b) des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par un médecin;

c) une combinaison des personnes visées aux paragraphes a) et b) ci-dessus[73].

Autrement dit, les médecins ne pourront exercer leurs activités professionnelles au sein d'une SPA ou d'une SENCRL que s'ils contrôlent celle-ci directement. Cela n'empêche pas la multidisciplinarité au sein d'une telle SPA dans la mesure où les partenaires acceptent que le contrôle soit exercé par des médecins.

3.2.4.3. Administration

Les administrateurs du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs d'une SENCRL sont en majorité des médecins[74]. De plus, pour constituer le quorum à de tels conseils, la majorité des membres doit être composée de médecins[75].

---

72 *Règlement du Collège des médecins*, art. 2.

73 *Id.*, art. 1, par. 1.

74 *Id.*, art. 1, par. 2°. Mentionnons qu'il n'est pas essentiel que ce médecin exerce ses activités professionnelles au sein de cette SPA ou SENCRL.

75 *Id.* Notons que ce règlement ne précise pas que le quorum doit être respecté en tout temps; il ne fait pas non plus référence aux membres présents.

3.2.4.4. Inscription – objet

Les conditions énumérées à la section 3.2.4.2. doivent être inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL. Il faut également inscrire dans ces documents que la société est constituée aux fins d'exercer des activités professionnelles[76]. Cela soulève les mêmes questions que celles identifiées à l'égard du *Règlement du Barreau*[77].

3.2.4.5. Autres conditions

Le médecin peut exercer sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL s'il le déclare au Collège, s'il acquitte les frais de 100 $ au Collège et s'il lui transmet une déclaration concernant les renseignements suivants :

- le nom ou la dénomination sociale ainsi que les autres noms utilisés au Québec par la SPA ou la SENCRL au sein de laquelle il exerce sa profession;
- le matricule décerné par l'IGIF;
- la forme juridique de la société;
- son statut au sein de la société;
- la nature des activités de la société;
- une autorisation écrite irrévocable de la société professionnelle stipulant qu'elle fournisse la documentation prévue à l'article 15 du règlement ou une copie conforme de tout tel document à la personne, au comité, à une instance disciplinaire ou un tribunal visé à l'article 192 du *Code des professions*[78].

Les renseignements mentionnés ci-dessus doivent être mis à jour annuellement par le médecin au moment du paiement de sa cotisation professionnelle[79]. De plus, le médecin doit fournir, et ce, sur demande du Collège :

---

76 *Id*., art. 1 *in fine*.

77 Voir la section 3.2.2.5 à ce sujet.

78 *Règlement du Collège des médecins*, art. 3, par. 5.

79 *Id*., art. 7.

- une confirmation écrite d'une autorité compétente (l'assureur) attestant que la société détient une garantie conforme au règlement;

- dans le cas d'une SPA, une confirmation écrite donnée par l'autorité compétente attestant l'existence de la société;

- une copie certifiée conforme de la déclaration donnée par l'autorité compétente, indiquant que la SENC a été continuée en SENCRL;

- une confirmation écrite attestant que la société est dûment immatriculée au Québec[80].

3.2.4.6. Avis

Lorsqu'une SENC est continuée en SENCRL ou lorsqu'une SPA est formée et qu'un pourcentage des actions émises et payées ou parts sociales est détenu par toute personne autre qu'un médecin ou un membre de sa famille immédiate, le médecin doit faire publier, dans les 30 jours suivant la date de la continuation ou de la constitution de la société, un avis dans un journal desservant le territoire où il exerce. L'avis doit faire état du nom de toute personne détentrice d'actions ou de parts sociales de la société[81].

3.2.4.7. Interdictions et sanctions

Un membre exerçant sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL qui ferait défaut de respecter l'une quelconque des dispositions du règlement qui lui sont applicables s'exposerait à des sanctions disciplinaires et pénales pouvant conduire jusqu'à sa radiation du tableau de l'Ordre. La radiation, même temporaire, ferait en sorte qu'il ne pourrait plus exercer sa profession au sein de cette SPA ou SENCRL, et qu'il perdrait le bénéfice de la responsabilité non solidaire de la SENCRL, de même que les attributs fiscaux rattachés à la SPA.

Par ailleurs, un administrateur, un dirigeant ou un représentant d'une SPA ne peut aider, ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amener un membre d'un ordre qui exerce ses activités professionnelles au sein d'une SPA, à ne pas respecter les dispositions du *Code des professions*, de la loi constituant l'Ordre dont le

---

80 *Id.*, art. 5.

81 *Id.*, art. 14.

professionnel est membre et des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi[82].

L'interdiction stipulée à l'article 187.18 du *Code des professions* est assortie d'une sanction[83] selon laquelle un ordre professionnel peut, sur résolution du bureau ou du comité administratif, et conformément à l'article 10 du *Code de procédure pénale*, intenter une poursuite pénale à l'égard des contrevenants.

Si un médecin faisant partie d'une société professionnelle ne respecte plus les conditions prévues au règlement ou au chapitre VI.3 du *Code des professions*, il cesse immédiatement d'être autorisé à exercer ses activités au sein de cette société[84]. Le médecin ne bénéficie d'aucun délai pour lui permettre de corriger le défaut pouvant être éventuellement soulevé.

3.3. ASPECTS CORPORATIFS DES SPA

Après avoir identifié les conditions édictées aux règlements et au chapitre VI.3 du *Code des professions*, il faut mesurer l'impact de celles-ci sur la pratique des juristes en droit corporatif.

Étant donné que chacun des ordres professionnels est libre d'édicter les conditions qu'il juge appropriées, cela implique qu'une analyse en droit corporatif doit être faite pour les membres de chacun des différents ordres professionnels pouvant être appelés à exercer leur profession au sein d'une SPA afin de tenir compte des particularités prévues aux termes de tous les règlements adoptés par ceux-ci et de conjuguer le respect de toutes les conditions.

Le principe général à retenir est le suivant. Les règles applicables aux SPA doivent être identifiées à la lumière des lois qui s'y appliquent (*Code civil du Québec*, *Loi sur les compagnies*[85], *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[86], selon le cas), sous réserve du respect des dispositions dérogatoires prévues au *Code des professions* et des conditions édictées aux règlements.

---

82 *Code des professions*, art. 187.18.

83 *Id*., art. 189.1.

84 *Règlement du Collège des médecins*, art. 8.

85 L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

86 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod (ci-après « L.C.S.A. »).

3.3.1. Juridiction

La SPA peut être constituée selon la juridiction la mieux adaptée aux besoins des professionnels impliqués. S'agissant exclusivement de professionnels pratiquant au Québec, le choix sera la plupart du temps effectué entre une société de juridiction fédérale ou du Québec[87]. Le *Règlement du Barreau* précise que pour utiliser une juridiction autre que le Québec, l'État dans lequel la société est constituée doit autoriser l'exercice de la profession en société par actions[88].

3.3.2. Statuts

Autre particularité importante des SPA : les statuts doivent reprendre les conditions relatives au droit de vote, et aussi parfois à la composition du conseil d'administration, au quorum aux assemblées des administrateurs, ou aux restrictions relatives aux activités permises pour de telles sociétés, selon le cas[89]. Étant donné que les formulaires gouvernementaux utilisés pour constituer une société par actions ne comportent pas une section spécifique à cet effet, cet énoncé devrait figurer, quant à une société de juridiction québécoise, à la rubrique 8 intitulée « Autres dispositions », et quant à une société de juridiction fédérale, à la rubrique 7 intitulée « Autres dispositions, s'il y a lieu ».

Par ailleurs, lorsque les statuts doivent également stipuler une restriction relative aux activités de la société, cette mention devrait être ajoutée, quant à une société de juridiction québécoise, à la rubrique 7 intitulée « Limites imposées à son activité, le cas échéant », et quant à une société de juridiction fédérale, à la rubrique 6 intitulée « Limites imposées à l'activité commerciale de la société, s'il y a lieu ». En effet, les « fins » d'une société s'apparentent à ses objets. Finalement, soulignons que dans le cas des notaires qui, au sein de cette société, ne sont pas administrateurs, dirigeants ou actionnaires comme les employés, ils n'ont pas, en principe, à s'assurer que cette condition est respectée. Toutefois, ces derniers doivent produire au

---

87 Nous vous référons aux principaux ouvrages en la matière afin d'identifier les critères permettant d'évaluer laquelle des juridictions peut répondre le plus adéquatement aux besoins des personnes impliquées.

88 *Règlement du Barreau*, art. 3, par. a).

89 Cela est permis en vertu de l'article 123.13 L.C. et du paragraphe 6(2) L.C.S.A. Nous vous référons à l'examen de ces conditions à la section 3.2; chacun des Règlements diffère à ce sujet.

secrétaire de l'Ordre une copie de l'acte constitutif de la société[90]. Autrement dit, ils doivent tout de même exiger de leur employeur une copie des statuts de constitution de la SPA, statuts qui, rappelons-le, sont des documents publics accessibles à tous. S'ils constatent une irrégularité quant aux mentions requises aux statuts, ils doivent immédiatement prendre les mesures nécessaires afin de corriger cette situation[91]! Il faudra suivre l'évolution de cette exigence à l'égard du notaire employé, comme d'ailleurs à l'égard de tous les professionnels employés impliqués.

3.3.3. Règlements

Les règlements généraux de la SPA devraient être adaptés en fonction du respect de ses statuts, et des règlements qui lui sont applicables.

3.3.3.1. Quorum aux assemblées des actionnaires

Les règlements sous étude n'exigent aucune mention spécifique relative aux assemblées des actionnaires d'une SPA. Il semble toutefois qu'une bonne pratique consiste à reproduire aux règlements généraux les conditions devant être respectées à ce sujet.

3.3.3.2. Quorum aux assemblées des administrateurs

Le règlement général de la SPA n'a pas à reproduire le texte de ses statuts quant au quorum requis aux assemblées des administrateurs. Toutefois, il faut s'assurer qu'il n'y ait aucune disposition contraire ou incompatible à la mention exigée aux statuts.

Par exemple, la majorité des membres présents à une assemblée d'une société qui se présente comme une société de notaires doit être composée de notaires exerçant leurs activités professionnelles au sein de cette SPA. Il faut éviter de compter dans cette majorité les notaires n'exerçant pas leur profession au sein de cette SPA, comme un notaire retraité. Il se peut toutefois qu'un notaire puisse exercer sa profession au sein de plusieurs SPA. Les notaires seraient bien avisés de refléter le respect de ces conditions aux procès-verbaux de ces réunions.

---

90 *Règlement des comptables agréés*, art. 4, par. 3.

91 *Id.*, art. 8.

3.3.4. Dénomination sociale

Quoique la dénomination sociale doive être choisie dans le respect du code de déontologie, cela ne soustrait pas les fondateurs à l'obligation de procéder à une recherche préliminaire de la dénomination sociale préalablement à la constitution de la société par actions. Par ailleurs, le fait d'utiliser les termes « notaires » ou « comptables agréés » dans la dénomination sociale d'une société sans mentionner d'autres professions pourrait vraisemblablement avoir pour effet de présenter celle-ci exclusivement comme une société de notaires ou de comptables agréés, le cas échéant. Il convient de se rappeler que des membres d'une autre profession peuvent exercer leur profession au sein d'une telle société, comme employés ou partenaires, pourvu que son contrôle soit exercé par des notaires ou des comptables agréés, selon le cas.

Finalement, il faudra suivre l'évolution du code de déontologie de chacun des membres des ordres professionnels impliqués afin d'évaluer les restrictions en la matière puisque plusieurs ordres sont actuellement sur le point d'adopter de nouvelles normes.

3.3.5. Capital social

Il n'existe à proprement parler aucune restriction prévue aux règlements qui régisse le capital social autorisé d'une SPA. Par ailleurs, le professionnel impliqué serait bien avisé de prévoir, entre autres :

- au moins une catégorie d'actions participantes et non votantes; et
- au moins une catégorie d'actions votantes et non participantes;

ou

- au moins une catégorie d'actions participantes et votantes; et
- une catégorie d'actions non participantes à votes multiples.

Ces possibilités pourraient permettre de respecter les exigences prévues en ce qui a trait à la détention et à l'exercice du droit de vote des professionnels exerçant leurs activités professionnelles au sein de cette SPA, tout en offrant la possibilité à d'autres personnes de souscrire à des actions participantes de la SPA. Cela peut être utile, par exemple, en vue de déclarer des dividendes à des membres de la famille du professionnel, pour permettre à des employés non membres d'un ordre professionnel ou des groupes

autorisés de participer aux bénéfices de la SPA, pour consacrer un partenariat avec d'autres personnes, ou même pour procéder à un appel public à l'épargne.

D'autres catégories d'actions autorisées pourraient s'avérer utiles, par exemple des actions de roulement afin de faciliter le transfert d'actifs sans incidence fiscale à la SPA, des actions à dividende discrétionnaire, dans la mesure où le mode de partage des bénéfices entre les actionnaires risque de varier d'une année à l'autre, des actions de financement, dans la mesure où des mises de fonds peuvent être requises de temps à autre et que celles-ci soient constatées autrement que par un billet ou une autre forme de prêt.

3.3.6. Dirigeants

Bien que des restrictions soient imposées à l'égard de la qualité des administrateurs d'une SPA, les dirigeants nommés par ceux-ci peuvent ne pas être des professionnels, à l'exception du président d'une société de comptables agréés dans les circonstances déjà discutées[92]. Toutefois, ces dirigeants doivent s'assurer que les mentions requises sont inscrites aux statuts.

3.3.7. Convention entre actionnaires

La convention entre les actionnaires d'une SPA doit tout simplement s'inscrire dans le respect des statuts et des règlements de la société. Autrement dit, il ne faudrait surtout pas y retrouver des dispositions qui, même dans le cadre d'une convention unanime entre actionnaires, seraient incompatibles avec les conditions énoncées aux règlements applicables. Cela s'avère particulièrement vrai en matière d'exercice du droit de vote.

4. FISCALITÉ

Les dispositions du *Code des professions* qui traitent de la conversion d'une SENC en SENCRL utilisent les expressions « continuer » et « continuation » pour décrire la nouvelle situation juridique. Les autorités fiscales reconnaissent que ce genre de conversion peut s'effectuer sans incidence fiscale. Il s'avère donc que ce choix de structure pourra se faire dans la plus grande simplicité fiscale.

---

[92] Voir la section 3.2.3.1.2.

L'incorporation d'une SPA sera beaucoup plus problématique. Nous traiterons donc, dans les pages qui suivent, des aspects fiscaux relatifs à l'utilisation d'une ou de plusieurs SPA par des professionnels ou des SENC de professionnels. Notre intention n'est pas d'effectuer une analyse technique et exhaustive des différentes dispositions fiscales applicables. Nous chercherons plutôt à décrire les concepts d'une manière simple et pratique sans perdre de vue que la fiscalité est, de par sa nature, un sujet bien complexe.

4.1. IMPACT DES TAUX D'IMPÔT CORPORATIFS

4.1.1. Description des taux d'impôt sur le revenu de profession

Pour l'année 2003, les sociétés bénéficiant de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »), sont imposées à un taux d'impôt combiné fédéral et provincial de 22 % sur les premiers 225 000 $ de revenu d'une entreprise exploitée activement. Le plafond de 225 000 $ sera augmenté à 250 000 $ en 2004, à 275 000 $ en 2005 et à 300 000 $ en 2006 et pour les années subséquentes.

Ce plafond (ci-après « plafond de la DPE ») doit être partagé lorsqu'un individu contrôle plus d'une société ou encore possède des participations significatives dans des sociétés liées. Nous vous référons à ce sujet aux règles applicables aux sociétés associées prévues dans la législation fiscale[93].

Pour l'année 2003, le revenu d'entreprise se situant entre le plafond de la DPE et 300 000 $ est imposé à un taux combiné de 31 %, alors que le revenu excédant 300 000 $ est imposé à 33 %. À compter de 2004, le revenu d'entreprise en sus du plafond de la DPE sera imposé à un taux de 31 %[94].

4.1.2. Pleine distribution sous forme de dividendes

Nous constatons donc que le revenu de profession touché par une SPA est soumis à des taux d'imposition de 22 % ou 31 % (33 % en 2003) selon le niveau de revenu. D'un autre côté, le revenu de profession touché directement par un professionnel est soumis aux taux progressifs applicables à un particulier. Pour comparer les deux situations, nous devons considérer

---

93 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), art. 256.

94 Les taux de 22 %, 31 % et 33 % ont été arrondis aux fins du présent texte.

que le revenu après impôts de la SPA est distribué au professionnel sous forme de dividendes.

Professionnel			SPA	
Revenu net	50 000 $	75 000 $	50 000 $	75 000 $
Impôt corporatif 22 %	--	--	(11 000 $)	(16 500 $)
Dividende	--	--	39 000 $	58 500 $
Impôt personnel 2003	(12 715 $)	(23 363 $)	(3 005 $)	(8 339 $)
Cotisation RRQ/FSS	(3 329 $)	(4 079$)	(150 $)	(329 $)
Encaissement net immédiat	33 456 $	47 558 $	35 845 $	49 832 $
Récupération de l'impôt minimum[95]	--	--	--	321 $
Encaissement net final	33 456 $	47 558$	35 845 $	50 153 $

[95] Sur une période de sept ans.

	Professionnel			SPA		
Revenu net	100 000 $	200 000 $	300 000 $	100 000 $	200 000 $	300 000 $
Impôt corporatif 22 %	--	--	--	(22 000 $)	(44 000 $)	(66 000$)[96]
Dividende	--	--	--	78 000 $	156 000 $	234 000 $
Impôt personnel 2003	(34 790$)	(82 844$)	(131 059 $)	(14 778 $)	(42 859 $)	(71 214 $)
Cotisation RRQ/FSS	(4 329 $)	(4 603$)	(4 603 $)	(524 $)	(1 000 $)	(1 000 $)
Encaissement net immédiat	60 881 $	112 553 $	164 338 $	62 698 $	112 141 $	161 786 $
Récupération de l'impôt minimum[97]	--	--	--	1 011 $	3 770 $	6 529 $
Encaissement net final	60 881 $	112 553 $	164 338 $	63 709 $	115 911 $	168 315 $

Le tableau nous révèle que l'interposition d'une SPA dans le cas d'une pleine distribution au professionnel sous forme de dividendes procure des économies d'impôts à des niveaux de revenu de 100 000 $ et moins et demeure avantageux après récupération de l'impôt minimum aux niveaux de revenu de 200 000 $ et 300 000 $.

Selon une autre hypothèse, si la pleine distribution au professionnel par la SPA était réalisée sous forme de salaire, l'interposition d'une SPA ne serait pas avantageuse, principalement en raison de la cotisation de 2,70 %

[96] À des fins de simplification, nous utilisons le taux de 22 % sur le plein 300 000 $ comme si le calcul s'effectuait pour l'année 2006 et les années subséquentes.

[97] Sur une période de sept ans.

au Fonds des services de santé (ci-après « FSS ») qui doit être prélevée par la SPA sur le salaire payé au professionnel[98].

4.1.3. Fractionnement du revenu de dividendes

Il est possible d'améliorer l'encaissement net de revenu gagné par l'intermédiaire d'une SPA en versant des dividendes au conjoint et à des enfants majeurs ayant peu ou pas de revenu. Par exemple, pour un particulier n'ayant pas d'autres revenus, le versement en 2003 d'un dividende de 25 000 $ ou 40 000 $ entraîne un débours d'impôt de 658 $ ou 3 360 $[99]. Pour un particulier qui avait des revenus de 4 000 $ par ailleurs, le débours d'impôt est de 1 800$ ou 4 890 $ selon le cas[100]. Ces montants d'impôt doivent être comparés à l'impôt de 8 250 $ ou 13 200 $ au taux marginal supérieur (33 % en 2003)[101] qu'aurait payé le professionnel sur les mêmes dividendes. Il est facile de voir que l'utilisation des membres de la famille permet dans ces circonstances d'augmenter sensiblement les économies d'impôts.

Nous n'avons pas fait mention de la possibilité pour la SPA de verser des dividendes à des enfants mineurs parce que depuis l'année 2000, de tels dividendes sont considérés comme du « revenu fractionné » assujetti au taux d'impôt le plus élevé[102]. Il n'y a donc aucun avantage immédiat à verser ces dividendes à des enfants mineurs par rapport au professionnel lui-même.

4.1.4. Accumulation de revenus dans la SPA

Si un professionnel a un coût de vie lui permettant de réaliser des épargnes annuelles sur son revenu de profession, ou s'il a d'autres revenus, des placements ou un montant à recevoir de la SPA pouvant lui permettre de payer ses dépenses personnelles, il sera alors en mesure de profiter réellement de l'effet des taux d'impôt réduits de la SPA.

---

98 La cotisation au FSS est plafonnée à 1 000 $ dans le cas d'un individu en affaires.

99 Il y a également perte des crédits d'impôt pour le conjoint ou un enfant pour des montants de 2 113 $ et 1 230 $ (excluant les frais de scolarité) respectivement.

100 Il y a également perte partielle des crédits d'impôt pour le conjoint ou un enfant pour des montants de 865 $ et 430 $ respectivement.

101 Taux de 32,81 % arrondi à 33 %.

102 Art. 120.4 L.I.R.

Retournons au tableau d'encaissement net à la section 4.1.2. Il faut se rappeler que ce tableau traite du cas où un seul professionnel est actionnaire de la SPA. On constate que l'impôt personnel sur les dividendes se chiffre à 14 778 $, 42 859 $ et 71 214 $ à des niveaux de revenu de 100 000 $, 200 000 $ et 300 000 $ respectivement. Si les dividendes n'étaient pas versés mais investis par la SPA, l'impôt personnel serait reporté et les montants pouvant rapporter du revenu de placements seraient plus importants. C'est là un des avantages de l'utilisation de la SPA : la possibilité de reporter l'impôt personnel après un impôt de 22 % dans la SPA[103].

La possibilité de reporter l'impôt personnel est aussi présente pour les revenus en sus du plafond de la DPE si on considère que l'impôt corporatif applicable est de 31 % à compter de 2004.

	Professionnel	**SPA**
Revenu excédant 300 000 $	100 000 $	100 000 $
Impôt corporatif 31 %		(31 000 $)
Dividende		69 000 $
Impôt personnel au taux maximum	(48 220 $)	(22 646 $)
Encaissement net	51 780 $	46 354 $

On constate que le report possible de l'impôt personnel (22 646 $ par tranche de 100 000 $) en retardant le paiement du dividende demeure très appréciable lorsque ce dividende est imposable au taux maximum au niveau du professionnel[104]. L'envers de la médaille toutefois est que la distribution éventuelle du dividende coûte plus cher en termes d'impôt final que si le revenu avait été gagné directement par le professionnel. D'où la règle

[103] Lorsqu'il se trouve plusieurs professionnels dans une même SPA, les montants d'impôt personnel sur les dividendes pouvant faire l'objet d'un report seront vraisemblablement moins élevés, compte tenu que les dividendes ne seront pas reçus par une seule personne.

[104] *Supra*, note 101.

suivante : il est préférable pour la SPA de payer un salaire ou un boni pour annuler le revenu en sus du plafond de la DPE s'il n'est pas prévu que ce revenu après impôts corporatifs puisse être conservé à long terme dans la SPA.

4.1.5. Paiement d'un salaire

Que ce soit dans le cadre d'un scénario de pleine distribution ou d'un scénario d'accumulation, le professionnel désirera, dans la plupart des cas, se verser un salaire afin d'effectuer des contributions à son REÉR. Les salaires nécessaires aux contributions maximales sont de 86 111 $ en 2003, 91 666 $ en 2004 et 100 000 $ en 2005 et pour les années suivantes. Le solde des revenus après impôts servira au paiement de dividendes ou sera conservé par la SPA.

Le montant réduit pour le paiement de dividendes aura toutefois un impact sur le montant disponible pour le fractionnement du revenu. Par exemple, en se référant au tableau de la section 4.1.2., à un niveau de revenu de 200 000 $, le montant de dividende disponible pour un fractionnement de revenu serait de 156 000 $ alors qu'il serait réduit à 78 000 $[105] si un salaire de 100 000 $ était versé.

Dans un scénario d'accumulation de revenus par la SPA, le paiement d'un salaire aura aussi un impact important. Ainsi, à un niveau de revenu de 200 000 $, l'impôt personnel pouvant être reporté dans un scénario d'accumulation serait de 14 778 $ après salaire alors qu'il se chiffrerait à 42 859 $ sans salaire.

4.1.6. Revenu de profession provenant d'une SENC[106]

Lorsque l'on se retrouve en présence d'une SENC regroupant des SPA, des règles fiscales particulières existent pour limiter le revenu de profession provenant de la SENC qui peut bénéficier du taux réduit de 22 %[107]. En effet, un seul plafond de la DPE (par exemple 225 000 $ en 2003) doit être partagé entre toutes les SPA de la SENC au prorata des revenus que chacune

---

[105] Sans tenir compte des contributions patronales au RRQ et au FSS.

[106] Il n'y a aucune distinction entre la SENC et la SENCRL au point de vue fiscal. À des fins de simplification, nous utilisons l'expression SENC dans la section 4. du présent texte.

[107] Par. 125(1) et (7) L.I.R.

en tire. C'est donc dire que chaque SPA a droit au taux de 22 % sur une fraction seulement du plafond de la DPE. Ce peut être quand même intéressant lorsque la SENC ne regroupe que quelques associés.

Certaines structures plus élaborées ont été évoquées afin de permettre l'accès à chaque associé incorporé au plein plafond de la DPE.

Par exemple, certains auteurs préconisent de créer pour chaque associé incorporé d'une SENC une deuxième SPA qui emploierait le professionnel et qui offrirait ses services administratifs et professionnels à la première SPA en retour d'honoraires ou de frais de gestion. La première SPA serait l'associée de la SENC et participerait dans les revenus. L'application littérale des règles fiscales permettrait alors de réclamer le plein plafond de la DPE dans la deuxième SPA. Il reste à savoir si les autorités fiscales tenteront d'appliquer la règle générale antiévitement de la loi[108], surtout s'il s'avérait qu'il est fait une large utilisation de cette planification.

Une autre façon de procéder serait pour chaque associé de créer sa propre SPA et de rendre des services professionnels à une SPA qui remplacerait la SENC et qui ferait affaire avec les clients et les facturerait. Les SPA individuelles agiraient alors un peu comme des sous-traitants. Ce mécanisme a déjà fait l'objet de demandes de décisions en matière d'impôt sur le revenu dans d'autres provinces dans le cadre de la réorganisation des activités de sociétés de professionnels. Il demeure qu'il s'agit d'une opération risquée notamment en regard de la règle antiévitement traitant de la multiplication indue du nombre de sociétés[109] et des règles sur les employés incorporés[110].

4.1.7. Revenus bénéficiant du congé fiscal au Québec

À la suite des modifications apportées par le Budget du Québec du 12 juin 2003[111], une nouvelle société peut être exonérée de l'impôt provincial de 8,90 % sur 75 % des premiers 200 000 $ de son revenu d'entreprise. Elle peut également être exonérée des contributions des employeurs au FSS sur 75 % des premiers 700 000 $ de salaire, et de la taxe

---

108 Art. 245 L.I.R.

109 Par. 256(2.1) L.I.R.

110 Voir la section 4.1.8. ci-dessous.

111 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le Budget et Renseignements supplémentaires*, 12 juin 2003.

sur le capital sur 75 % des premiers 3 000 000 $ de capital versé. La durée de ce congé fiscal est de cinq ans. L'économie d'impôts peut atteindre 13 350 $ annuellement ou encore 8 950 $ après impôts, après distribution du 13 350 $ à l'individu.

Il y a évidemment plusieurs conditions à respecter[112]. Entre autres, la SPA doit exploiter presque exclusivement l'entreprise admissible[113], ne doit pas être associée à une autre société[114], ni exploiter une entreprise de services personnels (employé incorporé)[115]. La SPA ne doit pas non plus exploiter son entreprise à titre de membre d'une SENC.

Il existe une autre condition importante qui fait que les professionnels pratiquant actuellement leur profession seuls ou en SENC ne pourront bénéficier du congé fiscal. En effet, l'exonération n'est pas accordée si l'on peut raisonnablement considérer que l'entreprise exploitée par la SPA est la continuation d'une ou de plusieurs entreprises ou parties d'entreprises exploitées auparavant par une ou plusieurs autres personnes ou sociétés de personnes.

De façon générale, le congé fiscal pourra être réclamé par les nouveaux professionnels qui s'incorporent ou par des professionnels employés qui désirent devenir travailleurs autonomes avec leur propre clientèle.

4.1.8. Revenus d'un employé incorporé

L'incorporation n'est pas une solution attrayante pour un professionnel qui est employé d'un cabinet, ou d'un professionnel exerçant seul et qui ne change pas la nature de sa relation avec son ex-employeur à la suite de l'incorporation. Il pourrait alors être considéré exploiter une entreprise de prestation de services personnels avec les conséquences suivantes :

- imposition de ses revenus de profession provenant de son ex-employeur au taux d'imposition corporatif maximal (40,37 % en 2003);
- dépenses déductibles limitées à la rémunération versée à l'actionnaire.

---

112 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 771.5 et suiv.

113 Il faut éviter l'exercice d'une autre activité ou l'accumulation trop importante de placements qui peut indiquer l'exploitation d'une entreprise de placements.

114 Voir la section 4.1.1.

115 Ce concept est expliqué à la section 4.1.8.

Sommairement, une SPA serait réputée exploiter une entreprise de prestation de services personnels lorsque :

- le particulier rendant les services serait considéré, en l'absence de la SPA, comme un cadre ou un employé de la personne ou de la société de personnes à laquelle les services sont fournis;

- ce particulier ou une personne liée est un actionnaire important de la SPA (plus de 10 % des actions);

- la SPA n'emploie pas tout au long de l'année plus de cinq employés à temps plein dans cette entreprise en particulier; et

- le paiement pour les services ne provient pas d'une société associée au cours de l'année[116].

Le critère le plus difficile à juger est l'existence d'un lien d'emploi en l'absence de la SPA. Il existe une jurisprudence abondante à ce sujet qui interprète en général les quatre critères suivants, soit :

1. la propriété des outils de travail :

    - par exemple l'ordinateur, le mobilier de bureau, etc.;

2. la possibilité de profits et pertes :

    - une rémunération fixe et prédéterminée est indicateur d'un lien d'emploi;

3. l'intégration à l'entreprise :

    - la nature des tâches du professionnel incorporé diffère-t-elle de celles rendues par d'autres professionnels employés?;

4. le contrôle et la subordination :

    - si l'ex-employeur fournit le travail, exige qu'il soit effectué dans ses locaux durant certaines heures de travail, ne rémunère pas le temps supplémentaire, exige une feuille de temps et demande une

[116] Par. 125(7) L.I.R.

exclusivité de service, il faut conclure au maintien du contrôle et du lien de subordination.

C'est une question de fait d'abord et avant tout. Les employés qui, de toute façon, auraient été pressentis pour devenir des associés d'une SENC ou qui envisagent de s'établir à leur compte pour offrir des services à de nouveaux clients, devraient pouvoir éviter l'écueil de l'entreprise de prestation de services personnels.

4.1.9. Revenus de placement

Une SPA qui gagne des revenus de placement tels des intérêts, dividendes et gains en capital est assujettie à des taux d'impôt plus élevés que ceux applicables aux revenus d'entreprise. Par contre, une fois ces revenus de placement distribués à l'actionnaire, l'impôt total devrait être sensiblement le même que si les revenus avaient été touchés directement par l'individu.

Pour les intérêts et les gains en capital imposables (50 % de gain en capital), le taux d'impôt combiné est de 52,04 % avec une fraction de 26,67 % qui est remboursable à la SPA sur paiement de dividendes. La partie non imposable des gains en capital peut être distribuée à l'actionnaire sous forme de dividende libre d'impôt (compte de dividende en capital).

Quant aux dividendes, la SPA est redevable d'un impôt de 33 % lorsqu'elle ne détient pas le contrôle ou des actions représentant plus de 10 % des votes et de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la société payante. Cet impôt est également remboursable à la SPA sur paiement de dividendes.

Dans tous les cas de remboursement d'impôt mentionnés ci-dessus, le rythme de remboursement se fait à raison de 1 $ pour chaque 3 $ de dividende versé.

Les taux d'impôt immédiats applicables à une SPA sur le revenu de placements sont actuellement plus élevés que les taux d'impôt supérieurs applicables à un particulier sur le même revenu. Il en découle qu'il est rarement avantageux de gagner ces revenus par l'entremise d'une SPA.

4.2. EXONÉRATION DE GAIN EN CAPITAL SUR LES ACTIONS DE LA SPA

La disposition des actions d'une SPA pourra donner lieu à une exonération du gain en capital d'un maximum de 500 000 $ à condition que

les actions se qualifient à titre « d'actions admissibles de petite entreprise[117] ». Sommairement, il s'agit des actions d'une société exploitant activement une entreprise dont plus de 50 % des actifs en valeur ont été utilisés dans les 24 derniers mois dans le cadre de l'entreprise. Ce ratio de 50 % doit être de 90 % au moment de la vente.

La loi prévoit également que les actions doivent avoir été détenues pendant 24 mois avant leur disposition. Par exception, un professionnel qui transfère la totalité ou presque des actifs de sa pratique à une SPA en retour d'actions de cette dernière pourra également se prévaloir de l'exonération même s'il ne détient pas les actions depuis 24 mois. La même exception s'applique pour le transfert à une SPA d'une participation dans une SENC.

On constate donc que l'exonération pourrait être disponible à la suite d'une incorporation tardive. L'existence de l'exonération n'est donc pas un incitatif important vis-à-vis de l'incorporation immédiate de la pratique.

Les professionnels qui exercent leur profession par l'intermédiaire d'une SPA doivent toujours se soucier du ratio d'actifs non essentiels à la pratique (liquidités, placements, biens à usage personnel, etc.) afin de conserver la qualification de la SPA pour l'exonération de gain en capital. C'est pourquoi il sera fréquent de retrouver une société à titre de détenteur d'actions de la SPA soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'une fiducie, afin de permettre le paiement de dividendes sans impôt immédiat. Ces dividendes permettront le retrait des actifs superflus de la SPA.

Mentionnons finalement que l'achat des actions de la SPA ne sera pas nécessairement l'option privilégiée par le professionnel intéressé à acheter une pratique. Il sera probablement porté à acheter directement les actifs pour des raisons fiscales ou de responsabilité potentielle vis-à-vis des créanciers de la SPA.

4.3. RÉSERVE DU 31 DÉCEMBRE 1995

Les gouvernements ont imposé en 1995 l'adoption du 31 décembre comme fin d'année d'imposition pour un particulier en affaires. Par conséquent, les professionnels qui avaient adopté une autre fin d'année se sont retrouvés en 1995 avec les revenus de deux exercices financiers, soit ceux provenant de l'exercice habituel et ceux provenant de la période entre la fin de l'exercice et le 31 décembre 1995. Par contre, pour adoucir la

[117] Art. 110.6 L.I.R.

mesure, des règles de report furent instituées de manière à permettre l'étalement sur une période de 10 ans du revenu supplémentaire engendré par cette mesure.

La fin de la période de report est l'année 2004. Pour les professionnels qui s'incorporeraient en 2003, la réserve serait toujours disponible en 2003 car ils auraient exploité au début de l'année l'entreprise faisant l'objet du transfert. En définitive, la question de la réserve du 31 décembre 1995 ne cause pas d'impact fiscal négatif.

4.4. PAIEMENT DES DÉPENSES NON DÉDUCTIBLES

Quelques mots pour souligner qu'il est moins coûteux de payer certaines dépenses non déductibles, du genre frais de repas et de divertissement déductibles à 50 %[118], primes d'assurance vie ou cotisations à des clubs de golf à même des revenus de la SPA qui sont soumis à des taux d'impôt réduits de 22 % ou 31 %, selon le cas. Il suffit de comparer avec la situation du professionnel non incorporé qui doit payer ces dépenses à même sa tranche supérieure de revenu qui est imposé généralement au taux maximal de 48 %.

Le même raisonnement s'applique pour certaines dépenses en capital. Il y a plus de revenu disponible après impôts dans la SPA pour réaliser des dépenses en immobilisation dont l'amortissement se fait sur plusieurs années. On peut penser à l'achat d'un achalandage dont 75 % du prix est amortissable à raison de 7 % par année sur son solde dégressif, ou encore à l'achat d'une bâtisse amortissable à raison de 4 % par année sur le solde dégressif.

4.5. TAXE SUR LE CAPITAL

Lors du Budget provincial du 12 juin 2003[119], le taux de la taxe sur le capital qui avait été réduit à 0,6 % pour 2003 et qui devait encore être réduit, a été maintenu à 0,6 % pour les années 2004 et suivantes. Le taux s'applique sur le capital versé de la SPA qui se compose principalement du capital-actions, des bénéfices non distribués, des dettes à long terme et des emprunts bancaires.

---

[118] Depuis le Budget provincial du 12 juin 2003, les frais de représentation déductibles au Québec (excluant ceux qui ne sont pas soumis à la limite de 50 %) sont limités à un montant égal à 1 % du chiffre d'affaires du contribuable pour l'année.

[119] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 111.

Par ailleurs, depuis l'année 2003, une déduction spéciale est accordée dans le calcul du capital versé de certaines sociétés. Le montant de la réduction est de 250 000 $ en 2003, et devait être de 500 000 $ en 2004, 750 000 $ en 2005 et 1 M$ en 2006. À la suite du dernier budget provincial, la réduction sera augmentée à 600 000 $ pour 2004 et sera maintenue à 600 000 $ pour les années 2005, 2006 et les années suivantes. Comme ces mesures visent les petites sociétés, la déduction spéciale est réduite lorsque le capital versé de l'année précédente excède la déduction maximale de l'année courante. La réduction est de 1 $ pour chaque 3 $ d'excédent.

Compte tenu de ce qui précède et en considérant que la taxe sur le capital est une dépense déductible dans le calcul sur le revenu, son impact ne devrait pas être significatif dans le cadre de la constitution d'une SPA individuelle. Dans les autres cas, il faudra faire les calculs appropriés.

4.6. TRANSFERT DE LA PRATIQUE EXISTANTE

4.6.1. Actifs transférés

L'incorporation d'une pratique existante implique le transfert des actifs d'entreprise à la SPA. La liste des actifs à transférer devrait comprendre les comptes clients, les travaux en cours et autres biens d'inventaire, les biens en immobilisation tels le bail du local, les améliorations locatives, l'équipement et le mobilier de bureau, et l'achalandage (liste de clients).

Les comptes clients doivent faire l'objet d'un choix sur un formulaire prescrit afin de s'assurer de la continuité de la provision pour créances douteuses dans la SPA. En l'absence de choix, les pertes de la SPA relatives aux mauvaises créances seront considérées comme des pertes en capital et le professionnel ne pourra prendre de provision pour créances douteuses lors du transfert.

Les travaux en cours qui n'ont pas été inclus dans le revenu du professionnel en raison du choix permis par la législation fiscale[120] peuvent faire l'objet d'un roulement en vertu de l'article 85 L.I.R. afin d'éviter la reconnaissance du revenu au moment du transfert. Les autres travaux en cours et biens d'inventaire sont généralement transférés à leur valeur comptable sans impact fiscal étant donné que cette valeur reflète habituellement la JVM.

[120] Choix permis aux notaires, avocats, comptables, dentistes, médecins, vétérinaires et chiropraticiens en vertu de l'article 34 L.I.R.

Les biens en immobilisation ayant été amortis au point de vue fiscal ou ayant pris une plus-value doivent aussi faire l'objet d'un roulement fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R. pour éviter l'imposition du gain en capital couru ou des déductions pour amortissement prises antérieurement.

L'achalandage constitue un cas particulier. À moins que le professionnel ait acquis une clientèle d'un autre professionnel, le coût fiscal de l'achalandage est habituellement nul. Un roulement fiscal est normalement nécessaire afin d'éviter la reconnaissance de 50 % de sa valeur à titre de revenu. Certains professionnels pourraient être tentés de s'imposer sur ce revenu afin d'être en mesure de retirer rapidement de la SPA 100 % de la valeur de l'achalandage sans impôt personnel supplémentaire. Une économie d'impôts d'environ 7 % pourrait en résulter lorsque le taux d'impôt de la SPA est de 22 %[121].

Par ailleurs, certains professionnels qui n'avaient pas utilisé l'ancienne exonération générale de 100 000 $ pour gain en capital se sont prévalus, en 1994, de la possibilité d'augmenter le coût fiscal de leur achalandage de la portion non utilisée de l'exonération[122]. Lors du transfert de l'achalandage, ces professionnels pourraient recevoir un billet correspondant à ce nouveau coût fiscal. Ils seront ainsi en mesure de retirer ce montant de la SPA en franchise d'impôt personnel[123].

On ne saurait trop insister sur l'importance d'une évaluation sérieuse de la valeur de l'achalandage dans les cas où un roulement fiscal n'est pas effectué. Si la valeur de l'achalandage est surestimée, le montant excédentaire reçu par le professionnel pourrait être considéré comme un avantage conféré devant être inclus dans le revenu. De plus, aucune déduction de cet avantage ne serait alors accordée à la SPA. L'évaluation de l'achalandage devrait donc faire l'objet d'une étude rigoureuse, spécialement lorsque la clientèle peut être rattachée à la personne même du professionnel. En guise de protection supplémentaire, une clause de rajustement de prix en cas d'écart avec la JVM devrait être incluse dans le contrat de transfert.

---

[121] D'un autre côté, la SPA ne pourra amortir pour fins fiscales aucune partie de la portion non imposable du gain réalisé par le professionnel.

[122] Il ne s'agit pas à proprement dit d'une augmentation de coût mais de la création d'un compte appelé « solde des gains exonérés » permettant de réduire un gain éventuel provenant de la vente d'un achalandage ou d'un autre bien en immobilisation admissible.

[123] La SPA ne pourra amortir pour fins fiscales aucune partie de la portion du coût de l'achalandage ayant fait l'objet d'une telle exonération.

Mentionnons finalement que le transfert des actifs sera, de façon générale, exclu de l'application de la TPS/TVQ en raison de l'exemption applicable au transfert de la totalité ou presque des actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise du professionnel[124].

4.6.2. Contrepartie pour les actifs

À titre de paiement pour les actifs, la SPA prendra en charge les passifs du professionnel et émettra habituellement un billet pour la différence entre le coût fiscal des actifs acquis et les passifs pris en charge.

Si les passifs excèdent le coût fiscal des actifs, la différence constituera un revenu pour le professionnel.

La SPA émettra des actions pour l'excédent du prix de transfert sur le plus élevé du coût fiscal des biens ou des passifs assumés. En vertu du roulement fiscal, ces actions auront un prix de base rajusté et un capital versé nominal de sorte que toute vente à des tiers[125] ou achat/rachat par la SPA constituera une opération imposable.

Le montant du billet reçu de la SPA peut être un élément important en faveur de l'incorporation du professionnel. En effet, le remboursement du billet peut permettre à celui-ci de payer ses dépenses personnelles, laissant la possibilité d'accumuler dans la SPA des revenus imposés à des taux réduits d'impôt.

4.6.3. Choix du moment du transfert et de la fin d'année

Le moment de l'incorporation sera déterminé selon les faits propres à chaque situation. Il n'y a pas de règle absolue à ce sujet. Il faut cependant se rappeler qu'un transfert en cours d'année pourrait être coûteux car aucune déduction pour amortissement ne pourra être réclamée par le professionnel à l'encontre du revenu accumulé à cette date. Dans les cas où la déduction pour amortissement est importante, le transfert de la pratique devrait s'effectuer en début d'année.

---

[124] *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod., art. 167 et 167.1.

[125] Sous réserve de l'exonération de gain en capital relative aux actions d'une SPA admissible.

Quant au choix de la fin d'année, à moins que la SPA ne soit membre d'une SENC, il lui sera possible de choisir la date qu'elle désire. La SPA qui est associée dans une SENC devra arrêter ses comptes le 31 décembre de chaque année.

Mentionnons que comme pour toute nouvelle société, il n'y aura pas d'acompte provisionnel à effectuer pour la première année d'imposition.

4.6.4. Règles antiévitement

La loi contient de nombreuses mesures antiévitement visant à empêcher les contribuables de conférer des avantages ou de fractionner leur revenu en faveur de membres de la famille dont le taux d'imposition est moins élevé.

Ainsi, lorsque dans le cadre de l'incorporation d'un professionnel, des membres de la famille sont ou deviennent subséquemment actionnaires de la SPA, il faut porter une attention particulière à la contrepartie donnée pour les actifs transférés et au prix d'émission des actions.

Si la contrepartie donnée par la SPA au professionnel est inférieure à la JVM des actifs, la différence pourrait constituer un gain en capital[126] s'il en découle un avantage pour un autre actionnaire lié de la SPA (par exemple, conjoint, enfants, fiducie familiale). Ce serait le cas lorsque la valeur des actions de ces derniers se trouve augmentée par la sous-estimation des actifs par le professionnel.

D'un autre côté, même si cette contrepartie reflète la JVM des actifs, un revenu annuel pourrait être réputé reçu par le professionnel si un rendement suffisant n'est pas payé sur le billet ou les actions qu'il a reçus. Ce revenu serait réputé reçu lorsque la SPA ne se qualifie pas dans une année donnée comme une société exploitant une petite entreprise, soit de façon générale une société dont au moins 90 % des actifs sont utilisés dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise. L'accumulation de liquidités ou d'autres actifs superflus peut donc déclencher l'application de cette règle.

Lorsque des membres de la famille souscrivent aux actions de la SPA, il faut être attentif au prix d'émission des actions afin d'éviter un transfert de valeur de la part du professionnel. Par exemple, si les nouvelles actions sont souscrites à une valeur inférieure à la valeur des actions de la même catégorie ou d'une catégorie semblable détenues par le professionnel, il

[126] À moins que le gain ait déjà été imposé par ailleurs.

pourrait en découler un gain en capital ou d'autres incidences fiscales négatives pour ce dernier.

4.6.5. Nécessité de refléter les changements

Il ne suffit pas d'incorporer une SPA et de faire transiter par son compte de banque les honoraires reçus et les dépenses de la pratique. Il faut que ce soit la SPA qui rende les services et gère la pratique par l'entremise du professionnel employé. Il y a de nombreux jugements des tribunaux qui ont attribué les revenus à un professionnel qui avait persisté, entre autres, à facturer les honoraires et payer les dépenses à titre personnel.

4.6.6. Règles particulières s'appliquant aux SENC

Nous vous référons à la conférence suivante préparée par M. Luc Lacombe, CA, qui traite particulièrement de ce sujet[127].

4.7. SORT DES SOCIÉTÉS DE GESTION EXISTANTES

Un certain nombre de SENC ou de professionnels exerçant seuls utilisent actuellement une société de gestion qui leur rend des services administratifs et financiers ainsi que des services qui ne sont pas exclusivement réservés à un membre d'un ordre professionnel. La SENC ou le professionnel exerçant seul paie des frais de gestion et/ou honoraires à la société de gestion qui peut alors bénéficier du taux de 22 % sur son plafond de la DPE[128]. Ces professionnels bénéficient donc déjà des avantages potentiels de la SPA quoique sur un montant moins élevé de revenu.

Il n'est pas assuré que l'utilisation d'une SPA pour exercer la profession procurera plus d'avantages fiscaux que la conservation de la structure actuelle par la SENC ou le professionnel exerçant seul. Il faudra par exemple déterminer si un montant plus élevé de revenu pourra être accumulé dans la SPA ou faire l'objet d'un fractionnement de revenu par voie de dividendes à

---

[127] Luc LACOMBE, « Incorporation des professionnels – aspects fiscaux », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 31:1-108, aux pages 31:60-109.

[128] Les SENC composées de très nombreux associés ont développé d'autres mécanismes car l'existence d'un seul plafond de la DPE pour la société de gestion ne leur procurait guère d'avantages. Ainsi, des sociétés en commandite comprenant les membres des familles et des fiducies familiales ont parfois été formées pour rendre les services de gestion à la SENC.

certains membres de la famille. Chaque situation devra être examinée pour déterminer ce qui est le plus avantageux dans les circonstances.

4.8. STRUCTURE FISCALE OPTIMALE

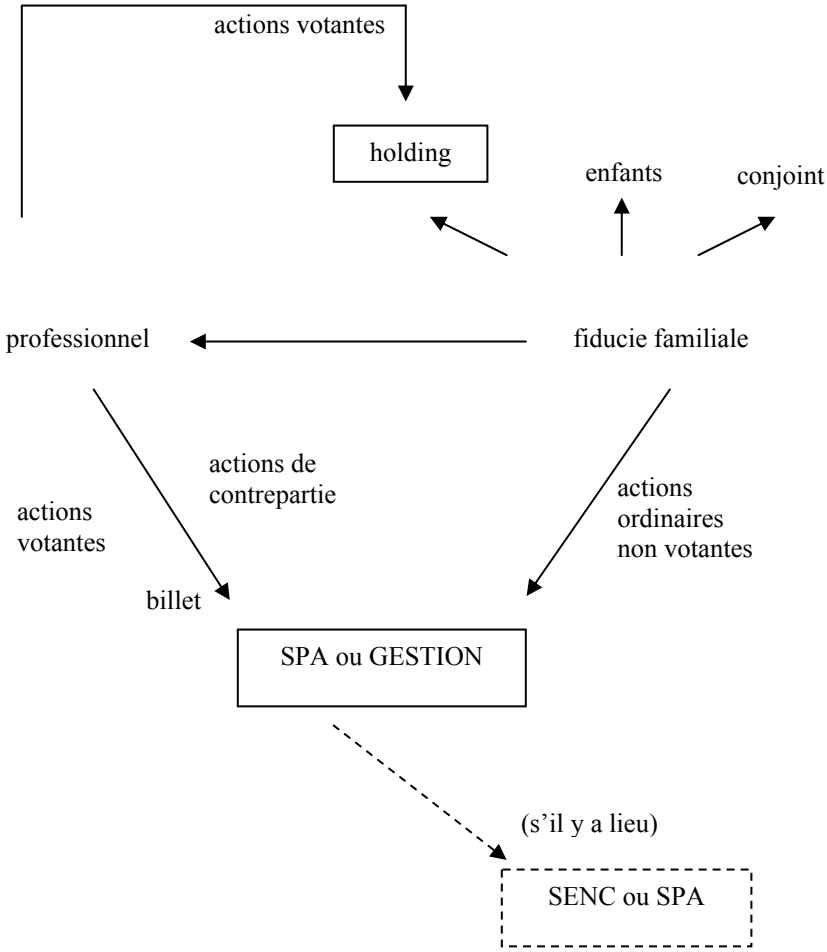
Nous avons identifié tout au long du texte des situations où l'incorporation pourrait procurer des avantages fiscaux tangibles. Voici une liste sommaire de ces situations :

- le professionnel est en mesure de verser des dividendes en provenance de la SPA, à des membres de sa famille imposés à des taux réduits d'impôt;

- le professionnel peut accumuler des revenus dans la SPA parce qu'il n'a pas besoin de tous les revenus pour son train de vie, qu'il bénéficie personnellement d'autres sources de revenus ou qu'il peut payer ses dépenses à l'aide de ses épargnes ou de montants à recevoir libres d'impôt de la SPA (tel un billet);

- le professionnel peut bénéficier du congé fiscal du Québec parce qu'il débute en affaires ou qu'il est un employé qui s'établit à son compte et qui n'est pas membre d'une SENC.

Une fois qu'il est déterminé que l'incorporation est avantageuse, comment doit-on se structurer pour en retirer tous les avantages fiscaux? Voici une structure qui offre toute la flexibilité requise d'un point de vue fiscal :



Le professionnel détient les actions votantes ainsi que les actions privilégiées et le billet reçu en contrepartie du transfert de sa pratique. Les actions ordinaires sont détenues par une fiducie familiale discrétionnaire[129]

[129] Nous privilégions une structure faisant appel à une fiducie familiale plutôt qu'à une SPA prévoyant des catégories d'actions permettant le versement de dividendes discrétionnaires aux membres de la famille parce qu'il nous apparaît que les actions à dividendes discrétionnaires n'offrent pas tous les avantages que procure la fiducie et présentent parfois des difficultés d'évaluation qui peuvent rendre difficile la réalisation de certaines planifications.

dont il est un des fiduciaires et, s'il y a lieu, un bénéficiaire potentiel. Ce véhicule lui permet de distribuer des dividendes et de remettre les actions ordinaires au moment choisi et aux personnes à être désignées. Une société de placements contrôlée par le professionnel peut être créée dès le départ ou subséquemment dans le but de recevoir les revenus accumulés non nécessaires à l'exercice de la profession. De cette façon, la SPA continue de se qualifier pour l'exonération de gain en capital et ne possède pas d'actifs superflus pouvant être saisis par des créanciers. Advenant la vente des actions de la SPA, l'exonération de gain en capital peut être multipliée par le nombre des membres de la famille.

Comme mentionné à la section 4.1.6., la création d'une deuxième SPA par un professionnel pourrait être envisagée dans le cas d'une SENC dans l'hypothèse où cette planification permette d'avoir accès individuellement au plein plafond de la DPE donnant droit au taux de 22 %.

Parmi les autres éléments à considérer concernant cette structure, il y a les honoraires de mise en place de la fiducie, la disposition réputée des biens de la fiducie à tous les 21 ans et l'application des règles fiscales particulières relatives aux dividendes versés aux enfants mineurs[130] et aux SPA ne se qualifiant pas comme une société exploitant une petite entreprise[131].

CONCLUSION

Si nous pouvons nous réjouir de l'arrivée des sociétés professionnelles dans la législation québécoise après plusieurs années de discussions, il faut admettre que plusieurs données significatives devront être connues avant que l'ensemble des professionnels puissent faire un choix éclairé quant à la pertinence d'y avoir recours.

En effet, il faudra attendre la mise en vigueur de la plupart des règlements avant que les assureurs en responsabilité professionnelle puissent déposer leurs propositions de polices. Ces nouveaux produits devront être analysés avec soin pour mesurer leur impact sur les SENCRL et sur les SPA.

Ce n'est qu'en 2004 que nous pourrons vraisemblablement mesurer l'impact qu'auront les nouvelles sociétés professionnelles sur l'exercice de notre profession.

---

[130] Art. 120.4 L.I.R.

[131] Par. 74.4(2) L.I.R.

Toutefois, au chapitre de la fiscalité, le professionnel peut d'ores et déjà procéder à l'examen de sa situation afin d'évaluer si des économies tangibles peuvent être réalisées en utilisant la SPA.

Si des professionnels relevant d'un ordre envisagent une alliance stratégique avec d'autres professionnels, il est recommandé de prendre connaissance des conditions exigées par le règlement qui leur est applicable, et d'étudier les modalités d'application des lois devant être respectées par chacun des groupes de professionnels pour mieux évaluer et planifier l'organisation de leur projet de regroupement.

PARTIE B
Incorporation des professionnels – Aspects fiscaux

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

Sylvain Moreau, CGA, Pl. Fin., D. Fisc.
Pratte, Bélanger comptables agréés inc.

INTRODUCTION*

En mai 1992, lors du dépôt du Budget du Québec, le ministre des Finances de l'époque, M. Bernard Landry, annonçait qu'il désirait modifier le *Code des professions*[1] afin d'accorder aux professionnels le droit à l'incorporation. En janvier 1993, une ébauche de modifications a été remise à l'exécutif à des fins d'étude. Ce n'est que le 21 juin 2001 que le Projet de loi 169, *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société,* fut adopté et sanctionné.

> « Ce projet de loi autorise un ordre professionnel à permettre, en vertu d'un règlement, que ses membres exercent leurs activités professionnelles au sein d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL ») ou d'une société par actions (ci-après « SPA ») et à déterminer, s'il y a lieu, les conditions, modalités et restrictions suivant lesquelles ces activités pourront être exercées[2]. »

Puisque nos confrères, Me Michel Turcot et Me Pierre-Jean Beauregard, vous ont entretenu des diverses considérations légales et fiscales (problèmes soulevés par l'incorporation, analyse des différents règlements et projets de règlement des ordres professionnels, etc.), nous nous attarderons aux divers aspects fiscaux touchant plus particulièrement aux différentes méthodes disponibles permettant de transférer les activités professionnelles d'une société en nom collectif (ci-après « SENC ») à une SPA. Nous porterons une

---

* Les auteurs tiennent à remercier Me Nancy Tapp, avocate au Service de fiscalité du cabinet Pratte, Bélanger comptables agréés inc., pour sa précieuse collaboration à la préparation de ce texte.

1 L.R.Q., c. C-26.

2 QUÉBEC, ministère de la Justice, *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*, Projet de loi 169, sanctionné le 21 juin 2001 (2001, c. 34).

attention particulière aux différentes considérations dont les professionnels devront se soucier dans le choix de la méthode de transfert à utiliser. L'incorporation du praticien exerçant seul ne sera pas spécifiquement abordée puisque les commentaires que nous émettrons, dans le cadre du transfert d'actifs de la SENC à la SPA, s'appliqueront à cette situation et que mes confrères en traiteront. Puisque le volet technique a déjà fait l'objet de diverses conférences données dans le cadre de congrès et de colloques antérieurs[3], nous vous encourageons à vous y référer au besoin.

Enfin, nous terminerons ce texte par une revue des principes d'intégration, de façon à déterminer s'il y a un avantage économique à recourir à l'incorporation.

1. MÉTHODES ANALYSÉES

Contrairement au transfert des activités d'une SENC à une SENCRL, qui n'implique aucune incidence fiscale en raison de la prémisse inhérente de continuité, ceux qui opteront plutôt pour une SPA en vue de poursuivre les activités professionnelles antérieurement menées par l'entremise d'une SENC seront confrontés à diverses règles et implications fiscales qui devront être analysées à la lumière du choix de la méthode de transfert utilisée.

Quatre méthodes seront analysées, soit :

- transfert des actifs d'une SENC à une SPA et liquidation de la SENC;
- liquidation de la SENC et transfert des actifs à la SPA;

---

[3] À ce sujet, vous pouvez vous référer aux textes suivants : Sylvie GARON, « Les aspects fiscaux de la conversion d'une SENC en SENCRL ou en société par actions », dans *Colloque – Les nouveaux véhicules juridiques d'exercice des activités professionnelles – Une révolution!*, 114, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 5:1-14; Éric GÉLINAS, « Retrait et arrivée d'un associé et dissolution d'une société de personnes », (1998), vol. 20, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 411-444; Gilles CARON, « Fusion et dissolution de la société, Partie A – Réorganisation des sociétés de personnes », dans *Colloque – Gestion d'un bureau de professionnels*, 74, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 6:1-61; Patrice LALANDE, « Les aspects fiscaux de la pratique professionnelle au sein d'une SENCRL et d'une société par actions », dans *Colloque – Les nouveaux véhicules juridiques d'exercice des activités professionnelles – Une révolution!*, 114, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 6:1-32; Nicole PRIEUR, « Règles fiscales affectant les sociétés de personnes », (1998), vol. 20, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 305-410.

- transfert des participations de la SENC à la SPA et liquidation de la SENC; et enfin,

- transfert des participations de la SENC à la SPA et maintien de la SENC.

Bien qu'à première vue chaque méthode comporte peu de différences et procure le même résultat comptable, en l'occurrence le transfert de l'exploitation de l'entreprise professionnelle à la SPA, les implications fiscales de chacune d'elles peuvent être fort différentes.

1.1. TRANSFERT DES ACTIFS D'UNE SENC À UNE SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC

Afin de bien illustrer les différents éléments soulevés, prenons l'exemple de la société de personnes BLT SENC (ci-après « BLT »). L'annexe A présente les différentes données fiscales qui seront utilisées ainsi que le bilan de BLT.

1.1.1. Méthode

Conformément à cette méthode, BLT transfère, dans un premier temps, l'ensemble de ses actifs à une SPA qui aura été créée en conformité avec les différentes réglementations, permettant l'exercice des activités professionnelles. Dans le cadre de ce transfert, le choix prévu au paragraphe 85(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4] sera effectué de façon à ce qu'il n'y ait aucune incidence fiscale lors du transfert. Afin que les dispositions du paragraphe 85(3) L.I.R. trouvent application, tous les associés devront, conjointement, signer le formulaire de choix prescrit[5] relativement à cette disposition.

Les biens qui seront ainsi transférés comprendront les immobilisations, les travaux en cours[6] et l'achalandage. En effet, en ce qui concerne

---

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

5 Il s'agit des formulaires T-2058, « Choix relatif à la disposition de biens par une société de personnes en faveur d'une société canadienne imposable » (fédéral), et TP-529, « Aliénation de biens, par une société de personnes, en faveur d'une société canadienne imposable » (provincial).

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-457R, « Choix exercé par un membre d'une profession libérale d'exclure de son revenu toute somme relative au travail en cours », 15 juillet 1998. Comme indiqué au paragraphe 18 de ce bulletin, les travaux en cours sont considérés

(à suivre…)

l'encaisse, aucun choix n'est nécessaire. Quant aux comptes clients, le choix de l'article 22 L.I.R. sera effectué afin de s'assurer que les comptes clients demeureront un bien d'entreprise plutôt qu'un bien de nature capital. Ainsi, il sera permis à la SPA de réclamer une perte d'entreprise, si le montant recouvré à l'égard des comptes clients est inférieur au montant à recevoir au moment du transfert, ou de réaliser un revenu d'entreprise, si le montant recouvré s'avère supérieur.

Dans le cadre de ce transfert, la SPA bénéficiera des actifs, prendra en charge l'ensemble des passifs de la SENC et lui émettra des actions ordinaires. En vue de procéder au transfert, il faudra au préalable établir le coût fiscal des différents biens à transférer ainsi que leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »). Quelques commentaires seront effectués relativement à la notion d'évaluation.

1.1.1.1. Travaux en cours

Comme il est mentionné au paragraphe 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-457R[7], la valeur des travaux en cours « est déterminée en fonction des dépenses engagées relativement aux services fournis pour lesquels une somme n'est pas devenue recevable, ou en fonction du montant auquel s'élèverait la facture pour ces mêmes services, si elle avait été remise (laquelle comprend une partie de profit), selon la méthode qui est dûment suivie pour évaluer ce travail en conformité des principes admissibles d'évaluation d'inventaire ».

Conséquemment, une entreprise de services doit donc évaluer la valeur de ses travaux en cours en fonction du taux horaire facturé aux clients plutôt qu'en fonction du salaire versé aux employés[8].

(…suite)

comme un bien en inventaire dont le coût indiqué est néant lorsque le choix en vertu de l'alinéa 34(1)a) L.I.R. a été effectué.

7 *Id.*

8 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9221725, 14 septembre 1992. Comme mentionné dans cette interprétation technique, le montant utilisé pour l'évaluation des travaux en cours, d'un point de vue comptable et fiscal, doit être le même montant : « it is our view that the method used for evaluing working progress should be the same for tax and financial statements purposes ». Dans le cadre de l'évaluation des travaux en cours, nous pouvons également inclure les différents déboursés effectués directement pour le client dans le cadre de son évaluation. À ce sujet, nous pouvons nous référer aux interprétations techniques 9325025, 15 septembre 1993 et 9318225, 31 août 1993, qui

(à suivre…)

1.1.1.2. Achalandage

Aux fins du présent texte, l'achalandage représente essentiellement la valeur de la clientèle du professionnel. La difficulté éprouvée sera donc de déterminer la valeur de cette clientèle. Malheureusement, il n'existe pas de méthode d'évaluation unique applicable à toutes les professions. Notre choix devra donc s'arrêter sur une méthode reconnue selon le type de professions exercées. Avant même d'appliquer la méthode d'évaluation choisie, il faudra déterminer si cet achalandage est rattaché à l'individu ou s'il est plutôt attribuable à l'exploitation de l'entreprise du professionnel (bonne réputation, qualité des services, renommée de l'entreprise, etc.). L'achalandage attribuable à l'individu n'a que peu ou pas de valeur lors d'un transfert ou d'une vente de l'entreprise. À l'opposé, l'achalandage rattaché à l'entreprise peut représenter un avantage important pour un éventuel acheteur et a donc, par conséquent, une valeur certaine qui devra être déterminée. Pour certaines professions, il sera relativement facile d'établir une valeur rattachée à la clientèle puisque au cours des années, plusieurs transactions ont eu lieu (vente de cabinets de comptables, d'avocats, de notaires, etc.).

Dans d'autres situations, il sera de toute évidence plus hasardeux de procéder à de pareilles évaluations en raison du manque de données historiques servant de base comparative. À ce chapitre, nous n'avons qu'à penser aux cabinets de médecins pour lesquels il sera pour le moins difficile de déterminer s'il y a ou non achalandage. Pour un médecin dont les revenus proviennent presque exclusivement de la Régie de l'assurance-maladie du Québec (ci-après « RAMQ »), il sera difficile de prétendre qu'il existe un achalandage qui a une valeur qui pourra être transférée à une SPA. À première vue, il semble que cet achalandage soit davantage de nature personnelle et par conséquent non transférable.

Il peut cependant exister certaines situations qui, même dans le domaine médical, pourront amener à la reconnaissance d'un achalandage. Par exemple, pour un médecin dont une partie des revenus émane du secteur privé (expertises médicales, vaccination, etc.), il pourrait s'avérer pertinent de donner une certaine valeur à cet achalandage.

(…suite)

traitent de cette question. Voir également AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-129R, « Comptes en fiducie et débours d'avocats », 7 novembre 1986, par. 4, 5 et 6 qui déterminent dans quelle situation ces différents déboursés peuvent être inclus dans les travaux en cours.

Par conséquent, puisque l'évaluation n'est pas une science exacte, et puisqu'il peut être difficile de déterminer si l'achalandage est de nature personnelle ou non, il est fortement conseillé de recourir à un expert dans le domaine pour la préparation d'un rapport d'évaluation en bonne et due forme, afin d'être en mesure de contrer toute contestation éventuelle de la part des autorités fiscales. Puisque l'achalandage représente probablement l'élément d'actifs le plus difficile à évaluer dans le cadre du transfert des activités d'une SENC à une SPA, un rapport d'évaluation serait donc fortement souhaitable. Au risque de se répéter, tout repose sur le fait de déterminer si cet achalandage est transférable ou non. Dans certains secteurs d'activités, il existe diverses règles empiriques permettant d'évaluer l'achalandage avec assez de facilité. À titre d'exemple, la valeur globale d'un cabinet d'expertise comptable peut se situer entre 50 % et 100 % de la facturation annuelle du ou des professionnels. Le taux étant fonction du genre de mandats, de leur récurrence, des taux horaires utilisés pour les exécuter, de la capacité de récupérer les heures facturées et de la possibilité de transférer les clients à un autre professionnel. En déterminant ainsi la valeur globale d'une entité, il devient assez simple d'établir la valeur de l'achalandage puisqu'elle représentera l'excédent de la valeur globale de l'entreprise sur la JVM des actifs figurant au bilan, déduction faite des passifs et des dettes.

1.1.2. Transfert

Si nous poursuivons notre exemple de la société BLT, cette dernière détiendra, à la suite du transfert des différents actifs, un seul actif constitué de 1,5 M d'actions de la SPA qui auront une valeur marchande de 1,5 M$, un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et un capital versé de 75 000 $[9]. Malgré ce transfert d'actifs, l'existence juridique de BLT continue. Pour mettre fin à cette existence, il nous faudra procéder à la liquidation de BLT. Deux méthodes peuvent être utilisées pour liquider BLT.

[9] Nous pouvons nous référer à l'annexe B qui inclut les diverses informations qui serviront à compléter les formulaires de roulement et à procéder au transfert des autres actifs.

1.1.3. Liquidation de la SENC

1.1.3.1. Liquidation en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R.

La première méthode est celle permise en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. et peut être utilisée lorsque les conditions suivantes sont respectées :

- il y a eu un transfert d'actifs d'une SENC en faveur d'une SPA, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R.;

- la SENC a été mise en liquidation au plus tard 60 jours suivant ce transfert; et

- la SENC n'a comme seul bien, immédiatement avant la liquidation, que l'argent ou les biens reçus de la SPA en contrepartie de la disposition des actifs.

Chacun des associés reçoit, en contrepartie de la disposition de sa participation au sein de la SENC, les actifs qui lui sont attribués dans le cadre de cette liquidation (voir annexe C). La SENC est présumée avoir disposé de ses biens à leur coût indiqué. Il n'y a donc aucune incidence fiscale au moment de la liquidation pour la SENC à la suite du transfert de ses actifs en faveur de ses associés.

De leur côté, les associés sont présumés avoir acquis les différents biens, autres que les actions, à leur JVM au moment de la liquidation et sont réputés avoir acquis les actions de la SPA au coût fiscal de leur participation moins la JVM attribuée aux autres biens reçus.

En d'autres mots, le coût de la participation d'un associé au sein de la SENC est d'abord attribué aux actifs (autres que les actions) jusqu'à concurrence de leur juste valeur au moment de la liquidation alors que le solde de son coût est par la suite attribué aux actions reçues. Lorsque plusieurs catégories d'actions sont émises, le solde est d'abord attribué aux actions privilégiées, jusqu'à concurrence de leur JVM, et le solde résiduel est par la suite attribué aux actions ordinaires. Dans notre exemple, puisqu'à la suite du roulement de ses actifs les seuls biens appartenant à BLT sont des actions de la SPA, le coût fiscal de la participation de chacun des associés sera attribué aux actions qu'ils recevront (voir annexe D).

1. Commentaires

Contrairement à ce que nous verrons plus loin, dans le cadre de la liquidation d'une SENC effectuée selon le paragraphe 98(3) L.I.R., l'utilisation du paragraphe 85(3) L.I.R. ne nous oblige pas à partager l'ensemble des actifs reçus dans le cadre de la liquidation, d'une manière indivise et en proportion des participations de chacun des associés. Le transfert peut donc être effectué d'une manière différente de celle du partage du bénéfice de cette SENC. Cela peut donc s'avérer avantageux dans certaines situations.

Un des éléments importants pour que le paragraphe 85(3) L.I.R. puisse s'appliquer est que les affaires de la SENC soient mises en liquidation dans les 60 jours suivant ce transfert. Il faut donc que toutes les formalités légales soient mises en œuvre à l'intérieur du délai de 60 jours, afin d'éviter que les autorités fiscales contestent l'application du paragraphe 85(3) L.I.R. Dans la situation où il y aurait une contestation, ou que la liquidation n'aurait pas lieu dans les 60 jours, ce paragraphe ne pourrait trouver application et il faudra alors s'en remettre, s'il est toujours possible, au choix en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R., afin d'éviter certaines incidences fiscales négatives. En effet, si aucun des deux paragraphes ne peut être utilisé dans le cadre de cette liquidation, il y aurait alors disposition de l'ensemble des actifs à leur JVM par SENC, ce qui impliquerait des incidences fiscales importantes pour chacun des associés.

2. PBR de la participation

Puisque dans le cadre de la liquidation effectuée conformément au paragraphe 85(3) L.I.R., la valeur attribuée aux actions reçues en contrepartie est fonction du PBR de la participation de chacun des associés, nous nous permettons de revoir quelques notions de base. Ainsi, le PBR d'une participation dans une SENC s'établit en fonction des règles énoncées aux alinéas 53(1)e) et 53(2)c) L.I.R. De manière générale, le PBR correspond à la somme des éléments suivants :

Prix payé pour acquérir la participation :

- plus apports en capital à la SENC;
- plus part du revenu fiscal attribuée à l'associé;
- plus portion non imposable des gains en capital attribués à l'associé;

- moins retraits en capital de la SENC;
- moins pertes fiscales attribuées à l'associé;
- moins portion non déductible des pertes en capital.

Toutefois, une des particularités associées à l'établissement de ce PBR est que l'attribution du revenu fiscal à l'associé ne s'effectue que le jour suivant la fin de l'exercice financier de la SENC[10]. Par conséquent, la part de chacun des associés dans le bénéfice de l'année au cours de laquelle survient la liquidation ne s'ajouterait pas au PBR de la participation de l'associé au moment de la liquidation de la SENC. Il en résulterait donc une double imposition.

Consciente de cette problématique, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a indiqué dans l'interprétation technique 2002-0160033[11] du 27 novembre 2002, que l'associé pourra ajouter, au PBR de sa participation, sa part dans le bénéfice de la SENC à la date de départ et non le jour suivant la fin de l'exercice[12].

Ainsi, en raison des interprétations techniques émises et des politiques administratives actuellement en vigueur, le PBR de la participation pourra être augmenté du bénéfice de l'année courante. Toutefois, puisque les actifs auront été transférés au préalable, aucun amortissement fiscal ne pourra être réclamé. En ce qui concerne les associés de BLT, ils devront donc s'imposer, selon notre exemple, sur un montant supplémentaire de 10 500 $ au cours de l'exercice terminé le 30 septembre 2003.

En ce qui concerne les travaux en cours, puisque la SENC a effectué le choix de les exclure à la fin du dernier exercice, nous devrons tenir compte de ce choix lors de la détermination du bénéfice fiscal courant, de façon à les exclure du revenu imposable, et ce, même si aucun travail en cours ne figure au bilan à la fin de l'année financière de la SENC. En effet, puisque le

---

10 S.-al. 53(1)e)(i) et 53(2)c)(i) L.I.R.

11 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2002-0160033, 27 novembre 2002.

12 Cela est en accord avec le document de l'AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 9, 10 février 1997, qui en fait mention. De plus, dès 1996, l'interprétation technique suivante faisait mention de certains allégements administratifs dans ce type de situation. *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 963146A, 4 décembre 1996.

revenu comptable inclut le montant des travaux en cours à la fin de l'exercice financier précédent, et que le choix de les exclure au niveau fiscal a été fait, nous devons les exclure afin d'en arriver à un bénéfice fiscal qui respecte le choix effectué par la SENC.

3. PBR des actions reçues

Dans la situation où chacun reçoit un tiers des actions de la SPA, chacun aura donc, comme en fait foi l'annexe D, 500 000 actions ordinaires ayant un capital versé de 25 000 $ et un PBR équivalant au PBR de leur participation immédiatement avant la liquidation.

4. Constat

Comme nous l'avons mentionné auparavant, les actions émises dans le cadre de la liquidation n'ont pas à être attribuées proportionnellement entre les associés pour permettre l'application du paragraphe 85(3) L.I.R. Il peut donc en résulter une plus grande souplesse de recourir aux dispositions du paragraphe 85(3) L.I.R. dans le cadre de la liquidation, plutôt que d'utiliser le paragraphe 98(3) L.I.R. Malgré cette souplesse, il faut cependant réaliser que les dispositions du paragraphe 85(3) L.I.R. exigent que les biens soient transférés à une seule SPA et non à plusieurs. Par conséquent, il n'aurait pas été permis de miser sur une réorganisation papillon en vertu de laquelle chacun des associés aurait transféré sa part des actifs de la SENC à sa propre SPA[13].

En résumé, nous devons retenir que :

1. le transfert des actifs d'une SENC à une SPA, suivi de la liquidation de la SENC, en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R., peuvent être effectués, en règle générale, sans incidences fiscales, à moins que le PBR de la participation soit négatif, ce qui impliquerait alors la reconnaissance d'un gain en capital;

2. il n'est pas obligatoire que, dans le cadre de la liquidation de la SENC, il y ait attribution proportionnelle des actifs entre les associés, ce qui peut donner une plus grande flexibilité dans le cadre de la distribution des actifs de la société;

---

[13] À ce sujet, vous référer au texte de S. GARON, *loc. cit.*, note 3.

3. la liquidation doit avoir lieu dans les 60 jours suivant le transfert, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R.;

4. le transfert des actifs doit être effectué en faveur d'une seule SPA[14].

1.1.3.2. Liquidation en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R.

Une autre méthode permettant de liquider la SENC est prévue au paragraphe 98(3) L.I.R. Selon les modalités du paragraphe 98(3) L.I.R., lorsque tous les associés en font le choix, le produit de disposition de la participation est réputé être égal au coût indiqué des biens reçus, seulement lorsque chaque associé reçoit un **droit indivis** sur l'ensemble des biens détenus par la SENC, correspondant à son pourcentage de participation. Lorsque des dettes sont assumées par les associés, il en résulte une augmentation du coût de leur participation au sein de la SENC. Lorsque le PBR de la participation est supérieur au coût indiqué des biens transférés, la perte en capital est refusée. Toutefois, il est possible que le coût des biens en immobilisation reçus, autres que des biens amortissables, puisse être augmenté du montant de la perte jusqu'à concurrence de la JVM desdits biens reçus. En ce qui concerne BLT, puisque les seuls biens sont des actions d'une SPA, il y aurait donc transfert du PBR de la participation sur le coût des actions reçues. Si le coût des biens est supérieur au PBR de la participation, il en résultera un gain en capital. Après avoir effectué ce choix, chacun des associés devient propriétaire d'une part indivise de l'ensemble des actions de la SPA. Cette indivision peut être brisée sans incidences fiscales, en vertu du paragraphe 248(20) L.I.R., à condition de respecter les différentes règles. Un des éléments importants indique que les biens doivent être susceptibles de partage ou divisibles afin que ce paragraphe puisse s'appliquer. L'application du paragraphe 248(20) L.I.R. permet donc de briser cette indivision sans qu'il y ait réellement disposition de biens, ce qui permet d'éviter des incidences fiscales[15]. Comme nous verrons plus loin, ce

---

[14] À ce sujet, vous référer à l'interprétation technique suivante : *Tax Window Files*, *op. cit*., note 8, interprétation technique 2001-0072595, 21 mars 2001. Dans cette interprétation, l'ADRC indique que le transfert à plusieurs sociétés de type « papillon » ne peut être effectué en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. Le paragraphe 85(3) L.I.R. ne trouverait donc pas application.

[15] À ce sujet, nous pouvons nous référer au texte suivant : Marie-Claude LÉVESQUE, « Pot-pourri fiscal, Partie B – Sortir de l'indivision », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 35:1-82, aux pages 35:15-36, qui explique d'une manière beaucoup plus technique les règles régissant les paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R.

paragraphe devient beaucoup plus complexe, dans la situation où ce ne sont pas simplement des actions d'une SPA qui constituent les actifs de la SENC.

Commentaires

L'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R. implique le dépôt de formulaires supplémentaires (T-2060)[16] afin de répartir les biens. Après la liquidation, chacun des associés se retrouve avec un pourcentage correspondant au pourcentage de la participation qu'il détenait au sein de la SENC.

Par conséquent, dans la situation où les parties désireraient partager les actions de la SPA différemment, il y aurait alors des implications fiscales, soit acquisition et disposition de la participation par les parties. Ainsi, dans le cadre du transfert d'actifs, l'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R. est donc un procédé beaucoup plus ardu et plus restrictif que l'utilisation du paragraphe 85(3) L.I.R. Nous devrons donc nous assurer de pouvoir respecter les différents critères afin de pouvoir être admissible au transfert avec le moins d'incidences fiscales.

1.1.3.3. Constat

Si, dans le cadre de la liquidation de la SENC, nous ne pouvons respecter les conditions énoncées au paragraphe 85(3) L.I.R. (liquidation de la SENC au-delà du délai de 60 jours après le transfert des biens, transfert des biens effectué en faveur de plusieurs SPA, pas de signature de formulaire par tous les associés), ou au paragraphe 98(3) L.I.R. (pas de signature de formulaire pour tous les associés, pas d'attribution, à chaque associé, d'une part indivise de chaque bien), les incidences fiscales pourraient donc être importantes. Il y aurait alors disposition de l'ensemble des actifs à leur JVM et imposition sur l'ensemble de la plus-value des différents biens, et ce, malgré le fait qu'un roulement des actifs aurait eu lieu en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., car les biens reçus ne seraient pas des actifs mais des actions présumées disposées à leur JVM. D'une manière pratique, le paragraphe 85(3) L.I.R. devrait être favorisé, compte tenu de sa simplicité et de sa flexibilité.

---

[16] L'équivalent provincial est le Formulaire TP-620, « Choix concernant les biens distribués lors de la dissolution d'une société canadienne de personnes ».

1.2. LIQUIDATION DE LA SENC ET TRANSFERT DES ACTIFS À LA SPA

1.2.1. Méthode

Une autre méthode qui pourrait être utilisée dans le cadre du transfert des activités d'une SENC dans une SPA serait de procéder à la liquidation de la SENC, suivie du transfert de l'ensemble des actifs par les anciens associés en faveur de la SPA. Tout d'abord, la liquidation de la SPA pourrait s'effectuer conformément au paragraphe 98(3) L.I.R. À cette étape, le paragraphe 85(3) L.I.R. ne pourrait trouver application, puisqu'il n'y a pas eu transfert d'actifs, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., immédiatement avant la liquidation de la SENC.

Comme indiqué précédemment, certaines conditions doivent être respectées pour que le paragraphe 98(3) L.I.R. puisse s'appliquer. Ainsi, le choix doit être effectué par l'ensemble des associés et chacun d'eux doit recevoir un droit indivis équivalant à leur part dans les biens de la société. Chaque associé recevra donc un droit indivis de l'ensemble des actifs. De plus, chaque associé disposera de sa participation à un montant équivalant à l'ensemble du coût indiqué des biens reçus. Dans la situation où ce coût serait supérieur au PBR de la participation, il y aurait alors réalisation d'un gain en capital. Si avant ces différentes transactions le PBR s'avérait négatif, il y aurait également réalisation d'un gain en capital. Certaines transactions pourraient peut-être être effectuées afin d'éviter ce gain en capital, par exemple l'apport de certains biens avant de procéder à ces différentes transactions.

Dans le cadre de l'interprétation technique 9208475[17], l'ADRC s'est toutefois prononcée sur l'application potentielle de la règle générale antiévitement, dans le cadre d'une liquidation en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R. Ainsi, on souhaitait confirmer la position de l'ADRC lorsque l'associé effectuait certains apports à la SENC avant le choix du paragraphe 98(3) L.I.R., afin d'éviter la réalisation d'un gain en capital lors de la disposition présumée de sa participation. Après cette indivision, ces apports étaient par la suite remboursés. Selon l'ADRC, la règle générale antiévitement pourrait s'appliquer dans ce genre de situation. La position de l'ADRC pourrait être différente si le prêt n'est pas remboursé par l'entreprise immédiatement après cette liquidation, mais est plutôt maintenu entre les mains personnelles de l'individu.

---

[17] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 9208475, 4 juin 1992.

Dans la situation où le PBR serait supérieur au coût indiqué des biens reçus, il y aurait alors une perte en capital qui serait refusée. Cependant, cette perte pourrait augmenter le coût indiqué de certains biens en immobilisation, autres que les biens amortissables, jusqu'à concurrence de leur JVM. Il faut encore une fois noter que cette perte en capital ne pourra être attribuée aux immobilisations amortissables ni à l'achalandage. Dans notre exemple de BLT, il ne resterait donc, en pratique, que les travaux en cours. Toutefois, lorsqu'on regarde la définition de « immobilisation » et de « biens » ainsi que l'opinion de l'ADRC exprimée dans son *Bulletin d'interprétation* IT-457[18], les travaux en cours sont considérés comme des biens en inventaire et ne seraient donc pas des biens en immobilisation; il ne serait donc pas permis d'augmenter le coût de cet actif. Pour BLT, cette perte en capital serait donc perdue, contrairement à la situation indiquée à la section 1.1.2., où la société aurait transféré les actifs avant de procéder à sa liquidation. BLT aurait donc avantage à mettre en place une transaction qui mise d'abord sur le transfert des actifs, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., avant l'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R., puisque la perte subie lors de la disposition de la participation est réputée nulle et ne vient augmenter que le coût des immobilisations non amortissables.

Au moment de recevoir les différents biens, les anciens associés transfèrent, sans incidences fiscales, leur participation indivise dans les biens reçus en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. à une SPA. Dans l'exemple de BLT, ils recevront 500 000 actions ordinaires de la SPA, qui auront un capital versé et un PBR de 25 000 $, et puisque la perte en capital découlant de la disposition de la participation sera réputée nulle, ils ne pourront augmenter le coût d'aucun actif (voir annexe E).

Lors de l'établissement du PBR de la participation, une certaine ambiguïté demeure relativement au calcul du bénéfice du dernier exercice financier au cours duquel la liquidation a eu lieu. En effet, lorsque l'on regarde le libellé du paragraphe 98(3) L.I.R., on assume que lorsqu'une SENC a cessé d'exister, tous les biens ont été attribués immédiatement avant ce moment. Cela signifie donc qu'au moment où la société cesse d'exister, elle ne possède plus aucun actif. Par conséquent, aucune déduction pour amortissement ne peut être réclamée ce qui génère un bénéfice fiscal plus élevé pour l'année de la liquidation. Ainsi, le PBR de la participation augmentera ce qui, ultimement, fera augmenter la perte en capital découlant de la liquidation.

---

[18] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6.

Conséquemment, l'associé devra s'imposer sur un montant supplémentaire de 10 500 $, comme indiqué à l'annexe E. Cela vient donc augmenter le coût de la participation et, par le fait même, la perte en capital réalisée lors de l'application du paragraphe 98(3) L.I.R. Puisque cette perte est réputée nulle, il n'y aurait donc aucune augmentation du coût des biens. Ainsi, lors du transfert des biens à la SPA, un montant équivalant à cette perte ne pourrait être retiré libre d'impôt par les associés.

1.2.2. Constat

Nous pouvons constater, dans la situation où le paragraphe 98(3) L.I.R. est utilisé avant le transfert des actifs au sein d'une SPA, qu'il y aurait perte d'avantages fiscaux importants, en raison du fait que la perte réalisée sur la disposition de la participation ne vient augmenter le coût d'aucun bien. Le transfert des actifs d'une SENC à une SPA, suivi de la liquidation de la SENC (voir section 1.1. ci-dessus), semble être plus efficace. De plus, le paragraphe 85(3) L.I.R. offre beaucoup plus de flexibilité dans le partage des différents biens. Dans notre exemple, « L » serait le plus désavantagé par cette méthode.

1.3. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC

1.3.1. Méthode

La troisième méthode disponible consiste à transférer, tout d'abord à la SPA, les participations détenues par les associés et, par la suite, procéder à la liquidation de la SENC au sein de la SPA. Ainsi, les associés procéderaient, sans incidences fiscales, en vertu des dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R., au transfert de leurs participations à la SPA en contrepartie d'actions de cette dernière. À la suite de ce transfert, le coût fiscal des actions reçues correspondrait au PBR des participations avant ce transfert. Par la suite, la SENC serait liquidée au sein de la SPA. Certains commentaires doivent toutefois être émis relativement à ces transactions.

1.3.2. Commentaires

Dans un premier temps, le PBR des actions reçues en contrepartie correspondra au PBR de la participation immédiatement avant ce transfert. Le capital versé des actions émises devra donc correspondre à la somme convenue, puisque le PBR des participations diffère pour chacun des associés. Le capital versé des actions reçues sera donc différent de celui qui a

été établi selon les autres méthodes de transfert suggérées dans le présent texte.

Il faut donc établir, dans un premier temps, le PBR de la participation de chacun des associés. Compte tenu que le transfert a lieu au cours de l'exercice financier, aucun bénéfice de l'année ne pourrait être attribué aux associés. Les retraits viendront toutefois réduire ce PBR. Dans l'exemple de BLT, deux des associés auraient un PBR négatif à cette date, comme en fait foi l'annexe F. Dans le cadre du transfert de la participation, il y aurait donc réalisation d'un gain en capital correspondant à ce PBR négatif.

Quant au capital versé, si chacun reçoit des actions de la même catégorie, le montant du capital versé de 100 000 $, correspondant au PBR de l'associé « L », serait donc réparti sur l'ensemble des actions (voir annexe F). Nous pourrions peut-être, dans le cadre de ce transfert, émettre des actions de catégories distinctes pour chacun des associés, afin de protéger le capital versé attribuable à chacun des associés établi en fonction de leur PBR.

Une autre alternative qui pourrait être privilégiée afin d'éviter le PBR négatif, serait le maintien d'une participation résiduelle dans l'entente entre les associés, à l'effet d'attribuer pour l'exercice courant une partie du bénéfice aux associés ayant quitté la SENC. Ce montant serait donc considéré comme un revenu imposable à 100 %.

Y a-t-il vraiment avantage à procéder ainsi? Si ce choix est utilisé, la SPA aurait donc un revenu imposable moins élevé et les associés auraient à augmenter leurs revenus de leur part dans le bénéfice de la SENC. Si aucun choix de participation résiduelle n'est effectué, la SPA s'imposera sur la totalité du bénéfice en 2003 et l'associé sortant s'imposera plutôt sur un gain en capital correspondant à son PBR négatif. En d'autres mots, il faut donc déterminer s'il est plus avantageux de s'imposer sur un bénéfice plus élevé au sein de la SPA, assujetti à un taux d'imposition variant entre 22 % et 31 %, et demander à l'associé de s'imposer sur un gain en capital attribuable à son PBR négatif, ou de s'imposer sur un revenu pleinement imposable entre les mains des associés à un taux marginal maximum de 48,22 %, et de bénéficier d'une imposition moindre au sein de la SPA. Dans la situation où le taux d'imposition de la SPA est supérieur au taux d'imposition du gain en capital, il y aurait lieu de ne pas signer d'entente prévoyant une participation résiduelle et d'imposer la totalité du revenu au sein de la SPA. Cela serait le

cas lorsque le revenu imposable de la SPA est supérieur à 200 000 $[19]. Lorsque le revenu imposable de la SPA pour l'année s'avère inférieur à 200 000 $, il faut alors déterminer si le coût de la préparation des différents documents, permettant le maintien de la participation résiduelle, est supérieur à l'avantage engendré par l'économie d'impôts d'environ 1,9 % (24,11 % - 22,12 %).

De plus, puisque la situation fiscale de chacun des associés peut être différente, comme c'est le cas dans notre exemple, la décision de maintenir une participation résiduelle peut engendrer des incidences différentes. Dans la situation concernée, il y aurait lieu d'attribuer la même part du bénéfice de la SENC à chaque associé. Cela permettrait d'augmenter le PBR de chacun des associés d'un montant égal correspondant à leur participation et maintiendrait la situation à un niveau neutre pour chacun des associés. Dans notre exemple, puisque le bénéfice fiscal s'élève à 660 000 $, l'imposition d'un bénéfice résiduel de 150 000 $ pour chacun des associés permettrait de réduire le revenu imposable aux environs de 210 000 $ au sein de la SPA et réduirait considérablement le gain en capital de chacun des actionnaires. Globalement, chacun assumerait donc sa part réelle d'impôt déterminée selon sa propre situation fiscale. Cette question peut donc soulever certaines discussions intéressantes entre les associés.

1.3.3. Autres considérations

Lorsque la SPA devient le seul et unique associé, la liquidation de la SENC s'effectuera-t-elle sans incidences fiscales?

Il faut, d'une manière pratique, s'assurer de pouvoir utiliser les règles du paragraphe 98(5) L.I.R. afin que cette liquidation s'effectue sans incidences fiscales pour la SPA. Pour ce faire, il faut, à la suite de la liquidation et au cours des trois mois suivant, que la SPA soit le seul associé de la SENC. Il faut également que la SPA soit un des associés de la SENC immédiatement avant la liquidation. Par conséquent, le transfert des participations des associés doit être effectué à des dates différentes à la SPA, afin que la SPA soit associée de la SENC avec un des autres associés immédiatement avant sa cessation et sa continuation au sein de la SPA.

---

[19] Le Budget fédéral du 18 février 2003 propose que le « plafond des affaires » soit augmenté de 200 000 $ à 300 000 $ sur une période de quatre ans se terminant le 1er janvier 2006.

En d'autres mots, nous devons effectuer le transfert des participations des associés à des dates différentes afin que le paragraphe 98(5) L.I.R. puisse trouver application et permette la continuation sans incidences fiscales de la SENC au sein de la SPA. Ce sont donc des particularités importantes dont nous devons tenir compte afin d'éviter des incidences fiscales importantes. En effet, dans la situation où la SPA ne serait pas associée immédiatement avant sa cessation, il y aurait imposition basée sur la JVM de l'ensemble des actifs de la SENC qui seraient acquis par la SPA. Il faut également se préoccuper des considérations purement légales car, en vertu du *Code civil du Québec*[20], pour qu'il y ait réellement dissolution de la SENC, il ne doit pas y avoir de nouveaux associés qui se joignent à cette SENC dans un délai de 120 jours suivant le moment où la SPA est devenue le seul associé. En conséquence, si la SPA décidait de continuer d'exploiter l'entreprise en participation avec un autre associé à l'intérieur du délai de 120 jours, le paragraphe 98(5) L.I.R. ne trouverait pas application, car la SENC ne pourrait être légalement dissoute.

Il y a donc lieu d'être très vigilant dans le cadre des différents transferts, afin de s'assurer que les dispositions du paragraphe 98(5) L.I.R. trouvent application, c'est-à-dire que la SPA soit un associé de la SENC immédiatement avant sa cessation avec d'autres associés et que la SPA n'exploite pas l'entreprise de la SENC avec un autre associé dans les 120 jours suivants[21].

1.3.4. Constat

Ce que nous devons retenir lorsque vient le temps d'arrêter notre choix sur une des trois premières méthodes de transfert d'une SENC à une SPA :

Il faut déterminer :

- s'il est souhaitable d'imposer les travaux en cours entre les mains des associés ou plutôt dans la SPA;
- s'il est préférable d'imposer le revenu de l'année courante entre les mains des associés ou plutôt dans la SPA.

---

[20] L.Q. 1991, c. 64.

[21] É. GÉLINAS, S. GARON, G. CARON, *loc. cit.*, note 3.

De plus, il faut s'assurer de ne pas perdre certains avantages inhérents au coût de la participation. À ce sujet, lorsqu'on compare les résultats que l'on retrouve dans les caractéristiques des actions reçues (annexes D, E et F), nous constatons que la première méthode, consistant à transférer les actifs en vertu des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R., nous permet de maintenir un PBR élevé pour les actions reçues, montant qui pourrait être reçu libre d'impôt, si certaines autres transactions[22] étaient effectuées par les anciens associés.

La troisième méthode nous permet d'éviter une imposition du bénéfice courant au cours de l'année courante et de la reporter sur une période beaucoup plus éloignée, selon le choix de l'exercice financier qui sera effectué pour la nouvelle société, alors que la deuxième méthode (annexe E) devrait être évitée, compte tenu de la perte d'avantages fiscaux relativement au PBR et à l'imposition au cours de l'année 2003 du revenu. Il faut donc déterminer dans chaque cas quel est l'avantage à procéder par l'une ou l'autre de ces méthodes, en fonction des objectifs visés.

1.4. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET MAINTIEN DE LA SENC

1.4.1. Méthode

La quatrième méthode sera possiblement la plus simple d'application et du même coup, celle qui nécessitera le moins d'interrogations et de planification. Elle consiste, pour chacun des associés, à transférer sa participation en faveur d'une SPA qu'il contrôlera seul ou avec des personnes liées ou non. Dans le cadre de ce transfert, effectué conformément aux dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R., l'associé recevra des actions de sa propre SPA dont le PBR correspondra au PBR de sa participation dans la SENC. Par la suite, les SPA seront les associés de la SENC qui continuera son existence selon les règles habituelles. Chacune des SPA aura la liberté de verser des dividendes à ses propres actionnaires selon leurs besoins respectifs.

---

[22] En effet, les associés pourraient transférer leurs actions dans une société de gestion personnelle en contrepartie d'un billet équivalant à leur PBR, le tout sans incidences fiscales, en utilisant les choix permis par le paragraphe 85(1) L.I.R. En effet, l'article 84.1 L.I.R. ne viendrait pas réduire le montant du billet reçu compte tenu de son fonctionnement. En conséquence, si par la suite des dividendes sont versés à la société de gestion, cette dernière pourrait remettre cet argent entre les mains de l'associé sans incidences fiscales en remboursement de ce billet.

1.4.2. Commentaires

Contrairement aux autres méthodes disponibles, la seule exigence sera de s'assurer que chacun des associés prépare et expédie aux autorités fiscales son formulaire de roulement. En ce qui concerne la SENC, elle poursuivra son exploitation de la façon habituelle, mais cette fois, avec de nouveaux associés corporatifs. Il y aura donc maintien de la date de fin d'exercice, continuité des choix et des soldes fiscaux, répartition du bénéfice net de l'exercice, conformément aux exigences du contrat de société existant. Puisque les différentes SPA seront associées de la SENC, elles devront obligatoirement adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice, conformément aux dispositions de l'article 249.1 L.I.R.

En ce qui concerne le revenu imposable de l'année, le commentaire que nous avons effectué à la section 1.3. décrite précédemment est également pertinent. En effet, il sera toujours possible selon la situation de pouvoir garder une participation résiduelle. Cela peut être avantageux dans le cadre de ce transfert. De plus, la question relative à l'établissement du PBR de la participation au moment du transfert s'appliquera. Dans la situation où ce PBR serait négatif, il y aurait donc alors imposition sous forme de gain en capital au moment de ce transfert.

1.4.3. Autres considérations

Cette méthode pourrait s'avérer propice à l'introduction d'une fiducie familiale selon le bon vouloir de chacun des associés. Ainsi, la fiducie familiale deviendrait l'actionnaire de la SPA, alors que les bénéficiaires seraient par exemple l'associé, sa conjointe, ses enfants et une autre SPA. L'introduction de la fiducie permettrait d'effectuer du fractionnement de revenu, de multiplier la déduction à l'égard du gain en capital, de protéger les actifs, etc. L'introduction d'une telle structure entraînera évidemment des coûts supplémentaires pour la mise en place de la fiducie ainsi que pour son maintien. Il faudra donc en tenir compte dans la prise de décision[23].

---

[23] Se référer au texte de Hugo PATENAUDE, « Panel sur les fiducies, Partie B – Pot-pourri civil et fiscal en matière de fiducie », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 33:1-100, aux pages 33:26-78.

1.5. AUTRES ÉLÉMENTS DE DISCUSSION[24]

1.5.1. Choix des travaux en cours

Est-ce qu'une SPA peut effectuer le choix d'exclure les travaux en cours et donc d'en reporter l'imposition au cours des années subséquentes?

Dans le paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-457R, on indique que le contribuable qui peut être une société qui exerce une profession libérale peut faire le choix d'exclure les travaux en cours. Au paragraphe 3 de ce même bulletin, on vient indiquer que lorsque le contribuable retire également des revenus d'autres sources, autres que des services professionnels fournis dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, l'ADRC est également d'avis que le choix des travaux en cours peut être effectué, si le revenu des autres sources est occasionnel ou accessoire à la principale source qui est l'exercice de la profession libérale. De plus, on nous indique que lorsqu'un contribuable exploite plusieurs entreprises, le choix de l'article 34 L.I.R. peut s'appliquer uniquement aux entreprises qui sont des entreprises de profession libérale. Cependant, dans certaines interprétations techniques[25], on mentionne que, lorsque l'entreprise exploite une entreprise d'insolvabilité, le choix de l'article 34 L.I.R. ne pourra être effectué.

Aujourd'hui, avec l'incorporation des professionnels, nous ne sommes pas certains que cette position, voulant que l'exploitation d'une entreprise d'insolvabilité ne puisse être admissible au choix des travaux en cours, tiendrait la route, compte tenu du fait que, par exemple, dans le *Code de déontologie des comptables agréés*[26], les services d'insolvabilité font partie

---

[24] Les sujets suivants sont discutés dans les conférences respectives de nos confrères Pierre-Jean BEAUREGARD et Michel TURCOT, « Nouvelles options pour l'organisation fiscale, financière et juridique des professionnels : les SPA et les SENCRL », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004 :

- entreprise de prestation de services personnels;
- revenu supplémentaire du 31 décembre 1995.

[25] Vous pouvez d'ailleurs vous référer aux interprétations techniques suivantes : *Tax Window Files*, *op. cit*., note 8, interprétations techniques 9224955, 25 novembre 1992 et 9217395, 25 août 1992, où on indique qu'une SPA peut faire le choix en vertu de l'article 34 L.I.R. d'exclure ses travaux en cours pour l'exercice de profession libérale.

[26] R.R.Q., c. C-48, r. 2.

des activités de l'exercice de cette profession. En conséquence, est-ce qu'un comptable agréé pourrait exploiter une entreprise d'insolvabilité et effectuer le choix prévu à l'article 34 L.I.R., alors qu'une personne qui n'est ni comptable agréé ni avocat ne pourrait effectuer ce choix?

À la lumière de cette interprétation, des règlements et du fonctionnement de chaque ordre professionnel, cela semblerait être le cas. Toutefois, puisque le choix d'exclure les travaux en cours en vertu de l'article 34 L.I.R. réfère aux professions de comptable, dentiste, avocat, médecin, vétérinaire et de chiropraticien, il serait pour le moins étonnant de ne pas permettre à un comptable agréé, dont le code de déontologie prévoit spécifiquement les services d'insolvabilité, de ne pas bénéficier du choix de l'article 34 L.I.R. Nous avons donc posé la question à l'ADRC afin de savoir si leur position administrative à l'égard des entreprises d'insolvabilité sera maintenue à la suite de l'adoption des règlements permettant l'incorporation des professionnels. Selon l'ADRC, il ne semble exister aucun nouveau motif permettant de reconsidérer leur position. Au mieux, il faudrait fournir de solides arguments pour les convaincre d'apporter des changements à l'application de l'article 34 L.I.R. Si tel est votre souhait, les motifs pourraient s'inspirer de la situation déontologique propre au Québec, car, toujours selon l'ADRC, toutes les interprétations et décisions déjà émises provenaient des autres provinces canadiennes.

Il pourrait donc s'avérer avantageux d'effectuer ce choix de l'article 34 L.I.R., compte tenu du fait que pour une SPA, puisqu'il n'y a aucune règle de disposition réputée, le report d'impôts peut être indéfini dans le temps.

1.5.2. Date de fin d'exercice de la SPA

Le choix de la date de fin d'exercice financier d'une SPA peut différer du 31 décembre si certaines conditions sont respectées. Toutefois, en vertu de l'article 249.1 L.I.R., une société professionnelle[27] qui serait associée d'une SENC au cours de l'exercice financier, aurait obligatoirement une fin d'année fixée au 31 décembre. En d'autres mots, lorsque la SPA est associée d'une SENC qui continue d'exploiter l'entreprise professionnelle, elle aurait obligatoirement une date de fin d'année au 31 décembre. Dans les situations où la SPA exploite directement une société professionnelle, il lui serait permis de choisir une date de fin d'exercice différente. En résumé, selon la

[27] Étant définie comme une société qui exerce la profession d'avocat, de chiropraticien, de comptable, de dentiste, de médecin ou de vétérinaire (par. 248(1) L.I.R.).

structure qui sera utilisée dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise de services professionnels, il pourrait y avoir obligation pour la SPA d'adopter une date de fin d'exercice au 31 décembre. Il faut donc porter une attention particulière à cet élément lors de la mise en place de notre planification permettant de transférer une entreprise personnelle ou les participations d'une SENC à une SPA.

Lors du transfert des participations à la SPA et de la dissolution subséquente de la SENC, nous avons mentionné que la SPA devait avoir été associée de la SENC avant d'être devenue seule détentrice d'une participation dans la société de personnes, de façon à ce que la liquidation de la SENC puisse se faire conformément au paragraphe 98(5) L.I.R. Puisque la SPA aura été associée de la SENC durant les quelques jours précédant le transfert des participations, il faudrait confirmer auprès des autorités fiscales si la SPA devra obligatoirement adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice.

Cependant, si la SENC n'attribue aucun revenu de l'exercice à la SPA, la SPA est présumée, conformément aux dispositions du paragraphe 249.1(2) L.I.R., ne pas en être un associé. À ce titre, il semble que la SPA ne serait pas tenue d'adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice[28]. Qui plus est, si la SENC est liquidée avant le début de l'exercice suivant, la SPA ne sera jamais considérée être un associé de la SENC et pourra ainsi maintenir son choix d'avoir une fin d'année autre que le 31 décembre.

Au contraire, l'attribution de toute part du revenu à la SPA obligerait toute nouvelle SPA à adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice. Si une SPA existante ayant déjà une fin d'année autre qui est utilisée pour poursuivre l'exploitation de l'entreprise professionnelle, il y aurait alors obligation de modifier la date de fin d'exercice[29].

En conséquence, si nous désirons que la société ait une fin d'année différente du 31 décembre et qu'elle continue d'exploiter l'entreprise de profession libérale, il faut dans un premier temps qu'aucun revenu ne lui soit attribué par la SENC avant sa liquidation. Idéalement, les différents transferts devront avoir lieu à partir du mois de mars, si nous voulons reporter le paiement de l'impôt sur le revenu gagné à une date plus lointaine

---

28 La question a été posée à l'ADRC et le tout reste à confirmer.

29 Selon les premières discussions avec l'ADRC, il semble que la SPA soit dans l'obligation d'adopter une fin d'exercice au 31 décembre dès qu'il y a attribution du revenu.

que celle exigée pour un particulier. En effet, si le transfert a lieu le 1er juillet, tous les revenus gagnés entre le 1er juillet et le 31 décembre seront imposés au sein de la SPA au cours de son exercice terminé le 30 juin de l'année suivante, soit un report du paiement de l'impôt de quelques mois.

1.5.3. Transfert dans plusieurs SPA

Le choix de la méthode de transfert aura évidemment des répercussions sur les conséquences fiscales qui en découleront. À cet égard, la première question que l'on doit se poser est de savoir de quelle manière ce transfert sera-t-il effectué?

Selon que l'on opte pour un transfert d'actifs ou de participations, cela pourrait avoir des incidences fiscales importantes. En effet, dans le cadre d'un transfert d'actifs, le paragraphe 85(3) L.I.R. ne peut s'appliquer lorsque les actifs sont transférés à plusieurs SPA. Quant aux actifs reçus dans le cadre de la liquidation effectuée en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R., le bris de l'indivision pourrait avoir certaines incidences fiscales pour les associés avant que ces derniers puissent transférer leurs actifs à une SPA. En effet, rares seront les situations où les associés souhaiteront détenir la même proportion de chacun des biens reçus lors de la liquidation de la SENC. Afin de remédier à cette problématique, il pourrait être établi que le pourcentage de participation correspond au partage de la clientèle et que tous les biens sont distribués en fonction de ce pourcentage. Cela réduira considérablement les incidences fiscales dans le cadre du bris d'indivision, compte tenu que, en règle générale, la clientèle comporte le plus d'incidences fiscales.

Le recours à plusieurs SPA peut également soulever la question de savoir si les autorités fiscales considéreront l'ensemble des SPA comme étant toutes associées en vertu du paragraphe 256(2.1) L.I.R., et ce, même si chacune est contrôlée directement par un seul ancien associé de la SENC. La question peut être soulevée car, antérieurement, l'exploitation de l'entreprise libérale était effectuée au sein d'une SENC alors que, à la suite de l'incorporation, chacun des associés exploite désormais sa profession libérale par l'intermédiaire de sa propre SPA. C'est une question de fait de déterminer si la structure corporative choisie fait en sorte qu'il s'agisse de la même entreprise ou d'entreprises distinctes. D'une manière pratique, l'utilisation d'un nom commun pourrait donner beaucoup de munitions aux autorités fiscales afin de prétendre que l'ensemble des sociétés sont associées entre elles.

1.5.4. Déduction à l'égard du gain en capital

Que l'on opte pour un transfert des actifs de la SENC ou plutôt pour un transfert des participations détenues par les associés, la SPA émettra en contrepartie des actions qui pourront se qualifier à titre d'actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE ») et ainsi donner droit à la déduction à l'égard du gain en capital. Afin que les actions se qualifient d'AAPE, certains critères devront être remplis, notamment à l'égard de l'utilisation des actifs de la SPA (tests de 90 % et de 50 %) et à la période de détention des actions.

En vertu du sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) L.I.R., lorsque la totalité ou presque des éléments d'actifs utilisés dans une entreprise individuelle exploitée activement sont transférés dans une SPA, ou que les participations d'une SENC dont la totalité ou presque des éléments d'actifs sont utilisés dans l'entreprise exploitée activement par les associés, sont transférées à une SPA, les actions reçues en échange n'ont pas à être détenues durant une période de deux ans avant de permettre l'admissibilité à la déduction à l'égard du gain en capital, dans la mesure où les autres critères sont respectés.

À la lumière de ce qui précède, certains commentaires doivent être formulés. En effet, pour faire fi du délai de détention de deux ans, il faut, dans le cadre du transfert d'une participation, que la presque totalité des actifs de la SENC soient utilisés dans le cadre de l'entreprise exploitée activement. Par conséquent, nous devrons nous assurer, au moment du transfert des participations, que la SENC n'a pas d'actifs excédentaires qui viendraient contaminer l'admissibilité à cet allégement. Dans le cadre d'un transfert d'actifs, cette problématique pourrait être autrement contournée en demandant à la SENC de transférer uniquement la presque totalité de ses actifs qui sont utilisés dans le cadre de l'exploitation active de son entreprise et de conserver ses actifs excédentaires. En présence d'actifs excédentaires, il y a donc une différence importante entre la décision de transférer les actifs ou les participations. Il faut donc être vigilant, de façon à pouvoir déceler la présence d'actifs excédentaires nous permettant d'arrêter notre choix sur la méthode de transfert optimale, et ainsi éviter des incidences fiscales néfastes et non désirées.

La possibilité de pouvoir bénéficier de la déduction à l'égard du gain en capital est certes un élément important à considérer dans le choix du véhicule juridique à privilégier pour l'exercice d'une profession libérale, car seul le recours à une SPA le permettra.

1.5.5. Choix du 22 février 1994

Le 22 février 1994, la déduction de 100 000 $ à l'égard du gain en capital réalisé sur un bien de toute nature a été abolie. En raison de cette abolition, il était permis de faire un choix présumant la réalisation des gains en capital latents, afin de profiter une dernière fois de cette déduction en augmentant le coût fiscal des différents biens jusqu'à concurrence de leur JVM. Dans le cas des SENC, le choix était également permis mais s'opérait différemment. Ainsi, au lieu de procéder à une augmentation du coût fiscal de la participation détenue directement par les associés, le montant découlant du choix, qui permettait de réaliser un gain en capital, était plutôt porté au compte appelé « solde des gains en capital exonérés d'une entité intermédiaire » (ci-après « SGCE »). Le solde de ce compte doit être réduit de tout gain en capital et de tout revenu provenant de la disposition d'immobilisation admissible[30] que la SENC attribue à ses associés jusqu'au 31 décembre 2004, date à laquelle ce compte est ramené à zéro. L'année 2004 représente donc la dernière année d'existence de ce compte. Dans le cadre du transfert des actifs d'une SENC à une SPA, si un choix est effectué afin de retenir une somme convenue supérieure au coût fiscal de l'achalandage, il y aura réalisation d'un revenu qui sera imposable de façon similaire à un gain en capital. Il faut toutefois retenir que ce revenu ne peut être un gain en capital, puisque le choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R. ne peut être effectué à l'égard de l'achalandage.

Cependant, en vertu du paragraphe 39.1(5) L.I.R., ce revenu qui est attribué aux associés vient réduire le solde du SGCE, si le contribuable a effectué un choix le 22 février 1994 relativement à la plus-value de sa participation dans la SENC. De plus, si, à la suite de la liquidation de la SENC, un gain est réalisé sur la disposition de la participation, ou si l'associé dispose de sa participation et que la somme convenue est supérieure à son PBR, ce gain pourra également être porté en réduction du SGCE. Il sera par conséquent important de bien choisir la méthode de transfert des activités de la profession libérale au sein de la SPA, de façon à retirer de la SPA, une somme libre d'impôt plus ou moins importante. Il faut donc bien analyser chaque situation afin de ne pas perdre les avantages fiscaux relatifs au choix qui aurait été effectué au cours des années antérieures.

Si un gain en capital supérieur est réalisé lors de la disposition des actifs, la SPA bénéficiera d'une valeur fiscale plus élevée à l'égard des

---

[30] Montant établi en vertu du paragraphe 14(1) L.I.R.

immobilisations et des immobilisations admissibles. De façon à empêcher qu'une SPA puisse bénéficier d'un montant amortissable accru découlant d'une transaction avec lien de dépendance, le montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA ») est réduit de la déduction à l'égard du gain en capital réclamée au cours des années antérieures relativement au bien transféré par une personne ayant un lien de dépendance avec la SPA. Or, le choix effectué le 22 février 1994 visait la participation de l'associé dans la SENC et non directement l'achalandage.

Cependant, le libellé du paragraphe 14(3) L.I.R. fait référence au montant qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été déduit en application de l'article 110.6 L.I.R. En conséquence, nous pouvons considérer que le montant de l'achalandage sera réduit de la déduction pour gains en capital[31].

Dans le cadre d'un transfert, il y a donc avantage à pouvoir bénéficier du SGCE même si, pour la SPA, il n'en résultera aucune augmentation de la valeur amortissable des immobilisations admissibles et du coût fiscal des immobilisations acquises, s'il y a un lien de dépendance entre les parties[32].

Les associés pourront utiliser leur SGCE pour réduire leurs impôts sur le gain déclaré. Rien ne semble empêcher ce type de transactions. Pour la SPA, il en résulterait donc une augmentation du montant amortissable relativement au transfert de l'achalandage.

Si l'on opte pour un transfert de la participation en faveur de la SENC, et qu'une somme supérieure au PBR de la participation est utilisée afin de réaliser un gain en capital, ce gain en capital vient réduire le SGCE. Toutefois, au moment de la liquidation de la SENC, la SPA ne pourra bénéficier d'aucune majoration (*bump-up*) possible pour les immobilisations admissibles, car cela n'est possible que pour les biens en immobilisation autres que les biens amortissables, ce qui exclut les travaux en cours et les immobilisations admissibles.

En résumé, dans le cadre du transfert des actifs (incluant l'achalandage), le choix d'un montant supérieur au coût pourrait permettre la réalisation d'un

---

31 D'ailleurs, nous pouvons nous référer au texte de Marcel LEMAY, « Planification personnelle et successorale : Utilisation maximale de l'exonération du gain en capital de 100 000 $ », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 27:1-48.

32 En vertu des dispositions de l'alinéa 13(7)e) L.I.R.

gain en capital ou d'un revenu pouvant être appliqué à l'encontre du SGCE, et par le fait, même augmenter le montant pouvant être retiré libre d'impôt de la SPA. Cependant, la SPA ne pourra amortir un montant supérieur à titre d'immobilisation admissible.

Pour un bien amortissable autre qu'une immobilisation admissible, le paragraphe 13(7) L.I.R. vient réduire le coût fiscal pour l'acquéreur de la partie non imposable du gain réalisé et de la partie rendue non imposable par l'utilisation de la déduction à l'égard du gain en capital. Dans la situation d'une immobilisation admissible, la partie du gain non imposable et non admissible au SGCE ne viendrait pas réduire le montant amortissable[33].

Toutefois, en décembre 2002, l'ADRC a déposé une proposition législative[34] concernant le paragraphe 14(5) L.I.R. Cette modification a pour effet de réduire le montant amortissable, à titre d'immobilisations admissibles, de la partie non imposable du gain réalisé par le cédant ayant un lien de dépendance avec la SPA, lors de la disposition de l'immobilisation admissible. Ces modifications s'appliquent aux années d'imposition se terminant après le 27 février 2000. En raison de ces modifications, la SPA devra, au moment du transfert de l'achalandage dont il est question précédemment, réduire son MCIA de la partie non imposable de ce gain, ce qui réduira le montant amortissable pour les années futures. Ces règles sont semblables à celles prévues à l'alinéa 13(7)e) L.I.R. et dont le résultat est de réduire la valeur amortissable de la partie non imposable du gain réalisé par le cédant lorsque la transaction s'effectue entre parties ayant un lien de dépendance.

Dans le contexte de l'incorporation des activités d'une SENC, il est fort possible que les autorités fiscales puissent considérer que le transfert s'est effectué avec lien de dépendance, compte tenu du fait que les associés de la SENC seraient également les actionnaires de la SPA et donc contrôlés par les mêmes groupes.

---

[33] Dans *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2002-0156835, 11 octobre 2002, l'ADRC nous indiquait qu'il n'existait aucune disposition équivalant à l'alinéa 13(7)e) L.I.R. concernant la réduction du montant amortissable dans le cadre du transfert d'un bien en immobilisation sur lequel aucune réclamation en vertu de la déduction à l'égard du gain en capital n'était réclamée. Toutefois, comme indiqué précédemment, le tout a été modifié en décembre 2002.

[34] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, décembre 2002.

Suivant le scénario en vertu duquel la SENC est liquidée, les actifs sont remis aux associés qui les transfèrent par la suite à la SPA, ces derniers pourraient, du moins techniquement, être considérés comme n'ayant pas de lien de dépendance avec la SPA, s'ils ne contrôlent pas cette dernière après ce transfert. Toutefois, comme la notion de lien de dépendance est une question de fait, il est fort à parier que les autorités fiscales considéreront l'existence d'un lien de dépendance, étant donné que tous les associés effectuent la même transaction en vue de transférer les biens acquis à la suite de la liquidation de la SENC à la SPA. Il serait plutôt difficile de soutenir la position contraire.

À la lumière de ce qui précède, nous pouvons prétendre que dans le cadre du transfert des actifs de la SENC à la SPA, il ne pourrait pas y avoir augmentation du montant amortissable au sein de la SPA de la partie du gain non imposable réalisé par la SENC.

1.5.6. Somme convenue supérieure au coût fiscal

1.5.6.1. Commentaires

Dans le cadre du transfert des actifs ou des participations en faveur de la SPA, il y a lieu de se demander s'il y a un avantage à ne pas bénéficier d'un roulement fiscal et de plutôt présenter un choix permettant la réalisation d'un gain en capital et du même coup, l'augmentation du billet en faveur des associés, qui pourra éventuellement être reçu libre d'impôt.

Dans le cadre du transfert des participations, il n'en résultera aucun avantage pour la SPA, car il n'y aura aucune augmentation de son assiette fiscale donnant droit à la déduction pour amortissement. En effet, selon les règles fiscales en vigueur, la majoration du coût fiscal au moment de la liquidation de la SENC au sein de la SPA ne peut être effectuée que sur les immobilisations non amortissables. Ainsi, puisque les biens transférés sont constitués des travaux en cours (considérés comme des biens en inventaire) et de l'achalandage (qui est un bien amortissable), aucune augmentation de coût ne pourra être effectuée.

La question qu'on doit alors se poser est la suivante : est-il plus avantageux d'effectuer un choix supérieur afin de réaliser un gain en capital ou un revenu d'entreprise, au lieu de recevoir subséquemment un montant qui sera imposable sous forme de dividende? En effet, si aucun choix supérieur n'est effectué, tout retrait supplémentaire que l'actionnaire pourra effectuer le sera sous forme de dividende imposable. En d'autres mots, est-il préférable de réaliser un gain en capital aujourd'hui à un taux d'imposition

actuel de 24,11 % ou de retirer ces sommes sous forme de dividende à un taux de 32,81 %? Conformément aux taux actuels, le gain en capital semble être une avenue plus avantageuse. Toutefois, d'une manière pratique, le gain en capital serait réalisé immédiatement, alors que le retrait sous forme de dividende serait imposable au fur et à mesure de leurs encaissements. Si le contribuable n'a pas besoin des sommes immédiatement, la question est donc de déterminer si on doit payer de l'impôt immédiatement à 24,11 % ou plus tard à 32,81 %. De plus, un autre facteur à prendre en considération est la fluctuation des taux d'imposition dans le temps. Il est fort probable que le taux d'imposition des dividendes subisse une baisse éventuelle, compte tenu que l'écart actuel de plus de 8 % entre un gain en capital et un dividende n'a jamais été aussi élevé.

En ce qui concerne le transfert des actifs amortissables et des immobilisations admissibles, en vertu des nouveaux paragraphes 14(5) et 13(7) L.I.R., le coût fiscal des biens acquis par la SPA ne pourra être augmenté que de la partie imposable du gain réalisé, compte tenu de l'application des paragraphes précédents. Cependant, une somme convenue plus élevée peut impliquer une récupération d'amortissement imposable à 100 % avant la création du gain en capital. Il n'y aurait donc aucun avantage à effectuer le transfert à un montant supérieur pour ces biens, en raison de cette récupération.

1.5.6.2. Réserve

Si la situation nous indique qu'il est préférable de réaliser un gain en capital au moment du transfert, est-il possible d'utiliser les réserves pour gain en capital afin de reporter l'imposition sur quelques années?

Le sous-alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R. permet, lorsqu'un gain en capital est réalisé et que le prix de vente n'est pas entièrement reçu, de reporter l'imposition du gain en capital sur un maximum de cinq années, soit 20 % annuellement en réclamant une réserve.

Lorsqu'on analyse le *Bulletin d'interprétation* IT-236R4[35], la réserve qui peut être prise ne peut dépasser un montant raisonnable qui, en règle générale, est établi en fonction du gain réalisé, multiplié par les sommes à recevoir sur le produit de disposition total. À première vue, lors de la lecture

[35] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-236R4, « Réserves – Disposition de biens en immobilisation », 30 juillet 1999.

du paragraphe 40(1) L.I.R., il semble possible de réclamer une réserve pour le gain en capital découlant de la disposition de la participation, des immobilisations ou des immobilisations admissibles pour lesquelles le choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R. peut être effectué. Puisque le choix ne peut être effectué à l'égard de l'achalandage ou des immobilisations admissibles dont le coût d'acquisition ne peut être identifié, il ne serait pas permis de réclamer une réserve lors de la disposition de l'achalandage. Il faudra donc prévoir les incidences fiscales inhérentes au transfert de l'achalandage si la méthode retenue est le transfert des actifs de la SENC à la SPA.

Toutefois, malgré les dispositions du paragraphe 40(1) L.I.R., une lecture attentive des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* nous amène au paragraphe 40(2) L.I.R., qui prévoit que l'utilisation d'une réserve pour gain en capital n'est pas permise, dans la situation où l'acheteur est une SPA qui, immédiatement après l'acquisition des biens, était contrôlée directement ou indirectement par le contribuable ou par une personne ou un groupe de personnes qui contrôlaient directement ou indirectement la SENC. Par conséquent, dans le contexte du transfert des actifs de la SENC, la réserve pour gain en capital ne pourrait être demandée, car la SPA sera contrôlée par les mêmes personnes qui contrôlaient la SENC.

En ce qui concerne la disposition des participations de la SENC, il semble que chacun des associés pourra bénéficier de la réserve à moins que l'un d'entre eux ne contrôle la SPA à la suite du transfert des participations. Certains pourront penser qu'il peut y avoir un risque que les autorités fiscales décident d'appliquer la règle générale antiévitement ou présument un contrôle de fait dans les transactions projetées afin d'éviter que le contribuable puisse bénéficier de sa réserve. Cependant, selon les discussions avec les représentants de l'ADRC, il ne semble pas être de leur intention de tenter de refuser le droit à la réserve en invoquant la règle générale antiévitement, même si dans les faits tous les associés ont pris la décision commune de transférer leur participation respective.

En résumé, l'utilisation d'une réserve ne pourrait être effectuée que lors du transfert d'une participation, seulement si la SPA n'est pas contrôlée directement ou indirectement par le contribuable qui a effectué le transfert.

1.5.7. Congé fiscal au Québec

Le congé fiscal au Québec a été réduit de 25 % le 12 juin 2003 à la suite du dépôt du Budget du ministre des Finances, M. Yves Séguin. Puisque les règlements autorisant le recours à une SPA n'étaient pas en vigueur pour la majorité des ordres professionnels, le congé fiscal complet ne sera donc plus

disponible pour les transferts d'une SENC en faveur d'une SPA après le 12 juin 2003. Pour qu'une SPA puisse bénéficier du congé fiscal réduit, il faut entre autres qu'elle ne soit pas la continuité d'une entreprise déjà existante.

En raison de cette exigence, les transferts d'une SENC en faveur d'une SPA ne permettent pas de bénéficier de ce congé. Seuls les nouveaux professionnels ayant commencé à exercer leur profession peuvent, dès le départ, incorporer leur pratique et bénéficier du congé fiscal[36].

D'autres conditions doivent cependant être remplies afin de pouvoir bénéficier du congé fiscal. Ainsi, il ne faut, en aucun temps, que la nouvelle SPA soit associée à une autre SPA. De plus, la SPA doit générer des revenus dont la totalité ou presque provient d'une entreprise admissible. Une SPA qui, au cours de ses cinq premières années d'existence devient associée à une autre, ou qui génère plus de 10 % de ses revenus d'une entreprise non admissible, perd automatiquement son droit au congé fiscal pour cette année et pour les années suivantes[37]. Il faut donc demeurer vigilant de façon à préserver notre droit au congé fiscal, et ce, tout au long de la période de cinq ans. En pratique, l'accumulation de sommes importantes non utilisées dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise peut être suffisante pour faire perdre le droit au congé fiscal[38]. À cet égard, la politique du MRQ est d'évaluer le critère du revenu sur la base du revenu brut provenant d'une entreprise

---

[36] D'ailleurs, au cours des années antérieures, jusqu'à 2003, diverses interprétations techniques avaient été émises par le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») à l'effet de déterminer si l'incorporation d'une pratique professionnelle pouvait être admissible au congé fiscal. Un des éléments qui ressort veut que le contribuable ne doit nullement avoir exploité son entreprise avant son incorporation afin de pouvoir bénéficier du congé fiscal. D'ailleurs, dans le cas des médecins, on indique qu'à partir du moment où le médecin commencerait à tirer des revenus de la RAMQ, il ne lui serait plus possible de transférer sa pratique dans une SPA et de bénéficier du congé fiscal, compte tenu du fait que le tout peut être considéré comme une continuité de son entreprise. Comme les médecins, dès leur quatrième année, peuvent retirer des revenus de la RAMQ à titre de résidents, cela peut donc leur créer un certain problème s'ils décident de s'incorporer. À ce sujet, voir *Collection fiscale*, (CD-ROM), Longueuil, Publications CCH, interprétations techniques 02-0109062, 6 novembre 2002 et 01-0109452, 5 février 2002.

[37] À ce sujet, nous pouvons nous référer au texte de Bernard BARSALO, « Le Québec, avantages fiscaux pour démarrer en affaires », dans *Colloque – Déductions, crédits d'impôts et aides gouvernementales au Québec*, 68, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 1:1-98, qui explique d'une manière plus détaillée les différentes conditions reliées au congé fiscal.

[38] À ce sujet, le MRQ a émis quelques interprétations techniques, *op. cit.*, note 36.

admissible par rapport aux revenus totaux générés par la SPA. Selon nous, la notion de revenu accessoire et l'importance des ressources requises pour générer le revenu représentent des critères plus importants lorsque vient le moment de déterminer si la totalité ou presque du revenu provient d'une entreprise admissible.

1.5.8. Société de gestion

Pour les professionnels qui détiennent actuellement une société de gestion, il sera possible de l'utiliser, de façon à y transférer les actifs de la SENC ou les participations des associés afin de continuer l'exercice de leur profession. Toutefois, certaines modifications devront être apportées à leurs statuts constitutifs ainsi qu'à leurs règlements de façon à ce qu'ils soient conformes aux différents règlements des ordres professionnels. Il n'est donc pas nécessaire de créer une nouvelle SPA, car les anciennes sociétés de gestion pourront être utilisées si les modifications à leur charte sont apportées d'une manière adéquate.

1.5.9. Taxes de vente

Peu importe la méthode de transfert qui sera privilégiée en vue de transférer les activités professionnelles à une SPA, il faudra tenir compte des incidences de la taxe sur les produits et services (TPS) et de la taxe de vente du Québec (TVQ) afin de pouvoir bénéficier de tous les allégements disponibles. Puisqu'il s'agit d'un sujet très spécialisé qui déborde le cadre du présent texte, nous nous contentons de vous mettre en garde sur l'application potentielle des taxes de vente et de son effet possible sur les liquidités des contribuables concernés[39].

1.5.10. Pertes apparentes

Lors du transfert des différents actifs, certaines pertes pourraient être subies. Certaines d'entre elles pourraient être refusées et reportées au moment de la disposition réelle des biens par la SPA. En effet, puisque les personnes formant le groupe de contrôle de la SENC seront les mêmes que les membres du groupe de personnes qui contrôleront la SPA, la SENC et la SPA seraient présumées être des personnes affiliées. En conséquence, les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. pourraient trouver application de façon à ne pas reconnaître, du moins lors du transfert, certaines pertes.

---

[39] À ce sujet, certains éléments sont soulevés concernant les notions de taxes de vente dans le texte suivant : S. GARON, *loc. cit.*, note 3.

Si, à la suite de la liquidation de la SENC, l'associé transfère les actifs qu'il a reçus dans le cadre de la liquidation, et qu'il est affilié à la SPA en raison d'une présomption de contrôle de fait par le même groupe de personnes, les règles sur les pertes apparentes pourraient trouver application lors de la disposition des biens de façon à refuser la perte. La perte ainsi refusée serait ajoutée au PBR des actifs acquis par la SPA à la suite du transfert. Nous pouvons donc remarquer que, selon la méthode de transfert qui sera retenue et le moment où la perte sera déclarée, il peut en résulter un traitement fiscal différent, selon qu'il s'agit d'une perte apparente ou simplement d'une perte refusée, en vertu des paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. Ce sont des règles dont il faut tenir compte selon la méthode utilisée dans le cadre du transfert des activités en faveur d'une SPA. L'objectif de ce texte n'étant pas de présenter en détail l'application technique de ces différentes règles, nous référons le lecteur à divers textes déjà publiés[40] en attirant votre attention sur les différents éléments dont on doit tenir compte dans le cadre de ces transferts et qui peuvent avoir une incidence pour les contribuables.

1.5.11. Règles d'association

Il est fort possible que les contribuables soient tentés de créer des structures corporatives qui permettront de multiplier la déduction pour petite entreprise, soit en transférant leurs activités dans des SPA individuelles, soit en ne transférant qu'une partie de l'entreprise à une SPA et une autre partie de ses clients à une autre SPA non associée, afin de multiplier le bénéfice de la déduction pour petite entreprise.

Malgré pareilles stratégies qui peuvent sembler astucieuses, il est important de maîtriser les différentes règles antiévitement énoncées au paragraphe 256(2.1) L.I.R. pour ne pas crier victoire trop rapidement. En vertu de ces règles, lorsqu'il est raisonnable de considérer qu'un des principaux motifs de l'existence distincte de plusieurs sociétés au cours de l'année d'imposition consiste à réduire les impôts qui seraient autrement payables, les autorités fiscales se laissent le droit de les considérer comme étant associées les unes aux autres. Par conséquent, il y a fort à parier que cette disposition sera invoquée lorsque les contribuables exerceront leurs activités par l'intermédiaire d'une seule SENC et désireront subséquemment multiplier leur déduction pour petite entreprise dans une structure plus complexe, misant sur l'utilisation de plusieurs SPA non associées, tout en poursuivant leurs activités de la même manière qu'antérieurement. En

---

40 À ce sujet, vous pouvez vous référer au texte de É. GÉLINAS, *loc. cit.*, note 3.

pratique, l'utilisation d'un nom corporatif ou d'une raison sociale commune et le maintien d'un mode de fonctionnement identique à celui qui existait auparavant lorsqu'il n'y avait qu'une seule entité constitueront certes des munitions pour les autorités fiscales qui voudront justement invoquer la règle antiévitement pour refuser les bénéfices fiscaux inhérents à diverses SPA.

En ce qui concerne le contribuable qui exploite son entreprise individuelle par l'intermédiaire d'une société de dépenses, l'utilisation d'une SPA distincte pour chacun des propriétaires sera possiblement non abusive. Cela demeure donc une question de fait et chaque situation doit être évaluée en fonction des règles en vigueur.

1.6. AVANTAGES ÉCONOMIQUES

En dernière analyse, nous aborderons la question de savoir s'il est économiquement souhaitable, d'un point de vue strictement fiscal, d'incorporer une pratique professionnelle. L'annexe G présente les taux d'imposition marginaux maximums d'un individu selon la nature du revenu (salaire, gain en capital ou dividende) ainsi que les taux d'imposition des sociétés, combinés fédéral/provincial. Ainsi, en supposant que l'individu est assujetti au taux marginal maximum[41], le recours à une SPA permet seulement, pour un revenu inférieur à 200 000 $, une économie annuelle d'impôts de 0,53 %. Il en est ainsi, puisque le revenu serait assujetti à un taux combiné (personnel et corporatif) de 47,07 %, alors que le même revenu gagné personnellement serait visé par une imposition personnelle de 48,22 %. Le fait de gagner le revenu professionnel par l'intermédiaire d'une SPA et de verser à l'actionnaire le profit après impôts sous forme de dividendes au cours de la même année ne comporte que peu d'avantages. Lorsque le revenu excède 200 000 $, il en résulte un désavantage variant entre 5,53 % et 6,87 % de gagner le revenu par l'intermédiaire d'une SPA. Il faut toutefois souligner qu'en raison du taux d'imposition inférieur d'une SPA sur son revenu actif, il peut y avoir un report d'impôts intéressant, si l'actionnaire est en mesure de laisser des liquidités dans la SPA. Dans le cas d'un revenu inférieur à 200 000 $, ce report d'impôts s'élève à 25,54 % alors que pour tout revenu excédant 200 000 $, ce report varie entre 15,06 % et 17,06 %. Ces reports peuvent être intéressants afin de payer plus rapidement certaines dettes de la SPA et de financer les immobilisations ou toute forme d'investissement ou d'acquisition nécessaires à l'exploitation de cette entreprise.

---

[41] C'est-à-dire qu'il avait d'autres sources de revenus au cours de l'année financière, qui l'amenaient au taux marginal maximum débutant à 100 000 $.

Lorsque la SPA est admissible au congé fiscal de cinq ans et qu'elle réalise un revenu inférieur à 200 000 $, l'économie annuelle d'impôts s'élève à 5,07 % et le report d'impôts à 27,77 %. Cela devient alors très intéressant. Toutefois, nous vous référons à la discussion que nous avons eue précédemment à la section 1.5.9., afin de comprendre les conditions d'admissibilité à ce congé. Puisque l'objet du présent texte est de s'attarder plus particulièrement au transfert d'une SENC à une SPA, la discussion entourant le congé fiscal n'est pas pertinente.

En 2003, force est de constater qu'il n'existe pas réellement d'avantages économiques à utiliser une SPA strictement pour une question d'économie d'impôts. L'utilisation de la SPA peut quand même être intéressante pour des raisons d'affaires ou pour permettre d'effectuer du fractionnement de revenu, pour faciliter la mise en place d'une planification testamentaire ou pour profiter de la déduction à l'égard du gain en capital au moment d'une disposition. Ces constatations pourraient ne pas être les mêmes au cours des années à venir selon les modifications législatives qui pourraient être apportées aux taux d'imposition.

Lorsque le seul revenu du particulier provient de son entreprise professionnelle, est-ce que les mêmes commentaires peuvent s'appliquer? Nous pouvons nous référer à l'annexe I qui nous indique quel est le montant du report d'impôts si le revenu demeure au sein de la SPA et quel est le coût ou l'économie d'impôts si les revenus sont gagnés par l'intermédiaire de la SPA et versés directement à l'individu, comparativement à l'exploitation d'une entreprise individuelle. Nous pouvons constater que si le seul revenu de l'individu totalise 25 000 $, il lui coûte plus cher en impôt de gagner ce revenu par l'intermédiaire d'une SPA et de plus, il ne bénéficie d'aucun report d'impôts. Lorsque le revenu imposable s'élève à 50 000 $, 75 000 $ ou 100 000 $ incluant un revenu d'entreprise de 25 000 $, ce 25 000 $ lui coûte moins cher s'il est gagné par l'intermédiaire d'une SPA que personnellement. Toutefois, cette économie est très faible et ne compense nullement les coûts afférents au maintien d'une SPA.

L'annexe I nous permet de tirer certaines conclusions. Ainsi, un taux marginal d'imposition croissant n'a pas réellement d'influence lorsque vient le temps de déterminer s'il y a un avantage économique à gagner le revenu directement ou par l'intermédiaire d'une SPA. Cela s'explique par le fait que, malgré la diminution du taux d'imposition de l'individu, le taux d'imposition du dividende subit également une baisse alors que le taux corporatif demeure au même niveau, ce qui vient compenser ces différentes variations.

De plus, il faut tenir compte du coût de la mise en place de la structure et de son maintien au cours des années subséquentes, afin de déterminer de manière adéquate s'il y a un avantage économique. D'un point de vue strictement économique, nous pouvons affirmer qu'il n'existe à peu près aucun avantage à transférer ses activités dans une SPA si ce n'est que pour bénéficier d'un report d'impôts immédiat.

Il faut, dans le cadre de la prise de décision, considérer l'ensemble des autres facteurs (possibilité de profiter de la déduction à l'égard du gain en capital, report d'impôts possible relié au choix de la date de fin d'exercice, fractionnement de revenu, planification successorale, report indéfini de l'imposition des travaux en cours, etc.) qui peuvent servir à compenser les frais de maintien et de création d'une SPA.

D'autres avantages, nullement financiers cette fois, devraient également être considérés lors de la décision de transférer les activités professionnelles à une SPA. Ainsi, les droits et pouvoirs, décisionnels et professionnels, normalement reliés au titre d'associé d'une SENC pourront désormais être consentis à des gens qui ne détiennent aucune participation dans la SPA. Par exemple, la détention du titre de vice-président permettra à un employé d'agir comme un officier de la SPA même s'il n'est détenteur d'aucune action. Il pourrait désormais approuver les états financiers d'une entreprise cliente, rôle qui, auparavant, ne pouvait être assumé que par un associé du cabinet comptable. Puisqu'il s'agit d'une image beaucoup plus corporative qui historiquement n'était pas rattachée à des firmes professionnelles, cela impliquera par le fait même un changement de mentalité dans le fonctionnement de ces bureaux ainsi que dans la perception du public en général. Il n'y aura donc plus nécessité de nommer de nouveaux associés uniquement pour les responsabiliser et pour qu'ils jouissent d'un pouvoir décisionnel. En vertu de cette nouvelle réalité juridique, les modes de rémunération s'élargiront puisque, par exemple, la mise en place d'un régime d'options d'achat d'actions pourra être envisagée afin de retenir les employés au sein de leur SPA. C'est donc également un changement d'image qui sera introduit par cette possibilité de transfert d'une société professionnelle en SPA.

2. RÉSUMÉ

À la lumière de l'ensemble des discussions que nous avons eues précédemment, certaines conclusions peuvent être tirées dépendamment du choix de la méthode de transfert qui sera utilisée en vue de poursuivre les activités professionnelles au sein d'une SPA.

1. Dans le cas d'une SENC, il est important dans un premier temps d'établir le PBR des participations afin d'évaluer correctement les incidences fiscales inhérentes à la méthode de transfert qui sera utilisée.

2. Le choix de recourir au transfert des participations peut permettre d'imposer, dans la SPA, les revenus gagnés par la SENC entre le début de son exercice financier et la date du transfert. Il pourra en résulter une économie d'impôts mais une obligation de choisir une fin d'exercice financier au 31 décembre.

3. Le choix d'un exercice financier adéquat pourra permettre à la SPA de reporter le paiement de l'impôt sur le revenu professionnel gagné après le transfert et avant le 31 décembre, au-delà de la date d'exigibilité du solde d'un particulier.

4. Le contribuable pourra, par les choix qu'il effectuera, influencer en partie la détermination de son revenu imposable pour l'année 2003. Selon la méthode utilisée pour transférer l'exploitation de son entreprise, de la SENC vers la SPA, il aura le choix de réaliser un gain en capital à l'encontre duquel il pourra appliquer des pertes en capital subies au cours des exercices financiers antérieurs. Compte tenu des fluctuations boursières des dernières années, il peut en résulter un avantage intéressant.

5. S'il n'y a aucune perte en capital, la question que doit se poser le contribuable est de savoir s'il est préférable de s'imposer personnellement aujourd'hui sur un gain en capital assujetti à un taux de 24 % ou sur des dividendes futurs au taux de 32,81 %. Il pourrait également se verser un salaire, lui permettant de contribuer à son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), afin de réduire le montant d'impôt payable par la société. Il faut cependant considérer le report de la date du paiement d'impôts, si le choix de l'exercice financier est effectué d'une manière adéquate. Dans la situation où le revenu imposable de la SPA serait supérieur à 200 000 $, il y a donc un avantage à réaliser un gain en capital (sous réserve de la perte de la contribution potentielle au REÉR), au lieu de s'imposer sur un revenu cette année tout en bénéficiant d'un report d'impôts possible à un exercice subséquent.

6. Selon la méthode utilisée, certaines formalités doivent être effectuées à l'intérieur de certains délais, si on veut bénéficier des différents transferts avec le moins d'incidences fiscales possible. En effet, l'utilisation du paragraphe 85(2) L.I.R., suivie du paragraphe 85(3) L.I.R., exige que la

dissolution de la société ait lieu dans les 60 jours suivant le transfert des biens de la SENC en faveur d'une SPA.

Si l'on opte pour un transfert en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R., le choix doit être effectué par l'ensemble des associés et chaque associé doit recevoir une partie indivise de l'ensemble des biens.

Enfin, dans le cas d'un transfert de participation et de continuation par la SPA de l'entreprise exploitée par la SENC, le paragraphe 98(5) L.I.R. exige que la SPA ait été un associé avant que la SENC cesse ses activités. De plus, elle ne doit pas reprendre les activités avec de nouveaux associés à l'intérieur d'un délai de 120 jours, à défaut de quoi, la SENC ne sera pas présumée avoir été liquidée et la majoration du coût des biens ne pourra être effectuée. Comme nous pouvons le constater, plusieurs questions doivent donc être répondues afin de déterminer quelle est la meilleure méthode pour effectuer ces différents transferts et de s'assurer que les incidences fiscales sont celles souhaitées.

7. En ce qui concerne l'établissement du PBR de la participation dans la SENC, nous devons, en raison des règles fiscales actuelles, nous fier aux politiques administratives pour bénéficier de certains allégements permettant d'éviter une situation de double imposition. À cet égard, il pourrait s'avérer prudent de confirmer cette possibilité d'allégement avec les autorités fiscales, afin de s'assurer que cela respecte toujours leurs politiques administratives.

CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, force est de constater qu'il existe plusieurs méthodes permettant de transférer une SENC en faveur d'une SPA, chacune ayant ses avantages et ses inconvénients. Le choix de l'une ou de l'autre doit être analysé d'une manière très particulière en fonction des caractéristiques fiscales des différentes entités. De plus, plusieurs choix peuvent permettre que le tout puisse s'effectuer sans incidences fiscales, si les différentes conditions sont respectées.

Chaque décision d'incorporation sera donc un cas d'espèce qui devra être analysé et évalué en fonction des faits et des objectifs propres. Alors, méfions-nous des recettes préparées d'avance, car seul celui qui tentera de nous la vendre risque d'en tirer profit.

ANNEXE A

BLT SENC
BILAN AU 30 SEPTEMBRE 2003

	Coût	Valeur fiscale	JVM
	$	$	$
ACTIF			
Encaisse	50 000	50 000	50 000
Comptes clients	250 000	250 000	225 000
Provisions pour mauvaises créances	(25 000)	(25 000)	
Travaux en cours[1]	175 000	-	175 000
Immobilisations	100 000	50 000[2] (10 000 au Québec)	75 000
Achalandage	-	-	1 225 000
PASSIF			
Fournisseurs	250 000	250 000	250 000
AVOIR DES SOCIÉTAIRES			
Bénéfices exercice courant net de retrait[3]	100 000		
Avoir en début d'année	200 000	Note[4]	1 500 000

Note (1) Choix d'exclure les travaux en cours effectués (art. 34 L.I.R.).
Solde au 31 décembre 2002 = 221 500 $.

Note (2) – FNACC	**Fédéral**	**Québec**
	$	**$**
Mobilier – Catégorie 8	10 000	10 000
Informatique – Catégorie 10	40 000	-
Informatique – Catégorie 12	-	-
Aucune acquisition cette année	-	-

Note (3) Le bénéfice comptable tient compte des éléments suivants :

	$
Amort. compt.	10 000
Représentation	28 000
Assurance vie	50 000
Retrait de la SENC	450 000

Note (4) Coût de la participation (PBR)

	B	**L**	**T**
	$	**$**	**$**
Solde au début[1]	3 500	-	(35 000)
Achat	-	250 000	-
Apport année	-	-	-
Retrait année	(150 000)	(150 000)	(150 000)

Bénéfice fiscal de l'année(*) (2)	220 000	220 000	220 000
PBR	73 500	320 000	35 000

(1) Au Québec, 20 000 $ de moins pour B et T chacun.

(2) Au Québec, 3 000 $ de plus pour B, L et T chacun.

Bénéfice fiscal au 30 septembre 2003

Bénéfice comptable (100 000 $ + 450 000 $)		550 000
Travaux en cours au début	221 500	
Amortissement comptable	10 000	
Représentation (50 %)	14 000	
Assurance vie	50 000	295 500
Moins : Amortissement (8)	(1 500)	
Amortissement (10)(*)	(9 000)	
Travaux en cours fin	(175 000)	(185 500)
Bénéfice fiscal au 30 septembre 2003		660 000(**)

(*) Québec 0 $
(**) Québec 669 000 $

ANNEXE B

	Biens transférés Coût/Valeur fiscale	JVM	Somme convenue	Biens reçus Dette	Action	JVM
	$	$	$	$		$
A) Roulement						
Travaux en cours	-	175 000	-	-	175 000	175 000
Immo. Cat. 8	10 000	20 000	10 000	-	20 000	20 000
Immo. Cat. 10	40 000(1)	55 000	40 000(1)	-	55 000	55 000
Achalandage	-	1 225 000	-	-	1 225 000	1 225 000

(1) Québec : 0 $

B) Autres transferts						
Encaisse		50 000	-	25 000	25 000	25 000
Comptes clients(2)		225 000	-	225 000	-	225 000
				250 000	1 500 000	

(2) Choix de l'article 22 L.I.R.

ANNEXE C

BILAN AU 1er OCTOBRE 2003

	Coût comptable	Valeur fiscale	JVM
	$	$	$
1 500 000 actions SPA	300 000	75 000(1)	1 500 000
Avoir sociétaires	300 000	Note 4 Annexe A	1 500 000

(1) 35 000 $ au Québec

ANNEXE D

BÉNÉFICE FISCAL CORRIGÉ

	$	$
1) Bénéfice fiscal (Annexe A)		660 000
Plus : Amortissement fiscal[1]	175 000	
	10 500	10 500
Bénéfice fiscal corrigé		670 500

2) PBR	**B**	**L**	**T**	
	$	**$**	**$**	
PBR (Annexe A)	73 500	320 000	35 000	
Ajustement bénéfice année	3 500	3 500	3 500	10 500
PBR avant liquidation[2]	77 000	323 500	38 500	

3) Caractéristiques fiscales du bien reçu

	Nombre actions	**Catégorie**	**C/V**	**PBR[2]**
B	500 000	Ordinaires	25 000	77 000
L	500 000	Ordinaires	25 000	323 500
T	500 000	Ordinaires	25 000	38 500

(1) Cet ajustement est nécessaire, compte tenu qu'au moment de l'établissement du bénéfice, ces actifs ont déjà été transférés à la SPA.

(2) 20 000 $ de moins au Québec pour B et T chacun.

ANNEXE E

BÉNÉFICE FISCAL CORRIGÉ

	$
1) Bénéfice fiscal (Annexe D)	670 500

2) PBR[1]

	B	L	T
	$	$	$
PBR (Annexe D)	77 000	323 500	38 500

3) Caractéristiques fiscales des actions reçues

	Nombre actions	Catégorie	C/V	PBR
B	300 000	Ordinaires	25 000	25 000
L	300 000	Ordinaires	25 000	25 000
T	300 000	Ordinaires	25 000	25 000

(1) 20 000 $ de moins au Québec pour B et T chacun.

ANNEXE F

1) BÉNÉFICE FISCAL CORRIGÉ 2003 : NIL

Gain en capital pour B et T de 146 500 $ et 185 000 $ respectivement.

2) PBR[1]

	B	L	T
	$	$	$
(Annexe A)	73 500	320 000	35 000
Moins: bénéfice année	(220 000)	(220 000)	(220 000)
	(146 500)	100 000	(185 000)

(1) 20 000 $ de moins au Québec pour B et T chacun.

3) Caractéristiques fiscales des actions reçues

	Nombre actions	Catégorie	C/V	PBR
B	500 000	Ordinaires	33 333	-
L	500 000	Ordinaires	33 333	100 000
T	500 000	Ordinaires	33 333	-

ANNEXE G

INCORPORATION

AVANTAGES ÉCONOMIQUES
Taux d'imposition maximal 2003

	Salaire et intérêts	Gain en capital	Dividende
	%	%	%
Individu	48,22	24,11	32,81

Société (fédéral et Québec)

	REEA	Congé Québec REEA[2]	PLACEMENT
	%	%	%
Revenu < 200 000 $[1]	22,16	15,38	52,3
Entre 200 000 $[1] et 300 000 $	31,16	31,16	52,3
Excédent de 300 000 $	33,16	33,16	52,3

(1) Ce chiffre s'accroîtra jusqu'à 300 000 $ en 2006.

(2) SPA admissible au congé fiscal du Québec après le 12 juin 2003.

ANNEXE H

INCORPORATION

AVANTAGES ÉCONOMIQUES (SUITE)

Société et individu

	REEA	Congé Québec[2] REEA	PLACEMENT
	%	%	%
Revenu ≤ 200 000 $[1]	47,7	43,15	51,93
Entre 200 000 $[1] et 300 000 $	53,75	53,75	51,93
Excédent de 300 000 $	55,09	55,09	51,93

(1) Ce chiffre s'accroîtra jusqu'à 300 000 $ en 2006.

(2) SPA admissible au congé fiscal du Québec après le 12 juin 2003.

ANNEXE I

INCORPORATION

AVANTAGES ÉCONOMIQUES (SUITE)
Niveau de revenu inférieur au taux maximum

	$	$	$	$
Revenu imposable	25 000	50 000	75 000	100 000
Revenu professionnel supplémentaire	25 000	25 000	25 000	25 000
Économie ou (coût)	(448)	569	209	110
		0,28 %	0,84 %	0,44 %
Report d'impôt	(415)	3 278	5 057	5 887
		13,11 %	20,23 %	23,55 %

Remarque : Coût de la structure supérieur à l'avantage de l'incorporation.

POT-POURRI FISCAL EN MATIÈRE DE RÉORGANISATIONS D'ENTREPRISE – PIÈGES À ÉVITER ET NOUVEAUTÉS

Camil Vachon
CA
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 30:3

1. L'APPLICATION DE L'ALINÉA 18(1)b) L.I.R. AUX PAIEMENTS EFFECTUÉS EN VERTU D'UN RÉGIME D'OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS 30:3

2. LES NOUVELLES RÈGLES D'APPLICATION DE L'ALINÉA 20(1)c) L.I.R. 30:4

2.1. CONCLUSION 30:13

3. L'APPLICATION DU CHOIX EN VERTU DE L'ARTICLE 22 L.I.R. 30:13

4. LES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES : L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 40(3.4) L.I.R. 30:14

5. LES PLANIFICATIONS ET CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 55 L.I.R. 30:16

5.1. SITUATION 1 : SÉPARATION D'ACTIFS 30:16
5.2. SITUATION 2 : EXTRACTION DU REVENU GAGNÉ ET AUGMENTATION DU COÛT INDIQUÉ 30:18
5.3. SITUATIONS 3 ET 4 : RACHAT D'ACTIONS DE GEL 30:20
5.4. SITUATION 5 : LIEN AVEC UNE FIDUCIE 30:22
5.5. SITUATIONS 6 ET 7 : PROTECTION D'ACTIFS 30:24
5.6. MODIFICATIONS TECHNIQUES 30:27
5.7. LES MODIFICATIONS APPORTÉES AU PARAGRAPHE 55(1) ET À L'ALINÉA 55(3.1)b) L.I.R. 30:27
5.8. LE NOUVEAU PARAGRAPHE 55(3.5) L.I.R. 30:28
5.9. LE NOUVEAU PARAGRAPHE 55(6) L.I.R. 30:28
5.10. JURISPRUDENCE 30:29
5.11. CONCLUSION 30:31

6. LES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 67 L.I.R. 30:31

7. L'APPLICATION DE L'ALINÉA 69(1)c) L.I.R. LORS D'UN TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ 30:32

8. LES NOUVELLES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 84 L.I.R. 30:33

9. LA PLANIFICATION FISCALE DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R. 30:34

10. LES NOUVELLES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 85 L.I.R. 30:38

10.1. MODIFICATION À LA POSITION ADMINISTRATIVE 30:38
10.2. CONSIDÉRATIONS POUR LE QUÉBEC 30:39
10.3. CLAUSE DE RAJUSTEMENT DE PRIX 30:42
10.4. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES DE DÉCEMBRE 2002 ..... 30:43
10.5. CONCLUSION 30:45

11. LES NOUVELLES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 88 L.I.R. 30:46

11.1. LA MODIFICATION À L'ALINÉA 88(1)c.1) L.I.R. 30:46
11.2. LA MODIFICATION AUX SOUS-ALINÉAS 88(1)c.3)(vi) ET (vii) L.I.R. 30:47
11.3. LA MODIFICATION AU SOUS-ALINÉA 88(1)c.4)(i) L.I.R. 30:49
11.4. POSITION ADMINISTRATIVE 30:49

12. LES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 116 L.I.R. 30:51

13. LA RGAÉ 30:52

CONCLUSION 30:53

INTRODUCTION*

Les réorganisations d'entreprise peuvent entraîner de nombreuses conséquences fiscales par l'application de plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]. Ce texte se veut un survol de divers changements législatifs, de la jurisprudence et de certaines interprétations techniques récentes ayant une incidence en matière de réorganisations d'entreprise.

1. L'APPLICATION DE L'ALINÉA 18(1)b) L.I.R. AUX PAIEMENTS EFFECTUÉS EN VERTU D'UN RÉGIME D'OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

Sous réserve de l'alinéa 18(1)a) et de l'article 67 L.I.R., lorsqu'un régime d'options d'achat d'actions permet aux employés de recevoir la valeur des actions en argent plutôt qu'en actions, l'employeur bénéficie d'une déduction correspondant au versement fait à un employé qui choisit de recevoir un paiement en espèces lors de l'exercice. La politique de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») à ce sujet est de ne pas assujettir ce versement en espèces à l'application de l'alinéa 7(3)b) L.I.R. afin d'accorder une déduction qui serait autrement refusée à l'employeur. Cette déduction n'est généralement pas compromise lorsqu'un régime d'options d'achat d'actions est modifié afin de permettre que les employés aient le choix de recevoir la valeur des actions en argent plutôt qu'en actions[2].

Toutefois, lorsqu'une telle modification du régime d'options d'achat d'actions survient dans le cadre d'une réorganisation corporative, la déductibilité d'un paiement en espèces peut être compromise. Dans une récente interprétation technique[3], l'ADRC a énoncé que cette dépense était de nature capital, donc non déductible en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

---

* L'auteur tient à remercier Mme Julie Bellemare pour sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

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

2 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, « Avantages conférés aux employés – Options d'achat d'actions », 7 août 1996, par. 11.

3 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0098827, 11 décembre 2001.

La situation pour laquelle l'ADRC s'est prononcée visait une modification au régime d'options d'achat d'actions dans le cadre d'une offre d'achat d'actions. Essentiellement, une société, dont la filiale possédait un régime d'options d'achat d'actions, offrait d'acheter les actions en circulation de sa filiale, y compris les actions pouvant devenir en circulation à la suite de la levée d'options d'achat d'actions, dans le but de privatiser la filiale. La modification au régime, conditionnelle à l'acquisition des actions par la société, permettait aux employés d'accélérer le droit d'exercice et de choisir un paiement en espèces. De l'avis des autorités fiscales, un tel versement représentait une dépense reliée à la réorganisation de la structure de l'entreprise, donc il s'agit d'une dépense en capital pour laquelle aucune déduction n'est accordée.

L'ADRC a maintenu sa position lorsque le contribuable a présenté une nouvelle demande d'interprétation technique[4], désirant obtenir une révision de la position administrative initiale en invoquant notamment qu'aucun document administratif ne fait mention de la possibilité d'appliquer l'alinéa 18(1)b) L.I.R. advenant un paiement dans le cadre de la terminaison d'un régime d'options d'achat d'actions. Le ministère a d'abord analysé les principes retenus par la jurisprudence à l'effet que pour déterminer si une dépense est de nature capital, il faut considérer toutes les circonstances entourant le paiement avant de conclure que seule l'acquisition des actions avait donné lieu à une modification du régime d'options d'achat d'actions et que cette dépense, liée à la réorganisation de l'entreprise, représentait une dépense de nature capital non déductible. L'ADRC a aussi rappelé sa position[5] selon laquelle, lorsqu'un employé choisit de recevoir un paiement en espèces, les dispositions de l'alinéa 7(3)b) L.I.R. sont applicables seulement lorsqu'il n'y a aucune action vendue ou émise en vertu du régime.

2. LES NOUVELLES RÈGLES D'APPLICATION DE L'ALINÉA 20(1)c) L.I.R.

La déductibilité des intérêts constitue un enjeu majeur dans le cadre d'un bon nombre de planifications fiscales et de réorganisations corporatives. Au cours des dernières années, le traitement fiscal accordé aux intérêts a fait l'objet de plusieurs litiges et la politique des autorités fiscales à ce sujet reste à préciser.

---

4 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0122157, 17 avril 2002.

5 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu - Nouvelles techniques*, n° 7, 21 février 1996.

La notion de déductibilité des intérêts, aux termes de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., semble maintenant s'appliquer de manière plus large selon les décisions des tribunaux des dernières années de même que les changements apportés aux politiques administratives de l'ADRC en octobre 2002. Selon cette révision des politiques administratives concernant la déductibilité des intérêts, l'interprétation proposée, telle qu'elle est énoncée par l'ADRC, se présente ainsi :

> « Les principales questions relativement à la déductibilité des intérêts concernent la détermination de l'utilisation directe (et l'utilisation courante, si différente) de l'argent emprunté et l'identification d'une fin productrice de revenu associée à cet usage. Au-delà de ce niveau d'analyse, nous acceptons la déductibilité des intérêts dans d'autres situations en vertu du principe de "circonstances exceptionnelles". »

En ce qui concerne la jurisprudence, il faut d'abord mentionner la décision favorable rendue en 1999 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell Canada Ltd.* c. *Canada*[6] quant à la déductibilité des intérêts à taux élevé payés sur un prêt « en devise faible » qui était couvert en dollars américains. En réaction à cette décision, les autorités fiscales ont toutefois modifié la législation et ajouté l'article 20.3 L.I.R. qui limite désormais[7] la déduction des intérêts courus sur un prêt en devise faible.

La Cour suprême du Canada s'est aussi prononcée, dans l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée* c. *Canada*[8], sur la déductibilité des intérêts payés sur un emprunt d'une somme d'argent utilisée pour acquérir des actions dans les cas où les actions acquises sont susceptibles de générer des dividendes, même peu élevés. Le ministre du Revenu national avait estimé que la somme empruntée n'avait pas été utilisée « en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien » mais plutôt afin de reporter l'impôt et de transformer des revenus en gains en capital. La Cour canadienne de l'impôt avait confirmé les nouvelles cotisations et refusé la déduction, tout comme la section de première instance de la Cour fédérale et la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale.

Toutefois, la Cour suprême du Canada a statué qu'en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, une

---

6 [1999] 3 R.C.S. 222 (ci-après « *Shell* »).

7 Ajouté par le Budget 2000, s'applique aux années d'imposition se terminant après le 27 février 2000.

8 [2001] 2 R.C.S. 1082 (ci-après « *Ludco* »).

fin accessoire poursuivie par le contribuable en effectuant l'investissement peut néanmoins constituer une fin véritable, tout aussi susceptible de satisfaire la condition de déductibilité de l'intérêt fondée sur la fin requise. Ce qui importe est non le but de l'emprunt, mais plutôt la fin visée par le contribuable lorsqu'il utilise l'argent emprunté. Il suffit que le but poursuivi consiste à tirer un « revenu » qui, pour l'application du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., s'entend non pas du revenu net mais du revenu assujetti à l'impôt.

Dans l'arrêt *Singleton* c. *Canada*[9], un avocat a utilisé son capital investi dans le cabinet d'avocats dont il faisait partie pour acheter une maison et a refinancé sa participation dans le cabinet au moyen d'un emprunt. La Cour suprême du Canada a statué que les intérêts sur le nouveau prêt étaient déductibles puisque le contribuable a effectué une opération juridique à laquelle il faut donner effet. Selon la Cour, le fait que l'intimé ait utilisé l'argent qu'il a retiré du cabinet pour acheter une maison, que les opérations se soient produites le même jour et qu'il ait structuré l'opération à des fins fiscales n'est pas pertinent.

D'autres décisions sont aussi venues influencer la notion de déductibilité des intérêts au cours des dernières années. Dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Canada* c. *Canadian Helicopters Ltd.*[10], la Cour d'appel fédérale a conclu à la déductibilité des intérêts payés sur de l'argent emprunté par le contribuable, qui était ensuite prêté par ce dernier à la société mère de sa société mère afin qu'elle puisse procéder à une acquisition. La Cour a rendu un jugement favorable en partie au motif que l'acquisition était profitable à l'entreprise du contribuable.

Dans l'arrêt *Penn Ventilator Canada Ltd.* c. *La Reine*[11], la Cour canadienne de l'impôt a conclu à la déductibilité des intérêts qu'une société avait payés sur un billet promissoire émis en contrepartie du rachat de ses actions visant à mettre fin à un désaccord entre les actionnaires. Dans cette affaire, la Cour a jugé que la dépense était importante, non récurrente, inhabituelle et effectuée dans le but d'obtenir un avantage durable pour la société, donc de nature capital. Le billet émis lors du rachat des actions a remplacé le capital versé (ci-après « CV ») et les bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») qui étaient utilisés dans l'entreprise. Ainsi, l'acquisition

---

9 [2001] 2 R.C.S. 1046.

10 [2002] C.A.F. 30.

11 [2002] 2 C.T.C. 2636 (C.C.I.).

de bien effectuée visait à tirer un revenu d'entreprise et l'intérêt était donc déductible aux termes du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R.

Dans l'affaire *Novopharm Ltd*. c. *Canada*[12], le tribunal de première instance avait rendu une décision refusant la déduction des intérêts au motif que les prêts avaient été contractés dans le but d'éviter le paiement de l'impôt et non de tirer un revenu. La Cour d'appel fédérale a par la suite statué qu'il convenait d'examiner chaque opération séparément et a conclu que les prêts avaient été contractés en vue de gagner un revenu, donc que les intérêts étaient déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., mais a quand même rejeté l'appel du contribuable sur la base de l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »). Novopharm a déposé une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en mai 2003, qui a été refusée le 28 août 2003.

Des précisions quant à la politique administrative des autorités fiscales canadiennes ont été apportées au cours des dernières années par la publication d'interprétations techniques et de décisions en matière d'impôt sur le revenu.

Notamment, l'ADRC s'est prononcée dans le cadre d'une interprétation technique[13] sur l'impact que pouvait avoir la politique de versement des dividendes sur la déductibilité des intérêts lorsqu'un emprunt est contracté afin d'acquérir des actions ordinaires. La situation visée était celle d'une société n'ayant jusqu'à maintenant versé aucun dividende sur ses actions ordinaires, mais qui n'avait aucune restriction quant aux caractéristiques de ces actions pouvant faire en sorte d'empêcher ou de limiter le paiement de dividendes et dont le conseil d'administration pouvait décider, en tout temps, de verser un dividende sur ces actions selon une revue périodique à la lumière de la situation financière de la société et de ses besoins, compte tenu de ses projets d'investissements ou autres.

Cette interprétation vient en quelque sorte régler la confusion soulevée par la position préalable de l'ADRC émise lors de la conférence annuelle de 2002 de l'Association canadienne d'études fiscales relativement aux emprunts effectués pour acquérir des actions ordinaires :

---

12 [2003] C.A.F. 112.

13 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0014507, 15 mai 2003.

> « [Notre traduction] Normalement, nous considérons que les frais d'intérêts sur de l'argent emprunté pour acquérir des actions ordinaires sont déductibles. Cette position est basée sur le fait qu'au moment où les actions sont acquises, l'actionnaire a une expectative raisonnable de recevoir des dividendes. Toutefois, dans certaines situations, il est possible que l'expectative de revenu ne soit pas présente.
>
> Lorsque les documents officiels d'une société indiquent que l'on ne prévoit pas verser de dividendes et que les actionnaires doivent vendre leurs actions pour réaliser le gain afférent aux actions, le test d'intention ne sera probablement pas rencontré. Quand une société n'a pas de politique de dividende officielle, ou qu'elle a comme politique de verser des dividendes lorsque les opérations le permettent, le test d'intention sera vraisemblablement respecté. Cependant, chaque situation doit être examinée en fonction des faits particuliers.
>
> Afin de conclure qu'il n'y a pas d'expectative de recevoir de dividende, les faits et les documents officiels doivent indiquer clairement que la politique permanente de la société est de ne pas verser de dividendes sur les actions en question[14]. »

Cette position fut réitérée par l'ADRC dans un extrait des commentaires publiés en octobre 2002 visant les « emprunts pour acquérir des actions ordinaires ».

Dans le cadre d'une autre interprétation technique[15], l'ADRC a aussi rappelé que ce principe était applicable aux cas d'emprunt visant l'acquisition d'investissements dont le rendement est inférieur au taux d'intérêt sur l'emprunt. L'ADRC a souligné que, généralement, l'intérêt sur l'argent emprunté serait déductible si l'argent emprunté était investi dans un investissement générateur de revenu, comme un dépôt à terme ou un compte d'épargne, dans la mesure où, compte tenu de toutes les circonstances, le contribuable avait, au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un revenu et qu'il n'y avait aucun trompe-l'œil, artifice ou autres circonstances viciant l'opération.

D'autres situations ont aussi été abordées par l'ADRC, telle la déductibilité des intérêts sur un emprunt visant à payer un dividende. Dans le

---

[14] Sandra JACK, Paul LYNCH, Brent PERRY et Roy SHULTIS, « Interest deductibility: where from, where to, where now? », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 11:1-18, aux pages 11:6-7.

[15] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0018115, 26 mai 2003.

cadre d'interprétations techniques[16] récentes, les autorités fiscales ont eu à se prononcer sur de telles situations et ont rappelé le principe énoncé par la Cour suprême du Canada voulant que l'utilisation directe des fonds empruntés soit le test principal visant à déterminer la déductibilité des intérêts et que l'utilisation indirecte ne soit pas acceptable, sauf dans les cas de circonstances exceptionnelles. L'ADRC a aussi réitéré les commentaires préalablement énoncés dans sa publication d'octobre 2002 quant à la limite de la déductibilité des intérêts courus sur un prêt obtenu afin de verser des dividendes. Ces commentaires sont les suivants :

> « Emprunt pour verser des dividendes
>
> Bien que l'argent emprunté soit une utilisation directe inadmissible, une déduction d'intérêts peut être accordée dans des circonstances exceptionnelles, conformément au principe que l'emprunt comble le vide tel qu'expliqué ci-dessous. Nous acceptons, en général, ce concept de circonstances exceptionnelles et acceptons, en général, les bénéfices accumulés (tels que calculés selon J ci-dessus) comme base de mesure du vide qui doit être comblé par l'emprunt d'argent pour verser un dividende. »

Le calcul auquel réfère l'ADRC reflète le capital incluant à la fois le capital contribué et les bénéfices accumulés d'une société ou d'une société de personnes. Selon le paragraphe J des commentaires de l'ADRC publiés en octobre 2002, « généralement, les bénéfices accumulés signifient les BNR comptabilisés sur une base non consolidée en tenant compte des placements enregistrés au coût. Toutefois, les profits ou les gains découlant de la disposition de biens à des personnes avec qui le contribuable ne transige pas à distance seront généralement exclus ».

Dans le cadre de la *Conference for Advance Life Underwriting* (ci-après « CALU ») présentée en 2003, une question a été soulevée concernant le caractère « raisonnable » des intérêts aux termes de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Cette disposition stipule que la déduction est limitée au moins élevé de l'intérêt payé ou payable « et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts ». À la lumière des divers arrangements de prêt possibles, l'ADRC devait se prononcer sur les facteurs considérés afin de déterminer si l'intérêt payable, conformément à une convention de prêt, excède « une somme raisonnable à cet égard ».

---

[16] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2003-0010087, 2 avril 2003 et 2002-0176945, 25 mars 2003.

La réponse de l'ADRC[17] s'est appuyée sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell* : « Lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable[18] ». Afin de déterminer si un taux d'intérêt est raisonnable ou non, l'ADRC considérera les taux dominants comparables du marché pour un risque comparable selon le marché avec des termes semblables et l'existence de n'importe quelles primes émises.

La situation d'acquisition par emprunt (*leverage buyout*) a aussi fait l'objet de commentaires de la part des autorités fiscales en octobre 2002 sur la base d'un scénario d'acquisition par emprunt, où l'argent emprunté par une société est initialement utilisé pour acquérir les actions ordinaires de la société cible et les intérêts sont généralement déductibles. Après l'acquisition des actions de la société cible, la société possédant ces actions fusionne avec la société cible ou, dans d'autres cas, la société possédant les actions liquide la société cible. Pour déterminer l'utilisation courante de l'argent emprunté, l'ADRC est d'avis que l'approche adoptée par les tribunaux pour établir le lien peut permettre d'établir un lien entre les actions qui ont été acquises initialement et les actifs de la société cible qui sont maintenant la propriété de la société qui était initialement l'emprunteur.

Cette position a récemment été confirmée par une nouvelle interprétation technique[19] qui présentait un scénario impliquant une situation d'acquisition par emprunt.

En ce qui concerne la situation de mise à part de l'argent (*cash damming*), une récente décision anticipée[20] rendue par les autorités fiscales a conclu à la déductibilité des intérêts ainsi payés. Les transactions visées prévoyaient l'utilisation de la technique de la mise à part de l'argent afin de financer entièrement les opérations commerciales du contribuable avec de l'argent emprunté, au moyen d'une marge de crédit et l'utilisation par le contribuable des recettes d'entreprise à des fins personnelles. L'ADRC a conclu que les intérêts payés dans une année d'imposition ou payables pour

---

17 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0004245, 23 mai 2003, question 7.

18 Précité, note 6, par. 34.

19 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0017015, 27 juin 2003.

20 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0180523, 7 mai 2003.

cette année par un contribuable (suivant la méthode habituellement utilisée dans le calcul de son revenu) en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur la marge de crédit, en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., seront déductibles dans la mesure où ils sont raisonnables dans les circonstances et qu'ils sont utilisés pour tirer un revenu d'entreprise.

À ce sujet, l'ADRC a aussi émis un commentaire dans la publication d'octobre 2002 selon lequel la technique de mise à part de l'argent est conforme au libellé de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. ainsi qu'avec les décisions des tribunaux puisqu'elle sert à s'assurer que l'argent emprunté est utilisé spécifiquement et assurément pour une utilisation admissible et facilite le processus de retraçage/lien.

Le processus de « retraçage/lien », dont fait mention l'ADRC dans son commentaire a aussi fait l'objet d'une interprétation par les autorités fiscales dans la publication d'octobre 2002. Ainsi, le retraçage serait fondamental pour déterminer l'utilisation de l'argent emprunté aux fins de la déductibilité de l'intérêt en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. De récentes décisions de la Cour suprême du Canada ont été mentionnées, notamment pour illustrer la responsabilité du contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin admissible (*La Reine* c. *Bronfman Trust*[21]) et l'approche flexible du retraçage/lien (*Tennant* c. *La Reine*[22], *Shell*, *Ludco)*. Selon l'approche pratique que l'ADRC entend adopter afin de déterminer l'utilisation de l'argent emprunté et de ses redéploiements, un contribuable satisfera généralement au test du retraçage/lien de l'argent emprunté pour une utilisation admissible s'il peut démontrer que le total des dépenses admissibles, d'un compte de fonds amalgamés (composé d'argent emprunté et d'argent non emprunté), excède le montant de l'argent emprunté déposé dans ce compte.

La position administrative des autorités fiscales à ce sujet a été divulguée dans cet extrait des politiques administratives de l'ADRC publiées en octobre 2002 :

> « [Notre traduction] Emprunt pour acquérir un placement produisant un revenu
>
> Ce point concerne le test d'intention à l'alinéa 20(1)c) relativement à l'acquisition de créances ou d'actions ayant un taux d'intérêt ou de dividende établi. La Cour suprême (*Ludco*) a indiqué que le test d'intention devait être

---

[21] 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.).

[22] [1996] 1 R.C.S. 305 (C.S.C.).

appliqué de la façon suivante : compte tenu de toutes les circonstances, le contribuable avait-il, au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un revenu (en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération).

En outre, nous reconnaissons et acceptons les commentaires de la Cour à l'effet que l'utilisation de l'argent emprunté pour une fin accessoire consistant à tirer un revenu peut rencontrer le test d'intention pour la déductibilité des intérêts (c'est-à-dire, le but principal ou premier de l'utilisation de l'argent emprunté n'a pas nécessairement besoin d'être pour tirer un revenu). Toutefois, la détermination du but de l'utilisation de l'argent emprunté sera une question de fait et les faits dans un cas donné pourraient indiquer que le but de l'utilisation de l'argent emprunté ne permet pas la déduction des intérêts (ex. *722540 Ontario Inc.*, *Novopharm Limited*)[23]. »

De plus, le 18 février 2003, à l'occasion du discours du Budget, le ministère des Finances a publié ses commentaires au sujet de la déductibilité des intérêts dans un communiqué :

« Certaines décisions rendues récemment par les tribunaux ont soulevé des questions sur la façon dont les contribuables doivent tenir compte de leurs dépenses, et plus particulièrement de l'intérêt, dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Soulignons notamment que ces décisions pourraient entraîner des conséquences fiscales inappropriées lorsqu'un contribuable bénéficie d'une perte fiscale en déduisant des frais d'intérêt même si, en vertu de toute norme objective, il n'y a aucun motif raisonnable de s'attendre à ce que le contribuable gagne un revenu (par opposition à un gain en capital), ou lorsque la présence ou la perspective d'un revenu (par opposition à un revenu net des dépenses) suffit à conclure qu'une dépense a été engagée « en vue de gagner un revenu ».

Ni l'un ni l'autre de ces résultats n'est compatible avec une politique fiscale appropriée et n'aurait été prévu en vertu de la législation et de la jurisprudence antérieure. Par conséquent, des modifications de la *Loi de l'impôt sur le revenu* seront envisagées de manière à assurer la continuité de cet aspect important de la loi. Toutefois, avant de mettre la dernière main à des propositions, le ministère des Finances les publiera aux fins de consultation publique avec l'objectif général d'assurer le rétablissement de la continuité des conséquences prévues avant que les tribunaux ne rendent ces récents jugements[24]. »

---

23 S. JACK, P. LYNCH, B. PERRY, R. SHULTIS, *loc. cit.*, note 14, 11:5.

24 CANADA, ministère des Finances, *Mesures fiscales : renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens*, 18 février 2003.

Pour sa part, le ministère du Revenu a publié en août 2003 un nouveau bulletin d'interprétation[25] sous une version projet à des fins de consultation. Outre les conséquences fiscales en matière de déductibilité des intérêts, ce bulletin porte sur l'interprétation des diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière de déductibilité des intérêts et de plusieurs décisions des tribunaux visant cette question et d'autres questions connexes. De plus, la version projet du bulletin mentionne que les positions exprimées antérieurement pourraient ne plus être fiables en tant que position actuelle de l'ADRC.

2.1. CONCLUSION

La notion d'intérêt n'étant pas définie par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce terme continue de faire l'objet de multiples interprétations par les autorités fiscales et les tribunaux. Et même si les décisions récentes ont élargi le concept d'intérêt et que la position de l'ADRC, telle qu'elle est rapportée dans son nouveau bulletin d'interprétation, démontre une grande ouverture quant à la déductibilité des intérêts applicable à plusieurs situations, il faut s'assurer, dans toute réorganisation, de se conformer aux règles établies par la jurisprudence et de respecter la position administrative.

3. L'APPLICATION DU CHOIX EN VERTU DE L'ARTICLE 22 L.I.R.

L'article 22 L.I.R. prévoit un choix sur les comptes clients, qui permet un transfert des attributs normaux des comptes clients à l'acheteur et une déduction complète de la perte par le vendeur. Une des exigences pour l'application de cette disposition est que le vendeur dispose de la totalité ou presque des biens utilisés dans l'entreprise.

Dans le cadre d'une récente table ronde[26], l'ADRC s'est prononcée sur l'application de l'article 22 L.I.R. dans une situation de remaniement ou restructuration d'une société qui se départit d'une division géographique, d'une division fonctionnelle ou d'une entreprise qui pourrait être une entreprise distincte.

L'article 22 L.I.R. s'applique lorsqu'un contribuable vend la totalité ou presque des actifs d'une entreprise qu'il exploitait au Canada à un acheteur

---

25 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-53X – Version finale pour consultation.

26 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 57:1-70, question 27, aux pages 57:48-49.

qui se propose d'en continuer l'exploitation et que le vendeur et l'acheteur en ont fait le choix. Donc, lorsque 90 % des actifs de l'entreprise exploitée au Canada sont vendus, la totalité ou presque des actifs de cette entreprise sera considérée comme ayant été vendue. Lorsqu'un contribuable a plus d'une entreprise et qu'il vend la totalité ou presque des biens utilisés dans l'exploitation de l'une d'elles, l'article 22 L.I.R. peut s'appliquer à la vente. La question de savoir si un contribuable possède une ou plusieurs entreprises est une question de fait qui ne peut être résolue qu'après une analyse détaillée des faits entourant une situation donnée.

Puis, dans sa réponse, l'ADRC a précisé qu'il s'agit de déterminer si la division vendue est une entreprise distincte du contribuable au moment de la disposition. À ce sujet, l'ADRC réfère au *Bulletin d'interprétation* IT-206R[27] qui indique de quelle façon déterminer si un contribuable possède plus d'une entreprise. Ainsi, si la division vendue n'est pas effectivement une entreprise distincte du contribuable au moment de la disposition, le choix de l'article 22 L.I.R. ne pourra pas s'appliquer à cette transaction à moins que les actifs de cette division représentent la totalité ou presque des actifs utilisés dans toutes les divisions de l'entreprise exploitée par le contribuable.

De plus, il est intéressant de noter que l'ADRC ne s'est pas prononcée sur la question d'une éventuelle modification à la *Loi de l'impôt sur le revenu* par le ministère des Finances afin de rendre l'article 22 L.I.R. accessible à un plus grand nombre de restructurations.

4. LES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES : L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 40(3.4) L.I.R.

De façon générale, le paragraphe 40(3.4) L.I.R. est une mesure spécifique antiévitement visant à empêcher un contribuable (société, fiducie ou société de personnes) de reconnaître une perte en capital latente sur une immobilisation non amortissable tant et aussi longtemps que le bien est détenu par ce contribuable ou une personne affiliée à celui-ci.

Plus précisément, un contribuable ne peut réaliser une perte en capital à la disposition d'une immobilisation (sauf un bien amortissable) en vertu des paragraphes 40(3.3) et (3.4) L.I.R. lorsque les conditions suivantes sont remplies :

---

[27] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-206R, « Entreprises distinctes », 29 octobre 1979.

a) au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et se termine 30 jours après cette disposition, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci acquiert le même bien ou un bien identique (appelés « bien de remplacement »); et

b) à la fin de cette période, le contribuable ou une personne affiliée à celui-ci est propriétaire du bien de remplacement.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient pas de définition des termes « bien identique » mais prévoit au paragraphe 40(3.5) L.I.R. une présomption selon laquelle certains biens sont identiques.

L'ADRC a récemment émis une interprétation technique[28] concernant l'application de ces règles dans un contexte de réorganisation d'entreprise. À la base, la question était de déterminer si la présomption de propriété prévue à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. trouve application seulement lorsque les paragraphes 40(3.3) et (3.4) L.I.R. ont déjà trouvé application ou si cette présomption sert à déterminer si ces paragraphes trouvent application.

L'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. prévoit que

> « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition par un cédant d'une action du capital-actions d'une société et que, après cette disposition, la société est fusionnée avec une ou plusieurs autres sociétés en dehors du cadre d'une opération relativement à laquelle l'alinéa b) s'applique à l'action ou fait l'objet d'une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1) L.I.R., la société issue de la fusion ou la société mère, au sens de ce paragraphe, est réputée être propriétaire de l'action tant qu'elle est affiliée au cédant ».

La position du contribuable s'appuyait sur une analyse fiscale publiée dans *Corporate Structures and Groups*[29] selon laquelle l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. ne s'applique pas lorsque les conditions des paragraphes 40(3.3) et (3.4) L.I.R. ne sont pas satisfaites. De surcroît, la disposition du placement en faveur de sa filiale devait être exemptée de l'application des règles sur la minimisation des pertes, puisqu'il y avait eu fusion à l'intérieur d'un délai de 30 jours.

---

[28] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0182977, 14 mars 2003.

[29] Marc N. THON-THAT et Rick McLEAN, « Navigating the Stop-Loss Rules », (2000), vol. VI, n° 3 *Corporate Structures and Groups* 324-328.

Les autorités fiscales ont analysé les dispositions des paragraphes 40(3.3), (3.4) et (3.5) L.I.R. avant de conclure qu'elles s'appliquent de façon à réputer nulle la perte en capital subie lors de la disposition du placement en faveur de la filiale et que si le législateur avait voulu exclure de l'application du paragraphe 40(3.4) L.I.R. les fusions survenant avant la fin de la période de 30 jours, il l'aurait clairement indiqué. Cette position est basée sur une interprétation qui, selon l'ADRC, tient compte du sens ordinaire des mots dans leur contexte et en accord avec l'objet et l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, il est intéressant de noter que la signification du mot « s'applique », présent à deux reprises dans une même phrase, a fait l'objet de deux interprétations différentes de la part des autorités fiscales.

5. LES PLANIFICATIONS ET CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 55 L.I.R.

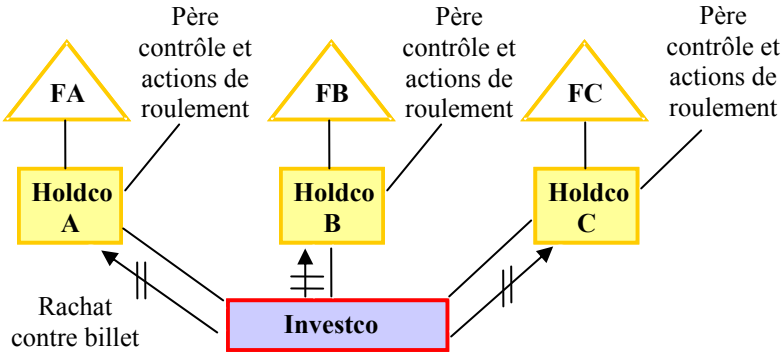
L'objet de la règle antiévitement contenue aux paragraphes 55(2) à 55(5) L.I.R. est d'empêcher certains arrangements visant à convertir le gain en capital réalisé à la disposition d'actions en un dividende libre d'impôt. L'ADRC s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'application de ces dispositions complexes. À titre d'exemple, nous avons sélectionné quelques interprétations techniques récentes.

5.1. SITUATION 1 : SÉPARATION D'ACTIFS

L'ADRC a dû se pencher sur l'application de nombreuses considérations fiscales dans un contexte de séparation d'actifs lors d'une demande d'interprétation technique[30] concernant Investco, une « société canadienne imposable » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu,* qui effectue principalement des investissements auprès de sociétés publiques. Avant la réorganisation proposée, le capital-actions émis et en circulation d'Investco est composé d'actions ordinaires (catégorie A) détenues par une fiducie au profit des enfants, de même que d'actions de contrôle (catégorie B), d'actions de financement (catégorie C) et d'actions de gel (catégorie D) détenues par le père. Le but de la réorganisation est de séparer les actifs d'Investco entre trois sociétés de gestion (ci-après « holdings ») détenues au bénéfice des enfants et de permettre une gestion distincte des investissements. En plus de la constitution des trois holdings, la planification fiscale prévoit la création de trois fiducies discrétionnaires dont les fiduciaires sont le père et les enfants. Ces trois fiducies feront l'acquisition à

[30] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0083623, 3 septembre 2002.

parts égales des actions ordinaires (catégorie A) d'Investco pour leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »). Par la suite, Investco rachètera ses actions de financement (catégorie C), puis le père fera le choix prévu à l'article 85 L.I.R. afin d'effectuer le transfert, par voie de roulement, de la totalité des actions de contrôle (catégorie B) d'Investco aux trois holdings (un tiers chacun) en contrepartie d'actions de contrôle des trois holdings. Le père transférera aussi par voie de roulement la totalité des actions de gel (catégorie D) d'Investco aux trois holdings (un tiers chacun) en contrepartie d'actions de roulement.



(liquidation 88(2) L.I.R. distribution des billets)

Ensuite il y aura un transfert, par les trois fiducies, des actions ordinaires d'Investco aux trois holdings respectifs en contrepartie d'actions ordinaires. De plus, Investco transférera par voie de roulement la totalité de ses actifs aux trois holdings (un tiers chacun) en contrepartie d'actions de roulement qui seront ensuite rachetées par les trois holdings en contrepartie d'un billet. Finalement, Investco sera liquidée conformément aux dispositions du paragraphe 88(2) L.I.R. et chacun des trois holdings récupérera le billet préalablement émis qui sera alors annulé.

Cette série de transactions a amené l'ADRC à se prononcer sur l'application possible de multiples dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dont notamment les suivantes :

- Lors du rachat des actions de roulement par les trois holdings, par l'application des alinéas 84(3)a) et b) L.I.R., chacun des holdings sera réputé avoir payé, et Investco sera réputée avoir reçu un dividende imposable égal à l'excédent de la somme payée lors du rachat sur le CV relatif à ces actions.

- De plus, en vertu de l'alinéa 88(2)b) L.I.R., chacun des holdings sera réputé avoir reçu un dividende lors de la liquidation.

- En raison des règles prévues aux paragraphes 186(2) et (4) L.I.R., chacune des sociétés de gestion sera rattachée à Investco. En conséquence, l'impôt de la Partie IV ne s'appliquera pas.

- Aux fins de la Partie VI.1, par l'application de l'alinéa 191(2)a) L.I.R., chacun des holdings détiendra une participation importante dans Investco et cette dernière détiendra une participation importante dans chacun des holdings. Ainsi, l'impôt de la Partie VI.1 ne s'appliquera pas.

- Selon l'ADRC, la réorganisation fiscale n'entraînera pas non plus l'application des paragraphes 55(3) et (4), 80(1), 15(1), 56(2), 245(2) et 246(1) L.I.R.

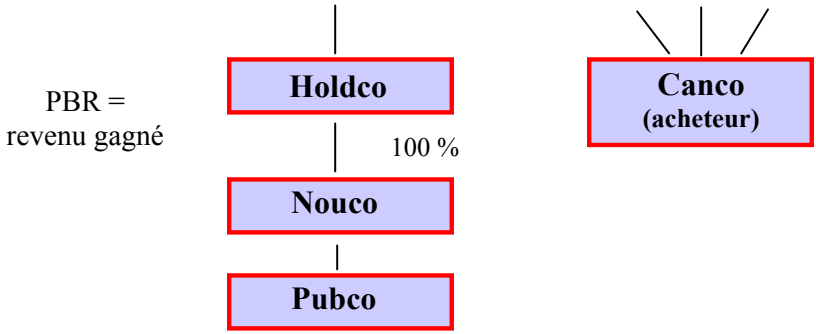
Cet exemple illustre bien les nombreuses conséquences fiscales qu'il faut considérer lors de la planification d'une réorganisation d'entreprise.

5.2. SITUATION 2 : EXTRACTION DU REVENU GAGNÉ ET AUGMENTATION DU COÛT INDIQUÉ

Lors d'une demande d'interprétation technique[31], l'ADRC s'est prononcée sur les considérations fiscales auxquelles il faut penser lors d'une transaction visant l'extraction du revenu gagné (*safe income*). Dans les faits, avant la réorganisation, la « société canadienne imposable » Holdco détient des actions de Pubco, une société publique. La première transaction consiste à incorporer une nouvelle société (ci-après « Nouco ») et à transférer par voie de roulement fiscal la totalité des actions de Pubco détenues par Holdco en contrepartie d'actions ordinaires de Nouco. Le but de cette réorganisation est de permettre l'extraction du revenu gagné des actions de la société publique, ce qui s'avère impossible dans la situation initiale puisque Holdco ne peut imposer à Pubco de verser un dividende. À cet effet, il est prévu que Nouco versera une série de dividendes en actions privilégiées correspondant au revenu gagné. Il y aura ensuite vente par Holdco des actions de Nouco à une société non liée (Canco) en contrepartie d'une compensation monétaire, avant la liquidation de la filiale Nouco dans la nouvelle société mère Canco. Le choix prévu à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. sera par la suite effectué par Canco afin de majorer le coût indiqué des actions de la société Pubco.

---

[31] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0177993, 12 mars 2003.



L'analyse des principales considérations fiscales de la réorganisation décrite ci-dessus a amené l'ADRC à présenter les commentaires suivants :

- Le revenu gagné attribuable aux actions de Pubco s'ajoutera au revenu gagné des actions ordinaires de Nouco.

- Holdco pourra déduire la valeur du CV des dividendes en actions reçus de Nouco dans le cadre de la série de dividendes, et ce, en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Ces dividendes ne seront pas assujettis aux règles de la Partie IV et seront considérés à titre de « dividendes exclus » au sens du paragraphe 191(1) et de l'article 187.1 L.I.R.

- Les dispositions du paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliqueront pas à la réorganisation dans la mesure où le montant total des dividendes versés n'excède pas la valeur du revenu gagné.

- Les dispositions de l'alinéa 52(3)a) L.I.R. seront applicables aux fins de la détermination du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions reçues dans le cadre du versement des dividendes en actions.

- Les règles du paragraphe 88(1) L.I.R. s'appliqueront à la liquidation de Nouco causant ainsi : i) pour Nouco, une disposition réputée des actions pour un produit de disposition égal au coût indiqué des actions, et ii) pour Canco, une disposition réputée des actions de Nouco pour un produit de disposition égal au plus élevé des montants prévus aux sous-alinéas 88(1)b)(i) et (ii) L.I.R.

- Dans la mesure où aucun bien n'est acquis par Canco ni par une des personnes visées aux subdivisions 88(1)c)(vi)(B)(I), (II) ou (III) L.I.R.,

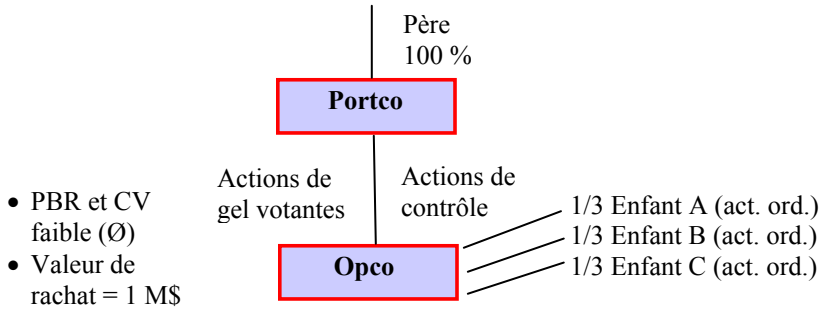
les règles prévues aux alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. s'appliqueront à la liquidation de Nouco.

- Les dispositions de la RGAÉ prévues au paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliqueront pas par suite et en raison de ces transactions, pour déterminer à nouveau les conséquences fiscales confirmées dans la décision rendue.

5.3. SITUATIONS 3 ET 4 : RACHAT D'ACTIONS DE GEL

L'ADRC a émis une interprétation technique[32] dans le cadre de transactions de rachat d'actions de gel. Deux scénarios ont été présentés. La première situation est celle de M. X qui possède la totalité des actions émises et en circulation du capital-actions de Portco, une « société canadienne imposable ». M. X possède le contrôle effectif (*de jure*) de Portco et d'Opco.

Le capital-actions émis et en circulation d'Opco est composé de 120 actions ordinaires et 1 000 actions privilégiées. Les 1 000 actions privilégiées émises et en circulation du capital-actions d'Opco sont possédées par Portco. Les 1 000 actions privilégiées sont votantes et rachetables au gré du détenteur ou d'Opco à leur valeur de rachat. Le CV et le PBR des 1 000 actions privilégiées d'Opco sont chacun de 1 $. La JVM et la valeur de rachat des 1 000 actions privilégiées du capital-actions d'Opco sont de 1 M$.



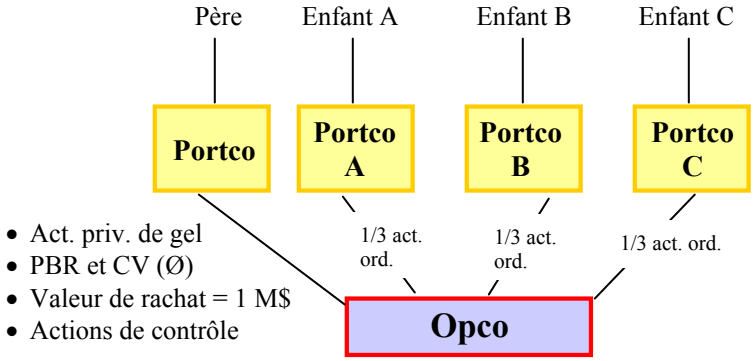
Les 1 000 actions privilégiées émises et en circulation du capital-actions d'Opco ont été émises à Portco dans le cadre d'un gel successoral. Plus particulièrement, la totalité des actions ordinaires émises et en circulation du capital-actions d'Opco, qui étaient possédées par Portco, ont été converties

[32] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0138885, 12 juin 2002.

en 1 000 actions privilégiées du capital-actions d'Opco dans le cadre d'un remaniement du capital-actions d'Opco. Le paragraphe 86(1) L.I.R. s'est appliqué à la conversion des actions. Immédiatement après cette conversion d'actions, Opco a émis 40 actions ordinaires à chacun des trois enfants de M. X.

La planification prévue consiste au rachat par Opco des 1 000 actions privilégiées émises et en circulation de son capital-actions pour un montant de 1 M$ en argent. L'ADRC a soulevé plusieurs considérations fiscales découlant de cette transaction de rachat. D'abord, Opco et Portco sont liées en vertu du sous-alinéa 251(2)c)(i) L.I.R. De plus, les trois enfants de M. X sont liés à Opco et Portco en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(iii) L.I.R. Toutefois, puisque les transactions prévues n'impliquent aucune des opérations décrites aux sous-alinéas 55(3)a)(i) à (v) L.I.R., le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas au dividende présumé pouvant résulter du rachat par Opco des 1 000 actions privilégiées de son capital-actions détenues par Portco, qui ferait partie d'une série d'opérations ou d'événements incluant les opérations décrites dans ce scénario.

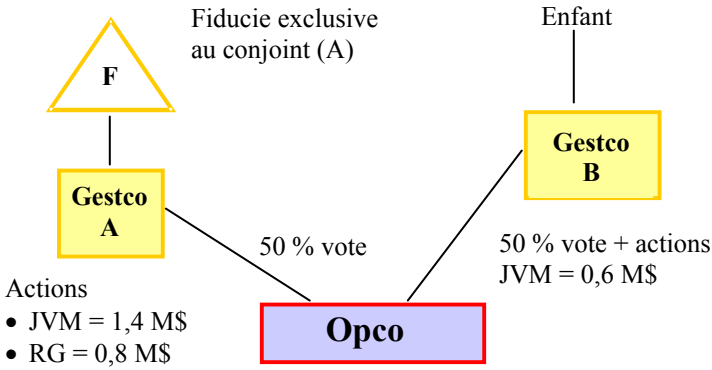
Dans le second scénario, la situation est la même sauf que chaque bloc de 40 actions ordinaires des enfants de M. X est détenu par l'intermédiaire de Portco A, Portco B et Portco C, trois sociétés qui ont été constituées pour effectuer l'acquisition d'actions ordinaires de Portco. De plus, les trois enfants de M. X possèdent le contrôle effectif et la totalité des actions émises et en circulation du capital-actions respectivement de Portco A, Portco B et Portco C. Ces actions ont été émises par Opco aux sociétés des enfants de M. X immédiatement après la conversion d'actions décrite précédemment dans le premier scénario.



Dans ses commentaires, l'ADRC a soulevé les mêmes considérations fiscales et la même conclusion que dans le scénario 1 décrit ci-dessus, en ajoutant que, dans le scénario 2, Portco A, Portco B et Portco C sont liées à Portco et Opco en vertu du sous-alinéa 251(2)c)(ii) L.I.R et que le sous-alinéa 55(5)e)(iv) L.I.R. ne change rien à cet égard. Par conséquent, le paragraphe 55(2) L.I.R. ne serait pas applicable au dividende présumé pouvant résulter du rachat par Opco des 1 000 actions privilégiées de son capital-actions détenues par Portco, qui ferait partie d'une série d'opérations ou d'événements incluant les opérations décrites dans le scénario 2.

5.4. SITUATION 5 : LIEN AVEC UNE FIDUCIE

Dans le cadre d'une autre demande d'interprétation technique[33] concernant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., l'ADRC s'est prononcée sur la situation hypothétique suivante impliquant la notion de lien avec une fiducie.



La totalité des actions émises et en circulation du capital-actions d'Opco est détenue par deux sociétés résidant au Canada, soit Gesco A et Gesco B. De manière plus précise, Gesco A détient des actions du capital-actions d'Opco ayant une JVM de 1,4 M$. Le « revenu protégé en main » attribuable aux actions du capital-actions d'Opco détenues par Gesco A est d'environ 0,8 M$. Gesco B détient, quant à elle, des actions du capital-actions d'Opco ayant une JVM de 0,6 M$. Gesco A et Gesco B détiennent chacune 50 % des

[33] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0125885, 12 mars 2002.

votes dans Opco et elles forment un groupe de personnes qui a le contrôle effectif (*de jure*) d'Opco aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La totalité des actions émises et en circulation du capital-actions de Gesco A est détenue par une fiducie créée par le testament d'un contribuable (ci-après « fiducie ») au profit de son conjoint (ci-après « conjoint »). Aux termes de cette fiducie, le conjoint, sa vie durant, est la seule personne ayant ou pouvant avoir droit à une part du revenu ou du capital de la fiducie. Au décès du conjoint, les biens de la fiducie seront remis aux enfants du conjoint en parts égales entre eux.

La totalité des actions émises et en circulation du capital-actions de Gesco B est détenue par l'un des enfants du conjoint (ci-après « enfant »). L'enfant désire posséder, par l'intermédiaire de Gesco B, la totalité des actions émises et en circulation d'Opco. En conséquence, Opco procéderait au rachat des actions de son capital-actions détenues par Gesco A. Lors du rachat de ces actions, Opco serait réputée avoir versé et Gesco serait réputée avoir reçu un dividende en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. Ce dividende réputé serait d'environ 1,4 M$ et serait un « dividende imposable » à l'égard duquel Gesco A aurait droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Opco contracterait un emprunt d'environ 1 M$ afin d'avoir les liquidités nécessaires au rachat d'actions ci-dessus décrit.

Dans ses commentaires, l'ADRC a soulevé plusieurs considérations fiscales découlant de cette transaction de rachat des actions d'Opco par Gesco A. D'abord, le conjoint et l'enfant seraient des personnes liées puisqu'elles seraient unies par les liens du sang, et ce, en vertu des alinéas 251(2)a) et 251(6)a) L.I.R. Compte tenu de ce qui précède, l'enfant et la fiducie seraient réputés être liés entre eux en vertu du sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. De plus, la fiducie et Gesco A, le bénéficiaire de dividende en l'espèce, seraient réputées liées entre elles en vertu du sous-alinéa 55(5)e)(iii) L.I.R. puisque Gesco A serait une société contrôlée par la fiducie. Aussi, l'enfant et Gesco B seraient des personnes liées en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(i) L.I.R. puisque l'enfant contrôlerait Gesco B. Gesco A, le bénéficiaire du dividende, et Gesco B seraient des personnes liées en vertu du sous-alinéa 251(2)c)(i) L.I.R. puisque, tel qu'il est indiqué ci-dessus, Gesco A serait contrôlée par la fiducie, Gesco B serait contrôlée par l'enfant et la fiducie et l'enfant seraient réputés être liés entre eux. Enfin, Gesco A (le bénéficiaire du dividende) et Gesco B formeraient un « groupe lié » au sens de la définition prévue au paragraphe 251(4) L.I.R. En conséquence, Opco et Gesco A, d'une part, et Opco et Gesco B, d'autre part, seraient des personnes liées en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(ii) L.I.R.

Compte tenu de ce qui précède et dans la mesure où aucun des faits décrits aux sous-alinéas 55(3)a)(i) à (v) L.I.R. ne se produirait dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements, dans le cadre desquels le dividende émanant d'Opco serait réputé reçu par Gesco A, l'ADRC a émis que l'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. devrait faire en sorte que le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas au dividende réputé reçu par Gesco A. Ainsi, les opérations décrites ci-dessus ne devraient généralement pas être considérées comme donnant lieu à une disposition de biens en faveur d'une personne non liée au bénéficiaire du dividende ou encore à une augmentation sensible de participation dans une société d'une personne non liée au bénéficiaire du dividende.

5.5. SITUATIONS 6 ET 7 : PROTECTION D'ACTIFS

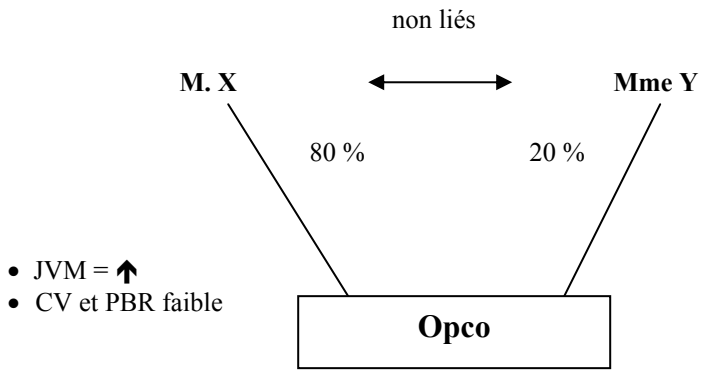
L'ADRC a aussi émis récemment des commentaires quant à l'application des exceptions prévues au paragraphe 55(3) L.I.R. dans le cadre d'une demande d'interprétation technique[34] décrivant divers scénarios de séries d'opérations ou d'événements.

Le premier scénario décrit la situation de la société Opco, une « société canadienne imposable » et une « société privée sous contrôle canadien » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le capital-actions émis et payé d'Opco est composé de seulement 100 actions ordinaires, dont 80 (80 % des actions) sont possédées par M. X et 20 (20 % des actions) par Mme Y. Le CV des 100 actions ordinaires est de 100 $. La JVM des 100 actions ordinaires émises et en circulation du capital-actions d'Opco est de 1 M$. Les actions ordinaires d'Opco possédées par M. X et Mme Y constituent des immobilisations pour M. X et Mme Y. Le PBR des actions ordinaires possédées par M. X et Mme Y est respectivement de 80 $ et 20 $. M. X et Mme Y sont des particuliers qui sont résidents du Canada aux fins de la loi. M. X et Mme Y ne sont pas liés.

La série d'opérations ou d'événements est la suivante : M. X sera le fondateur de Gestco. Gestco sera une « société canadienne imposable » et une « société privée sous contrôle canadien ». M. X transférera à Gestco ses 80 actions ordinaires du capital-actions d'Opco et recevra, à titre de contrepartie, 80 actions ordinaires du capital-actions de Gestco. M. X et Gestco effectueront le choix prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. en vertu

[34] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0109195, 10 décembre 2001.

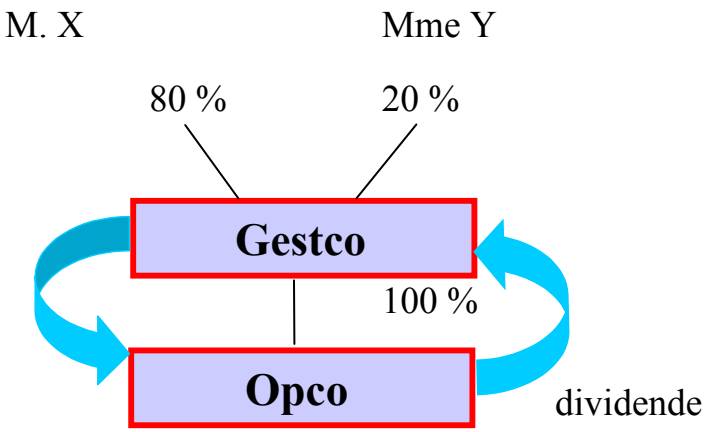
duquel la somme convenue sera de 80 $. M. X aura le contrôle effectif de Gestco.



Mme Y transférera à Gestco ses 20 actions ordinaires du capital-actions d'Opco et recevra, à titre de contrepartie, 20 actions ordinaires du capital-actions de Gestco. Mme Y et Gestco effectueront le choix prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. en vertu duquel la somme convenue sera de 20 $. Opco versera à Gestco un dividende imposable dont le montant correspondra aux BNR d'Opco. Ce dividende sera payé comptant. Gestco effectuera peu de temps après un prêt à Opco d'un montant correspondant au montant du dividende. Le prêt sera garanti par des hypothèques mobilières et immobilières sur les biens d'Opco. Le but de ces opérations est de protéger certains biens d'Opco contre les créanciers d'Opco.

Un autre des scénarios décrits dans la demande d'interprétation technique prévoit des faits différents. Opco est aussi une « société canadienne imposable » et une « société privée sous contrôle canadien ». Le capital-actions émis et payé d'Opco est composé de seulement 100 actions ordinaires qui sont toutes possédées par M. X. Le CV des 100 actions ordinaires est de 100 $. La JVM des 100 actions ordinaires émises et en circulation du capital-actions d'Opco est de 1 M$. Les actions ordinaires d'Opco possédées par M. X constituent des immobilisations pour M. X. Le PBR des actions ordinaires possédées par M. X est de 100 $. M. X et Mme Y sont des particuliers qui sont résidents du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et ne sont pas liés. Mme Y est une employée d'Opco. Les opérations décrites ci-dessous seront effectuées dans l'ordre indiqué et font partie d'une même série d'opérations. Gestco sera constituée et M. X

sera son fondateur. Gestco sera une « société canadienne imposable » et une « société privée sous contrôle canadien ». M. X souscrira à 100 actions ordinaires du capital-actions de Gestco pour un montant de 100 $ payé comptant. M. X aura le contrôle effectif de Gestco et transférera à cette dernière ses 100 actions ordinaires du capital-actions d'Opco et recevra, à titre de contrepartie, des actions privilégiées du capital-actions de Gestco. La valeur de rachat et la JVM des actions privilégiées (sans droit de vote) du capital-actions de Gestco sera de 1 M$. M. X et Gestco effectueront le choix prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. en vertu duquel la somme convenue sera de 100 $. Opco versera à Gestco un dividende imposable dont le montant correspondra aux BNR d'Opco. Ce dividende sera payé comptant. Gestco effectuera peu de temps après un prêt à Opco d'un montant correspondant au montant du dividende. Le prêt sera garanti par des hypothèques mobilières et immobilières sur les biens d'Opco. Ces opérations ont pour objet de protéger certains biens d'Opco contre les créanciers d'Opco.



Mme Y souscrira à 25 actions ordinaires du capital-actions de Gestco pour une considération payée comptant correspondant à leur JVM, soit 25 $.

Dans le cas de séries d'opérations telles que décrites dans les scénarios ci-dessus, qui n'incluent pas après le paiement du dividende une disposition d'actions de la société payeuse à une ou des personnes non liées (au sens de l'alinéa 55(3.01)a) L.I.R.) ou une acquisition d'actions du trésor de la société payeuse par une ou des personnes non liées, l'ADRC considérerait habituellement que le test d'objet prévu au paragraphe 55(2) L.I.R. n'est pas satisfait. Par conséquent, le paragraphe 55(2) L.I.R. ne serait généralement pas applicable dans le cas de séries d'opérations qui incluraient uniquement les opérations décrites dans les scénarios ci-dessus.

5.6. MODIFICATIONS TECHNIQUES

En date du 20 décembre 2002, le gouvernement fédéral a rendu publics des projets de modifications techniques à l'impôt sur le revenu. Certaines de ces modifications touchent les dispositions actuelles de l'article 55 L.I.R. Nous vous présentons certains commentaires tirés des notes explicatives émises par le ministère des Finances.

5.7. LES MODIFICATIONS APPORTÉES AU PARAGRAPHE 55(1) ET À L'ALINÉA 55(3.1)b) L.I.R.

La détention d'actions exclues (actions ayant les caractéristiques de dettes) pourrait entraîner l'application des restrictions de l'alinéa 55(3.1)b) L.I.R. à des transactions de type papillon qui ne devaient pas, en principe, être visées par ces mesures. Plus précisément, selon l'ancien alinéa 55(3.1)b) L.I.R., le dividende reçu, dans le cadre d'une réorganisation à laquelle l'alinéa 55(3)b) L.I.R. s'applique, n'était pas exclu de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. si l'une des opérations ou l'un des événements visés à l'alinéa 55(3.1)b) L.I.R. fait partie d'une série d'opérations ou d'événements qui comprend la réception du dividende. La division 55(3.1)b)(i)(B) L.I.R. a donc été modifiée, pour ce qui est des dividendes reçus après 1999, de façon à exclure le vendeur qui est une personne admissible par rapport à l'attribution.

Le terme « personne admissible » est nouvellement défini au paragraphe 55(1) L.I.R. En termes généraux, une personne admissible est une personne ou une société de personnes qui échange toutes les anciennes actions qui ont fait d'elle un actionnaire déterminé de la société cédante, pour une contrepartie qui consiste uniquement en actions d'une catégorie exclue. La définition prévoit en outre que les anciennes actions ne peuvent être des actions d'une catégorie exclue du seul fait qu'elles étaient convertibles en d'autres actions d'une catégorie qui n'était pas une catégorie exclue, et que chaque détenteur des anciennes actions doit prendre part à l'échange. De plus, une personne ou une société de personnes ne sera considérée comme une personne admissible que si les anciennes actions et les nouvelles actions ne confèrent pas le droit d'élire les membres du conseil d'administration (sauf en cas d'inexécution des conditions des actions).

À la suite de ces modifications, une personne ou une société de personnes peut échanger des actions d'une société cédante (les « anciennes actions ») contre des nouvelles actions de cette société et, si les conditions énoncées dans la définition sont réunies, la propriété des anciennes actions

sera sans effet sur le traitement fiscal des dividendes reçus dans le cadre d'une réorganisation à laquelle l'alinéa 55(3)b) L.I.R. s'applique.

5.8. LE NOUVEAU PARAGRAPHE 55(3.5) L.I.R.

Le paragraphe 55(3.5) L.I.R. a été ajouté afin d'étendre l'application des alinéas 55(3.1)c) et d) L.I.R. aux actions d'une nouvelle société issue de la fusion impliquant la société cessionnaire ou cédante. Ces alinéas prévoient qu'un dividende reçu, dans le cadre d'une réorganisation à laquelle l'alinéa 55(3)b) L.I.R. s'applique, n'est pas exclu de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. si, dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements qui comprend la réception du dividende, un bien visé à cet alinéa est acquis par une personne ou une société de personnes qui n'est pas liée à la société cessionnaire ou à la société cédante (ou qui cesse d'être liée à celle-ci). Les biens visés à l'alinéa 55(3.1)c) L.I.R. ne comprennent pas les actions du capital-actions de la société cessionnaire. Dans le même ordre d'idées, les biens visés à l'alinéa 55(3.1)d) L.I.R. ne comprennent pas les actions du capital-actions de la société cédante.

Le nouveau paragraphe 55(3.5) L.I.R. s'applique aux dividendes reçus après le 26 avril 1995 et prévoit que la société issue d'une fusion est réputée être la même société que chaque société remplacée, et en être la continuation, pourvu que les sociétés remplacées aient été liées les unes aux autres immédiatement avant la fusion. Ainsi, la mention des actions du capital-actions de la société cessionnaire ou de la société cédante aux alinéas 55(3.1)c) et d) L.I.R. vaut mention des actions du capital-actions de la société issue de la fusion, si celle-ci est réputée, par le nouveau paragraphe 55(3.5) L.I.R., être la même société que la société cessionnaire ou la société cédante, selon le cas, et en être la continuation.

5.9. LE NOUVEAU PARAGRAPHE 55(6) L.I.R.

Par l'application des dispositions du sous-alinéa 115(1)b)(iv) L.I.R., certaines actions inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs visée par règlement, ayant été obtenues en échange d'actions de réorganisation dans le cadre d'une réorganisation papillon, pouvaient être considérées à titre de « bien canadien imposable » aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De plus, ces mêmes actions n'étaient pas considérées à titre de « bien exclu » au sens du paragraphe 116(3) L.I.R.

Le nouveau paragraphe 55(6) L.I.R. vient remédier à cette situation en prévoyant que les actions non cotées d'une société publique qui appartiennent à un contribuable (appelées « actions de réorganisation ») – et

qui ont été émises au contribuable puis rachetées par une société publique dans le cadre d'une réorganisation (avec dérivation) à imposition différée – sont considérées comme inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs visée par règlement. Ce paragraphe fait en sorte que les actions soient ainsi inscrites pour l'application de la règle sur le certificat de paiement énoncée au paragraphe 116(1) L.I.R. et de la définition de « bien canadien imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R.

L'application du paragraphe 55(6) L.I.R. est toutefois assujettie à quatre conditions. Premièrement, il doit y avoir un dividende reçu dans le cadre de la réorganisation, à laquelle la RGAÉ énoncée au paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'applique pas en raison de l'exception applicable à certaines opérations papillon avec dérivation selon l'alinéa 55(3)b) L.I.R. Deuxièment, en prévision de la réorganisation, l'action de réorganisation doit être émise à un contribuable par une société publique en échange d'une autre action de cette société (« l'ancienne action ») appartenant au contribuable, et l'action de réorganisation doit être échangée par le contribuable contre une nouvelle action d'une autre société publique dans le cadre d'une opération qui serait visée par la définition d'« échange autorisé » au paragraphe 55(1) L.I.R., si cette définition s'appliquait, compte non tenu de son alinéa a) et de son sous-alinéa b)(ii). En d'autres termes, l'échange est effectué en prévision de la réorganisation avec dérivation de la société publique. Troisièmement, immédiatement avant l'échange, l'ancienne action doit être inscrite à la cote d'une Bourse de valeurs visée par règlement et ne peut être un bien canadien imposable du contribuable. Finalement, la nouvelle action doit être inscrite à la cote d'une Bourse de valeurs visée par règlement.

Cette nouvelle mesure, qui s'applique aux actions émises après le 26 avril 1995, permet donc d'éviter l'application involontaire du sous-alinéa 115(1)b)(iv) L.I.R.

5.10. JURISPRUDENCE

Au niveau de la jurisprudence, l'affaire *La Reine* c. *Kruco Inc.*[35] est une décision récente impliquant les dispositions de l'article 55 L.I.R. Dans cette affaire, le contribuable, qui détenait des actions ayant fait l'objet d'un rachat donnant lieu à un dividende réputé, contestait les ajustements négatifs effectués par le ministère relativement aux crédits d'impôt à l'investissement dans le calcul du revenu protégé de sa filiale, la société Kruger. Cette dernière avait bénéficié de crédits d'impôt à l'investissement substantiels qui

[35] [2003] C.A.F. 284.

avaient réduit le coût en capital et la fraction non amortie du coût en capital de certains biens, entraînant ainsi une augmentation artificielle de ses revenus sans augmenter ses liquidités.

À la suite d'une analyse de la portée du paragraphe 55(2) L.I.R., la Cour d'appel fédérale est venue confirmer la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle le calcul du « revenu gagné ou réalisé » au sens du paragraphe 55(2) L.I.R. s'entend du revenu tel qu'il est calculé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, conséquemment, les crédits d'impôt à l'investissement ne réduisent pas le revenu gagné aux fins de cette disposition.

L'affaire *Canutilities Holdings Ltd. and Canadian Utilities Ltd* c. *La Reine*[36] concerne l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans une situation de disposition d'actions. Juste avant le rachat d'actions faisant l'objet du litige, une fusion est intervenue entre Atcor et une autre société nouvellement constituée. La société issue de la fusion a continué de porter le nom d'Atcor. Lors de la fusion, les actionnaires ont reçu de nouvelles actions en échange des actions qu'ils détenaient et ces nouvelles actions ont été rachetées par la suite. Par l'application du paragraphe 84(3) L.I.R., ce rachat d'actions a entraîné un dividende réputé équivalent à l'excédent du CV des actions sur le montant reçu par les actionnaires lors du rachat. Ce dividende, non imposable en vertu des dispositions de la Partie I, compte tenu de l'article 112 L.I.R., était assujetti à l'impôt de la Partie IV remboursable en vertu de l'article 129 L.I.R. lors d'un versement de dividende. Ainsi, par l'effet combiné du dividende réputé et des articles 112 et 129 L.I.R., les actionnaires n'ont payé aucun impôt à la disposition (rachat) des actions d'Atcor. Le ministère a invoqué que le produit de disposition des actions d'Atcor entraînait la réalisation d'un gain en capital au niveau des actionnaires en vertu du paragraphe 55(2) L.I.R. plutôt qu'un dividende réputé selon le paragraphe 84(3) L.I.R. Toutefois, la Cour a donné raison au contribuable en mentionnant l'exception prévue au paragraphe 55(2) L.I.R. selon laquelle le dividende réputé provenant du rachat des actions était assujetti à l'impôt de la Partie IV, et qu'il n'a pas été remboursé en raison du paiement d'un dividende à une société effectué dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements ayant donné lieu au dividende réputé.

---

36 [2003] C.C.I. 193.

5.11. CONCLUSION

Il semble que l'ADRC ait démontré une certaine ouverture dans l'application des exemptions prévues à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. Quant aux récentes modifications apportées à l'alinéa 55(3)b) L.I.R., ces changements visent plutôt à corriger des anomalies sans toutefois élargir de façon importante le cadre des réorganisations visées par ces dispositions.

6. LES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 67 L.I.R.

En règle générale, toutes les dépenses sont assujetties à l'application de l'article 67 L.I.R. Toutefois, la pratique courante de certaines sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») visant à rémunérer suffisamment les gestionnaires/actionnaires de façon à réduire le revenu imposable à un niveau égal ou inférieur au plafond de la déduction accordée aux petites entreprises n'a pas à être raisonnablement justifiée.

Jusqu'à tout récemment, la position administrative des autorités fiscales sur la rétribution versée à des gestionnaires/actionnaires principaux de sociétés privées était de ne pas remettre en doute le caractère raisonnable de ces rétributions « lorsqu'il est courant pour la société de distribuer les bénéfices de la société à ses gestionnaires/actionnaires sous la forme de primes ou de suppléments de traitements » ou encore « lorsque la société a adopté un principe directeur de verser des primes aux actionnaires afin de les rétribuer pour les bénéfices gagnés par la société grâce à leur savoir-faire particulier, à leurs relations ou à leur esprit d'entreprise[37] ».

Cependant, des interprétations techniques récentes[38] sont venues préciser les règles applicables aux traitements et primes versés aux actionnaires. De plus, l'ADRC a publié certaines précisions (sous forme de questions-réponses) quant à sa position sur la rétribution versée aux employés/actionnaires dans le cadre de Nouvelles techniques[39].

---

37 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766, question 42, aux pages 757-758.

38 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2001-0114905, 25 février 2002, et 2002-0128875, 8 avril 2002.

39 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

L'ADRC a précisé que le caractère raisonnable des traitements ou primes ne sera pas remis en question dans le cas d'une SPCC, laquelle, afin de réduire le revenu imposable de la SPCC jusqu'au plafond ou à un niveau inférieur au plafond de la déduction accordée aux petites entreprises, verse une prime à un gestionnaire/actionnaire principal (que ce soit directement ou par l'entremise d'une société de portefeuille) qui est résident canadien et participe activement à l'exploitation normale de la société. Un gestionnaire « actif », selon l'ADRC, doit prendre part activement à l'exploitation de la société et contribuer aux activités productrices des revenus à même desquels la rétribution est versée.

De plus, lorsque d'autres membres de la famille possèdent des actions de la SPCC, que ce soit directement ou par l'entremise d'une société de portefeuille ou même d'une fiducie, l'ADRC ne se soucie pas du caractère raisonnable tant que les bénéficiaires des traitements et des primes sont des gestionnaires/actionnaires actifs qui résident au Canada.

L'ADRC s'est toutefois réservé le droit de contester le caractère raisonnable des honoraires de gestion intersociétés versés, par exemple, d'Exploitation ltée à Portefeuille ltée.

L'ADRC a étendu le champ d'application de sa politique pour inclure les SPCC touchant des revenus qui sont tirés d'une entreprise qui n'est pas exploitée activement en confirmant qu'elle ne contestera généralement pas le caractère raisonnable des traitements et des primes versés à même des revenus non tirés d'une entreprise qui n'est pas exploitée activement tant que les autres critères seront respectés.

7. L'APPLICATION DE L'ALINÉA 69(1)c) L.I.R. LORS D'UN TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

En termes généraux, l'alinéa 69(1)c) L.I.R. s'applique lorsqu'un contribuable acquiert la propriété d'un bien par voie de « donation, legs ou succession ».

Dans une interprétation technique[40], l'ADRC rappelle que le terme « donation » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* mais, selon la signification développée par la *common law*, une donation est un transfert volontaire de propriété d'un donateur qui doit librement disposer de sa

[40] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0103315, 22 janvier 2002.

propriété à un donataire qui reçoit la propriété donnée. La transaction ne peut pas résulter directement ou indirectement à un droit, un privilège, un bénéfice ou un avantage pour le donateur.

Ainsi, du point de vue de l'ADRC, le transfert d'une propriété à une société par un actionnaire majoritaire de la société sans contrepartie n'est pas considéré à titre de cadeau à la société au sens de l'alinéa 69(1)c) L.I.R. puisque la transaction aboutirait clairement à un avantage en faveur de l'actionnaire sous forme d'augmentation de la valeur de l'intérêt de l'actionnaire dans la société. Dans de telles circonstances, le coût du bien ainsi transféré serait donc nul pour la société qui le reçoit. L'ADRC précise qu'il faut considérer d'autres moyens de transférer un bien à une société comme une disposition à la JVM ou le transfert par roulement en vertu de l'article 85 L.I.R.

8. LES NOUVELLES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 84 L.I.R.

L'ADRC s'est prononcée sur l'application de l'article 84 L.I.R. dans un contexte de réorganisation[41]. La situation analysée impliquait la société Opco, dont les seules actions sont détenues à 30 % par la société A et 70 % par la société B. Le CV des actions d'Opco est de 30 $ alors que leur JVM s'élève à 300 $. L'unique actionnaire de la société A, M. A, détient 30 actions ordinaires dont le CV est de 30 $ alors que la JVM s'élève à 300 $. La société A n'a aucun passif et son seul actif est le placement dans la société Opco. La société Opco ne possède aucun passif et ses actifs ont une JVM de 1 000 $. La transaction consiste pour M. A à transférer ses actions de la société A en faveur d'Opco (une société avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance) en échange de 30 actions ordinaires et réaliser ainsi un gain en capital de 270 $. Immédiatement après le transfert, il est prévu que la société A soit liquidée dans la société Opco.

L'ADRC a d'abord rappelé que l'augmentation du CV d'une catégorie d'actions résultant de l'émission d'actions est généralement déterminée selon les lois corporatives. Ainsi, l'augmentation de CV des actions d'Opco en vertu des lois corporatives au moment de l'émission des actions en faveur de M. A déterminera initialement le montant du CV de ces actions aux fins fiscales. Selon l'ADRC, le sous-alinéa 84(1)b)(i) L.I.R. requiert que l'augmentation de l'actif total soit calculée selon chacun des éléments d'actif

[41] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0176455, 17 février 2003.

sur une base individuelle. Ainsi, aux fins de ce calcul, la valeur des actifs d'Opco pourrait augmenter de 300 $ lorsque la société acquiert les actions de la société A. Conséquemment, même si la valeur des actions ordinaires de la société A détenues par Opco est dérivée de la valeur des autres actifs détenus par Opco, ces actions ordinaires constituent un actif distinct représentant une valeur de 300 $, donc Opco ne sera pas réputée, en vertu de l'article 84 L.I.R., avoir versé un dividende sur ses actions égal à l'augmentation du CV.

9. LA PLANIFICATION FISCALE DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R.

L'article 84.1 L.I.R. est essentiellement une mesure visant à contrer le dépouillement de surplus corporatif par un actionnaire.

À titre d'exemple, M. X planifie de vendre sa participation dans la société dont il est l'unique actionnaire (ci-après « Société X »), une société opérante ou de placements. Aux fins de l'exemple, la JVM des actions détenues par M. X est de 1 M$, le PBR des actions est égal à zéro, le CV est également de zéro et M. X a déjà utilisé son exonération pour gains en capital de 500 000 $.

M. X dispose de ses actions de Société X en faveur d'une société Y contrôlée par son conjoint et reçoit une contrepartie monétaire.

Dans une récente interprétation technique[42], l'ADRC a émis la position que les paragraphes 84(7), 84.1(1) et 83(2) L.I.R., tels qu'ils sont libellés, ne permettent pas à une société d'exercer un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. afin qu'un dividende réputé versé et reçu en vertu du paragraphe 84.1(1) L.I.R. provienne de son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »).

L'ADRC a précisé que, pour qu'un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. soit possible, il faut qu'un dividende devienne non seulement payable par une société privée, mais payable aux actionnaires d'une catégorie quelconque d'actions de son capital-actions. Le paragraphe 84(7) L.I.R. prévoit seulement qu'un dividende réputé avoir été versé par une société à un moment donné, notamment en vertu de l'article 84.1 L.I.R., est réputé, pour l'application de la sous-section h de la L.I.R., être devenu payable à ce moment.

---

[42] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0128955, 26 septembre 2002.

Selon l'ADRC, des dispositions édictant une présomption voulant que le bénéficiaire d'un dividende réputé versé en vertu du paragraphe 84.1(1) L.I.R. soit réputé un actionnaire détenant des actions de la société payeuse seraient nécessaires pour que la condition, selon laquelle le dividende devienne payable aux actionnaires d'une catégorie quelconque d'actions de son capital-actions, prévue au paragraphe 83(2) L.I.R., soit satisfaite et que l'alinéa 83(2)b) L.I.R., qui prévoit qu'aucune partie du dividende n'est incluse dans le calcul du revenu des actionnaires de la société, puisse également être applicable.

L'ADRC a rappelé le libellé de l'article 84.1 L.I.R., tel qu'il se lisait lors de son introduction dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[43], stipulant que l'article 83 L.I.R. s'appliquait comme si les personnes recevant le dividende étaient les actionnaires d'une catégorie d'actions du capital-actions de la société. Un amendement en vigueur depuis mars 1977 a supprimé cette référence sans que des notes explicatives soient publiées. Selon l'ADRC, la version actuelle de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet pas techniquement d'exercer un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. relativement à un dividende réputé versé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R.

L'ADRC a appuyé sa conclusion sur une décision de la Cour fédérale[44] selon laquelle la rectification d'un texte législatif constitue pour tout tribunal une mesure extrême et que les tribunaux ne devraient exercer leur pouvoir de rectification des lois que dans des cas extrêmement rares, c'est-à-dire lorsque c'est absolument nécessaire pour indiquer clairement l'intention du législateur en présence d'obstacles résultant d'erreurs de langage mineures et évidentes.

L'ADRC a admis que le paragraphe 84(7) L.I.R. réfère spécifiquement à l'article 84.1 L.I.R. et que les notes techniques y afférentes suggèrent que la politique fiscale est de permettre qu'un dividende réputé, au sens de l'article 84.1 L.I.R., soit admissible à un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. L'ADRC aurait même informé le ministère des Finances de ce qu'elle considère un problème de rédaction de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, aucune modification technique n'a été annoncée le 20 décembre 2002 à ce sujet.

Il y a également lieu de souligner que l'ADRC a mentionné ne pas avoir l'intention de permettre qu'un dividende réputé en vertu du paragraphe

---

43 Le 19 novembre 1974.

44 *MacMillen Bloedel Ltd.* c. *La Reine*, [1991] 1 C.F. 331.

84.1(1) L.I.R. puisse faire l'objet d'un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. en attendant que la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit modifiée. La position de l'ADRC est fondée sur le fait que sans des présomptions édictées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, selon lesquelles le dividende réputé versé en vertu du paragraphe 84.1(1) L.I.R. soit réputé versé sur une action du capital-actions de la société et que le contribuable, sujet à l'application du paragraphe 84.1(1) L.I.R., soit réputé avoir acquis une telle action, l'application de la disposition antiévitement prévue au paragraphe 83(2.1) L.I.R. est impossible dans une situation semblable à la situation donnée.

D'autres dispositions voulant que des dividendes soient présumés payés, par exemple les paragraphes 84(1) et 84(3) L.I.R., démontrent clairement que l'on considère de tels dividendes payés sur une catégorie d'actions. L'interprétation technique rendue par l'ADRC a amené des auteurs[45] à soulever la question suivante : est-ce possible qu'un dividende payé (ou présumé payé) à un contribuable par une société acquéreuse et reçu (ou présumé reçu) par le contribuable de cette société acquéreuse puisse être ainsi payé et reçu autrement que sur une catégorie d'actions? En réponse à cette question, rappelons que la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Derlago* c. *La Reine*[46], a conclu que l'intention du Parlement projette certains détails logiques, bien que parfois non exprimés, de circonstances réputées.

Il est aussi intéressant de noter que l'inclusion au revenu prévue à l'alinéa 12(1)j) L.I.R. inclut dans le revenu d'un contribuable seulement « des dividendes versés par une société [...] sur une action de son capital-actions ».

De plus, l'interprétation technique rendue par l'ADRC semble ignorer l'impact du paragraphe 84(7) L.I.R. qui énonce une présomption voulant qu'un dividende versé est réputé être devenu payable à ce moment, même si l'ADRC reconnaît que les notes explicatives de 1998 concernant le paragraphe 84(7) L.I.R. disent que cette présomption est appropriée pour le choix du CDC.

L'interaction de l'alinéa 84.1(1)b) et du sous-alinéa 129(1)a)(i) L.I.R. ne permet pas de récupérer l'impôt en main remboursable au titre de dividendes

---

45 Elisabeth ATSAIDIS et John JAKOLEV, « The Scope of Fiction », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 10, n° 11, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 26 novembre 2002.

46 [1988] D.T.C. 6290 (C.F.).

(ci-après « IMRTD ») en vertu du sous-alinéa 129(1)a)(i) L.I.R. L'ADRC a aussi retiré une opinion antérieure[47] portant sur l'interaction de l'alinéa 84.1(1)b) et du sous-alinéa 129(1)a)(i) L.I.R. Dans cette opinion, la situation impliquait un transfert d'actions par un particulier à une société privée qui possédait un solde d'IMRTD au sens du paragraphe 129(3) L.I.R.

La question qui avait été posée était de savoir si un dividende réputé versé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. pouvait être considéré comme un « dividende imposable que la société a versé sur des actions de son capital-actions […] » aux fins de l'application du sous-alinéa 129(1)a)(i) L.I.R. On avait alors pris la position qu'un dividende réputé versé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. pouvait être considéré comme un « dividende imposable que la société a versé sur des actions de son capital-actions […] » aux fins de l'application du sous-alinéa 129(1)a)(i) L.I.R. L'ADRC a mentionné que cette opinion ne représente plus sa position puisque, pour que le sous-alinéa 129(1)a)(i) L.I.R. s'applique, un dividende imposable doit avoir été versé par une société privée sur des actions de son capital-actions. L'ADRC considère comme un dividende imposable, au sens prévu au paragraphe 89(1) L.I.R., un dividende réputé versé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. Toutefois, un dividende réputé versé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. n'est pas versé, ni réputé versé, sur des actions du capital-actions d'une société. Donc, techniquement, un remboursement au titre de dividendes ne peut être obtenu relativement à un dividende réputé versé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R.

De plus, rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni dans les notes explicatives afférentes à l'article 129 L.I.R. ne laisse supposer que la politique fiscale serait de permettre qu'un dividende réputé versé en vertu de l'article 84.1 L.I.R. puisse donner lieu à un remboursement au titre de dividendes prévu au paragraphe 129(1) L.I.R.

L'interprétation rendue par l'ADRC est basée sur l'hypothèse que le cédant ne détient aucune action de la société Holdco. Dans le cas contraire, de bons arguments pourraient être invoqués par une société afin de soutenir qu'un dividende réputé versé et reçu en vertu du paragraphe 84.1(1) L.I.R. provient de son CDC.

---

[47] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0128955, 26 septembre 2002.

10. LES NOUVELLES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 85 L.I.R.

Il est permis à un contribuable, en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., et à tous les associés d'une société de personnes, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., de choisir de reporter la totalité ou une partie du revenu qu'il y aurait autrement au moment du transfert de certains genres de biens à une société canadienne imposable. D'application courante lors de réorganisations d'entreprises, les dispositions de transfert par roulement prévues à l'article 85 L.I.R. méritent d'être soulignées du moins afin de mentionner quelques considérations fiscales et modifications récentes.

10.1. MODIFICATION À LA POSITION ADMINISTRATIVE

L'ADRC annonçait au cours de l'année 2000[48] une modification à sa position administrative. Ainsi, selon la nouvelle politique fiscale, à compter de 2001, l'alinéa 85(1)b) L.I.R. s'applique aux transferts de biens auxquels se rattache un passif qui excède le coût des biens dans le cas où la société cessionnaire assumerait cet excédent en échange d'un billet émis par l'auteur du transfert. L'obligation ainsi assumée est considérée comme constituant une contrepartie (autre qu'en actions) du transfert de biens.

Par ailleurs, l'ADRC a confirmé dans une récente lettre[49] la validité d'un choix en vue d'un transfert en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., même si la société acheteuse n'avait pas émis d'actions en échange de certains biens au moment où le transfert avait été effectué. Le choix était valide parce que les actions avaient été émises avant la date limite de production du choix prévue au paragraphe 85(6) L.I.R. Même si le contribuable était en mesure de faire le choix, cette situation montre l'importance de s'assurer que les deux parties sont prêtes avant de pouvoir procéder à de telles opérations d'échange.

---

48 Roy SHULTIS, Michael HILTZ, Vance SIDER et Judith WOODS, « Judicial and Administrative Developments », dans *2000 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 36:1-21, aux pages 36:17-19.

49 Citée par Paul HICKEY dans son article « Recommandations pré-budgétaires », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 11, n° 1, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, janvier 2003.

10.2. CONSIDÉRATIONS POUR LE QUÉBEC

Rappelons qu'en vertu de l'article 521.2 de la *Loi sur les impôts*[50], lorsqu'un choix visé à l'article 518 L.I. à l'égard de l'aliénation d'un bien, le produit de l'aliénation de celui-ci pour le cédant et son coût pour la société qui l'acquiert sont réputés égaux au montant convenu à ce titre par les parties en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. Toutefois, le produit de l'aliénation d'un bien et son coût d'acquisition peuvent différer du montant établi à ce titre aux fins fédérales lorsque les parties au transfert conviennent d'un montant à l'égard du bien en vertu de l'article 522 L.I. et qu'elles satisfont aux conditions d'application énoncées dans le deuxième alinéa de l'article 522 L.I.

En vertu du deuxième alinéa de l'article 522 L.I., les conditions d'application suivantes doivent être satisfaites afin de permettre de désigner un montant convenu différent de celui du fédéral[51] :

1. Le cessionnaire doit avoir une proportion des affaires faites au Québec sur l'ensemble des affaires faites au Canada ou au Québec et ailleurs d'au moins 9/10, et ce, telle qu'elle a été établie par les règlements édictés en vertu de l'article 771 L.I. pour son année d'imposition au cours de laquelle l'aliénation survient.

2. Dans le cas où le cédant est :

   a) un particulier, celui-ci doit résider au Québec à la fin de son année d'imposition au cours de laquelle l'aliénation survient et, s'il est visé au deuxième alinéa de l'article 22 L.I. pour cette année, la proportion visée à son égard à ce deuxième alinéa pour cette année doit être d'au moins 9/10;

   b) une société, la proportion des affaires faites au Québec sur l'ensemble des affaires faites au Canada ou au Québec et ailleurs par elle doit être d'au moins 9/10, et ce, telle qu'elle a été établie par les règlements édictés en vertu de l'article 771 L.I. pour son année d'imposition au cours de laquelle l'aliénation survient;

---

50 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

51 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 522-1, « Aliénation d'un bien en faveur d'une société canadienne imposable effectuée après le 25 mars 1997 », 31 mai 2001.

c) une société de personnes, la proportion des affaires faites au Québec sur l'ensemble des affaires faites au Canada ou au Québec et ailleurs, qui serait établie à son égard par les règlements édictés en vertu de l'article 771 L.I. pour son année d'imposition au cours de laquelle l'aliénation survient, si elle était une société et si son exercice financier était une année d'imposition, doit être d'au moins 9/10.

Le montant convenu dont les parties à un transfert conviennent en vertu de l'article 522 L.I., qui est donc différent de la somme convenue au niveau fédéral, doit être établi en fonction des limites prévues par les articles 522 à 524 L.I. Aux fins de l'impôt québécois, le montant ainsi convenu est réputé être le produit de l'aliénation du bien pour le cédant et son coût d'acquisition pour la société cessionnaire conformément au paragraphe a) du premier alinéa de l'article 522 L.I.

De plus, en octobre 2002[52], des assouplissements aux règles de roulement ont été intégrés à la législation québécoise par l'ajout des articles 522.1 à 522.5 L.I. Essentiellement, ces modifications visent à permettre l'application d'une exception à des situations dont le résultat n'entraîne pas, directement ou indirectement, un évitement total ou partiel des impôts provinciaux payables par ailleurs par les parties à un transfert d'actifs par voie de roulement.

De façon plus particulière, les règles relatives à l'utilisation du montant convenu pour l'application de l'impôt fédéral ne s'appliqueront pas pour l'application de l'impôt québécois si, pour l'année d'imposition de chaque partie au roulement au cours de laquelle le transfert aura eu lieu, ainsi qu'au cours de chaque année d'imposition de chacune des parties au roulement terminée au cours des 24 mois précédant l'année d'imposition où a lieu le transfert, ou de toute autre tierce partie dont l'une des parties au roulement est la continuité en raison d'une fusion, d'une liquidation ou de toute autre réorganisation, la proportion des affaires faites au Québec par chacune des parties au roulement est la même ou, le cas échéant, comporte une différence qui n'est pas supérieure à un écart admissible.

Sommairement, l'expression « écart admissible » désigne un écart n'excédant pas 10 % ou sous réserve de règles particulières et de l'approbation du ministre du Revenu, un écart supérieur à 10 % mais n'excédant pas 25 %.

---

[52] Projet de loi 78, entré en vigueur le 17 octobre 2002.

Enfin, lorsque l'une des parties au roulement sera la continuité d'une tierce partie en raison d'une fusion, d'une liquidation ou de toute autre réorganisation survenue au cours des 24 mois précédant l'année du transfert, celle-ci devra s'adresser au ministre du Revenu afin d'établir, pour l'application des présentes règles, sa « proportion des affaires faites au Québec » pour chaque année d'imposition se terminant au cours de cette période de 24 mois précédant l'année du transfert[53].

De plus, lorsque le roulement s'inscrit dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise qui donne lieu à une série de transactions, le critère relatif à l'historique fiscal des parties au roulement, ainsi que celui relatif à la « proportion des affaires faites au Québec » par chacune de ces parties, devront être établis en fonction de l'historique fiscal et de la « proportion des affaires faites au Québec » de l'auteur initial et du bénéficiaire ultime du transfert[54].

Par ailleurs, un allégement additionnel a été annoncé[55] par le ministère des Finances du Québec. Ces nouvelles modifications aux règles de roulement ont fait récemment l'objet d'un Projet de loi[56] qui est « mort au feuilleton ». Les changements proposés visaient à modifier l'article 518 L.I. afin de permettre d'effectuer un choix au Québec à l'égard de certains biens qui ne peuvent faire l'objet d'un choix au fédéral[57]. Ces mesures devraient prochainement faire l'objet d'un nouveau Projet de loi prévoyant une application rétroactive au 6 juillet 2001. Ainsi, selon cette nouvelle mesure, un contribuable pourra, même si aucun choix de roulement n'est effectué pour l'application de la législation fédérale, effectuer un choix de roulement pour l'application de la loi québécoise à l'égard d'un bien amortissable, lorsqu'il est dans l'impossibilité d'effectuer un tel choix de roulement pour l'application de la législation fédérale en raison de la règle qui empêche la réalisation d'une perte dans le cas de certains transferts de biens amortissables. Toutefois, les critères applicables dans le cas des autres exceptions, entre autres la proportion des affaires des contribuables et la

---

53 Art. 522.3 L.I.

54 Art. 522.4 L.I.

55 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-6, « Extension de l'application du crédit d'impôt pour spectacles musicaux, aux spectacles dramatiques et aux spectacles d'humour et précisions concernant la politique fiscale applicable aux particuliers et aux entreprises », 5 juillet 2001.

56 Projet de loi 148 présenté en décembre 2002.

57 En raison du par. 13(21.2) L.I.R.

justification des écarts d'attributs fiscaux, s'appliqueront également, avec les adaptations nécessaires, à cette exception additionnelle.

De plus, il est à noter que le quatrième alinéa de l'article 522 L.I. prévoit une règle antiévitement faisant en sorte que, à l'égard de l'aliénation d'un bien, le choix d'un montant établi selon les attributs fiscaux québécois du bien et différent de celui convenu aux fins fédérales ne peut s'appliquer lorsque ces montants comportent un écart non justifié dans les circonstances.

Ainsi, lorsque le montant établi selon les attributs fiscaux québécois du bien est inférieur à celui convenu aux fins fédérales, l'article 522 L.I. ne s'applique que si la totalité ou la quasi-totalité de cet écart est justifiée soit :

a) par une différence dans le coût indiqué du bien qui résulte d'une différence dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les impôts* (par exemple, la partie non amortie du coût en capital d'un bien amortissable est moins élevée au Québec qu'au fédéral parce que le contribuable a choisi d'amortir le bien moins rapidement au fédéral);

b) par une autre raison que le ministère du Revenu juge acceptable.

À titre d'exemple, le ministère du Revenu accepte que les contribuables conviennent d'un montant convenu différent de celui du fédéral lorsque le cédant possède des pertes accumulées plus élevées au fédéral qu'au Québec.

10.3. CLAUSE DE RAJUSTEMENT DE PRIX

Les contribuables utilisent régulièrement des clauses de rajustement de prix afin de se prémunir contre certaines conséquences fiscales non recherchées. Par allégement administratif, l'ADRC reconnaît de telles clauses si, notamment, « l'accord révèle que les parties ont réellement l'intention de transférer le bien à sa juste valeur marchande et établit cette valeur, aux fins de l'arrangement, par une méthode juste et raisonnable[58] ».

Le *Bulletin d'interprétation* IT-169[59] énonce les conditions auxquelles le ministère reconnaîtra une clause de rajustement du prix pour les biens

---

[58] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clauses de rajustement du prix », 6 août 1974.

[59] *Id.*, par. 1a).

transférés dans le cadre d'une transaction avec lien de dépendance. Toutefois, pour être acceptable, une clause de rajustement du prix doit permettre de rajuster le prix du bien transféré et la contrepartie reçue, non la quantité des biens transférés[60]. Les termes « somme » et « juste valeur marchande » de l'article 85 L.I.R. doivent être compris comme désignant des sommes fixes et précises à la date du transfert, et non comme des formules permettant de déterminer ou de rajuster une somme plus tard.

10.4. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES DE DÉCEMBRE 2002

Parmi les diverses propositions législatives de décembre 2002, le ministère des Finances a annoncé certaines modifications affectant l'article 85 L.I.R.

Plus précisément, une modification est prévue à l'actuel alinéa 85(1)d.1) L.I.R. de même que l'ajout des alinéas 85(1)d.11) et d.12) L.I.R. Les dispositions actuelles de l'alinéa 85(1)d.1) L.I.R. permettent à la société de réduire le gain calculé en vertu de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. lors d'une disposition ultérieure du bien en apportant un ajustement à l'élément C de la formule figurant à l'alinéa 14(1)b) L.I.R. La modification vise à rajuster le gain de façon à tenir compte du changement apporté au taux d'inclusion dans le revenu et de déductibilité de la dépense.

L'alinéa 85(1)d.11) L.I.R. fait en sorte que les montants qui auraient été récupérés en vertu du paragraphe 14(1) L.I.R., lors de la disposition de l'immobilisation admissible par le contribuable, fassent l'objet d'une récupération lors de la vente ultérieure du bien par la société ayant acheté le bien dans le cadre du roulement. L'alinéa 85(1)d.11) L.I.R. contient une formule qui énonce le montant de la récupération.

L'alinéa 85(1)d.12) L.I.R. fait en sorte que les déductions récupérées par un contribuable à l'égard d'une immobilisation admissible à l'occasion d'un roulement ne sont pas incluses aux éléments A et F dans le calcul du « montant cumulatif des immobilisations admissibles » pour la société qui achète le bien.

---

60 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 76-19R3, « Transfert de biens à une société en vertu de l'article 85 », 17 juin 1996, par. 26.

L'exemple suivant est tiré des notes explicatives accompagnant les propositions législatives de décembre 2002 et illustre les modifications apportées aux alinéas 85(1)d.1) et d.11) L.I.R.

M. X a acheté une immobilisation admissible en 1984 (au moment où le taux d'inclusion relatif aux immobilisations admissibles était de ½), à un coût de 300 000 $. Il s'agit de la première et de l'unique immobilisation admissible qu'il détient relativement à son entreprise. M. X a demandé des déductions de 40 650 $ en vertu de l'alinéa 20(1)b) L.I.R. avant son « moment du rajustement » (dans son cas, le 1er janvier 1988) et des déductions de 11 482 $ par la suite. M. X transfère l'immobilisation à une société dans les circonstances visées au paragraphe 85(1) L.I.R. Immédiatement avant le transfert, la JVM de l'immobilisation était de 500 000 $. M. X et la société conviennent que le produit de disposition pour M. X correspondra aux 4/3 du solde du montant cumulatif des immobilisations admissibles de 152 543 $, calculé comme suit :

Dépense en capital admissible	300 000 $
Taux applicable en 1984	50 %
	150 000 $
Amortissement avant 1988	(40 650 $)
Montant cumulatif des immobilisations admissibles au moment du rajustement	109 650 $
Valeur de « C » : 3/2 de 109 350 $	164 025 $
Valeur de « D » : amortissement avant 1988	40 650 $
Valeur de « P » : amortissement après 1987	11 482 $
Valeur de « Q » : amortissement avant 1988	(40 650 $)
Montant cumulatif des immobilisations admissibles de M. X	152 543 $

Par suite de la vente ultérieure de l'immobilisation par la société pour un produit de disposition réel de 500 000 $, le montant inclus dans le revenu de la société en vertu du paragraphe 14(1) L.I.R. est calculé comme suit :

Montant convenu de la dépense en capital admissible (4/3 de 152 543 $)	203 391 $
3/4 (taux applicable aux immobilisations admissibles)	75 %
Valeur de « A » du solde du montant cumulatif des immobilisations admissibles de la société	152 543 $

Calcul en vertu de l'alinéa 14(1)a) pour la société

Produit	500 000 $
3/4 (taux applicable)	75 %
Valeur de « E » du solde du montant cumulatif des immobilisations admissibles de la société	375 000 $
Excédent	222 457 $
Valeur de « F » pour la société majorée par l'effet de l'alinéa 85(1)d.11) (40 650 $ + 11 482 $)	52 132 $
Revenu en vertu de l'alinéa 14(1)a) : moins élevé de « F » ou de l'excédent	52 132 $
Calcul en vertu de l'alinéa 14(1)b) pour la société	
Excédent (voir ci-dessus)	222 457 $
Moins : valeur de « B » :	
valeur de « F » majorée selon l'alinéa 85(1)d.11)	52 132 $
valeur de « C» : 1/2 de « Q » (ci-dessus) majorée selon l'alinéa 85(1)d.1)	20 325 $
Net	150 000 $
Multiplier par 2/3	2/3
Revenu selon l'alinéa 14(1)b)	100 000 $
Montant total à inclure dans le revenu pour la société selon le paragraphe 14(1)	152 132 $

10.5. CONCLUSION

Les dispositions de l'article 85 L.I.R. sont fréquemment utilisées dans le cadre des réorganisations d'entreprises. À part certains ajustements techniques concernant les immobilisations admissibles, les règles applicables aux roulements en vertu de l'article 85 L.I.R. n'ont pas fait l'objet de changements majeurs récents. Il faut toutefois tenir compte des critères permettant d'effectuer validement un choix distinct au niveau provincial.

11. LES NOUVELLES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 88 L.I.R.

L'article 88 L.I.R. porte sur les conséquences fiscales de la liquidation d'une société. Le paragraphe 88(1) L.I.R. prévoit des règles qui s'appliquent lorsqu'une filiale est liquidée dans des circonstances où la société mère et la filiale sont toutes deux des sociétés canadiennes imposables et où la société mère possède au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie du capital-actions de la filiale. Les propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu publiées en décembre 2002 prévoient certaines modifications applicables à cette disposition.

11.1. LA MODIFICATION À L'ALINÉA 88(1)c.1) L.I.R.

Le sous-alinéa 88(1)a)(iii) L.I.R. prévoit, de façon générale, que le bien d'une filiale est réputé avoir fait l'objet d'une disposition lors de la liquidation de la filiale pour un produit de disposition égal à son coût indiqué pour la filiale immédiatement avant la liquidation. Selon le sous-alinéa 88(1)c)(ii) L.I.R., le coût d'un tel bien pour la société mère correspond à ce produit de disposition. L'alinéa 88(1)c.1) L.I.R. fait en sorte qu'un montant qui aurait été un montant d'amortissement récupéré pour la filiale en vertu du paragraphe 14(1) L.I.R., si celle-ci avait disposé de l'immobilisation admissible pour un produit égal à sa JVM, puisse éventuellement faire l'objet d'une récupération de la part de la société mère lors d'une vente ultérieure de l'immobilisation.

L'alinéa 88(1)c.1) L.I.R. devient le sous-alinéa 88(1)c.1)(ii) L.I.R., mais demeure par ailleurs inchangé. Cet alinéa est également modifié par l'ajout du sous-alinéa (i) selon lequel les déductions pour immobilisations admissibles que la filiale demande en vertu de l'alinéa 20(1)b) L.I.R. après son « moment du rajustement » (au sens du paragraphe 14(5) L.I.R.) – à savoir, de façon générale, le début de sa première année d'imposition commençant après le 30 juin 1988 – sont incluses dans le montant pouvant éventuellement faire l'objet d'une récupération.

L'application de l'alinéa 88(1)c.1) L.I.R. à une société mère est analogue à l'application des alinéas 85(1)d.1) et d.11) L.I.R. à une société cessionnaire.

11.2. LA MODIFICATION AUX SOUS-ALINÉAS 88(1)c.3)(vi) ET (vii) L.I.R.

L'alinéa 88(1)c) L.I.R. prévoit, de façon générale, que le coût, pour la société mère, de chaque bien qu'elle obtient à l'occasion de la liquidation d'une filiale correspond au produit de disposition du bien majoré pour la filiale, lorsque le bien est une immobilisation et n'est pas un bien non admissible, d'un montant déterminé selon l'alinéa 88(1)d) L.I.R. relativement au bien. Les « biens non admissibles » sont énumérés aux sous-alinéas 88(1)c)(iii) à (vi) L.I.R. Selon le sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R., sont compris parmi les biens non admissibles les biens distribués à la société mère à l'occasion de la liquidation si, dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la liquidation, les biens, ou des biens acquis en remplacement de ces biens, ont été acquis par une ou des personnes visées à la division 88(1)c)(vi)(B) L.I.R. La notion de bien acquis en remplacement d'un bien distribué lors de la liquidation (le « bien de remplacement ») s'entend au sens habituel ainsi qu'au sens élargi prévu à l'alinéa 88(1)c.3) L.I.R.

Selon l'alinéa 88(1)c.3) L.I.R., sont compris parmi les biens de remplacement les biens visés aux sous-alinéas 88(1)c.3)(i) et (ii) L.I.R., mais non les biens visés aux sous-alinéas 88(1)c.3)(iii) à (v) L.I.R. Selon le sous-alinéa 88(1)c.3)(i) L.I.R., est un bien de remplacement pour l'application de la division 88(1)c)(vi)(B) L.I.R. le bien (sauf un « bien déterminé ») appartenant à une personne après l'acquisition du contrôle de la filiale et dont la JVM est attribuable en tout ou en partie à un bien distribué à la société mère lors de la liquidation. Le sous-alinéa 88(1)c.3)(iv) L.I.R. fait en sorte que le bien qui serait considéré comme un bien de remplacement au sens habituel de ce terme ne soit pas considéré comme un bien de remplacement s'il n'appartient pas à la personne après l'acquisition de contrôle.

Les notes explicatives à ce sujet présentent un exemple illustrant l'application du sous-alinéa 88(1)c.3)(iv) L.I.R. à une situation comportant une cristallisation du revenu protégé avant une prise de contrôle. Dans cet exemple, S ltée, société canadienne imposable, possède 15 % de T ltée, société canadienne imposable ouverte. Une autre société (P ltée) fait une offre d'achat pour l'ensemble des actions de T ltée. En prévision de la vente des actions de T ltée, S ltée constitue Nouvelle ltée et transfère à celle-ci, dans le cadre d'une opération à impôt différé en vertu de l'article 85 L.I.R., l'ensemble de ses actions de T ltée en échange d'actions de Nouvelle ltée. Le PBR des actions de Nouvelle ltée et le CV à leur titre sont majorés d'un montant égal au revenu dit « protégé » attribuable aux actions de T ltée.

Aussitôt après, S ltée vend les actions de Nouvelle ltée à P ltée en contrepartie d'argent et Nouvelle ltée est liquidée dans P ltée.

Ainsi, dans cet exemple, les modifications au sous-alinéa 88(1)c.3)(iv) L.I.R. fait en sorte que les actions de Nouvelle ltée ne sont pas considérées comme des biens de remplacement puisque S ltée n'était pas propriétaire des actions de Nouvelle ltée après l'acquisition du contrôle de cette dernière par P ltée. Toutefois, si T ltée devait par la suite être liquidée dans P ltée, les immobilisations non amortissables appartenant à T ltée au moment où elle fait l'objet d'une acquisition de contrôle seraient des biens non admissibles puisque, dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la liquidation de T ltée, des biens remplaçant ces immobilisations (à savoir, 15 % des actions de T ltée) auraient été acquis par un actionnaire déterminé de T ltée (soit Nouvelle ltée) et auraient appartenu à Nouvelle ltée après l'acquisition du contrôle de T ltée.

Les nouveaux sous-alinéas 88(1)c.3)(vi) et (vii) L.I.R., qui s'appliquent aux liquidations commençant après 1997, font en sorte que certaines actions ou dettes ne puissent être considérées comme des biens de remplacement même si elles appartiennent à un actionnaire déterminé après l'acquisition du contrôle de la filiale. L'alinéa 88(1)c.3)(vi) L.I.R. prévoit que les actions ou dettes de la filiale ne seront pas des biens de remplacement si elles appartenaient à la société mère immédiatement avant la liquidation de la filiale. Ainsi, dans l'exemple ci-dessus, les actions de T ltée, qui appartenaient à P ltée immédiatement avant la liquidation de T ltée, ne seraient pas considérées comme des biens de remplacement.

Le sous-alinéa 88(1)c.3)(vii) L.I.R. prévoit qu'une action ou une dette d'une société n'est pas considérée comme un bien de remplacement si sa JVM n'est pas attribuable, après le début du processus de liquidation, à un bien acquis par la société mère à l'occasion de la liquidation. Cette exemption s'appliquera notamment dans le cas où un particulier, Mme S, actionnaire déterminé de T ltée, constituerait Nouvelle ltée en prévision de la prise de contrôle de T ltée et transfère les actions de T ltée à Nouvelle ltée. Par la suite, Mme S transfère les actions de Nouvelle ltée à S ltée. Immédiatement après l'augmentation du PBR des actions de Nouvelle ltée (c'est-à-dire une fois achevée la cristallisation du revenu protégé), S ltée vend les actions de Nouvelle ltée à P ltée. Dans ce scénario, les actions de S ltée appartenant à Mme S après la vente ne seraient pas considérées comme des biens de remplacement par l'effet du nouveau sous-alinéa 88(1)c.3)(vii) L.I.R.

11.3. LA MODIFICATION AU SOUS-ALINÉA 88(1)c.4)(i) L.I.R.

L'alinéa 88(1)c.4) L.I.R. précise en quoi consiste un « bien déterminé » pour l'application des sous-alinéas 88(1)c.3)(i) et (v) L.I.R. Les biens déterminés sont exclus du sens élargi qui est donné aux termes « bien de remplacement » par le sous-alinéa 88(1)c.3)(i) L.I.R. Le sous-alinéa 88(1)c.4)(i) L.I.R. est modifié de façon à comprendre parmi les biens déterminés les actions de la société mère émises pour une contrepartie qui ne comprend que de l'argent. Par suite de cette modification, qui s'applique aux liquidations commençant après 1999, l'actionnaire déterminé qui participe à une prise de contrôle en acquérant des actions de la société mère en contrepartie d'argent ne sera pas considéré comme ayant acquis un bien de remplacement au sens du sous-alinéa 88(1)c.3)(i) L.I.R.

11.4. POSITION ADMINISTRATIVE

La situation de liquidation d'une société canadienne a fait l'objet de commentaires de la part de l'ADRC[61] visant à préciser sa position sur le sujet.

Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-126R2[62], lorsque la dissolution officielle d'une société n'est pas complète, mais que tout indique que la société sera bientôt dissoute, la société est réputée avoir été liquidée aux fins des paragraphes 88(1) et (2) L.I.R.

Toutefois, dans une récente interprétation technique[63], l'ADRC a indiqué qu'aux fins du paragraphe 88(1.1) L.I.R., elle ne considère pas qu'une société ait été liquidée tant qu'elle n'a pas été formellement dissoute. Lorsqu'une filiale (société canadienne) est liquidée, l'application du paragraphe 88(1.1) L.I.R. permet à la société mère, dans le calcul de son revenu imposable pour toute l'année d'imposition commençant après le début de la liquidation, de déduire ses pertes autres que des pertes en capital. L'interprétation technique mentionne que la société mère peut réclamer les pertes de la filiale en produisant une déclaration de revenu modifiée pour

---

61 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 45:1-46, à la page 45:32.

62 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-126R2, « Signification de "liquidation" », 20 mars 1995, par. 5.

63 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0067105, 19 mars 2001.

toute année d'imposition commençant après le début de la liquidation qui fut produite avant que la filiale soit formellement dissoute.

Toutefois, dans la situation où la liquidation d'une société n'est pas réglée pour plusieurs années et que la société mère réclame une perte autre qu'une perte en capital de sa filiale dans le calcul de son revenu imposable pour sa première année d'imposition commençant après le début de la liquidation, l'ADRC pourrait établir une nouvelle cotisation afin de refuser la perte.

De plus, dans le cas où la société mère attendrait que sa filiale soit dissoute avant de demander une nouvelle cotisation d'une année donnée afin de réclamer une perte de sa filiale et la société mère a alors droit à un remboursement d'un « paiement en trop », au sens de cette expression au paragraphe 164(7) L.I.R., l'ADRC calculerait les intérêts sur le montant du remboursement de tout « paiement en trop », en vertu du paragraphe 164(3) L.I.R., au taux prescrit prévu à l'article 4301 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[64]. En général, le calcul des intérêts commence à la dernière des dates suivantes : i) la date à laquelle il y a eu « paiement en trop »; ii) le 120e jour suivant la fin de l'année d'imposition de la déclaration à être modifiée, si celle-ci a été produite à temps; ou iii) la date à laquelle la déclaration à être modifiée a effectivement été produite, si elle a été produite en retard. Les intérêts sont calculés sur ce montant jusqu'au jour où le « paiement en trop » est remboursé ou affecté à d'autres obligations.

Dans une situation comme celle qui est soumise, lorsque le « paiement en trop » d'une société mère résulte d'un report prospectif prévu à l'article 111 L.I.R., d'une perte de la filiale dans la déclaration pour une année d'imposition de la société mère qui commence après le début de la liquidation, l'ADRC considère que la date à laquelle il y a eu « paiement en trop », prévue au paragraphe 164(3) L.I.R., par la société mère est la dernière des dates suivantes : i) la date de production de la demande d'ajustement de la société mère faite après le jour de la dissolution formelle de la filiale; ou ii) la date de production de la demande d'ajustement de la société mère faite après la production de la déclaration de revenu de la filiale pour l'année d'imposition dans laquelle la perte a été subie. Donc, en général dans une situation semblable, les intérêts sur remboursement ne seraient pas calculés à partir de la production de la déclaration initiale de la société mère mais bien à partir du moment où la société mère produit une demande de redressement après la dissolution de la filiale.

---

64 C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

De plus, la réclamation par une société mère d'une perte d'une filiale dissoute n'est pas une des circonstances prévues au paragraphe 152(4) L.I.R. Conséquemment, l'ADRC ne pourrait pas établir une nouvelle cotisation pour la première année d'imposition de la société mère commençant après le début de la liquidation si la « période normale de nouvelle cotisation » applicable au contribuable pour cette année d'imposition est expirée. Toutefois, la société mère pourrait protéger son droit de modifier une déclaration de revenus pour une année d'imposition commençant après le début de la liquidation en produisant une renonciation au cours de la « période normale de nouvelle cotisation » prévue au sous-alinéa 152(4)a)(ii) L.I.R. Cependant, l'alinéa 164(1)b) L.I.R prévoit qu'une demande de remboursement doit être faite par écrit au cours de la période pendant laquelle l'ADRC pourrait établir, aux termes du paragraphe 152(4) L.I.R., une cotisation concernant l'impôt payable en vertu de la Partie I L.I.R. pour l'année, s'il n'était pas tenu compte de l'alinéa 152(4)a) L.I.R., c'est-à-dire sans tenir compte de la production d'une renonciation au cours de la « période normale de nouvelle cotisation » applicable au contribuable. Il s'ensuit donc que, techniquement, même si une société produisait une renonciation au cours de la « période normale de nouvelle cotisation », elle ne pourrait pas obtenir un remboursement d'un « paiement en trop » au-delà de la « période normale de nouvelle cotisation » qui lui est applicable pour une année d'imposition donnée. Mais si une renonciation a été produite par une société, comme mentionné précédemment, et si le délai pour procéder à un remboursement est expiré, l'ADRC a mentionné qu'elle était disposée à prendre les circonstances particulières d'un cas donné en considération avant de prendre une décision finale.

12. LES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 116 L.I.R.

L'article 116 L.I.R. prévoit qu'un non-résident peut obtenir un certificat aux fins de la disposition d'un bien canadien imposable (autre qu'un bien exclu), et ce, afin d'éviter à l'acheteur la responsabilité du paiement d'une somme correspondant à 25 % du prix d'acquisition.

L'application de cette disposition est pertinente dans un contexte de réorganisation d'entreprise puisque l'ADRC considère que les exigences de l'article 116 L.I.R. doivent être respectées même lors d'une transaction de roulement visée par l'un des articles 51, 85.1 ou 86 L.I.R.[65]

---

[65] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0156945, 11 octobre 2002.

L'ADRC s'est penchée sur l'application de l'article 116 L.I.R. dans le cadre d'une récente interprétation technique[66] venant confirmer que même si certains échanges d'actions sont réputés, selon l'alinéa 51(1)a) L.I.R., ne pas constituer une disposition, le paragraphe 51(1) L.I.R. ne stipule pas que cet échange est réputé ne pas constituer une acquisition du bien échangé. Il y aurait donc, selon l'ADRC, acquisition par la corporation de ses propres actions, donnant ainsi ouverture à l'application du paragraphe 116(5) L.I.R.

Ainsi, dans la mesure où s'effectue un échange ou un rachat d'actions détenues par une personne non résidente, qui est un bien canadien imposable et qui n'est pas un bien exclu, il faut considérer l'obtention du certificat visé par l'article 116 L.I.R.

13. LA RGAÉ

Dans le cadre d'un remboursement du IMRTD, l'ADRC s'est prononcée[67] sur l'application de la RGAÉ à la situation suivante : une société n'a plus aucun actif ni passif à son bilan mais il existe cependant un solde d'IMRTD. Dans le but de récupérer ce solde, la société verse un dividende en actions à ses actionnaires. Une fois le remboursement au titre de dividendes encaissé, la société rachète une partie des actions nouvellement émises. Le coût des actions non rachetées procurera une perte en capital aux actionnaires. Les actionnaires ont ainsi payé un impôt correspondant à peu de chose près à l'impôt récupéré par la société.

L'ADRC a considéré que le paragraphe 129(1.2) L.I.R. pourrait s'appliquer puisque la société verse des dividendes en actions à ses actionnaires dans le but de récupérer le solde d'IMRTD. De plus, l'alinéa 248(5)b) L.I.R. édicte que, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une action reçue à titre de dividendes en actions sur une autre action du capital-actions d'une société est réputée être un bien substitué à cette autre action. En conséquence, le dividende en actions versé sur une action du capital-actions de la société dans la situation décrite ci-dessus serait réputé ne pas être un dividende imposable s'il s'avérait que l'actionnaire donné avait acquis l'action sur laquelle est versé le dividende en actions ou les actions nouvellement émises dans le cadre de ce dividende en actions par une opération, ou dans le cadre d'une série d'opérations, dont un des principaux

---

66 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0070415F, 28 mars 2001.

67 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 26, pp. 57:24-25, question 10.

objets consistait à permettre à la société d'obtenir un remboursement au titre de dividendes.

CONCLUSION

Bien qu'il soit impossible d'analyser en détail toutes les modifications législatives et administratives survenues aux cours des dernières années et pouvant avoir un impact sur les réorganisations d'entreprises, nous avons fait une analyse de quelques situations pour lesquelles la législation, les tribunaux et les autorités ont eu des positions parfois très restrictives ou, au contraire, plus favorables envers les contribuables. Compte tenu de la multitude de règles entourant les transactions de réorganisation d'entreprise, chaque situation doit être analysée à la lumière de la législation, de la jurisprudence et des positions administratives se rapportant à un ensemble de faits précis.

De plus, bien que l'objet de ce texte ne vise pas à couvrir toutes les subtilités de la RGAÉ, il faut se rappeler, avant de mettre la dernière main à la planification d'une réorganisation, qu'en plus des considérations fiscales entourant les transactions proposées, il faut tenir compte de l'application possible des dispositions générales de l'article 245 L.I.R.

PANEL SUR L'INCORPORATION DES PROFESSIONNELS

Pierre Jean Beauregard
Avocat, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot
Prévost s.e.n.c.

Michel Turcot
Notaire, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot
Prévost s.e.n.c.

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

Sylvain Moreau
CGA, Pl. Fin., D. Fisc.
Pratte, Bélanger
comptables agréés inc.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PIERRE JEAN BEAUREGARD, MICHEL TURCOT)
Nouvelles options pour l'organisation fiscale, financière et juridique des professionnels : les SPA et les SENCRL

INTRODUCTION 31:7

1. DESCRIPTION DES CONCEPTS 31:8

1.1. EXIGENCE D'UN RÈGLEMENT 31:9
1.2. CONSTATATIONS 31:10

2. PRINCIPAUX ENJEUX 31:11

2.1. PLANIFICATION FINANCIÈRE ET FISCALE 31:11
2.2. STRUCTURE ORGANISATIONNELLE 31:12
2.3. RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE 31:12
2.4. IMPUTABILITÉ 31:13
2.5. NOUVEAU DROIT CORPORATIF 31:14
2.6. MULTIDISCIPLINARITÉ 31:14

3. ANALYSE DU CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS* ET DU RÈGLEMENT 31:15

3.1. CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS* 31:15
3.2. RÈGLEMENTS 31:15
3.2.1. Notaires 31:15
3.2.2. Avocats 31:22
3.2.3. Comptables agréés 31:25
3.2.4. Médecins 31:31
3.3. ASPECTS CORPORATIFS DES SPA 31:34
3.3.1. Juridiction 31:35
3.3.2. Statuts 31:35
3.3.3. Règlements 31:36
3.3.4. Dénomination sociale 31:37
3.3.5. Capital social 31:37
3.3.6. Dirigeants 31:38
3.3.7. Convention entre actionnaires 31:38

4. FISCALITÉ 31:38

4.1. IMPACT DES TAUX D'IMPÔT CORPORATIFS 31:39
4.1.1. Description des taux d'impôt sur le revenu de profession 31:39
4.1.2. Pleine distribution sous forme de dividendes 31:39
4.1.3. Fractionnement du revenu de dividendes 31:42

4.1.4. Accumulation de revenus dans la SPA 31:42
4.1.5. Paiement d'un salaire 31:44
4.1.6. Revenu de profession provenant d'une SENC 31:44
4.1.7. Revenus bénéficiant du congé fiscal au Québec 31:45
4.1.8. Revenus d'un employé incorporé 31:46
4.1.9. Revenus de placement 31:48
4.2. EXONÉRATION DE GAIN EN CAPITAL SUR LES ACTIONS DE LA SPA 31:48
4.3. RÉSERVE DU 31 DÉCEMBRE 1995 ..... 31:49
4.4. PAIEMENT DES DÉPENSES NON DÉDUCTIBLES 31:50
4.5. TAXE SUR LE CAPITAL 31:50
4.6. TRANSFERT DE LA PRATIQUE EXISTANTE 31:51
4.6.1. Actifs transférés 31:51
4.6.2. Contrepartie pour les actifs 31:53
4.6.3. Choix du moment du transfert et de la fin d'année 31:53
4.6.4. Règles antiévitement 31:54
4.6.5. Nécessité de refléter les changements 31:55
4.6.6. Règles particulières s'appliquant aux SENC 31:55
4.7. SORT DES SOCIÉTÉS DE GESTION EXISTANTES 31:55
4.8. STRUCTURE FISCALE OPTIMALE 31:56

CONCLUSION 31:58

PARTIE B (LUC LACOMBE, SYLVAIN MOREAU)
Incorporation des professionnels – Aspects fiscaux

INTRODUCTION 31:60

1. MÉTHODES ANALYSÉES 31:61

1.1. TRANSFERT DES ACTIFS D'UNE SENC À UNE SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC 31:62
1.1.1. Méthode 31:62
1.1.2. Transfert 31:65
1.1.3. Liquidation de la SENC 31:66
1.2. LIQUIDATION DE LA SENC ET TRANSFERT DES ACTIFS À LA SPA 31:72
1.2.1. Méthode 31:72
1.2.2. Constat 31:74
1.3. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC 31:74
1.3.1. Méthode 31:74
1.3.2. Commentaires 31:74
1.3.3. Autres considérations 31:76

1.3.4. Constat 31:77
1.4. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET MAINTIEN DE LA SENC 31:78
1.4.1. Méthode 31:78
1.4.2. Commentaires 31:79
1.4.3. Autres considérations 31:79
1.5. AUTRES ÉLÉMENTS DE DISCUSSION 31:80
1.5.1. Choix des travaux en cours 31:80
1.5.2. Date de fin d'exercice de la SPA 31:81
1.5.3. Transfert dans plusieurs SPA 31:83
1.5.4. Déduction à l'égard du gain en capital 31:84
1.5.5. Choix du 22 février 1994 ..... 31:85
1.5.6. Somme convenue supérieure au coût fiscal 31:88
1.5.7. Congé fiscal au Québec 31:90
1.5.8. Société de gestion 31:92
1.5.9. Taxes de vente 31:92
1.5.10. Pertes apparentes 31:92
1.5.11. Règles d'association 31:93
1.6. AVANTAGES ÉCONOMIQUES 31:94

2. RÉSUMÉ 31:96

CONCLUSION 31:98

ANNEXE A 31:99

ANNEXE B 31:102

ANNEXE C 31:103

ANNEXE D 31:104

ANNEXE E 31:105

ANNEXE F 31:106

ANNEXE G 31:107

ANNEXE H 31:108

ANNEXE I 31:109

PARTIE A
Nouvelles options pour l'organisation fiscale, financière et juridique des professionnels : les SPA et les SENCRL

Pierre Jean Beauregard, avocat, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot Prévost s.e.n.c.

Michel Turcot, notaire, M. Fisc.
Watson Poitevin Turcot Prévost s.e.n.c.

INTRODUCTION*

À la suite de nombreux et constants efforts consacrés par le gouvernement du Québec, l'Office des professions et divers ordres professionnels impliqués dont le Barreau du Québec, l'Ordre des comptables agréés du Québec et la Chambre des notaires du Québec, tous les professionnels du Québec pourront éventuellement offrir leurs services par l'entremise d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée. En effet, la Loi 169 intitulée *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*[1] fut sanctionnée le 21 juin 2001, ouvrant ainsi une ère nouvelle dans l'économie des services professionnels.

Cette législation vise principalement à répondre à trois préoccupations qui ont été manifestées par les professionnels.

La première découle de la responsabilité solidaire, attribut de la société en nom collectif (ci-après « SENC »). En effet, le risque pour un professionnel de recevoir une mise en demeure relativement à une faute commise par l'un de ses associés, à laquelle il n'a pas contribué, devient de plus en plus élevé. Il est vrai que ce risque peut être moindre, ou à tout le moins plus facile à évaluer, lorsqu'il s'agit d'une SENC composée d'un nombre restreint de professionnels. Toutefois, plus les associés sont nombreux, et plus la répartition géographique des bureaux à partir desquels les services sont rendus est étendue, plus ce risque augmente.

---

* Ce texte est partiellement tiré du Cours de perfectionnement du Notariat, auquel ont participé les auteurs du présent article en avril 2003, avec le consentement de la Chambre des notaires du Québec.

1 L.Q. 2001, c. 34 (ci-après « la Loi 169 »).

Ce problème n'est pas réservé uniquement aux professionnels œuvrant au Québec. Nos voisins du sud, de même que ceux de la plupart des autres provinces ont eu à faire face à ce type de difficulté. C'est pourquoi la plupart d'entre eux ont accepté de limiter cette responsabilité professionnelle solidaire. Cela a contribué à faire modifier la législation québécoise, système juridique compétitif oblige.

Quant à la deuxième préoccupation, elle découle du principe voulant que la plupart des professionnels n'ont historiquement pas eu le droit d'offrir leurs services par l'entremise d'une société par actions. De ce fait, ils n'ont jamais pu joindre le rang des autres communautés d'affaires qui jouissent des attributs rattachés à ce véhicule juridique, notamment la personnalité juridique distincte et le traitement fiscal qui lui est réservé.

Finalement, les règles qui limitent le regroupement des membres de divers ordres professionnels ne représentent plus la nouvelle économie. Le regroupement de services complémentaires en un « guichet unique » constitue un attrait indéniable et requiert une mise à jour du cadre juridique de façon à permettre la multidisciplinarité.

1. DESCRIPTION DES CONCEPTS

Les concepts retenus par le législateur québécois afin d'apporter une réponse aux préoccupations soulevées sont les suivants :

- la société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL »);

- la société par actions (ci-après « SPA »), amputée partiellement de son statut de personnalité juridique distincte.

Voici l'essentiel de ce qui distingue la SENCRL de la SENC, une étude plus détaillée est abordée subséquemment.

La SENCRL est une société en nom collectif, dont le professionnel qui en est membre est, à l'égard des actes professionnels posés, uniquement responsable des fautes ou négligences commises par lui, son préposé ou son mandataire dans l'exercice de ses activités professionnelles, faisant ainsi disparaître la responsabilité professionnelle solidaire à cet égard. Ainsi, le professionnel nullement impliqué dans une faute professionnelle commise par un membre de la SENCRL ne sera pas tenu responsable et ne sera pas dans l'obligation d'indemniser la victime à même son patrimoine personnel. Par ailleurs, soulignons que les actifs appartenant à la SENCRL demeurent

assujettis à l'obligation d'acquitter une créance résultant d'une telle faute ou négligence. Autrement dit, la responsabilité de la SENCRL pourra être engagée au même titre que le professionnel fautif.

La disparition de la responsabilité solidaire en relation avec les actes professionnels posés au sein d'une SENCRL est un gain notable, mais il faut considérer le fait que la responsabilité solidaire demeure inchangée à l'égard de tous les autres engagements contractés par la société, ou par les membres qui la composent, dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise[2]. De même, les actes professionnels posés antérieurement à la continuation de la SENC en SENCRL demeurent assujettis à la responsabilité solidaire. Cette transition comporte donc un double régime de responsabilité.

Quant à la société par actions réservée aux professionnels, ce qui la caractérise fondamentalement par rapport à toute autre société par actions, c'est le fait que l'actionnaire ayant rendu un service professionnel, soit personnellement, soit par l'entremise d'un préposé ou d'un mandataire, est assujetti à la responsabilité d'une faute ou négligence qui pourrait en découler, et doit en répondre à même son propre patrimoine. Cette caractéristique signifie l'ajout d'une autre exception au principe de la personnalité juridique distincte de la SPA[3], principe que l'on retrouve aux articles 298 et 309 C.c.Q. Par ailleurs, la responsabilité de la SPA sera engagée en raison des actes professionnels qui seront posés par ses employés ou mandataires, par exemple ses actionnaires. Encore une fois, les obligations contractées par les professionnels antérieurement à la constitution de la SPA demeureront leur propre responsabilité, le nouveau régime ne pouvant avoir d'effet rétroactif.

1.1. EXIGENCE D'UN RÈGLEMENT

L'exercice des activités professionnelles par l'entremise de ces nouvelles entités juridiques hybrides[4] repose sur le respect des trois conditions suivantes :

- le bureau de l'Ordre autorise ses membres à offrir leurs services professionnels aux conditions qu'il détermine par règlement[5];

---

2 *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 187.12.

3 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 317.

4 Ces entités juridiques sont parfois collectivement identifiées sous l'expression « société professionnelle ».

5 *Code des professions*, art. 187.11, par. 1.

- les membres fournissent et maintiennent, pour cette société, une garantie contre leur responsabilité professionnelle conforme aux exigences prescrites dans un règlement pris par le bureau[6];

- les membres déclarent exercer ainsi leurs activités professionnelles conformément aux conditions et modalités prévues par le règlement pris par le bureau[7].

1.2. CONSTATATIONS

Le premier grand principe retenu consiste à maintenir la responsabilité découlant d'un acte professionnel au niveau du professionnel, protection du public oblige. Cela implique également que le professionnel, dans l'exercice de sa profession, demeure imputable vis-à-vis de son ordre professionnel. Ainsi, c'est le professionnel qui fera toujours l'objet d'une inspection professionnelle, et non la SPA. L'article 187.19 du *Code des professions* illustre ce principe. Le législateur n'a pas cru bon d'exiger que la SPA soit dotée d'un permis d'exercice ou d'un certificat.

En second lieu, le législateur québécois s'est principalement contenté d'établir les principes de base régissant les règles du jeu en matière de responsabilité professionnelle. Il laisse à chacun des ordres professionnels le soin d'établir les conditions et modalités devant régir tous les autres aspects, par règlement. Comme il se doit, les autorités gouvernementales se réservent le soin de revoir le règlement en question et peuvent y apporter les modifications qu'elles jugent appropriées avant son entrée en vigueur.

C'est dans ce contexte que certains projets de règlements ont été soumis par des ordres professionnels à leurs membres pour consultation, pour ensuite prendre le chemin usuel en vue d'une prochaine mise en vigueur.

Le présent texte porte sur les projets de règlement et règlements suivants:

- le Projet de règlement adopté par le bureau de l'Ordre de la Chambre des notaires du Québec le 28 février 2003 intitulé *Règlement sur l'exercice de la profession de notaire en société* (ci-après « *Règlement de la Chambre des notaires du Québec* »);

---

6 *Id*., par. 2.

7 *Id*., par. 3.

- le Projet de règlement adopté par le Conseil général du Barreau du Québec et publié dans la partie 2 de la *Gazette officielle du Québec* le 5 février 2003, 135e année, no 6 (ci-après « *Règlement du Barreau* »);

- le Projet de règlement adopté par le Collège des médecins et publié dans la partie 2 de la *Gazette officielle du Québec* le 3 septembre 2003, 135e année, no 36 (ci-après « *Règlement du Collège des médecins* »);

- le *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société* publié le 5 février 2003 et entré en vigueur le 20 février 2003 (ci-après « *Règlement des comptables agréés* »).

Il va de soi qu'il faudra suivre l'évolution du texte de ces règlements jusqu'au moment de leur mise en vigueur, le cas échéant, afin d'y déceler les modifications qui y seront éventuellement apportées.

Cette mise en contexte étant faite, nous abordons maintenant la description des principaux enjeux pour ensuite procéder à l'analyse du chapitre VI.3 du *Code des professions* et des règlements.

Vient ensuite l'étude des considérations fiscales rattachées à l'utilisation des sociétés professionnelles.

2. PRINCIPAUX ENJEUX

À partir du moment où un ordre professionnel accepte que ses membres puissent avoir recours aux nouvelles sociétés professionnelles, cela implique inévitablement que des membres de cet ordre remettront en question le mode juridique d'exploitation de leur entreprise.

2.1. PLANIFICATION FINANCIÈRE ET FISCALE

Il va sans dire que l'analyse coût/bénéfice de la migration du mode d'exploitation d'une entreprise professionnelle dans un tel contexte constitue la pierre angulaire permettant d'effectuer le choix le plus judicieux.

Quels seront les coûts reliés à l'utilisation d'une SPA?

- Frais annuels à l'Inspecteur général des institutions financières (ci-après « IGIF »);

- états financiers annuels (déplacement de la dépense);

- déclarations de revenus annuelles;
- frais de transition :
  - constitution d'une SPA;
  - transfert d'actifs;
- impôt sur le revenu et taxe sur le capital;
- assurance responsabilité professionnelle.

Cette nomenclature illustre certains des facteurs devant être pris en considération en vue d'un éventuel changement.

2.2. STRUCTURE ORGANISATIONNELLE

Outre l'analyse financière et fiscale propre à chacun des professionnels, il convient de tenir compte également de la stratégie adoptée par le professionnel en fonction de ses objectifs. Pensons au professionnel œuvrant seul dont la simplicité de l'organisation constitue l'un des atouts à son efficacité; la SPA peut-elle déstabiliser l'environnement auquel il est habitué? Pensons aussi à ceux et celles qui utilisent actuellement une société par actions parallèlement à leur SENC afin de rendre des services de gestion à leur société professionnelle. Cela implique une double comptabilité, un système de facturation efficace et bien souvent une convention entre actionnaires intégrée au contrat de société. Serait-il approprié de « fusionner » toutes les activités au sein d'une seule entité, ne serait-ce que pour simplifier l'organisation du travail?

2.3. RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

La responsabilité professionnelle demeure un enjeu de taille et, par conséquent, les produits que vont offrir les assureurs devront recevoir toute notre attention. La disparition de la responsabilité professionnelle solidaire des associés d'une SENC, les exigences découlant de la Loi 169 et des règlements et le régime transitoire sont certes des facteurs influents qui vont fournir suffisamment de matière à réflexion aux assureurs et, par conséquent, aux professionnels.

Outre la responsabilité personnelle du professionnel résultant d'une faute ou négligence qu'il a commise, le législateur déclare à l'article 187.11,

paragraphe 2° du *Code des professions* qu'un membre exerçant ses activités professionnelles au sein d'une société professionnelle doit fournir et maintenir, pour cette société, une garantie contre la responsabilité professionnelle conforme aux exigences édictées par l'ordre professionnel, par règlement.

La couverture d'assurance minimale exigée de la société est de 1 M$, mais elle peut être réduite à 500 000 $ pour le professionnel pratiquant seul si le règlement adopté par l'ordre concerné le prévoit.

Ainsi, le nouveau contrat d'assurance responsabilité doit couvrir le professionnel pour le montant minimum exigé par la loi et, parallèlement, la SENCRL ou la SPA, selon le cas, doit souscrire auprès du même assureur, ou par un contrat d'assurance distinct ou de cautionnement auprès d'un autre assureur, à une garantie excédentaire au contrat de base d'un montant minimum correspondant à celui fixé par le règlement.

L'une des questions importantes qui demeure en suspens pour le moment consiste à déterminer si une seule police d'assurance (excédentaire de 1 M$) peut couvrir l'ensemble des sociétés professionnelles faisant partie d'un même groupe ou si une police d'assurance doit être émise pour chacune d'elles. Cela pourrait être le cas d'une SENCRL dont les associés sont des SPA autorisées à rendre des services professionnels.

Aussi, une attention particulière devra être portée à la couverture des actes professionnels antérieurs à la création de la société professionnelle, ainsi qu'aux réclamations présentées dans les cinq ans qui suivent la période de garantie au cours de laquelle un membre de la société décède, quitte la société ou cesse d'être membre de l'ordre concerné. En effet, les assureurs ne semblent pas, pour le moment, très enthousiastes en ce qui a trait à ce type de conditions, de sorte qu'au moment d'écrire ces lignes, ils les remettent en question.

2.4. IMPUTABILITÉ

Le *Code des professions* et les règlements consacrent le principe voulant que le professionnel demeure imputable de ses actes professionnels vis-à-vis de ses clients, mais également de l'ordre duquel il relève.

Par exemple, la société doit permettre au notaire d'exercer ses activités professionnelles dans le respect des principes d'impartialité et du secret

professionnel inhérents à ce rôle, et de façon plus générale, dans le respect de la *Loi sur le notariat*[8].

Autre exemple, l'article 187.19 du *Code des professions* prévoit que le membre d'un ordre ne peut invoquer des décisions ou des actes de la société par actions au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles pour justifier un manquement à une disposition du *Code des professions*, de la loi constituant l'ordre dont il est membre ou des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi.

Malgré le maintien du lien de droit entre le professionnel et l'ordre duquel il relève, les règlements requièrent un engagement de la société professionnelle à donner accès aux documents qui la concernent (par exemple : registre complet et à jour des valeurs mobilières) aux personnes, comités et tribunal mentionnés à l'article 192 du *Code des professions*.

2.5. NOUVEAU DROIT CORPORATIF

Le fait que chaque ordre professionnel soit libre d'adopter par règlement les conditions relatives aux SPA qui conviennent le mieux à la protection du public et aux professionnels qui en sont membres, suppose inévitablement qu'un nouveau droit corporatif pointe à l'horizon. En effet, il faudra être attentif à la juridiction requise, aux mentions exigées dans les statuts, à une description de capital social approprié, à l'adoption de règlements généraux adaptés, à la tenue de registres à jour, etc. Imaginez la constitution d'une SPA regroupant des membres de trois différents ordres professionnels dont les exigences réglementaires divergent de façon substantielle!

C'est ce que nous allons voir plus loin.

2.6. MULTIDISCIPLINARITÉ

Les regroupements multidisciplinaires seront juridiquement possibles, à tout le moins en ce qui concerne les ordres professionnels qui les auront acceptés. Les ordres professionnels qui l'acceptent doivent non seulement l'exprimer par le règlement portant sur les sociétés de professionnels, mais ils doivent également apporter les modifications requises à leur code de déontologie. Malgré la volonté exprimée par certains ordres professionnels d'accepter le concept de multidisciplinarité, les professionnels doivent à leur tour évaluer si les questions d'affaires seront compatibles.

---

[8] L.R.Q., c. N-3. Voir aussi *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 1.

3. ANALYSE DU CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS* ET DU RÈGLEMENT

3.1. CHAPITRE VI.3 DU *CODE DES PROFESSIONS*

Le professionnel membre d'un ordre professionnel qui entend exercer sa profession au sein d'une société professionnelle doit le déclarer à son ordre[9] et :

- fournir et maintenir, pour cette société, une garantie contre sa responsabilité professionnelle conforme aux exigences prescrites par un règlement pris par le bureau de l'Ordre[10];

- s'agissant d'une société en nom collectif à responsabilité limitée, il doit s'assurer que soit inscrite dans la dénomination sociale de la société l'expression « société en nom collectif à responsabilité limitée » ou le sigle « SENCRL[11] »; et

- le fait de choisir la SENCRL comme véhicule juridique à l'exercice des activités professionnelles doit être consigné dans un **contrat écrit**. Il en va de même lorsque la SENCRL cesse d'être à responsabilité limitée[12].

3.2. RÈGLEMENTS

Les conditions applicables aux SPA et SENCRL énoncées aux règlements complètent les exigences requises par le *Code des professions*. Le professionnel se doit de les respecter en tout temps.

3.2.1. Notaires

3.2.1.1. Respect des lois et règlements

Le notaire doit s'assurer que la société professionnelle au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles lui permette de respecter la *Loi sur le notariat* et tous les règlements pris en application de cette loi. Cela

---

9 *Code des professions*, art. 187.11, par. 3.

10 *Id.*, art. 187.11, par. 2.

11 *Id.*, art. 187.13.

12 *Id.*, art. 187.15.

comprend notamment le respect du secret professionnel et le principe d'impartialité inhérent au rôle d'officier public. Cela suppose, par exemple, et cela s'avère particulièrement vrai dans le cas des sociétés multidisciplinaires, que le notaire doit s'assurer que le contrat de société ou la convention entre actionnaires auquel il est partie ne comporte aucune disposition incompatible avec cette loi[13].

3.2.1.2. Droit de vote

La majorité des voix rattachées aux actions d'une SPA, au statut d'associé ou aux parts sociales de la SENCRL doit être détenue et exprimée par[14] :

- une ou plusieurs personnes membres d'un ordre professionnel[15];
- une SPA dont au moins 90 % des voix rattachées aux actions sont détenues et exprimées par une ou plusieurs personnes membres d'un ordre professionnel;
- une fiducie dont tous les fiduciaires sont des personnes membres d'un ordre professionnel; ou
- une combinaison des personnes ou des patrimoines qui précèdent.

3.2.1.3. Société exclusive

S'agissant d'une société professionnelle qui se présente exclusivement comme une société de notaires, il faut alors que la majorité des voix à laquelle il est fait référence au paragraphe précédent soit détenue et exprimée par[16] :

---

13 *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 1.

14 *Id.*, art. 2, par. 1.

15 Le *Règlement de la Chambre des notaires* précise qu'il doit s'agir d'un membre d'un ordre professionnel régi par le *Code des professions* ou d'un regroupement professionnel qui exerce un contrôle similaire à celui exercé par un ordre professionnel et qui apparaît en annexe A. Cette annexe couvre les ordres de comptables régis par une autre province canadienne, l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, le Bureau des services financiers, les ordres de juristes régis par une loi d'une autre province canadienne et l'Institut des actuaires du Canada.

16 *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 3, par. 1.

- un ou des notaires;
- une SPA dont au moins 90 % des voix rattachées aux actions sont détenues et exprimées par un ou plusieurs notaires;
- une fiducie dont tous les fiduciaires sont des notaires; ou
- une combinaison des personnes ou des patrimoines qui précèdent.

3.2.1.4. Administration

Les membres du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs d'une SENCRL sont en majorité des membres d'un ordre professionnel. De plus, pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs d'une société professionnelle, la majorité des membres présents pour engager celle-ci doit être composée de personnes membres d'un ordre professionnel[17].

S'agissant d'une société professionnelle qui se présente exclusivement comme une société de notaires, il faut alors que la composition du conseil d'administration soit majoritairement formée de notaires, alors que pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs, la majorité des membres présents pour engager celle-ci doit être composée de notaires[18].

3.2.1.5. Inscription – objet

Le notaire qui est associé, administrateur, dirigeant ou actionnaire de la société doit s'assurer que sont inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL, les conditions ci-dessus énoncées aux sections 3.2.1.1. à 3.2.1.4. et le fait que la société professionnelle est constituée aux fins d'exercer principalement des activités professionnelles[19].

---

[17] *Id.*, art. 2, par. 2.

[18] *Id.*, art. 3, par. 2.

[19] *Id.*, art. 2, par. 3 et art. 3, par. 3.

3.2.1.6. Autres conditions

Avant le début de l'exercice des activités professionnelles d'un notaire au sein d'une société professionnelle, il doit avoir acquitté les frais de 175 $ et fournir au secrétaire de l'Ordre :

- une déclaration selon le formulaire prévu à cet effet;

- la confirmation écrite d'une autorité compétente (l'assureur) attestant que la société professionnelle fait l'objet d'une garantie conforme au règlement;

- un engagement de la société professionnelle voulant qu'elle fournisse la documentation prévue à l'article 13 du règlement ou une copie conforme de tout tel document à la personne, comité ou tribunal mentionné à l'article 192 du *Code des professions*[20];

- une confirmation écrite donnée par chacune des autorités compétentes concernées attestant de l'existence d'une SPA et de l'immatriculation d'une SPA ou d'une SENCRL ou une copie conforme de la déclaration requise en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*[21] indiquant à quelle date la SENC est devenue SENCRL[22], le cas échéant.

La déclaration à laquelle il est fait référence ci-dessus doit être remplie par le notaire sous son serment professionnel et contenir les renseignements suivants :

- le nom et le numéro de membre du notaire et son statut au sein de la société professionnelle;

- le nom ou la dénomination sociale, ainsi que les autres noms utilisés au Québec par la société professionnelle au sein de laquelle exerce le notaire;

---

[20] *Id.*, art. 4, par. 5.

[21] L.R.Q., c. P-45.

[22] *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 4, par. 3, 4 et 6.

- le numéro de matricule de la société professionnelle attribué par l'Inspecteur général des institutions financières;

- la forme juridique de la société professionnelle;

- la déclaration doit comprendre une affirmation qui relate essentiellement que la société professionnelle se conforme aux conditions relatives au respect par le notaire de la *Loi sur le notariat* et de son devoir d'impartialité mentionnées à l'article 1 du règlement, de même qu'aux droits de vote, à la composition du conseil d'administration, au quorum et aux décisions exprimées par le conseil d'administration mentionnés ci-dessus;

- l'adresse du siège de la société professionnelle ainsi que l'adresse de ses établissements au Québec;

- s'agissant d'une société par actions, les noms et adresses domiciliaires de ses administrateurs et dirigeants, de même que les ordres desquels ils relèvent;

- s'agissant d'une SENCRL, les noms et adresses domiciliaires de tous les associés domiciliés au Québec, des administrateurs nommés par ces associés pour administrer la société, que ces derniers soient ou non domiciliés au Québec, de même que les ordres desquels ils relèvent;

- s'agissant d'une SENC qui est devenue une SENCRL, la date à laquelle ce changement est survenu.

3.2.1.7. Répondant

Lorsque plus d'un notaire exerce ses activités professionnelles au sein d'une même société professionnelle, une seule déclaration peut être complétée et remise au secrétaire de l'Ordre par un répondant pour l'ensemble des notaires de cette société[23]. Seul un notaire associé, administrateur, dirigeant ou actionnaire de la société professionnelle peut agir à titre de répondant[24].

---

[23] *Id.*, art. 6.

[24] *Id.*, art. 2, dernier alinéa.

Il importe de souligner que tous les notaires exerçant au sein de cette société demeurent toutefois pleinement responsables :

- de l'exactitude des renseignements fournis à l'égard du nom et du numéro de membre du notaire;
- de la déclaration relative à leur statut au sein de la société professionnelle;
- du nom et de la dénomination sociale utilisée par la société professionnelle; et
- du numéro de matricule décerné à cette société par l'Inspecteur général des institutions financières.

Pour conserver son droit d'exercer ses activités professionnelles au sein d'une société professionnelle, le notaire ou le répondant, le cas échéant, doit, avant le 31 mars de chaque année, mettre à jour et fournir la déclaration dont il est fait mention à la section 3.2.1.6. ci-dessus et acquitter les frais exigibles. Tel notaire ou répondant doit informer le secrétaire de l'Ordre, sans délai, de toute modification à la garantie relative à l'assurance responsabilité de la société ou aux informations transmises dans la déclaration abordée à la section 3.2.1.6. ci-dessus qui aurait pour effet de nuire au respect des conditions relatives aux droits de vote, à la composition du conseil d'administration ainsi qu'au quorum aux assemblées des administrateurs, comme stipulé aux sections 3.2.1.2. à 3.2.1.5. ci-dessus.

3.2.1.8. Avis

Un notaire exerçant ses activités professionnelles selon l'un des modes juridiques actuellement permis et qui désire utiliser l'une ou l'autre des nouvelles entités juridiques doit transmettre à ses clients, à l'égard desquels des dossiers sont en cours à la date de constitution de la SPA ou de la continuation d'une SENC en SENCRL, un avis écrit les informant de la nature et des effets de la modification du statut de la société au sein de laquelle il exerçait antérieurement ses activités professionnelles, notamment quant à sa responsabilité professionnelle et à celle de cette société[25].

---

[25] *Id.*, art. 12.

3.2.1.9. Interdictions et sanctions

Un membre exerçant sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL, qui ferait défaut de respecter l'une quelconque des dispositions du règlement qui lui sont applicables s'exposerait à des sanctions disciplinaires et pénales pouvant conduire jusqu'à sa radiation du tableau de l'Ordre. La radiation, même temporaire, ferait en sorte qu'il ne pourrait plus exercer sa profession au sein de cette SPA ou SENCRL, et qu'il perdrait le bénéfice de la responsabilité non solidaire de la SENCRL, de même que les attributs fiscaux rattachés à la SPA.

Par ailleurs, un administrateur, un dirigeant ou un représentant d'une SPA ne peut aider, ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amener un membre d'un ordre qui exerce ses activités professionnelles au sein d'une SPA, à ne pas respecter les dispositions du *Code des professions*, de la loi constituant l'Ordre dont le professionnel est membre et des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi[26].

L'interdiction stipulée à l'article 187.18 du *Code des professions* est assortie d'une sanction[27] selon laquelle un ordre professionnel peut, sur résolution du bureau ou du comité administratif, et conformément à l'article 10 du *Code de procédure pénale*[28], intenter une poursuite pénale à l'égard des contrevenants.

Si un notaire faisant partie d'une société professionnelle constate que l'une des conditions prévues au règlement ou au chapitre VI.3 du *Code des professions* n'est plus satisfaite, il doit, dans les 15 jours de ce constat, prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer, à défaut de quoi il cesse d'être autorisé à exercer ses activités au sein de cette société[29].

---

26 *Code des professions*, art. 187.18.

27 *Id.*, art. 189.1.

28 L.R.Q., c. C-25.1.

29 *Règlement de la Chambre des notaires du Québec*, art. 8.

3.2.2. Avocats

3.2.2.1. Respect des lois et règlements

Un membre du Barreau du Québec exerçant sa profession au sein d'une société professionnelle demeure lié par les obligations découlant du *Code des professions*, de la *Loi sur le Barreau*[30] et des règlements adoptés en vertu du Code ou de la Loi 169[31].

3.2.2.2. Droit de vote

En tout temps, plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions d'une SPA ou aux parts sociales d'une SENCRL sont détenus par :

a) - des membres du Barreau;

- des personnes régies par le *Code des professions*;

- des personnes visées à l'annexe A[32];

ou

b) des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par une ou plusieurs personnes visées au paragraphe a) ci-dessus;

c) une combinaison des personnes visées aux paragraphes a) et b) ci-dessus[33].

---

30 L.R.Q., c. B-1.

31 *Règlement du Barreau*, art. 6.

32 Les personnes figurant à l'annexe A du *Règlement du Barreau* sont : membre en règle de la Chambre de l'assurance des dommages, de la Chambre de la sécurité financière, d'un barreau constitué hors du Québec ou de l'Institut canadien des actuaires. Figurent également parmi ces personnes un agent de brevet inscrit auprès du Commissaire aux brevets aux termes de la *Loi sur les brevets*, L.R.Q. 1985, c. P-4 ou un agent de marques de commerce inscrit auprès du Registraire des marques de commerce aux termes de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13.

33 *Règlement du Barreau*, art. 5, par. 1.

Il convient de souligner que ce règlement précise qu'un membre du Barreau du Québec, d'un ordre professionnel ou une personne visée à l'annexe A qui a été radiée pour une période de plus de trois mois ne peut, pendant la période de radiation, détenir directement ou indirectement aucune action comportant un droit de vote au sein de la société professionnelle[34].

3.2.2.3. Administration

Les membres du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs de la SENCRL sont en majorité des membres d'un ordre professionnel ou figurent parmi les personnes visées à l'annexe A[35]. De plus, pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs d'une société professionnelle, la majorité des membres présents doit être composée des personnes visées ci-dessus[36]. La personne radiée dans les circonstances décrites à la section 3.2.2.2. ne peut, pendant la période de radiation, être administrateur, dirigeant ou représentant de la société professionnelle[37].

3.2.2.4. Inscription – objet

Les conditions énumérées aux sections 3.2.2.2. et 3.2.2.3. doivent être inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL[38], sauf en ce qui a trait à la personne radiée pour une période de plus de trois mois.

3.2.2.5. Objet

Les articles 1 et 2 du *Règlement du Barreau* stipulent que la société doit être constituée aux fins de l'offre et de la prestation de services professionnels. Est-ce que cela ferme la porte à toute autre activité? Est-ce que la doctrine de l'*ultra vires* recevra application dans ces circonstances? A-t-on songé à l'incertitude pouvant en résulter à l'égard de la sécurité des transactions? Soulignons que cette condition n'a pas à être inscrite aux statuts de la SPA.

---

34 *Id*., art. 2c).

35 *Id*., art. 5, par. 2; voir la nomenclature figurant à la note 32.

36 *Id*., art. 5, par. 3.

37 *Id*., art. 2c) *in fine*.

38 *Id*., art. 5, par. 4.

3.2.2.6. Frais et engagement

Un membre du Barreau doit avoir acquitté les frais fixés par résolution du Conseil général pour être autorisé à exercer sa profession au sein d'une société professionnelle[39]. Il doit également s'assurer que l'engagement de la société professionnelle prévu à l'annexe B du *Règlement du Barreau* est reçu par le directeur général du Barreau du Québec avant de commencer à exercer sa profession[40].

3.2.2.7. Répondant

La société professionnelle doit désigner un répondant et au plus deux ou, le cas échéant, un substitut, auprès du Barreau du Québec parmi ses associés, actionnaires, administrateurs ou dirigeants. Le répondant doit être membre du Barreau du Québec et exercer sa profession au sein de cette société[41].

3.2.2.8. Dénomination sociale

La dénomination sociale d'une société professionnelle ne comprend que les noms des membres autorisés à exercer au sein de celle-ci ou qui, retraités ou décédés, y exerçaient leur profession ou leurs activités[42]. De plus, l'expression « société professionnelle autorisée » ou le sigle « SPA » doit apparaître dans la dénomination sociale[43]. Ces exigences sont en voie de révision, nous a-t-on mentionné.

3.2.2.9. Avis

Les membres d'une SENC continuée en SENCRL doivent, dans les 15 jours de la continuation, faire publier un avis dans un journal circulant dans les localités où ils tiennent une place d'affaires. L'avis doit préciser le changement de statut de la société et expliquer en termes généraux les modifications qu'entraîne ce changement quant à la responsabilité des

---

39 *Id.*, art. 5, par. 5.

40 *Id.*, art. 4.

41 *Id.*, art. 8.

42 *Id.*, art. 7.

43 *Id.*, art. 2b).

associés[44]. Ce règlement est muet lorsqu'il s'agit du début des activités au sein d'une SPA.

3.2.2.10. Sanction

Pour conserver son droit d'exercer ses activités professionnelles au sein d'une société professionnelle, le membre doit, dans les 15 jours suivant la notification de non-conformité à l'une des conditions, modalités ou restrictions prévues au *Règlement du Barreau*, prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer, à défaut de quoi le membre n'est plus autorisé à exercer sa profession au sein d'une telle société[45].

3.2.3. Comptables agréés

3.2.3.1. Services de certification ou société exclusive

Les membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec sont autorisés à exercer leur profession au sein d'une société professionnelle:

- s'ils offrent des services de certification; ou
- si cette société se présente comme une société de comptables agréés;
- si les conditions suivantes sont respectées.

1. Droit de vote

En tout temps, plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions d'une SPA ou aux parts sociales d'une SENCRL sont détenus par :

a) - des membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec exerçant la profession au sein de la société;

   - des membres de l'Institut des comptables agréés exerçant la profession au sein de la société;

---

44 *Id.*, art. 10.

45 *Id.*, art. 1.

b) des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par un ou plusieurs personnes visées au paragraphe a) ci-dessus;

c) une combinaison des personnes visées aux paragraphes a) et b) ci-dessus[46].

Il convient de souligner qu'au moins un membre de l'Ordre des comptables agréés du Québec exerçant sa profession au sein d'une telle société doit détenir une part sociale ou une action conférant le droit de vote[47].

Par ailleurs, l'exercice du droit de vote à l'égard d'une action ou d'une part appartenant à un membre de l'Ordre ou de l'Institut canadien des comptables agréés doit être réservé à une personne membre de l'un ou l'autre de ces organismes exerçant sa profession au sein d'une telle société[48].

2. Administration

Les membres du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs de la SENCRL sont en majorité des membres de l'Ordre ou des membres de l'Institut canadien des comptables agréés exerçant leur profession au sein de la société[49]. De plus, pour constituer le quorum à une assemblée des administrateurs d'une société professionnelle, la majorité des membres doit, en tout temps, être composée des personnes visées ci-dessus[50].

En outre, le président du conseil d'administration de la SPA ou celui qui occupe un poste similaire au sein d'une SENCRL doit :

- être personnellement associé ou actionnaire;
- obtenir une participation lui conférant le droit de vote; et

---

46 *Règlement des comptables agréés*, art. 1, par. 1.

47 *Id.*, art. 1, par. 4.

48 *Id.*, art. 1, par. 6.

49 *Id.*, art. 1, par. 2.

50 *Id.*, art. 1, par. 3.

- il doit être membre de l'Ordre ou de l'Institut canadien des comptables agréés[51].

3. Inscription – objet

Seules les conditions énumérées à la section 1. doivent être inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL. Par ailleurs, il faut inscrire dans ces documents que la société est constituée aux fins d'exercer des activités professionnelles[52]. Cela soulève les mêmes questions que celles identifiées à l'égard du *Règlement du Barreau*[53].

3.2.3.2. Services non exclusifs

Lorsque les membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec n'entendent pas offrir des services de certification au sein d'une société professionnelle ni de s'afficher comme une société de comptables agréés, les conditions devant être respectées diffèrent de celles prévues à la section 3.2.3.1.

Essentiellement, la détention des droits de vote, les qualités requises et le nombre des administrateurs, les règles relatives au quorum ainsi que l'inscription aux statuts et au contrat répondent aux mêmes exigences, à l'exception du fait que ces conditions s'adressent aux professionnels régis par le *Code des professions* et aux autres membres expressément identifiés[54].

---

51 *Id.*, art. 1, par. 5.

52 *Id.*, art. 1 *in fine*.

53 Voir la section 3.2.2.5 à ce sujet.

54 *Règlement des comptables agréés*, art. 2; les personnes autorisées sont soit des personnes régies par le *Code des professions*, soit des courtiers immobiliers ou agents immobiliers membres en règle de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec et, s'ils sont dûment accrédités par une autorité compétente, des courtiers ou conseillers en valeurs mobilières, des planificateurs financiers, des représentants en assurance de personnes ou en assurance collective, des agents ou des courtiers en assurance de dommages, ou des personnes régies par une loi d'une autre province canadienne les reconnaissant et les assujettissant à des règles similaires ou des membres en règle de la corporation constituée en vertu de la *Loi constituant en corporation l'Institut canadien des actuaires* (S.C. 1964-65, c. 76) et exerçant au sein de la société.

3.2.3.3. Autres conditions

Avant qu'un membre puisse exercer sa profession au sein d'une société professionnelle, il doit acquitter les frais déterminés par l'Ordre[55] et lui fournir :

- une confirmation écrite d'une autorité compétente (l'assureur) attestant que la société professionnelle fait l'objet d'une garantie conforme au règlement[56];

- une confirmation écrite par chacune des autorités compétentes concernées attestant de l'existence d'une SPA et de l'immatriculation d'une SPA ou d'une SENCRL ou une copie conforme de la déclaration requise en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*[57] indiquant la continuation de la SENC en SENCRL;

- une confirmation écrite attestant que la société maintient un établissement au Québec[58];

- une autorisation écrite irrévocable de la société professionnelle stipulant qu'elle fournisse la documentation prévue à l'article 15 du règlement ou une copie conforme de tout tel document à la personne, au comité, à une instance disciplinaire ou un tribunal visé à l'article 192 du *Code des professions*[59];

- une déclaration sous serment, dûment remplie sur le formulaire fourni par l'Ordre[60].

---

55 *Règlement des comptables agréés*, art. 3, par. 7 et art. 5.

56 *Id*., art. 3, par. 1.

57 L.R.Q., c. P-45.

58 *Règlement des comptables agréés*, art. 3, par. 5.

59 *Id*., art. 3, par. 6.

60 *Id*., art. 4.

3.2.3.4. Répondant

Lorsque plus d'un comptable agréé exerce ses activités professionnelles au sein d'une même société professionnelle, une seule déclaration peut être complétée et remise à l'Ordre par un répondant pour l'ensemble de ces comptables agréés. Par ailleurs, s'il s'agit d'une société offrant des services de certification ou qui se présente comme une société de comptables agréés, un répondant doit être désigné[61]. Seul un comptable agréé membre de l'ordre associé, administrateur et actionnaire avec droit de vote de la société visée peut agir à titre de répondant[62]. Les autres membres sont dispensés de respecter les conditions mentionnées à la section 3.2.3.3. lorsqu'un répondant les a satisfaites[63]. Une mise à jour annuelle de la documentation est également exigée du membre ou du répondant, au plus tard le 31 mars de chaque année[64]. De plus, le membre ou le répondant doit aviser sans délai l'Ordre de l'annulation de la garantie d'assurance exigée en vertu du règlement, de la radiation, de la dissolution, de la cession de biens, de la faillite, de la liquidation volontaire ou forcée de la société ou de toute autre cause de nature à constituer un empêchement pour la société de poursuivre ses activités[65].

3.2.3.5. Avis

Un comptable agréé exerçant ses activités professionnelles selon l'un des modes juridiques antérieurement permis et qui désire utiliser l'une ou l'autre des nouvelles entités juridiques doit transmettre à ses clients, à la date de la continuation ou de la constitution, un avis les informant de la nature et des effets de la modification du statut de la société, notamment quant à sa responsabilité professionnelle et à celle de la société[66].

3.2.3.6. Interdictions et sanctions

Un membre exerçant sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL qui ferait défaut de respecter l'une quelconque des dispositions du

---

61 *Id.*, art. 6, al. 2.

62 *Id.*, art. 6.

63 *Id.*, art. 7.

64 *Id.*, art. 8.

65 *Id.*, art. 10.

66 *Id.*, art. 14.

règlement qui lui sont applicables s'exposerait à des sanctions disciplinaires et pénales pouvant conduire jusqu'à sa radiation du tableau de l'Ordre. La radiation, même temporaire, ferait en sorte qu'il ne pourrait plus exercer sa profession au sein de cette SPA ou SENCRL, et qu'il perdrait le bénéfice de la responsabilité non solidaire de la SENCRL, de même que les attributs fiscaux rattachés à la SPA.

Par ailleurs, un administrateur, un dirigeant ou un représentant d'une SPA ne peut aider, ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amener un membre d'un ordre qui exerce ses activités professionnelles au sein d'une SPA, à ne pas respecter les dispositions du *Code des professions*, de la loi constituant l'Ordre dont le professionnel est membre et des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi[67].

L'interdiction stipulée à l'article 187.18 du *Code des professions* est assortie d'une sanction[68] selon laquelle un ordre professionnel peut, sur résolution du bureau ou du comité administratif, et conformément à l'article 10 du *Code de procédure pénale*, intenter une poursuite pénale à l'égard des contrevenants.

Si un comptable agréé faisant partie d'une société professionnelle ne respecte plus les conditions prévues au règlement ou au chapitre VI.3 du *Code des professions*, il cesse immédiatement d'être autorisé à exercer ses activités au sein de cette société[69]. Le comptable agréé ne bénéficie d'aucun délai pour lui permettre de corriger le défaut pouvant être éventuellement soulevé.

3.2.3.7. Disposition transitoire

Il importe de souligner une disposition propre aux comptables agréés selon laquelle le membre qui exerce sa profession au sein d'une société par actions avant l'entrée en vigueur du règlement[70], doit au plus tard dans l'année de l'entrée en vigueur du règlement, s'y conformer[71].

---

67 *Code des professions*, art. 187.18.

68 *Id.*, art. 189.1.

69 *Règlement des comptables agréés*, art. 9.

70 Cela suppose des activités qui pouvaient légalement être rendues par une société par actions telle la juricomptabilité.

71 *Règlement des comptables agréés*, art. 18.

3.2.4. Médecins

3.2.4.1. Respect des lois et règlements

Le médecin doit s'assurer que la société professionnelle au sein de laquelle il exerce sa profession lui permette de respecter le *Code des professions*, la loi médicale et tous les règlements édictés en vertu de ces lois[72].

3.2.4.2. Droit de vote

Plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions ou aux parts sociales de la société sont exercés :

a) par des médecins;

b) des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par un médecin;

c) une combinaison des personnes visées aux paragraphes a) et b) ci-dessus[73].

Autrement dit, les médecins ne pourront exercer leurs activités professionnelles au sein d'une SPA ou d'une SENCRL que s'ils contrôlent celle-ci directement. Cela n'empêche pas la multidisciplinarité au sein d'une telle SPA dans la mesure où les partenaires acceptent que le contrôle soit exercé par des médecins.

3.2.4.3. Administration

Les administrateurs du conseil d'administration de la SPA et les associés ou administrateurs d'une SENCRL sont en majorité des médecins[74]. De plus, pour constituer le quorum à de tels conseils, la majorité des membres doit être composée de médecins[75].

---

72 *Règlement du Collège des médecins*, art. 2.

73 *Id.*, art. 1, par. 1.

74 *Id.*, art. 1, par. 2°. Mentionnons qu'il n'est pas essentiel que ce médecin exerce ses activités professionnelles au sein de cette SPA ou SENCRL.

75 *Id.* Notons que ce règlement ne précise pas que le quorum doit être respecté en tout temps; il ne fait pas non plus référence aux membres présents.

3.2.4.4. Inscription – objet

Les conditions énumérées à la section 3.2.4.2. doivent être inscrites aux statuts de la SPA ou stipulées au contrat de société d'une SENCRL. Il faut également inscrire dans ces documents que la société est constituée aux fins d'exercer des activités professionnelles[76]. Cela soulève les mêmes questions que celles identifiées à l'égard du *Règlement du Barreau*[77].

3.2.4.5. Autres conditions

Le médecin peut exercer sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL s'il le déclare au Collège, s'il acquitte les frais de 100 $ au Collège et s'il lui transmet une déclaration concernant les renseignements suivants :

- le nom ou la dénomination sociale ainsi que les autres noms utilisés au Québec par la SPA ou la SENCRL au sein de laquelle il exerce sa profession;
- le matricule décerné par l'IGIF;
- la forme juridique de la société;
- son statut au sein de la société;
- la nature des activités de la société;
- une autorisation écrite irrévocable de la société professionnelle stipulant qu'elle fournisse la documentation prévue à l'article 15 du règlement ou une copie conforme de tout tel document à la personne, au comité, à une instance disciplinaire ou un tribunal visé à l'article 192 du *Code des professions*[78].

Les renseignements mentionnés ci-dessus doivent être mis à jour annuellement par le médecin au moment du paiement de sa cotisation professionnelle[79]. De plus, le médecin doit fournir, et ce, sur demande du Collège :

---

76 *Id*., art. 1 *in fine*.

77 Voir la section 3.2.2.5 à ce sujet.

78 *Règlement du Collège des médecins*, art. 3, par. 5.

79 *Id*., art. 7.

- une confirmation écrite d'une autorité compétente (l'assureur) attestant que la société détient une garantie conforme au règlement;

- dans le cas d'une SPA, une confirmation écrite donnée par l'autorité compétente attestant l'existence de la société;

- une copie certifiée conforme de la déclaration donnée par l'autorité compétente, indiquant que la SENC a été continuée en SENCRL;

- une confirmation écrite attestant que la société est dûment immatriculée au Québec[80].

3.2.4.6. Avis

Lorsqu'une SENC est continuée en SENCRL ou lorsqu'une SPA est formée et qu'un pourcentage des actions émises et payées ou parts sociales est détenu par toute personne autre qu'un médecin ou un membre de sa famille immédiate, le médecin doit faire publier, dans les 30 jours suivant la date de la continuation ou de la constitution de la société, un avis dans un journal desservant le territoire où il exerce. L'avis doit faire état du nom de toute personne détentrice d'actions ou de parts sociales de la société[81].

3.2.4.7. Interdictions et sanctions

Un membre exerçant sa profession au sein d'une SPA ou d'une SENCRL qui ferait défaut de respecter l'une quelconque des dispositions du règlement qui lui sont applicables s'exposerait à des sanctions disciplinaires et pénales pouvant conduire jusqu'à sa radiation du tableau de l'Ordre. La radiation, même temporaire, ferait en sorte qu'il ne pourrait plus exercer sa profession au sein de cette SPA ou SENCRL, et qu'il perdrait le bénéfice de la responsabilité non solidaire de la SENCRL, de même que les attributs fiscaux rattachés à la SPA.

Par ailleurs, un administrateur, un dirigeant ou un représentant d'une SPA ne peut aider, ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amener un membre d'un ordre qui exerce ses activités professionnelles au sein d'une SPA, à ne pas respecter les dispositions du *Code des professions*, de la loi constituant l'Ordre dont le

---

80 *Id.*, art. 5.

81 *Id.*, art. 14.

professionnel est membre et des règlements adoptés conformément au *Code des professions* ou à cette loi[82].

L'interdiction stipulée à l'article 187.18 du *Code des professions* est assortie d'une sanction[83] selon laquelle un ordre professionnel peut, sur résolution du bureau ou du comité administratif, et conformément à l'article 10 du *Code de procédure pénale*, intenter une poursuite pénale à l'égard des contrevenants.

Si un médecin faisant partie d'une société professionnelle ne respecte plus les conditions prévues au règlement ou au chapitre VI.3 du *Code des professions*, il cesse immédiatement d'être autorisé à exercer ses activités au sein de cette société[84]. Le médecin ne bénéficie d'aucun délai pour lui permettre de corriger le défaut pouvant être éventuellement soulevé.

3.3. ASPECTS CORPORATIFS DES SPA

Après avoir identifié les conditions édictées aux règlements et au chapitre VI.3 du *Code des professions*, il faut mesurer l'impact de celles-ci sur la pratique des juristes en droit corporatif.

Étant donné que chacun des ordres professionnels est libre d'édicter les conditions qu'il juge appropriées, cela implique qu'une analyse en droit corporatif doit être faite pour les membres de chacun des différents ordres professionnels pouvant être appelés à exercer leur profession au sein d'une SPA afin de tenir compte des particularités prévues aux termes de tous les règlements adoptés par ceux-ci et de conjuguer le respect de toutes les conditions.

Le principe général à retenir est le suivant. Les règles applicables aux SPA doivent être identifiées à la lumière des lois qui s'y appliquent (*Code civil du Québec*, *Loi sur les compagnies*[85], *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[86], selon le cas), sous réserve du respect des dispositions dérogatoires prévues au *Code des professions* et des conditions édictées aux règlements.

---

82 *Code des professions*, art. 187.18.

83 *Id*., art. 189.1.

84 *Règlement du Collège des médecins*, art. 8.

85 L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

86 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod (ci-après « L.C.S.A. »).

3.3.1. Juridiction

La SPA peut être constituée selon la juridiction la mieux adaptée aux besoins des professionnels impliqués. S'agissant exclusivement de professionnels pratiquant au Québec, le choix sera la plupart du temps effectué entre une société de juridiction fédérale ou du Québec[87]. Le *Règlement du Barreau* précise que pour utiliser une juridiction autre que le Québec, l'État dans lequel la société est constituée doit autoriser l'exercice de la profession en société par actions[88].

3.3.2. Statuts

Autre particularité importante des SPA : les statuts doivent reprendre les conditions relatives au droit de vote, et aussi parfois à la composition du conseil d'administration, au quorum aux assemblées des administrateurs, ou aux restrictions relatives aux activités permises pour de telles sociétés, selon le cas[89]. Étant donné que les formulaires gouvernementaux utilisés pour constituer une société par actions ne comportent pas une section spécifique à cet effet, cet énoncé devrait figurer, quant à une société de juridiction québécoise, à la rubrique 8 intitulée « Autres dispositions », et quant à une société de juridiction fédérale, à la rubrique 7 intitulée « Autres dispositions, s'il y a lieu ».

Par ailleurs, lorsque les statuts doivent également stipuler une restriction relative aux activités de la société, cette mention devrait être ajoutée, quant à une société de juridiction québécoise, à la rubrique 7 intitulée « Limites imposées à son activité, le cas échéant », et quant à une société de juridiction fédérale, à la rubrique 6 intitulée « Limites imposées à l'activité commerciale de la société, s'il y a lieu ». En effet, les « fins » d'une société s'apparentent à ses objets. Finalement, soulignons que dans le cas des notaires qui, au sein de cette société, ne sont pas administrateurs, dirigeants ou actionnaires comme les employés, ils n'ont pas, en principe, à s'assurer que cette condition est respectée. Toutefois, ces derniers doivent produire au

---

87 Nous vous référons aux principaux ouvrages en la matière afin d'identifier les critères permettant d'évaluer laquelle des juridictions peut répondre le plus adéquatement aux besoins des personnes impliquées.

88 *Règlement du Barreau*, art. 3, par. a).

89 Cela est permis en vertu de l'article 123.13 L.C. et du paragraphe 6(2) L.C.S.A. Nous vous référons à l'examen de ces conditions à la section 3.2; chacun des Règlements diffère à ce sujet.

secrétaire de l'Ordre une copie de l'acte constitutif de la société[90]. Autrement dit, ils doivent tout de même exiger de leur employeur une copie des statuts de constitution de la SPA, statuts qui, rappelons-le, sont des documents publics accessibles à tous. S'ils constatent une irrégularité quant aux mentions requises aux statuts, ils doivent immédiatement prendre les mesures nécessaires afin de corriger cette situation[91]! Il faudra suivre l'évolution de cette exigence à l'égard du notaire employé, comme d'ailleurs à l'égard de tous les professionnels employés impliqués.

3.3.3. Règlements

Les règlements généraux de la SPA devraient être adaptés en fonction du respect de ses statuts, et des règlements qui lui sont applicables.

3.3.3.1. Quorum aux assemblées des actionnaires

Les règlements sous étude n'exigent aucune mention spécifique relative aux assemblées des actionnaires d'une SPA. Il semble toutefois qu'une bonne pratique consiste à reproduire aux règlements généraux les conditions devant être respectées à ce sujet.

3.3.3.2. Quorum aux assemblées des administrateurs

Le règlement général de la SPA n'a pas à reproduire le texte de ses statuts quant au quorum requis aux assemblées des administrateurs. Toutefois, il faut s'assurer qu'il n'y ait aucune disposition contraire ou incompatible à la mention exigée aux statuts.

Par exemple, la majorité des membres présents à une assemblée d'une société qui se présente comme une société de notaires doit être composée de notaires exerçant leurs activités professionnelles au sein de cette SPA. Il faut éviter de compter dans cette majorité les notaires n'exerçant pas leur profession au sein de cette SPA, comme un notaire retraité. Il se peut toutefois qu'un notaire puisse exercer sa profession au sein de plusieurs SPA. Les notaires seraient bien avisés de refléter le respect de ces conditions aux procès-verbaux de ces réunions.

---

90 *Règlement des comptables agréés*, art. 4, par. 3.

91 *Id.*, art. 8.

3.3.4. Dénomination sociale

Quoique la dénomination sociale doive être choisie dans le respect du code de déontologie, cela ne soustrait pas les fondateurs à l'obligation de procéder à une recherche préliminaire de la dénomination sociale préalablement à la constitution de la société par actions. Par ailleurs, le fait d'utiliser les termes « notaires » ou « comptables agréés » dans la dénomination sociale d'une société sans mentionner d'autres professions pourrait vraisemblablement avoir pour effet de présenter celle-ci exclusivement comme une société de notaires ou de comptables agréés, le cas échéant. Il convient de se rappeler que des membres d'une autre profession peuvent exercer leur profession au sein d'une telle société, comme employés ou partenaires, pourvu que son contrôle soit exercé par des notaires ou des comptables agréés, selon le cas.

Finalement, il faudra suivre l'évolution du code de déontologie de chacun des membres des ordres professionnels impliqués afin d'évaluer les restrictions en la matière puisque plusieurs ordres sont actuellement sur le point d'adopter de nouvelles normes.

3.3.5. Capital social

Il n'existe à proprement parler aucune restriction prévue aux règlements qui régisse le capital social autorisé d'une SPA. Par ailleurs, le professionnel impliqué serait bien avisé de prévoir, entre autres :

- au moins une catégorie d'actions participantes et non votantes; et
- au moins une catégorie d'actions votantes et non participantes;

ou

- au moins une catégorie d'actions participantes et votantes; et
- une catégorie d'actions non participantes à votes multiples.

Ces possibilités pourraient permettre de respecter les exigences prévues en ce qui a trait à la détention et à l'exercice du droit de vote des professionnels exerçant leurs activités professionnelles au sein de cette SPA, tout en offrant la possibilité à d'autres personnes de souscrire à des actions participantes de la SPA. Cela peut être utile, par exemple, en vue de déclarer des dividendes à des membres de la famille du professionnel, pour permettre à des employés non membres d'un ordre professionnel ou des groupes

autorisés de participer aux bénéfices de la SPA, pour consacrer un partenariat avec d'autres personnes, ou même pour procéder à un appel public à l'épargne.

D'autres catégories d'actions autorisées pourraient s'avérer utiles, par exemple des actions de roulement afin de faciliter le transfert d'actifs sans incidence fiscale à la SPA, des actions à dividende discrétionnaire, dans la mesure où le mode de partage des bénéfices entre les actionnaires risque de varier d'une année à l'autre, des actions de financement, dans la mesure où des mises de fonds peuvent être requises de temps à autre et que celles-ci soient constatées autrement que par un billet ou une autre forme de prêt.

3.3.6. Dirigeants

Bien que des restrictions soient imposées à l'égard de la qualité des administrateurs d'une SPA, les dirigeants nommés par ceux-ci peuvent ne pas être des professionnels, à l'exception du président d'une société de comptables agréés dans les circonstances déjà discutées[92]. Toutefois, ces dirigeants doivent s'assurer que les mentions requises sont inscrites aux statuts.

3.3.7. Convention entre actionnaires

La convention entre les actionnaires d'une SPA doit tout simplement s'inscrire dans le respect des statuts et des règlements de la société. Autrement dit, il ne faudrait surtout pas y retrouver des dispositions qui, même dans le cadre d'une convention unanime entre actionnaires, seraient incompatibles avec les conditions énoncées aux règlements applicables. Cela s'avère particulièrement vrai en matière d'exercice du droit de vote.

4. FISCALITÉ

Les dispositions du *Code des professions* qui traitent de la conversion d'une SENC en SENCRL utilisent les expressions « continuer » et « continuation » pour décrire la nouvelle situation juridique. Les autorités fiscales reconnaissent que ce genre de conversion peut s'effectuer sans incidence fiscale. Il s'avère donc que ce choix de structure pourra se faire dans la plus grande simplicité fiscale.

---

[92] Voir la section 3.2.3.1.2.

L'incorporation d'une SPA sera beaucoup plus problématique. Nous traiterons donc, dans les pages qui suivent, des aspects fiscaux relatifs à l'utilisation d'une ou de plusieurs SPA par des professionnels ou des SENC de professionnels. Notre intention n'est pas d'effectuer une analyse technique et exhaustive des différentes dispositions fiscales applicables. Nous chercherons plutôt à décrire les concepts d'une manière simple et pratique sans perdre de vue que la fiscalité est, de par sa nature, un sujet bien complexe.

4.1. IMPACT DES TAUX D'IMPÔT CORPORATIFS

4.1.1. Description des taux d'impôt sur le revenu de profession

Pour l'année 2003, les sociétés bénéficiant de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »), sont imposées à un taux d'impôt combiné fédéral et provincial de 22 % sur les premiers 225 000 $ de revenu d'une entreprise exploitée activement. Le plafond de 225 000 $ sera augmenté à 250 000 $ en 2004, à 275 000 $ en 2005 et à 300 000 $ en 2006 et pour les années subséquentes.

Ce plafond (ci-après « plafond de la DPE ») doit être partagé lorsqu'un individu contrôle plus d'une société ou encore possède des participations significatives dans des sociétés liées. Nous vous référons à ce sujet aux règles applicables aux sociétés associées prévues dans la législation fiscale[93].

Pour l'année 2003, le revenu d'entreprise se situant entre le plafond de la DPE et 300 000 $ est imposé à un taux combiné de 31 %, alors que le revenu excédant 300 000 $ est imposé à 33 %. À compter de 2004, le revenu d'entreprise en sus du plafond de la DPE sera imposé à un taux de 31 %[94].

4.1.2. Pleine distribution sous forme de dividendes

Nous constatons donc que le revenu de profession touché par une SPA est soumis à des taux d'imposition de 22 % ou 31 % (33 % en 2003) selon le niveau de revenu. D'un autre côté, le revenu de profession touché directement par un professionnel est soumis aux taux progressifs applicables à un particulier. Pour comparer les deux situations, nous devons considérer

---

93 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), art. 256.

94 Les taux de 22 %, 31 % et 33 % ont été arrondis aux fins du présent texte.

que le revenu après impôts de la SPA est distribué au professionnel sous forme de dividendes.

Professionnel			SPA	
Revenu net	50 000 $	75 000 $	50 000 $	75 000 $
Impôt corporatif 22 %	--	--	(11 000 $)	(16 500 $)
Dividende	--	--	39 000 $	58 500 $
Impôt personnel 2003	(12 715 $)	(23 363 $)	(3 005 $)	(8 339 $)
Cotisation RRQ/FSS	(3 329 $)	(4 079$)	(150 $)	(329 $)
Encaissement net immédiat	33 456 $	47 558 $	35 845 $	49 832 $
Récupération de l'impôt minimum[95]	--	--	--	321 $
Encaissement net final	33 456 $	47 558$	35 845 $	50 153 $

[95] Sur une période de sept ans.

	Professionnel			SPA		
Revenu net	100 000 $	200 000 $	300 000 $	100 000 $	200 000 $	300 000 $
Impôt corporatif 22 %	--	--	--	(22 000 $)	(44 000 $)	(66 000$)[96]
Dividende	--	--	--	78 000 $	156 000 $	234 000 $
Impôt personnel 2003	(34 790$)	(82 844$)	(131 059 $)	(14 778 $)	(42 859 $)	(71 214 $)
Cotisation RRQ/FSS	(4 329 $)	(4 603$)	(4 603 $)	(524 $)	(1 000 $)	(1 000 $)
Encaissement net immédiat	60 881 $	112 553 $	164 338 $	62 698 $	112 141 $	161 786 $
Récupération de l'impôt minimum[97]	--	--	--	1 011 $	3 770 $	6 529 $
Encaissement net final	60 881 $	112 553 $	164 338 $	63 709 $	115 911 $	168 315 $

Le tableau nous révèle que l'interposition d'une SPA dans le cas d'une pleine distribution au professionnel sous forme de dividendes procure des économies d'impôts à des niveaux de revenu de 100 000 $ et moins et demeure avantageux après récupération de l'impôt minimum aux niveaux de revenu de 200 000 $ et 300 000 $.

Selon une autre hypothèse, si la pleine distribution au professionnel par la SPA était réalisée sous forme de salaire, l'interposition d'une SPA ne serait pas avantageuse, principalement en raison de la cotisation de 2,70 %

[96] À des fins de simplification, nous utilisons le taux de 22 % sur le plein 300 000 $ comme si le calcul s'effectuait pour l'année 2006 et les années subséquentes.

[97] Sur une période de sept ans.

au Fonds des services de santé (ci-après « FSS ») qui doit être prélevée par la SPA sur le salaire payé au professionnel[98].

4.1.3. Fractionnement du revenu de dividendes

Il est possible d'améliorer l'encaissement net de revenu gagné par l'intermédiaire d'une SPA en versant des dividendes au conjoint et à des enfants majeurs ayant peu ou pas de revenu. Par exemple, pour un particulier n'ayant pas d'autres revenus, le versement en 2003 d'un dividende de 25 000 $ ou 40 000 $ entraîne un débours d'impôt de 658 $ ou 3 360 $[99]. Pour un particulier qui avait des revenus de 4 000 $ par ailleurs, le débours d'impôt est de 1 800$ ou 4 890 $ selon le cas[100]. Ces montants d'impôt doivent être comparés à l'impôt de 8 250 $ ou 13 200 $ au taux marginal supérieur (33 % en 2003)[101] qu'aurait payé le professionnel sur les mêmes dividendes. Il est facile de voir que l'utilisation des membres de la famille permet dans ces circonstances d'augmenter sensiblement les économies d'impôts.

Nous n'avons pas fait mention de la possibilité pour la SPA de verser des dividendes à des enfants mineurs parce que depuis l'année 2000, de tels dividendes sont considérés comme du « revenu fractionné » assujetti au taux d'impôt le plus élevé[102]. Il n'y a donc aucun avantage immédiat à verser ces dividendes à des enfants mineurs par rapport au professionnel lui-même.

4.1.4. Accumulation de revenus dans la SPA

Si un professionnel a un coût de vie lui permettant de réaliser des épargnes annuelles sur son revenu de profession, ou s'il a d'autres revenus, des placements ou un montant à recevoir de la SPA pouvant lui permettre de payer ses dépenses personnelles, il sera alors en mesure de profiter réellement de l'effet des taux d'impôt réduits de la SPA.

---

98 La cotisation au FSS est plafonnée à 1 000 $ dans le cas d'un individu en affaires.

99 Il y a également perte des crédits d'impôt pour le conjoint ou un enfant pour des montants de 2 113 $ et 1 230 $ (excluant les frais de scolarité) respectivement.

100 Il y a également perte partielle des crédits d'impôt pour le conjoint ou un enfant pour des montants de 865 $ et 430 $ respectivement.

101 Taux de 32,81 % arrondi à 33 %.

102 Art. 120.4 L.I.R.

Retournons au tableau d'encaissement net à la section 4.1.2. Il faut se rappeler que ce tableau traite du cas où un seul professionnel est actionnaire de la SPA. On constate que l'impôt personnel sur les dividendes se chiffre à 14 778 $, 42 859 $ et 71 214 $ à des niveaux de revenu de 100 000 $, 200 000 $ et 300 000 $ respectivement. Si les dividendes n'étaient pas versés mais investis par la SPA, l'impôt personnel serait reporté et les montants pouvant rapporter du revenu de placements seraient plus importants. C'est là un des avantages de l'utilisation de la SPA : la possibilité de reporter l'impôt personnel après un impôt de 22 % dans la SPA[103].

La possibilité de reporter l'impôt personnel est aussi présente pour les revenus en sus du plafond de la DPE si on considère que l'impôt corporatif applicable est de 31 % à compter de 2004.

	Professionnel	**SPA**
Revenu excédant 300 000 $	100 000 $	100 000 $
Impôt corporatif 31 %		(31 000 $)
Dividende		69 000 $
Impôt personnel au taux maximum	(48 220 $)	(22 646 $)
Encaissement net	51 780 $	46 354 $

On constate que le report possible de l'impôt personnel (22 646 $ par tranche de 100 000 $) en retardant le paiement du dividende demeure très appréciable lorsque ce dividende est imposable au taux maximum au niveau du professionnel[104]. L'envers de la médaille toutefois est que la distribution éventuelle du dividende coûte plus cher en termes d'impôt final que si le revenu avait été gagné directement par le professionnel. D'où la règle

[103] Lorsqu'il se trouve plusieurs professionnels dans une même SPA, les montants d'impôt personnel sur les dividendes pouvant faire l'objet d'un report seront vraisemblablement moins élevés, compte tenu que les dividendes ne seront pas reçus par une seule personne.

[104] *Supra*, note 101.

suivante : il est préférable pour la SPA de payer un salaire ou un boni pour annuler le revenu en sus du plafond de la DPE s'il n'est pas prévu que ce revenu après impôts corporatifs puisse être conservé à long terme dans la SPA.

4.1.5. Paiement d'un salaire

Que ce soit dans le cadre d'un scénario de pleine distribution ou d'un scénario d'accumulation, le professionnel désirera, dans la plupart des cas, se verser un salaire afin d'effectuer des contributions à son REÉR. Les salaires nécessaires aux contributions maximales sont de 86 111 $ en 2003, 91 666 $ en 2004 et 100 000 $ en 2005 et pour les années suivantes. Le solde des revenus après impôts servira au paiement de dividendes ou sera conservé par la SPA.

Le montant réduit pour le paiement de dividendes aura toutefois un impact sur le montant disponible pour le fractionnement du revenu. Par exemple, en se référant au tableau de la section 4.1.2., à un niveau de revenu de 200 000 $, le montant de dividende disponible pour un fractionnement de revenu serait de 156 000 $ alors qu'il serait réduit à 78 000 $[105] si un salaire de 100 000 $ était versé.

Dans un scénario d'accumulation de revenus par la SPA, le paiement d'un salaire aura aussi un impact important. Ainsi, à un niveau de revenu de 200 000 $, l'impôt personnel pouvant être reporté dans un scénario d'accumulation serait de 14 778 $ après salaire alors qu'il se chiffrerait à 42 859 $ sans salaire.

4.1.6. Revenu de profession provenant d'une SENC[106]

Lorsque l'on se retrouve en présence d'une SENC regroupant des SPA, des règles fiscales particulières existent pour limiter le revenu de profession provenant de la SENC qui peut bénéficier du taux réduit de 22 %[107]. En effet, un seul plafond de la DPE (par exemple 225 000 $ en 2003) doit être partagé entre toutes les SPA de la SENC au prorata des revenus que chacune

---

[105] Sans tenir compte des contributions patronales au RRQ et au FSS.

[106] Il n'y a aucune distinction entre la SENC et la SENCRL au point de vue fiscal. À des fins de simplification, nous utilisons l'expression SENC dans la section 4. du présent texte.

[107] Par. 125(1) et (7) L.I.R.

en tire. C'est donc dire que chaque SPA a droit au taux de 22 % sur une fraction seulement du plafond de la DPE. Ce peut être quand même intéressant lorsque la SENC ne regroupe que quelques associés.

Certaines structures plus élaborées ont été évoquées afin de permettre l'accès à chaque associé incorporé au plein plafond de la DPE.

Par exemple, certains auteurs préconisent de créer pour chaque associé incorporé d'une SENC une deuxième SPA qui emploierait le professionnel et qui offrirait ses services administratifs et professionnels à la première SPA en retour d'honoraires ou de frais de gestion. La première SPA serait l'associée de la SENC et participerait dans les revenus. L'application littérale des règles fiscales permettrait alors de réclamer le plein plafond de la DPE dans la deuxième SPA. Il reste à savoir si les autorités fiscales tenteront d'appliquer la règle générale antiévitement de la loi[108], surtout s'il s'avérait qu'il est fait une large utilisation de cette planification.

Une autre façon de procéder serait pour chaque associé de créer sa propre SPA et de rendre des services professionnels à une SPA qui remplacerait la SENC et qui ferait affaire avec les clients et les facturerait. Les SPA individuelles agiraient alors un peu comme des sous-traitants. Ce mécanisme a déjà fait l'objet de demandes de décisions en matière d'impôt sur le revenu dans d'autres provinces dans le cadre de la réorganisation des activités de sociétés de professionnels. Il demeure qu'il s'agit d'une opération risquée notamment en regard de la règle antiévitement traitant de la multiplication indue du nombre de sociétés[109] et des règles sur les employés incorporés[110].

4.1.7. Revenus bénéficiant du congé fiscal au Québec

À la suite des modifications apportées par le Budget du Québec du 12 juin 2003[111], une nouvelle société peut être exonérée de l'impôt provincial de 8,90 % sur 75 % des premiers 200 000 $ de son revenu d'entreprise. Elle peut également être exonérée des contributions des employeurs au FSS sur 75 % des premiers 700 000 $ de salaire, et de la taxe

---

108 Art. 245 L.I.R.

109 Par. 256(2.1) L.I.R.

110 Voir la section 4.1.8. ci-dessous.

111 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le Budget et Renseignements supplémentaires*, 12 juin 2003.

sur le capital sur 75 % des premiers 3 000 000 $ de capital versé. La durée de ce congé fiscal est de cinq ans. L'économie d'impôts peut atteindre 13 350 $ annuellement ou encore 8 950 $ après impôts, après distribution du 13 350 $ à l'individu.

Il y a évidemment plusieurs conditions à respecter[112]. Entre autres, la SPA doit exploiter presque exclusivement l'entreprise admissible[113], ne doit pas être associée à une autre société[114], ni exploiter une entreprise de services personnels (employé incorporé)[115]. La SPA ne doit pas non plus exploiter son entreprise à titre de membre d'une SENC.

Il existe une autre condition importante qui fait que les professionnels pratiquant actuellement leur profession seuls ou en SENC ne pourront bénéficier du congé fiscal. En effet, l'exonération n'est pas accordée si l'on peut raisonnablement considérer que l'entreprise exploitée par la SPA est la continuation d'une ou de plusieurs entreprises ou parties d'entreprises exploitées auparavant par une ou plusieurs autres personnes ou sociétés de personnes.

De façon générale, le congé fiscal pourra être réclamé par les nouveaux professionnels qui s'incorporent ou par des professionnels employés qui désirent devenir travailleurs autonomes avec leur propre clientèle.

4.1.8. Revenus d'un employé incorporé

L'incorporation n'est pas une solution attrayante pour un professionnel qui est employé d'un cabinet, ou d'un professionnel exerçant seul et qui ne change pas la nature de sa relation avec son ex-employeur à la suite de l'incorporation. Il pourrait alors être considéré exploiter une entreprise de prestation de services personnels avec les conséquences suivantes :

- imposition de ses revenus de profession provenant de son ex-employeur au taux d'imposition corporatif maximal (40,37 % en 2003);
- dépenses déductibles limitées à la rémunération versée à l'actionnaire.

---

112 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 771.5 et suiv.

113 Il faut éviter l'exercice d'une autre activité ou l'accumulation trop importante de placements qui peut indiquer l'exploitation d'une entreprise de placements.

114 Voir la section 4.1.1.

115 Ce concept est expliqué à la section 4.1.8.

Sommairement, une SPA serait réputée exploiter une entreprise de prestation de services personnels lorsque :

- le particulier rendant les services serait considéré, en l'absence de la SPA, comme un cadre ou un employé de la personne ou de la société de personnes à laquelle les services sont fournis;

- ce particulier ou une personne liée est un actionnaire important de la SPA (plus de 10 % des actions);

- la SPA n'emploie pas tout au long de l'année plus de cinq employés à temps plein dans cette entreprise en particulier; et

- le paiement pour les services ne provient pas d'une société associée au cours de l'année[116].

Le critère le plus difficile à juger est l'existence d'un lien d'emploi en l'absence de la SPA. Il existe une jurisprudence abondante à ce sujet qui interprète en général les quatre critères suivants, soit :

1. la propriété des outils de travail :

    - par exemple l'ordinateur, le mobilier de bureau, etc.;

2. la possibilité de profits et pertes :

    - une rémunération fixe et prédéterminée est indicateur d'un lien d'emploi;

3. l'intégration à l'entreprise :

    - la nature des tâches du professionnel incorporé diffère-t-elle de celles rendues par d'autres professionnels employés?;

4. le contrôle et la subordination :

    - si l'ex-employeur fournit le travail, exige qu'il soit effectué dans ses locaux durant certaines heures de travail, ne rémunère pas le temps supplémentaire, exige une feuille de temps et demande une

[116] Par. 125(7) L.I.R.

exclusivité de service, il faut conclure au maintien du contrôle et du lien de subordination.

C'est une question de fait d'abord et avant tout. Les employés qui, de toute façon, auraient été pressentis pour devenir des associés d'une SENC ou qui envisagent de s'établir à leur compte pour offrir des services à de nouveaux clients, devraient pouvoir éviter l'écueil de l'entreprise de prestation de services personnels.

4.1.9. Revenus de placement

Une SPA qui gagne des revenus de placement tels des intérêts, dividendes et gains en capital est assujettie à des taux d'impôt plus élevés que ceux applicables aux revenus d'entreprise. Par contre, une fois ces revenus de placement distribués à l'actionnaire, l'impôt total devrait être sensiblement le même que si les revenus avaient été touchés directement par l'individu.

Pour les intérêts et les gains en capital imposables (50 % de gain en capital), le taux d'impôt combiné est de 52,04 % avec une fraction de 26,67 % qui est remboursable à la SPA sur paiement de dividendes. La partie non imposable des gains en capital peut être distribuée à l'actionnaire sous forme de dividende libre d'impôt (compte de dividende en capital).

Quant aux dividendes, la SPA est redevable d'un impôt de 33 % lorsqu'elle ne détient pas le contrôle ou des actions représentant plus de 10 % des votes et de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la société payante. Cet impôt est également remboursable à la SPA sur paiement de dividendes.

Dans tous les cas de remboursement d'impôt mentionnés ci-dessus, le rythme de remboursement se fait à raison de 1 $ pour chaque 3 $ de dividende versé.

Les taux d'impôt immédiats applicables à une SPA sur le revenu de placements sont actuellement plus élevés que les taux d'impôt supérieurs applicables à un particulier sur le même revenu. Il en découle qu'il est rarement avantageux de gagner ces revenus par l'entremise d'une SPA.

4.2. EXONÉRATION DE GAIN EN CAPITAL SUR LES ACTIONS DE LA SPA

La disposition des actions d'une SPA pourra donner lieu à une exonération du gain en capital d'un maximum de 500 000 $ à condition que

les actions se qualifient à titre « d'actions admissibles de petite entreprise[117] ». Sommairement, il s'agit des actions d'une société exploitant activement une entreprise dont plus de 50 % des actifs en valeur ont été utilisés dans les 24 derniers mois dans le cadre de l'entreprise. Ce ratio de 50 % doit être de 90 % au moment de la vente.

La loi prévoit également que les actions doivent avoir été détenues pendant 24 mois avant leur disposition. Par exception, un professionnel qui transfère la totalité ou presque des actifs de sa pratique à une SPA en retour d'actions de cette dernière pourra également se prévaloir de l'exonération même s'il ne détient pas les actions depuis 24 mois. La même exception s'applique pour le transfert à une SPA d'une participation dans une SENC.

On constate donc que l'exonération pourrait être disponible à la suite d'une incorporation tardive. L'existence de l'exonération n'est donc pas un incitatif important vis-à-vis de l'incorporation immédiate de la pratique.

Les professionnels qui exercent leur profession par l'intermédiaire d'une SPA doivent toujours se soucier du ratio d'actifs non essentiels à la pratique (liquidités, placements, biens à usage personnel, etc.) afin de conserver la qualification de la SPA pour l'exonération de gain en capital. C'est pourquoi il sera fréquent de retrouver une société à titre de détenteur d'actions de la SPA soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'une fiducie, afin de permettre le paiement de dividendes sans impôt immédiat. Ces dividendes permettront le retrait des actifs superflus de la SPA.

Mentionnons finalement que l'achat des actions de la SPA ne sera pas nécessairement l'option privilégiée par le professionnel intéressé à acheter une pratique. Il sera probablement porté à acheter directement les actifs pour des raisons fiscales ou de responsabilité potentielle vis-à-vis des créanciers de la SPA.

4.3. RÉSERVE DU 31 DÉCEMBRE 1995

Les gouvernements ont imposé en 1995 l'adoption du 31 décembre comme fin d'année d'imposition pour un particulier en affaires. Par conséquent, les professionnels qui avaient adopté une autre fin d'année se sont retrouvés en 1995 avec les revenus de deux exercices financiers, soit ceux provenant de l'exercice habituel et ceux provenant de la période entre la fin de l'exercice et le 31 décembre 1995. Par contre, pour adoucir la

[117] Art. 110.6 L.I.R.

mesure, des règles de report furent instituées de manière à permettre l'étalement sur une période de 10 ans du revenu supplémentaire engendré par cette mesure.

La fin de la période de report est l'année 2004. Pour les professionnels qui s'incorporeraient en 2003, la réserve serait toujours disponible en 2003 car ils auraient exploité au début de l'année l'entreprise faisant l'objet du transfert. En définitive, la question de la réserve du 31 décembre 1995 ne cause pas d'impact fiscal négatif.

4.4. PAIEMENT DES DÉPENSES NON DÉDUCTIBLES

Quelques mots pour souligner qu'il est moins coûteux de payer certaines dépenses non déductibles, du genre frais de repas et de divertissement déductibles à 50 %[118], primes d'assurance vie ou cotisations à des clubs de golf à même des revenus de la SPA qui sont soumis à des taux d'impôt réduits de 22 % ou 31 %, selon le cas. Il suffit de comparer avec la situation du professionnel non incorporé qui doit payer ces dépenses à même sa tranche supérieure de revenu qui est imposé généralement au taux maximal de 48 %.

Le même raisonnement s'applique pour certaines dépenses en capital. Il y a plus de revenu disponible après impôts dans la SPA pour réaliser des dépenses en immobilisation dont l'amortissement se fait sur plusieurs années. On peut penser à l'achat d'un achalandage dont 75 % du prix est amortissable à raison de 7 % par année sur son solde dégressif, ou encore à l'achat d'une bâtisse amortissable à raison de 4 % par année sur le solde dégressif.

4.5. TAXE SUR LE CAPITAL

Lors du Budget provincial du 12 juin 2003[119], le taux de la taxe sur le capital qui avait été réduit à 0,6 % pour 2003 et qui devait encore être réduit, a été maintenu à 0,6 % pour les années 2004 et suivantes. Le taux s'applique sur le capital versé de la SPA qui se compose principalement du capital-actions, des bénéfices non distribués, des dettes à long terme et des emprunts bancaires.

---

[118] Depuis le Budget provincial du 12 juin 2003, les frais de représentation déductibles au Québec (excluant ceux qui ne sont pas soumis à la limite de 50 %) sont limités à un montant égal à 1 % du chiffre d'affaires du contribuable pour l'année.

[119] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 111.

Par ailleurs, depuis l'année 2003, une déduction spéciale est accordée dans le calcul du capital versé de certaines sociétés. Le montant de la réduction est de 250 000 $ en 2003, et devait être de 500 000 $ en 2004, 750 000 $ en 2005 et 1 M$ en 2006. À la suite du dernier budget provincial, la réduction sera augmentée à 600 000 $ pour 2004 et sera maintenue à 600 000 $ pour les années 2005, 2006 et les années suivantes. Comme ces mesures visent les petites sociétés, la déduction spéciale est réduite lorsque le capital versé de l'année précédente excède la déduction maximale de l'année courante. La réduction est de 1 $ pour chaque 3 $ d'excédent.

Compte tenu de ce qui précède et en considérant que la taxe sur le capital est une dépense déductible dans le calcul sur le revenu, son impact ne devrait pas être significatif dans le cadre de la constitution d'une SPA individuelle. Dans les autres cas, il faudra faire les calculs appropriés.

4.6. TRANSFERT DE LA PRATIQUE EXISTANTE

4.6.1. Actifs transférés

L'incorporation d'une pratique existante implique le transfert des actifs d'entreprise à la SPA. La liste des actifs à transférer devrait comprendre les comptes clients, les travaux en cours et autres biens d'inventaire, les biens en immobilisation tels le bail du local, les améliorations locatives, l'équipement et le mobilier de bureau, et l'achalandage (liste de clients).

Les comptes clients doivent faire l'objet d'un choix sur un formulaire prescrit afin de s'assurer de la continuité de la provision pour créances douteuses dans la SPA. En l'absence de choix, les pertes de la SPA relatives aux mauvaises créances seront considérées comme des pertes en capital et le professionnel ne pourra prendre de provision pour créances douteuses lors du transfert.

Les travaux en cours qui n'ont pas été inclus dans le revenu du professionnel en raison du choix permis par la législation fiscale[120] peuvent faire l'objet d'un roulement en vertu de l'article 85 L.I.R. afin d'éviter la reconnaissance du revenu au moment du transfert. Les autres travaux en cours et biens d'inventaire sont généralement transférés à leur valeur comptable sans impact fiscal étant donné que cette valeur reflète habituellement la JVM.

[120] Choix permis aux notaires, avocats, comptables, dentistes, médecins, vétérinaires et chiropraticiens en vertu de l'article 34 L.I.R.

Les biens en immobilisation ayant été amortis au point de vue fiscal ou ayant pris une plus-value doivent aussi faire l'objet d'un roulement fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R. pour éviter l'imposition du gain en capital couru ou des déductions pour amortissement prises antérieurement.

L'achalandage constitue un cas particulier. À moins que le professionnel ait acquis une clientèle d'un autre professionnel, le coût fiscal de l'achalandage est habituellement nul. Un roulement fiscal est normalement nécessaire afin d'éviter la reconnaissance de 50 % de sa valeur à titre de revenu. Certains professionnels pourraient être tentés de s'imposer sur ce revenu afin d'être en mesure de retirer rapidement de la SPA 100 % de la valeur de l'achalandage sans impôt personnel supplémentaire. Une économie d'impôts d'environ 7 % pourrait en résulter lorsque le taux d'impôt de la SPA est de 22 %[121].

Par ailleurs, certains professionnels qui n'avaient pas utilisé l'ancienne exonération générale de 100 000 $ pour gain en capital se sont prévalus, en 1994, de la possibilité d'augmenter le coût fiscal de leur achalandage de la portion non utilisée de l'exonération[122]. Lors du transfert de l'achalandage, ces professionnels pourraient recevoir un billet correspondant à ce nouveau coût fiscal. Ils seront ainsi en mesure de retirer ce montant de la SPA en franchise d'impôt personnel[123].

On ne saurait trop insister sur l'importance d'une évaluation sérieuse de la valeur de l'achalandage dans les cas où un roulement fiscal n'est pas effectué. Si la valeur de l'achalandage est surestimée, le montant excédentaire reçu par le professionnel pourrait être considéré comme un avantage conféré devant être inclus dans le revenu. De plus, aucune déduction de cet avantage ne serait alors accordée à la SPA. L'évaluation de l'achalandage devrait donc faire l'objet d'une étude rigoureuse, spécialement lorsque la clientèle peut être rattachée à la personne même du professionnel. En guise de protection supplémentaire, une clause de rajustement de prix en cas d'écart avec la JVM devrait être incluse dans le contrat de transfert.

---

[121] D'un autre côté, la SPA ne pourra amortir pour fins fiscales aucune partie de la portion non imposable du gain réalisé par le professionnel.

[122] Il ne s'agit pas à proprement dit d'une augmentation de coût mais de la création d'un compte appelé « solde des gains exonérés » permettant de réduire un gain éventuel provenant de la vente d'un achalandage ou d'un autre bien en immobilisation admissible.

[123] La SPA ne pourra amortir pour fins fiscales aucune partie de la portion du coût de l'achalandage ayant fait l'objet d'une telle exonération.

Mentionnons finalement que le transfert des actifs sera, de façon générale, exclu de l'application de la TPS/TVQ en raison de l'exemption applicable au transfert de la totalité ou presque des actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise du professionnel[124].

4.6.2. Contrepartie pour les actifs

À titre de paiement pour les actifs, la SPA prendra en charge les passifs du professionnel et émettra habituellement un billet pour la différence entre le coût fiscal des actifs acquis et les passifs pris en charge.

Si les passifs excèdent le coût fiscal des actifs, la différence constituera un revenu pour le professionnel.

La SPA émettra des actions pour l'excédent du prix de transfert sur le plus élevé du coût fiscal des biens ou des passifs assumés. En vertu du roulement fiscal, ces actions auront un prix de base rajusté et un capital versé nominal de sorte que toute vente à des tiers[125] ou achat/rachat par la SPA constituera une opération imposable.

Le montant du billet reçu de la SPA peut être un élément important en faveur de l'incorporation du professionnel. En effet, le remboursement du billet peut permettre à celui-ci de payer ses dépenses personnelles, laissant la possibilité d'accumuler dans la SPA des revenus imposés à des taux réduits d'impôt.

4.6.3. Choix du moment du transfert et de la fin d'année

Le moment de l'incorporation sera déterminé selon les faits propres à chaque situation. Il n'y a pas de règle absolue à ce sujet. Il faut cependant se rappeler qu'un transfert en cours d'année pourrait être coûteux car aucune déduction pour amortissement ne pourra être réclamée par le professionnel à l'encontre du revenu accumulé à cette date. Dans les cas où la déduction pour amortissement est importante, le transfert de la pratique devrait s'effectuer en début d'année.

---

[124] *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod., art. 167 et 167.1.

[125] Sous réserve de l'exonération de gain en capital relative aux actions d'une SPA admissible.

Quant au choix de la fin d'année, à moins que la SPA ne soit membre d'une SENC, il lui sera possible de choisir la date qu'elle désire. La SPA qui est associée dans une SENC devra arrêter ses comptes le 31 décembre de chaque année.

Mentionnons que comme pour toute nouvelle société, il n'y aura pas d'acompte provisionnel à effectuer pour la première année d'imposition.

4.6.4. Règles antiévitement

La loi contient de nombreuses mesures antiévitement visant à empêcher les contribuables de conférer des avantages ou de fractionner leur revenu en faveur de membres de la famille dont le taux d'imposition est moins élevé.

Ainsi, lorsque dans le cadre de l'incorporation d'un professionnel, des membres de la famille sont ou deviennent subséquemment actionnaires de la SPA, il faut porter une attention particulière à la contrepartie donnée pour les actifs transférés et au prix d'émission des actions.

Si la contrepartie donnée par la SPA au professionnel est inférieure à la JVM des actifs, la différence pourrait constituer un gain en capital[126] s'il en découle un avantage pour un autre actionnaire lié de la SPA (par exemple, conjoint, enfants, fiducie familiale). Ce serait le cas lorsque la valeur des actions de ces derniers se trouve augmentée par la sous-estimation des actifs par le professionnel.

D'un autre côté, même si cette contrepartie reflète la JVM des actifs, un revenu annuel pourrait être réputé reçu par le professionnel si un rendement suffisant n'est pas payé sur le billet ou les actions qu'il a reçus. Ce revenu serait réputé reçu lorsque la SPA ne se qualifie pas dans une année donnée comme une société exploitant une petite entreprise, soit de façon générale une société dont au moins 90 % des actifs sont utilisés dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise. L'accumulation de liquidités ou d'autres actifs superflus peut donc déclencher l'application de cette règle.

Lorsque des membres de la famille souscrivent aux actions de la SPA, il faut être attentif au prix d'émission des actions afin d'éviter un transfert de valeur de la part du professionnel. Par exemple, si les nouvelles actions sont souscrites à une valeur inférieure à la valeur des actions de la même catégorie ou d'une catégorie semblable détenues par le professionnel, il

[126] À moins que le gain ait déjà été imposé par ailleurs.

pourrait en découler un gain en capital ou d'autres incidences fiscales négatives pour ce dernier.

4.6.5. Nécessité de refléter les changements

Il ne suffit pas d'incorporer une SPA et de faire transiter par son compte de banque les honoraires reçus et les dépenses de la pratique. Il faut que ce soit la SPA qui rende les services et gère la pratique par l'entremise du professionnel employé. Il y a de nombreux jugements des tribunaux qui ont attribué les revenus à un professionnel qui avait persisté, entre autres, à facturer les honoraires et payer les dépenses à titre personnel.

4.6.6. Règles particulières s'appliquant aux SENC

Nous vous référons à la conférence suivante préparée par M. Luc Lacombe, CA, qui traite particulièrement de ce sujet[127].

4.7. SORT DES SOCIÉTÉS DE GESTION EXISTANTES

Un certain nombre de SENC ou de professionnels exerçant seuls utilisent actuellement une société de gestion qui leur rend des services administratifs et financiers ainsi que des services qui ne sont pas exclusivement réservés à un membre d'un ordre professionnel. La SENC ou le professionnel exerçant seul paie des frais de gestion et/ou honoraires à la société de gestion qui peut alors bénéficier du taux de 22 % sur son plafond de la DPE[128]. Ces professionnels bénéficient donc déjà des avantages potentiels de la SPA quoique sur un montant moins élevé de revenu.

Il n'est pas assuré que l'utilisation d'une SPA pour exercer la profession procurera plus d'avantages fiscaux que la conservation de la structure actuelle par la SENC ou le professionnel exerçant seul. Il faudra par exemple déterminer si un montant plus élevé de revenu pourra être accumulé dans la SPA ou faire l'objet d'un fractionnement de revenu par voie de dividendes à

---

[127] Luc LACOMBE, « Incorporation des professionnels – aspects fiscaux », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 31:1-108, aux pages 31:60-109.

[128] Les SENC composées de très nombreux associés ont développé d'autres mécanismes car l'existence d'un seul plafond de la DPE pour la société de gestion ne leur procurait guère d'avantages. Ainsi, des sociétés en commandite comprenant les membres des familles et des fiducies familiales ont parfois été formées pour rendre les services de gestion à la SENC.

certains membres de la famille. Chaque situation devra être examinée pour déterminer ce qui est le plus avantageux dans les circonstances.

4.8. STRUCTURE FISCALE OPTIMALE

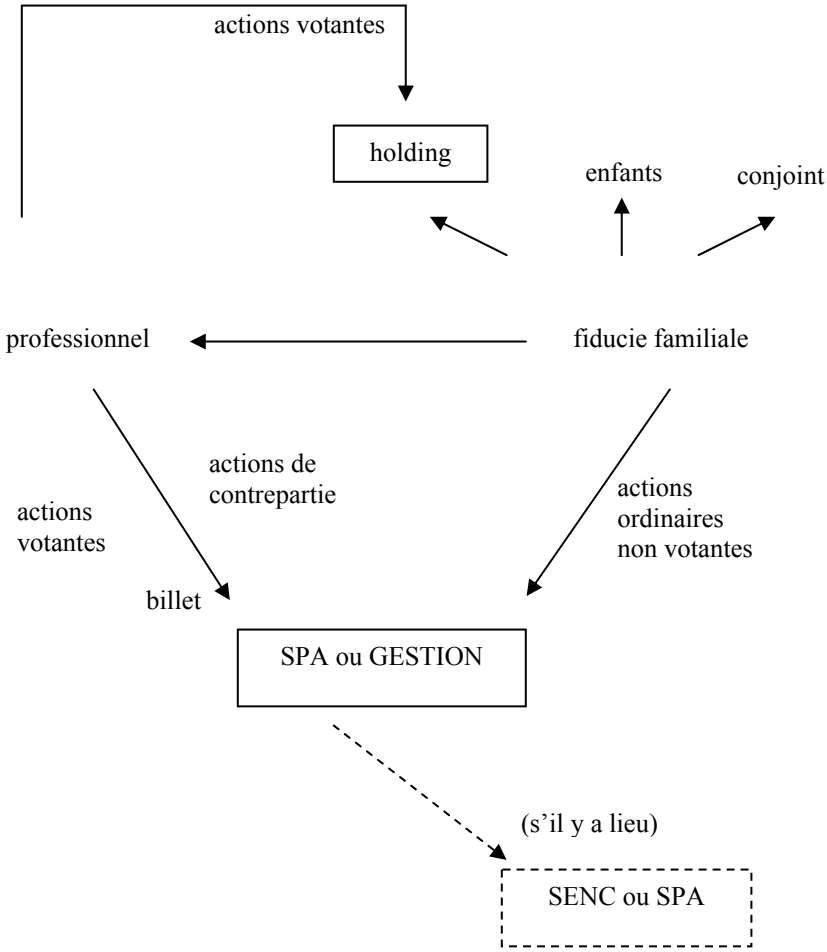
Nous avons identifié tout au long du texte des situations où l'incorporation pourrait procurer des avantages fiscaux tangibles. Voici une liste sommaire de ces situations :

- le professionnel est en mesure de verser des dividendes en provenance de la SPA, à des membres de sa famille imposés à des taux réduits d'impôt;

- le professionnel peut accumuler des revenus dans la SPA parce qu'il n'a pas besoin de tous les revenus pour son train de vie, qu'il bénéficie personnellement d'autres sources de revenus ou qu'il peut payer ses dépenses à l'aide de ses épargnes ou de montants à recevoir libres d'impôt de la SPA (tel un billet);

- le professionnel peut bénéficier du congé fiscal du Québec parce qu'il débute en affaires ou qu'il est un employé qui s'établit à son compte et qui n'est pas membre d'une SENC.

Une fois qu'il est déterminé que l'incorporation est avantageuse, comment doit-on se structurer pour en retirer tous les avantages fiscaux? Voici une structure qui offre toute la flexibilité requise d'un point de vue fiscal :



Le professionnel détient les actions votantes ainsi que les actions privilégiées et le billet reçu en contrepartie du transfert de sa pratique. Les actions ordinaires sont détenues par une fiducie familiale discrétionnaire[129]

[129] Nous privilégions une structure faisant appel à une fiducie familiale plutôt qu'à une SPA prévoyant des catégories d'actions permettant le versement de dividendes discrétionnaires aux membres de la famille parce qu'il nous apparaît que les actions à dividendes discrétionnaires n'offrent pas tous les avantages que procure la fiducie et présentent parfois des difficultés d'évaluation qui peuvent rendre difficile la réalisation de certaines planifications.

dont il est un des fiduciaires et, s'il y a lieu, un bénéficiaire potentiel. Ce véhicule lui permet de distribuer des dividendes et de remettre les actions ordinaires au moment choisi et aux personnes à être désignées. Une société de placements contrôlée par le professionnel peut être créée dès le départ ou subséquemment dans le but de recevoir les revenus accumulés non nécessaires à l'exercice de la profession. De cette façon, la SPA continue de se qualifier pour l'exonération de gain en capital et ne possède pas d'actifs superflus pouvant être saisis par des créanciers. Advenant la vente des actions de la SPA, l'exonération de gain en capital peut être multipliée par le nombre des membres de la famille.

Comme mentionné à la section 4.1.6., la création d'une deuxième SPA par un professionnel pourrait être envisagée dans le cas d'une SENC dans l'hypothèse où cette planification permette d'avoir accès individuellement au plein plafond de la DPE donnant droit au taux de 22 %.

Parmi les autres éléments à considérer concernant cette structure, il y a les honoraires de mise en place de la fiducie, la disposition réputée des biens de la fiducie à tous les 21 ans et l'application des règles fiscales particulières relatives aux dividendes versés aux enfants mineurs[130] et aux SPA ne se qualifiant pas comme une société exploitant une petite entreprise[131].

CONCLUSION

Si nous pouvons nous réjouir de l'arrivée des sociétés professionnelles dans la législation québécoise après plusieurs années de discussions, il faut admettre que plusieurs données significatives devront être connues avant que l'ensemble des professionnels puissent faire un choix éclairé quant à la pertinence d'y avoir recours.

En effet, il faudra attendre la mise en vigueur de la plupart des règlements avant que les assureurs en responsabilité professionnelle puissent déposer leurs propositions de polices. Ces nouveaux produits devront être analysés avec soin pour mesurer leur impact sur les SENCRL et sur les SPA.

Ce n'est qu'en 2004 que nous pourrons vraisemblablement mesurer l'impact qu'auront les nouvelles sociétés professionnelles sur l'exercice de notre profession.

---

[130] Art. 120.4 L.I.R.

[131] Par. 74.4(2) L.I.R.

Toutefois, au chapitre de la fiscalité, le professionnel peut d'ores et déjà procéder à l'examen de sa situation afin d'évaluer si des économies tangibles peuvent être réalisées en utilisant la SPA.

Si des professionnels relevant d'un ordre envisagent une alliance stratégique avec d'autres professionnels, il est recommandé de prendre connaissance des conditions exigées par le règlement qui leur est applicable, et d'étudier les modalités d'application des lois devant être respectées par chacun des groupes de professionnels pour mieux évaluer et planifier l'organisation de leur projet de regroupement.

PARTIE B
Incorporation des professionnels – Aspects fiscaux

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

Sylvain Moreau, CGA, Pl. Fin., D. Fisc.
Pratte, Bélanger comptables agréés inc.

INTRODUCTION*

En mai 1992, lors du dépôt du Budget du Québec, le ministre des Finances de l'époque, M. Bernard Landry, annonçait qu'il désirait modifier le *Code des professions*[1] afin d'accorder aux professionnels le droit à l'incorporation. En janvier 1993, une ébauche de modifications a été remise à l'exécutif à des fins d'étude. Ce n'est que le 21 juin 2001 que le Projet de loi 169, *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société,* fut adopté et sanctionné.

> « Ce projet de loi autorise un ordre professionnel à permettre, en vertu d'un règlement, que ses membres exercent leurs activités professionnelles au sein d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL ») ou d'une société par actions (ci-après « SPA ») et à déterminer, s'il y a lieu, les conditions, modalités et restrictions suivant lesquelles ces activités pourront être exercées[2]. »

Puisque nos confrères, Me Michel Turcot et Me Pierre-Jean Beauregard, vous ont entretenu des diverses considérations légales et fiscales (problèmes soulevés par l'incorporation, analyse des différents règlements et projets de règlement des ordres professionnels, etc.), nous nous attarderons aux divers aspects fiscaux touchant plus particulièrement aux différentes méthodes disponibles permettant de transférer les activités professionnelles d'une société en nom collectif (ci-après « SENC ») à une SPA. Nous porterons une

---

* Les auteurs tiennent à remercier Me Nancy Tapp, avocate au Service de fiscalité du cabinet Pratte, Bélanger comptables agréés inc., pour sa précieuse collaboration à la préparation de ce texte.

1 L.R.Q., c. C-26.

2 QUÉBEC, ministère de la Justice, *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*, Projet de loi 169, sanctionné le 21 juin 2001 (2001, c. 34).

attention particulière aux différentes considérations dont les professionnels devront se soucier dans le choix de la méthode de transfert à utiliser. L'incorporation du praticien exerçant seul ne sera pas spécifiquement abordée puisque les commentaires que nous émettrons, dans le cadre du transfert d'actifs de la SENC à la SPA, s'appliqueront à cette situation et que mes confrères en traiteront. Puisque le volet technique a déjà fait l'objet de diverses conférences données dans le cadre de congrès et de colloques antérieurs[3], nous vous encourageons à vous y référer au besoin.

Enfin, nous terminerons ce texte par une revue des principes d'intégration, de façon à déterminer s'il y a un avantage économique à recourir à l'incorporation.

1. MÉTHODES ANALYSÉES

Contrairement au transfert des activités d'une SENC à une SENCRL, qui n'implique aucune incidence fiscale en raison de la prémisse inhérente de continuité, ceux qui opteront plutôt pour une SPA en vue de poursuivre les activités professionnelles antérieurement menées par l'entremise d'une SENC seront confrontés à diverses règles et implications fiscales qui devront être analysées à la lumière du choix de la méthode de transfert utilisée.

Quatre méthodes seront analysées, soit :

- transfert des actifs d'une SENC à une SPA et liquidation de la SENC;
- liquidation de la SENC et transfert des actifs à la SPA;

---

[3] À ce sujet, vous pouvez vous référer aux textes suivants : Sylvie GARON, « Les aspects fiscaux de la conversion d'une SENC en SENCRL ou en société par actions », dans *Colloque – Les nouveaux véhicules juridiques d'exercice des activités professionnelles – Une révolution!*, 114, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 5:1-14; Éric GÉLINAS, « Retrait et arrivée d'un associé et dissolution d'une société de personnes », (1998), vol. 20, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 411-444; Gilles CARON, « Fusion et dissolution de la société, Partie A – Réorganisation des sociétés de personnes », dans *Colloque – Gestion d'un bureau de professionnels*, 74, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 6:1-61; Patrice LALANDE, « Les aspects fiscaux de la pratique professionnelle au sein d'une SENCRL et d'une société par actions », dans *Colloque – Les nouveaux véhicules juridiques d'exercice des activités professionnelles – Une révolution!*, 114, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 6:1-32; Nicole PRIEUR, « Règles fiscales affectant les sociétés de personnes », (1998), vol. 20, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 305-410.

- transfert des participations de la SENC à la SPA et liquidation de la SENC; et enfin,

- transfert des participations de la SENC à la SPA et maintien de la SENC.

Bien qu'à première vue chaque méthode comporte peu de différences et procure le même résultat comptable, en l'occurrence le transfert de l'exploitation de l'entreprise professionnelle à la SPA, les implications fiscales de chacune d'elles peuvent être fort différentes.

1.1. TRANSFERT DES ACTIFS D'UNE SENC À UNE SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC

Afin de bien illustrer les différents éléments soulevés, prenons l'exemple de la société de personnes BLT SENC (ci-après « BLT »). L'annexe A présente les différentes données fiscales qui seront utilisées ainsi que le bilan de BLT.

1.1.1. Méthode

Conformément à cette méthode, BLT transfère, dans un premier temps, l'ensemble de ses actifs à une SPA qui aura été créée en conformité avec les différentes réglementations, permettant l'exercice des activités professionnelles. Dans le cadre de ce transfert, le choix prévu au paragraphe 85(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4] sera effectué de façon à ce qu'il n'y ait aucune incidence fiscale lors du transfert. Afin que les dispositions du paragraphe 85(3) L.I.R. trouvent application, tous les associés devront, conjointement, signer le formulaire de choix prescrit[5] relativement à cette disposition.

Les biens qui seront ainsi transférés comprendront les immobilisations, les travaux en cours[6] et l'achalandage. En effet, en ce qui concerne

---

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

5 Il s'agit des formulaires T-2058, « Choix relatif à la disposition de biens par une société de personnes en faveur d'une société canadienne imposable » (fédéral), et TP-529, « Aliénation de biens, par une société de personnes, en faveur d'une société canadienne imposable » (provincial).

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-457R, « Choix exercé par un membre d'une profession libérale d'exclure de son revenu toute somme relative au travail en cours », 15 juillet 1998. Comme indiqué au paragraphe 18 de ce bulletin, les travaux en cours sont considérés

(à suivre…)

l'encaisse, aucun choix n'est nécessaire. Quant aux comptes clients, le choix de l'article 22 L.I.R. sera effectué afin de s'assurer que les comptes clients demeureront un bien d'entreprise plutôt qu'un bien de nature capital. Ainsi, il sera permis à la SPA de réclamer une perte d'entreprise, si le montant recouvré à l'égard des comptes clients est inférieur au montant à recevoir au moment du transfert, ou de réaliser un revenu d'entreprise, si le montant recouvré s'avère supérieur.

Dans le cadre de ce transfert, la SPA bénéficiera des actifs, prendra en charge l'ensemble des passifs de la SENC et lui émettra des actions ordinaires. En vue de procéder au transfert, il faudra au préalable établir le coût fiscal des différents biens à transférer ainsi que leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »). Quelques commentaires seront effectués relativement à la notion d'évaluation.

1.1.1.1. Travaux en cours

Comme il est mentionné au paragraphe 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-457R[7], la valeur des travaux en cours « est déterminée en fonction des dépenses engagées relativement aux services fournis pour lesquels une somme n'est pas devenue recevable, ou en fonction du montant auquel s'élèverait la facture pour ces mêmes services, si elle avait été remise (laquelle comprend une partie de profit), selon la méthode qui est dûment suivie pour évaluer ce travail en conformité des principes admissibles d'évaluation d'inventaire ».

Conséquemment, une entreprise de services doit donc évaluer la valeur de ses travaux en cours en fonction du taux horaire facturé aux clients plutôt qu'en fonction du salaire versé aux employés[8].

(…suite)

comme un bien en inventaire dont le coût indiqué est néant lorsque le choix en vertu de l'alinéa 34(1)a) L.I.R. a été effectué.

7 *Id.*

8 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9221725, 14 septembre 1992. Comme mentionné dans cette interprétation technique, le montant utilisé pour l'évaluation des travaux en cours, d'un point de vue comptable et fiscal, doit être le même montant : « it is our view that the method used for evaluing working progress should be the same for tax and financial statements purposes ». Dans le cadre de l'évaluation des travaux en cours, nous pouvons également inclure les différents déboursés effectués directement pour le client dans le cadre de son évaluation. À ce sujet, nous pouvons nous référer aux interprétations techniques 9325025, 15 septembre 1993 et 9318225, 31 août 1993, qui

(à suivre…)

1.1.1.2. Achalandage

Aux fins du présent texte, l'achalandage représente essentiellement la valeur de la clientèle du professionnel. La difficulté éprouvée sera donc de déterminer la valeur de cette clientèle. Malheureusement, il n'existe pas de méthode d'évaluation unique applicable à toutes les professions. Notre choix devra donc s'arrêter sur une méthode reconnue selon le type de professions exercées. Avant même d'appliquer la méthode d'évaluation choisie, il faudra déterminer si cet achalandage est rattaché à l'individu ou s'il est plutôt attribuable à l'exploitation de l'entreprise du professionnel (bonne réputation, qualité des services, renommée de l'entreprise, etc.). L'achalandage attribuable à l'individu n'a que peu ou pas de valeur lors d'un transfert ou d'une vente de l'entreprise. À l'opposé, l'achalandage rattaché à l'entreprise peut représenter un avantage important pour un éventuel acheteur et a donc, par conséquent, une valeur certaine qui devra être déterminée. Pour certaines professions, il sera relativement facile d'établir une valeur rattachée à la clientèle puisque au cours des années, plusieurs transactions ont eu lieu (vente de cabinets de comptables, d'avocats, de notaires, etc.).

Dans d'autres situations, il sera de toute évidence plus hasardeux de procéder à de pareilles évaluations en raison du manque de données historiques servant de base comparative. À ce chapitre, nous n'avons qu'à penser aux cabinets de médecins pour lesquels il sera pour le moins difficile de déterminer s'il y a ou non achalandage. Pour un médecin dont les revenus proviennent presque exclusivement de la Régie de l'assurance-maladie du Québec (ci-après « RAMQ »), il sera difficile de prétendre qu'il existe un achalandage qui a une valeur qui pourra être transférée à une SPA. À première vue, il semble que cet achalandage soit davantage de nature personnelle et par conséquent non transférable.

Il peut cependant exister certaines situations qui, même dans le domaine médical, pourront amener à la reconnaissance d'un achalandage. Par exemple, pour un médecin dont une partie des revenus émane du secteur privé (expertises médicales, vaccination, etc.), il pourrait s'avérer pertinent de donner une certaine valeur à cet achalandage.

(…suite)

traitent de cette question. Voir également AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-129R, « Comptes en fiducie et débours d'avocats », 7 novembre 1986, par. 4, 5 et 6 qui déterminent dans quelle situation ces différents déboursés peuvent être inclus dans les travaux en cours.

Par conséquent, puisque l'évaluation n'est pas une science exacte, et puisqu'il peut être difficile de déterminer si l'achalandage est de nature personnelle ou non, il est fortement conseillé de recourir à un expert dans le domaine pour la préparation d'un rapport d'évaluation en bonne et due forme, afin d'être en mesure de contrer toute contestation éventuelle de la part des autorités fiscales. Puisque l'achalandage représente probablement l'élément d'actifs le plus difficile à évaluer dans le cadre du transfert des activités d'une SENC à une SPA, un rapport d'évaluation serait donc fortement souhaitable. Au risque de se répéter, tout repose sur le fait de déterminer si cet achalandage est transférable ou non. Dans certains secteurs d'activités, il existe diverses règles empiriques permettant d'évaluer l'achalandage avec assez de facilité. À titre d'exemple, la valeur globale d'un cabinet d'expertise comptable peut se situer entre 50 % et 100 % de la facturation annuelle du ou des professionnels. Le taux étant fonction du genre de mandats, de leur récurrence, des taux horaires utilisés pour les exécuter, de la capacité de récupérer les heures facturées et de la possibilité de transférer les clients à un autre professionnel. En déterminant ainsi la valeur globale d'une entité, il devient assez simple d'établir la valeur de l'achalandage puisqu'elle représentera l'excédent de la valeur globale de l'entreprise sur la JVM des actifs figurant au bilan, déduction faite des passifs et des dettes.

1.1.2. Transfert

Si nous poursuivons notre exemple de la société BLT, cette dernière détiendra, à la suite du transfert des différents actifs, un seul actif constitué de 1,5 M d'actions de la SPA qui auront une valeur marchande de 1,5 M$, un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et un capital versé de 75 000 $[9]. Malgré ce transfert d'actifs, l'existence juridique de BLT continue. Pour mettre fin à cette existence, il nous faudra procéder à la liquidation de BLT. Deux méthodes peuvent être utilisées pour liquider BLT.

[9] Nous pouvons nous référer à l'annexe B qui inclut les diverses informations qui serviront à compléter les formulaires de roulement et à procéder au transfert des autres actifs.

1.1.3. Liquidation de la SENC

1.1.3.1. Liquidation en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R.

La première méthode est celle permise en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. et peut être utilisée lorsque les conditions suivantes sont respectées :

- il y a eu un transfert d'actifs d'une SENC en faveur d'une SPA, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R.;

- la SENC a été mise en liquidation au plus tard 60 jours suivant ce transfert; et

- la SENC n'a comme seul bien, immédiatement avant la liquidation, que l'argent ou les biens reçus de la SPA en contrepartie de la disposition des actifs.

Chacun des associés reçoit, en contrepartie de la disposition de sa participation au sein de la SENC, les actifs qui lui sont attribués dans le cadre de cette liquidation (voir annexe C). La SENC est présumée avoir disposé de ses biens à leur coût indiqué. Il n'y a donc aucune incidence fiscale au moment de la liquidation pour la SENC à la suite du transfert de ses actifs en faveur de ses associés.

De leur côté, les associés sont présumés avoir acquis les différents biens, autres que les actions, à leur JVM au moment de la liquidation et sont réputés avoir acquis les actions de la SPA au coût fiscal de leur participation moins la JVM attribuée aux autres biens reçus.

En d'autres mots, le coût de la participation d'un associé au sein de la SENC est d'abord attribué aux actifs (autres que les actions) jusqu'à concurrence de leur juste valeur au moment de la liquidation alors que le solde de son coût est par la suite attribué aux actions reçues. Lorsque plusieurs catégories d'actions sont émises, le solde est d'abord attribué aux actions privilégiées, jusqu'à concurrence de leur JVM, et le solde résiduel est par la suite attribué aux actions ordinaires. Dans notre exemple, puisqu'à la suite du roulement de ses actifs les seuls biens appartenant à BLT sont des actions de la SPA, le coût fiscal de la participation de chacun des associés sera attribué aux actions qu'ils recevront (voir annexe D).

1. Commentaires

Contrairement à ce que nous verrons plus loin, dans le cadre de la liquidation d'une SENC effectuée selon le paragraphe 98(3) L.I.R., l'utilisation du paragraphe 85(3) L.I.R. ne nous oblige pas à partager l'ensemble des actifs reçus dans le cadre de la liquidation, d'une manière indivise et en proportion des participations de chacun des associés. Le transfert peut donc être effectué d'une manière différente de celle du partage du bénéfice de cette SENC. Cela peut donc s'avérer avantageux dans certaines situations.

Un des éléments importants pour que le paragraphe 85(3) L.I.R. puisse s'appliquer est que les affaires de la SENC soient mises en liquidation dans les 60 jours suivant ce transfert. Il faut donc que toutes les formalités légales soient mises en œuvre à l'intérieur du délai de 60 jours, afin d'éviter que les autorités fiscales contestent l'application du paragraphe 85(3) L.I.R. Dans la situation où il y aurait une contestation, ou que la liquidation n'aurait pas lieu dans les 60 jours, ce paragraphe ne pourrait trouver application et il faudra alors s'en remettre, s'il est toujours possible, au choix en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R., afin d'éviter certaines incidences fiscales négatives. En effet, si aucun des deux paragraphes ne peut être utilisé dans le cadre de cette liquidation, il y aurait alors disposition de l'ensemble des actifs à leur JVM par SENC, ce qui impliquerait des incidences fiscales importantes pour chacun des associés.

2. PBR de la participation

Puisque dans le cadre de la liquidation effectuée conformément au paragraphe 85(3) L.I.R., la valeur attribuée aux actions reçues en contrepartie est fonction du PBR de la participation de chacun des associés, nous nous permettons de revoir quelques notions de base. Ainsi, le PBR d'une participation dans une SENC s'établit en fonction des règles énoncées aux alinéas 53(1)e) et 53(2)c) L.I.R. De manière générale, le PBR correspond à la somme des éléments suivants :

Prix payé pour acquérir la participation :

- plus apports en capital à la SENC;
- plus part du revenu fiscal attribuée à l'associé;
- plus portion non imposable des gains en capital attribués à l'associé;

- moins retraits en capital de la SENC;
- moins pertes fiscales attribuées à l'associé;
- moins portion non déductible des pertes en capital.

Toutefois, une des particularités associées à l'établissement de ce PBR est que l'attribution du revenu fiscal à l'associé ne s'effectue que le jour suivant la fin de l'exercice financier de la SENC[10]. Par conséquent, la part de chacun des associés dans le bénéfice de l'année au cours de laquelle survient la liquidation ne s'ajouterait pas au PBR de la participation de l'associé au moment de la liquidation de la SENC. Il en résulterait donc une double imposition.

Consciente de cette problématique, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a indiqué dans l'interprétation technique 2002-0160033[11] du 27 novembre 2002, que l'associé pourra ajouter, au PBR de sa participation, sa part dans le bénéfice de la SENC à la date de départ et non le jour suivant la fin de l'exercice[12].

Ainsi, en raison des interprétations techniques émises et des politiques administratives actuellement en vigueur, le PBR de la participation pourra être augmenté du bénéfice de l'année courante. Toutefois, puisque les actifs auront été transférés au préalable, aucun amortissement fiscal ne pourra être réclamé. En ce qui concerne les associés de BLT, ils devront donc s'imposer, selon notre exemple, sur un montant supplémentaire de 10 500 $ au cours de l'exercice terminé le 30 septembre 2003.

En ce qui concerne les travaux en cours, puisque la SENC a effectué le choix de les exclure à la fin du dernier exercice, nous devrons tenir compte de ce choix lors de la détermination du bénéfice fiscal courant, de façon à les exclure du revenu imposable, et ce, même si aucun travail en cours ne figure au bilan à la fin de l'année financière de la SENC. En effet, puisque le

---

10 S.-al. 53(1)e)(i) et 53(2)c)(i) L.I.R.

11 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2002-0160033, 27 novembre 2002.

12 Cela est en accord avec le document de l'AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 9, 10 février 1997, qui en fait mention. De plus, dès 1996, l'interprétation technique suivante faisait mention de certains allégements administratifs dans ce type de situation. *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 963146A, 4 décembre 1996.

revenu comptable inclut le montant des travaux en cours à la fin de l'exercice financier précédent, et que le choix de les exclure au niveau fiscal a été fait, nous devons les exclure afin d'en arriver à un bénéfice fiscal qui respecte le choix effectué par la SENC.

3. PBR des actions reçues

Dans la situation où chacun reçoit un tiers des actions de la SPA, chacun aura donc, comme en fait foi l'annexe D, 500 000 actions ordinaires ayant un capital versé de 25 000 $ et un PBR équivalant au PBR de leur participation immédiatement avant la liquidation.

4. Constat

Comme nous l'avons mentionné auparavant, les actions émises dans le cadre de la liquidation n'ont pas à être attribuées proportionnellement entre les associés pour permettre l'application du paragraphe 85(3) L.I.R. Il peut donc en résulter une plus grande souplesse de recourir aux dispositions du paragraphe 85(3) L.I.R. dans le cadre de la liquidation, plutôt que d'utiliser le paragraphe 98(3) L.I.R. Malgré cette souplesse, il faut cependant réaliser que les dispositions du paragraphe 85(3) L.I.R. exigent que les biens soient transférés à une seule SPA et non à plusieurs. Par conséquent, il n'aurait pas été permis de miser sur une réorganisation papillon en vertu de laquelle chacun des associés aurait transféré sa part des actifs de la SENC à sa propre SPA[13].

En résumé, nous devons retenir que :

1. le transfert des actifs d'une SENC à une SPA, suivi de la liquidation de la SENC, en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R., peuvent être effectués, en règle générale, sans incidences fiscales, à moins que le PBR de la participation soit négatif, ce qui impliquerait alors la reconnaissance d'un gain en capital;

2. il n'est pas obligatoire que, dans le cadre de la liquidation de la SENC, il y ait attribution proportionnelle des actifs entre les associés, ce qui peut donner une plus grande flexibilité dans le cadre de la distribution des actifs de la société;

---

[13] À ce sujet, vous référer au texte de S. GARON, *loc. cit.*, note 3.

3. la liquidation doit avoir lieu dans les 60 jours suivant le transfert, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R.;

4. le transfert des actifs doit être effectué en faveur d'une seule SPA[14].

1.1.3.2. Liquidation en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R.

Une autre méthode permettant de liquider la SENC est prévue au paragraphe 98(3) L.I.R. Selon les modalités du paragraphe 98(3) L.I.R., lorsque tous les associés en font le choix, le produit de disposition de la participation est réputé être égal au coût indiqué des biens reçus, seulement lorsque chaque associé reçoit un **droit indivis** sur l'ensemble des biens détenus par la SENC, correspondant à son pourcentage de participation. Lorsque des dettes sont assumées par les associés, il en résulte une augmentation du coût de leur participation au sein de la SENC. Lorsque le PBR de la participation est supérieur au coût indiqué des biens transférés, la perte en capital est refusée. Toutefois, il est possible que le coût des biens en immobilisation reçus, autres que des biens amortissables, puisse être augmenté du montant de la perte jusqu'à concurrence de la JVM desdits biens reçus. En ce qui concerne BLT, puisque les seuls biens sont des actions d'une SPA, il y aurait donc transfert du PBR de la participation sur le coût des actions reçues. Si le coût des biens est supérieur au PBR de la participation, il en résultera un gain en capital. Après avoir effectué ce choix, chacun des associés devient propriétaire d'une part indivise de l'ensemble des actions de la SPA. Cette indivision peut être brisée sans incidences fiscales, en vertu du paragraphe 248(20) L.I.R., à condition de respecter les différentes règles. Un des éléments importants indique que les biens doivent être susceptibles de partage ou divisibles afin que ce paragraphe puisse s'appliquer. L'application du paragraphe 248(20) L.I.R. permet donc de briser cette indivision sans qu'il y ait réellement disposition de biens, ce qui permet d'éviter des incidences fiscales[15]. Comme nous verrons plus loin, ce

---

[14] À ce sujet, vous référer à l'interprétation technique suivante : *Tax Window Files*, *op. cit*., note 8, interprétation technique 2001-0072595, 21 mars 2001. Dans cette interprétation, l'ADRC indique que le transfert à plusieurs sociétés de type « papillon » ne peut être effectué en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. Le paragraphe 85(3) L.I.R. ne trouverait donc pas application.

[15] À ce sujet, nous pouvons nous référer au texte suivant : Marie-Claude LÉVESQUE, « Pot-pourri fiscal, Partie B – Sortir de l'indivision », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 35:1-82, aux pages 35:15-36, qui explique d'une manière beaucoup plus technique les règles régissant les paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R.

paragraphe devient beaucoup plus complexe, dans la situation où ce ne sont pas simplement des actions d'une SPA qui constituent les actifs de la SENC.

Commentaires

L'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R. implique le dépôt de formulaires supplémentaires (T-2060)[16] afin de répartir les biens. Après la liquidation, chacun des associés se retrouve avec un pourcentage correspondant au pourcentage de la participation qu'il détenait au sein de la SENC.

Par conséquent, dans la situation où les parties désireraient partager les actions de la SPA différemment, il y aurait alors des implications fiscales, soit acquisition et disposition de la participation par les parties. Ainsi, dans le cadre du transfert d'actifs, l'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R. est donc un procédé beaucoup plus ardu et plus restrictif que l'utilisation du paragraphe 85(3) L.I.R. Nous devrons donc nous assurer de pouvoir respecter les différents critères afin de pouvoir être admissible au transfert avec le moins d'incidences fiscales.

1.1.3.3. Constat

Si, dans le cadre de la liquidation de la SENC, nous ne pouvons respecter les conditions énoncées au paragraphe 85(3) L.I.R. (liquidation de la SENC au-delà du délai de 60 jours après le transfert des biens, transfert des biens effectué en faveur de plusieurs SPA, pas de signature de formulaire par tous les associés), ou au paragraphe 98(3) L.I.R. (pas de signature de formulaire pour tous les associés, pas d'attribution, à chaque associé, d'une part indivise de chaque bien), les incidences fiscales pourraient donc être importantes. Il y aurait alors disposition de l'ensemble des actifs à leur JVM et imposition sur l'ensemble de la plus-value des différents biens, et ce, malgré le fait qu'un roulement des actifs aurait eu lieu en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., car les biens reçus ne seraient pas des actifs mais des actions présumées disposées à leur JVM. D'une manière pratique, le paragraphe 85(3) L.I.R. devrait être favorisé, compte tenu de sa simplicité et de sa flexibilité.

---

[16] L'équivalent provincial est le Formulaire TP-620, « Choix concernant les biens distribués lors de la dissolution d'une société canadienne de personnes ».

1.2. LIQUIDATION DE LA SENC ET TRANSFERT DES ACTIFS À LA SPA

1.2.1. Méthode

Une autre méthode qui pourrait être utilisée dans le cadre du transfert des activités d'une SENC dans une SPA serait de procéder à la liquidation de la SENC, suivie du transfert de l'ensemble des actifs par les anciens associés en faveur de la SPA. Tout d'abord, la liquidation de la SPA pourrait s'effectuer conformément au paragraphe 98(3) L.I.R. À cette étape, le paragraphe 85(3) L.I.R. ne pourrait trouver application, puisqu'il n'y a pas eu transfert d'actifs, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., immédiatement avant la liquidation de la SENC.

Comme indiqué précédemment, certaines conditions doivent être respectées pour que le paragraphe 98(3) L.I.R. puisse s'appliquer. Ainsi, le choix doit être effectué par l'ensemble des associés et chacun d'eux doit recevoir un droit indivis équivalant à leur part dans les biens de la société. Chaque associé recevra donc un droit indivis de l'ensemble des actifs. De plus, chaque associé disposera de sa participation à un montant équivalant à l'ensemble du coût indiqué des biens reçus. Dans la situation où ce coût serait supérieur au PBR de la participation, il y aurait alors réalisation d'un gain en capital. Si avant ces différentes transactions le PBR s'avérait négatif, il y aurait également réalisation d'un gain en capital. Certaines transactions pourraient peut-être être effectuées afin d'éviter ce gain en capital, par exemple l'apport de certains biens avant de procéder à ces différentes transactions.

Dans le cadre de l'interprétation technique 9208475[17], l'ADRC s'est toutefois prononcée sur l'application potentielle de la règle générale antiévitement, dans le cadre d'une liquidation en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R. Ainsi, on souhaitait confirmer la position de l'ADRC lorsque l'associé effectuait certains apports à la SENC avant le choix du paragraphe 98(3) L.I.R., afin d'éviter la réalisation d'un gain en capital lors de la disposition présumée de sa participation. Après cette indivision, ces apports étaient par la suite remboursés. Selon l'ADRC, la règle générale antiévitement pourrait s'appliquer dans ce genre de situation. La position de l'ADRC pourrait être différente si le prêt n'est pas remboursé par l'entreprise immédiatement après cette liquidation, mais est plutôt maintenu entre les mains personnelles de l'individu.

---

[17] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 9208475, 4 juin 1992.

Dans la situation où le PBR serait supérieur au coût indiqué des biens reçus, il y aurait alors une perte en capital qui serait refusée. Cependant, cette perte pourrait augmenter le coût indiqué de certains biens en immobilisation, autres que les biens amortissables, jusqu'à concurrence de leur JVM. Il faut encore une fois noter que cette perte en capital ne pourra être attribuée aux immobilisations amortissables ni à l'achalandage. Dans notre exemple de BLT, il ne resterait donc, en pratique, que les travaux en cours. Toutefois, lorsqu'on regarde la définition de « immobilisation » et de « biens » ainsi que l'opinion de l'ADRC exprimée dans son *Bulletin d'interprétation* IT-457[18], les travaux en cours sont considérés comme des biens en inventaire et ne seraient donc pas des biens en immobilisation; il ne serait donc pas permis d'augmenter le coût de cet actif. Pour BLT, cette perte en capital serait donc perdue, contrairement à la situation indiquée à la section 1.1.2., où la société aurait transféré les actifs avant de procéder à sa liquidation. BLT aurait donc avantage à mettre en place une transaction qui mise d'abord sur le transfert des actifs, en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., avant l'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R., puisque la perte subie lors de la disposition de la participation est réputée nulle et ne vient augmenter que le coût des immobilisations non amortissables.

Au moment de recevoir les différents biens, les anciens associés transfèrent, sans incidences fiscales, leur participation indivise dans les biens reçus en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. à une SPA. Dans l'exemple de BLT, ils recevront 500 000 actions ordinaires de la SPA, qui auront un capital versé et un PBR de 25 000 $, et puisque la perte en capital découlant de la disposition de la participation sera réputée nulle, ils ne pourront augmenter le coût d'aucun actif (voir annexe E).

Lors de l'établissement du PBR de la participation, une certaine ambiguïté demeure relativement au calcul du bénéfice du dernier exercice financier au cours duquel la liquidation a eu lieu. En effet, lorsque l'on regarde le libellé du paragraphe 98(3) L.I.R., on assume que lorsqu'une SENC a cessé d'exister, tous les biens ont été attribués immédiatement avant ce moment. Cela signifie donc qu'au moment où la société cesse d'exister, elle ne possède plus aucun actif. Par conséquent, aucune déduction pour amortissement ne peut être réclamée ce qui génère un bénéfice fiscal plus élevé pour l'année de la liquidation. Ainsi, le PBR de la participation augmentera ce qui, ultimement, fera augmenter la perte en capital découlant de la liquidation.

---

[18] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6.

Conséquemment, l'associé devra s'imposer sur un montant supplémentaire de 10 500 $, comme indiqué à l'annexe E. Cela vient donc augmenter le coût de la participation et, par le fait même, la perte en capital réalisée lors de l'application du paragraphe 98(3) L.I.R. Puisque cette perte est réputée nulle, il n'y aurait donc aucune augmentation du coût des biens. Ainsi, lors du transfert des biens à la SPA, un montant équivalant à cette perte ne pourrait être retiré libre d'impôt par les associés.

1.2.2. Constat

Nous pouvons constater, dans la situation où le paragraphe 98(3) L.I.R. est utilisé avant le transfert des actifs au sein d'une SPA, qu'il y aurait perte d'avantages fiscaux importants, en raison du fait que la perte réalisée sur la disposition de la participation ne vient augmenter le coût d'aucun bien. Le transfert des actifs d'une SENC à une SPA, suivi de la liquidation de la SENC (voir section 1.1. ci-dessus), semble être plus efficace. De plus, le paragraphe 85(3) L.I.R. offre beaucoup plus de flexibilité dans le partage des différents biens. Dans notre exemple, « L » serait le plus désavantagé par cette méthode.

1.3. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET LIQUIDATION DE LA SENC

1.3.1. Méthode

La troisième méthode disponible consiste à transférer, tout d'abord à la SPA, les participations détenues par les associés et, par la suite, procéder à la liquidation de la SENC au sein de la SPA. Ainsi, les associés procéderaient, sans incidences fiscales, en vertu des dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R., au transfert de leurs participations à la SPA en contrepartie d'actions de cette dernière. À la suite de ce transfert, le coût fiscal des actions reçues correspondrait au PBR des participations avant ce transfert. Par la suite, la SENC serait liquidée au sein de la SPA. Certains commentaires doivent toutefois être émis relativement à ces transactions.

1.3.2. Commentaires

Dans un premier temps, le PBR des actions reçues en contrepartie correspondra au PBR de la participation immédiatement avant ce transfert. Le capital versé des actions émises devra donc correspondre à la somme convenue, puisque le PBR des participations diffère pour chacun des associés. Le capital versé des actions reçues sera donc différent de celui qui a

été établi selon les autres méthodes de transfert suggérées dans le présent texte.

Il faut donc établir, dans un premier temps, le PBR de la participation de chacun des associés. Compte tenu que le transfert a lieu au cours de l'exercice financier, aucun bénéfice de l'année ne pourrait être attribué aux associés. Les retraits viendront toutefois réduire ce PBR. Dans l'exemple de BLT, deux des associés auraient un PBR négatif à cette date, comme en fait foi l'annexe F. Dans le cadre du transfert de la participation, il y aurait donc réalisation d'un gain en capital correspondant à ce PBR négatif.

Quant au capital versé, si chacun reçoit des actions de la même catégorie, le montant du capital versé de 100 000 $, correspondant au PBR de l'associé « L », serait donc réparti sur l'ensemble des actions (voir annexe F). Nous pourrions peut-être, dans le cadre de ce transfert, émettre des actions de catégories distinctes pour chacun des associés, afin de protéger le capital versé attribuable à chacun des associés établi en fonction de leur PBR.

Une autre alternative qui pourrait être privilégiée afin d'éviter le PBR négatif, serait le maintien d'une participation résiduelle dans l'entente entre les associés, à l'effet d'attribuer pour l'exercice courant une partie du bénéfice aux associés ayant quitté la SENC. Ce montant serait donc considéré comme un revenu imposable à 100 %.

Y a-t-il vraiment avantage à procéder ainsi? Si ce choix est utilisé, la SPA aurait donc un revenu imposable moins élevé et les associés auraient à augmenter leurs revenus de leur part dans le bénéfice de la SENC. Si aucun choix de participation résiduelle n'est effectué, la SPA s'imposera sur la totalité du bénéfice en 2003 et l'associé sortant s'imposera plutôt sur un gain en capital correspondant à son PBR négatif. En d'autres mots, il faut donc déterminer s'il est plus avantageux de s'imposer sur un bénéfice plus élevé au sein de la SPA, assujetti à un taux d'imposition variant entre 22 % et 31 %, et demander à l'associé de s'imposer sur un gain en capital attribuable à son PBR négatif, ou de s'imposer sur un revenu pleinement imposable entre les mains des associés à un taux marginal maximum de 48,22 %, et de bénéficier d'une imposition moindre au sein de la SPA. Dans la situation où le taux d'imposition de la SPA est supérieur au taux d'imposition du gain en capital, il y aurait lieu de ne pas signer d'entente prévoyant une participation résiduelle et d'imposer la totalité du revenu au sein de la SPA. Cela serait le

cas lorsque le revenu imposable de la SPA est supérieur à 200 000 $[19]. Lorsque le revenu imposable de la SPA pour l'année s'avère inférieur à 200 000 $, il faut alors déterminer si le coût de la préparation des différents documents, permettant le maintien de la participation résiduelle, est supérieur à l'avantage engendré par l'économie d'impôts d'environ 1,9 % (24,11 % - 22,12 %).

De plus, puisque la situation fiscale de chacun des associés peut être différente, comme c'est le cas dans notre exemple, la décision de maintenir une participation résiduelle peut engendrer des incidences différentes. Dans la situation concernée, il y aurait lieu d'attribuer la même part du bénéfice de la SENC à chaque associé. Cela permettrait d'augmenter le PBR de chacun des associés d'un montant égal correspondant à leur participation et maintiendrait la situation à un niveau neutre pour chacun des associés. Dans notre exemple, puisque le bénéfice fiscal s'élève à 660 000 $, l'imposition d'un bénéfice résiduel de 150 000 $ pour chacun des associés permettrait de réduire le revenu imposable aux environs de 210 000 $ au sein de la SPA et réduirait considérablement le gain en capital de chacun des actionnaires. Globalement, chacun assumerait donc sa part réelle d'impôt déterminée selon sa propre situation fiscale. Cette question peut donc soulever certaines discussions intéressantes entre les associés.

1.3.3. Autres considérations

Lorsque la SPA devient le seul et unique associé, la liquidation de la SENC s'effectuera-t-elle sans incidences fiscales?

Il faut, d'une manière pratique, s'assurer de pouvoir utiliser les règles du paragraphe 98(5) L.I.R. afin que cette liquidation s'effectue sans incidences fiscales pour la SPA. Pour ce faire, il faut, à la suite de la liquidation et au cours des trois mois suivant, que la SPA soit le seul associé de la SENC. Il faut également que la SPA soit un des associés de la SENC immédiatement avant la liquidation. Par conséquent, le transfert des participations des associés doit être effectué à des dates différentes à la SPA, afin que la SPA soit associée de la SENC avec un des autres associés immédiatement avant sa cessation et sa continuation au sein de la SPA.

---

[19] Le Budget fédéral du 18 février 2003 propose que le « plafond des affaires » soit augmenté de 200 000 $ à 300 000 $ sur une période de quatre ans se terminant le 1er janvier 2006.

En d'autres mots, nous devons effectuer le transfert des participations des associés à des dates différentes afin que le paragraphe 98(5) L.I.R. puisse trouver application et permette la continuation sans incidences fiscales de la SENC au sein de la SPA. Ce sont donc des particularités importantes dont nous devons tenir compte afin d'éviter des incidences fiscales importantes. En effet, dans la situation où la SPA ne serait pas associée immédiatement avant sa cessation, il y aurait imposition basée sur la JVM de l'ensemble des actifs de la SENC qui seraient acquis par la SPA. Il faut également se préoccuper des considérations purement légales car, en vertu du *Code civil du Québec*[20], pour qu'il y ait réellement dissolution de la SENC, il ne doit pas y avoir de nouveaux associés qui se joignent à cette SENC dans un délai de 120 jours suivant le moment où la SPA est devenue le seul associé. En conséquence, si la SPA décidait de continuer d'exploiter l'entreprise en participation avec un autre associé à l'intérieur du délai de 120 jours, le paragraphe 98(5) L.I.R. ne trouverait pas application, car la SENC ne pourrait être légalement dissoute.

Il y a donc lieu d'être très vigilant dans le cadre des différents transferts, afin de s'assurer que les dispositions du paragraphe 98(5) L.I.R. trouvent application, c'est-à-dire que la SPA soit un associé de la SENC immédiatement avant sa cessation avec d'autres associés et que la SPA n'exploite pas l'entreprise de la SENC avec un autre associé dans les 120 jours suivants[21].

1.3.4. Constat

Ce que nous devons retenir lorsque vient le temps d'arrêter notre choix sur une des trois premières méthodes de transfert d'une SENC à une SPA :

Il faut déterminer :

- s'il est souhaitable d'imposer les travaux en cours entre les mains des associés ou plutôt dans la SPA;
- s'il est préférable d'imposer le revenu de l'année courante entre les mains des associés ou plutôt dans la SPA.

---

[20] L.Q. 1991, c. 64.

[21] É. GÉLINAS, S. GARON, G. CARON, *loc. cit.*, note 3.

De plus, il faut s'assurer de ne pas perdre certains avantages inhérents au coût de la participation. À ce sujet, lorsqu'on compare les résultats que l'on retrouve dans les caractéristiques des actions reçues (annexes D, E et F), nous constatons que la première méthode, consistant à transférer les actifs en vertu des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R., nous permet de maintenir un PBR élevé pour les actions reçues, montant qui pourrait être reçu libre d'impôt, si certaines autres transactions[22] étaient effectuées par les anciens associés.

La troisième méthode nous permet d'éviter une imposition du bénéfice courant au cours de l'année courante et de la reporter sur une période beaucoup plus éloignée, selon le choix de l'exercice financier qui sera effectué pour la nouvelle société, alors que la deuxième méthode (annexe E) devrait être évitée, compte tenu de la perte d'avantages fiscaux relativement au PBR et à l'imposition au cours de l'année 2003 du revenu. Il faut donc déterminer dans chaque cas quel est l'avantage à procéder par l'une ou l'autre de ces méthodes, en fonction des objectifs visés.

1.4. TRANSFERT DES PARTICIPATIONS DE LA SENC À LA SPA ET MAINTIEN DE LA SENC

1.4.1. Méthode

La quatrième méthode sera possiblement la plus simple d'application et du même coup, celle qui nécessitera le moins d'interrogations et de planification. Elle consiste, pour chacun des associés, à transférer sa participation en faveur d'une SPA qu'il contrôlera seul ou avec des personnes liées ou non. Dans le cadre de ce transfert, effectué conformément aux dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R., l'associé recevra des actions de sa propre SPA dont le PBR correspondra au PBR de sa participation dans la SENC. Par la suite, les SPA seront les associés de la SENC qui continuera son existence selon les règles habituelles. Chacune des SPA aura la liberté de verser des dividendes à ses propres actionnaires selon leurs besoins respectifs.

---

[22] En effet, les associés pourraient transférer leurs actions dans une société de gestion personnelle en contrepartie d'un billet équivalant à leur PBR, le tout sans incidences fiscales, en utilisant les choix permis par le paragraphe 85(1) L.I.R. En effet, l'article 84.1 L.I.R. ne viendrait pas réduire le montant du billet reçu compte tenu de son fonctionnement. En conséquence, si par la suite des dividendes sont versés à la société de gestion, cette dernière pourrait remettre cet argent entre les mains de l'associé sans incidences fiscales en remboursement de ce billet.

1.4.2. Commentaires

Contrairement aux autres méthodes disponibles, la seule exigence sera de s'assurer que chacun des associés prépare et expédie aux autorités fiscales son formulaire de roulement. En ce qui concerne la SENC, elle poursuivra son exploitation de la façon habituelle, mais cette fois, avec de nouveaux associés corporatifs. Il y aura donc maintien de la date de fin d'exercice, continuité des choix et des soldes fiscaux, répartition du bénéfice net de l'exercice, conformément aux exigences du contrat de société existant. Puisque les différentes SPA seront associées de la SENC, elles devront obligatoirement adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice, conformément aux dispositions de l'article 249.1 L.I.R.

En ce qui concerne le revenu imposable de l'année, le commentaire que nous avons effectué à la section 1.3. décrite précédemment est également pertinent. En effet, il sera toujours possible selon la situation de pouvoir garder une participation résiduelle. Cela peut être avantageux dans le cadre de ce transfert. De plus, la question relative à l'établissement du PBR de la participation au moment du transfert s'appliquera. Dans la situation où ce PBR serait négatif, il y aurait donc alors imposition sous forme de gain en capital au moment de ce transfert.

1.4.3. Autres considérations

Cette méthode pourrait s'avérer propice à l'introduction d'une fiducie familiale selon le bon vouloir de chacun des associés. Ainsi, la fiducie familiale deviendrait l'actionnaire de la SPA, alors que les bénéficiaires seraient par exemple l'associé, sa conjointe, ses enfants et une autre SPA. L'introduction de la fiducie permettrait d'effectuer du fractionnement de revenu, de multiplier la déduction à l'égard du gain en capital, de protéger les actifs, etc. L'introduction d'une telle structure entraînera évidemment des coûts supplémentaires pour la mise en place de la fiducie ainsi que pour son maintien. Il faudra donc en tenir compte dans la prise de décision[23].

---

[23] Se référer au texte de Hugo PATENAUDE, « Panel sur les fiducies, Partie B – Pot-pourri civil et fiscal en matière de fiducie », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 33:1-100, aux pages 33:26-78.

1.5. AUTRES ÉLÉMENTS DE DISCUSSION[24]

1.5.1. Choix des travaux en cours

Est-ce qu'une SPA peut effectuer le choix d'exclure les travaux en cours et donc d'en reporter l'imposition au cours des années subséquentes?

Dans le paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-457R, on indique que le contribuable qui peut être une société qui exerce une profession libérale peut faire le choix d'exclure les travaux en cours. Au paragraphe 3 de ce même bulletin, on vient indiquer que lorsque le contribuable retire également des revenus d'autres sources, autres que des services professionnels fournis dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, l'ADRC est également d'avis que le choix des travaux en cours peut être effectué, si le revenu des autres sources est occasionnel ou accessoire à la principale source qui est l'exercice de la profession libérale. De plus, on nous indique que lorsqu'un contribuable exploite plusieurs entreprises, le choix de l'article 34 L.I.R. peut s'appliquer uniquement aux entreprises qui sont des entreprises de profession libérale. Cependant, dans certaines interprétations techniques[25], on mentionne que, lorsque l'entreprise exploite une entreprise d'insolvabilité, le choix de l'article 34 L.I.R. ne pourra être effectué.

Aujourd'hui, avec l'incorporation des professionnels, nous ne sommes pas certains que cette position, voulant que l'exploitation d'une entreprise d'insolvabilité ne puisse être admissible au choix des travaux en cours, tiendrait la route, compte tenu du fait que, par exemple, dans le *Code de déontologie des comptables agréés*[26], les services d'insolvabilité font partie

---

[24] Les sujets suivants sont discutés dans les conférences respectives de nos confrères Pierre-Jean BEAUREGARD et Michel TURCOT, « Nouvelles options pour l'organisation fiscale, financière et juridique des professionnels : les SPA et les SENCRL », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004 :

- entreprise de prestation de services personnels;
- revenu supplémentaire du 31 décembre 1995.

[25] Vous pouvez d'ailleurs vous référer aux interprétations techniques suivantes : *Tax Window Files*, *op. cit*., note 8, interprétations techniques 9224955, 25 novembre 1992 et 9217395, 25 août 1992, où on indique qu'une SPA peut faire le choix en vertu de l'article 34 L.I.R. d'exclure ses travaux en cours pour l'exercice de profession libérale.

[26] R.R.Q., c. C-48, r. 2.

des activités de l'exercice de cette profession. En conséquence, est-ce qu'un comptable agréé pourrait exploiter une entreprise d'insolvabilité et effectuer le choix prévu à l'article 34 L.I.R., alors qu'une personne qui n'est ni comptable agréé ni avocat ne pourrait effectuer ce choix?

À la lumière de cette interprétation, des règlements et du fonctionnement de chaque ordre professionnel, cela semblerait être le cas. Toutefois, puisque le choix d'exclure les travaux en cours en vertu de l'article 34 L.I.R. réfère aux professions de comptable, dentiste, avocat, médecin, vétérinaire et de chiropraticien, il serait pour le moins étonnant de ne pas permettre à un comptable agréé, dont le code de déontologie prévoit spécifiquement les services d'insolvabilité, de ne pas bénéficier du choix de l'article 34 L.I.R. Nous avons donc posé la question à l'ADRC afin de savoir si leur position administrative à l'égard des entreprises d'insolvabilité sera maintenue à la suite de l'adoption des règlements permettant l'incorporation des professionnels. Selon l'ADRC, il ne semble exister aucun nouveau motif permettant de reconsidérer leur position. Au mieux, il faudrait fournir de solides arguments pour les convaincre d'apporter des changements à l'application de l'article 34 L.I.R. Si tel est votre souhait, les motifs pourraient s'inspirer de la situation déontologique propre au Québec, car, toujours selon l'ADRC, toutes les interprétations et décisions déjà émises provenaient des autres provinces canadiennes.

Il pourrait donc s'avérer avantageux d'effectuer ce choix de l'article 34 L.I.R., compte tenu du fait que pour une SPA, puisqu'il n'y a aucune règle de disposition réputée, le report d'impôts peut être indéfini dans le temps.

1.5.2. Date de fin d'exercice de la SPA

Le choix de la date de fin d'exercice financier d'une SPA peut différer du 31 décembre si certaines conditions sont respectées. Toutefois, en vertu de l'article 249.1 L.I.R., une société professionnelle[27] qui serait associée d'une SENC au cours de l'exercice financier, aurait obligatoirement une fin d'année fixée au 31 décembre. En d'autres mots, lorsque la SPA est associée d'une SENC qui continue d'exploiter l'entreprise professionnelle, elle aurait obligatoirement une date de fin d'année au 31 décembre. Dans les situations où la SPA exploite directement une société professionnelle, il lui serait permis de choisir une date de fin d'exercice différente. En résumé, selon la

[27] Étant définie comme une société qui exerce la profession d'avocat, de chiropraticien, de comptable, de dentiste, de médecin ou de vétérinaire (par. 248(1) L.I.R.).

structure qui sera utilisée dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise de services professionnels, il pourrait y avoir obligation pour la SPA d'adopter une date de fin d'exercice au 31 décembre. Il faut donc porter une attention particulière à cet élément lors de la mise en place de notre planification permettant de transférer une entreprise personnelle ou les participations d'une SENC à une SPA.

Lors du transfert des participations à la SPA et de la dissolution subséquente de la SENC, nous avons mentionné que la SPA devait avoir été associée de la SENC avant d'être devenue seule détentrice d'une participation dans la société de personnes, de façon à ce que la liquidation de la SENC puisse se faire conformément au paragraphe 98(5) L.I.R. Puisque la SPA aura été associée de la SENC durant les quelques jours précédant le transfert des participations, il faudrait confirmer auprès des autorités fiscales si la SPA devra obligatoirement adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice.

Cependant, si la SENC n'attribue aucun revenu de l'exercice à la SPA, la SPA est présumée, conformément aux dispositions du paragraphe 249.1(2) L.I.R., ne pas en être un associé. À ce titre, il semble que la SPA ne serait pas tenue d'adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice[28]. Qui plus est, si la SENC est liquidée avant le début de l'exercice suivant, la SPA ne sera jamais considérée être un associé de la SENC et pourra ainsi maintenir son choix d'avoir une fin d'année autre que le 31 décembre.

Au contraire, l'attribution de toute part du revenu à la SPA obligerait toute nouvelle SPA à adopter le 31 décembre comme date de fin d'exercice. Si une SPA existante ayant déjà une fin d'année autre qui est utilisée pour poursuivre l'exploitation de l'entreprise professionnelle, il y aurait alors obligation de modifier la date de fin d'exercice[29].

En conséquence, si nous désirons que la société ait une fin d'année différente du 31 décembre et qu'elle continue d'exploiter l'entreprise de profession libérale, il faut dans un premier temps qu'aucun revenu ne lui soit attribué par la SENC avant sa liquidation. Idéalement, les différents transferts devront avoir lieu à partir du mois de mars, si nous voulons reporter le paiement de l'impôt sur le revenu gagné à une date plus lointaine

---

28 La question a été posée à l'ADRC et le tout reste à confirmer.

29 Selon les premières discussions avec l'ADRC, il semble que la SPA soit dans l'obligation d'adopter une fin d'exercice au 31 décembre dès qu'il y a attribution du revenu.

que celle exigée pour un particulier. En effet, si le transfert a lieu le 1er juillet, tous les revenus gagnés entre le 1er juillet et le 31 décembre seront imposés au sein de la SPA au cours de son exercice terminé le 30 juin de l'année suivante, soit un report du paiement de l'impôt de quelques mois.

1.5.3. Transfert dans plusieurs SPA

Le choix de la méthode de transfert aura évidemment des répercussions sur les conséquences fiscales qui en découleront. À cet égard, la première question que l'on doit se poser est de savoir de quelle manière ce transfert sera-t-il effectué?

Selon que l'on opte pour un transfert d'actifs ou de participations, cela pourrait avoir des incidences fiscales importantes. En effet, dans le cadre d'un transfert d'actifs, le paragraphe 85(3) L.I.R. ne peut s'appliquer lorsque les actifs sont transférés à plusieurs SPA. Quant aux actifs reçus dans le cadre de la liquidation effectuée en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R., le bris de l'indivision pourrait avoir certaines incidences fiscales pour les associés avant que ces derniers puissent transférer leurs actifs à une SPA. En effet, rares seront les situations où les associés souhaiteront détenir la même proportion de chacun des biens reçus lors de la liquidation de la SENC. Afin de remédier à cette problématique, il pourrait être établi que le pourcentage de participation correspond au partage de la clientèle et que tous les biens sont distribués en fonction de ce pourcentage. Cela réduira considérablement les incidences fiscales dans le cadre du bris d'indivision, compte tenu que, en règle générale, la clientèle comporte le plus d'incidences fiscales.

Le recours à plusieurs SPA peut également soulever la question de savoir si les autorités fiscales considéreront l'ensemble des SPA comme étant toutes associées en vertu du paragraphe 256(2.1) L.I.R., et ce, même si chacune est contrôlée directement par un seul ancien associé de la SENC. La question peut être soulevée car, antérieurement, l'exploitation de l'entreprise libérale était effectuée au sein d'une SENC alors que, à la suite de l'incorporation, chacun des associés exploite désormais sa profession libérale par l'intermédiaire de sa propre SPA. C'est une question de fait de déterminer si la structure corporative choisie fait en sorte qu'il s'agisse de la même entreprise ou d'entreprises distinctes. D'une manière pratique, l'utilisation d'un nom commun pourrait donner beaucoup de munitions aux autorités fiscales afin de prétendre que l'ensemble des sociétés sont associées entre elles.

1.5.4. Déduction à l'égard du gain en capital

Que l'on opte pour un transfert des actifs de la SENC ou plutôt pour un transfert des participations détenues par les associés, la SPA émettra en contrepartie des actions qui pourront se qualifier à titre d'actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE ») et ainsi donner droit à la déduction à l'égard du gain en capital. Afin que les actions se qualifient d'AAPE, certains critères devront être remplis, notamment à l'égard de l'utilisation des actifs de la SPA (tests de 90 % et de 50 %) et à la période de détention des actions.

En vertu du sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) L.I.R., lorsque la totalité ou presque des éléments d'actifs utilisés dans une entreprise individuelle exploitée activement sont transférés dans une SPA, ou que les participations d'une SENC dont la totalité ou presque des éléments d'actifs sont utilisés dans l'entreprise exploitée activement par les associés, sont transférées à une SPA, les actions reçues en échange n'ont pas à être détenues durant une période de deux ans avant de permettre l'admissibilité à la déduction à l'égard du gain en capital, dans la mesure où les autres critères sont respectés.

À la lumière de ce qui précède, certains commentaires doivent être formulés. En effet, pour faire fi du délai de détention de deux ans, il faut, dans le cadre du transfert d'une participation, que la presque totalité des actifs de la SENC soient utilisés dans le cadre de l'entreprise exploitée activement. Par conséquent, nous devrons nous assurer, au moment du transfert des participations, que la SENC n'a pas d'actifs excédentaires qui viendraient contaminer l'admissibilité à cet allégement. Dans le cadre d'un transfert d'actifs, cette problématique pourrait être autrement contournée en demandant à la SENC de transférer uniquement la presque totalité de ses actifs qui sont utilisés dans le cadre de l'exploitation active de son entreprise et de conserver ses actifs excédentaires. En présence d'actifs excédentaires, il y a donc une différence importante entre la décision de transférer les actifs ou les participations. Il faut donc être vigilant, de façon à pouvoir déceler la présence d'actifs excédentaires nous permettant d'arrêter notre choix sur la méthode de transfert optimale, et ainsi éviter des incidences fiscales néfastes et non désirées.

La possibilité de pouvoir bénéficier de la déduction à l'égard du gain en capital est certes un élément important à considérer dans le choix du véhicule juridique à privilégier pour l'exercice d'une profession libérale, car seul le recours à une SPA le permettra.

1.5.5. Choix du 22 février 1994

Le 22 février 1994, la déduction de 100 000 $ à l'égard du gain en capital réalisé sur un bien de toute nature a été abolie. En raison de cette abolition, il était permis de faire un choix présumant la réalisation des gains en capital latents, afin de profiter une dernière fois de cette déduction en augmentant le coût fiscal des différents biens jusqu'à concurrence de leur JVM. Dans le cas des SENC, le choix était également permis mais s'opérait différemment. Ainsi, au lieu de procéder à une augmentation du coût fiscal de la participation détenue directement par les associés, le montant découlant du choix, qui permettait de réaliser un gain en capital, était plutôt porté au compte appelé « solde des gains en capital exonérés d'une entité intermédiaire » (ci-après « SGCE »). Le solde de ce compte doit être réduit de tout gain en capital et de tout revenu provenant de la disposition d'immobilisation admissible[30] que la SENC attribue à ses associés jusqu'au 31 décembre 2004, date à laquelle ce compte est ramené à zéro. L'année 2004 représente donc la dernière année d'existence de ce compte. Dans le cadre du transfert des actifs d'une SENC à une SPA, si un choix est effectué afin de retenir une somme convenue supérieure au coût fiscal de l'achalandage, il y aura réalisation d'un revenu qui sera imposable de façon similaire à un gain en capital. Il faut toutefois retenir que ce revenu ne peut être un gain en capital, puisque le choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R. ne peut être effectué à l'égard de l'achalandage.

Cependant, en vertu du paragraphe 39.1(5) L.I.R., ce revenu qui est attribué aux associés vient réduire le solde du SGCE, si le contribuable a effectué un choix le 22 février 1994 relativement à la plus-value de sa participation dans la SENC. De plus, si, à la suite de la liquidation de la SENC, un gain est réalisé sur la disposition de la participation, ou si l'associé dispose de sa participation et que la somme convenue est supérieure à son PBR, ce gain pourra également être porté en réduction du SGCE. Il sera par conséquent important de bien choisir la méthode de transfert des activités de la profession libérale au sein de la SPA, de façon à retirer de la SPA, une somme libre d'impôt plus ou moins importante. Il faut donc bien analyser chaque situation afin de ne pas perdre les avantages fiscaux relatifs au choix qui aurait été effectué au cours des années antérieures.

Si un gain en capital supérieur est réalisé lors de la disposition des actifs, la SPA bénéficiera d'une valeur fiscale plus élevée à l'égard des

---

[30] Montant établi en vertu du paragraphe 14(1) L.I.R.

immobilisations et des immobilisations admissibles. De façon à empêcher qu'une SPA puisse bénéficier d'un montant amortissable accru découlant d'une transaction avec lien de dépendance, le montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA ») est réduit de la déduction à l'égard du gain en capital réclamée au cours des années antérieures relativement au bien transféré par une personne ayant un lien de dépendance avec la SPA. Or, le choix effectué le 22 février 1994 visait la participation de l'associé dans la SENC et non directement l'achalandage.

Cependant, le libellé du paragraphe 14(3) L.I.R. fait référence au montant qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été déduit en application de l'article 110.6 L.I.R. En conséquence, nous pouvons considérer que le montant de l'achalandage sera réduit de la déduction pour gains en capital[31].

Dans le cadre d'un transfert, il y a donc avantage à pouvoir bénéficier du SGCE même si, pour la SPA, il n'en résultera aucune augmentation de la valeur amortissable des immobilisations admissibles et du coût fiscal des immobilisations acquises, s'il y a un lien de dépendance entre les parties[32].

Les associés pourront utiliser leur SGCE pour réduire leurs impôts sur le gain déclaré. Rien ne semble empêcher ce type de transactions. Pour la SPA, il en résulterait donc une augmentation du montant amortissable relativement au transfert de l'achalandage.

Si l'on opte pour un transfert de la participation en faveur de la SENC, et qu'une somme supérieure au PBR de la participation est utilisée afin de réaliser un gain en capital, ce gain en capital vient réduire le SGCE. Toutefois, au moment de la liquidation de la SENC, la SPA ne pourra bénéficier d'aucune majoration (*bump-up*) possible pour les immobilisations admissibles, car cela n'est possible que pour les biens en immobilisation autres que les biens amortissables, ce qui exclut les travaux en cours et les immobilisations admissibles.

En résumé, dans le cadre du transfert des actifs (incluant l'achalandage), le choix d'un montant supérieur au coût pourrait permettre la réalisation d'un

---

31 D'ailleurs, nous pouvons nous référer au texte de Marcel LEMAY, « Planification personnelle et successorale : Utilisation maximale de l'exonération du gain en capital de 100 000 $ », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 27:1-48.

32 En vertu des dispositions de l'alinéa 13(7)e) L.I.R.

gain en capital ou d'un revenu pouvant être appliqué à l'encontre du SGCE, et par le fait, même augmenter le montant pouvant être retiré libre d'impôt de la SPA. Cependant, la SPA ne pourra amortir un montant supérieur à titre d'immobilisation admissible.

Pour un bien amortissable autre qu'une immobilisation admissible, le paragraphe 13(7) L.I.R. vient réduire le coût fiscal pour l'acquéreur de la partie non imposable du gain réalisé et de la partie rendue non imposable par l'utilisation de la déduction à l'égard du gain en capital. Dans la situation d'une immobilisation admissible, la partie du gain non imposable et non admissible au SGCE ne viendrait pas réduire le montant amortissable[33].

Toutefois, en décembre 2002, l'ADRC a déposé une proposition législative[34] concernant le paragraphe 14(5) L.I.R. Cette modification a pour effet de réduire le montant amortissable, à titre d'immobilisations admissibles, de la partie non imposable du gain réalisé par le cédant ayant un lien de dépendance avec la SPA, lors de la disposition de l'immobilisation admissible. Ces modifications s'appliquent aux années d'imposition se terminant après le 27 février 2000. En raison de ces modifications, la SPA devra, au moment du transfert de l'achalandage dont il est question précédemment, réduire son MCIA de la partie non imposable de ce gain, ce qui réduira le montant amortissable pour les années futures. Ces règles sont semblables à celles prévues à l'alinéa 13(7)e) L.I.R. et dont le résultat est de réduire la valeur amortissable de la partie non imposable du gain réalisé par le cédant lorsque la transaction s'effectue entre parties ayant un lien de dépendance.

Dans le contexte de l'incorporation des activités d'une SENC, il est fort possible que les autorités fiscales puissent considérer que le transfert s'est effectué avec lien de dépendance, compte tenu du fait que les associés de la SENC seraient également les actionnaires de la SPA et donc contrôlés par les mêmes groupes.

---

[33] Dans *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2002-0156835, 11 octobre 2002, l'ADRC nous indiquait qu'il n'existait aucune disposition équivalant à l'alinéa 13(7)e) L.I.R. concernant la réduction du montant amortissable dans le cadre du transfert d'un bien en immobilisation sur lequel aucune réclamation en vertu de la déduction à l'égard du gain en capital n'était réclamée. Toutefois, comme indiqué précédemment, le tout a été modifié en décembre 2002.

[34] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, décembre 2002.

Suivant le scénario en vertu duquel la SENC est liquidée, les actifs sont remis aux associés qui les transfèrent par la suite à la SPA, ces derniers pourraient, du moins techniquement, être considérés comme n'ayant pas de lien de dépendance avec la SPA, s'ils ne contrôlent pas cette dernière après ce transfert. Toutefois, comme la notion de lien de dépendance est une question de fait, il est fort à parier que les autorités fiscales considéreront l'existence d'un lien de dépendance, étant donné que tous les associés effectuent la même transaction en vue de transférer les biens acquis à la suite de la liquidation de la SENC à la SPA. Il serait plutôt difficile de soutenir la position contraire.

À la lumière de ce qui précède, nous pouvons prétendre que dans le cadre du transfert des actifs de la SENC à la SPA, il ne pourrait pas y avoir augmentation du montant amortissable au sein de la SPA de la partie du gain non imposable réalisé par la SENC.

1.5.6. Somme convenue supérieure au coût fiscal

1.5.6.1. Commentaires

Dans le cadre du transfert des actifs ou des participations en faveur de la SPA, il y a lieu de se demander s'il y a un avantage à ne pas bénéficier d'un roulement fiscal et de plutôt présenter un choix permettant la réalisation d'un gain en capital et du même coup, l'augmentation du billet en faveur des associés, qui pourra éventuellement être reçu libre d'impôt.

Dans le cadre du transfert des participations, il n'en résultera aucun avantage pour la SPA, car il n'y aura aucune augmentation de son assiette fiscale donnant droit à la déduction pour amortissement. En effet, selon les règles fiscales en vigueur, la majoration du coût fiscal au moment de la liquidation de la SENC au sein de la SPA ne peut être effectuée que sur les immobilisations non amortissables. Ainsi, puisque les biens transférés sont constitués des travaux en cours (considérés comme des biens en inventaire) et de l'achalandage (qui est un bien amortissable), aucune augmentation de coût ne pourra être effectuée.

La question qu'on doit alors se poser est la suivante : est-il plus avantageux d'effectuer un choix supérieur afin de réaliser un gain en capital ou un revenu d'entreprise, au lieu de recevoir subséquemment un montant qui sera imposable sous forme de dividende? En effet, si aucun choix supérieur n'est effectué, tout retrait supplémentaire que l'actionnaire pourra effectuer le sera sous forme de dividende imposable. En d'autres mots, est-il préférable de réaliser un gain en capital aujourd'hui à un taux d'imposition

actuel de 24,11 % ou de retirer ces sommes sous forme de dividende à un taux de 32,81 %? Conformément aux taux actuels, le gain en capital semble être une avenue plus avantageuse. Toutefois, d'une manière pratique, le gain en capital serait réalisé immédiatement, alors que le retrait sous forme de dividende serait imposable au fur et à mesure de leurs encaissements. Si le contribuable n'a pas besoin des sommes immédiatement, la question est donc de déterminer si on doit payer de l'impôt immédiatement à 24,11 % ou plus tard à 32,81 %. De plus, un autre facteur à prendre en considération est la fluctuation des taux d'imposition dans le temps. Il est fort probable que le taux d'imposition des dividendes subisse une baisse éventuelle, compte tenu que l'écart actuel de plus de 8 % entre un gain en capital et un dividende n'a jamais été aussi élevé.

En ce qui concerne le transfert des actifs amortissables et des immobilisations admissibles, en vertu des nouveaux paragraphes 14(5) et 13(7) L.I.R., le coût fiscal des biens acquis par la SPA ne pourra être augmenté que de la partie imposable du gain réalisé, compte tenu de l'application des paragraphes précédents. Cependant, une somme convenue plus élevée peut impliquer une récupération d'amortissement imposable à 100 % avant la création du gain en capital. Il n'y aurait donc aucun avantage à effectuer le transfert à un montant supérieur pour ces biens, en raison de cette récupération.

1.5.6.2. Réserve

Si la situation nous indique qu'il est préférable de réaliser un gain en capital au moment du transfert, est-il possible d'utiliser les réserves pour gain en capital afin de reporter l'imposition sur quelques années?

Le sous-alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R. permet, lorsqu'un gain en capital est réalisé et que le prix de vente n'est pas entièrement reçu, de reporter l'imposition du gain en capital sur un maximum de cinq années, soit 20 % annuellement en réclamant une réserve.

Lorsqu'on analyse le *Bulletin d'interprétation* IT-236R4[35], la réserve qui peut être prise ne peut dépasser un montant raisonnable qui, en règle générale, est établi en fonction du gain réalisé, multiplié par les sommes à recevoir sur le produit de disposition total. À première vue, lors de la lecture

[35] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-236R4, « Réserves – Disposition de biens en immobilisation », 30 juillet 1999.

du paragraphe 40(1) L.I.R., il semble possible de réclamer une réserve pour le gain en capital découlant de la disposition de la participation, des immobilisations ou des immobilisations admissibles pour lesquelles le choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R. peut être effectué. Puisque le choix ne peut être effectué à l'égard de l'achalandage ou des immobilisations admissibles dont le coût d'acquisition ne peut être identifié, il ne serait pas permis de réclamer une réserve lors de la disposition de l'achalandage. Il faudra donc prévoir les incidences fiscales inhérentes au transfert de l'achalandage si la méthode retenue est le transfert des actifs de la SENC à la SPA.

Toutefois, malgré les dispositions du paragraphe 40(1) L.I.R., une lecture attentive des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* nous amène au paragraphe 40(2) L.I.R., qui prévoit que l'utilisation d'une réserve pour gain en capital n'est pas permise, dans la situation où l'acheteur est une SPA qui, immédiatement après l'acquisition des biens, était contrôlée directement ou indirectement par le contribuable ou par une personne ou un groupe de personnes qui contrôlaient directement ou indirectement la SENC. Par conséquent, dans le contexte du transfert des actifs de la SENC, la réserve pour gain en capital ne pourrait être demandée, car la SPA sera contrôlée par les mêmes personnes qui contrôlaient la SENC.

En ce qui concerne la disposition des participations de la SENC, il semble que chacun des associés pourra bénéficier de la réserve à moins que l'un d'entre eux ne contrôle la SPA à la suite du transfert des participations. Certains pourront penser qu'il peut y avoir un risque que les autorités fiscales décident d'appliquer la règle générale antiévitement ou présument un contrôle de fait dans les transactions projetées afin d'éviter que le contribuable puisse bénéficier de sa réserve. Cependant, selon les discussions avec les représentants de l'ADRC, il ne semble pas être de leur intention de tenter de refuser le droit à la réserve en invoquant la règle générale antiévitement, même si dans les faits tous les associés ont pris la décision commune de transférer leur participation respective.

En résumé, l'utilisation d'une réserve ne pourrait être effectuée que lors du transfert d'une participation, seulement si la SPA n'est pas contrôlée directement ou indirectement par le contribuable qui a effectué le transfert.

1.5.7. Congé fiscal au Québec

Le congé fiscal au Québec a été réduit de 25 % le 12 juin 2003 à la suite du dépôt du Budget du ministre des Finances, M. Yves Séguin. Puisque les règlements autorisant le recours à une SPA n'étaient pas en vigueur pour la majorité des ordres professionnels, le congé fiscal complet ne sera donc plus

disponible pour les transferts d'une SENC en faveur d'une SPA après le 12 juin 2003. Pour qu'une SPA puisse bénéficier du congé fiscal réduit, il faut entre autres qu'elle ne soit pas la continuité d'une entreprise déjà existante.

En raison de cette exigence, les transferts d'une SENC en faveur d'une SPA ne permettent pas de bénéficier de ce congé. Seuls les nouveaux professionnels ayant commencé à exercer leur profession peuvent, dès le départ, incorporer leur pratique et bénéficier du congé fiscal[36].

D'autres conditions doivent cependant être remplies afin de pouvoir bénéficier du congé fiscal. Ainsi, il ne faut, en aucun temps, que la nouvelle SPA soit associée à une autre SPA. De plus, la SPA doit générer des revenus dont la totalité ou presque provient d'une entreprise admissible. Une SPA qui, au cours de ses cinq premières années d'existence devient associée à une autre, ou qui génère plus de 10 % de ses revenus d'une entreprise non admissible, perd automatiquement son droit au congé fiscal pour cette année et pour les années suivantes[37]. Il faut donc demeurer vigilant de façon à préserver notre droit au congé fiscal, et ce, tout au long de la période de cinq ans. En pratique, l'accumulation de sommes importantes non utilisées dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise peut être suffisante pour faire perdre le droit au congé fiscal[38]. À cet égard, la politique du MRQ est d'évaluer le critère du revenu sur la base du revenu brut provenant d'une entreprise

---

[36] D'ailleurs, au cours des années antérieures, jusqu'à 2003, diverses interprétations techniques avaient été émises par le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») à l'effet de déterminer si l'incorporation d'une pratique professionnelle pouvait être admissible au congé fiscal. Un des éléments qui ressort veut que le contribuable ne doit nullement avoir exploité son entreprise avant son incorporation afin de pouvoir bénéficier du congé fiscal. D'ailleurs, dans le cas des médecins, on indique qu'à partir du moment où le médecin commencerait à tirer des revenus de la RAMQ, il ne lui serait plus possible de transférer sa pratique dans une SPA et de bénéficier du congé fiscal, compte tenu du fait que le tout peut être considéré comme une continuité de son entreprise. Comme les médecins, dès leur quatrième année, peuvent retirer des revenus de la RAMQ à titre de résidents, cela peut donc leur créer un certain problème s'ils décident de s'incorporer. À ce sujet, voir *Collection fiscale*, (CD-ROM), Longueuil, Publications CCH, interprétations techniques 02-0109062, 6 novembre 2002 et 01-0109452, 5 février 2002.

[37] À ce sujet, nous pouvons nous référer au texte de Bernard BARSALO, « Le Québec, avantages fiscaux pour démarrer en affaires », dans *Colloque – Déductions, crédits d'impôts et aides gouvernementales au Québec*, 68, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 1:1-98, qui explique d'une manière plus détaillée les différentes conditions reliées au congé fiscal.

[38] À ce sujet, le MRQ a émis quelques interprétations techniques, *op. cit.*, note 36.

admissible par rapport aux revenus totaux générés par la SPA. Selon nous, la notion de revenu accessoire et l'importance des ressources requises pour générer le revenu représentent des critères plus importants lorsque vient le moment de déterminer si la totalité ou presque du revenu provient d'une entreprise admissible.

1.5.8. Société de gestion

Pour les professionnels qui détiennent actuellement une société de gestion, il sera possible de l'utiliser, de façon à y transférer les actifs de la SENC ou les participations des associés afin de continuer l'exercice de leur profession. Toutefois, certaines modifications devront être apportées à leurs statuts constitutifs ainsi qu'à leurs règlements de façon à ce qu'ils soient conformes aux différents règlements des ordres professionnels. Il n'est donc pas nécessaire de créer une nouvelle SPA, car les anciennes sociétés de gestion pourront être utilisées si les modifications à leur charte sont apportées d'une manière adéquate.

1.5.9. Taxes de vente

Peu importe la méthode de transfert qui sera privilégiée en vue de transférer les activités professionnelles à une SPA, il faudra tenir compte des incidences de la taxe sur les produits et services (TPS) et de la taxe de vente du Québec (TVQ) afin de pouvoir bénéficier de tous les allégements disponibles. Puisqu'il s'agit d'un sujet très spécialisé qui déborde le cadre du présent texte, nous nous contentons de vous mettre en garde sur l'application potentielle des taxes de vente et de son effet possible sur les liquidités des contribuables concernés[39].

1.5.10. Pertes apparentes

Lors du transfert des différents actifs, certaines pertes pourraient être subies. Certaines d'entre elles pourraient être refusées et reportées au moment de la disposition réelle des biens par la SPA. En effet, puisque les personnes formant le groupe de contrôle de la SENC seront les mêmes que les membres du groupe de personnes qui contrôleront la SPA, la SENC et la SPA seraient présumées être des personnes affiliées. En conséquence, les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. pourraient trouver application de façon à ne pas reconnaître, du moins lors du transfert, certaines pertes.

---

[39] À ce sujet, certains éléments sont soulevés concernant les notions de taxes de vente dans le texte suivant : S. GARON, *loc. cit.*, note 3.

Si, à la suite de la liquidation de la SENC, l'associé transfère les actifs qu'il a reçus dans le cadre de la liquidation, et qu'il est affilié à la SPA en raison d'une présomption de contrôle de fait par le même groupe de personnes, les règles sur les pertes apparentes pourraient trouver application lors de la disposition des biens de façon à refuser la perte. La perte ainsi refusée serait ajoutée au PBR des actifs acquis par la SPA à la suite du transfert. Nous pouvons donc remarquer que, selon la méthode de transfert qui sera retenue et le moment où la perte sera déclarée, il peut en résulter un traitement fiscal différent, selon qu'il s'agit d'une perte apparente ou simplement d'une perte refusée, en vertu des paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. Ce sont des règles dont il faut tenir compte selon la méthode utilisée dans le cadre du transfert des activités en faveur d'une SPA. L'objectif de ce texte n'étant pas de présenter en détail l'application technique de ces différentes règles, nous référons le lecteur à divers textes déjà publiés[40] en attirant votre attention sur les différents éléments dont on doit tenir compte dans le cadre de ces transferts et qui peuvent avoir une incidence pour les contribuables.

1.5.11. Règles d'association

Il est fort possible que les contribuables soient tentés de créer des structures corporatives qui permettront de multiplier la déduction pour petite entreprise, soit en transférant leurs activités dans des SPA individuelles, soit en ne transférant qu'une partie de l'entreprise à une SPA et une autre partie de ses clients à une autre SPA non associée, afin de multiplier le bénéfice de la déduction pour petite entreprise.

Malgré pareilles stratégies qui peuvent sembler astucieuses, il est important de maîtriser les différentes règles antiévitement énoncées au paragraphe 256(2.1) L.I.R. pour ne pas crier victoire trop rapidement. En vertu de ces règles, lorsqu'il est raisonnable de considérer qu'un des principaux motifs de l'existence distincte de plusieurs sociétés au cours de l'année d'imposition consiste à réduire les impôts qui seraient autrement payables, les autorités fiscales se laissent le droit de les considérer comme étant associées les unes aux autres. Par conséquent, il y a fort à parier que cette disposition sera invoquée lorsque les contribuables exerceront leurs activités par l'intermédiaire d'une seule SENC et désireront subséquemment multiplier leur déduction pour petite entreprise dans une structure plus complexe, misant sur l'utilisation de plusieurs SPA non associées, tout en poursuivant leurs activités de la même manière qu'antérieurement. En

---

40 À ce sujet, vous pouvez vous référer au texte de É. GÉLINAS, *loc. cit.*, note 3.

pratique, l'utilisation d'un nom corporatif ou d'une raison sociale commune et le maintien d'un mode de fonctionnement identique à celui qui existait auparavant lorsqu'il n'y avait qu'une seule entité constitueront certes des munitions pour les autorités fiscales qui voudront justement invoquer la règle antiévitement pour refuser les bénéfices fiscaux inhérents à diverses SPA.

En ce qui concerne le contribuable qui exploite son entreprise individuelle par l'intermédiaire d'une société de dépenses, l'utilisation d'une SPA distincte pour chacun des propriétaires sera possiblement non abusive. Cela demeure donc une question de fait et chaque situation doit être évaluée en fonction des règles en vigueur.

1.6. AVANTAGES ÉCONOMIQUES

En dernière analyse, nous aborderons la question de savoir s'il est économiquement souhaitable, d'un point de vue strictement fiscal, d'incorporer une pratique professionnelle. L'annexe G présente les taux d'imposition marginaux maximums d'un individu selon la nature du revenu (salaire, gain en capital ou dividende) ainsi que les taux d'imposition des sociétés, combinés fédéral/provincial. Ainsi, en supposant que l'individu est assujetti au taux marginal maximum[41], le recours à une SPA permet seulement, pour un revenu inférieur à 200 000 $, une économie annuelle d'impôts de 0,53 %. Il en est ainsi, puisque le revenu serait assujetti à un taux combiné (personnel et corporatif) de 47,07 %, alors que le même revenu gagné personnellement serait visé par une imposition personnelle de 48,22 %. Le fait de gagner le revenu professionnel par l'intermédiaire d'une SPA et de verser à l'actionnaire le profit après impôts sous forme de dividendes au cours de la même année ne comporte que peu d'avantages. Lorsque le revenu excède 200 000 $, il en résulte un désavantage variant entre 5,53 % et 6,87 % de gagner le revenu par l'intermédiaire d'une SPA. Il faut toutefois souligner qu'en raison du taux d'imposition inférieur d'une SPA sur son revenu actif, il peut y avoir un report d'impôts intéressant, si l'actionnaire est en mesure de laisser des liquidités dans la SPA. Dans le cas d'un revenu inférieur à 200 000 $, ce report d'impôts s'élève à 25,54 % alors que pour tout revenu excédant 200 000 $, ce report varie entre 15,06 % et 17,06 %. Ces reports peuvent être intéressants afin de payer plus rapidement certaines dettes de la SPA et de financer les immobilisations ou toute forme d'investissement ou d'acquisition nécessaires à l'exploitation de cette entreprise.

---

[41] C'est-à-dire qu'il avait d'autres sources de revenus au cours de l'année financière, qui l'amenaient au taux marginal maximum débutant à 100 000 $.

Lorsque la SPA est admissible au congé fiscal de cinq ans et qu'elle réalise un revenu inférieur à 200 000 $, l'économie annuelle d'impôts s'élève à 5,07 % et le report d'impôts à 27,77 %. Cela devient alors très intéressant. Toutefois, nous vous référons à la discussion que nous avons eue précédemment à la section 1.5.9., afin de comprendre les conditions d'admissibilité à ce congé. Puisque l'objet du présent texte est de s'attarder plus particulièrement au transfert d'une SENC à une SPA, la discussion entourant le congé fiscal n'est pas pertinente.

En 2003, force est de constater qu'il n'existe pas réellement d'avantages économiques à utiliser une SPA strictement pour une question d'économie d'impôts. L'utilisation de la SPA peut quand même être intéressante pour des raisons d'affaires ou pour permettre d'effectuer du fractionnement de revenu, pour faciliter la mise en place d'une planification testamentaire ou pour profiter de la déduction à l'égard du gain en capital au moment d'une disposition. Ces constatations pourraient ne pas être les mêmes au cours des années à venir selon les modifications législatives qui pourraient être apportées aux taux d'imposition.

Lorsque le seul revenu du particulier provient de son entreprise professionnelle, est-ce que les mêmes commentaires peuvent s'appliquer? Nous pouvons nous référer à l'annexe I qui nous indique quel est le montant du report d'impôts si le revenu demeure au sein de la SPA et quel est le coût ou l'économie d'impôts si les revenus sont gagnés par l'intermédiaire de la SPA et versés directement à l'individu, comparativement à l'exploitation d'une entreprise individuelle. Nous pouvons constater que si le seul revenu de l'individu totalise 25 000 $, il lui coûte plus cher en impôt de gagner ce revenu par l'intermédiaire d'une SPA et de plus, il ne bénéficie d'aucun report d'impôts. Lorsque le revenu imposable s'élève à 50 000 $, 75 000 $ ou 100 000 $ incluant un revenu d'entreprise de 25 000 $, ce 25 000 $ lui coûte moins cher s'il est gagné par l'intermédiaire d'une SPA que personnellement. Toutefois, cette économie est très faible et ne compense nullement les coûts afférents au maintien d'une SPA.

L'annexe I nous permet de tirer certaines conclusions. Ainsi, un taux marginal d'imposition croissant n'a pas réellement d'influence lorsque vient le temps de déterminer s'il y a un avantage économique à gagner le revenu directement ou par l'intermédiaire d'une SPA. Cela s'explique par le fait que, malgré la diminution du taux d'imposition de l'individu, le taux d'imposition du dividende subit également une baisse alors que le taux corporatif demeure au même niveau, ce qui vient compenser ces différentes variations.

De plus, il faut tenir compte du coût de la mise en place de la structure et de son maintien au cours des années subséquentes, afin de déterminer de manière adéquate s'il y a un avantage économique. D'un point de vue strictement économique, nous pouvons affirmer qu'il n'existe à peu près aucun avantage à transférer ses activités dans une SPA si ce n'est que pour bénéficier d'un report d'impôts immédiat.

Il faut, dans le cadre de la prise de décision, considérer l'ensemble des autres facteurs (possibilité de profiter de la déduction à l'égard du gain en capital, report d'impôts possible relié au choix de la date de fin d'exercice, fractionnement de revenu, planification successorale, report indéfini de l'imposition des travaux en cours, etc.) qui peuvent servir à compenser les frais de maintien et de création d'une SPA.

D'autres avantages, nullement financiers cette fois, devraient également être considérés lors de la décision de transférer les activités professionnelles à une SPA. Ainsi, les droits et pouvoirs, décisionnels et professionnels, normalement reliés au titre d'associé d'une SENC pourront désormais être consentis à des gens qui ne détiennent aucune participation dans la SPA. Par exemple, la détention du titre de vice-président permettra à un employé d'agir comme un officier de la SPA même s'il n'est détenteur d'aucune action. Il pourrait désormais approuver les états financiers d'une entreprise cliente, rôle qui, auparavant, ne pouvait être assumé que par un associé du cabinet comptable. Puisqu'il s'agit d'une image beaucoup plus corporative qui historiquement n'était pas rattachée à des firmes professionnelles, cela impliquera par le fait même un changement de mentalité dans le fonctionnement de ces bureaux ainsi que dans la perception du public en général. Il n'y aura donc plus nécessité de nommer de nouveaux associés uniquement pour les responsabiliser et pour qu'ils jouissent d'un pouvoir décisionnel. En vertu de cette nouvelle réalité juridique, les modes de rémunération s'élargiront puisque, par exemple, la mise en place d'un régime d'options d'achat d'actions pourra être envisagée afin de retenir les employés au sein de leur SPA. C'est donc également un changement d'image qui sera introduit par cette possibilité de transfert d'une société professionnelle en SPA.

2. RÉSUMÉ

À la lumière de l'ensemble des discussions que nous avons eues précédemment, certaines conclusions peuvent être tirées dépendamment du choix de la méthode de transfert qui sera utilisée en vue de poursuivre les activités professionnelles au sein d'une SPA.

1. Dans le cas d'une SENC, il est important dans un premier temps d'établir le PBR des participations afin d'évaluer correctement les incidences fiscales inhérentes à la méthode de transfert qui sera utilisée.

2. Le choix de recourir au transfert des participations peut permettre d'imposer, dans la SPA, les revenus gagnés par la SENC entre le début de son exercice financier et la date du transfert. Il pourra en résulter une économie d'impôts mais une obligation de choisir une fin d'exercice financier au 31 décembre.

3. Le choix d'un exercice financier adéquat pourra permettre à la SPA de reporter le paiement de l'impôt sur le revenu professionnel gagné après le transfert et avant le 31 décembre, au-delà de la date d'exigibilité du solde d'un particulier.

4. Le contribuable pourra, par les choix qu'il effectuera, influencer en partie la détermination de son revenu imposable pour l'année 2003. Selon la méthode utilisée pour transférer l'exploitation de son entreprise, de la SENC vers la SPA, il aura le choix de réaliser un gain en capital à l'encontre duquel il pourra appliquer des pertes en capital subies au cours des exercices financiers antérieurs. Compte tenu des fluctuations boursières des dernières années, il peut en résulter un avantage intéressant.

5. S'il n'y a aucune perte en capital, la question que doit se poser le contribuable est de savoir s'il est préférable de s'imposer personnellement aujourd'hui sur un gain en capital assujetti à un taux de 24 % ou sur des dividendes futurs au taux de 32,81 %. Il pourrait également se verser un salaire, lui permettant de contribuer à son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), afin de réduire le montant d'impôt payable par la société. Il faut cependant considérer le report de la date du paiement d'impôts, si le choix de l'exercice financier est effectué d'une manière adéquate. Dans la situation où le revenu imposable de la SPA serait supérieur à 200 000 $, il y a donc un avantage à réaliser un gain en capital (sous réserve de la perte de la contribution potentielle au REÉR), au lieu de s'imposer sur un revenu cette année tout en bénéficiant d'un report d'impôts possible à un exercice subséquent.

6. Selon la méthode utilisée, certaines formalités doivent être effectuées à l'intérieur de certains délais, si on veut bénéficier des différents transferts avec le moins d'incidences fiscales possible. En effet, l'utilisation du paragraphe 85(2) L.I.R., suivie du paragraphe 85(3) L.I.R., exige que la

dissolution de la société ait lieu dans les 60 jours suivant le transfert des biens de la SENC en faveur d'une SPA.

Si l'on opte pour un transfert en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R., le choix doit être effectué par l'ensemble des associés et chaque associé doit recevoir une partie indivise de l'ensemble des biens.

Enfin, dans le cas d'un transfert de participation et de continuation par la SPA de l'entreprise exploitée par la SENC, le paragraphe 98(5) L.I.R. exige que la SPA ait été un associé avant que la SENC cesse ses activités. De plus, elle ne doit pas reprendre les activités avec de nouveaux associés à l'intérieur d'un délai de 120 jours, à défaut de quoi, la SENC ne sera pas présumée avoir été liquidée et la majoration du coût des biens ne pourra être effectuée. Comme nous pouvons le constater, plusieurs questions doivent donc être répondues afin de déterminer quelle est la meilleure méthode pour effectuer ces différents transferts et de s'assurer que les incidences fiscales sont celles souhaitées.

7. En ce qui concerne l'établissement du PBR de la participation dans la SENC, nous devons, en raison des règles fiscales actuelles, nous fier aux politiques administratives pour bénéficier de certains allégements permettant d'éviter une situation de double imposition. À cet égard, il pourrait s'avérer prudent de confirmer cette possibilité d'allégement avec les autorités fiscales, afin de s'assurer que cela respecte toujours leurs politiques administratives.

CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, force est de constater qu'il existe plusieurs méthodes permettant de transférer une SENC en faveur d'une SPA, chacune ayant ses avantages et ses inconvénients. Le choix de l'une ou de l'autre doit être analysé d'une manière très particulière en fonction des caractéristiques fiscales des différentes entités. De plus, plusieurs choix peuvent permettre que le tout puisse s'effectuer sans incidences fiscales, si les différentes conditions sont respectées.

Chaque décision d'incorporation sera donc un cas d'espèce qui devra être analysé et évalué en fonction des faits et des objectifs propres. Alors, méfions-nous des recettes préparées d'avance, car seul celui qui tentera de nous la vendre risque d'en tirer profit.

ANNEXE A

BLT SENC
BILAN AU 30 SEPTEMBRE 2003

	Coût	Valeur fiscale	JVM
	$	$	$
ACTIF			
Encaisse	50 000	50 000	50 000
Comptes clients	250 000	250 000	225 000
Provisions pour mauvaises créances	(25 000)	(25 000)	
Travaux en cours[1]	175 000	-	175 000
Immobilisations	100 000	50 000[2] (10 000 au Québec)	75 000
Achalandage	-	-	1 225 000
PASSIF			
Fournisseurs	250 000	250 000	250 000
AVOIR DES SOCIÉTAIRES			
Bénéfices exercice courant net de retrait[3]	100 000		
Avoir en début d'année	200 000	Note[4]	1 500 000

Note (1) Choix d'exclure les travaux en cours effectués (art. 34 L.I.R.).
Solde au 31 décembre 2002 = 221 500 $.

Note (2) – FNACC	**Fédéral**	**Québec**
	$	**$**
Mobilier – Catégorie 8	10 000	10 000
Informatique – Catégorie 10	40 000	-
Informatique – Catégorie 12	-	-
Aucune acquisition cette année	-	-

Note (3) Le bénéfice comptable tient compte des éléments suivants :

	$
Amort. compt.	10 000
Représentation	28 000
Assurance vie	50 000
Retrait de la SENC	450 000

Note (4) Coût de la participation (PBR)

	B	**L**	**T**
	$	**$**	**$**
Solde au début[1]	3 500	-	(35 000)
Achat	-	250 000	-
Apport année	-	-	-
Retrait année	(150 000)	(150 000)	(150 000)

Bénéfice fiscal de l'année(*) (2)	220 000	220 000	220 000
PBR	73 500	320 000	35 000

(1) Au Québec, 20 000 $ de moins pour B et T chacun.

(2) Au Québec, 3 000 $ de plus pour B, L et T chacun.

Bénéfice fiscal au 30 septembre 2003

Bénéfice comptable (100 000 $ + 450 000 $)		550 000
Travaux en cours au début	221 500	
Amortissement comptable	10 000	
Représentation (50 %)	14 000	
Assurance vie	50 000	295 500
Moins : Amortissement (8)	(1 500)	
Amortissement (10)(*)	(9 000)	
Travaux en cours fin	(175 000)	(185 500)
Bénéfice fiscal au 30 septembre 2003		660 000(**)

(*) Québec 0 $
(**) Québec 669 000 $

ANNEXE B

	Biens transférés Coût/Valeur fiscale	JVM	Somme convenue	Biens reçus Dette	Action	JVM
	$	$	$	$		$
A) Roulement						
Travaux en cours	-	175 000	-	-	175 000	175 000
Immo. Cat. 8	10 000	20 000	10 000	-	20 000	20 000
Immo. Cat. 10	40 000(1)	55 000	40 000(1)	-	55 000	55 000
Achalandage	-	1 225 000	-	-	1 225 000	1 225 000

(1) Québec : 0 $

B) Autres transferts						
Encaisse		50 000	-	25 000	25 000	25 000
Comptes clients(2)		225 000	-	225 000	-	225 000
				250 000	1 500 000	

(2) Choix de l'article 22 L.I.R.

ANNEXE C

BILAN AU 1er OCTOBRE 2003

	Coût comptable	Valeur fiscale	JVM
	$	$	$
1 500 000 actions SPA	300 000	75 000(1)	1 500 000
Avoir sociétaires	300 000	Note 4 Annexe A	1 500 000

(1) 35 000 $ au Québec

ANNEXE D

BÉNÉFICE FISCAL CORRIGÉ

	$	$
1) Bénéfice fiscal (Annexe A)		660 000
Plus : Amortissement fiscal[1]	175 000	
	10 500	10 500
Bénéfice fiscal corrigé		670 500

2) PBR	**B**	**L**	**T**	
	$	**$**	**$**	
PBR (Annexe A)	73 500	320 000	35 000	
Ajustement bénéfice année	3 500	3 500	3 500	10 500
PBR avant liquidation[2]	77 000	323 500	38 500	

3) Caractéristiques fiscales du bien reçu

	Nombre actions	**Catégorie**	**C/V**	**PBR[2]**
B	500 000	Ordinaires	25 000	77 000
L	500 000	Ordinaires	25 000	323 500
T	500 000	Ordinaires	25 000	38 500

(1) Cet ajustement est nécessaire, compte tenu qu'au moment de l'établissement du bénéfice, ces actifs ont déjà été transférés à la SPA.

(2) 20 000 $ de moins au Québec pour B et T chacun.

ANNEXE E

BÉNÉFICE FISCAL CORRIGÉ

	$
1) Bénéfice fiscal (Annexe D)	670 500

2) PBR[1]

	B	L	T
	$	$	$
PBR (Annexe D)	77 000	323 500	38 500

3) Caractéristiques fiscales des actions reçues

	Nombre actions	Catégorie	C/V	PBR
B	300 000	Ordinaires	25 000	25 000
L	300 000	Ordinaires	25 000	25 000
T	300 000	Ordinaires	25 000	25 000

(1) 20 000 $ de moins au Québec pour B et T chacun.

ANNEXE F

1) BÉNÉFICE FISCAL CORRIGÉ 2003 : NIL

Gain en capital pour B et T de 146 500 $ et 185 000 $ respectivement.

2) PBR[1]

	B	L	T
	$	$	$
(Annexe A)	73 500	320 000	35 000
Moins: bénéfice année	(220 000)	(220 000)	(220 000)
	(146 500)	100 000	(185 000)

(1) 20 000 $ de moins au Québec pour B et T chacun.

3) Caractéristiques fiscales des actions reçues

	Nombre actions	Catégorie	C/V	PBR
B	500 000	Ordinaires	33 333	-
L	500 000	Ordinaires	33 333	100 000
T	500 000	Ordinaires	33 333	-

ANNEXE G

INCORPORATION

AVANTAGES ÉCONOMIQUES
Taux d'imposition maximal 2003

	Salaire et intérêts	Gain en capital	Dividende
	%	%	%
Individu	48,22	24,11	32,81

Société (fédéral et Québec)

	REEA	Congé Québec REEA[2]	PLACEMENT
	%	%	%
Revenu < 200 000 $[1]	22,16	15,38	52,3
Entre 200 000 $[1] et 300 000 $	31,16	31,16	52,3
Excédent de 300 000 $	33,16	33,16	52,3

(1) Ce chiffre s'accroîtra jusqu'à 300 000 $ en 2006.

(2) SPA admissible au congé fiscal du Québec après le 12 juin 2003.

ANNEXE H

INCORPORATION

AVANTAGES ÉCONOMIQUES (SUITE)

Société et individu

	REEA	Congé Québec[2] REEA	PLACEMENT
	%	%	%
Revenu ≤ 200 000 $[1]	47,7	43,15	51,93
Entre 200 000 $[1] et 300 000 $	53,75	53,75	51,93
Excédent de 300 000 $	55,09	55,09	51,93

(1) Ce chiffre s'accroîtra jusqu'à 300 000 $ en 2006.

(2) SPA admissible au congé fiscal du Québec après le 12 juin 2003.

ANNEXE I

INCORPORATION

AVANTAGES ÉCONOMIQUES (SUITE)
Niveau de revenu inférieur au taux maximum

	$	$	$	$
Revenu imposable	25 000	50 000	75 000	100 000
Revenu professionnel supplémentaire	25 000	25 000	25 000	25 000
Économie ou (coût)	(448)	569	209	110
		0,28 %	0,84 %	0,44 %
Report d'impôt	(415)	3 278	5 057	5 887
		13,11 %	20,23 %	23,55 %

Remarque : Coût de la structure supérieur à l'avantage de l'incorporation.

RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL

Daniel Lafrenière
Actuaire, ASA
Société d'actuariat conseil Avalon inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 32:3

1. COMPRENDRE CE QU'EST UN RRI 32:3

1.1. HISTORIQUE 32:3
1.2. CADRE LÉGISLATIF ET FISCAL 32:6
1.2.1. La *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada 32:6
1.2.2. La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* 32:6
1.2.3. Le *Code civil du Québec* 32:8
1.3. LES INTERVENANTS DANS L'ADMINISTRATION D'UN RRI 32:8
1.3.1. Le répondant 32:8
1.3.2. L'administrateur 32:8
1.3.3. Le fiduciaire 32:9
1.3.4. Le gardien de valeurs 32:9
1.4. DESCRIPTION DU RRI 32:9
1.4.1. Régime à prestations déterminées 32:10
1.4.2. Mis sur pied pour un seul participant 32:11
1.4.3. Financement par des cotisations de l'employeur 32:11
1.4.4. Éléments à considérer dans le calcul de la rente 32:12

2. À QUI S'ADRESSE LE RRI? 32:17

2.1. ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER 32:17
2.2. ÉLÉMENTS DE DISCUSSION 32:18
2.2.1. Croissance du capital à 7,5 % 32:18
2.2.2. Insaisissabilité des prestations 32:18
2.2.3. Désignation de bénéficiaires 32:19
2.2.4. Cotisations additionnelles 32:19
2.2.5. Cotisations exemptées des charges sociales 32:20
2.2.6. Revenu de retraite moins volatil 32:20
2.2.7. Flexibilité à reporter des cotisations dans le futur 32:20
2.2.8. Administration plus lourde que le REÉR 32:21
2.2.9. Limite sur l'accumulation du surplus 32:21
2.2.10. Rente prédéterminée à la retraite 32:21
2.2.11. Salaire reconnu sujet à un maximum 32:22
2.2.12. Impossibilité de reconnaître toutes les périodes de service passé 32:22
2.2.13. Montant prescrit 32:22
2.2.14. Frais 32:23
2.2.15. Existence du régime 32:23
2.2.16. Limite sur les transferts en franchise d'impôt 32:23
2.2.17. Options à la retraite 32:24
2.2.18. Prestation de décès 32:25

3. FINANCEMENT DU RRI 32:25

3.1. VÉHICULES DE FINANCEMENT 32:25
3.1.1. Contrat d'investissement auprès d'une compagnie d'assurances 32:25
3.1.2. Fiducie corporative 32:25
3.1.3. Fiducie individuelle 32:26
3.1.4. Types d'investissement 32:26

4. AVANTAGE FISCAL 32:28

4.1. IMPLICATIONS DE LA PARTICIPATION À UN RRI SUR LE REÉR 32:28
4.2. TRANSFERT GÉNÉRATIONNEL 32:29
4.3. RETRAITE PLANIFIÉE 32:29
4.4. REMPLACEMENT DE REVENU 32:29
4.5. ALLOCATION DE L'ÉPARGNE-RETRAITE 32:29
4.6. FÉSP DE 8 000 $ 32:29
4.7. ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER 32:30

CONCLUSION 32:30

INTRODUCTION

Depuis l'année 2001, nous constatons une popularité accrue pour un certain type de régime de retraite ne contenant qu'un seul participant, lequel est généralement une personne rattachée[1] à l'employeur (ci-après « personne rattachée »). Ce type de régime est connu sous le nom de régime de retraite individuel (ci-après « RRI »). Mais qu'en est-il de ce type de régime? Quels sont les éléments à considérer dans l'analyse de ce type de régime? Dans quelle situation peut-il être utilisé efficacement?

Dans le présent texte, nous tenterons de comprendre ce qu'est un RRI, de voir ses mécanismes de financement; nous discuterons des éléments particuliers à considérer avant de décider de le mettre en place et, en conclusion, nous tenterons de comprendre le rôle qu'il peut jouer dans la planification de la retraite d'un individu.

De façon à simplifier la discussion, nous nous limiterons volontairement au RRI pour personnes rattachées.

Il est entendu que le présent document a été produit à titre éducatif et tente de vulgariser des éléments qui peuvent être plus complexes que ceux qui sont exposés dans le présent texte. Avant d'utiliser son contenu, le professionnel devrait consulter une personne compétente en matière de régime de retraite de façon à s'assurer qu'aucun élément non mentionné dans le présent texte ne puisse altérer une décision prise à la suite de la lecture de celui-ci.

1. COMPRENDRE CE QU'EST UN RRI

1.1. HISTORIQUE

Au début de la décennie 90 est entrée en vigueur la réforme des règles concernant l'aide fiscale à l'épargne-retraite (ci-après « réforme »). La réforme avait entre autres pour but de mieux encadrer les régimes de pension agréés (ci-après « RPA ») en codifiant les règles concernant leur

[1] *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R »), par. 8500(3).

enregistrement, lesquelles étaient énoncées jusqu'à ce moment à la *Circulaire d'information* 72-13R8[2].

La codification des règles relatives au RPA, regroupées sous le chapitre LXXXV du *Règlement de l'impôt sur le revenu,* a défini pour la première fois l'expression « personne rattachée ». Cette expression ressemble à celle de l'« actionnaire important[3] » défini à la Circulaire, sauf qu'elle englobe beaucoup plus de personnes. Plus précisément, une personne est rattachée à l'employeur si elle est propriétaire directement ou indirectement d'au moins 10 % des actions d'une catégorie quelconque, tandis qu'un actionnaire important doit forcément être propriétaire d'actions qui représentent au moins 10 % du droit de vote afférent à toutes les actions de l'employeur. De plus, une personne qui a un lien de dépendance[4] avec l'employeur est par le fait même considérée comme une personne rattachée, sans être forcément un actionnaire important.

Avant la réforme, selon les directives de la Circulaire, il était généralement interdit de mettre en place un RPA à prestations déterminées si celui-ci comptait pour participants principalement des actionnaires importants. En élargissant la définition d'actionnaire important à la définition d'une personne rattachée et en permettant, avec un certain encadrement, la mise en place de RPA à prestations déterminées dont les participants étaient principalement des personnes rattachées à l'employeur ou des particuliers déterminés[5], la réforme avait créé l' «ancêtre » du RRI.

Des éléments irritants étaient rattachés à l'ancêtre du RRI tels que :

- les dispositions spéciales applicables aux prestations de retraite et au financement des régimes désignés[6]; en général, un régime est désigné s'il est principalement au profit de personnes rattachées ou de participants (particuliers déterminés) dont le salaire est supérieur à deux fois et demie

---

2 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 72-13R8, « Régime de pension des employés », 16 décembre 1988 (ci-après « Circulaire »).

3 *Id*., al. 8(d).

4 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R, « Définition de l'expression sans lien de dépendance », 24 août 1995, par. 24.

5 Par. 8515(4) R.I.R.

6 Par. 8515(1) R.I.R.

le salaire industriel moyen, lequel s'établit à 39 900 $ en 2003 (salaire supérieur à 99 750 $ en 2003);

- les frais annuels relatifs à son enregistrement;

- les contraintes administratives requises par les autorités en matière de pension.

Celui-ci est demeuré un véhicule marginalement utilisé jusqu'en 2001. C'est en effet au cours de l'année 2001, lors de la mise à jour de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[7], que le législateur québécois a ajouté l'article 2.1 à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* ayant pour objet de soustraire d'application la majorité des articles de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* à un certain type de RPA dont fait partie le RRI.

Les conditions énoncées à l'article 2.1 peuvent être résumées comme suit :

- tous les participants sont des personnes rattachées à l'employeur et l'adhésion est facultative et limitée à de telles personnes;

- le participant cesse sa participation active au régime dès qu'il ne se qualifie plus comme personne rattachée à l'employeur.

Nous expliquerons plus tard pourquoi le législateur en est venu à inclure cet article dans la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. Nous devons toutefois constater que cet article a eu pour effet de créer une sous-catégorie de RPA que nous nommerons « RPA pour personnes rattachées » dont fait partie le RRI.

Les effets d'être soustrait de la majorité des articles de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* sur les modalités du RRI sont les suivants :

- l'argent transféré du RRI n'a pas à être immobilisé;

- les tâches administratives sont simplifiées;

- aucuns frais annuels ne sont exigibles à son enregistrement.

---

7 L.R.Q., c. R-15.1 (ci-après « L.R.C.R. »).

1.2. CADRE LÉGISLATIF ET FISCAL

1.2.1. La *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada

Le *Règlement de l'impôt sur le revenu* prévoit certaines conditions[8] pour qu'un régime de retraite puisse être agréé. L'agrément du régime auprès de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») permet à l'employeur de déduire les cotisations qu'il verse à la caisse du régime de retraite à titre de dépense[9] et au participant de déduire de son revenu imposable[10] les cotisations versées à cette même caisse. De plus, tous les actifs qui s'accumulent à même la caisse ne sont pas imposables dans la mesure où ils sont des placements autorisés[11]. Le RRI est un RPA.

L'ADRC est l'organisme responsable d'appliquer les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, ainsi que les règles administratives portant sur l'agrément, l'enregistrement et le contrôle de certains types de régimes de revenu différé, dont le RPA. Elle a aussi le mandat d'examiner et de réglementer les placements faits dans le cadre de ces régimes. En résumé, l'ADRC a le mandat de superviser l'enregistrement et l'administration des RPA et d'approuver les cotisations recommandées par l'actuaire.

1.2.2. La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*

À moins d'être spécifiquement exclu, tout régime de retraite mis en place au profit de participants employés dans la province de Québec doit respecter la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. Toutefois, depuis janvier 2001, l'article 2.1 L.R.C.R. stipule que si un régime de retraite est au profit exclusif de personnes rattachées à l'employeur, il est soustrait de la majorité des articles de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

Les articles de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* qui continuent de s'appliquer se résument comme suit :

---

8 Par. 8501(1) R.I.R.

9 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 147.2(2).

10 Par. 147.2(4) L.I.R.

11 Art. 8502 « placements » R.I.R.

- Article 6 : Un régime de retraite est un contrat en vertu duquel le participant bénéficie de prestations de retraite dont le financement est assuré par des cotisations à la charge soit de l'employeur seul, soit de l'employeur et du participant. Le régime de retraite doit avoir une caisse de retraite où sont notamment versés les cotisations ainsi que les revenus qui en résultent. Cette caisse constitue un patrimoine fiduciaire affecté principalement au versement des remboursements et prestations auxquels ont droit les participants et bénéficiaires.

- Article 64 : La désignation de bénéficiaires et sa révocation sont régies par les articles 2445 à 2459 du *Code civil du Québec*[12].

- Article 107 : En cas de séparation de corps, de divorce, de nullité du mariage ou en cas de dissolution autrement que par décès ou de nullité de l'union civile, les droits accumulés par le participant au titre d'un régime sont partagés avec son conjoint dans la mesure prévue au *Code civil du Québec* ou par le jugement du tribunal, ou une déclaration commune notariée de dissolution de l'union civile.

- Article 110 : Lorsqu'il y a cessation de la vie maritale avec un conjoint non marié ni uni civilement, il est possible dans l'année qui suit de convenir par écrit de partager les droits accumulés au titre du régime.

- Article 171.1 : À moins que les circonstances n'indiquent qu'il est raisonnable d'agir autrement, l'administrateur doit tendre à composer un portefeuille diversifié de façon à minimiser les risques de pertes importantes.

La Régie des rentes du Québec (ci-après « RRQ ») a pour mandat de protéger les intérêts des participants en administrant la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et en supervisant l'administration et le financement des régimes de retraite. Elle agit un peu comme un « chien de garde » face à l'employeur qui est le répondant du régime.

Au cours des années, la RRQ a constaté que son mandat de « chien de garde » n'était pas requis lorsque le RPA s'adressait exclusivement à des personnes rattachées à l'employeur puisque l'employeur et les participants étaient souvent le même groupe de personnes. C'est pour cette raison qu'en 2001, l'article 2.1 a été inclus à la *Loi sur les régimes complémentaires de*

---

[12] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

retraite. De cette façon, la RRQ pouvait se concentrer sur la supervision des autres régimes, là où son mandat de surveillance était requis.

1.2.3. Le *Code civil du Québec*

Le *Code civil du Québec* s'applique principalement au niveau de la définition du patrimoine familial[13] puisque le régime de retraite en fait partie. Le *Code civil du Québec* s'applique également au niveau du patrimoine fiduciaire que constitue la caisse de retraite, de la désignation de bénéficiaires et de la responsabilité des fiduciaires.

1.3. LES INTERVENANTS DANS L'ADMINISTRATION D'UN RRI

1.3.1. Le répondant

Le répondant du RRI est l'employeur. Celui-ci doit avoir un numéro d'entreprise auprès de l'ADRC et doit verser ou avoir versé à un moment donné un revenu d'emploi au participant. C'est lui qui est responsable du financement du RRI; si un déficit est déclaré, c'est lui qui pourra le combler par une ou des cotisations spéciales.

1.3.2. L'administrateur

L'administrateur[14] est défini comme une personne ou un groupe de personnes qui, en définitive, est responsable du RRI. De façon générale, le répondant est aussi son administrateur. C'est lui qui est responsable des tâches administratives. Parmi les tâches, notons les responsabilités suivantes :

- obtenir l'enregistrement du RRI;
- veiller à ce qu'il soit administré conformément aux conditions d'enregistrement et des lois applicables;
- détenir les documents relatifs au RRI;
- correspondre avec les autorités compétentes.

---

13 Art. 426 C.c.Q.

14 Par. 147.1(6) L.I.R. et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Guide* T4099, « Enregistrement d'un régime de pension – 1993 », p. 4.

Vous remarquerez que celui-ci devra travailler en étroite collaboration avec l'actuaire.

1.3.3. Le fiduciaire

Si le financement du régime est prévu par un contrat d'assurance avec une compagnie qui est autorisée à faire le commerce de l'assurance vie au Canada, il n'y aura généralement pas de fiduciaire; c'est la compagnie d'assurances qui accomplira les tâches dédiées[15] normalement au fiduciaire. Toutefois, si le financement du régime est prévu par une convention écrite de fiducie, le rôle de fiduciaire sera assumé par la société de fiducie ou, s'il s'agit d'une fiducie de personnes, par les individus fiduciaires. Le fiduciaire a la responsabilité de gestion et d'administration de la caisse de retraite où sont déposées les cotisations du participant et/ou de l'employeur et où s'accumulent les revenus qui en résultent. Par ailleurs, il a la responsabilité d'établir une politique de placement ayant pour objectif premier de minimiser les risques de pertes importantes.

1.3.4. Le gardien de valeurs

Le gardien de valeurs est celui qui détient les titres de la caisse de retraite au nom du fiduciaire. Il doit exécuter les transactions demandées par le fiduciaire.

1.4. DESCRIPTION DU RRI

Le RRI est un **RPA à prestations déterminées** enregistré auprès de l'ADRC. Il est **mis sur pied pour un seul participant** et il prévoit le **versement, à compter d'un âge donné, d'une prestation viagère de retraite dont les modalités prévoient les plafonds permis par le *Règlement de l'impôt sur le revenu***.

Cette définition du RRI requiert que l'on décompose chacun de ses éléments pour bien comprendre ce qu'il représente. Nous analyserons donc chacun des éléments importants.

---

[15] *Id.*

1.4.1. Régime à prestations déterminées

Le RRI est un RPA à prestations déterminées, c'est-à-dire qu'il prévoit le versement d'une prestation de retraite dans des conditions et à compter d'un âge donné (à compter du 65e anniversaire).

Un RPA à prestations déterminées se distingue d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») sur deux points :

- la cotisation annuelle est fonction du salaire et de l'âge du participant. Plus le participant est âgé, plus le coût relatif aux prestations de retraite accumulées durant l'année est élevé (la cotisation versée étant supérieure à la cotisation REÉR, elle a pour effet de faire gonfler le revenu de retraite). Pour bien comprendre cet élément, nous avons joint à la présente un graphique qui illustre, selon l'âge, les cotisations pouvant être versées à un RRI et celles pouvant être versées à un REÉR;

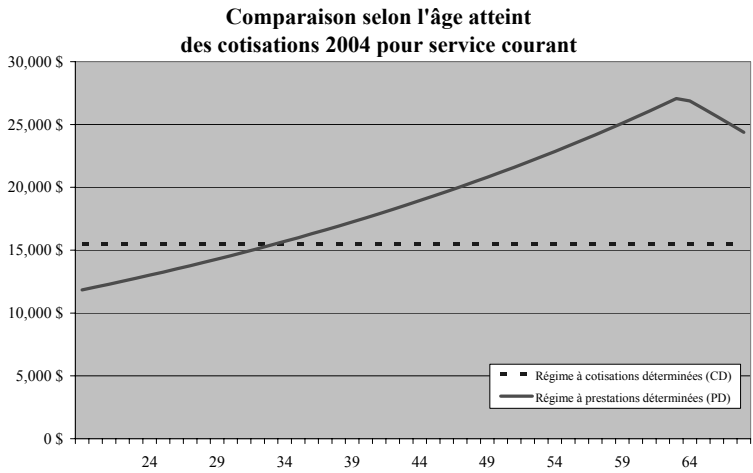
- la bonification lors d'une retraite anticipée. Il est possible de verser la prestation de retraite acquise avant l'âge de 65 ans. Au versement de cette rente anticipée, il est possible d'ajouter une rente de raccordement entre la date du début des versements et le 65e anniversaire.

Depuis la réforme de l'épargne-retraite au début des années 90, la cotisation au REÉR, laquelle a été établie à 18 % du revenu gagné[16] (attention, nous ne parlons pas ici du revenu d'emploi) a pour but d'établir une parité entre le contribuable qui cotise au REÉR et celui qui participe à un RPA à prestations déterminées. Cette parité est atteinte si le contribuable participe à l'un ou à l'autre sur l'ensemble de sa période de vie active. Par contre, si le contribuable cotise à un REÉR en début de carrière et, par la suite, participe à un RPA à prestations déterminées, la participation tardive à un RPA à prestations déterminées aura pour effet de faire gonfler son revenu de retraite.

Puisque la personne rattachée a une certaine flexibilité dans la mise en place d'un RRI, sa participation à un âge tardif a pour effet de faire gonfler son revenu de retraite; si nous y ajoutons la bonification de la retraite anticipée, le régime devient un outil à considérer.

---

[16] Par. 146(1) « revenu gagné » L.I.R.



1.4.2. Mis sur pied pour un seul participant

Au sens du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, une caisse de retraite est constituée pour financer l'obligation totale du régime. Dans le cas d'un régime comportant plusieurs participants, il est presque impossible de déterminer l'actif relatif à un participant en particulier. Toutefois, si l'obligation créée n'est constituée que des prestations d'un seul participant, il est facile d'associer la portion de la caisse relative au participant. C'est principalement pour cette raison que les gens ont tendance à présumer que le RRI est un gros REÉR. Il est vrai qu'il lui ressemble mais ce n'en est pas un.

1.4.3. Financement par des cotisations de l'employeur

Le RRI peut être financé entièrement par des cotisations de l'employeur, ou peut prévoir un niveau de financement du participant, variant entre 1 % et 9 % du salaire. Il est toutefois fiscalement plus avantageux de financer entièrement le régime par des cotisations de l'employeur puisque celui-ci n'a pas à payer les charges sociales applicables à la masse salariale.

Par ailleurs, il est possible pour des employeurs liés de participer au même RRI. Dans ce cas, les cotisations des employeurs participants devront être réparties[17], sur recommandation d'un actuaire, de façon raisonnable

[17] S.-al. 147.2(2)a)(vi) L.I.R.

entre eux. Une répartition au prorata des salaires reconnus versés par chacun des employeurs participants est considérée comme une répartition raisonnable.

1.4.4. Éléments à considérer dans le calcul de la rente

1.4.4.1. Rétribution

La rétribution visée (ci-après « salaire ») reconnue à un participant pour une année civile doit être définie au texte du RRI. Toutefois elle ne pourra en aucun cas excéder le montant apparaissant à la case 14 du relevé T4 du participant selon les exigences administratives de l'ADRC[18]. Par ailleurs, le salaire visé utilisé dans le calcul des prestations doit être égal au salaire visé dans le calcul du facteur d'équivalence (ci-après « FÉ ») ou du facteur d'équivalence de service passé[19] (ci-après « FÉSP »). Veuillez prendre note qu'un dividende n'est pas un salaire.

1.4.4.2. Périodes de service

Service postérieur à 1990

Les périodes de service passé, antérieures à la date d'entrée en vigueur du régime et postérieures à 1990, peuvent être reconnues dans le calcul des prestations dans la mesure où ce service ne constitue pas une période d'invalidité ou d'absence temporaire. De plus, le participant doit disposer de déductions inutilisées à son REÉR pour la reconnaissance d'un FESP. Si le participant ne dispose pas de déductions inutilisées, le service ne peut être reconnu que si le participant consent à retirer ou transférer[20] des sommes de son REÉR (le REÉR du conjoint ne peut pas être utilisé). Le montant du transfert représentera grossièrement le capital investi au REÉR depuis 1991. Le plafond des prestations applicable au service passé est le même que pour le service futur, soit le plafond des prestations déterminées[21] applicable pour l'année du début du versement de la rente. Il est important de noter que dans le cas d'un RRI pour personne rattachée, il n'est pas possible de transférer

---

18 Par. 147.1(1) « rétribution » L.I.R. et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 98-2, « Rétribution visée dans le cadre des régimes de pensions agréés », 1er septembre 1998, al. 2(c).

19 Par. 8502(l) R.I.R.

20 Par. 8303(6) R.I.R.

21 Par. 8500(1) « plafond des prestations déterminées » R.I.R.

des montants d'un compte de retraite immobilisé (ci-après « CRI ») vers le RRI pour reconnaître des périodes de service passé sans que celui-ci ne devienne soumis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

Service antérieur à 1990

Pour les périodes de service antérieures à 1990, le plafond des prestations est réduit à deux tiers de celui applicable pour le service futur. De plus, des conditions très restrictives s'appliquent ayant pour effet de rendre la reconnaissance de ces périodes de service très difficile. Elles pourront être reconnues que si les conditions suivantes sont réunies :

- la personne rattachée n'a pas participé à un autre régime de retraite, ou régime de participation différée aux bénéfices (RPDB), de l'employeur ou d'une société liée au cours de ces années;

- les employés, autres que le ou les actionnaires importants et les personnes liées, ont participé à un régime de retraite de sorte que la valeur des droits accumulés par les actionnaires importants et les personnes liées pour ces années n'excède pas 50 % de la valeur de tous les droits accumulés par tous les participants à tous les régimes;

- pour les années 1981 et subséquentes, la rémunération de l'actionnaire important ou de la personne liée doit être d'au moins 65 000 $ ou 75 % de sa rémunération moyenne au cours des trois meilleures années antérieures consécutives.

En plus des règles énoncées plus haut, l'ADRC a décrété, au 31 mars 1999, que le service avant le 1er janvier 1990 ne peut être reconnu que si la valeur présente de ce service passé n'est pas plus élevée que la valeur présente du service constitué après la date d'entrée en vigueur du régime, ce qui a pour effet de permettre de doubler la cotisation future : un dollar de service antérieur au 1er janvier 1990 pour chaque dollar de service courant cotisé (règle de la proratisation[22]).

La majorité des employeurs où cette reconnaissance de service est possible oeuvrent dans l'industrie de la construction. Dans cette industrie, les

---

22 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Nouvelles* 99-1 « Condition visant à assurer des prestations de pension proportionnelles à l'égard des périodes de service avant 1990 », 31 mars 1999.

employeurs participent au régime multiemployeurs de la Commission de la construction du Québec (CCQ).

Service au cours de l'année 1990

La reconnaissance du service pour l'année 1990 est également possible, soumise aux restrictions suivantes :

- le participant doit disposer de déductions inutilisées à son REÉR ou doit consentir à y faire un retrait ou un transfert de sommes de son REÉR (notion du FÉSP);

- le plafond des prestations déterminées s'applique à la rente de retraite pour cette année;

- pour les actionnaires importants et les personnes liées, les conditions applicables au service avant 1990 doivent être respectées.

1.4.4.3. Calcul de la rente

La rente maximale qu'un RRI peut prévoir correspond à 2 % de la moyenne des trois meilleures années de rétribution versée par l'employeur (ci-après « salaire ») indexé jusqu'à la retraite et multiplié par le nombre d'années de service reconnu. Cette rente est sujette à un maximum de 1 722,22 $[23] multiplié par le nombre d'années de service reconnues, c'est-à-dire le moindre de :

- 2 % x (moyenne des trois meilleures années de salaire) x (années de service reconnues); et

- 1 722,22 $ x (années de service reconnues).

Veuillez prendre note que, si un service antérieur à la réforme est reconnu (période de service avant 1990), la limite de 1 722,22 $ sera réduite à 1 150 $ (2/3 de 1 722,22 $) à moins que ce service n'ait été reconnu avant la date de la réforme.

---

[23] Par. 8500(1) « plafond des prestations déterminées » R.I.R. Le Budget fédéral de février 2003 a prévu que cette limite augmenterait à 1 833 $ en 2004 et à 2 000 $ en 2005, et serait indexée par la suite selon l'augmentation moyenne des salaires et traitements.

De plus, pour chaque année civile postérieure à 1990 au cours de laquelle le participant a été rattaché à un moment ou à un autre à l'employeur, la rente annuelle est sujette à un maximum[24] de 2 % du salaire de l'année indexé jusqu'à la retraite. De plus, pour le service antérieur à 1991, celui-ci ne pourra être reconnu à une personne rattachée que dans certains cas particuliers que nous énoncerons plus tard.

L'indexation des salaires s'entend par la multiplication du salaire de l'année de référence par le ratio du salaire moyen[25] de l'année du début du versement de la rente sur le salaire moyen de l'année de référence. Le salaire moyen, quant à lui, correspond au maximum des gains admissibles tel qu'il est utilisé par la RRQ.

1.4.4.4. Anticipation ou ajournement de la rente

Retraite anticipée

La rente de retraite accumulée peut être versée de façon anticipée avant l'âge de 65 ans. Toutefois, la rente doit être réduite[26] d'au moins ¼ % pour chaque mois, s'il en est, dont la date de la retraite anticipée précède la plus hâtive des dates suivantes :

- la date à laquelle le participant atteint l'âge de 60 ans;
- la date à laquelle le participant a complété ou aurait complété, s'il avait poursuivi son emploi, 30 années de service continu;
- la date à laquelle la somme de l'âge du participant et de ses années de service continu est égale ou aurait été égale à 80 s'il avait poursuivi son emploi.

Rente de raccordement

Si le participant reçoit sa rente de retraite de façon anticipée, il peut également recevoir des prestations de raccordement payables à compter de sa date de retraite anticipée et cessant à son 65e anniversaire de naissance d'un montant égal à 1/35 de la rente qui lui aurait été payable en vertu de la *Loi*

---

24 Par. 8504(1) R.I.R.

25 Par. 147.1(1) « salaire moyen » L.I.R.

26 Al. 8503c) R.I.R.

sur le régime de rentes du Québec[27], s'il avait été âgé de 65 ans à sa date de retraite, multiplié par ses années de service crédité.

Compte tenu que ces provisions ne peuvent pas être financées à l'avance en vertu des contraintes imposées aux régimes désignés, le versement de la rente de raccordement pourra représenter une cotisation additionnelle d'environ 45 000 $ lors d'une retraite en 2003 à l'âge de 60 ans avec 35 années de service. La cotisation additionnelle à l'égard de la retraite anticipée pourra représenter un montant beaucoup plus important pouvant atteindre plusieurs centaines de milliers de dollars. Ces cotisations peuvent varier selon l'âge atteint au moment de la retraite, des périodes de service reconnu et des salaires historiques versés.

Retraite ajournée

Lorsque le participant atteint l'âge normal de retraite, il lui est possible de retarder la date de sa retraite et de poursuivre sa participation au régime. Dans ce cas, il pourrait continuer d'accumuler du service au régime. Sa rente accumulée sera majorée par un équivalent actuariel jusqu'à sa date de retraite pour tenir compte de la période plus courte de versement. La rente de retraite issue de la majoration[28] ne sera pas sujette à la limite applicable (1 722,22 $ par année de service).

1.4.4.5. Formes de versement

Si le participant opte pour une rente réversible au conjoint, la forme normale de celle-ci pourra comporter au maximum[29] une rente garantie de 60 versements et réversible à 66,7 % au conjoint survivant. C'est-à-dire qu'advenant le décès avant la fin d'une période garantie de cinq ans, la même rente continue à être versée au conjoint survivant ou, à défaut, aux bénéficiaires pour le reste de la période garantie. Par la suite, 66,6 % de la rente continue à être versée au conjoint survivant sa vie durant. Advenant le décès après la période garantie de cinq ans, 66,6 % de la rente continue à être versée au conjoint survivant sa vie durant. Si le conjoint décède avant le participant, la rente se terminera le mois du décès. Le participant pourra aussi choisir de recevoir une rente réversible à 100 % au conjoint mais cette

---

27 L.R.Q., c. R-9 et mod.

28 Par. 8504(10) R.I.R.

29 Al. 8503(2)d) R.I.R.

rente devra être réduite actuariellement pour refléter l'augmentation de la garantie au conjoint.

Si le participant opte pour une rente garantie seulement, la forme normale de celle-ci pourra comporter au maximum une garantie de 180 versements.

1.4.4.6. Indexation de la rente après la retraite

L'indexation de la rente de retraite après la retraite ne pourra excéder l'augmentation moyenne de l'indice des prix à la consommation.

2. À QUI S'ADRESSE LE RRI?

Le RRI s'adresse à des actionnaires d'une entreprise qui cherchent une façon de maximiser leur épargne-retraite. Dans la majorité des cas, ce qui est très intéressant à la mise en place du régime est la cotisation additionnelle que l'employeur peut effectuer pour la reconnaissance des périodes de service passé antérieures à la date de mise en place du régime (fait lié au service passé)[30].

2.1. ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER

Une petite formule rapide permet de qualifier des candidats et d'estimer le coût de rachat du service passé :

Âge x Service x Salaire

Âge : le participant doit être âgé d'au moins 40 ans. Puisqu'il s'agit d'un régime de retraite à prestations déterminées, l'avantage augmente avec l'âge. Le régime pourra être mis en place jusqu'à la fin de l'année durant laquelle le participant a atteint l'âge de 69 ans.

Service : dans tous les cas, il est possible de reconnaître du service depuis le 1er janvier 1991 à condition d'avoir du service avec l'employeur ou avec un employeur lié. Dans la majorité des cas, le service avant 1991 ne pourra pas être reconnu. Dans les cas où ce service pourra être reconnu, il sera sujet à la règle de la proratisation et la règle du 50 %. La règle de la

[30] Par. 8300(1) « fait lié au service passé » R.I.R.

proratisation prévoit qu'il est possible de racheter un dollar de service passé antérieur à 1990 pour chaque dollar de service futur cotisé (service courant).

Salaire : un salaire d'au moins 60 000 $ devrait être versé au participant. Il est toutefois important de noter que le salaire n'est donné qu'à titre indicatif et que le rachat de service passé pourrait dégager un avantage important même si le salaire était en deçà de ce montant. Par exemple, dans le cas où il y a un fractionnement du salaire entre deux conjoints mariés n'ayant pas renoncé au patrimoine familial, ceux-ci pourraient recevoir chacun un salaire de 30 000 $, participer au même régime et en retirer un avantage important.

2.2. ÉLÉMENTS DE DISCUSSION

Nous aurions pu parler des avantages et inconvénients du RRI mais puisque un avantage pour un participant peut devenir un inconvénient pour un autre, nous parlerons d'éléments de discussion.

2.2.1. Croissance du capital à 7,5 %

L'ADRC prescrit les hypothèses à utiliser pour évaluer la capitalisation du RRI. Une de ces hypothèses est un taux de rendement espéré sur la caisse de retraite de 7,5 %. Si la caisse ne réalise pas le rendement espéré, un déficit de rendement est révélé lors de l'évaluation actuarielle et une cotisation spéciale de l'employeur peut être versée. À l'inverse, si le rendement réalisé est supérieur à 7,5 %, un surplus est divulgué lors de l'évaluation actuarielle. Généralement, lorsque ce surplus excède deux années de cotisations (sujet à un minimum de 10 % du passif et un maximum de 20 % du passif), l'employeur doit utiliser le surplus excédentaire[31] pour financer la cotisation de service courant du régime. Il doit donc prendre un congé de cotisation, et ce, jusqu'à ce que le surplus excédentaire soit éliminé.

2.2.2. Insaisissabilité des prestations

L'insaisissabilité des prestations accumulées à un régime de retraite est généralement garantie par les articles 6 et 264 L.R.C.R. et le paragraphe 553(7) du *Code de procédure civile*[32] Puisque le RRI est un régime de retraite qui répond aux conditions énoncées à l'article

[31] Al. 147.2(2)d) L.I.R.

[32] L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

2.1 L.R.C.R., lesquelles ont pour effet de soustraire le régime de l'application de la majorité des articles de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, dont l'article 264, seuls l'article 6 L.R.C.R. et le paragraphe 553(7) C.p.c. protègent le RRI de l'insaisissabilité.

2.2.3. Désignation de bénéficiaires

Au décès du participant, si le bénéficiaire de celui-ci est le conjoint, il a la possibilité de transférer la valeur de la rente acquise directement à son REÉR en franchise d'impôt. Si, par contre, le bénéficiaire n'est pas le conjoint, le participant a avantage à nommer plus d'un bénéficiaire de façon à fractionner la facture d'impôt à la suite du décès puisque contrairement au REÉR, ce n'est pas le participant qui est imposé dans l'année de son décès mais plutôt les bénéficiaires recevant la prestation de décès qui sont imposés.

2.2.4. Cotisations additionnelles

2.2.4.1. Service courant

Le RRI est un régime à prestations déterminées. Ce type de régime prévoit que le participant accumule, au cours de sa période de service, des prestations de retraite payables à compter de sa date de retraite. La méthode actuarielle de financement prévoit une cotisation qui augmente en fonction de l'âge (c'est-à-dire qu'à salaire égal, plus le participant sera près de la retraite, plus la cotisation sera importante). Passé un certain âge (environ 40 ans), la cotisation pour service courant sera toujours supérieure à la cotisation pouvant être versée à un REÉR dans la mesure où les deux cotisations continuent d'être limitées au même plafond de salaire.

2.2.4.2. Rachat de périodes de service passé

Le rachat de périodes de service passé peut créer une cotisation additionnelle significative pour l'employeur. Cette cotisation additionnelle peut être versée en un montant unique ou amortie dans le futur. Le rachat de périodes de service passé est toutefois conditionnel dans la majorité des cas à l'attestation d'un FESP, lequel pourrait nécessiter un transfert admissible[33].

[33] Al. 146(16)a) L.I.R.

2.2.4.3. Retraite anticipée

Contrairement à un REÉR, la retraite anticipée peut être bonifiée par un régime de retraite à prestations déterminées. La bonification peut prendre la forme d'une rente non réduite dès l'âge de 60 ans (avant cette âge, la rente pourrait devoir être réduite), ayant pour effet d'augmenter l'obligation du régime et de créer un déficit puisque les normes de provisionnement imposées par l'ADRC aux régimes désignés assument une retraite à compter de l'âge de 65 ans.

2.2.5. Cotisations exemptées des charges sociales

Puisque les cotisations à un régime de retraite ne sont pas considérées comme du salaire versé au participant, l'employeur économise les charges sociales qui s'appliqueraient normalement. Au-delà d'un salaire de 50 000 $, très peu de charges sociales s'appliquent. Cependant, il y a le fonds des services de santé (2,54 % à 4,7 %) et la taxe à la formation (1 %). Dans le cas d'une rétribution inférieure à 50 000 $, des charges sociales additionnelles pourraient s'appliquer, par exemple la cotisation à la Régie des rentes du Québec (la cotisation combinée de l'employeur et du participant est égale à 9,90 % du salaire jusqu'à concurrence d'un salaire de 39 900 $ en 2003).

2.2.6. Revenu de retraite moins volatil

Puisque la rente est établie selon une formule prédéterminée, le revenu de retraite est moins volatil que dans le cas d'un REÉR où les sommes qui y sont accumulées fluctuent en fonction des conditions du marché financier. De plus, le risque au rendement de la caisse est à la charge de l'employeur.

2.2.7. Flexibilité à reporter des cotisations dans le futur

À l'égard du coût du rachat de périodes de service passé, il est possible pour l'employeur d'amortir ce coût dans le futur.

À l'égard du coût de service courant, dans l'éventualité où l'employeur n'aurait pas, durant une certaine période de temps, les liquidités nécessaires pour cotiser au RRI, le RRI pourrait devenir inactif. Dans ce cas, le participant cesse d'accumuler des périodes de service au régime et voit des déductions au titre de REÉR qui auront été créées. À un moment ultérieur, il sera possible de reconnaître les périodes de service non reconnues. Dans ce cas, les déductions inutilisées au titre de REÉR qui auront été créées durant cette période pourront être utilisées. Le coût de la reconnaissance de la

période de service devra alors être calculé par un actuaire et soumis par la suite à l'ADRC.

2.2.8. Administration plus lourde que le REÉR

En raison des tâches annuelles, l'administration d'un RRI demeure plus lourde que la simple participation à un REÉR.

Les tâches annuelles relatives à l'administration d'un RRI peuvent se résumer comme suit :

- administrateur :
  - production d'un FÉ avant le 28 février;
  - production de la déclaration annuelle de renseignements (formulaire T244) dans les six mois suivant la fin de l'année financière du régime (généralement le 30 juin);
  - soumission des modifications apportées au RRI dans les 60 jours suivant leur adoption.
- fiduciaire :
  - vérification de la conformité des placements (sur une base continue);
  - production de la déclaration de revenus du régime (formulaire T3P).

2.2.9. Limite sur l'accumulation du surplus

L'ADRC impose une limite sur le surplus qui peut s'accumuler au sein du RRI. Le surplus en excédent de la limite imposée (deux années de cotisations, sujet à un minimum et un maximum) doit être utilisé pour financer les cotisations de l'employeur, s'il y a lieu.

2.2.10. Rente prédéterminée à la retraite

Le RRI prévoit le versement d'une rente à la retraite laquelle est soumise à des limites prescrites[34]. Le montant de cette rente est fixe et peut

[34] Art. 8504 R.I.R.

augmenter annuellement selon l'évolution de l'indice des prix à la consommation, ce qui n'est pas le cas pour le fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »), où le participant peut décider de réviser annuellement le montant qu'il retire, à l'intérieur de certaines balises, en fonction de ses besoins financiers.

2.2.11. Salaire reconnu sujet à un maximum

Le salaire admissible au RRI est le revenu d'emploi reçu des employeurs participants au régime tandis que le salaire admissible à la cotisation REÉR est le revenu gagné[35], lequel peut englober, en plus du revenu d'emploi, d'autres sources de revenu dont le revenu de location et le revenu d'entreprise. Les prestations annuelles pouvant être reconnues au RRI sont soumises à un plafond, lequel s'établira à 2 000 $ en 2005. L'atteinte de ce plafond nécessite un salaire de 100 000 $ (2 000 $ / 2 %) ou plus, ce qui est également le cas pour le plafond REÉR de 2006, soit 18 000 $, lequel est atteint avec un salaire de 100 000 $ ou plus.

2.2.12. Impossibilité de reconnaître toutes les périodes de service passé

Dans la majorité des cas, il est impossible de reconnaître au RRI des périodes de service avant 1991 ou d'un employeur antérieur.

2.2.13. Montant prescrit

Lorsqu'une personne rattachée à l'employeur devient membre d'un RPA, l'employeur doit, dans les 60 jours suivant le début de la participation, produire le formulaire T1007. La production de ce formulaire a pour effet de réduire d'un montant prescrit les déductions inutilisées au titre des REÉR du participant. Le montant prescrit[36] correspond au moins élevé de 18 % du revenu gagné au cours de l'année 1990 et de 11 500 $. Le montant prescrit est toutefois nul si un FÉ a été calculé au participant pour l'année 1990, ou qu'un autre montant prescrit a déjà été déterminé antérieurement.

---

35 Par. 146(1) « revenu gagné » L.I.R.

36 Par. 8308(2) R.I.R.

2.2.14. Frais

Les frais relatifs au régime peuvent être payés par l'employeur à titre de dépense sans créer un avantage imposable au participant[37].

2.2.15. Existence du régime

Pour accepter l'enregistrement du RRI, l'ADRC demande que le RRI soit un authentique régime de retraite à prestations déterminées, c'est-à-dire que le régime doit prévoir des périodes de service dans le futur et non seulement reconnaître des périodes de service passé antérieur à la date de la mise en place. Une exception à cette règle s'applique toutefois lorsque le participant est admissible à recevoir une rente de retraite à la date de la mise en place du RRI, auquel cas il sera acceptable pour l'ADRC de reconnaître seulement les périodes de service passé du participant dans la mesure où le participant est mis à la retraite.

2.2.16. Limite sur les transferts en franchise d'impôt

À la terminaison du RRI, le participant peut transférer la valeur de ses droits vers un véhicule prescrit (immobilisé ou non immobilisé selon les modalités du RRI). Les véhicules prescrits non immobilisés sont le REÉR, le FERR ou le régime de retraite du nouvel employeur. Les véhicules prescrits immobilisés sont le CRI, les fonds de revenu viager (FRV) ou le régime de retraite du nouvel employeur. À moins que la caisse ne soit transférée à un nouveau RRI, lors du transfert, un plafond s'applique au montant pouvant être transféré en franchise d'impôt; l'excédent devra être versé directement au participant.

Le plafond est un montant prescrit[38] dont le calcul s'effectue comme suit :

rente normalisée x facteur de valeur actualisé

- La rente normalisée[39] correspond à la rente qui serait payable à la date du transfert si le participant avait atteint l'âge de 65 ans à cette date.

---

37 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-105, « Frais d'administration des régimes de pensions », 30 mai 1973.

38 Art. 8517 R.I.R.

39 Par. 8517(5) R.I.R.

- Le facteur de valeur actualisé[40] s'établit à 9 avant l'âge de 50 ans et augmente graduellement pour atteindre un sommet de 12,4 à l'âge de 64 et 65 ans, puis il diminue par la suite pour atteindre 3 à l'âge de 96 ans.

Dans certains cas, si le transfert se produit avant l'âge de 65 ans, il est possible d'éviter de produire un montant excédentaire, ou il est possible de réduire ce montant, en ne transférant que la valeur des prestations payables après 64 ans. Le paragraphe 8503(7) R.I.R. permet de verser directement du RRI les prestations non transférées, et ce, selon les modalités du RRI applicables lors de la retraite anticipée. Il serait également possible d'acheter une rente; toutefois, la durée et le montant de cette rente ne pourraient pas être supérieurs à la durée et au montant des paiements qui auraient été faits directement du RRI.

Comme mentionné précédemment, si le participant quitte l'employeur et commence un emploi avec un nouvel employeur, il est possible de transférer les droits du participant vers le nouvel employeur dans la mesure où les deux régimes acceptent un tel transfert. Dans ce cas, le RRI cédant accepte de transférer au RRI cessionnaire un montant correspondant à la valeur actuarielle de l'obligation. Après ce transfert, les périodes de service passé reconnues au RRI cédant sont aussi reconnues au régime cessionnaire. Il est donc possible de transférer des périodes de service reconnu d'un RRI à un autre dans la mesure où les périodes de service ont déjà été reconnues et sans que le plafond applicable au transfert ne s'applique.

2.2.17. Options à la retraite

Lors de la retraite, trois choix s'offrent au promoteur du régime :

- acheter une rente de retraite auprès d'une compagnie d'assurances;
- recevoir sa rente directement du régime;
- transférer les sommes à un véhicule prescrit si les modalités du RRI le prévoient, ou si l'employeur termine le régime.

---

40 Par. 8517(1) R.I.R.

2.2.18. Prestation de décès

Si le décès survient avant la retraite, le conjoint peut transférer à son REÉR les prestations de décès, lesquelles correspondent sommairement à la valeur de la rente que le participant a accumulée au RRI. Si le bénéficiaire n'a pas de conjoint, les prestations de décès seront imposables entre les mains des bénéficiaires.

Si le décès survient après la retraite, le conjoint recevra la prestation de décès choisie lors de la retraite. Si l'option choisie est la rente garantie 60 mois et réversible à 66,7 % au conjoint et que le décès survient avant que 60 versements aient été effectués, le conjoint reçoit d'abord le solde de ces versements et 66,7 % de la rente du participant par la suite. Le 33,3 % de la rente qui n'est plus versé demeure dans le RRI et constitue du surplus. Au décès du conjoint bénéficiaire, la totalité de la caisse de retraite devient du surplus car il n'y a plus d'obligation au régime. Dans ce cas, le surplus est alloué en conformité avec les modalités du RRI. Si le surplus est alloué au participant, ses bénéficiaires recevront le surplus, lequel sera imposable entre les mains de ceux-ci ayant pour effet de réduire dans la majorité des cas l'impôt à payer.

3. FINANCEMENT DU RRI

3.1. VÉHICULES DE FINANCEMENT

3.1.1. Contrat d'investissement auprès d'une compagnie d'assurances

Un contrat est signé entre une compagnie qui est autorisée à faire le commerce de l'assurance vie au Canada et le promoteur du régime. La compagnie d'assurances s'engage à détenir la caisse de retraite pour le bénéfice des participants et défend le paiement de montants (autres que le remboursement d'un surplus actuariel certifié et le paiement de frais d'administration) par la compagnie d'assurances à un employeur participant ou à une personne qui n'était pas un membre admissible en vertu du régime ou le bénéficiaire d'un tel membre.

3.1.2. Fiducie corporative

Il est possible de signer une entente de fiducie avec un fiduciaire qui agira à titre de fiduciaire et de gardien de valeurs du RRI. Des frais annuels d'environ 300 $ sont généralement demandés par le fiduciaire pour agir à ce titre.

3.1.3. Fiducie individuelle

Une fiducie individuelle[41] est constituée de trois personnes qui s'entendent par contrat (entente de fiducie) avec l'employeur pour créer une caisse de retraite. La caisse de retraite constitue un patrimoine fiduciaire en vertu de l'article 6 L.R.C.R. La caisse est détenue par les fiduciaires et ceux-ci ont le mandat de faire fructifier la caisse et de s'assurer que les montants versés par l'employeur serviront à constituer un revenu de retraite au participant. Parmi les trois fiduciaires, au moins un d'entre eux ne doit pas être rattaché directement ou indirectement à l'employeur ni être l'un de ses employés. Il est important de mentionner que les titres détenus par la fiducie doivent être la propriété de celle-ci.

3.1.4. Types d'investissement

Les investissements permis à la caisse de retraite sont sensiblement les mêmes que ceux du REÉR. Les placements doivent être diversifiés et doivent viser à protéger le capital à long terme. Les fiduciaires doivent se doter d'une politique écrite de placements élaborée en tenant compte notamment des engagements financiers du RRI. Comme pour le REÉR, le contenu étranger pouvant être détenu dans la caisse de retraite est limité à 30 % de sa valeur au livre.

Les placements admissibles sont définis à l'alinéa 8502h) et à l'article 8514 R.I.R. tandis que les emprunts admissibles sont définis à l'alinéa 8502i) R.I.R.

En résumé, les placements interdits sont tous les droits détenus ou droits d'acquérir des actions du capital-actions, des créances ou des participations des personnes suivantes :

i) un employeur qui participe au régime;

ii) une personne rattachée à un tel employeur;

iii) un participant au régime;

iv) une personne ou une société de personnes qui contrôle, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, une personne ou une société de personnes visée en i) ou ii) ci-dessus;

---

[41] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, al. 6(e).

v) une personne ou une société de personnes qui a un lien de dépendance avec une personne ou une société de personnes visées en i), ii), iii) ou iv) ci-dessus.

Les placements admissibles sont :

i) les obligations, les billets, les hypothèques ou des titres semblables émis après le 15 avril 1966 par le gouvernement du Canada, d'une province, d'une municipalité ou d'un organisme paragouvernemental garantis par ces derniers (div. 212(1)b)(ii)(C) L.I.R.);

ii) les actions cotées à une Bourse des valeurs visée à l'article 3200 ou 3201 R.I.R., les droits dans ces actions ou les droits de les acquérir;

iii) les obligations, les billets ou des titres semblables d'une société dont les actions sont cotées à une Bourse des valeurs visée à l'article 3200 ou 3201 R.I.R., les droits dans ces biens ou les droits de les acquérir;

iv) les hypothèques sur des biens immeubles situés au Canada qui, à la fois :

- sont assurées par une société qui offre au public au Canada des services d'assureur d'hypothèques et le total du montant payé pour l'hypothèque n'excède pas 75 % de la juste valeur marchande, à ce moment des biens immeubles visés par celle-ci;

- sont administrées par un prêteur agréé conformément à la *Loi nationale sur l'habitation*[42];

- portent intérêt à un taux qui serait justifié dans les circonstances si le débiteur hypothécaire n'avait pas de lien de dépendance avec le créancier hypothécaire.

Des conditions additionnelles s'appliquent à la fiducie de la caisse de retraite à l'égard du « montant d'un placement dans des petites entreprises » en vertu de l'alinéa 206(2)c) L.I.R. et à l'égard d'accords conclus en vue d'acquérir des actions du capital-actions d'une société à un prix différent de

[42] L.R.C. (1985), c. N-11.

la juste valeur marchande au moment de l'achat en vertu du paragraphe 206(1) L.I.R.

À des fins de simplification administrative, l'administrateur du RRI devrait :

- conserver une marge raisonnable de 30 % de contenu étranger (ne jamais excéder 20 % à 25 %) ou investir dans le contenu étranger à l'aide des « fonds clones ». La pénalité du 1 % par mois s'applique au contenu étranger du RRI comme pour le REÉR;

- ne pas acheter de titres hors-marché (valeur d'achat différente de la valeur marchande);

- ne pas investir dans les titres de catégorie « biens de petites entreprises ».

4. AVANTAGE FISCAL

Tel qu'il est illustré à la section 1., la somme pouvant être cotisée annuellement à un RRI augmente rapidement avec l'âge du participant, ce qui permet d'accumuler un revenu de retraite plus important au RRI comparativement au REÉR.

Ainsi, pour le participant qui prendra sa retraite à l'âge de 65 ans ou de 60 ans, le fait de combiner le RRI à un REÉR permet d'accumuler (à l'abri de l'impôt) un revenu de retraite plus élevé que lorsque seul un REÉR est utilisé. L'avantage du RRI est significatif et peut être encore plus élevé si des périodes de service passé sont reconnues.

4.1. IMPLICATIONS DE LA PARTICIPATION À UN RRI SUR LE REÉR

La participation au RRI au cours d'une année réduit l'espace disponible pour cotiser au REÉR de l'année suivante. Par exemple, si un individu participe à un RRI au cours d'une année, sa participation au RRI réduira sa cotisation maximale au REÉR de l'année suivante par le truchement du FÉ. De plus, pour une personne rattachée, la cotisation maximale de l'année de mise en place du RRI est également réduite du montant prescrit discuté précédemment. Pour les années suivantes, le participant pourra cotiser 600 $ par année à son REÉR, à moins qu'un FÉSP n'ait été divulgué lors de la reconnaissance des périodes de service passé.

4.2. TRANSFERT GÉNÉRATIONNEL

Dans certains cas très précis, les sommes accumulées au régime pourront être transmises aux enfants lors du décès du participant sans incidence fiscale immédiate. Une bonne planification permettra de reporter des sommes d'impôt importantes, ce qui n'est pas possible avec le REÉR puisqu'il est présumé être décaissé le jour précédant le décès.

4.3. RETRAITE PLANIFIÉE

Dans le cas où le participant planifie sa retraite et qu'il prévoit se retirer tôt (la « Liberté 55 »), la planification de la retraite à l'aide d'un RRI peut créer un avantage fiscal très intéressant.

4.4. REMPLACEMENT DE REVENU

Les cotisations à un RRI peuvent être utilisées en remplacement d'un salaire ou d'un boni. Dans ce cas, le participant renonce à un montant de boni équivalant à la cotisation que l'employeur verse au RRI. De cette façon, le participant réussit à se constituer un revenu et à reporter les impôts qui auraient normalement été payables.

4.5. ALLOCATION DE L'ÉPARGNE-RETRAITE

Puisque le régime prévoit générer un rendement de 7,5 %, la concentration du revenu fixe, lequel ne générera probablement pas 7,5 % à l'intérieur du RRI permettra de verser des cotisations additionnelles qui n'auraient pas pu être cotisées autrement. Il est important de mentionner qu'en aucun cas, le participant devrait se priver de rendement. Toutefois, une simple allocation entre le RRI et le REÉR des titres contenus dans le REÉR permettra des cotisations additionnelles.

4.6. FÉSP DE 8 000 $

Un participant a droit, une fois dans sa vie, d'emprunter 8 000 $ sur son espace REÉR futur par l'entremise d'un FÉSP. Pour générer un FÉSP de 8 000 $, lorsque du service passé est reconnu au régime, nous n'avons qu'à demander un transfert admissible inférieur de 8 000 $ au montant requis. Puisque le transfert admissible est inférieur de 8 000 $ au montant requis, le déficit généré par le rachat de service passé est augmenté du même montant et c'est l'employeur qui aura à le combler. Durant l'année du rachat, le participant verra son espace REÉR réduit de 8 000 $. Si l'espace REÉR devient négatif, il sera restauré à raison de 600 $ par année et le participant

ne pourra cotiser à son REÉR tant et aussi longtemps que l'espace REÉR sera négatif.

4.7. ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER

Les éléments fiscaux à considérer avant la mise en place du RRI sont les suivants :

- liquidité de la compagnie;
- durée restante d'emploi;
- structure corporative de la compagnie;
- mode de rémunération des personnes rattachées.

CONCLUSION

En conclusion, il est faux de prétendre que le RRI est adéquat pour n'importe qui. Toutefois, il peut être un véhicule très intéressant pour un actionnaire d'entreprise, à condition d'être utilisé efficacement.

L'ÉVOLUTION DE L'ASSURANCE COLLECTIVE

Paola Pasquale
BAA
Financière Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 33:3

1. LA TECHNOLOGIE ET L'ASSURANCE COLLECTIVE 33:3
2. LA PRÉVENTION DE LA FRAUDE 33:6
3. LE COÛT DES RÉGIMES D'ASSURANCE MÉDICAMENTS 33:7
4. LA GESTION DE L'INVALIDITÉ 33:9

CONCLUSION 33:12

INTRODUCTION

Les avantages sociaux ont gagné de la notoriété pendant la Deuxième Guerre mondiale, alors que les employeurs cherchaient des moyens d'attirer, de rémunérer et de conserver leurs employés tout en étant soumis à des plafonds salariaux. Depuis ce temps, l'importance que nous accordons aux avantages sociaux, tant pour les régimes publics que privés, a connu une forte croissance.

Les coûts directs des employeurs sont passés de 15,1 % de la masse salariale en 1953 à 41,6 % en 1996. Quoique la portion du coût des régimes publics soit passée de 31,6 % de la masse salariale en 1991 à 45,8 % en 1996, les régimes privés ont connu une baisse en passant de 15,9 % de la masse salariale en 1994 à 14,2 % en 1996[1].

La tendance en assurance collective est au contrôle des coûts. Les employeurs cherchent à réduire ou à contenir les coûts liés aux avantages sociaux. Nous traiterons donc ici de quatre stratégies qui sont d'intérêt particulier pour plusieurs de nos clients et conseillers en assurance collective.

1. LA TECHNOLOGIE ET L'ASSURANCE COLLECTIVE

La technologie joue un rôle considérable dans l'industrie de l'assurance collective. Si Internet est la percée technologique qui retient le plus l'attention, d'autres nouveautés techniques, comme les formulaires dotés de fonctions de vérification automatique, exercent aussi une influence sur les services offerts.

La technologie réduit le nombre de tâches des administrateurs de régimes et, par conséquent, le nombre d'erreurs et les coûts qui s'y rapportent. Par exemple, les renseignements sur les employés peuvent être mis à jour à partir du système de paie ou des ressources humaines de l'employeur depuis une seule source d'entrée de données. La technologie permet aussi de diminuer le nombre de questions et d'appels que reçoivent les administrateurs de régimes, puisque plusieurs documents sont disponibles en ligne et peuvent être révisés presque instantanément.

---

[1] « Employee Benefit Costs in Canada », KPMG, 1996.

La sécurité demeure cependant une préoccupation majeure en matière de transmission de données. Les administrateurs recherchent une technologie permettant de protéger et de maintenir la confidentialité des renseignements personnels de leurs participants.

Les réseaux privés virtuels (« RPV ») permettent d'échanger des données de façon sécuritaire : des capsules font voyager les données sur l'autoroute de l'information. Les pirates peuvent détecter les capsules mais sont incapables de savoir quels renseignements elles contiennent. Il est donc important d'intégrer des dispositifs de sécurité suffisants pour éviter que des personnes non autorisées puissent accéder à l'information.

De nombreuses entreprises n'ont tout simplement pas accès à Internet, même si 75 % des Canadiens d'âge adulte utilisent cette technologie, selon le rapport Reid[2], et même si Internet a surpassé le téléphone en matière de services bancaires. En 2002, 25 % des Canadiens ont effectué leurs transactions bancaires sur Internet, comparativement à 22 % par téléphone[3]. Il ne suffit donc pas de concevoir des sites d'une grande simplicité, mais aussi d'offrir des services qui peuvent convenir à tous les types d'entreprises, tels que les centres d'appels, les systèmes de réponse vocale interactive (« RVI ») et l'échange de documents informatisés (ci-après « EDI »).

L'échange électronique des données nous mène vers une société qui fera de moins en moins usage de papier. C'est rapide, pratique, moins coûteux en ressources naturelles et accroît l'exactitude de l'information.

L'EDI est pratique pour traiter les demandes de règlement au point de vente. Puisque l'EDI présente la demande électroniquement à un assureur et que celle-ci est traitée immédiatement, le participant n'a pas besoin de remplir un formulaire. Selon un sondage effectué par Aon[4] en 2002, plus de 25 % des employeurs élimineront les formulaires papier dans la prochaine année, si ce n'est déjà fait. Au Québec, environ 72 % des demandes de règlement maladie et près de 36 % des demandes de règlement soins dentaires reçues par la Financière Manuvie sont d'ailleurs présentées par voie électronique.

---

2 « Canadian Interactive Reid Report », 4e trimestre 2002.

3 « Investment Executive », 22 janvier 2003.

4 « Enquête intranet des ressources humaines », AON, 2002.

Presque toutes les pharmacies canadiennes utilisent l'EDI. À l'avenir, l'EDI deviendra plus accessible pour tous les professionnels de la santé, incluant les massothérapeutes et les chiropraticiens.

Toutefois, le grand nombre de normes utilisées pour transmettre les renseignements médicaux (incluant celles de l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires et de l'Association dentaire canadienne) pose problème. La diversité des normes existantes a entraîné la mise sur pied du projet NeCST (Normes nationales des demandes d'indemnisation envoyées par voie électronique). Ce projet vise à créer une norme unique afin que toutes les demandes soient traitées de la même façon. Si le projet est accepté, la gestion de la facturation sera simplifiée et plus économique pour les fournisseurs de soins de santé. La simplification du processus accélérera aussi le traitement des demandes de règlement et améliorera le service offert aux promoteurs de régimes et aux participants.

La technologie libre-service a révolutionné l'administration des avantages sociaux. La conversion au Web s'étend à un grand nombre d'applications : tenue de dossiers, suivi et traitement des demandes de règlement, communication avec les employés et transactions électroniques.

De plus en plus, les employeurs reconnaissent qu'ils doivent fournir à leurs employés l'accès aux avantages sociaux en ligne. Cependant, avant de prendre le virage technologique, il faut préparer les employés au changement et planifier une transition qui pourra comporter une démonstration du fonctionnement des sites aux employés.

La plupart des employés qui ont accès à des options libre-service ont tendance à être davantage satisfaits, à mieux comprendre leur régime et à en apprécier encore plus la valeur. La société AON a récemment mené un sondage[5] auprès d'un groupe de répondants composé à 50 % de Québécois. Cette étude a révélé que 87 % des employés se sentent prêts à utiliser les fonctions électroniques d'un intranet.

Peu d'entreprises ayant intégré la technologie Web ont renoncé à leurs autres méthodes d'administration. Une coexistence du matériel imprimé, des communications face à face et d'un système de réponse vocale interactive est nécessaire pour répondre aux besoins d'un large éventail d'entreprises.

---

[5] *Id.*

2. LA PRÉVENTION DE LA FRAUDE

La fraude est un phénomène en constante progression dans l'industrie de l'assurance. Selon une étude de la *Health Insurance Association of America*, environ 10 % des demandes de règlement aux États-Unis sont suspectes. La plupart des experts disent que ce pourcentage reflète aussi le contexte canadien.

En 2001, 8,9 milliards de dollars ont été versés en prestations au titre des garanties maladie au Canada[6].

À titre d'exemple, l'augmentation des demandes de règlement portant sur des orthèses résulte en partie de stratégies de marketing employées par des fournisseurs d'orthèses non qualifiés. En effet, le domaine des orthèses n'est pas réglementé, ce qui peut mener à des demandes de règlement injustifiées. En règle générale, la fraude est fréquente chez les dispensateurs de soins de santé réglementés (par exemple l'établissement de fausses factures, la facturation de services non fournis, les hôpitaux facturant deux fois pour des chambres à deux lits alors que les lits sont vides, etc.).

Un autre type de fraude vient des promoteurs de régimes, qui offrent ces régimes à des employés inadmissibles (à temps partiel, contractuels).

Les fausses déclarations lors de la présentation de demandes de règlement, l'échange de cartes, la consultation de nombreux médecins et la visite de multiples pharmacies sont autant de scénarios communs de fraude chez les consommateurs.

S'il est important de sensibiliser les employeurs et employés, divers signaux d'alarme peuvent permettre de reconnaître les demandes de règlement suspectes. Parmi ceux-ci, notons les demandes multiples relativement à un même dispensateur de soins de santé ainsi que la facturation et la combinaison de traitements inhabituelles.

Les employeurs peuvent combattre la fraude en mettant en place des structures de régimes efficaces qui comportent des plafonds pour les services faisant couramment l'objet d'abus et en sensibilisant les participants aux effets de ces abus. Les employeurs devraient aussi encourager leurs employés à dénoncer les actes douteux.

---

[6] «Faits sur les assurances de personnes au Canada », Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes, édition 2002.

Pour leur part, les participants ne devraient jamais signer de formulaire de demande de règlement en blanc avant de recevoir un service ou présenter une demande de règlement avant d'avoir reçu un traitement, un service ou un produit.

Les compagnies d'assurances dépendent de la technologie pour la prévention de la fraude et elles auraient intérêt à reconnaître les demandes de règlement suspectes avant que celles-ci ne soient traitées.

Quelles sont les conséquences de la fraude relative aux avantages sociaux? En règle générale, les primes augmentent afin de compenser les pertes, ce qui a donc une incidence sur les employeurs et les employés. De plus, la fraude mène à la création d'antécédents médicaux erronés pour le patient. Elle entraîne finalement une perte financière pour le promoteur de régime et une perte ou une diminution de la couverture pour le participant.

L'intérêt croissant du grand public incite les assureurs à mettre sur pied des unités d'enquête comprenant des examinateurs de fraude, des statisticiens et des programmeurs.

3. LE COÛT DES RÉGIMES D'ASSURANCE MÉDICAMENTS

Le niveau de consommation et l'utilisation des nouveaux médicaments sont des facteurs déterminants du coût croissant des régimes d'assurance médicaments. Examinons d'abord les tendances canadiennes quant à l'utilisation des médicaments, et l'évolution du coût des médicaments depuis les dernières années.

Les dépenses en matière de santé n'ont cessé d'augmenter au cours des 10 dernières années au Canada. Les hôpitaux occupent le premier rang avec 31,3 % d'augmentation, suivis des médicaments avec 16,2 % et des médecins avec 13,4 %[7]. Le coût des médicaments augmente lui aussi considérablement chaque année. Le gestionnaire de régimes d'assurance médicaments ESI Canada prévoit que les médicaments coûteront 30 milliards de dollars en 2010[8].

---

[7] « Pourcentage des dépenses au chapitre de la santé au Canada », Canadian Institute for Health Information, 2002.

[8] « Coût annuel des médicaments », ESI Canada, 2002.

Les données suivantes démontrent comment le niveau de consommation des médicaments et l'arrivée de nouveaux médicaments sur le marché influencent le coût des médicaments d'ordonnance. Le nombre annuel moyen d'ordonnances par personne admissible est passé de 5,24 en 1998 à 6,16 en 2002[9]. Le coût annuel moyen des ordonnances, toujours par personne admissible, a lui aussi augmenté, passant de 189 $ en 1998 à 304,37 $ en 2002[10].

L'âge est un des facteurs clés de l'augmentation du coût des médicaments d'ordonnance. De 2001 à 2002[11], les gens âgés de 26 à 30 ans ont fait exécuter en moyenne quatre ordonnances par année, pour un coût total de 144 $, comparativement aux gens âgés de 61 à 65 ans qui ont fait exécuter en moyenne 14 ordonnances par année, pour un coût total de 622 $.

L'utilisation des médicaments brevetés a augmenté d'environ 1 % par année. Ils représentent maintenant plus de 52 % du marché[12] et plus de 80 % du coût total des médicaments d'ordonnance.

Alors que les nouveaux médicaments sont souvent plus chers que les médicaments traditionnels, ils représentent aussi une part disproportionnée du marché. En effet, les 145 nouveaux médicaments ayant obtenu l'autorisation de mise en marché de Santé Canada au cours des cinq dernières années totalisent presque le tiers de toutes les dépenses en matière de médicaments[13].

La substitution de nouveaux médicaments à des médicaments moins récents influence également le coût des médicaments d'ordonnance. Depuis 1997, l'hypercholestérolémie, les ulcères, la dépression, l'hypertension et l'arthrite constituent les cinq classes thérapeutiques qui arrivent en tête de liste lorsque considérées sous l'angle du pourcentage du coût total des médicaments.

Bien que ces classes soient demeurées les mêmes depuis les cinq dernières années, les médicaments qu'elles regroupent ont changé, et les

---

9 « Nombre moyen d'ordonnances annuelles », ESI Canada, 2002.

10 « Coût annuel moyen des ordonnances », ESI Canada, 2002.

11 « Coût annuel moyen des ordonnances selon l'âge », ESI Canada, 2002.

12 « Utilisation des médicaments génériques et brevetés », ESI Canada, 2002.

13 « Nouveaux médicaments autorisés par Santé Canada », ESI Canada, 2002.

coûts continuent de grimper. Selon ESI Canada, les cinq principales classes thérapeutiques représenteront presque la moitié des médicaments d'ordonnance au Canada en 2004[14].

Il existe plusieurs solutions pour aider les employeurs à réduire le coût des médicaments d'ordonnance. Cette portion du coût représente près de 75 % du coût de la garantie frais médicaux contenue dans le programme d'assurance collective. Il faut d'abord mettre en place une stratégie pour gérer les coûts des médicaments, comme la modification du pourcentage de remboursement, la révision de la définition des médicaments admissibles, la coordination des prestations et bien d'autres. Certains problèmes de santé peuvent aussi être ciblés à l'aide de programmes de prévention. Nous nous attarderons à cet aspect, qui porte sur la gestion de l'invalidité.

4. LA GESTION DE L'INVALIDITÉ

Selon Statistique Canada[15], chaque travailleur à temps plein au Canada s'est absenté en moyenne 7,3 jours en 2002 pour cause de maladie, d'invalidité ou de responsabilités familiales. Au Québec, chaque travailleur à temps plein s'est absenté en moyenne 8,3 jours pour les mêmes raisons. Dans le cas d'une organisation de 1 000 employés, avec un salaire moyen de 190 $ par jour, le taux d'absentéisme se traduit par des pertes d'environ 1,4 millions de dollars par année, ou 1 400 $ par employé à temps plein. La perte d'un employé clé peut coûter à l'employeur l'équivalent de 3 fois le salaire qui lui aurait été versé.

Le salaire n'est qu'une des composantes du coût de l'invalidité. En 2000, les coûts directs liés aux sinistres d'invalidité de courte et de longue durée, aux congés de maladie et aux accidents du travail se chiffraient à 6,30 % de la masse salariale[16].

L'invalidité peut aussi entraîner le paiement d'heures supplémentaires, l'embauche et la formation du personnel de remplacement et l'adaptation des tâches de ceux qui doivent accomplir le travail des absents. En 2000, ces coûts indirects totalisaient 8 % de la masse salariale, comparativement à 6,7 % en 1999[17].

---

14 « 5 principales classes thérapeutiques », ESI Canada, 2002.

15 « Tableau CANSIM 279-0029 », Statistique Canada, juillet 2003.

16 « Enquête Au travail », Watson Wyatt, 2000.

17 *Id.*

Chez les employés de bureau, les troubles nerveux, y compris ceux provoqués par le stress, sont devenus la première cause d'invalidité de courte et de longue durée[18]. Dans toutes les professions, seuls les troubles musculo-squelettiques (blessures au dos, fractures et affections semblables) devancent les troubles de santé mentale.

Les coûts liés aux invalidités attribuables à des troubles de santé mentale sont ceux qui augmentent le plus rapidement au Canada aujourd'hui.

La *Business and Economics Rountable on Mental Health* rapporte que la perte de rendement occasionnée par les maladies mentales coûte 8 milliards de dollars par année au Canada[19].

Seulement 6 % des quelque 1,4 millions de Canadiens souffrant de dépression reçoivent le bon diagnostic et suivent un traitement approprié. Les programmes d'aide aux employés figurent au nombre des mesures prises par les employeurs pour améliorer le milieu de travail. Ils aident ainsi les employés à atteindre un équilibre entre leur vie personnelle et leur vie professionnelle et contribuent du même coup à l'amélioration de leur santé mentale.

De plus en plus, les employeurs canadiens se tournent vers les programmes de promotion de la santé pour réduire les coûts liés à l'absentéisme.

En plus d'aider à prévenir et à réduire la maladie, les programmes de mieux-être présentent des avantages pour les employeurs : réduction du taux d'absentéisme en raison de l'amélioration de la qualité de vie, plus grande productivité, meilleur rendement et faible taux de roulement du personnel attribuable à un meilleur moral.

Le moyen le plus efficace de contenir le coût de l'invalidité consiste à mettre en place un programme cohérent de gestion de l'invalidité, c'est-à-dire un programme qui tient compte de toutes les étapes de l'invalidité, de la prévention et l'intervention précoce jusqu'au traitement des demandes, à la réadaptation et au retour rapide au travail en toute sécurité. Un programme complet simplifiera le processus administratif. Il aidera à éliminer le chevauchement des tâches et permettra de déceler les tendances et causes

---

18 *Id.*

19 Kathryn DORRELL, « Breaking down the barriers », *Benefits Canada*, décembre 2000.

possibles de l'absentéisme. Cependant, avant de mettre sur pied un tel programme, il faut recueillir des données pour examiner la situation actuelle.

Il faut s'assurer ensuite que le programme sera mis en place et géré par des personnes compétentes possédant les connaissances nécessaires pour guider les membres du personnel dans les diverses étapes de la gestion de l'invalidité.

Une équipe constituée de l'employé, de son médecin, de l'employeur et des autres professionnels de la santé intervenant dans le rétablissement de l'employé sera appelée à jouer un rôle actif, en collaboration avec l'assureur.

L'intervention précoce consiste à prendre des mesures sous la supervision d'une équipe en gestion d'invalidité dès qu'un employé s'absente pour des raisons de santé. Plus l'employé reste longtemps à l'écart de son milieu professionnel, plus il lui est difficile de retourner au travail. Il est donc important de fournir aux employés tout le soutien dont ils ont besoin pour retourner au travail dès qu'ils en sont capables.

Les employeurs devraient faire une demande d'intervention précoce lorsque la date de retour au travail n'est pas indiquée, les diagnostics ou les pronostics sont multiples ou varient, le dossier indique que l'employé change souvent de médecin, ou qu'il est souvent absent, etc.

L'étude de cas suivante démontre comment l'intervention précoce peut réduire les coûts liés à l'invalidité. Après 20 jours ouvrables, l'employeur constate que l'absence d'un employé pourrait se transformer en absence de longue durée. Adoptant une approche proactive, il communique avec un spécialiste en intervention précoce. Examinons l'économie qu'a réalisée l'employeur grâce au programme d'intervention précoce.

Diagnostic : entorse lombo-sacrée (bas du dos)

Employé : homme de 41 ans

Poste : travailleur à la production

Salaire : 40 000 $ par année

Période d'absence estimative : 18 semaines

Retour au travail : 11 semaines

Coûts estimatifs : 13 500 $

Coûts réels : 8 250 $

Économie : 5 250 $

CONCLUSION

Puisque les employeurs et professionnels en ressources humaines suivent de près l'impact du coût, l'efficacité de leur régime d'assurance médicaments et le degré de satisfaction de leurs employés, tout porte à croire que la technologie, la prévention de la fraude, le contrôle des coûts des régimes d'assurance médicaments et la gestion de l'invalidité susciteront encore plus d'intérêt dans les années à venir.

LA FISCALITÉ DE L'ASSURANCE COLLECTIVE

Philippe Schultheiss
MBA, CA
Financière Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 34:3

1. DÉFINITIONS 34:3

1.1. RÉGIME 34:3
1.2. RÉGIME D'ASSURANCE OU POLICE « COLLECTIVE » 34:4

2. LA FISCALITÉ 34:4

2.1. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYÉS AU PALIER FÉDÉRAL 34:4
2.1.1. Les primes 34:4
2.1.2. Les prestations 34:6
2.1.3. Régime privé d'assurance maladie 34:8
2.1.4. Assurance collective temporaire sur la vie 34:9
2.2. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYEURS – FÉDÉRAL 34:9
2.3. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYÉS AU QUÉBEC 34:9
2.3.1. Les primes 34:9

2.3.2. Les prestations 34:12
2.4. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYEURS AU QUÉBEC 34:13
2.5. SOMMAIRE DES IMPACTS FISCAUX – FÉDÉRAL ET PROVINCIAL 34:13

3. CAS PARTICULIERS 34:14

3.1. COUVERTURE DE PERSONNES À CHARGE DE L'EMPLOYÉ 34:14
3.2. TAXES 34:15
3.3. DÉDUCTIONS À LA SOURCE 34:16
3.4. RÉGIMES FLEXIBLES/À LA CARTE 34:16
3.5. ACTIONNAIRES 34:17
3.6. TRAVAILLEURS AUTONOMES 34:18
3.7. JURISPRUDENCE 34:21
3.8. FRAIS JURIDIQUES 34:25
3.9. ASSURANCE MALADIES GRAVES ET FIDUCIES DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE 34:28
3.9.1. Assurance maladies graves 34:28
3.9.2. Fiducie de santé et de bien-être 34:29
3.10. ASSUREURS INSOLVABLES 34:31
3.11. EMPLOYÉS À L'ÉTRANGER, RÉGIMES INTERENTREPRISES ET EMPLOYÉS DE PLUSIEURS JURIDICTIONS 34:33
3.11.1. Employés affectés à l'étranger 34:33
3.11.2. Régimes interentreprises 34:33
3.11.3. Employés de plusieurs juridictions 34:34

CONCLUSION 34:35

ADDENDUM 34:36

INTRODUCTION

Avant de pouvoir entreprendre une analyse du traitement fiscal de « l'assurance collective », il est essentiel de définir ces termes. Le présent texte se concentrera sur les divers régimes d'assurance de personnes offerts par les employeurs à leurs employés[1].

Comme nous le verrons ci-dessous, la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] du Canada et la *Loi sur les impôts*[3] du Québec font l'une ou l'autre et parfois toutes deux référence aux expressions « régime d'assurance collective », « régime privé d'assurance » et « police collective d'assurance vie[4] ».

1. DÉFINITIONS

1.1. RÉGIME

Qu'est-ce qu'un régime? Aux fins du présent texte, un régime consiste en toute entente conclue entre un employeur et ses employés (ou un groupe ou une association d'employés) qui prévoit un remboursement de frais médicaux et/ou hospitaliers, une indemnisation d'un employé pour la perte d'un revenu d'emploi ou une prestation en cas de perte de vie. L'entente peut être officielle, comme un contrat négocié entre l'employeur et ses employés, ou officieuse comme un engagement de l'employeur envers ses employés de verser les prestations appropriées.

Si le régime comporte un contrat d'assurance auprès d'une société d'assurance, le contrat fait partie du régime, mais ne constitue pas le régime lui-même.

---

1 Les régimes d'assurance de personnes offerts par l'entremise d'ordres professionnels ou clubs d'anciens d'une université, par exemple, ne seront pas traités. Ces « régimes » n'offrent essentiellement que de l'assurance individuelle.

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

3 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

4 La terminologie utilisée par chacune des deux législations n'est pas toujours identique, mais très semblable.

1.2. RÉGIME D'ASSURANCE OU POLICE « COLLECTIVE »

Combien de participants sont nécessaires pour qu'un régime en soit un d'assurance collective ou qu'une police d'assurance vie soit collective? Essentiellement, plus d'un. Cette question a déjà été posée aux autorités fiscales fédérales et ces dernières ont confirmé qu'il fallait au moins deux adhérents pour qu'un régime soit de nature collective[5].

2. LA FISCALITÉ

Que ce soit au niveau fédéral ou provincial, la fiscalité des assurances collectives tourne autour des deux éléments clés de tout contrat d'assurance : les primes versées à l'assureur pour assumer le risque couvert et les prestations versées par l'assureur lorsque le risque couvert se matérialise.

Puisque nous nous concentrons sur la relation employeur-employé, il est bon de rappeler que les lois fiscales des deux paliers de gouvernement contiennent des dispositions visant à imposer tout avantage conféré par un employeur à un employé en vertu de sa charge ou de son emploi. Mais, heureusement pour les contribuables, ces mêmes lois contiennent souvent des exceptions aux règles générales.

2.1. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYÉS AU PALIER FÉDÉRAL

2.1.1. Les primes

C'est à l'article 6 L.I.R. que l'on retrouve les dispositions portant sur les montants à inclure dans le calcul d'un revenu d'emploi. L'alinéa 6(1)a) L.I.R. stipule, en résumé, relativement aux éléments qu'un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu :

> « La valeur de la pension, […] et autres avantages quelconques qu'il a reçus ou dont il a joui au cours de l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi, à l'exception des avantages suivants : […]. »

Et c'est au sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. que l'on retrouve les premières exceptions :

---

[5] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0055145, 8 janvier 2001.

> « […] ceux qui résultent des cotisations de son employeur à […], un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents, un régime privé d'assurance-maladie, un régime de prestations supplémentaires de chômage, […] ou une police collective d'assurance temporaire sur la vie[6]. »

On peut constater qu'un régime ne doit pas absolument être de nature collective pour qu'une prime versée par un employeur au nom d'un employé ne soit pas imposable. On pourrait aussi supposer que toute prime versée par un employeur au nom d'un employé en vertu d'une assurance ou d'un régime qui ne figure pas parmi les exceptions serait imposable. Nous verrons plus loin que cette hypothèse ne tient pas.

De plus, l'inclusion d'une exception pour les cotisations versées par l'employeur en vertu d'une police collective d'assurance temporaire sur la vie peu porter à confusion, puisqu'en réalité cette exception n'en est pas vraiment une, du moins pas complètement. Le paragraphe 6(4) L.I.R. se lit comme suit :

> « Est à inclure dans le calcul du revenu tiré d'une charge ou d'un emploi, pour une année d'imposition, d'un contribuable dont la vie est assurée au cours de l'année aux termes d'une police d'assurance-vie collective temporaire le montant déterminé par règlement pour l'année au titre de l'assurance. »

Même si ce paragraphe ne fait pas référence aux cotisations versées, mais plutôt à un montant déterminé par règlement[7], on peut se douter qu'un employé sera imposable sur un montant calculé en fonction des primes versées par son employeur à son égard[8].

De plus, le paragraphe 2700(2) R.I.R. indique :

> « Il est entendu qu'une prime applicable à l'assurance qui repose sur la tête d'un particulier ne comprend aucun montant au titre d'une assurance en cas de décès accidentel. »

---

6 Les autres exceptions tels les régimes de pension agréés et les régimes de participation différée aux bénéfices ne sont pas pertinentes pour ce texte.

7 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), Partie XXVII. Bien que complexe, l'avantage imposable pour un contribuable assujetti au paragraphe 6(4) L.I.R. devrait être approximativement égal aux primes versées à son égard par l'employeur, moins tout montant payé ou remboursé par le contribuable.

8 Avant juillet 1994, seule la prime versée sur le montant de la couverture qui excédait 25 000 $ constituait un avantage imposable.

Donc, toute prime attribuable à une couverture en cas d'un décès accidentel n'est pas imposable, même si cette prime est versée par l'employeur (dans la mesure où cette couverture fait partie d'un régime collectif).

Puisque l'avantage imposable attribuable à un contribuable en vertu de sa charge ou son emploi provient du fait que son employeur ait versé une prime à son égard, il va de soi qu'aucun montant ne sera inclus dans le calcul du revenu de l'employé si ce dernier paye lui-même ses primes.

2.1.2. Les prestations

L'imposition ou non d'une prestation reçue en vertu d'une assurance ou d'un régime de nature collective dépendra, d'une part, de la nature de l'assurance ou du régime et, d'autre part, du payeur des primes.

La disposition pertinente est l'alinéa 6(1)f) L.I.R. L'employé doit inclure dans le calcul de son revenu :

> « le total des sommes qu'il a reçues au cours de l'année, à titre d'indemnité payable périodiquement pour la perte totale ou partielle du revenu afférent à une charge ou à un emploi, en vertu de l'un des régimes suivants dans le cadre duquel son employeur a contribué :
>
> (i) un régime d'assurance contre la maladie ou les accidents,
>
> (ii) un régime d'assurance invalidité,
>
> (iii) un régime d'assurance de sécurité du revenu;
>
> le total ne peut toutefois dépasser l'excédent éventuel du total visé au sous-alinéa (iv) sur le total visé au sous-alinéa (v) :
>
> (iv) le total des sommes qu'il a ainsi reçues avant la fin de l'année et :
>
> (A) lorsqu'une de ces sommes a été, en vertu du présent alinéa, incluse dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition antérieure se terminant après 1971, après cette année,
>
> (B) sinon, après 1971,
>
> (v) le total des cotisations versées par le contribuable dans le cadre du régime avant la fin de l'année et :

(A) lorsqu'il y a eu une année d'imposition antérieure, visée à la division (iv)(A), après cette année,

(B) sinon, après 1967; […]. »

Premièrement, on peut constater que les versements doivent être payables (et non payés) périodiquement. L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») est d'avis que si un montant forfaitaire est versé en remplacement de paiements périodiques, ce montant sera néanmoins imposable dans la mesure où les paiements périodiques qu'il remplace auraient été assujettis à l'alinéa 6(1)f)[9].

Deuxièmement, les paiements doivent être payables pour la perte totale ou partielle du revenu afférent à une charge ou à un emploi.

Troisièmement, ces paiements doivent être faits en vertu de certains régimes auxquels l'employeur a contribué. Il ne semble avoir aucun seuil de contribution. La moindre contribution de l'employeur aux régimes en question rend les prestations (ou une portion de celles-ci) imposables.

Notons maintenant les régimes : aucun des trois n'est de nature collective, et aucun ne figure explicitement parmi les exceptions aux avantages imposables du sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. Seule l'assurance contre la maladie ou les accidents figure au sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R., mais en régime collectif. Ces différentes appellations sèment la confusion dans le traitement fiscal approprié non seulement des prestations mais aussi des primes, si elles sont versées par l'employeur.

Or, la position administrative de l'ADRC est stipulée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-428 :

« L'exemption prévue à l'alinéa 6(1)a) s'applique aux trois genres de régimes mentionnés à l'alinéa 6(1)f), à condition qu'il s'agisse de régimes collectifs[10]. »

Cette position est logique puisque la nature fondamentale des régimes d'assurance invalidité et de sécurité de revenu est de verser des prestations en cas de maladie ou d'accident (entraînant une perte de revenu). De plus, si

---

9 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9711505, 2 juin 1997.

10 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-428, « Régimes d'assurance-salaire », 30 avril 1979, par. 14.

l'exception prévue au sous-alinéa 6(1)a)(i) ne s'appliquait pas à de tels régimes collectifs, l'employé se verrait imposé deux fois : la première, en vertu de l'alinéa 6(1)a) sur les primes versées par son employeur et la deuxième, en vertu de l'alinéa 6(1)f) sur les prestations périodiques.

Puisque certains régimes prévoient une cotisation partagée des primes, l'employé pourra déduire du montant des prestations reçues dans l'année l'excédent de la totalité des primes qu'il a lui-même payées en vertu du régime de celles qu'il aura déduites dans une année antérieure. Le calcul à effectuer peut être plus compliqué si le régime existait avant 1972 et si l'employé y a cotisé après 1967 puisque les prestations n'étaient pas imposables avant 1972[11].

Mais si l'employé a payé la totalité des primes en vertu du régime, aucun montant des prestations ne sera imposable[12].

2.1.3. Régime privé d'assurance maladie

Les régimes privés d'assurance maladie offrent une protection, voire un remboursement des frais médicaux et hospitaliers qu'un employé couvert en vertu du régime pourrait engager. On pense notamment aux coûts des médicaments, des soins dentaires et de la vue.

Le montant remboursé à un employé en vertu du régime n'est pas imposable nonobstant que l'employé n'ait pas été imposé sur les primes versées par l'employeur à son égard. Il n'est pas non plus admissible au crédit non remboursable pour frais médicaux, à moins que ce montant soit inclus dans le revenu de l'employé[13].

De plus, si l'employé doit assumer une partie des frais, soit en coassurance ou parce qu'une limite de remboursement quelconque a été atteinte, l'excédent du montant payé par l'employé sur le montant remboursé est admissible comme frais médical dans le calcul du crédit fédéral non remboursable pour frais médicaux.

---

[11] *Id.*, par. 25, pour un exemple de calcul.

[12] Dans la plupart des cas, l'employeur déduira le montant de la prime du revenu **net** de l'employé et le versera à l'assureur. L'ADRC considère que la prime est payée par l'employé.

[13] Al. 118.2(3)b) L.I.R.

Par contre, les primes versées par l'employeur ne sont pas admissibles au crédit pour frais médicaux (il ne faut pas oublier que ces primes ne constituent pas un avantage imposable pour les employés)[14].

2.1.4. Assurance collective temporaire sur la vie

Comme toute autre prestation de décès reçue en vertu d'un contrat d'assurance vie, la prestation n'est pas imposable.

2.2. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYEURS – FÉDÉRAL

Du côté des employeurs, l'impact fiscal se limite essentiellement aux primes versées à l'égard des employés, en rapport avec les divers régimes d'assurance collective qu'ils leur offrent. Il y a peu de dispositions fiscales fédérales qui concernent spécifiquement ces paiements. Il faut donc se fier aux dispositions générales voulant qu'une dépense soit engagée en vue de tirer un revenu de bien ou d'entreprise pour être déductible (al. 18(1)a) L.I.R.) et qu'une dépense qui est autrement déductible soit raisonnable dans les circonstances (art. 67 L.I.R.).

Les primes versées par l'employeur seront donc normalement déductibles même si ces primes, payées à l'égard de ses employés, ne constituent pas un avantage imposable pour ces derniers, comme c'est le cas pour un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents, par exemple.

2.3. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYÉS AU QUÉBEC

2.3.1. Les primes

Comme mentionné au début du texte, tout comme dans le cas du fédéral, le Québec impose tous les avantages dont jouit un particulier en vertu de sa charge ou de son emploi. La règle générale se lit ainsi :

> « Un particulier doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année provenant d'une charge ou d'un emploi les montants qu'il reçoit ou dont il bénéficie pendant cette année ou qui lui sont attribués pour cette année et qui sont prévus par le présent chapitre[15]. »

---

[14] Voir la variable B au paragraphe 118.2(1) L.I.R. qui exige que les frais soient payés par le particulier.

[15] Art. 36 L.I.

L'article 37 précise ce que ces montants comprennent :

> « Les montants qu'un particulier doit inclure dans le calcul de son revenu comprennent la valeur de la pension […] et des autres avantages que le particulier reçoit ou dont il bénéficie en raison ou à l'occasion de sa charge ou de son emploi […][16]. »

Contrairement à la législation fédérale, le calcul du montant de la valeur de l'avantage qu'il reçoit ou dont il bénéficie en vertu d'un régime d'assurance de personnes se trouve dans la *Loi sur les impôts*[17] plutôt que dans le *Règlement sur les impôts*[18]. De plus, le calcul fait la distinction entre une protection accordée en vertu d'une assurance souscrite auprès d'un assureur et une assurance qui est accordée autrement qu'en vertu d'une assurance souscrite auprès d'un assureur[19].

Des règles particulières réputent toute prime payée par une personne liée à l'employeur en vertu d'un régime d'assurance de personnes de l'employeur, avoir été payée par l'employeur[20]; tout dividende, ristourne ou remboursement de prime, en vertu d'un régime d'assurance de personnes, reçu par une personne liée à l'employeur, avoir été reçu par l'employeur[21] et toute surprime, ou garantie payée par l'employeur au cours d'une année d'imposition pour une période antérieur à l'année, avoir été payée pour l'année[22].

Pour l'employé, dans le cas d'un régime d'assurance de personnes qui accorde une protection en vertu d'une assurance souscrite auprès d'un assureur, la valeur de l'avantage pour une année sera égale au montant de la prime versée par l'employeur à l'égard de cet employé moins toute somme remboursée par l'employé à son employeur dans l'année[23]. De plus, cette valeur sera réduite de tout montant attribuable à l'employé (selon la quote-part des employés dans le coût du régime) en vertu d'un dividende, d'un

---

16 Art. 37 L.I.

17 Art. 37.0.1.1 L.I.

18 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

19 S.-par. 37.0.1.1(1)a) et b) L.I. respectivement.

20 S.-par. 37.0.1.1(2)a) L.I.

21 S.-par. 37.0.1.1(2)b) L.I.

22 S.-par. 37.0.1.1(2)c) L.I.

23 Art. 37.0.1.2 L.I.

remboursement de primes ou de ristournes reçu par l'employeur (mais non distribué à l'employé). Il faut que l'employé ait cotisé au régime d'assurance de personnes en question et qu'il ait bénéficié des protections et garanties ayant donné lieu au dividende, au remboursement ou à la ristourne[24].

Dans le cas, d'un régime qui accorde une protection autrement qu'en vertu d'une assurance souscrite auprès d'un assureur, la valeur de l'avantage à l'égard d'un employé pour une année doit être calculée pour chaque protection ou garantie dont il bénéficie. Le point de départ sera les prestations totales payées dans l'année à l'égard de tous les employés de l'employeur du particulier qui bénéficient de la protection ou garantie en question. Par la suite, l'employé se verra attribuer sa quote-part de ce total en fonction du nombre de jours dans l'année pendant lesquels il bénéficiait de la protection ou garantie sur l'ensemble, pour chaque jour de l'année, des employés de l'employeur du particulier qui bénéficiaient de cette même protection ou garantie[25].

On peut donc conclure qu'un employé qui bénéficie d'une ou de plusieurs protections mais qui ne fait aucune réclamation dans l'année se verra néanmoins attribuer un avantage imposable en rapport avec les prestations versées aux autres employés de son employeur.

Une fois l'avantage calculé pour chacune des protections ou garanties, s'ajoute à ce montant la quote-part de l'employé des frais d'administration ou de fonctionnement du régime, engagés auprès d'un tiers, calculée de façon semblable à celle des protections et garanties[26].

Les exceptions à ces règles générales se trouvent à l'article 38 L.I., et aux fins de ce texte, sont bien peu nombreuses. Seuls les montants payés par un employeur à l'égard d'un employé en vertu d'un régime d'assurance collective, relativement à une protection contre la perte totale ou partielle d'un revenu provenant d'une charge ou d'un emploi, ne sont pas tenus d'être inclus dans le revenu d'un particulier.

---

24 Art. 37.0.1.3 L.I.

25 S.-par. 37.0.1.4(1)a) L.I.

26 S.-par. 37.0.1.4(1)b) L.I. Les frais d'administration et de fonctionnement du régime n'incluent pas les frais reliés à l'établissement ou à la modification du régime.

Il est important de noter que la *Loi sur les impôts* ne réfère pas à un ou des régimes en particulier (contrairement à la *Loi de l'impôt sur le revenu*) mais plutôt à la nature de la protection offerte par le régime.

Aux fins de l'impôt du Québec, il n'y a pas d'exception pour les primes payées à l'égard d'un employé en vertu d'un régime privé d'assurance maladie. Les montants attribuables à l'employé en vertu d'un tel régime, calculés tel qu'il est décrit ci-dessus, seront donc ajoutés au revenu provenant d'une charge ou d'un emploi de l'employé[27]. Or, le montant de cet avantage peut entrer dans le calcul du crédit d'impôt non remboursable pour frais médicaux[28].

De plus, puisqu'il n'y a aucune exception portant sur les polices d'assurance sur la vie collective temporaire, même la portion de la prime attribuable à une assurance en cas de décès accidentel est réputée être un avantage imposable.

2.3.2. Les prestations

Aux fins du Québec, l'imposition des prestations reçues par un employé à l'égard d'un régime d'assurance collective auquel son employeur a contribué est identique à celle aux fins fédérales.

La *Loi sur les impôts* est toutefois plus succincte que la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle ne fait pas référence, dans le cas de prestations payables périodiquement, à divers régimes mais exige simplement que les prestations soient payables en raison d'une perte totale ou partielle d'un revenu provenant d'une charge ou d'un emploi conformément à un régime d'assurance auquel l'employeur a cotisé[29].

Tout comme au fédéral, l'employé pourra déduire du montant à inclure dans son revenu les primes qu'il a lui-même versées au régime et il n'aura aucun montant à inclure s'il a payé lui-même la totalité des primes.

---

27 Ce montant est celui que l'on retrouve dans la « fameuse » case J du Relevé 1.

28 Par. 752.0.11.1p) L.I.

29 Art. 43 L.I.

2.4. RÈGLES GÉNÉRALES POUR LES EMPLOYEURS AU QUÉBEC

Comme au fédéral, il faut, aux fins du Québec, se référer aux dispositions générales pour déterminer le traitement fiscal des primes et/ou cotisations versées par un employeur en rapport avec un régime d'assurance collective.

C'est à l'article 128 L.I. que l'on retrouve la disposition permettant une déduction des dépenses engagées par un contribuable pour gagner un revenu provenant d'une entreprise et c'est l'article 420 qui exige que la dépense soit raisonnable.

Donc, l'employeur peut déduire, dans le calcul de son revenu d'entreprise pour une année, sa quote-part du coût des régimes d'assurance collective auxquels participent ses employés.

2.5. SOMMAIRE DES IMPACTS FISCAUX – FÉDÉRAL ET PROVINCIAL

Les tableaux qui suivent offrent un sommaire des impacts fiscaux des primes payées par l'employeur pour les employés et des prestations reçues.

Tableau 1

Employés : avantage imposable des primes payées par l'employeur

Régime d'assurance	**Fédéral**	**Québec**
Assurance vie temporaire	Oui	Oui
Décès accidentel	Non	Oui
Invalidité courte durée	Non	Non
Invalidité longue durée	Non	Non
Régime privé d'assurance maladie	Non	Oui

Tableau 2

Employés : imposition des prestations reçues

Primes payées par	Employeur		Employé	
	Fédéral	**Québec**	**Fédéral**	**Québec**
Assurance vie temporaire	Non		Non	
Décès accidentel	Non		Non	
Invalidité courte durée	Oui		Non	
Invalidité longue durée	Oui		Non	
Régime privé d'assurance maladie	Non		Non	

3. CAS PARTICULIERS

Les règles générales décrites ci-dessus traitent des situations les plus simples et suffisent dans bien des cas pour déterminer l'impact fiscal, autant pour l'employé participant que pour l'employeur, de l'implantation d'un régime d'assurance collective. Mais il existe toujours des situations où ces règles, à elles seules, ne répondent pas définitivement à une question de traitement fiscal. Suit donc une analyse de certains cas particuliers en matière d'assurance collective et de leur impact fiscal.

3.1. COUVERTURE DE PERSONNES À CHARGE DE L'EMPLOYÉ

Certains régimes d'assurance collective, notamment les régimes privés d'assurance maladie et d'assurance vie temporaire, permettent aux employés participants d'assurer les personnes qui sont à leur charge, tel un conjoint ou un enfant, nonobstant que ces personnes à charge ne soient pas des employés

de l'employeur. Ni la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni la *Loi sur les impôts* ne traite spécifiquement des personnes à charge d'un employé, couvertes en vertu d'un régime d'assurance collective auquel participe ce dernier.

Or, aux deux paliers de gouvernement, fédéral et provincial, les montants attribuables à la couverture des personnes à charge seront assujettis au même traitement fiscal que ceux attribués à l'employé.

Au fédéral, pour un régime privé d'assurance maladie, la portion de la prime payée par l'employeur et attribuable aux personnes à charge ne sera donc pas imposable. Les prestations versées à la suite d'une réclamation par l'employé (c'est-à-dire une demande de remboursement de frais médicaux ou hospitaliers engagés par une personne à charge) ne seront pas non plus imposables. De plus, tout excédent des frais admissibles sur le montant du remboursement reçu fera partie du total des frais médicaux dans le calcul du crédit non remboursable pour frais médicaux.

Pour un employé au Québec, la portion de la prime payée par l'employeur pour un régime privé d'assurance maladie et attribuable aux personnes à charge sera imposable pour l'employé et non pour la personne à charge, au même titre que la portion de la prime attribuable à l'employé. Comme au fédéral, les prestations reçues à la suite d'une réclamation ne seront pas imposables et l'excédent de la dépense sur le remboursement entrera dans le calcul du crédit non remboursable pour frais médicaux. De plus, puisque la totalité de la prime attribuable à l'employé et aux personnes à sa charge entre dans le calcul du revenu de l'employé, ce montant, contrairement au fédéral, sera considéré comme une dépense admissible dans le calcul du crédit pour frais médicaux.

3.2. TAXES

Les différents régimes d'assurance collective qu'un employeur peut offrir à ses employés peuvent être assujettis à diverses taxes, telle une taxe sur les primes versées, ou à des taxes à la consommation comme la taxe sur les produits et services (TPS) au fédéral et la taxe de vente du Québec (TVQ). Dans la mesure où un montant est à inclure dans le calcul du revenu d'un employé, toute taxe y afférente doit être ajoutée, autant aux fins fédérales[30] qu'à celles du Québec[31].

---

[30] Par. 6(7) L.I.R.

[31] Paragraphe a) de l'article 37.0.1.2 (1er alinéa) L.I. dans le cas d'une protection accordée en vertu d'une assurance souscrite auprès d'un assureur et le sous-

(à suivre…)

L'employé se voit donc obligé de payer des impôts non seulement sur le coût de base de la protection qui lui est accordée, mais aussi sur les taxes.

3.3. DÉDUCTIONS À LA SOURCE

Puisque tout avantage imposable dont a joui un employé au cours d'une année d'imposition est inclus dans son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi, l'impôt payable par l'employé se rapportant au montant de l'avantage devra être retenu par le payeur[32] et remis soit au Receveur général[33] pour l'impôt fédéral, soit au ministre du Revenu[34] pour l'impôt du Québec.

3.4. RÉGIMES FLEXIBLES/À LA CARTE

Depuis plusieurs années, certains employeurs offrent à leurs employés la possibilité, sous certaines réserves, de choisir les couvertures et les protections qui leur conviennent le mieux plutôt que de leur imposer un ou des régimes sans aucune flexibilité. Les employés devront peut-être prendre une protection minimale obligatoire soit en vertu du ou des régimes, soit en vertu d'une législation provinciale.

Dans ce genre de régime, l'employeur octroie à chaque employé participant des « crédits » ou des « dollars fictifs ». L'employé peut alors choisir parmi les options offertes et régler le coût de chaque option en utilisant ses crédits. Puisque les options sont payées à même les crédits et non par l'employé personnellement, c'est l'employeur qui assumera le coût réel de la couverture. Par conséquent, l'impact fiscal pour l'employé sera celui décrit ci-dessus dans les règles générales, selon le régime d'assurance collective en question.

Si les crédits octroyés à un employé ne sont pas suffisants pour « acheter » les protections et garanties voulues, l'employé se verra généralement obligé de combler la différence lui-même. S'il lui reste plutôt des crédits excédentaires, plusieurs possibilités peuvent être offertes : ils sont

(…suite)
paragraphe 37.0.1.5b)(ii) L.I. dans le cas d'une protection accordée autrement qu'en vertu d'une assurance souscrite auprès d'un assureur.

32 Al. 153(1)a) L.I.R. et par. 1015(2)a) L.I.

33 Par. 153(1) L.I.R.

34 Al. 1015(1) L.I.

perdus, ils peuvent être conservés « en banque » pour régler des frais non couverts ou qui dépassent les couvertures maximales prévues par le régime, ils peuvent être transférés dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») ou ils peuvent même être encaissés par l'employé. Si les crédits excédentaires sont tout simplement perdus, il n'y aura aucune incidence fiscale. S'ils sont conservés pour régler des frais non couverts en vertu d'un régime privé d'assurance maladie, ils ne seront pas imposables au fédéral, mais le seront aux fins du Québec au moment où ils sont utilisés. Dans le cas d'un transfert à un REÉR, ils seront ajoutés au revenu de l'employé, mais ce dernier pourra les déduire dans le calcul de son revenu net (en présumant qu'il n'a pas encore déduit le maximum permis pour l'année en question). Si les crédits sont convertis en espèces, ils seront imposables[35].

3.5. ACTIONNAIRES

Particulièrement dans les petites entreprises, il se peut qu'un actionnaire soit aussi un employé. Dans la mesure où un contribuable jouit d'un avantage en vertu de son statut d'actionnaire, cet avantage sera généralement imposable.

C'est au paragraphe 15(1) L.I.R. que l'on retrouve les dispositions fédérales traitant des avantages aux actionnaires et aux articles 111 et 112 L.I. pour le Québec. Il est important de noter qu'un actionnaire devra inclure dans le calcul de son revenu la valeur de l'avantage conféré même si cet avantage n'est pas inclus s'il est reçu en vertu de son statut d'employé.

À titre d'exemple, présumons qu'un employeur offre un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents à ses employés et que l'employeur est aussi le seul payeur des primes. L'unique actionnaire de la société est aussi un employé et participe au régime. Si la société ne peut pas démontrer que l'actionnaire participe au régime en tant qu'employé et non en tant qu'actionnaire, ce dernier devra inclure dans son revenu un montant égal à la valeur de l'avantage (disons la prime payée à l'égard de l'actionnaire par la société). Les autres employés n'auront pas à inclure un

---

[35] Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-529, « Programmes d'avantages sociaux adaptés aux besoins des employés », 20 février 1995 et REVENU QUÉBEC, Lettre d'interprétation 93-010945, « Programme d'avantages sociaux personnalisés », 7 juillet 1995, pour des discussions plus détaillées.

montant dans leur revenu en vertu de ce régime pour des primes payées à leur égard.

Les autorités fiscales présument qu'un particulier qui est en même temps actionnaire et employé jouit d'un avantage à titre d'actionnaire. De plus, elles considèrent que les avantages imposables conférés aux actionnaires ne constituent pas des dépenses d'entreprise et ne sont donc pas déductibles dans le calcul du revenu d'entreprise.

L'actionnaire et la société en sortent tous les deux perdants. Il est donc important de pouvoir démontrer qu'un actionnaire qui est aussi un employé jouit de certains avantages en vertu de son statut d'employé et non d'actionnaire. Un contrat d'emploi formel, précisant exactement les avantages sociaux dont l'actionnaire pourra bénéficier en vertu de son emploi, sera de rigueur.

3.6. TRAVAILLEURS AUTONOMES

Un travailleur autonome, qu'il ait des associés ou qu'il soit propriétaire unique, exploite une entreprise qui n'est pas une société par actions. Puisqu'un travailleur autonome ne peut pas être un employé de sa propre entreprise, il n'est pas assujetti aux règles touchant les employés. Donc, même s'il jouit d'un avantage, normalement imposable pour un employé, il n'aura pas à inclure de montant dans son revenu, relativement à cet avantage. Toutefois, les dépenses que son entreprise aura engagées pour acquérir cet avantage ne seront pas déductibles, car elles ne seront pas réputées avoir été engagées pour tirer un revenu d'entreprise; elles seront plutôt considérées comme des dépenses personnelles[36].

En effet, même si un travailleur est membre, avec les employés de son entreprise, d'un régime d'assurance collective, la portion de la prime se rapportant à sa couverture ne sera pas déductible dans le calcul de son revenu d'entreprise.

Puisque le travailleur autonome s'impose sur le revenu net de son entreprise, et que les primes payables au cours d'une année pour des régimes

[36] Les frais personnels ne sont pas déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)h) L.I.R. et de l'article 133 L.I.

d'assurance, collective ou pas, n'ont pas été déduites dans le calcul de ce revenu net, ces primes sont donc réglées avec des dollars après impôt[37].

Or, depuis 1998, au fédéral seulement et uniquement pour les montants qui devenaient payables après 1997 en vertu d'un régime privé d'assurance maladie, le travailleur autonome peut, en respectant certaines conditions, déduire les primes dans le calcul de son revenu d'entreprise.

Tout d'abord, le travailleur autonome doit prendre une part active de façon régulière et continue dans l'entreprise; son revenu d'entreprise doit représenter plus de 50 % de son revenu de l'année ou son revenu total ne doit pas dépasser la somme de 10 000 $ et de son revenu d'entreprise[38].

Par la suite, la prime doit être payable aux termes d'un contrat conclu avec un assureur, un administrateur de régimes privés d'assurance maladie ou soit une organisation commerciale ou professionnelle dont le travailleur autonome est membre, soit un syndicat dont il est membre ou dont la majorité de ses employés sont membres[39].

Si ces conditions sont respectées, il faut alors déterminer le montant déductible. Bien entendu, aucun montant ne sera déductible s'il est déduit par un autre particulier ou s'il entre dans le calcul du crédit non remboursable pour frais médicaux[40].

Par la suite, il faut voir si l'entreprise a des employés (à temps plein et avec au moins trois mois de service) et, dans l'affirmative, s'ils ont un lien de dépendance avec le propriétaire. Dans la mesure où le nombre d'employés n'ayant aucun lien de dépendance est d'au moins 50 % du nombre total de personnes qui à la fois exploitent l'entreprise ou en sont employées et sont couvertes par le régime, la déduction ne peut dépasser le coût le moins élevé pour le particulier d'une protection équivalente à l'égard d'un employé qui n'a pas de lien de dépendance avec le particulier[41].

---

37 Nous faisons référence ici à la partie de la prime se rapportant à la couverture du travailleur autonome et à celle de ses personnes à charge, le cas échéant.

38 Al. 20.01(1)a) L.I.R.

39 Al. 20.01(1)b) L.I.R.

40 Al. 20.01(2)a) L.I.R.

41 Al. 20.01(2)b) L.I.R.

Si l'entreprise n'emploie aucune personne (ou si le seuil de 50 % ci-dessus n'est pas atteint), la déduction annuelle sera limitée à 1 500 $ chacun pour le travailleur autonome, son conjoint et les personnes d'au moins 18 ans qui habitent chez le travailleur autonome et à 750 $ pour ceux qui habitent chez lui mais qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans[42].

Finalement, après avoir déterminé le coût pour le travailleur autonome d'une protection équivalente dans le cadre du régime à l'égard d'une autre personne, le cas échéant, il faut y appliquer le pourcentage du coût payé par le travailleur autonome dans le cadre du régime à l'égard de cette autre personne pour arriver au montant déductible[43].

Prenons deux exemples :

Exemple 1

Mme A est propriétaire unique d'un cabinet comptable qui emploie à temps plein trois personnes n'ayant aucun lien de dépendance avec Mme A. Un régime privé d'assurance maladie est mis en place à la suite d'une entente contractuelle avec un assureur. Les trois employés ainsi que Mme A y participent. Les protections sont les mêmes pour tous les participants, mais les limites de prestations, par employé, sont de 5 000 $ par année et de 7 500 $ pour Mme A. De plus, l'entreprise ne paie que 45 % de la prime attribuable à la protection des employés. La prime attribuable à une protection de 5 000 $ est de 1 500 $ et à une protection de 7 500 $ de 2 100 $.

Le montant que Mme A pourra déduire dans le calcul de son revenu d'entreprise pour l'année est de 675 $ (le coût d'une protection équivalente = 1 500 $ * 45 %). L'excédent pourra être inclus dans le total des frais médicaux de Mme A aux fins du calcul du crédit non remboursable pour frais médicaux.

Exemple 2

Mme A et M. B sont associés dans un cabinet comptable et ont un lien de dépendance. Ils ont un employé n'ayant aucun lien de dépendance. Le coût de la protection pour Mme A dans le cadre d'un régime privé

---

42 Al. 20.01(2)c) L.I.R.

43 Par. 20.01(3) L.I.R.

d'assurance maladie auquel participent les trois particuliers est de 2 100 $. L'entreprise paye 100 % des primes et les protections accordées sont les mêmes pour les trois participants.

Le montant déductible dans le calcul du revenu d'entreprise à l'égard de Mme A est limité à 1 500 $ puisque moins de 50 % des participants n'ont aucun lien de dépendance avec elle.

Rappelons-le, cette mesure ne s'applique qu'aux fins de l'impôt fédéral. Le Québec n'a pas adopté cette mesure, compte tenu qu'elle ne s'applique qu'aux régimes privés d'assurance maladie et que, aux fins de l'impôt du Québec, les primes versées par un employeur à l'égard de ces régimes constituent un avantage imposable pour les employés participants. L'entrepreneur autonome aurait donc un avantage sur l'employé en pouvant se prévaloir d'une déduction totale plutôt que d'un crédit potentiellement partiel.

3.7. JURISPRUDENCE

Comme dans tout domaine, des litiges peuvent survenir à la suite des réclamations en vertu d'un régime d'assurance collective. L'assureur peut refuser de payer en prétendant que les conditions d'admissibilité aux prestations n'ont pas été satisfaites; il peut cesser de verser des indemnités en jugeant que le prestataire ne respecte plus les conditions d'admissibilité, ou pour d'autres raisons.

L'employé se verra peut-être obligé de se tourner vers les tribunaux pour tenter de faire valoir ses droits. Il en résulte, du point de vue fiscal, deux questions importantes : quel est le traitement approprié de tout montant reçu par le requérant, à la suite d'un jugement ou d'un règlement, et quel est celui des frais judiciaires engagés par ce même requérant?

Cette section du texte traitera de la première question et la section suivante abordera la deuxième.

La position des autorités fiscales semble avoir toujours été d'imposer les montants forfaitaires reçus à la suite d'un jugement contre un assureur ou d'un règlement entre l'employé et l'assureur. Les tribunaux, quant à eux, ne semblaient pas, jusqu'à tout récemment, conséquents dans leurs décisions. Ils donnaient parfois raison à l'ADRC, parfois au contribuable même si d'une cause à l'autre, les faits, sans être identiques, se ressemblaient.

Mais deux décisions récentes de la Cour d'appel fédérale, toutes deux des décisions partagées, semblent avoir établi les règles qui seront à suivre dorénavant.

Ces deux décisions, rendues toutes deux le 17 mars 2003, renversent des décisions de la Cour canadienne de l'impôt, rendues en faveur des contribuables.

Dans l'affaire *Tsiaprailis* c. *La Reine*[44], le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'aucun montant de la somme forfaitaire versé par l'assureur en vertu de son règlement avec Mme Tsiaprailis ne devait être ajouté au calcul de son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi. Les faits étaient les suivants. À la suite d'un accident de la route, Mme Tsiaprailis a souffert d'une indalidité totale et, en vertu d'un régime d'assurance collective auquel elle a participé dans le cadre de son emploi, a commencé à recevoir des prestations d'invalidité mensuelles. Quelques années plus tard, l'assureur a cessé de verser les prestations en prétendant que Mme Tsiaprailis ne respectait plus les conditions d'admissibilité aux prestations telles qu'elles étaient décrites dans la police. Quelque temps après, Mme Tsiaprailis intentait une poursuite contre l'assureur pour l'obtention des prestations passées et futures. Les parties en arrivent éventuellement à une entente à l'amiable et l'assureur verse un montant forfaitaire en règlement de toute obligation passée et future. La ventilation de la somme totale versée incluait un montant attribuable aux prestations passées, c'est-à-dire les prestations auxquelles elle aurait eu droit entre les dates où l'assureur a cessé de les verser et celle du règlement. L'assureur a émis, pour l'année 1996, un feuillet T4A indiquant la fraction du règlement se rapportant aux prestations passées, montant que Mme Tsiaprailis a inclus dans le calcul de son revenu imposable. Éventuellement, l'ADRC a ajouté la somme totale reçue à son revenu. Mme Tsiaprailis a contesté la cotisation.

Elle prétendait qu'aucun montant n'était imposable, essentiellement parce qu'il n'était pas payable périodiquement et que, par conséquent, l'alinéa 6(1)f) L.I.R. ne s'appliquait pas. L'ADRC a répliqué que si le montant n'avait pas à être inclus dans le revenu de l'appelante en vertu de cet alinéa, il devait alors être inclus en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. Le juge a rejeté cet argument en se référant aux commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *La Reine* c. *Savage*[45], à savoir qu'on ne peut se fier à une disposition générale de la Loi pour imposer une somme d'une nature

---

[44] 2003 D.T.C. 5246 (C.A.F.), 2002 D.T.C. 1563 (C.C.I.) (ci-après « *Tsiaprailis* »).

[45] 83 D.T.C. 5409 (C.S.C.).

particulière qui ne l'est pas en vertu d'une disposition qui vise spécifiquement les sommes de cette nature.

Selon le juge, compte tenu que la condition essentielle de l'alinéa 6(1)f) voulant que les paiements soient payables périodiquement n'était pas respectée, l'appel de Mme Tsiaprailis a été accueilli.

Les faits dans l'affaire *Siftar* c. *La Reine*[46] sont semblables à ceux de l'affaire *Tsiaprailis*, sauf que Mme Siftar a intenté trois poursuites; la première contre l'assureur de l'invalidité, au titre du régime de son employeur auquel elle participait; les deuxième et troisième contre l'assureur de son véhicule, d'une part, pour des prestations sans égard à la faute selon le régime réglementaire et d'autre part, en sa qualité d'assureur de la responsabilité civile de l'automobiliste responsable. Les parties ont réglé à l'amiable et les deux assureurs ont versé chacun leur part d'une somme forfaitaire à Mme Siftar, sans pour autant indiquer comment chacune des parts des assureurs avait été déterminée.

L'assureur de l'invalidité a émis un feuillet T4A à Mme Siftar pour le montant qu'il avait versé relativement au règlement. L'ADRC l'a cotisé, en vertu de l'alinéa 6(1)f) L.I.R., pour ce montant qu'elle n'avait pas ajouté à son revenu.

Dans sa décision, le juge Beaumier a aussi conclu que le montant versé par l'assureur de l'invalidité n'était pas une prestation payable périodiquement, mais s'est aussi appuyé sur la lettre d'entente signée par Mme Siftar, laquelle accordait une décharge complète à l'assureur. Le juge a conclu que la décharge était contractuelle et qu'elle constituait une reconnaissance de culpabilité par l'assureur en rapport avec la poursuite contre lui mais n'était pas une admission de culpabilité relativement aux prestations en vertu de la police d'assurance. La décharge, en fin de compte, mettait fin à la poursuite en versant une somme pour dommages de nature générales, pas pour les réclamations de Mme Siftar que des prestations lui étaient dues en vertu de la police d'assurance.

En renversant les deux décisions, la Cour d'appel fédérale a rejeté, du moins pour ces deux causes, l'argument que les sommes forfaitaires ne pouvaient pas être, partiellement ou totalement, des montants payables périodiquement.

---

[46] 2001 D.T.C. 938 (C.C.I.), [2003] C.A.F. 937 (ci-après « *Siftar* »).

Dans l'affaire *Tsiaprailis*, la Cour a conclu, en s'appuyant sur l'affaire *La Reine* c. *Sills*[47], qu'un montant forfaitaire qui représente, en partie ou en totalité, des montants qui auraient été payés périodiquement s'ils avaient été versés au moment où ils étaient dus, peut être imposable. Puisque la ventilation de la somme totale reçue par Mme Tsiaprailis indiquait clairement le montant attribuable aux arrérages d'indemnités qu'elle aurait reçus entre l'arrêt des versements par l'assureur et le règlement à l'amiable, ce montant représentait en effet des indemnités payables périodiquement.

Quant à l'argument voulant que la somme du règlement, peu importe sa composition, était versée à titre de dommages-intérêts seulement, la Cour, en s'appuyant sur les affaires *Mohawk Oil Co.* c. *La Reine*[48] et *Schwartz* c. *La Reine*[49], a jugé que les conditions d'une décharge signée par les parties ne devraient pas constituer une limite lors d'un examen de la nature des paiements effectués. Les lettres et autres documents échangés entre les parties menant à l'entente peuvent être considérés.

Donc, la Cour a jugé que le montant du règlement se rapportant aux arrérages était imposable en vertu de l'alinéa 6(1)f)[50].

Dans l'affaire *Siftar*, la Cour en est arrivée à la même conclusion, nonobstant l'absence d'une répartition précise de la somme du règlement.

Les motifs dissidents du juge Evans dans l'affaire *Tsiaprailis* suggèrent que d'imposer une responsabilité fiscale en faisant abstraction d'un arrangement juridique au titre duquel un montant a été payé pour mettre fin à un litige serait aller à contre-courant de la jurisprudence de la Cour suprême. Le juge remarque aussi l'impact fiscal particulièrement punitif que peut avoir l'ajout au revenu d'un montant forfaitaire dans l'année où il est reçu. Selon les autres sources de revenus du contribuable, le montant risque d'être imposé à un taux marginal plus élevé que le taux habituel. Ce revenu additionnel peut aussi réduire ou éliminer certaines déductions et crédits d'impôts qui sont calculés en fonction du revenu net du contribuable

---

47 [1985] 2 F.C. 200 (C.A.F.).

48 [1992] 2 F.C. 485 (C.A.F.).

49 [1996] 1 R.C.S. 254 (C.S.C.).

50 L'appel ne portait pas sur le montant de la somme forfaitaire se rapportant aux prestations futures auxquelles Mme Tsiaprailis renonçait, mais la Cour a commenté, en se référant à l'affaire *Short* c. *La Reine,* 99 D.T.C. 1146, que l'aliénation du droit de recevoir des sommes futures pouvait constituer une opération en capital.

(pension de sécurité de vieillesse, montants en raison de l'âge et, au Québec, les montants pour personne vivant seule ou pour pension, entres autres).

Certes, l'article 110.2 L.I.R.[51] permet d'étaler la somme forfaitaire sur les années auxquelles elle s'applique afin de possiblement réduire la charge fiscale totale. Et, en vertu de l'article 120.31 L.I.R.[52], le contribuable versera, pour chaque année admissible, l'impôt additionnel qu'il aurait payé si le montant avait été reçu dans cette année-là. Cet étalement est facultatif et le contribuable n'en fera pas le choix si sa facture fiscale en est plus élevée.

Or, autant au fédéral qu'au Québec, cet ajustement, même s'il est favorable au contribuable, réduit le revenu imposable du contribuable et non son revenu net, dans l'année où le paiement forfaitaire est reçu. Donc, l'étalement n'aura aucun impact positif sur les montants de déductions et crédits cités ci-dessus.

De plus, au fédéral seulement, l'alinéa 120.31(3)b) L.I.R. exige qu'un intérêt soit calculé, au taux prescrit de la période appropriée, sur l'impôt additionnel payable à la suite de l'étalement du montant forfaitaire. Cette mesure, à elle seule, peut éliminer tout avantage dont le contribuable aurait pu bénéficier avec les mesures d'étalement.

3.8. FRAIS JURIDIQUES

Comme il en a été question dans la section précédente, un contribuable peut avoir recours aux tribunaux afin de faire valoir ses droits en matière d'assurance collective. Ces démarches, par contre, peuvent engendrer des frais judiciaires importants pour le particulier.

Au fédéral et au Québec, ces frais peuvent être déductibles dans le calcul du revenu d'emploi, sous certaines conditions. Au fédéral, la disposition en question est l'alinéa 8(1)b) L.I.R. et au Québec, c'est l'article 77. Pour les sommes payées avant 2001, les deux dispositions sont essentiellement identiques; elles permettent à un particulier de déduire dans le calcul de son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi les frais judiciaires ou extrajudiciaires payés dans l'année pour percevoir un

[51] Et son équivalent au Québec, par. 725.1.2(2)a) L.I.

[52] Et son équivalent au Québec, art. 766.2 L.I.

traitement ou salaire qui lui est dû par son employeur ou ancien employeur ou pour établir un droit à ceux-ci[53].

Or, les propositions législatives du 20 décembre 2002 du ministère des Finances du Canada incluent des modifications proposées à l'alinéa 8(1)b) L.I.R. pour les sommes payées au cours de l'année d'imposition 2001 et suivantes, de sorte qu'il se lirait comme suit :

> « les sommes payées par le contribuable au cours de l'année au titre des frais judiciaires ou extrajudiciaires qu'il a engagés pour recouvrer un montant qui lui est dû et qui, s'il le recevait, serait à inclure en vertu de la présente sous-section[54] dans le calcul de son revenu, ou pour établir un droit à un tel montant; […][55]. »

On peut constater la disparition de la référence à « un employeur ou ancien employeur ». L'exigence serait dorénavant que le montant que le contribuable tente de recouvrer et qui lui est dû serait, s'il est reçu, inclus dans le calcul de son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi.

Les notes explicatives du ministère des Finances indiquent que le but des modifications est d'atténuer la crainte exprimée par certains que les frais judiciaires payés par un contribuable ne seraient pas déductibles si le montant à recouvrer n'était pas dû directement par l'employeur ou ancien employeur, nonobstant que le montant serait imposable à titre de revenu d'emploi une fois reçu. Ce qui serait le cas si un contribuable obtenait gain de cause contre un assureur en vertu d'un régime d'assurance collective contre l'invalidité, offert par l'intermédiaire d'un employeur. Les montants seraient dus par l'assureur et seraient imposables à titre d'indemnité payable périodiquement.

Cette crainte semble bien justifiée, compte tenu de la position de l'ADRC :

---

53 À noter que la définition de « traitement ou salaire » au paragraphe 248(1) L.I.R. exclut spécifiquement les « allocations de retraite », ajoutées au revenu en vertu du sous-alinéa 56(1)a)(ii) L.I.R. Le calcul du montant des frais judiciaires engagés pour les recouvrer, le cas échéant, se trouve à l'alinéa 60o.1) L.I.R. Les dispositions correspondantes aux fins de l'impôt du Québec sont l'article 1, les paragraphes 311a) et 336e.1) L.I. respectivement.

54 L'alinéa 8(1)b) fait partie de la sous-section a de la section B de la Partie I L.I.R.

55 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2002-107, « Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu », 20 décembre 2002.

> « L'alinéa 8(1)*b*) n'autorise pas la déduction des frais juridiques engagés pour obtenir des prestations en vertu d'un " régime d'assurance-salaire "[…]. Bien que le montant reçu en vertu d'un régime d'assurance-salaire soit inclus dans le revenu conformément à l'alinéa 6(1)*f*) […] les prestations sont habituellement reçues d'un assureur et ce dernier n'est pas l" employeur ou l'ancien employeur " mentionné au paragraphe 8(1)*b*)[56]. »

Il ne faut pas oublier que pour qu'un montant soit inclus en vertu de l'alinéa 6(1)f), il faut que l'employeur ait contribué au régime d'assurance. Si les primes ont été payées en totalité par l'employé, les prestations ne seraient pas imposables et donc tous les frais judiciaires payés pour recouvrer de telles sommes ne seraient pas déductibles.

Revenu Québec adopte une interprétation plus libérale de la *Loi sur les impôts*. Même si l'article 77 L.I. fait référence au traitement ou salaire « dû par son employeur ou ancien employeur », le ministère du Revenu considère que les frais judiciaires payés pour recouvrer une prestation d'un régime d'assurance salaire due par un assureur sont déductibles[57].

Les deux camps, par contre, ont adopté la position que le contribuable requérant doit avoir gain de cause pour que ses frais judiciaires soient déductibles[58, 59]. S'il ne réussit pas à établir son droit à recevoir un montant dû de son employeur ou ancien employeur, ses frais judiciaires ne seront pas déductibles[60].

---

[56] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5 (consolidé), « Frais juridiques et comptables », 5 décembre 2000, par. 24.

[57] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 77-1/R2, « Frais judiciaires ou extrajudiciaires versés par un particulier », 30 avril 2002, par. 5.

[58] Par. 37.0.1.3 L.I.

[59] Par. 37.0.1.4(1)a) L.I.

[60] Voir, par contre, l'affaire *Turner-Lienaux* c. *La Reine,* 97 D.T.C. 261, par. 38, où la juge Margeson déclare : « Notre cour peut entrevoir le cas d'une personne qui pourrait ne pas avoir gain de cause dans une action en justice – à cause d'une preuve inappropriée, d'une preuve insuffisante concernant les dommages-intérêts ou pour quelque autre raison – et qui pourrait quand même avoir engagé les frais pour établir "un droit à [un traitement ou salaire]" » ou encore l'affaire *Fortin* c. *La Reine,* 4 C.T.C. 2245, par. 21et 22, où le juge Dussault déclare que selon lui, le texte de l'alinéa 8(1)b) L.I.R. ne comporte pas la condition de succès par le requérant.

3.9. ASSURANCE MALADIES GRAVES ET FIDUCIES DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE[61]

3.9.1. Assurance maladies graves

L'assurance maladies graves (ci-après « AMG ») est un produit disponible au Canada depuis 1995. Cette assurance protège l'assuré contre l'atteinte d'une maladie couverte en vertu du contrat. Contrairement à une assurance invalidité type, la prestation d'une AMG est généralement versée en une somme forfaitaire, à la suite d'une période de survie (souvent de 30 jours), et son utilisation est à l'entière discrétion du bénéficiaire.

Une autre différence importante avec l'assurance invalidité est que l'assuré n'a pas à subir de perte de revenu, totale ou partielle, pour avoir droit à la prestation. Tandis que le versement d'une prestation d'une police d'assurance invalidité est conditionnel à la conséquence d'un événement, il n'est conditionnel qu'à l'occurrence de l'événement dans une police d'AMG.

Un attrait particulier de l'AMG est l'avenant de remboursement des primes soit au décès, soit à l'échéance du contrat. Le premier fait toutefois souvent partie de la prime de base.

Bien que l'on voudrait instinctivement classifier l'AMG comme de l'assurance contre la maladie ou les accidents, le remboursement des primes cause quelques problèmes aux autorités fiscales. Le remboursement des primes au décès ressemblerait à de l'assurance vie[62].

Aux fins de la discussion, nous présumerons que l'AMG est de l'assurance contre la maladie ou les accidents. Peu d'assureurs émettent des contrats d'AMG collectifs et ceux qui le font n'offrent une garantie d'émission que pour des montants minimes.

Une solution à cette contrainte est d'établir un régime d'assurances individuelles « groupées ». Des contrats individuels sont souscrits pour chacun des employés couverts en vertu du régime. Le régime doit inclure un engagement de la part de l'employeur d'assurer un groupe ou une catégorie

---

[61] Ces deux sujets sont suffisamment complexes pour mériter, chacun, leur propre étude. Donc le présent texte ne les abordera que de façon sommaire.

[62] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0004265, 18 juin 2003.

d'employés contre la maladie ou les accidents. Il ne serait pas nécessaire de rédiger une entente formelle, mais de simplement décrire le régime ou l'engagement de l'employeur dans les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration.

Si ces conditions sont respectées, un régime constitué de contrats d'AMG individuels est-il un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents? Selon diverses interprétations techniques, la réponse serait oui.

On s'attendrait donc au même traitement fiscal, au fédéral et au Québec, autant pour les employés que pour les employeurs. C'est bien le cas au fédéral mais, pour les employés seulement, ce ne l'est malheureusement pas au Québec.

Rappelons qu'au fédéral, l'employé n'est pas tenu d'ajouter à son revenu la valeur de l'avantage dont il jouit en rapport avec une prime payée à son égard par son employeur en vertu d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents.

Au Québec par contre, pour bénéficier de l'exception prévue au paragraphe 38b) L.I., la valeur de l'avantage doit provenir de primes versées à l'égard de l'employé par l'employeur en vertu d'un régime d'assurance collective, relativement à une protection contre la perte totale ou partielle d'un revenu provenant d'une charge ou d'un emploi. Puisque le versement de la prestation en vertu d'un contrat d'AMG ne dépend aucunement d'une perte de revenu quelconque, l'exception ne s'applique pas. L'employé devra donc ajouter à son revenu d'emploi la valeur de l'avantage.

La prestation forfaitaire ne devrait pas être imposable puisque seuls les paiements périodiques doivent être ajoutés au revenu de l'employé. L'ADRC et Revenu Québec ont tous deux confirmé cette conclusion, en précisant que le paiement forfaitaire ne devait pas être un versement en remplacement d'indemnités périodiques.

Quant à l'employeur, les primes qu'il verse à l'égard de ses employés en vertu d'un tel régime devraient être déductibles.

3.9.2. Fiducie de santé et de bien-être

Ni l'une ni l'autre des lois fédérale et provinciale ne définit l'expression « fiducie de santé et de bien-être ». Il existe par contre le *Bulletin d'interprétation* IT-85R2 qui en fait une description :

> « […] le traitement fiscal accordé aux programmes de santé et de bien-être suivants, établis au bénéfice d'employés et administrés par un employeur, conformément à un accord de fiducie :
>
> a) régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents;
>
> b) régime privé d'assurance-maladie;
>
> c) police collective d'assurance temporaire sur la vie; ou
>
> d) une combinaison de *a*) à *c*)[63]. »

Dans la mesure où les protections et les garanties offertes aux employés couverts sont conformes à cette exigence, les primes versées par l'employeur et les prestations reçues par les employés seront assujetties au même traitement fiscal que si elles avaient été accordées en vertu d'un contrat d'assurance collectif émis par un assureur[64].

De plus :

> « Les fonds d'une fiducie de santé et de bien-être ne doivent pas être retournés à l'employeur ou servir à une fin autre que le versement des prestations de santé et de bien-être pour lesquelles les contributions ont été faites. En outre, les contributions de l'employeur au fonds ne doivent pas dépasser les montants requis pour verser de tels avantages; elles ne doivent pas non plus être laissées à la discrétion de l'employeur, mais plutôt être exigibles par les fiduciaires si l'employeur décide de se soustraire à son obligation[65]. »

La stipulation qui limite les contributions de l'employeur est importante. L'ADRC a manifesté son inquiétude[66] face à certains employeurs qui versent des contributions non pour combler les prestations courantes mais plutôt toutes les prestations futures (ou du moins celles payables pour plusieurs années) que le fiduciaire aurait à verser.

---

63 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-85R2, « Fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », 31 juillet 1986, par. 1.

64 La fiducie peut toujours détenir des contrats d'assurance collective émis par un assureur, mais les fiducies de santé et de bien-être sont le plus souvent utilisées par les employeurs qui désirent autofinancer leurs régimes d'assurance collective.

65 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 63, par. 6.

66 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, 30 octobre 2002.

Dans les *Nouvelles techniques*, l'ADRC a souligné l'importance que les contributions de l'employeur soient établies en fonction d'un calcul actuariel. De plus, en ce qui concerne les montants versés par l'employeur à la fiducie en excédent des cotisations requises pour couvrir les prestations courantes, ils ne seraient pas déductibles dans l'année où ils sont versés mais plutôt dans les années auxquelles ils se rapportent. La position de l'ADRC est que les montants excédentaires sont des frais payés d'avance et ne sont donc pas déductibles en vertu du sous-alinéa 18(9)a)(iii) L.I.R. (l'ADRC a aussi confirmé que les cotisations excédentaires, à elles seules, ne disqualifieraient pas la fiducie). Pour conclure, l'ADRC mentionne que de nouvelles cotisations ont déjà été émises à certaines fiducies de santé et de bien-être concernant les frais payés d'avance.

Un des avantages perçus de ce genre de fiducie est la distinction entre les protections offertes et le financement de ces protections. Tant que les protections offertes respectent les régimes mentionnés ci-dessus, il ne semble y avoir aucune restriction quant à la nature du financement. L'employeur pourrait donc financer son obligation actuarielle avec des obligations, des actions, des liquidités ou même avec des contrats d'assurance vie (ou d'assurance maladies graves), tout en obtenant une déduction de son revenu (sous réserve des commentaires ci-dessus sur les frais payés d'avance).

Nonobstant ces mises en garde, de telles fiducies peuvent être intéressantes pour certains employeurs.

3.10. ASSUREURS INSOLVABLES

Il peut arriver qu'une compagnie d'assurances devienne insolvable ou qu'elle fasse tout simplement faillite. Dans de tels cas, il se peut que des employés, prestataires d'indemnités en vertu d'une police d'assurance invalidité[67] émise par l'assureur, subissent une réduction importante de leurs indemnités ou les perdent totalement.

Le régime d'assurance collective en vertu duquel ces employés sont assurés peut prévoir que l'employeur compense l'employé pour cette perte, partielle ou totale, de prestations[68]. Les deux lois fiscales contiennent des

---

[67] Cette police doit en être une d'assurance collective en vertu de laquelle les montants sont versés périodiquement au particulier en vertu d'une perte de revenu d'emploi; voir par. 6(17) L.I.R. et art. 43.0.2 L.I.

[68] Il n'est pas nécessaire, du point de vue fiscal, que le régime d'assurance collective prévoie cette compensation.

dispositions qui précisent le traitement fiscal de ces paiements compensatoires.

Le but des dispositions est essentiellement de confirmer que l'employé ne subira pas d'impact fiscal punitif en rapport avec les prestations qui lui sont versées directement ou indirectement par son employeur à la suite de l'insolvabilité ou de la faillite d'un assureur.

L'employeur peut verser des sommes à un assureur pour que les indemnités ne soient pas réduites ou qu'elles le soient moins qu'elles ne l'auraient été par ailleurs; ou il peut les verser directement à l'employé.

Tout d'abord, ces paiements sont réputés ne pas être des cotisations versées par l'employeur au régime d'assurance en vertu duquel le paiement est fait. Donc, au fédéral, le versement ne sera pas imposable en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. et au Québec, en vertu de l'article 37 L.I.[69] Le versement n'est pas non plus une cotisation de l'employeur aux fins de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. et de l'article 43 L.I.

Donc, si l'employeur n'a pas cotisé au régime à l'égard de l'employé (l'employé a payé la totalité de la prime), les montants reçus par l'employé, directement ou indirectement de son employeur, pour compenser une perte ou une réduction de paiements qu'il aurait autrement reçus d'un assureur insolvable, continueront à ne pas être imposables.

Si l'employeur verse les montants directement à l'employé, ils ne peuvent être supérieurs aux montants périodiques auxquels l'employé aurait eu droit par ailleurs et une entente entre l'employeur et l'employé doit exister, qui prévoit un remboursement par l'employé de tout montant reçu subséquemment par l'employé d'un assureur[70].

Finalement, une police d'assurance qui remplace une police d'assurance invalidité est réputée être la même police que celle qu'elle remplace et en être une continuation[71].

---

69 Par. 6(18) L.I.R. et par. 43.0.1a) L.I. Le montant ne sera pas imposable en vertu de ces dispositions, que le régime soit collectif ou individuel.

70 Par 6(17) L.I.R. et art. 43.0.2 L.I. L'indemnité ne sera remboursable que si le paiement de l'assureur est attribuable à une période pour laquelle l'indemnité a déjà été compensée par l'employeur.

71 REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 57.

3.11. EMPLOYÉS À L'ÉTRANGER, RÉGIMES INTERENTREPRISES ET EMPLOYÉS DE PLUSIEURS JURIDICTIONS

Ces derniers cas ne s'appliquent qu'en vertu de la *Loi sur les impôts* et leurs impacts fiscaux se feront le plus ressentir relativement aux régimes privés d'assurance maladie, dont les primes payées par l'employeur ne sont pas des avantages imposables aux fins fédérales.

3.11.1. Employés affectés à l'étranger

Un particulier au service d'un employeur au Québec mais travaillant à l'extérieur du Québec ne sera pas nécessairement couvert en vertu de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[72]. Donc, le régime d'assurance collective devra offrir des garanties additionnelles à cet employé. Ces garanties doivent couvrir au moins l'ensemble des services qui seraient assurés en vertu de cette loi.

Dans un tel cas, la prime totale payée (et la taxe y afférente) par l'employeur à l'égard de l'employé devra être réduite du montant prescrit[73] multiplié par le nombre de jours dans l'année pendant lesquels l'employé a bénéficié de la protection en question.

Si la protection est accordée autrement qu'en vertu d'un contrat d'assurance auprès d'un assureur, ce seront les prestations totales utilisées dans le calcul de la valeur de la protection accordée à un employé qui seront réduites d'un montant égal au produit du montant prescrit et du nombre de jours dans l'année pendant lesquels l'employé a bénéficié de la protection en question[74].

3.11.2. Régimes interentreprises

Le paragraphe 38g) L.I. exclut la valeur de l'avantage qui provient des cotisations versées à l'égard des employés par un employeur en vertu d'un régime d'assurance interentreprises. Ces régimes ont droit à un traitement particulier.

---

72 L.R.Q., c. R-5.

73 Égal à 2,74 $ pour une protection individuelle ou à 10,96 $ dans les autres cas.

74 Par. 37.0.1.5c) L.I.

Aux fins du présent texte, un régime d'assurance interentreprises est défini comme suit :

> « […] un régime d'assurance interentreprises désigne un régime d'assurance de personnes qui est applicable par l'effet de la loi, de sa réglementation ou d'un décret, à un secteur économique, à une industrie, à une activité ou à un sous-ensemble d'un tel secteur ou d'une telle industrie ou activité, qui est offert conjointement par des employeurs appartenant à un même secteur économique, à une même industrie ou à une même activité et qui est géré par un administrateur commun[75]. »

Dans un régime d'assurance interentreprises, chaque employeur participant verse à un administrateur désigné les primes ou cotisations pour chacun de ses employés. Or, l'administrateur doit, pour chaque année, établir l'avantage pour chaque employé en se basant sur les coûts pour tous les employés couverts en vertu des régimes d'assurance collective en question (autres que les régimes offrant une protection contre la perte totale ou partielle provenant d'une charge ou d'un emploi). Il se peut donc que, pour un employé en particulier, la valeur des avantages déterminés par un ou plusieurs employeurs, le cas échéant, n'égale pas celle établie par l'administrateur. Et ce sont les valeurs de ce dernier que l'employé sera tenu d'ajouter à son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi.

3.11.3. Employés de plusieurs juridictions

Si un régime d'assurance de personnes qui accorde une protection autrement qu'en vertu d'une assurance souscrite auprès d'un assureur couvre des employés de plusieurs juridictions, incluant le Québec, des règles particulières s'appliquent. En vertu de l'article 37.0.1.6 L.I., l'employeur doit choisir, parmi deux séries de données, celles qui permettent de refléter le mieux la protection accordée en vertu du régime à ses employés de juridiction québécoise :

> « a) les données réelles relatives à l'ensemble des employés de l'employeur qui bénéficient d'une protection en vertu du régime;
>
> b) les données réelles relatives aux employés de juridiction québécoise de l'employeur qui bénéficient d'une protection en vertu du régime. »

Aux fins de cette disposition, un « employé de juridiction québécoise » désigne :

---

[75] Art. 43.1 L.I.

> « un employé de l'employeur qui se présente au travail à un établissement de ce dernier situé au Québec ainsi qu'un employé de l'employeur qui n'est pas tenu de se présenter au travail à un établissement de ce dernier mais dont le salaire est versé ou réputé versé d'un tel établissement situé au Québec[76]. »

Dans le cas où les protections accordées à l'ensemble des employés sont les mêmes, on peut présumer que ce sont les données réelles relatives à l'ensemble des employés qui entreront dans le calcul de l'avantage imposable pour chacun des employés soumis à la législation québécoise.

CONCLUSION

La fiscalité des divers régimes d'assurance collective n'est pas fondamentalement complexe. L'imposition d'un avantage provenant d'une prime ou d'une cotisation versée à l'égard des participants à un régime par leur employeur est, dans la plupart des cas, relativement simple. Il existe bien entendu des situations particulières qui nécessitent une recherche plus approfondie, mais ces situations font partie des exceptions plutôt que de la règle.

L'assurance maladies graves et l'utilisation de fiducies de santé et de bien-être deviennent plus populaires et suscitent des questions intéressantes.

Toutefois, l'implantation de régimes d'assurance collective demeure un outil efficace pour attirer et retenir des employés.

---

[76] Par. 37.0.1.6(2) L.I.

ADDENDUM

Dans la partie du présent texte traitant de jurisprudence, deux décisions récentes de la Cour d'appel fédérale sont analysées, soit les affaires *Tsiaprailis* et *Siftar*. Comme mentionné, la Cour d'appel, par décision partagée, a tranché en faveur de l'ADRC, renversant ainsi les décisions de la Cour de première instance.

Or, le 22 janvier 2004, la Cour suprême du Canada a accordé la demande d'autorisation d'appel dans l'affaire *Tsiaprailis*.

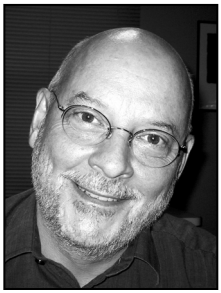
Les questions à traiter seront :

1. Une personne invalide, qui renonce à tous ses droits en vertu d'une police d'assurance invalidité en contrepartie d'une somme forfaitaire, devrait-elle être imposée sur ce montant si les prestations d'assurance étaient payables périodiquement mais le montant du règlement ne l'était pas?

2. L'imposition devrait-elle être déterminée en fonction de la nature légale des transactions conclues entre les parties, en absence d'un simulacre, ou une approche plus « substantive » devrait-elle être adoptée afin d'imposer un fardeau fiscal additionnel à des personnes ayant peu de moyens et incapables de travailler à cause de leur invalidité?

Une décision en faveur du contribuable aurait un impact important sur le point de vue élaboré dans le présent texte.

UN PROGRAMME DE PROTECTION DE LA SANTÉ POUR LES CADRES SUPÉRIEURS



Robert Vaillancourt
Groupe financier PPI

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 35:3

1. LES FONDEMENTS D'UN PROGRAMME DE PROTECTION DE LA SANTÉ 35:3

1.1. LA RÉMUNÉRATION DIRECTE 35:4
1.2. LA RÉMUNÉRATION INDIRECTE 35:4
1.3. LES CONSÉQUENCES DE CET ÉCART 35:5
1.3.1. La rente de retraite du Régime de rentes du Québec 35:5
1.3.2. Les prestations de l'assurance emploi 35:5
1.3.3. Les indemnités de remplacement du revenu de la CSST 35:5
1.3.4. L'invalidité de longue durée en assurance collective 35:6
1.4. OÙ SE TROUVE LA SOLUTION? 35:6

2. FONCTIONNEMENT ET CONTENU DU PROGRAMME DE PROTECTION DE LA SANTÉ 35:7

2.1. PREMIÈRE ÉTAPE DANS LA MISE EN PLACE DU PROGRAMME 35:7
2.2. CONTENU DU PROGRAMME 35:7
2.2.1. L'assurance invalidité 35:8
2.2.2. L'assurance en cas de maladie grave 35:10
2.2.3. L'assurance soins de longue durée 35:11
2.2.4. L'assurance soins médicaux 35:11
2.3. LA CONSTITUTION DU PROGRAMME DE PROTECTION DE LA SANTÉ 35:12

3. LA FISCALITÉ 35:13

3.1. L'ASSURANCE VIE 35:14
3.2. L'ASSURANCE INVALIDITÉ 35:14
3.3. L'ASSURANCE SOINS MÉDICAUX 35:14
3.4. L'ASSURANCE MALADIE GRAVE ET LES SOINS DE LONGUE DURÉE 35:14
3.5. LE SCÉNARIO CLASSIQUE 35:15

4. AUTRES CONSIDÉRATIONS 35:15

4.1. L'ASSURABILITÉ DU CADRE 35:15
4.1.1. Standard 35:16
4.1.2. Avec exclusion 35:16
4.1.3. Avec surprime 35:16
4.1.4. Refus pour une ou plusieurs protections 35:16
4.1.5. Le cadre n'est pas du tout assurable 35:17
4.2. LA CONFIDENTIALITÉ 35:18
4.3. À QUI CE PROGRAMME EST-IL DESTINÉ? 35:18
4.4. LES PROBLÈMES DE CITOYENNETÉ 35:18
4.5. QUE FAIRE DE L'ASSURANCE INVALIDITÉ COLLECTIVE DE LONGUE DURÉE? 35:19
4.6. QU'ARRIVE-T-IL SI LE CADRE QUITTE OU PREND SA RETRAITE? 35:20

CONCLUSION 35:20

INTRODUCTION

Les sociétés commerciales ajoutent au salaire de leurs cadres supérieurs certains avantages. Leur objectif est double : fidéliser les cadres en poste et se doter d'une politique de rémunération attrayante pour le recrutement de la relève.

Ces avantages prennent différentes formes : bonification, option d'achat d'actions, convention de retraite, régime de retraite individuel, régime de participation différée aux bénéfices, etc. Malgré l'efficacité de ces mesures incitatives, les entreprises ne cessent de chercher de nouvelles avenues pour bonifier la rémunération de leurs cadres et, ainsi, se démarquer des entreprises concurrentes.

Les avantages énumérés ci-dessus ont surtout un impact financier; soit qu'ils augmentent le revenu du cadre, soit qu'ils accroissent la masse monétaire dont il disposera à la retraite. Les entreprises qui désirent offrir des avantages originaux à leurs cadres doivent donc sortir de ce corridor financier et proposer des incitatifs d'un autre niveau.

Au cours des dernières années, les compagnies d'assurances ont créé de nouveaux produits, regroupés sous l'appellation « prestations du vivant de l'assuré ». Au contrat d'assurance invalidité traditionnel se sont ajoutées l'assurance maladie grave, l'assurance soins de longue durée et, tout récemment, l'assurance soins médicaux.

Complémentaires les uns des autres, ces nouveaux produits rendent possible l'élaboration d'un programme complet de protection de la santé à l'intention des cadres supérieurs. Les entreprises, soucieuses de leur offrir autre chose que de l'argent, disposent dorénavant d'un nouvel atout, la santé.

1. LES FONDEMENTS D'UN PROGRAMME DE PROTECTION DE LA SANTÉ

En fin d'année, l'entreprise où je travaille fait parvenir à tous les employés un aperçu des coûts de tous les avantages sociaux payés par l'employeur. On y retrouve deux parties : la première énumère les avantages rattachés à l'assurance collective, la seconde décrit les contributions payées par l'employeur pour les différents programmes gouvernementaux. L'ensemble de ces frais est ajouté au salaire et le tout représente la rémunération globale que l'employeur accorde à chacun de ses employés.

L'exercice a pour but de sensibiliser l'employé à une réalité : sa rémunération ne se limite pas au salaire, mais elle comprend aussi tout ce que l'employeur paye pour financer les avantages sociaux dont il profite. De plus en plus, les entreprises tendent à inclure dans le profil de la rémunération toutes les dépenses consacrées annuellement au bénéfice de l'employé.

C'est à la lumière de cette approche, mettant en perspective le salaire et le coût des avantages sociaux, que nous constatons que la rémunération du cadre supérieur est, dans la plupart des entreprises, déficiente par rapport à celle de l'employé subalterne.

1.1. LA RÉMUNÉRATION DIRECTE

Comme son nom l'indique, il s'agit de la rémunération que l'employé reçoit directement : le salaire, les commissions, les bonifications. À cet égard, la rémunération du cadre supérieur n'est généralement pas déficiente. Elle reflète la juste valeur de sa contribution à l'entreprise. Elle est significativement plus élevée que celle de l'employé subalterne parce que le cadre prend des décisions, assume des responsabilités et apporte des connaissances qui ont une grande valeur pour l'entreprise. Le cadre supérieur de qualité est difficilement remplaçable et c'est pourquoi l'entreprise lui verse une rémunération notablement plus élevée.

1.2. LA RÉMUNÉRATION INDIRECTE

La rémunération indirecte est le coût de tous les avantages sociaux. Il serait normal de croire qu'à l'image de la rémunération directe, elle reflète l'importance du cadre supérieur pour l'entreprise. Or, il en va tout autrement. Il n'existe pas à notre connaissance de statistiques sur le sujet, mais notre expérience nous a permis de constater une différence importante entre la rémunération indirecte que reçoit l'employé et celle accordée au cadre supérieur. Si on mesure la valeur de la rémunération indirecte en pourcentage de la rémunération directe, on découvre un écart d'environ 10 %.

Ainsi, un employé gagnant 50 000 $ peut recevoir environ 20 % de sa rémunération directe en avantages sociaux. Le cadre supérieur qui gagne 200 000 $, par contre, verra ce pourcentage chuter à 10 %. Les pourcentages que nous donnons ici ne sont que des exemples et ils varient d'une entreprise à l'autre. Ils pourraient être de 15 % et 5 %, ou de 18 % et 9 %. Ce qui est constant, par ailleurs, c'est l'importance de cet écart qui tourne presque toujours autour de 10 %.

Les entreprises que nous sensibilisons à cette réalité sont étonnées. Alors qu'elles cherchaient des incitatifs originaux pour retenir leurs cadres supérieurs, elles découvrent une faille dans la rémunération de ces derniers.

1.3. LES CONSÉQUENCES DE CET ÉCART

Le problème ne se limite pas au simple fait que l'employeur paye moins les cadres supérieurs pour leur rémunération indirecte que les employés subalternes. Il va plus loin : les avantages sociaux que procure la rémunération indirecte du cadre ont significativement moins de valeur que ceux de l'employé. Sur le marché de l'assurance, cette réalité est décrite comme de la discrimination inversée : plus un employé gagne, moins il est favorisé au niveau des avantages sociaux. Voyons quelques exemples en se basant toujours sur un salaire de 50 000 $ pour un employé et de 200 000 $ pour un cadre supérieur.

1.3.1. La rente de retraite du Régime de rentes du Québec

Un employé gagnant 50 000 $ par année et qui a pris sa retraite à 65 ans en 2002 aurait eu droit à une rente mensuelle maximum de 788,75 $. Cette rente représente 18,9 % de son salaire brut avant la retraite. Le cadre supérieur qui gagnait 200 000 $ aurait eu droit à la même rente maximum de 788,75 $. Toutefois, cette rente ne représente pour lui que 4,7 % de son revenu.

1.3.2. Les prestations de l'assurance emploi

La prestation mensuelle maximum qu'aurait reçue, en 2002, un employé au chômage, est de 1 787,50 $, soit 42,9 % de son salaire. Pour le cadre, cette prestation maximum demeure la même, mais elle ne représente que 10,7 % de son revenu brut.

1.3.3. Les indemnités de remplacement du revenu de la CSST

Les indemnités maximums de remplacement du revenu payables par la CSST ne font pas exception. En 2003, le revenu annuel brut assurable est de 53 500 $. Un employé sans personnes à charge, gagnant 50 000 $, aurait droit à une indemnité annuelle maximum de 30 649 $. Pour le cadre gagnant 200 000 $, avec le même statut, l'indemnité annuelle maximum est de 32 591 $. L'employé a donc une couverture qui représente 61,3 % de son salaire brut alors que le cadre supérieur se retrouve avec une protection limitée à 16,3 % de son revenu.

1.3.4. L'invalidité de longue durée en assurance collective

La discrimination évoquée ci-dessus n'est pas unique aux programmes de l'État. En assurance collective, nous retrouvons le même modèle au niveau des prestations d'invalidité de longue durée. Ces indemnités sont limitées à un plafond qui varie d'une entreprise à l'autre avec pour résultat que, la plupart du temps, ce plafond est suffisamment élevé pour que l'employé invalide puisse recevoir le maximum auquel il a droit (± 67 % de son salaire) alors que, pour le cadre, ce maximum lui procure une prestation qui est loin de représenter 67 % de son revenu.

Même au niveau du contenu, le cadre est défavorisé. Les garanties d'invalidité des régimes collectifs ont été conçues pour offrir aux employés un minimum de protection. L'étude de ces garanties nous amène toutefois à conclure que nous sommes loin des protections d'invalidité haut de gamme. Souvent, la définition d'invalidité totale est basée sur l'occupation régulière pour une période de deux ans seulement, et l'assurance n'offre pas de protection en cas d'invalidité partielle, elle n'inclut pas les bonifications dans le calcul du maximum assurable, etc. Pour un employé qui a peu de moyens de s'offrir une assurance invalidité individuelle, ces protections représentent une couverture plus qu'intéressante. Pour le cadre, toutefois, les mêmes protections ne sont pas à la hauteur de son statut dans l'entreprise.

Certes, il existe des assurances collectives offrant de meilleures garanties de longue durée pour les cadres. Leur définition d'invalidité totale est basée sur l'occupation régulière pour cinq ans, voire jusqu'à 65 ans, elles garantissent des prestations en cas d'invalidité partielle et, enfin, les plafonds de prestation mensuelle sont suffisamment élevés pour permettre au cadre de recevoir 67 % de son revenu en cas d'invalidité. Il demeure qu'on retrouve ce type de protection très rarement dans le monde du travail.

1.4. OÙ SE TROUVE LA SOLUTION?

La solution doit régler deux problèmes : combler l'écart de 10 % dans la rémunération indirecte du cadre supérieur et compenser les effets de la discrimination inversée évoquée ci-dessus. Pour trouver cette solution, on ne peut pas compter sur les programmes gouvernementaux qui sont plafonnés, non plus que sur l'assurance collective qui, même si elle peut être enrichie, demeure aléatoire : au renouvellement, l'assureur peut modifier ou annuler certaines garanties.

Les « prestations du vivant de l'assuré », évoquées ci-dessus, répondent à ce double défi. En plus d'être une avenue d'investissement pour combler

l'écart de 10 %, la grande variété des couvertures offertes permet de développer pour le cadre un régime de protection de la santé qui compense largement les effets négatifs de la discrimination inversée.

2. FONCTIONNEMENT ET CONTENU DU PROGRAMME DE PROTECTION DE LA SANTÉ

2.1. PREMIÈRE ÉTAPE DANS LA MISE EN PLACE DU PROGRAMME

Dans un premier temps, l'entreprise doit décider si elle veut combler en partie ou en totalité l'écart de ± 10 % au niveau de la rémunération indirecte. Cette approche basée sur le pourcentage comporte un avantage non négligeable : l'entreprise fixe elle-même le coût du programme. Si, par exemple, elle a à son service 12 cadres supérieurs dont la moyenne des revenus est de 250 000 $, elle sait que 10 % de la masse salariale totale de ses cadres représente un coût annuel de 300 000 $. Si elle juge cette somme trop élevée, elle peut réduire la compensation de l'écart à 8 % et ainsi baisser le coût du programme à 240 000 $, ou à 210 000 $ en ne comblant que 7 %.

Une fois cette décision prise, l'entreprise attribue à chacun de ses cadres supérieurs une enveloppe budgétaire pour financer son programme personnel de protection de la santé. Ainsi, le cadre qui gagne 200 000 $, en présumant que l'enveloppe équivaut à 10 % de son revenu, sait qu'il disposera annuellement d'une somme de 20 000 $ pour assumer les coûts de son programme.

Comme on peut le constater, cette formule basée sur le pourcentage du revenu du cadre est doublement flexible : d'abord pour l'entreprise, qui ne se voit pas imposer un coût pour le programme, puis pour le cadre, qui est libre d'utiliser le montant de son enveloppe budgétaire pour choisir les protections qui lui conviennent, en tenant compte de son âge, de sa situation familiale, de ses priorités, etc.

2.2. CONTENU DU PROGRAMME

Sous l'appellation « prestations du vivant de l'assuré », on retrouve l'assurance invalidité, l'assurance maladie grave, l'assurance soins de longue durée et l'assurance soins médicaux. Toutes ces protections sont émises sur une base individuelle. Nonobstant quelques exceptions, les garanties qu'elles offrent sont irrévocables et les coûts sont nivelés pour toute la durée du contrat. Voyons sommairement les garanties offertes par chacune de ces protections en présumant que des produits haut de gamme seront retenus.

2.2.1. L'assurance invalidité

Pour illustrer l'importance de l'assurance invalidité, on utilise l'exemple désormais classique de la poule qui pond des œufs d'or. Si vous deviez assurer soit la poule, soit les œufs, qui des deux choisiriez-vous d'assurer? Évidemment, tout le monde sera porté à répondre : la poule! Si on compare la poule à la capacité d'une personne d'engendrer un revenu, et les œufs aux différents biens et services que ce revenu procure, on comprend toute l'importance d'assurer son revenu. C'est la base d'un programme solide et c'est pourquoi nous insistons, lors de l'élaboration d'un programme de protection de la santé, pour que le revenu soit pleinement assuré.

Une police d'assurance invalidité haut de gamme est un contrat irrévocable, c'est-à-dire que l'assureur ne peut, une fois la police émise, modifier ou annuler les garanties. Les primes sont nivelées et garanties pour toute la durée du contrat.

2.2.1.1. Définition de l'invalidité totale

La définition de l'invalidité totale d'un tel contrat détermine le moment où des prestations d'invalidité sont payables. Elle est basée sur l'emploi qu'occupe l'assuré au moment où il devient invalide. Ainsi, on stipulera que des prestations d'invalidité sont payables si l'assuré, à la suite d'un accident ou d'une maladie, est incapable de remplir les principales fonctions de son emploi habituel. Cette définition s'applique jusqu'à l'âge de 65 ans, par opposition à la définition de l'assurance collective qui, dans la plupart des cas, appliquera cette définition pour les deux premières années d'invalidité seulement. Par la suite, l'assurance collective payera des prestations uniquement si l'assuré est incapable de remplir les fonctions de tout autre emploi, en fonction de son expérience et de son éducation.

2.2.1.2. L'invalidité partielle

Tous ces contrats haut de gamme offrent des prestations en cas d'invalidité partielle. Le montant des prestations peut être déterminé selon différentes modalités. Il peut représenter un pourcentage de la perte de revenu ou 50 % de la prestation prévue au contrat si l'assuré n'est pas en mesure de travailler la moitié du temps, ou s'il est incapable d'accomplir certaines tâches de son emploi habituel.

2.2.1.3. Étendue de la couverture

À moins que l'assureur émette la police avec exclusion, toutes les incapacités sont couvertes si elles répondent à la définition de l'invalidité énoncée ci-dessus. Le montant de protection maximum ne peut dépasser les plafonds fixés par l'assureur. Les prestations sont payables jusqu'à l'âge de 65 ans ou plus tard encore, si l'assuré occupe toujours un emploi à temps plein.

2.2.1.4. Régime d'assurance salaire

La *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] autorise un employeur à mettre sur pied un « régime d'assurance salaire » à l'intention de ses employés[2]. La loi exige qu'au moins deux employés participent au régime qui est composé de polices d'assurance invalidité individuelles. Les primes doivent être payées par l'employeur, elles sont déductibles et ne sont pas considérées comme un avantage imposable pour l'employé. Toutefois, les prestations d'invalidité que pourrait recevoir l'employé seront imposables. Pour s'ajuster à cette réalité, les assureurs acceptent de hausser le plafond des montants de protection maximum lorsque des polices sont émises dans le cadre d'un tel programme. Ainsi, un individu qui gagne 200 000 $ a droit à une prestation mensuelle maximum non imposable de 7 100 $ chez la plupart des assureurs. Par contre, si la police est émise dans le cadre d'un régime d'assurance salaire, le montant de la prestation maximum sera haussé à 10 950 $ parce que la prestation est imposable.

Dans le cadre d'un programme de protection de la santé pour des cadres supérieurs, le régime d'assurance salaire est une option intéressante puisque la prime payée par l'employeur n'est pas imposable pour le cadre.

2.2.1.5. Les polices à émission standard garantie

Au cours des dernières années, quelques rares assureurs ont mis sur le marché, à l'intention d'une clientèle sélecte, des polices dites à « émission garantie ». Ce type de police est en tous points semblable à une police d'assurance invalidité haut de gamme; elle est irrévocable et les primes sont garanties. Ce concept est intéressant parce qu'il garantit que les polices

---

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

2 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-428, « Régimes d'assurance-salaire », 30 avril 1979.

seront émises « standards », c'est-à-dire sans exclusion et sans surprime, peu importe l'état de santé de l'assuré. De fait, l'assureur ne fait pas de tarification du point de vue médical. Il n'y a qu'une seule exception : si dans le passé le proposant s'est vu refuser une assurance invalidité par un assureur, il ne pourra être accepté.

Les conditions sont assez simples : on exige un minimum de 10 assurés. Les montants de protection mensuelle sont de 1 000 $ par groupe de 10 assurés. Ainsi, un groupe de 30 cadres se verra offrir des prestations mensuelles de 3 000 $.

Cette approche est intéressante : elle permet de protéger, en cas d'invalidité, les cadres supérieurs qui, autrement, ne seraient pas assurables. De plus, les cadres qui se joindront ultérieurement à l'entreprise pourront bénéficier de cette couverture aux mêmes conditions.

2.2.2. L'assurance en cas de maladie grave

Cette assurance, relativement récente, a connu une popularité grandissante au cours des dernières années. Elle fonctionne de la façon suivante : si l'assuré est atteint par une des maladies graves énumérées dans la police (plus ou moins 20 selon les assureurs), il encaisse une somme forfaitaire 30 jours après le diagnostic. Les principales maladies couvertes sont la crise cardiaque, le cancer, l'AVC, le pontage coronarien, l'insuffisance rénale, la greffe d'organes vitaux, la cécité, la surdité, la perte de la parole, la perte d'autonomie, la maladie du motoneurone, la paralysie ou la perte de membres, le coma, la maladie d'Alzheimer, la maladie de Parkinson, l'infection professionnelle au VIH, la tumeur bénigne au cerveau, etc.

Pour la plupart des assureurs, le maximum assurable correspond à sept fois le revenu du proposant jusqu'à concurrence de 1 M$ pour une couverture personnelle. L'assuré dispose à sa guise du montant forfaitaire qu'il perçoit. À titre d'exemple, il peut l'utiliser pour l'achat de soins médicaux privés, l'aménagement de la résidence ou de l'automobile si la maladie a eu un impact sur sa mobilité, le financement d'un congé sans solde, le paiement des dettes et des hypothèques, etc.

Tout comme pour l'invalidité individuelle, les garanties des polices maladie grave sont irrévocables et les primes sont nivelées et garanties pour toute la durée du contrat.

2.2.3. L'assurance soins de longue durée

Ce produit encore plus récent que l'assurance maladie grave est proposé par un nombre très limité d'assureurs. Il offre des prestations pouvant aller jusqu'à 300 $ par jour si l'assuré a besoin de soins de longue durée en établissement ou à domicile. Pour être admissible à des prestations, l'assuré doit souffrir d'une maladie cognitive ou être incapable d'accomplir au moins deux activités de la vie quotidienne comme faire sa toilette, s'habiller, se déplacer, aller à la toilette, s'alimenter, éliminer.

Les prestations peuvent être payables pour des périodes de un an, deux ans, cinq ans ou à vie. Le contrat est irrévocable, toutefois les primes ne sont pas garanties. À cet égard, les clauses relatives à l'augmentation des primes peuvent varier significativement d'un assureur à l'autre. Certains contrats stipulent qu'après un an, les primes peuvent être augmentées, d'autres prorogent l'augmentation à la cinquième année du contrat. Enfin, les polices les plus intéressantes ouvrent la porte à une augmentation après cinq ans, mais le contrat garantit que l'augmentation totale des primes, pour toute la durée du contrat, ne pourra pas être supérieure à 50 % de la prime de base.

2.2.4. L'assurance soins médicaux

Ce produit est tout nouveau sur le marché des prestations du vivant de l'assuré. Il est offert par quelques assureurs, mais les garanties offertes varient considérablement d'une compagnie à l'autre. Pour les besoins de la cause, nous allons nous limiter à la description du produit que nous utilisons dans la mise en place d'un programme de protection de la santé.

Cette police a pour objectif de fournir à l'assuré l'accès aux informations médicales, aux soins médicaux et au financement des coûts médicaux. Elle comporte deux composantes majeures : les services de Best Doctors™ et l'assurance proprement dite. Best Doctors™ est une entreprise établie aux États-Unis qui offre à sa clientèle de multiples services pour lui permettre de prendre une décision éclairée en matière de soins de santé.

Le meilleur moyen de comprendre le fonctionnement de cette police est de s'inspirer d'un exemple. Imaginons le cas d'un cadre supérieur qui passe un examen périodique et qui apprend de son médecin qu'il souffre d'un cancer de la prostate. Best Doctors™, sur réception de son dossier, vérifiera le diagnostic et proposera des options de traitement à partir desquelles le patient et son médecin pourront prendre leur décision. Dans un deuxième temps, Best Doctors™ sélectionnera les meilleurs spécialistes et les meilleurs établissements aux États-Unis pour traiter le type d'affection dont

souffre le cadre. Enfin, dans un dernier temps, Best Doctors™ aidera le cadre à obtenir des rendez-vous et à prendre des arrangements en vue des déplacements, de l'hébergement et de l'admission à l'hôpital.

La composante assurance garantit le remboursement des frais médicaux engagés pour traiter la maladie. La police offre une couverture maximum de 3 M$ US et comporte, pour chaque réclamation, une franchise allant de 2 500 $ US à 10 000 $ US.

La police est renouvelable jusqu'à 75 ans. Au moment du renouvellement annuel, l'assureur peut résilier l'assurance d'un groupe d'assurés d'un âge ou d'un sexe donné, d'une catégorie d'assurés ou d'une région géographique particulière. Toutefois, l'assurance d'un particulier ne pourra être résiliée sur la seule base de ses réclamations. La prime n'est pas garantie et peut être augmentée à chaque date de renouvellement.

2.3. LA CONSTITUTION DU PROGRAMME DE PROTECTION DE LA SANTÉ

C'est parmi cet éventail de produits dits de « prestations du vivant de l'assuré » que le cadre supérieur choisira le genre et les montants de protection qu'il désire. Chacune de ces protections peut être couverte par une police d'assurance individuelle.

Il existe cependant sur le marché une police d'assurance vie universelle qui offre toutes ces protections sur une même plate-forme (l'assurance soins médicaux ne peut être incluse et doit faire l'objet d'une police distincte). La possibilité de regrouper la presque totalité des protections dans une seule police d'assurance vie universelle offre de nombreux avantages : un seul dossier de tarification médicale et financière à présenter pour les protections d'assurance invalidité, d'assurance maladie grave et de soins de longue durée, la facilité d'inclure dans le programme de protection de la santé un montant d'assurance vie et une seule prime à verser pour toutes ces couvertures. Un avantage additionnel spécifique à une police d'assurance vie universelle s'ajoute : les dépôts supplémentaires, faits en sus des primes de base, peuvent s'accumuler à l'abri de l'impôt. En plus de bénéficier d'un programme de protection de la santé, le cadre qui le désire pourra, moyennant certaines conditions techniques, faire des dépôts supplémentaires et profiter de cet abri fiscal.

Avec l'aide du conseiller en sécurité financière, le cadre déterminera ses objectifs et ses besoins financiers. Il va sans dire que le choix des protections peut varier d'un cadre supérieur à l'autre. Un individu jeune qui a une famille à sa charge aura besoin d'un bon montant d'assurance vie et d'une

protection maximum en assurance invalidité. Par contre, un cadre plus âgé privilégiera une assurance contre les maladies graves et pour les soins de longue durée dans l'espoir de protéger ses actifs, dans l'éventualité où il serait atteint d'une affection sérieuse. Ainsi, si nous examinons les possibilités qu'offre une enveloppe budgétaire de 17 500 $ pour un cadre de 40 ans, de 25 000 $ pour un cadre de 45 ans et de 35 000 $ pour un cadre de 55 ans, nous arrivons à des résultats qui témoignent de la flexibilité de la formule.

Protections offertes	**Cadre de 40 ans** **17 500 $**	**Cadre de 45 ans** **25 000 $**	**Cadre de 55 ans** **35 000 $**
Invalidité	10 000 $ / mois	12 500 $ / mois	8 000 $ / mois
Maladie grave	425 000 $	525 000 $	575 000 $
Soins de longue durée	300 $ / jour	300 $ / jour	300 $ / jour
Vie	750 000 $	500 000 $	125 000 $
Soins médicaux	3 M$ US	3 M$ US	3 M$ US

3. LA FISCALITÉ

Étant donné les nombreux produits d'assurance qui peuvent entrer dans l'élaboration d'un projet de protection de la santé, il est important de bien comprendre l'impact de la fiscalité sur le choix de chacun d'entre eux.

Les règles de fiscalité relatives à l'assurance vie, à l'assurance invalidité et à l'assurance soins médicaux sont claires dans l'ensemble. Par contre, celles applicables à l'assurance maladie grave et à l'assurance soins de longue durée le sont beaucoup moins.

3.1. L'ASSURANCE VIE

Les primes sont déductibles pour l'entreprise. Pour le cadre, elles sont considérées comme un avantage imposable. Au décès, le capital versé au bénéficiaire n'est pas imposable.

3.2. L'ASSURANCE INVALIDITÉ

Deux situations sont possibles, selon que la police fait partie ou non d'un régime d'assurance salaire tel que nous l'avons déjà évoqué à la section 2.2.1.4., « Régime d'assurance salaire ». Rappelons que, dans le cadre de ce régime, les primes payées par l'entreprise sont déductibles et elles ne sont pas imposables pour le cadre. Dans l'éventualité où ce dernier ferait une réclamation à la suite d'une invalidité, les prestations seraient imposables.

Si la police n'est pas émise en vertu d'un régime d'assurance salaire, les primes sont déductibles pour l'entreprise et elles sont imposables pour le cadre. En cas d'invalidité, les prestations ne seront pas imposables.

3.3. L'ASSURANCE SOINS MÉDICAUX

Les règles fiscales diffèrent d'un niveau de gouvernement à l'autre. Au fédéral, la totalité de la prime souscrite dans le cadre d'un régime d'avantages sociaux est déductible par l'employeur et n'est pas considérée comme un avantage imposable pour le cadre.

Au Québec, la prime est déductible pour l'entreprise, mais elle est considérée comme un avantage imposable pour le cadre.

Aux deux niveaux de gouvernement, les prestations reçues au titre de la police ne sont pas assujetties à l'impôt.

3.4. L'ASSURANCE MALADIE GRAVE ET LES SOINS DE LONGUE DURÉE

Le ministère du Revenu n'a pas encore émis d'opinions ou de directives sur la manière dont seront traités ces deux produits dans le cadre d'un régime d'avantages sociaux. Dans les circonstances, il est impossible d'établir avec certitude la meilleure politique à suivre.

On peut néanmoins présumer que l'entreprise qui paiera les primes pourra les déduire à titre de frais d'entreprise. Si les primes sont ajoutées au

revenu imposable de l'employé, les prestations reçues au titre de ces deux polices ne devraient pas être imposables. C'est l'approche prudente.

Une interprétation plus audacieuse considérerait que les primes sont payées dans le cadre d'une assurance collective contre les accidents et la maladie. Au fédéral, cette approche permettrait de ne pas traiter les primes comme un avantage imposable pour le cadre, et les prestations payées au titre de ces deux polices ne seraient pas imposables.

3.5. LE SCÉNARIO CLASSIQUE

Pour minimiser l'impact des coûts fiscaux pour le cadre supérieur, une position prudente nous amènerait à établir le programme de la manière suivante :

- l'entreprise détient la propriété des contrats et paye directement les primes à l'assureur;
- les polices d'assurance invalidité sont émises dans le cadre d'un régime d'assurance salaire afin que les primes ne soient pas imposables pour le cadre supérieur;
- les primes d'assurance vie, d'assurance maladie grave et d'assurance soins de longue durée sont considérées comme des avantages imposables pour le cadre;
- les primes de la police soins médicaux sont considérées comme un avantage imposable uniquement au provincial.

4. AUTRES CONSIDÉRATIONS

4.1. L'ASSURABILITÉ DU CADRE

Une fois que le cadre a choisi les protections qu'il désire et les montants qui s'y rattachent, toutes les informations médicales requises par le ou les assureurs doivent être soumises avec la proposition. Selon l'état de santé du cadre, les assureurs peuvent émettre les polices basées sur les conditions standards avec exclusion, avec surprime, ou la proposition peut tout simplement être refusée.

4.1.1. Standard

La police est émise aux taux courants, sans aucune forme de restriction.

4.1.2. Avec exclusion

La police est émise aux taux courants mais comporte une exclusion spécifique. Par exemple, à cause des antécédents médicaux du proposant, l'assureur émet la police d'assurance invalidité avec une modification précisant qu'aucune indemnité ne sera payable si l'invalidité est causée par un problème de dos.

4.1.3. Avec surprime

La police est émise, mais les taux courants ne seront pas appliqués. Par exemple, à cause d'un problème de diabète, une surprime de 75 % s'appliquera aux taux normalement en vigueur.

4.1.4. Refus pour une ou plusieurs protections

Enfin, la pire des décisions : l'état de santé du cadre est tel que l'assureur refuse d'émettre une police.

Il faut comprendre que la tarification sera faite différemment selon qu'il s'agit d'une demande d'assurance vie, d'assurance invalidité, de maladie grave, de soins de longue durée ou de soins médicaux. Par exemple, le mal de dos évoqué ci-dessus pourrait conduire à une exclusion en invalidité, en soins de longue durée, en soins médicaux, mais pas en assurance vie ou maladie grave, ou encore, un problème de stress actif amènera un refus de la demande d'assurance invalidité, alors que les autres polices seront acceptées standards. Un grand nombre de situations est possible et le programme de protection de la santé permet d'harmoniser son contenu en fonction des décisions que prendront les assureurs.

Ainsi, si l'assurance invalidité est refusée à cause d'un problème de stress, il est possible d'utiliser la prime qui normalement aurait été consacrée à cette protection pour augmenter, par exemple, le montant d'assurance en cas de maladie grave.

D'autre part, si une des polices était émise avec une surprime, il faudrait réduire sensiblement une ou plusieurs des autres protections pour compenser l'effet de la surprime sur l'enveloppe budgétaire que le cadre s'est vu octroyer.

4.1.5. Le cadre n'est pas du tout assurable

Dans ce cas, il y a trois options pour disposer de l'enveloppe budgétaire qui, normalement, aurait dû servir à financer le programme de protection de la santé.

4.1.5.1. L'enveloppe budgétaire est versée sous forme de bonification

Faute de pouvoir assurer le cadre, l'entreprise lui remet chaque année, sous forme de bonification, les sommes qui, normalement, auraient été consacrées au paiement des protections. Cette solution est simple, mais elle s'éloigne de l'objectif de protection de la santé du cadre.

4.1.5.2. Le cadre assure sa famille au niveau des soins médicaux

Le cadre qui est informé qu'il n'est pas assurable peut demander à l'entreprise d'assurer sa famille sous le chapeau de la police soins médicaux. En effet, la conjointe et les enfants du cadre pourraient être couverts et le coût des primes demeurerait déductible pour l'entreprise de la même manière que si c'est le cadre qui était assuré. Cette solution ne règle pas le problème du cadre en tant que tel, mais elle a le mérite de permettre à sa famille de bénéficier d'une protection à laquelle il n'a pas droit.

4.1.5.3. Fiducie de santé et de bien-être

Si l'entreprise a établi une fiducie de santé et de bien-être[3], le montant des primes qui aurait normalement dû être utilisé pour financer le coût des polices d'assurance du cadre non assurable pourrait être versé dans la fiducie. Dans l'éventualité où ce dernier serait victime d'une invalidité ou aurait des frais médicaux à assumer, la fiducie pourrait lui payer des prestations en conformité avec l'accord de fiducie. Certes, il s'agit d'un compromis, mais il n'existe guère de solution miracle pour contourner un problème d'assurabilité.

---

[3] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-85R2, « Fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », 31 juillet 1986.

4.2. LA CONFIDENTIALITÉ

La formule proposée pour enclencher l'émission des polices – le cadre traite directement avec le conseiller en sécurité financière – permet de préserver la confidentialité du dossier du cadre. Au point de vue médical, il est indispensable de négocier les propositions d'assurance sans que l'entreprise soit informée de la condition du cadre. Étant donné qu'il reçoit une enveloppe budgétaire et décide lui-même de la manière dont il en disposera, toute la procédure de tarification peut être suivie directement avec le cadre sans que l'entreprise n'ait à intervenir.

4.3. À QUI CE PROGRAMME EST-IL DESTINÉ?

Un programme de protection de la santé représente un coût annuel important pour une entreprise. En conséquence, seules les entreprises d'envergure, prêtes à investir pour garder leurs cadres supérieurs, trouveront un avantage réel dans ce programme. Le nombre de cadres impliqués n'a pas d'importance en soi. Un tel programme peut être bâti autour de deux, dix ou trente cadres. Il fonctionne de la même façon, sans égard au nombre d'individus qui y adhèrent. L'entreprise privée et l'entreprise publique peuvent également bénéficier des avantages de ce programme.

Le cadre qui gagne moins de 125 000 $ par année risque de trouver un tel programme moins avantageux. Une bonne partie des primes payées par l'employeur étant imposables, le cadre se retrouve avec un fardeau fiscal que ses revenus peuvent difficilement absorber. Dans tous les cas, les cadres supérieurs des entreprises qui se qualifient pour ce programme se situent rarement dans cette échelle de revenu.

4.4. LES PROBLÈMES DE CITOYENNETÉ

Il arrive fréquemment, dans une entreprise, que certains cadres supérieurs travaillent à l'extérieur du Canada. Les assureurs en prestations du vivant de l'assuré vont généralement refuser d'assurer un proposant qui n'est pas citoyen canadien ou qui n'a pas le statut d'immigrant reçu. Quand une telle situation se présente, le conseiller en sécurité financière doit prendre contact avec un collègue du pays où travaille le cadre. Ils verront alors à bâtir ensemble un programme le plus près possible de celui qui a été conçu pour ses collègues canadiens et qui tiendra compte des lois et des produits d'assurance en vigueur dans le pays où le cadre travaille.

4.5. QUE FAIRE DE L'ASSURANCE INVALIDITÉ COLLECTIVE DE LONGUE DURÉE?

Comme nous l'avons déjà souligné, l'assurance invalidité est à la base de tout programme de protection de la santé. Étant donné que l'assurance collective de longue durée est d'une qualité relative, nous recommandons au cadre supérieur de s'assurer sur une base individuelle pour le plein montant auquel il a droit. Devons-nous en déduire pour autant que l'entreprise devrait annuler l'assurance invalidité collective pour la catégorie de cadres qui seront couverts par le programme de protection de la santé? Nous ne le croyons pas, et ce pour trois raisons :

1. Les cadres supérieurs qui ne seront pas assurables en invalidité sur une base individuelle pourront ainsi continuer à bénéficier d'une protection. Certes, cette couverture collective ne sera probablement pas aussi élevée que le montant de protection individuelle, mais elle fournira un montant tout au moins correspondant au maximum accepté par l'assureur en collectif. Compte tenu de la non-assurabilité du cadre, la protection collective demeure pour lui un acquis précieux;

2. Les nouveaux cadres supérieurs que l'entreprise recrutera peuvent également avoir des problèmes d'assurabilité. S'il n'y a plus de longue durée collective en vigueur, l'entreprise ne sera plus en mesure de leur garantir une protection minimum. Une telle situation ne favoriserait guère ses efforts de recrutement;

3. Les cadres les plus âgés auront souvent tendance à prendre des couvertures (maladie grave, soins de longue durée, soins médicaux) qui protègent leurs actifs acquis en vue de la retraite plutôt que de s'assurer individuellement en invalidité pour le plein montant auquel ils ont droit. Dans une telle conjoncture, l'assurance collective peut agir comme complément de l'assurance individuelle. Si on prend le cas d'un cadre qui a un revenu de 250 000 $, il a droit à une prestation mensuelle imposable d'environ 12 800 $, selon les assureurs. Si l'assurance collective lui garantit, par exemple, une prestation de 6 000 $, il s'assurera uniquement pour la différence de 6 800 $.

Même si l'assurance collective pour invalidité de longue durée n'offre pas de garanties blindées comme celles de l'invalidité individuelle, elle demeure, en certaines circonstances, un complément précieux.

4.6. QU'ARRIVE-T-IL SI LE CADRE QUITTE OU PREND SA RETRAITE?

Si le cadre supérieur décide de quitter l'entreprise, cette dernière a toujours le loisir de lui transférer la propriété des polices en vigueur et il reviendra au cadre d'assumer le coût des primes.

À la retraite, toutes les protections offertes dans le cadre de ce programme peuvent demeurer en vigueur, à l'exception de l'assurance invalidité dont la couverture prend fin quand l'assuré atteint l'âge de 65 ans. L'assurance vie peut demeurer en vigueur jusqu'à 100 ans. La maladie grave offre une couverture jusqu'à 75 ou 100 ans, selon l'option choisie à l'émission. Les soins de longue durée peuvent rester en vigueur la vie durant de l'assuré. Enfin, les soins médicaux sont renouvelables jusqu'à 75 ans.

CONCLUSION

Le programme de protection de la santé a été conçu pour que l'entreprise et les cadres supérieurs y trouvent leur compte.

L'argent comporte des limites. Lorsqu'un certain niveau de revenu est atteint, ce ne sont pas quelques milliers de dollars de plus qui vont motiver un cadre à rester dans une entreprise. Cependant, des mesures incitatives basées non plus sur l'argent, mais plutôt sur la santé, ont de bonnes chances de réussir. La santé est une des priorités dans la vie d'une personne. Actuellement, pour toutes sortes de raisons, notre réseau de la santé s'essouffle et n'arrive plus à répondre à la demande. Pourtant, ce n'est qu'un début, les baby-boomers n'étant qu'au seuil de la vieillesse. Au cours des années à venir, le vieillissement fera son œuvre et notre système de santé actuellement sous-financé risque de souffrir encore plus. Offrir la possibilité à des cadres de disposer des ressources médicales et financières pour se faire soigner en dehors du régime public est un avantage précieux.

Un tel programme permet à une entreprise de se munir, à un coût raisonnable, d'une politique de rémunération qui remplit pleinement son rôle premier : retenir et attirer des cadres supérieurs de qualité. De plus, il garantit à l'entreprise que ses cadres, victimes d'une maladie ou d'un accident, recevront les meilleurs soins dans les meilleurs délais.

LE RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL

Nathalie Bachand
ASA, Pl. Fin.
Nathalie Bachand Planification financière inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 36:3

1. DÉFINITION 36:3

2. LÉGISLATION 36:4

3. COTISATION ANNUELLE 36:5

3.1. FLUX MONÉTAIRES 36:6

4. RACHAT DE SERVICE PASSÉ 36:7

4.1. ANNÉES ANTÉRIEURES À 1990 ..... 36:7
4.2. ANNÉES POSTÉRIEURES À 1989 ..... 36:8

5. CAPITALISATION 36:10

5.1. RÉGIME DÉSIGNÉ 36:10

5.2. FINANCEMENT 36:10

6. À LA RETRAITE 36:11

6.1. RETRAITE ANTICIPÉE 36:11
6.2. OPTIONS À LA RETRAITE 36:12

7. AU DÉCÈS DU PARTICIPANT 36:13

8. AUTRES ASPECTS IMPORTANTS 36:13

8.1. COTISATIONS AU REÉR 36:13
8.2. INTERVENANTS 36:14

9. INCONVÉNIENTS 36:15

10. EXEMPLE 36:15

INTRODUCTION*

Pourquoi cet engouement soudain pour ce type de régime? Disons tout d'abord que le régime de retraite individuel (ci-après « RRI ») est un régime de pension agréé à prestations déterminées, mis en place généralement pour un actionnaire important, un dirigeant ou un professionnel incorporé, qui vise à maximiser le revenu de retraite. La popularité récente de ces régimes est probablement due à plusieurs facteurs, dont la baisse des marchés financiers, la possibilité depuis 2001 de ne plus enregistrer ce type de régime auprès de la Régie des rentes du Québec (ci-après « RRQ ») lorsqu'il est établi uniquement en faveur d'actionnaires importants ou de personnes liées, le vieillissement de la population, la possibilité qu'auront prochainement les professionnels de s'incorporer et aussi la jurisprudence récente relativement à l'insaisissabilité des régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »).

1. DÉFINITION

Le régime de retraite individuel est un régime de pension agréé[1] à prestations déterminées qui n'est pas différent du régime traditionnel que l'on rencontre dans les moyennes et grandes entreprises, à la différence près qu'il vise principalement un seul haut salarié.

De façon générale, le RRI permettra d'accumuler les fonds nécessaires afin de payer une rente viagère à compter de 65 ans. Cette rente ne pourra évidemment pas dépasser les limites permises par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, soit le moindre de :

- 1 722,22 $[2];
- 2 % de la moyenne des trois meilleures années de salaire indexé[3] multiplié par les années de service crédité.

---

* L'auteure remercie M. Jean Lafleur, FICA, FSA, pour sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

1 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod., art. 147.1 (ci-après « L.I.R. »).

2 1 722,22 $ est la rente maximale permise en 2003 dans un régime de retraite à prestations déterminées. Selon le Budget fédéral 2003, ce maximum augmentera à 1 833,33 $ en 2004 et à 2 000 $ en 2005 pour être indexé par la suite selon l'augmentation du salaire industriel moyen.

3 Pour une personne rattachée, on doit tenir compte de la moyenne de la rémunération indexée de toute la carrière et non des trois meilleures années. *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod., par. 8504(1) (ci-après « R.I.R. »).

2. LÉGISLATION

Le RRI est normalement encadré par deux lois, soit la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet l'agrément du régime et qui certifie les cotisations à verser dans le régime, et la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[4], qui a pour rôle la protection des participants.

Depuis le 1er janvier 2001, un RRI qui ne s'adresse qu'à une personne rattachée[5] est, selon l'article 2.1 L.R.C.R., soustrait à l'application de cette loi, à l'exception de cinq de ses dispositions, soit les articles 6, 64 et 107 L.R.C.R., le premier alinéa de l'article 110 et de l'article 171.1 L.R.C.R.

En résumé, l'article 6 L.R.C.R. stipule que le régime demeure un patrimoine fiduciaire, distinct de celui de l'employeur et des participants. Selon l'article 64 L.R.C.R., la désignation des bénéficiaires et leur révocation continueront d'être régies par le *Code civil du Québec*[6]. Les articles 107 et 110 L.R.C.R. portent sur le partage du patrimoine familial et sur le droit à ce partage pour les conjoints de fait. Quant à l'article 171.1 L.R.C.R., il décrète ce qui suit au sujet des placements : « À moins que les circonstances n'indiquent qu'il est raisonnable d'agir autrement, le comité de retraite doit tendre à composer un portefeuille diversifié de façon à minimiser les risques de pertes importantes. »

Un tel régime n'est donc plus assujetti à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, ce qui a pour effet de :

- soustraire le régime à la surveillance et au contrôle exercés par la RRQ;
- par le fait même, simplifier l'administration du régime;
- permettre le transfert éventuel des sommes accumulées dans un REÉR au lieu d'un compte de retraite immobilisé (ci-après « CRI »).

---

4 L.R.Q., c. R-15.1 (ci-après « L.R.C.R. »).

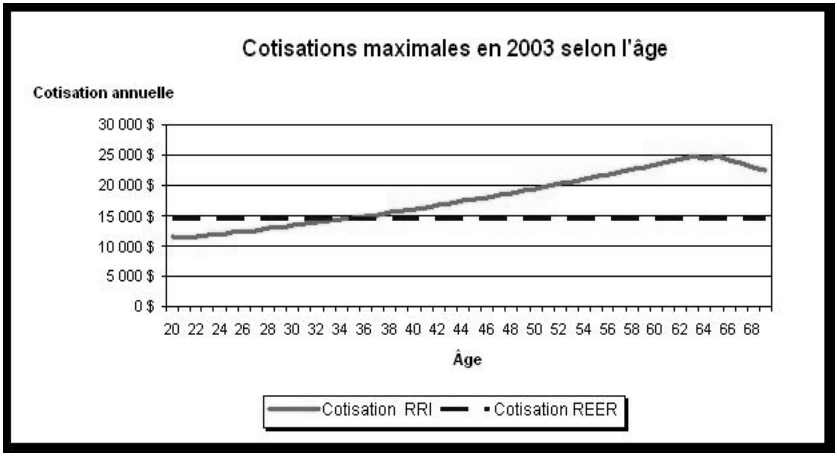
5 Essentiellement, une personne est considérée comme rattachée à un employeur si elle est propriétaire d'au moins 10 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de l'employeur ou si elle a un lien de dépendance avec lui. Par. 8500(3) R.I.R.

6 L.Q. 1991, c. 64, art. 2445-2459.

Rappelons que si le RRI est mis en place pour un cadre de l'entreprise qui n'est pas une personne rattachée, le régime doit nécessairement être enregistré auprès de la RRQ et n'est soustrait à aucune de ses dispositions.

3. COTISATION ANNUELLE

Comme ce régime est un régime à prestations déterminées, le financement est établi sur la base d'une rente promise à la retraite. De par sa nature, il permet donc de verser une cotisation annuelle qui sera supérieure à la cotisation maximale admissible au REÉR, et ce, pour tout individu de plus de 40-45 ans. Le graphique ci-dessous illustre la cotisation permise en 2003 selon l'âge.



Afin de reconnaître une année dans le régime de retraite, un revenu d'emploi selon le T4 (salaire, boni, commissions et autres avantages imposables ajoutés au revenu d'emploi) doit être payé à l'employé, les dividendes reçus ne peuvent pas être considérés.

Si nous prenons par exemple un individu de 45 ans qui met en place un RRI en date du 1er janvier 2003 et qui reçoit dans l'année un revenu d'emploi de 90 000 $ ou plus, la cotisation permise en 2003 est d'environ 18 000 $ comparativement à 14 500 $ dans son REÉR.

3.1. FLUX MONÉTAIRES

La cotisation au RRI est versée directement par la compagnie, ce qui évite ainsi les charges sociales, principalement le fonds des services de santé (FSS), la taxe sur la masse salariale variant entre 2,54 % et 4,7 %.

Si le revenu d'emploi du participant est inférieur à 90 000 $ (en 2003), la compagnie ne pourra effectuer la cotisation maximale au RRI. Dans la mesure où le revenu d'emploi excède ces seuils et que l'objectif est de maintenir le même revenu personnel après impôts, la stratégie à adopter pourrait être de diminuer la rémunération d'un montant équivalant à la cotisation au REÉR. Le revenu personnel après impôts sera le même. Le coût supplémentaire pour la compagnie correspondra à la différence entre la cotisation au RRI et l'ancien REÉR. Voyons un exemple avec un revenu d'emploi de 120 000 $ et une cotisation au REÉR de 14 500 $:

	Sans RRI	Avec RRI	Écart
Compagnie			
Salaire	120 000 $	105 500 $	
Cotisation au RRI	- .	18 000 $	
Déboursé	120 000 $	123 500 $	3 500 $
Déduction d'impôt (22 %)	(26 400 $)	(27 170 $)	
Coût net pour la compagnie	93 600 $	96 330 $	2 730 $
Propriétaire			
Salaire versé	120 000 $	105 500 $	
REÉR	(14 500 $)	- .	
	105 500 $	105 500 $	
Impôt et charges sociales	(38 500 $)	(38 500 $)	
Salaire net	67 000 $	67 000 $	0 $

Dans le contexte de la mise sur pied d'un RRI pour un cadre de l'entreprise et non pour l'actionnaire, l'objectif poursuivi pourrait plutôt être de maintenir le même coût pour l'entreprise en permettant au cadre de différer l'impôt sur une plus grande partie de son revenu d'emploi. Il faudrait modifier la rémunération de la façon qui suit :

	Sans RRI	Avec RRI	Écart
Compagnie			
Salaire	120 000 $	102 000 $	
Cotisation au RRI	- $	18 000 $	
Déboursé	120 000 $	120 000 $	0 $
Déduction d'impôt (22 %)	(26 400 $)	(26 400 $)	
Coût net pour la compagnie	93 600 $	93 600 $	0 $
Cadre			
Salaire versé	120 000 $	102 000 $	
REÉR	(14 500 $)	- $	
	105 500 $	102 000 $	
Impôt et charges sociales	(38 500 $)	(37 000 $)	
Salaire net	67 000 $	65 000 $	2 000 $

Le cadre aura donc 2 000 $ de moins de revenu après impôts, mais il accumule plus pour sa retraite; il diffère donc une plus grande partie de sa rémunération.

4. RACHAT DE SERVICE PASSÉ

Lorsque le RRI est mis en place, il est possible de racheter les années de service passé. Le rachat peut aussi être effectué après la mise en place du régime. Dans ce texte, nous ne nous attarderons qu'au rachat des années postérieures à 1989, mais voici un bref aperçu des éléments relatifs au rachat des années antérieures à 1990.

4.1. ANNÉES ANTÉRIEURES À 1990

Le rachat des années antérieures à 1990 fait l'objet de restrictions importantes et ne fait pas l'objet du présent texte. Notons simplement qu'il n'est plus possible, depuis mars 1999, d'acheter ces années en bloc. Le rachat ne peut se faire qu'au rythme auquel les prestations pour service depuis la mise en vigueur du régime s'effectuent. La rente créditée pour les

années antérieures à 1990 est limitée au 2/3 de la rente maximale permise[7], soit 1 150 $ en 2003 (1 722,22 $ x 2/3). Pour un individu dont le revenu d'emploi l'amène à la rente maximale, le résultat est qu'il reçoit 1 1/2 années de service antérieures à 1990 pour chaque année courante créditée dans le RRI. Finalement, des contraintes additionnelles s'adressent aux personnes rattachées dans le cadre de ce type de rachat.

4.2. ANNÉES POSTÉRIEURES À 1989

Lorsque le RRI est mis en place, on effectue de façon générale le rachat de toutes les années possibles depuis 1990. Exceptionnellement dans le cas d'une personne rattachée, le rachat ne visera que les années postérieures à 1990 et exclura donc l'année 1990. Pour effectuer ce rachat, un revenu d'emploi (les dividendes ne peuvent pas être considérés) doit avoir été versé pour les années données, ce qui implique donc que la compagnie existait déjà. Ce rachat générera automatiquement un facteur d'équivalence pour service passé (ci-après « FESP »)[8]. Le FESP a pour objectif de rétablir l'équilibre dans l'épargne-retraite. En effet, durant ces années, le participant a eu la possibilité de cotiser pleinement à son REÉR et comme nous reconnaissons maintenant ces années dans un régime de retraite, ces droits de cotisation au REÉR doivent être retranchés.

Pour que le FESP déclaré à l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») leur soit acceptable, l'individu devra réduire celui-ci en transférant un montant de son REÉR vers le RRI afin de financer une partie du rachat. Comme le coût du rachat est supérieur au transfert provenant du REÉR, un montant additionnel devra être versé directement dans le RRI par la compagnie et donnera droit à une déduction fiscale pour celle-ci. Si l'individu n'a jamais cotisé à son REÉR durant ces années-là, le FESP aura simplement pour effet de réduire son espace REÉR disponible, aucun transfert provenant du REÉR de l'individu ne sera nécessaire et la compagnie pourra verser la totalité du coût du rachat.

Vous trouverez, dans le tableau ci-dessous, le coût actuariel occasionné par le rachat des années 1991 à 2002 inclusivement, le montant transféré du REÉR et le montant additionnel à verser en fonction de l'âge du nouveau participant. Nous supposons ici que les revenus d'emploi versés depuis 1991 sont tous supérieurs à 100 000 $ lorsqu'ils sont indexés selon les

---

7 Par. 8504(6) R.I.R.

8 Art. 8303, 8304 et 8307 R.I.R.

augmentations passées des salaires industriels moyens et que le participant a toujours cotisé au maximum à son REÉR.

Rachat des années 1991 à 2002 (12 années)

Âge au moment du rachat	Coût total du rachat	Transfert du REÉR	Cotisation additionnelle
40	193 300 $	159 400 $	33 900 $
45	212 300 $	159 400 $	52 900 $
50	233 300 $	159 400 $	73 900 $
55	256 200 $	159 400 $	96 800 $
60	281 400 $	159 400 $	122 000 $

À titre d'exemple, une compagnie existant depuis au moins 1991, qui met en place un RRI au 1er janvier 2003 pour un actionnaire de 55 ans dont les revenus d'emploi annuels versés et indexés sont supérieurs à 100 000 $, pourra verser une cotisation annuelle de 22 200 $ en 2003 (voir la section 3.). De plus, les 12 années précédentes pourront être rachetées au coût de 256 200 $, financé par un transfert de 159 400 $ de son REÉR (dans la mesure où il n'a aucun droit de cotisation non utilisé au REÉR) et par un investissement additionnel de 96 800 $ entièrement déductible d'impôt par la compagnie.

Il est à noter que si le participant a effectué ses cotisations au REÉR de son conjoint dans le passé, ce REÉR ne pourra pas être utilisé aux fins du rachat des services passés.

5. CAPITALISATION

5.1. RÉGIME DÉSIGNÉ

De façon générale, un RRI est considéré comme un régime désigné[9] puisqu'il est destiné principalement à des personnes rattachées ou à des personnes qui gagnent plus de deux fois et demi le maximum des gains admissibles. Dans un régime désigné, la cotisation pouvant être versée est limitée au financement anticipé des prestations permises. Il sera donc impossible dans le cadre d'un régime désigné de verser des cotisations dans le RRI afin de financer certaines prestations[10], comme une retraite anticipée, une rente temporaire jusqu'à 65 ans ou une pleine indexation de la rente de retraite. De plus, les hypothèses utilisées lors de l'évaluation d'un régime désigné sont prescrites[11] :

- le taux d'intérêt de l'évaluation, soit le rendement futur attendu, doit être de 7,5 %;
- le taux annuel d'augmentation des revenus d'emploi et des rentes maximales futur doit être de 5,5 %;
- le taux annuel d'augmentation de l'indice des prix à la consommation (ci-après « IPC ») est de 4 %. Comme la rente ne peut être indexée que selon l'IPC moins 1 %, ceci résulte en un taux d'indexation des rentes de 3 %;
- âge de la retraite prévue à compter de 65 ans seulement;
- table de mortalité prescrite.

5.2. FINANCEMENT

Les cotisations versées seront établies en vue d'accumuler le capital nécessaire afin de financer une rente au moment de la retraite. C'est donc dire que si les hypothèses énoncées ci-dessus ne se réalisent pas, soit, par exemple, que les rendements sont inférieurs à ce qui est attendu (7,5 %) ou que les revenus d'emploi (la rente maximale permise) augmentent à un taux

---

9 Art. 8515 R.I.R.

10 Par. 8515(6) R.I.R.

11 Par. 8515(7) R.I.R.

supérieur à 5,5 %, un déficit sera déclaré et lors de la détermination de la cotisation annuelle, il sera possible d'injecter des sommes additionnelles afin de financer ce déficit. Il conviendra donc, dans le cadre d'une politique de placement intégrant tous les actifs du client, de maximiser les revenus fixes dans le RRI plutôt qu'ailleurs, ce qui permettra de combler les rendements inférieurs à 7,5 %, ce qu'il n'est pas possible de faire dans un REÉR.

6. À LA RETRAITE

6.1. RETRAITE ANTICIPÉE

Comme mentionné à la section 5.1., toutes les prestations permises par la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne peuvent être entièrement financées dans le cadre d'un régime désigné. Par ailleurs, il sera possible de financer ces prestations au moment de la retraite jusqu'au maximum permis par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La compagnie pourra donc injecter un montant forfaitaire au moment de la retraite afin de financer les prestations suivantes :

Retraite anticipée

La loi permet le paiement d'une pleine rente non réduite de façon actuarielle pour anticipation à la première des dates suivantes :

- date à laquelle le participant atteint l'âge de 60 ans;
- date à laquelle le participant atteint 30 années de service;
- date à laquelle l'âge plus le service égalent 80.

Si la rente est payable avant cette date, elle doit être réduite de 1/4 de 1 % par mois d'anticipation avant cette date.

Prestation de raccordement

On parle ici d'une rente temporaire payable entre l'âge de la retraite et 65 ans. Cette rente est aussi soumise à des limites. De façon générale, cette rente correspondra à environ 1/35 de la rente maximale du Régime de rentes du Québec établie à 65 ans multipliée par le nombre d'années de service crédité.

La pleine indexation de la rente

Il est possible d'indexer la rente de retraite annuellement à partir du moment où elle devient payable à un taux maximum correspondant à l'IPC.

Le coût relatif à ces prestations ou avantages additionnels variera selon l'âge du participant. Le montant forfaitaire pourra donc varier entre 50 000 $ et 400 000 $.

6.2. OPTIONS À LA RETRAITE

Au moment de la retraite, le régime prévoit verser une rente viagère au participant. Mais le participant aura trois choix :

- recevoir une rente directement du régime;
- acheter une rente auprès d'une compagnie d'assurances;
- transférer dans un REÉR la valeur de la rente (le transfert devra être fait dans un CRI si le participant n'est pas une personne rattachée et que le régime est soumis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*).

S'il y a un surplus accumulé dans le régime, ce dernier pourra servir soit à financer la retraite anticipée (voir la section 6.1.) ou, si les sommes sont transférées dans un REÉR (ou un CRI) et que le régime est terminé, le surplus sera remboursé au participant ou à l'employeur (selon les dispositions du régime) et sera imposable.

Dans le cas de la vente de l'entreprise, l'actionnaire/participant pourra choisir une des trois options précédentes. S'il décide de recevoir une rente directement du régime, le régime pourra être transféré dans la compagnie de gestion afin d'en assurer la continuité.

D'un autre côté, s'il veut mettre fin à son régime, l'actionnaire/participant pourra transférer la totalité de la valeur accumulée dans son RRI dans un REÉR ou un CRI si le régime était enregistré auprès de la RRQ. Par contre, s'il opte pour cette solution, la stratégie permettant d'injecter une somme forfaitaire en cas de retraite anticipée (voir la section 6.1.) n'est pas avantageuse parce qu'au moment du transfert, ce montant deviendra entièrement imposable. En effet, la *Loi de l'impôt sur le*

revenu limite le montant du transfert dans un véhicule enregistré[12], que ce soit le REÉR ou le CRI.

7. AU DÉCÈS DU PARTICIPANT

Que le décès survienne avant ou après la retraite, il est possible dans tous les cas de prévoir le transfert de la valeur de la rente, soit l'équivalent de l'actif accumulé dans le régime. Notez aussi que dans le cas d'un régime mis en place pour un cadre (personne non rattachée), la prestation de décès sera toujours versée en priorité au conjoint et que le conjoint se définit comme un conjoint marié ou un conjoint de fait après trois ans de vie commune (ou un an avec enfant). Par ailleurs, dans le cas d'un RRI ne visant que des personnes rattachées, le bénéficiaire de la prestation de décès pourrait être une autre personne que le conjoint et la définition de conjoint pourrait aussi varier.

Un des avantages du RRI est la possibilité de transférer les sommes accumulées dans le régime à la deuxième génération sans impact fiscal. En effet, il serait possible de faire adhérer un nouveau participant plus jeune (le fils, par exemple) dans le RRI. Le régime demeurerait en vigueur, le père pourrait recevoir sa rente viagère, ne pas toucher aux surplus accumulés et le fils, en devenant un participant du régime, pourrait éventuellement bénéficier de ces sommes. Particulièrement au décès du père, le régime n'aurait pas à être liquidé, les sommes restantes bénéficieraient encore du report d'impôts jusqu'au moment où le fils les retirerait.

8. AUTRES ASPECTS IMPORTANTS

8.1. COTISATIONS AU REÉR

Le RRI limitera nécessairement la cotisation au REÉR puisqu'il générera un facteur d'équivalence (ci-après « FE ») qui, de façon générale, permettra au participant de verser 600 $ à son REÉR une fois l'espace REÉR revenu à 0 $[13]. Par ailleurs, l'année de la mise en place du RRI est différente puisqu'il n'y a pas de FE qui a été déclaré l'année précédente. Pour cette première année, le calcul de la cotisation au REÉR sera 18 % du revenu

---

12 Art. 8517 R.I.R.

13 Dans le cas où un transfert admissible provenant du REÉR est effectué, l'espace REÉR de l'année suivant la mise en place du régime devient typiquement égal à - 8 000 $.

gagné jusqu'au maximum de 14 500 $, sauf si la condition suivante est remplie :

si le participant est une personne rattachée et que la compagnie était en place en 1990, la cotisation au REÉR sera 18 % du revenu gagné de l'année précédente moins 18 % du revenu gagné en 1990 (jusqu'à concurrence de 11 500 $). Par exemple, dans le cas de la mise en place d'un RRI en 2003, la cotisation maximale permise en 2003 serait de 3 000 $, soit 14 500 $ - 11 500 $.

8.2. INTERVENANTS

Pour la mise en place de ce régime, les intervenants suivants sont requis :

Actuaire

L'actuaire rédigera le règlement du régime de retraite, procédera à l'évaluation actuarielle initiale du régime incluant la recommandation relative aux cotisations annuelles à verser au régime. L'actuaire s'occupera normalement de l'enregistrement du régime auprès de l'ADRC et de la RRQ, s'il y a lieu.

Fiduciaires

Pour la mise en place du RRI, il devra y avoir un contrat de fiducie. Trois options s'offrent, soit la compagnie d'assurances, la société de fiducie ou la fiducie personnelle. Dans les deux premiers cas, le fiduciaire est institutionnel; dans le dernier cas, ce sont des fiduciaires individuels. La dernière solution s'avère beaucoup plus flexible, puisqu'elle permettra au conseiller financier de conserver le plein contrôle des placements. Trois fiduciaires devront être nommés, dont un indépendant.

Administrateur

L'administrateur sera généralement l'employeur. Ces derniers délégueront souvent à l'actuaire les tâches administratives suivantes : le calcul des FE, la production des relevés annuels et les déclarations annuelles aux autorités gouvernementales.

Conseiller en placement

Son rôle sera la gestion des placements en lien avec la politique de placement.

9. INCONVÉNIENTS

Les principales contraintes du RRI sont les suivantes :

- coûts plus élevés que le REÉR;
- administration plus lourde;
- fractionnement du revenu : lorsqu'un RRI est mis en place, il n'est plus possible de cotiser au REÉR du conjoint;
- rémunération moins flexible : un revenu d'emploi doit être versé;
- partage du patrimoine : à l'égard du propriétaire de la compagnie, les sommes que celle-ci transfère dans un RRI feront partie du partage du patrimoine familial en cas de séparation ou de divorce alors qu'elles ne le sont pas si elles demeurent au sein de la compagnie (dans le cas où le régime matrimonial est la séparation de biens);
- si les rendements sont très élevés et qu'il en résulte un surplus excédentaire, les cotisations devront être temporairement suspendues jusqu'à ce que celui-ci soit totalement utilisé pour couvrir les cotisations. Ceci ne modifiera en rien les droits de cotisation au REÉR de l'individu puisque le FE demeurera le même. Il ne pourra plus cotiser au REÉR pendant ce temps.

10. EXEMPLE

Imaginons un client de 45 ans, principal actionnaire d'une compagnie en place depuis 1985, il a toujours reçu des revenus d'emploi de plus de 85 000 $. Ce client a toujours cotisé au maximum à son REÉR, il y a accumulé 198 000 $ à ce jour. Il cherche une façon d'accroître son épargne à l'abri de l'impôt.

S'il décidait de mettre en place un RRI au 1er janvier 2003, il pourrait dorénavant cotiser davantage à ce régime qu'à son REÉR. En effet, la cotisation maximale au REÉR en 2003 est de 14 500 $, alors que la

cotisation permise au RRI pour un individu de 45 ans est de 18 400 $. De plus, il pourrait racheter les années 1991 à 2002 inclusivement. Selon le tableau présenté à la section 4.2., pour notre client, le coût du rachat serait de 212 300 $. Pour effectuer ce rachat, il devra transférer 159 400 $ de son REÉR à son RRI. La compagnie pourra verser la différence de 52 900 $ et déduire ce montant dans l'année 2003.

Notre client (et sa compagnie) investira donc les sommes suivantes en 2003 :

Cotisation au RRI pour l'année 2003 (cie) :	18 400 $
Cotisation au REÉR pour l'année 2003 (client) :	3 000 $
Cotisation pour service passé (cie) :	52 900 $
Total :	73 300 $

Reportons-nous maintenant en 2017, soit 14 ans plus tard. Notre client désire prendre sa retraite le 31 décembre de cette année. Il prévoit vendre son entreprise et se demande ce qu'il devrait faire avec son régime de retraite.

Regardons tout d'abord le revenu de retraite accumulé dans le régime au 31 décembre 2017 (tous les chiffres sont en dollars d'aujourd'hui) :

- âge du client : 60 ans;
- années de participation : 27 ans (1991 à 2017);
- rente prévue par le régime de retraite : 1 722,22 $[14] x 27 ans = 46 500 $ par année payable à compter de 65 ans.

Lorsque l'actuaire établit la cotisation requise au régime, il doit supposer que la rente sera payable à compter de 65 ans. Il n'est pas possible d'accumuler des sommes additionnelles pour financer une retraite anticipée ni une prestation de raccordement (voir la section 5.1.). Cependant, comme

[14] 1 722,22 $ est la rente maximale permise en 2003 dans un régime de retraite à prestations déterminées. Selon le Budget fédéral 2003, ce maximum doit augmenter à 1 833 $ en 2004 et à 2 000 $ en 2005 pour être indexé par la suite selon l'augmentation du salaire industriel moyen. En 2017, normalement, la rente devrait être de 2 000 $ indexée durant 15 ans.

nous l'avons mentionné à la section 6.1., on peut, au moment de la retraite, injecter un montant forfaitaire pour financer ces prestations additionnelles.

Nous pourrons donc financer une pleine rente payable immédiatement, soit à compter de 60 ans et y ajouter aussi une prestation de raccordement payable entre 60 ans et 65 ans, en plus d'une pleine indexation de la rente. Le coût actuariel de ces prestations additionnelles est évalué à environ 390 000 $. La compagnie de notre client pourra donc injecter 390 000 $ dans le régime de retraite. Ce montant sera entièrement déductible d'impôt et permettra le paiement d'une rente annuelle pleinement indexée de :

- 53 900 $ entre 60 ans et 65 ans;
- 46 500 $ à compter de 65 ans.

Par ailleurs, afin que cette stratégie fonctionne, notre client devra, soit maintenir le régime de retraite en vigueur, soit acheter une rente auprès d'une compagnie d'assurances (voir la section 6.2.).

PLANIFICATION FISCALE *POST MORTEM* : COMMENT ÉVITER LA DOUBLE IMPOSITION

Louis Jeannotte
Notaire, M. Fisc.
Bourassa Boyer

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 37:3

1. REVUE DE LA PROBLÉMATIQUE DE LA DOUBLE IMPOSITION AU DÉCÈS 37:4

1.1. NATURE ET INTÉGRATION FISCALE 37:4
1.2. REVUE DES ÉLÉMENTS FISCAUX EN MATIÈRE DE DOUBLE IMPOSITION À LA SUITE DU DÉCÈS 37:6
1.2.1. La situation classique 37:6
1.2.2. Le choix de 164(6) et ses contraintes 37:8
1.2.3. Les limites au choix de 164(6) 37:16
1.3. RESTRICTIONS RELATIVES AU PARAGRAPHE 112(3.2) L.I.R. 37:26

2. REVUE D'ÉLÉMENTS DE SOLUTIONS RELATIVES À LA DOUBLE IMPOSITION AU DÉCÈS 37:27

2.1. TECHNIQUE DU « PIPELINE » 37:27

2.1.1. Principe de la récupération d'un PBR 37:27
2.1.2. Transfert d'actions à haut PBR 37:28
2.2. LA LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ 37:44
2.3. LE *SPIN-OFF* DES ACTIFS DE LA SOCIÉTÉ 37:49
2.4. *SPIN-OFF* INVERSÉ DE L'ACTIF 37:52
2.5. LA MAJORATION DU PBR DE CERTAINS ACTIFS D'UNE SOCIÉTÉ 37:55

CONCLUSION 37:58

INTRODUCTION[*] [**]

Le décès, sans possibilité de roulement, sera l'occasion où les plus-values latentes reliées aux actifs d'un individu seront imposées en raison de la règle de disposition réputée au décès. Si les actifs sont dévolus à une fiducie au bénéfice exclusif[1] du conjoint survivant, le décès de ce dernier deviendra l'occasion où les gains rattachés aux actifs de la fiducie seront imposables.

Cette imposition pourra, dans de nombreuses circonstances, être jumelée à une autre imposition que pourrait subir la succession[2] sur les actifs reçus ou encore au niveau des sociétés[3] dont des actions étaient détenues par le défunt.

---

[*] L'auteur remercie Me Luc Boulanger, avocat, M. Fisc., pour ses conseils au cours de la préparation de ce texte ainsi que M. Stéphane Hayeur, CA, LL. M. Fisc., Me Anouk Leclair, avocate, D.E.S.S. Fisc. et Mme Isabelle Gauthier pour leur assistance respective en matière de recherche et de rédaction.

[**] Bien que le présent texte fut préparé avec grand soin, il traite de questions complexes qui, appliquées à des situations réelles, doivent obtenir des réponses ou être examinées à la lumière de tous les faits et circonstances propres à chacune d'elles. Ce texte n'a pas la prétention de remplacer l'analyse ou la recherche de solutions appropriées ni celle de présenter toutes les techniques envisageables se rapportant aux problèmes exposés ou traités ci-après. En ce sens, le recours à des spécialistes fiscaux est toujours recommandé pour s'assurer de la justesse ou du risque des solutions proposées pour toute situation donnée.

[1] Les conditions fiscales d'une telle fiducie sont notamment prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), sous-alinéas 70(6)b)(i) et (ii) et celles au même effet dans la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), article 440 (*in fine)*. Ces lois sont désignées conjointement ci-après comme « lois fiscales ». Cette fiducie sera désignée ci-après comme la « fiducie exclusive ». Le présent texte tient compte des modifications proposées actuellement à ces lois et des projets de modification de celles-ci arrêtés au 1er septembre 2003. Particulièrement, les mesures présentées au projet de modifications techniques sont présumées être adoptées telles qu'elles ont été soumises; à ce sujet, voir CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2002-17, 20 décembre 2002.

[2] Aux fins de ce texte, l'expression « succession » s'entend des légataires universels, à titre universel ou des héritiers *ab intestat* du défunt. Elle inclut également la période de contrôle et de gestion des liquidateurs successoraux, à moins d'indication contraire.

[3] Le terme « société » sera retenu pour désigner une personne morale régie par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après

(à suivre…)

Cette double charge fiscale ou « double imposition » sera notamment susceptible d'être rencontrée lorsque la « masse fiscale interne[4] » de la société est inférieure à la « masse fiscale externe[5] » de ses actionnaires. En fait, la double imposition au décès met en valeur le principe de l'intégration fiscale.

Plusieurs situations peuvent générer la double imposition. Nous tenterons d'en présenter quelques-unes tout en exposant quelques solutions pour diminuer, voire annuler ou encore reporter cette double imposition.

Nous présenterons une étude des techniques de planification *post mortem* offertes. Cette étude sera faite en retenant une situation simple qui, au fur et à mesure des besoins de démontrer divers scénarios, évoluera vers une structure plus complexe et tout aussi susceptible d'être rencontrée dans nos dossiers.

Pour limiter nos propos, nous nous attarderons en règle générale aux actions de société privées, sauf exceptions.

Nous aborderons enfin l'impact de la double imposition au niveau de la fiducie exclusive de même que des éléments de planification testamentaires (par opposition à ceux *post mortem*).

1. REVUE DE LA PROBLÉMATIQUE DE LA DOUBLE IMPOSITION AU DÉCÈS

1.1. NATURE ET INTÉGRATION FISCALE

Le recours à une société pour l'exploitation ou la détention de biens implique nécessairement une situation potentielle où non seulement

(…suite)
« L.C.S.A. ») ou, au Québec, par la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C.Q. »).

4 Celle-ci représente généralement la somme des coûts fiscaux des actifs de la société. Elle doit notamment être calculée aux fins de la majoration du coût des biens en immobilisations non amortissables prévue à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. et à l'article 559 L.I. dans le cadre d'une liquidation d'une société au sein de la société mère ou d'une fusion qui réunit les conditions requises et que nous examinerons sous certains aspects dans le cadre de la présente analyse.

5 Par opposition, celle-ci représente généralement le coût indiqué des actions et participations des actionnaires au sein de la société.

l'actionnaire devra s'imposer sur la croissance de son placement mais les actifs de la société généreront une imposition qui devrait, dans un système fiscal théorique et parfait, être intégrée à la charge fiscale assumée par l'actionnaire. L'intégration à la base de notre régime fiscal nous apparaît plus quantifiable en présence d'une société privée où le défunt détenait une participation majoritaire. Plus celle-ci diminue, plus le contrôle de l'intégration nous apparaît moins évident mais somme toute, tout aussi important. En effet, même si plus de 1 000 actionnaires détiennent les actions d'une même société, la liquidation de celle-ci au profit de ses actionnaires devra, du moins en principe, permettre une intégration fiscale qui, en bout de ligne, assurera une fiscalité neutre dans le choix du véhicule juridique d'exploitation ou de détention des biens. Toutefois, les mécanismes fiscaux d'intégration[6] peuvent ne pas être disponibles ou envisageables en fonction des circonstances de chaque situation.

La présence d'une double imposition inévitable devient alors très fâcheuse et nous amène à critiquer, à notre avis et à propos, notre régime fiscal ou les conditions incongrues qu'il requiert. Quelle collectivité aspire à imposer deux fois la même richesse ou le même revenu?

Pour ne pas en être victime, le planificateur fiscal devra être vigilant puisque les conditions afférentes aux différentes techniques de planification ne sont pas simples et encore moins souples.

Dans plusieurs occasions, les éléments d'actif de la société qui sous-tendent une plus-value des actions ne seront pas nécessairement réalisés par vente ou autrement au même moment que le décès de l'actionnaire ou peu de temps après, et feront en sorte que, tôt ou tard, leur imposition s'ajoutera à celle du défunt et occasionnée par son décès[7].

Aussi, lorsque l'actionnaire décédé a lui-même un coût fiscal rattaché à ses actions de la société, ce coût représente aussi une plus-value qui alimente une double imposition potentielle. Non seulement avait-il payé ses actions

---

[6] Parmi lesquels figurent le remboursement de l'impôt en main remboursable au titre de dividende (ci-après « IMRTD »), la transmission de la fraction non imposable des gains en capital au moyen du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») et le choix de reporter certaines pertes tel celui du paragraphe 164(6) L.I.R. et des articles 1054 et 1055 L.I.

[7] Cette disposition au décès est attribuable, comme tous le savent, à la disposition réputée du paragraphe 70(5) L.I.R. et de l'article 436 L.I. à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions à son décès.

avec de l'argent, en principe, après impôts, mais la récupération de cette masse fiscale externe pourra occasionner à sa succession une imposition additionnelle qui, elle, ne pourra être récupérée. En principe, le coût fiscal de la succession devrait correspondre à la JVM des actions lors du décès et si la succession dispose, à cette valeur, des actions en faveur d'un tiers acquéreur, il n'y aura pas de double imposition pour le décédé et ses représentants. Le risque associé à la double imposition est en fait « transféré » à l'acquéreur.

La situation sera toutefois différente lorsque la participation dans la société est conservée par la succession ou les légataires[8] ou que, dans le cas d'une société de portefeuille avec des actifs à charge fiscale latente, aucun acheteur ne sera intéressé à acquérir les actions d'une telle société[9].

1.2. REVUE DES ÉLÉMENTS FISCAUX EN MATIÈRE DE DOUBLE IMPOSITION À LA SUITE DU DÉCÈS

1.2.1. La situation classique

Sans roulement fiscal lors du décès, la disposition réputée au décès occasionnera le gain en capital et l'accroissement du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des biens en immobilisations jusqu'à concurrence du produit de disposition (ci-après « PD ») réputé (ci-après « PDR ») qui sera équivalent à la JVM de ces biens au décès (pour être précis, immédiatement avant celui-ci).

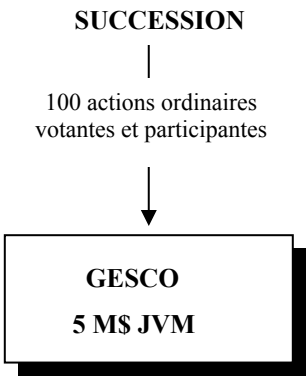
Débutons maintenant notre exploration des enjeux fiscaux liés à la double imposition en vous présentant nos clients.

Il s'agit des liquidateurs de feue Jasmine, détentrice à son décès survenu le 1er octobre dernier des actions de la société GESCO dont le PBR et le capital versé (ci-après « CV ») sont tous deux de 0 $ qu'elle transmet au sein de son legs universel.

---

[8] Et ce, pour une période de plus de 12 mois à compter du décès ou conservée pour la première année fiscale de la succession.

[9] L'acquisition des actions d'une société de portefeuille ne comporte aucun avantage fiscal. Le seul intérêt serait dans la nature des actifs de la société.



Cette société détient des actifs de 5 M$ constitués d'un portefeuille d'obligations sans impôt latent.

La succession désire jouir des actifs corporatifs pour permettre le partage successoral et, à cette fin, vous lui recommandez de procéder au rachat des 100 actions ordinaires ou, alternativement, de tout simplement liquider OPCO.

En principe et jusqu'aux diminutions de la fraction imposable des gains en capital de l'année 2000, l'opération recommandée entraînera la disposition des actions et permettra de réaliser une perte en capital qui sera appliquée à l'encontre du gain que la défunte a réalisé.

Ainsi, l'imposition se traduira par une charge fiscale équivalente à un dividende au taux combiné de 32,8 % (en 2003) et qui se résume comme suit :

CHARGE FISCALE DE LA DÉFUNTE		CHARGE FISCALE DE LA SUCCESSION AVEC LA DISTRIBUTION DES ACTIFS DE LA SOCIÉTÉ	
Disposition au décès		Rachat d'actions (liquidation)	
JVM des actions (PD) :	5 000 000 $	Actifs distribués :	5 000 000 $
PBR des actions :	(0) $	CV :	(0) $
Gain en capital :	5 000 000 $	Dividende réputé :	5 000 000 $
GCI (50 %) :	2 500 000 $	Impôt sur dividende : (32,8 %)	1 640 000 $
Impôt taux marg. : (48,2 %)	1 205 000 $		
Report de perte (par. 164(6) L.I.R., art. 1054 L.I.)		Mécanisme du gain en capital lors de la liquidation	
GCI déclaré :	2 500 000 $	PD :	5 000 000 $
Report de perte :	**(2 500 000) $**	Dividende réputé :	(5 000 000) $
Solde imposable :	0 $	PDR :	0 $
Impôt révisé :	0 $	PBR des actions de la succession :	(5 000 000) $
		Perte en capital : (ci-après « PC »)	5 000 000 $
		PCD (50 %) :	2 500 000 $
		PCD reportée :	**2 500 000 $**
Impôt total de la défunte et de la succession, soit 32,8 % correspondant au taux d'imposition du dividende :			1 640 000 $

En effet, cette planification qui a recours au choix de « report » de perte du paragraphe 164(6) L.I.R.[10] (ci-après « choix de 164(6) ») permet d'assurer l'intégration fiscale et d'annuler en totalité tout élément de double imposition dans notre situation présente. Comme nous le verrons plus loin, malgré cette neutralité fiscale, il appert que le coût fiscal reste plus élevé que celui rattaché à un gain en capital dont le taux combiné au Québec est de 24,1 %, soit 8,7 % de moins ou 435 000 $ d'impôt en moins!

1.2.2. Le choix de 164(6) et ses contraintes

Le choix de 164(6) qui assure l'intégration est toutefois assujetti à des conditions rigoureuses que nous aimerions revoir pour en comprendre les limites réelles. Nous pouvons résumer les conditions comme suit :

[10] Art. 1054 et 1055 L.I.

1.2.2.1. Disposition dans la première année de la succession

Le paragraphe 164(6) L.I.R. débute ainsi : « Lorsque, au cours de l'administration de la succession d'un contribuable, les représentants légaux ont, durant la première année d'imposition de la succession […] ». On constate que :

- Les biens (actions) doivent être sous le contrôle successoral des liquidateurs successoraux ou encore être toujours au nom de la succession et non aux noms des héritiers ou légataires[11]. Seule la succession peut donc profiter de ce report de perte. On évitera alors de transférer (remettre, distribuer, délivrer la possession d'un legs, etc.) aux légataires, y compris un légataire à titre particulier[12].

---

[11] Une analyse de la sémantique de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pourrait nous porter à croire qu'il est possible de prétendre que, malgré un transfert des actions aux légataires ou héritiers, le choix serait quand même possible.

[12] Aux termes de la décision *Succession Fay Lubin Rosenfeld* c. *SMRQ*, C.Q. Montréal, n° 500-02-014747-880, 12 mai 1992, j. Desmarais (ci-après « *Rosenfeld* »), les biens dévolus à titre de legs particuliers ont été reconnus comme étant sous le contrôle des exécuteurs en se basant sur la décision *Jean* c. *Gagnon,* [1994] R.C.S. 175. Par ailleurs, l'affaire *Rosenfeld* est intéressante parce qu'elle donne de l'importance à l'obligation des liquidateurs d'avoir le pouvoir d'assurer le rachat ou la liquidation d'une société (le juge Desmarais mentionne en outre que les enfants avaient la qualité requise puisqu'ils étaient « représentants légaux » au sens forcé de l'article 1054 L.I.). De plus, la Cour a examiné que l'expression avait deux buts : « Premièrement, il voulait forcer l'exécuteur à exercer le choix pendant son mandat, et ce, dans le but d'établir, s'il y a avait lieu, le montant des droits successoraux. En deuxième lieu, il voulait aussi forcer l'exécuteur testamentaire à faire le choix imposé à l'article 1054 de la Loi, et non le laisser à un fiduciaire comme ceci aurait pu être le cas dans le présent litige ». Cette décision nous montre que le recours à un legs particulier peut s'avérer dangereux lorsqu'on veut être certain que le choix de 164(6) sera susceptible d'être utilisé. À la question de savoir si le représentant légal doit jouir de pouvoirs étendus aux fins de l'application des articles 1054 et 1055 L.I., les représentants du MRQ ont mentionné : « […] le ministre est d'avis qu'aux fins des articles 1054 et 1055 L.I., il n'y a pas lieu d'exiger que le représentant légal soit investi de pouvoir étendus ». Voir « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 30:1-53, question 12.1, à la page 30:42. L'affaire *Rosenfeld* fut portée en appel par le MRQ et, à la suite d'une vérification récente, nous avons obtenu confirmation verbale qu'un désistement avait été produit, laissant à ce jugement toute sa valeur. Cette décision met donc en valeur que même si les actifs sont légués à titre particulier, il est possible de prétendre que la saisine successorale est amplement suffisante pour satisfaire aux conditions des dispositions fiscales du paragraphe 164 (16) L.I.R. et des articles 1054 et 1055 L.I., à moins que la saisine soit retirée sur certains biens par le testateur dans

(à suivre…)

- On doit disposer des biens dans la première année de la succession. Celle-ci débute immédiatement après le décès et se termine au plus tard 365 jours[13] suivant le décès.

Puisque les représentants légaux ont le choix de fixer la date et donc de déterminer un exercice plus court, il y aura lieu de porter une attention toute spéciale à celle-ci afin de ne pas involontairement réduire cet exercice. On constate que l'une des conditions est d'application restreinte et ne permettra pas l'utilisation d'une perte techniquement « reportable » si celle-ci est réalisée après **la seule et unique première année d'imposition** de la succession. Il faut donc être vigilant et planifier la réalisation de la perte dès les premières semaines de la succession pour pouvoir être en mesure d'en bénéficier.

Évidemment, réaliser la liquidation d'une société ou encore le rachat d'un bloc important d'actions méritera une planification et plusieurs actions à réaliser, dont celle de requérir les certificats fiscaux de libération dans le contexte d'une liquidation corporative. Les consentements légaux des créanciers devront être obtenus et les formalités de liquidation et dissolution devront être remplies. Les règles en matière de liquidation seront alors applicables pour déterminer si, oui ou non, la liquidation s'est bien produite dans la première année d'imposition de la succession.

En outre, les actifs qui engendreront la perte devront être inscrits au nom de la succession (ou à celui de ses liquidateurs, ès qualité[14]). Par la suite, la disposition devra être réalisée d'un point de vue légal, sans condition reportant le transfert de la propriété.

(…suite)

son testament. Notons que les dispositions fédérales et provinciales utilisent un langage relativement similaire.

13 Al. 104(23)a) L.I.R., art. 678 L.I. Toutefois, la *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionne « 12 mois ». Il est généralement admis que malgré la référence à des mois, l'exercice est compté en nombre de jours pour atteindre le seuil de 12 mois (en jours relatifs). Ainsi il sera permis d'arrêter la fin de l'année le jour précédant le jour du premier anniversaire du décès.

14 Depuis septembre 1999, les liquidateurs doivent être « publiés » au moyen de l'inscription d'un avis de nomination des liquidateurs aux termes de l'article 777 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »). Aucune conséquence ne semble toutefois prévue pour le non-respect de cette règle.

1.2.2.2. Biens concernés

Les biens concernés sont[15] :

- les immobilisations de la succession; et
- les biens amortissables de celle-ci qui génèrent une perte finale à leur disposition par la succession.

Les actions de société privée seront des biens susceptibles d'être retenus aux fins de cette perte puisque leur rachat entraînera généralement une perte en capital en raison du fait que la majoration du coût au décès n'augmente pas le capital versé rattaché aux actions. Puisque le dividende réputé en vertu des paragraphes 84(2) ou (3) L.I.R. diminuera le « produit de disposition » aux fins des règles sur le gain en capital, la perte fiscale sera ainsi créée.

Quant aux biens amortissables, il est assez rare qu'ils perdent de la valeur sur une seule année. Toutefois, le recours au choix de 164(6) sera souvent l'occasion de profiter des frais accessoires liés à la disposition des biens amortissables incluant les frais de recherche et de mise à jour des titres de propriété pour le transfert dans le cadre du décès. En effet, lors du décès, la disposition réputée ne tient pas vraiment compte des frais inhérents au transfert occasionné par le décès puisque ces frais sont réalisés postérieurement à ce décès. Or, les frais de courtage, de notaire et autres, occasionnés lors de la vente des immeubles ou engendrés à cette occasion, pourront ainsi faire réaliser une perte finale à la succession et cette perte pourra être appliquée contre le revenu imposable du décédé, et ce, même si les biens amortissables n'ont pas généré, par eux-mêmes, de gains ou de récupération d'amortissement au niveau du défunt pour l'année de son décès. Le liquidateur a alors avantage à présenter sa facture de liquidateur à titre de frais de courtage s'il s'est occupé de la vente et a agi à ce titre[16]. Cela devient

---

15 Al. 164(6)a) et b) L.I.R. et art. 1055 L.I.

16 En vertu de la *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73.1, il appert qu'un liquidateur peut percevoir des frais ou honoraires de courtage immobilier même s'il n'est pas détenteur d'un permis. Il fait partie des exceptions prévues au paragraphe 2(3) qui stipule : « 2. Ne sont pas soumis à la présente loi, à moins qu'ils ne prennent un titre dont la présente loi réserve l'utilisation : […] 3. Les tuteurs, curateurs, liquidateurs de succession, fiduciaires qui, dans l'exercice de leurs fonctions, se livrent à une opération prévue à l'article 1 ». L'article 1 stipule, quant à lui, que : « […] exerce l'activité de courtier immobilier toute personne qui, contre rétribution et pour autrui, se livre à une opération de courtage relative à l'achat, la vente, la location ou l'échange d'un immeuble, la promesse d'achat ou de vente d'une immeuble […] ».

en quelque sorte une façon de rendre déductible de façon légale les honoraires du liquidateur rattachés à la vente.

Le choix de 164(6) devient donc important pour les biens amortissables non parce qu'ils baissent de valeur (en très peu de temps) mais parce qu'ils permettront de récupérer les dépenses successorales et celles liées à la vente qui, autrement, seront perdues d'un point de vue fiscal.

1.2.2.3. Pertes supérieures aux gains

En ce qui concerne les biens en immobilisations, le choix ne pourra être fait que pour l'excédent des pertes en capital sur les gains en capital réalisés par la succession au cours de sa première année d'imposition.

En outre, les liquidateurs pourront procéder à une disposition des biens susceptibles de générer des pertes en capital dans cette première année et retarder la disposition de ceux qui génèrent des gains en capital. Aussi, ils pourront distribuer les biens susceptibles de gain aux bénéficiaires de la succession[17] en règlement d'une partie de leur « participation au capital[18] » c'est-à-dire de leur legs.

En ce qui concerne les biens amortissables, le report ne sera pas affecté par les gains en capital de cette première année et le montant total de pertes finales sera « reportable ». Toutefois, au sein d'une même catégorie, il faudra disposer de tous les biens de la catégorie pour être à même de constater s'il y a ou non une perte finale découlant de la vente du dernier bien amortissable de la catégorie.

Il est important de mentionner que la disposition des biens dans le cadre d'une vente ou d'un échange de biens (c'est-à-dire contre valeur) ne devrait

---

[17] En vertu du paragraphe 107(2) L.I.R. et de l'article 688 L.I., la distribution occasionnée lors d'un partage provisoire ou final emportera un règlement du legs ou des droits *ab intestat* et s'effectuera en franchise d'impôt sur le revenu et, généralement, en franchise de taxes de vente. Il s'agit d'un roulement de la charge fiscale au niveau des bénéficiaires jusqu'à ce que chacun d'eux dispose des biens reçus, d'où l'importance d'ajuster les parts de chacun lors de l'attribution et de la formation des lots successoraux.

[18] Au sens de la définition prévue au paragraphe 108(1) L.I.R. et au paragraphe 683b) L.I. En outre, ce règlement doit être fait en prenant soin de bien stipuler qu'il s'agit d'une remise de capital et non de revenu non capitalisé de la succession, pour ne pas que la distribution soit considérée comme une distribution en règlement de la « participation au revenu » du légataire ou du bénéficiaire dans la succession.

pas être problématique pour les liquidateurs, eu égard à leur capacité de pouvoir se faire émettre des certificats de libération fiscale postérieurement à de telles ventes ou échanges puisqu'ils ne procèdent pas à une « distribution ». Notons que le remboursement de la dette hypothécaire (ou de toute autre dette) constituera aux termes de l'article 14 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[19] une « distribution » pour laquelle aucun certificat autorisant la distribution des biens ne pourra être obtenu. La disposition peut donc être réalisée en faveur des personnes concernées par la succession, y compris en faveur d'un légataire, dans la mesure où elle est contre valeur. Une des problématiques importantes en matière de règlement successoral est la responsabilité fiscale des liquidateurs « non intéressés ». Or, l'intérêt de savoir si celle-ci est enclenchée est d'une grande importance et, compte tenu du court délai (un an), la réquisition de ces certificats, par expérience, entraîne une véritable course à la vérification fiscale par les autorités. Ce processus débouche inévitablement sur des questions d'évaluation, de recherche d'informations, de contre-vérification et nous en passons. Bref, il s'avère souvent impossible de les obtenir avant la fin de cette première année et une distribution au bénéfice des légataires risque de ne pas pouvoir être réalisée, si tel était l'objectif, pour ne pas annuler une perte par ailleurs réalisée sur d'autres biens, ou enfin si la vente est réalisée en faveur d'un légataire en règlement de ses droits ou partie de ceux-ci. Il y aura alors lieu de faire une vente contre valeur pour que le capital-décès demeure au sein de la succession.

1.2.2.4. Formalités fiscales et présentation de la perte

D'une part, la perte de la succession devra être reflétée au niveau de sa déclaration de revenus pour sa première année d'existence et cette déclaration doit être produite dans le délai prescrit, soit généralement dans les 90 jours de la fin de son premier exercice financier. La loi ne précise pas si la perte doit être présentée comme celle de la succession et être réduite au sein de cette même déclaration en raison du choix de 164(6) qui sera réalisé. Toutefois, compte tenu que la loi prévoit une présomption lors de l'exercice du choix de 164(6) selon laquelle les pertes sont celles du décédé et non de la succession, il serait, à notre avis, plus sage de refléter au sein de cette déclaration que les pertes seront transférées dans les comptes fiscaux du contribuable décédé et qu'au niveau de la déclaration de la succession, elles sont ainsi réduites en quelque sorte à zéro ou jusqu'à concurrence des pertes transférées.

---

[19] L.R.Q., c. M-31.

D'autre part, au niveau du contribuable décédé, l'alinéa 164(6)e) L.I.R.[20] oblige que les représentants légaux produisent, au plus tard à la date prescrite pour la production du choix prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. (soit à l'intérieur du même délai que la production de la déclaration fiscale de la première année de la succession), une déclaration de revenus modifiée au nom du contribuable défunt pour l'année d'imposition où celui-ci est décédé.

Enfin, bien qu'il n'existe pas de formulaire prescrit proprement dit pour le paragraphe 164(6) L.I.R., l'article 1000 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[21] prévoit que la succession devra faire ce choix au moyen d'une lettre à cet effet en y incluant les renseignements demandés, notamment ceux relatifs aux pertes en capital, aux pertes finales, à la partie de celles-ci qui sera transférée. Des tableaux exposant les chiffres à l'appui des renseignements fournis sont aussi à joindre[22]. Ce choix et les annexes seront joints à la déclaration de revenus modifiée et préférablement aussi à celle de la succession pour sa première année.

1.2.2.5. L'effet du choix du paragraphe 164(6) L.I.R.

Précisons que les pertes qui peuvent être transférées sont de deux ordres :

i) soit l'excédent des pertes en capital sur tous les gains en capital de la succession au cours de la présumée année, et ce, pour la totalité ou partie de cet excédent; et

ii) toutes les pertes finales réalisées par la succession liées aux biens amortissables disposés par la succession au cours de sa première année, le montant de perte que l'on peut transférer n'a aucun rapport ni n'est influencé par les autres revenus par ailleurs de la succession, à

---

[20] Aux termes de l'alinéa 152(6)k) L.I.R. et de l'article 1012 et du paragraphe 1012.1f) L.I., le contribuable doit présenter un formulaire prescrit de modification.

[21] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. ») et *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r. 1 et mod. (ci-après « R.I. »), art. 1050R1 (une référence à un article du R.I.R. inclura celle équivalente ou au même effet en vertu du R.I.).

[22] *Id*. Au provincial, nous avons l'habitude de déposer la lettre de choix avec les déclarations fiscales de la succession et celles en modification des déclarations produites par le défunt. Le tableau à joindre doit faire état des gains et pertes de la première année de la succession pour que les autorités puissent visualiser le solde excédentaire de pertes en capital dont tout ou partie est visé par le choix.

l'exception de ceux qui concernent la catégorie prescrite des biens amortissables.

Ainsi lors de l'exercice de ce choix, il sera possible de transférer une partie de la perte au décédé et de conserver l'autre partie au sein de la succession. Ce choix devrait être orienté pour « égaliser » les revenus imposables de la succession et du contribuable décédé. Il faut aussi concevoir que si la perte n'est pas reportée, elle risque d'être emprisonnée au sein de la succession si cette dernière n'a pas d'autre revenu ou gain, selon le cas[23].

Il est intéressant de noter qu'en vertu de l'alinéa 164(6)f) L.I.R.[24], un report ne peut remonter à une période antérieure à l'année d'imposition du décès. Le but étant d'assurer l'intégration fiscale, le report antérieur à l'année même où un gain est survenu serait contraire à l'esprit de la loi.

---

[23] Aux termes du régime des fiducies prévu aux articles 104 et suivants L.I.R. et aux articles 646 et suivants L.I., il n'existe aucun mécanisme pour transférer la perte. À vrai dire, le principe du « conduit » n'est pas reconnu dans la loi pour une perte fiscale et c'est la raison pour laquelle plusieurs choix fiscaux sont prévus pour permettre d'éponger au sein de la fiducie les pertes fiscales qui pourraient s'y trouver. Parmi eux, mentionnons le choix des paragraphes 104(3.1) et (13.2) et des articles 663.1 et 663.2 L.I., qui permettent ainsi d'imposer un revenu distribué ou imposable au niveau du bénéficiaire, au sein de la fiducie. Aussi, rétroactivement depuis le 1er octobre 1996, il est possible de faire un choix contraire au roulement prévu lors d'un règlement d'une participation au capital. Ce choix aura pour effet de transférer les biens ainsi distribués à leur JVM plutôt qu'à leur coût indiqué; voir le paragraphe 107(2.001) L.I.R. et l'article 688.0.0.1 L.I. Une attention particulière doit être apportée puisque ce choix semble être applicable pour toute l'attribution et non pour certains biens de celle-ci. Alors, il faudra envisager de faire plusieurs attributions en règlement d'une participation au capital par actes distincts pour choisir laquelle serait ainsi assujettie au choix contraire de roulement.

[24] Par. 1054c) L.I.

Voyons maintenant un exemple avec un bien immeuble locatif :

	Terrain	Bâtiment	Total
PD au décès	300 000 $	700 000 $	1 000 000 $
PBR ou coût	100 000 $	500 000 $	
Fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC »)	0 $	500 000 $	
Gain (perte)	200 000 $	200 000 $	400 000 $
GCI (50 %)	100 000 $	100 000 $	200 000 $
Impôt (48,2 %)			96 400 $
Impôt total du décédé			192 800 $
JVM au décès	300 000 $	700 000 $	1 000 000 $
PBR succession	300 000 $		
FNACC succession		700 000 $	
PD réel	300 000 $	675 000 $	
Gain en capital	Néant	Néant	
Perte en capital	Néant	Néant	
Perte finale		25 000 $	25 000 $
Frais de commission	18 000 $	42 000$	60 000 $
Frais de liquidateur liés à la vente[25]	2 250 $	5 250 $	7 500 $
Frais de notaire[26]	2 250 $	5 250 $	7 500 $
Total frais et perte	22 500 $	77 500 $	100 000 $
Report de perte 164(6)			
Perte en capital	22 500 $		
PCD (50 %)	11 250 $	Néant	
Perte finale		77 500 $	
Réduction rattachée au report de perte			
Gain en capital	200 000 $	200 000 $	
GCI	100 000 $	100 000 $	
Perte reportée	(11 250 $)	(77 500)$	
GCI révisé	88 750 $	22 500 $	
Impôt (48,2 %) révisé	42 777 $	10 845 $	53 622 $
Impôt normal			96 400 $
Économie fiscale du report de perte			**42 777 $**

1.2.3. Les limites au choix de 164(6)

Le choix de 164(6) comporte les limites de ses conditions :

---

25 Voir nos commentaires précédents quant à la récupération d'une partie des frais du liquidateur successoral.

26 Les frais de notaire liés à la mise à jour des titres et à la préparation, la signature et la publication d'une déclaration de transmission sont des frais qui, à notre avis, permettent de procéder à la vente et, en ce sens, sont étroitement liés à la vente à un tiers acquéreur. À défaut d'être réalisés, la vente ne pourrait avoir lieu. Ou bien ils sont capitalisés au coût indiqué, ou bien ils sont déduits à titre de frais liés à la vente.

- Disposition dans la première année d'imposition;
- Disposition par la succession et non par les bénéficiaires ou légataires.

1.2.3.1. Limites générales des pertes

Outre ces limites contraignantes, la perte peut elle-même être inadmissible dans certaines circonstances.

D'abord, parmi les biens en immobilisations, notons que la portion des biens à usage personnel ne pourra faire l'objet d'une perte admissible puisque celle-ci sera réputée nulle[27].

Il existe aussi un nombre important d'autres situations où la perte sera également reconnue nulle ou encore devra être capitalisée au coût d'un bien incluant les actions de sociétés.

1.2.3.2. Limitation de la perte en raison du concept de « personne affiliée »

Aux termes du paragraphe 40(3.6) L.I.R.[28], applicable aux dispositions postérieures au 26 avril 1995, la perte d'un contribuable rattachée à la disposition d'une action de société (à l'exception de l'action de renforcement au sens du paragraphe 80(1) L.I.R.) en faveur d'une société qui lui est « affiliée » immédiatement après la disposition, sera réputée nulle. Cette perte ainsi refusée est à ajouter, le cas échéant, au PBR d'une action que le contribuable détient après l'opération au sein de la société[29]. Toutefois, et c'est là que le problème se pose réellement, si le contribuable ne détient plus

---

27 S.-al. 40(2)g)(iii) L.I.R. et art. 288 L.I. Au paragraphe 54(1) L.I.R., à la définition de « bien à usage personnel », il est précisé qu'il s'agit de biens affectés « principalement » à des fins personnelles. Cette expression s'entend généralement de « plus de 50 % » de l'usage du bien. Suivant l'article 45 L.I.R., un bien peut avoir des usages distincts, auquel cas chaque usage constitue une fraction qui sera retenue dans le calcul des incidences fiscales. Ainsi, la portion d'un bien affecté à un usage productif de revenu ou détenu à des fins de gain éventuel sera reconnu comme un bien en immobilisation sur lequel la perte pourra être utilisée jusqu'à concurrence de la portion non affectée à un usage personnel.

28 Art. 238.3 L.I.

29 S'il détient plusieurs actions, une répartition au prorata de toutes les actions détenues en fonction de la JVM de chacune d'elles sur la JVM totale de toutes les actions. Si l'on désire « isoler » ce *bump-up*, il y aura lieu alors de transférer par voie de roulement les autres actions pour éviter cette répartition non voulue.

d'actions dans le capital de la société, la perte sera alors perdue, sans possibilité de récupération.

Dans les circonstances où l'on procède à la liquidation de la société pour assurer l'intégration ou tout simplement pour remettre les actifs corporatifs à la succession, les règles du paragraphe 40(3.6) et suivants L.I.R. ne seront pas applicables, compte tenu de l'alinéa 69(5)d) L.I.R.[30]

La problématique de cette règle de nullité de la perte au rachat d'une action sera donc présente lorsqu'il sera procédé au rachat d'une partie des actions émises par la société. Par ailleurs, il faudra que la succession soit une « personne affiliée » en vertu des règles de l'article 251.1 L.I.R.[31] avec la société.

En bref[32], si la succession contrôle la société, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit (cette expression ayant le sens que lui donne le paragraphe 256(5.1) L.I.R.[33]), immédiatement après le rachat ou l'achat pour annulation des actions, il en résultera une perte assujettie aux règles du paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Il s'agit donc du contrôle *de jure* et *de facto*.

Toutefois, une question intéressante relativement à l'affiliation consiste à déterminer si la succession est une « personne affiliée » avec la société[34] en raison des dispositions de la loi qui sont très imprécises en matière de détention par une fiducie[35]. Comme un auteur le mentionnait :

---

30 Par. 424 2) L.I.

31 Art. 21.0.3 L.I.

32 Pour une analyse relativement complète des règles d'affiliation, voir Richard BARBACKI, « Les pertes sur la disposition d'une action au rachat », dans *Colloque – Restrictions à l'utilisation des pertes (autres que dans un contexte d'acquisition de contrôle)*, 104, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 2:1-39.

33 Art. 21.25 L.I.

34 Voir l'analyse de R. BARBACKI, *loc. cit*., note 32, section 5.4 et suivantes.

35 La succession est une fiducie fiscale en raison du paragraphe 104(1) L.I.R. et, aux fins des lois fiscales, une fiducie doit être considérée comme un particulier relativement à ses biens.

> « Une succession n'est pas une personne mentionnée aux terme des règles d'affiliation. On a tendance à regarder la succession face aux règles d'affiliation comme s'il s'agissait de la ou des personnes agissant à la charge de liquidateur. En conséquence de ceci, l'on considère si il n'y a qu'un seul liquidateur en fonction pour la succession et que celui-ci contrôle la société, directement ou indirectement, de quelque façon que ce soit, immédiatement après le rachat, la perte sera réputée nulle[36]. »

Une chose est certaine : pour que la restriction s'applique, il faut que le contrôle de la succession soit présent immédiatement après le rachat ou l'achat pour annulation des actions que détenait la succession[37]. Dans certaines circonstances, notamment lors d'un gel successoral, l'auteur du gel se fait émettre des actions supervotantes pour conserver le contrôle de la société. Les actions votantes seront ou bien rachetables immédiatement au décès de l'actionnaire, ou bien léguées en faveur d'un légataire particulier ou feront partie du legs universel (ou à titre universel). Dans cette dernière situation, si la saisine du liquidateur n'est pas retirée sur les actions votantes, et si les actions votantes sont conservées par le liquidateur à la suite d'un rachat, il sera alors en contrôle de la société et, dans la mesure où la succession conserve ce contrôle à la suite du rachat générateur de la perte ou après celui-ci, la succession sera visée par les règles du paragraphe 40(3.6) L.I.R.

L'un des éléments de planification consistera donc à transférer le contrôle à un légataire particulier et à retirer la saisine successorale du liquidateur sur ce contrôle. Idéalement, cette planification devrait être effectuée dans le cadre du testament pour limiter l'application potentielle de la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »)[38] dans les circonstances où une planification était réalisée immédiatement avant un rachat dont la perte aurait été nulle en raison de la règle du paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Cette planification devra également tenir compte des règles d'affiliation en matière de contrôle par un groupe dont les membres sont eux-mêmes affiliés. En effet, ce légataire sera affilié avec la société si, selon le cas :

---

36 Lucie BEAUCHEMIN, « Planification *post-mortem* », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 20:1-46, aux pages 20:41-42.

37 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (ci-après « ADRC »), interprétations techniques 1999-0010825, 22 février 2000; 1999-0010805, 21 février 2000; 96-36215F, 14 juillet 1997 et 95-32535F, 25 juin 1996.

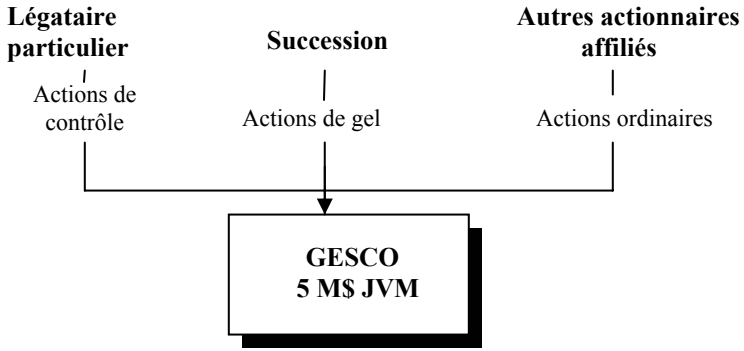
38 Art. 245 L.I.R. et art. 1079.9 et suiv. L.I.

a) il contrôle, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, la société après le rachat ou l'achat des actions pour annulation;

b) il est membre d'un groupe de personnes affiliées qui contrôle directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, la société après le rachat ou l'achat pour annulation; et

c) il est le conjoint d'une personne visée en a) ou b) ci-dessus.

Revenons à notre exemple de base et voyons comment le contrôle de la société pourrait être légué dans l'hypothèse où nous avons d'autres actionnaires (survivants) qui détiennent les actions ordinaires, que les actions votantes sont léguées à un légataire particulier et que la succession est composée des actions de gel non votantes qui seront rachetées progressivement (ou en quelques étapes) durant la première année de la succession :



On constate que :

- Il est possible qu'une acquisition de contrôle se réalise avec le décès si l'une ou l'autre des exceptions prévues n'est pas applicable[39].

- Si les actions votantes sont léguées à un individu, il y a lieu de vérifier si ce dernier forme un groupe de personnes affiliées avec les personnes agissant pour la succession.

[39] Soit celles prévues aux termes du paragraphe 256(7) L.I.R. et des articles 21.1 à 21.3.1 L.I.

- Si les actions votantes sont léguées à une fiducie dont le but serait d'assurer le contrôle jusqu'au rachat des actions, il y a lieu de s'assurer que les fiduciaires de cette fiducie soient différents des liquidateurs successoraux.

- Si les actions votantes sont léguées en propre au conjoint du défunt et que celui-ci est à la fois le liquidateur, la question sera de se demander si les qualités de liquidateur et de légataire personnel peuvent véritablement changer quelque chose à l'affiliation de la succession avec la société.

À cette fin, l'ADRC a émis plusieurs interprétations techniques privées dans les circonstances du paragraphe 40(3.6) L.I.R. et, antérieurement, du paragraphe 85(4) L.I.R. qui fut abrogé concurremment à l'introduction du paragraphe 40(3.6) L.I.R. le 26 avril 1995[40].

Dans une interprétation technique de l'ADRC[41], la situation se résume comme suit :

- la succession contrôlait la société en raison des votes rattachés à ses actions privilégiées;

- à la suite du rachat des actions privilégiées de la succession, la société allait être contrôlée par les enfants, compte tenu qu'ils possédaient les actions ordinaires; et

- la succession était représentée par les trois enfants à titre de liquidateurs.

Donc, les enfants sont à la fois les contrôlants (au regard de leur qualité de liquidateurs) immédiatement avant le rachat et ils contrôleront la société à la suite du rachat, mais en raison de leur qualité personnelle d'actionnaires ordinaires.

L'ADRC a répondu :

> « In the situation where an estate which has more than one trustee none of whom is affiliated with another, does not have *defacto* control over a corporation, but the corporation is controlled by the related group consisting of

---

40 Les exemples présentés ci-après reprennent en quelque sorte ceux présentés par R. BARBACKI, *loc. cit*., note 32, section 5.5.

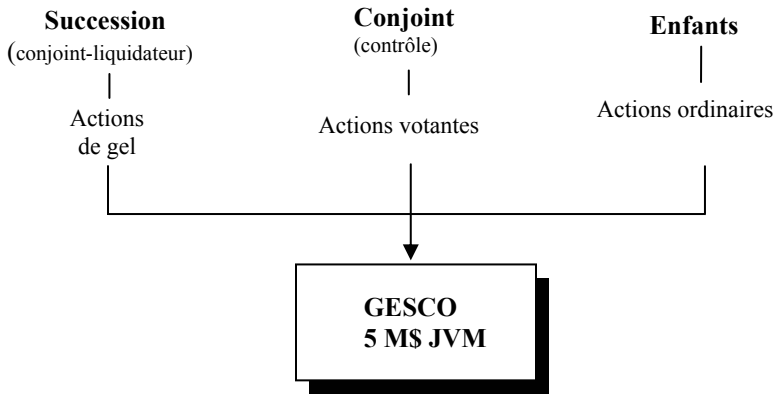
41 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0010825, 27 février 2000.

the trustees, the estate would not normally be affiliated with the corporation as it is not a person described in (a), (b) or (c) above. »

Il apparaît que l'ADRC accepte de reconnaître que le contrôle de la société par les enfants, en leur qualité « distincte » personnelle (soit d'actionnaires ordinaires immédiatement après le rachat), même si ceux-ci sont les liquidateurs successoraux, ne créera pas une situation d'affiliation de la succession (c'est-à-dire eux-mêmes ès qualité) avec la société. Toutefois, suivant Me Barbacki, l'expression utilisée par l'ADRC, « "none of whom is affilated with another", n'est pas nécessaire et implique à tort que si les liquidateurs avaient été affiliés les uns aux autres [ce qui nous semble le cas présenté], la succession aurait été affiliée à la société[42] ».

Si, suivant notre exemple qui précède, les actions votantes faisaient partie du legs universel dans lequel se retrouvent les actions de gel, et que le liquidateur était celui qui contrôle la société en sa qualité personnelle, par hypothèse le conjoint survivant, et que, concurremment au rachat des actions de gel, il est procédé au rachat des actions votantes de sorte que la « succession » ne contrôle pas la société à la suite de ces rachats, allons-nous retrouver une situation qui empêchera l'annulation de la perte?

La situation s'illustre comme suit :



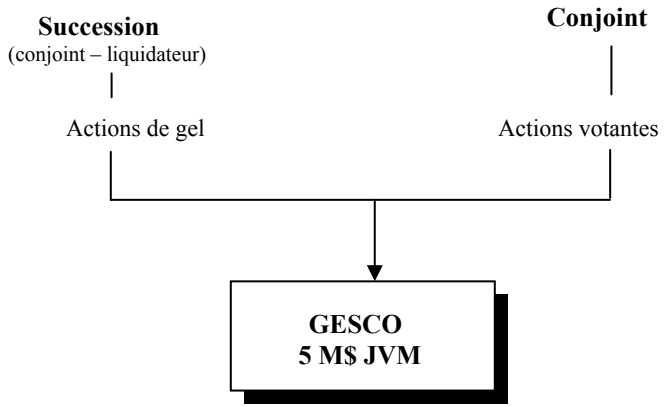
42 R. BARBACKI, *loc. cit.*, note 32. Rappelons aussi que les règles d'affiliation de l'article 251.1 L.I.R. et des articles 21.0.3 et suivants L.I. n'embrassent vraiment pas aussi large que les notions de personnes liées ou de sociétés associées puisque celles relatives aux « personnes affiliées » se limitent, au particulier, à son époux ou conjoint de fait et aux sociétés qu'eux-mêmes contrôlent ou une ou des combinaisons de telles personnes. Voir plus particulièrement les paragraphes 251.1(1) et 251.1(3) L.I.R. et l'article 21.0.3 L.I.

Autrement dit, est-on en mesure de laisser le contrôle de la société entre les mains de la succession jusqu'à ce que les actions soient toutes rachetées progressivement? La réponse est non.

Si le contrôle disparaît immédiatement après le seul et unique rachat de toutes les actions de gel et des actions votantes, bien que le conjoint contrôlait la société lors du rachat, le test du paragraphe 40(3.6) L.I.R. n'est pas satisfait puisque « immédiatement après la disposition », la succession ne contrôle pas GESCO. Il est donc possible de léguer les actions votantes aux termes du legs universel ou d'un legs particulier dans la mesure où celles-ci sont rachetées ou annulées immédiatement avant la disposition des actions de gel, ou concurremment à celles-ci. Toutefois, si le rachat des actions de gel est progressif et que le contrôle demeure entre les mains de la succession ou du conjoint survivant, la règle du paragraphe 40(3.6) sera applicable. En effet, suivant une interprétation technique de l'ADRC[43], dans une situation semblable, l'ADRC conclut en ce sens. Dans cette interprétation, les faits se résument comme suit, appliqués à notre situation :

- le conjoint détient personnellement les actions votantes;
- il est seul liquidateur de la succession; et
- la succession est composée des actions de gel non votantes de la société.

Cela peut s'illustrer comme suit :



[43] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0015705, 2 mars 2000.

Lors d'un rachat partiel, l'ADRC mentionne que le conjoint, à titre de propriétaire des actions votantes, sera une personne affiliée avec la société[44] puisque le conjoint contrôle la société. Aux termes de l'alinéa 251.1(4)a) L.I.R., les personnes sont affiliées à elles-mêmes de sorte que si le conjoint est à la fois le liquidateur (l'interprétation technique réfère à un « trust ») et que cette personne est aussi la personne en contrôle après le rachat, elle sera une personne affiliée à la société. L'ADRC réfère à certaines décisions[45] qui viennent appuyer, selon elle, sa position.

Suivant Me Barbacki[46], « [...] cette approche ne semble pas exacte. Puisqu'il est clair que la succession ne contrôlait pas Aco [soit GESCO dans notre exemple] et qu'elle n'était le conjoint de personne, l'ADRC doit nécessairement avoir conclu que la succession était un "membre d'un groupe de personnes affiliées qui contrôle la société" en vertu du sous-alinéa 251.1(1)f)(ii) L.I.R. ».

Il ajoute :

> « Ce raisonnement semble inexact pour deux raisons. Tout d'abord, tel que mentionné précédemment, en vertu de l'arrêt *Southside Car Market* (1982) C.T.C. 417 (C.F. 1re instance), si une seule personne contrôle, un groupe ne peut contrôler une même société.
>
> Étant donné qu'il n'y a pas de disposition similaire au sous-alinéa 256(1.2)b)(ii) L.I.R. dans le contexte des personnes affiliées, il est erroné de conclure que M. A (notre conjoint) et la succession forment un groupe qui contrôle A.Co (Gesco).
>
> Deuxièmement, il est selon nous, également erroné de conclure de M. A et la succession forment un groupe de personnes affiliées, car la succession n'est pas le conjoint de M. A et si la succession est la même personne que M. A, alors il n'y pas de groupe de personnes qui contrôle Aco. Aco est alors tout simplement contrôlée par une seule et même personnes, M. A. »

Il apparaît donc incertain et dangereux de courir le risque de laisser le contrôle entre les mains de la même personne qui, à la fois, réalise la perte en sa qualité « successorale » et détient le contrôle de la société immédiatement

---

44 S.-al. 251.1(1)a)(i) L.I.R.

45 *Fawcette & Son Limited* c. *La Reine*, [1980] C.T.C. 293; *Consolidated Holding Company Limited* c. *La Reine*, [1972] C.T.C. 18; *S. Lustia Holdings Limited* c. *La Reine*, [1984] C.T.C. 335.

46 R. BARBACKI, *loc. cit.*, note 32, section 5.5.

après, mais en une qualité différente. On se souviendra de la décision *Hickman* c. *La Reine*[47], où il s'agissait d'une série d'opérations qui tentaient de contourner l'article 84.1 L.I.R. au prétexte que le cédant n'avait pas de lien de dépendance avec une société contrôlée par une fiducie dans laquelle le cédant et son conjoint étaient fiduciaires avec un tiers. Le juge a présenté un raisonnement qui se résume comme suit :

- madame (le cédant) et son conjoint sont liés par les liens du mariage;
- ils sont les cofiduciaires qui, ensemble, ont la majorité suffisante pour contrôler les décisions relatives à la fiducie, malgré le troisième fiduciaire;
- ensemble, ils sont un groupe lié qui contrôle la société en cause; et
- en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(ii) L.I.R., le cédant et la société en cause sont donc liés puisque le cédant faisait partie d'un groupe lié qui contrôle la société en cause.

Comme un auteur le précisait[48] : « pour en arriver à cette conclusion, il a donc fallu que le juge rejette la théorie des "deux chapeaux", c'est-à-dire la théorie voulant qu'une personne puisse agir, d'une part, pour son propre compte et d'autre part, en sa qualité de fiduciaire ».

Le planificateur pourra toujours changer ou orienter le contrôle avant le rachat mais avec le danger de se faire appliquer la DGAÉ à une telle série d'opérations puisqu'elles ont été réalisées dans le but d'éluder l'application d'une disposition de la loi qui réfute la perte fiscale à cette occasion[49].

---

47 [2000] 4 C.T.C. 2257 (C.C.I.).

48 Denis LACROIX, « Mise à jour sur l'article 84.1 L.I.R. », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 31:1-24, à la page 31:11.

49 Toutefois, si le but d'une ou de plusieurs opérations était d'éviter une double imposition potentielle, on pourrait argumenter que cette motivation constitue un objet véritable puisque le résultat n'est pas un avantage fiscal mais une application neutre et saine des lois fiscales. Comme en témoignent plusieurs interprétations techniques des dernières années, les autorités semblent accepter que de telles opérations soient réalisées dans le but de ne pas tomber dans le piège du paragraphe 40(3.6) (ou anciennement 85(4)) L.I.R. Voir à cet effet, notamment, *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique, par. 2038 et 2045.

Par ailleurs, en présence d'une motivation autre que le contournement, telles l'intégration des enfants à la relève, l'arrivée d'un tiers actionnaire, la présence d'une obligation contractuelle commerciale (comme celle fréquente au sein des ententes de bannière ou de franchise qui exige une personne responsable de l'exploitation requérant que le contrôle soit détenu par un « qualifiant » ou un « détenteur reconnu[50] »), ces objets « véritables » constitueraient un rempart à la DGAÉ.

1.3. RESTRICTIONS RELATIVES AU PARAGRAPHE 112(3.2) L.I.R.

Comme tous le savent, depuis le 25 avril 1995, les restrictions applicables en matière de pertes en capital réalisées par une succession aux termes du paragraphe 112(3.2) L.I.R. limitent les techniques visant à contrer la double imposition lorsqu'un dividende en capital est payé concurremment à un rachat d'actions, y compris dans le cadre d'une liquidation de la société.

Bien que notre exposé excluait l'étude de ces règles, nous en ferons état à quelques occasions pour refléter l'impact de ces restrictions dans le report de certaines pertes.

Les restrictions de ce paragraphe seront applicables dans des circonstances où un versement à même le CDC est fait. La loi ne fait pas d'exception à savoir si le dividende en capital provient ou non d'une situation d'intégration fiscale pour limiter la double imposition. Elle vise tous les éléments rattachés au CDC, sans exception. Essentiellement, par contre, il n'y aura pas de restriction de la perte à reporter selon le choix de 164(6) dans la mesure où le montant remis ou distribué du CDC n'est pas supérieur à 50 % du moins élevé des deux montants suivants :

- Gain en capital au décès; ou

- Perte en capital réelle subie par la succession aux rachats des actions.

Par ailleurs, lorsque la société est liquidée ou qu'un rachat substantiel est exécuté et qu'il entraîne un dividende imposable important, la formule de ce paragraphe 112(3.2) fait en sorte que la valeur du dividende imposable vient réduire le deuxième élément de l'équation et permet d'annuler le montant qui, autrement, aurait été calculé en réduction de la perte. Donc, l'intégration sous-jacente à des dispositions d'actifs de la société dans le

[50] Les concessionnaires d'automobiles font référence à ce personnage comme au « dealer principal ».

cadre de la liquidation ou autres opérations que nous verrons plus loin est sauvée ou en quelque sorte protégée[51].

2. REVUE D'ÉLÉMENTS DE SOLUTIONS RELATIVES À LA DOUBLE IMPOSITION AU DÉCÈS

Nous élaborerons dans la présente partie sur les divers scénarios plus sophistiqués de double imposition et les techniques envisageables pour la contrer.

2.1. TECHNIQUE DU « PIPELINE »

2.1.1. Principe de la récupération d'un PBR

L'un des principes fiscaux sous-jacents à notre régime fiscal est celui de la récupération en franchise d'impôt du coût indiqué ou du PBR des biens d'un contribuable. Ce principe est un fondement du régime d'imposition, particulièrement en matière de gain en capital puisque la loi n'impose que la croissance et non le capital, contrairement à un droit successoral.

Nous retrouvons plusieurs situations au sein de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui établissent et confirment ce principe, parmi lesquelles nous pouvons souligner :

- le roulement de l'article 85 L.I.R. où le contribuable peut se faire remettre des actifs (autres que des actions) équivalant au PBR des biens pour lesquels on a eu recours au roulement;

- les règles de l'article 84.1 L.I.R. qui permettent aussi de récupérer un PBR d'actions qui n'a pas été gonflé au moyen d'un gain exonéré en vertu de la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») de l'article 110.6 L.I.R.[52] du contribuable ou d'une personne ayant un lien de dépendance avec celui-ci;

---

[51] Aux fins de notre présentation, nous présumerons que s'il y a une planification à faire pour limiter toute problématique relative à un excédent de CDC, le cas échéant, celle-ci pourra être réalisée pour limiter l'impact de la règle du paragraphe 112(3.2) L.I.R. Les actions ne seront pas de régime transitoire pour la présente analyse.

[52] Art. 726.6 et suiv. L.I.

- les règles d'imposition sur les dividendes présumés reçus en excédent du CV relatif à des actions d'une catégorie du capital-actions d'une société[53]; et

- les règles de conservation du PBR des biens découlant de l'application de nombreuses dispositions en matière d'échange ou de conversion d'actifs[54].

Bref, il nous semble permis d'affirmer qu'un contribuable puisse, sans créer d'abus de la loi, lue dans son ensemble, organiser ses opérations pour bénéficier, transférer ou retirer le coût indiqué ou le PBR de ses biens, sous réserve de certaines limites prévues et de certaines exceptions qui dérogent alors au principe de récupération.

2.1.2. Transfert d'actions à haut PBR

Le PBR élevé des actions d'une société à la suite du décès peut être utilisé pour en retirer la valeur inhérente. Même si le CV des actions au décès ne suit pas la croissance du PBR, la règle de récupération du PBR sous-jacente à l'article 85 L.I.R.[55] peut être utilisée par l'héritier ou la succession pour profiter ou retirer notamment les liquidités corporatives, dont celles générées par l'assurance vie perçue au décès. Plus particulièrement, cette technique peut être retenue pour retirer cette liquidité générée par l'assurance vie lorsque, malgré sa réception et son ajout au CDC de la société, le CDC demeure négatif en raison d'opérations de la société antérieures à la réception de l'assurance vie.

2.1.2.1. La succession dispose de ses actions

La succession peut vendre ou disposer des actions à haut PBR en faveur d'une société nouvellement constituée ou détenue par l'héritier qui désire se porter acquéreur de la société[56]. Elle pourrait user de cette planification avec

---

53 Prévus aux termes notamment de l'article 84 L.I.R.

54 Parmi elles, nous avons celles prévues aux articles 44, 51, 85.1, 86, 87 ou 88 L.I.R., pour ne nommer que celles-ci.

55 Art. 518 L.I.

56 Si la succession ne possède que très peu d'actifs diversifiés ou qui ne peuvent être séparés, notamment si l'un des héritiers se porte acquéreur des actions de la société, il pourra alors être souhaitable que la succession distribue une partie de ses actions à l'héritier pour la partie qui lui revient et il pourra se porter acquéreur des actions pour transformer le solde du placement en liquidité partageable au sein de la succession.

elle-même, sans qu'aucun des héritiers ne veuille se porter acquéreur des actions émises.

La série d'opérations serait la suivante :

a) constitution d'une société de même juridiction que GESCO (ci-après « NOUCO ») par la succession qui serait détentrice des actions émises de celle-ci;

b) transfert par la succession des actions de GESCO à NOUCO en contrepartie d'un billet de 5 M$[57];

c) fusion des sociétés sous l'égide de l'article 87 L.I.R.[58] ou liquidation et dissolution juridique de GESCO au sein de NOUCO en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R.[59];

d) remboursement du billet de 5 M$ par GESCO dans la situation d'une fusion et par NOUCO (aux droits de GESCO) dans la situation d'une liquidation, à même les actifs de la société puisqu'ils ne comportent pas de passif fiscal latent. Si ceux-ci sont générateurs d'impôts, il y aura alors lieu de penser à mettre en place un financement qui permettrait à la société de rembourser le billet tout en vérifiant l'impact des règles de déductibilité de l'intérêt emprunté pour assurer ce remboursement du capital. Ce financement assurera alors le report d'impôts corporatifs mais

---

[57] En vertu du principe de récupération d'un PBR, si ce transfert était fait conjointement avec un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. ou de l'article 518 L.I., la succession aurait droit de recevoir en franchise d'impôt le PBR des biens sans que la « somme commune » ne soit rajustée. En outre, si les actions ont pris de la valeur entre la date du décès et la disposition à NOUCO, le recours à un tel roulement sera nécessaire si on ne désire pas imposer cette plus-value. Si l'intention est de sortir les actifs de la société jusqu'à concurrence de cette nouvelle valeur, la succession réalisera un gain en fixant comme somme convenue la JVM des actions. Cette disposition devrait, en principe, lui permettre de recevoir la valeur corporative au taux du gain en capital, soit pour 24,1 %. Voir à cette fin, la conclusion plus loin dans le présent texte, à la section 2.1.2.4. « Le gain en capital et le dépouillement des surplus », sur la problématique du choix de recourir à un gain en capital au lieu du dividende imposable, et communément connue des autorités fiscales comme la conversion de dividende en matière de dépouillement de surplus.

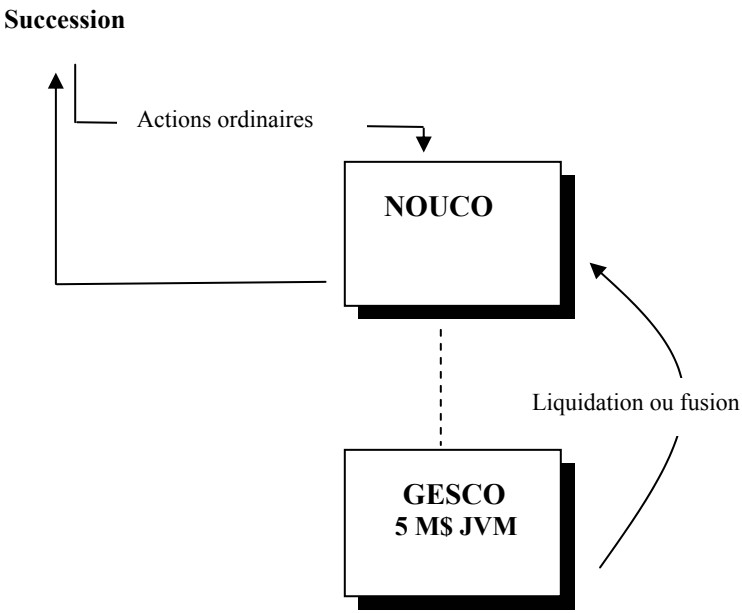
[58] Art. 544 et suiv. L.I. La désignation GESCO s'entendra alors de la société issue de la fusion.

[59] Art. 556 et suiv. L.I.

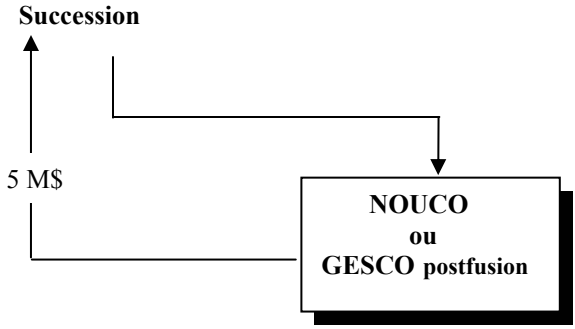
toutefois ne limitera pas en soi la probabilité d'une double imposition éventuelle.

Illustrations :

a) et b) Transfert contre un billet de 5 M$



c) et d) Fusion – liquidation et d) remboursement



La série d'opérations permet ainsi à la succession de récupérer son PBR des actions sans devoir l'imposer à titre de dividendes. Dans le contexte actuel des taux d'imposition à 24,1 % au niveau du contribuable décédé au lieu de 32,8 % à titre de dividende imposable pour la succession, la série d'opérations est nettement préférable, compte tenu de l'économie de 435 000 $ qui en découle.

Cette technique que nous qualifions de « pipeline » est intéressante lorsque des liquidités ou des actifs sans passif fiscal significatif se retrouvent au sein de la société. Si ces liquidités sont financées à même une assurance vie sur la tête du défunt, la société (ou les actionnaires restants) jouira alors de son CDC majoré puisqu'elle ne l'utilisera pas dans le cadre de cette série d'opérations. Lorsqu'un des héritiers conserve ou acquiert la société qui possèdera ce CDC protégé, la valeur fiscale de ce compte fiscal devrait être considérée au même titre que la charge fiscale inhérente à des actions dont une partie de la plus-value est transmise à certains héritiers alors que les autres pourraient se faire désintéresser à même des actifs sans charge fiscale inhérente reportée[60].

Retenons donc de ces exemples que :

- si la société est une société de portefeuille avec des titres, liquidités et quasi-liquidités sans imposition latente, la technique « pipeline » devrait être utilisée pour permettre que l'imposition totale découlant de la sortie des fonds ne soit que jusqu'à concurrence du taux des gains en capital; et

- si les actifs de la société sont générateurs d'impôts, ou bien ils sont conservés dans la société pour en reporter les effets de la double imposition potentielle dans le temps, ou bien d'autres techniques de planification doivent être envisagées pour annuler ou minimiser les conséquences de la double imposition.

Par ailleurs, s'il y a des actionnaires qui « continuent » la société dans le sens qu'ils la conservent pour détenir des actifs ou continuer l'exploitation d'une entreprise, il s'avérera plus intéressant de ne pas fusionner ou de liquider GESCO avec la société exploitante ou détentrice des actifs

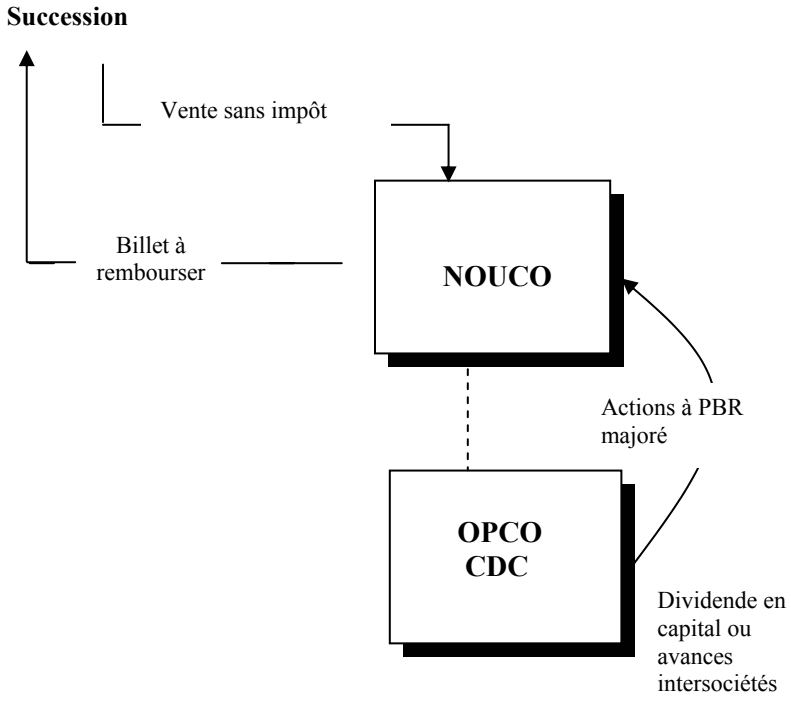
---

[60] Le report de la charge fiscale des actions en faveur de l'héritier sera attribuable au fait que lors du partage, la remise de celles-ci s'effectuera généralement en vertu des règles de roulement au PBR des actions prévues au paragraphe 107(2) L.I.R. et à l'article 688 L.I., à moins qu'un choix contraire ne soit fait lors d'une attribution aux termes du paragraphe 107(2.001) L.I.R. et de l'article 688.0.0.1 L.I.

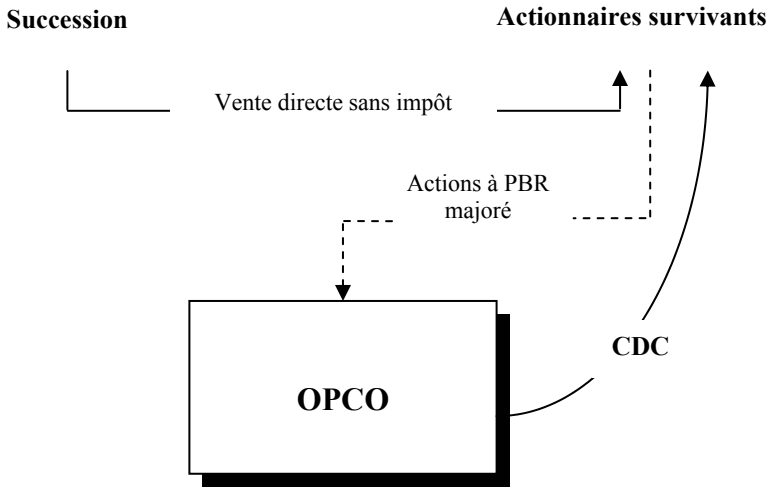
conservés puisque le coût des actions des actionnaires survivants serait alors perdu. Nous verrons plus loin qu'en certaines circonstances, une fusion ou une liquidation pourrait toutefois être souhaitable. Si les actionnaires survivants ne désirent pas avoir une société additionnelle au sein de leur groupe, ils pourraient orienter leur achat à titre personnel et se verser un dividende en capital du CDC créé par l'assurance vie souscrite sur la tête de l'actionnaire décédé pour financer le paiement à la succession des actions acquises.

Illustrations :

a) Avec une société de portefeuille



b) Sans société de portefeuille



Dans l'une ou l'autre alternative, la succession ne s'imposera que sur un gain en capital au lieu d'une imposition plus importante par voie de dividende dans le cadre d'un rachat ou d'une liquidation corporative.

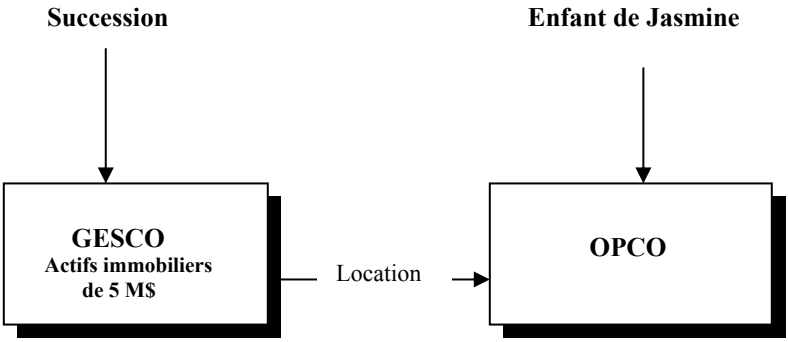
2.1.2.2. Usage ou non de la DGC[61]

Il est intéressant de constater que l'usage de la DGC sur la tête du contribuable décédé n'est pas toujours souhaitable.

Pour débuter cette analyse, prenons la situation où les actifs de la société GESCO sont utilisés par une société exploitante (ci-après « OPCO ») détenue par l'enfant de Jasmine.

[61] Prévue à l'article 110.6 L.I.R. et à l'article 726.6 et suivants L.I.

Illustration :



Dans l'hypothèse où l'enfant désire acquérir de la succession les actions de la société GESCO, l'usage de la DGC dans le cadre du décès de Jasmine aura pour conséquence de transférer des actions à PBR majoré par la DGC entre les mains de l'enfant ou de sa société de portefeuille puisque la DCG utilisée par la succession sera réputée avoir été utilisée par une personne liée aux enfants même si Jasmine est décédée[62]. Le transfert des actions par la succession à l'enfant sera alors astreint aux mêmes limites prévues à l'article 84.1 L.I.R.[63] que si le transfert avait été réalisé du vivant de Jasmine.

Autrement dit, ni la succession ni l'enfant ne pourront prendre avantage d'une NOUCO pour acquérir les actions et « sortir » par son intermédiaire la valeur exonérée du gain en capital de la défunte ou en faire payer le coût d'achat des actions. Si tel était le cas, il en résulterait automatiquement un dividende imposable réputé au niveau de la succession ou des héritiers jusqu'à concurrence du plus élevé du PBR majoré (pour la portion seulement réalisée sans le recours à la DGC) et du CV des actions. Par contre, dans les circonstances où l'un des héritiers se voit remettre les actions « cristallisées »

---

62 Aux termes de l'alinéa 84.1(2.01)a) L.I.R. et de l'article 517.4.3 L.I., il est prévu que lorsqu'une action est dévolue à une autre personne par suite d'opérations entre personnes ayant entre elles un lien de dépendance, la personne décédée (la défunte) et les enfants (ou leur société de portefeuille) sont réputés à tout moment avoir entre eux un lien de dépendance même si ces personnes ne coexistaient pas lors du transfert. Cette présomption fait en sorte que si la DGC est réclamée du vivant de la défunte ou lors de son décès, toute majoration du PBR des actions découlant de l'usage de la DGC devra être « considérée » comme réduite à zéro pour le légataire dans le cas où celui-ci entendait « récupérer » le PBR ainsi majoré des actions (voir al. 84.1(2)a.1) L.I.R. et art. 517.4.1 et 517.4.2 L.I.).

63 Par. 84.1(1) L.I.R. et art. 517.1 à 517.3.1 L.I.

au sein de son lot, que cet héritier n'entend pas assurer le rachat de ces actions parce qu'il conserve les actifs corporatifs ou l'exploitation de l'entreprise de la société, la majoration de DGC constitue pour l'héritier un baume à la problématique d'une double imposition future potentielle rattachée à ces actifs corporatifs. Il pourra alors envisager d'autres scénarios de planification pour retirer cette valeur majorée de son PBR « cristallisé ». Entre autres, il pourra disposer de ses actions en faveur d'une fiducie de type familial. Nous vous référons à la section 2.1.2.3. ci-après où l'on présente un exemple de planification permettant à l'héritier de récupérer, en quelque sorte et moyennant peu d'impôt, ses actions à haut PBR majoré par la DGC.

Revenons maintenant à notre exemple, et appliquons la DGC à celui-ci :

a) PBR succession 5 000 000 $
Moins DGC 500 000 $

PBR rajusté 4 500 000 $

b) Acquisition des actions de GESCO par une NOUCO détenue par l'enfant et rachat des actions :

– vente pour 5 M$. Contrepartie composée de 4,5 M$ sous forme de billet à payer et de 500 000 $ en actions dont le CV sera réduit à 0 $;

– rachat des actions de NOUCO au bénéfice de la succession : dividende imposable de 500 000 $ dont le coût fiscal sera de 32 % (160 000 $);

– réalisation d'une perte fiscale de 500 000 $ laquelle, si elle réunit les conditions du choix du paragraphe 164(6) L.I.R., sera applicable contre un gain de la défunte; et

– résultat : conversion du gain de la défunte en un dividende imposable de 500 000 $.

Si l'enfant fait partie des héritiers, il pourrait se faire remettre les actions émises au roulement plutôt qu'il soit procédé à leur rachat. Mais, en quelque sorte, on reporte à son niveau la problématique des actions « cristallisées », à savoir que le financement de ses actions ne peut se faire qu'avec de l'argent après impôts et non à même les actifs liquidés de la société. C'est l'éternel et injuste problème rattaché à la DGC dans le contexte familial. Compte tenu que de pareilles actions comportent une plus-value exonérée, le bénéficiaire ne pourra donc en profiter que s'il arrive à les vendre, dans le cadre d'une

opération sans lien de dépendance ou suivant une planification qui n'abuse pas de la loi dans le contexte de l'article 84.1 L.I.R. Autrement, en présence d'une personne ayant un lien de dépendance, le problème devient alors récurrent et est « récupéré » par cette personne.

L'usage de la DGC entraîne donc l'imposition d'un dividende plutôt qu'un gain en capital et génère, à elle seule, un imposition accrue de 39 500 $[64].

Il nous apparaît alors que le recours à la DGC n'est pas toujours souhaitable dans une telle situation, sauf si l'enfant se voit remettre les actions à titre de règlement total ou partiel de sa participation en capital dans la succession. Toutefois, assurons-nous que le lot successoral de l'enfant tiendra alors compte de cette fiscalité reportée surtout si celle-ci est le résultat d'une croissance postérieure au décès dont l'imposition est reporté à 100 % au niveau de ce légataire de la succession par opposition à d'autres qui récolteront, dans leur lot, des liquidités ou des actifs sans impôt latent[65].

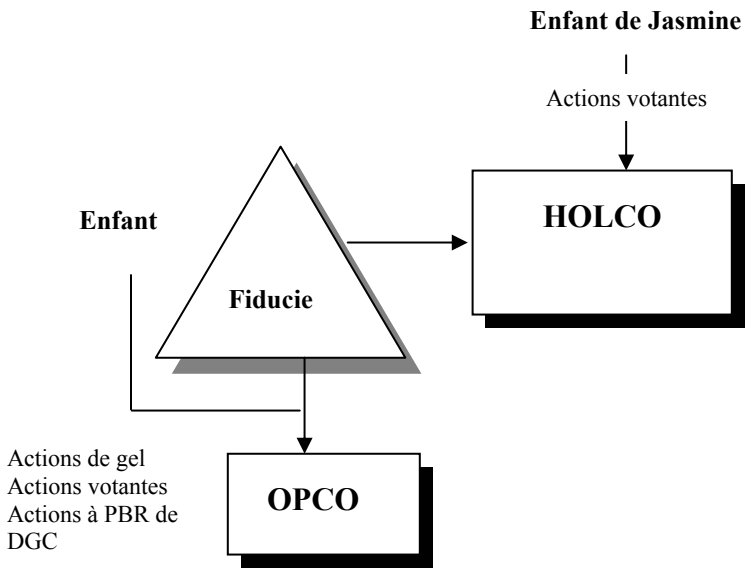
2.1.2.3. Planification pour monnayer des actions à PBR majoré par la DGC

Prenons la situation qui suit après le décès de Jasmine et à la suite d'un gel successoral *post mortem* :

---

64 160 000 $ (32 %, soit le taux du dividende) – 120 500 $ (24,1 %, soit le taux du gain).

65 Suivant l'article 851, al. 2 C.c.Q. : « Peuvent aussi être prises en considération, entre autres, les incidences fiscales de l'attribution, […] ».



Les opérations suivantes ont été mises en place :

a) gel *post mortem* d'OPCO où les actions ordinaires sont converties en actions de gel de catégorie différente des autres actions privilégiées reçues dans le règlement successoral, pour éviter une dilution du PBR de cette catégorie; et

b) émission de nouvelles actions ordinaires à une fiducie de type discrétionnaire prévue au testament et au bénéfice de l'enfant de Jasmine, de ses petits-enfants et d'une société. Cette émission est payée au moyen d'un prêt que la fiducie contracte pour une somme nominale auprès d'un tiers traitant sans lien de dépendance pour assurer qu'aucune règle d'attribution ne soit applicable.

Au bout d'une année, à la suite d'une croissance de 300 000 $ d'OPCO, cette dernière verse un dividende de 100 000 $ à la fiducie qui l'attribue en faveur de HOLCO. Par la suite, la fiducie dispose de la presque totalité[66] de ses actions pour 200 000 $ en faveur de l'enfant qui paye cette somme au moyen de 100 000 $ d'actions à un PBR de DGC et d'un billet à ordre de 100 000 $.

[66] Elle conserve un petit nombre d'actions pour sa détention future.

La fiducie réalise un gain en capital qui sera attribué en partie en faveur de l'enfant et en partie en faveur des petits-enfants pour couvrir leurs dépenses d'éducation et d'entretien[67].

Puisque l'attribution sera réalisée sur la portion imposable du gain, la portion non imposable de 100 000 $ sera conservée dans la fiducie à des fins de distribution éventuelle à titre de capital de la fiducie.

Les actions acquises par l'enfant sont elles-mêmes converties en actions privilégiées. Ces actions ont un PBR de 200 000 $ et un CV nul. Pour permettre à la fiducie d'avoir de la liquidité, l'enfant cède la moitié de ses actions privilégiées en faveur de HOLCO qui les paye au moyen des liquidités reçues par voie de dividende intersociétés. L'enfant rembourse son billet dû à la fiducie.

En bout de ligne, l'enfant sera propriétaire d'actions à haut PBR mais dont aucune réduction ne sera applicable aux termes de l'article 84.1 L.I.R. puisque le gain a été imposé et non exonéré. Si cette dernière série d'opérations est réalisée sur une période de quelques années, toutes les actions à PBR majoré en raison de la DGC utilisée dans le cadre du décès de Jasmine se retrouveront entre les mains de la fiducie.

L'enfant pourra alors vendre les actions acquises de la fiducie à HOLCO en contrepartie de liquidités.

On constate que ces séries d'opérations pourront permettre à l'enfant de recevoir, sur une période assez courte, la valeur des actions à PBR majoré par la DGC, tout en s'imposant au taux du gain en capital et en imposant ses propres enfants[68].

---

[67] Cette attribution du gain en capital imposable s'effectuera aux termes du paragraphe 104(21.2) L.I.R. et des articles 688.1 et 688.2 L.I. L'enfant et les petits-enfants ne prendront pas avantage de la DGC parce que, autrement, le PBR des actions acquises par l'enfant deviendra alors lui-même visé par la règle de l'article 84.1 L.I.R. qui limitera toute récupération du PBR majoré.

[68] Voir la section 2.1.2.4. qui suit pour une discussion relative au dépouillement de surplus. Avec la réalisation de gains en capital au sein de la fiducie et leur attribution en faveur des petits-enfants, nous pourrions nous questionner à savoir si la règle de l'article 120.4 L.I.R. en matière de « revenu fractionné » est applicable ou non dans le cas où les petits-enfants sont âgés de moins de 18 ans. Bien que l'auteur soit d'avis que cette règle ne devrait pas recevoir application en l'espèce, la prudence est toutefois recommandée. Puisque la fiducie est testamentaire, il serait intéressant

(à suivre…)

2.1.2.4. Le gain en capital et le dépouillement de surplus

Dans l'utilisation de la technique de récupération du PBR par « pipeline », il y a lieu de se questionner à savoir si le remboursement pourrait être attaqué sous prétexte que l'on est en présence d'une sortie des actifs corporatifs par un gain en capital plutôt que par un dividende imposable. En quelque sorte, réalisons-nous un dépouillement de surplus de la société prohibé par la loi? Quand et à quelle hauteur un tel dépouillement sera-t-il considéré comme attaquable?

L'ancien article 247 L.I.R.[69], abrogé pour les dispositions postérieures au 13 septembre 1988, stipulait clairement et textuellement à son paragraphe (1) :

> « Lorsqu'un montant est reçu ou devient à recevoir par un contribuable dans une année d'imposition
>
> a) soit en conséquence de la disposition ou de l'échange d'un bien,
>
> b) soit en conséquence :
>
> i) du rachat, de l'annulation ou de l'acquisition, par une corporation, d'actions d'une catégorie de son capital-actions;
>
> ii) de la réduction par une corporation du capital versé au titre des actions d'une catégorie de son capital-actions, ou
>
> iii) de la conversion par une corporation d'actions d'une catégorie de son capital-actions en actions d'une autre catégorie de son capital-actions ou en un titre de créance de la corporation,
>
> c) soit par ailleurs, comme montant qui, sans le présent article, serait un revenu exonéré, dans le cadre de quelque opération ou événement effectué ou à effectuer après le 23 mai 1985 ou dans le cadre d'une série d'opérations ou évènements dont chacun est effectué ou a effectué (sic) après cette date et qu'il est raisonnable de considérer qu'un des objets de cette opération, de cet événement ou de cette série consiste à réduire de façon sensible ou à supprimer l'actif d'une corporation à une date quelconque, de façon que tout ou partie d'un impôt qui, par suite d'une répartition de biens d'une corporation, aurait été payable par ailleurs en

(…suite)
d'imposer cette dernière pour bénéficier d'une économie fiscale liée à la progressivité des taux d'imposition.

69 Soit les anciens articles 1083 à 1085 L.I.

vertu de la présente loi ou le serait devenu, a été évité ou le sera, la partie du montant ainsi reçu ou à recevoir par le contribuable qui est raisonnable en l'espèce compte tenu du montant d'impôt qui, n'eut été le présent article, aurait été évité ou le serait, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année :

d) à titre de dividende imposable que celui-ci a reçu dans l'année dans le cas où le contribuable est un particulier ou une personne non résidante;

e) pour tout autre contribuable, à titre de revenu, à l'exclusion d'un dividende imposable, tiré d'un bien. »

Cette disposition se retrouvait dans le chapitre « Évitement fiscal » et fut initialement introduite par l'article 138A(1) des Statuts refondus du Canada de 1952, chapitre 148.

L'objectif de cette disposition visait l'imposition d'une somme qui, n'eût été certaines opérations, l'aurait été au niveau du contribuable en raison de sa relation à titre d'actionnaire d'une société.

On se souviendra qu'avant le 1er janvier 1972, le gain en capital n'était pas imposé et qu'il était possible, par certaines opérations, de convertir ce qui aurait dû être un dividende autrement imposable en un gain en capital qui, lui, ne l'aurait pas été sans la présence de cette disposition. Ainsi donc, cette disposition avait sa place dans le régime fiscal de l'époque.

Concurremment à l'introduction du régime d'imposition des gains en capital à compter du 1er janvier 1972, l'article 55 L.I.R.[70] fut introduit pour contrer les abus reliés à des opérations de diminution ou de report des gains en capital rattachés aux actions de société.

Le paragraphe 55(1) L.I.R. et l'article 308 L.I., maintenant abrogés, avaient pour but d'imposer le gain en capital malgré toute opération d'échange, de vente ou autre transaction que ce soit qui aurait pour résultat de réduire le gain en capital ou de générer une perte. Cette disposition était tout aussi applicable aux particuliers qu'aux sociétés (les « corporations » de l'époque).

Avec l'arrivée de la DGAÉ à compter du 13 septembre 1988 et l'introduction antérieure de la DGC, l'article 247 L.I.R. et le paragraphe

[70] À ce moment, l'article 308 L.I., abrogé depuis.

55(1) L.I.R. ont été concurremment abrogés pour la même période d'application.

Fort de l'introduction de la DGAÉ, les autorités fiscales tentent tant bien que mal d'attaquer les situations où elles jugent qu'il y a « dépouillement de surplus » et une diminution indue de la charge fiscale, dans les situations jugées abusives par elles.

Suivant une analyse faite dans le cadre de notre dernier congrès[71], en relation avec l'article 84.1 L.I.R., le dépouillement de surplus d'une société ne serait pas acceptable s'il a pour résultat de contourner l'article 84.1 L.I.R. au moyen d'un gain en capital bénéficiant de la DGC. Aux termes de trois jugements[72] relatifs à l'article 84.1 L.I.R., à la lumière de la DGAÉ, il apparaît inacceptable pour les tribunaux de tenter de contourner, directement ou indirectement, l'article 84.1 L.I.R., qui empêche de se servir de la DGC pour retirer les surplus de la société.

Toutefois, qu'en est-il d'une série d'opérations qui visent simplement à utiliser les surplus pour payer un gain en capital qui sera par ailleurs imposable pour l'actionnaire? Puisque l'imposition du gain en capital revient à 24,1 % comparativement à celui du dividende imposable de 32,8 %, il apparaît clair et simple à comprendre que les contribuables orientent leur imposition vers la réalisation d'un gain en capital au détriment du dividende imposable.

Suivant Me Denis Lacroix :

> « L'article 84.1 vient baliser les montants qui peuvent être extraits d'une société lors du transfert d'actions à une société avec lien de dépendance. L'article 84.1 LIR n'interdit pas toutes les sortes de dépouillement de surplus, il sanctionne uniquement les sorties de surplus qui excèdent une certaine limite[73]. »

Dans le cadre de la technique « pipeline », est-ce que la DGAÉ est applicable si la série d'opérations respecte les limites qu'impose l'article 84.1 L.I.R.?

---

71 Voir D. LACROIX, *loc. cit.*, note 48.

72 *McNichol* c. *La Reine*, [1997] 2 C.T.C. 2088 (C.C.I.); *RMM Canadian Enterprises Inc.* c. *La Reine*, [1988] 1 C.T.C. 2300 et *Nadeau* c. *La Reine*, [1999] 3 C.T.C. 2235 (C.C.I.).

73 D. LACROIX, *loc. cit.*, note 48, 31:20.

Certes, notre série d'opérations génère une économie fiscale, donc en quelque sorte un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(3) L.I.R.

Toutefois, a-t-elle des objets véritables[74]? Le règlement successoral est, pour nous, un objet véritable, mais toutefois la série d'opérations pourrait aussi être réalisée de sorte qu'il en découle un dividende qui, tout compte fait, aurait été fiscalement plus dispendieux.

Quoi qu'il en soit, passons le test de l'objet véritable pour tomber dans celui de l'abus de la loi, lue dans son ensemble[75]. À cette fin, la jurisprudence a balisé ce test en dictant, suivant un résumé que nous en faisons :

- qu'il ne doit pas s'agir d'une devinette de l'intention législative au moyen d'une analyse d'intention (*purposive analyse*) lorsque nous sommes en présence de dispositions fiscales ambiguës;

- qu'il doit s'apparenter à une politique fiscale qui chapeaute les mots que le législateur a utilisés;

- qu'il ne doit pas refuser un avantage fiscal conforme aux textes de la loi sous prétexte que les opérations constituent un usage abusif, en présence d'une politique fiscale sous-jacente qui n'est pas claire et non ambiguë;

- que les tribunaux procéderont avec prudence dans la mise en application qui leur est confiée du paragraphe 245(4) L.I.R.; et

- que les tribunaux devront être confiants que, malgré les mots choisis par le législateur afin de permettre l'opération d'évitement, la politique derrière la disposition de la loi soit suffisamment claire pour qu'ils puissent conclure que l'usage de la loi par le contribuable constitue un abus.

La question importante est celle de savoir jusqu'où un dépouillement de surplus peut être réalisé. Me Lacroix, dans son analyse s'appuyant sur l'article 84.1 L.I.R. qui était appliqué à une série d'opérations pour réaliser

---

74 Au sens du paragraphe 245(3) L.I.R. et de l'article 1079.11 L.I.

75 Prévu au paragraphe 245(4) L.I.R. et à l'article 1079.12 L.I. Au provincial, ce test est celui du « mauvais emploi des dispositions de la loi ou abus compte tenu des dispositions de la loi, lue dans son ensemble » (texte non intégral).

un gain plutôt qu'un dividende, conclut que l'article 84.1 L.I.R. lui-même pose les balises de la loi en cette matière. Ainsi, il affirme :

> « L'utilisation de cette limite par le législateur suppose que, si le contribuable a un prix de base rajusté, c'est parce qu'il a utilisé des dollars après impôts pour acquérir les actions. Puisqu'il s'agit déjà de dollars après impôts, le contribuable devrait être admis à extraire cette somme d'une société. C'est aussi pour cette raison que le PBR est réduit à l'égard de l'exonération des gains en capital et de la marge libre d'impôt parce qu'il ne s'agit pas dans ce cas de dollars après impôts[76]. »

Pour notre part, nous aimerions ajouter que la création d'un PBR majoré pour la succession est attribuable au fait que la loi elle-même génère la disposition présumée qui crée cette majoration fiscale du PBR. Cette majoration n'est évidemment pas sans impôt et, en ce qui nous concerne, si elle ne vise pas une portion ayant fait l'objet de la DGC, l'acquittement du PBR par NOUCO constitue un seuil acceptable et fort tolérable. En effet, la loi créée elle-même cette dualité fiscale et, à l'exception des sociétés[77], il nous semble qu'aucune autre disposition témoigne qu'il existe une politique fiscale claire et non ambiguë interdisant la réalisation d'un gain en capital plutôt que d'un dividende imposable. Nous croyons, au contraire, que le régime fiscal permet de façon claire et non équivoque de bénéficier du PBR majoré des actions engendré par le décès, dans la mesure où la majoration ne résulte pas de la DGC d'une personne avec un lien de dépendance.

---

76 D. LACROIX, *loc. cit.*, note 48, 31:24.

77 Où nous retrouvons le paragraphe 55(2) L.I.R. dont la balise claire est le « revenu protégé ». AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique AC 59476, 20 avril 1990 : il s'agissait d'employés qui, à la suite de la levée d'option d'achat d'actions, avaient le choix de vendre leurs actions soit à la société émettrice ou encore à sa filiale; l'ADRC a permis le choix de la vente. Évidemment, le résultat s'avérait différent puisque de la première option résulterait un dividende et de la deuxième, un gain en capital. Même s'il était clair que les actions acquises par la filiale étaient rachetées immédiatement, ayant pour effet de « convertir » le dividende en un gain, l'ADRC a émis l'opinion qu'il n'avait pas d'abus de la loi malgré qu'elle ait reconnu qu'il y avait une transaction d'évitement. Et, aux termes de cette interprétation, le gain était admissible à la DGC, probablement parce qu'il n'entrait pas dans les intentions fiscales sous-jacentes à l'article 84.1 L.I.R. Pour une analyse intéressante de la question, nous vous référons particulièrement à Thomas W. COPELAND, Pierre FLEURY, Jean-Luc FRÉCHETTE et Stéphane MONGEAU, « Étude de cas A – L'impact de la réduction du taux d'imposition des gains en capital », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 46:1-104, aux pages 46:30 et suivantes.

On se rappellera qu'aux fins des règles relatives au calcul du CV des actions émises en contrepartie d'un roulement, celles de l'article 84.1 L.I.R. au lieu de celles prévues au paragraphe 85(2.1) L.I.R. auront préséance dans le but exprès que si les biens pour lesquels on a eu recours au roulement sont des actions d'une autre société, le CV des actions de contrepartie sera réduit jusqu'à concurrence du plus élevé du CV ou du PBR (tel qu'il est ajusté) des actions cédées, et diminué de toute contrepartie autre qu'en actions.

Par opposition, les règles de calcul du paragraphe 85(2.1) réduiront le CV jusqu'à concurrence du PBR (ou du coût indiqué), c'est-à-dire de la masse fiscale des actifs auxquels le roulement est appliqué, déduite de toute contrepartie autre qu'en actions. Il sera alors possible au nouvel actionnaire, notamment, de procéder à une réduction de CV relative à ses actions émises jusqu'à concurrence du montant de ce CV, sans engendrer d'impôt, puisque ce CV ne représente en fait que le coût fiscal net des actifs qu'il avait initialement cédés à la société. Or, dans notre situation de décès et de vente par la succession, il nous apparaît que la même logique doit être retenue et que le retrait ou le dépouillement de surplus ne porte pas préjudice ni ne constitue un mauvais emploi de la loi, lue dans son ensemble.

Aller à l'encontre de cela, c'est remettre en question tout le régime fiscal et les limites qui lui ont été fixées par la législature.

2.2. LA LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ

Nous avons vu dans la première section que la liquidation d'une société de portefeuille sans impôt latent permettait assez facilement d'annuler l'un des deux paliers d'imposition, soit celui rattaché à la distribution des actifs de la société ou encore celui du gain du décédé, selon la technique retenue.

Nous aimerions maintenant faire l'analyse en retenant comme hypothèse que GESCO possède des actifs susceptibles d'imposition.

La liquidation et la distribution des actifs de la société viseront à faire en sorte que l'impôt attribuable au décès soit lui-même remplacé par les impôts associés au processus de liquidation corporative.

Reprenons notre exemple initial :

- Les actions ont un PBR et un CV nuls lors du décès.

- Les actions ont une JVM de 4,3 M$ le jour du décès, soit la JVM de l'actif de la société diminuée de l'impôt corporatif soustrait de l'IMRTD.

- GESCO possède, quant à elle, un terrain en immobilisation ayant les caractéristiques suivantes :

	Hypothèse
PBR	0 $
JVM	5 000 000 $

Supposons que les actions n'étaient pas admissibles à la DGC et que Jasmine est imposable au taux d'imposition marginal. Les conséquences de son décès seront alors les suivantes :

	Hypothèse
PD[78]	4 300 000 $
Coût	(0) $
Gain	4 300 000 $
GCI	2 150 000 $
Impôt (48,2 %)	1 036 300 $

La société est liquidée au cours de la première année de la succession de sorte que son actif est disposé au bénéfice de son actionnaire, soit la succession, avec les résultats fiscaux suivants :

[78] Comme mentionné précédemment, la JVM des actions devrait, selon nous, être inférieure à la valeur brute de l'actif de la société puisqu'il était lui-même susceptible d'une imposition latente à court terme, dans l'hypothèse où la liquidation est réalisée juste après le décès. Cet escompte pourrait varier suivant l'intention des dirigeants de conserver ou non le bien au sein de la société ou conserver cette dernière. En matière d'évaluation, on peut consulter Line RACETTE, « Traitement fiscal de l'impôt différé dans l'évaluation des actions », dans *Journée d'études fiscales 1994*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 1B:1 et suivantes, et pour ne se référer qu'à deux textes, Howard J. KELLOUGH et Peter E. MCQUILLAN, *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999.

Au niveau corporatif	Hypothèse
Impôt	1 300 000 $
IMRTD	600 000 $
Net distribuable[79]	4 300 000 $
CDC	2 500 000 $
Au niveau de la succession	
Dividende imposable[80]	1 800 000 $
CDC[81]	2 500 000 $
Impôt[82]	590 400 $
Au niveau des actions	
PD[83]	4 300 000 $
Moins dividende	4 300 000 $
PD ajusté	0 $
Coût	4 300 000 $
Perte en capital	4 300 000 $
PCD (50 %)	2 150 000 $
Restrictions (par. 112(3.2) L.I.R.)	Néant $
Perte nette reportée	2 150 000 $
Au niveau de la défunte	
GC imposable par ailleurs	2 150 000 $
Report de la perte (par. 164(4) L.I.R.)	2 150 000 $
GCI redressé	0 $
Impôt révisé	0 $
Impôts totaux[84]	**1 290 400 $**

[79] Soit la valeur de l'actif diminuée de l'impôt corporatif et augmentée de l'IMRTD présumé reçu.

[80] Par. 84(2) L.I.R. et art. 505 L.I. Le dividende imposable est calculé selon la formule prévue au paragraphe 88(2) L.I.R. et à l'article 568 L.I., sur la valeur nette des actifs à distribuer, diminuée du CDC et du CV qui est nul dans cet exemple. On présume aussi que la société sera à même de recevoir 100 % de son IMRTD.

[81] Par. 83(2), 89(1) et suiv., s.-al. 88(2)b)(i) L.I.R.; art. 502, 503, par. 568a) et 570b) L.I. et art. 570R2 R.I.

[82] Il s'agit de l'impôt sur dividende présumé à 32,8 %.

[83] Aux termes de la définition de « produit de disposition » prévue à l'article 54 L.I.R. et à l'article 251 L.I., le produit reçu à la disposition d'une action doit être diminué de tout le dividende réputé reçu en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. et de l'article 506 L.I.

[84] De la succession, de la défunte et de la société.

La règle de limitation des pertes du paragraphe 112(3.2) L.I.R. permet d'utiliser un dividende du CDC pour 50 % du gain en capital au décès ou de la perte réelle subie au rachat des actions, selon la moins élevée des deux sommes. Toutefois, suivant notre compréhension de la formule prévue, il y a réduction du montant important de dividende imposable versé, faisant en sorte qu'il n'y a pas de montant à titre de limitation.

On constate que, n'eût été de la perte « reportable », une double imposition aurait été générée par cette situation, mais que l'intégration fiscale du tout, à un taux de 25,8 %, replace l'actionnaire dans la même situation (ou à peu près de 1,7 % en sous-intégration fiscale) que s'il avait détenu personnellement le bien corporatif à son décès.

Également, on constate que, lorsqu'il est possible d'assurer une intégration des impôts corporatifs avec ceux de l'actionnaire, il y a alors une intégration complète. Lorsque la société possède une masse fiscale interne, l'intégration peut ne pas être parfaite. Il en sera de même si la société a droit à une assurance vie sur la tête du décédé.

Le problème rattaché à la liquidation de la société est que cette liquidation risque dans plusieurs situations de ne pas pouvoir être réalisée pour les raisons suivantes :

- les héritiers désirent poursuivre l'exploitation d'une entreprise;

- les actifs à distribuer s'avèrent difficilement transférables pour des raisons financières, fiscales ou autres;

- la liquidation entraînerait une responsabilité fiscale des administrateurs dans l'hypothèse où les certificats fiscaux ne pourraient être obtenus ou l'être à temps;

- des poursuites judiciaires sont susceptibles d'être reçues ou sont pendantes contre la société;

- les passifs de la société ne peuvent être réglés parce qu'ils ne sont pas tous déterminés ou déterminables ou, encore, parce qu'ils entraîneraient de lourdes pénalités en remboursement anticipé ou que leur assumation par la succession ou les héritiers n'est pas souhaitable;

- l'impact publicitaire négatif d'une liquidation et dissolution d'une société serait peu souhaitable[85];

- l'absence de pouvoir des liquidateurs pour procéder à de pareilles opérations juridiques[86]; et

- la présence de coactionnaires qui obligeront alors le rachat d'actions générateur de la perte reportable.

Par ailleurs, notons que la liquidation de la société aura aussi certains impacts pervers :

- le gel successoral réalisé antérieurement, le cas échéant. La liquidation obligera alors l'imposition d'une plus-value qui s'est accrue depuis le gel, alors que l'objectif de celui-ci était le report des impôts rattachés à cette plus-value postérieure au gel successoral. Dans cette circonstance, on se retrouve alors dans une situation identique à celle où les coactionnaires font partie de l'actionnariat de la société. Les opérations devront alors envisager le rachat des actions de gel plutôt que la liquidation de la société; et

- si le défunt a cristallisé sa DGC avant son décès, la liquidation aura pour conséquence d'imposer à nouveau cette valeur qui fut imposée durant l'existence de l'actionnaire.

Dans ces circonstances, d'autres planifications devront être envisagées. Nous élaborerons sur certaines d'entre elles dans les lignes qui suivent.

---

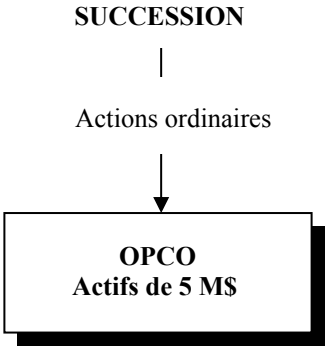
85 Aux termes de l'article 28 L.C.Q. et des articles 210, 211 et 226 L.C.S.A.

86 Suivant l'affaire *Rosenfeld*, précitée, note 12, le juge ayant examiné la situation conclut que le pouvoir d'un liquidateur est celui prévu à la loi et tel qu'il est élargi ou réduit aux termes du testament. Pour un commentaire à cet égard, voir Marc JOLIN, « Legs particulier d'actions de compagnie et choix selon l'article 1054 L.I. », (1992) 10 *La lettre fiscale québécoise* 78. Rappelons que les autorités provinciales affirmaient que les représentants légaux n'ont pas à être investis de pouvoirs spéciaux pour réaliser ce choix. Pour nous, ce n'est pas le choix mais les opérations juridiques sous-jacentes qui obligent que les liquidateurs soient investis de pouvoirs à la fois larges et spécifiques; à ce sujet, voir « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 30:1-53.

2.3. LE *SPIN-OFF* DES ACTIFS DE LA SOCIÉTÉ

Il est possible, par une série d'opérations, d'engendrer la réalisation de l'imposition sous-jacente aux actifs de la société et de permettre la réalisation de dividendes qui remplaceront, en quelque sorte, le premier palier d'imposition rattaché au décès de Jasmine et élimineront le problème de la double imposition tout en conservant les actifs au sein d'une société. Cette technique permet donc de limiter toute implication personnelle des liquidateurs successoraux ou des héritiers[87] ainsi que de contourner certains autres problèmes reliés à la liquidation corporative.

La série d'opérations proposée serait celle qui suit en retenant pour hypothèse que Jasmine était seule actionnaire et laisse dans le deuil son enfant unique qui agit avec son comptable comme liquidateur et que la structure corporative est la suivante :



Série d'opérations réalisées à la suite du décès :

i) Gel successoral *post mortem* d'OPCO

De façon concomitante, Mario, l'enfant de Jasmine, souscrit à de nouvelles actions ordinaires pour une valeur nominale, d'une part, et où les actions ordinaires de la succession sont converties ou échangées, en franchise d'impôt, contre des actions de gel, non votantes, rachetables au gré

---

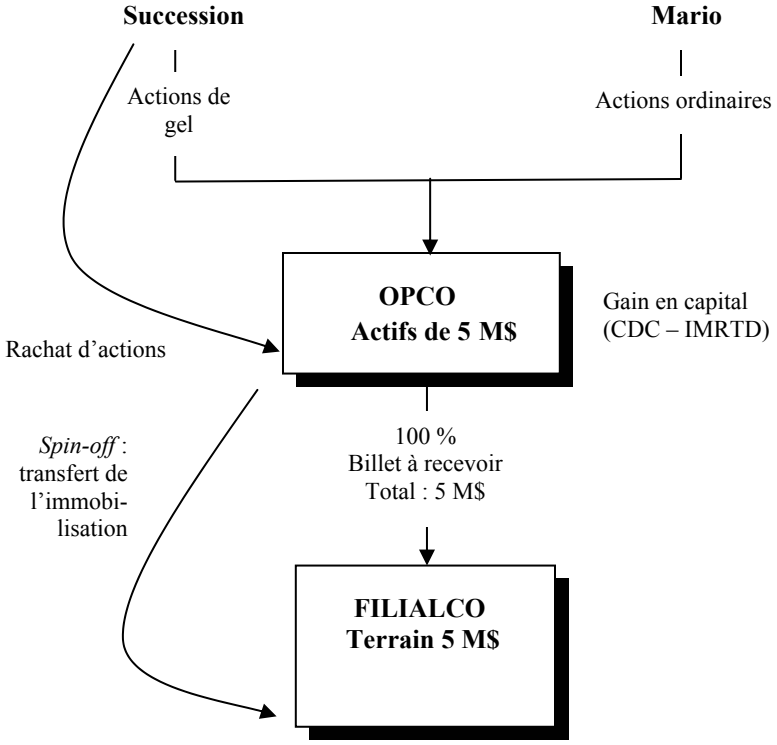
87 L'exemple qui suit a été adapté d'une série d'opérations présentées par Gilles BERNIER et Guy GENDRON, « Le décès de l'actionnaire de société privée : réflexions et stratégies *post-mortem* », (1994), vol. 16, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 505-553.

du détenteur pour un CV nul et une valeur de rachat de 4,3 M$[88], d'autre part.

ii) *Spin-off* de l'actif immobilier d'OPCO

- OPCO constitue une nouvelle filiale à propriété exclusive (ci-après « FILIALCO »).

- OPCO transfère le terrain[89] à FILIALCO en contrepartie d'une action émise à 100 $ et d'un billet à recevoir de 4 999 900 $. Cette vente générera un gain en capital au sein d'OPCO et fera en sorte de mettre en branle les mécanismes fiscaux d'intégration fiscale composés du CDC et de l'IMRTD.



[88] Voir la section 2.2. du présent texte pour la détermination au décès de la JVM des actions de notre exemple.

[89] Dont le PBR est de 0 $ et la JVM de 5 M$.

Il y aura lieu d'être prudent quant à l'évaluation des actifs dans les circonstances où la JVM desdits actifs s'est accrue depuis l'évaluation réalisée relativement au décès de Jasmine. Tout excédent devrait, en principe, être transféré par roulement sur la personne de FILIALCO en vertu de la contrepartie en actions remise avec le transfert de l'immobilisation. À cette fin, une élection fiscale en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.[90] sera signée et produite en fixant comme somme convenue la valeur au décès de l'immobilisation cédée. L'intégration ne sera évidemment pas réalisée sur cette portion de la considération additionnelle qui excéderait celle qui peut potentiellement être épongée par le mécanisme d'intégration.

Illustration :

Considérations fiscales des opérations

La réalisation d'un gain en capital par OPCO est calculée comme suit :

PD	5 000 000 $
Coût	(0 $)
Gain	5 000 000 $
GCI	2 500 000 $
Impôt (52 %)	1 300 000 $
Pourcentage du CDC	2 500 000 $
IMRTD	600 000 $
Coût de FILIALCO	5 000 000 $
CV et PBR des actions	100 $

iii) Rachats d'actions au sein d'OPCO ou liquidation de celle-ci

Pour permettre l'intégration fiscale et l'annulation des impôts du premier palier, le rachat des actions de gel dans OPCO est réalisé. Alternativement, OPCO pourrait être liquidée en assurant une restructuration au sein de FILIALECO avant la liquidation d'OPCO.

Les considérations fiscales devraient être identiques à celles exposées précédemment à la section 2.2.

---

[90] Art. 518 et suiv. L.I.

En tenant pour acquis que les pertes ne sont pas attaquables en vertu du paragraphe 40(3.6) L.I.R., les reports de pertes auront permis d'annuler les impôts de la défunte.

FILIALCO aura, quant à elle, une immobilisation qu'elle pourra vendre à la JVM en date du décès, sans impact fiscal. Le produit de la vente pourrait alors servir à rembourser les billets qui resteraient dus à la succession par OPCO.

Aussi, l'actif immobilier, à défaut d'être vendu, devra être financé de nouveau pour permettre de rembourser une partie des billets qui serviront à payer l'impôt sur le dividende. Cette problématique de l'impôt à payer aurait été tout aussi présente sans l'existence de la série d'opérations présentées puisque les impôts de la défunte sur la disposition réputée au décès auraient étés payables par ailleurs. Nous pourrons alors suggérer d'emprunter[91].

2.4. *SPIN-OFF* INVERSÉ DE L'ACTIF

Dans l'exemple qui précède, à la section 2.3., il serait possible de changer une partie de la série d'opérations pour limiter le risque inhérent à la liquidation d'une société opérante et pour lui permettre de continuer l'exploitation en transférant le terrain vers une société mère. De fait, cette technique permettra non une diminution de la charge fiscale, mais une limitation des risques associés au passé d'OPCO, comme l'image négative qu'une dissolution volontaire projette. Aussi, cette technique pourrait être retenue lorsqu'on désire désintéresser un actionnaire, par hypothèse, parmi les enfants du défunt, tout en continuant l'exploitation de l'entreprise au sein d'OPCO. Il faut toutefois être prudent dans l'application d'une telle série

[91] Il y aura lieu d'être vigilant lors de la création des dettes résultant des rachats d'actions de gel pour ne pas que, *de facto*, la succession contrôle OPCO, puisque les restrictions du paragraphe 40(3.6) L.I.R. seraient alors applicables. Bien que l'effet de cette disposition serait d'augmenter le coût des actions restantes de la succession, au dernier rachat, la succession se retrouverait avec une perte sèche totalement nulle. Il est possible aussi de s'assurer de tomber dans l'exception au contrôle de fait prévue au paragraphe 256(6) L.I.R. en matière de conversion de dette. Nous pourrions suggérer d'emprunter dans FILIALCO, de rembourser une partie significative de la dette intersociétés, et OPCO rembourserait la dette à la succession. La succession ou l'héritier pourrait prêter à Mario, qui avancerait la somme à OPCO, qui l'injecterait au sein de FILIALCO, laquelle payerait ses impôts. Ainsi, la dette serait entre l'héritier ou la succession et Mario, et non par la succession à OPCO.

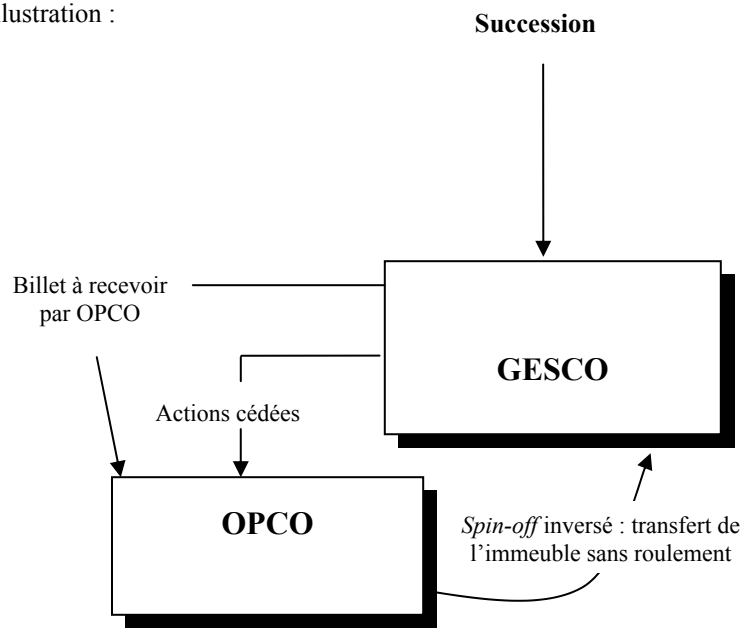
d'opérations pour ne pas se faire imposer indûment un dividende intersociétés aux termes du paragraphe 55(2) L.I.R.[92]

Série d'opérations proposées :

- La succession cède ses actions d'OPCO à GESCO nouvellement constituée pour des actions avec le même CV que celui des actions cédées[93].

- OPCO dispose de son terrain en faveur de GESCO en contrepartie d'une dette due à terme. OPCO réalise un gain équivalent à celui présenté à la section 2.3. Nos mêmes commentaires sont alors à considérer.

Illustration :



[92] Art. 308.0.1 et suiv. L.I.

[93] Il importe ici que le CV corresponde à celui des actions cédées parce qu'autrement, à la liquidation prévue de GESCO, il ne pourra y avoir la réalisation d'un dividende réputé puisque le CV sera trop élevé et, par le fait même, il n'y aura pas de perte en capital générée et donc aucun report de perte. Il ne s'agira, si le CV est plus élevé, que du remboursement libéré d'impôt que la loi permet par ailleurs dans une telle situation.

La suite des opérations serait la suivante :

- OPCO achètera les actions détenues par GESCO et fera le choix du CDC sur une partie des actions rachetées. Les rachats seront faits pour un montant total équivalent à celui de l'exemple précédent. Les rachats seront acquittés par billets à ordre. Par la suite, les billets que les deux sociétés se doivent réciproquement s'éteindront par compensation.

- Par la suite, de nouvelles actions ordinaires seront émises dans OPCO en faveur de l'enfant de Jasmine.

- Enfin, pour permettre de compléter l'intégration fiscale, GESCO sera liquidée au bénéfice de la succession, générant ainsi un dividende de liquidation sur lequel un choix de CDC sera fait, la récupération de l'IMRTD et la réalisation d'une perte reportable pour annuler l'impôt relié au décès de Jasmine. Le transfert en nature du terrain sera également exonéré de droit de mutation aux termes des étapes 2 et 5[94].

Il s'agit là d'une série d'opérations qui limite, en quelque sorte, les risques inhérents à une liquidation corporative. De plus, elle assure hors de tout doute le risque associé à une non-reconnaissance de la perte aux termes du paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Dans le cadre de cet exemple, si nous ne sommes pas en mesure de réaliser la perte à l'intérieur de la première année de la succession, cette dernière peut céder ses actions d'OPCO à GESCO, qui peut être détenue par Mario ou tout simplement par sa société de portefeuille. La succession reçoit alors un billet à recevoir. Par la suite, OPCO finance à nouveau son immeuble, verse un dividende à GESCO qui rembourse le billet à la succession.

Toutefois, cela ne permettra pas de majorer le coût du terrain et l'emprunt risque de ne pas être déductible. Alors, il faut envisager une opération additionnelle pour majorer le coût indiqué du terrain au moyen de la majoration prévue aux alinéas 88(1)c) et d) L.I.R.[95] que nous allons maintenant examiner.

---

[94] À l'étape 2, il s'agit d'un transfert d'une société filiale à sa société mère, en vertu de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.M. »), al. 19d). À l'étape 5, il s'agit d'un transfert de la société mère à son unique actionnaire, alinéa 19b) de cette même loi.

[95] Art. 556 et suiv. L.I.

Enfin, lorsque la majoration que nous allons étudier ci-après s'avère utilisable, combinée avec la technique du « pipeline » exposée ci-dessus, il sera possible de maintenir la charge fiscale totale, non aux taux des dividendes mais à ceux des gains en capital puisque c'est le gain du défunt qui sera retenu (c'est-à-dire du premier palier) par opposition à celui du deuxième palier engendré par un rachat ou une acquisition d'actions pour annulation ou encore par la liquidation d'une société entre les mains de la succession.

2.5. LA MAJORATION DU PBR DE CERTAINS ACTIFS D'UNE SOCIÉTÉ

Ainsi, dans les situations où le report de perte ne peut être utilisé ou que la restriction du paragraphe 112(3.2) L.I.R. limite trop l'intégration, le recours à la règle de majoration du PBR des biens en immobilisations non amortissables des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. s'avérera le choix fiscal à retenir pour minimiser, voire annuler l'impact d'une double imposition éventuelle.

Reprenons notre situation décrite à la section 2.4. et modifions quelques-unes de ses composantes :

i) Nouvelle série d'opérations proposées

- La succession cède ses actions ordinaires en faveur de GESCO nouvellement formée en contrepartie d'actions privilégiées non votantes[96], des actions ordinaires de GESCO seront détenues par le fils de Jasmine, Mario.

Si les actions ont pris de la valeur depuis le décès, une élection fiscale pourra être effectuée en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

En utilisant la technique du « pipeline », la succession se retrouve en position de recevoir la JVM de ses actions sans autre imposition de sorte que les remboursements éventuels seront libres d'impôt. Au lieu de se voir remettre des actions privilégiées, la succession pourrait recevoir un titre de créance garanti sur les actifs de la société OPCO, à la suite de leur transfert à l'opération suivante. Puisque nous ne réaliserons pas de rachat ni de liquidation corporative au niveau de la succession, il importe peu que la

[96] Le CV des actions sera équivalent à la JVM des actions, soit 5 M$. Le PBR sera équivalent, compte tenu que le gain n'a pas été exonéré dans le cadre du décès du Jasmine.

société soit en position de contrôle de fait, sauf pour l'application d'autres mesures de la loi, dont les règles des sociétés associées.

- La société OPCO est liquidée au sein de GESCO ou, alternativement, OPCO et GESCO sont fusionnées pour permettre la majoration du coût du bien en immobilisation non amortissable (soit notre terrain) dont nous analyserons sommairement certaines conditions dans les lignes qui suivent[97].

- Les actions privilégiées seront rachetées, soit progressivement, soit en totalité, à même un refinancement de l'immeuble. Pour éviter de mettre en péril la dépense d'intérêt, il serait plus prudent de faire un emprunt pour payer directement les actions acquises de la succession. Ainsi, l'acquisition d'actions opérationnelles ne pose pas, en principe, de problèmes reliés à la dépense des intérêts sur les fonds empruntés pour l'acquisition de telles actions.

La série d'opérations a permis jusqu'à ce moment :

a) d'annuler tout impact lié à une double imposition éventuelle liée aux actifs sous-jacents de la société;

b) de conserver les actifs au sein d'une société, si tel est le désir de Mario, fils de Jasmine.

- GESCO est enfin elle-même liquidée et dissoute au bénéfice de ses actionnaires. En l'occurrence, si la succession est actionnaire privilégié, elle sera remboursée à même les actifs en immobilisation de la société. Une attention particulière devra être portée aux droits de mutation immobilière[98]. Compte tenu qu'il s'agit du remboursement du CV, aucun dividende présumé ne sera généré par la liquidation.

L'impôt total, une fois l'actif de la société entre les mains de la succession, s'élèvera au même montant que celui à la section 2.2., soit plus ou moins 25,8 % de la JVM de la société. Il s'agit en l'espèce du taux

---

97 Aux termes du paragraphe 87(11) L.I.R. et de l'article 550.9 L.I., les règles de *bump-up* sont dorénavant tout autant admissibles en matière de fusion de sociétés mère-fille.

98 Pour correspondre à l'une des situations d'exonération de l'article 19 L.D.M.M., il faut que la succession détienne plus de 90 % des actions émises comportant plein droit de vote (al. 19d) L.D.M.M.).

rattaché aux gains en capital par opposition à celui des dividendes imposables.

À notre avis, rien ne s'oppose à ce que la série d'opérations soit à l'extérieur de la première année de la succession puisque le choix de 164(6) n'est pas retenu dans ce scénario de diminution de la double imposition.

Par contre, plus le temps file, plus les valeurs des immobilisations peuvent être appelées à varier et être contestées par les autorités fiscales.

ii) Analyse des conditions de la majoration

La majoration du coût indiqué de certaines immobilisations de la société prévue aux alinéas 88(1)c) et d) L.I.R.[99] doit, pour être admissible, remplir les conditions suivantes :

a) le bien (ci-après « bien admissible ») doit être une immobilisation autre qu'un « bien non admissible[100] » pour la société, au moment où son contrôle est acquis pour la dernière fois par GESCO (voir la série d'opérations à la sous-section i) ci-dessus).

b) OPCO devra avoir été propriétaire du bien admissible sans interruption entre le moment où le contrôle d'OPCO aura été acquis par GESCO et celui où il y aura l'attribution du bien admissible à GESCO lors de la liquidation d'OPCO, ce qui ne pose pas vraiment de problème.

---

[99] Art. 556 et suiv. L.I

[100] Parmi ceux-ci figurent les biens amortissables, tout bien transféré au terme d'une série d'opérations comportant une « attribution » au sens de la définition prévue au paragraphe 55(1) L.I.R. dans le cadre d'une réorganisation visée à l'alinéa 55(3)b) L.I.R., tout bien transféré à la filiale par la société mère ou d'une personne ou société de personnes qui aurait un lien de dépendance avec la société mère autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) ou tout autre bien acquis par la filiale en remplacement de ce bien, dans le cas où l'acquisition faisait partie d'une série d'opérations ou d'événements dans le cadre de laquelle la société mère a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois; enfin, le bien distribué à la société mère lors de la liquidation si, dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la liquidation, les conditions exposées au sous-alinéa 88(1)e)(iv) sont réunies. L'étude de ces dispositions dépasse le cadre de la présente analyse et nous présumerons que l'actif d'OPCO n'est pas un bien non admissible.

c) GESCO choisira d'attribuer le montant de la majoration au bien admissible aux termes de ses déclarations fiscales de son année d'imposition au cours de laquelle la liquidation et l'attribution auront été réalisées.

Une particularité intéressante en matière de décès fait en sorte que, lorsque le contrôle de la société est acquis par un acquéreur pour la dernière fois en raison d'une acquisition d'actions de la société découlant du décès d'un particulier, l'acquéreur est réputé avoir acquis ce contrôle immédiatement après le décès d'une personne avec le lien de dépendance[101].

En raison de cela, l'évaluation du bien admissible remontera à la valeur au décès aux fins de la limite supérieure à la majoration[102].

Le montant de la « majoration » est prévu à l'alinéa 88(1)d) L.I.R.[103] Celle-ci correspond à l'excédent du PBR des actions de la filiale (OPCO) détenues par la société mère (GESCO) immédiatement avant la liquidation d'OPCO sur le coût fiscal net (la masse fiscale interne nette) des actifs de la filiale (OPCO) à ce moment[104].

Nous attirons votre attention sur le fait que les règles de calcul de la majoration font en sorte que les liquidités provenant des profits postérieurs au décès diminueront l'excédent qui servira à la majoration. Il y a donc lieu de ne pas trop retarder l'opération de la liquidation.

Puisque les « bien admissibles » sont assez limités, la technique de majoration du coût indiqué devra donc être analysée à la lumière de la composition des actifs de la société pour juger de l'importance de son application en matière de limitation de la double imposition.

CONCLUSION

La planification devrait privilégier la réalisation d'une intégration qui s'oriente selon le taux du gain en capital, en suivant les scénarios qui peuvent être retenus selon les circonstances propres à chaque dossier.

---

101 Al. 88(1)d.3) L.I.R. et art. 560.2 (2e alinéa) L.I.

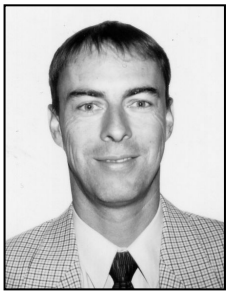
102 S.-al. 88(1)d)(ii) et (iii) L.I.R.

103 Art. 558 et suiv. L.I.

104 Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'analyser les particularités du calcul de la majoration.

Parmi nos divers scénarios, nous sommes à même de constater que ne pas planifier la règle de la double imposition peut s'avérer coûteux pour les héritiers, mais retenons que le temps compte à partir du décès et que nous ne pouvons que requérir de nos législateurs une modification « technique » où le délai de report de perte serait ramené à trois ans comme pour le transfert des biens au conjoint survivant!

LES RENTES ASSURÉES INDIVIDUELLES ET CORPORATIVES



Hélène Marquis
Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

Stéphane Vigneault
BAA, Pl. Fin.
Financière Sun Life

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 38:5

1. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE VIE SOUSCRITS PAR UN INDIVIDU 38:5

1.1. ASPECTS LÉGAUX 38:6
1.1.1. Le contrat de rente 38:6
1.1.2. Le contrat d'assurance vie 38:7
1.1.3. La protection contre les créanciers 38:8
1.1.4. Protection contre la faillite de l'émetteur du contrat de rente et d'assurance vie 38:9
1.2. ASPECTS FISCAUX 38:10
1.2.1. Le contrat de rente 38:10
1.2.2. Le contrat d'assurance vie 38:16
1.2.3. Le contrat de rente et le contrat d'assurance vie combinés 38:16

1.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS 38:17
1.3.1. Étude de cas 38:18

2. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UN INDIVIDU AVEC EFFET DE LEVIER FINANCIER (*TRIPLE BACK-TO-BACK*) 38:20

2.1. LES ASPECTS LÉGAUX 38:21
2.1.1. Hypothèque mobilière 38:21
2.2. LES ASPECTS FISCAUX 38:24
2.2.1. Cession en garantie d'une rente prescrite 38:24
2.2.2. Déductibilité des primes d'assurance 38:24
2.2.3. Déductibilité des intérêts 38:25
2.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS 38:30
2.3.1. Étude de cas 38:30

3. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE FIDUCIE 38:32

3.1. ASPECTS LÉGAUX 38:32
3.1.1. La fiducie de droit civil 38:32
3.1.2. La détention d'un contrat d'assurance vie et de rente 38:32
3.1.3. La protection contre les créanciers 38:33
3.2. ASPECTS FISCAUX 38:33
3.2.1. La fiducie « non testamentaire » 38:33
3.2.2. La fiducie « testamentaire » 38:35
3.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS 38:36

4. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS 38:36

4.1. ASPECTS LÉGAUX 38:37
4.1.1. Le contrat de rente 38:37
4.1.2. Le contrat d'assurance vie 38:37
4.1.3. La protection contre les créanciers 38:38
4.1.4. Protection contre la faillite de l'émetteur du contrat de rente et d'assurance vie 38:38
4.2. ASPECT FISCAUX 38:38
4.2.1. Le contrat de rente 38:39
4.2.2. Le contrat d'assurance vie 38:43
4.2.3. Le contrat de rente et le contrat d'assurance vie combinés 38:44
4.2.4. La taxe sur le capital 38:44
4.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS 38:45
4.3.1. Étude de cas 38:45

5. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS AVEC EFFET DE LEVIER FINANCIER (*CORPORATE TRIPLE BACK-TO-BACK*) 38:47

5.1. ASPECTS LÉGAUX 38:47
5.1.1. Le contrat de rente viagère 38:47
5.1.2. Le contrat d'assurance vie 38:47
5.1.3. La protection contre les créanciers 38:48
5.1.4. Protection contre la faillite de l'émetteur du contrat de rente et d'assurance vie 38:48
5.2. ASPECT FISCAUX 38:49
5.2.1. Le contrat de rente 38:49
5.2.2. La déductibilité des primes d'assurance 38:49
5.2.3. La déductibilité des intérêts 38:49
5.2.4. Hypothèque mobilière et CDC 38:49
5.2.5. Les risques inhérents à la rente corporative adossée avec effet de levier 38:50
5.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS 38:52

CONCLUSION 38:52

ANNEXE I 38:54

ANNEXE II 38:56

ANNEXE III 38:57

INTRODUCTION[1]

La preuve est depuis longtemps faite que les stratégies de planification financière et successorale basées sur la valeur d'un contrat de rente et d'un contrat d'assurance vie sont efficaces parce qu'elles permettent à la fois de préserver et d'augmenter la valeur d'un patrimoine du vivant et de le transmettre efficacement aux générations futures.

Que dire alors d'une stratégie qui permet de bénéficier à la fois des avantages d'un contrat de rente viagère et d'un contrat d'assurance vie. De cette idée est né le concept de rente assurée aussi connu sous le vocable de « rente dos-à-dos » (*Back-to-Back Annuity*). Le fonctionnement de base est très simple : un individu ou une société par actions souscrit un contrat de rente viagère qui doit générer assez de revenu du vivant pour payer la prime d'un contrat d'assurance vie dont le capital décès doit être au moins égal au capital utilisé pour souscrire la rente. La situation se complique toutefois quand nous devons traiter des divers aspects légaux, fiscaux et financiers sous-jacents aux produits utilisés eux-mêmes et aux diverses variantes du concept disponibles sur le marché.

Le texte qui suit veut faire l'analyse de ces diverses stratégies en se basant sur le droit applicable au niveau fédéral et au Québec. Les aspects légaux, fiscaux et financiers de plusieurs de ces stratégies seront abordés selon que la rente et l'assurance vie sont souscrites par un individu, une fiducie ou une société par actions et que la transaction soit ou non assortie d'un levier financier tel qu'un prêt bancaire.

1. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE VIE SOUSCRITS PAR UN INDIVIDU

Dans la version la plus simple de cette stratégie, un individu souscrit à un contrat de rente viagère sur sa vie auprès d'une compagnie d'assurances habilitée à émettre un tel produit. La rente viagère a pour avantage de

---

[1] Tout au long du présent texte, toute référence à un particulier, un contribuable, son époux ou son conjoint se rapporte à une personne résidente du Canada aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. ») et de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »). De plus, toute mention d'une société par actions fait référence à une société privée dont le contrôle est canadien (ci-après « SPCC ») au sens des paragraphes 248(1) et 89(1) « société privée », et des paragraphes 248(1) et 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

produire un revenu garanti à vie. Lorsque la rente est émise par une compagnie d'assurance vie, les taux de rendement sont garantis pour toute la durée du contrat, contrairement à d'autres types d'institutions. Le même individu souscrit aussi une police d'assurance vie de type permanent ne comportant pas de valeur de rachat pour un capital décès égal au capital utilisé pour acheter la rente. La rente peut être réversible et ne s'éteindre qu'au dernier décès des conjoints, alors que la police d'assurance vie peut aussi être souscrite pour être payable au deuxième décès.

Même si les effets de cette stratégie semblent au départ fort évidents, il n'en demeure pas moins que les avantages financiers rattachés à certaines de ses variantes peuvent fluctuer en raison des caractéristiques légales et fiscales auxquelles ces produits doivent satisfaire, et ce, autant du vivant qu'au décès.

1.1. ASPECTS LÉGAUX

1.1.1. Le contrat de rente

Le *Code civil du Québec*[2] définit les paramètres de ce qui constitue un contrat de rente au sens du droit civil. Il s'agit d'un contrat nommé qui naît de la relation juridique établie avec un débirentier qui gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier[3]. La rente viagère est constituée pour la période s'écoulant jusqu'au décès de la personne sur la vie de qui elle est établie, avec ou sans période de garantie. Le contrat peut être établi en faveur d'une personne ou de plusieurs personnes différentes de celle qui en fournit le capital[4]. De même, en ce qui concerne une rente viagère, il n'est pas nécessaire que la personne sur la vie de qui la rente est établie soit aussi celle qui ait le droit d'en recevoir les paiements[5]. La seule condition requise est que la personne sur la vie de qui la rente est établie soit vivante au moment où le débirentier en débute le service et qu'elle continue à l'être pendant au moins 30 jours après ce moment[6].

---

2 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

3 Art. 2367 C.c.Q.

4 Art. 2369 C.c.Q.

5 Art. 2372, al. 1 C.c.Q.

6 Art. 2373 C.c.Q.

Le contrat souscrit pour implanter la stratégie de rente assurée doit être une rente viagère sans période de garantie établie sur la vie d'un individu ou d'un individu et de son conjoint, et dont lui-même ou lui-même et son conjoint sont crédirentiers avec stipulation de réversibilité en cas de décès de l'un d'eux[7]. Il doit s'agir d'une rente en service ou dite « immédiate » par opposition à une rente en accumulation ou dite « différée ». Elle est normalement servie par une compagnie d'assurances, ce qui permet de bénéficier de certains autres avantages légaux et fiscaux.

1.1.2. Le contrat d'assurance vie

Le contrat d'assurance vie en est habituellement un de type temporaire à 100 ans. Même s'il porte le nom de temporaire, il s'agit en réalité un contrat permanent dont la prime est nivelée, sauf qu'en théorie, il ne s'y accumule pas de valeur de rachat. Le paiement d'une prime nivelée signifie que même si le coût de l'assurance pure augmente à chaque année par le jeu des tables de mortalité, la prime est calculée pour rester la même tout au long de la durée de vie du contrat. Selon la façon dont le produit a été conçu, certaines compagnies considèrent le contrat comme échu et remettent le capital décès assuré au titulaire lorsque l'assuré atteint l'âge de 100 ans, alors que d'autres considèrent le contrat comme libéré à ce moment et n'exigent plus le paiement des primes.

Le contrat d'assurance vie peut être émis sur la tête d'un seul individu, soit celui qui souscrit le capital de la rente, ou d'un individu et de son conjoint, le capital décès étant alors payable par l'assureur au décès du survivant. Cette dernière structure est très fréquente vu la clientèle plus âgée intéressée par la stratégie de la rente adossée, les coûts de l'assurance sont diminués en établissant un âge commun plus bas pour l'émission du contrat.

Clause d'exclusion du suicide

Un autre élément légal important à être considéré dans la mise en place de ce concept réside dans la clause dite de « suicide » inhérente aux contrats d'assurance vie. La loi prévoit que, sauf exclusion expresse contenue au contrat, l'assureur est tenu de payer les sommes assurées même si elles deviennent payables en raison du suicide de l'assuré. En tout état de cause et même en présence de la clause d'exclusion, cette dernière est sans effet si le suicide survient après deux ans d'assurance ininterrompue[8]. La plupart des

---

[7] Art. 2380 C.c.Q.

[8] Art. 2441 C.c.Q.

contrats d'assurance émis par toutes les compagnies contiennent la clause d'exclusion expresse du suicide de deux ans pour certaines ou d'une période minimum d'un an pour d'autres. Ces clauses sont toutefois négociables à travers le processus de tarification du contrat. Ces éléments importants doivent être traités adéquatement, surtout dans le contexte des variantes du concept qui utilisent un effet de levier financier par des prêts bancaires.

1.1.3. La protection contre les créanciers

Aux fins du droit applicable, une rente pratiquée par un assureur est régie par les règles du contrat d'assurance quant aux désignations de bénéficiaire et titulaire subrogé[9]. Même si les règles relatives à la rente prévoient que le capital accumulé pour le service de la rente peut être insaisissable quand il est reçu à titre gratuit par le crédirentier, il ne peut l'être que jusqu'à concurrence du montant nécessaire aux aliments[10]. Comme il est plutôt rare que le crédirentier reçoive la rente à titre gratuit lors de la mise en application d'une rente assurée, il ne pourra pas bénéficier de cet avantage. Par contre, les règles applicables au contrat d'assurance font en sorte que la désignation d'un bénéficiaire qui est soit le conjoint, un ascendant ou un descendant du titulaire permettra de protéger le contrat contre les créanciers du titulaire[11]. Ceci est plutôt utopique vu que la rente viagère n'aura aucune valeur résiduelle au décès du rentier survivant. Toutefois, elle constitue une protection additionnelle pour le conjoint s'il s'agit d'une rente réversible. Par contre, les versements de la rente ne seront plus protégés à partir du moment où ils seront payés entre les mains du crédirentier.

En ce qui concerne le contrat d'assurance vie, la situation est plus difficile. La protection contre les créanciers du vivant de l'assuré n'est pas très importante étant donné que la stratégie de rente assurée trouve toute son efficacité dans la souscription d'un contrat sans valeur de rachat. Au décès, la désignation d'un bénéficiaire du capital décès d'assurance vie fait en sorte que cette somme ne transite pas par la succession de l'assuré, mais qu'elle passe directement dans le patrimoine du bénéficiaire désigné[12]. De ce fait, le capital décès d'assurance vie versé est protégé contre les créanciers de la succession de l'assuré mais non contre ceux du bénéficiaire toutefois.

---

9 Art. 2379 C.c.Q.

10 Art. 2377 et 2378 C.c.Q.

11 Art. 2457 C.c.Q.

12 Art. 2455 C.c.Q.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la stratégie de rente assurée fait partie d'une planification successorale efficace pour transmettre des actifs libres d'impôt à une génération suivante tout en maximisant le patrimoine et son utilisation du vivant. Le jeu du transfert d'actifs par la désignation de bénéficiaire doit être soigneusement préparé pour s'assurer que les objectifs successoraux du client sont bien atteints et qu'aucune réclamation ne pourra survenir de la part d'anciens conjoints, d'enfants ou de personnes à charge en droit de réclamer des aliments[13], ou encore des autorités fiscales qui pourraient se sentir lésées par une répartition des actifs qui les empêche de récupérer leur dû légitime[14]. Il est donc important de ne pas sauter d'étapes et de poser les bonnes questions. Quels sont les buts et objectifs du client de son vivant? Quel est le but recherché en souscrivant le contrat de rente? Quels sont les objectifs successoraux? Quel est le but recherché en souscrivant le contrat d'assurance? Faut-il protéger un bénéficiaire incapable ou payer les impôts au décès?

1.1.4. Protection contre la faillite de l'émetteur du contrat de rente et d'assurance vie

Une inquiétude qui revient fréquemment au moment de l'achat d'une rente réside dans les déboires financiers que pourrait subir l'institution qui émet la rente et le contrat d'assurance vie. Les compagnies d'assurances importantes se sont regroupées dans un organisme connu sous le nom de Société canadienne d'indemnisation pour les assurances de personnes (ci-après « SIAP ») par lequel certaines garanties sont offertes aux titulaires de contrat d'assurance et de rente[15]. Ces garanties couvrent les contrats d'assurance vie individuelle qui garantissent le capital assuré jusqu'à concurrence de 200 000 $. Cette protection est offerte sur tous les types de contrats, que ce soit de l'assurance vie temporaire, vie universelle, vie entière ou l'assurance vie temporaire jusqu'à 100 ans. En plus du capital décès, les valeurs de rachat sont couvertes jusqu'à concurrence de 60 000 $. Dans le cas où le contrat d'assurance est souscrit sur la tête de plus d'une personne, la protection s'applique à l'ensemble des personnes comme s'il s'agissait d'un seul assuré. Quand le contrat est détenu conjointement par plus d'une personne, les protections s'appliquent à chacun des propriétaires

---

13 Art. 684 et suiv. C.c.Q.

14 Par. 160(1), (1.1), (1.2) et 160(2) L.I.R.

15 Il est important de vérifier avant de s'engager avec une compagnie d'assurances en particulier car l'adhésion à ce regroupement est volontaire et ce ne sont pas toutes les compagnies d'assurances faisant affaire au Canada qui en sont membres.

individuellement en fonction de sa part du contrat jusqu'à concurrence du montant maximum prévu. Enfin, les contrats de rente en service peuvent prendre avantage d'une garantie maximale de 2 000 $ par mois sur les arrérages de rente pour un maximum de 24 000 $ par année. Dans le cas d'une rente réversible souscrite sur la tête de plus d'une personne, la protection de revenu mensuel s'applique à l'ensemble des rentiers comme s'il s'agissait d'une seule personne couverte. Il est à noter toutefois que ces couvertures représentent le maximum pour un même assureur. Cela signifie que si une personne possède plusieurs contrats d'assurance ou de rente avec le même assureur, elle ne pourra pas recouvrer de la SIAP plus que la garantie de 200 000 $ pour le capital décès et de 60 000 $ pour les valeurs de rachat pour l'ensemble de ses contrats[16]. De plus, il est à noter que ces garanties s'appliquent sans préjudice aux autres recours que les détenteurs de contrat pourraient intenter contre le syndic de la faillite de la compagnie d'assurances.

1.2. ASPECTS FISCAUX[17]

En plus des diverses dispositions du *Code civil du Québec* pouvant avoir un impact sur la structure du concept, les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les impôts*, ainsi que celles du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[18] et du *Règlement sur les impôts*[19] au chapitre des rentes et des assurances vie peuvent, entre autres tracasseries, amener des variations importantes quant à sa rentabilité au point de vue financier. Nous ferons l'analyse de ces divers éléments dans la section traitant des applications pratiques au fur et à mesure que nous analyserons les diverses variantes du concept proposées dans le présent texte.

1.2.1. Le contrat de rente

Les lois fiscales incluent le contrat de rente dans la définition du terme « police d'assurance vie » telle qu'on la retrouve aux paragraphes 138(12) et

---

16 Page d'accueil de la SIAP, (en ligne), adresse : http://www.siap.ca.

17 Mise en garde : les aspects fiscaux de la rente tels qu'ils sont traités dans le présent texte ne se réfèrent qu'aux contrats de rente immédiate souscrits et « acquis pour la dernière fois » après 1989.

18 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

19 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

248(1) « police d'assurance vie » L.I.R.[20] De façon générale, les rentes sont définies comme des sommes payées à intervalles réguliers plus longs ou plus courts qu'une année, en vertu d'un contrat, d'un testament, d'une fiducie ou autrement[21]. En plus de cette définition générale, le *Règlement de l'impôt sur le revenu* définit de façon spécifique les divers types de rentes selon les entités qui y sont parties et la nature des paiements qui sont effectués.

Dans le cadre du concept de rente assurée, le capital servant à souscrire la rente doit provenir de fonds non enregistrés. Dans la structure que nous proposons pour l'instant, soit la rente adossée dont un individu est titulaire, il s'agit donc de capital libre d'impôt provenant des fonds détenus personnellement par l'individu. De plus, pour se qualifier pour le concept, la rente doit être une rente viagère qui satisfait à la fois aux exigences du droit civil et aux lois fiscales. Aux fins fiscales, le contrat doit être souscrit auprès d'un émetteur habilité à exercer le commerce de rentes au Canada ou dans une province, celui-ci convenant d'effectuer des versements de rente à un particulier ou conjointement à deux ou plusieurs particuliers chacun appelé le rentier[22], à un intervalle d'au plus une année commençant à une date déterminée pour se terminer au décès du dernier des rentiers couverts par le contrat[23]. La principale contradiction qui existe entre le régime légal applicable aux rentes viagères en droit civil et celui applicable à ces mêmes rentes pour remplir les conditions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de son règlement réside dans le fait qu'en droit fiscal, pour se qualifier comme viagère, la rente doit être détenue et les versements effectués à un particulier qui est une seule et même personne alors que cette exigence n'existe pas en droit civil. Cette situation est en voie d'être réglée à la suite des recommandations faites par diverses instances de l'industrie de l'assurance vie[24]. Il existe aussi une confusion au niveau fiscal quant à la dénomination donnée aux parties au contrat de rente, vu le défaut d'une terminologie

---

20 En vertu du paragraphe 138(12) « police d'assurance vie » L.I.R., sont compris dans les polices d'assurance vie les contrats de rentes et les contrats relativement auxquels le montant de tout ou partie des provisions de l'assureur varie selon la juste valeur marchande d'un groupe déterminé d'éléments d'actifs; selon le paragraphe 248(1) « police d'assurance vie » L.I.R., cela s'entend au sens du paragraphe 138(12) L.I.R.

21 Par. 248(1) « rente » L.I.R.

22 Par. 304(4) « rentier » R.I.R. Le rentier est défini comme la personne qui est en droit de recevoir les versements en vertu du contrat de rente.

23 Art. 301 R.I.R.

24 Voir la section 4.2.1. du présent texte.

spécifique pour désigner la personne dont la vie sert à établir la rente de celle qui en recevra les versements.

- Contrat de rente « prescrit » ou « non prescrit »

Le contrat de rente viagère peut être prescrit ou non prescrit. Un contrat de rente « non prescrit » peut être souscrit par quiconque sans restriction quand à la personnalité juridique du titulaire ni à celle du rentier. Toutefois, l'intérêt couru sur ce type de contrat, calculé à la date anniversaire du contrat, doit être inclus à chaque année dans le calcul du revenu imposable du titulaire, suivant les dispositions du paragraphe 12.2(1) L.I.R. Sans entrer dans le détail du calcul, ce type de contrat de rente fonctionne un peu comme une hypothèque. Au cours des premières années, les versements sont surtout constitués d'intérêts sur le capital, donc une plus grande partie du montant versé est imposable. Au fur et à mesure que le capital décroît et que les revenus qu'il génère sont moins élevés, une plus grande partie de capital est versée, ce qui réduit les impôts payables pour le rentier.

Un contrat de rente immédiate est automatiquement un contrat de rente prescrit à condition que l'émetteur, le titulaire et le rentier satisfassent aux conditions établies par règlement, sauf si le titulaire demande par écrit qu'il soit considéré comme un contrat de rente non prescrit. Chaque versement de rente se compose d'une partie représentant le capital et d'une partie représentant l'intérêt. Un contrat de rente prescrit comporte des avantages fiscaux certains en ce que les impôts payables annuellement sur les versements sont égaux tout au long de la vie du contrat, même si les paiements effectués au cours des premières années comportent une plus grande proportion de revenus que de capital[25]. L'inclusion dans le revenu du titulaire de la partie imposable de la rente passe par l'application de l'alinéa 56(1)d) L.I.R. Il y est prévu qu'un contribuable doit inclure dans son revenu toute somme reçue au cours de l'année à titre de versement de rente. L'alinéa 60a) L.I.R. vient tempérer cette inclusion en édictant qu'une partie du versement qui représente le capital de chaque versement de rente peut être déduit en fonction du calcul établi par règlement. En bref, la partie déductible du versement est égale au prix d'achat ramené sur la partie applicable de ce prix à chaque versement de rente. Le résultat de l'opération fait en sorte que la partie imposable des versements reste identique tout au long de la durée du contrat.

---

[25] Ce type de contrat est spécifiquement exclu de l'application de la règle visant l'inclusion au revenu de l'intérêt couru tel que le prévoit l'alinéa 12.2(1)b) L.I.R.

Les conditions à remplir pour établir un contrat de rente prescrit sont déterminées par le *Règlement de l'impôt sur le revenu* et sont plus restrictives à divers égards que celles applicables pour le contrat de rente non prescrit[26]. Ainsi pour qu'un contrat de rente soit prescrit, le titulaire doit obligatoirement transiger à distance avec l'émetteur qui peut être, entre autres, dans le cas où le capital provient de fonds non enregistrés, une compagnie d'assurances ou un organisme de bienfaisance enregistré. Chaque détenteur du contrat doit être un particulier à l'exclusion d'une fiducie[27], et ce particulier doit aussi être le rentier. Il existe quelques exceptions à ce principe rigoureux dont la rente réversible au conjoint et la rente souscrite au dernier survivant par des membres de la même fratrie[28]. Les versements prévus par le contrat doivent être des versements égaux, effectués à des intervalles réguliers et au moins une fois par année. Ces versements doivent être payables pour une période déterminée avec ou sans période de garantie. La période des versements ne peut excéder la durée de vie du premier détenteur, ou du dernier en date à décéder entre le premier détenteur ou de son conjoint.

À ce chapitre, la définition de conjoint au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a subi de nombreuses modifications au cours des dernières années. Pour se qualifier comme époux ou conjoint aux fins du contrat de rente prescrit, la personne dont il est question doit répondre aux définitions de la loi. Un époux est un particulier qui est partie à un mariage avec un autre particulier de sexe opposé. Le fait que le mariage soit nul ou annulable ne fait pas perdre le statut d'époux, en ce qui a trait à la qualification à titre de contrat de rente prescrit[29]. L'expression « conjoint de fait » s'entend de particuliers qui vivent ensemble dans une relation conjugale tout au long d'une période de 12 mois, ou qui est le père ou la mère d'un enfant dont l'autre particulier est aussi le père ou la mère[30]. Cette définition inclut donc

---

26 Art. 304 « Contrats de rente prescrits » R.I.R.

27 Le texte de l'article 304 R.I.R. exclut spécifiquement la fiducie comme détenteur du contrat, même si par ailleurs elle est assimilée à un particulier aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Certaines exceptions à ce principe sont prévues expressément en ce qui concerne la fiducie testamentaire et la fiducie exclusive au conjoint. Des interprétations techniques de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») permettent aussi de considérer certaines situations où un contrat de rente est détenu en fiducie par un tiers pour le bénéfice du rentier. Des considérations spécifiques aux fiducies seront analysées plus loin dans le présent texte.

28 Sub. 304(1)c)(iv)(B)(I) R.I.R.

29 Par. 304(4) « époux » R.I.R.

30 Par. 248(1) « conjoint de fait » L.I.R.

les conjoints de même sexe qui répondent aux critères mentionnés ci-dessus ainsi que les conjoints qui ont adopté un enfant.

- Valeur du contrat de rente

Déterminer la valeur de la rente au décès constitue un exercice moins fondamental quand le détenteur et le rentier sont des individus par opposition à une société par actions. En fait, le but de la stratégie dans ce cas précis est de remplacer soit avec du capital libre d'impôt, soit avec le capital décès d'assurance vie, les sommes utilisées pour acheter la rente dont le but était de fournir un revenu du vivant des rentiers. Comme dans le cas d'individus, la personne du titulaire et celle du rentier est habituellement confondue, il est difficile de prétendre à une valeur résiduelle d'un contrat sans période de garantie. S'il existe une période de garantie, il n'y a pas de disposition du contrat de rente prescrit au décès du premier rentier. Comme ce type de rente ne peut être commué en un versement unique, les versements continuent à être effectués jusqu'à la fin de la période de garantie. De plus, comme il n'y a pas de disposition de la rente prescrite au décès du titulaire, il n'est donc pas nécessaire de procéder à une évaluation du contrat de rente à ce moment. Si le contrat est une rente non prescrite, le revenu accru aura été imposé à chaque année, ce qui vient augmenter le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») du contrat et en réduire l'hypothétique portion imposable.

Quelle que soit la période écoulée depuis le début du service de la rente, les versements cessent immédiatement au jour du décès du dernier rentier. Selon la loi, le représentant légal d'un contribuable décédé doit inclure, dans le revenu de l'année au cours de laquelle il est décédé, toute somme courue représentant un montant de rente qui n'a pas été payé avant son décès. Ces sommes sont réputées s'être accumulées en sommes quotidiennes égales pendant la période à l'égard de laquelle la somme était payable, jusqu'au jour du décès[31]. Selon les intervalles prévus au contrat entre les périodes où le versement de la rente est effectué, un certain montant plus ou moins important pourrait devoir être inclus dans le revenu du contribuable décédé. Ce montant sera imposé suivant les règles applicables à l'imposition de la rente durant la vie du rentier, soit sur le revenu couru s'il s'agit d'une rente non prescrite, soit sur le revenu nivelé s'il s'agit d'une rente prescrite.

D'autres dispositions des lois fiscales prévoient que le contribuable qui décède dispose de ses intérêts dans une police d'assurance vie[32]. Le contrat

[31] Al. 70(1)a) L.I.R.

[32] Al. 148(2)b) L.I.R.

de rente non prescrit étant assimilé à une police d'assurance vie est inclus dans la liste des biens dont il est disposé au décès. De ce fait, un montant égal au produit de disposition sur le CBR du contrat doit être inclus dans le calcul du revenu du titulaire pour l'année du décès[33]. Le produit de disposition correspond au fonds accumulé de l'intérêt immédiatement avant le décès[34]. L'exception à cette règle est la possibilité de transférer le contrat au conjoint survivant. Ce transfert se fait alors au coût[35]. Il n'y a donc pas de disposition imposable à ce moment. Certains prétendent que le contrat de rente pourrait avoir une valeur résiduaire basée sur l'espérance de vie non réalisée au cas où les rentiers décèderaient prématurément. Cette position nous paraît dénudée de sens et de fondement juridique dans les cas précis où le titulaire du contrat en est aussi le rentier. En fait, comment serait-il possible d'établir une valeur sur quelque chose qui n'existe plus? *A contrario* dans une telle situation, la succession du ou des rentiers pourrait-elle prétendre avoir droit à cette valeur résiduelle? Soutenir une telle prétention serait aller à l'encontre des termes mêmes du *Code civil du Québec* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la nature fondamentale d'une rente viagère dont le terme est la durée de vie du ou des rentiers, peu importe leur espérance de vie. Nous reviendrons plus loin sur les conséquences de ces dispositions sur certaines des variantes de la stratégie de rente adossée où sont impliquées des sociétés par actions.

Le contrat de rente prescrit est spécifiquement exclu de l'application de l'alinéa 148(2)b) L.I.R. Il n'y a donc pas de disposition présumée au décès du titulaire ou du rentier. De ce fait, le bénéficiaire touche les versements de rente et le contrat continue d'être admissible à titre de contrat de rente prescrit. Les versements continuent à être imposés de la même façon qu'ils l'étaient du vivant du titulaire ou du rentier décédé. Encore une fois, il devient très difficile de prétendre que la rente continue d'avoir de valeur au décès du dernier rentier car la loi prévoit spécifiquement qu'elle n'a pas de valeur commuée. Elle cesse tout simplement d'exister quand ce terme se réalise.

---

33 Par. 148(1) L.I.R.

34 Div. 148(9)e.2)(iv)(B) L.I.R. et art. 307 R.I.R.

35 Par. 148(8.2) L.I.R.

1.2.2. Le contrat d'assurance vie

Le contrat d'assurance vie à être souscrit pour satisfaire à ce concept doit être un contrat exonéré[36]. Une police d'assurance vie peut être exonérée alors qu'elle n'offre principalement qu'une protection en cas de décès ou encore qu'elle comporte un élément d'épargne important. Tant qu'elle conserve son caractère exonéré, elle n'est pas assujettie aux règles d'imposition du revenu couru telles qu'elles sont décrites au paragraphe 12.2(1) L.I.R.[37] Pour éviter cette imposition, la police doit satisfaire chaque année à la date anniversaire du contrat, à un test fiscal qui compare le fonds accumulé dans la police aux fonds accumulés dans une police de type exonérée hypothétique, basé sur les tables de mortalité à un âge donné[38]. La police demeure exonérée tant et aussi longtemps qu'elle satisfait à ce test. En plus de n'être pas imposable sur le revenu couru durant la vie de l'assuré, le caractère exonéré d'une police d'assurance fait en sorte que le capital décès, incluant les valeurs de rachat accumulées dans le contrat à ce moment, est versé libre d'impôt à la succession ou au bénéficiaire désigné.

1.2.3. Le contrat de rente et le contrat d'assurance vie combinés

Au fil des années, Revenu Canada devenu par la suite l'ADRC a émis diverses opinions et interprétations techniques visant le concept de la rente assurée. Le principal écueil que pourrait rencontrer l'individu désireux de mettre en place cette stratégie serait que l'ADRC mette à exécution sa menace de considérer le contrat de rente et la police d'assurance vie comme un seul et même contrat et de refuser le caractère exonéré au contrat d'assurance vie. Cette conclusion aurait une double conséquence, la première serait d'obliger le titulaire du contrat à rapporter chaque année dans son revenu imposable la partie du revenu couru sur le contrat d'assurance vie non exonéré suivant les disposition du paragraphe 12.2(1) L.I.R. L'autre conséquence serait de rendre imposable une plus grande partie du capital décès versée en raison de la disposition présumée du contrat d'assurance non exonérée au décès prévue à l'alinéa 148(2)b) L.I.R. Lors de la disposition

---

36 Par. 306(1) R.I.R.

37 Al. 12.2(1)a) L.I.R.

38 Cette mesure est aussi fondée sur la réserve actuarielle maximale aux fins de l'impôt (RAMI) que l'assureur peut déduire de son revenu au moment où il calcule son impôt sur le revenu. La ligne d'exonération des polices d'assurance vie ne permet toutefois pas de déduire du calcul le solde des avances sur police; art. 307 R.I.R.

d'un contrat d'assurance vie, nous avons vu plus haut que la partie imposable consiste dans le produit de disposition moins le CBR du contrat. Dans la situation où le titulaire aurait fait défaut d'inclure annuellement la partie du revenu couru sur un contrat non exonéré dans le calcul de son revenu imposable, cela aurait un impact sur le calcul du CBR du contrat qui risquerait alors d'être beaucoup moindre[39]. Comme le produit de disposition est calculé sur la valeur des fonds accumulés dans le contrat immédiatement avant le décès, cela pourrait avoir des conséquences défavorables.

Toutefois, pour en venir à la conclusion que le contrat d'assurance vie cesse d'être exonéré, l'ADRC doit pouvoir démontrer que l'acquisition du contrat d'assurance vie dépend de l'achat du contrat de rente. Pour éviter ce problème, plusieurs solutions peuvent être mises de l'avant. La solution idéale réside toutefois dans une tarification indépendante pour chacun des contrats, soit qu'ils sont souscrits à des périodes différentes dans le temps ou auprès de compagnies d'assurances différentes.

1.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS

La stratégie de rente assurée constitue une structure efficace pour jeter les bases d'une planification de la retraite et de la succession d'un individu. La faiblesse des taux d'intérêt ainsi que la volatilité des marchés boursiers des dernières années ont créé beaucoup d'insécurité et d'incertitude pour les retraités, ou ceux qui sont en voie d'accéder à ce statut, quant à la stabilité de leur revenu futur. De plus, plusieurs désirent réduire les impôts payables annuellement, surtout pour les années où ils disposent d'un capital plus important qui génère plus de revenus imposables. Enfin, les impôts payables au décès sont aussi une certitude qui vient miner la valeur du patrimoine légué.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la souscription d'une rente viagère prescrite assure un revenu égal et garanti la vie durant du rentier, ou du rentier et de son conjoint, tout en nivelant le montant imposable sur ce revenu tant et aussi longtemps que la rente demeure en service. Comme rien n'est parfait en ce monde, il reste que les sommes consacrées à l'achat de la rente sont à jamais perdues pour la succession de ceux qui la souscrivent.

---

[39] L'élément D du paragraphe 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R. établit que doivent être ajoutés au CBR du contrat, entre autres : « […] les montants dont chacune est une somme relative à l'intérêt du titulaire dans la police et qui a été incluse par l'application de l'article 12.2 dans le calcul de son revenu pour toute année d'imposition se terminant avant le moment de la disposition. »

Qu'à cela ne tienne, il est possible de compenser ce capital en souscrivant une police d'assurance sur la vie du ou des rentiers de façon à maintenir la valeur du patrimoine pour les générations futures et de réduire ainsi les impôts payables au décès.

Un des éléments importants à considérer lors de la mise en place d'un concept est son caractère irréversible en raison des caractéristiques fiscales de la rente prescrite qui ne peut être commuée ou autrement encaissée du vivant du rentier. En cas de déboires financiers, il serait impossible de récupérer le capital investi dans la rente. Seule la police d'assurance vie pourrait être laissée aller en déchéance, ce qui permettrait au rentier de récupérer quelques liquidités de son vivant. Ceci signifie toutefois que le capital serait à jamais perdu pour la succession.

Pour illustrer le tout, rien ne vaut un exemple pratique, voici donc la situation de Daniel et de Julie.

1.3.1. Étude de cas

Daniel et Julie sont tous deux âgés de 65 ans. Mariés depuis plusieurs années, ils ont eu trois enfants, tous adultes maintenant. Ils ont exploité une entreprise, JKS inc., dont la vente a été conclue récemment pour un montant de 2 M$. Après la vente de sa société, Daniel a encaissé personnellement 25 % du montant, le solde du prix de vente après impôts étant maintenu dans sa société de portefeuille Gesco inc. Daniel peut donc profiter personnellement de liquidités d'une valeur de 500 000 $. L'intention de Daniel était d'utiliser ces sommes pour se constituer un portefeuille de placement conservateur. Après avoir rencontré son planificateur financier, il en est venu à la conclusion que l'acquisition d'une rente pourrait satisfaire son besoin de sécurité, tout en lui permettant de tirer de ses actifs un revenu plus intéressant après impôts. Comme il désire laisser une succession intéressante à ses trois enfants et minimiser les impôts qu'il devra assumer au décès, le fait de souscrire une police d'assurance vie exonérée pour parvenir à cette fin lui sourit, vu les avantages fiscaux qui y sont liés.

- Comment ce concept s'applique-t-il?

Il tire parti des diverses tables de mortalité et des conséquences fiscales qui résultent de la souscription d'une rente viagère et d'une assurance vie. Ces éléments sont à l'origine de la « neutralisation de l'effet de mortalité »

(mortality wrap) et de l'« arbitrage fiscal »[40]. Puisque l'on procède à une évaluation du risque lors de l'acquisition du contrat d'assurance vie, il est préférable de soumettre cette proposition avant d'acquérir la rente. Cette évaluation est justement l'élément clé de cette opération. En effet, l'évaluation du risque de mortalité pour les contrats d'assurance vie est basée sur différents facteurs tels que l'âge, le sexe, le statut de fumeur, le risque financier et l'état de santé. Étant donné la précision et la diminution de l'échantillon des personnes couvertes par un contrat d'assurance vie, les hypothèses concernant leur espérance de vie sont meilleures.

Du côté de la rente, seuls l'âge et le sexe sont utilisés comme déterminants pour les hypothèses d'espérance de vie. La rente procure un revenu bien plus élevé, surtout lorsqu'on considère le revenu diminué des impôts. Par contre, la personne qui souscrit une rente perd la possibilité de gérer son capital. L'assurance vie procure un capital de remplacement aux héritiers bénéficiaires, sans qu'il y ait d'impôt, de frais juridiques, de frais d'homologation ou d'honoraires de liquidateur à régler.

Ce concept peut présenter un avantage supplémentaire. Si le client est âgé de plus de 65 ans et qu'il ne touche pas de revenu de retraite donnant droit au crédit pour revenu de pension, la première tranche de 1 000 $ du revenu imposable provenant de la rente ouvre le droit à ce crédit.

En supposant que leur portefeuille de certificats de placements garantis (ci-après « CPG ») produise des intérêts de 5 %, Daniel et Julie recevraient un revenu annuel de 12 950 $, déduction faite des impôts. On suppose ici un taux marginal d'imposition de 48,2 %. La rente qu'ils toucheraient n'est imposable qu'en partie puisqu'elle provient à la fois du remboursement du capital, qui n'est pas assujetti à l'impôt, et des intérêts nivelés répartis également sur toute la durée du contrat. Même après avoir payé les primes d'assurance vie qui s'élèvent à 6 632 $, il reste encore à Daniel et Julie un revenu supplémentaire de 9 370 $. Leur revenu disponible est ainsi augmenté de 72 %, ce qui peut grandement les aider à atteindre leurs objectifs. D'autre part, leur contrat d'assurance vie garantit le versement d'un capital décès non imposable de 500 000 $ à leurs bénéficiaires, ce montant étant payable au second décès.

Étant donné le niveau actuel peu élevé des taux d'intérêt, on peut toutefois se demander si le moment est bien choisi pour effectuer ce type d'opération. Voyons cela de plus près.

---

[40] Les professeurs CHARUPAT et MILEVSKY ont été les premiers à utiliser ces termes pour expliquer ce concept dans un article publié sur le sujet en 1999.

Cette stratégie comporte un risque quant au taux d'intérêt, puisque le taux d'intérêt sur la rente est fixe la vie durant. Si le taux des CPG et les autres taux variables baissent, la rente souscrite auprès d'un assureur fera encore meilleure figure. Mais qu'adviendra-t-il si les taux d'intérêt augmentent?

Il est important de mentionner que les taux de rente ne fluctuent pas en fonction des taux d'intérêt à court terme mais plutôt en fonction de ceux à plus long terme. Ces taux ont tendance à fluctuer moins rapidement. Lors de l'évaluation des taux offerts pour les rentes, les assureurs évaluent aussi leur capacité d'obtenir des investissements à long terme stables pour les jumeler à leur offre de rente. Cette capacité à obtenir de tels investissements sera aussi déterminante sur les taux offerts.

Dans notre exemple, l'ensemble du portefeuille devrait porter intérêt au taux de 8,62 %, soit un taux supérieur de 72 % au taux actuel. En d'autres termes, il faudrait que la Banque du Canada décrète 14 hausses de 0,25 % des taux d'intérêt. Et même si vous croyez que ceci pourrait se produire au cours des années qui viennent, Daniel et Julie seraient privés de ce revenu supplémentaire dans l'intervalle. Combien de temps leur faudrait-il pour se rattraper?

En fait, les taux d'intérêt fluctueront pendant la durée de leur retraite. Pendant un bon nombre d'années, la rente souscrite auprès d'un assureur produira un revenu net supérieur à celui que produirait un portefeuille de CPG et d'Obligations d'épargne du Canada, alors qu'à d'autres moments, elle sera moins rentable. Toutefois, dans l'immédiat, ils bénéficient d'une hausse de leur revenu net, et nous savons tous que « un tiens vaut mieux que deux tu l'auras ».

2. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UN INDIVIDU AVEC EFFET DE LEVIER FINANCIER (*TRIPLE BACK-TO-BACK*)

Une première variante consiste à ajouter un troisième élément au concept de base, soit un effet de levier financier par un prêt bancaire. Soit que le client n'a pas suffisamment de liquidité non enregistrée pour acheter le contrat de rente et qu'il veut emprunter à cette fin, ou encore qu'il ne veut pas sacrifier une partie de son revenu tiré de son portefeuille d'investissement. Dans ce dernier cas, la stratégie fonctionne habituellement comme suit : le client souscrit un contrat de rente viagère prescrit avec son capital personnel. Il souscrit ensuite un contrat d'assurance vie de type temporaire à 100 ans dont les primes sont acquittées avec le revenu net tiré

de la rente. Le contrat de rente peut être réversible au conjoint et l'assurance vie payable au second décès. Il emprunte ensuite auprès d'une institution financière déterminée[41] soit, entre autres, une banque, une caisse de crédit ou une compagnie d'assurances, une somme égale au montant investi pour l'achat de la rente remplaçant ainsi le capital qu'il peut investir dans un portefeuille de son choix pour continuer à en retirer un revenu. Il cède ensuite à l'institution financière déterminée le contrat de rente et le contrat d'assurance vie, ou uniquement la police d'assurance vie, en garantie de l'emprunt contracté. Dans le meilleur des mondes, l'institution financière déterminée fournit une preuve documentaire stipulant qu'elle exige la mise en garantie du contrat de rente et du contrat d'assurance vie pour consentir le prêt. Au décès du rentier, l'emprunt est remboursé à même le capital décès de la police d'assurance vie, lequel est payé libre d'impôt. Le gain en capital imposable de la partie du portefeuille de placement constituée de biens en immobilisation sera présumé être réalisé à cause du décès et sera imposé en conséquence[42].

Cette stratégie est moins intéressante au décès car elle ne permet pas de réduire les impôts payables sur les revenus de placements. Toutefois, si elle est bien structurée, elle peut permettre d'améliorer les revenus du vivant et réduire les impôts payables. Pour être bien structurée, la stratégie doit tenir compte encore une fois de certains éléments de nature légale et fiscale qui peuvent influer sur la rentabilité du projet.

2.1. LES ASPECTS LÉGAUX

2.1.1. Hypothèque mobilière

Une question importante vient influer sur la faisabilité de ce concept. Dans un premier temps, eu égard aux règles du *Code civil du Québec*, est-il possible pour un individu de donner une hypothèque mobilière valable sur un contrat d'assurance vie pour garantir le remboursement d'un emprunt[43]? Cette question a donné lieu à de nombreux débats depuis l'adoption des règles sur l'hypothèque mobilière où deux écoles de pensée diamétralement opposées s'affrontent encore. Jusqu'à une décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-*

---

41 Par. 248(1) « institution financière déterminée » L.I.R.

42 Al. 70(5)a) L.I.R.

43 Art. 2696 et suiv. C.c.Q.

Brillant c. *Blouin*[44], la position dominante était qu'il ne serait pas possible pour un individu de consentir une hypothèque mobilière valable sur un contrat d'assurance vie, incluant un contrat de rente, parce qu'il s'agit d'un bien intangible qui ne peut pas faire l'objet d'une dépossession. En fait, le *Code civil du Québec* ne permet pas à un individu de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession autrement que dans un cadre commercial ou sur des biens expressément déterminés par règlement à cette fin[45]. À ce jour, aucun règlement n'a été adopté permettant l'hypothèque mobilière sans dépossession sur un contrat d'assurance vie. Cette position était renforcée par la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Blouin* c. *Métivier et Associés et autres*[46].

La décision de la Cour suprême du Canada rendue par le juge Gonthier, sans régler définitivement les incertitudes quant à la validité d'une hypothèque mobilière sans dépossession sur un titre de créance intangible, vient renforcer la thèse des tenants de la position voulant que les dispositions du *Code civil du Québec* permettent de consentir une telle hypothèque. Dans cette décision, la majorité des juges ont décidé comme suit :

> « une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est validement constituée et publiée lorsque :
>
> i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut sans autorisation supplémentaire de sa part,
>
> ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier
>
> iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité de l'article 1641 C.c.Q.[47] »

L'article 1641 C.c.Q. prévoit les modalités de la publicité devant être faite lors de la cession d'un titre de créance à un tiers. Le débiteur doit avoir reçu un extrait de l'acte de cession, le débiteur doit avoir acquiescé à la cession, et il doit y avoir une preuve que la cession est opposable au cédant. Le *Code civil du Québec* prévoit spécifiquement un mode de publicité

---

44 [2003] C.S.C. 31.

45 Art. 2683 C.c.Q.

46 C.A. Québec, n° 200-09-002486-998, 22 janvier 2001.

47 *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant* c. *Blouin,* précité, note 44.

lorsqu'une cession ou une hypothèque mobilière est consentie sur un contrat d'assurance vie. En effet, l'article 2461 C.c.Q. édicte expressément un mode de publicité au même effet que celui de l'article 1641 C.c.Q. décrit plus haut dans la décision de la Cour suprême du Canada.

> « Article 2461 al. 1 C.c.Q. : La cession ou l'hypothèque d'un droit résultant d'un contrat d'assurance n'est opposable à l'assureur, au bénéficiaire et aux tiers qu'à compter du moment où l'assureur en reçoit avis. »

Cet article rejoint donc formellement les propos des juges de la Cour suprême cités ci-dessus, en ce qui concerne la publicité de la mise en garantie d'un titre de créance. En plus, cet article de loi se rapporte directement au titre de créance matérialisé dans un contrat d'assurance vie ou de rente. Comme le législateur n'est jamais censé parler pour ne rien dire, il faudrait se questionner sérieusement sur le sens à donner à l'article 2461 C.c.Q., si ce n'est de rejoindre par ailleurs le texte de l'article 1641 C.c.Q.

L'interprétation restrictive des dispositions du *Code civil du Québec* quant à la mise en garantie de produits financiers va à l'encontre de l'esprit même des lois sur la consommation et le crédit et de celles sur les assurances, telles qu'elles se développent depuis les années 1970. En ce sens, la Cour suprême affirme encore une fois :

> « Une interprétation des dispositions du *Code civil du Québec* qui permet de constituer un gage sur une créance non représenté par un titre négociable reflète l'évolution générale du droit des sûretés portant sur de telles créances, en plus de permettre aux Québécois de bénéficier d'un type d'accès au crédit généralement disponible ailleurs dans le monde et de favoriser une certaine uniformité dans ce domaine essentiel à la poursuite de certaines activités commerciales, tout en respectant l'esprit du Code et les origines civilistes du concept de gage[48]. »

En tout état de cause, comme la question ne semble pas tout à fait tranchée pour certains, il reste que c'est la décision de l'institution financière d'accepter ou non de prendre le risque d'une garantie dont la validité n'est pas certaine. Toutefois, il est évident que la plupart des institutions financières ne prêteront pas uniquement sur la foi d'une seule garantie dont la fiabilité est discutable sans demander des garanties supplémentaires.

---

[48] *Id.*

2.2. LES ASPECTS FISCAUX

2.2.1. Cession en garantie d'une rente prescrite

Le fait de céder en garantie une rente prescrite ne constitue pas une disposition imposable du contrat aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ce type de transaction est spécifiquement exclu de la définition de disposition au paragraphe 148(9) « disposition », L.I.R. Il n'y a donc pas de problème à ce niveau.

Une autre question qui se pose sur le sujet est de savoir s'il est possible de donner en garantie un contrat de rente prescrit sans mettre en péril la qualification de la rente à cet effet. Comme mentionné plus haut au titre des conditions pour qu'un contrat de rente soit prescrit, le titulaire du contrat et le rentier, soit la personne habilitée à recevoir les versements, doivent être le même individu sauf pour les quelques exceptions prévues au règlement. Le fait de consentir une hypothèque mobilière sur les rentes fait en sorte qu'en cas de défaut de la part de l'emprunteur, les versements de la rente iront au créancier et non au rentier. Les termes du règlement établissent clairement qu'il ne peut être disposé des versements qu'au décès du rentier[49]. Ceci nous apparaît être une restriction fatale empêchant toute mise en garantie de ce type de contrat, au moment où il est souscrit. Par contre, une fois que le contrat a acquis le statut de « prescrit », il le demeurera jusqu'à son extinction. Dans de telles circonstances, il pourrait éventuellement être cédé en garantie, et continuer à être un contrat de rente qui se qualifie à ce titre.

D'un autre côté, rien n'empêche de céder en garantie une rente viagère non prescrite[50]. Dans la situation où l'individu désire prendre avantage d'un prêt levier, cela peut permettre d'augmenter le montant de la déduction permise des intérêts payés comme nous le verrons plus loin.

2.2.2. Déductibilité des primes d'assurance

Les sommes utilisées pour payer les primes d'assurance vie d'un contrat exonéré ne sont jamais déductibles du revenu même s'il s'agit d'un revenu qui se qualifie à titre de revenu d'entreprise ou de biens, quelles que soient les raisons qui ont motivé la souscription du contrat[51]. Il existe toutefois une

---

[49] Div. 304(1)c)(iv)(D) R.I.R.

[50] Al. 301(2)a) R.I.R.

[51] Al. 18(1)c) L.I.R.

exception à ce principe et c'est la situation où le contrat d'assurance est cédé en garantie d'un prêt consenti par une institution financière désigné à la demande expresse de l'institution prêteuse[52]. Les primes d'assurance payées peuvent alors être déductibles contre du revenu d'entreprise ou de biens quand le contribuable qui demande la déduction est aussi le titulaire du contrat. Encore là, ce n'est pas la totalité de la prime qui est déductible mais bien le moindre du montant de la prime payée ou une proportion calculée en fonction du coût net de l'assurance pure (ci-après « CNAP »)[53] sur la partie du solde de l'emprunt consacré à gagner le revenu d'entreprise ou de biens visés par la déduction.

Il est important de noter que les primes payées pour l'acquisition d'une rente ne sont jamais déductibles, étant spécifiquement exclues par le sous-alinéa 20(1)e.2)(i) L.I.R., même si toutes les autres conditions sont remplies.

2.2.3. Déductibilité des intérêts

La déductibilité de la dépense d'intérêts n'a jamais été une question simple, eu égard aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu.* Au cours des deux dernières années, la Cour suprême du Canada a rendu au moins quatre décisions qui ont eu un impact important sur les critères jusqu'alors imposés pour décider de l'admissibilité de certaines dépenses au titre de dépenses engagées pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. D'une part, ces décisions ont permis de clarifier et de préciser les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la déductibilité de la dépense d'intérêts et, d'autre part, elles ont établi des balises claires quant aux critères à prendre en compte pour déterminer la source d'un revenu. Cette série de décisions a forcé l'ADRC à revoir ses positions administratives de façon importante.

À deux reprises en 2002[54], la Cour suprême du Canada a rejeté la façon dont l'ADRC applique le critère de « l'expectative raisonnable de profit » pour établir un nouveau critère, soit celui de « la source du revenu ». Une approche en deux étapes peut donc être adoptée pour déterminer si une

---

52 Al. 20(1)e.2) L.I.R.; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-309R2, « Primes d'une police d'assurance-vie utilisée comme garantie », 28 février 1995.

53 Le calcul du CNAP aux termes d'une police d'assurance est établi suivant la façon indiquée à l'article 308 R.I.R.

54 *Stewart* c. *La Reine*, [2002] C.S.C. 46; *Walls* c. *La Reine*, [2002] C.S.C. 47.

activité permettra de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, ou s'il s'agit d'une activité personnelle :

i) Le contribuable s'adonne-t-il à l'activité dans le but de réaliser un bénéfice ou s'agit-il d'une activité personnelle?

ii) S'il ne s'agit pas d'une activité personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien?

Cette approche s'aligne sur la définition traditionnelle d'entreprise de la *common law*, c'est-à-dire tout ce qui occupe le temps, l'attention et les efforts d'une personne dans le but de réaliser un bénéfice. Par ailleurs, de façon générale, la différence entre le revenu tiré d'une entreprise et celui tiré d'un bien se fonde sur le principe qu'une entreprise requiert un degré plus élevé d'activité de la part du contribuable. De cette façon, lorsque la nature du projet du contribuable est celle d'un passe-temps personnel, l'activité ne peut être considérée comme une source de revenu à moins qu'elle ne réponde au critère traditionnel de l'« expectative raisonnable de profit » établi dans la cause *Moldowan* c. *La Reine*[55].

À ce titre, dans le cadre de son approche traditionnelle, l'ADRC avait l'habitude de restreindre au minimum les situations pour lesquelles une déduction des intérêts aurait été permise. En fait, l'application de ces divers critères était très subjective, le contribuable restait dans l'incertitude quant aux futures cotisations d'impôt. En outre, la nature du critère de l'« expectative raisonnable de profit » permettait de poser un jugement de valeur en rétrospective sur les décisions d'affaires des contribuables lorsque leurs activités tournent mal.

Plus directement liées aux critères servant à déterminer la dépense d'intérêts admissibles les décisions rendues dans les affaires *Singleton* c. *La Reine*[56] et *Les entreprises Ludco Ltée et autres* c. *La Reine*[57] ont permis de clarifier et de préciser les paramètres de la loi. La décision dans l'arrêt *Singleton* portait sur la recherche de l'intention poursuivie par le contribuable au moment de contracter l'emprunt, alors que dans la décision *Ludco*, la Cour a déterminé que le but recherché au moment de contracter l'emprunt dont on voulait déduire les intérêts n'était pas le seul élément à

---

55 [1978] 1 R.C.S. 480.

56 [2001] 2 R.C.S. 1046 (ci-après « *Singleton* »).

57 [2001] 2 R.C.S. 1082 (ci-après « *Ludco* »).

considérer. Ce qui doit être pris en compte dans la décision d'accorder ou non la dépense d'intérêts, c'est l'utilisation de l'argent emprunté pour une fin admissible à la dépense, soit produire un revenu d'entreprise ou de biens. Cette décision est aussi venue affirmer que l'ampleur du revenu admissible tiré de la transaction n'est pas un critère en soi; ce qui doit être considéré, c'est le fait qu'il y ait une « expectative raisonnable » que le bien en question produise un revenu imposable admissible.

Ces deux décisions et les documents d'étude émis par l'ADRC[58] ont par la suite favorisé la possibilité de déduire les intérêts sur de l'argent emprunté pour produire un revenu de bien comme il en sera question plus loin.

2.2.3.1. Argent emprunté pour acheter une rente

Malgré l'interdiction de déduire les intérêts sur l'argent emprunté pour acquérir une police d'assurance vie, il existe une exception à la règle générale dans le sous-alinéa 20(1)(c)(iv) L.I.R., qui permet une déduction des intérêts lorsque la police est un contrat de rente non enregistré. De cette façon, l'argent emprunté pour acquérir un contrat de rente en vertu duquel le revenu couru annuel est inclus dans le revenu du contribuable pourrait être admissible à la déduction, laquelle est limitée au montant du revenu imposable tiré de la rente et inclus dans le revenu du contribuable[59]. Pour ce faire, il faut, une fois de plus, satisfaire à plusieurs conditions :

- l'intérêt à l'égard du contrat de rente doit avoir été acquis après 1989;
- le contrat n'est pas un contrat de rente prescrit[60].

---

58 François BARETTE, Gaétan BISSON, Marc VANASSE et Paul LYNCH, « Présentation sur la déductibilité des intérêts à l'Association de planification fiscale et financière », dans *Congrès 2002,* Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 36:1-50.

59 Al. 12.2(1)c) L.I.R.

60 Al. 12.2(1)b) L.I.R. L'article 304 R.I.R. définit un contrat de rente prescrit comme un contrat qui peut être émis par une compagnie d'assurance vie ou un organisme de bienfaisance enregistré. Le propriétaire du contrat est un particulier, une fiducie testamentaire, une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint, une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie mixte au profit du conjoint. Il est rentier en vertu du contrat. Les versements prévus par le contrat sont des versements de rente égaux, effectués à des intervalles réguliers et au moins une fois par année, pour une durée déterminée ou pour la vie, avec ou sans période garantie. Les droits du propriétaire en vertu du contrat ne peuvent pas faire l'objet d'une disposition avant son décès ou, s'il s'agit

(à suivre…)

L'imposition des contrats de rente dépend aussi du genre de contrat et de sa date de souscription. L'imposition selon le revenu couru, décrite plus haut en vertu de l'article 12.2 L.I.R., n'existe que depuis 1990. Il faut porter une attention particulière à la date et à la nature du contrat pour déterminer si l'intérêt payé sur l'argent emprunté pour acquérir un contrat de rente est admissible à la déduction pour la dépense d'intérêt.

2.2.3.2. Argent emprunté pour acheter une police d'assurance vie

Comme il est indiqué ci-dessus, les intérêts payés sur l'argent emprunté sont déductibles seulement lorsque l'argent emprunté est utilisé pour tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien. On interdit dans l'alinéa 20(1)c) L.I.R. toute déduction d'intérêt liée à l'acquisition d'une police d'assurance vie. Lorsque les fonds sont empruntés pour acquérir une police d'assurance vie, aucune circonstance exceptionnelle pour un usage accessoire ne peut être prise en considération, bien que le produit soit acquis à des fins commerciales valables comme d'assurer la convention d'achat et de vente des actionnaires ou de garantir un prêt bancaire commercial[61].

2.2.3.3. Argent emprunté pour constituer un portefeuille de placement

Les sommes empruntées pour constituer un portefeuille de placement devraient normalement répondre au critère d'utilisation directe permettant la déduction des intérêts, étant donné que l'on doit s'attendre à ce qu'un tel portefeuille soit générateur de revenus de biens. La réalité n'est pas aussi simple toutefois. Pour déduire les intérêts, le revenu de bien admissible doit en premier lieu se qualifier comme un revenu aux fins fiscales. À ce titre, seuls les intérêts et les dividendes sont acceptés. La déduction des intérêts sur un emprunt contracté pour acheter des biens générateurs de gain en capital seulement ne peut donc pas être permise, car un gain en capital, même si une partie est imposable, ne constitue pas un revenu admissible au sens du paragraphe 9(1) L.I.R. Toutefois, les décisions de la Cour suprême

---

(…suite)
d'une fiducie déterminée, avant le décès de l'époux ou du conjoint de fait qui est en droit de recevoir le revenu de la fiducie.

61 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-355R2, « Intérêts sur les prêts contractés pour acquérir des polices d'assurance vie et des contrats de rente, et intérêts sur les avances sur police d'assurance », 26 août 1994, par. 2.

du Canada dans les arrêts *Shell Canada Ltée* c. *Canada*[62] et *Ludco* viennent à notre rescousse en établissant que même si un bien produit majoritairement un revenu par ailleurs non admissible à la déductibilité de la dépense d'intérêts, cette déduction sera quand même possible si du revenu admissible comme des intérêts et des dividendes est aussi généré par le bien.

Une autre stratégie souvent utilisée consiste à encaisser un portefeuille de placement existant pour acheter une produit non admissible à la déductibilité de la dépense d'intérêts comme une rente prescrite ou un contrat d'assurance vie et à emprunter par la suite pour racheter le portefeuille et ainsi remplacer les revenus perdus. Cette stratégie a été longtemps impossible vu une décision de la Commission d'appel de l'impôt[63] qui avait rejeté une demande de déduction des intérêts fondée sur une transaction de cette nature. Le contribuable avait vendu des titres à une firme de courtage et acheté un contrat d'assurance vie exonéré en utilisant le produit de la vente. Il a emprunté de l'argent de la compagnie d'assurances et des fonds d'autres sources pour racheter les titres par la suite. La Commission a rejeté l'argument que les fonds devaient « combler le vide » en se fondant sur la « substance de l'opération », et a jugé que c'était, dans ce cas, pour acheter une police d'assurance, qui est un bien personnel expressément exclu de toute déduction des intérêts.

C'est exactement à ce niveau que le jugement dans la cause *Singleton* a changé l'interprétation donnée à ce type de transactions. La Cour suprême a rejeté l'application du critère de la « substance de l'opération ». C'est sur l'usage réel de l'argent qu'il faut se pencher et non sur l'intention du contribuable au moment où il a contracté le prêt. De cette façon, les incertitudes entourant les nombreuses stratégies plus risquées d'assurance vie à effet de levier, qui reposent sur la déductibilité des intérêts, ont été éclaircies. Cela ne signifie pas pour autant que la voie est libre pour effectuer des transactions semblables et demander la déduction des intérêts. Les transactions basées sur les critères ayant trait au « test d'intention » et au « test d'utilisation » permettent la déduction des intérêts tant que toutes les circonstances entourant la transaction sont faites de bonne foi, en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération. Ces transactions doivent aussi être fondées sur un retraçage ou un lien approprié avec l'argent emprunté. Il faut aussi garder à l'esprit que les critères touchant au retraçage/lien de l'argent emprunté établis par l'ADRC dans ses nouvelles positions administratives vont s'appliquer. Il faudra donc

---

62 [1999] 3 R.C.S. 622.

63 *Melvin Zwaig, Syndic de faillite de John Dunn* c. *MRN*, [1974] C.T.C. 2172.

pouvoir démontrer la provenance de l'argent et l'utilisation de l'argent emprunté.

2.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS

2.3.1. Étude de cas

- Achat de la rente avec un prêt bancaire assorti d'une hypothèque mobilière

Voyons maintenant comment ces stratégies pourraient s'appliquer dans le cas de Daniel et Julie. Dans un premier temps, prenons pour hypothèse qu'ils décident d'acheter personnellement un contrat de rente et un contrat d'assurance vie pour les mêmes montants que ceux que nous avons vu dans l'exemple précédent. Les fonds destinés à l'achat de la rente proviendront d'un emprunt bancaire garanti par une hypothèque mobilière à la fois sur le contrat d'assurance vie et sur le contrat de rente. Vu les principes analysés plus haut, la rente pourra être ou ne pas être un contrat de rente prescrit, cette décision dépendant du but recherché ultimement. Est-ce plus important pour eux de différer les impôts en gardant la partie imposable de leur rente égale jusqu'à la fin du contrat ou préfèrent-ils déduire la dépense d'intérêts reliée à leur emprunt bancaire? Dans l'hypothèse où ils préfèrent déduire les intérêts, le contrat de rente sera donc un contrat de rente non prescrit sur lequel le revenu gagné sera imposé annuellement en vertu de l'article 12.2 L.I.R. Il sera donc possible pour Daniel et Julie de déduire les intérêts payés sur l'emprunt bancaire. Si l'institution financière exige une hypothèque mobilière sur le contrat d'assurance vie, la prime de l'assurance en entier ou une portion de cette dernière pourra aussi être déductible de leur revenu d'entreprise ou de biens.

Voici ce que l'exercice donne en pratique.

- Scénario 1 : achat de la rente avec de l'argent provenant d'un prêt bancaire assorti d'une hypothèque mobilière et maintien du portefeuille de placement actuel

Cette stratégie permettrait à Daniel et à Julie de conserver leur portefeuille de placement dans son état actuel et d'acquérir la rente avec de l'argent emprunté. Ce scénario peut déboucher sur deux solutions selon que la rente est donnée ou non en garantie du prêt bancaire.

– Scénario 1.1 : la rente est cédée en garantie à l'institution financière

  Comme la situation précédente, le contrat de rente serait alors non prescrit et les intérêts payés sur l'emprunt pourraient être déductibles du revenu généré par la rente. Les mêmes remarques s'appliquent à la déduction des primes du contrat d'assurance.

– Scénario 1.2 : seul le contrat d'assurance et non le contrat de rente est cédé en garantie à l'institution financière sans portefeuille de placement

  Dans ce cas, le contrat de rente pourra conserver son caractère prescrit, par contre les intérêts payables sur l'emprunt ne seront déductibles contre aucun revenu car le prêt n'a pas été obtenu pour acheter un bien qui se qualifie pour générer un revenu de biens. Ce faisant, les primes de la police d'assurance vie ne pourront être déduites non plus, car la transaction projetée ne qualifie pas les intérêts payés pour la déduction selon les critères exigés par la division 20(1)e.2)(i)(B) L.I.R.

- Scénario 2 : achat de la rente avec des liquidités dont le capital est remplacé par un emprunt bancaire assorti d'une hypothèque mobilière sur le contrat d'assurance vie

Une autre stratégie consiste à utiliser les liquidités en mains pour acheter le contrat de rente et à remplacer le capital avec un emprunt bancaire garanti avec une hypothèque mobilière sur le contrat d'assurance vie seulement. Cette solution pourra donner des résultats très différents. En effet, le contrat de rente se qualifiera comme contrat de rente prescrit. Par contre, à cause de cette qualification, et comme nous l'avons mentionné plus haut, les intérêts payés sur l'emprunt bancaire ne pourront pas être déduits contre le revenu généré par la rente. Daniel et Julie devront alors démontrer que le capital emprunté a servi à remplacer ou acquérir leur portefeuille de placement qui, lui, devra générer des revenus, soit intérêts et dividendes se qualifiant pour la déduction de la dépense d'intérêts. Encore une fois, la prime du contrat d'assurance pourra éventuellement être déduite du revenu d'entreprise ou de bien si toutes les conditions à cette fin sont remplies.

Veuillez vous référer au chiffrier produit à l'annexe I du présent texte pour une comparaison des flux monétaires générés par ces scénarios.

3. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE FIDUCIE

3.1. ASPECTS LÉGAUX

3.1.1. La fiducie de droit civil

Il existe beaucoup de confusion au titre de l'usage des fiducies aux fins de l'assurance vie. Cette confusion tient souvent à la littérature qui se réfère le plus souvent à la fiducie de la *common law* par opposition à la fiducie dite de « droit civil ». La fiducie de la *common law* est celle dont la création résulte du transfert par un constituant (*settlor*), du titre de propriété d'un bien, à un tiers nommé le fiduciaire (*trustee*), qui doit le détenir et l'administrer pour un ou plusieurs bénéficiaires qui sont appelés à en recevoir les revenus ou le capital ou les deux. Elle peut être expresse ou implicite. La condition d'existence est la rencontre de ce qui est appelé les « trois certitudes », soit l'intention de créer un « trust », la certitude de l'identité des bénéficiaires et la certitude quant aux objets dont les titres de propriété sont transférés au fiduciaire.

La fiducie de droit civil répond à des règles beaucoup plus strictes que l'on retrouve codifiées dans le *Code civil du Québec*. La fiducie de droit civil existe par la création d'un patrimoine auquel le constituant transfère des biens qui sont affectés à une fin particulière qu'un fiduciaire s'oblige à détenir et à administrer[64]. C'est donc le patrimoine qui crée la fiducie et non le transfert d'un titre de propriété à un fiduciaire pour le bénéfice d'un bénéficiaire comme en *common law*. La création de la fiducie doit se faire en termes exprès et ne peut en aucun cas être implicite ou présumée. Ainsi, par pur respect de la tradition civiliste, sa constitution devrait toujours être formelle et revêtir la forme d'un écrit[65]. Tel est certainement le cas lorsqu'il s'agit d'une fiducie personnelle qui doit obligatoirement être créée par un acte de donation ou un testament. C'est de ce type de fiducie dont il sera question dans ce texte.

3.1.2. La détention d'un contrat d'assurance vie et de rente

Il est certain qu'en droit civil, le patrimoine d'une fiducie peut être constitué d'un contrat de rente et d'une police d'assurance vie sans aucune

---

64 Art. 1260 C.c.Q.

65 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies,* La Collection Bleue, Faculté de Droit, Section droit civil, Université d'Ottawa, Wilson et Lafleur, 1998, p. 7.

restriction. Les difficultés du droit civil résident dans le fait que selon certains juristes, seule une personne physique ou une personne morale, comme un société par actions, pourrait être désignée bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie. Cette position nous paraît peu conciliable avec les dispositions même du *Code civil du Québec* décrivant la personnalité juridique et les attributs qui y sont rattachés, soit l'exercice des droits civils, la possession d'un patrimoine et la possibilité de diviser ce patrimoine en vue d'une affectation particulière à l'avantage d'une personne déterminée ou qui peut l'être[66]. À notre humble avis, il serait possible pour un individu de transférer la propriété d'un contrat de rente ou d'assurance vie à certains types de fiducies sans pour autant créer de problèmes[67].

3.1.3. La protection contre les créanciers

En permettant la création d'un patrimoine d'affectation, il est évident que la fiducie procure une protection contre les créanciers à la fois du constituant et des divers bénéficiaires. Il s'agit là d'un des incitatifs principaux à la création d'une fiducie « non testamentaire ». Attention toutefois, ceci ne garantit pas une protection contre les créanciers de la fiducie.

3.2. ASPECTS FISCAUX

3.2.1. La fiducie « non testamentaire »

La fiducie non testamentaire ou « fiducie entre vifs » est celle qui est créée du vivant du constituant, pour des objectifs particuliers comme le fractionnement du revenu avec d'autres membres de sa famille ou la protection d'actifs.

- Contrat de rente « prescrit » ou contrat de rente « non prescrit »

Sauf quelques rares exceptions, la fiducie non testamentaire n'est pas incluse dans la liste des exceptions prévues à la division 304(1)c)(iii)(A) R.I.R. Cela signifie donc qu'une rente détenue par une telle fiducie ne pourrait pas être un contrat de rente prescrit. Il s'agirait donc d'une rente ordinaire sujette à l'imposition annuelle sur le revenu accru suivant les dispositions de l'article 12.2 L.I.R. Il est mentionné une

---

66 Art. 1260, 1261 et 1267 C.c.Q.

67 Philippe ASSELIN, Sophie BÉLANGER et Isabelle GOUIN, « Les fiducies et les polices d'assurance vie », dans *Congrès 2001,* Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 17:1-50, aux pages 17:21-35.

exception à ce principe dans le cas où un contrat de rente serait détenu en fiducie par un particulier pour le compte d'un rentier, ce dernier serait alors réputé en être titulaire. Cette exception pourrait difficilement trouver application en droit civil car une telle fiducie ne peut exister. Si une fiducie est créée, tous ses actifs font automatiquement partie du patrimoine d'affectation qui est lui-même indépendant de celui du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire. Pour que cette exception puisse être considérée au Québec, il faudrait à notre avis que des précisions sur le statut de la rente soient apportées au paragraphe 248(3) L.I.R.[68]

Toutefois, il est important de mentionner que si un contrat de rente existant est transféré à une fiducie, il s'agira alors d'une disposition imposable du contrat suivant les dispositions du paragraphe 148(1) L.I.R. Cela pourrait donc générer une facture fiscale pour le constituant sur l'excédent éventuel du produit de disposition sur le CBR du contrat.

- Contrat d'assurance vie

Il n'existe pas de contrainte quant au fait qu'une fiducie soit la titulaire d'un contrat d'assurance vie. Par contre, certaines contraintes peuvent exister sur la désignation des bénéficiaires et sur la qualification de la fiducie après le décès du constituant qui, à ce moment, conserverait un statut de fiducie non testamentaire avec les conséquences fiscales que ceci représente sur les taux d'imposition applicables.

Le transfert d'un contrat d'assurance vie existant à une fiducie entre vifs constitue aussi une disposition imposable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sauf dans le cas des quelques exceptions dont il sera question ci-après. Toutefois, cette disposition pourrait être évitée si la fiducie créée est une fiducie en faveur de soi-même qui répond aux critères du paragraphe 107.4(1) L.I.R. Par contre, comme ce type de fiducie n'est pas inclus dans la liste de l'article 304 R.I.R., le contrat de rente ne se qualifierait pas comme prescrit.

3.2.1.1. La fiducie exclusive au conjoint

- Contrat de rente « prescrit » ou contrat de rente « non prescrit »

Contrairement à la fiducie entre vifs « ordinaire », la fiducie exclusive au conjoint, qu'elle soit testamentaire ou non testamentaire, bénéficie de l'exception prévue au règlement et conserve son statut de contrat de rente

---

68 Al. 248(3)f) L.I.R.

prescrit[69]. De plus, le transfert du contrat se fait au coût, donc sans impact fiscal immédiat, que ce soit du vivant ou au décès du conjoint, conformément aux paragraphes 148(8.1) et 148(8.2) L.I.R.[70]

Il demeure toutefois que la fiducie exclusive au conjoint créée du vivant du constituant continuera à être considérée comme une fiducie non testamentaire et à être imposée comme tel même après son décès.

3.2.1.2. La fiducie en faveur de soi-même (*alter ego*) et la fiducie mixte en faveur du conjoint

Ce type de fiducie est constitué entre vifs, après 1999, par un contribuable qui a atteint l'âge de 65 ans, dans le cadre de laquelle ce même contribuable, ou le contribuable et son conjoint, ont le droit d'en recevoir tous les revenus jusqu'au décès du survivant, et aux termes de laquelle nulle autre personne que le contribuable, ou le contribuable et son conjoint, ne peut avant leur décès, recevoir une partie quelconque du capital ou du revenu de la fiducie. Les dispositions du paragraphe 73(1) L.I.R. s'appliquant à ces fiducies, il est probable que les contrats d'assurance vie et de rente existants puissent y être transférés sans impact fiscal immédiat. Par contre, alors qu'il serait possible pour la fiducie mixte en faveur du conjoint de souscrire un contrat de rente prescrit vu les dispositions des subdivisions 304(1)c)(iv)(B)(II) et 304(1)c)(iv)(C)(II) R.I.R., il ne serait pas possible pour une fiducie en faveur de soi-même (*alter ego*) de souscrire à un contrat de rente prescrit, encore une fois parce que ce type de fiducie ne fait pas partie de la liste des exceptions prévues par la loi. Le 29 juillet 2002, l'ADRC a émis une lettre d'intention, soulignant cette difficulté, par laquelle elle s'engage à faire des représentations au ministère des Finances pour que le règlement en question soit amendé de façon à permettre qu'une rente prescrite soit souscrite par la fiducie en faveur de soi-même comme pour celle constituée en faveur du conjoint.

3.2.2. La fiducie « testamentaire »

Ce type de fiducie fait partie des exceptions du règlement[71]; il lui est donc permis de détenir un contrat de rente prescrit et de profiter des avantages fiscaux qui y sont rattachés.

---

69 Div. 304(1)c)(iii)(A) L.I.R.

70 Par. 73(1.1) et 70(1) L.I.R.

71 Div. 304(1)c)(iii)(A) R.I.R.

3.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS

Il n'est pas opportun pour la présente étude de décrire par des exemples chiffrés les applications pratiques de la stratégie de la rente assurée appliquée aux fiducies. Il suffit de se référer aux exemples donnés pour un individu en tenant en compte la nature de la fiducie envisagée pour déterminer si les illustrations seront basées sur un contrat de rente prescrit ou non prescrit.

4. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Parmi les variantes de la stratégie de rente assurée, celle qui est mise en place au niveau d'une société par actions est certainement des plus populaires. Cette constatation n'est pas étonnante pour plusieurs raisons à la fois d'ordre pratique, en planification de la retraite et de la succession et d'ordre fiscal. En fait, ces stratégies sont souvent employées dans les sociétés en exploitation pour planifier le retrait des affaires d'un entrepreneur et pour faciliter le transfert de l'entreprise à ses enfants ou purifier la compagnie avant de la transférer à des tiers transigeant à distance. En ce qui concerne les sociétés de portefeuille, la stratégie de rente assurée fait partie de la planification successorale de l'actionnaire et de son conjoint, qui peuvent ainsi réduire les impôts payables au décès et maximiser la valeur de leur succession.

Encore une fois, même s'il existe plusieurs variantes, les principes de base de la stratégie fonctionnent comme suit : la société par actions souscrit à une rente viagère sur la vie de son actionnaire, ou de son actionnaire et de son conjoint, à même ses propres capitaux. Elle souscrit aussi à une police d'assurance vie de type permanent ne comportant pas de valeur de rachat sur la vie des mêmes personnes pour un capital décès égal au montant du capital utilisé pour acheter la rente. Tout comme pour la situation analysée précédemment avec un individu, les versements de la rente peuvent être réversibles au conjoint et le capital décès d'assurance vie peut être payable au deuxième décès, même s'il s'agit d'une société par actions dont le conjoint n'est pas actionnaire. La prime de la police d'assurance vie est habituellement payée avec une partie du revenu généré par la rente, le solde du versement étant payé à l'actionnaire sous forme de revenus de retraite ou de dividendes. Le capital décès d'assurance vie sera payable à la société qui, de cette façon, se remboursera du capital utilisé pour acheter la rente.

Il existe plusieurs façons de structurer ces arrangements, certaines comportant plus ou moins de risques ou d'avantages fiscaux comme nous pourrons le constater ci-après.

4.1. ASPECTS LÉGAUX

4.1.1. Le contrat de rente

Comme nous l'avons vu plus haut, du point de vue du droit civil québécois, rien ne s'oppose à ce qu'une rente viagère soit achetée avec des fonds provenant d'une personne différente de celles qui recevront les versements[72]. Il est donc possible sans restriction du point du droit civil, pour une société par actions, d'acquérir une rente sur la vie de son actionnaire et de déterminer par la suite à qui seront faits les versements. De plus, le *Code civil du Québec* établit qu'un tel transfert de fonds n'a pas à revêtir les conditions requises par la loi pour effectuer valablement un don. Malheureusement, comme nous le verrons plus loin, le meilleur des mondes pour les contribuables est encore à l'étape du rêve, les règles fiscales vont se charger de mettre des restrictions sur la façon de structurer la rente.

4.1.2. Le contrat d'assurance vie

Tout comme pour un individu, le contrat d'assurance vie en est un du type temporaire à 100 ans. Pour tirer un maximum de rentabilité financière, il est particulièrement important, dans le cas où une société par actions est titulaire du contrat, que ce dernier ne comporte pas de valeurs de rachat, ce qui aurait pour résultat de réduire les avantages successoraux procurés par la stratégie.

Pour qu'un contrat d'assurance vie individuel soit valide, le *Code civil du Québec* prévoit que le preneur du contrat, soit celui qui y souscrit, doit avoir un intérêt assurable dans la vie ou la santé de l'assuré sauf si l'assuré consent par écrit. Il y est aussi prévu qu'une personne a un intérêt assurable dans sa propre vie, celle de son conjoint et de ses descendants, entre autres. Comme une société par actions est aussi une personne morale[73] au sens du droit civil et qu'en ce sens, le Code prévoit qu'elle peut exercer les mêmes droits civils qu'un individu, elle peut avoir un intérêt dans la vie de ses préposés et de son personnel ou des personnes dont la vie représente pour elle un intérêt moral ou pécuniaire, ce qui inclut ses actionnaires[74].

---

72 Art. 2367 C.c.Q.

73 Art. 298, 301 et suiv. C.c.Q.

74 Art. 2418 et 2419 C.c.Q.

4.1.3. La protection contre les créanciers

Le contrat d'assurance et le contrat de rente détenus par une société par actions ne peuvent pas bénéficier de la protection contre les créanciers du titulaire des contrats pour des raisons bien évidentes. Dans un premier temps, en droit civil, cette protection ne peut exister que lorsqu'une désignation de bénéficiaire est faite en faveur de personnes physiques, conjoint, ascendant ou descendants. De plus, la relation familiale doit exister entre le titulaire et le bénéficiaire et non entre l'assuré et le titulaire comme le prévoient les règles de la *common law* applicables dans les autres provinces canadiennes. D'autres raisons relatives à la fiscalité cette fois viennent aussi éliminer toute possibilité à cet égard, comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent. Des nuances peuvent toutefois être apportées à ce principe en ce qui concerne les contrats de rente selon les conséquences fiscales que le client est prêt à assumer. Ainsi, si le bénéficiaire de la personne dont la vie a servi à établir le contrat de rente en reçoit les versements directement sans que ceux-ci ne transitent par la société, il est possible qu'une partie du capital et des versements puisse être protégée des créanciers jusqu'à concurrence du montant nécessaire aux aliments[75]. Il serait toutefois très risqué de vendre ce produit sur la base uniquement de cette protection hypothétique, particulièrement à cause des conséquences fiscales qui seraient générées.

4.1.4. Protection contre la faillite de l'émetteur du contrat de rente et d'assurance vie

Les garanties consenties au titulaire des contrats par la SIAP, décrites à la section 1.1.4. du présent texte, s'appliquent aux contrats de rente et d'assurance vie souscrits par les sociétés par actions.

4.2. ASPECT FISCAUX

Les conséquences fiscales et les résultats financiers démontrables si une société par actions souscrit au contrat de rente et d'assurance vie sont fort différents de ceux applicables aux individus mais peuvent s'avérer similaires à ceux que l'on retrouve à l'usage de certaines fiducies entre vifs. Bien entendu, ce sont les dispositions applicables de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Règlement de l'impôt sur le revenu* qui font toute la différence.

---

[75] Art. 2379 C.c.Q.

4.2.1. Le contrat de rente

- Contrat de rente viagère

Comme mentionné plus haut, pour donner les résultats désirés, la rente doit en premier lieu être une rente viagère, c'est-à-dire une rente dont les versement sont servis la vie durant du rentier. Pour qu'il soit qualifié de rente viagère, un contrat de rente doit satisfaire aux critères établis à l'alinéa 301(1)a) R.I.R. Ainsi, un de ces critères fondamentaux réside dans le fait que les versements de la rente doivent être faits à un particulier ou à plusieurs particuliers, chacun d'eux étant appelé le « rentier », et doivent continuer à être versés au rentier ou à l'un ou plusieurs des rentiers leur vie durant[76]. À la rigueur, cette définition ne permet pas qu'une rente dont les versements échoient à une société par actions plutôt qu'à un individu soit considérée comme une rente viagère[77]. En fait, cette conclusion a un impact important sur le calcul de la partie imposable du contrat, étant donné que le calcul du CBR du contrat en est affecté. En fait, le calcul du CBR du contrat est fondé sur plusieurs éléments dont, entres autres, la valeur actualisée du contrat déterminée en fonction de plusieurs hypothèses dont le taux d'intérêt et le taux de mortalité[78]. Le calcul du CBR tient compte du coût d'acquisition du contrat moins les versements cumulatifs de rente reçus. Il est aussi tenu compte des gains et des pertes de mortalité[79].

La réalité étant parfois bien différente, il apparaît que de nombreuses rentes ont été vendues à des société comme des rentes viagères alors que celles-ci en touchaient aussi les versements et qu'elles ont été traitées comme telles autant par les compagnies d'assurances dans le calcul du CBR que par les autorités fiscales qui n'ont rien trouvé à redire sur cette pratique pendant plusieurs années. Devant cet état de fait, le 13 septembre 2002, l'ADRC a émis une lettre d'intention par laquelle elle se propose de modifier la définition de rente viagère du paragraphe 301(1) R.I.R. pour y inclure les rentes viagères dont le rentier est une société de personnes ou une personne ainsi que les rentes viagères émise sur la vie d'un individu qui n'est pas le

---

76 Al. 301(1)c) R.I.R.

77 « The CCRA Responds : Tax Policy Roundtable », dans *CALU Report*, juin 2002, question 4 : « Life Annuity Contracts ».

78 Diane HAMEL, « Rentes assurées corporatives », dans *Congrès 2002,* Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 47:1-18, aux pages 47:7-9.

79 Les éléments G et L, alinéa c) de la définition de « coût de base rajusté » au paragraphe 148(9) L.I.R.

rentier, c'est-à-dire la personne qui en reçoit les versements. Les amendements proposés seront applicables au calcul du CBR du contrat rétroactivement aux années se terminant après 1980[80].

Les dispositions de la *Loi sur les impôts* vont dans le même sens que celles du fédéral sur la question des rentes. Au moment d'écrire ces lignes, le ministère du Revenu du Québec n'avait pas encore annoncé son intention de s'harmoniser avec le fédéral à la suite de la lettre d'intention du 12 septembre 2002 citée plus haut. Par contre, suivant notre raisonnement, il serait très difficile pour les autorités fiscales québécoises de ne pas s'harmoniser avec les amendements proposés par Ottawa, étant donné que la nouvelle définition proposée pour les rentes viagères est plus conforme à celle contenue dans le *Code civil du Québec*[81].

- Contrat de rente « prescrit » ou « non prescrit »

Comme nous l'avons vu plus haut, le *Règlement de l'impôt sur le revenu* permet d'établir deux types de rentes viagères, soit le contrat de rente « prescrit » et le contrat de rente « non prescrit ». Seul un contrat de rente viagère non prescrit pourra être détenu par une société par actions. En fait, les conditions de base pour l'émission d'un contrat de rente prescrit, décrites aux divisions 304(1)c)(iii)(A) et (B) R.I.R., soit chaque détenteur devant être un particulier qui est aussi le rentier, ne peuvent en aucune façon être satisfaites. La rente détenue par une société par actions sera donc toujours une rente viagère non prescrite. Le revenu gagné sera ainsi imposé annuellement au niveau du titulaire du contrat, soit la société par actions. Les règles de l'imposition des revenus de la rente non prescrite au niveau de son titulaire sont discutées dans la partie de ce texte portant sur les rentes détenues par un individu[82].

- Répartition du revenu de la rente

Comme nous l'avons déjà mentionné, le revenu couru sur la rente sera imposé annuellement au niveau du titulaire, soit la société par actions. Une partie de ce revenu devrait être utilisé pour payer la prime du contrat d'assurance vie. Le solde, s'il en est, est habituellement versé au rentier pour

---

80 *Taxnet.pro* (en ligne), Scarborough, Ont. Carswell, Technical Notes to Income Tax Regulation Technical Notes, Reg. 301(1).

81 Voir la section 1.1.1. du présent texte.

82 Voir la section 1.2.1. du présent texte.

constituer un revenu entre ses mains. La nature du versement effectué au rentier établira les conséquences fiscales pour ce dernier. La société par actions peut choisir de verser ce revenu sous forme de salaire, rente de retraite ou dividendes. Si le montant est versé comme salaire ou rente de retraite, il sera imposé comme tout autre revenu provenant d'une charge ou d'un emploi[83]. La dépense sera déductible par la société conformément aux prescriptions de la loi, s'il peut être démontré qu'elle a été faite dans le but de gagner un revenu d'entreprise ou de biens[84]. Si le versement est fait sous la forme d'un dividende, ce dernier sera imposé comme tel au niveau de l'actionnaire, ce qui permettra à une société qui se qualifie à cette fin d'obtenir un remboursement d'impôt en main au titre de dividendes (IMRTD)[85].

La situation peut se compliquer si, comme c'est parfois le cas, l'actionnaire rentier ou un membre de sa famille reçoit ces versements directement entre ses mains sans qu'ils ne transitent par la société par actions. Comme c'est cette dernière qui est titulaire du contrat de rente, c'est elle qui doit inclure dans son revenu de l'année le revenu couru sur la rente[86]. Par contre, le rentier qui retire ces sommes doit les déclarer dans son revenu. Si cette personne est aussi un actionnaire ou une personne liée à un actionnaire de la société, la valeur du montant versé pourra être considéré comme un avantage conféré et il devra être inclus dans le revenu de l'actionnaire pour l'année où il a été reçu[87]. Cela peut mener à une double imposition coûteuse pour la rentabilité du concept, en ce que le montant complet du versement sera imposé au niveau de l'actionnaire, sans que la société par actions ne puisse déduire la dépense ou obtenir un remboursement de l'impôt en main au titre de dividendes.

- Valeur du contrat de rente

Même si l'évaluation du contrat de rente est jusqu'à un certain point négligeable lorsque la stratégie met en scène des individus uniquement, elle devient un élément fondamental de ce concept lorsque la rente est détenue par une société par actions. En fait, une grande partie de la rentabilité de la

---

83 Al. 3a) L.I.R.

84 Par. 9(1) et al. 18(1)a) L.I.R.

85 Par. 89(1), art. 121 et par. 129(1) L.I.R.

86 Voir la section 1.2.1. du présent texte.

87 Par. 15(1) L.I.R.

stratégie de la rente assurée, utilisée aux fins d'une planification successorale, réside dans sa valeur successorale qui trouve toute son efficacité si la rente a une valeur égale à zéro au moment du décès.

Dans le cas d'une rente assurée corporative, le titulaire du contrat de rente, soit la société par actions, doit inclure dans son revenu imposable pour l'année la partie courue du revenu de rente depuis le dernier versement. Le représentant légal du contribuable décédé n'aura pas à inclure ce montant dans sa déclaration de revenus terminale puisque ce n'est pas le rentier qui a reçu le dernier versement, mais bien un tiers. Par contre, si la société verse ces sommes au décédé sous forme de salaire, dividendes ou allocation de départ, ces revenus devront y être inclus.

Quelle est donc la valeur d'une rente viagère sans garantie dont le titulaire est un tiers, au moment du décès d'un rentier? Il est évident que la valeur de la rente pour la société par actions décroît au fur et à mesure que le rentier avance en âge. Par contre, le contrat de rente viagère est conçu pour prendre fin au décès du rentier ou s'il y a plusieurs rentiers successifs, au décès du dernier d'entre eux. Il faut alors se questionner sur la valeur que pourrait avoir une chose dont une condition fondamentale d'existence réside dans le fait qu'une personne donnée soit vivante, lorsque cette personne décède. Cette question a été posée à maintes reprises aux représentants de l'ADRC et à ceux du ministère du Revenu du Québec. Seuls ces derniers y ont répondu et ils ont conclu que cette valeur pourrait être nulle :

> « En ce qui a trait à la valeur de la rente viagère détenue par une société, le paragraphe 835 e) L.I. définit « police d'assurance sur la vie » comme comprenant un contrat de rentes. En conséquence, il faut s'en remettre à l'évaluation d'une police d'assurance vie afin d'évaluer la valeur de la rente viagère. Dans la mesure où l'article 450.2 L.I. s'applique, la valeur de cette dernière correspondra à sa valeur de rachat et ainsi, selon les conditions rattachées au contrat de rentes, elle pourra correspondre à une valeur nulle[88]. »

Comme les articles de la *Loi sur les impôts* applicables au Québec sont harmonisés avec ceux de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du fédéral, le même raisonnement pourrait être tenu par l'ADRC, car cette interprétation repose sur une lecture stricte des dispositions de la loi. En tout état de cause, il est donc fort probable qu'un contrat de rente viagère prescrit ou non prescrit ne

---

88 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 44:21-91, question 2.6., aux pages 44:43-44.

comportant aucune période de garantie ait une valeur nulle au décès du dernier des rentiers.

4.2.2. Le contrat d'assurance vie

Le contrat d'assurance vie souscrit par la société par actions doit être un contrat d'assurance vie exonéré, de type T-100, sans valeur de rachat. La société par actions doit être titulaire et bénéficiaire dudit contrat pour tirer partie de toutes les dispositions fiscales applicables. Le montant de la prime payable pour l'acquisition du contrat d'assurance n'est pas déductible du revenu de la société; par contre, le capital décès payé n'est pas imposable non plus, comme mentionné ci-dessus.

- Valeur du contrat d'assurance vie au décès

Dans un premier temps, nous avons vu précédemment que le décès du titulaire d'un contrat d'assurance vie entraîne automatiquement une présumée disposition des contrats qu'il détient, incluant les contrats de rente. Cette présumée disposition ne s'applique pas dans le cas d'une rente assurée corporative pour des raisons évidentes.

Par contre, la *Loi de l'impôt sur le revenu* présume aussi une disposition de tous les biens en immobilisation d'une personne immédiatement avant son décès[89]. Cette présumée disposition fait en sorte que l'actionnaire décédé dispose aussi de ses actions de la société par actions. La valeur des actions immédiatement avant le décès doit donc être déterminée. Théoriquement, la partie du capital décès d'assurance vie à l'exclusion des valeurs de rachat n'a aucune valeur au moment du décès, celui-ci devenant dû et exigible après le décès, quand le risque s'est réalisé pour la compagnie d'assurances et que toutes les exclusions du contrat pouvant mener au rejet de la réclamation décès ont été éliminées. Par contre, les valeurs de rachat doivent être prises en compte dans le calcul de la valeur des actions de la compagnie car elles peuvent être encaissées en tout temps avant le décès avec les conséquences fiscales qui s'y rattachent toutefois[90]. La valeur des actions sera donc augmentée des valeurs de rachat accumulées au contrat d'assurance immédiatement avant le décès.

---

89 Par. 70(5) L.I.R.

90 Par. 70(5.3) L.I.R.; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé sur les principes d'évaluation des biens mobiliers », 25 août 1989, par. 40-41.

À la suite du décès de l'actionnaire, le capital décès d'assurance vie sera versé à la compagnie libre d'impôt. Ce versement créera pour la société un crédit à son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »)[91] égal à la prestation décès moins le CBR du contrat.

Le calcul du CBR du contrat d'assurance prend en compte divers éléments dont, entre autres, le montant des primes payées pour acquérir l'intérêt dans le contrat et le total des montants dont chacun correspond au produit de disposition de son intérêt dans la police qu'il avait le droit de recevoir à ce moment[92]. Dans le cas d'un contrat d'assurance vie temporaire, ce calcul se traduit par une valeur du CBR habituellement égale à zéro. De ce fait, la totalité du capital décès assuré sera donc admissible pour constituer le crédit au CDC. Ce crédit à son CDC permettra ultérieurement à la société de faire le choix de déclarer un dividende en capital à ses actionnaires[93]. La succession ou les héritiers du défunt pourront alors recevoir de la société des sommes libres d'impôt.

4.2.3. Le contrat de rente et le contrat d'assurance vie combinés

La valeur successorale de la rente assurée corporative repose en entier sur les aspects légaux et fiscaux du contrat de rente et d'assurance vie expliqués au cours des lignes qui précèdent. Comme mentionné plus haut, l'ADRC a émis diverses opinions où elle disait qu'il lui serait possible de considérer le contrat de rente et le contrat d'assurance comme un seul et unique contrat non exonéré si ceux-ci ne faisaient pas l'objet d'une tarification indépendante[94]. Pour éviter cette difficulté, il est fortement recommandé que le contrat de rente et le contrat d'assurance vie soient souscrits à des périodes différentes dans le temps ou auprès de compagnies d'assurances différentes.

4.2.4. La taxe sur le capital

Un contrat de rente n'est pas un placement admissible à la réduction de la taxe sur le capital[95]. Cette taxe a toutefois fait l'objet de promesses de réduction lors des derniers budgets provinciaux. Ainsi, pour l'année en

---

91 Al. 89(1)d) L.I.R.

92 Par. 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R.

93 Par. 83(2) L.I.R.

94 Voir la section 1.2.2. du présent texte.

95 Art. 1138 L.I.

cours, une déduction du premier 250 000 $ est permise dans le calcul du montant soumis à la taxe. L'avenir nous dira si cet impôt continuera à s'appliquer dans l'avenir.

4.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS

L'avantage successoral de la stratégie de rente assurée corporative réside dans le fait qu'au moment du décès, la valeur de la rente viagère sans garantie est probablement égale à zéro. De ce fait, la valeur des actions de la société est réduite d'une somme égale au capital utilisé pour l'achat du contrat de rente. Ce capital ne revient garnir le coffre de la société qu'après le décès du rentier, lors du versement du capital décès d'assurance vie. Les mécanismes d'intégration fiscale dont fait partie le CDC viennent alors permettre de distribuer cet argent à la succession de l'actionnaire libre d'impôt.

4.3.1. Étude de cas

Nous reprenons le cas de Daniel et Julie décrit dans l'étude de cas précédente[96], dans l'hypothèse où le contrat de rente et le contrat d'assurance vie sont maintenant souscrits par leur société de portefeuille, Gesco inc. Le principe de base de la rente assurée corporative est le même que pour les rentes assurées. Seules la provenance des fonds et la propriété des contrats diffèrent.

Dans notre cas, Julie n'est pas un actionnaire de la compagnie mais elle peut tout de même devenir assuré pour les deux contrats puisqu'il sera possible de démontrer que le testament de Daniel prévoit le roulement des actions vers Julie lors de son décès.

La détention corporative empêche cependant l'émission du contrat de rente prescrit. Cela a un effet important sur les flux monétaires. L'impôt payable annuellement sur les intérêts fait que les flux sont moins importants dans les premières années du contrat. Par contre, ceux-ci augmentent à mesure que la portion de capital grossit dans le versement de la rente.

En présumant un taux d'intérêt à 5 % et un taux d'impôt corporatif à 52,08 %, le revenu net de portefeuille de Gesco inc. sera de 12 494 $. De ce revenu, un montant disponible pour les dividendes sera de 18 646 $ environ. Dans ces conditions, le revenu net pour Daniel et Julie sera d'environ

[96] Voir la section 1.2.3. du présent texte.

12 494 $. La stratégie de la rente assurée à la deuxième année du contrat générera un revenu net pour Gesco inc. de 15 845 $ dont un montant disponible pour dividende d'environ 22 684 $. Le revenu net après impôt pour Daniel et Julie sera d'environ 15 198 $. Après 10 ans d'existence du contrat, comme le montant versé à partir de la rente comprendra plus de capital, ce montant sera d'environ 15 974 $. Nous référons le lecteur au chiffrier produit en annexe II pour plus de détails sur les flux monétaires.

- L'augmentation de la valeur successorale

Dans l'exemple de Daniel et Julie, la valeur de leur succession sera sensiblement augmentée par l'utilisation du concept de la rente assurée. Comme nous l'avons expliqué dans le présent texte, le contrat de rente devrait avoir une valeur nulle au décès du dernier des rentiers. Le contrat d'assurance vie sans valeur de rachat n'augmente pas la valeur des actions dont il est disposé au décès. L'utilisation d'une partie du capital pour financer la rente a donc permis de réduire le gain en capital imposable au décès. Le capital décès d'assurance vie a permis un crédit au CDC, pour le bénéfice des héritiers, maximisant ainsi la valeur de la succession. La valeur successorale de la stratégie de rente adossée sera toujours plus rentable que celle du portefeuille de placement qui génère des dividendes imposables en grande partie.

Âge	**Valeur du porte-feuille**	**Impôts sur dividendes**	**Valeur nette pour héritiers**	**Capital décès**	**CBR**	**Crédit au CDC**	**Valeur nette pour héritiers**
70	500 000	165 000	335 000	500 000	24 218	475 782	492 008
75	500 000	165 000	335 000	500 000	37 087	462 913	487 761
80	500 000	165 000	335 000	500 000	28 055	471 945	490 741
85	500 000	165 000	335 000	500 000	0	500 000	500 000

Veuillez consulter le chiffrier en annexe III pour plus de détails sur la valeur successorale.

5. CONTRATS DE RENTE ET D'ASSURANCE SOUSCRITS PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS AVEC EFFET DE LEVIER FINANCIER (*CORPORATE TRIPLE BACK-TO-BACK*)

La structure de la rente assurée corporative doublée d'un levier financier veut encore une fois maximiser les avantages fiscaux rattachés au concept. Cette fois, en plus d'utiliser une partie de son capital pour souscrire une rente viagère sur la tête de son actionnaire, ou une rente réversible au survivant, sur la tête de son actionnaire et de son conjoint, la société emprunte d'une institution financière désignée un montant égal au capital en question pour remplacer le revenu perdu provenant du portefeuille de placement. La société souscrit à un contrat d'assurance vie de type T-100 sur la vie son actionnaire, ou de son actionnaire et de son conjoint, payable au dernier décès. La société consent par la suite une hypothèque mobilière sur le contrat de rente et sur celui d'assurance vie pour garantir le remboursement de l'emprunt. Cette stratégie maximise les revenus pouvant être retiré du capital de la société du vivant des actionnaires. Au décès, ce sont les avantages successoraux qui sont maximisés vu la réduction des impôts sur les gains en capital latents accumulés sur la valeur des actions de la société et réalisés au décès. Après le décès, le capital décès d'assurance vie servira à rembourser l'emprunt et permettra l'ouverture d'un crédit au CDC de la société. Nous reviendrons sur les détails de cette transaction un peu plus loin.

5.1. ASPECTS LÉGAUX

5.1.1. Le contrat de rente viagère

Du point de vue légal, tous les éléments mentionnés précédemment sur la rente viagère corporative s'appliquent à cette partie du concept, il n'est donc nul besoin de revenir sur le sujet[97].

5.1.2. Le contrat d'assurance vie

Encore une fois, les remarques énoncées ci-dessus sur la souscription du contrat d'assurance vie s'appliquent.

---

[97] Voir la section 4.1.1. du présent texte.

5.1.2.1. Hypothèque mobilière

Nous avons soumis plus haut que la situation n'est pas claire, eu égard aux dispositions du *Code civil du Québec,* en ce qui concerne la possibilité pour un individu de consentir une hypothèque mobilière sur un contrat de rente ou une police d'assurance vie. Cette problématique n'existe pas quand le titulaire des contrats est une société par actions. En effet, il est expressément prévu au Code qu'il est possible de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession en matière commerciale ou lorsque l'emprunteur est une société par actions. Il est donc possible sans aucune restriction qu'une hypothèque mobilière soit consentie sur le contrat de rente et d'assurance vie dans un contexte de rente assurée corporative avec levier financier.

5.1.3. La protection contre les créanciers

Le *Code civil du Québec* prévoit expressément qu'une hypothèque ne peut être consentie sur un bien insaisissable. Lorsqu'une hypothèque mobilière est consentie sur un contrat de rente et d'assurance vie, toute désignation de bénéficiaire révocable est automatiquement révoquée jusqu'à concurrence du solde de l'emprunt garanti[98]. Cela annule donc toute possibilité pour les contrats de bénéficier de cette protection, même s'il pouvait être démontré qu'une partie de la rente est consentie à titre d'aliment. Par contre, il est très évident que cela ne constitue pas le but recherché en mettant cette stratégie en place. Pour plus de détails sur le sujet, veuillez vous référer aux sections antérieures traitant de la protection à l'encontre de créanciers[99].

5.1.4. Protection contre la faillite de l'émetteur du contrat de rente et d'assurance vie

Les garanties consenties au titulaire des contrats par la SIAP, décrites à la section 1.1.4. du présent texte, s'appliquent aux contrats de rente et d'assurance vie souscrits par les sociétés par actions.

---

98 Art. 2461 C.c.Q.

99 Voir la section 4.1.3. du présent texte.

5.2. ASPECT FISCAUX

Les remarques faites ci-dessus en ce qui concerne les aspects fiscaux du concept pour une société par actions s'appliquent à la présente section[100].

5.2.1. Le contrat de rente

- Contrat de rente non prescrit

La société devra souscrire un contrat de rente viagère non prescrit pour se conformer aux conditions de la loi.

5.2.2. La déductibilité des primes d'assurance

Les remarques contenues dans les sections qui précèdent s'appliquent à cette stratégie.

5.2.3. La déductibilité des intérêts

Les remarques sur la déductibilité des intérêts sur une rente non prescrite, soit celles où le revenu gagné est imposable chaque année en vertu de l'article 12.2 L.I.R., s'appliquent aussi à cette variante du concept.

5.2.4. Hypothèque mobilière et CDC

Pendant plusieurs années, une interprétation restrictive des dispositions du *Code civil du Québec* concernant l'hypothèque mobilière consentie sur un contrat d'assurance vie a eu pour effet de limiter le montant du crédit disponible au CDC de la société d'un montant égal aux sommes utilisées à même le capital décès d'assurance vie pour rembourser l'emprunt bancaire. Cette restriction n'a plus cours actuellement en ce que l'ADRC est revenue sur sa position antérieure et a émis une nouvelle interprétation technique[101] qui vient rétablir le plein crédit au CDC, soit un montant égal au capital décès d'assurance vie moins le CBR du contrat, sans tenir compte du fait que cette somme a été utilisée en tout ou en partie pour repayer l'emprunt[102].

---

[100] Voir la section 4.2. du présent texte.

[101] *Taxnet.pro* (en ligne), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2002-0122944, 8 juillet 2002.

[102] Éric LA CHARITÉ, « Compte de dividende en capital des sociétés par actions et police d'assurance vie faisant l'objet d'une hypothèque mobilière », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 47:28-33.

5.2.5. Les risques inhérents à la rente corporative adossée avec effet de levier[103]

Même si elle peut représenter un intérêt financier, cette variante du concept représente plusieurs risques importants desquels il est nécessaire d'informer les clients. Ces risques sont les suivants :

- Fluctuation des taux d'intérêt sur l'emprunt alors que le taux de rendement de la rente est fixe

La rente viagère est structurée pour fournir un revenu basé sur le même taux d'intérêt pour la durée du contrat. Par contre, l'emprunt contracté auprès d'une institution financière peut porter un taux d'intérêt pour une période déterminée seulement et être renouvelé à un taux différent, ou tout simplement être consenti sur marge et porter un taux d'intérêt fluctuant. Les risques augmentent si les intérêts payables annuellement sont capitalisés et non remboursés. Il est donc fondamental de s'assurer que le client peut bénéficier d'un emprunt à taux d'intérêt fixe, ce qui est assez difficile à obtenir.

- Refus de la déduction quant à la dépense d'intérêt

Nous avons vu précédemment que la déduction de la dépense d'intérêt peut être permise à condition de satisfaire aux conditions prévues par la loi, la première d'entre elles étant de gagner un revenu d'entreprise ou de biens. Si l'emprunt est contracté pour remplacer le portefeuille de placement, cette déduction devrait être possible pour autant que les revenus imposables générés par le portefeuille soient au rendez-vous. À défaut de la disponibilité d'un tel revenu, les intérêts payés sur un emprunt contracté pour acheter un contrat de rente non prescrit peuvent être déduits annuellement jusqu'à concurrence du revenu généré par la rente. Les décisions des arrêts *Ludco* et *Singleton* ainsi que les positions récentes de l'ADRC permettent de structurer ces stratégies en mettant le plus de chance possible du côté de la déduction de la dépense. Toutefois, lors du dépôt du Budget fédéral de février 2003, le ministre a formellement annoncé que le ministère des Finances était en train de réviser au niveau législatif le régime applicable à la déduction de la dépense d'intérêt. Il y a fort à parier que les stratégies utilisant des produits financiers tels que les polices d'assurance vie et les rentes seront examinées lors de cette révision. Pourrait-on prétendre à

[103] Joël T. CUPERFAIN et Florence MARINO, *Canadian Taxation of Life Insurance*, Scarborough, Carswell, 2002, pp. 361-366.

l'application de règles transitoires protégeant ce qui a été établi dans le passé? Cela n'est pas acquis, car une interprétation de la loi n'est pas la loi et les positions de l'ADRC peuvent être modifiées dans le futur advenant d'autres décisions différentes des tribunaux supérieurs.

- Refus de la déduction de la prime d'assurance cédée en hypothèque mobilière

La déduction de la prime d'une assurance vie cédée en garantie collatérale est directement tributaire de la possibilité de déduire du revenu imposable les intérêts payables annuellement sur l'emprunt. Dans le cas où cette déduction est refusée ou limitée à la partie imposable de la rente, cela aurait des répercussions importantes sur la rentabilité de la stratégie dans son ensemble.

- La réduction des impôts sur le gain en capital latent au décès n'a pas l'ampleur escomptée

L'objectif ultime de la stratégie de la rente assurée corporative est de réduire la valeur de la société au décès de l'actionnaire, de façon à limiter les impôts payables sur le gain en capital latent ou, si c'est possible, à l'annuler complètement. Un risque financier important réside dans le fait que cet objectif ne soit pas atteint pour plusieurs raisons, soit que l'augmentation de la valeur du portefeuille a été trop importante, ce qui est un moindre mal en soi, car les valeurs seront disponibles pour payer les impôts, même si le but recherché n'était pas d'encaisser des actifs à cet fin. Par contre, la société pourra prendre avantage du crédit au CDC créé par le capital décès d'assurance vie. Toutefois, le rachat des actions de la compagnie avec un dividende en capital provenant du capital d'assurance vie aura pour effet de déclencher l'application de la règle de limitation des pertes[104], réduisant ainsi une partie de l'avantage relié à la police d'assurance vie[105].

Un autre élément pouvant réduire ces avantages serait la décision de l'ADRC de donner une valeur à la rente viagère immédiatement avant le décès de l'actionnaire. Cette valeur serait toutefois décroissante et probablement nulle au moment où le rentier atteint l'âge de son espérance de vie.

---

[104] Par. 112(3) L.I.R.

[105] Diane HAMEL, « Les rentes assurées », dans *Congrès 98,* Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 18:1-37, à la page 18:16.

- L'application possible de la règle générale antiévitement (RGAÉ)

Enfin, le dernier risque important rattaché à ce concept réside dans l'évocation de la règle générale antiévitement. Cette règle permet à l'ADRC de requalifier à peu près toutes les transactions ou séries de transactions en leur niant les effets légaux qu'elles auraient normalement dû produire, quand ces transactions ou séries de transactions entraînent un avantage fiscal provenant d'un mauvais emploi ou d'un emploi abusif des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Pour éviter l'application de cette règle, le contribuable aurait intérêt à pouvoir démontrer certains éléments rattachés au concept comme :

- un besoin en assurance vie;
- une valeur économique rattachée à la transaction, autre que l'avantage fiscal qui en est retiré;
- tout autre fait pouvant soutenir le bien-fondé de la mise en place de la stratégie.

5.3. APPLICATION PRATIQUE ET ASPECTS FINANCIERS

Les applications pratiques de la stratégie proposée se recoupent dans les éléments considérés dans la stratégie de rente assurée corporative vue ci-dessus et les autres considérations discutées dans la section portant sur la rente assurée souscrite par un individu avec effet de levier financier.

Nous vous référons au chiffrier produit à l'annexe II du présent texte pour une illustration de cette stratégie.

CONCLUSION

En résumé, en plus de faciliter certaines stratégies de retrait des affaires pour les entrepreneurs, le concept de rente assurée, qu'elle soit individuelle ou corporative, est intéressant pour les personnes ayant atteint la soixantaine qui désirent stabiliser et sécuriser une certaine partie de leurs revenus de retraite sous forme d'une rente viagère tout en protégeant la valeur de leur patrimoine pour leur succession.

Toutefois, il est important de mentionner que les stratégies plus complexes comportant des emprunts à titre de levier financier, assortis

d'illustrations démontrant la déductibilité des intérêts payés sur l'argent emprunté pour acheter la rente viagère ou pour remplacer un portefeuille de placement, ainsi que de la prime payée pour la police d'assurance vie cédée en garantie, sont plus risquées du côté de la rentabilité financière et des conséquences fiscales potentielles que nous ne pouvons prédire.

En tout état de cause, l'implantation de ce type de concept de rente et d'assurance repose toujours sur l'application rigoureuse des principes de base de l'assurance vie qui consistent à combler un besoin de protection en assurance au décès et sur ceux du placement qui doivent tenir compte du profil d'investisseur du client et de sa tolérance au risque.

ANNEXE I

Rente assurée avec financement collatéral

Somme empruntée servant au financement de la rente

Nom du client :	Daniel et Julie	Montant emprunté :	393 368
Âge du client :	65	Taux intérêt sur l'emprunt :	6 %
Taux d'impos. marginal :	48,20 %		
Portefeuille d'investissement :	100 000	Capital assuré :	500 000
Taux d'intérêt en vigueur :	5,00 %	Prime vie annuelle :	6 632
Capital constitutif de la rente :	493 368		
Rente annuelle :	35 833		
Fraction imposable :	14 274		

		Stratégie actuelle			Rente assurée					Financement collatéral			
Année	Âge	Revenu	Impôt	**Revenu net**	Rente annuelle	Partie imposable	Impôt	Prime d'assur.	**Revenu net**	Intérêt sur l'emprunt	CNAP	Réduction d'impôt	**Revenu net de la stratégie**
2004	66	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	18 570,08	8 950,78	6 632,00	**20 250,22**	23 602,08	1 198,00	11 953,64	**8 601,78**
2005	67	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	25 645,39	12 361,08	6 632,00	**16 839,92**	23 602,08	1 448,00	12 074,14	**5 311,98**
2006	68	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	25 156,70	12 125,53	6 632,00	**17 075,47**	23 602,08	1 744,00	12 216,81	**5 690,20**
2007	69	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	24 646,68	11 879,70	6 632,00	**17 321,30**	23 602,08	2 086,00	12 381,65	**6 100,87**
2008	70	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	24 123,36	11 627,46	6 632,00	**17 573,54**	23 602,08	2 466,00	12 564,81	**6 536,28**
2009	71	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	23 561,42	11 356,60	6 632,00	**17 844,40**	23 602,08	2 891,00	12 769,66	**7 011,98**
2010	72	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	22 986,60	11 079,54	6 632,00	**18 121,46**	23 602,08	3 371,00	13 001,02	**7 520,40**
2011	73	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	22 387,52	10 790,78	6 632,00	**18 410,22**	23 602,08	3 948,00	13 279,14	**8 087,27**
2012	74	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	21 747,86	10 482,47	6 632,00	**18 718,53**	23 602,08	4 640,00	13 612,68	**8 729,13**
2013	75	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	21 087,43	10 164,14	6 632,00	**19 036,86**	23 602,08	5 441,00	13 998,76	**9 433,54**
2014	76	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	20 402,02	9 833,77	6 632,00	**19 367,23**	23 602,08	6 298,00	14 411,84	**10 176,98**
2015	77	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	19 646,19	9 469,46	6 632,00	**19 731,54**	23 602,08	7 249,00	14 870,22	**10 999,68**
2016	78	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	18 910,79	9 115,00	6 632,00	**20 086,00**	23 602,08	8 310,00	15 381,62	**11 865,54**
2017	79	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	18 090,56	8 719,65	6 632,00	**20 481,35**	23 602,08	9 489,00	15 949,90	**12 829,17**
2018	80	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	17 151,64	8 267,09	6 632,00	**20 933,91**	23 602,08	10 846,00	16 603,97	**13 935,80**
2019	81	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	16 020,52	7 721,89	6 632,00	**21 479,11**	23 602,08	14 029,00	16 020,52	**13 897,55**
2020	82	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	15 070,81	7 264,13	6 632,00	**21 936,87**	23 602,08	15 604,00	15 070,81	**13 405,60**
2021	83	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	14 073,41	6 783,38	6 632,00	**22 417,62**	23 602,08	17 341,00	14 073,41	**12 888,95**
2022	84	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	12 897,20	6 216,45	6 632,00	**22 984,55**	23 602,08	19 210,00	12 897,20	**12 279,67**
2023	85	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	11 809,27	5 692,07	6 632,00	**23 508,93**	23 602,08	21 174,00	11 809,27	**11 716,12**
2024	86	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	10 460,64	5 042,03	6 632,00	**24 158,97**	23 602,08	23 188,00	10 460,64	**11 017,53**
2025	87	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	8 915,90	4 297,46	6 632,00	**24 903,54**	23 602,08	25 276,00	8 915,90	**10 217,36**
2026	88	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	7 415,07	3 574,06	6 632,00	**25 626,94**	23 602,08	27 574,00	7 415,07	**9 439,93**

ANNEXE 1 (SUITE)

2027	89	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	5 794,95	2 793,17	6 632,00	**26 407,83**	23 602,08	30 183,00	5 794,95	**8 600,70**
2028	90	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	3 994,09	1 925,15	6 632,00	**27 275,85**	23 602,08	33 136,00	3 994,09	**7 667,86**
2029	91	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	2 130,53	1 026,92	6 632,00	**28 174,08**	23 602,08	36 444,00	2 130,53	**6 702,53**
2030	92	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	202,04	97,38	6 632,00	**29 103,62**	23 602,08	40 135,00	202,04	**5 703,58**
2031	93	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632,00	**29 201,00**	23 602,08	44 253,00	0,00	**5 598,92**
2032	94	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632,00	**29 201,00**	23 602,08	48 872,00	0,00	**5 598,92**
2033	95	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632	**29 201,00**	23 602,08	53 973,00	0,00	**$5 598,92**
2034	96	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632	**29 201,00**	23 602,08	59 461,00	0,00	**5 598,92**
2035	97	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632	**29 201,00**	23 602,08	65 235,00	0,00	**5 598,92**
2036	98	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632	**29 201,00**	23 602,08	71 219,00	0,00	**5 598,92**
2037	99	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632	**29 201,00**	23 602,08	77 276,00	0,00	**5 598,92**
2038	100	5 000,00	2 410,00	**2 590,00**	35 833	0,00	0,00	6 632	**29 201,00**	23 602,08	83 338,00	0,00	**5 598,92**

Annexe II

Rente assurée corporative

Nom du client:	Daniel et Julie	Nom de la compagnie :	CESCO
Age du client :	65	Taux d'imposition:	52,08 %
Taux d'impos. marginal:	48,20 %		
Portefeuille d'investissement :	500 000	Capital assuré:	450 000
Taux d'intérêt en vigueur:	5,00 %	Prime vie annuelle:	6632
Capital constitutif de la rente :	493 368		
Rente annuelle :	35 833		
Fraction imposable:	spécial		

		Situation actuelle							Rente assurée								
Année	Age	Revenu	Impôt sociétés	Revenu net corporatif	RTD	Dividendes disponibles	Impôts sur dividendes	Revenu net individuel	Rente annuelle	Rente imposable	Impôt sociétés	Prime assurance	Revenu net corporatif	RTD	Dividendes disponibles	Impôts sur dividendes	Revenu net individuel
2004	66	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	19550,09	6671,20	6632	19550,70	4068,09	24191,70	9079,00	124320
2005	67	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	20646,33	13335,12	6632	15644,69	6633,66	22269,74	7455,83	1518910
2006	68	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	21755,70	13101,61	6632	15708,33	6709,84	22457,03	7555,62	1523131
2007	69	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	22878,89	12865,50	6632	15835,01	6857,28	22697,54	7755,30	1533915
2008	70	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	24015,33	12623,45	6632	15997,55	6943,99	23070,60	7955,29	1545723
2009	71	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	25165,42	12370,10	6632	16180,21	7028,12	23208,34	7755,40	1555284
2010	72	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	26328,00	11671,42	6632	17239,59	7613,84	23539,42	7755,61	1560081
2011	73	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	27507,52	11000,42	6632	17694,09	7970,09	23971,60	7755,95	1570291
2012	74	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	28701,29	10329,29	6632	17694,71	8749,80	23894,22	7755,49	1569172
2013	75	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	29907,49	9652,39	6632	19219,57	8523,39	23992,05	7755,98	1574417
2014	76	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	31126,02	8965,37	6632	19559,58	8740,61	24016,23	7755,36	1575069
2015	77	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	32356,10	8267,74	6632	19899,28	8523,05	24223,31	7755,74	1582957
2016	78	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	33597,70	7559,74	6632	19352,28	8042,94	24330,20	8055,42	1534078
2017	79	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	34850,20	6841,70	6632	19755,44	4592,61	24575,05	8119,20	1549444
2018	80	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	36113,04	6112,67	6632	20284,43	4573,88	24892,25	8197,04	1564431
2019	81	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	37385,52	5373,49	6632	20857,51	4272,10	25129,71	8282,90	1583930
2020	82	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	38667,61	4623,83	6632	21392,12	4016,08	25371,05	8372,45	1598881
2021	83	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	39958,41	3863,41	6632	21857,57	3755,60	25614,52	8465,09	1618943
2022	84	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	41257,20	3092,20	6632	22494,14	3493,30	25859,49	8560,73	1638570
2023	85	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	42563,27	2310,27	6632	23050,78	3149,19	26104,91	8658,87	1655394
2024	86	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	43875,04	1517,10	6632	23769,10	2768,84	26537,94	8759,07	1673857
2025	87	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	45190,50	713,40	6632	24457,20	2377,50	26835,20	8860,82	1690489
2026	88	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	46509,77	3351,77	6632	25399,23	1977,39	27376,61	9014,49	1723213
2027	89	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	47834,05	3089,01	6632	25190,59	1545,34	27723,93	9160,35	1757739
2028	90	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	49162,10	2813,12	6632	27120,88	1093,10	28213,98	9313,37	1788481
2029	91	26000	13000	11550	6667,75	1866,75	6153,49	124332	35833	50493,59	2523,59	6632	28094,42	653,15	28659,57	9477,55	1820191

ANNEXE III

Rente assurée corporative

Nom du client :	Daniel et Julie	Nom de la compagnie :	GESCO
Age du client :	65	Taux d'imposition :	42,63 %
Taux d'impos.marginal	48,20 %		
Taux d'impos. sur dividendes	33,00 %		
Portefeuille d'investissement :	500 000	Capital assuré :	500 000
Taux d'intérêt en vigueur :	5,00 %	Prime vie annuelle :	6 632
Capital constitutif de la rente :	493 368		
Rente annuelle :	35 833		
Fraction imposable :	Spécial		

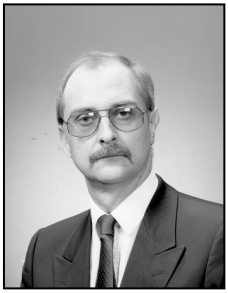
		Stratégie actuelle					Rente assurée corporative					
Année	Age	Portefeuille d'investisse-ment	Impôt sur dividen-des	**Valeur pour héritiers**	Impôt sur disposition présumée	Valeur nette pour héritiers	Valeur au décès	CBR de l'assur. vie	Transfert au CDC	Impôt sur dividendes	Impôt sur dispo-sition présu-mée	**Valeur nette pour héritiers**
2004	66	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	5 434	494 566	1 793,22	0,00	**498 206,78**
2005	67	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	10 618	489 382	3 503,94	0,00	**496 496,06**
2006	68	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	15 506	484 494	5 116,98	0,00	**494 883,02**
2007	69	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	20 052	479 948	6 617,16	0,00	**493 382,84**
2008	70	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	24 218	475 782	7 991,94	0,00	**492 008,06**
2009	71	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	27 959	472 041	9 226,47	0,00	**490 773,53**
2010	72	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	31 220	468 780	10 302,60	0,00	**489 697,40**
2011	73	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	33 904	466 096	11 188,32	0,00	**488 811,68**
2012	74	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	35 896	464 104	11 845,68	0,00	**488 154,32**
2013	75	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	37 087	462 913	12 238,71	0,00	**487 761,29**
2014	76	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	37 421	462 579	12 348,93	0,00	**487 651,07**
2015	77	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	36 804	463 196	12 145,32	0,00	**487 854,68**
2016	78	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	35 126	464 874	11 591,58	0,00	**488 408,42**
2017	79	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	32 269	467 731	10 648,77	0,00	**489 351,23**
2018	80	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	28 055	471 945	9 258,15	0,00	**490 741,85**
2019	81	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	20 658	479 342	6 817,14	0,00	**493 182,86**
2020	82	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	11 686	488 314	3 856,38	0,00	**496 143,62**
2021	83	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	977,00	499 023	322,41	0,00	**499 677,59**
2022	84	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2023	85	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2024	86	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2025	87	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**

Annexe III (suite)

2026	88	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2027	89	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2028	90	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2029	91	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2030	92	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2031	93	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2032	94	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2033	95	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2034	96	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2035	97	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2036	98	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2037	99	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**
2038	100	500 000,00	165 000,00	**335 000,00**	241 000,00	94 000,00	500 000	0,00	500 000	0,00	0,00	**500 000,00**

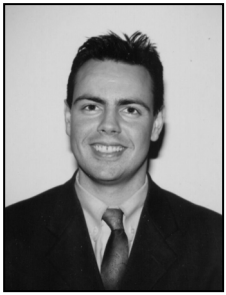
PANEL SUR LES FIDUCIES

Coordonnateur
Daniel Gosselin
CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton



Marc Jolin
B.A., LL. L., M. Fisc., TEP

Stéphane Leblanc
CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Jean-François Pelland
LL. B., D.E.S.S. Fisc.
Hart, Saint-Pierre

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JEAN-FRANÇOIS PELLAND)
Fiducies en faveur de soi-même et protection d'actifs

INTRODUCTION 39:7

1. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES 39:7

2. QUESTIONS EXISTENTIELLES LIÉES À L'UTILISATION DE LA FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME EN MATIÈRE DE PROTECTION D'ACTIFS 39:12

2.1. *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* C. *CODE CIVIL DU QUÉBEC* : L'ABSENCE DE CHANGEMENT À LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE ET LA CRÉATION D'UN PATRIMOINE D'AFFECTATION DISTINCT 39:12
- 2.1.1. Notion d'absence de changement à la propriété effective selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* 39:13
- 2.1.2. Notion de création d'un patrimoine d'affectation distinct selon le *Code civil du Québec* 39:16
- 2.1.3. Efficacité relative de la protection d'actifs en matière d'insolvabilité 39:18

2.2. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES SPÉCIFIQUES LIÉES À LA CRÉATION ET À L'UTILISATION 39:21
- 2.2.1. Désignation des bénéficiaires 39:21
- 2.2.2. Choix des fiduciaires 39:27
- 2.2.3. Continuation de la fiducie au décès 39:28
- 2.2.4. Utilisation de la définition de « revenu » et de la définition de « capital » 39:29
- 2.2.5. Utilisation de clauses de remise réputées et de clauses réputées non écrites 39:29

CONCLUSION 39:31

PARTIE B (STÉPHANE LEBLANC)
Fiducies canadiennes hors Québec – Nouvelles mesures applicables à leurs bénéficiaires québécois

INTRODUCTION 39:32

1. PLANIFICATIONS VISÉES PAR LE MINISTÈRE DES FINANCES 39:32

2. RAPPEL DES MESURES ANNONCÉES LE 11 JUILLET 2002 ..... 39:33

2.1. CHOIX DES PARAGRAPHES 104(13.1) OU 104(13.2) L.I.R. NON RECONNUS 39:34
2.2. CONCEPTS DE « FIDUCIE DÉSIGNÉE » ET DE « BÉNÉFICIAIRE DÉSIGNÉ » 39:34
2.3. CRÉDIT D'IMPÔT NON REMBOURSABLE 39:35
2.4. ATTRIBUTS FISCAUX DE LA PARTICIPATION DU BÉNÉFICIAIRE 39:35
2.5. NOUVELLE DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS 39:36
2.6. NOUVELLE PÉNALITÉ 39:37
2.7. RÉSIDENCE D'UNE FIDUCIE 39:37
2.8. DATES D'APPLICATION 39:38

3. CONSÉQUENCES PRATIQUES RELATIVES À L'APPLICATION DES NOUVELLES MESURES 39:38

3.1. PROBLÈME DE SURIMPOSITION EN RAISON DE L'ABSENCE D'ABATTEMENT FÉDÉRAL 39:38
3.2. INCIDENCE NÉGATIVE SUR DES SITUATIONS NON VISÉES PAR LE MINISTÈRE DES FINANCES 39:39
3.2.1. Incidence sur l'utilisation des pertes de la fiducie 39:40
3.2.2. Incidence sur les taux d'imposition applicables aux fiducies testamentaires 39:41

4. RECOMMANDATIONS AU MINISTÈRE DES FINANCES 39:43

4.1. ALLÉGEMENT POUR TENIR COMPTE DE L'ABSENCE D'ABATTEMENT FÉDÉRAL 39:43
4.2. ALLÉGEMENT POUR L'UTILISATION DES PERTES D'UNE FIDUCIE 39:43
4.3. ALLÉGEMENT POUR LES FIDUCIES TESTAMENTAIRES 39:43

CONCLUSION 39:44

PARTIE C (MARC JOLIN)
Bénéficiaires : leurs modalités de désignation, clauses à éviter, clauses à utiliser

INTRODUCTION 39:45

1. BÉNÉFICIAIRES DISCRÉTIONNAIRES DÉSIGNÉS À L'ACTE DE FIDUCIE OU PERSONNES FAISANT PARTIE D'UNE LISTE DE PERSONNES POUVANT DEVENIR BÉNÉFICIAIRES DE LA FIDUCIE 39:45

1.1. DANS LE CONTEXTE DU PARAGRAPHE 110.6(14) L.I.R. 39:45

1.2. DANS LE CONTEXTE DE L'ARTICLE 6205 DU *RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 39:48
1.3. ANALYSE 39:50

2. BÉNÉFICIAIRES ÉVENTUELS EN CAS DE DÉCÈS DE TOUS LES BÉNÉFICIAIRES 39:52

3. FACULTÉ D'ÉLIRE DANS UN CONTEXTE DE FIDUCIE POUR SOI 39:54

PARTIE D (DANIEL GOSSELIN, MARC JOLIN ET STÉPHANE LEBLANC)
Pot-pourri

1. ÉVALUATION D'UNE PARTICIPATION DANS UNE FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE (DANIEL GOSSELIN) 39:57

2. MODIFICATIONS AU CONCEPT DE « FIDUCIE TESTAMENTAIRE » (MARC JOLIN) 39:58

3. DÉVOLUTION IRRÉVOCABLE DE TOUTES LES PARTICIPATIONS (MARC JOLIN) 39:62

4. ARRÊT *DAVID, SARAH ET RACHELLE GOLDBERG* C. *LA REINE* (STÉPHANE LEBLANC) 39:63

4.1. LES FAITS 39:63
4.2. LA DÉCISION 39:64
4.3. CONCLUSION 39:65

5. ARRÊT *HALL* C. *LA REINE* (DANIEL GOSSELIN) 39:65

6. FIDUCIE EXCLUSIVE AU CONJOINT ET EXONÉRATION À L'ÉGARD DU GAIN EN CAPITAL (MARC JOLIN) 39:66

7. FIDUCIE EXCLUSIVE AU CONJOINT ET ASSURANCE VIE AU DEUXIÈME DÉCÈS (MARC JOLIN) 39:68

8. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. ET « FIDUCIE AU PROFIT DE SOI-MÊME » (MARC JOLIN) 39:74

PARTIE A
Fiducies en faveur de soi-même et protection d'actifs

Jean-François Pelland, LL. B., D.E.S.S. Fisc.
Hart, Saint-Pierre

INTRODUCTION

L'utilisation de fiducies en matière de protection d'actifs ne date pas d'hier et l'objet du présent texte n'est certes pas de faire une analyse exhaustive des différentes utilisations potentielles des divers véhicules fiduciaires offerts en pareille matière. Le présent texte vise plutôt d'abord à effectuer une mise à jour pratique quant aux fiducies créées conformément au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], parfois désignées sous l'appellation de « fiducies *alter ego* sans limite d'âge »[2], et que la plupart des praticiens désignent comme des « fiducies au bénéfice de soi-même » et dont l'auteur est âgé de moins de 65 ans, ainsi qu'à analyser ensuite certaines questions existentielles qui se posent en pratique quant à l'utilisation et à la rédaction de ce type de véhicule fiduciaire en matière de protection d'actifs.

Ainsi, après une présentation sommaire des dispositions législatives applicables, l'auteur identifiera certaines problématiques précises d'actualité et tentera d'apporter certains éléments pratiques de solutions, le tout afin de susciter la réflexion chez les praticiens utilisant ou désirant utiliser ce type de véhicule.

1. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

En l'absence de disposition législative spécifique, le transfert d'un actif à une fiducie, s'effectuant le plus souvent par voie de donation à titre gratuit dans un contexte de protection d'actifs, entraîne normalement, aux fins fiscales, une « disposition » de cet actif pour l'auteur du transfert pour un

---

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Sauf mention expresse à l'effet contraire, les mentions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le présent texte réfèrent implicitement aux dispositions correspondantes de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

2 Cette appellation ayant notamment été retenue par Natasha GIROUARD, « Panel sur les fiducies, Partie C – Utilisation d'une fiducie résidente à des fins de protection d'actifs et fiducie réversible », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 33:79-100, à la page 33:82.

montant égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de celui-ci, et ce, dans la mesure où il y a effectivement « disposition » d'un tel actif selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Or, en matière de protection d'actifs, il est fort courant que l'actif à l'égard duquel un contribuable désire obtenir un certain degré de protection en soit un qu'il détient depuis longtemps, pour lequel la JVM est de loin supérieure au prix de base rajusté (ci-après « PBR »), et dont le transfert entraînerait conséquemment la réalisation d'une récupération d'amortissement ou d'un gain en capital important.

Ainsi, lorsque confronté à cette situation, le praticien prudent n'avait pratiquement d'autre choix, avant l'adoption des dispositions législatives sous étude, que de conseiller à son client, soit d'effectuer un transfert visé par une disposition de roulement spécifique prévue à la *Loi de l'impôt sur le revenu* (par exemple, par une donation en faveur du conjoint), soit de conserver l'actif en son nom, ou encore d'effectuer le transfert en faveur d'une fiducie familiale en payant immédiatement l'impôt afférent à un tel transfert. De telles solutions s'avérant le plus souvent insatisfaisantes, certains praticiens, surtout ceux de juridictions de *common law*, ont développé une pratique constituant un transfert à une fiducie dont l'auteur, sa vie durant, est le principal bénéficiaire, sous diverses formes, en s'appuyant sur le fait qu'un tel transfert ne donnait pas techniquement lieu à une « disposition » selon les dispositions applicables de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En effet, la définition de « disposition » prévue à l'article 54 L.I.R., telle qu'elle existait antérieurement à l'adoption des dispositions législatives qui font l'objet de la présente étude, prévoyait spécifiquement que ne constituait pas une disposition un « transfert de biens à la suite duquel il y a un changement dans la propriété légale d'un bien sans changement dans la propriété effective de ce bien ». Conséquemment, plusieurs contribuables procédaient sur la foi de cette disposition au transfert de biens en faveur de certains types de fiducies dont la caractéristique principale était d'avoir comme bénéficiaire principal l'auteur du transfert, de manière à ce qu'il y ait changement dans la propriété légale du bien sans changement dans sa propriété effective et, invoquant l'absence de « disposition », adoptaient la position que de tels transferts puissent être effectués en franchise d'impôt par voie de roulement, nonobstant l'absence de disposition législative visant spécifiquement un transfert à une fiducie de ce type.

Afin notamment de pallier toute ambiguïté et de définir plus précisément le type de transfert à une fiducie qui peut être effectué en franchise d'impôt,

le législateur a introduit par les avis de motion de voies et moyens du 5 juin 2000 et du 16 mars 2001[3] des dispositions législatives spécifiques prévoyant notamment que certains types de transferts à certains types de fiducies puissent faire l'objet de roulement[4] et, ce faisant, a introduit une disposition législative spécifique visant à codifier et à encadrer le transfert à une fiducie basé sur la notion d'absence de « disposition » par un changement de propriété légale sans changement de propriété effective et par l'adoption du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. dont les passages pertinents se lisent comme suit :

> « Art. 73. Transfert de biens entre vifs à un particulier
>
> (1) Pour l'application de la présente partie, lorsque l'immobilisation d'un particulier (sauf une fiducie) a été transférée dans les circonstances visées au paragraphe (1.01) et que le particulier et le cessionnaire résident au Canada au moment du transfert, à moins que le particulier ne choisisse, dans sa déclaration de revenu produite en vertu de la présente partie pour l'année d'imposition du transfert, de soustraire l'immobilisation à l'application du présent paragraphe, celle-ci est réputée :
>
> a) d'une part, avoir fait l'objet d'une disposition par le particulier au moment du transfert, pour un produit égal au montant suivant :
>
> (i) si l'immobilisation est un bien amortissable d'une catégorie prescrite, le produit de la multiplication de la fraction non amortie du coût en capital pour le particulier, immédiatement avant ce moment, des biens de cette catégorie par le rapport entre la juste valeur marchande, immédiatement avant ce moment, de l'immobilisation et la juste valeur marchande, immédiatement avant ce moment, de l'ensemble des biens de cette catégorie,
>
> (ii) dans les autres cas, le prix de base rajusté, pour le particulier, de l'immobilisation immédiatement avant ce moment;
>
> b) d'autre part, avoir été acquise par le cessionnaire à ce moment, pour un montant égal à ce produit :
>
> (1.1) Transferts admissibles

---

[3] CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens*, 5 juin 2000 et CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi de l'impôt sur le revenu *et notes explicatives*, 16 mars 2001.

[4] Soit les fiducies visées au paragraphe 73(1.01) L.I.R. et au sous-alinéa 73(1.02)b)(i) L.I.R., incluant notamment la fiducie au bénéfice exclusif du conjoint, la fiducie mixte au profit du conjoint et la fiducie en faveur de soi-même pour les contribuables âgés de plus de 65 ans, qui, de par leur spécificité respective d'application en matière de protection d'actifs, ne font pas l'objet du présent texte.

Sous réserve du paragraphe (1.02), un bien est transféré par un particulier dans les circonstances visées au présent paragraphe s'il est transféré à l'une des personnes suivantes :

[…]

c) une fiducie établie par le particulier, dans le cadre de laquelle, selon le cas :

(i) l'époux ou le conjoint de fait du particulier a le droit de recevoir sa vie durant tous les revenus de la fiducie, et nulle autre personne que l'époux ou le conjoint de fait ne peut, avant le décès de celui-ci, recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ni autrement en obtenir l'usage,

(ii) le particulier a le droit de recevoir sa vie durant tous les revenus de la fiducie, et nulle autre personne que lui ne peut, avant le décès de celui-ci, recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ni autrement en obtenir l'usage,

[…]

(1.02) Exception

Le paragraphe (1.01) ne s'applique au transfert d'un bien par un particulier à une fiducie dont les modalités remplissent les conditions énoncées aux sous-alinéas (1.01) c)(ii) ou (iii) que si les conditions suivantes sont réunies :

a) la fiducie a été établie après 1999;

b) selon le cas :

(i) le particulier avait atteint l'âge de 65 ans au moment de l'établissement de la fiducie,

(ii) le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien et, immédiatement après le transfert, aucune personne (sauf le particulier) ni société de personnes n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé par rapport au paragraphe 104(1.1));

c) dans le cas d'une fiducie dont les modalités remplissent les conditions énoncées au sous-alinéa (1.01) c)(ii), la fiducie ne fait pas le choix prévu au sous-alinéa 104(4) a)(ii.1). » (Notre soulignement)

Le paragraphe 104(1.1) L.I.R. se lit par ailleurs comme suit :

« Art. 104. Fiducie ou succession

[…]

(1.1) Sens restreint de « bénéficiaire »

Malgré le paragraphe 248(25.1) et pour l'application du paragraphe (1), de l'alinéa (4) a.4), du sous-alinéa 73(1.02) b)(ii) et de l'alinéa 107.4(1) e), une personne ou une société de personnes est réputée ne pas être le bénéficiaire

d'une fiducie à un moment donné si son droit de bénéficiaire dans la fiducie à ce moment n'existe qu'en raison de l'un des droits suivants :

a) un droit pouvant découler des dispositions du testament ou autre instrument testamentaire d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

b) un droit pouvant découler de la loi régissant le décès ab intestat d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

c) un droit à titre d'actionnaire, prévu par les modalités des actions du capital-actions d'une société qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

d) un droit à titre d'associé d'une société de personnes, prévu par les modalités du contrat de société, si la société de personnes est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

e) plusieurs des droits visés aux alinéas a) à d). » (Notre soulignement)

Ainsi, au premier abord, le législateur semblait codifier de manière plus spécifique la pratique développée par certains fiscalistes selon le défunt concept prévu à l'ancienne définition de « disposition » à l'article 54 L.I.R. à l'égard des transferts en faveur de fiducies où le bénéficiaire principal s'avère être l'auteur du transfert mais, ce faisant, a maintenu son exigence d'absence de changement de propriété effective, concept de *common law* qui n'existe pas réellement en droit civil québécois, tout en ajoutant certaines conditions quant au droit de l'auteur à prévoir le droit immédiat ou contingent, absolu ou conditionnel, d'ajouter d'autres personnes à titre de bénéficiaires de la fiducie.

Cette codification semble par ailleurs avoir incité plusieurs praticiens, surtout au Québec, à revisiter l'utilisation de ce type de véhicule en matière de protection d'actifs afin de profiter de la certitude d'un roulement à une fiducie d'un bien comportant un gain en capital latent important. Or, certaines exigences fiscales et civiles, en apparence irréconciliables, amènent plusieurs questionnements quant à l'opportunité d'utiliser ce type de véhicule fiduciaire au Québec à des fins de protection d'actifs, et nous espérons que l'étude plus détaillée effectuée ci-après quant à certains de ces concepts permettra d'identifier certaines préoccupations et d'évaluer les solutions concrètes qui s'offrent au praticien à cet égard.

2. QUESTIONS EXISTENTIELLES LIÉES À L'UTILISATION DE LA FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME EN MATIÈRE DE PROTECTION D'ACTIFS

2.1. *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* C. *CODE CIVIL DU QUÉBEC* : L'ABSENCE DE CHANGEMENT À LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE ET LA CRÉATION D'UN PATRIMOINE D'AFFECTATION DISTINCT

Le praticien qui désire utiliser la fiducie en faveur de soi-même, faisant l'objet du présent texte en matière de protection d'actifs, se voit présentement confronté devant un apparent dilemme résultant de la dichotomie résultant de l'absence d'harmonisation entre les lois fiscales et le *Code civil du Québec*[5]. En effet, il peut apparaître, de prime abord, que le transfert d'un actif à une fiducie, bien que comportant un changement dans la propriété légale mais qui ne comporterait aucun changement dans la propriété effective d'un bien, puisse ne pas comporter les caractéristiques fondamentales requises afin de créer une fiducie valide et opposable aux tiers selon les dispositions applicables du *Code civil du Québec.* De même, l'existence d'une fiducie valide étant la pierre angulaire de la protection d'actifs recherchée, il peut *a priori* apparaître irréconciliable de s'assurer de la création d'une telle fiducie selon les dispositions applicables du *Code civil du Québec* sans créer un changement de propriété effective dont il résulterait une contamination de la fiducie aux fins fiscales et une absence de roulement lors du transfert de l'actif à la fiducie… c'est un peu comme l'œuf et la poule!

Ainsi, le praticien sera donc tiraillé entre son devoir de s'assurer de l'existence valide de la fiducie afin d'obtenir une protection d'actifs efficace et la nécessité de s'assurer que ce transfert se fera en franchise d'impôt en considération du gain en capital latent qui se matérialiserait immédiatement en l'absence de roulement. Si ces deux objectifs s'avéraient finalement légalement irréconciliables selon la législation applicable, c'est toute l'utilisation de ce véhicule qui serait alors remise en question dans le contexte sous étude. Il est donc nécessaire de procéder à l'analyse de ces principes législatifs de base afin de tenter de déterminer si l'incompatibilité fondamentale apparente entre la constitution valide de la fiducie et l'absence de changement à la propriété effective est bien réelle.

---

[5] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

2.1.1. Notion d'absence de changement à la propriété effective selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Comme mentionné ci-dessus et comme l'ont souligné certains auteurs, les concepts de propriété légale et de propriété effective n'existent pas réellement en droit civil québécois[6]. Cependant, le paragraphe 248(3) L.I.R. prévoit à l'alinéa f) que pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au Québec :

> « les biens sur lesquels une personne a, à un moment donné, un droit de propriété, un droit de preneur dans un bail emphytéotique ou un droit de bénéficiaire dans une fiducie sont réputés, même s'ils sont grevés d'une servitude, être la propriété effective de la personne à ce moment ». (Notre soulignement)

Ainsi, l'auteur du transfert étant également un bénéficiaire dans le cadre de la fiducie en faveur de soi-même visée par la présente analyse, on pourrait croire à la lumière du texte même de la loi qui répute le bien faisant l'objet du transfert être la propriété effective de l'auteur qui en est le bénéficiaire, que l'exigence d'absence de changement dans la propriété effective ne devrait techniquement pas aller au-delà et que dans la mesure où les autres exigences prévues au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. sont satisfaites, incluant, quant à l'absence de droit de toute autre personne d'être bénéficiaire de la fiducie autrement qu'en conformité avec le paragraphe 104(1.1) L.I.R., soit par testament, soit à l'occasion du décès *ab intestat* de l'auteur du transfert, que le transfert effectué par l'auteur-bénéficiaire devrait se qualifier au roulement prévu par le sous-alinéa sous étude.

Or, il appert de certaines positions administratives de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »), citées par certains auteurs, qu'il est également nécessaire de satisfaire certaines exigences dérivées des concepts de *common law* visant le *legal ownership* et le *beneficial ownership* afin de s'assurer de l'absence de changement de propriété effective, ces exigences étant le plus souvent de nature à diminuer

---

6 Voir notamment, Sophie BÉLANGER et Isabelle GOUIN, « Fiducie en faveur de soi-même, fiducie mixte au profit du conjoint et autres modifications législatives », (2000-2001), vol. 22, nº 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 467-512, p. 14; voir également l'analyse de Marc JOLIN, « Les nouveaux types de fiducies et les possibilités de planification », dans *Colloque – Les Fiducies*, 109, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 2:1-74, aux pages 2:16 et suivantes.

sensiblement l'efficacité de la fiducie en faveur de soi-même en matière de protection d'actifs.

Par exemple, notre copanéliste, Me Marc Jolin, a eu l'occasion d'effectuer[7] récemment une analyse exhaustive des positions de l'ADRC à l'égard du changement de propriété effective, d'où il ressort notamment que l'ADRC considère que « lorsqu'un bien est transféré en fiducie, que l'auteur du transfert est bénéficiaire et que l'acte de fiducie prévoit qu'une autre personne sera bénéficiaire au décès de l'auteur du transfert ou autrement, nous sommes d'avis qu'il y a un changement dans la propriété effective du bien au moment du transfert[8] », mais par ailleurs que « si l'acte de fiducie prévoit que la fiducie prendra fin au décès de ce bénéficiaire et qu'à ce moment, les biens détenus en fiducie seront remis selon les termes du testament du défunt ou selon les dispositions du *Code civil du Québec* si l'auteur bénéficiaire décède *ab intestat* », il n'y aura aucun changement dans la propriété effective[9]. Citant les notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu, il ajoute « qu'aucun changement dans la propriété effective ne devrait résulter du transfert d'un bien à une fiducie si le pouvoir de nommer des bénéficiaires au terme de la fiducie est réservé au cotisant (sic) et se limite à un pouvoir général de nomination »[10], ce qui réfère à la fameuse faculté d'élire « illimitée » « illégale » en droit civil québécois qui fait l'objet d'une analyse plus approfondie ci-après.

D'autres auteurs mentionnent, sur la foi notamment des positions administratives de l'ADRC citées ci-dessus, que l'absence de changement dans la propriété effective requerrait, au-delà du fait que le constituant devra être le seul bénéficiaire du revenu et du capital de la fiducie (sans toutefois spécifier si ce statut de bénéficiaire peut être assujetti à une quelconque discrétion des fiduciaires, ce qui s'avérera passablement important en matière de protection d'actifs, comme nous le verrons ci-après), que « les biens de la fiducie reviennent au constituant s'il était mis fin à la fiducie avant son décès, qu'il soit prévu que la fiducie prendra fin au décès du constituant s'il n'y était pas mis fin avant et qu'il n'ait pas été prévu de procéder au partage des biens de la fiducie à la suite du décès du constituant,

---

7 M. JOLIN, *loc. cit*., note 6.

8 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9418065, 16 octobre 1995.

9 *Id*., interprétation technique 9518515, 10 janvier 1996.

10 M. JOLIN, *loc. cit*., note 6, 2:17.

ceux-ci devant plutôt retourner dans son patrimoine[11] ». Un autre auteur mentionne que l'exigence de ne pas avoir de changement dans la propriété effective des biens force le constituant à conserver tous les droits sur ces biens et force ces biens à retourner dans son patrimoine à l'occasion de la survenance de son décès[12], réduisant d'autant l'efficacité potentielle de ce véhicule à des fins de protection d'actifs.

Des commentaires qui précèdent, il apparaît difficile pour le praticien civiliste de faire la part entre les positions de l'ADRC émises dans le contexte de la *common law*, qui se doivent d'être considérées avérées, et celles qui vont au-delà de l'exigence d'absence de changement dans la propriété effective prévue par le texte même et par l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, découlant notamment du libellé et de la lecture combinés du paragraphe 104(1.1) L.I.R. et de l'alinéa 248(3)f) L.I.R. De manière plus préoccupante, il semble difficile de concilier le fait qu'il puisse y avoir un changement dans la propriété légale d'un bien sans changement dans la propriété effective de celui-ci, par lequel l'auteur du transfert doit conserver ses droits sur ce bien comme s'il en était l'absolu propriétaire, allant jusqu'à faire en sorte que ce bien revienne dans son patrimoine successoral à l'occasion de son décès, et de s'assurer qu'il y ait effectivement eu création d'un patrimoine fiduciaire selon les dispositions applicables du *Code civil du Québec* comme nous le verrons ci-après.

Pour sa part, l'auteur estime que plusieurs des positions administratives de l'ADRC semblent aller au-delà de ce que notre système fiscal devrait logiquement exiger. Ainsi, dans la mesure où l'auteur du transfert, sa vie durant, est le seul contribuable qui s'impose sur les revenus dérivés des biens en fiducie et est le seul contribuable qui a accès au capital de la fiducie, nous comprenons mal l'existence de toute exigence additionnelle qui rend plus difficile et moins efficace la protection de ses actifs quant à ses créanciers et n'ajoute rien sur le plan fiscal. Dans l'attente d'une révision de ces positions administratives et voire d'une révision des dispositions législatives applicables qui devraient, espérons-le, résulter des efforts d'harmonisation du bijuridisme canadien, il est cependant nécessaire de poursuivre notre analyse à la lumière de l'état de la législation telle qu'elle existe à ce jour.

---

[11] S. BÉLANGER et I. GOUIN, *loc. cit.*, note 6, 14, en relation avec le nouveau paragraphe 107.4(3) L.I.R. et commentant sur la notion de propriété effective.

[12] François MORIN, « Investissement et rémunération des promoteurs et des gestionnaires », dans *Colloque – Financement nord-américain dans la turbulence – Partie 1*, 115, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 22:1-41, à la page 22:8.

2.1.2. Notion de création d'un patrimoine d'affectation distinct selon le *Code civil du Québec*

À la lumière de l'analyse de la notion d'absence de changement dans la propriété effective faisant l'objet de la section précédente du présent texte, il y a lieu de s'interroger quant à savoir s'il est possible d'effectuer un transfert en franchise d'impôt à une fiducie conformément au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. tout en remplissant les exigences civiles fondamentales requises afin de conclure à la création d'un patrimoine d'affectation distinct.

Les exigences de création d'une fiducie selon le droit civil québécois sont désormais codifiées par le *Code civil du Québec* qui prévoit notamment, à titre de première et principale condition à la création d'une fiducie, la constitution d'un « patrimoine d'affectation », l'article 1260 C.c.Q. prévoyant expressément que « la fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue des biens qu'il affecte à une fin particulière ».

Or, qu'entend-on par « patrimoine d'affectation »? Il s'agit, selon le professeur Jacques Beaulne[13], d'un patrimoine qui est sans titulaire. C'est d'ailleurs ce qui procure à la fiducie son efficacité en matière de protection d'actifs puisque les fiduciaires ne deviennent pas propriétaires des biens dont l'administration leur est confiée, bien que ces biens ne fassent plus partie du patrimoine de l'auteur du transfert et ne fassent pas encore partie de celui des bénéficiaires, qui plus est dans le cadre d'une fiducie à caractère purement discrétionnaire.

Le même auteur souligne le langage particulièrement précis utilisé par le *Code civil du Québec* à l'égard de la nature du droit qui est affecté lors de la création d'un patrimoine fiduciaire, en ce sens qu'on utilise la notion du transfert d'un patrimoine à un autre patrimoine, ledit patrimoine d'affectation sans titulaire, contrairement à de nombreux autres actes visés par le *Code civil du Québec* où l'on mentionne expressément un transfert de « propriété », notamment dans le cadre de la vente, de la donation, de l'échange et de la dation en paiement[14].

Entre ici en considération une distinction, qui serait par ailleurs généralement anodine, dans le cadre de l'utilisation classique d'une fiducie

---

[13] Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 93.

[14] *Id.*, p. 95.

où le changement dans la propriété ne cause aucun problème sur le plan fiscal (par exemple, lors du transfert d'une résidence principale à une fiducie familiale constituée à cette fin ou la donation d'une pièce d'argent afin de constituer une fiducie qui, par la suite, souscrira à de nouvelles actions ordinaires d'une corporation avec son propre argent), mais qui pourrait être potentiellement utile dans le cadre de l'utilisation de la fiducie en faveur de soi-même requérant une absence dans le changement de propriété effective d'un bien afin que celui-ci puisse lui être transféré sans conséquence fiscale immédiate.

Ainsi, la première étape de la constitution de la fiducie pourrait être effectuée de manière usuelle, soit par le transfert par l'auteur d'un actif non productif de revenu ayant une JVM nominale par voie de donation emportant plein changement dans la propriété de cet actif, contribuant ainsi à la création de la fiducie alors que le second transfert, soit le transfert du bien devant faire l'objet du roulement et devant s'opérer sans changement dans la propriété effective, pourrait être fait dans un deuxième temps par « augmentation » du patrimoine fiduciaire.

En effet, l'article 1293 C.c.Q. prévoit que l'augmentation du patrimoine fiduciaire peut se faire par le transfert de biens par contrat ou par testament, et ce, en suivant pour ces augmentations les règles propres à la constitution d'une fiducie. Devant l'absence de jurisprudence en relation avec la signification d'une augmentation faite « selon les règles propres à la constitution d'une fiducie », le professeur Beaulne déduit que seules deux règles seraient véritablement imposées à l'acte d'augmentation, soit, d'une part, « l'obligation que le transfert des biens soit fait par l'auteur au profit du patrimoine d'affectation lui-même et non par exemple au profit du fiduciaire ou des bénéficiaires » et, d'autre part, « nécessite que le contrat en cause fasse l'objet d'une acceptation par le fiduciaire conformément aux articles 1262, 1264 et 1265 C.c.Q.[15] ».

Ainsi, un simple contrat pourrait intervenir entre l'auteur du transfert et la fiducie, validement constituée en vertu de la donation de l'actif non productif de revenu mentionnée ci-dessus et agissant par son fiduciaire acceptant le transfert à la fiducie. Ce contrat n'aurait pas la forme d'une donation puisque la donation entraîne de manière générale un changement dans la propriété selon les termes explicites du *Code civil du Québec* et, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, donc vraisemblablement un changement dans la propriété effective selon les positions actuelles de

---

[15] *Id.*, pp. 249-250.

l'ADRC, mais consisterait plutôt en un acte de transfert ou de cession à l'égard duquel les parties pourraient mentionner expressément qu'il s'agit d'une augmentation du patrimoine fiduciaire effectuée conformément à l'article 1293 C.c.Q. et qu'il est de leur compréhension et de leur intention que ledit transfert s'effectue en franchise d'impôt conformément au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. comme condition *sine qua non* audit transfert. Bien entendu, cette façon de procéder assurera une plus grande certitude d'éviter l'imposition résultant de l'absence potentielle de roulement mais diminuera potentiellement d'autant l'efficacité dudit transfert en matière de protection d'actifs, ce qui nous incite à ce stade-ci à explorer davantage cette question.

2.1.3. Efficacité relative de la protection d'actifs en matière d'insolvabilité

À la lumière de l'analyse qui précède incluant quant à la nécessité première et fondamentale de s'assurer que le transfert de propriété n'a pas pour effet d'opérer un changement dans la propriété effective du bien transféré sous peine d'imposition immédiate pour l'auteur du transfert, il apparaît évident de s'interroger sur l'efficacité dudit mécanisme en matière de protection d'actifs.

Ainsi, bien que la protection offerte par un patrimoine d'affectation distinct créé comme mentionné ci-dessus, dont l'auteur est le seul et unique bénéficiaire du revenu et du capital sa vie durant (et à la succession duquel doivent apparemment revenir les biens à l'occasion de la survenance du décès de l'auteur selon les positions de l'ADRC analysées ci-dessus), puisse *a priori* sembler ténue en matière de protection contre les créanciers, la pratique démontre que les modalités de l'administration durant la détention fiduciaire qui seront prévues à l'acte de fiducie seront souvent de nature à permettre d'augmenter sensiblement l'efficacité de cette protection.

En effet, il est tout d'abord utile de noter qu'il ne semble pas exister, à notre connaissance, de décisions jurisprudentielles portant spécifiquement sur un transfert effectué en faveur du type de fiducie faisant l'objet du présent texte, d'où un certain degré d'incertitude. Or, l'incertitude est souvent un des facteurs principaux qui motivera un créancier à accepter une offre de règlement plutôt que de s'en remettre au pouvoir judiciaire. Ainsi, l'une des premières difficultés que rencontrera le créancier sera que la propriété légale du bien sera désormais enregistrée au nom de la fiducie et qu'elle sera exercée par les fiduciaires agissant selon les modalités prévues à l'acte de fiducie et non pas selon les seules volontés de l'auteur du transfert.

En tenant pour acquis que le transfert a été effectué par ailleurs selon les modalités de temps et de solvabilité qui respectent les exigences prévues à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[16] ainsi qu'au *Code civil du Québec* afin de rendre de tels transferts opposables aux tiers[17], il semble que le créancier n'aura généralement d'autre option comportant un certain degré de certitude légale que de procéder à la saisie de droit de bénéficiaire détenu par l'auteur du transfert dans la fiducie.

Or, il est utile de rappeler que les exigences prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui seront incorporées à l'acte de fiducie indiquent que l'auteur du transfert doit avoir le droit de recevoir, sa vie durant, tous les revenus de la fiducie et que nulle autre personne que lui ne peut, avant son décès, recevoir une partie quelconque du capital de la fiducie. Ainsi donc, le seul droit sur lequel le bénéficiaire peut légalement exercer potentiellement un certain contrôle sera celui de recevoir les revenus, puisque l'exigence de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relative au capital ne présuppose pas que l'auteur du transfert ait le droit d'exiger la remise de ce capital et le plus souvent, l'acte de fiducie sera rédigé de façon à ce que la remise de capital soit purement discrétionnaire à la volonté des fiduciaires.

De plus, la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas des plus précises quant à la notion du droit de recevoir les revenus de la fiducie : ce droit doit-il comporter une distribution annuelle des revenus en faveur du bénéficiaire? Cette distribution peut-elle être faite sur une base plus échelonnée qu'annuellement? Le bénéficiaire doit-il avoir le droit d'en faire la demande? Ce droit du bénéficiaire d'en faire la demande est-il un droit *intuitu personae* à l'égard duquel on peut stipuler qu'il ne pourra être exercé par nulle autre personne, notamment en cas d'insolvabilité? Peut-on limiter ce droit de recevoir des revenus lorsqu'un bénéficiaire se trouve dans une situation d'insolvabilité? Est-il possible de prévoir qu'en cas d'insolvabilité, les biens productifs de revenus seront remplacés par des biens non productifs de revenus susceptibles de s'apprécier en capital tel que le suggèrent certains auteurs[18]?

---

16 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

17 Voir notamment, à ce sujet, un résumé de ces règles présenté par F. MORIN, *loc. cit.*, note 12, 22:1 et suiv.

18 Voir notamment, Richard GAUTHIER, « Les nouvelles règles concernant les fiducies en faveur de soi-même et les fiducies mixtes au profit du conjoint », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 17:1-24, à la page 17:21; voir aussi M. JOLIN, *loc. cit.*, note 6, 2:29.

Voilà autant de questions qui ont donné lieu en pratique à la rédaction de clauses des plus imaginatives mais dont l'application pourrait, si elle était jugée par un tribunal compétent comme restreignant le droit du bénéficiaire à recevoir les revenus, disqualifiant ainsi la fiducie de l'application du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R., rendre le transfert de l'actif qui a été fait imposable pour l'auteur, ce qui aura des conséquences beaucoup plus immédiates que celles que l'on tente d'éviter.

Bien que chacun puisse opter pour son propre degré d'agressivité rédactionnelle selon le degré de tolérance au risque de ses clients, l'auteur recommande pour sa part d'opter pour la prudence afin de s'assurer qu'en toutes circonstances, le transfert à la fiducie ne résultera pas en la réalisation d'un gain en capital imposable pour l'auteur du transfert et conséquemment d'éviter, dans la mesure du possible, l'utilisation de dispositions qui pourraient contaminer la fiducie en restreignant le droit du bénéficiaire au revenu de la fiducie.

À cette fin, il est pertinent de rappeler, dans la plupart des cas, que les revenus générés par les actifs n'auront une importance que très relative par rapport à la valeur de l'actif comme tel. Ainsi, s'il s'avérait que le bénéficiaire devienne insolvable, le fait que le revenu lui soit payable annuellement et puisse ainsi faire l'objet d'une saisie par ses créanciers durant une certaine période apparaît comme une position qui risquerait moins d'être attaquée, et par les tribunaux de droit commun en matière de protection d'actifs et de protection des droits des créanciers, et par les autorités fiscales pour les raisons mentionnées ci-dessus.

De même, le fait de prévoir que le bénéficiaire ne puisse recevoir aucune remise de capital durant sa période d'insolvabilité, comme suggéré par certains auteurs[19], pourrait avoir des conséquences commerciales non désirées, une portion du capital pouvant, dans certains cas, être requise afin de contribuer au financement d'une offre globale de règlement des dettes du bénéficiaire auprès de ses créanciers, qui s'avérerait par ailleurs avantageuse pour le bénéficiaire insolvable.

Nous croyons donc que les fiduciaires devraient conserver toute leur discrétion à l'égard de la distribution du capital, même en période d'insolvabilité, ce qui permettra en pratique au bénéficiaire devenu insolvable d'être dans une position de négociation intéressante envers ses créanciers qui, le plus souvent, préféreront recevoir une somme forfaitaire

---

[19] R. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 18, 17:21.

moindre plutôt qu'un paiement échelonné sur une longue période et plutôt que d'attaquer le transfert dans son entièreté sur la foi, notamment, de l'absence de changement dans la propriété effective.

En définitive, il appert donc que l'utilisation de la fiducie en faveur de soi-même faisant l'objet du présent texte, bien que ne constituant pas le véhicule optimal de protection d'actifs, s'avère un véhicule résiduel de protection intéressant (sinon le seul disponible à l'égard d'actifs comportant un gain en capital latent substantiel!), et ce, notamment, en considération de son faible coût d'implantation et de maintien.

En prenant cette prémisse pour avérée, il est donc pertinent de s'attarder plus particulièrement à certaines modalités de rédaction de l'acte fiduciaire et à certaines problématiques particulières liées à l'utilisation de ce type de véhicule qui seront susceptibles d'avoir, soit des incidences sur le plan fiscal, soit sur le plan de la protection d'actifs.

2.2. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES SPÉCIFIQUES LIÉES À LA CRÉATION ET À L'UTILISATION

2.2.1. Désignation des bénéficiaires

Même si, de prime abord, la désignation des bénéficiaires en regard d'une fiducie créée conformément au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. pourrait sembler ne susciter aucune question controversée, il appert, bien au contraire, notamment en raison de l'exigence de l'absence de changement dans la propriété effective telle qu'interprétée par l'ADRC à la lumière de l'analyse effectuée ci-dessus, qu'elle pourrait dans certains cas entraîner des conséquences fiscales des plus défavorables et qu'elle mérite en conséquence une analyse plus poussée, notamment quant à l'application potentielle du paragraphe 75(2) L.I.R. liée à la désignation des bénéficiaires du capital de la fiducie ainsi qu'à l'utilisation d'une faculté d'élire quant à la détermination des bénéficiaires en faveur de qui sera effectuée la remise des biens détenus en fiducie à l'occasion du décès du bénéficiaire.

2.2.1.1. Application du paragraphe 75(2) L.I.R. et conséquences potentielles

Le paragraphe 75(2) L.I.R. constitue généralement, en relation avec le transfert de biens à une fiducie, l'une des dispositions dont les praticiens désirent de manière générale éviter l'application. En effet, non seulement l'application de cette disposition a-t-elle pour effet de réattribuer à l'auteur du transfert des biens à la fiducie tout gain (incluant en capital) résultant de

la disposition subséquente de cet actif, ce qui est certes très acceptable dans le contexte d'une fiducie de protection d'actifs qui ne vise pas à transférer le gain en capital à toute autre personne que l'auteur du transfert, mais surtout de faire en sorte, en application du paragraphe 107(4.1) L.I.R., qu'il ne soit plus possible de remettre en franchise d'impôt au bénéficiaire le capital de la fiducie lorsque à tout moment le paragraphe 75(2) L.I.R. s'est appliqué à cette dernière.

Dans le contexte sous étude, il y a donc lieu de s'interroger si le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique automatiquement dans tous les cas de transfert de biens à une fiducie en faveur de soi-même et, le cas échéant, s'il en découle les mêmes périls qu'à l'égard de son application à une fiducie classique. Le paragraphe 75(2) L.I.R. se lit comme suit :

> « Art. 75. Transferts de biens à des mineurs
>
> […]
>
> (2) Fiducies
>
> Lorsque, en vertu d'une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition :
>
> a) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :
>
> (i) ou bien revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus directement ou indirectement (appelée « la personne » au présent paragraphe),
>
> (ii) ou bien être transportés à des personnes devant être désignées par la personne après la création de la fiducie;
>
> b) soit que, pendant l'existence de la personne, il ne soit disposé des biens qu'avec son consentement ou suivant ses instructions,
>
> tout revenu ou toute perte résultant des biens ou de biens y substitués, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition des biens ou de biens y substitués, est réputée, durant l'existence de la personne et pendant qu'elle réside au Canada, être un revenu ou une perte, selon le cas, ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de la personne. » (Notre soulignement)

Ainsi, dans le cadre de la fiducie en faveur de soi-même, de prime abord, il est généralement de l'intention du contribuable que les biens qui ont été transférés puissent lui revenir, les fiduciaires détenant généralement le pouvoir d'effectuer une remise discrétionnaire du capital en faveur de l'auteur du transfert et, souvent, l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. paraissant inévitable de par son sous-alinéa a)(i), beaucoup de praticiens optent pour une fiducie qui ne satisfait que l'exigence minimale prévue à

l'article 1275 C.c.Q., dont nous discuterons ci-après, et optent pour une administration effectuée par deux fiduciaires, ce qui entraîne l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. par son alinéa b), puisqu'il ne peut être disposé des biens qu'avec le consentement de l'auteur du transfert.

Or, il est aisé d'éviter l'application du paragraphe 75(2) par son alinéa b) en optant pour une administration par trois fiduciaires et il serait également possible sur le plan théorique d'éviter l'application par le sous-alinéa a)(i) en prévoyant à l'acte de fiducie que nulle personne n'aura avant le décès de l'auteur du transfert le droit d'en recevoir le capital, niant ainsi toute possibilité de retour des biens transférés à l'auteur du transfert. L'ADRC a d'ailleurs mentionné, dans une interprétation technique rendue en date du 11 juillet 2002, que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas automatiquement à une fiducie d'*alter ego*[20]… En pratique, l'impossibilité de retransférer les biens à l'auteur du transfert de son vivant constituera souvent une solution totalement inacceptable pour le contribuable qui perdra ainsi toute possibilité de récupérer avant son décès les biens transférés à la fiducie, ce qui, cependant, serait certainement de nature à augmenter l'efficacité de la protection d'actifs recherchée!

Dans la réalité, si l'application potentielle du paragraphe 75(2) L.I.R. n'a aucune conséquence fiscale significative, la solution de ne pas inclure l'auteur du transfert comme bénéficiaire du capital ne sera généralement pas retenue et il y a donc lieu de se questionner quant à savoir si le paragraphe 107(4.1) L.I.R. est susceptible de causer quelque problème que ce soit au contribuable sur le plan fiscal.

Or, fort heureusement, l'alinéa c) de cette dernière disposition prévoit expressément qu'elle ne trouvera pas application dans la mesure où la personne à qui est effectuée une distribution par la fiducie est la personne de laquelle la fiducie a reçu le bien qui fait l'objet de la distribution. En conséquence de ce qui précède, il apparaît n'exister aucune raison évidente de tenter de se soustraire à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. et de réduire la flexibilité de la fiducie en se privant du pouvoir de redistribution du capital à l'auteur du transfert.

---

[20] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0114045, 11 juillet 2002, interprétation rendue cependant principalement en relation avec la fiducie visée au sous-alinéa 73(1.02)c)(ii) L.I.R.

2.2.1.2. Faculté d'élire au décès

Si la question préalable ne semble avoir qu'une incidence toute relative en raison de son absence apparente de conséquence significative réelle, l'utilisation de la fameuse faculté d'élire qui serait prévue à une fiducie visée par le sous-alinéa sous étude est une question beaucoup plus sérieuse et l'une de celles qui a fait couler le plus d'encre parmi les civilistes au cours des dernières années[21].

Sans reprendre de manière exhaustive la savante analyse qui a été effectuée par ces auteurs, nous nous contenterons de rappeler de manière succincte la problématique liée à l'exigence de l'ADRC mentionnée ci-dessus voulant que le droit du constituant bénéficiaire de désigner qui seront ses bénéficiaires à l'occasion de son décès ne puisse être effectué que dans le cadre d'un pouvoir général de nomination, ce qui a été interprété par la majorité des civilistes au Québec comme étant l'exercice d'une faculté générale d'élire « illimitée » et qui serait prévue à l'acte de fiducie. Or, tel que le mentionnent avec beaucoup d'à propos ces auteurs, la plupart des civilistes reconnaissent sur la foi de la législation et de la jurisprudence applicables qu'une telle faculté d'élire illimitée serait empreinte de nullité en droit civil québécois[22], ce qui pourrait avoir comme conséquence potentielle non seulement de rendre son exercice inopposable aux héritiers du défunt ou aux tiers, mais également potentiellement de faire en sorte que l'ensemble du transfert à la fiducie soit attaquable.

Ainsi, il apparaît nécessaire, aux fins du droit civil, que dans l'éventualité où l'on désire conférer une faculté d'élire au constituant bénéficiaire à l'occasion de son décès, que celle-ci fasse l'objet de limitation, par exemple, en déterminant la catégorie de bénéficiaires à l'égard de laquelle la faculté pourrait être exercée mais d'où résulterait inévitablement, selon les positions de l'ADRC analysées ci-dessus, un changement dans la propriété effective du bien transféré et, conséquemment, une absence de roulement à l'occasion du transfert. Devant cette apparente incompatibilité, il semblerait alors que le praticien prudent n'aurait d'autre choix, dans l'acte fiduciaire, que d'être muet quant au transfert des biens qui devrait être

---

[21] Voir notamment, à cet égard, les analyses plus qu'exhaustives effectuées par M. JOLIN, *loc. cit.*, note 6, 2:18; voir aussi N. GIROUARD, *loc. cit.*, note 2 et S. BÉLANGER et I. GOUIN, *loc. cit.*, note 6.

[22] Voir notamment les auteurs cités à la note précédente pouvant avoir le droit au roulement quant à l'actif transféré.

effectué à l'occasion du décès du constituant bénéficiaire, prohibant ainsi l'utilisation de toute faculté limitée, même « large »[23].

Or, nous estimons qu'il existe une solution intérimaire qui, bien qu'imparfaite, puisse apporter un certain degré de confort afin de s'assurer que les dernières volontés du constituant bénéficiaire seront respectées à l'occasion de son décès tout en assurant que, si les positions de l'ADRC en matière de changement à la propriété effective s'avéraient, le constituant bénéficiaire ne soit pas exposé à la réalisation d'un gain capital important à l'occasion du transfert du bien à la fiducie.

En effet, il y a lieu de rappeler qu'à l'occasion de l'augmentation du patrimoine fiduciaire, telle que suggérée ci-dessus, la gestion de ce patrimoine se trouve conférée aux fiduciaires qui doivent agir selon les modalités prévues à l'acte de fiducie. Or, rien n'empêche le constituant bénéficiaire, à l'occasion de son testament, d'indiquer clairement à ses fiduciaires quelle serait sa volonté à l'égard des biens dont la propriété légale est détenue par la fiducie afin que ces biens soient effectivement traités comme si le défunt en était le propriétaire véritable, ce qui s'apparente à la fameuse « lettre de souhaits » utilisée couramment dans certaines juridictions de *common law*.

Bien entendu, une telle solution suscite deux questionnements principaux : tout d'abord, dans l'éventualité où la succession s'avérait déficitaire, la question se posera de déterminer si effectivement les biens sont ainsi retournés dans la masse successorale du défunt, ou bien si ceux-ci ont quitté son patrimoine et font désormais partie de ce patrimoine d'affectation distinct, ce qui ferait en sorte que les biens soient, en conséquence, à l'abri des créanciers du défunt. Cette dernière éventualité nous apparaît davantage se conformer à la lettre et à l'esprit du *Code civil du Québec.*

L'autre question concerne effectivement l'absence de caractère exécutoire de cette « lettre de souhaits » du constituant bénéficiaire en ce que, légalement, les fiduciaires ne seraient potentiellement pas contraints d'exercer sa volonté puisque le constituant bénéficiaire ne détiendrait pas, dans les faits, une véritable faculté d'élire à l'égard des biens détenus par la fiducie dont il n'est plus le propriétaire véritable, l'acte de fiducie ne lui octroyant pas expressément une telle faculté d'élire.

---

[23] Voir notamment à cet égard M. JOLIN, *loc. cit*., note 6.

Cependant, dans les faits, les fiduciaires seront le plus souvent également les exécuteurs testamentaires de l'auteur du transfert et, en conséquence, seront fort à l'aise d'exercer la discrétion qui leur aura été conférée en tant que fiduciaires de la fiducie entre vifs pour effectuer une gestion qui soit conforme aux vœux exprimés dans le testament, dans la mesure où le testament indique clairement la volonté du défunt voulant que les biens en fiducie doivent être traités comme s'ils faisaient partie de son patrimoine successoral. L'utilisation combinée du testament et l'exercice de la discrétion des fiduciaires seraient ainsi de nature à octroyer à l'auteur du transfert un certain degré de confort faisant en sorte que ses dernières volontés soient vraisemblablement exercées dans l'éventualité de la survenance de son décès.

Sur le plan strictement légal, dans la mesure où il est effectivement considéré que les biens sont sortis du patrimoine du constituant bénéficiaire, nous n'estimons pas que l'absence de bénéficiaires résiduels désignés dans l'acte de fiducie en tant que tel serait de nature à permettre aux fiduciaires de remettre les biens à toute personne de leur choix ou de faire en sorte que ces biens deviennent la propriété des fiduciaires ou du curateur public. À notre avis, la relation fiduciaire étant de par sa nature similaire à la relation de mandat, des instructions explicites contenues dans le testament pourraient vraisemblablement être considérées comme des modalités d'administration édictées de manière subséquente à la création de la fiducie par l'auteur du transfert et qui devraient légalement être suivies par les fiduciaires. Même si ce dernier point n'était pas avéré, il demeure par ailleurs que le choix des fiduciaires, qui redoublera d'importance dans ce contexte, sera le plus souvent suffisant à faire en sorte de donner à l'auteur du transfert le niveau de confort requis.

Cette solution intérimaire offre donc, selon l'analyse effectuée ci-dessus, l'avantage de conférer un degré de certitude passablement élevé sur le plan fiscal voulant qu'il n'y aura pas de disposition à l'occasion du transfert du bien à la fiducie dans la mesure où sont remplies les autres conditions requises par le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R., et ce, bien qu'elle soit susceptible de soulever des écueils sur le plan légal qui, en pratique, pourront vraisemblablement être évités par le choix judicieux des fiduciaires par l'auteur du transfert.

Il est par ailleurs pertinent de souligner que dans l'éventualité où des modifications législatives ou interprétatives étaient apportées à la suite du questionnement soulevé par les praticiens civilistes, dont l'auteur soussigné, rien n'empêchera d'amender éventuellement l'acte de fiducie de façon à y prévoir une éventuelle faculté d'élire selon les règles fiscales qui seront alors

applicables en pareille matière en procédant à un tel amendement selon les dispositions applicables du *Code civil du Québec*.

2.2.2. Choix des fiduciaires

Sous réserve des commentaires mentionnés ci-dessus en relation avec l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., le nombre et le choix des fiduciaires à l'égard des fiducies qui font l'objet du présent texte ne seront pas motivés par des considérations d'ordre fiscal mais pourront avoir une incidence significative en matière de protection d'actifs. En effet, l'exigence d'absence à la notion de changement dans la propriété effective ne restreint en rien le pouvoir de l'auteur du transfert de confier l'administration de ses biens à d'autres personnes que lui-même, ce qu'il pourrait tout aussi bien faire à titre de propriétaire véritable dans le cadre d'une relation mandant-mandataire.

En principe, plus les fiduciaires seront indépendants du constituant bénéficiaire, plus ceux-ci auront un large pouvoir discrétionnaire afin de gérer les biens en fiducie, plus efficace sera la protection d'actifs. Cependant, plusieurs contribuables désirent atteindre plusieurs objectifs plutôt incompatibles en même temps et parmi ceux-ci, celui de conserver en pratique un contrôle absolu sur l'actif transféré, ce qui est une fort mauvaise idée.

Comme le soulignait un auteur : « Nous ne croyons pas qu'il soit raisonnable d'espérer que le patrimoine d'une fiducie soit protégé par les tribunaux si le constituant est aussi le seul fiduciaire et le seul bénéficiaire » ou « si l'acte de fiducie prévoit un deuxième fiduciaire qui, dans les faits, n'a aucune responsabilité, n'est au courant d'aucune des activités de la fiducie et n'est là que pour respecter l'exigence de l'article 1275 du *Code civil du Québec* »[24].

Non seulement l'article 1275 C.c.Q. exige au Québec que l'auteur du transfert qui s'avérera également bénéficiaire ne puisse agir seul à titre de fiduciaire, ce qui requiert donc un minimum de deux fiduciaires dans la cas d'une fiducie en faveur de soi-même visée par l'alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R., mais nous croyons qu'il est toujours préférable en tout temps d'avoir au moins trois fiduciaires agissant par décisions prises à la majorité de ceux-ci et de prévoir que la fonction de fiduciaire est une fonction *intuiti personae* qui peut n'être exercée que par le fiduciaire personnellement, de manière à

[24] F. MORIN, *loc. cit.*, note 12.

réduire le risque potentiel de voir les créanciers du bénéficiaire tenter d'exercer les droits découlant de l'exercice de la fonction de fiduciaire. Rappelons ici que les appréhensions habituelles du constituant devraient être sensiblement réduites du fait qu'il est assuré de recevoir les revenus de la fiducie (sur une base annuelle selon notre recommandation précédente) et que nulle autre personne que lui ne peut bénéficier du capital, ce qui réduit d'autant son risque en cas d'administration des fiduciaires qui ne serait pas conforme à ses espérances.

2.2.3. Continuation de la fiducie au décès

Sous réserve des positions de l'ADRC analysées ci-dessus indiquant que les biens doivent revenir dans le patrimoine du défunt, afin qu'il y ait absence de changement dans la propriété effective d'un bien ayant fait l'objet du transfert à une fiducie, nous serions enclins par ailleurs à partager la position de Me Jolin recommandant « qu'il serait important de prévoir qu'elle ne se terminerait pas au décès du constituant, mais qu'elle se poursuivra pendant quelque temps après le décès […] », et ce, « afin d'éviter toute confusion et de s'assurer que les biens appartenant à la fiducie pour soi ne feront pas partie de la succession du constituant[25] ».

Effectivement, l'utilisation optimale du type de fiducie sous étude devrait faire en sorte que la protection des actifs aille au-delà du décès du constituant et que ce dernier, préférablement par son testament (sous réserve des commentaires mentionnés ci-dessus quant à la faculté d'élire), puisse simplement déterminer les modalités de gestion ou de remise des biens faisant l'objet du patrimoine dans la fiducie subséquemment à son décès, lui laissant ainsi l'entière flexibilité de modifier ces modalités en cours de route selon l'évolution de sa situation personnelle et familiale et qui pourrait prendre la forme à son décès, soit d'une remise en propre par les fiduciaires à certains de ses héritiers, soit une détention continue en fiducie ponctuée de remises partielles des biens lorsque certaines conditions spécifiques seront remplies. Cependant et comme mentionné ci-dessus, la prudence demeure de mise tant que l'ADRC n'aura pas révisé ses positions et il est pour l'instant suggéré de ne rien prévoir à l'acte de fiducie, mais de tenter plutôt de gérer la situation par le testament de l'auteur, comme suggéré ci-dessus.

---

25 M. JOLIN, *loc. cit.*, note 6.

2.2.4. Utilisation de la définition de « revenu » et de la définition de « capital »

La définition des « revenus » que le constituant bénéficiaire devrait avoir le droit de recevoir sa vie durant est prévue au paragraphe 108(3) L.I.R. qui stipule que le revenu d'une fiducie correspond au revenu calculé sans tenir compte des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Or, au Québec, il semble relativement clair que certains types de « revenus » selon les principes comptables généralement reconnus ou la pratique usuelle, tel que le gain en capital, puissent ne pas constituer un revenu à moins d'indication contraire dans l'acte constitutif de la fiducie[26]. Ainsi, dans la mesure où l'on désire limiter au maximum la notion de revenus à des fins de protection d'actifs sans pour autant contaminer la fiducie aux fins du roulement, il pourrait être opportun de prévoir une disposition dans l'acte fiduciaire qui permet aux fiduciaires de la fiducie de déterminer, dans leur absolue discrétion, ce qui doit être considéré comme étant des revenus aux fins de la distribution au constituant bénéficiaire et d'identifier clairement l'intention de l'auteur de limiter cette qualification à ce qui doit expressément faire l'objet d'une qualification à titre de revenus selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

2.2.5. Utilisation de clauses de remise réputées et de clauses réputées non écrites

En terminant notre analyse, nous noterons que certains praticiens, à la lumière de l'incertitude découlant présentement des interprétations techniques de l'ADRC, notamment en relation avec la notion d'absence de changement à la propriété effective et en raison de la limitation apparente qui en découle, quant à l'insertion à l'acte de fiducie de clauses de faculté d'élire qui soient valides au Québec sans créer de problèmes sur le plan fiscal, ont apparemment considéré l'insertion à l'acte de fiducie d'une clause prévoyant expressément que le moment de la liquidation de la fiducie surviendrait à l'expiration d'un terme fixé à 24 heures avant le décès du constituant, ce qui aurait comme conséquence explicite de retourner les biens dans son patrimoine successoral afin d'être distribués ou administrés selon les dispositions de son testament[27]. Outre que cette solution aurait nécessairement pour résultat de réduire sensiblement le niveau de protection d'actifs obtenu, il nous apparaît que l'utilisation d'une clause par laquelle

---

[26] R. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 18.

[27] Cette solution est notamment commentée par M. JOLIN, *loc. cit.*, note 6.

des événements sont réputés être survenus préalablement à la survenance postérieure d'un événement soit d'une efficacité douteuse sur le plan fiscal notamment à la lumière de la décision de la Cour d'appel fédérale rendue le 30 mars 2001 dans l'affaire *Nussey Estate* c. *La Reine*[28], où le tribunal a analysé une clause similaire contenue dans une convention entre actionnaires qui réputait un rachat d'actions être survenu le jour précédant le décès de l'un des actionnaires, de manière à éviter la disposition réputée résultant de celui-ci.

À cet égard, la Cour d'appel fédérale signale avec beaucoup d'à-propos que par les termes explicites de la convention, celle-ci puisse uniquement opérer lorsque le contribuable est déjà décédé, ce qui fait en sorte que la disposition réputée par la *Loi de l'impôt sur le revenu* aura dès lors déjà trouvé application. Par analogie, nous croyons donc qu'une clause qui réputerait la remise par liquidation réputée de la fiducie immédiatement avant le décès ne trouverait probablement pas application, à tout le moins sur le plan fiscal.

Nous suggérons par ailleurs d'opter pour l'insertion à l'acte de fiducie d'une disposition prévoyant qu'il est de l'intention expresse et de la compréhension de l'auteur du transfert et des fiduciaires que le transfert subséquent de biens à la fiducie par augmentation fiduciaire sera effectué conformément au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. et que, dans l'éventualité où toute autre disposition de la fiducie était interprétée de manière à nier le droit au roulement résultant de l'application de ce sous-alinéa, que cette disposition sera alors réputée non écrite et inopérante.

Bien qu'il n'existe à notre connaissance aucune interprétation administrative ou jurisprudentielle relativement à l'utilisation de ce genre de clause dans un contexte fiscal, il nous apparaît alors qu'il faudrait s'en remettre aux principes généraux d'interprétation des contrats par lesquels on doit tenter de donner effet à l'intention des parties telle que validement exprimée. Quoi qu'il en soit, l'expression expresse de cette volonté, qui n'était pas présente dans l'affaire *Nussey*, ce qui a permis à la Cour d'appel de conclure que le fait qu'une erreur à l'égard de l'une des conséquences fiscales de la transaction réputée n'était pas suffisante afin de faire en sorte que le contrat soit entaché d'une erreur telle qu'il soit nul et de nul effet, permettrait ici au contraire au contribuable de disposer d'un argument additionnel s'il s'avérait que l'une ou l'autre des autres clauses prévues à

---

[28] 2001 D.T.C. 5240, rejetant l'appel de la décision rendue le 4 octobre 1999 par la Cour canadienne de l'impôt, 99 D.T.C. 1211 (ci-après « *Nussey* »).

l'acte de fiducie soit susceptible de contaminer son transfert qui est fait sous la condition essentielle et expresse d'être effectué en franchise d'impôt.

CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, il appert donc qu'il soit possible, selon le contexte législatif actuel, d'utiliser au Québec la fiducie en faveur de soi-même visée par le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. à des fins de protection d'actifs, mais que la notion d'absence de transfert de la propriété effective et l'interprétation qui en a été dégagée par l'ADRC sur la foi des principes applicables en matière de *common law* comporte, notamment à la lumière des dispositions applicables du *Code civil du Québec*, de nombreux écueils qui, en l'absence de modifications législatives, rendent son utilisation relativement difficile, et ce, même pour le praticien le mieux informé et le plus prudent.

Considérant cependant que ce type de fiducie ne sera utilisé qu'à l'égard d'actifs dont la disposition emporterait autrement la réalisation d'un gain en capital latent important pour le contribuable et dans la mesure où la plus grande prudence est exercée afin de s'assurer de l'admissibilité du transfert de l'actif en franchise d'impôt, quitte à réduire sensiblement l'efficacité de la protection d'actifs et en espérant que l'ADRC fasse preuve de bon sens dans son interprétation des actes fiduciaires qui auront été créés en l'absence d'harmonisation des dispositions législatives fiscales et civiles, l'utilisation de ce véhicule demeure selon nous une option valide, voire souvent la seule option disponible pour les actifs qui, de par leur nature ou l'importance du gain en capital latent, doivent être détenus au Québec…

Pour les autres actifs, l'auteur rappellera cependant que certaines juridictions, bénéficiant d'un climat plus ensoleillé et qui s'avèrent aussi plus efficaces en matière de protection d'actifs, sont disponibles, quitte à payer immédiatement l'impôt résultant de la disposition réputée de tels actifs dans le cadre du transfert à une fiducie non résidente et rappellera également sa grande disponibilité à considérer avec attention toute demande qui pourra lui être faite d'y agir à titre de cofiduciaire…

PARTIE B
Fiducies canadiennes hors Québec – Nouvelles mesures applicables à leurs bénéficiaires québécois

Stéphane Leblanc, CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

Il existe un écart important entre les taux d'imposition de certaines provinces. Hormis Terre-Neuve–et–Labrador, le Québec fait figure de province la plus taxée du Canada. L'Alberta, quant à elle, remporte le titre de paradis fiscal canadien, ayant les taux d'imposition les plus faibles du pays. Cette disparité entre les taux provinciaux a mené à la prolifération de stratégies fiscales interprovinciales permettant aux contribuables de déplacer leurs revenus d'une province à une autre. Ces dernières années, l'emploi de fiducies dans ce type de stratégies a gagné en popularité à un point tel que le Québec a décidé d'agir afin de protéger son assiette fiscale : le 11 juillet 2002, le ministère des Finances du Québec annonçait de nouvelles mesures visant à contrecarrer l'emploi de fiducies aux fins de diminuer l'impôt provincial auquel les contribuables sont assujettis[1].

Dans le présent texte, nous discuterons d'abord des planifications que le ministère des Finances considère offensives (voir la section 1.). Nous procéderons ensuite à un rappel des mesures annoncées en vue de contrer ces planifications (voir la section 2.). Dans le cadre d'un examen de l'application pratique de ces mesures, nous constaterons comment celles-ci seront cause d'iniquités à plusieurs points de vue (voir la section 3.). Nous suggérerons finalement au ministère des Finances quelques recommandations de modifications des mesures, afin d'en alléger la portée (voir la section 4.).

1. PLANIFICATIONS VISÉES PAR LE MINISTÈRE DES FINANCES

Un contribuable dispose d'un bien générateur de revenus en faveur d'une fiducie résidente de l'Alberta, par exemple. Cette disposition peut même être effectuée par voie de roulement lorsque la fiducie se qualifie de fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait, de fiducie en faveur de soi-même, ou de fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait. En

[1] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2002-8, « Annonce de modifications visant à faciliter l'accès à diverses mesures fiscales ou à en assouplir l'application », 11 juillet 2002, pp. 69-77.

règle générale, pour être résidente de l'Alberta aux fins fiscales, la fiducie devra être administrée par des fiduciaires albertains à la fin de l'année (sous réserve de certaines autres considérations discutées à la section 2.7. du présent texte).

Le bien dont le contribuable a disposé générera des revenus dans la fiducie. Les revenus d'une fiducie, s'ils sont devenus payables ou ont été payés à un bénéficiaire dans l'année où ils ont été gagnés, doivent être inclus dans le calcul du revenu de ce dernier. La fiducie a droit, pour sa part, dans le calcul de son propre revenu, à une déduction équivalente aux montants de revenus ainsi payés ou payables au bénéficiaire.

Cependant, en vertu des paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2], un fiduciaire peut exercer un choix permettant que les revenus et les gains en capital imposables de la fiducie, pour une année d'imposition, soient imposés dans la fiducie, malgré qu'ils aient été payés ou soient devenus payables au bénéficiaire. Ce choix, fait en vertu de la législation fiscale fédérale, a toujours été reconnu aux fins de l'impôt québécois. Ainsi, ce choix permettait auparavant au bénéficiaire québécois de rapatrier des revenus ou des gains en capital imposables d'une fiducie canadienne hors Québec sans avoir à payer d'impôt provincial québécois sur ces revenus ou gains en capital. Ceux-ci étaient plutôt imposés dans les mains de la fiducie, au taux applicable dans sa province de résidence.

Le ministère des Finances du Québec a donc décidé d'éliminer ce type de planification, qui entraînait pour la province une perte de tout l'impôt provincial auquel le bénéficiaire québécois aurait été autrement assujetti.

2. RAPPEL DES MESURES ANNONCÉES LE 11 JUILLET 2002

Le ministère des Finances du Québec avait déjà fait part, en décembre 2001, de son intention de réviser le système fiscal applicable aux fiducies et à leurs bénéficiaires[3], ce qui, à ce moment-là, avait mis la communauté fiscale sur ses gardes, dans l'attente des mesures qui seraient proposées. C'est le 11 juillet 2002 que paraissaient finalement les mesures

---

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

3 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-13, « Bonification de la politique fiscale en matière d'avantages sociaux accordés aux employés, instauration d'un crédit d'impôt remboursable pour le rajeunissement du parc de véhicules-taxis et autres mesures fiscales », 20 décembre 2001.

suivantes[4]. Il est à noter que ces mesures n'ont pas encore été adoptées et pourraient faire l'objet de modifications avant d'avoir force de loi.

2.1. CHOIX DES PARAGRAPHES 104(13.1) OU 104(13.2) L.I.R. NON RECONNUS

De façon à empêcher les bénéficiaires québécois d'une fiducie canadienne hors Québec de tirer avantage de la disparité des taux d'imposition entre les provinces, le ministère des Finances du Québec a annoncé que les choix faits en vertu des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. par les fiduciaires de « fiducies désignées » ne seront plus reconnus aux fins du calcul de l'impôt québécois.

Plus précisément, tout « bénéficiaire désigné » d'une telle « fiducie désignée » doit dorénavant inclure dans le calcul de son revenu tous les revenus et gains en capital qui lui sont devenus payables ou qui lui ont été payés par la fiducie désignée, et ce, malgré qu'un choix en vertu des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. ait été effectué.

2.2. CONCEPTS DE « FIDUCIE DÉSIGNÉE » ET DE « BÉNÉFICIAIRE DÉSIGNÉ »

Les nouvelles mesures introduisent donc les concepts de « fiducie désignée » et de « bénéficiaire désigné », qui sont définis comme suit dans le *Bulletin d'information*[5] du ministère des Finances :

« • une "fiducie désignée" désignera toute fiducie résidant au Canada, à l'extérieur du Québec, à l'exception d'une fiducie d'investissement à participation unitaire et d'une fiducie à l'égard de laquelle la législation fiscale prévoit spécifiquement que le choix prévu aux paragraphes 104(13.1) et (13.2) L.I.R. ne peut être fait;

• un "bénéficiaire désigné" d'une fiducie désignée pour une année d'imposition de celle-ci désignera un bénéficiaire ayant, pour cette année, soit une quote-part de l'ensemble des participations au revenu de la fiducie désignée représentant un montant de 5 000 $ ou plus, soit une quote-part correspondant à 10 % ou plus de l'ensemble des participations au capital ou de l'ensemble des participations au revenu de la fiducie désignée. À cet égard, la quote-part d'un bénéficiaire sera établie en tenant compte de la quote-part de l'ensemble des participations au capital ou de l'ensemble des

---

4 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1.

5 *Id.*

> participations au revenu de cette fiducie désignée attribuable aux personnes avec lesquelles ce bénéficiaire a un lien de dépendance[6] ».

Il est annoncé, de plus, que le ministre du Revenu du Québec aura le pouvoir de déterminer qu'un bénéficiaire d'une fiducie désignée est un « bénéficiaire désigné », s'il est d'avis que la quote-part attribuable à ce bénéficiaire et aux personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance est inférieure aux seuils prévus par les nouvelles mesures en raison d'une série de transactions ou d'opérations.

2.3. CRÉDIT D'IMPÔT NON REMBOURSABLE

Selon les nouvelles mesures, un bénéficiaire désigné d'une fiducie désignée qui ferait le choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. sera donc imposé au Québec sur les montants qui lui sont payés ou payables par la fiducie, malgré le fait que la fiducie paiera elle-même des impôts sur ces montants dans sa province de résidence. Pour pallier le fait que les mêmes montants sont imposés dans plus d'une province, les mesures proposées mettent en place un mécanisme de crédit d'impôt non remboursable dans le calcul de l'impôt payable par le bénéficiaire désigné. Celui-ci pourra réclamer à titre de crédit d'impôt, pour une année d'imposition, un montant équivalant à l'impôt provincial payé par la fiducie désignée qui se rapporte aux montants de revenus qui lui ont été payés ou lui sont devenus payables.

Pour l'application de ce crédit d'impôt non remboursable, le montant d'impôt provincial payé par la fiducie désignée ne pourra cependant excéder le montant d'impôt que cette fiducie aurait payé en vertu de la législation fiscale québécoise, si elle avait été résidente du Québec.

Il est prévu que le bénéficiaire désigné a l'obligation de joindre à sa déclaration de revenus du Québec les renseignements démontrant le montant de l'impôt provincial que la fiducie désignée a payé, et qui se rapporte aux montants qui lui ont été attribués.

2.4. ATTRIBUTS FISCAUX DE LA PARTICIPATION DU BÉNÉFICIAIRE

Seront également introduites des modifications visant à préserver la parité entre la législation fiscale québécoise et la législation fiscale fédérale

---

6 *Id.*, par. 3.1.

relativement aux attributs fiscaux de la participation dans la fiducie que détiendra un bénéficiaire désigné.

Plus précisément, lorsqu'un bénéficiaire désigné bénéficiera d'un crédit d'impôt non remboursable pour l'impôt payé par la fiducie désignée dans sa province de résidence, il est prévu que le prix de base rajusté de sa participation dans cette fiducie sera réduit d'un montant équivalant à ce crédit d'impôt non remboursable.

Cette mesure ne vise évidemment pas les participations dans les fiducies personnelles pour lesquelles les bénéficiaires n'ont payé aucune contrepartie.

2.5. NOUVELLE DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS

Une nouvelle déclaration de renseignements, soit le Formulaire TP-663, devra dorénavant être jointe à la déclaration de revenus de tout résident du Québec qui est un bénéficiaire d'une fiducie désignée au cours d'une année d'imposition, qu'il en soit un bénéficiaire désigné ou non.

Les renseignements qui devront être divulgués incluent le nom de la fiducie désignée, le nom et l'adresse du fiduciaire de cette fiducie ainsi que la date depuis laquelle le contribuable est bénéficiaire de cette fiducie.

En plus de ces renseignements, si le bénéficiaire se qualifie à titre de bénéficiaire désigné, il devra aussi indiquer tout changement d'adresse d'un fiduciaire au cours des cinq dernières années et indiquer, dans le cas d'un changement de fiduciaire, le nom et l'adresse du fiduciaire ayant cessé d'agir. De plus, évidemment, le bénéficiaire désigné devra indiquer tous les revenus qui lui ont été payés ou qui lui sont devenus payables dans l'année par la fiducie désignée, à l'égard desquels un choix en vertu des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. a été fait.

Qu'en est-il de l'obligation de produire ce formulaire dans le cas de bénéficiaires n'ayant aucune déclaration de revenus à produire? Un bénéficiaire mineur, par exemple, n'ayant aucun revenu dans l'année, devra-t-il néanmoins produire le Formulaire TP-663? Nous soulevons la question, car la réponse à celle-ci n'apparaît pas clairement dans le texte de l'annonce du 11 juillet 2002 ni dans les instructions accompagnant le Formulaire TP-663.

2.6. NOUVELLE PÉNALITÉ

Comme le rappelle le ministère des Finances, la législation actuelle prévoit que l'omission de fournir un renseignement sur un formulaire prescrit, produit conformément à une loi fiscale, pourrait donner lieu à une pénalité de 100 $.

En sus de cette pénalité existante, une nouvelle pénalité sera établie afin de sanctionner l'omission d'un bénéficiaire désigné d'inclure dans le calcul de son revenu, pour une année d'imposition, les montants qui lui sont attribués dans l'année par une fiducie désignée et qui ont fait l'objet du choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R.

Le bénéficiaire sera ainsi exposé à une pénalité égale au plus élevé de 100 $ et de 25 % de l'excédent de l'impôt qu'il aurait eu à payer pour l'année s'il avait inclus ces montants dans le calcul de son revenu sur l'impôt qu'il a payé pour l'année selon les renseignements qu'il a fournis.

Les modalités de calcul de cette pénalité seront les mêmes que celles applicables au calcul de la pénalité pour faux énoncé ou omission volontaire actuellement prévues par la *Loi sur les impôts*[7].

2.7. RÉSIDENCE D'UNE FIDUCIE

Comme nous l'avons mentionné au tout début de ce texte, la règle générale indique que la province de résidence d'une fiducie sera déterminée par la province de résidence de ses fiduciaires à la fin de l'année, puisque ce sont eux qui contrôlent et administrent les actifs de la fiducie.

Cependant, pour que le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») considère la fiducie comme résidant à l'extérieur du Québec, elle ne devra pas avoir de rattachement au Québec permettant de conclure que le contrôle et l'administration de ses actifs incombent à une personne autre que le fiduciaire (au constituant, par exemple). Dans un tel cas, le MRQ considérera que la résidence de la fiducie sera la même que la résidence de la personne qui contrôle et administre *de facto* les actifs, plutôt que celle du fiduciaire.

À cet égard, il a été annoncé que le MRQ portera une attention particulière aux faits entourant l'existence d'une fiducie canadienne hors

---

[7] L.R.Q., c. I-3 et mod.

Québec lorsqu'un contribuable québécois en sera le bénéficiaire. Si les circonstances le justifient, le MRQ pourra émettre toute cotisation qu'il jugera pertinente en vertu de la législation fiscale québécoise, même à l'égard d'années d'imposition passées.

2.8. DATES D'APPLICATION

Les nouvelles mesures proposées sont applicables après le 11 juillet 2002. Ainsi, tout choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. fait par une fiducie désignée après cette date sera soumis aux nouvelles règles. Quant à la déclaration de renseignements, celle-ci devra être produite, dans le cas d'une société bénéficiaire d'une fiducie désignée, pour une année d'imposition se terminant après le 11 juillet 2002 et, dans les autres cas, à compter de l'année d'imposition 2002.

3. CONSÉQUENCES PRATIQUES RELATIVES À L'APPLICATION DES NOUVELLES MESURES

Les mesures telles que proposées veulent avoir un effet dissuasif sur les planifications utilisant les fiducies canadiennes hors Québec. Mais, comme nous allons le voir, ces mesures ont également un caractère punitif à plusieurs égards.

3.1. PROBLÈME DE SURIMPOSITION EN RAISON DE L'ABSENCE D'ABATTEMENT FÉDÉRAL

Bien que le Québec offre un crédit pour l'impôt provincial payé par la fiducie désignée dans sa province de résidence, ce crédit n'aura pas pour effet de remettre la fiducie et le bénéficiaire dans la position dans laquelle ils auraient été, n'eût été le choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. Et ce, en raison du fait qu'aux fins fédérales, la fiducie sera imposée comme résidente d'une province autre que le Québec et ne bénéficiera donc pas de l'abattement fédéral de 16,5 % qui est réservé aux résidents du Québec. L'absence d'abattement se traduit donc par une surimposition, comme l'illustre l'exemple suivant.

Exemple

Prenons l'hypothèse d'une fiducie entre vifs résidente de l'Alberta, ayant un bénéficiaire québécois et gagnant 100 000 $ de revenus d'intérêts dans une année (prenons pour hypothèse également que le bénéficiaire est déjà imposé au taux marginal supérieur) :

	Avec le choix du par. 104(13.1) L.I.R.	Sans le choix du par. 104(13.1) L.I.R.
Revenus d'intérêts	100 000 $	100 000 $
Impôt fédéral payé par la fiducie (29 %)	29 000 $	-
Impôt de l'Alberta payé par la fiducie (10 %)	10 000 $	-
Impôt fédéral payé par le bénéficiaire (24,22 %)	-	24 215 $
Impôt du Québec payé par le bénéficiaire (24 %)	24 000 $	24 000 $
Crédit d'impôt au Québec pour l'impôt albertain	(10 000 $)	-
Total des impôts payés	**53 000 $**	**48 215 $**
Surimposition	**4 785 $ ou 4,79 %**	

Le taux d'imposition avec le choix s'élève donc à 53 %.

Soulignons qu'une fiducie résidente du Québec faisant le choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. ne serait pour sa part imposée qu'au taux de 48,22 %. La différence entre les deux taux, soit 4,79 %, représente l'abattement fédéral (à savoir 16,5 % x 29 %). Cela nous amène à conclure que les mesures telles que proposées sont punitives à l'endroit des fiducies résidentes hors Québec. Il devient donc évident que les fiduciaires de telles fiducies devraient dorénavant se garder de faire le choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R., sous peine d'assumer un fardeau fiscal plus important.

3.2. INCIDENCE NÉGATIVE SUR DES SITUATIONS NON VISÉES PAR LE MINISTÈRE DES FINANCES

Dans certaines situations, les choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. peuvent être motivés par des raisons tout à fait autres que l'intention de réduire l'impôt provincial payable. Or, les mesures telles qu'annoncées ne font aucune distinction et viennent contrer l'utilisation de ces dispositions en toutes circonstances, sans égard, comme nous le verrons, aux situations où leur utilisation est légitime, par exemple dans le cas où la fiducie aurait des pertes accumulées ou dans le cas d'une fiducie testamentaire.

3.2.1. Incidence sur l'utilisation des pertes de la fiducie

Une fiducie n'a pas la possibilité de « distribuer » ses pertes à ses bénéficiaires. Si la fiducie subit des pertes, celles-ci s'accumuleront dans la fiducie jusqu'à ce qu'elle gagne du revenu afin de les éponger (ou, alternativement, dans le cas des pertes autres qu'en capital, que celles-ci n'expirent). C'est pourquoi on réfère souvent à la fiducie comme à un « conduit imparfait ». Dans le cas où une fiducie désignée subit des pertes, elle pourrait être désavantagée par les nouvelles mesures québécoises.

Exemple

Prenons l'hypothèse d'une fiducie résidente de Terre-Neuve-et-Labrador, dont le bénéficiaire est résident du Québec, ayant accumulé des pertes autres qu'en capital de 10 000 $ par le passé et qui gagnerait du revenu d'intérêts de 10 000 $ en 2003. Si le revenu de 10 000 $ est payé ou est payable dans l'année au bénéficiaire, les fiduciaires se devront de faire le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. afin que les revenus soient imposés dans la fiducie et viennent éponger les pertes. Dans un tel cas, la fiducie ne paiera aucun impôt fédéral ou provincial. Par ailleurs, le bénéficiaire québécois sera imposé au Québec sur le revenu de 10 000 $ comme si le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. n'avait pas été fait. Or, comme la fiducie n'aura payé aucun impôt provincial dans sa province de résidence, le bénéficiaire n'aura droit à aucun crédit d'impôt au Québec.

Ainsi, les mesures québécoises viennent faire en sorte de refuser les pertes réalisées par une fiducie hors Québec aux fins de l'impôt provincial.

Dans l'éventualité où la fiducie désignée faisant le choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. réaliserait des pertes dans les trois années suivantes, ces pertes pourraient être reportées dans l'année du choix à l'encontre du revenu de la fiducie. Pour l'instant, rien ne semble avoir été prévu pour couvrir ce type de situation. Le bénéficiaire désigné du Québec qui aura été imposé sur le revenu aura-t-il droit à une déduction ou devra-t-il alors amender sa déclaration de revenus pour l'année où il a dû inclure un revenu en vertu des nouvelles règles? Qu'adviendra-t-il du crédit d'impôt non remboursable? Toutes ces questions sont jusqu'à maintenant sans réponse.

3.2.2. Incidence sur les taux d'imposition applicables aux fiducies testamentaires

Contrairement aux fiducies entre vifs, les fiducies testamentaires bénéficient des taux gradués d'imposition tout comme les individus. Les choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. sont donc fréquemment utilisés afin d'accéder aux taux d'imposition gradués applicables aux fiducies testamentaires.

Or, lorsque les nouvelles mesures québécoises sont applicables à une fiducie testamentaire hors Québec, les choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. perdent toute utilité (en plus d'entraîner une surimposition en raison de l'absence d'abattement fédéral, comme expliqué à la section 3.1. ci-dessus).

Exemple

Prenons l'exemple d'un contribuable de l'Ontario qui décède, laissant par voie de testament à ses deux enfants tous ses biens en fiducie, laquelle devra leur verser les revenus gagnés annuellement. La fiducie est résidente de l'Ontario. Un des enfants est résident de l'Ontario et l'autre est résident du Québec. Chacun des enfants gagnant suffisamment de revenus d'emploi pour utiliser complètement les taux gradués d'imposition qui leur sont applicables, il est décidé que les revenus de la fiducie testamentaire seront imposés dans la fiducie, en faisant les choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. En 2003, la fiducie gagne 20 000 $ de revenus d'intérêts. Les bénéficiaires recevront donc de la fiducie les revenus après impôts suivants :

	Bénéficiaire de l'Ontario	**Bénéficiaire du Québec**
Revenus d'intérêts avant impôts	10 000 $	10 000 $
Impôt fédéral payé par la fiducie (16 %)	1 600 $	1 600 $
Impôt de l'Ontario payé par la fiducie (6,05 %)	605 $	605 $
Impôt du Québec payé par le bénéficiaire (24 %)	-	2 400 $
Crédit d'impôt au Québec pour l'impôt ontarien	-	(605 $)
Total des impôts payés	**2 205 $**	**4 000 $**
Revenus nets d'impôt	**7 795 $**	**6 000 $**

Dans notre exemple, le bénéficiaire québécois paie pour sa part 40 % d'impôt sur le montant d'intérêts qu'il reçoit. Le bénéficiaire ontarien, pour sa part, est imposé au taux de 22,05 %. C'est que le bénéficiaire québécois est imposé sur les intérêts reçus de la fiducie au taux marginal supérieur, puisqu'il aura déjà eu recours aux taux d'imposition gradués en raison de ses autres sources de revenus. Le bénéfice des taux gradués de la fiducie testamentaire est donc de beaucoup diminué (ne restera que le bénéfice des taux gradués pour l'impôt fédéral). Qui plus est, le bénéficiaire québécois est également désavantagé compte tenu de l'absence d'abattement fédéral dans le calcul de l'impôt payé par la fiducie, comme expliqué à la section 3.1.

En comparaison, une fiducie testamentaire résidente du Québec qui aurait 10 000 $ de revenus d'intérêts et qui ferait le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. serait imposée de la façon suivante :

	Fiducie testamentaire au Québec
Revenus d'intérêts avant impôts	10 000 $
Impôt fédéral payé par la fiducie (13,36 %)	1 336 $
Impôt du Québec payé par la fiducie (16 %)	1 600 $
Total des impôts payés	**2 936 $**

Le taux d'imposition résultant est donc de 29,36 %. Une différence importante comparée au fardeau fiscal de 40 % soutenu par le bénéficiaire québécois de la fiducie ontarienne.

Il faut noter de plus qu'en vertu des formules utilisées aux paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R., il n'est pas possible de faire un choix en vertu de ces paragraphes pour un seul bénéficiaire. Dans l'exemple ci-dessus, puisqu'un des bénéficiaires est résident de l'Ontario, le fiduciaire pourrait voir un avantage à ce que la fiducie testamentaire fasse le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. Si le fiduciaire agit ainsi, le bénéficiaire québécois sera assujetti aux nouvelles mesures proposées et ne pourra donc en éviter l'application. C'est donc aux fiduciaires de telles fiducies désignées qu'incombera la lourde tâche de faire les choix appropriés, choix qui pourraient néanmoins se révéler être au détriment de leurs bénéficiaires québécois.

4. RECOMMANDATIONS AU MINISTÈRE DES FINANCES

À la lumière des exemples ci-dessus, nous croyons que le ministère des Finances se doit de revoir ses nouvelles mesures, afin d'y apporter les correctifs nécessaires pour empêcher que leur application n'ait un effet punitif ou ne vienne toucher des situations non visées.

4.1. ALLÉGEMENT POUR TENIR COMPTE DE L'ABSENCE D'ABATTEMENT FÉDÉRAL

Outre le crédit d'impôt pour l'impôt provincial payé par la fiducie désignée dans sa province de résidence, nous croyons que le Québec devrait également offrir un crédit pour l'impôt fédéral payé en surplus de l'impôt fédéral qu'aurait payé la fiducie, si elle avait été résidente du Québec. En d'autres mots, un crédit équivalant à 16,5 % de l'impôt fédéral payé par la fiducie sur le revenu qui lui est distribué devrait être accordé au bénéficiaire québécois (équivalant donc à l'abattement fédéral qu'aurait eu la fiducie si elle avait été résidente du Québec).

4.2. ALLÉGEMENT POUR L'UTILISATION DES PERTES D'UNE FIDUCIE

Il faut se rappeler que les paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. ont été instaurés afin de faciliter entre autres l'utilisation des pertes d'une fiducie. Le Québec a intégré ces règles à la législation québécoise pour permettre ce même allégement. Afin d'empêcher que les nouvelles règles proposées ne viennent contrer le mécanisme même d'utilisation des pertes d'une fiducie, le Québec devrait reconnaître le choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. fait par toute fiducie désignée, dans la mesure où ce choix est justifié par l'existence de pertes accumulées par celle-ci.

Qui plus est, dans l'éventualité où une fiducie désignée qui aurait fait le choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. réaliserait des pertes dans les trois années suivant ce choix, pertes qui pourraient être reportées à l'encontre du revenu de la fiducie, le Québec devrait permettre au bénéficiaire d'amender sa déclaration afin d'éliminer l'impôt du Québec payé en raison des nouvelles mesures.

4.3. ALLÉGEMENT POUR LES FIDUCIES TESTAMENTAIRES

Les nouvelles mesures devraient également être modifiées afin de permettre qu'une fiducie testamentaire résidente hors Québec puisse se prévaloir des taux d'imposition gradués sans que les bénéficiaires québécois de telles fiducies ne soient désavantagés. Cela pourrait être accompli de

plusieurs façons, soit en excluant simplement les fiducies testamentaires de l'application des nouvelles mesures (ou à tout le moins en excluant les fiducies testamentaires hors Québec lorsque le contribuable défunt était résident d'une autre province), soit en modifiant le calcul de l'impôt québécois payable par le bénéficiaire sur le revenu reçu de la fiducie de telle sorte que les taux gradués québécois y soient appliqués.

CONCLUSION

L'annonce des nouvelles mesures proposées par le ministère des Finances est venue limiter l'utilisation croissante qui était faite des fiducies aux fins de déplacer les revenus d'un contribuable vers une province autre que le Québec.

Cependant, comme nous l'avons illustré, les mesures telles que proposées ne font pas que dissuader les planifications interprovinciales utilisant des fiducies canadiennes hors Québec, mais ont un effet punitif dès que les choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. sont faits par une telle fiducie, en raison du fait que les mesures ne prennent pas en compte l'absence d'abattement fédéral de l'impôt payable par la fiducie. Qui plus est, les mesures viennent contrer les choix des paragraphes 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. même lorsque les circonstances justifient l'utilisation de ces choix, par exemple dans le cas où la fiducie a subi des pertes, ou dans le cas où l'on veut accéder aux taux d'imposition gradués des fiducies testamentaires. D'où nos recommandations d'apporter certains allégements aux nouvelles mesures proposées.

Nos recommandations n'enlèveraient aucunement le caractère dissuasif des nouvelles mesures – celles-ci continueraient à prévenir l'exode des revenus vers des provinces où les taux seraient plus faibles qu'au Québec. Les mesures, telles que modifiées par nos recommandations, seraient simplement assouplies pour empêcher que les bénéficiaires québécois ne soient assujettis à un fardeau fiscal plus élevé que si la fiducie était résidente du Québec et qu'ils ne soient privés des avantages liés aux pertes ou aux taux d'imposition gradués de ces fiducies.

PARTIE C
Bénéficiaires : leurs modalités de désignation, clauses à éviter, clauses à utiliser

Marc Jolin, B.A., LL. L., M. Fisc., TEP

INTRODUCTION

Le sujet principal qui m'a été attribué dans le cadre du présent panel consiste à examiner, à l'aide d'interprétations techniques rendues ces dernières années, certains des impacts résultant de la façon de nommer les bénéficiaires d'une fiducie entre vifs, de même que certaines incidences fiscales résultant du choix des bénéficiaires.

Les sujets accessoires comprennent les suivants :

- modifications au concept de « fiducie testamentaire »;
- dévolution irrévocable de toutes les participations;
- fiducie exclusive au conjoint et exonération à l'égard du gain en capital;
- fiducie exclusive au conjoint et assurance vie au deuxième décès;
- paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] et « fiducie au profit de soi-même ».

1. BÉNÉFICIAIRES DISCRÉTIONNAIRES DÉSIGNÉS À L'ACTE DE FIDUCIE OU PERSONNES FAISANT PARTIE D'UNE LISTE DE PERSONNES POUVANT DEVENIR BÉNÉFICIAIRES DE LA FIDUCIE

1.1. DANS LE CONTEXTE DU PARAGRAPHE 110.6(14) L.I.R.

Dans une interprétation technique[2], la situation suivante a été présentée à l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »). FIDUCIE A est une fiducie personnelle constituée par M. Z de son vivant.

---

1 *Loi de l'impôt sur le revenu,* L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »); *Loi sur les impôts,* L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

2 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2002-0164995, 7 mai 2003.

FIDUCIE A permet au fiduciaire d'élire les bénéficiaires de façon discrétionnaire parmi une liste de personnes clairement identifiées dans l'acte de fiducie. À ne pas confondre avec la situation où des bénéficiaires font partie d'une liste de bénéficiaires pouvant ou non recevoir du revenu ou du capital à la discrétion du ou des fiduciaires.

À la suite d'une transaction de type « gel » au niveau d'une OPCO[3] détenue par une HOLDCO, FIDUCIE A acquiert de HOLDCO des actions de OPCO. FIDUCIE A ne doit pas avoir souscrit aux actions après le gel, mais ce dernier doit avoir été effectué dans des circonstances où HOLDCO a transféré à FIDUCIE A des actions qu'elle possédait avant le gel mais qui possèdent désormais une valeur marchande minime, souvent à la suite de la déclaration de dividendes en actions[4], ou encore, à la suite d'une conversion de la presque totalité (disons 99,9 %) des actions participantes. Certaines personnes parmi le groupe de bénéficiaires pouvant être désignées par le fiduciaire de FIDUCIE A sont non liées à HOLDCO. Dans les faits, cependant, seuls des bénéficiaires liés à HOLDCO ont été désignés bénéficiaires de FIDUCIE A par le fiduciaire. Évidemment, les personnes suivantes ont un lien de dépendance avec l'auteur du gel, à savoir : son conjoint, ses enfants, ses parents, ses petits-enfants, ses frères et sœurs et ses beaux-frères et belles-sœurs[5].

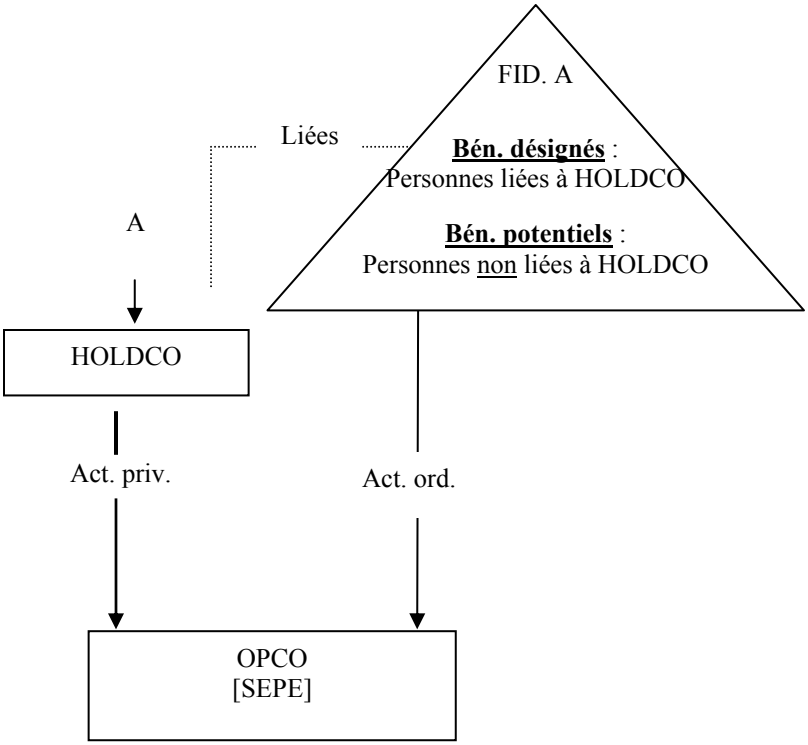
L'organigramme est le suivant :

---

3 Il s'agissait d'une OPCO qui était une SEPE. Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

4 Wolfe GOODMAN, « Can An Estate Freeze Be Accomplish By Payment of a Stock Dividend », dans *Goodman On Estate Planning*, vol. 12, n° 2, Toronto, Federated Press, 2003, p. 979.

5 Par. 251(2) et 251(6) L.I.R.; art. 19.1 et 21 L.I.



La question posée à l'ADRC est de savoir si l'expression « l'ensemble des bénéficiaires » utilisée au sous-alinéa 110.6(14)c)(ii) L.I.R. vise tous les bénéficiaires éventuels pouvant être désignés par le fiduciaire ou bien seulement les bénéficiaires effectivement désignés au moment de la vente des actions.

L'alinéa 110.6(14)c) L.I.R. prévoit une présomption de lien de dépendance entre une fiducie et la personne auprès de laquelle la FIDUCIE A a acquis des actions si l'ensemble des bénéficiaires de la fiducie étaient liés à ladite personne. La présomption est donc utile dans un contexte où la période de détention des actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »)[6] par la fiducie risque d'être inférieure à 24 mois. Donc, aux fins de l'exonération, si la fiducie est réputée avoir acquis les AAPE

[6] Par. 110.6(1) « actions admissibles de petite entreprise » L.I.R.; art. 726.6.1 « actions admissibles d'une société qui exploite une petite entreprise », al. 1 L.I.

d'une personne avec qui elle est liée, la période de détention par la personne de qui la FIDUCIE A a acquis des actions peut être ajoutée à la période de détention des actions par la fiducie qui disposera des actions, faisant en sorte que la période de détention de 24 mois par des personnes autres que des personnes qui ne lui sont pas liées ne coure pas au moment où la FIDUCIE A a acquis des actions, mais plutôt au moment où la personne de qui la FIDUCIE A a acquis les actions les a acquises d'une personne non liée[7].

Dans cette situation, l'ADRC commence par observer que la définition du terme « bénéficiaire », au paragraphe 108(1) L.I.R., ne peut pas être utilisée aux fins d'interpréter l'expression « l'ensemble des bénéficiaires », étant donné que le paragraphe 108(1) L.I.R. ne s'applique qu'aux fins de la sous-section K de la section B de la Partie I L.I.R., donc seulement aux fins des articles 104 à 108 L.I.R. Comme le sens élargi du terme « bénéficiaire » au paragraphe 108(1) « bénéficiaire » L.I.R. ne peut être utilisé, l'ADRC observe qu'il faut donc donner à l'expression « l'ensemble des bénéficiaires » son sens juridique ordinaire en tenant compte du contexte dans lequel elle est utilisée. Le recours au sens civil du terme « bénéficiaire » ne permet pas de trancher la question étant donné qu'il y a autant d'arguments pour prétendre que le terme « bénéficiaire » comprend des bénéficiaires éventuels que d'arguments pour prétendre que le terme ne comprend pas de tels bénéficiaires. Selon l'ADRC, étant donné que le sous-alinéa 110.6(14)c)(ii) L.I.R. est une mesure d'allégement qui a pour objectif de créer un lien de dépendance entre la fiducie et une personne qui y a transféré des actions, l'interprétation retenue dans ledit contexte est celle « voulant que seules les personnes nommées à titre de bénéficiaire au moment de la disposition des actions d'une société par la fiducie devraient être prises en considération ». Donc, il n'y a pas de problème tant que des particuliers non liés ne sont pas nommés bénéficiaires par la fiducie.

1.2. DANS LE CONTEXTE DE L'ARTICLE 6205 DU *RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*[8]

Le terme « bénéficiaire », dans le contexte de la qualification à l'exonération à l'égard du gain en capital lorsque des AAPE sont détenues par une fiducie, est aussi utilisé à la subdivision 6205(2)a)(ii)(A)(III) R.I.R. Le paragraphe 6205(2) R.I.R. définit le concept d'« actions prescrites » pour

---

7 Par. 110.6(1) « actions admissibles de petite entreprise », al. b) L.I.R.

8 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

l'application des paragraphes 110.6(8) et 110.6(9) L.I.R. Ces deux derniers paragraphes sont des dispositions antiutilisation de l'exonération permettant de refuser à un particulier d'utiliser son exonération disponible, par ailleurs,

> « s'il est raisonnable de conclure, compte tenu des circonstances, qu'une partie importante du gain en capital est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur une action – à l'exclusion d'une action visée par règlement – ou que des dividendes versés sur une telle action au cours de l'année ou au cours d'une année d'imposition antérieure étaient inférieurs au montant correspondant à 90 % du taux de rendement annuel moyen sur l'action pour cette année ».

Donc, si une action est visée par règlement, le paragraphe 110.6(8) L.I.R. ne s'appliquera pas.

Comme le paragraphe 6205(2) R.I.R. s'applique aux fins des paragraphes 110.6(8) et 110.6(9) L.I.R., qu'il est aussi une mesure d'allégement qui a pour objectif de déterminer les situations où la règle antiévitement prévue au paragraphe 110.6(8) L.I.R. ne s'applique pas et que le terme « bénéficiaire » au paragraphe 6205(2) R.I.R. n'est pas celui que l'on retrouve au paragraphe 108(1) « bénéficiaire » L.I.R., la position de l'ADRC à l'égard du terme « bénéficiaire » au paragraphe 6205(2) R.I.R. devrait être exactement la même que celle qu'elle a adoptée dans ladite interprétation technique[9] dans le contexte du sous-alinéa 110.6(14)c)(ii) L.I.R.

Dans la définition d'« actions prescrites » à la subdivision 6205(2)a)(ii)(A)(III) R.I.R., les nouvelles actions ordinaires à la suite d'un gel doivent appartenir « à une fiducie qui ne comprend comme bénéficiaires que le premier actionnaire ou des personnes qui ont un lien de dépendance avec lui ».

En effet, si un bénéficiaire de la Fiducie n'est pas lié à l'auteur du gel, les actions que détient la Fiducie ne sont pas des « actions prescrites » et elles seront alors sujettes à la règle antiévitement (ou antiréclamation de l'exonération à l'égard du gain en capital imposable) prévue aux paragraphes 110.6(8) et 110.6(9) L.I.R. Cette règle peut cependant être respectée si des dividendes raisonnables ont été effectivement payés chaque année.

---

9 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2002-0164995, 7 mai 2003.

1.3. ANALYSE

Même si dans une fiducie les personnes qui n'ont pas de lien de dépendance avec l'auteur du gel ne sont pas bénéficiaires de la fiducie selon le droit civil du Québec tant que le fiduciaire n'a pas exercé sa faculté d'élire, il faut se demander si des personnes non liées avec l'auteur du gel sont des bénéficiaires de la fiducie aux fins de la loi.

La question du concept fiscal de « bénéficiaire » a été soulevée dans l'affaire *Doriga Trust* c. *MRN*[10]. Dans cette décision, le commissaire St-Onge mentionne :

> « Dame Doriga n'est pas bénéficiaire au sens du Code civil mais elle l'est en fait et aussi en vertu du droit commun. Par conséquent, elle peut être considérée comme une autre personne et détenant un intérêt à ce titre, puisqu'elle est bénéficiaire en fait, et aussi suivant le droit commun, et que c'est la *Loi de l'impôt fédérale* qui est en jeu[11]. »

C'était la dernière fois que la question de l'interprétation du terme « bénéficiaire » était soulevée dans un jugement de nature fiscale. Il se dégage de cette décision que les règles de la *common law* combinées avec le texte de la loi servent à déterminer aux fins de la loi si une personne est un bénéficiaire d'une fiducie constituée selon le *Code civil du Québec*[12]. Comme des personnes non liées à l'auteur du gel (tels oncle, tante, cousin) ne sont pas des bénéficiaires actuels de la fiducie, mais qu'elles pourraient le devenir dans l'avenir à la suite de l'exercice de la faculté d'élire par le fiduciaire, ces derniers bénéficiaires détiennent certainement un « droit de bénéficiaire »[13] selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, même si les droits ne sont pas encore matérialisés (et qu'ils ne le seront peut-être jamais). Mais sont-ils des bénéficiaires? Le mot *beneficiary* est défini ainsi dans *The Dictionnary of Canadian Law*[14] : « A person entitled to benefit from a trust or will ». Il se dégage de cette définition qu'en vertu du droit commun, une personne n'est pas bénéficiaire tant qu'elle n'a pas le droit (*entitled*) de recevoir des bénéfices aux termes d'un acte de fiducie.

---

10 81 D.T.C. 85 (C.R.I.).

11 *Id*.

12 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

13 Al. 248(25)a) L.I.R.

14 Daphne DUKELOW et Betsy NUSE, *The Dictionnary of Canadian Law*, Scarborough, Ont., Carswell, 1991.

Dans *Malkin* c. *MRN*[15], la Cour de l'Échiquier a défini ainsi le terme « bénéficiaire » aux fins de la loi : « A beneficiary is one for whose benefit property is held by trustees or executors […] ».

Dans l'ouvrage de Jacques Beaulne[16], nous pouvons lire : « Le bénéficiaire est celui qui est désigné à profiter des biens ou de l'existence de la fiducie. »

> « […] l'article 1260 C.c.Q. ne considère plus le bénéficiaire comme un élément constitutif indispensable de la fiducie : il suffit que la fiducie ait une fin. Naturellement, dans beaucoup de cas, cette "fin particulière" à laquelle réfère l'article est personnifié dans un bénéficiaire[17]. »
>
> « En certaines circonstances, le constituant, plutôt que de désigner lui-même ses bénéficiaires, choisi d'en confier la tâche à un tiers, le plus souvent le fiduciaire[18]. »
>
> « Selon l'article 1282 C.c.Q., le bénéficiaire peut en effet être désigné par faculté d'élire que le constituant accorde au fiduciaire[19]. »
>
> « En premier lieu, la faculté d'élire consentie par le constituant peut consister, soit en un mandat de désignation, soit en un mandat d'attribution. Le premier, dont il est question à l'article 1282 al.1 "in limine" C.c.Q., permet au constituant d'autoriser à l'avance son fiduciaire à déterminer les bénéficiaires. Dans le cas du mandat d'attribution, la fin de ce même alinéa permet que soit conféré au fiduciaire le droit de déterminer les biens qui entreront dans le lot de chacun des bénéficiaires. On a dit de ce dernier qu'il ne s'agissait pas d'une véritable faculté d'élire, car ce mandat consiste en l'octroi d'un pouvoir qui permet une "attribution équitable" des biens entre les bénéficiaires[20]. »

Il se dégage de ladite analyse que dans le cas d'une faculté d'élire de type « mandat de désignation »[21], une personne faisant partie d'un groupe pouvant être désignée par le titulaire de la faculté d'élire n'aurait pas le statut

---

15 [1938-39] C.T.C. 128; 1 D.T.C. 456.

16 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 134.

17 *Id*., p. 136.

18 *Id*., p. 142.

19 *Id*., p. 143.

20 *Id*., p. 144.

21 John E. C. BRIERLEY, « Powers of appointment in Quebec civil Law », (1992), vol. 95, n°s 3-4 *Revue du Notariat*, p. 131 et vol. 95, n°s 5-6, p. 245.

de bénéficiaire tant qu'il **n**'aurait **pas** été déterminé par le fiduciaire. Dans le cas où la faculté d'élire consiste en un « mandat d'attribution », tous les particuliers pouvant recevoir du revenu ou du capital selon un tel mandat d'attribution sont des bénéficiaires.

Cette distinction peut être utile dans le contexte d'autres législations fiscales. Pensons par exemple à la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*[22], en particulier les paragraphes 20e) et 20e.1) L.D.M.I.

2. BÉNÉFICIAIRES ÉVENTUELS EN CAS DE DÉCÈS DE TOUS LES BÉNÉFICIAIRES

Dans une interprétation technique[23], l'ADRC s'est penchée sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans les quatre situations suivantes :

Situation 1

M. A constitue une fiducie pour le bénéfice exclusif de son conjoint, sa vie durant. Après le décès du conjoint, des personnes autres que M. A sont bénéficiaires de la fiducie et, au décès du conjoint et de tous les autres bénéficiaires, l'actif de la fiducie doit être distribué conformément aux termes du testament du conjoint bénéficiaire de la fiducie.

Situation 2

Il s'agit d'une fiducie identique à celle décrite précédemment, sauf qu'il n'y a pas d'autres bénéficiaires de la fiducie après le décès du conjoint. Dans ce dernier cas aussi, le capital de la fiducie doit être distribué conformément aux termes du testament du conjoint.

Dans ces deux situations, l'ADRC est d'avis que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique étant donné qu'il y avait une probabilité, même si elle est très faible, dans l'éventualité où le conjoint et tous les autres bénéficiaires seraient décédés, que le capital de la fiducie revienne au constituant par l'application de la faculté d'élire accordée au conjoint selon l'acte de fiducie.

---

22 L.R.Q., c. D-15.1. (ci-après « L.D.M.I. »).

23 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2002-0116535, 19 février 2002.

Situation 3

M. A constitue une fiducie pour le bénéfice de son conjoint, sa vie durant. Après le décès de son conjoint, des particuliers autres que M. A deviennent bénéficiaires de la fiducie et au décès de Mme A et de tous les autres bénéficiaires, le capital de la fiducie doit être distribué conformément aux termes du testament de M. A.

Situation 4

M. A constitue une fiducie pour le bénéfice de son conjoint, sa vie durant. Après le décès de son conjoint, le capital de la fiducie doit être distribué après le décès du conjoint selon les termes du testament du constituant, M. A.

Dans les situations 3 et 4, l'ADRC est d'avis que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquent étant donné que, selon le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R., il y avait une possibilité que les biens puissent « être transportés à des personnes devant être désignées par la personne [dont les biens ont été reçus] après la création de la fiducie », c'est-à-dire par le constituant, M. A. Il est assez fréquent dans le contexte d'une fiducie entre vifs de vouloir avoir un mécanisme souple permettant de déterminer à qui sera remis le solde du capital de la fiducie dans l'éventualité où les principaux bénéficiaires sont tous décédés. Dans le contexte d'un gel, par exemple, l'auteur du gel est souvent cofiduciaire de la fiducie qui détient les nouvelles actions participantes et il préfère avoir un mécanisme lui permettant de déterminer parmi l'ensemble de ses héritiers *ab intestat* et, occasionnellement, les héritiers *ab intestat* de son conjoint, qui pourra recevoir le capital de la fiducie si tous les bénéficiaires principaux sont décédés. Il n'y a aucun problème à prévoir une telle clause dans un acte de fiducie **à la condition** évidemment de prévoir qu'en aucun cas, le capital ne pourra être remis au constituant ainsi qu'à des personnes ayant remis des biens à la fiducie.

Nous devons aussi retenir de ladite interprétation technique[24] que pour éviter l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., il ne faut pas accorder au constituant d'une fiducie (de même qu'à toute autre personne ayant subséquemment remis des biens à la fiducie) de faculté d'élire pouvant être exercée aux termes de son testament.

---

[24] *Id.*

Dans les situations où une faculté d'élire par testament est accordée à une personne, rappelons que ce type de faculté d'élire est spécifiquement prévu au paragraphe 104(1.1) L.I.R., et que si une telle faculté d'élire est prévue à l'acte de fiducie, elle doit être accompagnée d'une clause voulant que la faculté ne puisse en aucun cas être exercée en faveur du constituant et de toute personne qui aurait remis des biens à la fiducie. En d'autres termes, ce n'est pas le fait que la faculté d'élire soit accordée à un bénéficiaire-fiduciaire qui déclenche l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., mais bien le fait que par l'exercice de cette faculté d'élire, les biens puissent revenir au constituant ou à une personne qui aurait remis des biens à la fiducie.

Une autre situation où une faculté d'élire par testament ne déclencherait pas l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. serait celle où une telle faculté d'élire ne pourrait être exercée qu'après le décès du constituant (si celui-ci est le seul qui a remis des biens à la fiducie).

3. FACULTÉ D'ÉLIRE DANS UN CONTEXTE DE FIDUCIE POUR SOI

Dans une interprétation technique[25], l'ADRC a examiné quelques situations de faculté d'élire dans un contexte de « fiducie pour soi » (avant 65 ans) prévue aux sous-alinéas 73(1.01)c)(ii) L.I.R. et 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

Les questions soumises à l'ADRC visaient différentes variétés de facultés d'élire et les questions posées par les contribuables consistaient à savoir si une personne avait un droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé par rapport au paragraphe 104(1.1) L.I.R.).

L'ADRC rappelle qu'il y a deux exigences au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. dont la première est que « le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien ». Sur ce premier critère, l'ADRC rappelle que si l'auteur de la fiducie se réserve une faculté illimitée d'élire à l'égard du capital de la fiducie, un tel pouvoir n'aura pas pour effet de provoquer un changement de la propriété effective du bien. Cependant, toujours selon l'ADRC, si le constituant se réserve une **faculté limitée d'élire**, le transfert du bien à une telle fiducie aurait pour effet de changer la propriété effective du bien.

---

25 *Id.*, interprétation technique 2000-0048735, 24 mai 2001.

Ainsi, par rapport au deuxième critère, énoncé au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. (c'est-à-dire qu'aucune personne n'a de droit à titre de bénéficiaire), il ne peut s'agir que de droit à titre de bénéficiaire dans le contexte d'**une faculté illimitée d'élire**. Ainsi, une faculté illimitée d'élire dans le contexte d'une « fiducie pour soi » constituée hors du Québec ne peut être exercée que par testament. Tout bénéficiaire d'une telle faculté d'élire ne serait pas considéré comme un bénéficiaire aux fins du paragraphe 104(1.1) L.I.R., lequel paragraphe s'applique aux fins du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. Rappelons qu'au Québec, une faculté illimitée d'élire est réputée nulle[26].

Cependant, si une faculté illimitée d'élire que se serait réservé le constituant peut être exercée de son vivant (qu'il le fasse ou non), une personne pourrait avoir un droit autre qu'un droit découlant des dispositions du testament d'un bénéficiaire de la fiducie et, en conséquence, l'alinéa 104(1.1)a) L.I.R. ne s'appliquerait pas pour exclure une personne qui serait par ailleurs un bénéficiaire ou détiendrait par ailleurs un « droit de bénéficiaire » dans la fiducie au sens de cette dernière expression au paragraphe 248(25) L.I.R. Sans l'alinéa 104(1.1)b) L.I.R., il est possible de prétendre que n'importe qui pouvant hériter de la participation d'un bénéficiaire dans une fiducie, par application des règles des successions *ab intestat*, possèderait un droit éventuel à titre de bénéficiaire de la fiducie. L'alinéa 104(1.1)b) L.I.R. clarifie que de telles personnes ne sont pas considérées comme ayant un droit de bénéficiaire dans la fiducie mais seulement aux fins énumérées au paragraphe 104(1.1) L.I.R., c'est-à-dire le paragraphe 104(1) « fiducie » L.I.R. et l'alinéa 104(4)a.4) « fiducie pour soi » L.I.R. De plus, l'alinéa 104(1.1)b) L.I.R. ne s'appliquerait pas à l'égard d'un droit éventuel pouvant survenir aux termes de l'acte de fiducie même si ce droit résulte d'une « clause d'échec » (*failure clause*) contenue à l'acte de fiducie. Même si les droits d'une telle personne aux termes d'une « clause d'échec » peuvent être exprimés en relation avec les règles des successions *ab intestat*, le droit tirerait alors son origine de l'acte de fiducie et ne découlerait pas des dispositions du testament d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie ni des règles des successions *ab intestat*. Donc, un tel droit ne serait pas visé par l'alinéa 104(1.1)a) L.I.R.

---

[26] Marc JOLIN, « Faculté d'élire et planification testamentaire », (1991), vol. 1, n° 10 *La lettre fiscale québécoise*, p. 73; *The Royal Trust* c. *SMRQ*, [1990] R.D.F.Q. 3 (C.A.); *Brodie (Succession de),* C.A. Montréal, n° 500-09-001123-868, 26 juin 1989. Selon l'article 1282 C.c.Q. : « En cas de fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif. » (Notre soulignement)

Ainsi, si l'acte de « fiducie pour soi » stipule qu'advenant le décès du constituant avant la liquidation de la fiducie, le capital de la fiducie sera remis aux héritiers *ab intestat* du constituant, un tel droit des héritiers *ab intestat* **ne** serait **pas** visé par l'alinéa 104(1.1)a) L.I.R. parce que les droits de ces héritiers découlent des termes de l'acte de fiducie et non seulement des règles des successions *ab intestat*. À l'inverse, si l'acte de fiducie ne prévoit rien, selon l'application de l'article 1297 C.c.Q., le capital de la fiducie sera remis aux héritiers du constituant, testamentaires ou *ab intestat*, selon qu'il possède un testament ou non sauf que, dans ce dernier cas, le droit des héritiers ne découle pas des termes de l'acte de fiducie mais seulement des « dispositions du testament » ou « de la loi régissant le décès *ab intestat* d'un particulier ».

PARTIE D
Pot-pourri

Daniel Gosselin, CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton

Marc Jolin, B.A., LL. L., M. Fisc., TEP

Stéphane Leblanc, CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

1. ÉVALUATION D'UNE PARTICIPATION DANS UNE FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE (DANIEL GOSSELIN)

L'existence d'un risque pour les bénéficiaires de ne recevoir ni revenu ni capital d'une fiducie discrétionnaire rend l'évaluation de la participation d'une telle fiducie pratiquement impossible. Bien que le risque assumé par les bénéficiaires soit un facteur déterminant, plusieurs autres aspects sont à considérer lors de la détermination de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») d'une telle participation. Ainsi, l'espérance de vie des bénéficiaires, la nature juridique et le caractère économique des éléments d'actifs de la fiducie, la valeur actuelle et future prévues des éléments d'actifs, l'obligation fiscale potentielle et l'existence d'acquéreurs disposés à obtenir une telle participation sont d'autres facteurs qui interviennent lors de l'évaluation de la participation. Par conséquent, étant donné la difficulté d'établir sans équivoque la valeur d'une participation d'une fiducie discrétionnaire, plusieurs auteurs sont d'avis que la valeur de la participation devrait être en pratique, nulle. Cette opinion n'est cependant pas partagée par l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »).

Dans une interprétation technique datée du 3 avril 2003[1], l'ADRC s'est prononcée sur la question. L'ADRC est d'avis qu'il est « irraisonnable » de conclure qu'une participation dans une fiducie discrétionnaire n'a aucune valeur du seul fait que sa valeur est difficile à déterminer. Selon l'ADRC, en l'absence d'une stipulation à l'acte de fiducie qui indique au fiduciaire en faveur de quel bénéficiaire plutôt qu'un autre le revenu et/ou le capital doit être distribué, la valeur des participations des bénéficiaires doit être approximativement égale. Par contre, dans une situation où les probabilités pour un bénéficiaire de recevoir un revenu et/ou un capital sont moins élevées, il peut être approprié d'escompter la valeur d'une participation et

[1] *Tax Net* (en ligne), Scarborough, Ont. Carswell, interprétation technique 2003-0181465, 3 avril 2003.

d'augmenter la valeur d'une autre. Ainsi, tout comme dans l'évaluation des actions d'une entreprise, l'évaluateur doit utiliser son jugement et être objectif dans la sélection et l'analyse des différents facteurs qui peuvent modifier l'évaluation de la participation.

La position de l'ADRC est donc défavorable aux particuliers détenant une participation dans une fiducie discrétionnaire, et ce, particulièrement lorsque les conditions d'application de l'alinéa 69(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] sont satisfaites. En effet, advenant le cas où un contribuable dispose d'une participation dans une fiducie discrétionnaire au moyen d'une donation entre vifs ou en dispose sans contrepartie ou moyennant une contrepartie inférieure à la JVM, et ce, en faveur d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, il sera réputé avoir reçu, à la suite de la disposition, une contrepartie égale à la JVM et ainsi, un gain en capital sera réalisé. Notons que l'alinéa 69(1)b) L.I.R. trouve aussi application lorsque la participation est disposée en faveur d'une fiducie et que la disposition n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien.

2. MODIFICATIONS AU CONCEPT DE « FIDUCIE TESTAMENTAIRE » (MARC JOLIN)

Les propositions législatives du 20 décembre 2002 présentent une modification à la définition de « fiducie testamentaire » au paragraphe 108(1) L.I.R. La modification proposée s'applique aux années d'imposition de fiducies se terminant après le 20 décembre 2002[3].

Le concept de fiducie testamentaire est de nouveau restreint en y ajoutant une nouvelle exception. La première exception remonte à une modification prenant effet le 12 novembre 1981 aux termes de laquelle une fiducie, qui était par ailleurs une « fiducie testamentaire », perd son statut de fiducie testamentaire dans le cas d'une fiducie créée après le 12 novembre 1981 si, avant la fin de l'année d'imposition, des biens sont **remis** à la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès[4]. Cette première restriction avait été introduite pour mettre fin à la technique suivante.

---

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

3 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 20 décembre 2002, par. 45(4).

4 Par. 108(1) « fiducie testamentaire », al. b) L.I.R. Pour une analyse plus détaillée, voir Marc JOLIN, *Les impôts sur le revenu et le décès*, t. 2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, feuilles mobiles, chapitre 2, titre 1, partie 2.

Un particulier décède. Aux termes de son testament, il lègue à une fiducie testamentaire constituée pour le bénéfice de son partenaire de golf une somme de 1 000 $. Quelques semaines après le décès du particulier, le partenaire de golf transfère des biens dont les caractéristiques fiscales ne provoquent aucun impôt lors du transfert à la fiducie, tels obligations, certificats de dépôt et actions privilégiées de compagnies dont le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») est égal à leur JVM. Comme en 1981 le paragraphe 104(13.1) L.I.R. n'existait pas encore, le revenu de la fiducie provenant non seulement du capital légué à la fiducie (1 000 $) mais aussi du montant transféré par le bénéficiaire de la fiducie (disons 200 000 $ d'actions privilégiées rapportant 13 % l'an) était imposé dans le revenu de la fiducie en faisant en sorte qu'aucun paiement de revenu ne soit effectué dans l'année au cours de laquelle le revenu avait été gagné. Au début de l'année d'imposition subséquente, un prélèvement sur le capital égal au revenu gagné après impôts au taux d'impôt de la fiducie était effectué sans incidences fiscales en faveur du partenaire de golf. En pratique, la technique permettait de faire imposer au taux d'impôt progressif applicable à la fiducie testamentaire[5] des revenus qui auraient été souvent imposés au taux d'impôt marginal maximum entre les mains du bénéficiaire du revenu.

Une règle transitoire avait été prévue pour les fiducies créées avant le 12 novembre 1981[6]. Les restrictions apportées en 1981 à la définition de « fiducie testamentaire » ont mis fin à l'utilisation de la technique décrite ci-dessus.

Il est donc possible de ne pas perdre le statut de « fiducie testamentaire » si le transfert de biens à la fiducie n'est pas une remise. Dans quel cas un transfert de biens à une fiducie n'est pas une remise? Dans le cas d'un prêt authentique. L'ADRC a émis l'opinion qu'un prêt authentique n'est pas considéré comme une remise de biens aux fins de l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.[7]

L'extrait pertinent du paragraphe 75(2) L.I.R. est le suivant : « À la condition que ces derniers […] puissent […] revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus […] », alors que

---

5 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 117.

6 Par. 108(1) « fiducie testamentaire », al. c) L.I.R.

7 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, décision anticipée 2002-0168463, 2002; interprétations techniques 2000-0042505, 30 avril 2001; 9811115, 6 juillet 1998; 924425, 16 décembre 1992; 9225695, 13 janvier 1993; 9207365, 22 juillet 1992.

l'extrait pertinent du paragraphe 108(1) « fiducie testamentaire », al. b) L.I.R. est : « […] des biens ont été remis à la fiducie ».

La version anglaise du paragraphe 75(2) L.I.R. utilise le terme *received* alors que la version anglaise de la partie pertinente du paragraphe 108(1) L.I.R. utilise le terme *contributed*.

Dans le contexte du paragraphe 108(1) « fiducie testamentaire » L.I.R., l'ADRC a adopté la même position dans l'interprétation technique du 29 novembre 1993[8] et, dans le contexte du concept d'« auteur » d'une fiducie, l'ADRC avait déjà tenu des propos similaires[9].

Étant donné que les fiducies testamentaires sont imposées selon les tables d'impôt applicables aux particuliers[10], il est fiscalement avantageux de s'organiser pour que des revenus de placement soient imposés au niveau d'une « fiducie testamentaire ». Comme l'ADRC[11] a déjà émis l'opinion, à quelques reprises, qu'un prêt authentique n'est pas considéré comme une remise de biens, les planifications suivantes étaient parfois utilisées.

Exemple

M. A prévoit la constitution d'une fiducie en faveur de son fils Alfred en léguant la somme de 1 000 $ à une fiducie familiale de fractionnement en faveur d'Alfred et de ses enfants. À la suite du décès de M. A, Alfred prête sans intérêt une somme de 300 000 $ à la fiducie, laquelle somme est remboursable, disons, à raison de 10 000 $ par année pendant 30 ans.

Si ce capital placé génère un revenu de 30 000 $ par année et que ledit particulier était imposé au taux d'impôt marginal par ailleurs, nous obtenions les résultats suivants au Québec pour l'année 2002 :

---

8 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9319185, 29 novembre 1993.

9 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-374, « Signification des termes "auteur ou disposant" », 16 mai 1977, par. 5 : « Ainsi, un prêt consenti à une fiducie ou un achat fait à la pleine valeur du bien par une fiducie ne constituent pas une contribution. »

10 Par. 117(2) L.I.R.

11 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 7.

Sans fiducie

Revenu marginal d'Alfred	30 000 $
Impôt (49,215 %)	14 764 $

Avec fiducie

Si le 30 000 $ est imposé au niveau de la fiducie, nous obtenons l'impôt à payer suivant :

30 000 $ X 29,36 % =	8 808,00 $
ÉPARGNE D'IMPÔT	**5 956,50 $**

Ceci explique la raison de la nouvelle exception qui se retrouve au paragraphe 108(1) « fiducie testamentaire », al. d) L.I.R. Ce nouvel alinéa stipule que ne sera pas une fiducie testamentaire « une fiducie qui, à un moment après le 20 décembre 2002 et avant la fin de l'année d'imposition, contracte une dette ou une autre obligation de payer un montant à un bénéficiaire ou à une personne ou une société de personnes avec laquelle le bénéficiaire a un lien de dépendance, ou un montant garanti par un bénéficiaire ou une telle personne ou société de personnes, sauf s'il s'agit d'une dette ou autre obligation due à un bénéficiaire donné de la fiducie », et qui remplit d'autres critères analysés ci-dessous.

Avec l'amendement proposé dans les propositions législatives, une fiducie comme dans l'exemple précédent perdrait alors son statut de fiducie testamentaire pour devenir une fiducie non testamentaire imposée au fédéral au taux d'impôt marginal maximum[12] et, au Québec, au taux du deuxième palier d'imposition, diminuant considérablement l'économie d'impôt à payer[13].

Certains types d'emprunts dont l'objectif n'est manifestement pas de profiter d'un certain fractionnement de revenu que procure l'utilisation d'une fiducie testamentaire pourront être contractés par une fiducie sans que cette dernière ne perde son statut de fiducie testamentaire.

---

[12] Par. 122(1) L.I.R., taux de 29 % (avant abattement du Québec).

[13] Art. 768 L.I.

Une dette ainsi contractée par une fiducie testamentaire, par ailleurs, n'aura pas pour effet de lui faire perdre son statut de fiducie testamentaire s'il s'agit d'une dette ou d'une autre obligation due à un bénéficiaire donné de la fiducie et contractée par cette dernière en règlement du droit de ce bénéficiaire :

- soit d'exiger le versement d'une somme sur le revenu payable par la fiducie à ce bénéficiaire;
- soit d'exiger le versement d'une somme sur les gains en capital payables par la fiducie à ce bénéficiaire;
- soit de recevoir par ailleurs une partie quelconque du capital de la fiducie.

Ainsi, tout emprunt par la fiducie servant soit à verser du revenu dans le sens civil ou fiscal du terme, ou encore du revenu fiscal étant du capital civil, ou servant à financer une remise de capital à un bénéficiaire n'aurait pas pour effet de faire perdre à la fiducie son statut de fiducie testamentaire.

De même, un billet à demande émis par la fiducie au bénéfice d'un bénéficiaire en paiement de revenu de la fiducie n'aurait pas pour effet de faire perdre à la fiducie son statut de fiducie testamentaire.

3. DÉVOLUTION IRRÉVOCABLE DE TOUTES LES PARTICIPATIONS (MARC JOLIN)

Parmi les fiducies qui ne sont pas sujettes aux règles de dispositions présumées des immobilisations détenues en fiducie après 21 ans du moment de sa constitution, se trouve la fiducie, définie au paragraphe 108(1) « fiducie », al. g) L.I.R., à savoir : « la fiducie dont l'ensemble des participations, à ce moment, ont été dévolu irrévocablement […] ».

Dans une interprétation technique[14], l'ADRC a précisé qu'au moment de la dévolution irrévocable de toutes les participations au seul bénéficiaire de la fiducie, qu'aucune disposition par la fiducie de ses immobilisations ne se produit à ce moment et que par rapport au bénéficiaire, ce dernier n'est pas réputé avoir disposé de sa participation dans la fiducie. Il existe en effet deux grandes variétés de fiducies dont l'ensemble des participations ont été

[14] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 7, interprétation technique 2000-0038195, 7 novembre 2001.

dévolues irrévocablement. Dans la première variété, la fiducie est rédigée de telle sorte qu'à compter du moment de la constitution de la fiducie, les participations sont toutes dévolues irrévocablement au (aux) bénéficiaire(s). La deuxième variété de fiducie est rédigée de telle sorte que la dévolution irrévocable de l'ensemble des participations s'opère à un moment ultérieur à la constitution de la fiducie, généralement quelques mois avant le premier jour de disposition prévu au paragraphe 104(4) L.I.R. Ici encore, il existe deux façons différentes de rédiger des actes de fiducie. Selon la première méthode, la nature et l'étendue de chaque participation ainsi que les bénéficiaires de chaque participation sont déjà identifiés avec précision dans l'acte de fiducie. Dans le deuxième type de rédaction, celui que je préfère, le choix définitif de la nature, de l'étendue et du type de participation ainsi que des bénéficiaires qui recevront chaque participation au revenu et au capital est fixé dans le cadre d'un acte d'attribution irrévocable à être signé par les fiduciaires à un moment qui précède généralement le premier jour de disposition présumé d'immobilisations selon le paragraphe 104(4) L.I.R. Dans ce dernier cas, les fiduciaires ont la flexibilité d'attribuer différentes participations à différents bénéficiaires. L'ADRC souligne cependant qu'à partir du moment où une participation au capital est irrévocablement dévolue à un bénéficiaire, qu'au décès de ce dernier, sa participation au capital dans la fiducie étant une immobilisation sera sujette à la disposition présumée conformément à l'application de l'alinéa 70(5)a) L.I.R.

4. ARRÊT *DAVID, SARAH ET RACHELLE GOLDBERG* C. *LA REINE*[15] (STÉPHANE LEBLANC)

La Cour canadienne de l'impôt a donné une leçon à la famille Goldberg quant à l'utilisation de sa fiducie familiale. En effet, celle-ci a confirmé la cotisation visant l'application de l'alinéa 160(1)b) L.I.R. des paiements reçus par les bénéficiaires de la fiducie familiale Goldberg, soit les enfants mineurs du Dr Goldberg.

4.1. LES FAITS

Dr Goldberg a constitué une fiducie familiale au cours de 1991 dans le but de soutenir financièrement ses enfants. Dr Goldberg était le seul fiduciaire et avait l'entière discrétion quant à la distribution des revenus et du capital de la fiducie. Au cours des années 1998 et 1999, Dr Goldberg a autorisé le paiement par la fiducie au bénéfice de ses trois enfants des frais de scolarité d'une école privée ainsi que des frais de camp de vacances. Les

[15] 2003 D.T.C. 190 (C.C.I.) (ci-après « *Goldberg* »).

paiements ont été faits directement aux institutions, et ce, sans que les enfants n'en soient conscients.

Au cours des années 1998 et 1999, la fiducie avait des soldes à payer au Ministère à la suite de l'avis de cotisation émis relativement aux années 1995 et 1996. L'incapacité de payer de la fiducie a forcé le Ministère à appliquer l'alinéa 160(1)b) L.I.R., fondé sur le fait que la fiducie avait transféré un bien, directement ou indirectement, aux enfants en payant leurs frais de scolarité et de camp de vacances.

4.2. LA DÉCISION

La Cour devait se pencher à savoir si la fiducie avait transféré des biens, directement ou indirectement, à des personnes qui étaient âgées de moins de 18 ans.

L'argument des appelants voulait que le paiement des frais par la fiducie ne représentait pas un transfert de biens en faveur des enfants puisque les enfants n'avaient pas acquis de biens. Cet argument était fondé sur l'arrêt *Leblanc* c. *La Reine*[16].

Après avoir analysé le paragraphe 160(1) L.I.R. et en se fondant entre autres sur l'arrêt *Susan Jane Medland* c. *La Reine*[17], le juge a considéré que lorsque la fiducie a payé les frais de scolarité et de camp de vacances pour les enfants, elle a transféré indirectement cet argent aux enfants. Les enfants en ont bénéficié par les services rendus par l'école et le camp de vacances. Selon l'arrêt *Medland*, il a été prouvé que la nature du bien transféré à l'origine peut être différente de la nature du bien effectivement reçu. Ici, l'argent a en quelque sorte été converti en services pour les enfants.

Les enfants n'étaient pas au courant que la fiducie avait payé les frais de scolarité et de camp de vacances, car ils ignoraient l'existence même de la fiducie. Les appelants ont tenté de faire valoir que l'article 160 L.I.R. ne pouvait s'appliquer étant donné qu'ils ignoraient l'opération. Le juge a indiqué qu'on ne retrouve rien à l'article 160 L.I.R. qui aurait justifié un tel argument.

---

16 99 D.T.C. 410 (C.C.I.) (ci-après « *Leblanc* »).

17 98 D.T.C. 6358 (C.A.F.) (ci-après « *Medland* »).

4.3. CONCLUSION

On peut se poser des questions quant à un élément de cette décision. Le juge s'est fondé sur l'arrêt *Medland* pour affirmer que la nature d'un bien transféré à l'origine peut être différente de la nature d'un bien effectivement reçu. Dans l'arrêt *Goldberg*, c'est un service qui a effectivement été reçu et non un bien. Est-ce que la conclusion aurait été différente si le juge avait tenu compte de cette nuance? Lorsqu'un contribuable a reçu un bien dans des circonstances où l'article 160 L.I.R. trouve application, il est normal qu'il ait à rembourser les impôts. Ici, les enfants ne peuvent utiliser le bien reçu pour rembourser les impôts, car il n'y a pas de bien reçu, mais seulement un service rendu.

Il est difficile d'apporter des arguments pour s'opposer à ce type de situation étant donné le sens large de l'article 160 L.I.R. La famille Goldberg l'a appris malgré elle.

5. ARRÊT *HALL* C. *LA REINE*[18] (DANIEL GOSSELIN)

Le jugement rendu dans l'arrêt *Hall* est particulièrement important puisqu'il peut avoir des répercussions en pratique sur le moment de l'imposition d'un revenu reçu pour un bénéficiaire d'une fiducie.

Les faits de cette cause peuvent être résumés comme suit. La Royal Trust Company of Canada (ci-après « Royal Trust ») était le seul exécuteur testamentaire et le seul fiduciaire de la succession de M. Herbert L., oncle de trois légataires résiduaires. La Royal Trust avait émis un feuillet T5 d'un montant de 5 193 $ à chacun des légataires résiduaires pour les revenus d'intérêts réalisés au cours de l'année d'imposition 2000. Ces revenus d'intérêts n'ont par contre pas été versés aux légataires avant l'année d'imposition 2001 puisqu'une querelle existait entre la Royal Trust et un des trois légataires. Puisque la position des trois contribuables indiquait que l'administration de la succession n'était pas complétée et qu'aucune distribution n'avait été effectuée au profit de ceux-ci au cours de l'année d'imposition 2000, ils n'avaient pas à inclure ce revenu en 2000 mais bien en 2001, lors de la distribution du revenu. La position du Ministère, quant à elle, indiquait que les revenus d'intérêts étaient imposables en 2000 étant donné que les montants étaient devenus payables au cours de cette même année, et ce, en vertu des paragraphes 104(13) L.I.R. et 104(24) L.I.R. Le Ministère était d'avis que les contribuables avaient le droit d'exiger le

[18] 2003 D.T.C. 779 (C.C.I.) (ci-après « *Hall* »).

paiement des sommes au cours de l'année d'imposition 2000 étant donné que la liquidation de la succession s'était effectuée en janvier 2000.

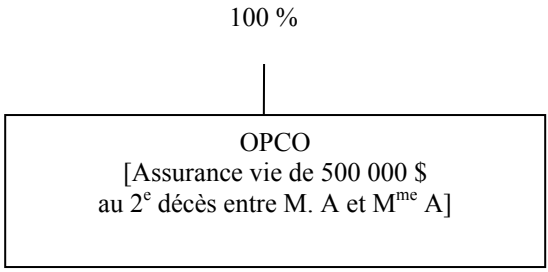
Dans cette affaire, la requête des contribuables a été accueillie. Le juge a conclu que la Royal Trust n'avait pas complété l'administration de la succession en 2000 et que les montants en question n'étaient pas payables aux contribuables, car ils n'avaient pas la « qualité de revenu » au cours de cette même année. En fondant son opinion sur un arrêt de la Cour suprême du Canada[19], le juge a déterminé que les montants n'avaient pas la « qualité de revenu », puisque les contribuables n'avaient pas un droit absolu sur leur distribution et ainsi, aucune valeur ne pouvait être réalisée.

6. FIDUCIE EXCLUSIVE AU CONJOINT ET EXONÉRATION À L'ÉGARD DU GAIN EN CAPITAL (MARC JOLIN)

Dans une interprétation technique[20], l'ADRC a exprimé son opinion sur la qualification des actions d'une société à titre d'« actions admissibles de petite entreprise » (ci-après « AAPE ») au décès du conjoint survivant bénéficiaire d'une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint.

La situation est la suivante : M. A détient 100 % des actions de OPCO. OPCO est propriétaire et bénéficiaire d'une police d'assurance vie de 500 000 $ payable au dernier décès de M. A et de son épouse Mme A. M. A décède et lègue toutes les actions de OPCO à une fiducie exclusive au bénéfice de Mme A. Mme A décède subséquemment.

Illustration **Situation initiale**

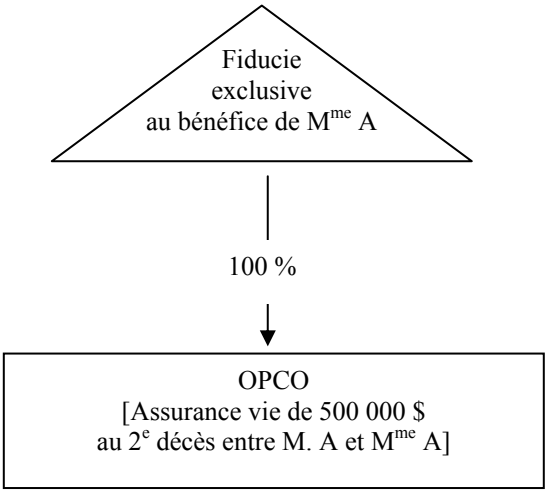


[19] *Gagnon* c. *La Reine*, [1986] R.C.S. 264.

[20] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 7, interprétation technique 2001-0103735, 4 avril 2002.

M. A décède.

Situation après le décès de M. A



La première question est de savoir si la présomption prévue à l'alinéa 110.6(14)g) L.I.R. s'applique. Cette présomption, aux fins de la définition d'AAPE, stipule qu'une action qui aurait été une AAPE immédiatement avant le décès d'un particulier sera réputée être une telle action du particulier si elle a été une AAPE à un moment donné au cours de la période de 12 mois précédant le décès du particulier.

Comme le décès est généralement un événement non planifié et qu'au moment de la disposition présumée, selon le paragraphe 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. a) L.I.R., la société doit être une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »)[21], la présomption à l'alinéa 110.6(14)g) L.I.R. a pour effet de ne pas disqualifier à titre d'AAPE des actions d'une société dont le critère de 90 % n'aurait pas été respecté au moment du décès, à la condition que ledit critère ait été respecté « à un moment donné au cours de la période de 12 mois précédent le décès du particulier ».

[21] Dont le critère essentiel aux fins du présent texte est que la totalité ou presque de la JVM des éléments d'actifs de la société privée dont le contrôle est canadien doit être utilisée principalement dans une entreprise que la société exploite activement principalement au Canada.

Selon l'ADRC, comme une fiducie, bien que réputée être un particulier, n'est pas susceptible de décéder, l'alinéa 110.6(14)g) L.I.R. est inapplicable aux fins de déterminer si les actions détenues par une fiducie constituent des AAPE au sens du paragraphe 110.6(1) L.I.R. En conséquence, dans le cas où des actions sont détenues par une fiducie, il devient extrêmement important de mettre en place un mécanisme de purification continu afin de s'assurer que la société dont la fiducie détient des actions que l'on désire voir qualifier à titre d'AAPE (souvent au décès du conjoint survivant) maintienne en tout temps son statut de SEPE[22], c'est-à-dire que la société n'ait jamais plus de 10 % de la JVM totale de tous ses actifs dans des placements qui ne servent pas à l'exploitation d'un entreprise active principalement au Canada.

7. FIDUCIE EXCLUSIVE AU CONJOINT ET ASSURANCE VIE AU DEUXIÈME DÉCÈS (MARC JOLIN)

Dans la situation décrite au paragraphe précédent, la règle prévue à l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. s'applique-t-elle? Rappelons que cet alinéa contient des règles applicables justement dans le cas où une personne dont la vie est assurée par une société est propriétaire d'actions du capital-actions de la société donnée. Une de ces règles prévoit que la JVM de la police d'assurance vie est réputée correspondre, à un moment antérieur au décès de l'assuré, à la « valeur de rachat », au sens du paragraphe 148(9) L.I.R., de la police à ce moment.

La deuxième règle prévue au sous-alinéa 110.6(15)a)(ii) L.I.R. prévoit que la JVM globale des éléments d'actifs d'une société qui constituent le produit d'une police d'assurance vie dont la société donnée est bénéficiaire dans la mesure où le produit est utilisé directement ou indirectement au cours d'une période de 24 mois commençant au moment du décès de l'assuré afin de racheter, d'acquérir ou d'annuler les actions données dont l'assuré était le propriétaire immédiatement avant son décès, sera réputée, jusqu'au dernier parmi les jours énumérés ci-après, ne pas dépasser la « valeur de rachat », au sens du paragraphe 148(9) L.I.R., de la police immédiatement avant le décès de l'assuré. Ces jours sont :

- le jour de ce rachat, de cette acquisition ou de cette annulation;
- le 60e jour suivant le paiement du produit dans le cadre de la police.

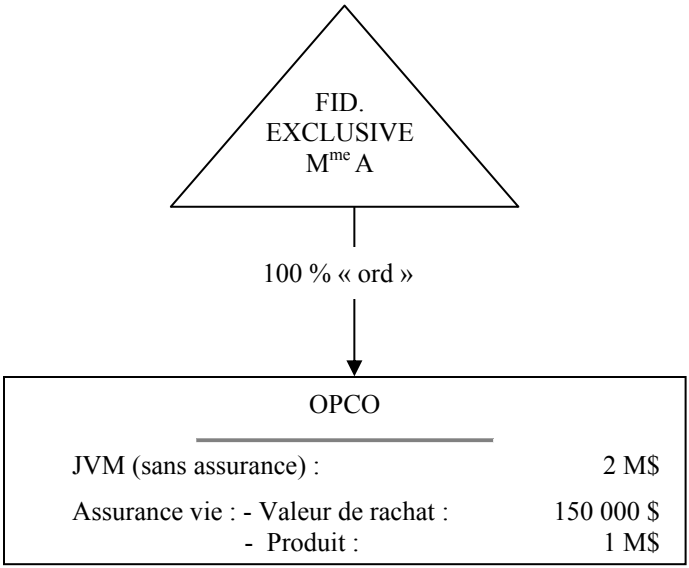
---

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

La question devient importante, compte tenu de la réponse à la question examinée au paragraphe précédent. En effet, si dans le cas où des actions sont détenues par une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, la société dont la fiducie détient des actions doit nécessairement se qualifier de SEPE au moment du décès du conjoint survivant, c'est-à-dire doit nécessairement utiliser plus de 90 % de la JVM de ses actifs dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise principalement au Canada, il faut se demander, aux fins de déterminer si les actions détenues par la fiducie se qualifient ou non à l'exonération à l'égard du gain en capital imposable, si le produit de l'assurance vie payable au moment du décès du particulier dont la vie est assurée doit être évalué à la « valeur de rachat » ou à un montant se rapprochant du produit de l'assurance[23].

Pour illustrer le problème, ajoutons des données à l'exemple discuté à la section 6. ci-dessus. Supposons que la JVM des actions détenues par la fiducie représentant toutes (100 %) les actions émises et en circulation de la société s'élève à 2 M$ sans tenir compte des assurances vie.

Organigramme :



[23] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-416R3, « Évaluation des actions d'une corporation qui touche le produit d'une assurance vie au décès d'un actionnaire », 10 juillet 1987, par. 4-5.

Si nous évaluons la police d'assurance vie à 150 000 $, le pourcentage d'actifs non admissibles aux fins du statut de SEPE s'élèverait à :

$$\frac{150\,000\ \$}{2\,150\,000\ \$} = 6{,}98\ \%$$

Si la police d'assurance vie est évaluée à un montant se rapprochant de son produit, la JVM des actifs non admissibles serait calculée ainsi :

$$\frac{950\,000\ \$}{2\,950\,000\ \$} = 32{,}20\ \%$$

Dans ce dernier cas, si l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. ne s'applique pas, les actions ne sont pas des AAPE et ne se qualifient pas à la déduction de 250 000 $ de gain en capital imposable.

L'ADRC a répondu à la question de savoir si l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. s'applique ou non, en ces termes :

> « Dans la mesure où la Fiducie est régie par la législation de la province de Québec, l'alinéa 248(3)f) de la Loi trouvera cependant application. Aux termes de cette disposition, les biens sur lesquels une personne a, à un moment donné, un droit de bénéficiaire dans une fiducie, sont réputés être la propriété effective de la personne à ce moment. Par conséquent, en vertu de l'alinéa 248(3)f) de la Loi, les actions d'OPCO détenues par la Fiducie sont réputées être la propriété effective de Madame A pour les fins de la Loi et l'alinéa 110.6(15)a) de la Loi trouvera donc application afin de déterminer si les actions d'OPCO se qualifient à titre d'AAPE au sens du paragraphe 110.6(1) de la Loi[24]. »

Donc, dans l'exemple précité, étant donné que l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. s'applique aux fins de déterminer si les actions détenues par la fiducie se qualifient d'AAPE, la JVM de la police serait évaluée à sa « valeur de rachat ».

Même si l'interprétation technique a été rendue dans le contexte d'une fiducie testamentaire exclusive au bénéfice du conjoint, la réponse devrait être identique si la fiducie qui avait détenu les actions avait été une fiducie

---

24 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 7, interprétation technique 2001-0103735, 4 avril 2002.

entre vifs exclusive au bénéfice du conjoint[25], une fiducie en faveur de soi-même[26] ou une fiducie mixte au profit du conjoint ou du conjoint de fait[27].

La même règle pourrait aussi s'appliquer chaque fois que des actions sont détenues par une fiducie entre vifs en dehors de tout contexte de roulement. Par exemple, pensons à des actions ordinaires d'une société privée détenues par une fiducie familiale de fractionnement constituée entre vifs à la suite d'un gel successoral. Souvent, de telles actions font l'objet d'une convention entre actionnaires et peuvent se qualifier d'AAPE

Compte tenu du motif par lequel l'ADRC en arrive à la conclusion que l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. s'applique, c'est-à-dire en s'appuyant sur l'alinéa 248(3)f) L.I.R., il faut que la personne dont la vie est assurée soit bénéficiaire de la fiducie. Ceci ne posera aucun problème dans le cas d'une fiducie en faveur de soi-même ou d'une fiducie mixte au profit du conjoint ou du conjoint de fait. Ainsi, dans le cas où les actions sont détenues par une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie mixte au profit du conjoint ou du conjoint de fait, l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. devrait généralement trouver application étant donné que la personne assurée sera généralement celle qui est bénéficiaire de ces fiducies.

Cependant, dans le cas où des actions d'une société privée sont détenues par une fiducie familiale entre vifs à la suite d'une opération de type « gel successoral », il serait important que la personne dont la vie est assurée soit bénéficiaire de la fiducie en question, car si elle n'est pas bénéficiaire, l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. ne s'appliquera pas aux fins de déterminer si les actions sont des AAPE ou non, ce qui pourrait avoir comme conséquences que la JVM de la police d'assurance vie de la personne dont la vie est assurée pourrait valoir beaucoup plus que la « valeur de rachat » de la police immédiatement avant son décès. Donc, les actions risquent de perdre leur statut de AAPE.

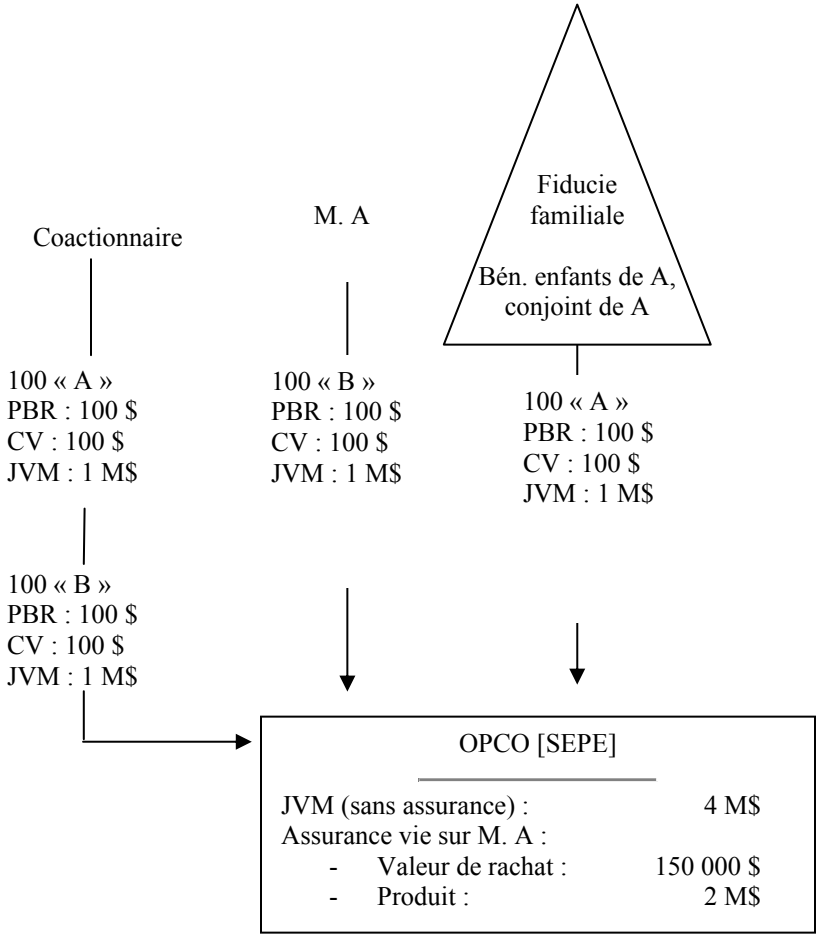
---

25 Visée au paragraphe 73(1) L.I.R.

26 Par. 248(1) « fiducie en faveur de soi-même » L.I.R.

27 Par. 248(1) « fiducie mixte au profit du conjoint ou du conjoint de fait » L.I.R.

Exemple [10 ans après un gel] :



Dans le cas où des actions sont détenues par une fiducie entre vifs comme dans l'exemple ci-dessus, la difficulté peut être contournée si le moment de la disposition réelle des actions **ne** coïncide **pas** avec le moment du décès de la personne dont la vie est assurée mais que ce moment est différé non seulement après le moment de l'encaissement du produit de l'assurance vie mais après le moment où le produit de l'assurance encaissé par la société à la suite du décès du particulier dont la vie était assurée a été remis à l'actionnaire survivant. Il faut donc trouver une méthode alternative à celle qui consiste à prévoir un achat obligatoire des actions de l'actionnaire

décédé, de la société qu'il contrôle ou de la fiducie au bénéfice des membres de sa famille, suivi de la déclaration d'un dividende à même le compte de dividendes en capital (résultant de l'encaissement du produit de l'assurance vie) à l'actionnaire survivant qui utilise alors l'argent afin d'acquérir les actions sujettes à la convention entre actionnaires. La méthode suivante permettrait de ne pas tomber dans le piège potentiel prévu à l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. dans le cas d'actions appartenant à une telle fiducie.

La convention entre actionnaires peut prévoir que les actions détenues par la fiducie et qui doivent faire l'objet d'une vente à l'actionnaire survivant à la suite du décès de l'actionnaire feront l'objet d'un échange à la valeur stipulée dans la convention, échange sujet aux dispositions de l'article 51 L.I.R. en des actions privilégiées. À la suite de l'encaissement du produit de l'assurance vie, la société déclarerait à l'actionnaire survivant un dividende sur la totalité des actions participantes qu'il détient. La société étant alors redevenue une SEPE et les actions de ladite société des AAPE, l'actionnaire survivant procéderait alors à l'acquisition des actions privilégiées appartenant à la fiducie. Les bénéficiaires de la fiducie à qui du gain en capital imposable est payé (par. 104(13) L.I.R. et art. 21.2 L.I.R.) au cours de l'année durant laquelle ledit gain est réalisé peuvent ainsi utiliser leur solde d'exonération à l'égard du gain en capital imposable.

Dans le cas où, à la suite d'une transaction de type « gel successoral », des actions participantes appartiennent à une fiducie familiale entre vifs dont l'auteur du gel, la personne assurée, n'est pas bénéficiaire, pourrait-il se produire, qu'aux fins de déterminer si les actions de la personne dont la vie est assurée se qualifient d'AAPE, que l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. s'applique, c'est-à-dire que la JVM de l'assurance sur sa vie sera évaluée à la « valeur de rachat », alors que pour déterminer si les actions appartenant à la fiducie familiale pour le bénéfice de ses enfants et faisant l'objet d'une disposition au même moment en faveur des mêmes personnes se qualifient ou non à titre d'AAPE, l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. ne s'applique pas, car la personne dont la vie est assurée aux termes de la police d'assurance vie n'est pas réputée propriétaire des actions détenues par la fiducie selon la présomption prévue à l'alinéa 248(3)f) L.I.R.? En réalité, l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. s'applique aussi bien aux actions détenues par la fiducie qu'à celles détenues par l'auteur du gel étant donné que l'actionnaire, auteur du gel, demeure tout de même « propriétaire d'actions données du capital-actions de la société donnée » et c'est selon ce critère que l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. s'applique. Ainsi, le mécanisme de convention entre actionnaires mentionné précédemment est donc important seulement lorsque la personne dont la vie est assurée ne détient plus directement aucune action dans la société.

8. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. ET « FIDUCIE AU PROFIT DE SOI-MÊME » (MARC JOLIN)

Dans une interprétation technique[28], l'ADRC a répondu à plusieurs questions concernant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à la « fiducie au profit de soi-même ».

Dans la première question posée, l'ADRC rappelle que pour satisfaire le critère prévu au sous-alinéa 73(1.01)c)(ii) L.I.R., voulant que le « particulier a le droit de recevoir, sa vie durant, tous les revenus de la fiducie », cela n'implique aucunement que le capital de la fiducie puisse ou doive revenir au constituant. Ainsi, les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliqueront uniquement lorsque les fiduciaires auront le pouvoir de remettre du capital au constituant d'une telle fiducie. Ainsi, sur le plan fiscal, il y a deux variétés de « fiducie au profit de soi-même » (par. 248(1) L.I.R.), soit celles auxquelles le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique et celles auxquelles le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas. Comme pour les autres règles d'attribution, le revenu sujet à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. est « tout revenu […] résultant des biens ou de biens y substitués […] ». Ainsi, les revenus provenant du revenu des biens pouvant revenir à l'auteur du transfert ne sont pas visés par les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. De tels revenus seront cependant inclus dans le calcul du revenu du constituant par application du paragraphe 104(13) L.I.R. étant donné que ces revenus sont, aux fins de satisfaire l'exigence stipulée au sous-alinéa 73(1.01)c)(ii) L.I.R., payables au bénéficiaire du revenu, auteur du transfert.

La deuxième question posée à l'ADRC était de savoir entre les mains de qui le gain en capital imposable résultant de la disposition présumée des immobilisations à la suite du décès du bénéficiaire du revenu d'une « fiducie au profit de soi-même » doit être ajouté étant donné que selon l'alinéa 104(4)a) L.I.R., le moment de la disposition présumée est « à la fin de chacun des jours suivants », dont « le jour du décès du contribuable » et que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquent alors plus étant donné que ce paragraphe cesse de s'appliquer au décès de l'auteur du transfert. Ainsi, tout gain en capital imposable réalisé à la disposition présumée des immobilisations de la fiducie sera en principe imposé au niveau de la fiducie.

---

[28] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 7, interprétation technique 2001-0114045, 11 juillet 2002.

L'ADRC ajoute que si une partie du gain en capital imposable est payée à un bénéficiaire du capital après le décès du bénéficiaire du revenu et que ce montant serait inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire du capital conformément aux dispositions du paragraphe 104(13) L.I.R., malgré le fait que la fiducie ne puisse réclamer la déduction de ce montant ainsi payé au bénéficiaire du capital à cause de la division 104(6)b)(i)(C) L.I.R., il sera toujours possible à la fiducie de faire le choix conformément aux dispositions du paragraphe 104(13.2) L.I.R. afin que le montant ainsi payé au bénéficiaire du capital ne soit pas considéré avoir été payé audit bénéficiaire du capital, éliminant ainsi tout risque de double imposition.

La troisième question posée à l'ADRC concernait les exigences de la production d'une déclaration T3 dans les situations où tout le revenu de la fiducie doit être ajouté directement au revenu du constituant selon les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. Référant au Guide de la T3[29], l'ADRC précise que si le revenu de la fiducie excède 100 $, la fiducie doit produire un formulaire T3 que le revenu soit attribuable ou non au constituant selon le paragraphe 75(2) L.I.R. Pour s'assurer que ce revenu ne sera pas comptabilisé dans le revenu de la fiducie, un feuillet T3 devrait être préparé à l'égard du constituant et l'annexe 9 du formulaire T3 devrait aussi être complété, indiquant que le revenu a été attribué au constituant. La même mesure s'applique à tout gain en capital imposable ou perte terminale réalisé par la fiducie.

---

[29] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *T-3 – Guide des fiducies 2003* (T4013).

PLANIFICATION DANS UN CONTEXTE DE CHANGEMENT DES TAUX D'IMPÔT CORPORATIF ET DES PARTICULIERS

Jean-François Thuot
CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 40:5

1. RÉMUNÉRATION DE L'ACTIONNAIRE DIRIGEANT 40:7

1.1. RÉMUNÉRATION COURANTE DE L'ACTIONNAIRE DIRIGEANT 40:7
1.1.1. Revenu de la société totalement admissible à la déduction accordée aux petites entreprises 40:7
1.1.2. Revenu de la société excédant 300 000 $ 40:8
1.2. DOIT-ON TOUJOURS DÉCLARER DES BONIS IMPORTANTS EN FIN D'ANNÉE EN EXCÉDENT DES BESOINS DE L'ACTIONNAIRE? 40:8
1.3. RÉMUNÉRATION SOUS FORME DE GAIN EN CAPITAL 40:10
1.4. IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT 40:11
1.4.1. Fédéral 40:11
1.4.2. Québec 40:12
1.4.3. Conclusion 40:14

2. VENTE D'ENTREPRISE EXPLOITÉE PAR UNE SOCIÉTÉ 40:14

2.1. UTILISATION DU REVENU PROTÉGÉ 40:15
2.1.1. Introduction 40:15
2.1.2. Exemple et conclusion traditionnelle de la pertinence du revenu protégé 40:16
2.1.3. Extraction du revenu protégé sous forme de gain en capital 40:19
2.1.4. Forcer l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cadre d'une purification 40:20
2.2. STRATÉGIE PERMETTANT D'UTILISER LE TAUX RÉDUIT DE 50 % DES IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES 40:25
2.2.1. Vente directe des actions 40:25
2.2.2. Vente préalable des actifs en faveur d'une filiale 40:26
2.2.3. Montant additionnel pouvant être réclamé à titre de dépense en immobilisations admissibles par l'acquéreur des actions 40:28

3. RÉALISATION DE PERTES EN CAPITAL CORPORATIVES 40:28

3.1. UNE SOCIÉTÉ RENTABLE ET UNE SOCIÉTÉ DÉFICITAIRE 40:29
3.1.1. Aucune réorganisation 40:29
3.1.2. Réorganisation afin d'utiliser les pertes de Perteco 40:30
3.1.3. Conclusion 40:30
3.2. UNE SOCIÉTÉ DÉTENANT DES BIENS À PLUS-VALUE ET À MOINS-VALUE 40:31
3.2.1. Le bien avec une moins-value n'a pas été disposé 40:31
3.3. LE BIEN AVEC UNE MOINS-VALUE A ÉTÉ DISPOSÉ 40:32
3.4. RÉORGANISATION PROPOSÉE 40:32

4. LES SOCIÉTÉS DE GESTION 40:33

4.1. INTÉGRATION DES SOCIÉTÉS DE GESTION 40:33
4.2. REVENU ÉTRANGER – INCIDENCE SUR L'IMRTD 40:34
4.3. EXTRAIRE L'IMRTD 40:36

5. PLANIFICATION *POST MORTEM* 40:37

5.1. OBJECTIF DE LA PLANIFICATION *POST MORTEM* DANS UN CADRE CORPORATIF 40:37
5.2. INCIDENCES DE LA RÉDUCTION DES TAUX D'IMPOSITION DU GAIN EN CAPITAL – MAINTIEN DU GAIN EN CAPITAL POUR LE DÉCÉDÉ 40:40
5.3. PRÉSENCE D'IMRTD 40:42

6. PERTINENCE DE DÉTENIR DES TITRES DE CROISSANCE À L'INTÉRIEUR D'UN RÉGIME ENREGISTRÉ 40:42

CONCLUSION 40:44
ANNEXE 1 ..... 40:45
ANNEXE 2 ..... 40:46
ANNEXE 3 ..... 40:47
ANNEXE 4 ..... 40:48
ANNEXE 5 ..... 40:49

INTRODUCTION[1]

C'est une vérité de La Palice d'affirmer que la fiscalité est un domaine dans lequel les changements sont quotidiens. En effet, pour différents motifs, les gouvernements apportent régulièrement des modifications à la loi fiscale. De plus, des dispositions législatives complexes font en sorte que les tribunaux ont à analyser et à interpréter ces dispositions de façon régulière. Finalement, les autorités fiscales changent de temps à autre leur interprétation de ces dispositions. Le praticien, quant à lui, est « écrasé » par une documentation de plus en plus volumineuse.

Rares sont les changements qui ont eu un effet aussi important que la modification apportée au taux d'inclusion du gain en capital durant l'année 2000 et la baisse récente des taux corporatifs visant le revenu d'entreprise. Ces deux changements figurent parmi les plus importants de la dernière décennie. Les fiscalistes ont dû abandonner certaines stratégies fiscales et évidemment en créer de nouvelles. L'humble objectif de ce texte est de faire ressortir certaines conséquences en matière de planification fiscale qu'ont eues ces deux changements.

Ce texte comporte six parties. Nous verrons en premier lieu l'incidence de ces deux changements sur la politique de rémunération de l'actionnaire dirigeant. Nous nous questionnerons alors, entre autres, sur la pertinence de diminuer le revenu imposable de la société à l'aide d'un boni de fin d'année. Nous discuterons également de stratégies nouvelles de rémunération de l'actionnaire dirigeant.

En deuxième partie, nous discuterons de l'incidence de ces deux changements sur certaines planifications lors de la vente d'une entreprise exploitée par une société. Nous nous questionnerons, entre autres, sur l'utilité d'extraire le revenu protégé et proposerons une technique de planification utilisant la baisse des taux d'inclusion sur les immobilisations admissibles.

---

[1] Le présent texte traite de questions complexes. La documentation proposée est basée sur des lois et des pratiques qui sont susceptibles de changement. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu de ce texte comme substitut à des conseils professionnels spécialisés en rapport avec une question particulière. Le texte a été préparé avec soin, mais aucune des personnes ayant participé à sa présentation n'accepte de responsabilité légale relativement à son contenu ou aux conséquences pouvant résulter de son usage.

En troisième partie, nous analyserons l'incidence de ces deux changements sur l'utilisation de pertes en capital dans un cadre corporatif. Nous verrons alors qu'un des réflexes naturels d'un « bon » fiscaliste devra être modifié, compte tenu de ces changements.

En quatrième partie, nous discuterons de l'incidence de ces deux changements sur les sociétés de gestion. Entre autres, nous discuterons des modifications quant au calcul de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») lorsque la société obtient parmi ces revenus du revenu de placement étranger.

En cinquième partie, nous discuterons de la planification *post mortem* d'un actionnaire détenant à son décès des actions d'une société privée. Encore ici, nous constaterons que certaines stratégies fiscales mises en place dans le passé devront être adaptées à la nouvelle réalité de gain en capital imposable à 50 %.

Finalement, nous discuterons de la pertinence de détenir des placements de croissance (c'est-à-dire des placements générant un gain en capital lors de leur disposition) à l'intérieur d'un régime enregistré.

Hypothèses retenues dans le cadre de ce texte

Ce texte aborde les conséquences fiscales pour un particulier qui réside au Québec. Les taux d'imposition employés lors de la détermination des conséquences fiscales pour les particuliers sont les taux marginaux maximums pour l'année 2003. Pour un revenu de dividendes de sociétés canadiennes, le taux utilisé est de 32,8 %. Le taux général utilisé est de 48,2 %. Lorsque ce texte traite de la réception d'un dividende par un particulier, à moins d'indication contraire, nous voulons faire référence à un dividende reçu d'une société canadienne imposable. À l'exception de la section 1.4., les conséquences en matière d'impôt minimum de remplacement n'ont pas été analysées. Le lecteur doit donc être prudent quant à l'interprétation de certains résultats.

Sur le plan des sociétés, nous avons considéré que les sociétés impliquées étaient des sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »). Les taux corporatifs utilisés sont les suivants :

- Revenu d'entreprise inférieur à 225 000 $ 22,05 %
- Revenu entre 225 000 $ et 300 000 $ 31,05 %

- Revenu supérieur à 300 000 $ 33,05 %
- Revenu de placement 52,12 %

De plus, certaines stratégies fiscales abordées dans le cadre du présent texte n'ont pas reçu « l'approbation » des autorités fiscales ou des tribunaux. Pour cette raison, le praticien doit être prudent avant de mettre en place certaines d'entre elles et devra tenter de quantifier le risque fiscal, notamment en tenant compte de l'application possible de la règle générale antiévitement. Toutefois, dans plus d'une situation, nous verrons que la mise en place de ces structures permettra l'obtention d'économies fiscales intéressantes.

1. RÉMUNÉRATION DE L'ACTIONNAIRE DIRIGEANT

La réduction des taux d'imposition du gain en capital ainsi que celle des taux d'imposition des sociétés ont eu une incidence importante sur la rémunération de l'actionnaire dirigeant. L'objectif du texte n'étant pas de discuter en profondeur de la rémunération de l'actionnaire dirigeant, nous attirerons votre attention sur certains points particuliers. L'une des variables importantes est la présence d'IMRTD. Ce sujet sera couvert à lui seul à la section 4.3.

1.1. RÉMUNÉRATION COURANTE DE L'ACTIONNAIRE DIRIGEANT

1.1.1. Revenu de la société totalement admissible à la déduction accordée aux petites entreprises

La règle générale selon laquelle, lorsque le revenu se qualifie à la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») prévue au paragraphe 125(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2], il est préférable d'opter pour une rémunération axée sous forme de dividendes plutôt que sous forme de salaires s'applique comme avant[3]. Tout comme par le passé,

---

[2] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). À moins de mention expresse à l'effet contraire, chaque référence à la *Loi de l'impôt sur le revenu* comprendra aussi un renvoi aux dispositions correspondantes de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

[3] Voir à ce sujet, Élaine-Nathalie LAMONTAGNE, « Nouvelle dynamique de réalisation d'un gain ou d'une perte en capital et du revenu d'entreprise active », dans *Colloque – Savoir profiter de la réduction des taux d'imposition du gain en capital et du revenu des sociétés*, 122, Montréal, Association de planification fiscale et

(à suivre…)

l'analyse de la rémunération optimale doit s'effectuer cas par cas et certaines variables précises doivent être étudiées. Par exemple, lorsque l'actionnaire désirera contribuer à un régime enregistré, une partie de sa rémunération devra provenir d'un salaire[4].

Vous retrouverez, à l'annexe 1, une comparaison salaire *versus* dividende. On constate que lorsque l'actionnaire est au taux marginal maximum, la réception d'un dividende est préférable de 1,94 %.

1.1.2. Revenu de la société excédant 300 000 $

Lorsque le revenu de la société excède 300 000 $ et n'est pas admissible à la déduction pour bénéfice de fabrication et de transformation[5], la rémunération axée sous forme de salaire sera généralement préférable à celle axée sur le versement de dividendes. Cette conclusion demeure vraie, même en tenant compte de la réduction des taux d'imposition des entreprises. L'annexe 1 compare les deux modes de rémunération. On peut constater que le salaire est préférable au dividende de 5,51 % en 2003 et de 4,09 % en 2004.

1.2. DOIT-ON TOUJOURS DÉCLARER DES BONIS IMPORTANTS EN FIN D'ANNÉE EN EXCÉDENT DES BESOINS DE L'ACTIONNAIRE?

Il y a quelques années, lorsque le revenu d'entreprise exploitée activement (ci-après « REEA ») par une société excédait 200 000 $, il n'était pas rare de voir une société procéder à la déclaration de bonis importants à son actionnaire dirigeant afin de ramener le revenu imposable de la société à un montant de 200 000 $. L'actionnaire utilisait le boni ainsi reçu afin de le réinvestir dans la société. En effet, l'objectif était d'éliminer le phénomène de double imposition, c'est-à-dire d'éviter qu'un revenu d'entreprise soit imposé à un taux élevé au niveau de la société, dans un premier temps et, dans un deuxième temps, que ce revenu soit imposé sous forme de dividende imposable lors de la remise des sommes aux actionnaires.

(…suite)
financière, 2002, pp. 3:1-69 et Luc LACOMBE, « Les sociétés de portefeuille ont-elles encore leur utilité? », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 8:1-59.

4 Art. 146 L.I.R., définition de « revenu gagné aux fins des régimes enregistrés d'épargne-retraite » (ci-après « REÉR »).

5 Art. 125.1 L.I.R.

La déclaration de bonis en fin d'année a pour effet d'imposer des revenus au niveau de l'actionnaire à un taux de 48,2 % au lieu d'imposer le revenu au niveau de la société à un taux de 33,05 %. Il y a donc un coût fiscal de 15,15 % à procéder de la sorte. Ce coût fiscal permet toutefois d'éviter le phénomène de double imposition, c'est-à-dire d'imposer le revenu au niveau de la société à 33,05 % et de l'imposer par la suite lors du retrait sous forme de dividende imposable à 32,8 %.

Nous croyons que dans la majorité des cas, cette stratégie n'est plus utile, pour trois raisons. Premièrement, dans bien des circonstances, les sommes imposées dans la société et non distribuées à l'actionnaire ne seront pas imposables ultérieurement comme dividende, mais bien comme gain en capital. En effet, les sommes capitalisées au niveau de la société pourront être matérialisées à l'aide de la réalisation d'un gain en capital plutôt que sous forme de dividende en trois circonstances :

- lors de la vente des actions de la société, un gain en capital sera réalisé sur ces dernières concernant les sommes capitalisées dans la société;

- lors du décès de l'actionnaire, un gain en capital sera réalisé sur les actions en rapport avec les sommes capitalisées dans la société[6];

- en effectuant certaines planifications discutées à la section suivante.

L'extraction des sommes de la société sous forme de gain en capital plutôt que de dividende permet d'éviter le phénomène de double imposition.

La deuxième raison militant en faveur de la non-déclaration de bonis en excédent des besoins de l'actionnaire est que cette déclaration de bonis pourra s'effectuer dans les années subséquentes tant que l'entreprise sera exploitée par la société et que l'actionnaire dirigeant sera impliqué dans les opérations de celle-ci[7].

La troisième raison militant en faveur de la non-déclaration de bonis en excédent des besoins de l'actionnaire est le temps. En effet, même si les

---

6 Nous verrons à la section 5. comment extraire les actifs de la société en préservant le caractère de gain en capital lors du décès.

7 Dans la mesure où le boni est raisonnable en vertu de l'article 67 L.I.R. Voir à ce sujet la position des autorités fiscales dans *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2001-0064055, 26 mars 2001.

surplus sont imposés sous forme de dividende générant ainsi une sous-intégration[8], le fait d'imposer les sommes au niveau de la société permet d'obtenir un report d'impôts de 15,15 %. Ce report d'impôts permettra de compenser, après quelques années, le coût éventuel ultime de la sous-intégration.

L'écart favorable entre les taux d'imposition corporatifs rattachés au REEA et ceux des individus continuera à favoriser l'accumulation d'actifs à l'intérieur d'une société. En effet, une société générant des bénéfices excédant les besoins de vie de l'actionnaire a avantage à conserver ceux-ci à l'intérieur de la société, compte tenu du report d'impôts important.

1.3. RÉMUNÉRATION SOUS FORME DE GAIN EN CAPITAL

La réduction des taux d'inclusion du gain en capital a créé un écart favorable pour l'actionnaire dirigeant à se rémunérer sous forme de gain en capital dans certaines circonstances. Vous trouverez, à l'annexe 1, les sommes nettes reçues par un actionnaire dirigeant lorsque les actifs de la société sont extraits de la société sous forme de salaire, de dividende ou bien de gain en capital au niveau de l'actionnaire.

Une des méthodes permettant d'extraire certains actifs de la société sous forme de gain en capital sera démontrée à l'aide d'un exemple[9]. Prenons la situation d'un entrepreneur (ci-après « M. A ») détenant la totalité des actions d'une société (ci-après « Opco »). Opco a été constituée en 1990 par M. A.

M. A pourrait échanger ses actions ordinaires en contrepartie d'actions privilégiées et de nouvelles actions ordinaires. Lors de cet échange, M. A effectuerait le choix de déclencher un gain en capital[10]. M. A disposerait par la suite de ses actions privilégiées en faveur d'une nouvelle société (ci-après « Holdco ») en contrepartie d'un billet à demande[11]. Opco procéderait par la

---

8 C'est-à-dire que le taux combiné société et actionnaire est supérieur au taux marginal maximum d'un individu.

9 Voir Kim G. C. MOODY, « Recent Developments in Owner-Manager Tax Planning », dans *2002 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 14:1-52.

10 Art. 85 L.I.R. Il faudrait s'assurer que les actions soient bien des immobilisations et non des biens en inventaire.

11 Lors de la réalisation du gain en capital à la suite de l'échange des actions de Opco, la déduction pour gains en capital prévue à l'article 110.6 L.I.R. ne sera pas réclamée par

(à suivre…)

suite au rachat des actions privilégiées détenues par Holdco[12]. Holdco utiliserait le produit de disposition provenant du rachat d'actions afin de rembourser le billet à demande en faveur de M. A.

À l'aide de la planification fiscale proposée, il serait donc possible pour M. A d'extraire des sommes de Opco sous forme de gain en capital.

Plusieurs variantes de cette planification peuvent être envisagées, notamment lorsqu'une fiducie familiale détient les actions ordinaires d'une société. Il pourrait être ainsi possible de fractionner le revenu de certains enfants mineurs à l'aide de cette stratégie. En effet, les règles sur l'impôt fractionné[13] ne visent généralement pas le gain en capital.

Entre les trois méthodes de rémunération, soit le salaire, le dividende ou le gain en capital, on constate à l'annexe 1 que peu importe le taux d'imposition de la société, le gain en capital sera favorable. Lorsque le taux d'imposition de la société est de 22,05 %, le gain en capital comporte un écart favorable de 8,72 % sur le salaire.

1.4. IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT

L'objectif du présent texte n'étant pas de faire une analyse complète de l'impôt minimum de remplacement[14] (ci-après « IMR »), nous nous limiterons à mentionner certains aspects pertinents dans le cadre du présent texte, c'est-à-dire l'assujettissement à l'IMR d'un dividende reçu d'une société canadienne ou la réalisation d'un gain en capital.

1.4.1. Fédéral

Les règles de l'IMR sont prévues aux articles 120.5 L.I.R. et suivants. Parmi ces règles, une exemption de base de 40 000 $ est prévue au revenu imposable modifié calculé aux fins de l'IMR. Le taux d'imposition fédéral

(…suite)

M. A. L'article 84.1 L.I.R. n'aura donc pas pour effet de réputer un dividende pour M. A lors de la réception d'un billet à demande de Holdco.

12 Ce rachat d'actions provoquera pour Holdco un dividende réputé pour lequel celle-ci pourra réclamer la déduction prévue à l'article 112 L.I.R.

13 Art. 120.4 L.I.R.

14 É.-N. LAMONTAGNE, *loc. cit.*, note 3, 3:14-25.

aux fins de l'IMR est de 16 %. En tenant compte de l'abattement de 16,5 % du Québec, le taux de l'IMR est de 13,36 %.

Historiquement, dans le calcul du revenu imposable modifié aux fins de l'IMR fédéral, il était requis d'additionner la partie non imposable du gain en capital. À la suite des changements du taux d'inclusion du gain en capital, des modifications ont été apportées de sorte qu'aux fins du revenu imposable modifié, il soit ajouté un montant de 30 % du gain en capital. C'est donc dire qu'un gain en capital aux fins du calcul de l'IMR est imposable à 80 %. Le taux d'imposition aux fins de l'IMR d'un gain en capital est donc de 10,69 %[15]. Le taux d'imposition aux fins de l'IMR étant inférieur au taux marginal maximum d'un gain en capital, soit 12,1 %, la réalisation d'un gain en capital non exonéré ne provoquera généralement pas l'application de l'IMR.

Quant aux dividendes reçus de sociétés canadiennes, le taux d'imposition au niveau de l'IMR sera de 13,36 %, soit le taux de base de l'IMR. Encore une fois, compte tenu que le taux de l'IMR est inférieur au taux marginal maximum d'un dividende, soit 16,35 %, la réception d'un dividende important d'une société canadienne ne provoquera généralement pas l'assujettissement à l'IMR.

1.4.2. Québec

Le portrait sur le plan provincial de l'IMR[16] est différent de celui du fédéral. Premièrement, le taux de base de l'IMR est de 20 %. Deuxièmement, l'exemption de base est de 25 000 $. Quant au pourcentage d'inclusion du gain en capital aux fins de l'IMR québécois, celui-ci est de 70 %. Le taux de base quant au gain en capital sera donc de 14 %[17].

Compte tenu que le taux de base de l'IMR est supérieur au taux marginal maximum d'un dividende reçu d'une société canadienne[18] et d'un gain en capital[19], l'inclusion dans les revenus d'un particulier d'un dividende ou d'un gain en capital provoquera généralement l'assujettissement à l'IMR.

---

15 Soit 80 % de 13,36 %.

16 Art. 776.42 et suiv. L.I.

17 Soit 70 % x 20 %.

18 Soit 16,46 %.

19 Soit 12 %.

Les simulations suivantes permettront de démontrer cette affirmation. Dans le premier scénario, nous avons ajouté à un revenu d'emploi de 105 000 $ un dividende ou un gain en capital. Dans le deuxième scénario, nous avons également ajouté un dividende ou un gain en capital à une rémunération de base[20]. Toutefois, dans le second scénario, la rémunération de base était de 500 000 $.

Les résultats sont donc les suivants :

A) Revenu d'emploi de 105 000 $

Revenu additionnel	IMR québécois	Taux marginal sur le revenu additionnel
Dividende de 100 000 $	0 $	32,8 %
Dividende de 1 M$	29 426 $	35,8 %
Gain en capital de 100 000 $	0 $	24,1 %
Gain en capital de 1 M$	14 051 $	25,5 %

B) Revenu d'emploi de 500 000 $

Revenu additionnel	IMR québécois	Taux marginal sur le revenu additionnel
Dividende de 100 000 $	0 $	32,8 %
Dividende de 1 M$	13 626 $	34,2 %
Gain en capital de 100 000 $	0 $	24,1 %
Gain en capital de 1 M$	14 051 $	24,3 %

Comme nous pouvons le constater, en raison du fait que le taux marginal régulier est supérieur au taux de l'IMR, lorsque le particulier reçoit

[20] Au provincial, la cotisation au fonds des services de santé (ci-après « FSS »), payable en raison de la réception d'un dividende, et la réalisation d'un gain en capital au niveau du particulier ont été ignorées.

un revenu « ordinaire[21] » important, l'inclusion d'un dividende ou d'un gain en capital important peut ne pas se traduire par l'assujettissement à l'IMR. Toutefois, lorsque le dividende ou le gain en capital excédera les revenus « ordinaires » du particulier, ce dernier pourrait devenir assujetti à l'IMR. L'assujettissement à l'IMR a pour effet d'augmenter son taux marginal pour l'année.

En raison du taux élevé de l'IMR au Québec par rapport au taux marginal maximum et de l'abattement de 25 000 $, il peut être difficile pour un particulier ayant été assujetti à l'IMR de recouvrer cette dernière. De plus, le délai de recouvrement pourra dans bien des cas s'échelonner sur plusieurs années.

Pour terminer, mentionnons que lorsque le particulier réalisera un gain en capital important, il lui sera possible de choisir le régime d'imposition simplifié. En procédant de la sorte, il évitera d'être visé par les règles concernant l'IMR. Il sera important, avant de prendre une telle décision, de vérifier le montant des déductions auxquelles ce particulier renonce pour effectuer un tel choix.

1.4.3. Conclusion

Dans le cadre de chaque planification fiscale impliquant la création d'un gain en capital ou la réception d'un dividende important, il est dorénavant essentiel de procéder à une simulation fiscale afin de déterminer la charge fiscale supplémentaire pouvant découler de l'application de l'IMR. Dans certains cas, une modification à la planification devra être effectuée afin de diminuer le fardeau fiscal relié à l'IMR.

2. VENTE D'ENTREPRISE EXPLOITÉE PAR UNE SOCIÉTÉ

La réduction des taux d'imposition du gain en capital a eu une incidence significative dans le cadre de réorganisations corporatives, principalement celles visant la vente d'une entreprise exploitée par une société. Nous verrons dans cette section que certains réflexes, voire certains automatismes, effectués par le praticien, doivent être modifiés à la lumière des changements des dernières années.

---

[21] Par exemple, un revenu d'emploi.

2.1. UTILISATION DU REVENU PROTÉGÉ

2.1.1. Introduction

La vente des actions avec une plus-value provoque généralement la réalisation d'un gain en capital. La plus-value d'une société repose sur deux éléments essentiels, le premier étant la somme des bénéfices réalisés au cours des années non distribués aux actionnaires, le second étant la plus-value non réalisée des éléments d'actifs de la société (achalandage, immeubles, brevets, etc.).

Afin de réduire la réalisation d'un gain en capital sur la vente des actions, il est possible d'utiliser le concept de la déduction des dividendes intersociétés prévu à l'article 112 L.I.R. En effet, le versement d'un dividende par une société a pour effet de réduire sa valeur et donc de réduire, par le fait même, le gain en capital réalisé sur la vente de ses actions. Lorsqu'il est impossible de verser un dividende immédiatement avant la vente, une stratégie courante est d'obtenir la réalisation d'un dividende réputé aux fins fiscales, ce dernier ayant pour effet d'augmenter le coût fiscal des actions détenues. Le dividende réputé est généralement obtenu de deux façons, soit par l'augmentation du capital versé des actions, soit par la déclaration d'un dividende en actions.

Lorsqu'un individu est propriétaire des actions à être vendues, il est possible d'utiliser les dispositions de l'article 112 L.I.R. en cédant les actions à une autre société immédiatement avant la vente et d'utiliser le mécanisme de roulement fiscal prévu à l'article 85 L.I.R.

Afin de contrer les planifications fiscales convertissant le gain en capital en dividende libre d'impôt, le fisc a introduit, en 1980, le paragraphe 55(2) L.I.R. Ce paragraphe a évolué au fil des années et est aujourd'hui l'une des dispositions les plus complexes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'analyse de cette disposition dépasse le cadre du présent texte[22]. En résumé, cette disposition vise à convertir en gain en capital un dividende intersociétés lorsque différentes conditions sont remplies. L'élément important à retenir est que cette conversion se produira lorsque, dans le cadre d'une série de transactions visant la disposition d'une partie des actions, il y aura eu

---

[22] Pour plus d'information, voir Camil VACHON, « La présomption de gain en capital et le mécanisme d'application du paragraphe 55(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », (2001), vol. 22, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 241-263.

versement d'un dividende (réel ou réputé) supérieur au revenu protégé de la société.

Le concept de revenu protégé d'une société est complexe, mais le principe de base est qu'il représente la part de bénéfices non répartis fiscaux attribuable aux actions. Il est donc possible, avant la vente des actions, de verser un dividende (ou de déclencher la réalisation d'un dividende réputé) afin de réduire le gain en capital sur la vente des actions, dans la mesure où ce dividende n'excède pas le revenu protégé attribuable aux actions vendues.

2.1.2. Exemple et conclusion traditionnelle de la pertinence du revenu protégé

L'utilisation du revenu protégé dans le cadre d'une vente d'actions autrefois jugée de planification standard, voire essentielle, est maintenant mise en doute par divers praticiens. Il est important de mentionner que l'utilisation du revenu protégé est principalement une stratégie de report d'impôts. Afin de juger de la pertinence d'utiliser le revenu protégé, nous utiliserons un exemple.

M. Venco détient la totalité des actions en circulation de Holdco. Holdco est une société de gestion détenant la totalité des actions en circulation de Opco. Les actions de Opco ont un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de 100 $ et une valeur marchande de 2,5 M$. Le revenu protégé attribuable aux actions de Opco est de 1 M$.

2.1.2.1. Aucune utilisation du revenu protégé

Holdco procède à la vente des actions de Opco et réalise ainsi un gain en capital de 2 499 900 $[23]. Un impôt de 651 473 $[24] sera payable à la suite de la vente des actions. Un montant de 333 320 $[25] viendra augmenter le solde d'IMRTD de Holdco. Après la vente des actions de Opco et avant la distribution du produit de disposition à M. Venco, Holdco dispose d'un montant de 1 848 527 $[26].

---

[23] 2 500 000 $ - 100 $.

[24] 2 499 900 $ x 50 % x 52,12 %.

[25] 2 499 900 $ x 50 % x 26,67 %.

[26] 2 500 000 $ - 651 473 $.

La distribution par Holdco à M. Venco du produit de disposition des actions de Opco s'effectuera de la façon suivante :

	$
Dividende en capital	1 249 950[27]
Dividende imposable	931 897[28]
Impôt à payer par M. Venco	305 662[29]
Somme nette reçue par M. Venco	1 876 185[30]

2.1.2.2. Utilisation du revenu protégé

Immédiatement avant la vente des actions, Opco effectue une augmentation du capital versé des actions attribuables à Holdco d'un montant égal au revenu protégé, soit 1 M$. Cette augmentation de capital versé a pour effet de provoquer un dividende intersociétés de 1 M$ et une augmentation du coût fiscal des actions du même montant[31].

Le gain en capital réalisé par Holdco lors de la vente des actions est maintenant de 1 499 900 $[32]. Un impôt de 390 873 $[33] sera payable à la suite de la vente des actions. Un montant de 199 987 $[34] viendra augmenter le solde d'IMRTD de Holdco. Après la vente des actions de Opco et avant la distribution du produit de disposition à M. Venco, Holdco dispose d'un montant de 2 109 127 $[35].

---

27 2 499 900 $ x 50 %.

28 2 500 000 $ - 1 249 950 $ (dividende en capital) - 651 473 $ (impôt sur la vente des actions) + 333 320 $ (solde d'IMRTD, en prenant comme hypothèse que Holdco sera en mesure de recouvrer la totalité de son IMRTD avec ses autres actifs).

29 931 897 $ x 32,8 %.

30 1 249 950 $ + 931 897 $ - 305 662 $.

31 À la suite de l'application conjointe du paragraphe 84(1) L.I.R. et de l'alinéa 53(1)b) L.I.R.

32 2 500 000 $ - 1 000 100 $.

33 1 499 900 $ x 50 % x 52,12 %.

34 1 499 900 $ x 50 % x 26,67 %.

35 2 500 000 $ - 390 873 $.

La distribution par Holdco à M. Venco du produit de disposition des actions de Opco s'effectuera de la façon suivante :

	$
Dividende en capital	749 950[36]
Dividende imposable	1 559 164[37]
Impôt à payer par M. Venco	511 406[38]
Somme nette reçue par M. Venco	1 797 708[39]

À la lumière de cet exemple, nous constatons que l'utilisation du revenu protégé permet un report d'impôts de 260 600 $[40] pour Holdco, mais occasionne un coût fiscal de 78 477 $[41] lors de la distribution des sommes reçues à M. Venco sous forme de dividende. Afin de juger de la pertinence d'utiliser le revenu protégé, il faudra donc déterminer le nombre d'années pendant lesquelles on s'attend à ce que les sommes soient détenues au niveau de la société, l'objectif étant de déterminer le nombre d'années suffisant pour que la somme additionnelle de 260 600 $ au niveau de la société compense le coût fiscal de 78 477 $.

Le calcul devra tenir compte, entre autres, des hypothèses suivantes :

- les placements effectués par Holdco sont-ils admissibles aux fins de la taxe sur le capital?;
- le taux d'imposition au niveau de la société est plus élevé qu'au niveau de l'individu (52,12 % *versus* 48,2 %);
- les incidences de l'IMR.

---

36 1 499 900 $ x 50 %.

37 2 500 000 $ - 749 950 $ (dividende en capital) - 390 873 $ (impôt sur la vente des actions) + 199 987 $ (solde d'IMRTD, en prenant comme hypothèse que Holdco sera en mesure de recouvrer la totalité de son IMRTD avec ses autres actifs).

38 1 559 164 $ x 32,8 %.

39 749 950 $ + 1 559 164 $ - 511 406 $.

40 2 109 127 $ - 1 848 527 $.

41 1 876 185 $ - 1 797 708 $.

2.1.3. Extraction du revenu protégé sous forme de gain en capital

Dans un premier temps, il est important de retenir que l'utilisation du revenu protégé est une technique fiscale de report d'impôts. Si M. Venco a besoin personnellement de la totalité des fonds de Holdco immédiatement après la vente des actions, nous n'utiliserons généralement pas le revenu protégé[42].

Plusieurs praticiens analysent la pertinence d'utiliser le revenu protégé de la façon effectuée à la section précédente. L'auteur est en partie en désaccord avec le raisonnement exprimé plus haut. En effet, les calculs effectués à la section précédente prennent comme hypothèse que le revenu protégé utilisé lors de la vente des actions sera extrait par M. Venco sous forme de dividende. En effet, l'inconvénient d'utiliser le revenu protégé, vous diront certains praticiens, est de convertir en dividende ce qui pourrait autrement être du gain en capital.

Par contre, il est probable que le revenu protégé attribué à Holdco de 1 M$ soit extrait par M. Venco sous forme de gain en capital. Si le revenu protégé est extrait sous forme de gain en capital, il n'y a donc pas de coût à long terme à procéder à l'extraction du revenu protégé. Il y aura deux façons principales d'extraire les liquidités de Holdco sous forme de gain en capital : une naturelle, soit le décès de M. Venco, et une planifiée[43]. L'utilisation du revenu protégé étant une technique de report d'impôts, il est probable que, au décès de M. Venco, Holdco détienne des actifs ayant une valeur d'au moins 1 M$. Le décès de M. Venco provoquera pour celui-ci la réalisation d'un gain en capital sur ses actions de Holdco[44].

La succession pourra extraire les fonds de Holdco en préservant le gain en capital de M. Venco[45]. L'utilisation du revenu protégé dans une telle situation n'aura donc pas entraîné la conversion en dividende de ce qui aurait pu être du gain en capital.

---

42 Nous analyserons plus loin une stratégie favorisant l'utilisation du revenu protégé, même dans un tel scénario.

43 Voir la section 1.3. du présent texte.

44 Sauf dans l'éventualité où les actions de Holdco sont attribuées à son conjoint ou à une fiducie exclusive en faveur du conjoint. Dans cette éventualité, le roulement fiscal prévu au paragraphe 70(6) L.I.R. pourrait être disponible.

45 Voir la section 5. du présent texte.

L'auteur croit donc que dans la majorité des cas, il y aura lieu de procéder à une planification afin d'extraire le revenu protégé. Évidemment, il faudra prendre en considération les coûts rattachés à une telle opération, tel le coût du calcul du revenu protégé, soit le coût de maintenir en opération une société ayant servi à l'extraction du revenu protégé.

2.1.4. Forcer l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cadre d'une purification

Il n'est pas rare que dans le cas d'une vente d'actions, une opération de purification soit effectuée au préalable afin de permettre que la société respecte les tests d'admissibilité à la déduction pour gains en capital[46]. Plusieurs méthodes de purification sont possibles. Parmi celles-ci, le versement d'un dividende à l'actionnaire composé des liquidités excédentaires de la société est souvent une méthode retenue. Dans certains cas, il peut être intéressant d'« utiliser » le paragraphe 55(2) L.I.R. Nous expliquerons notre propos à l'aide de l'exemple suivant.

M. Wise, un célibataire sans enfant, possède directement la totalité des actions en circulation de la société Wiseco. M. Wise, désirant prendre sa retraite et n'ayant aucun membre de sa famille intéressé à prendre la relève des opérations de Wiseco, a décidé de vendre son entreprise pour un montant de 6 M$, après avoir extrait un dépôt à terme de 1 M$. Le coût fiscal de ses actions est de 100 $. Le revenu protégé[47] des actions de Wiseco est de 3,3 M$. M. Wise n'a jamais réclamé sa déduction pour gains en capital. Wiseco dispose d'un dépôt à terme de 1 M$ que M. Wise désire extraire de sa société avant de vendre ses actions. M. Wise ne désire pas détenir de société après la vente.

2.1.4.1. Versement d'un dividende suivi de la vente des actions

M. Wise se versera un dividende de 1 M$ immédiatement avant la vente de ses actions. Le dividende sera visé par un impôt approximatif de 32,8 %[48], soit un montant après impôts de 672 000 $. Immédiatement après le versement du dividende, M. Wise disposera des actions de Wiseco pour un montant de 6 M$. Un gain en capital de 5 499 900 $ sera réalisé par M. Wise une fois sa déduction pour gains en capital de 500 000 $ effectuée. M. Wise

---

46 Art. 110.6 L.I.R.

47 Le revenu protégé aux niveaux fédéral et provincial est le même.

48 Sous réserve d'un IMR, voir la section 1.4.

disposera donc d'une somme nette de 4 674 524 $[49] à la suite de la vente de ses actions et d'une somme de 5 346 524 $[50] en tenant compte du dividende de 1 M$.

2.1.4.2. Création d'une nouvelle société suivie de sa liquidation

M. Wise procédera à un roulement interne de ses actions de Wiseco et recevra en contrepartie des actions privilégiées rachetables pour un montant de 5 999 900 $ ainsi que des actions ordinaires d'une valeur de 1 000 100 $. Ce roulement interne sera visé par les dispositions de l'article 51 L.I.R. M. Wiseco cédera ses actions ordinaires de Wiseco à une nouvelle société constituée (ci-après « Newco ») et recevra en contrepartie des actions de cette société. Un choix à l'article 85 L.I.R. sera effectué afin que ce transfert d'actions ne provoque pour M. Wise aucune incidence fiscale.

Wiseco paiera un dividende de 1 M$ à Newco[51]. Immédiatement après ce dividende, les actions de Wiseco seront vendues par Newco et M. Wise pour un montant de 100 $ et 5 999 900 $ respectivement. M. Wise réalisera un gain en capital personnel de 5 499 900 $ après avoir effectué sa déduction pour gains en capital de 500 000 $. Newco réalisera un gain en capital nominal sur la vente de ses actions à 100 $. Le dividende versé à Newco par Wiseco immédiatement avant la vente des actions sera visé par les dispositions du paragraphe 55(2) L.I.R. Un gain en capital du même montant sera donc réalisé par Newco.

Newco sera liquidée par M. Wise. Les conséquences fiscales seront donc les suivantes :

	$
Gain en capital réalisé par Newco	1 000 000
Impôt payable par Newco	260 600[52]
Dividende en capital	500 000

[49] 6 000 000 $ - (5 499 900 $ x 50 % x 48,2 %).

[50] 4 674 524 $ + 672 000 $.

[51] Aucun choix à l'alinéa 55(5)f) L.I.R. ne sera effectué.

[52] 1 000 000 $ x 50 % x 52,12 %.

Dividende imposable	359 100[53]
Impôt payable par M. Wise	117 785[54]
Somme nette reçue	741 315[55]

Nous constatons que la constitution d'une nouvelle société suivie de sa liquidation aura procuré à M. Wise une économie fiscale de 69 315 $.

2.1.4.3. Version améliorée

La même stratégie est employée sauf que la société Newco effectuera le choix prévu à l'article 308.6 L.I. afin de réputer que, aux fins provinciales, un montant de 471 471 $[56] proviendra du revenu protégé. Au fédéral, aucun choix ne sera effectué. Contrairement à d'autres choix prévus dans la *Loi sur les impôts* pour lesquels les choix correspondant dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être produits, le choix de l'article 308.6 L.I. serait considéré comme étant un choix distinct au Québec.

Les conséquences d'utiliser le revenu protégé au provincial sans effectuer une telle utilisation au fédéral seront les suivantes :

	$	
Gain en capital réalisé par Newco	1 000 000	(au provincial = 528 529 $)
Impôt payable par Newco	222 104[57]	
Dividende en capital	500 000	
Dividende imposable	411 229[58]	

53 1 000 000 $ - 500 000 $ - 260 600 $ + 119 700 $ (remboursement d'impôt au titre de dividende (ci-après « RTD ») obtenu).

54 359 100 $ x 32,8 %.

55 500 000 $ + 359 100 $ - 117 785 $.

56 Soit 3 300 000 $ x (1 000 100 $ / 7 000 000 $).

57 (1 000 000 $ x 50 % x 35,79 %) + ((1 000 000 $ - 471 471 $) x 50 % x 16,33 %).

58 1 000 000 $ - 500 000 $ - 222 104 $ + 133 333 $ (RTD obtenu).

Impôt payable par M. Wise	134 883[59]
Somme nette reçue	776 346[60]

Nous constatons que la constitution d'une nouvelle société suivie de sa liquidation avec la « version améliorée » aura procuré à M. Wise une économie fiscale de 104 346 $. La portion non imposable du gain en capital au niveau fédéral sera ajoutée au calcul du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de Newco qui pourra par la suite déclarer un dividende provenant du CDC en faveur de M. Wise. À la suite de la transaction, Newco n'aura payé aucun impôt au provincial sur la partie de revenu protégé sur lequel un choix à l'article 308.6 L.I. aura été effectué, et M. Wise aura reçu un dividende non imposable tant au fédéral qu'au Québec.

Le choix de déclarer un dividende provenant du CDC au Québec à la suite du choix de l'article 308.6 L.I. est possible, car le paragraphe 570b) L.I. stipule que le montant du CDC à un moment donné représente le montant déterminé par règlement. L'article 570R2 du *Règlement sur les impôts*[61] prévoit que l'expression CDC désigne un montant égal à celui calculé à l'égard de la société en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Mentionnons que ce résultat a été confirmé par le ministère du Revenu du Québec lors d'une table ronde[62].

2.1.4.4. Version « très » améliorée

En ayant toujours à l'esprit que M. Wise ne désire pas détenir de société après la vente, il sera possible de bonifier le scénario précédent. En effet, M. Wise conservera, lors de l'échange visé à l'article 51 L.I.R., 500 000 $ d'actions privilégiées. M. Wise cédera par la suite par roulement fiscal 6,5 M$ d'actions ordinaires à Newco.

Un dividende de 4 M$ sera payé à Newco. Ce dividende sera composé du dépôt à terme de 1 M$. Une somme de 3 M$ sera réinvestie par Newco

---

59 411 229 $ x 32,8 %.

60 500 000 $ + 411 229 $ - 134 883 $.

61 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

62 « Table ronde provinciale (questions et réponses) », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:1-60, question 2.5, à la page 54:24.

sous forme de billet à demande. Des choix seront effectués en vertu de l'article 308.6 L.I. pour réputer des dividendes distincts aux fins provinciales et afin qu'une somme de 3 064 285 $[63] provienne du revenu protégé. Aucun choix ne sera effectué au fédéral pour que l'entièreté du dividende soit réputé être un gain en capital.

L'ensemble des actions de Wiseco et le billet à demande seront cédés à l'acquéreur pour un montant de 6 M$. Les conséquences fiscales seront les suivantes :

- M. Wise utilisera sa déduction pour gains en capital de 500 000 $ sur la vente des actions privilégiées;

- Newco réalisera un gain en capital de 6,5 M$ au niveau fédéral ainsi qu'un gain en capital de 3 435 714 $[64] au niveau provincial. Des impôts de 1 163 175 $[65] seront payables au niveau fédéral, et de 280 526 $[66] au niveau provincial. Un solde de 866 667 $[67] à titre d'IMRTD sera disponible au niveau de Newco. Finalement, Newco disposera d'un CDC de 3 250 000 $.

Lors de la liquidation de Newco, M. Wise recevra un dividende en capital de 3 250 000 $ ainsi qu'un dividende imposable de 2 672 966 $[68]. Un impôt de 876 732 $ devra être acquitté par M. Wise à la réception du dividende. M. Wise aura donc reçu au total un montant de 5 546 234 $[69].

La mise en place de cette stratégie permettra donc d'obtenir une somme supplémentaire de 199 710 $. Il sera important de déterminer les conséquences en matière d'IMR pour chacun des scénarios.

---

63 Soit l'équivalent du revenu protégé provincial, c'est-à-dire 3 300 000 $ x 6 500 000 $ / 7 000 000 $.

64 6 500 000 $ - 3 064 285 $.

65 6 500 000 $ x 50 % x 35,79 %.

66 3 435 714 $ x 50 % x 16,33 %.

67 6 500 000 $ x 50 % x 26,67 %.

68 6 500 000 $ - 3 250 000 $ - 1 163 175 $ - 280 526 $ + 866 667 $.

69 500 000 $ + 3 250 000 $ + 2 672 966 $ - 876 732 $.

2.2. STRATÉGIE PERMETTANT D'UTILISER LE TAUX RÉDUIT DE 50 % DES IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES

Dans le cadre des changements proposés au niveau du taux d'inclusion des gains en capital, le législateur a également prévu une modification au taux d'inclusion des immobilisations admissibles[70]. En effet, lorsqu'une immobilisation admissible est disposée pour une contrepartie qui excède son coût, l'excédent sera imposable à 50 %. Tout comme le gain en capital, la partie non imposable viendra augmenter le CDC[71] de la société.

La modification des taux d'inclusion des gains en capital et des biens en immobilisations admissibles (ci-après « BIA ») a eu un effet direct sur le choix d'un vendeur d'une entreprise incorporée quant à la décision de procéder entre une vente d'actifs de la société ou une vente d'actions de celle-ci. L'analyse de ce choix dépasse le cadre du présent texte[72]. Toutefois, nous procéderons à l'analyse d'une planification fiscale permettant d'utiliser favorablement la modification du taux d'inclusion des BIA. Cette analyse s'effectuera à l'aide d'un exemple.

M. A détient la totalité des actions de Cibleco. Le revenu protégé de Cibleco est de 447 751 $. M. A a déjà utilisé sa déduction pour gains en capital[73]. Le revenu imposable de Cibleco avant la vente est nul. Cibleco a un achalandage d'une valeur marchande de 670 000 $. Le coût de l'achalandage est nul. L'achalandage est la seule immobilisation admissible que détient Cibleco. La valeur marchande de Cibleco est de 1 452 876 $ et le coût fiscal des actions pour M. A est de 1 $.

2.2.1. Vente directe des actions

Une vente directe des actions par M. A provoquerait pour celui-ci une charge fiscale de 350 142 $[74]. La somme nette reçue par M. A serait de 1 102 734 $.

---

70 Par. 14(1) L.I.R.

71 Art. 89 « compte de dividendes en capital » L.I.R.

72 Voir à ce sujet, Richard GAGNÉ, « Achat et vente d'entreprises : conséquences et considérations pratiques », dans *Colloque – Savoir profiter de la réduction des taux d'imposition du gain en capital et du revenu des sociétés*, 122, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 4:1-45.

73 Art. 110.6 L.I.R.

74 (1 452 876 $ - 1 $) x 24,1 %.

2.2.2. Vente préalable des actifs en faveur d'une filiale

M. A incorpore Newco et y cède par roulement fiscal[75] ses actions de Cibleco. M. A reçoit en contrepartie de Newco des actions de celle-ci. Cibleco incorpore une filiale (ci-après « Filleco ») et y cède sans roulement fiscal son achalandage. Cibleco cède ses autres actifs par roulement fiscal[76] et reçoit en contrepartie des actions de Filleco.

Cibleco procède à une augmentation du capital versé de ses actions d'un montant de 698 283 $. Cette augmentation du capital versé viendra augmenter le PBR des actions de Cibleco détenues par Newco[77]. Cette augmentation est égale à son revenu protégé, soit :

	$
Revenu protégé initial	447 751
Augmentation à la suite de la cession de l'achalandage	335 000[78]
Impôt résultant de la cession de l'achalandage	(84 468)[79]
	698 283

Cibleco dispose également d'un montant de 335 000 $[80] à titre de CDC à la suite de la cession de son achalandage. Cibleco versera une somme de 335 000 $ à Newco à titre de dividende en capital. Après la fin d'année d'imposition de Cibleco, les actions de cette dernière seront cédées pour un montant de 1 086 178 $[81] en tenant compte d'une somme additionnelle de 52 770 $ au prix de vente initial afin de faire refléter l'avantage fiscal additionnel de l'acheteur à la suite du transfert de l'achalandage[82]. Une

[75] Art. 85 L.I.R.

[76] *Id*.

[77] Al. 53(1)b) L.I.R.

[78] Soit la partie imposable, 670 000 $ x 50 %.

[79] Soit 225 000 $ à 22,05 %, 75 000 $ à 31,05 % et 35 000 $ à 33,05 %.

[80] Soit 50 % de 670 000 $.

[81] Soit 1 452 876 $ - 335 000 $ + 52 770 $ - 84 468 $.

[82] Voir *infra*, section 2.2.3.

somme de 335 000 $ a été déduite pour tenir compte du CDC versé immédiatement avant la disposition des actions.

La charge fiscale résultant de la disposition des actions sera donc la suivante :

	$
Prix de vente des actions	1 086 178
PBR	(698 284)
Gain en capital	387 894
Gain en capital imposable	193 947
Impôt (52,12 %)	101 085
IMRTD (26,67 %)	51 719
CDC	193 947

Un dividende en capital de 528 947 $[83] pourra être versé à M. A de Newco après la disposition des actions de Cibleco. Newco détiendra des actifs d'un montant de 791 146 $[84] après la vente des actions et le versement du dividende en capital à M. A. Quant à M. A, il détiendra des actifs de 528 947 $. Les actifs détenus par M. A et Newco totalisent un montant de 1 320 093 $ plutôt que de 1 102 734 $ lorsque aucune planification n'est entreprise. La planification proposée offre donc un report d'impôts de 217 359 $. Qu'en est-il lorsque les actifs sont par la suite remis à M. A?

Les actifs de Newco peuvent être remis à M. A en procédant à une liquidation de celle-ci. Dans une telle éventualité, M. A recevrait un dividende imposable de 842 865 $[85] sur lequel des impôts de 276 459 $ seraient payables. M. A recevrait donc une somme nette de 1 095 353 $[86].

---

83 335 000 $ + 193 947 $.

84 (335 000 $ + 1 086 178 $) - (528 947 $ + 101 085 $).

85 791 146 $ + 51 719 $.

86 528 947 $ + 842 865 $ - 276 459 $.

Toutefois, il est très probable qu'une partie importante des actifs de Newco soit extraite de ceux-ci à l'aide d'un traitement de gain en capital. Cette situation se produirait principalement en deux circonstances. Premièrement, à l'aide de la méthode décrite à la section 1.3., il serait possible pour M. A d'extraire une partie des actifs de Newco sous forme de gain en capital. Deuxièmement, au décès de M. A, il serait possible pour les bénéficiaires de la succession de M. A d'extraire une partie des actifs de Newco sous forme de gain en capital, tel qu'il sera discuté à la section 5.2. Donc, dans l'hypothèse où les actifs de Newco sont extraits sous forme de gain en capital, à l'exception d'un montant de 155 157 $, afin de récupérer le solde d'IMRTD de la société, M. A aurait une charge fiscale de 216 628 $[87] et recevrait donc une somme nette de 1 155 184 $[88]. La planification proposée permettrait donc à M. A de recevoir une somme nette additionnelle de 52 450 $.

2.2.3. Montant additionnel pouvant être réclamé à titre de dépense en immobilisations admissibles par l'acquéreur des actions

La cession de l'achalandage à Filleco permettra à l'acquéreur de bénéficier d'une base fiscale élevée par rapport à cet actif. L'acquéreur pourra ainsi réclamer un montant à titre de dépense en immobilisations admissibles[89]. Le fait que l'acquéreur puisse amortir au fil des années un montant relativement à l'achalandage a une valeur. Cette valeur a été établie par les parties à un montant de 52 770 $ en actualisant les économies fiscales futures.

3. RÉALISATION DE PERTES EN CAPITAL CORPORATIVES

La *Loi de l'impôt sur le revenu* permet à un contribuable d'utiliser les pertes en capital subies à l'encontre d'un gain en capital réalisé dans l'année ou dans les trois années antérieures, ou dans les années postérieures[90]. Dans

---

87 (155 157 $ x 32,8 %) + ((791 146 $ + 51 719 $ - 155 157 $) x 24,1 %).

88 (335 000 $ + 193 947 $) + (842 865 $ - 216 628 $).

89 Pour une analyse détaillée du montant pouvant être déduit par l'acquéreur, nous vous référons à l'étude de cas B du Congrès 2003 : Marie-Andrée CÔTÉ, Jean-Luc FRÉCHETTE, Richard GAGNÉ et Catherine LAPOINTE, « Étude de cas B – Achat d'une entreprise », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 60:1-122.

90 Art. 111 L.I.R.

un cadre corporatif, le contribuable va généralement tenter de réaliser un gain en capital dans une société où il dispose de pertes en capital. Nous verrons dans cette section qu'il peut être néfaste de tenter d'annuler la réalisation d'un gain en capital avec une perte latente ou réalisée antérieurement.

3.1. UNE SOCIÉTÉ RENTABLE ET UNE SOCIÉTÉ DÉFICITAIRE

Afin d'illustrer nos propos, nous utiliserons la situation suivante. La société mère Holdco détient deux filiales, Gainco et Perteco. L'actionnaire unique de Holdco est un particulier résidant au Québec. Gainco détient les actions d'une filiale ayant une plus-value de 1 M$ et désire procéder à sa disposition au cours des prochains mois. Gainco et Holdco n'ont jamais réalisé de gain ou de perte en capital. Perteco, quant à elle, dispose de pertes en capital d'un montant de 1 M$ ayant été réalisé dans le domaine boursier au cours des dernières années. Perteco n'a jamais réalisé de gain en capital. L'actionnaire de Holdco, M. X, désire utiliser le produit de disposition à des fins personnelles.

Un réflexe naturel de fiscaliste consisterait à procéder à une réorganisation corporative afin de céder par roulement fiscal les actions détenues par Gainco à Perteco. Perteco procéderait par la suite à la vente des actions de cette filiale et sa perte en capital provenant des années antérieures serait utilisée à l'encontre du gain en capital. Voyons les incidences de procéder à une réorganisation corporative et celles de ne rien faire et de disposer des actions de la filiale dans Gainco.

3.1.1. Aucune réorganisation

Gainco procède à la disposition de sa filiale et réalise un gain en capital de 1 M$. La charge fiscale sera donc la suivante pour Gainco :

	$
Gain en capital imposable	500 000
Impôt (52,12 %)	260 600
IMRTD (26,67 %)	133 333

Gainco versera une somme de 500 000 $ à son actionnaire à titre de dividende non imposable à l'aide d'un dividende en capital. Le solde devra être versé sous forme de dividende imposable. Un montant de 359 100 $[91] sera versé à l'actionnaire de Holdco. L'actionnaire devra payer un impôt de 117 785 $. La somme nette reçue par l'actionnaire est donc de 741 315 $[92].

3.1.2. Réorganisation afin d'utiliser les pertes de Perteco

Avant la disposition des actions de la filiale détenant une plus-value, ces actions seront cédées par roulement fiscal à Perteco[93] en contrepartie d'actions de cette dernière. Perteco procédera à la disposition des actions et réalisera un gain en capital de 1 M$ sur lequel elle appliquera les pertes en capital subies dans les années antérieures. Perteco ne sera donc redevable d'aucun impôt sur ce gain.

Perteco utilisera le gain réalisé lors de la vente des actions afin de racheter les actions détenues par Gainco. Ce rachat provoquera un dividende réputé intersociétés qui ne sera pas visé par le paragraphe 55(2) L.I.R.[94] Gainco utilisera les sommes reçues afin de déclarer un dividende à Holdco. Holdco utilisera le dividende reçu afin de déclarer un dividende imposable à son actionnaire. L'impôt à payer sur ce dividende sera de 328 000 $. L'actionnaire aura donc reçu une somme de 672 000 $.

3.1.3. Conclusion

Le fait d'entreprendre une réorganisation avant de procéder à la vente du bien détenant une plus-value aura entraîné un coût fiscal pour l'actionnaire de 69 315 $[95].

---

91 En effet, la société n'est pas en mesure de récupérer la totalité de son IMRTD à l'aide du produit de disposition de 1 000 000 $. Un solde de 13 633 $ demeurera dans le compte d'IMRTD de la société et pourra être récupéré lors de versements de dividendes subséquents.

92 500 000 $ + (359 100 $ - 117 785 $).

93 Art. 85 L.I.R.

94 L'exclusion prévue à la division 55(3)a)(i)(B) L.I.R. permet d'effectuer une telle planification sans que le dividende réputé ne soit requalifié à titre de gain en capital pour Gainco.

95 De plus, Gainco dispose d'un solde d'IMRTD de 13 633 $ qu'elle pourra recouvrer si elle est en mesure de verser un dividende suffisant avec ses autres actifs.

3.2. UNE SOCIÉTÉ DÉTENANT DES BIENS À PLUS-VALUE ET À MOINS-VALUE

Nous avons démontré dans l'exemple précédent qu'il peut être avantageux, pour un groupe corporatif, de ne pas utiliser les pertes en capital d'une société afin de maximiser le CDC. Qu'en est-il maintenant lorsque les biens sont détenus par la même société?

Prenons comme exemple la société Apffco. Le seul actionnaire de cette société est un résident du Québec, M. Taxfree. Apffco est la seule société que M. Taxfree détient. Apffco désire procéder à la disposition de deux actifs. Le premier a une plus-value de 1 M$, le second a une moins-value de 1 M$. Le montant net reçu de la disposition des biens sera versé à M. Taxfree sous forme de dividende.

3.2.1. Le bien avec une moins-value n'a pas été disposé

Si une société s'apprête à disposer de biens dont certains ont des moins-values et d'autres des plus-values, il sera très important de disposer en premier lieu des biens ayant une plus-value. En effet, en procédant de la sorte, la société pourra réaliser ses gains en capital et l'actionnaire sera ainsi en mesure d'extraire la portion non imposable de ses gains sous forme de dividende en capital.

Un dividende en capital de 500 000 $ pourra être versé à M. Taxfree lors de la vente du bien détenant une plus-value. Par la suite, le bien détenant une moins-value sera disposé. La perte en capital réalisée sur ce bien sera appliquée sur le gain réalisé à l'étape précédente. Un montant de 500 000 $ sera versé à M. Taxfree sous forme de dividende imposable sur lequel ce dernier devra payer un impôt de 164 000 $. M. Taxfree aura donc reçu une somme de 836 000 $.

Dans l'éventualité où l'ordre de la disposition des biens serait inversé, M. Taxfree ne pourrait recevoir aucun dividende en capital[96], et le montant total de 1 M$ serait versé à M. Taxfree sous forme de dividende imposable. La somme nette reçue par ce dernier serait donc de 672 000 $. M. Taxfree recevrait donc une somme additionnelle de 164 000 $ dans le premier scénario.

---

[96] En effet, en vertu de l'article 89 L.I.R., le CDC d'une société se calcule à un moment donné.

À la lumière de cet exemple, nous constatons à quel point l'ordre chronologique de la disposition d'immobilisation au sein d'une société devient crucial.

3.3. LE BIEN AVEC UNE MOINS-VALUE A ÉTÉ DISPOSÉ

Pour diverses raisons, le bien avec une moins-value peut avoir été disposé avant le bien ayant une plus-value. Apffco, dans l'exemple précédent, disposerait donc d'un solde de perte en capital de 1 M$. Si M. Taxfree n'entreprend aucune planification, la vente du bien avec une plus-value entraînerait un gain de 1 M$ sur lequel il serait possible d'appliquer la perte en capital subie. Apffco n'aurait aucun impôt à payer sur la vente de ce bien et la somme nette reçue par M. Taxfree serait de 672 000 $, compte tenu que la totalité du dividende qui lui serait versé le serait sous forme de dividende imposable.

3.4. RÉORGANISATION PROPOSÉE

Afin de maximiser sa situation fiscale, M. Taxfree pourrait constituer une nouvelle société qui serait une filiale de Apffco, soit Filleco. Une fois cette nouvelle société constituée, Apffco céderait par roulement fiscal[97] le bien détenant une plus-value en contrepartie d'actions de cette filiale.

Filleco procéderait à la disposition du bien détenant une plus-value et réaliserait un gain en capital de 1 M$, sur lequel elle acquitterait des impôts de 260 600 $[98]. Un montant de 500 000 $ pourrait être versé à Apffco sous forme de dividende en capital. Le dividende en capital reçu par Apffco viendrait augmenter son solde de CDC[99]. Le solde du produit de disposition serait versé sous forme de dividende imposable. Un montant de 359 100 $[100] serait ainsi versé.

En raison de la mécanique de calcul du CDC prévue à l'article 89 L.I.R., la perte en capital subie antérieurement par Apffco ne viendrait pas réduire le CDC de cette dernière. Apffco pourrait ainsi verser un dividende en capital à M. Taxfree de 500 000 $. Le dividende de 359 100 $ reçu par Apffco serait à

---

97 Art. 85 L.I.R.

98 Voir la section 3.1.1. du présent texte.

99 Art. 89 définition de « CDC », al. b) L.I.R.

100 En tenant compte que Filleco ne sera pas en mesure de recouvrer totalement l'impôt remboursable qu'elle a payé sur la partie imposable du gain en capital.

son tour versé à M. Taxfree sous forme de dividende imposable. Un impôt de 117 785 $ serait payable par M. Taxfree.

En procédant à cette réorganisation, M. Taxfree aura ainsi reçu une somme de 741 315 $[101]. Nous constatons que le fait d'entreprendre une réorganisation aura permis à M. Taxfree de recevoir une somme additionnelle de 69 315 $.

4. LES SOCIÉTÉS DE GESTION

4.1. INTÉGRATION DES SOCIÉTÉS DE GESTION

La détention d'un portefeuille de placement par le biais d'une société n'est pas le choix le plus avantageux si nous considérons uniquement le coût fiscal rattaché à l'imposition du revenu de placement. En effet, le taux d'imposition moyen du revenu de placement gagné par une société est de 52,12 % pour l'année 2003[102] tandis que le taux marginal le plus élevé pour un particulier résident du Québec est de 48,2 %.

Des mécanismes d'intégration tels que le CDC et le RTD ont été mis en place pour éliminer le problème de double imposition qui existe au moment de retirer les sommes de la société. L'intégration n'est cependant pas toujours parfaite. Les exemples qui suivent illustrent bien les problèmes d'intégration.

Une société, Holdco, dont l'unique actionnaire est un particulier qui réside au Québec, gagne annuellement 100 000 $ de revenu provenant de son portefeuille de placement. Holdco verse à l'actionnaire, par la déclaration d'un dividende, le revenu net après impôts et le RTD. L'annexe 2 du présent document illustre les sommes versées à l'actionnaire par Holdco. À la suite du paiement de l'impôt sur le dividende reçu de Holdco, nous pouvons calculer le taux combiné d'imposition d'un revenu de placement gagné par la société et remis à l'actionnaire. Le taux combiné se chiffre à 51,74 % s'il s'agit de revenu d'intérêts, à 32,80 % pour le revenu de dividendes et à 25,87 % pour le gain en capital. Si l'actionnaire avait personnellement gagné le revenu de placement, le taux d'imposition du revenu d'intérêts aurait été de 48,2 %, de 32,80 % pour du revenu de dividendes et de 24,10 % pour du

---

[101] 500 000 $ + 359 100 $ - 117 785 $.

[102] Au cours de l'année 2003, le taux d'imposition du revenu de placement passera graduellement de 52,30 % à 52,12 %.

gain en capital. Nous pouvons constater que l'intégration est parfaite lorsqu'il s'agit d'un revenu de dividendes tandis que dans les deux autres situations, nous avons un problème de sous-intégration. Nous constatons que la société est incapable de récupérer totalement l'IMRTD se rapportant au revenu d'intérêts et au gain en capital dans la situation où le bénéfice de la société est composé uniquement de revenu de placement.

S'il était possible pour Holdco de récupérer la totalité de l'IMRTD, par exemple si celle-ci avait eu dans le passé des bénéfices qui n'étaient pas des revenus de placement[103], nous constaterions alors que le phénomène de sous-intégration serait amoindri. En effet, les taux combinés seraient de 49,9 % pour le revenu d'intérêts, de 32,80 % pour le revenu de dividendes et de 24,95 % pour le gain en capital[104].

À la lumière de ces résultats, nous pouvons conclure qu'il n'est généralement pas avantageux de céder des placements à une société afin d'imposer ce type de revenus à l'intérieur de celle-ci. Toutefois, l'utilisation des sociétés de gestion continuera à être avantageuse pour investir des bénéfices n'ayant pas fait l'objet d'une imposition personnelle au niveau de l'actionnaire[105].

4.2. REVENU ÉTRANGER – INCIDENCE SUR L'IMRTD

L'IMRTD est un calcul permettant de déterminer le montant maximum d'impôt payé sur le revenu de placement qu'une société privée pourra récupérer lorsqu'elle versera un dividende imposable aux actionnaires. Habituellement, pour une SPCC, l'IMRTD représente le total de 26 $^{2}/_{3}$ % de son revenu de placement et de l'impôt de la Partie IV L.I.R. payé sur les dividendes de source canadienne. Lorsqu'il s'agit d'un revenu de placement étranger, l'IMRTD sera inférieur, compte tenu que le législateur canadien ne veut pas permettre aux sociétés de récupérer l'impôt payé à l'étranger à l'aide de l'IMRTD.

Le calcul de l'IMRTD est défini au paragraphe 129(3) L.I.R. L'IMRTD attribuable à du revenu de placement étranger ayant fait l'objet d'impôt

---

[103] Par exemple, des dividendes provenant de filiales exploitant activement une entreprise.

[104] Voir l'annexe 3 du présent document.

[105] Voir la section 1.1. du présent texte.

étranger pour lequel une déduction a été réclamée[106] est le moindre de deux calculs. Pour le premier calcul, on retranche de 26 $^{2}/_{3}$ % du revenu de placement total l'excédent éventuel du crédit pour impôt étranger (ci-après « CIE ») sur le « revenu de placement étranger ajusté[107] ». Le deuxième calcul, quant à lui, représente 26 $^{2}/_{3}$ % de l'excédent éventuel du revenu imposable sur le « CIE ajusté »[108].

Le 20 décembre 2002[109], des modifications ont été proposées au calcul de l'IMRTD. Les modifications visent les facteurs d'ajustement utilisés pour le revenu de placement étranger et le CIE. Les modifications proposées sont les suivantes :

Années d'imposition avant 2003	**Années d'imposition 2003 et suivantes**
« Revenu de placement étranger ajusté » = 9 $^{1}/_{3}$ % du revenu de placement étranger	« Revenu de placement étranger ajusté » = 1/30 du revenu de placement étranger
« CIE ajusté » = 25/9 du total des CIE pour revenu de placement étranger déduit dans le calcul du revenu (par. 126(1) L.I.R.)	« CIE ajusté » = 10/3 du total des CIE pour revenu de placement étranger déduit dans le calcul du revenu (par. 126(1) L.I.R.)

Ainsi, une société gagnant un revenu de placement étranger de 100 000 $ faisant l'objet d'une retenue à la source de 10 % pourra verser à l'actionnaire un dividende de 66 660 $[110], lui laissant un montant net après impôts de 44 796 $. On constate que le taux combiné est de 54,21 %. À la suite des modifications annoncées, le taux combiné d'imposition sera de 55,20 %. Lorsque l'impôt payé à l'étranger est de l'ordre de 15 %, le taux combiné d'imposition sera de 58,2 % à compter de l'année d'imposition 2003[111].

---

106 Par. 126(1) L.I.R.

107 S.-al. 129(3)a)(i) L.I.R.

108 S.-al. 129(3)a)(ii) L.I.R.

109 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 20 décembre 2002.

110 Voir l'annexe 4 du présent document.

111 Voir l'annexe 5 du présent document.

Nous pouvons donc constater que le coût fiscal rattaché à la détention de titres étrangers générant un revenu assujetti à des impôts étrangers est élevé. Il sera donc préférable de détenir les titres générant du revenu étranger sujet à une retenue à la source à l'extérieur de la société.

4.3. EXTRAIRE L'IMRTD

La baisse des taux d'imposition pour un particulier concernant la réception d'un dividende jumelé au maintien du taux de RTD incite certains praticiens à recommander à leurs clients de vider le solde d'IMRTD des sociétés de gestion.

Premièrement, le versement d'un dividende procurera à la société de gestion un RTD d'un montant de 33 $^{1}/_{3}$ %[112] supérieur au taux marginal maximum d'un individu à la réception d'un dividende, qui est de 32,8 %.

Deuxièmement, l'extraction des placements de la société permettra d'obtenir une économie fiscale future sur les revenus générés sur les placements extraits de la société. Comme il a été démontré à la section précédente, le fait de gagner un revenu de placement au niveau de la société plutôt qu'au niveau de l'individu occasionne une charge fiscale additionnelle.

Troisièmement, certains placements détenus au sein d'une société peuvent engendrer une charge fiscale lorsque ce ne sont pas des placements admissibles aux fins de la taxe sur le capital[113] et de l'impôt des grandes sociétés[114].

Compte tenu de ce qui précède, il peut être rentable d'extraire les placements non admissibles aux fins de la taxe sur le capital et de l'impôt des grandes sociétés. L'extraction de ces derniers, afin de récupérer l'IMRTD, provoquera une augmentation du rendement net après impôts. Également, l'extraction des placements procurant un rendement étranger soumis à des impôts étrangers devrait être une priorité, comme il a été illustré à la section précédente.

---

[112] Par. 129(1) L.I.R.

[113] Art. 1136 et suiv. L.I.

[114] Art. 181 et suiv. L.I.R.

Il sera essentiel de considérer l'incidence de l'IMR lors de la détermination des conséquences fiscales rattachées au versement d'un dividende important à l'actionnaire. En effet, comme il a été discuté à la section 1.4. du présent texte, le taux marginal que l'actionnaire aura à acquitter lors de la réception du dividende pourrait être supérieur à 32,8 % en tenant compte de l'IMR.

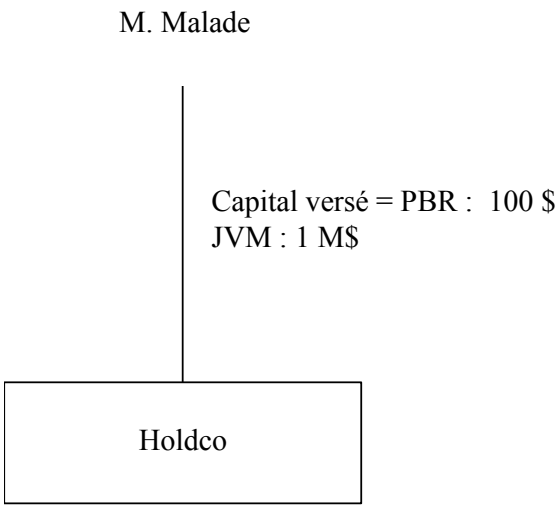
5. PLANIFICATION *POST MORTEM*

La réduction des taux d'imposition du gain en capital a également eu une incidence importante sur la planification fiscale *post mortem*. L'introduction des règles sur la minimisation des pertes prévues au paragraphe 112(3) L.I.R. a également eu une incidence importante. Toutefois, l'analyse des changements prévus au paragraphe 112(3) L.I.R. dépasse le cadre du présent texte[115].

5.1. OBJECTIF DE LA PLANIFICATION *POST MORTEM* DANS UN CADRE CORPORATIF

Le principal objectif d'une planification *post mortem* dans un cadre corporatif est d'éliminer le phénomène de double imposition pouvant survenir. Afin d'expliquer ce phénomène, prenons l'exemple suivant : M. Malade détient la totalité des actions de la société Holdco ayant les caractéristiques suivantes :

[115] Les lecteurs intéressés par ce sujet peuvent consulter les textes suivants : Joel CUPERFAIN, « Bienvenue à l'ère des impôts sur les gains en capital peu élevés, des dividendes à imposition élevée, de la minimisation des pertes et des règles sur la planification fiscale », (2001), vol. 49, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 801-842 et Diane HAMEL et Pierre T. ALLARD, « Les règles sur la minimisation des pertes », dans *Colloque – Restrictions à l'utilisation des pertes (autres que dans un contexte d'acquisition de contrôle*), 104, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 3:1-56.



M. Malade est veuf et il est prévu que l'ensemble de ses biens à son décès iront à son fils unique. Le décès de M. Malade entraîne les conséquences suivantes concernant les actions de Holdco :

	$
Produit de disposition réputé[116]	1 000 000
PBR	100
Gain en capital	999 900
Gain en capital imposable	499 950
Impôt (48,2 %)	240 976

La succession (et subséquemment le fils) recevra les actions de Holdco ayant un coût fiscal de 1 M$. Dans l'éventualité où le fils unique désire

[116] Par. 70(5) L.I.R.

procéder à la liquidation de Holdco, une fois qu'il aura reçu les actions, afin d'utiliser les actifs à des fins personnelles, les conséquences fiscales seraient les suivantes :

	$
Valeur de liquidation	1 000 000
Capital versé des actions	100
Dividende réputé[117]	999 900
Impôt à payer sur le dividende (32,8 %)	327 967

Le fils unique bénéficiera d'une perte en capital de 999 900 $ pouvant être appliquée à l'encontre d'un gain en capital. Toutefois, un impôt immédiat total de 568 943 $[118] aura été déboursé.

Traditionnellement, la stratégie employée afin d'éliminer le phénomène de double imposition consistait à utiliser judicieusement le paragraphe 164(6) L.I.R. En effet, le paragraphe 164(6) L.I.R. permet à une succession de reporter une perte en capital subie dans sa première année d'imposition à l'encontre d'un gain en capital réalisé par le décédé. Il était donc de coutume de procéder à un rachat d'actions détenues par la succession ou à une liquidation de la société détenue par la succession afin de déclencher un dividende réputé au niveau de la succession ainsi qu'une perte en capital pouvant être appliquée au niveau du décédé. De cette façon, le gain en capital réalisé par le décédé était converti en un dividende au niveau de la succession et il n'y avait qu'un seul palier d'imposition, soit la succession, sur les actifs distribués[119].

---

[117] Par. 88(2) et 84(2) L.I.R.

[118] Soit 240 976 $ + 327 967 $.

[119] Plusieurs précautions doivent être prises avant de mettre en place cette stratégie, dont les règles prévues sur les pertes entre personnes affiliées. Consulter à ce sujet le texte de Lucie BEAUCHEMIN, « Planification *post mortem* », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 20:1-46.

Dans l'exemple présent, la succession acquitterait donc un impôt de 327 967 $ et les impôts se rapportant au décédé seraient ainsi éliminés à l'aide du paragraphe 164(6) L.I.R.

5.2. INCIDENCES DE LA RÉDUCTION DES TAUX D'IMPOSITION DU GAIN EN CAPITAL – MAINTIEN DU GAIN EN CAPITAL POUR LE DÉCÉDÉ

L'écart important entre l'imposition d'un dividende et d'un gain en capital nous amène à nous questionner sur la pertinence de mettre en place la stratégie discutée plus haut.

L'objectif de la planification *post mortem* sera donc de préserver le taux favorable du gain en capital sans pour autant être confronté à un phénomène de double imposition. Reprenons les données du cas précédent, mais ajoutons que Holdco détient des placements boursiers comme actif et que le coût fiscal de ces actifs est de 100 $ et la JVM, de 1 M$. Afin d'optimiser la situation fiscale, les étapes suivantes pourraient être entreprises.

Étape 1 – Transfert des actions par la succession

La succession cédera les actions qu'elle détient à Newco qu'elle aura constituée avant le transfert. La succession recevra en contrepartie un billet à demande d'un montant de 1 M$. De ce transfert, aucune charge fiscale ne résultera, compte tenu que le produit de disposition pour la succession sera égal au coût fiscal des actions ainsi cédées.

Lors du transfert des actions par la succession à une nouvelle société, deux éléments devront être vérifiés. Premièrement, il faudra s'assurer que la valeur marchande des actions de Holdco n'a pas fluctué à la hausse. Dans une telle éventualité, un choix à l'article 85 L.I.R. pourra être effectué en ajustant la contrepartie reçue par la succession lors du transfert afin que celle-ci comprenne, en plus du billet à demande, des actions de Newco. La somme convenue lors du choix à l'article 85 L.I.R. serait ainsi de 1 M$ et le billet à demande resterait au même montant.

Deuxièmement, si une partie du PBR des actions de Holdco provient de la réclamation de la déduction pour gains en capital[120] ou de la non-imposition du gain en capital avant 1972[121], une analyse des conséquences

[120] Art. 110.6 L.I.R.

[121] Voir, entre autres, l'article 26 des *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 2.

de l'article 84.1 L.I.R. devra être effectuée. Dans l'éventualité de l'application de cet article, il sera peut-être nécessaire d'ajuster la contrepartie reçue par la succession afin qu'elle comprenne à la fois des actions et un billet à demande.

Étape 2 – Regroupement de Newco et de Holdco

Holdco et Newco seront regroupées à l'aide des dispositions prévues aux paragraphes 87(2) ou 88(1) L.I.R. La fusion ou la liquidation de Holdco permettra à Newco de majorer le coût fiscal des biens détenus par Holdco conformément aux dispositions prévues à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. et au paragraphe 87(11) L.I.R.

Étape 3 – Cession des placements boursiers

Une fois le regroupement de Holdco et de Newco effectué et la majoration des biens admissibles à celui-ci en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. et du paragraphe 87(11) L.I.R.[122] obtenue, certains placements boursiers pourront être cédés sans incidences fiscales. Si la valeur des placements boursiers a fluctué, un gain ou une perte en capital sera réalisé.

Étape 4 – Remboursement du billet

Newco utilisera les sommes reçues lors de la vente des placements boursiers afin de rembourser le billet à demande détenu par la succession. Newco pourra être liquidée par la suite sans incidences fiscales, compte tenu qu'elle ne détient plus aucun actif.

Cette série d'étapes permettra donc, dans le cadre de la planification *post mortem*, d'éviter le phénomène de double imposition tout en préservant le traitement préférentiel du gain en capital réalisé par le décédé[123].

---

[122] Voir l'interprétation technique suivante : *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 7, interprétation technique 2002-0127013, 29 mai 2002.

[123] Avant de mettre en place cette stratégie, plusieurs éléments devront être vérifiés. Le lecteur intéressé à en savoir davantage sur cette stratégie devrait consulter la conférence suivante : J. BARNETT et autres, « *Post mortem* Planning for Private Company Shares – The New Regime », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 32:1-95.

5.3. PRÉSENCE D'IMRTD

Lorsque la société possède un solde d'IMRTD, l'objectif recherché consistera à préserver au maximum le caractère du gain en capital au niveau du décédé tout en permettant d'accéder au solde d'IMRTD. Généralement, un rachat d'une partie des actions détenues par la succession sera entrepris afin de déclencher un dividende réputé[124]. Ce rachat permettra à la société d'obtenir un RTD. Quant à la succession, celle-ci réalisera une perte en capital sur ce rachat d'actions qu'elle pourra appliquer à l'encontre du gain réalisé par le décédé[125]. Le dividende sera imposable au niveau de la succession.

Quant au solde des actions détenues par la succession, les étapes discutées au point précédent seront effectuées afin de maintenir le taux favorable de gain en capital sur le solde des actions détenues par la succession.

6. PERTINENCE DE DÉTENIR DES TITRES DE CROISSANCE À L'INTÉRIEUR D'UN RÉGIME ENREGISTRÉ

Avec la réduction du taux d'inclusion du gain en capital, certains ont remis en doute la pertinence de détenir des placements à l'intérieur d'un régime enregistré, par exemple un REÉR[126]. L'analyse qui suit permettra de démontrer qu'il peut encore être avantageux d'investir dans un régime enregistré.

Prenons l'exemple d'un particulier disposant d'un capital de 10 000 $ obtenu à la suite d'un héritage. Ce particulier peut choisir d'investir les liquidités personnellement ou de les investir dans un régime enregistré. L'individu désire investir dans des titres de croissance. Dans les deux situations, nous prendrons comme hypothèse un taux de croissance non matérialisé de 6 % faisant en sorte que, après 15 ans, la valeur des placements soit de 23 966 $. Lorsque les liquidités sont investies personnellement, seule la croissance accumulée sera imposable et celle-ci sera traitée comme un gain en capital, laissant ainsi un montant net de 20 598 $[127] pour l'investisseur.

---

[124] Par. 84(3) L.I.R.

[125] Par. 164(6) L.I.R.

[126] Art. 146 L.I.R.

[127] (23 966 $ - 10 000 $) x 50 % x (1 - 0,482).

Lorsque l'investissement se fait dans un régime enregistré, la totalité de la valeur du placement sera imposée au moment du retrait au taux marginal du particulier. Au retrait du régime, il restera un montant net, pour notre individu, de 12 409 $[128]. Si nous arrêtions l'analyse à ce point, nous pourrions conclure qu'il n'y a aucun avantage à investir dans un régime enregistré. Toutefois, l'investissement initial de 10 000 $ dans le régime enregistré se traduira par une économie d'impôts de 4 820 $[129]. En posant l'hypothèse que la totalité de l'économie est investie dans les mêmes titres de croissance, mais hors régime enregistré, sa valeur après 15 ans sera de 11 551 $ et le montant net sera de 9 929 $[130]. Le montant net total revenant à l'individu sera alors de 22 338 $. Nous pouvons donc constater que l'investissement dans un régime enregistré procure encore des avantages sur le plan financier, même au niveau de la détention de titres de croissance.

Aux fins de cette analyse, nous avons posé comme hypothèse que l'imposition de la croissance est totalement différée. Cette hypothèse s'éloigne de la réalité. Il est beaucoup plus probable qu'une partie de la croissance se matérialise au passage des années. Comme le régime enregistré est plus avantageux lorsque la totalité de l'imposition de la croissance est différée, il le sera encore plus s'il y a matérialisation prématurée, car le régime permet le report de l'imposition jusqu'au moment du retrait.

Lorsque le particulier détient un portefeuille à l'extérieur d'un régime enregistré et que ce dernier ne peut céder ses placements à un régime enregistré, compte tenu qu'il contribue déjà au maximum permis, le choix du véhicule de détention pour chaque placement devient important. En effet, si cet individu détient un portefeuille diversifié (titres à revenus fixes et titres de croissance) tant dans son régime enregistré qu'à l'extérieur, ce dernier aurait avantage à modifier le véhicule de détention pour certains placements. Il devrait tenter de détenir prioritairement dans son régime enregistré les titres à revenus fixes. Au niveau de son portefeuille à l'extérieur du régime enregistré, il devrait détenir prioritairement les titres de croissance ainsi que les titres générant des dividendes canadiens. Cette relocalisation de ses placements entre son régime enregistré et son portefeuille non enregistré ne modifiera pas l'ensemble de ses placements, mais aura pour effet de bonifier son rendement après impôts.

---

[128] 23 966 $ x (1 - 0,482).

[129] 10 000 $ x 48,2 %.

[130] (11 551 $ - 4 820 $) x 50 % x (1 - 0,482).

CONCLUSION

Ce texte avait pour mission de décrire certaines incidences reliées à deux changements fiscaux importants, soit la réduction du taux d'inclusion du gain en capital et la baisse des taux d'imposition corporatifs reliés aux revenus d'entreprise exploitée activement. L'analyse effectuée devait aussi tenir compte de la baisse des taux d'imposition au niveau des particuliers au cours des dernières années.

Nous avons pu conclure que certaines planifications jugées rentables ou efficaces il y a quelques années doivent être modifiées, voire éliminées, en certaines circonstances. Nous avons pu également constater que ces deux changements ont touché plusieurs sujets, allant de la politique de rémunération d'un actionnaire dirigeant à sa planification *post mortem*.

Évidemment, la fiscalité étant un domaine en perpétuelle évolution, il y a fort à parier que certaines stratégies discutées dans le cadre du présent texte pourront être désuètes dans quelques années. Sans ces changements, la vie des fiscalistes deviendrait trop morose…

ANNEXE 1

Rémunération d'un actionnaire dirigeant

Scénario 1 - Revenu imposable de la société inférieur à 200 000 $ (taux de 2003)

1 - Versement d'un salaire		*2 - Versement d'un dividende*		*3 - Réalisation d'un gain en capital*	
Revenu disponible	10 000	Revenu disponible	10 000	Revenu disponible	10 000
Cotisation FSS (2,7 %)	(263)	Impôt (22,05 %)	(2 205)	Impôt (22,05 %)	(2 205)
Liquidité disponible	9 737	Liquidité disponible	7 795	Liquidité disponible	7 795
Salaire reçu par l'actionnaire	9 737	Dividende reçu par l'actionnaire	7 795	Produit de disposition	7 795
Impôt (48,2 %)	(4 693)	Impôt (32,8 %)	(2 557)	Impôt (24,1 %)	(1 879)
Liquidités nettes pour l'actionnaire	5 044	Liquidités nettes pour l'actionnaire	5 238	Liquidités nettes pour l'actionnaire	5 916

Scénario 2 - Revenu imposable de la société supérieur à 300 000 $ (taux de 2003)

1 - Versement d'un salaire		*2 - Versement d'un dividende*		*3 - Réalisation d'un gain en capital*	
Revenu disponible	10 000	Revenu disponible	10 000	Revenu disponible	10 000
Cotisation FSS (2,7 %)	(263)	Impôt (33,05 %)	(3 305)	Impôt (33,05 %)	(3 305)
Liquidité disponible	9 737	Liquidité disponible	6 695	Liquidité disponible	6 695
Salaire reçu par l'actionnaire	9 737	Dividende reçu par l'actionnaire	6 695	Produit de disposition	6 695
Impôt (48,2 %)	(4 693)	Impôt (32,8 %)	(2 196)	Impôt (24,1 %)	(1 613)
Liquidités nettes pour l'actionnaire	5 044	Liquidités nettes pour l'actionnaire	4 499	Liquidités nettes pour l'actionnaire	5 082

Scénario 3 - Revenu imposable de la société supérieur à 300 000 $ (taux de 2004 pour la société)

1 - Versement d'un salaire		*2 - Versement d'un dividende*		*3 - Réalisation d'un gain en capital*	
Revenu disponible	10 000	Revenu disponible	10 000	Revenu disponible	10 000
Cotisation FSS (2,7 %)	(263)	Impôt (31,02 %)	(3 102)	Impôt (31,02 %)	(3 102)
Liquidité disponible	9 737	Liquidité disponible	6 898	Liquidité disponible	6 898
Salaire reçu par l'actionnaire	9 737	Dividende reçu par l'actionnaire	6 898	Produit de disposition	6 898
Impôt (48,2 %)	(4 693)	Impôt (32,8 %)	(2 263)	Impôt (24,1 %)	(1 662)
Liquidités nettes pour l'actionnaire	5 044	Liquidités nettes pour l'actionnaire	4 635	Liquidités nettes pour l'actionnaire	5 236

ANNEXE 2

La société ne dispose pas de liquidités excédentaires permettant de récupérer l'IMRTD en totalité

	Intérêts	Dividendes	Gain en capital
	$	$	$
Société :			
Revenus	100 000	100 000	100 000
Impôt[131]	(52 120)	(33 333)	(26 060)
RTD	23 940	33 333	11 970
Liquidités nettes	71 820	100 000	85 910
Actionnaire :			
Dividende de Holdco	71 820	100 000	85 910
CDC	S/O	S/O	50 000
Dividende imposable	71 820	100 000	35 910
Impôt (32,80 %)	(23 557)	(32 800)	(11 778)
Liquidités nettes	**48 263**	**67 200**	**74 132**
Taux combinés d'imposition	**51,74 %**	**32,80 %**	**25,87 %**
Taux actionnaire	48,20 %	32,80 %	24,10 %

[131] Nous supposons que l'année d'imposition de la société se termine le 31 décembre 2003. Le taux d'imposition applicable sur le revenu de placement sera alors de 52,12 %. Le taux d'imposition du revenu de dividendes est de 33 $^{1}/_{3}$ %. Le taux d'inclusion applicable au gain en capital est de 50 %.

ANNEXE 3

La société dispose de liquidités excédentaires permettant de récupérer l'IMRTD en totalité

	Intérêts	Dividendes	Gain en capital
	$	$	$
Société :			
Revenus	100 000	100 000	100 000
Impôt[132]	(52 120)	(33 333)	(26 060)
RTD	26 667	33 333	13 333
Liquidités disponibles	74 547	100 000	87 273
Actionnaire :			
Dividende de Holdco	74 547	100 000	87 273
CDC	S/O	S/O	50 000
Dividende imposable	74 547	100 000	37 273
Impôt (32,80 %)	(24 451)	(32 800)	(12 225)
Liquidités nettes	**50 096**	**67 200**	**75 048**
Taux combinés d'imposition	**49,90 %**	**32,80 %**	**24,95 %**
Taux actionnaire	48,20 %	32,80 %	24,10 %

[132] *Id.*

ANNEXE 4

Revenu de placements étrangers avec impôts étrangers de 10 %

	Avant 2003	Année 2003 et suivantes
	$	$
Société :		
Revenus	100 000	100 000
Impôt[133]	(41 120)	(41 120)
Impôt étranger (10 %)	(10 000)	(10 000)
RTD	19 261	17 780
Liquidités disponibles	68 141	66 660
Actionnaire :		
Dividende de Holdco	68 141	66 660
Impôt (32,80 %)	(22 350)	(21 864)
Liquidités nettes	45 791	44 796
Taux effectif	**54,21 %**	**55,20 %**
Taux actionnaire	**48,20 %**	**48,20 %**

[133] Le taux utilisé est de 52,12 %. La société a droit à un CIE du montant de l'impôt étranger payé.

ANNEXE 5

Revenu de placements étrangers avec impôts étrangers de 15 %

	Avant 2003	Année 2003 et suivantes
	$	$
Société :		
Revenus	100 000	100 000
Impôt[134]	(36 120)	(36 120)
Impôt étranger (15 %)	(15 000)	(15 000)
RTD[135]	15 555	13 333
Liquidités disponibles	64 435	62 213
Actionnaire :		
Dividende de Holdco	64 435	62 213
Impôt (32,80 %)	(21 134)	(20 406)
Liquidités nettes	43 301	41 807
Taux combiné	**56,7 %**	**58,2 %**
Taux actionnaire	**48,20 %**	**48,20 %**

[134] Le taux utilisé est de 52,12 %. La société a droit à un CIE du montant de l'impôt étranger payé.

[135] Nous posons comme hypothèse que la société peut récupérer la totalité de l'IMRTD créé par le revenu étranger. Dans les deux situations, le résultat du second calcul donne le résultat le moins élevé.

REVUE DES PROGRAMMES D'INCITATIFS FISCAUX FÉDÉRAL ET PROVINCIAL

Marc Girard
CGA, M. Fisc.
Gallant Dupuis Tremblay Sauvageau, CA

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 41:5

1. PRINCIPAUX PROGRAMMES D'INCITATIFS FISCAUX DU QUÉBEC 41:5

1.1. MESURES FISCALES GÉNÉRALES CONCERNANT LES SOCIÉTÉS 41:5
1.1.1. Congé fiscal de cinq ans pour les nouvelles sociétés 41:5
1.1.2. Amortissement accéléré de certains biens 41:7
1.1.3. Crédit d'impôt remboursable pour stage en milieu de travail 41:8
1.1.4. Mesures concernant la taxe sur le capital 41:10
1.2. MESURES FISCALES RELATIVES À LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET AU DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL 41:14
1.2.1. Crédit d'impôt remboursable relatif aux salaires en RS & DE 41:14

1.2.2. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche universitaire et pour la recherche effectuée par un centre de recherche public ou un consortium de recherche 41:15
1.2.3. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive, projet mobilisateur, projet d'innovation 41:15
1.2.4. Crédit d'impôt remboursable additionnel basé sur l'accroissement des dépenses de RS & DE 41:16
1.3. MESURES FISCALES RELATIVES AU SECTEUR FINANCIER 41:16
1.4. MESURES FISCALES RELATIVES AU DÉVELOPPEMENT DE LA BIOTECHNOLOGIE 41:17
1.4.1. Crédits d'impôt pour les projets novateurs dans un centre de biotechnologies 41:17
1.4.2. Crédit d'impôt pour le développement de la biotechnologie dans les sites désignés 41:19
1.4.3. Crédit d'impôt remboursable pour une activité relative à la biotechnologie dans un Carrefour de l'innovation 41:20
1.4.4. Crédit d'impôt remboursable pour les produits nutraceutiques et aliments fonctionnels 41:21
1.5. MESURES FISCALES RELATIVES AU SECTEUR DE L'OPTIQUE 41:21
1.5.1. Crédit d'impôt remboursable pour la Cité de l'optique 41:21
1.6. MESURES FISCALES RELATIVES AU SECTEUR DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE 41:23
1.6.1. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans les CDTI 41:25
1.6.2. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans la Cité du multimédia 41:27
1.6.3. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans le CNNTQ 41:28
1.6.4. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans les CNE 41:28
1.6.5. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans la Cité du commerce électronique 41:30
1.6.6. Mesures fiscales relatives à des activités admissibles dans les Carrefours de l'innovation 41:34
1.7. MESURES FISCALES SPÉCIFIQUES 41:36
1.7.1. Crédit d'impôt remboursable pour le design 41:36
1.7.2. Crédit d'impôt remboursable pour les entreprises de chemin de fer 41:36
1.7.3. Crédit d'impôt remboursable relatif à la déclaration des pourboires 41:37
1.7.4. Crédit d'impôt remboursable pour taxi 41:39

1.7.5. Crédit d'impôt pour le rajeunissement du parc de véhicules taxis 41:41
1.7.6. Crédit d'impôt relatif à l'impôt payé par une fiducie pour l'environnement 41:42
1.7.7. Crédit d'impôt remboursable relatif aux ressources 41:43
1.7.8. Crédit d'impôt remboursable temporaire pour la construction de chemins d'accès et de ponts d'intérêt public en milieu forestier 41:45
1.7.9. Crédit d'impôt remboursable pour l'entretien de chevaux destinés à la course 41:46
1.7.10. Crédit d'impôt remboursable pour la construction de navires ou la transformation de navires 41:47
1.7.11. Moratoire sur le congé fiscal pour projets majeurs d'investissement 41:48
1.8. MESURES FISCALES CONCERNANT L'INDUSTRIE CULTURELLE 41:49
1.8.1. Crédit d'impôt remboursable pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise 41:50
1.8.2. Crédit d'impôt remboursable pour services de production cinématographique 41:53
1.8.3. Crédit d'impôt remboursable pour la production d'enregistrements sonores 41:54
1.8.4. Crédit d'impôt remboursable pour la production de spectacles musicaux, dramatiques ou d'humour 41:55
1.8.5. Crédit d'impôt remboursable pour les activités de doublage de films 41:55
1.8.6. Crédit d'impôt remboursable pour l'édition de livres 41:56
1.9. MESURES FISCALES À LA RÉALISATION D'ACTIVITÉS ADMISSIBLES DANS LES RÉGIONS RESSOURCES 41:57
1.9.1. Crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources 41:58
1.9.2. Crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes 41:59
1.9.3. Crédit d'impôt remboursable pour la Vallée de l'aluminium 41:60
1.9.4. Congé fiscal de 10 ans pour les PME manufacturières des régions ressources 41:61
1.9.5. Mesures visant à favoriser l'embauche dans les régions ressources éloignées 41:63
1.9.6. Crédit d'impôt remboursable pour le Technopôle Angus 41:64
1.10. ZONE DE COMMERCE INTERNATIONAL DE MONTRÉAL À MIRABEL 41:65

1.11. CONGÉ FISCAL DE CINQ ANS ACCORDÉ À CERTAINS EMPLOYÉS ÉTRANGERS 41:68

2. PRINCIPAUX PROGRAMMES D'INCITATIFS FISCAUX AU FÉDÉRAL 41:71

2.1. PROGRAMMES DE CRÉDITS D'IMPÔT POUR L'INDUSTRIE CINÉMATOGRAPHIQUE OU MAGNÉTOSCOPIQUE CANADIENNE 41:71

2.1.1. Crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne (CIP) 41:71

2.1.2. Crédit d'impôt pour services de production cinématographique ou magnétoscopique (CISP) 41:71

2.2. PROGRAMME DE LA RS & DE 41:72

CONCLUSION 41:72

ANNEXE I 41:74

ANNEXE II 41:81

ANNEXE III 41:104

ANNEXE IV 41:107

INTRODUCTION

À la suite du dépôt du dernier Budget fédéral, et plus particulièrement celui du Budget du Québec[1], de nombreuses modifications touchant les incitatifs fiscaux des sociétés ont été annoncées. Afin de faire la lumière sur ces nombreux changements, nous proposons de passer en revue les différents programmes d'incitatifs fiscaux actuellement en vigueur au Québec. D'abord, nous traiterons au premier chapitre, et de façon plus importante, des resserrements considérables apportés à la législation fiscale québécoise. Nous passerons ainsi en revue la majorité des différents crédits d'impôt remboursables du Québec à l'égard des sociétés. Une approche similaire sera effectuée au deuxième chapitre à l'égard des crédits d'impôt remboursables au fédéral. Des tableaux synthèse seront présentés en annexe.

1. PRINCIPAUX PROGRAMMES D'INCITATIFS FISCAUX DU QUÉBEC

Avant le dépôt du Budget du Québec du 12 juin 2003, la *Loi sur les impôts*[2] comptait plus d'une soixantaine d'incitatifs fiscaux, regroupés en majorité sous la forme de crédits d'impôt remboursables. Par souci de compréhension, nous avons regroupé ces mesures fiscales en 11 catégories, soit : mesures fiscales générales concernant les sociétés (section 1.1.), recherche scientifique et développement expérimental (section 1.2.), secteur financier (section 1.3.), développement de la biotechnologie (section 1.4.), secteur de l'optique (section 1.5.), nouvelle économie (section 1.6.), mesures fiscales spécifiques (section 1.7.), industrie culturelle (section 1.8.), régions ressources (section 1.9.); zone de commerce international de Montréal à Mirabel (section 1.10.). La dernière section (section 1.11.) traite du congé fiscal de cinq ans accordé à certains employés étrangers.

1.1. MESURES FISCALES GÉNÉRALES CONCERNANT LES SOCIÉTÉS

1.1.1. Congé fiscal de cinq ans pour les nouvelles sociétés

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Certaines nouvelles sociétés dont le capital versé est d'au plus 15 M$ peuvent, sous réserve des conditions et plafonds applicables, bénéficier d'un

---

1 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget du Québec 2003-2004, Discours sur le Budget et Renseignements supplémentaires*, 12 juin 2003.

2 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

congé fiscal pour leurs cinq premières années d'exploitation, communément appelé le congé fiscal de cinq ans pour les nouvelles sociétés. Ce congé couvre les trois principales assiettes d'imposition applicables aux sociétés, soit l'impôt sur le revenu, la taxe sur le capital et la cotisation des employeurs au Fonds des services de santé (ci-après « FSS »[3]).

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003 à l'égard du congé fiscal sur l'impôt sur le revenu

L'exemption d'impôt sur le revenu s'applique dorénavant à 75 % du revenu provenant d'une entreprise admissible à l'égard d'une année d'imposition se terminant après le 12 juin 2003, et est calculée sur la première tranche de 200 000 $ de ce revenu. Toutefois, lorsque l'année d'imposition de la société admissible comprend le 12 juin 2003, cette modification s'applique proportionnellement au nombre de jours de cette année d'imposition qui suivent le 12 juin 2003[4].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003 à l'égard de l'exemption de la taxe sur le capital

Une société admissible au congé fiscal, pour une année d'imposition, peut également bénéficier d'une exemption de la taxe sur le capital. Cette exemption prend la forme d'une déduction dans le calcul du capital versé, jusqu'à concurrence d'un montant de 3 M$ de capital versé. L'exemption de la taxe sur le capital s'applique dorénavant à 75 % du montant du capital versé, et est calculée sur la première tranche de 3 M$ de ce capital versé. Cette modification s'applique à l'égard d'une année d'imposition se terminant après le 12 juin 2003. Un calcul proportionnel doit également être effectué lorsque l'année d'imposition de la société admissible comprend le 12 juin 2003[5].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003 à l'égard de l'exemption de la cotisation des employeurs au FSS

Une société admissible au congé fiscal peut également bénéficier d'une exemption relativement à la cotisation des employeurs au FSS, à l'égard des salaires versés ou réputés versés au cours d'une année d'imposition, jusqu'à

---

3 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 48.

4 *Id.*

5 *Id*., p. 49.

concurrence d'un montant de 700 000 $ de salaires. L'exemption relative à la cotisation des employeurs au FSS s'applique dorénavant à 75 % des salaires versés ou réputés versés au cours d'une année d'imposition, et est calculée sur la première tranche de 700 000 $ de tels salaires. Cette modification s'applique relativement aux salaires versés ou réputés versés après le 12 juin 2003[6] (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

1.1.2. Amortissement accéléré de certains biens

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

- Les contribuables qui exploitent une entreprise au Québec peuvent bénéficier d'une déduction pour amortissement de 100 % du coût en capital de certains biens[7] utilisés au Québec, sans tenir compte de la règle de demi-année et de la règle sur les biens prêts à être mis en service qui sont généralement applicables en vertu de la législation fiscale.

- Les contribuables qui exploitent leur entreprise en partie au Québec et en partie à l'extérieur du Québec peuvent bénéficier d'une déduction additionnelle égale à 20 % de la déduction pour amortissement demandée à l'égard de tels biens pour une année d'imposition. Le montant ainsi obtenu, pour une année, est par la suite multiplié par la proportion qui existe, pour cette année, entre les affaires faites à l'extérieur du Québec par le contribuable et celles faites au Québec.

---

6 *Id*.

7 De façon sommaire, les biens qui permettent à un contribuable de bénéficier de cette déduction pour amortissement accéléré sont le matériel de fabrication ou de transformation, le matériel de traitement de minerai étranger et le matériel électronique universel de traitement de l'information (matériel informatique). Les biens incorporels, tels qu'un brevet, une licence, un permis, le savoir-faire ou un secret commercial, qui sont acquis dans le cadre d'un transfert de technologie, permettent également de bénéficier de cette déduction. Par ailleurs, dans le cadre du Discours sur le Budget du 14 mars 2000, cette déduction pour amortissement accéléré a été étendue, sur une base temporaire, aux câbles de fibres optiques et aux câbles coaxiaux acquis après cette date et utilisés dans certaines régions désignées du Québec. Par la suite, soit dans le cadre du Discours sur le Budget du 29 mars 2001, un ajustement a été apporté à cette extension afin d'inclure également certains équipements reliés à une station de micro-ondes. Dans ces derniers cas, ces biens devaient généralement être acquis avant le 1er avril 2005.

- À l'occasion du Discours sur le Budget du 25 mars 1997, une déduction supplémentaire de 25 % pour amortissement a été mise en place. Ainsi, les contribuables qui acquièrent des biens par ailleurs admissibles à la déduction pour amortissement accéléré avant le 12 juin 2003 peuvent généralement bénéficier d'une déduction supplémentaire égale à 25 % de la déduction pour amortissement accéléré demandée pour une année d'imposition, portant ainsi la déduction totale à 125 %. Lorsqu'un contribuable fait en partie affaire à l'extérieur du Québec au cours d'une année d'imposition, le montant de la déduction supplémentaire est divisé par sa proportion des affaires faites au Québec pour cette année, de façon qu'il profite pleinement de cette déduction supplémentaire[8].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Toutes ces mesures spécifiques à la fiscalité québécoise, y compris celles qui avaient un caractère permanent, sont abolies à l'égard des biens acquis après le 12 juin 2003, sauf à l'égard des biens acquis après le 12 juin 2003 mais au plus tard le 12 juin 2004 :

- s'ils sont acquis conformément à une obligation écrite contractée au plus tard le 12 juin 2003; ou

- si la construction de ces biens par le contribuable ou par une société de personnes dont il est membre, le cas échéant, ou pour le compte de l'un d'eux, était commencée au plus tard le 12 juin 2003 (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

Ainsi, un ordinateur neuf acheté le 13 juin 2003 devra être capitalisé, selon la législation québécoise, sous la catégorie fiscale 10, soit la même catégorie qu'au fédéral. La règle du demi-taux devra également être considérée.

1.1.3. Crédit d'impôt remboursable pour stage en milieu de travail[9]

Sommairement, un contribuable peut, à certaines conditions, demander un crédit d'impôt remboursable pour stage en milieu de travail lorsqu'un

---

8 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 112.

9 Art.1029.8.33.6 L.I.

étudiant effectue un stage de formation admissible[10] au sein d'une entreprise qu'il exploite au Québec ou qu'une société de personnes dont il est membre exploite au Québec. Le taux de ce crédit d'impôt est de 30 % (40 % avant le 12 juin 2003) lorsque le contribuable est une société et de 15 % (20 % avant le 12 juin 2003) dans les autres cas. Ainsi, le crédit d'impôt dont peut bénéficier un contribuable est déterminé selon la dépense admissible engagée à l'égard d'un stagiaire admissible. Cette dépense est en fonction d'un taux horaire maximum pour les salaires payés au stagiaire admissible et à un superviseur admissible, qui est de 15 $ et 30 $ respectivement. De plus, la dépense admissible à l'égard du stagiaire admissible est plafonnée à 500 $ ou 625 $ par semaine, selon le stagiaire admissible visé. Tous les autres paramètres prévus actuellement pour l'application de ce crédit d'impôt sont inchangés. Ces modifications sur le taux du crédit s'appliquent à l'égard d'une dépense admissible engagée après le 12 juin 2003, relativement à un stage de formation admissible qui débute après ce jour[11].

Par ailleurs, la mesure fiscale qui concerne la bonification du crédit d'impôt pour les stages à l'égard des étudiants qui effectuent un stage de formation admissible dans une entreprise située dans une région ressource éloignée, et annoncée lors du Discours sur le Budget du 11 mars 2003, a été intégrée la législation et à la réglementation fiscale. À cet égard et de façon spécifique, le plafond hebdomadaire de la dépense admissible en fonction de laquelle se calcule le crédit d'impôt a été doublé, passant de 500 $ et 625 $, selon le stagiaire admissible visé, à 1 000 $ et 1 250 $ respectivement. Par ailleurs, le taux horaire maximum des salaires payés à un stagiaire admissible qui peut être considéré aux fins du calcul de cette dépense a été augmenté, passant de 15 $ à 25 $. Cette mesure fiscale spéciale sur la bonification s'applique seulement à l'égard d'une dépense admissible engagée après le 11 mars 2003, relativement à un stage de formation admissible qui aura débuté après le 11 mars 2003 mais au plus tard le 12 juin

---

[10] Le crédit vise les étudiants inscrits à différents programmes de niveaux professionnel, secondaire, collégial et du premier cycle de l'université. Un deuxième volet de ce crédit, « Stage Québec », est également disponible, selon les mêmes modalités, pour les étudiants inscrits à temps plein dans un programme de deuxième ou de troisième cycle universitaire. Les stages en milieu de travail doivent être de longue durée ou offrir de la formation en alternance avec le travail. Les dépenses de formation admissibles au crédit d'impôt pour stage en milieu de travail sont constituées des salaires des stagiaires ou apprentis et de ceux des employés qui agissent comme superviseurs de stages.

[11] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 34.

2003[12] (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

1.1.4. Mesures concernant la taxe sur le capital

1.1.4.1. Taux de la taxe sur le capital

Une société ayant un établissement au Québec à un moment quelconque d'une année d'imposition est assujettie à la taxe sur le capital, calculée sur la base du capital versé montré à ses états financiers[13], pour l'année, préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus. Le taux applicable au capital versé ainsi que le mode de calcul de ce dernier sont différents selon qu'il s'agit d'une institution financière[14] ou d'une société qui n'est pas une institution financière[15]. Un taux de taxe de 0,6 % est actuellement appliqué au capital versé des sociétés autres que des institutions financières. Aucune réduction additionnelle ne sera appliquée pour l'année civile 2004 et les années civiles suivantes. Le taux de la taxe sur le capital applicable à ces sociétés sera donc maintenu à 0,6 %[16]. Le taux de la taxe sur

---

12 *Id.*

13 De façon générale, le capital versé d'une société qui n'est pas une institution financière s'obtient en additionnant la plupart des montants figurant dans les sections « avoir des actionnaires » et « passif à long terme » du bilan. Par ailleurs, pour éviter qu'il y ait double imposition, une réduction du capital versé est accordée à l'égard des placements effectués dans d'autres sociétés, alors qu'une déduction est accordée à l'égard de certains éléments.

14 La taxe sur le capital applicable aux institutions financières est calculée sur une base différente de celle des autres sociétés. Cette distinction s'explique essentiellement par le fait qu'il ne serait pas approprié de taxer certains éléments du passif des institutions financières, principalement les dépôts. En outre, un taux de taxe de 1,2 % est actuellement appliqué à leur capital versé.

15 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 119.

16 Le taux de la taxe sur le capital des sociétés qui ne sont pas des institutions financières, qui était initialement de 0,64 %, devait être réduit de façon progressive à 0,3 %. Cette réduction du taux de la taxe sur le capital devait être accordée progressivement à compter du 1er janvier de chaque année, de 2003 à 2007. Ainsi, la première réduction s'étant appliquée le 1er janvier 2003, le taux de la taxe sur le capital applicable à ces sociétés est passé de 0,64 % à 0,6 % à compter de cette date. Contrairement à ce qui était initialement prévu, aucune réduction additionnelle ne sera appliquée pour l'année civile 2004 et les années civiles suivantes.

le capital applicable aux institutions financières sera maintenu quant à lui à 1,2%[17].

1.1.4.2. Déduction maximale applicable dans le capital versé

Les sociétés qui ne sont pas des institutions financières[18] devaient bénéficier, avant le dépôt du Budget du Québec du 12 juin 2003, d'une déduction de 1 M$ dans le calcul du capital versé, et ce, progressivement à compter du 1er janvier de chaque année, de 2003 à 2006. La première tranche de déduction de 250 000 $ s'est appliquée le 1er janvier 2003. Cette déduction, qui devait être de 500 000 $ à compter du 1er janvier 2004, sera augmentée à 600 000 $, pour l'année civile 2004 et les années civiles suivantes[19].

1.1.4.3. Réduction de la déduction maximale en fonction de la taille

La déduction maximale visait, initialement, à réduire le fardeau de la taxe sur le capital des petites sociétés. Aussi, afin que cette déduction s'applique d'abord à ce type de sociétés, la déduction maximale dont peut bénéficier une société devait, au cours des trois premières années de la période d'introduction initialement prévue, soit de 2003 à 2005, être réduite de façon linéaire. Sommairement, cette réduction de la déduction maximale,

---

17 Le taux de la taxe sur le capital des institutions financières, qui était initialement de 1,28 %, devait être réduit, de façon progressive, à 0,6 %. Les sociétés visées par cette réduction sont les banques, les caisses d'épargne et de crédit, les sociétés de prêts, les sociétés de fiducie ainsi que les sociétés faisant le commerce de valeurs mobilières. Comme indiqué précédemment, cette réduction du taux de la taxe sur le capital devait être accordée progressivement à compter du 1er janvier de chaque année, de 2003 à 2007. Ainsi, la première réduction s'étant appliquée le 1er janvier 2003, le taux de la taxe sur le capital applicable aux institutions financières est passé de 1,28 % à 1,2 % à compter de cette date. Contrairement à ce qui était initialement prévu, aucune réduction additionnelle ne sera appliquée pour l'année civile 2004 et les années civiles suivantes. Le taux de la taxe sur le capital applicable aux institutions financières sera donc maintenu à 1,2 %.

18 Les déductions de base de 300 000 $ et de 500 000 $ dans le calcul du capital versé, respectivement pour les caisses d'épargne et de crédit et certaines institutions financières, est abolie à l'égard des années d'imposition qui se terminent le 12 juin 2003 ou après. Cependant, pour une année d'imposition qui comprendra ce jour, le montant de cette déduction sera calculé proportionnellement au nombre de jours de cette année d'imposition qui précèdent ce jour.

19 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 121.

pour une année d'imposition donnée, est d'un dollar pour chaque trois dollars d'excédent du capital versé d'une société pour l'année d'imposition précédente, sur la déduction maximale dont pourrait par ailleurs bénéficier cette société pour l'année d'imposition donnée. En conséquence, il y a réduction partielle de la déduction maximale lorsque ce capital versé se situe entre le montant de cette déduction maximale et quatre fois le montant de cette déduction maximale. Cette réduction de la déduction en fonction de la taille sera maintenue.

Aussi, une réduction partielle de la déduction maximale s'appliquera aux années civiles 2004 et suivantes lorsque le capital versé se situera entre 600 000 $ et 2 400 000 $. Pour plus de précision, les modalités particulières de calcul qui étaient prévues pour une année d'imposition d'une société chevauchant deux années civiles continueront de s'appliquer[20].

1.1.4.4. Sociétés qui pouvaient antérieurement bénéficier d'une exemption d'impôt

Les sociétés régies par une loi constituant un fonds de travailleurs ainsi que Capital régional et coopératif Desjardins, soit des sociétés assujetties à l'impôt et à la taxe sur le capital, mais qui pouvaient antérieurement bénéficier d'une exemption d'impôt, n'étaient pas, pour cette raison, admissibles à cette déduction dans le calcul de leur capital versé. Compte tenu du fait que ces sociétés ne pourront plus bénéficier de cette exemption d'impôt, elles pourront dorénavant bénéficier de cette déduction dans le calcul de leur capital versé, et ce, selon les mêmes modalités que celles applicables aux autres sociétés, y compris relativement à toute l'année civile 2003[21].

1.1.4.5. Autres modalités d'application

Les autres modalités d'application de ces mesures fiscales ne seront pas modifiées par les changements indiqués précédemment. À titre d'exemple, les membres d'un groupe de sociétés associées devront, selon les modalités initialement prévues, se partager la déduction dans le calcul du capital versé d'une société pouvant atteindre 600 000 $. Par ailleurs, pour plus de précision, les acomptes provisionnels d'une société, pour une année d'imposition qui comprend le 12 juin 2003 et qui chevauchera les années

---

20 *Id.*, p. 122.

21 *Id.*

civiles 2003 et 2004, devront, selon les règles usuelles, être ajustés à compter du premier acompte qui suivra ce jour, et ce, afin de prendre en considération les effets des présentes modifications[22].

1.1.4.6. Abolition de la déduction de taxe sur le capital de deux ans à l'égard des biens admissibles

À l'occasion du Discours sur le Budget du 25 mars 1997, un congé de taxe sur le capital à l'égard des nouveaux investissements dans certains secteurs a été mis en place. Ce congé de taxe sur le capital prend la forme d'une déduction, dans le calcul du capital versé d'une société qui n'est pas une institution financière, établie en fonction des frais d'acquisition admissibles engagés par elle à l'égard d'un bien admissible. Une société peut bénéficier de cette déduction à l'égard des frais d'acquisition admissibles engagés par elle, dans une année d'imposition, pour l'année d'imposition au cours de laquelle ces frais sont engagés et pour l'année d'imposition subséquente[23].

De façon sommaire, les biens admissibles pour l'application de ce congé de taxe sur le capital sont le matériel de fabrication ou de transformation, le matériel de traitement de minerai étranger, le matériel informatique, les bâtiments utilisés dans le cadre d'activités de fabrication ou de transformation, les bâtiments utilisés dans le cadre d'activités de traitement de minerai étranger ainsi que le matériel et les bâtiments utilisés dans le cadre d'activités admissibles reliées au secteur du tourisme. Ces biens doivent toutefois être acquis par une société ou par une société de personnes, le cas échéant, avant le 1er avril 2005, sous réserve des périodes transitoires prévues par la législation fiscale. Ce congé de taxe sur le capital est aboli à l'égard des biens acquis après le 12 juin 2003, sauf à l'égard des biens acquis après le 12 juin 2003 mais au plus tard le 12 juin 2004 :

- s'ils sont acquis conformément à une obligation écrite contractée au plus tard le 12 juin 2003; ou

- si la construction de ces biens par la société ou par la société de personnes, le cas échéant, ou pour le compte de l'une d'elles, était commencée au plus tard le 12 juin 2003[24].

---

22 *Id.*

23 *Id.*

24 *Id.*, p. 123.

1.2. MESURES FISCALES RELATIVES À LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET AU DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Une personne qui exploite une entreprise au Canada et qui effectue au Québec, ou fait effectuer pour son compte au Québec, de la recherche scientifique ou du développement expérimental (ci-après « RS & DE ») dans le cadre d'un contrat, peut bénéficier de différents crédits d'impôt remboursables. Cependant, comme il importe d'accroître les activités de RS & DE au Québec et compte tenu du fait que les dépenses de RS & DE se situent en amont d'activités génératrices de revenus, qu'elles ont un coût élevé et que, par définition, elles ne débouchent pas toujours sur des résultats commercialisables, le taux de chacun des crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE est réduit, depuis le 12 juin 2003, de 12,5 % plutôt que de 25 %. Cette modification s'applique aux dépenses de RS & DE engagées après le 12 juin 2003, à l'égard de travaux de RS & DE effectués après le 12 juin 2003, dans le cadre d'un contrat conclu après le 12 juin 2003[25].

1.2.1. Crédit d'impôt remboursable relatif aux salaires en RS & DE[26]

Un premier crédit d'impôt remboursable, communément appelé « RS & DE salaire » porte, notamment, sur le salaire qu'une personne verse à ses employés, lorsqu'elle effectue elle-même ses travaux de RS & DE au Québec, ou sur la moitié du montant du contrat de recherche, lorsque les travaux de RS & DE sont confiés à un sous-traitant qui n'a pas de lien de dépendance avec cette personne. Le taux de ce crédit d'impôt remboursable est de 20 %, mais il peut varier de 20 % à 40 % dans le cas d'une société sous contrôle canadien[27]. Dans le cas du crédit d'impôt RS & DE sur les salaires, à l'égard duquel une société sous contrôle canadien peut bénéficier d'un taux variant de 20 % à 40 % selon le niveau de son actif, ce taux est réduit depuis le 12 juin 2003 à un taux variant de 17,5 % à 35 %, selon les mêmes modalités que celles prévalant actuellement.

---

25 *Id.*, p. 79.

26 Art. 1029.7 L.I.

27 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 77.

1.2.2. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche universitaire et pour la recherche effectuée par un centre de recherche public ou un consortium de recherche[28]

Un deuxième crédit d'impôt remboursable, communément appelé « RS & DE universitaire » porte, notamment, sur 80 % du montant d'un contrat de recherche, lorsque les travaux de RS & DE sont confiés en sous-traitance à une entité universitaire admissible, à un centre de recherche public admissible ou à un consortium de recherche admissible avec lequel la personne qui confie ces travaux de RS & DE n'est pas liée. Le taux de ce crédit d'impôt passe de 40 % à 35 % à compter du 12 juin 2003[29].

Un troisième crédit d'impôt remboursable concerne les cotisations versées à un consortium de recherche admissible. Essentiellement, ce crédit d'impôt remboursable porte sur les cotisations qu'une personne verse à un consortium de recherche admissible, et que l'on peut raisonnablement considérer comme se rapportant aux travaux de RS & DE effectués par le consortium en rapport avec une entreprise de cette personne. Le taux de ce crédit d'impôt passe de 40 % à 35 % à compter du 12 juin 2003[30].

1.2.3. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive, projet mobilisateur, projet d'innovation[31]

Un quatrième crédit d'impôt remboursable concerne la recherche précompétitive, les projets mobilisateurs ou les projets d'innovation technologique environnementale. Ce crédit d'impôt remboursable porte notamment en ce qui a trait à la recherche précompétitive, sur les travaux de RS & DE que plusieurs personnes s'entendent pour effectuer au Québec ou faire effectuer pour leur bénéfice au Québec dans le cadre d'un contrat de recherche. Le taux de ce crédit d'impôt passe de 40 % à 35 % à compter du 12 juin 2003[32].

---

28 Art. 1029.8.6 et 1029.8.9. L.I.

29 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 77.

30 *Id*.

31 Art. 1029.8.10 L.I.

32 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 77.

1.2.4. Crédit d'impôt remboursable additionnel basé sur l'accroissement des dépenses de RS & DE[33]

Une société[34] qui, pour une année d'imposition, a droit au crédit d'impôt remboursable communément appelé « RS & DE salaire », peut aussi bénéficier pour cette année d'un crédit d'impôt remboursable additionnel à l'égard de ses dépenses de RS & DE. De façon générale, ce crédit d'impôt remboursable additionnel est basé sur l'accroissement de l'ensemble des dépenses de RS & DE servant de base au calcul des crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE, faites par une société dans une année d'imposition, par rapport à la moyenne de l'ensemble de telles dépenses faites par la société au cours de ses trois années d'imposition précédentes.

Ce crédit d'impôt remboursable additionnel de 15 % a été instauré, de façon temporaire, à l'occasion du Discours sur le Budget du 9 mars 1999. Ce crédit additionnel est aboli depuis le 12 juin 2003. Ainsi, le crédit ne pourra plus être réclamé par une société pour toute année d'imposition qui débute après le 12 juin 2003. Les modalités d'application de ce crédit d'impôt demeurent inchangées et elles continuent à s'appliquer aux années d'imposition d'une société qui débutent au plus tard le 12 juin 2003[35].

1.3. MESURES FISCALES RELATIVES AU SECTEUR FINANCIER

L'existence d'un secteur financier fort est une condition importante du développement économique du Québec. Ce secteur assure en effet la consolidation de plusieurs leviers de décision et facilite le recrutement et la rétention de la main-d'œuvre hautement spécialisée que requièrent plusieurs activités financières. Il favorise également la création de produits financiers adaptés à la clientèle du Québec et permet de mieux répondre aux besoins de financement des sociétés. C'est dans cette perspective que le gouvernement du Québec a instauré en 1998 une série de mesures destinées à favoriser le développement du secteur financier québécois[36]. La stratégie québécoise à cet égard s'articule essentiellement autour des trois secteurs suivants :

---

33 Art.1029.8.16.6 L.I.

34 Soit sommairement une société dont le contrôle est canadien et dont l'actif est inférieur à 25 M$.

35 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 80.

36 Information extraite du site internet suivant : http://www.cfimontreal.com/fr/avantages/autres.htm.

- les centres financiers internationaux à Montréal[37];
- le secteur boursier et le financement des sociétés québécoises[38];
- les fonds communs d'investissement administrés et gérés au Québec.

L'annexe I « Crédits d'impôt remboursables au Québec : secteur financier » résume de façon sommaire les mesures fiscales propres au secteur financier. Plusieurs de ces mesures fiscales n'ont pas été reconduites à leur échéance lors du Budget du Québec du 12 juin 2003.

1.4. MESURES FISCALES RELATIVES AU DÉVELOPPEMENT DE LA BIOTECHNOLOGIE

La législation fiscale québécoise contient diverses mesures fiscales incitatives visant à stimuler le secteur des biotechnologies. Plusieurs de ces mesures fiscales ont été abolies ou réduites lors du Budget du Québec du 12 juin 2003.

1.4.1. Crédits d'impôt pour les projets novateurs dans un centre de biotechnologies

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Une première mesure fiscale associée aux centres de biotechnologies (ci-après « CDB »[39]) s'adresse aux sociétés qui désirent concrétiser un « projet novateur[40] » dans un secteur en émergence du domaine des biotechnologies, et comportant à la fois :

---

37 De façon sommaire, un centre financier international (ci-après « CFI ») est une entreprise ou une partie d'entreprise établie à Montréal et dont la totalité des activités porte sur des transactions financières internationales admissibles. L'exploitation d'une entreprise de CFI peut être conduite par l'entremise d'une société ou d'une société de personnes.

38 Le secteur boursier et le financement des sociétés québécoises comprennent : la Bourse de Montréal, spécialisée dans les transactions de produits dérivés financiers, et la Bourse Nasdaq à Montréal, spécialisée dans les transactions de titres de sociétés en croissance.

39 Les sociétés désirant bénéficier des avantages fiscaux doivent obligatoirement s'installer dans un immeuble désigné CDB. Quatre CDB ont été ainsi désignés dans les villes suivantes : Laval, Saint-Hyacinthe, Sherbrooke et Lévis.

40 Un projet est considéré comme étant « novateur » lorsqu'il vise la réalisation d'un produit, d'un service ou d'un procédé de conception ou de fabrication qui, lors de la

(à suivre…)

- des retombées économiques significatives pour le Québec,

- un contenu substantiel en recherche et développement susceptible de développer de nouvelles expertises.

Ces sociétés peuvent ainsi bénéficier des avantages suivants si elles possèdent un certificat d'admissibilité délivré par Investissement Québec (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails) :

- un congé fiscal de cinq ans comportant une exemption de l'impôt sur le revenu, une exemption de la taxe sur le capital et une exemption des cotisations d'employeur au FSS;

- crédit d'impôt remboursable pour une période maximale de 10 ans, (c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2013) d'un montant égal à 40 % des salaires versés à des employés admissibles (c'est-à-dire jusqu'à un maximum de 15 000 $);

- crédit d'impôt remboursable pour une période de trois ans d'un montant égal à 40 % du coût d'acquisition ou de location de biens amortissables neufs utilisés exclusivement ou presque exclusivement aux fins de l'entreprise;

- crédit d'impôt remboursable pour une période de cinq ans d'un montant égal à 40 % des frais de location admissibles[41] d'installations visées par un certificat d'admissibilité délivré par Investissement Québec.

(…suite)
demande, n'existe pas au Québec selon la forme recherchée par la société; il fait appel à des compétences spécialisées dans un champ en émergence dans le domaine de la biotechnologie; il ne doit pas avoir généré de revenus.

[41] L'expression « frais de location admissibles » correspond aux frais de location attribuables à la location des installations spécialisées admissibles, y compris les frais attribuables aux biens consommés dans le cadre de l'utilisation et qui sont indispensables à celle-ci, ainsi que les coûts reliés aux services attribuables à un opérateur, à un technicien ou à toute autre personne dont les services sont indispensables pour l'utilisation des installations spécialisées admissibles.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Depuis le 12 juin 2003, le niveau d'aide des mesures fiscales relatives à la réalisation d'un projet novateur dans le secteur des biotechnologies dans un CDB a été réduit de 25 %. Ainsi, à compter du 12 juin 2003 :

- le congé fiscal de cinq ans dont peut bénéficier une société exemptée à l'égard de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital et de la cotisation des employeurs au FSS est réduit de 25 %;

- le taux du crédit d'impôt remboursable sur les salaires est réduit de 40 % à 30 %;

- le taux du crédit d'impôt remboursable à l'égard du matériel spécialisé admissible est réduit de 40 % à 30 %;

- le taux du crédit d'impôt remboursable pour la location ponctuelle d'installation spécialisée admissible est de 40 % à 30 %[42].

1.4.2. Crédit d'impôt pour le développement de la biotechnologie dans les sites désignés

Une seconde mesure fiscale associée aux CDB s'adresse aux sociétés qui réalisent des « activités déterminées », c'est-à-dire autrement que dans le cadre de la réalisation d'un « projet novateur » en biotechnologies. Le crédit d'impôt remboursable pour le développement de la biotechnologie dans certains sites désignés a été instauré lors de l'Énoncé complémentaire à la politique budgétaire du gouvernement du 19 mars 2002.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon générale, ce crédit d'impôt remboursable, dont le taux est de 40 %, est accordé à l'égard de la hausse de la masse salariale attribuable aux employés admissibles d'une société admissible œuvrant dans le domaine de la biotechnologie, et ce, relativement à trois années civiles consécutives. Pour être admissible, une société doit exploiter une entreprise agréée, c'est-à-dire une entreprise à l'égard de laquelle un certificat d'admissibilité a été délivré par Investissement Québec. De plus, cette société doit s'installer dans

---

42 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1, p. 9.

un site désigné. Les employés doivent consacrer au moins 90 % de leur temps à ces fonctions pour que leur salaire soit admissible au crédit.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

À compter du 12 juin 2003, ce crédit d'impôt remboursable est aboli selon les mêmes modalités que celles indiquées dans le cas du crédit d'impôt remboursable pour les activités d'affaires électroniques[43] (voir la section 1.6.5.2. à cet effet).

1.4.3. Crédit d'impôt remboursable pour une activité relative à la biotechnologie dans un Carrefour de l'innovation

Une société menant une activité relative à la biotechnologie autre que dans un CDB, par exemple dans le Carrefour de l'innovation de Montréal ou de Québec (voir la section 1.6.6. à cet effet) et détenant un certificat d'admissibilité délivré par Investissement Québec, peut bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable sur l'accroissement de la masse salariale des employés admissibles, pour une période de cinq ans. Sont comprises entre autres dans les activités relatives à la biotechnologie, les activités liées à la santé humaine et animale, l'agriculture, l'agroalimentaire, la foresterie et l'environnement. C'est le cas des activités visant l'innovation qui comprennent notamment la préproduction, la production, l'adaptation et le développement de nouveaux produits dérivés.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Le crédit est égal à 40 % de l'accroissement de la masse salariale des employés qui entreprennent, supervisent ou soutiennent directement les activités de l'entreprise. Les employés doivent consacrer 90 % de leur temps à l'exercice de ces fonctions pour que leur salaire soit admissible au crédit. Seules les sociétés ayant amorcé leur entreprise au plus tard le 31 décembre 2006 seront admissibles au crédit.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

À compter du 12 juin 2003, ce crédit d'impôt remboursable est aboli selon les mêmes modalités que celles indiquées dans le cas du crédit d'impôt

---

43 *Id.,* p. 20.

remboursable pour les activités d'affaires électroniques (voir la section 1.6.5.2. à cet effet).

1.4.4. Crédit d'impôt remboursable pour les produits nutraceutiques et aliments fonctionnels

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Ce crédit d'impôt a été instauré lors de l'Énoncé complémentaire à la politique budgétaire du gouvernement du 19 mars 2002. Une société ayant amorcé, au plus tard le 31 décembre 2006, une entreprise de fabrication d'aliments fonctionnels[44] et de nutraceutiques[45] dans la région métropolitaine de la ville de Québec et détenant un certificat d'admissibilité délivré par Investissement Québec peut bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable. Le crédit, pour une période de trois ans, est égal à 40 % de l'accroissement de sa masse salariale. Une entreprise qui mène des activités de commercialisation accessoirement à son activité de fabrication peut également bénéficier de ce crédit.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Ce crédit d'impôt est aboli à compter du 12 juin 2003 selon les même modalités que celles indiquées dans le cas du crédit d'impôt remboursable pour les activités d'affaires électronique (voir la section 1.6.5.2. à cet effet).

1.5. MESURES FISCALES RELATIVES AU SECTEUR DE L'OPTIQUE

1.5.1. Crédit d'impôt remboursable pour la Cité de l'optique[46]

Le crédit d'impôt remboursable pour la Cité de l'optique, instauré le 30 juin 1999, est accordé à l'égard de l'accroissement de la masse salariale

---

44 L'expression « aliment fonctionnel » signifie un aliment ou une boisson ayant un effet direct sur la santé au-delà de ses qualités nutritionnelles.

45 L'expression « nutraceutique » signifie quant à elle un produit prenant la forme de poudre, pilules, gélules, capsules ou autres formes médicinales, fabriqué à partir de molécules nutraceutiques ou d'extraits bruts. Les deux produits doivent procurer des bienfaits physiologiques prouvables et réduire le risque de maladie chronique en sus de leurs fonctions nutritionnelles de base.

46 Formulaire CO-1029.8.36.OP.

attribuable aux employés de production ou de commercialisation d'une société admissible œuvrant dans le secteur de l'optique, de la photonique ou du laser, dans un périmètre désigné de la région de Québec (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Pour être admissible, une société doit exploiter une entreprise agréée, c'est-à-dire une entreprise à l'égard de laquelle un certificat d'admissibilité a été délivré par le ministère de l'Industrie et du Commerce. Le taux de ce crédit d'impôt remboursable, à l'égard d'une année civile donnée, est de 40 %. De façon sommaire, ce taux est appliqué à l'excédent des salaires versés par la société admissible à ses employés admissibles pour l'année civile, sur les salaires versés aux employés admissibles pendant l'année civile précédente. Cette mesure s'applique à l'égard des années civiles 1999 à 2006[47].

Mesures fiscales après le 12 juin 2003

Le crédit d'impôt remboursable pour la Cité de l'optique est aboli à compter du 12 juin 2003. Toutefois, une société admissible pour laquelle un certificat d'admissibilité a été obtenu avant le 12 juin 2003 peut continuer de bénéficier du crédit d'impôt, selon les modalités déjà prévues. De même, une telle société pour laquelle une demande relative à l'obtention d'une attestation d'admissibilité a été formulée par écrit au ministère de l'Industrie et du Commerce, avant le 12 juin 2003, peut également bénéficier du crédit d'impôt remboursable si elle respecte par ailleurs les autres conditions d'application. Afin d'être considérée, une telle demande doit toutefois être appuyée des documents nécessaires à la détermination de l'admissibilité de la société[48].

Cependant, en cas d'acquisition du contrôle d'une société visée par cette mesure le 12 juin 2003 ou après, celle-ci ne peut plus bénéficier de ces mesures fiscales. Cette règle ne s'applique pas lorsque le contrôle d'une société est acquis par une autre telle société. Une attestation d'admissibilité peut exceptionnellement être délivrée à une société, dans le cadre de certaines réorganisations corporatives, malgré que la demande relative à l'obtention d'une telle attestation soit formulée le 12 juin 2003 ou après[49].

---

47 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 14.

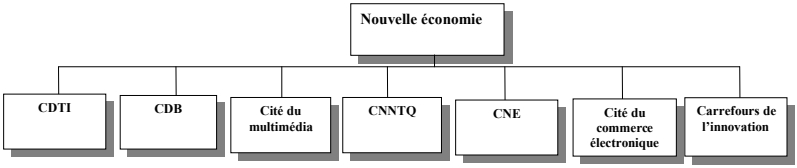
48 *Id.*

49 *Id.*, p. 15.

1.6. MESURES FISCALES RELATIVES AU SECTEUR DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE

La législation fiscale québécoise comporte un ensemble de mesures concernant les entreprises qui réalisent des activités de RS & DE et d'autres formes d'innovation dans certains secteurs d'activité, notamment ceux associés à la nouvelle économie. C'est le cas, entre autres, des mesures relatives à la RS & DE et de celles relatives à la réalisation d'activités dans certains sites désignés, soit les mesures relatives aux Centres de développement des technologies de l'information (ci-après « CDTI »), aux CDB, à la Cité du multimédia, au Centre national des nouvelles technologies de Québec (ci-après « CNNTQ ») et aux Carrefours de la nouvelle économie (ci-après « CNE »). Le tableau 1 suivant donne un aperçu sommaire des sites désignés de la nouvelle économie[50].

Tableau 1 – Quelques sites désignés dans la nouvelles économie



Essentiellement, les mesures fiscales relatives à la réalisation d'activités dans certains sites désignés se divisent en deux types : celles relatives à la réalisation d'un projet novateur[51], et celles relatives à la réalisation d'activités autrement que dans le cadre de la réalisation d'un projet novateur (activités déterminées). Par ailleurs, une autre mesure fiscale spécifiquement applicable à un site désigné, soit la Cité du commerce électronique, permet avant le 12 juin 2003, à une société qui y réalise certaines activités, de bénéficier d'une aide fiscale pouvant prendre la forme d'un crédit d'impôt remboursable ou d'un crédit remboursable de la cotisation des employeurs au FSS[52].

---

50 *Id.*, p. 1.

51 De façon générale, Investissement Québec considère qu'un « projet novateur » doit comporter une investigation planifiée entreprise dans l'espoir d'acquérir de nouvelles connaissances techniques ou scientifiques. Il pourra s'agir de recherche appliquée, orientée vers un but ou une application pratique bien définie, ou de recherche pure; ou être un travail de transposition des découvertes issues de la recherche et d'autres connaissances, qui se situe avant le début de l'exploitation commerciale.

52 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 1.

Mesures fiscales relatives à la réalisation d'un projet novateur avant le 12 juin 2003

Les mesures fiscales relatives à la réalisation d'un projet novateur dans un site désigné permettent à une société qui réalise un projet novateur dans le domaine des technologies de l'information et des communications dans un CDTI ou dans un CNE, ou encore dans le domaine des biotechnologies dans un CDB, de bénéficier :

- d'un congé fiscal de cinq ans à l'égard de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital et de la cotisation des employeurs au FSS;

- une telle société peut également bénéficier de crédits d'impôt remboursables à l'égard des salaires versés à des employés admissibles ainsi que pour l'acquisition ou la location de matériel spécialisé admissible[53]

- enfin, une société qui réalise un projet novateur dans le secteur des biotechnologies dans un CDB peut également bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable à l'égard des frais de location admissibles relatifs à la location ponctuelle d'installations spécialisées admissibles (voir la section 1.4.1. à cet effet).

Les mesures fiscales relatives à la réalisation d'activités déterminées dans un site désigné permettent à une société qui réalise de telles activités dans un CNE, dans un CDTI, dans la Cité du multimédia ou dans le CNNTQ, de bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable à l'égard des salaires versés à des employés déterminés[54].

Mesures fiscales relatives à la réalisation d'un projet novateur à compter du 12 juin 2003

Les mesures fiscales relatives à la réalisation d'un projet novateur dans certains sites désignés, autres que celles relatives à la réalisation d'un projet novateur dans le secteur des biotechnologies dans un CDB, sont abolies à compter du 12 juin 2003. Toutefois, une société exemptée, soit une société ayant déjà obtenu une attestation d'admissibilité relativement à la réalisation d'un projet novateur, peut continuer de bénéficer de ces mesures fiscales,

---

53 *Id.*, p. 6.

54 *Id.*

selon les modalités déjà prévues. De même, une société pour laquelle une demande relative à l'obtention d'une attestation d'admissibilité aura été formulée par écrit à Investissement Québec, avant le 12 juin 2003, pourra également bénéficier de ces mesures fiscales si elle respecte par ailleurs les autres conditions d'application. Afin d'être considérée, une telle demande devra toutefois être appuyée des documents nécessaires à la détermination de l'admissibilité de la société[55].

Cependant, en cas d'acquisition du contrôle d'une société exemptée le 12 juin 2003 ou après le 12 juin 2003, celle-ci ne pourra plus bénéficier de ces mesures fiscales, et ce, à compter de l'année d'imposition de la société qui est réputée commencer au moment de l'acquisition du contrôle. Cette règle ne s'appliquera toutefois pas lorsque le contrôle de la société exemptée sera acquis par une autre société exemptée. Par ailleurs, la délivrance d'une attestation d'admissibilité, dans les situations décrites précédemment, ne pourra garantir de façon absolue le droit à ces mesures fiscales, puisqu'il appartient au ministère du Revenu du Québec (MRQ) d'établir si les règles fiscales relatives à une acquisition de contrôle s'appliquent dans une situation donnée. Dans ce contexte, les attestations d'admissibilité délivrées par Investissement Québec confirmeront que seuls les critères d'admissibilité relevant de cet organisme ont été vérifiés. Enfin, il y a lieu de rappeler que la définition actuelle de société exemptée exclut une société qui résulte de la fusion ou de l'unification de plusieurs sociétés[56].

1.6.1. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans les CDTI

Les mesures fiscales concernant les CDTI ont été instaurées lors du Budget du 25 mars 1997. Un CDTI est un regroupement d'entreprises exploitées dans un même édifice désigné par Investissement Québec[57]. Essentiellement, les mesures fiscales visent à créer des emplois et à favoriser l'investissement au Québec par des entreprises des secteurs du multimédia et des technologies de l'information. L'entreprise désirant bénéficier des

---

55 *Id.*

56 *Id.*, p. 7.

57 Les sociétés désirant bénéficier des avantages fiscaux doivent obligatoirement s'installer soit dans un immeuble désigné CDTI, soit dans un immeuble désigné CNE lorsqu'un immeuble désigné CDTI n'existe pas dans leur région. Cinq CDTI ont été ainsi désignés dans les villes suivantes : Laval, Gatineau, Sherbrooke, Montréal, Québec. Les immeubles désignés CNE sont, quant à eux, répartis dans la plupart des régions du Québec.

mesures fiscales liées à la réalisation d'activités admissibles dans un CDTI doit concrétiser un projet novateur comportant des retombées significatives pour le Québec ainsi qu'un contenu substantiel en RS & DE susceptible de développer de nouvelles expertises.

De façon générale, les avantages accordés aux sociétés qui réalisent des activités admissibles (projet novateur) dans un CDTI peuvent bénéficier des avantages suivants :

- un congé fiscal de cinq ans comportant une exemption de l'impôt sur le revenu, une exemption de la taxe sur le capital et une exemption des cotisations d'employeur au FSS;

- un crédit d'impôt remboursable de 40 % sur les salaires versés à des employés admissibles;

- un crédit d'impôt remboursable de 40 % sur le coût d'acquisition ou les frais de location de biens admissibles (matériel spécialisé).

1.6.1.1. Congé fiscal de cinq ans à l'égard de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital et des cotisations de l'employeur au FSS

Le congé fiscal de cinq ans à l'égard de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital et des cotisations de l'employeur au FSS à l'égard d'une société réalisant un projet novateur dans un CDTI est aboli à compter du 12 juin 2003 (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails et la section 1.6. « Mesures fiscales relatives à la réalisation de projet novateur à compter du 12 juin 2003 »).

1.6.1.2. Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés par une société établie dans un CDTI[58]

Le crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés par une société établie dans un CDTI est aboli à compter du 12 juin 2003 (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails et la section 1.6. « Mesures fiscales relatives à la réalisation de projet novateur à compter du 12 juin 2003 »).

---

[58] Formulaire CO-1029.8.36.05.

1.6.1.3. Crédit d'impôt remboursable sur les frais d'acquisition ou la location de biens par une société établie dans un CDTI[59]

Le crédit d'impôt sur les frais d'acquisition ou la location de biens dans un CDTI est aboli à compter du 12 juin 2003 (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails et la section 1.6. « Mesures fiscales relatives à la réalisation de projet novateur à compter du 12 juin 2003 »).

1.6.2. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans la Cité du multimédia

La création de la Cité du multimédia, située près du Vieux-Port de Montréal, a été annoncée le 15 juin 1998 afin que Montréal se positionne, dans la nouvelle économie, comme endroit stratégique pour le déploiement du savoir et des technologies de l'information. Les mesures ont été créées pour permettre à certaines entreprises qui ne se qualifient pas pour les mesures concernant les CDTI (projet novateur), de bénéficier d'une certaine aide fiscale. Ainsi, les entreprises qui réalisent des activités admissibles à l'intérieur de la Cité du multiméda peuvent bénéficer d'un crédit d'impôt sur les salaires versés aux employés admissibles.

1.6.2.1. Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés pour les sociétés établies dans la Cité du multimédia[60]

Le crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés aux employés admissibles pour les sociétés établies dans la Cité du multimédia est aboli à compter du 12 juin 2003. Après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant l'attestation initiale pourront continuer de bénéficier de ce crédit (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails). Par ailleurs, la capacité locative des immeubles désignés est, depuis le 12 juin 2003, de 80 000 mètres carrés (110 000 mètres carrés avant le 12 juin 2003). La responsabilité de désigner les immeubles est assumée par Investissement Québec. Aussi, Investissement Québec doit veiller à ce que la désignation officielle d'espaces locatifs n'excède pas, à tout moment, la limite de 80 000 mètres carrés fixée par le ministre des Finances.

---

59 Formulaire CO-1029.8.36.06.

60 Formulaire CO-1029.8.36.CM.

1.6.3. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans le CNNTQ

Le CNNTQ a été créé lors du Discours sur le Budget de 1999 afin de créer une zone semblable à celle de la Cité du multimédia, mais dans la région de Québec. Il regroupe, à l'intérieur d'un quadrilatère situé au centre-ville de Québec, des entreprises du secteur des technologies de l'information et du multimédia. Cette mesure a pour objectif d'appuyer et de stimuler le développement des arts en relation avec les technologies de l'information, des communications et du multimédia. L'aide fiscale accordée à une société réalisant des activités déterminées dans le CNNTQ prend la forme d'un crédit d'impôt remboursable égal à 40 % du salaire déterminé versé à un employé déterminé.

1.6.3.1. Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés par une société établie dans un CNNTQ[61]

Le crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés aux employés admissibles pour les sociétés établies dans le CNNTQ est aboli à compter du 12 juin 2003. Après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant l'attestation initiale pourront continuer de bénéficier de ce crédit (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

1.6.4. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans les CNE

Le concept des CNE vise à stimuler, par des incitatifs fiscaux, l'implantation et le développement d'entreprises appartenant à la nouvelle économie dans des immeubles désignés de plusieurs régions du Québec. Dans une région donnée, un même CNE peut être établi dans plus d'un centre urbain, selon les besoins de la région. La superficie totale disponible pour l'ensemble des régions du Québec est, depuis le 12 juin 2003, de 130 000 mètres carrés (150 000 mètres carrés avant le 12 juin 2003). La détermination de la superficie maximale pouvant faire l'objet d'une désignation relève du ministre des Finances. Par ailleurs, la responsabilité de désigner les immeubles et les superficies attribuables à chaque région est assumée par Investissement Québec. Aussi, Investissement Québec doit veiller à ce que la désignation officielle d'espaces locatifs n'excède pas, à

---

61 Formulaire CO-1029.8.36.TQ.

tout moment, la limite de 130 000 mètres carrés fixée par le ministre des Finances.

Les mesures fiscales relatives aux CNE prévoient, pour des entreprises ne réalisant pas un projet novateur, des avantages similaires à ceux concernant les entreprises établies dans la Cité du multimédia (voir la section 1.6.2. à cet effet). Les entreprises réalisant quant à elles un projet novateur dans un CNE peuvent bénéficier de l'aide fiscale applicable au CDTI (voir la section 1.6.1. à cet effet).

1.6.4.1. Congé fiscal de cinq ans à l'égard de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital et des cotisations de l'employeur au FSS

Le congé fiscal de cinq ans à l'égard de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital et des cotisations de l'employeur au FSS à l'égard d'une société réalisant un projet novateur dans un CNE est aboli à compter du 12 juin 2003 (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails et la section 1.6. « Mesures fiscales relatives à la réalisation de projet novateur à compter du 12 juin 2003 »).

1.6.4.2. Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés par une société établie dans un CNE[62]

Le crédit d'impôt remboursable sur les salaires pour les sociétés établies dans les CNE est aboli à compter du 12 juin 2003. Après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant l'attestation initiale pourront continuer de bénéficier de ce crédit (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails et la section 1.6. « Mesures fiscales relatives à la réalisation de projet novateur à compter du 12 juin 2003 » dans le cas où l'entreprise réalise un projet novateur dans un CNE).

1.6.4.3. Crédit d'impôt remboursable sur les frais d'acquisition ou de location par une société établie dans un CNE[63]

Le crédit d'impôt remboursable sur les frais d'acquisition ou de location par une société établie dans un CNE est aboli à compter du 12 juin 2003. Après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant l'attestation initiale

---

62 Formulaire CO-1029.8.36.SD.

63 Formulaire CO-1029.8.36.FC.

pourront continuer de bénéficier de ce crédit (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails et la section 1.6. « Mesures fiscales relatives à la réalisation de projet novateur à compter du 12 juin 2003 » dans le cas où l'entreprise réalise un projet novateur dans un CNE).

1.6.5. Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans la Cité du commerce électronique

La Cité du commerce électronique est située au centre-ville de Montréal. Elle a été créée le 11 mai 2000 (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

1.6.5.1. Crédit d'impôt remboursable relatif aux salaires des employés travaillant dans la Cité du commerce électronique[64]

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, les sociétés admissibles qui s'établissent dans la Cité du commerce électronique peuvent bénéficier d'une aide fiscale à l'égard des salaires admissibles engagés par celles-ci et versés à des employés admissibles pour effectuer des activités admissibles. Le taux de cette aide fiscale est généralement de 35 % mais peut être réduit à compter de la sixième année d'opération d'une société admissible dans la Cité du commerce électronique, si la société admissible n'a pas créé un nombre minimal d'emplois au Québec[65].

Initialement, cette aide fiscale prenait la forme d'un crédit d'impôt remboursable. Toutefois, à l'occasion de l'Énoncé complémentaire à la politique budgétaire du gouvernement du 19 mars 2002, un choix a été instauré permettant à une société admissible de choisir de bénéficier soit du crédit d'impôt remboursable, soit d'un crédit remboursable de la cotisation des employeurs au FSS. Un tel choix est possible à l'égard des années d'imposition d'une société admissible qui se terminent après le 19 mars 2002[66].

---

64 Formulaire CO-1029.8.36.CE.

65 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 12.

66 *Id.*

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Les mesures fiscales relatives à la réalisation d'activités admissibles dans la Cité du commerce électronique sont abolies à compter du 12 juin 2003. Cette abolition s'applique tant au crédit d'impôt remboursable qu'au crédit remboursable de la cotisation des employeurs au FSS. Cependant, une société visée par cette mesure ayant déjà obtenu une attestation d'admissibilité pourra continuer de bénéficier de ces mesures fiscales[67].

D'autre part, la superficie louable totale des immeubles qui constituent la Cité du commerce électronique est également réduite depuis le 12 juin 2003 pour les sociétés qui continuent de bénéficier de ces mesures fiscales, passant d'environ 111 600 mètres carrés à environ 85 000 mètres carrés.

1.6.5.2. Crédit d'impôt remboursable pour les activités d'affaires électroniques réalisées dans certains sites désignés

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Le crédit d'impôt remboursable pour les activités d'affaires électroniques réalisées dans certains sites désignés a été instauré lors du Discours sur le Budget du 1er novembre 2001. De façon générale, ce crédit d'impôt remboursable, dont le taux est de 35 %, est accordé à l'égard de la **hausse de la masse salariale** attribuable aux employés admissibles d'une société admissible[68] qui s'installe dans un local désigné situé soit dans la Zone de commerce électronique du centre-ville de Montréal, soit dans le CNNTQ, et ce, relativement à cinq années civiles consécutives[69].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Le crédit d'impôt remboursable pour les activités d'affaires électroniques réalisées dans certains sites désignés est aboli à compter du 12 juin 2003. Toutefois, une société admissible pour laquelle un certificat d'admissibilité a été obtenu avant le 12 juin 2003 pourra continuer de bénéficier du crédit d'impôt. De même, une société pour laquelle une

---

67 *Id.*

68 Pour être admissible, une société doit exploiter une entreprise agréée, c'est-à-dire une entreprise à l'égard de laquelle un certificat d'admissibilité est délivré par Investissement Québec.

69 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 17.

demande relative à l'obtention d'un certificat d'admissibilité aura été formulée par écrit à Investissement Québec, avant le 12 juin 2003, pourra également bénéficier du crédit d'impôt remboursable si elle respecte par ailleurs les autres conditions d'application. Afin d'être considérée, une telle demande devra toutefois être appuyée des documents nécessaires à la détermination de l'admissibilité de la société[70].

Cependant, en cas d'acquisition du contrôle d'une société visée par cette mesure le 12 juin 2003 ou après, celle-ci ne peut plus bénéficier de ces mesures fiscales. Cette règle ne s'applique pas lorsque le contrôle d'une société est acquis par une autre telle société. Une attestation d'admissibilité peut exceptionnellement être délivrée à une société, dans le cadre de certaines réorganisations corporatives, malgré que la demande relative à l'obtention d'une telle attestation soit formulée le 12 juin 2003 ou après[71].

1.6.5.3. Crédit d'impôt remboursable visant à favoriser l'intégration de solutions de commerce électronique[72]

Une société admissible peut bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable égal à 40 % des dépenses admissibles engagées relativement à la mise en place de solutions de commerce électronique admissibles. Le crédit est accordé pour les dépenses admissibles engagées avant le 1er octobre 2002 et pour des travaux ayant débuté avant le 1er avril 2002 et doit être calculé en tenant compte des sociétés associées. Il ne peut excéder 40 000 $, pour la durée totale de la période au cours de laquelle les dépenses sont engagées. Les solutions de commerce électronique admissibles comprennent soit un système de transactions entre entreprises dans le cadre d'un réseau privé, soit le développement d'un site Web transactionnel utilisant le réseau Internet ou extranet. Ces solutions doivent en outre inclure un mode de transaction par canal informatisé et sécurisé permettant l'achat ou la vente de produits ou services.

---

70 *Id.*, p. 18.

71 *Id.*

72 Art. 1029.8.21.42 L.I.

1.6.5.4. Crédit d'impôt remboursable pour la production de titres multimédias (volet général)[73] et crédit d'impôt remboursable pour les sociétés spécialisées dans la production de titres multimédias[74]

Un premier crédit d'impôt remboursable relatif à la production de titres multimédias (volet général) a été instauré à l'occasion du Discours sur le Budget du 9 mai 1996. Par ailleurs, à l'occasion du Discours sur le Budget du 31 mars 1998, un second crédit d'impôt s'appliquant spécifiquement aux sociétés dont les activités consistent principalement à produire de tels titres a été introduit. Essentiellement, la différence entre les deux crédits d'impôt réside dans le fait qu'une société qui désire bénéficier du volet général doit obtenir les attestations requises à l'égard de chacun des titres multimédias qu'elle produit, alors qu'une société qui compte plutôt se prévaloir du crédit d'impôt pour les sociétés spécialisées doit obtenir les attestations requises à l'égard de l'ensemble de ses activités. Toutefois, dans l'un et l'autre cas, les attestations sont délivrées à une société admissible par Investissement Québec[75].

Pour l'application des deux crédits d'impôt, le montant d'aide dont peut bénéficier une société admissible est déterminé en fonction de la dépense de main-d'œuvre admissible de la société, à laquelle est appliqué un pourcentage qui varie en fonction de la catégorie des titres multimédias produits par la société (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

Par ailleurs, depuis le 12 juin 2003, Investissement Québec a la responsabilité de déterminer si au moment de sa demande d'attestation à l'égard d'un titre multimédia, une société est le producteur du titre. Cette attestation n'est délivrée à la société que pour autant qu'elle en soit le producteur. Ces modifications s'appliquent relativement à une attestation délivrée à une société par Investissement Québec après le 12 juin 2003.

---

73 Formulaire CO-1029.8.36.PM.

74 Formulaire CO-1029.8.36.TM.

75 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 35.

1.6.5.5. Crédit d'impôt pour services d'adaptation technologique[76]

À l'occasion du Discours sur le Budget du 9 mars 1999, un crédit d'impôt remboursable comportant deux volets a été mis en place afin d'appuyer les petites entreprises dans la collecte et le traitement de l'information stratégique ainsi que dans leurs démarches de collaboration de recherche et d'innovation. Le premier volet de ce crédit d'impôt concerne l'information concurrentielle, soit le fruit des activités de veille menées par un centre de veille concurrentielle, alors que le second volet concerne les services de liaison et de transfert.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, le crédit d'impôt dont peut bénéficier une société admissible, pour une année d'imposition, est de 40 % des dépenses admissibles engagées par la société admissible, au cours de cette année, auprès d'un centre de veille concurrentielle admissible, d'un centre de liaison et de transfert admissible ou d'un centre collégial de transfert de technologie admissible, selon le cas.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

À compter du 12 juin 2003, la législation fiscale a été modifiée afin de réduire à 30 % le taux du crédit d'impôt remboursable pour services d'adaptation technologique. Cette modification s'applique à l'égard des dépenses admissibles engagées par une société admissible après le 12 juin 2003, dans le cadre d'un contrat conclu après ce jour, le cas échéant[77] (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

1.6.6. Mesures fiscales relatives à des activités admissibles dans les Carrefours de l'innovation

Les mesures fiscales relatives à des activités admissibles dans les Carrefours de l'innovation ont été instaurées lors de l'Énoncé complémentaire à la politique budgétaire du gouvernement du 19 mars 2002.

---

76 Art. 1029.8.21 L.I.

77 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1, p. 32.

1.6.6.1. Crédit d'impôt remboursable pour les sociétés établies dans les Carrefours de l'innovation

Pour y être admissibles, les entreprises doivent œuvrer dans des domaines de haute technologie tels que l'industrie des technologies de l'information et des communications, les technologies de la production, les biotechnologies, les technologies des matériaux et des services de nature scientifique et technologique.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon générale, ce crédit d'impôt remboursable, dont le taux est de 40 %, est accordé à l'égard de la hausse de la masse salariale attribuable aux employés admissibles d'une société admissible qui s'installe dans un site désigné, soit le Carrefour de l'innovation de Montréal[78] ou encore le Carrefour de l'innovation de Québec[79], et ce, relativement à cinq années civiles consécutives. Pour être admissible, une société doit exploiter une entreprise agréée, c'est-à-dire une entreprise à l'égard de laquelle un certificat d'admissibilité est délivré par Investissement Québec[80].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Le crédit d'impôt remboursable pour les Carrefours de l'innovation est aboli à compter du 12 juin 2003, selon les mêmes modalités que celles indiquées dans le cas du crédit d'impôt remboursable pour les activités d'affaires électroniques réalisées dans certains sites désignés (voir la section 1.6.5.2. à cet effet).

---

78 Essentiellement, le Carrefour de l'innovation de Montréal correspond à une partie du territoire du Technoparc St-Laurent et au territoire du Technopôle Angus.

79 Le Carrefour de l'innovation de Québec correspond au territoire du Parc technologique du Québec métropolitain.

80 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1, p. 22.

1.7. MESURES FISCALES SPÉCIFIQUES

1.7.1. Crédit d'impôt remboursable pour le design

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Le crédit d'impôt remboursable pour le design comporte deux volets et il s'applique à l'égard de certaines dépenses qu'une société admissible engage relativement à des activités de design admissibles. Le premier volet concerne les activités de design industriel ou de design de mode réalisées dans le cadre d'un contrat de consultation externe[81]. Le second volet porte sur des dépenses salariales engagées par la société à l'égard des designers à son emploi,[82] et ce, pour les secteurs de la mode et de l'ameublement. Le taux du crédit d'impôt remboursable pour le design à l'égard de ces deux volets est de 20 %. Ce taux peut être majoré jusqu'à 40 % dans le cas d'une société qui se qualifie de PME.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

À compter du 12 juin 2003, le taux du crédit d'impôt remboursable pour le design est de 15 %. Dans le cas d'une société qui se qualifie de PME, le nouveau taux varie entre 30 % et 15 % selon le niveau de son actif, au lieu de 40 % et 20 % selon les mêmes modalités que celles prévalant actuellement. Cette modification s'applique relativement aux activités de design admissibles réalisées après le 12 juin 2003, en vertu d'un contrat de consultation externe conclu après ce jour. Elle s'applique également relativement aux dépenses salariales engagées par une société admissible après ce jour à l'égard des designers à son emploi[83] (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

1.7.2. Crédit d'impôt remboursable pour les entreprises de chemin de fer[84]

Le 22 décembre 1998, un crédit d'impôt remboursable pour les entreprises de chemin de fer a été instauré afin de compenser en partie le

---

81 Art. 1029.8.36.5 L.I.

82 Art. 1029.8.36.7 L.I.

83 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 33.

84 Formulaire CO-1029.8.36.CF.

fardeau fiscal imposé par la *Loi sur la fiscalité municipale*[85] aux exploitants d'entreprises de chemin de fer, sans pour autant toucher les finances des gouvernements locaux.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Ce crédit d'impôt correspond à 75 % du montant des taxes foncières admissibles, pour une année d'imposition, payées par le contribuable ou la société de personnes.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

La législation québécoise a été modifiée le 12 juin 2003 afin d'abaisser le taux du crédit d'impôt de 75 % à 56,25 %. Cette modification s'applique à l'égard des taxes foncières admissibles d'un contribuable pour une année d'imposition, ou d'une société de personnes pour un exercice financier, selon le cas, qui se termine après le 12 juin 2003. Toutefois, pour une année d'imposition ou pour un exercice financier, selon le cas, qui comprend ce jour, cette modification s'applique à l'égard des taxes foncières admissibles calculées proportionnellement au nombre de jours de cette année d'imposition ou de cet exercice financier, selon le cas, qui suivent ce jour[86].

1.7.3. Crédit d'impôt remboursable relatif à la déclaration des pourboires[87]

En 1997, diverses mesures visant à améliorer et à régulariser la situation à l'égard de la déclaration des pourboires dans le secteur de la restauration et de l'hôtellerie ont été mises en place. Afin de compenser l'augmentation des charges payables par un employeur en raison du contrôle qu'il devrait exercer à l'égard des pourboires de ses employés ou de l'attribution d'un montant de pourboires à ses employés, un crédit d'impôt remboursable était également instauré. Ce crédit d'impôt qui, à l'origine, devait bénéficier aux employeurs jusqu'au 31 décembre 2000, a vu son application prorogée pour une période indéfinie le 29 juin 2000.

---

85 L.R.Q., c. F-2.1.

86 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 39.

87 Art. 1029.8.33.13 L.I.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Ce crédit d'impôt s'adresse à tout particulier qui demande un crédit d'impôt remboursable pour les charges sociales payées pour l'année par lui ou par la société de personnes dont il est membre, relativement aux pourboires reçus par ses employés admissibles ou par les employés admissibles de la société de personnes dont il est membre, ou aux pourboires attribués à ces employés. Les montants ouvrant droit au crédit d'impôt équivalent à la partie des montants suivants qui se rapporte soit aux pourboires reçus (directement ou indirectement) par un employé admissible, soit aux pourboires attribués à un tel employé en vertu du mécanisme d'attribution des pourboires, et ce, pour les périodes de paye qui se terminent pour l'année civile :

- les cotisations d'employeur au RRQ, au FSS et à la CNT;

- la cotisation à l'assurance-emploi (les pourboires **attribués** n'étant pas assujettis aux cotisations à l'assurance-emploi, un crédit d'impôt n'est par conséquent pas accordé à cet égard).

Les montants ouvrant droit au crédit d'impôt comprennent également :

- la partie de la cotisation à la CSST versée pour l'année civile qui se rapporte aux pourboires que les employés admissibles devaient recevoir;

- les indemnités de congés annuels (payes de vacances) gagnées pour l'année civile, en vertu de la *Loi sur les normes du travail*[88] ou en vertu d'un contrat de travail, relativement aux pourboires reçus et attribués ainsi que les cotisations d'employeur au RRQ, au FSS et à l'assurance-emploi établies sur ces indemnités (ces cotisations doivent être calculées en fonction des taux des cotisations d'employeur en vigueur pour l'année civile).

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

La réduction de l'aide fiscale de 25 % de ce crédit d'impôt remboursable s'effectue en réduisant à 75 % le montant des dépenses qui donnent droit au crédit d'impôt pour les années d'imposition qui débutent après le 31 décembre 2003. Quant aux fins du calcul des dépenses admissibles au

[88] L.R.Q., c. N1-1 et mod.

crédit d'impôt à l'égard d'une année d'imposition d'un employeur – ou de son exercice financier si l'employeur est une société de personnes – qui aura débuté avant le 1er janvier 2004, les règles suivantes s'appliqueront :

- lorsque l'année d'imposition ou l'exercice financier, selon le cas, comprendra le 31 décembre 2003, la partie des cotisations d'employeur qui est attribuable aux pourboires et qui aura été versée pour l'année civile 2003 devra être réduite à 87,5 % de cette partie;

- lorsque l'année d'imposition comprendra le 31 décembre 2004, la partie des cotisations d'employeur qui est attribuable aux pourboires et qui aura été versée pour l'année civile 2004 devra être réduite à 75 % de cette partie; cette règle pourra s'appliquer à une société dont l'année d'imposition est de plus de 52 semaines;

- le montant égal à l'ensemble de la partie de l'indemnité de congé annuel des employés qui est attribuable aux pourboires et qui a été reçu ou qui est à recevoir pour l'année d'imposition ou l'exercice financier, selon le cas, et des cotisations d'employeur payables relativement à cette partie de l'indemnité devra être réduit de 25 % dans la proportion que représentera le nombre de jours de l'année d'imposition ou de l'exercice financier, selon le cas, qui suivent le 12 juin 2003 par rapport au nombre total de jours de cette année d'imposition ou de cet exercice financier, selon le cas.[89]

Par ailleurs, pour tenir compte de la réduction de l'aide fiscale au titre du crédit d'impôt relatif à la déclaration des pourboires, des modifications corrélatives seront apportées à l'impôt spécial qui s'applique notamment lorsqu'un contribuable ou une société de personnes reçoit le remboursement d'une dépense admissible à ce crédit d'impôt (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

1.7.4. Crédit d'impôt remboursable pour taxi[90]

Le 13 juin 2001, le ministère des Finances annonçait plusieurs améliorations au crédit d'impôt remboursable pour taxi afin qu'il puisse,

---

89 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1, p. 47.

90 Art. 1029.9 L.I.

notamment, être accordé aux chauffeurs de taxi[91]. Le crédit d'impôt remboursable pour taxi comporte présentement deux volets : le premier s'adresse aux contribuables qui sont titulaires d'un permis de chauffeur de taxi sans être titulaires d'un permis de propriétaire de taxi, alors que le second vise les contribuables qui sont titulaires d'un permis de propriétaire de taxi, qu'ils soient titulaires ou non d'un permis de chauffeur de taxi.

Plus particulièrement, le premier volet du crédit d'impôt pour taxi prévoit qu'un contribuable qui, à un moment quelconque d'une année d'imposition donnée, est titulaire d'un permis de chauffeur de taxi peut bénéficier, pour cette année d'imposition, d'un crédit d'impôt remboursable pour taxi pouvant atteindre 500 $ si, le 31 décembre de cette année d'imposition, il réside au Québec et n'est pas titulaire d'un permis de propriétaire de taxi.

Quant au second volet, il prévoit qu'un contribuable qui est titulaire d'un ou de plusieurs permis de propriétaire de taxi au 31 décembre d'une année civile compris dans son année d'imposition peut bénéficier, pour cette année d'imposition, d'un crédit d'impôt remboursable pour taxi pouvant atteindre un montant égal au produit de la multiplication de 500 $ par le nombre de chaque permis de propriétaire de taxi dont il est titulaire à cette date lorsque, au cours de l'année d'imposition, il a supporté en totalité ou en quasi-totalité le coût en carburant pour la mise en service de toute automobile attachée à ce permis.

Toutefois, à l'égard de l'un ou l'autre de ces deux volets, le crédit d'impôt remboursable pour taxi dont peut bénéficier un contribuable pour une année d'imposition donnée ne peut excéder un montant représentant 2 % de l'ensemble des montants suivants :

- le revenu pour l'année d'imposition provenant de son emploi de chauffeur de taxi plus toutes les déductions prises en considération dans le calcul de ce revenu;

- le revenu brut pour l'année d'imposition provenant de son entreprise de transport par taxi;

---

91 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-6, « Extension de l'application du crédit d'impôt pour spectacles musicaux aux spectacles dramatiques et aux spectacles d'humour et précisions concernant la politique fiscale applicable aux particuliers et aux entreprises », 5 juillet 2001, pp. 1-2.

- le revenu brut pour l'année d'imposition provenant de la location de l'automobile attachée à un permis de propriétaire de taxi dont il est titulaire.

1.7.5. Crédit d'impôt pour le rajeunissement du parc de véhicules taxis[92]

Dans le but de rajeunir le parc de véhicules utilisés dans l'industrie du taxi, un crédit d'impôt remboursable temporaire a été instauré le 1er janvier 2001 pour inciter les titulaires de permis de propriétaire de taxi à utiliser des véhicules ayant cinq ans ou moins. Ce crédit d'impôt peut atteindre 500 $ par année pour chaque permis de propriétaire de taxi auquel sera attaché un tel véhicule.

Un contribuable admissible pour une année d'imposition donnée désigne un contribuable qui est, à un moment quelconque de la période d'application du crédit d'impôt comprise dans l'année d'imposition, titulaire[93] d'un permis de propriétaire de taxi[94] auquel est attaché un véhicule admissible[95].

Un contribuable admissible peut, à l'égard de chacun des permis de propriétaire de taxi dont il est le titulaire au cours d'une année d'imposition donnée, bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable d'un montant égal au

---

92 Art. 1029.9.3 L.I.

93 Quant à l'expression « titulaire » d'un permis de propriétaire de taxi, elle s'entendra de la personne au nom de qui le permis de propriétaire de taxi est délivré, ou si un tel permis est délivré au nom de plusieurs personnes, celle d'entre elles que ces dernières désignent.

94 Pour l'application de cette mesure, l'expression « permis de propriétaire de taxi » s'entend d'un permis de taxi visé par la *Loi sur le transport par taxi*, L.R.Q., c. T-11.1, y compris un permis de limousine ou un autre permis de taxi spécialisé visé par cette loi et, à la suite du remplacement de la *Loi sur le transport par taxi* par la *Loi concernant les services de transport par taxi*, L.R.Q., c. S-6.01, d'un permis de propriétaire de taxi visé par cette dernière loi.

95 Pour l'application de ce crédit d'impôt, un véhicule admissible désigne un véhicule à moteur ayant cinq ans ou moins, acquis ou loué avant le 1er janvier 2006, et immatriculé comme taxi. L'âge d'un véhicule à moteur est déterminé en fonction de la date à laquelle il a été immatriculé comme véhicule routier pour la première fois. De façon générale, tout véhicule à moteur qui a été immatriculé pour la première fois comme véhicule routier à l'extérieur du Québec est présumé avoir été immatriculé pour la première fois à la première en date des dates suivantes : la date à laquelle il a été immatriculé pour la première fois au Québec ou le 1er janvier de l'année du modèle du véhicule à moteur.

produit de la multiplication de 500 $ par la proportion, laquelle ne peut excéder, qui existe entre le nombre de jours de l'année d'imposition compris dans la période d'application du crédit d'impôt et au cours desquels un véhicule à moteur attaché au permis de propriétaire de taxi était un véhicule admissible, et 365.

Le crédit d'impôt remboursable pour le rajeunissement du parc de véhicules utilisés dans l'industrie du taxi peut être porté en diminution des acomptes provisionnels du contribuable admissible relativement à l'impôt sur le revenu et, le cas échéant, à la taxe sur le capital. Pour pouvoir bénéficier de ce crédit d'impôt pour une année d'imposition donnée, un contribuable admissible doit produire, pour cette année, une déclaration de revenus, et y joindre une copie de la déclaration de renseignements qu'il a reçue de la Société de l'assurance automobile du Québec, à l'égard de chacun des permis de propriétaire de taxi dont il était le titulaire pendant l'année. La Société de l'assurance automobile du Québec est tenue de produire de telles déclarations de renseignements au plus tard le 28 février de l'année civile suivant toute année civile comprise dans la période d'application du crédit d'impôt.

Le crédit d'impôt remboursable pour le rajeunissement du parc de véhicules utilisés dans l'industrie du taxi s'applique pour la période débutant le 1er janvier 2001 et se terminant le 31 décembre 2010[96].

1.7.6. Crédit d'impôt relatif à l'impôt payé par une fiducie pour l'environnement[97]

Les municipalités québécoises qui exploitent une installation d'élimination de matières résiduelles doivent constituer, en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[98], une fiducie d'utilité sociale. Les municipalités versent alors des contributions à cette fiducie afin de constituer les garanties financières pour pourvoir à leurs obligations environnementales en matière de restauration du site d'enfouissement. Par ailleurs, sous réserve de certaines conditions, une fiducie qui est maintenue dans le but de financer

---

96 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-13, « Bonification de la politique fiscale en matière d'avantages sociaux accordés aux employés, instauration d'un crédit d'impôt remboursable pour le rajeunissement du parc de véhicules-taxis et autres mesures fiscales », 20 décembre 2001, pp. 8-10.

97 Art. 1029.8.36.53 L.I.

98 L.R.Q., c. Q-2.

la restauration, notamment, d'un emplacement qui a servi au dépôt de déchets, constitue une fiducie pour l'environnement[99] qui est assujettie à un impôt spécial.

Cet impôt spécial fait toutefois l'objet d'un crédit d'impôt remboursable accordé aux bénéficiaires de telles fiducies. Or, les municipalités étant exonérées d'impôt, elles ne peuvent bénéficier de ce crédit d'impôt. Dans ce contexte, la législation fiscale québécoise accorde un traitement fiscal équitable aux municipalités qui participent à une fiducie pour l'environnement.

Ce crédit d'impôt s'adresse donc à tout contribuable non exonéré d'impôt, y compris le contribuable membre d'une société de personnes qui demande, à titre de bénéficiaire d'une fiducie pour l'environnement, un crédit d'impôt relativement à l'impôt payé par cette fiducie, et ce, pour une année d'imposition de la fiducie qui se termine dans l'année d'imposition du contribuable, mais après le 18 février 1997.

1.7.7. Crédit d'impôt remboursable relatif aux ressources

La mise en place d'un crédit d'impôt remboursable relatif aux ressources a été annoncée dans le cadre du Discours sur le Budget du 29 mars 2001. Ce crédit d'impôt est un mécanisme d'aide plus direct qui remplacera l'ensemble des avantages fiscaux relatifs aux actions accréditives[100] en entier à partir du 1er janvier 2005.

---

99 Art. 21.40 L.I.

100 Bien que cet exposé traite spécifiquement des crédits d'impôt des sociétés, mentionnons que le Budget du Québec du 12 juin 2003 vise également les déductions dont peut bénéficier un particulier à l'égard des actions accréditives. Sommairement, les déductions dont peut bénéficier un particulier sont depuis égales à 110,42 % ou à 131,25 %, selon le cas, à l'égard des frais d'exploration minière, pétrolière ou gazière engagés au Québec. Par ailleurs, d'autres modifications ont été apportées à ce même régime à l'égard d'autres éléments, soit la déduction à l'égard de certains frais d'émission et l'exemption additionnelle de gains en capital à l'égard de certains biens relatifs aux ressources. Ces réductions du taux des déductions additionnelles s'appliquent à l'égard des actions accréditives émises après le 12 juin 2003. Toutefois, elles ne s'appliquent pas à l'égard des actions accréditives émises après le 12 juin 2003 lorsqu'elles sont émises soit à la suite d'un placement effectué au plus tard le 12 juin 2003, soit à la suite d'une demande de visa du prospectus définitif ou de dispense de prospectus, selon le cas, effectuée au plus tard le 12 juin 2003.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Une société admissible qui engage des frais admissibles au cours d'une année d'imposition peut bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable pour cette année pouvant atteindre 45 % du montant de ces frais admissibles[101].

Une bonification temporaire de ce crédit d'impôt a été annoncée le 20 août 2002. Cette bonification s'est traduite par l'ajout, jusqu'en 2007 inclusivement, d'une partie non remboursable au crédit d'impôt, portant le taux de ce crédit d'impôt à 60 % dans le cas des frais admissibles engagés à l'égard des ressources minérales. Le taux du crédit d'impôt dont peut bénéficier une société relativement aux frais admissibles qu'elle engage varie selon plusieurs paramètres, notamment le type de ressource auquel sont liés les frais admissibles, l'endroit où sont engagés ces frais, de même que le type de société qui engage ces frais.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Les nouveaux taux applicables du crédit d'impôt relatif aux ressources, à la suite de la réduction de l'aide aux sociétés annoncée dans le Budget du 12 juin 2003, seront ceux présentés dans le tableau qui suit :

[101] Dans le cadre du Discours sur le Budget du 1er novembre 2001, la portée de ce crédit d'impôt a été étendue à un autre type de ressource naturelle, soit la pierre de taille. Dans le cas de ce type de ressource naturelle, un taux unique de 20 % est applicable.

TAUX DU CRÉDIT D'IMPÔT RELATIF AUX RESSOURCES APRÈS RÉDUCTION DE 25 %
(en pourcentage)

	Sociétés qui n'exploitent aucune ressource minérale ni aucun puits de pétrole ou de gaz			Autres sociétés		
Crédit d'impôt à l'égard des frais admissibles	Partie remboursable	Partie non remboursable	Total	Partie remboursable	Partie non remboursable	Total
— liés aux ressources minérales						
– dans le Moyen-Nord ou dans le Grand-Nord	33,75	11,25	45	18,75	26,25	45
– ailleurs au Québec	30	15	45	15	30	45
— liés au pétrole et au gaz						
– dans le Moyen-Nord ou dans le Grand-Nord	33,75	s. o.	33,75	18,75	s. o.	18,75
– ailleurs au Québec	30	s. o.	30	15	s. o.	15
— liés aux énergies renouvelables et à l'économie d'énergie	30	s. o.	30	30	s. o.	30
— liés aux autres ressources naturelles (pierre de taille)	15	s. o.	15	15	s. o.	15

Par ailleurs, afin que cette réduction soit comparable aux réductions du niveau d'aide appliquées au régime des actions accréditives, le crédit d'impôt relatif aux ressources est dorénavant imposable, et ce, tant en vertu de la *Loi sur les impôts* qu'en vertu de la *Loi concernant les droits sur les mines*[102]. Ainsi, il doit être ajouté dans le calcul du revenu ou dans le calcul du profit annuel d'une société admissible, ou encore être appliqué en réduction des dépenses d'exploration pouvant être déduites par une telle société. Cette réduction des taux ainsi que l'imposition du crédit d'impôt relatif aux ressources s'appliquent à l'égard des frais admissibles engagés après le 12 juin 2003.

1.7.8. Crédit d'impôt remboursable temporaire pour la construction de chemins d'accès et de ponts d'intérêt public en milieu forestier

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Le 11 mars 2003, un crédit d'impôt remboursable temporaire pour la construction de chemins d'accès et de ponts d'intérêt public en milieu

[102] L.R.Q., c. D-15.

forestier a été annoncé, lequel doit permettre à une société admissible qui engage des frais admissibles relativement à la construction de chemins d'accès ou de ponts admissibles, au cours d'une année d'imposition, de bénéficier d'une aide fiscale, pour cette année, correspondant à 40 % du montant de ces frais admissibles. Le caractère temporaire de ce crédit d'impôt fait en sorte que les frais admissibles doivent généralement être engagés avant le 1er janvier 2006.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Cette mesure fiscale ne sera pas retenue pour l'avenir. Toutefois, elle s'applique pour une courte période, soit selon la nouvelle période d'admissibilité des frais décrite ci-après. De façon plus particulière, les frais relatifs à la construction de chemins d'accès et de ponts admissibles doivent être engagés par une société ou par une société de personnes, le cas échéant :

- après le 11 mars 2003 et avant le 12 juin 2003[103];
- à compter du 12 juin 2003 et avant le 1er janvier 2004 si, à la fois :
  - ils sont engagés conformément à ce qui apparaît dans un plan annuel d'intervention forestière présenté au ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs avant le 12 juin 2003;
  - la construction du chemin d'accès ou du pont admissible par la société ou par la société de personnes, le cas échéant, ou pour le compte de l'une d'elles, était commencée avant le 12 juin 2003. Pour plus de précision, toutes les autres modalités d'application du crédit d'impôt s'appliqueront relativement à cette nouvelle période d'admissibilité des frais.

1.7.9. Crédit d'impôt remboursable pour l'entretien de chevaux destinés à la course[104]

Le crédit d'impôt remboursable pour l'entretien d'un cheval destiné à la course porte sur certaines dépenses engagées pour l'élevage de jeunes chevaux destinés à la course et s'adresse aux contribuables qui en sont propriétaires. Les dépenses admissibles, qui doivent être engagées après le

[103] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 143.

[104] Formulaire CO-1029.8.36.CCI.

29 juin 2000 mais avant le 1er janvier 2004, sont limitées à un montant annuel de 12 000 $ par animal admissible. Le taux du crédit d'impôt, applicable aux dépenses admissibles est de 30 %, pour un crédit d'impôt maximal de 3 600 $ par animal admissible par année. À son échéance le 1er janvier 2004, cette mesure fiscale ne sera pas reconduite.

1.7.10. Crédit d'impôt remboursable pour la construction de navires[105] ou la transformation de navires[106]

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon générale, pour des dépenses admissibles engagées avant le 12 juin 2003, le crédit d'impôt remboursable pour la construction ou la transformation de navires correspond, pour une année d'imposition donnée d'une société qui exploite au Québec une entreprise de construction navale, à un montant pouvant atteindre 50 % des dépenses de construction ou de transformation admissibles engagées dans l'année, relativement à la construction ou à la transformation d'un navire admissible. Le crédit d'impôt ne peut cependant être supérieur à 25% du coût de construction ou de transformation du navire, engagé à la fin de l'année. Par ailleurs, le taux du crédit d'impôt ainsi que le plafond basé sur le coût de construction ou de transformation varient selon qu'il s'agit d'un navire-prototype ou du premier, du deuxième ou du troisième exemplaire d'une même série[107].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Toutefois, depuis le 12 juin 2003, ces taux et plafonds ont été réduits de 25 %. Le tableau en annexe présente les différents taux et les modalités du crédit d'impôt applicables aux navires admissibles avant et après le 12 juin 2003. Les modifications des nouveaux taux et plafonds s'appliquent à l'égard des dépenses de construction ou de transformation admissibles engagées après le 12 juin 2003, sauf lorsque de telles dépenses seront attribuables à un navire admissible dont la construction ou la transformation a débuté au plus tard le 12 juin 2003[108] (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

---

105 Art. 1029.8.36.55 L.I.

106 Art. 1029.8.36.56 L.I.

107 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 39.

108 *Id*., p. 41.

À cette fin, la construction ou la transformation d'un navire sera considérée comme ayant débuté au plus tard le 12 juin 2003, au plus tard à ce jour, soit :

- une dépense de construction ou de transformation admissible a été engagée relativement à la construction ou à la transformation d'un tel navire;

- des travaux de construction ou de transformation ont été effectués pour le compte d'une société admissible, dans le cadre d'un contrat admissible, par une personne ou par une société de personnes avec laquelle la société admissible n'avait pas, au moment de la conclusion du contrat, un lien de dépendance.

1.7.11. Moratoire sur le congé fiscal pour projets majeurs d'investissement

À l'occasion du Discours sur le Budget du 14 mars 2000, un congé fiscal d'une durée de 10 ans à l'égard des projets majeurs d'investissement a été mis en place. Sommairement, tout contribuable admissible qui réalise, après le 14 mars 2000, un projet majeur d'investissement au Québec peut, à certaines conditions, bénéficier d'un congé fiscal pour une partie ou la totalité d'une année civile. L'obtention du congé fiscal nécessite toutefois la délivrance d'une attestation d'admissibilité initiale ainsi que d'attestations d'admissibilité annuelles par le ministre des Finances[109].

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Essentiellement, le congé fiscal permet aux contribuables admissibles qui réalisent un projet majeur d'investissement au Québec de bénéficier, pour une période de 10 ans commençant à la date à laquelle débute l'exploitation de l'entreprise reliée au projet majeur d'investissement, d'une exemption d'impôt sur le revenu, d'une exemption de taxe sur le capital et d'une exemption de cotisations des employeurs au FSS, relativement à l'entreprise exploitée par suite de la réalisation du projet majeur d'investissement. Par ailleurs, afin d'assurer un lien direct entre l'objet du congé fiscal et le motif pour lequel celui-ci est octroyé, soit la réalisation d'un projet majeur d'investissement par un contribuable, le congé fiscal est accordé à l'égard du projet d'investissement réalisé par le contribuable, soit, de façon plus particulière, comme si l'activité exercée par suite de la

[109] *Id.*, p. 69.

réalisation de ce projet constituait l'exploitation d'une entreprise distincte par une personne distincte. Pour bénéficier de ce congé fiscal, certains critères doivent être respectés, notamment en ce qui a trait au secteur d'activité dans lequel le projet majeur d'investissement est réalisé et aux seuils minimaux lui permettant de se qualifier à titre de projet majeur d'investissement[110].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Depuis le 12 juin 2003, un moratoire est appliqué à l'égard de certaines mesures fiscales[111], dont le congé fiscal à l'égard des projets majeurs d'investissement. Dans ce contexte, aucune nouvelle demande ne sera acceptée par le ministère des Finances au cours de la période de révision de cette mesure fiscale. Pour plus de précision, ce moratoire n'affectera pas l'admissibilité à ce congé fiscal des projets majeurs d'investissement pour lesquels une attestation d'admissibilité initiale a déjà été obtenue ou pour lesquels une demande détaillée relative à l'obtention de ce congé fiscal aura été formulée au ministère des Finances avant le 12 juin 2003[112].

1.8. MESURES FISCALES CONCERNANT L'INDUSTRIE CULTURELLE

Le gouvernement du Québec favorise depuis plusieurs années la promotion de l'identité culturelle québécoise par l'octroi de plusieurs crédits d'impôt remboursables. Ces crédits d'impôt remboursables sont :

- le crédit d'impôt pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise;
- le crédit d'impôt pour services de production cinématographique;
- le crédit d'impôt pour la production d'enregistrements sonores;
- le crédit d'impôt pour la production de spectacles;

---

110 *Id*.

111 Le moratoire est appliqué, entre autres, à l'égard des mesures fiscales du régime d'épargne-actions, des sociétés de placements dans l'entreprise québécoise, du régime d'investissement coopératif ainsi que des mesures spécifiques au régime québécois des actions accréditives.

112 QUÉBEC, ministère des Finances, *op.cit*., note 1, p. 69.

- le crédit d'impôt pour le doublage de films;
- le crédit d'impôt pour l'édition de livres.

Néanmoins, dans le contexte actuel de « stabilisation des finances publiques » lors du Budget du Québec du 12 juin 2003, des modifications ont été apportées à la plupart des crédits d'impôt remboursables du domaine culturel afin de réduire le niveau d'aide octroyé par ceux-ci.

1.8.1. Crédit d'impôt remboursable pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise[113]

Le crédit d'impôt pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise porte sur les dépenses de main-d'œuvre engagées dans le cadre de la production d'un film québécois. Le *Règlement sur la reconnaissance d'un film comme film québécois*[114] a été actualisé[115] dans le Budget du 12 juin 2003. Les principaux changements portent sur les catégories de productions exclues[116] et sur les catégories de productions admissibles[117].

---

[113] Art.1029.8.35 L.I.

[114] R.Q., c. C-18.1, r.0.1.6. Le Règlement prévoit qu'un film doit appartenir à une catégorie de productions admissibles et ne pas appartenir à une catégorie de productions exclues pour pouvoir bénéficier d'une reconnaissance à titre de film québécois.

[115] Le Règlement n'avait pas fait l'objet d'une révision en profondeur depuis l'annonce de sa mise en place en 1991. Au cours des 12 dernières années, l'avènement de nouveaux genres, particulièrement en ce qui a trait aux émissions télévisuelles, a métamorphosé le paysage audiovisuel québécois. En conséquence, la liste des catégories de productions admissibles et des catégories de productions exclues prévue à la réglementation était incomplète et nécessitait une actualisation, afin de mieux couvrir l'ensemble du portrait cinématographique et télévisuel québécois.

[116] La liste des catégories de productions exclues a été modifiée pour prévoir que les productions suivantes soient désormais des productions exclues de l'admissibilité à une reconnaissance à titre de film québécois :

— une production visant à lever des fonds;

— une production de télévision vérité (télévision réalité);

— un reportage de tournage (*making of*);

— une production, sauf un documentaire, constitué en totalité ou presque d'images d'archives;

(à suivre…)

Le crédit d'impôt remboursable pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise correspond généralement à :

- 29,1667 % (33 1/3 % avant le budget) des dépenses de main-d'œuvre admissibles engagées pour produire le film;

- les dépenses de main-d'œuvre donnant droit à ce crédit d'impôt ne peuvent excéder 50 % des frais de production du film, de sorte que l'aide fiscale ne peut actuellement dépasser 14,58335 % (16 2/3 % avant le Budget) de ces frais;

- un taux de crédit d'impôt de 39,375 % (45 % avant le Budget) applicable à l'égard des dépenses de main-d'œuvre liées à la production de certains longs métrages de langue française, de certains documentaires et des films en format géant;

(…suite)

— les jeux, questionnaires ou concours, sous toutes leurs formes, à l'exception des émissions à contenu éducatif sous forme de jeux, questionnaires ou concours destinées aux enfants de moins de 13 ans;

— les magazines télévisés traitant essentiellement de construction, de rénovation, de décoration, de jardinage, d'horticulture, de sports, de loisirs, de chasse, de pêche, d'automobile, de mode, de cosmétique, de cuisine, de vin ou autre alcool, de tourisme et voyages, ou d'une combinaison de ces sujets;

— les émissions de variétés et les magazines qui sont télédiffusés à raison de six épisodes et plus par mois, à l'exception de telles émissions destinées aux enfants de moins de 13 ans.

[117] Un documentaire doit maintenant être d'une durée minimale de 30 minutes de programmation ou de 30 minutes de programmation par épisode dans le cas d'une série, afin d'être reconnu à titre de production admissible. De plus, seule une émission de variétés répondant à l'un ou l'autre des critères suivants est désormais une production admissible à une reconnaissance à titre de film québécois :

— elle est composée, pour au moins les deux tiers de son contenu, de prestations d'artistes de la scène, autres que des entrevues et la participation à des jeux, des questionnaires ou des concours, sous toutes leurs formes;

— elle est de type interview-variétés (*talk-show*) et les discussions portent en totalité ou presque sur des activités et des œuvres artistiques, littéraires, dramatiques ou musicales;

— elle est composée, en totalité ou presque, de prestations d'artistes de la scène et de discussions portant sur des activités et des œuvres artistiques, littéraires, dramatiques ou musicales;

— elle est destinée aux enfants de moins de 13 ans.

- les dépenses liées à la réalisation **d'effets spéciaux ou d'animation informatique**, à l'exclusion de telles dépenses engagées dans le cadre de la production de certains longs métrages de langue française, de certains documentaires et de films en format géant, donnent ouverture à une bonification de 10,2083 % (11 2/3 % avant le Budget) du taux de crédit d'impôt pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise applicable aux dépenses de main-d'œuvre admissibles;

- une aide spécifique est accordée aux producteurs établis à l'extérieur de la région de Montréal lorsque le film est réalisé en région. Celle-ci prend la forme d'une bonification de 9,1875 % (10,5 % avant le Budget) du taux de crédit d'impôt pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise à l'égard des dépenses de main-d'œuvre imputables à des services rendus au Québec, à l'extérieur de la région de Montréal, dans le cadre de la réalisation d'un long métrage de langue française, d'un documentaire ou d'un film en format géant. Pour les autres catégories de productions, cette bonification peut atteindre 19,3958 % (22,17 % avant le Budget) du taux de crédit d'impôt à l'égard des dépenses de main-d'œuvre imputables à des services rendus en région. Ainsi, dans le cas d'une production régionale, l'aide fiscale peut atteindre 24,28125 % (27,75 % avant le Budget) des frais de production du film. Dans tous les cas, ce crédit d'impôt ne peut excéder un montant de 2 187 500 $ (2,5 M$ par film ou par série avant le Budget)[118].

- Sauf exception, la demande de certification finale doit être faite dans les 18 mois qui suivent la fin de l'année d'imposition qui comprend la date d'enregistrement de la bande maîtresse ou de la copie zéro de cette production.

Sous réserve d'un droit discrétionnaire accordé à la Société de développement des entreprises culturelles (ci-après « SODEC ») et certaines exceptions, ces modifications s'appliquent à une demande de décision préalable, ou une demande de certification finale lorsque aucune demande de décision préalable n'a antérieurement été déposée relativement à cette production, sera déposée auprès de la SODEC après le 31 août 2003[119].

---

[118] QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, pp. 95-96.

[119] *Id.,* p. 97.

CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR LA PRODUCTION CINÉMATOGRAPHIQUE OU TÉLÉVISUELLE QUÉBÉCOISE APRÈS RÉDUCTION DE 12,5 %
(en pourcentage)

	Taux de base	Taux effectif[1] minimal	Bonification effets spéciaux et animation informatiques	Bonification production régionale	Total	Plafond des dépenses de main-d'œuvre	Taux effectif[1] maximal
	(en % des dépenses de main-d'œuvre)					(en % des coûts de production)	
Long métrage et documentaire unique de langue française	39,375	19,6875	s. o.	9,1875	48,5625	50	24,28125[2]
Format géant	39,375	19,6875	s. o.	9,1875	48,5625	50	24,28125[2]
Autre production	29,1667	14,58335	10,2083	19,3958	48,5625[3]	50	24,28125[4]

1 Le taux effectif s'obtient en multipliant le taux nominal du crédit d'impôt, exprimé en fonction des dépenses de main-d'œuvre, par le taux du plafond, exprimé en fonction des coûts de production.

2 Aux fins de déterminer l'aide maximale, on suppose que les dépenses de main-d'œuvre qui donnent droit au taux de base donnent également droit au taux supplémentaire pour la bonification régionale.

3 Lorsqu'une partie ou la totalité des dépenses de main-d'œuvre donne droit à la bonification pour effets spéciaux et animation informatiques et à la bonification régionale, le total ne peut excéder 48,5625 %.

4 Aux fins de déterminer l'aide maximale, on suppose que les dépenses de main-d'œuvre qui donnent droit au taux de base donnent également droit aux taux supplémentaires pour la réalisation d'effets spéciaux ou d'animation informatiques et pour la bonification régionale.

1.8.2. Crédit d'impôt remboursable pour services de production cinématographique[120]

Le crédit d'impôt remboursable pour services de production cinématographique porte sur les dépenses de main-d'œuvre québécoises attribuables aux différentes étapes de production ou à la réalisation d'une production étrangère, ou d'une production qui ne satisfait pas aux critères de contenu québécois donnant ouverture au crédit d'impôt remboursable pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise. Le montant de ce crédit d'impôt équivaut à 11 % des dépenses de main-d'œuvre admissibles. Par ailleurs, les dépenses liées à la réalisation d'effets spéciaux ou d'animation informatique pour usage dans une production admissible au crédit d'impôt remboursable pour services de production cinématographique

[120] Formulaire CO-1029.8.36.SP.

donnent ouverture à une bonification de 20 % du taux de ce crédit d'impôt applicable aux dépenses de main-d'œuvre admissibles[121].

Dans le but de permettre aux villes du Québec de demeurer compétitives face aux autres villes canadiennes et afin d'appuyer les nombreux efforts déployés pour convaincre les producteurs étrangers de choisir le Québec comme lieu de tournage, le taux du crédit d'impôt pour services de production cinématographique et celui de la bonification à l'égard des dépenses de main-d'œuvre liées à la réalisation d'effets spéciaux ou d'animation informatiques dans le cadre d'une production admissible à ce crédit d'impôt sont espectivement maintenus à 11 % et à 20 %[122].

1.8.3. Crédit d'impôt remboursable pour la production d'enregistrements sonores[123]

Le crédit d'impôt remboursable pour la production d'enregistrements sonores porte sur les dépenses de main-d'œuvre attribuables à des services rendus au Québec pour la production d'enregistrements sonores admissibles. De façon générale, les enregistrements sonores admissibles à ce crédit d'impôt sont ceux à fort contenu québécois. Ce crédit d'impôt est égal à 29,1667 % (33 1/3 % avant le 12 juin 2003) du montant des dépenses de main-d'œuvre admissibles, lesquelles sont toutefois limitées à 45 % des frais de production admissibles de l'enregistrement sonore. L'aide fiscale accordée peut donc atteindre 15 % des frais de production de l'enregistrement sonore. Par ailleurs, le crédit d'impôt, à l'égard d'un enregistrement sonore admissible, ne peut en aucun temps être supérieur à 43 750 $ (50 000 $ avant le 12 juin 2003). Sous réserve d'un droit discrétionnaire accordé à la SODEC, ces modifications s'appliquent relativement à un enregistrement sonore pour lequel une demande de décision préalable, ou une demande de certification finale si aucune demande de décision préalable n'a antérieurement été déposée relativement à cet enregistrement sonore, sera déposée auprès de la SODEC après le 31 août 2003[124].

Elles s'appliqueront également relativement à un enregistrement sonore, malgré qu'une demande de décision préalable aura été déposée auprès de la

---

121 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 100.

122 *Id.,* p. 101.

123 Formulaire CO-1029.8.36.ES.

124 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 98.

SODEC avant le 1er septembre 2003, si la SODEC estime que les travaux entourant la production de cet enregistrement sonore n'étaient pas suffisamment avancés le 12 juin 2003[125].

1.8.4. Crédit d'impôt remboursable pour la production de spectacles musicaux, dramatiques ou d'humour[126]

Le crédit d'impôt remboursable pour la production de spectacles porte sur les dépenses de main-d'œuvre attribuables à des services rendus pour la production de spectacles admissibles. De façon générale, les spectacles admissibles à ce crédit d'impôt sont ceux à fort contenu québécois. Ce crédit d'impôt est égal à 29,1667 % (33 1/3 % avant le 12 juin 2003) du montant des dépenses de main-d'œuvre admissibles, lesquelles sont toutefois limitées à 45 % des frais de production admissibles du spectacle. Par ailleurs, le crédit d'impôt, à l'égard d'un spectacle admissible, ne peut en aucun temps être supérieur à 262 500 $ (300 000 $ avant le 12 juin 2003)[127].

Les modifications du Budget s'appliquent relativement aux dépenses de main-d'œuvre engagées après le 12 juin 2003. Toutefois, sous réserves d'un droit discrétionnaire accordé à la SODEC, elles ne s'appliquent pas relativement aux dépenses de main-d'œuvre engagées à l'égard d'une période d'un spectacle couvrant la préproduction de ce spectacle jusqu'à la fin de la première année complète suivant la première représentation du spectacle devant public et pour laquelle une demande de décision préalable, ou une demande de certification finale si aucune demande de décision préalable n'a antérieurement été déposée relativement à ce spectacle, aura été déposée auprès de la SODEC avant le 1er septembre 2003[128].

1.8.5. Crédit d'impôt remboursable pour les activités de doublage de films

Le crédit d'impôt remboursable pour le doublage de films porte sur les dépenses de main-d'œuvre relatives à certains services rendus au Québec et inhérents au processus de doublage de productions cinématographiques ou télévisuelles. De façon générale, les productions admissibles à ce crédit d'impôt sont les mêmes que celles admissibles au crédit d'impôt

---

125 *Id.*

126 Formulaire CO-1029.8.36.SM.

127 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 98.

128 *Id.*, p. 99.

remboursable pour la production cinématographique ou télévisuelle québécoise, abstraction faite des normes relatives au contenu québécois. Ce crédit d'impôt est égal à 29,1667 % (33 1/3 % avant le 12 juin 2003) du montant des dépenses de main-d'œuvre admissibles, lesquelles sont toutefois limitées à 40,5 % de la contrepartie versée pour l'exécution du contrat de doublage, exclusion faite de la taxe sur les produits et services et de la taxe de vente du Québec. Cette modification s'applique à l'égard d'une production dont le doublage est complété après le 31 août 2003[129].

1.8.6. Crédit d'impôt remboursable pour l'édition de livres[130]

Le crédit d'impôt remboursable pour l'édition de livres porte sur les dépenses de main-d'œuvre attribuables à la préparation et à l'impression d'un ouvrage admissible ou d'un groupe admissible d'ouvrages. Ce crédit d'impôt est égal à 35 % (40 % avant le 12 juin 2003) des dépenses de main-d'œuvre admissibles à l'égard des frais préparatoires d'un ouvrage ou d'un groupe admissible d'ouvrages et à 26,25 % (30 % avant le 12 juin 2003) des dépenses de main-d'œuvre admissibles à l'égard des frais d'impression d'un tel ouvrage ou groupe d'ouvrages. Afin d'être admissible pour l'application de ce crédit d'impôt, un ouvrage doit notamment être l'œuvre d'un auteur québécois, et un certain pourcentage des frais préparatoires et d'impression doit être versé à des Québécois. Par ailleurs, le crédit d'impôt, à l'égard d'un ouvrage admissible, ou d'un ouvrage faisant partie d'un groupe admissible d'ouvrages, ne peut en aucun temps être supérieur à 437 500 $ (500 000 $ avant le 12 juin 2003)[131].

Sous réserve d'un droit discrétionnaire accordé à la SODEC, ces modifications s'appliquent relativement à l'égard d'un ouvrage, ou d'un ouvrage faisant partie d'un groupe admissible d'ouvrages, pour lequel une demande de décision préalable, ou une demande de certification finale si aucune demande de décision préalable n'a antérieurement été déposée relativement à cet ouvrage, ou à ce groupe admissible d'ouvrage, sera déposée auprès de la SODEC après le 31 août 2003. Elles s'appliqueront également relativement à un ouvrage, ou à un ouvrage faisant partie d'un groupe admissible d'ouvrages, malgré qu'une demande de décision préalable aura été déposée auprès de la SODEC avant le 1er septembre 2003, si la SODEC estime que les travaux entourant la préparation de cet ouvrage, ou

---

129 *Id.*, p. 97.

130 Formulaire CO-1029.8.36.EL.

131 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 100.

de cet ouvrage faisant partie d'un groupe admissible d'ouvrages, n'étaient pas suffisamment avancés le 12 juin 2003.

1.9. MESURES FISCALES À LA RÉALISATION D'ACTIVITÉS ADMISSIBLES DANS LES RÉGIONS RESSOURCES

Au cours des dernières années, trois crédits d'impôt remboursables ont été mis en place afin de favoriser la création d'emplois dans les régions ressources du Québec, soit le crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources, le crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec et le crédit d'impôt remboursable pour la Vallée de l'aluminium (ci-après « crédits d'impôt régions »[132].

Les crédits d'impôt régions visent des activités spécifiques exercées notamment dans les secteurs de la fabrication et de la transformation. Toutefois, bien que les modalités d'application de ces crédits d'impôt soient identiques, ces derniers sont considérés comme des crédits d'impôt autonomes et distincts, car les activités qui y sont visées sont particulières à certaines régions (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

De façon sommaire, les crédits d'impôt régions sont accordés à l'égard de l'accroissement de la masse salariale attribuable aux employés admissibles d'une société admissible œuvrant dans une des régions visées, et ce, relativement à cinq années civiles consécutives[133].

Afin de faciliter la gestion de ces mesures fiscales, tout en assurant que les crédits d'impôt régions seront effectivement accordés à l'égard des activités visées, des modifications seront apportées à la période de validité des certificats d'admissibilité et à la notion d'employé admissible. De même, afin d'atténuer les impacts découlant notamment du transfert d'employés entre entreprises agréées, les modalités de délivrance des certificats d'admissibilité et de détermination des crédits d'impôt régions seront

---

132 *Id.*, p. 115.

133 Afin d'être considérée admissible, la société doit exploiter une entreprise agréée, soit une entreprise à l'égard de laquelle un certificat d'admissibilité a été délivré par Investissement Québec. Par ailleurs, une société qui exploite plus d'une entreprise agréée doit obtenir un certificat d'admissibilité pour chacune de ces entreprises, et l'accroissement de la masse salariale est alors déterminé entreprise par entreprise.

modifiées dans les cas particuliers où une société exploite plus d'une entreprise agréée ou est admissible à plus d'un tel crédit d'impôt[134].

1.9.1. Crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources[135]

Le crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources a été instauré lors du Discours sur le Budget du 29 mars 2001.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, ce crédit d'impôt, dont le taux est de 40 %, est accordé à l'égard de l'accroissement de la masse salariale attribuable aux employés admissibles d'une société admissible œuvrant dans une des régions ressources du Québec, et ce, relativement à cinq années civiles consécutives. Toutefois, afin de bénéficier de ce crédit d'impôt, une société admissible doit débuter l'exploitation d'une entreprise agréée[136] dans une des régions ressources au plus tard au cours de l'année civile 2004.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Le Budget du Québec du 12 juin 2003 fait passer le taux du crédit remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources de 40 % à 30 %. Cette modification s'applique à compter de l'année civile 2004. D'autre part, pour l'année civile 2003, le taux du crédit d'impôt est établi à 35 %[137].

---

134 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 128.

135 Formulaire CO-1029.8.36.RR.

136 La notion d'entreprise agréée a été modifiée dans le Budget afin d'en exclure une entreprise dont les activités sont : la fabrication d'équipements spécialisés destinés à l'exploitation forestière ou à la transformation du bois; la fabrication d'équipements spécialisés destinés à la fabrication du papier ou du carton; la fabrication d'équipements spécialisés destinés à l'exploitation minière ou à la transformation des métaux; la fabrication d'équipements spécialisés destinés à la production ou à l'utilisation d'énergie; la fabrication d'équipements spécialisés destinés à l'aquaculture d'eau douce. De plus, les activités d'installation et les activités de commercialisation accessoires à ces activités seront également exclues de la notion d'entreprise agréée. Cette modification s'appliquera à compter du 12 juin 2003.

137 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 45.

1.9.2. Crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes[138]

Le crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec a été instauré le 17 novembre 2000.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, ce crédit d'impôt, dont le taux est de 40 %, est accordé à l'égard de l'accroissement de la masse salariale attribuable aux employés admissibles d'une société admissible œuvrant dans certaines régions maritimes du Québec, soit la Gaspésie, les Îles-de-la-Madeleine, la Côte-Nord, le Bas-Saint-Laurent et la MRC de Matane, et ce, relativement à cinq années civiles consécutives. Toutefois, afin de bénéficier de ce crédit d'impôt, une société admissible doit débuter l'exploitation d'une entreprise agréée dans une de ces régions au plus tard au cours de l'année civile 2004.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Le taux du crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec est réduit à 30 %. Cette modification s'applique à compter de l'année civile 2004. D'autre part, pour l'année civile 2003, le taux du crédit d'impôt est établi à 35 %.

À l'instar des modifications apportées au crédit d'impôt pour les activités de transformation dans les régions ressources, les modalités de délivrance des certificats d'admissibilité et de détermination du crédit d'impôt ainsi que la notion d'employé admissible seront modifiées selon les mêmes règles que celles indiquées dans le cas du crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources. Ces modifications s'appliquent à compter de l'année civile 2003[139].

---

138 Formulaire CO-1029.8.36.GA.

139 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 132.

1.9.3. Crédit d'impôt remboursable pour la Vallée de l'aluminium[140]

Le crédit d'impôt remboursable pour la Vallée de l'aluminium a été instauré à l'occasion du Discours sur le Budget du 14 mars 2000.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, ce crédit d'impôt, dont le taux est de 40 %, est accordé à l'égard de l'accroissement de la masse salariale attribuable aux employés admissibles d'une société admissible[141] œuvrant dans la région administrative du Saguenay-Lac-Saint-Jean, et ce, relativement à cinq années civiles consécutives. Toutefois, afin de bénéficier de ce crédit d'impôt, une société admissible doit débuter l'exploitation d'une entreprise agréée dans cette région au plus tard au cours de l'année civile 2004.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Le taux du crédit d'impôt remboursable pour la Vallée de l'aluminium est réduit de 40 % à 30 %. Cette modification s'applique à compter de l'année civile 2004. D'autre part, pour l'année civile 2003, le taux du crédit d'impôt est établi à 35 %. À l'instar des modifications apportées au crédit d'impôt pour les activités de transformation dans les régions ressources et au crédit d'impôt pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec, les modalités de délivrance des certificats d'admissibilité et de détermination du crédit d'impôt ainsi que la notion d'employé admissible seront modifiées selon les mêmes règles que celles indiquées dans le cas du crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources. Ces modifications s'appliqueront à compter de l'année civile 2003[142].

---

140 Formulaire CO-1029.8.36.VA.

141 Pour être admissible, une société doit exploiter une entreprise agréée, c'est-à-dire une entreprise à l'égard de laquelle un certificat d'admissibilité a été délivré par Investissement Québec et dont les activités consistent, notamment, à fabriquer des équipements spécialisés destinés aux entreprises de production d'aluminium ou de transformation de l'aluminium et les activités d'installation et de commercialisation accessoires à ces activités.

142 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 133.

1.9.4. Congé fiscal de 10 ans pour les PME manufacturières des régions ressources

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon générale, une société dont l'ensemble des activités consiste principalement en l'exploitation d'une entreprise de fabrication ou de transformation dans une des régions ressources éloignées du Québec, peut bénéficier, jusqu'au 31 décembre 2010, d'un congé fiscal relativement à cette entreprise, à l'égard de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital et de la cotisation des employeurs au FSS. Les assiettes d'imposition couvertes par ce congé fiscal ne sont sujettes à aucun plafond. De façon plus particulière, une société bénéficie pleinement du congé fiscal pour une année d'imposition lorsque son capital versé applicable pour cette année, calculé sur une base consolidée, n'excède pas 20 M$. Cependant, un congé fiscal partiel est accordé, pour une année d'imposition, lorsque le capital versé applicable pour cette année, calculé sur une base consolidée, se situe entre 20 M$ et 30 M$[143].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Le Budget du Québec du 12 juin 2003 réduit de 25 % le niveau de l'aide fiscale accordée aux PME manufacturières des régions ressources éloignées. Pour plus de précision, la déduction dont peut bénéficier une société admissible, dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition, est depuis le 12 juin 2003, égale à 75 % du montant de son revenu provenant d'une entreprise admissible. Par ailleurs, lorsque le capital versé d'une société admissible applicable pour une année d'imposition donnée est supérieur à 20 M$ mais inférieur à 30 M$, le revenu provenant d'une entreprise admissible qui peut faire l'objet d'une déduction doit être réduit de façon linéaire. La déduction est alors égale au revenu provenant d'une entreprise admissible, multiplié par le résultat de la formule suivante :

$$75\ \% \times \left[1-\left[\frac{\text{(capital versé calculé sur une base consolidée} - 20\ \text{M\$)}}{10\ \text{M\$}}\right]\right]$$

Ainsi, lorsque le capital versé, calculé sur une base consolidée, est égal ou supérieur à 30 M$, aucune déduction n'est accordée. Cette modification s'applique à l'égard d'une année d'imposition se terminant après le 12 juin 2003. Toutefois, lorsque l'année d'imposition de la société admissible

[143] *Id.*, p. 50.

comprend le 12 juin 2003, cette modification s'applique proportionnellement au nombre de jours de cette fiducie d'imposition qui suivent le 12 juin 2003[144].

Également, le Budget du Québec du 12 juin 2003 vient réduire la déduction dont peut bénéficier une société admissible, dans le calcul de son capital versé pour une année d'imposition, soit 75 % du montant de ce capital versé[145]. Pour plus de précision, lorsque le capital versé d'une société admissible applicable pour une année d'imposition donnée est supérieur à 20 M$ mais inférieur à 30 M$, la déduction dans le calcul du capital versé dont peut bénéficier la société admissible, à l'égard de cette année d'imposition donnée, est réduite de façon linéaire, selon la formule indiquée précédemment[146].

À titre d'exemple, une société admissible dont le capital versé applicable pour une année d'imposition donnée est de 28 M$, peut bénéficier d'une déduction, pour cette année d'imposition donnée, égale à 15 % de son capital versé. Cette modification s'applique à l'égard d'une année d'imposition se terminant après le 12 juin 2003. Toutefois, lorsque l'année d'imposition de la société admissible comprendra le 12 juin 2003, cette modification s'applique proportionnellement au nombre de jours de cette année d'imposition qui suivent le 12 juin 2003.

Également, le Budget du Québec du 12 juin 2003 vient modifier le congé fiscal relativement à la cotisation des employeurs au FSS dont peut bénéficier une société admissible, pour une année d'imposition, faisant passer à de 100 % à 75 % des salaires versés ou réputés versés par une société admissible au cours de cette année d'imposition donnée[147].

Pour plus de précision, lorsque le capital versé d'une société admissible applicable pour une année d'imposition donnée est supérieur à 20 M$ mais inférieur à 30 M$, l'exemption de la cotisation des employeurs au FSS

---

144 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 51.

145 De façon sommaire, le capital versé d'une société admissible est calculé en considérant, notamment, le capital versé attribuable aux sociétés associées. De plus, le capital versé d'une société, calculé sur une base consolidée, doit être déterminé comme si aucune société ne pouvait bénéficier d'une déduction dans le calcul de son capital versé à l'égard du congé fiscal de 10 ans pour les PME manufacturières dans les régions ressources éloignées.

146 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.,* note 1, p. 51.

147 *Id.*

applicable aux périodes de paie se terminant dans cette année d'imposition est réduite de façon linéaire, selon la formule indiquée précédemment. À titre d'exemple, si le capital versé applicable à cette année d'imposition donnée est de 24 M$, l'exemption de la cotisation des employeurs au FSS, applicable à cette année d'imposition, sera ainsi réduite à 45 %. Cette modification s'appliquera relativement aux salaires versés ou réputés versés après le 12 juin 2003[148].

1.9.5. Mesures visant à favoriser l'embauche dans les régions ressources éloignées[149]

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, un crédit d'impôt remboursable de 20 % a été instauré le 11 mars 2003 pour l'embauche de nouveaux diplômés, dont un employeur admissible qui exploite une entreprise dans une région ressource éloignée du Québec peut se prévaloir relativement aux salaires admissibles engagés à l'égard de chacun de ses employés admissibles. Les salaires admissibles doivent être attribuables à la période admissible d'un employé, soit une période d'au plus 52 semaines pendant laquelle l'employé se qualifie à titre d'employé admissible. Enfin, le crédit d'impôt ne peut excéder 8 000 $ à l'égard de cette même période.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Cette mesure fiscale n'a pas été retenue lors du Budget du Québec du 12 juin 2003. Toutefois, elle s'applique à l'égard des salaires admissibles engagés après le 11 mars 2003, relativement à un employé admissible qui a été embauché après le 11 mars 2003 mais au plus tard le 12 juin 2003. Par ailleurs, étant donné qu'il y a une continuité de la relation contractuelle employeur-employé lors de certaines réorganisations corporatives, aucune exception spécifique n'est à prévoir à cet égard dans la législation fiscale.

---

148 *Id.*, p. 52.

149 En raison du contexte budgétaire énoncé lors du Budget du Québec du 12 juin 2003, certaines des mesures annoncées lors du Budget du 11 mars 2003 ne seront pas intégrées à la législation et à la réglementation fiscales, alors que d'autres le seront, sur une base transitoire, uniquement pour permettre aux contribuables d'obtenir l'aide fiscale escomptée lorsque, sur la foi des énoncés budgétaires, ils ont pris des engagements ou des décisions d'affaires.

Ainsi, lorsque, à un moment donné après le 12 juin 2003, un employeur poursuit l'exploitation d'une entreprise à la suite d'une réorganisation corporative, dans le cas d'une fusion ou de la liquidation d'une société détenue en propriété exclusive par une autre société par exemple, cet employeur peut continuer à bénéficier du crédit d'impôt dont il bénéficiait à ce moment, pour la durée résiduelle de la période admissible d'un employé admissible, dans la mesure où il se qualifie d'employeur admissible pour l'application de ce crédit d'impôt. Pour plus de précision, toutes les autres modalités d'application du crédit d'impôt s'appliquent relativement à cette nouvelle période d'admissibilité.

1.9.6. Crédit d'impôt remboursable pour le Technopôle Angus[150]

Le crédit d'impôt remboursable pour le Technopôle Angus, instauré lors du Discours sur le Budget du 14 mars 2000, s'applique à l'égard de l'accroissement de la masse salariale attribuable aux employés de production ou de commercialisation d'une société admissible[151] œuvrant soit dans le domaine de la fabrication ou de la transformation de biens, soit dans le domaine environnemental. L'aide fiscale est accordée aux sociétés qui s'installent sur le site des anciennes usines Angus, situé sur le territoire de la Ville de Montréal (voir l'annexe II « Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec » pour de plus amples détails).

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

Le taux de ce crédit d'impôt remboursable est de 40 %. De façon générale, ce taux est appliqué à l'excédent des salaires versés par la société admissible à ses employés admissibles, pour une année civile donnée, sur les salaires versés aux employés admissibles pendant l'année civile précédente. Cette mesure s'applique à l'égard des années civiles 2000 à 2006.

---

150 Formulaire CO-1029.8.36.TA.

151 Pour être admissible, une société doit exploiter une entreprise agréée, c'est-à-dire une entreprise à l'égard de laquelle un certificat d'admissibilité est délivré par Investissement Québec. L'utilisation de l'expression « société admissible » vise également une société ayant formulé par écrit une demande au ministère de l'Industrie et du Commerce avant le jour du 12 juin 2003 et qui, en raison de cette demande, peut bénéficier du crédit d'impôt.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

Le crédit d'impôt remboursable pour le Technopôle Angus est aboli à compter du 12 juin 2003. Toutefois, une société admissible pour laquelle un certificat d'admissibilité a été obtenu avant le 12 juin 2003 pourra continuer de bénéficier du crédit d'impôt, selon les modalités déjà prévues. De même, une société pour laquelle une demande relative à l'obtention d'un certificat d'admissibilité aura été formulée par écrit à Investissement Québec, avant le 12 juin 2003, pourra également bénéficier du crédit d'impôt remboursable si elle respecte par ailleurs les autres conditions d'application. Afin d'être considérée, une telle demande devra toutefois être appuyée des documents nécessaires à la détermination de l'admissibilité de la société.

Cependant, en cas d'acquisition du contrôle d'une société visée par cette mesure le 12 juin 2003 ou après, celle-ci ne peut plus bénéficier de ces mesures fiscales. Cette règle ne s'applique pas lorsque le contrôle d'une société est acquis par une autre telle société. Une attestation d'admissibilité peut exceptionnellement être délivrée à une société, dans le cadre de certaines réorganisations corporatives, malgré que la demande relative à l'obtention d'une telle attestation soit formulée le 12 juin 2003 ou après.

1.10. ZONE DE COMMERCE INTERNATIONAL DE MONTRÉAL À MIRABEL[152]

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, une société qui exploite une entreprise à l'intérieur de la Zone de commerce international de Montréal à Mirabel (zone de Mirabel), dans les domaines de la logistique internationale, de l'entretien et de la réparation d'aéronefs, de la formation complémentaire en aviation ou de la transformation légère, ou encore une entreprise qui, de l'avis du ministre des Finances, présente un intérêt particulier pour l'économie du Québec, bénéficie pour une période maximale de 10 ans, ou pour une période plus courte débutant après le 1er janvier 2004 et se terminant le 31 décembre 2013, d'avantages fiscaux prenant la forme :

- d'un congé d'impôt sur le revenu, relativement aux revenus découlant de l'exploitation d'une telle entreprise;

[152] Le tableau en annexe résume les conditions préalables et critères spécifiques des crédits de la Zone de commerce international de Montréal à Mirabel.

- d'un congé de la taxe sur le capital, relativement à la partie du capital versé de la société qui est raisonnablement attribuable à l'exploitation d'une telle entreprise;

- d'un congé de la cotisation des employeurs au FSS, relativement aux salaires versés aux employés d'une telle entreprise qui effectuent au moins 75 % de leurs tâches à l'intérieur de la zone de Mirabel.

À cet égard, afin qu'une attestation d'admissibilité soit délivrée par le ministre des Finances concernant une entreprise exploitée par une société, celle-ci doit présenter à la Société de développement de la Zone de commerce international de Montréal à Mirabel un plan d'affaires démontrant que les activités de l'entreprise sont complémentaires aux activités d'entreprises déjà exploitées par ailleurs au Québec, et que ces activités donneront lieu à une création d'emplois.

Par ailleurs, une société peut aussi bénéficier, au cours de la même période, d'avantages fiscaux prenant la forme de crédits d'impôt remboursables relativement aux salaires engagés à l'égard de ses employés admissibles[153], aux honoraires engagés à l'égard d'un contrat admissible de courtage en douane[154] ainsi qu'aux frais d'acquisition ou aux loyers payés pour du matériel admissible[155].

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

À compter du 12 juin 2003, toutes ces mesures fiscales décrites auparavant et spécifiques à la Zone de commerce international de Montréal à Mirabel sont abolies. Toutefois, une société visée par cette mesure ayant déjà une attestion d'admissiblité en vigueur le 12 juin 2003 pourra continuer de bénéficier de ces mesures fiscales. De même, une telle société pour laquelle une demande relative à l'obtention d'une attestation d'admissibilité aura été formulée par écrit avant le 12 juin 2003 pourra également bénéficier de ces mesures fiscales.

Cependant, en cas d'acquisition du contrôle d'une société visée par cette mesure le 12 juin 2003 ou après, celle-ci ne pourra plus bénéficier de ces mesures fiscales. Cette règle ne s'appliquera toutefois pas lorsque le contrôle

---

153 Formulaire CO-1029.8.36.SZ.

154 Formulaire CO-1029.8.36.CZ.

155 Formulaire CO-1029.8.36.FZ.

d'une telle société sera acquis par une autre telle société. Une attestion d'admissibilité pourra exceptionnellement être délivrée à une société, dans le cadre de certaines réorganisations corporatives, malgré que la demande relative à l'obtention d'une telle attestation ait été formulée le 12 juin 2003 ou après.

D'autre part, une société qui exploite une entreprise au Québec et y a un établissement, et qui construit ou fait construire un bâtiment stratégique sur le territoire de la zone de Mirabel, dont les travaux de construction débutent avant le 1er janvier 2014, bénéficie d'un crédit d'impôt remboursable relativement aux frais de construction admissibles qu'elle engage au cours d'une année d'imposition pour la construction d'un bâtiment stratégique[156]. À compter du 12 juin 2003, ce crédit est aboli.

Toutefois, dans les situations décrites ci-après, une société pourra continuer à bénéficier de ce crédit d'impôt remboursable, et le ministre des Finances continuera à délivrer les attestations d'admissibilité lorsque les travaux de construction, de rénovation ou de transformation ont débuté au plus tard le 12 juin 2003 dans le cadre d'un contrat conclu, au plus tard le 12 juin 2003, avec une société qui exploite une entreprise reconnue à l'égard de laquelle une attestation d'admissibilité est en vigueur ce jour, ou avec une société qui a présenté une demande écrite, avant le 12 juin 2003. De plus, une société qui exploite une entreprise reconnue à l'égard de laquelle une attestation d'admissibilité est en vigueur le 12 juin 2003, ou qui a présenté une demande écrite avant le 12 juin 2003, pourra continuer à bénéficier de ce crédit d'impôt remboursable, peu importe la date du début des travaux.

Cependant, dans toutes les situations, seuls les frais de construction, de rénovation ou de transformation admissibles, engagés relativement aux travaux réalisés au plus tard 12 mois après le 12 juin 2003, pourront donner droit à ce crédit d'impôt. Un assouplissement sera apporté au critère relatif à l'utilisation qui doit être faite d'un bâtiment stratégique, afin que la période de récupération du crédit d'impôt remboursable pour la construction, la rénovation ou la transformation de bâtiment stratégique soit réduite.

La législation fiscale actuelle demeurera inchangée relativement à la récupération totale de ce crédit d'impôt pour la période de cinq ans qui suit l'année de la fin des travaux. Cependant, la législation fiscale sera modifiée afin que la période actuelle de 14 ans qui suit l'année de la fin des travaux au

---

156 Formulaire CO-1029.8.36.BZ.

cours de laquelle la société doit produire annuellement une demande d'attestation concernant l'admissibilité d'un bâtiment, soit réduite à neuf ans.

1.11. CONGÉ FISCAL DE CINQ ANS ACCORDÉ À CERTAINS EMPLOYÉS ÉTRANGERS

Bien que le congé fiscal de cinq ans accordé à certains employés étrangers concerne davantage la fiscalité des particuliers, nous jugeons essentiel de vous faire part des principaux changements énoncés lors du Budget du 12 juin 2003.

Mesures fiscales avant le 12 juin 2003

De façon sommaire, un particulier qui ne réside pas au Canada et qui vient travailler au Québec dans certains secteurs d'activité spécialisés, peut bénéficier d'un congé d'impôt sur son salaire ou sur l'ensemble de ses revenus, selon le cas, pour une période de cinq ans. Ces congés d'impôt prennent la forme d'une déduction dans le calcul du revenu imposable du particulier, correspondant à un montant égal à 100 % du salaire ou de l'ensemble des revenus du particulier, selon le cas.

Pour bénéficier du congé d'impôt sur le salaire, l'employé étranger doit être engagé à titre de :

- chercheur en stage postdoctoral à l'emploi d'une entité universitaire admissible ou d'un centre de recherche public;
- professeur à l'emploi d'une université québécoise;
- chercheur à l'emploi d'une personne qui exploite une entreprise au Canada et qui effectue des travaux de RS & DE au Québec;
- expert spécialisé, notamment dans le domaine de la gestion des activités d'innovation, à l'emploi d'une personne qui exploite une entreprise au Canada et qui effectue des travaux de RS & DE au Québec;
- spécialiste à l'emploi d'une société qui réalise un projet novateur dans le secteur des biotechnologies dans un CDB.

Pour bénéficier du congé d'impôt sur l'ensemble de ses revenus, l'employé étranger doit être engagé à titre de :

- spécialiste dans le domaine des transactions financières internationales à l'emploi d'une personne qui exploite un CFI[157];

- expert à l'emploi d'une société qui opère une bourse de valeurs ou une chambre de compensation de valeurs.

Mesures fiscales à compter du 12 juin 2003

À compter du jour suivant celui du 12 juin 2003, le niveau d'aide des congés d'impôt énumérés précédemment est réduit de 25 %. De façon plus particulière, un particulier peut déduire, dans le calcul de son revenu imposable, un montant égal à 75 % de son salaire ou de l'ensemble de ses revenus, selon le cas, plutôt que 100 %. Toutefois, cette réduction de l'aide des congés d'impôt énumérés précédemment ne s'applique pas relativement à un particulier ayant conclu un contrat d'emploi au plus tard le 12 juin 2003, et qui est entré en fonction au plus tard le 1er septembre 2003. Dans cette situation, un particulier peut continuer à déduire, dans le calcul de son revenu imposable, un montant égal à 100 % de son salaire ou de l'ensemble de ses revenus, selon le cas.

Pour plus de précision, cette règle transitoire s'applique uniquement à l'égard de l'emploi visé par le contrat qu'un particulier a conclu avec un employeur admissible, au plus tard le 12 juin 2003, et à l'égard duquel l'employé est entré en fonction au plus tard le 1er septembre 2003. Par ailleurs, les autres modalités d'application de ces congés d'impôt demeurent inchangées. À cet égard, la législation fiscale actuelle prévoit qu'un contrat renouvelé est réputé ne pas être un contrat distinct du premier contrat d'emploi qu'un particulier a conclu avec un employeur admissible alors qu'il ne résidait pas au Canada. D'autre part, il y a une continuité de la relation contractuelle employeur-employé lors de certaines réorganisations corporatives. Il en est ainsi lorsqu'un employeur poursuit l'exploitation d'une entreprise à la suite d'une fusion ou de la liquidation d'une société détenue en propriété exclusive par une autre société. Dans ces situations, un particulier pourra continuer à déduire, dans le calcul de son revenu imposable, un montant égal à 100 % de son salaire ou de l'ensemble de ses

[157] Il existe un congé partiel d'impôt pour les employés de CFI, autre qu'un spécialiste étranger. Pour bénéficier de ces avantages, les employés d'un CFI doivent satisfaire aux mêmes conditions que les employés admissibles à l'exemption fiscale, à l'exception de la non-résidence. L'employé peut déduire dans le calcul de son revenu imposable de 37,5 % de son salaire (50 % avant le 12 juin 2003) pour l'année provenant de son emploi auprès du CFI, et attribuable à une période postérieure au 12 juin 2003.

revenus, selon le cas, dans la mesure où cet employeur se qualifie à titre d'employeur admissible pour l'application du congé d'impôt demandé par le particulier.

Par ailleurs, à compter du jour suivant celui du 12 juin 2003, les congés d'impôt énumérés ci-après sont abolis :

- un spécialiste à l'emploi d'une société qui réalise un projet novateur dans certains sites désignés, autres qu'un CDB;

- un spécialiste à l'emploi d'une société qui exploite une entreprise dans certains sites désignés à vocation biotechnologique;

- un spécialiste à l'emploi d'une société qui exploite une entreprise dans le secteur des nutraceutiques et des aliments fonctionnels;

- un spécialiste à l'emploi d'une société qui exploite une entreprise dans la Cité du multimédia, le CNNTQ, un CNE, un Carrefour de l'innovation ou la Cité du commerce électronique;

- un spécialiste œuvrant dans le secteur des affaires électroniques à l'emploi d'une société qui exploite une entreprise dans le CNNTQ ou la zone de commerce électronique du centre-ville de Montréal;

- un spécialiste à l'emploi d'une personne qui exploite une entreprise dans la zone de Mirabel.

Toutefois, l'abolition des congés d'impôt spécifiques énumérés au paragraphe précédent ne s'applique pas relativement à un particulier ayant conclu un contrat d'emploi au plus tard le 12 juin 2003, et qui est entré en fonction au plus tard le 1er septembre 2003. Dans cette situation, un particulier peut continuer à déduire, dans le calcul de son revenu imposable, un montant égal à 100 % de son salaire ou de l'ensemble de ses revenus, selon le cas. Toutefois, un particulier qui a conclu un contrat d'emploi au plus tard le 12 juin 2003, et qui est entré en fonction au plus tard le 1er septembre 2003, dans la mesure où ce particulier ne change pas d'emploi à compter du jour de l'abolition de ces congés d'impôt, peut obtenir une attestation d'admissibilité et continuer à déduire, dans le calcul de son revenu imposable un montant égal à 100 % de son salaire ou de l'ensemble de ses revenus, selon le cas.

2. PRINCIPAUX PROGRAMMES D'INCITATIFS FISCAUX AU FÉDÉRAL

L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») administre deux programmes de crédits d'impôt remboursables pour production cinématographique afin d'aider l'industrie cinématographique canadienne. Ces deux programmes sont administrés conjointement par l'ADRC et Patrimoine canadien, par l'intermédiaire du Bureau de certification des produits audiovisuels canadiens (site Web de Patrimoine canadien).

Parmi les autres programmes de crédit d'impôt au fédéral à l'égard des sociétés, inclus en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[158], mentionnons le programme de RS & DE. Ce programme fournit des encouragements fiscaux pour appuyer la recherche appliquée et le développement expérimental au Canada.

2.1. PROGRAMMES DE CRÉDITS D'IMPÔT POUR L'INDUSTRIE CINÉMATOGRAPHIQUE OU MAGNÉTOSCOPIQUE CANADIENNE

2.1.1. Crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne (CIP)

Le crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne (ci-après « CIP ») encourage les productions canadiennes et aide à appuyer une industrie cinématographique active au Canada. Dans le cadre de ce programme, le gouvernement du Canada accorde des encouragements fiscaux aux sociétés admissibles qui réalisent des productions cinématographiques ou magnétoscopiques. L'annexe III résume les conditions préalables, le niveau d'aide ainsi que les conditions à respecter pour pouvoir bénéficier de ce crédit d'impôt.

2.1.2. Crédit d'impôt pour services de production cinématographique ou magnétoscopique (CISP)

Le programme du crédit d'impôt pour services de production cinématographique ou magnétoscopique (ci-après « CISP ») complète le programme du CIP. Les entreprises canadiennes et les entreprises sous contrôle étranger ont droit au CISP. Ce crédit vise à rendre le Canada plus

---

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

attirant pour la production cinématographique et à stimuler la création d'emplois dans l'industrie cinématographique canadienne.

Dans son Budget du 18 février 2003, le ministère des Finances a augmenté le taux de crédit d'impôt pour services de production cinématographique ou magnétoscopique de 11 % à 16 % des dépenses de main-d'œuvre admissibles engagées au Canada après la date du Budget[159].

L'annexe III résume les conditions préalables, le niveau d'aide ainsi que les conditions à respecter pour pouvoir bénéficier de ce crédit d'impôt.

2.2. PROGRAMME DE LA RS & DE

Le programme de RS & DE est un programme fédéral d'incitatif fiscal visant à encourager les industries canadiennes de toutes tailles et de tous les secteurs à effectuer de la recherche et du développement au Canada afin de découvrir ou d'améliorer des produits, des services ou des procédés de haute technologie. Le programme de la RS & DE est la plus importante source d'appui du gouvernement fédéral à la recherche et au développement industriels.

Les demandeurs peuvent demander des crédits d'impôt à l'investissement pour la RS & DE pour les dépenses engagées relativement aux salaires, aux matériaux, à la machinerie, à l'équipement, à certains frais généraux et aux contrats de RS & DE. L'annexe III résume les grandes lignes à respecter pour pouvoir bénéficier de ce crédit d'impôt.

CONCLUSION

Bien que la fiscalité québécoise offre encore à ce jour des mesures fort avantageuses pour les entreprises de plusieurs secteurs d'activités, et qu'une saine gestion et une cohésion des programmes soient souhaitables, il y a lieu de se questionner sur l'impact de l'abolition des mesures fiscales incitatives reliées au développement économique des régions, tels la Zone de commerce international de Mirabel, la Cité de l'optique ainsi que les CNE. Ces mesures

---

[159] Les références au taux de 11 % sur le formulaire T1177 « Demande de crédit d'impôt pour services de production cinématographique ou magnétoscopique » doivent être remplacées par le taux de 16 % pour les dépenses admissibles engagées après la date du Budget. Pour les dépenses admissibles engagées avant la date du Budget, le taux de 11 % est toujours applicable.

reliées à des sites désignés conféraient aux développeurs locaux et régionaux d'excellents outils de prospection et de développement.

D'autre part, il est clair que tout gouvernement supporte des programmes de crédit d'impôt afin de maintenir des avantages compétitifs. Or, il est à espérer que les nombreuses réductions annoncées lors du Budget du Québec du 12 juin 2003 ne réduiront pas l'attrait des entreprises québécoises aux fins d'investissement en haute technologie, soit un secteur à haute valeur ajoutée qui, au cours des dernières années, a été fortement créateur d'emplois.

ANNEXE I

Crédits d'impôt remboursables au Québec : secteur financier

SECTEUR FINANCIER	Crédit d'impôt remboursable relatif aux communications entre les sociétés et les investisseurs boursiers	Objectif : favoriser la pleine valorisation des titres de sociétés québécoises auprès d'investisseurs. Sociétés admissibles : sociétés dont les actions sont inscrites à la cote d'une Bourse (ou sur le point de l'être), dont plus de la moitié de la masse salariale de la société est versée au Québec et dont la valeur de l'actif ou la capitalisation boursière totale de la société est inférieure à un milliard de dollars. Avant le 12 juin 2003 : crédit d'impôt remboursable, maximum 40 000 $ par année, à l'égard des dépenses d'une société engagées avant le 1er juillet 2003, relativement à une tournée de promotion à l'égard de laquelle la société détient une attestation d'admissibilité délivrée par le ministre des Finances. Après le 12 juin 2003 : mesure non reconduite mais au 1er juillet 2003.	Mesure non reconduite au 1er juillet 2003.

ANNEXE I (SUITE)

	Crédit d'impôt remboursable pour les analystes financiers spécialisés dans les titres de sociétés québécoises	Objectif : favoriser l'émergence et la rétention d'une relève spécialisée dans le secteur financier. De façon générale, ce crédit d'impôt remboursable comporte deux volets, soit un premier volet relatif aux analystes des titres de sociétés québécoises et un second volet relatif aux analystes d'instruments financiers dérivés. Avant 12 juin 2003. crédit d'impôt remboursable couvrant 40 % du salaire des employés admissibles, jusqu'à concurrence de 30 000 $ de soutien par année, pendant trois ans, par employé. Les employés admissibles sont des employés titulaires d'un diplôme universitaire pertinent, obtenu depuis moins de quatre ans. L'employeur doit détenir un certificat d'admissibilité délivré par le ministre des Finances avant le 1er juillet 2003. Depuis le 12 juin 2003 : mesure non reconduite. De plus, sa terminaison sera devancée au 12 juin 2003. Aucun certificat d'admissibilité additionnel n'est délivré par le ministre des Finances relativement aux demandes présentées à compter du 12 juin 2003. Crédit d'impôt remboursable couvrant 30 % du salaire des employés admissibles, jusqu'à concurrence de 22 500 $ de soutien par année, pendant trois ans, par employé. Les employés admissibles sont des employés titulaires d'un diplôme universitaire pertinent, obtenu depuis moins de quatre ans.	Mesure non reconduite au 12 juin 2003. Réduction de 25 % du crédit d'impôt après le 12 juin 2003.

ANNEXE I (SUITE)

	Crédit d'impôt remboursable favorisant la participation des courtiers en valeurs à la Bourse Nasdaq	Objectif : faciliter la participation, à Montréal, des sociétés de courtage à ce nouveau marché et couvrir une partie des frais liés à leur participation à Nasdaq, conséquence du nouvel environnement légal et technologique. Sommairement, ce crédit d'impôt remboursable comporte quatre volets, soit un premier volet portant sur les frais administratifs, un deuxième volet portant sur l'acquisition ou la location de matériel technologique, un troisième volet portant sur l'embauche et la formation de la main-d'œuvre, et enfin, un quatrième volet portant sur les coûts relatifs à l'implantation et au maintien d'un système de gestion des transactions. Essentiellement, le crédit d'impôt est égal à 50 % du montant des dépenses engagées par un courtier en valeurs autorisé à transiger les titres inscrits à la cote de la Bourse Nasdaq à titre de courtier d'entrée d'ordres ou de mainteneur de marché. Selon la législation actuelle, ce crédit d'impôt remboursable, qui peut atteindre un montant maximum cumulatif, pour toute la durée du crédit d'impôt, de 25 000 $ pour le premier volet, de 100 000 $ pour le deuxième volet, de 50 000 $ pour le troisième volet, et de 300 000 $ pour le quatrième volet, s'applique à l'égard des dépenses d'un courtier en valeurs, engagées par ce dernier relativement à ses activités de courtage sur la Bourse Nasdaq, au cours de la période débutant le 27 avril 2000 et, sauf exception, se terminant le 31 décembre 2003. À son échéance le 31 décembre 2003, cette mesure ne sera pas renouvelée.	Mesure non reconduite au 31 décembre 2003.

ANNEXE I (SUITE)

	Exemption d'impôt sur les transactions financières internationales admissibles, taxe sur le capital et cotisation des employeurs au FSS - CFI	Avant le 12 juin 2003 : les avantages prévus par la législation relativement aux opérations d'un CFI comprennent, notamment, une exemption d'impôt sur le revenu, une exemption de taxe sur le capital et une exemption de cotisation des employeurs au FSS relativement aux salaires des employés de CFI. Depuis le 12 juin 2003 : la valeur des avantages fiscaux consentis aux exploitants de CFI est réduite de 25 %. La déduction dont peut bénéficier un exploitant d'un CFI qui est une société est depuis égale à : 75 % du montant représentant le revenu de cet exploitant pour l'année provenant de l'opération d'un CFI au lieu de 100 %; 75 % du montant représentant le capital versé de cet exploitant pour l'année, attribuable aux opérations d'un CFI au lieu de 100%; 75 % du salaire que verse l'exploitant de CFI à un employé admissible du CFI au lieu de 100%. Ces modifications s'appliquent à l'égard d'une année d'imposition se terminant après le 12 juin 2003 et à l'égard du salaire versé ou réputé versé à un employé de CFI après le 12 juin 2003. Cependant, pour une année d'imposition qui comprend le 12 juin 2003, ces modifications s'appliquent proportionnellement au nombre de jours de cette année d'imposition qui suivent ce jour.	Réduction de 25 % sur impôts, taxe sur le capital, FSS.

ANNEXE I (SUITE)

	Crédit d'impôt remboursable relatif à la période d'apprentissage d'employés spécialisés - CFI	Avant 12 juin 2003 : le crédit d'impôt remboursable pour l'apprentissage d'employés spécialisés de CFI est égal à 40 % du salaire que verse un CFI à un spécialiste financier possédant moins de quatre années d'expérience. Selon la législation actuelle, ce crédit d'impôt remboursable, qui peut atteindre un montant de 30 000 $ par année, s'applique pendant une période de trois ans relativement au salaire versé à un tel employé à l'égard duquel l'exploitant de CFI détient un certificat d'admissibilité délivré par le ministre des Finances avant le 1er juillet 2003. Depuis le 12 juin 2003 : mesure non reconduite. Le taux du crédit d'impôt remboursable pour l'apprentissage d'employés spécialisés de CFI sera réduit de 40 % à 30 % ; 30 % du salaire admissible jusqu'à concurrence de 22 500 $ sur une base annuelle.	Mesure non reconduite au 12 juin 2003. Réduction du crédit de 25 %.
	Crédit d'impôt remboursable pour des dépenses de démarchage - CFI	Crédit d'impôt remboursable égal à 50 % des dépenses de démarchage admissibles engagées par la société qui opère un CFI avant le 1er janvier 2002 et en relation avec de nouvelles transactions financières internationales admissibles effectuées avant le 1er janvier 2003. Le crédit ne peut excéder 75 000 $ par année et d'autres limites peuvent également s'appliquer.	Mesure qui a pris fin le 31 décembre 2002.

ANNEXE I (SUITE)

	Crédit d'impôt remboursable relatif aux gestionnaires de fonds	Objectif : favoriser l'émergence et la rétention d'une relève spécialisée dans le secteur financier. Avant 12 juin 2003 : crédit d'impôt remboursable, pour la société, couvrant 40 % du salaire des employés admissibles, jusqu'à concurrence de 30 000 $ de soutien par année et employé, pendant trois ans. Les employés admissibles sont les employés titulaires d'un diplôme universitaire pertinent, obtenu depuis moins de quatre ans. La société de gestion de portefeuille doit détenir un certificat d'admissibilité délivré par le ministre des Finances avant le 1er juillet 2003. Après 12 juin 2003 : crédit d'impôt remboursable, pour la société, couvrant 30 % du salaire des employés admissibles, jusqu'à concurrence de 22 500 $. Cette modification s'applique relativement au salaire admissible engagé par une société admissible à l'égard d'un gestionnaire de fonds admissible après le 12 juin 2003, et relatif à une période couverte par le certificat d'admissibilité délivré à la société admissible, par le ministre des Finances, à l'égard de ce gestionnaire de fonds admissible.	Mesure non reconduite au 12 juin 2003. Réduction de 25 %.

ANNEXE I (SUITE)

	Crédit d'impôt remboursable pour la création de fonds d'investissement	De façon sommaire, une société qui, au cours d'une année d'imposition, exploite au Québec une entreprise de bourse de valeurs ou une chambre de compensation de valeurs, mène des activités admissibles dans un établissement situé sur le territoire de la Ville de Montréal, et dont plus de la moitié des salaires versés aux employés de la société le sont à des employés d'un établissement situé au Québec (société admissible), peut bénéficier, jusqu'au 31 décembre 2010, de mesures fiscales de soutien au développement de bourses de valeurs et de chambres de compensation de valeurs. Avant 12 juin 2003 : les avantages prévus par la législation relativement aux opérations d'une telle société admissible comprennent une exemption d'impôt sur le revenu, une exemption de taxe sur le capital et une exemption de cotisation des employeurs au FSS. Après 12 juin 2003 : la valeur des avantages fiscaux consentis à une telle société admissible est réduite de 25 %.	Réduction de 25 % sur impôts, taxe sur le capital, FSS.

ANNEXE II

Sommaire des incitatifs fiscaux du Québec

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Congé fiscal de cinq ans sur : impôt sur le revenu, taxe sur le capital et cotisation au FSS	**Plafonds annuels :** **<u>Impôt sur le revenu</u>** (revenu imposable) Avant[1] : 200 000 $ Après[2] : 75 % de 200 000 $ **<u>Taxe sur le capital</u>** (capital versé) Avant[1] : 3 M$ Après[2] : 75 % de 3 M$ **<u>Cotisation au FSS</u>** (salaires) Avant[1] : 700 000 $ Après[2] : 75 % de 700 000 $ [1] Désigne avant le 12 juin 2003 [2] Désigne à compter du 12 juin 2003	S/O	Revenu d'entreprise exploitée activement	• 1re année d'imposition après le 25 mars 1997 • Nouvelle société • SPCC • Pas associée à une autre société • Capital versé <= 15 M$ • N'a jamais été bénéficiaire d'une fiducie • Pas membre d'une société de personnes • Ne résulte pas d'une fusion • Pas la continuité d'activités antérieures	Période d'exonération • Début - 1er jour de la 1re année d'imposition. • Fin - 60 mois après le début de la période d'exonération <u>ou</u> - Le dernier jour de l'année d'imposition qui précède l'année d'imposition au cours de laquelle la société cesse d'être admissible.	Ne pas être la continuation d'une entreprise Formulaires prescrits : 1re année : CO-771.5, COR-771.6.A, CO-771.6.C.5 Ensuite : CO-771.6.B

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables	
Amortissement accéléré de 100 % et déduction supplémentaire de 25 %	Déduction pour amortissement accélérée de 100 % du coût du bien admissible (note 1) Déduction suppl. de 25 % du coût des biens acquis après le 25 mars 1997 et avant le 12 juin 2003 se qualifiant pour la déduction pour amortissement accéléré. (note 1) Déduction pour deux ans dans le calcul du capital versé du montant de l'acquisition du bien moins certaines exceptions (note 1). Note 1 : <u>mesures abolies à l'égard des biens acquis après le 12 juin 2003</u>, sauf à l'égard des biens acquis après le 12 juin 2003 mais au plus tard le 12 juin 2004 s'ils sont acquis conformément à une obligation écrite contractée au plus tard le 12 juin 2003; ou si la construction de ces biens était commencée au plus tard le 12 juin 2003.	S/O Doit être divisé par la proportion des affaires faites au Québec.	S/O Sommairement, il s'agit des biens suivants : • Matériel de fabrication ou de transformation • Matériel électronique universel de traitement de l'information • Matériel de traitement de minerai étranger • Transfert de technologies	S/O —— ——	Biens visés à la catégorie 12 de l'annexe B du *Règlement sur les impôts* en vertu du 2e alinéa. Doivent être neufs au moment de l'acquisition. Ces biens doivent être utilisés principalement (+ de 50 %) pour gagner un revenu d'entreprise. Utilisé uniquement au Québec pendant une période minimale de 730 jours suivant celle où commence leur utilisation. <u>Exception</u> : pour les acquisitions de matériel informatique faites à compter du 14 mars 2000, les termes « utilisé uniquement » sont remplacés par « utilisé principalement » au Québec.	Amortissement accéléré 12 mai 1988 – 12 juin 2003 Déduction supplémentaire 25 mars 1997 – 12 juin 2003	

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit pour stage en milieu de travail	Crédit d'impôt remboursable de 40 % (30 % après le 12 juin 2003) des dépenses admissibles engagées à l'égard d'un stagiaire admissible. Bonification pour les stages de formation admissibles dans une entreprise dans une région ressource éloignée. ▪ Dépense engagée après le 11 mars 2003 au plus tard le 12 juin 2003. ▪ Taux horaire du stagiaire limité à 25 $/heure. ▪ Plafond hebdomadaire est doublé passant de 500 $ et 625 $ à 1000 $ et 1250 $ selon le stagiaire admissible. ▪ Stage de formation admissible débutant après le 11 mars 2003 mais au plus tard le 12 juin 2003.	S/O	S/O	Société qui exploite une entreprise au Québec et qui a un établissement stable au Québec. 90 % et plus du revenu brut de la société provient de l'exploitation d'une entreprise admissible.	Dépenses admissibles : ▪ Salaire du ou des stagiaires (limité à 15 $/heure) ▪ Salaire du ou des superviseurs du stage (limité à 30 $/heure) ▪ Maximum de 32 semaines pour élève du postsecondaire Le moindre de : ▪ Salaires attribués aux stagiaires et aux superviseurs ▪ 500 $ (montant maximum des dépenses admissibles pouvant être réclamées, attribuables à un stagiaire) X nombre de semaines X nombre de stagiaires Stagiaires admissibles : ▪ Apprenti inscrit au régime de qualification. ▪ Particulier inscrit au régime d'apprentissage institué en vertu de la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre* ▪ Élève inscrit dans un programme de formation dont le cheminement particulier vise l'insertion sociale et professionnelle des jeunes ***Suite colonne suivante***	***Suite critères spécifiques*** ▪ Élève du secondaire qui participe à un programme mis sur pied dans le cadre de la filière de formation professionnelle, préparant l'exercice de métiers semi-spécialisés ▪ Élève à temps plein du secondaire (formation professionnelle) ▪ Élève à temps plein du collégial (formation technique) ▪ Étudiant à plein temps dans un programme universitaire de 1er cycle Date de début : 1er janvier 1995 Date de fin : 31 déc. 2005 (date limite du début du stage)

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Projet novateur dans un Centre de développement des biotechnologies (CDB)	S'il s'agit d'un projet novateur (note 1) ▪ Congé fiscal de cinq ans pour impôt, taxe sur le capital et FSS (réduction de 25 % après le 12 juin 2003) ▪ Crédit de 40 % (30 % après le 12 juin 2003) sur les salaires admissibles ▪ Crédit de 40 % (30 % après le 12 juin 2003) sur le matériel spécialisé ▪ Congé fiscal pour spécialistes étrangers (réduction de 25 % si contrat d'emploi conclu après 12 juin 2003) ▪ Crédit de 40 % (30 % après le 12 juin 2003) pour la location ponctuelle d'instal-lations spécialisées S'il ne s'agit pas d'un projet novateur ▪ Crédit de 40 % sur les salaires admissibles (à compter du 12 juin 2003, ce crédit est aboli)	Biotech-nologie reliée à la santé humaine	Projet novateur dans un secteur d'activité en émer-gence du domaine des biotech-nologies humaines : • Des retombées économi-ques significa-tives pour le Québec. • Un contenu substan-tiel en RS & DE suscep-tible de dévelop-per de nouvelles expertises.	Société exemptée, i.e. • Détient une attestation d'Investis-sement Québec • Ne résulte pas d'une fusion • 90 % et plus de ses activités (courantes et passées) répondent aux critères d'une entreprise admissible (exploitée activement) • 90 % et + des activités exercées dans CDB Doit être une nouvelle société. Doit développer une expertise nouvelle dans son secteur d'activité. Pas contrôlée par une société exonérée.	Employés admissibles : • Acquiert compétence spécialisée dans un secteur en émergence • 90 % et + du temps travail relié aux tâches de son affectation • 50 % et + de son travail dans CDBL • emploi à temps plein min. 26 heures par semaine, min. de 40 semaines Équipements admissibles : • bien acquis = amortissable et utilisation > ou = trois ans • biens tangibles • acquis ou loués dans les trois premières années d'admissibilité (les autres sont exclus) • neufs seulement • utilisés à 50 % et + dans CDBL • utilisés à 90 % et + à la réalisation du projet novateur par employés admissibles *Location ponctuelle d'inst. spécialisée* • locateur obtient attestation de Investissement Québec • Situés dans CDB • Comprend >90 % des biens spécialisés, neufs et à être loués	Attestations : • employés admissibles • équipements admissibles • société admissible Date de début : Budget 2001-2002 du 29 mars 2001 Date de fin : 31 décembre 2010 **Note 1 : à compter du 12 juin 2003, le niveau d'aide relative à la réalisation d'un projet novateur dans un CDB a été réduite de 25 %**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit d'impôt remboursable pour le développement de la biotechnologie et dans les sites désignés	Un crédit d'impôt de 40 % à l'égard de l'accroissement de la masse salariale attribuable aux employés de fabrication ou de commercialisation (note 1) 40 % x (A-B) A : Masse salariale pour l'année civile aux employés admissibles B : Masse salariale pour l'année civile préc. aux employés admissibles A-B = augmentation masse salariale	Biotechnologie	Activités touchant la fabrication des produits reliés au secteur de la biotechnologie et de la santé humaine, notamment des médicaments, des vaccins, des appareils médicaux et des produits dérivés et, accessoirement, le cas échéant, à les commercialiser	Toute société, autre qu'une société exclue, qui exploite une entreprise au Québec et y a un établissement; une société devra exploiter, dans les sites désignés, une entreprise agréée	**Employés admissibles :** ▪ travaillant dans une société admissible située dans un site désigné; ▪ consacre au moins 90 % de son temps de travail directement à la fabrication dans le domaine de la biotechnologie et de la santé humaine; ▪ être un employé qui consacre au moins 90 % de son temps de travail à entreprendre, à superviser ou à soutenir directement la fabrication dans le domaine de la biotechnologie et de la santé humaine ou, le cas échéant, la commercialisation de tels produits. Sont exclus ▪ les action-naires désignés de la société, ▪ les employés dont les fonctions sont reliées à l'administration générale de la société, ▪ les employés de recherche et développement	Certificat d'admissibilité délivré par Investissement Québec Date de début : 1er janvier 2001 Date de fin : 31 décembre 2006 **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Cité de l'optique ***(Région de Québec)***	Crédit d'impôt remboursable selon la formule suivante (note 1) : 40 % x (A-B) A : Masse salariale pour l'année civile aux employés admissibles B : Masse salariale pour l'année civile préc. aux employés admissibles A-B = augmentation masse salariale <u>Sociétés associées</u> : calcul sur une base consolidée et répartition du montant de l'augmentation de la masse salariale selon une entente.	Optique Photonique Laser Particularité en cas de fusion ou de liquidation (B.I. 99-1)	Fabrication et commer-cialisation d'appareils ou d'équipements reliés aux secteurs visés	Exploite une entreprise dans la région de Québec (y a un établissement) en y effectuant des activités admissibles relativement aux secteurs visés. Exclues : • sociétés exonérées • sociétés dont + de 10 % du revenu brut ne provient pas de l'exploi-tation d'une entreprise admissible.	<u>Employés admissibles</u> : • 90 % et + : entreprend, supervise ou supporte directement des travaux relatifs à l'exécution d'une activité admissible de la société • n'est pas un actionnaire désigné de la société (+ de 10 % des actions émises) Réduction des salaires dans certaines circonstances.	<u>Certificat d'amissibilité</u> : • sociétés admissibles <u>Date de début</u> : ▪ année civile 1999 <u>Date de fin</u> : ▪ année civile 2003 **Note1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
CDTI **Centres de développement des technologies de l'information**	**Crédit d'impôt remboursable de 40 % sur les salaires versés** à des employés admissibles (max : 15 000 $ par année par employé) **(note 1)** **Crédit d'impôt remboursable de 40 % du coût d'achat ou des loyers payés des équipements admissibles** (location : minimum 3 ans de crédit et un maximum de 5 ans si le bien est loué dès la 1re année **(note 1)** **Congé fiscal 5 ans sans plafond (note 1):** • Impôt sur revenu • Taxe sur le capital • Cotisation au FSS **Spécialistes étrangers :** Congé fiscal 5 ans sur le revenu d'emploi (aucune attestation ne sera émise pour tout contrat de travail débutant après le 12 juin 2003)	Technologies de l'information et des communi-cations	Projet novateur dans un secteur d'activité en émergence du domaine des technologies et des communi-cations comportant : • Des retombées économiques significatives pour le Québec • Un contenu substantiel en RS & DE susceptible de développer de nouvelles expertises.	Société exemptée, i.e. • Détient une attestation d'Investissement Québec • Ne résulte pas d'une fusion • 90 % et plus de ses activités (courantes et passées) répondent aux critères d'une entreprise admissible (exploitée activement) • 90 % et + des activités exercées dans le CDTI Doit être une nouvelle société. Doit développer une expertise nouvelle dans son secteur d'activité. Pas contrôlée par une société exonérée.	Employés admissibles : • Acquiert compétence spécialisée dans un secteur en émergence • 90 % et + du temps travail relié aux tâches de son affectation • 50 % et + de son travail dans le CDTI • emploi à temps plein min. 26 heures par semaine, min. de 40 semaines Équipements admissibles : • bien acquis = amortissable et utilisation > ou = 3 ans • biens tangibles ou logiciels d'opération de système ou d'application spécialisée • acquis ou loués dans les 3 premières années d'admissibilité (les autres sont exclus) • neufs seulement • utilisés à 50 % et + dans un CDTI • utilisés à 90 % et + à la réalisation du projet novateur par des employés admissibles	Attestations : • employés admissibles • équipements admissibles • société admissible Date de début : ▪ 25 mars 1997 Date de fin : ▪ 31 déc. 2013 **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Cité du multimédia ***(Montréal)***	**Crédit d'impôt remboursable de 40 % des salaires versés** aux employés admissibles (max : 15 000 $ par employé par an) **(Note 1)** **Spécialistes étrangers :** congé fiscal 5 ans sur le revenu d'emploi (aucune attestation ne sera émise pour tout contrat de travail débutant après le 12 juin 2003)	Technologies de l'information et des communications Multimédia	Activités liées à la production ou aux services relativement au secteur du multimédia. Activité liée au secteur des technologies de l'information. Attestation reçue par Investissement Québec	90 % et + du revenu brut provient d'une entreprise admissible (art. 1) (entreprise exploitée activement)	Employés admissibles : • entreprend, supervise ou supporte directement des travaux relatifs à l'exécution d'une activité admissible de la société • emploi à temps plein min. 26 heures/ semaine, min. de 40 semaines • 90 % et + de ses fonctions exercées dans un immeuble désigné SAUF si l'employé doit se rendre dans un centre de recherche ou dans un milieu naturel • employés en formation	Attestations : • activités admissibles • employés admissibles Date de début : ▪ 15 juin 1998 Date de fin : ▪ 31 déc. 2013 **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
CNNTQ **Centre national des nouvelles technologies de Québec** ***(Québec)***	Crédit d'impôt remboursable de 40 % des salaires admissibles versés aux employés admissibles (max : 15 000 $/ année et par employé) (**note 1)** **Spécialistes étrangers :** congé fiscal 5 ans sur le revenu d'emploi (aucune attestation ne sera émise pour tout contrat de travail débutant après le 12 juin 2003)	Nouvelles technologies de l'information et des communi-cations Multimédia	Activités liées à la production ou aux services relativement au secteur du multimédia Activités liées au secteur des technologies de l'information	90 % et + du revenu brut provient d'une entreprise admissible (art. 1) (entreprise exploitée activement)	Employés admissibles : • entreprend, supervise ou supporte directement des travaux relatifs à l'exécution d'une activité admissible de la société • emploi à temps plein min. 26 heures/ semaine, min. de 40 semaines • 90 % et + de ses fonctions exercées dans un immeuble désigné SAUF si l'employé doit se rendre dans un centre de recherche ou dans un milieu naturel • employés en formation	Attestations : • employés admissibles • activités admissibles Date de début : ▪ 10 mars 1999 Date de fin : ▪ 31 déc. 2013 **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
CNE **Centre de la nouvelle économie** ***(Régions du Québec)***	Crédit d'impôt remboursable de 40 % sur les salaires versés à des employés admissibles (max : 15 000 $ par année par employé) **(note 1)** **Crédit d'impôt remboursable sur les frais d'acquisition ou location** par une société établie dans un CNE (40 % du coût d'achat ou des loyers des équipements admissibles) **(note 1)** **Spécialistes étrangers :** congé fiscal 5 ans sur le revenu d'emploi (aucune attestation ne sera émise pour tout contrat de travail débutant après le 12 juin 2003) ***Si « projet novateur », se référer aux avantages conférés aux CDTI***	Technologies de l'information et des communi-cations Technologies de la production Biotechnologies et technologies des matériaux Services de nature scientifique et technologie	Activités liées à la production ou aux services relativement aux secteurs mentionnés ci-contre	Société <u>déterminée</u>, i.e. • Détient une attestation d'Investis-sement Québec • Ne résulte pas d'une fusion • 90 % et plus de ses activités (courantes et passées) répondent aux critères d'une entreprise admissible (entreprise exploitée activement)	<u>Employés admissibles</u> : • entreprend, supervise ou supporte directement des travaux relatifs à l'exécution d'une activité admissible de la société • emploi à temps plein min. 26 heures/ semaine, min. de 40 semaines • 90 % et + de ses fonctions exercées dans un immeuble désigné SAUF si l'employé doit se rendre dans un centre de recherche ou dans un milieu naturel • employés en formation	<u>Attestations</u> : • employés admissibles • activités admissibles <u>Date de</u> début : ▪ 10 mars 1999 <u>Date de fin</u> : ▪ 31 déc. 2013 **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Cité du commerce électronique ***(Montréal)***	Crédit d'impôt remboursable de 35 %[1] des salaires admissibles (max. 12 500 $ par employé par année) * **Note 1** * Possible de faire le choix de bénéficer de ce crédit d'impôt ou crédit remboursable FSS après le 19 mars 2002 [1] Ce taux sera réduit annuel-lement après la 5e année si la société ne crée pas suffisam-ment d'emploi. (Il faut créer un emploi par emploi transféré dans la CCÉ.) **Spécialistes étrangers :** congé fiscal 5 ans sur le revenu d'emploi (aucune attestation ne sera émise pour tout contrat de travail débutant après le 12 juin 2003)	Commerce électronique	Volet 1 : activités de développement et fourniture de produits et services liées aux affaires électroniques (services conseils) Volet 2 : activités liées à l'exploitation d'une solution d'affaires électronique (gestion, exploitation, assistance technique 24/24 et 7/7)	Toute société (excepté société « exclue ») qui • exploite une entreprise au Québec; • y a un établissement stable; • est établie dans la Cité du commerce électronique; et • 75 % et plus de ses activités constituent des activités admissibles (attestation)	Employés admissibles : • 90 % et + : entreprend, supervise ou supporte directement des travaux relatifs à l'exécution d'une activité admissible de la société • emploi à temps plein min. 26 heures/ semaine, min. de 40 semaines • fonctions exercées - soit à l'établis-sement - soit ailleurs mais en relation avec mandats attribuables à cet établissement • attestation du ministre des Finances	Attestations : • activités admissibles • employés admissibles • attestation provisoire pour localisation à l'extérieur de la CCÉ. Société établie (ou y sera) dans la Cité du commerce électronique (selon signature du bail) Attestation annuelle reçue par ministre des Finances du Québec Date de début : ▪ 11 mai 2000 Date de fin : ▪ 31 déc. 2013 **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**
	La ville de Montréal accordera à la Cité des crédits correspondant à l'augmentation des taxes foncières découlant des projets de construction et de rénovation, pour une période de 5 ans.					

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Solutions de commerce électronique	Crédit d'impôt remboursable de 40 % sur l'ensemble les dépenses admissibles : (max. 40 000 $ au total) Important : **les sociétés associées devront se partager ce plafond selon une entente.**	S/O	« Site transactionnel » • Permet l'achat ou la vente de biens et services; ou • Permet l'échange de documents commerciaux Transactions par un réseau public (Internet), privé (EDI) ou hybride (public à accès limité) Le site doit être <u>sécurisé</u> N.B. : Le site n'a pas à être outillé de services de paiement en ligne pour être admissible	PME (excepté société « exclue ») qui • exploite une entreprise au Québec; • y a un établis-sement stable; • 90 % et + du revenu brut provient d'une société exploitée activement; • 50 % et + des salaires versés à des employés d'un établis-sement au Québec. De plus[2] : [1029.8.21.37] • lorsque premier exercice, actif début d'année est < 12 M$ • dans les autres cas, le revenu brut année préc. est < 25 M$ <u>et</u> actifs année préc. est < 12 M$ [2] L'entreprise doit consolider actifs et revenu brut avec les sociétés associées.	<u>Dépenses admissibles</u> (à l'égard de la solution du commerce électronique) : - traitements ou salaires liés à la solution - coût d'acquisition des logiciels d'application liés à la solution - sous-traitant (selon contrat)* - 100 % de la contrepartie versée si sociétés liées - 80 % de la contrepartie versée si sociétés non liées Les dépenses doivent se rapporter à un diagnostic d'implantation, à un plan de mise en marché, au développement, les coûts liés à la formation** (pas les salaires des employés qui suivent la formation) des employés et à l'entretien*. * Les services doivent être rendus au Québec par un contribuable qui y a un établissement ** Jusqu'à trois mois après la date de <u>mise en place</u> **Date de mise en place** : lorsque fonctionnel et respecte toutes les conditions.	<u>Période d'admissibilité des dépenses</u> : Après le 14 mars 2000 et avant le 1er octobre 2002 si : • découle d'un contrat conclu avant le 1er avril 2002 ***ou*** • les travaux de production relatifs à la solution étaient commencés avant le 1er avril 2002 Après le 14 mars 2000 et avant le 1er avril 2002 dans les autres cas. _____ *(date finale pour la qualification : 31 mars 2003, sinon impôt spécial)*

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Production de titres multimédias (entreprises spécialisées)	Crédit d'impôt remboursable sur les dépenses admissibles : **Catégorie 1** : titres multimédias destinés à la commercialisation grand public[1] : 40 % des dépenses de main-d'œuvre admissibles (30% des dépenses de main-d'œuvre après le 12 juin 2003) plus 10 % des mêmes dépenses si disponibles en français (7,5 % après le 12 juin 2003) **Catégorie 2** : les autres titres multimédias : 35 % des dépenses de main-d'œuvre admissibles (26,25 % des dépenses de main-d'œuvre admissibles après le 12 juin 2003) [1] Soit 75 % et + des titres, soit 75 % des revenus bruts provenant de tels titres	Multimédia	Production de titres multimédias (de la conception à la mise au point finale)	Avoir un établissement au Québec Exploite une entreprise de production de titres multimédias au Québec (plus de 90 % de sa production est consacrée à des titres multimédias) Ne pas être une société exonérée	Titres multimédias admissibles : • édictés sur support électronique • régis par logiciel permettant interactivité • 3 des 4 critères suivants : texte, son, images fixes ou images animées Main-d'œuvre admissible : • employé qui entreprend, supervise ou supporte directement des travaux relatifs à l'exécution d'une activité admissible de la société • sous-traitants - 100 % des salaires si au Québec et lien de dépendance - 50 % de la facturation si pas de lien de dépendance	Attestation définitive : • activités admissibles • établissement admissible Attestation, certificat ou décision préalable favorable : • titres multimédias admissibles Date de début : ▪ 9 mai 1996 Date de fin : ▪ S/O

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit pour services d'adaptation technologique	Crédit d'impôt remboursable de 40 % sur les dépenses admissibles si le contrat a été conclu au plus tard le 12 juin 2003, 30 % après le 12 juin 2003	Cette mesure est utilisée afin d'appuyer les petites entreprises dans la collecte et le traitement de l'information stratégique et dans leurs démarches de collaboration de recherche et d'innovation.	La société doit engager des frais pour des produits et services offerts par un centre admissible. Volet 1 Produits et services offerts par un centre de veille concur-rentielle. Ex. : bulletins d'information, veille systématique sur marchés internationaux, site Internet, colloques. Volet 2 Produits et services offerts par un centre de liaison et de transfert. Ex. : repérage et courtage de résultats de recherche, évaluation de besoins d'entreprise.	Société qui exploite une entreprise au Québec et qui a un établissement stable au Québec. 90 % et plus du revenu brut de la société provient de l'exploitation d'une entreprise admissible. L'actif de la société et de ses sociétés associées doit être inférieur à 25 M$	Dépenses admissibles : Dépenses engagées après le 9 mars 1999 pour des produits et services reçus après ce jour : • 80 % des honoraires relatifs à des services de veille ou de liaison ou de transfert fournis par un centre admissible; • les frais d'abonnement à des produits ou à des services ou de liaison ou de transferts offerts par le centre admissible; • les frais de participation à des activités de formation et d'information, relativement à des services de veille ou de liaison ou de transfert, données par un centre admissible qui ne font pas partie d'un programme régulier de formation.	Date de début : Budget 99-00 Date de fin : S/O

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit pour le design à l'interne	Crédit d'impôt remboursable sur les dépenses salariales Avant le 12 juin 2003 - Actif inférieur à 25 M$: 30 % - Entre 25 et 50 M$: de 20 % à 40 % - Actif supérieur à 50 M$: 20 % Après le 12 juin 2003 - Actif inférieur à 25 M$: 30 % - Entre 25 et 50 M$: de 15 % à 30 % - Actif supérieur à 50 M$: 15 %	Design de mode ou design textile (Design d'ameublement)	L'activité de design admissible doit être destinée à une forte valeur ajoutée. (Innovation)	Société qui exploite une entreprise manufacturière dans le secteur de la mode au Québec et qui a un établissement stable au Québec. 90 % et plus du revenu brut de la société provient de l'exploitation d'une entreprise admissible. L'entreprise doit prendre des risques en matière d'innovation. Elle emploie au moins un designer admissible.	Dépenses de design admissibles : • Salaire engagé par la société à l'égard d'un designer. Ce salaire doit être attribuable à la réalisation de cette activité de design et il doit être raisonnable et ce salaire doit être le moins élevé de : • 60 000 $, • Le salaire effectivement versé moins le montant de toute aide gouverne-mentale ou non gouverne-mentale reçue et attribuable à ce salaire. • Le revenu brut de la société pour l'année doit être au moins de 150 000 $ pour une année d'imposition qui se termine après le 9 mai 1996. • Le salaire engagé dans l'année par la société doit représenter au moins 2 % de son revenu brut pour l'année.	Visa : Délivré par le ministre de l'Industrie et du Commerce (MIC) certifiant que l'activité satisfait aux critères Date de début : instauré en 1994 Date de fin : S/O

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit pour le design de mode à l'externe	Crédit d'impôt remboursable sur les dépenses engagées dans l'année auprès du consultant en design Avant le 12 juin 2003 - Actif inférieur à 25 M$: 30 % - Entre 25 et 50 M$: de 20 % à 40 % - Actif supérieur à 50 M$: 20 % Après le 12 juin 2003 - Actif inférieur à 25 M$: 30 % - Entre 25 et 50 M$: de 15 % à 30 % - Actif supérieur à 50 M$: 15 %	Design de mode ou design textile Design industriel (Se référer au crédit suivant)	L'activité de design doit avoir été réalisée dans le cadre d'un contrat de consultation externe conclu par écrit avec un consultant en design de mode qui réalise des activités de design admissibles.	Société qui exploite une entreprise au Québec et qui a un établissement stable au Québec. 90 % et plus du revenu brut de la société provient de l'exploitation d'une entreprise, qui, pour concevoir ses produits, a recours aux services d'un consultant agréé en design de mode.	Dépenses engagées dans l'année : Correspondent à une partie ou à la totalité du coût du contrat de consultation externe. (Honoraires versés au sous-traitant)	Visa : Visa consultation mode émis par le MIC. Visa designer mode doit être obtenu par le consultant en design de mode. Date de début : instauré en 1994 Date de fin : S/O
Crédit pour le design industriel à l'externe	Crédit d'impôt remboursable sur les dépenses engagées dans l'année auprès du consultant en design Avant le 12 juin 2003 - Actif inférieur à 25 M$: 30 % - Entre 25 et 50 M$: de 20 % à 40 % - Actif supérieur à 50 M$: 20 % Après le 12 juin 2003 - Actif inférieur à 25 M$: 30 % - Entre 25 et 50 M$: de 15 % à 30 % - Actif supérieur à 50 M$: 15 %	Design industriel	L'activité de design doit avoir été réalisée dans le cadre d'un contrat de consultation externe conclu par écrit avec un consultant en design industriel qui réalise des activités de design admissibles.	Société qui exploite une entreprise au Québec et qui a un établissement stable au Québec. 90 % et plus du revenu brut de la société provient de l'exploitation d'une entreprise, qui, pour concevoir ses produits, a recours aux services d'un consultant agréé en design industriel.	Dépenses engagées dans l'année : Correspondent à une partie ou à la totalité du coût du contrat de consultation externe. (Honoraires versés au sous-traitant)	Visa : Un visa-consultation en design industriel émis au nom du consultant. La société doit avoir obtenu un visa-consultation en design industriel du MIC Date de début : instauré en 1994 Date de fin : S/O

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit pour la déclaration de pourboires	Crédit d'impôt remboursable sur le montant des pourboires que les employés reçoivent ainsi que les pourboires estimés par l'employeur et devant être attribués aux employés. Déterminé en fonction du taux de cotisation utilisé pour chacune des cotisations de l'employeur au RRQ, au FSS, à l'assurance-emploi et à la CNT que celui-ci doit verser pour l'année civile visée. **La réduction de l'aide fiscale de 25 % de ce crédit d'impôt remboursable s'effectue en réduisant à 75 % le montant des dépenses qui donnent droit au crédit d'impôt pour les années d'imposition qui débutent après le 31 décembre 2003.**	Mesure qui vise à compenser les charges sociales supplémentaires assumées par l'employeur en raison de l'assujettissement aux diverses cotisations des pourboires reçus par ses *employés admissibles.*	S/O	L'employeur d'un particulier qui, au cours de cette année d'imposition, travaille pour un établissement visé par les mesures relatives aux pourboires. On entend par employeur : particulier, société, fiducie ou membre d'une société de personnes (si la société de personnes est un particulier).	Employés admissibles : ▪ Employé d'un contribuable admissible qui reçoit directement ou indirectement des pourboires dans l'exercice de ses fonctions qu'il exerce dans un établissement visé. ▪ Employé dont 90 % et plus des pourboires qu'il reçoit directement ou indirectement provient de frais de service payés par les clients de l'établissement visé. Établissement visé ▪ Établissement au Québec qui est spécialement aménagé pour offrir le logement, la nourriture ou les deux ▪ Local situé au Québec où sont vendues boissons alcooliques à consommer sur place ▪ Convoi de chemin de fer ou navire exploité par une entreprise du Québec et dans lequel des repas ou boissons sont servis ▪ Tout lieu situé au Québec où des repas sont à consommer à l'extérieur sont vendus, s'ils sont livrés ou servis par le personnel d'un employeur.	Date de début : ▪ Période de paie débutée après le 24/03/97 Date de fin : ▪ S/O

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit pour la construction et la transformation de navires	Crédit d'impôt remboursable sur les dépenses de construction et de transformation dans l'industrie navale. *Après le 25/03/97* Navire prototype Taux : 50 % (mais avant le 12 juin 2003) [limité à 25 % du coût de CT du navire] Taux : 37,5 % (après le 12 juin 2003) [limité à 18,75 % du coût de CT du navire] 1er navire additionnel Taux : 45 % (mais avant le 12 juin 2003) [limité à 22,5 % du coût de CT du navire] Taux : 33,75 % (après le 12 juin 2003) [limité à 16,875 % du coût de CT du navire] 2e navire additionnel Taux : 40 % (mais avant le 12 juin 2003) [limité à 20 % du coût de CT du navire] Taux : 30 % (après le 12 juin 2003) [limité à 15 % du coût de CT du navire] 3e navire additionnel Taux : 35 % (mais avant le 12 juin 2003) [Limité à 17,5 % du coût de CT du navire] Taux : 26,25 % (après le 12 juin 2003) [limité à 13,125 % du coût de CT du navire] Navires additionnels Taux : 0 % CT : construction et transformation		Un navire doit être construit ou transformé au Québec dans le cadre d'un projet qui a fait l'objet d'un visa délivré par le ministère du Développement économique et régional, attestant qu'il constituera un navire d'une jauge brute d'au moins 50 tonneaux.	Société qui exploite une entreprise de construction navale et qui a un établis-sement stable au Québec.	Dépenses de construction et de transformation : *Plans et devis relatifs au navire admissible* Salaires engagés dans l'année ou une année antérieure auprès des employés de la société dans un établissement situé au Québec et qui travaillent directement à la réalisation de ces plans et devis. Dépenses de sous-traitance *Sous-traitant lié.* Partie de la contrepartie attribuable à des salaires engagés au Québec et versée dans l'année ou l'année antérieure à une personne liée pour la réalisation de ces devis. *Sous-traitant non lié.* Partie du coût du contrat engagé dans l'année ou une année antérieure attribuable à des travaux effectués au Québec pour la réalisation des plans et devis. Transformation d'un navire Effectuée dans un chantier maritime situé au Québec	Visa : ministère de l'Industrie et du Commerce attestant que le navire se qualifie. Date de début : 09/05/96 (Budget) Modif. après le 25/03/97 Date de fin : S/O

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Congé fiscal à l'égard des projets majeurs d'investissements	Congé fiscal de 10 ans sur : • Impôt sur le revenu (société seulement) • Taxe sur le capital (société seulement) • Cotisation au FSS (société et particulier)	Secteur primaire Secteur manufacturier Secteur tertiaire moteur Services financiers (B.I. 2000-6) Centre de villégiature à vocation internationale (B.I. 2001-11)	Projets majeurs d'investissement Soit : 1. Projet dont découle une croissance de la masse salariale d'au moins 4 M$ et un investissement d'au moins 300 M$. 2. Idem, mais pour les projets de modernisation ou d'expansion d'une unité de production, le critère de croissance de la masse salariale de 4 M$ n'est pas requis. 3. Projet dont découle une croissance de la masse salariale d'au moins 15 M$.	• Société qui exploite une entreprise au Québec • Tout employeur (société ou particulier) qui exploite une entreprise au Québec • Les entités « publiques » tels les gouvernements, les municipalités, les organismes mandataires de ces derniers, etc. ne sont pas admissibles	Masse salariale : (calculée sur une base consolidée lorsque associé) : L'ensemble des salaires versés (année civile) aux employés d'établissements situés au Québec (quelques exceptions) Investissement : (directement relié à la réalisation du projet d'investissement) Dépenses en capital engagées pour l'implantation d'une entreprise au Québec, ou pour l'accroissement, l'amélioration ou la modernisation de la production d'une telle entreprise.	Attestations : • Initiale (à demander avant le début de la réalisation du projet majeur d'investissement) ▪ Annuelle Date de début : Après le jour du Budget du 14 mars 2000 **Date de fin : moratoire en date du 12 juin 2003. Aucune nouvelle demande ne sera acceptée par le ministère des Finances au cours du moratoire.**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Congé fiscal pour PME manufacturières des régions éloignées	Congé de 10 ans à l'égard : • Impôt sur le revenu • Taxe sur le capital • Cotisation employeur FSS À compter du 12 juin 2003 : réduction de 25 % du niveau de l'aide fiscale à l'égard de l'impôt sur le revenu, taxe sur le capital et cotisation employeur FSS.	Fabrication et transformation SAUF, notamment, Exploitation agricole Exploitation forestière Construction Extraction minière ou pétrole		Capital versé consolidé < 10 M$ et Ensemble des activités consiste principalement (50%) en activités admissibles Si CV entre 10 M$ et 15 M$, congé fiscal partiel (réduction du revenu donnant droit à l'exoné-ration)	Emplacement : établissement dans une région ressource éloignée ▪ Bas-Saint-Laurent (région 01); ▪ Saguenay-Lac-St-Jean (région 02); ▪ Mauricie (région 04); ▪ Abitibi-Témiscamingue (région 08); ▪ Côte-Nord (région 09); ▪ Nord-du-Québec (région 10); ▪ Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine (région 11).	Aucune demande d'admissibilité nécessaire

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Technopôle Angus (espace délimité situé sur le territoire de la ville de Montréal)	Crédit d'impôt remboursable selon la formule suivante **(note 1)** : 40 % x (A-B) A : Masse salariale pour l'année civile aux employés admissibles B : Masse salariale pour l'année civile préc. aux employés admissibles A-B = augmentation masse salariale <u>Sociétés associées</u> : calcul sur une base consolidée et répartition du montant de l'augmentation de la masse salariale (entente).	Secteur manufacturier Secteur environnemental Particularité en cas de fusion ou de liquidation	Activités de fabrication • Assemblage • Transformation Domaine manufacturier • Recyclage Domaine environnemental • Assainissement et décontamination de lieux en général • Traitement thermique, physico-chimique ou biologique de sols, d'eaux souterraines ou de surface, d'effluents liquides	• Société qui exploite une entreprise au Québec et y a un établissement • L'entreprise exploitée est une entreprise agréée	<u>Employés admissibles</u> : • Employés travaillant, dans les secteurs visés, à la produc-tion ou à la commercialisation de la société admissible. <u>Entreprise agréée</u> : • Soit une entreprise dont les activités principales = fabrication (assemblage, transformation) pour obtenir un produit à être commercialisé; • Soit une entreprise du secteur manufacturier dont activités principales = recyclage; • Soit une entreprise du secteur environnemental dont activités principales = soit assainissement et décontamination de lieux, soit traitement des sols, d'eaux, etc.	<u>Certificat d'admissibilité</u> : • délivré par Investissement Québec <u>Date de début</u> : Année civile 2000 <u>Date de fin</u> : Année civile 2003 **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation initiale peuvent bénéficier de ce crédit**

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Zone de commerce international de Montréal à Mirabel	**[Voir note 1]** **Congé fiscal pour une période maximale de 10 ans**, jusqu'au 31-12-2013 inclusivement : • Impôt sur le revenu • Taxe sur le capital • Cotisation au FSS **Crédit d'impôt remboursable sur les salaires** engagés à l'égard des employés adm. : 40 % jusqu'au 31-12-2001 max 15 000 $/an/ employé 30 % jusqu'au 31-12-2004 max 12 000 $/an/ employé 20 % jusqu'au 31/12/2010 max 8 000 $/an/ employé **Crédit d'impôt remboursable relatif à un contrat de courtage :** 40 % jusqu'au 31-12-2001 max 30 000 $/an 30 % jusqu'au 31-12-2004 max 24 000 $/an 20 % jusqu'au 31-12-2010 max 1 600 $/an **Crédit d'impôt remboursable relatif à l'acquisition ou location de matériel admissible** : 25 % du coût du bien dans l'année d'acquisition ou 25 % des loyers payés dans l'année **Spécialistes étrangers : congé fiscal 5 ans sur le revenu d'emploi** (aucune attestation ne sera émise pour tout contrat de travail débutant après le 12 juin 2003)	Logistique internationale Entretien et réparation d'aéronefs Formation professionnelle complémentaire en aviation Transformation légère (admissible selon discrétion du ministre) *Discrétion ministérielle* : Le ministre des Finances pourra délivrer une attestation à une société qui exploite une entreprise dans la zone de commerce international, mais dans un secteur autre que ceux visés si cette entreprise représente un intérêt particulier pour le Québec (création d'emploi).	Nouveau secteur de l'entreprise ou en expansion significative. Création d'emploi	Société qui exploite une entreprise à l'intérieur de la zone de commerce international dans l'un des secteurs visés et qui aura obtenu attestation d'admis-sibilité. Les entreprises situées temporai-rement à l'extérieur de la zone de Mirabel qui détiennent une attestation à cet effet. Les sociétés membres d'une société de personnes peuvent également avoir droit aux avantages selon certains critères.	Employés admissibles : • Employés à plein temps • Employés qui effectueront au moins 75 % de leurs tâches à l'intérieur de la zone de commerce international. (sauf dans le cas de transfor-mation légère) • Activités admissibles constituées d'au moins 90 % des activités de l'entreprise à l'intérieur de la zone de Mirabel. • Comptabilité distincte Date de début : Après le 9 mars 1999 Date de fin : **31 décembre 2010** **Note 1 : après le 12 juin 2003, seules les entreprises possédant déjà l'attestation annuelle peuvent bénéficier de ce crédit**	Attestation d'admissibilité Ministre des Finances: • Entreprise admissible • Employés admissibles • Contrat admissible de courtage en douane • M atériel admissible • Attestation provisoire pour localisation à l'extérieur de la zone de Mirabel • Spécialistes étrangers Plan d'affaires à présenter à la Société de développement de la Zone de commerce international de Montréal à Mirabel. Le plan doit démontrer que l'entreprise créera des emplois pour atteindre un seuil de 400 000 $ si c'est une nouvelle société. Sinon, elle devra accroître sa masse salariale de 400 000 $ de ce qui existe présentement.

ANNEXE II (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit pour production cinématographique québécoise	Crédit d'impôt remboursable variable selon le type de production cinématographique. 1- Long métrage et documentaire unique de langue française : 45 % (39,375 % après 12 juin 2003) 2- Format géant : 45 % (39,375 % après le 12 juin 2003) 3- Autre production : 33,33 % (29,1667 % après le 12 juin 2003)	Industrie du cinéma	La société engage une main-d'œuvre à l'égard d'une production admissible : ▪ Productions de fiction ▪ Documentaires ▪ Magazines ▪ Émissions de variétés destinées aux enfants.	Société qui exploite une entreprise de productions cinématographiques ou télévisuelles et qui a un établissement stable au Québec. La société doit être contrôlée directement ou indirectement par des résidents du Québec.	Main-d'œuvre admissible : • traitements ou salaires directement reliés à la production et versés à des producteurs, des scénaristes, réalisateurs, acteurs, techniciens et machinistes de plateau • partie de la rémunération (autre qu'un traitement ou un salaire) engagée dans l'année et versée à une corporation ou à une société pour des services rendus (sous-traitants). La société sous-traitante doit avoir un établissement stable au Québec (applicable après le 25 mars 2001). Dépenses de main-d'œuvre ne doivent pas excéder 50 % des frais de production Crédit limité à un plafond de 2,5 M$ par production (2,187 M$ après le 12 juin 2003)	Certificat : Reconnaissance comme film québécois (la certification) délivrée par la Société générale des industries culturelles (SOGIC). Date de début : instauré en 1994 Date de fin : S/O

ANNEXE III

Sommaire des incitatifs fiscaux du fédéral

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne (CIP)	Crédit d'impôt remboursable de 25 % des salaires versés aux employés admissibles (max. : ces salaires ne peuvent excéder 48 % des coûts totaux de la production)	Production cinématographique ou télévisuelle autre qu'une « production exclue » par règlement (art. 1106 R.I.R.).	Activités liées à la production de films et d'émissions de télévision. Attestation reçue par le Bureau de certification des produits audiovisuels canadiens (BCPAC).	Société canadienne imposable dont les activités consistent principalement (50 % et +), par l'entremise d'un établissement stable au canada, à exploiter une entreprise de production cinématographique ou magnétoscopique canadienne. Sont exclues : • Les sociétés à capital de risque visées par règlement • Les sociétés exonérées d'impôt • Les sociétés contrôlées par les personnes précédentes	Production: • La production doit répondre aux exigences du *Règlement de l'impôt sur le revenu* (R.I.R.) • Une coproduction entre une société canadienne et une société étrangère peut être admissible si elle est produite selon un accord officiel et qu'une certification en ce sens fut émise par Téléfilm Canada.	Attestations : • BCPAC • Téléfilm Canada

ANNEXE III (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit d'impôt pour services de production cinématographique ou magnétoscopique (CISP)	Crédit d'impôt remboursable de 16 % de sa dépense de main-d'œuvre admissible pour des services rendus au Canada par des résidents canadiens. (Avant le budget du 18 février 2003, le taux de crédit était de 11 %).	Production agrée qui n'est pas exclue par règlement (art. 9300 R.I.R.).	Activités de services de production, de l'étape du scénario en version finale à l'étape de la postproduction. Attestation reçue par le Bureau de certification des produits audiovisuels canadiens (BCPAC).	Société canadienne imposable dont les activités consistent principalement (50 % et +), par l'entremise d'un établissement stable au Canada, à exploiter une entreprise de production ou de services de production cinématographique ou magnétoscopique canadienne. Sont exclues : • Les sociétés à capital de risque visées par règlement • Les sociétés exonérées d'impôt • Les sociétés contrôlées par les personnes précédentes	La production doit atteindre un minimum de dépenses dans les 24 mois suivant le début des travaux d'enregistrement : • 1 M$ dans le cas d'une production qui n'est pas divisée en épisodes • 100 000 $ par épisode dans le cas d'une production qui est une série d'épisodes de moins de 30 minutes chacun • 200 000 $ par épisode dans les autres cas. La société doit être propriétaire des droits d'auteur sur la production ou avoir conclu un contrat directement avec le propriétaire des droits d'auteur si celui-ci n'est pas une société admissible.	Attestations : • BCPAC

ANNEXE III (SUITE)

Nom de l'incitatif fiscal	Niveau de l'aide fiscale	Secteurs visés	Activités admissibles	Société admissible	Critères spécifiques (employés, équipements)	Conditions préalables
Crédit d'impôt à la recherche scientifique et au développement expérimental (RS & DE)	Crédit d'impôt de 20 % sur les dépenses de RS & DE admissibles. Ce crédit est majoré à 35 % si la société qui le réclame répond aux conditions suivantes : • Elle est une SPCC au sens de l'article 125(7) L.I.R. • Le total de son revenu imposable et ceux de toutes ses sociétés associées était inférieur à 400 000 $ au cours de l'année précédente. • Le total de son capital imposable au Canada et ceux de toutes ses sociétés associées était inférieur à 15 M$.	Tous les secteurs de l'économie.	Toutes les dépenses servant à appuyer directement les travaux de RS & DE : • Dépenses de salaires des employés • Matériaux consommés au cours des travaux • Dépenses de sous-traitance reliées aux travaux • Dépenses d'équipement servant principalement en RS & DE • Autres dépenses ou montant de remplacement (65 % des salaires directs)	Toute société dont les travaux de RS & DE répondent aux critères de l'ADRC.	Les travaux de RS & DE doivent répondre à ces trois critères : • Critère de l'avancement de la science et de la technologie : les travaux de RS & DE ne doivent pas concerner des concepts ou des procédés connus ou de l'ingénierie courante. • Critère de l'incertitude technologique : il ne doit exister aucun moyen technologique permettant de connaître le résultat des travaux de RS & DE. • Critère du contenu scientifique et technique : les travaux de RS & DE doivent être supportés par une documentation écrite rigoureuse des expérimentateurs. Toute aide gouvernementale ou non vient réduire le montant de crédit; toutefois, les crédits d'impôt du Québec concernant les secteurs de la nouvelle économie (CDTI, CNE, etc.) ne sont pas considérés comme une aide gouvernementale.	

ANNEXE IV

Tableau synthèse des crédits d'impôt remboursables du Québec

Secteurs d'activités	Aides disponibles	Modifications lors du budget provincial 2003
MESURES FISCALES GÉNÉRALES	Congé fiscal de cinq ans pour les nouvelles sociétés sur impôt sur le revenu, taxe sur capital et cotisation des employeurs au FSS	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Amortissement accéléré de certains biens	Mesures abolies au 12 juin 2003 sauf exception
	Crédit d'impôt remboursable pour stage en milieu de travail (CO-1029.8.33.6)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Mesures concernant la taxe sur le capital	Resserrement des mesures
FINANCIER	Crédit d'impôt remboursable relatif aux communications entre les sociétés et les investisseurs boursiers (CO-1029.8.36.IP)	Mesures non reconduites au 1er juillet 2003.
	Crédit d'impôt remboursable pour les analystes financiers spécialisés dans les titres de sociétés québécoises (CO-1029.8.36.IJ)	Mesures non reconduites au 12 juin 2003. Réduction de 25 % après le 12 juin 2003.
	Crédit d'impôt remboursable pour la participation des courtiers en valeurs à la Bourse Nasdaq	Mesures non reconduites au 31 décembre 2003.
	Exemption d'impôt sur le revenu sur les transactions financières internationales admissibles (TFIA), taxe sur le capital et cotisation des employeurs au FSS dans un CFI	Réduction de 25 % sur TFIA, taxe sur le capital, FSS après le 12 juin 2003.
	Crédit d'impôt remboursable relatif à la période d'apprentissage d'employés spécialisés - CFI	Mesures non reconduites au 12 juin 2003. Réduction de 25 %.
	Crédit d'impôt remboursable pour des dépenses de démarchage – CFI (CO-1029.8.36.DI)	Mesure terminée depuis le 31 décembre 2002.
	Crédit d'impôt remboursable relatif aux gestionnaires de fonds (CO-1029.8.36.96)	Mesure non reconduite au 12 juin 2003. Réduction de 25 % après le 12 juin 2003.
	Crédit d'impôt remboursable pour la création de fonds d'investissement (CO-1029.8.36.90)	Réduction de 25 % sur impôt, taxe sur capital et FSS après le 12 juin 2003.

ANNEXE IV (SUITE)

Secteurs d'activités	Aides disponibles	Modifications lors du budget provincial 2003
RECHERCHE ET DÉVELOPPEMENT	Crédit d'impôt remboursable relatif aux salaires en RS & DE (RD-1029-7)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable pour la recherche universitaire et pour la recherche effectuée par un centre de recherche public ou un consortium de recherche (RD-1029.8.6)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable pour recherche précompétitive, projet mobilisateur, ou projet d'innovation (RD-1029.8-10)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable relatif aux cotisations et droits versés à un consortium de recherche (RD-1029.8.9.03)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable additionnel basé sur l'accroissement des dépenses de RS&DE (RD-1029.8.16.6)	Aboli pour les années fiscales débutant après le 12 juin 2003
BIOTECHNOLOGIE	**Projet novateur dans un Centre de biotechnologies (CDB)** ▪ Congé fiscal de cinq ans sur l'impôt sur le revenu, taxe sur capital et cotisation FSS ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les salaires ▪ Crédit d'impôt remboursable à l'égard du matériel spécialisé admissible ▪ Crédit d'impôt pour la location ponctuelle d'installations spécialisées	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable pour le développement de la biotechnologie dans les sites désignés ▪ Crédit d'impôt remboursable sur l'accroissement de la masse salariale des employés	Aboli 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable pour les Carrefours de l'innovation ▪ Crédit d'impôt remboursable sur l'accroissement de la masse salariale des employés	Aboli le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable pour les produits nutraceutiques et aliments fonctionnels ▪ Crédit d'impôt remboursable sur l'accroissement de la masse salariale des employés	Aboli le 12 juin 2003
OPTIQUE	Crédit pour la période d'apprentissage des employés de la Cité de l'optique (CO-1029.8.36.OP)	Aboli le 12 juin 2003

ANNEXE IV (SUITE)

Secteurs d'activités	Aides disponibles	Modifications lors du budget provincial 2003
NOUVELLE ÉCONOMIE	**Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans les CDTI** ▪ Congé fiscal de cinq ans sur l'impôt sur le revenu, taxe sur capital et cotisation FSS ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés (CO-1029.8.36.0..5) ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les frais d'acquisition ou la location de biens (CO-1029.8.36.0.6)	Aboli le 12 juin 2003
	Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans la Cité du multimédia ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés (CO-1029.8.36.CM)	Aboli le 12 juin 2003 Réduction de superficie
	Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans le CNNTQ ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés (CO-1029.8.36.TQ)	Aboli le 12 juin 2003
	Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans les CNE - Projets novateurs / autres que novateurs ▪ Congé fiscal de cinq ans sur l'impôt sur le revenu, taxe sur capital et cotisation FSS ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés (CO-1029.8.36.SD ou CO-1029.8.36.SC) ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les frais d'acquisition ou la location de biens (CO-1029.8.36.FC)	Aboli le 12 juin 2003 Réduction de superficie
	Mesures fiscales à la réalisation d'activités admissibles dans la Cité du commerce électronique ▪ Crédit d'impôt remboursable sur les salaires versés ou choix remboursement cotisation FSS (CO-1029.8.36.CE) ▪ Créditd'impôt remboursable visant à favoriser l'intégration de solutions de commerce électronique (CO-1029.8.21.42)	Aboli le 12 juin 2003 Réduction de superficie Mesure terminée le 30 mars 2002
	Crédit d'impôt remboursable pour des titres multimédias (CO-1029-8.36 TM ou CO-1029.8.36 PM)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit pour des services d'adaptation technologique (CO-1029.8.21.22)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Mesures fiscales relatvies à des activités admissibles dans les Carrefours de l'innovation ▪ Crédit d'impôt remboursable sur l'accroissement de la masse salariale des employés	Aboli le 12 juin 2003
DESIGN	Crédit pour la réalisation d'une activité de design à l'externe (CO-1029.8.36.5)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit pour la réalisation d'une activité de design à l'intérieur (CO-1029.8.36.7)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003

ANNEXE IV (SUITE)

Secteurs d'activités	Aides disponibles	Modifications lors du budget provincial 2003
MESURES FISCALES SPÉCIFIQUES	Crédit d'impôt remboursable pour les entreprises de chemin de fer (CO-1029.8.36.CF)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable relatif à la déclaration des pourboires (fCO-1029.8.33.13)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable pour une entreprise de taxi (CO-1029.9)	Maintenu
	Crédit d'impôt remboursable pour le rajeunissement du parc de véhicules de taxis (CO-1029.8.36.59.9)	Maintenu
	Crédit d'impôt remboursable relatif aux fiducies pour l'environnement (CO-1029.8.36.53)	Maintenu
	Crédit d'impôt remboursable relatif aux ressources (CO-1029.8.36.EM)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt remboursable termporaire pour la construction de chemins d'accès et de ponts d'intérêt public en milieu forestier	Mesure non reconduite après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt pour l'entretien de chevaux destinés à la course (CO-1029.8.36.CC)	Mesures non reconduites au 1er janvier 2004
	Crédit pour la construction de navires (CO- 1029.8.36.55)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit pour la transformation de navires (CO-1029.8.36.56)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Congé fiscal pour projets majeurs d'investissement, SPEQ, REA, actions accréditives	Moratoire depuis le 12 juin 2003

ANNEXE IV (SUITE)

Secteurs d'activités	Aides disponibles	Modifications lors du budget provincial 2003
CULTURE	Crédit pour une production cinématographique ou télévisuelle québécoise (CO-1029.8.35)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit pour services de production cinématographique (CO-1029.8.36.SP)	Maintenu
	Crédit d'impôt pour la production d'enregistrements sonores (CO-1029.8.36.ES)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit pour le doublage de films (CO-1029.8.36.DF)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt pour la production de spectacles (CO-1029.8.36.SM)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt pour l'édition de livres (CO-1029.8.36.EL)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
	Crédit pour la production de spectacles numériques (CO-1029.8.36.SN)	Réduction de 12,5 % après le 12 juin 2003
ZONE DE COMMERCE INTERNATIONAL DE MONTRÉAL À MIRABEL	Crédit d'impôt pour services de courtage en douane – ZCIMM (CO-1029.8.36.0.55)	Aboli le 12 juin 2003
	Crédit pour les salaires – ZCIMM (CO-1029.8.36.0.38)	Aboli le 12 juin 2003
	Crédit pour frais d'acquisition ou location – ZCIMM (CO-1029.8.36.0.72)	Aboli le 12 juin 2003
	Crédit pour la construction, la rénovation ou la transformation de bâtiments stratégiques – SZIMM (CO-1029.8.36.0.84)	Aboli le 12 juin 2003

ANNEXE IV (SUITE)

Secteurs d'activités	Aides disponibles	Modifications lors du budget provincial 2003
RÉGIONS RESSOURCES	Crédit d'impôt remboursable pour salaires en Gaspésie ou régions maritimes (CO-1029.8.36.GA)	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Crédit pour la création d'emplois pour la Vallée de l'aluminium	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Congé fiscal de 10 ans pour les PME manufacturières des régions ressources	Réduction de 25 % après le 12 juin 2003
	Mesures visant à favoriser l'embauche dans les régions ressources éloignées	S'applique entre le 11 mars 2003 et le 12 juin 2003
	Crédit d'impôt pour la période d'apprentissage des employés dans le Technopôle Angus (CO-1029.8.36.TA)	Aboli le 12 juin 2003

ÉLÉMENTS DE TPS/TVQ À CONNAÎTRE

Jean-Hugues Chabot
Avocat
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Le régime de la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») est entré en vigueur le 1er janvier 1991, par suite de la sanction du Projet de loi C-62[1], le 17 décembre 1990. Au Québec, la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») est entrée en vigueur le 1er juillet 1992, par suite de la sanction du Projet de loi 170[2], le 18 décembre 1992.

Plus de 10 années se sont écoulées depuis l'avènement de ces deux taxes dites à valeur ajoutée au Canada. Les amendements législatifs qui ont eu lieu et la jurisprudence des dernières années nous démontrent clairement que ces taxes, dites aussi transactionnelles, ont soulevé et soulèveront encore dans les prochaines années énormément de questions d'ordre administratif, juridique ou constitutionnel.

---

1 *Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise, le Code criminel, la Loi sur les douanes, le tarif des douanes, la Loi sur l'accise, la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur la statistique et la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, Projet de loi C-62, 17 décembre 1990.

2 *Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal*, Projet de loi 170, 18 décembre 1992.

Je ne prétends pas, dans le présent texte, entrer dans les détails de toutes les dispositions législatives visées par mes commentaires. Plutôt, mon exposé portera principalement sur les erreurs les plus fréquentes, et les nouveautés de la dernière année.

Cela dit, bien qu'il aurait été intéressant de simplement énumérer les 10 erreurs les plus fréquentes, nous pouvons nous rendre compte, non seulement à la suite des vérifications des autorités fiscales concernées, mais également relativement au suivi des transactions quotidiennes effectuées sur notre marché, que trop d'erreurs sont constatées. Effectivement, les juristes, les comptables et les professionnels qui oeuvrent dans le domaine de l'impôt sur le revenu omettent malheureusement encore trop souvent de considérer les questions liées aux taxes. Non seulement ces questions sont-elles négligées à cause de l'incompréhension de l'application correcte des dispositions législatives, mais également en raison d'une idée fausse selon laquelle toute taxe payable est récupérable.

De plus, les entreprises, c'est-à-dire les personnes visées par les transactions, sont seulement impatientes de connaître l'impôt payable en bout de ligne et négligent de revoir l'application des taxes sur leurs transactions, compte tenu que les taxes payées et non récupérables sont déductibles dans le calcul de l'impôt sur le revenu. Or, cette mauvaise compréhension des taxes a pour résultat que bon nombre d'entreprises se voient aujourd'hui forcées de faire affaire avec des entreprises à contingence pour récupérer ces taxes en contrepartie d'honoraires parfois exagérés, ou encore reçoivent des avis de cotisation incluant des pénalités et intérêts parfois exorbitants pour avoir simplement omis de considérer l'application desdites taxes, ou encore d'avoir omis de recourir à un choix.

Voici donc une liste non exhaustive de situations que nous pouvons qualifier aujourd'hui d'erreurs fréquentes :

- le choix prévu à l'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*[3] et à l'article 75 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[4] de ne pas assujettir au paiement des taxes la transaction portant sur la fourniture de tout ou partie d'une entreprise;

[3] L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

[4] L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

- le choix prévu à l'article 156 L.T.A. et à l'article 334 L.T.V.Q. de ne pas assujettir au paiement des taxes certaines fournitures entre personnes étroitement liées;

- les dispositions spécifiques de perception de la taxe, dans le cadre de la fourniture d'un immeuble, prévues au paragraphe 221(2) L.T.A. et à l'article 423 L.T.V.Q.;

- les termes de vente et de livraison pour déterminer l'assujettissement ou non au paiement des taxes selon les dispositions prévues à l'article 142 L.T.A. et aux articles 22.7 et suivants L.T.V.Q.;

- l'application correcte des taxes en ce qui concerne la réception d'un bien d'un non-résident et les dispositions législatives prévues à l'article 180 L.T.A. et à l'article 327.7 L.T.V.Q.;

- les règles spécifiques s'appliquant aux mandataires prévues à l'article 177 L.T.A. et à l'article 41.1 L.T.V.Q.;

- la compréhension correcte de la nature des services financiers selon les définitions de l'article 123 L.T.A. et de l'article 1 L.T.V.Q.;

- les transactions de trocs et/ou d'échanges selon les dispositions législatives prévues au paragraphe 153(3) L.T.A. et à l'article 54 L.T.V.Q.;

- les dispositions administratives prévoyant la récupération de la taxe de vente du Québec sur les remboursements de dépenses effectuées pour les employés;

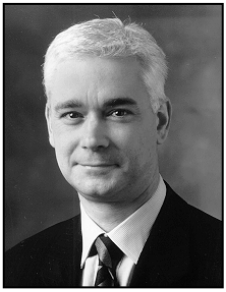
- les modalités d'inscriptions rétroactives suivant les dispositions législatives prévues à l'article 240 L.T.A. et à l'article 407 L.T.V.Q.;

- le droit aux crédits de taxe sur les intrants et aux remboursements de taxe sur les intrants selon les dispositions législatives prévues à l'article 169 L.T.A. et à l'article 199 L.T.V.Q. incluant les exigences réglementaires;

- les distinctions spécifiques entre le régime de la TPS et le régime de la TVQ.

Or, comme ces taxes s'appliquent chaque fois qu'une transaction a lieu, nous pouvons aisément conclure que la liste ci-dessus énumère les erreurs les plus fréquentes mais ne représente qu'une infime partie de celles que l'on retrouve aujourd'hui et que, si ce n'était des effectifs réduits de l'administration fiscale et des statistiques, seules certaines personnes se verraient assujetties au processus de vérification et, du jour au lendemain, nos budgets fiscaux canadiens et québécois seraient équilibrés.

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN FISCALITÉ CANADIENNE TOUCHANT LES TRANSACTIONS INTERNATIONALES



Daniel Marion
CA
Raymond Chabot Grant Thornton

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 43:3

1. AMENDEMENTS QUI ÉTAIENT ATTENDUS 43:4

1.1. DIVISION 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. 43:4
1.2. PARTICIPATION ADMISSIBLE DANS UNE SÉA 43:6
1.3. SERVICES (AL. 95(2)b) L.I.R.) 43:7
1.4. RÉATB ANTÉRIEUR À L'ACQUISITION D'UNE SÉA 43:8
1.5. ENTREPRISE DE PLACEMENT ET SOCIÉTÉ EN COMMANDITE 43:9
1.6. BIEN EN IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES ET BIEN EXCLU 43:11
1.7. AUTRES AMENDEMENTS ATTENDUS 43:11
1.8. DISPOSITION D'ACTIONS D'UNE SÉA EN VERTU DU PARAGRAPHE 85.1(3) L.I.R. 43:12
1.9. AUTRES MODIFICATIONS IMPORTANTES AUX RÈGLES DE SÉA 43:12
1.9.1. Choix lors de la disposition d'actions d'une SÉA 43:12
1.9.2. Paragraphe 5907(5.1) R.I.R. 43:16
1.10. CHOIX GLOBAL 43:17

INTRODUCTION

Lors du Congrès 2002 de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF »), Patrice Lareau a présenté une conférence intitulée « Sociétés étrangères affiliées : amendements attendus »[1].

Ce qui était attendu à l'été 2002 est finalement arrivé en fin d'année.

En effet, le 20 décembre 2002, le ministre des Finances a rendu publique une série de modifications techniques à la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] pour, selon les termes mêmes du ministre, corriger ou clarifier en général l'application de dispositions existantes relatives à l'impôt sur le revenu, afin de veiller à ce que les objectifs stratégiques sous-jacents soient atteints[3].

De l'avis général, certaines des modifications proposées ont fait plus que « corriger ou clarifier » l'application des dispositions existantes. Dans certains cas, les effets potentiels des modifications, si elles sont adoptées, équivalent plutôt à un changement de politiques fiscales à l'égard de certaines transactions étrangères.

Dans les pages qui suivent, nous passerons en revue les modifications ayant le plus d'impact en matière de fiscalité internationale qui sont incluses dans le Projet de loi du 20 décembre 2002.

Pour ce faire, nous référons le lecteur au texte de Patrice Lareau. Nous ferons un suivi des modifications qui étaient attendues à l'été 2002 et nous discuterons de ce qui n'était pas attendu.

Le texte de Patrice Lareau propose également un rappel des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA ») auxquelles nous référons le lecteur.

---

1 Patrice LAREAU, « Sociétés étrangères affiliées : amendements attendus », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 44:1-26.

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

3 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 20 décembre 2002.

1. AMENDEMENTS QUI ÉTAIENT ATTENDUS

Les amendements attendus devaient solutionner plusieurs anomalies techniques touchant les règles de SÉA.

Ces anomalies avaient pour la plupart été identifiées par des praticiens et soumises au ministère des Finances. Plusieurs lettres de confort avaient été émises par le ministère des Finances.

Dans un premier temps, nous passerons donc en revue les amendements qui étaient attendus et nous verrons dans quelles mesures ils ont été retenus par le ministère des Finances dans la rédaction des modifications techniques du 20 décembre 2002.

1.1. DIVISION 95(2)a)(ii)(D) L.I.R.

L'alinéa 95(2)a) L.I.R. prévoit un mécanisme qui permet, pour une SÉA d'un contribuable canadien, de « recaractériser » un revenu de biens qui serait autrement du revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB ») imposable entre les mains de l'actionnaire canadien en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement aux fins des règles de SÉA.

Une des utilisations les plus communes de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. permet à une SÉA d'un contribuable canadien d'avancer des sommes à une deuxième SÉA du contribuable canadien dans le but de financer soit ses opérations, soit les acquisitions d'actifs ou les acquisitions d'une troisième SÉA du contribuable.

Dans ces cas, la première SÉA (qui reçoit le revenu d'intérêts), qui serait, nonobstant ces dispositions, du RÉATB, voit plutôt son revenu d'investissement (les intérêts) « recaractérisé » en revenu d'une entreprise exploitée activement dans la mesure où la seconde SÉA peut déduire l'intérêt qu'elle paie à la première dans le calcul de son revenu provenant d'une entreprise exploitée activement.

La division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. a été adoptée dans le but de permettre le financement de certaines acquisitions dans des pays qui autorisent la consolidation fiscale. La division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. comporte plusieurs conditions qui peuvent être difficiles d'application.

En vertu de l'une d'elles, la loi requiert que tous les membres du groupe consolidé soient des sociétés non résidentes dont les actions sont des biens

exclus. Une telle condition est difficile d'application et requiert une constante revue des entités du groupe consolidé avant de s'assurer que la totalité ou presque des biens de chacune d'elles sera utilisée dans le but de gagner du revenu d'une entreprise exploitée activement.

Les modifications proposées le 20 décembre 2002 sont conformes à la lettre de confort du ministère des Finances du 20 décembre 2001 à l'égard de cette condition. Le test de bien exclu est donc remplacé par un test requérant qu'il soit raisonnable de conclure que la totalité ou presque des revenus ou des pertes du groupe consolidé provient d'une entreprise exploitée activement.

Une autre difficulté d'application de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. survient lorsqu'une entité transparente fait partie d'un groupe consolidé, par exemple aux États-Unis, une *Limited Liability Company* (ci-après « LLC »).

En vertu des conditions d'application actuelles, pour que la division s'applique, il faut que les membres du groupe consolidé soient tous assujettis à l'impôt dans leur pays de résidence. Lorsque le groupe consolidé inclut une entité transparente telle une LLC, la condition ne peut techniquement être respectée puisque cette entité n'est pas assujettie à l'impôt dans son pays, mais ses revenus sont plutôt attribués et imposés entre les mains des membres de la LLC.

Dans sa lettre de confort du 17 septembre 2001, le ministère des Finances a reconnu que cette difficulté technique ne satisfaisait pas les intentions de la loi et a prévu corriger la situation, à tout le moins pour les LLC.

Le Projet de loi du 20 décembre 2002 va un peu plus loin puisque, pour chacune des sociétés affiliées, selon le cas, elles doivent être assujetties à l'impôt sur le revenu dans le pays de résidence, ou les membres ou les actionnaires de la société doivent être assujettis à l'impôt sur le revenu dans ce pays sur la totalité ou presque du revenu de la société pour cette année d'imposition.

On semble donc avoir prévu les cas autres que les LLC qui pourraient être des sociétés transparentes dans leur pays de résidence.

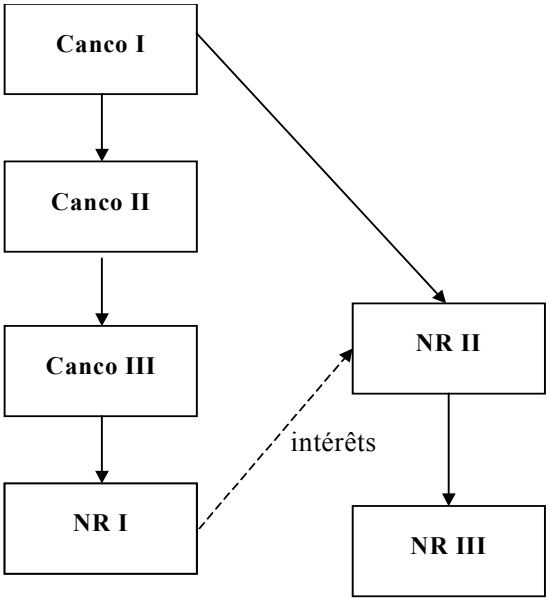
La seconde recommandation de cette même lettre de confort, qui visait la définition de gains exonérés au paragraphe 5907(1) du *Règlement de*

l'impôt sur le revenu[4], a également été retenue de façon à s'assurer que le revenu d'intérêts gagné par une SÉA, dans le cadre de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R., soit inclus dans son compte de surplus exonérés.

1.2. PARTICIPATION ADMISSIBLE DANS UNE SÉA

Dans son texte, lors du Congrès 2002 de l'APFF, Patrice Lareau parle abondamment des difficultés éprouvées lorsqu'on doit qualifier une SÉA comme étant une SÉA dans laquelle un contribuable détient une participation admissible.

Pour bien illustrer la difficulté, Me Lareau présente l'exemple suivant : une société canadienne (ci-après « Canco I ») détient une société non résidente (ci-après « NR I ») indirectement à travers d'autres sociétés canadiennes (ci-après « Canco II » et « Canco III »). Présumons que NR I a prêté de l'argent à une autre société non résidente (ci-après « NR II ») dans le but de faire l'acquisition d'une troisième société non résidente (ci-après « NR III »). Assumons que NR II et NR III sont résidentes du même pays. Le schéma qui suit présente la situation visée :



[4] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

Comme l'a mentionné Me Lareau dans son texte : dans cet exemple, NR I est une SÉA de Canco III. Cependant, NR II n'est pas une SÉA de Canco III puisque Canco III n'a pas de pourcentage d'intérêt dans NR II. La résultante est que l'intérêt payé par NR II à NR I ne peut bénéficier de la « recaractérisation » de revenu passif en revenu d'entreprise exploitée activement incluse à la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R., puisque l'intérêt est payé par NR II, qui n'est pas une SÉA dans laquelle Canco III détient une participation admissible. Dans un tel contexte, le revenu d'intérêts de NR I constituerait du RÉATB et devrait être inclus dans le revenu de Canco III pour l'année.

Pour détenir une participation admissible dans une SÉA, un contribuable doit détenir au moins 10 % des actions ayant droit de vote et des actions dont la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») représente au moins 10 % de la JVM de l'ensemble des actions émises et en circulation.

Dans la lettre de confort datée du 5 octobre 2001, le ministère des Finances confirmait que le problème devait être considéré et qu'il recommanderait d'amender l'article 95 L.I.R. afin de réputer qu'aux fins de l'alinéa 95(2)a) L.I.R., une société non résidente soit une SÉA d'un contribuable dans laquelle le contribuable détient une participation admissible, si la société non résidente est une SÉA d'un autre contribuable canadien, liée au contribuable en question, et que cet autre contribuable possède une participation admissible dans la société non résidente.

Le Projet de loi du 20 décembre 2002 répond favorablement à cette recommandation à l'alinéa 95(2)n) L.I.R. En vertu des modifications proposées, une société non résidente sera réputée être une SÉA dans laquelle une société donnée résidant au Canada a une participation admissible si, à la fois, la société non résidente est une SÉA d'une autre société qui réside au Canada, qui est liée, autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R., à la société donnée et si, à la fois, cette société a une participation admissible dans la société non résidente.

Dans l'exemple ci-dessus, l'intérêt reçu par NR I pourra bénéficier de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R., puisque NR II est une SÉA de Canco I, dans laquelle Canco I détient une participation admissible, et que Canco I est liée à Canco III.

1.3. SERVICES (AL. 95(2)b) L.I.R.)

L'alinéa 95(2)b) L.I.R. prévoit que, lorsqu'une société étrangère affiliée contrôlée (ci-après « SÉAC ») d'un contribuable fournit des services qui sont

déductibles dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise exploitée activement au Canada, par une personne pour qui la société non résidente est une SÉAC ou une personne liée, la fourniture des services est réputée être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement, donc du RÉATB.

Le paragraphe 95(3) L.I.R. prévoit que, pour l'application de l'alinéa 95(2)b) L.I.R., le terme « services » n'inclut pas le transport de personnes ou de marchandises et les services rendus à l'occasion de l'achat ou de la vente de marchandises.

Les recommandations contenues dans la lettre de confort du 14 septembre 2001 ont entièrement été retenues dans le Projet de loi du 20 décembre 2002. En effet, le paragraphe 95(3) L.I.R. est modifié de façon à inclure, dans les services spécifiquement exclus pour l'application de l'alinéa 95(2)b) L.I.R., la transmission de signaux électroniques ou d'électricité au moyen d'un système de transmission situé à l'étranger ainsi que la fabrication ou la transformation à l'étranger, selon les spécifications du contribuable, et en vertu d'un contrat entre le contribuable et la société affiliée d'un bien corporel appartenant au contribuable, à condition que le bien issu de la fabrication ou de la transformation soit utilisé ou détenu par le contribuable canadien dans le cours normal de son entreprise exploitée au Canada.

1.4. RÉATB ANTÉRIEUR À L'ACQUISITION D'UNE SÉA

L'alinéa 95(2)f) L.I.R. porte sur le calcul du gain en capital imposable et de la perte en capital déductible d'une SÉA d'un contribuable, résultant d'une disposition de biens. L'alinéa 95(2)f) L.I.R. exclut, de façon générale, dans le calcul d'un gain ou d'une perte en capital d'une SÉA, la fraction de ce gain ou de la perte s'étant accumulée avant que la société non résidente ne devienne une SÉA du contribuable.

Les autres revenus de biens de la SÉAC d'un contribuable canadien qui se seraient accumulés avant que la société étrangère ne devienne une SÉA du contribuable, et qui seraient constatés lors de la disposition d'un bien, ne seraient pas exclus du calcul du RÉATB du contribuable, et ce, même si ces revenus ont été générés avant l'acquisition de la SÉA.

Dans sa lettre de confort du 4 juin 2001, le ministère des Finances reconnaissait la problématique et recommandait la modification de l'alinéa 95(2)f) L.I.R. de façon à solutionner cette difficulté. Le Projet de loi du 20 décembre 2002 vient plutôt introduire un nouvel alinéa, l'alinéa

95(2)f.1) L.I.R., de façon à permettre que le revenu ou la perte résultant de la disposition d'un bien ne soit pas inclus dans le calcul du RÉATB d'un contribuable dans la mesure où il est raisonnable de considérer que ce gain ou cette perte s'est accumulé pendant une période au cours de laquelle la société n'était pas une SÉA d'un contribuable. Cette modification s'appliquera aux années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable commençant après la date de publication. Elle fait également partie des dispositions sur le choix global visant l'article 95 L.I.R. dont nous parlerons un peu plus loin.

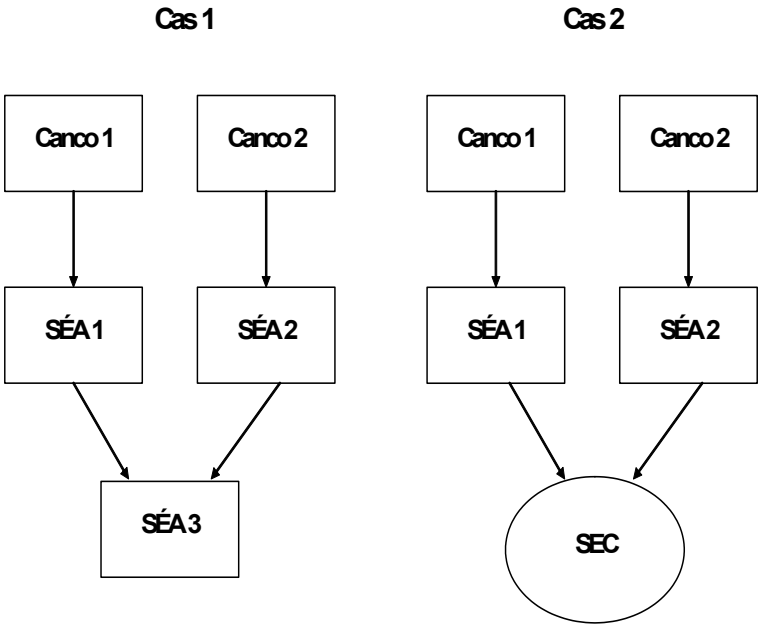
1.5. ENTREPRISE DE PLACEMENT ET SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

Le revenu tiré d'une entreprise de placement, tel que défini au paragraphe 95(1) L.I.R., sera généralement du RÉATB. Selon la définition, il s'agit d'une entreprise exploitée par une SÉA qui a pour but principal de tirer du revenu de biens (y compris des intérêts, dividendes, loyers, redevances ou autres rendements semblables), un revenu de l'assurance de risques ou de l'affacturage de créances.

Par ailleurs, une entreprise de placement qui emploie à l'étranger l'équivalent de plus de cinq personnes à temps plein peut dans certaines conditions sortir de cette définition.

Les personnes qui entrent dans le calcul sont les employés de la SÉA, d'une société liée à la SÉA ou les associés d'une société de personnes, à l'exception d'un associé qui est un associé déterminé (un commandité) de la société de personnes.

Dans son texte, Patrice Lareau donnait l'exemple suivant :



SÉA 3 et Société en commandite (ci-après « SEC ») ont une dizaine d'employés et exploitent une entreprise de prêt d'argent. En vertu des règles actuelles, SÉA 3 pourra sortir de la définition d'entreprise de placement, alors que dans le cas 2, l'entreprise de SEC serait considérée comme une entreprise de placement (SÉA 1 et SÉA 2 sont des commanditaires).

La définition d'entreprise de placement est modifiée pour faire en sorte que, lorsqu'il s'agit de déterminer si la SÉA ou la société de personnes emploie l'équivalent de cinq personnes, il soit tenu compte des services fournis par les employés de la SÉA, par les employés d'une SÉA liée, si la SÉA exploite l'entreprise à titre d'associé de la société de personnes, d'une personne qui était un « associé admissible » ou si la SÉA exploite l'entreprise autrement qu'à titre d'associé de la société de personnes, d'une société qui était un « actionnaire admissible » de la SÉA.

1.6. BIEN EN IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES ET BIEN EXCLU

En vertu des règles actuelles, un gain en capital réalisé lors de la disposition d'un bien exclu n'entre pas dans le calcul du RÉATB.

Deux difficultés importantes se présenteraient lors de la disposition d'un bien en immobilisations admissibles (ci-après « BIA ») par une SÉA.

D'une part, il n'était pas tout à fait clair qu'un BIA détenu par une SÉA et utilisé par une seconde SÉA pouvait se qualifier à titre de bien exclu même si le revenu gagné par la première SÉA (les royautés) était considéré comme du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement par l'application de l'alinéa 95(2)a) L.I.R.

D'autre part, même s'il était possible de conclure que le BIA était un bien exclu, une incertitude existerait quant à la qualification du gain réalisé lors de la disposition du bien. En effet, la disposition du bien ne résulte pas en un gain en capital, il est donc difficile de conclure que le gain réalisé lors de la disposition provient d'une entreprise exploitée activement.

Les propositions législatives viennent éliminer ces incertitudes.

La définition de bien exclu est modifiée de façon à inclure un bien dont la totalité ou la presque totalité du revenu serait un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement par l'application de l'alinéa 95(2)a) L.I.R.

Enfin, le nouveau sous-alinéa 95(2)a)(v) L.I.R. inclut dans le calcul du revenu ou de la perte résultant d'une entreprise exploitée activement le revenu ou la perte qu'une SÉA tire de la disposition d'un bien exclu qui ne fait pas partie de ses immobilisations.

1.7. AUTRES AMENDEMENTS ATTENDUS

Un amendement était recommandé selon lequel un gain (ou une perte) d'une SÉA résultant d'un règlement de dette à un bien exclu ou à un contrat de couverture de risque de change s'y rapportant serait réputé être un gain (ou une perte) sur disposition d'un bien exclu. De plus, un amendement exigeant la détermination d'un gain (ou d'une perte) sur change de façon distincte pour des biens exclus par opposition aux autres biens aux fins du paragraphe 39(2) L.I.R. était également recommandé. Ce sont les alinéas 95(2)g.3) et 95(2)h) L.I.R. qui viennent solutionner ces difficultés. Ils sont conformes à la lettre de confort du ministère des Finances datée du 12 février 2001.

Un amendement était également recommandé afin de considérer une dette comme un bien exclu quand la totalité ou presque de cette dette a été utilisée pour gagner du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. L'alinéa 95(2)i) L.I.R. est donc modifié afin de considérer une telle dette comme étant un bien exclu.

1.8. DISPOSITION D'ACTIONS D'UNE SÉA EN VERTU DU PARAGRAPHE 85.1(3) L.I.R.

Le paragraphe 85.1(3) L.I.R. permet à un contribuable canadien de disposer des actions d'une SÉAC qu'il possède à une seconde SÉAC par voie de roulement.

Lorsque le contribuable canadien a déjà reconnu du RÉATB de la première SÉAC, il semble qu'en vertu des règles actuelles, la déduction du RÉATB incluse précédemment ne soit pas permise lorsqu'un dividende est versé de la première à la seconde SÉAC. Cette anomalie vient du fait que le RÉATB aurait été ajouté au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions de la première SÉAC du contribuable qui est maintenant détenue par la seconde SÉAC.

Le Comité des finances recommandait que le paragraphe 85.1(3) L.I.R. soit amendé de façon à ce que la SÉAC, qui est le bénéficiaire du transfert, soit réputée être la même société et la continuité de la SÉAC transférée aux fins du paragraphe 91(5) L.I.R. Cette recommandation n'a pas été retenue dans les propositions législatives du 20 décembre 2002[5].

1.9. AUTRES MODIFICATIONS IMPORTANTES AUX RÈGLES DE SÉA

Dans les pages qui suivent, nous nous attarderons à deux modifications importantes qui ont été apportées aux règles de SÉA et contenues dans les propositions législatives du 20 décembre 2002. Ces modifications n'avaient pas été annoncées, elles sont très importantes et viennent modifier la façon dont certaines transactions internationales peuvent être accomplies.

1.9.1. Choix lors de la disposition d'actions d'une SÉA

Lorsqu'une société résidant au Canada dispose des actions d'une SÉA, elle peut effectuer un choix en vertu du paragraphe 93(1) L.I.R. de façon à réputer une partie de son produit de disposition comme étant un dividende.

---

5 CANADA, ministère des Finances, précité, note 3.

Ce choix permet à la société de profiter du surplus exonéré ou imposable qui se rapporte à l'action de la société affiliée sans que celle-ci n'ait à déclarer un dividende avant que les actions soient disposées. De cette façon, la retenue à la source étrangère qui pourrait s'appliquer à un dividende versé pourrait être évitée.

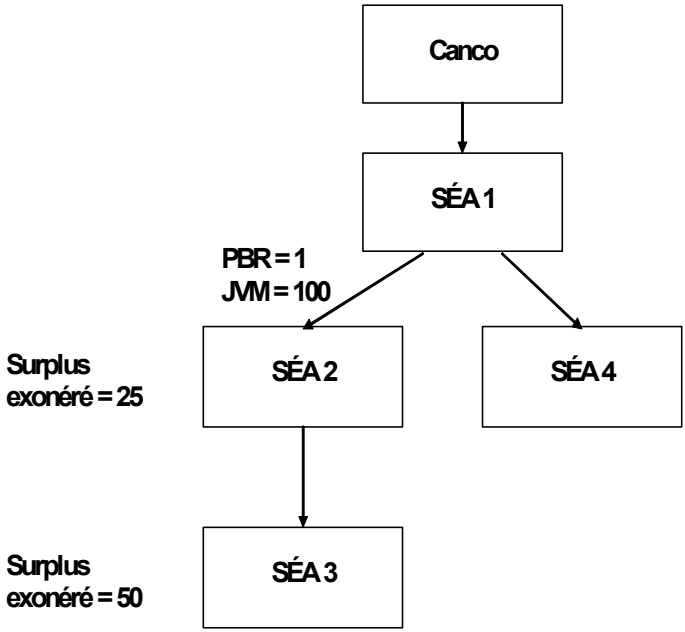
En vertu du paragraphe 93(1.1) L.I.R., les mêmes dispositions sont également disponibles lorsqu'une SÉA d'un contribuable canadien dispose des actions d'une seconde SÉA du même contribuable canadien. Dans ce cas, ce n'est plus un choix, le paragraphe 93(1.1) L.I.R. est d'application automatique.

Les propositions législatives du 20 décembre 2002 viennent ajouter les paragraphes 93(1.4) à 93(1.6) L.I.R., qui peuvent avoir un impact important sur les transactions lorsqu'une SÉA d'un contribuable dispose des actions d'une seconde SÉA. Le paragraphe 93(1.4) L.I.R. s'applique lorsqu'une SÉA d'une société canadienne dispose d'une action d'une autre SÉA de la société à l'une des personnes suivantes :

- la société canadienne;
- une autre société résidant au Canada avec laquelle la société canadienne a un lien de dépendance;
- une SÉA de la société canadienne ou d'une autre société canadienne avec laquelle la société canadienne a un lien de dépendance; ou
- une société de personnes dont un des associés est une société ci-dessus.

Lorsque le nouveau paragraphe 93(1.4) L.I.R. s'applique, l'action disposée est réputée ne pas être un bien exclu pour le vendeur, à moins que le paragraphe 88(3) L.I.R. ou que l'un des alinéas 95(2)c), 95(2)d) ou 95(2)e) L.I.R. ne s'applique à la disposition de l'action. Le but visé par le nouveau paragraphe 93(1.4) L.I.R. est d'empêcher le dédoublement de surplus et la majoration du PBR des actions de la SÉA.

Prenons l'exemple suivant :



SÉA 1 dispose des actions de SÉA 2 à SÉA 4 pour un billet de 100 $. Aucune action de SÉA 4 n'est émise à SÉA 2, de sorte que le roulement prévu à l'alinéa 95(2)c) L.I.R. ne s'applique pas.

Avant les modifications proposées, le résultat aurait été le suivant :

Pour SÉA 1

Produit de disposition	100 $
Moins dividende réputé de SÉA 2	75
Produit de disposition	25
PBR	1
Gain en capital	24 $

En vertu de l'article 5907 R.I.R., SÉA 3 était réputée verser un dividende égal à son surplus net immédiatement avant la disposition. Le dividende réputé versé par SÉA 2 à SÉA 1 inclut donc les surplus nets des SÉA dans lesquelles SÉA 2 avait un pourcentage d'intérêt.

La partie non imposable du gain en capital de 24 $ (12 $) entrait dans le compte de surplus exonéré de SÉA 1 et la partie imposable entrait dans le compte de surplus imposable de SÉA 1.

À la suite des modifications proposées, le résultat sera le suivant :

Pour SÉA 1

Produit de disposition	100 $
Moins dividende réputé de SÉA 2	25
Produit de disposition	75
PBR	1
Gain en capital	74 $

Le nouveau paragraphe 5902(7) R.I.R. prévoit que le dividende réputé versé par SÉA 3 est égal à zéro. Les surplus disponibles par SÉA 2 ne sont plus que de 25 $.

Mais plus important encore, les actions de SÉA 2 sont réputées ne pas être des biens exclus avec comme résultat que le gain en capital imposable réalisé sera du RÉATB imposable entre les mains de Canco.

À la suite des nombreuses discussions entre des praticiens et le ministère des Finances, il semble que les propositions seront modifiées de façon à alléger les impacts négatifs du paragraphe 93(1.4) L.I.R.

Selon ce que nous comprenons, la modification apportée par le paragraphe 5902(7) R.I.R. sera abandonnée, les surplus seront calculés sur une base consolidée et vraisemblablement disponibles lorsqu'il y aura une disposition externe. Finalement, un choix sera permis de façon à éviter le RÉATB.

1.9.2. Paragraphe 5907(5.1) R.I.R.

De façon générale, lorsqu'une SÉA d'un contribuable canadien dispose d'un bien en immobilisation à une autre SÉA avec laquelle elle a un lien de dépendance et, qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du pays étranger aucun gain ni aucune perte n'est constaté, la disposition ne donne lieu à aucun surplus.

Le produit de disposition pour le cédant et le coût pour le cessionnaire sont réputés correspondre au PBR du bien pour le cédant.

Cette disposition a pour but d'éviter la création de surplus fictif en procédant à des transferts d'actifs entre SÉA.

Le paragraphe 5907(5.1) R.I.R. est modifié de façon importante. D'abord, il s'appliquera lors de la disposition d'un bien exclu plutôt que d'un bien en immobilisation. Mais surtout, son application ne sera plus limitée au transfert entre personnes ayant un lien de dépendance. Le *Règlement de l'impôt sur le revenu* s'appliquera à tout transfert de bien exclu si le gain n'est pas inclus dans le calcul d'un montant imposable dans le pays étranger.

Ces modifications, si elles sont retenues, auront de graves conséquences sur les structures de détention d'actifs à l'étranger.

Par exemple, l'utilité des holdings étrangers sera réduite. En effet, il est courant d'avoir recours à des holdings étrangers pour détenir les actions de sociétés opérantes étrangères.

Ces holdings sont normalement localisés dans des juridictions où les revenus de dividendes ne sont pas imposables et/ou les gains en capital sont exemptés (par exemple, les régimes de « participation exemptée » en Europe).

Si le holding dispose des actions d'une filiale qui sont des biens exclus, aucun surplus exonéré ne sera créé si le holding bénéficie d'une exemption fiscale sur le gain en capital. Le rapatriement au Canada sans impôt sera difficile à accomplir.

Pour ces raisons, le ministère des Finances a annoncé qu'il allait revoir les modifications apportées au paragraphe 5907(5.1) R.I.R. de façon à pouvoir reconnaître les surplus lors de transferts à l'extérieur du groupe.

1.10. CHOIX GLOBAL

Les propositions législatives du 20 décembre 2002 contiennent plusieurs modifications à l'article 95 L.I.R. et à l'article 5907 R.I.R. qui sont applicables à compter du 20 décembre 2002 ou pour des exercices qui commencent après le 20 décembre 2002.

Cependant, un grand nombre des modifications permet un effet rétroactif aux années d'imposition de SÉA qui commencent après 1994. Pour que ces modifications aient un effet rétroactif, il faut que le contribuable produise un « choix global » avant la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition qui comprend la date de sanction des modifications.

L'approche préconisée par le Ministère dans les propositions du 20 décembre 2002 à l'égard de ce choix en est une de tout ou rien. Le contribuable ne pourra pas choisir quelles modifications pourront s'appliquer. S'il fait le choix, toutes les modifications qui font partie du choix global auront une application rétroactive. Dans certains cas, la décision de procéder au choix consistera en un travail d'analyse laborieux de façon à s'assurer qu'il n'y aura pas d'effet négatif.

RECENT DEVELOPMENTS IN CANADA-US CROSS BORDER ISSUES

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

TABLE DES MATIÈRES

OVERVIEW 44:3

1. REVIEW OF THE MAIN AND RECURRING INBOUND CANADA-US CROSS BORDER ISSUES 44:3

2. RECIPE FOR HOW NOT TO EXECUTE A FINANCING STRUCTURE OR DEFEND IT IN COURT – *DEL COMMERCIAL PROPERTIES* 44:5

3. RECENT AND UPCOMING FEDERAL DEVELOPMENTS 44:7

3.1. LEGISLATIVE DEVELOPMENTS: JOB CREATION AND WORKER ASSISTANCE ACT OF 2002 ..... 44:7
3.2. JOBS AND GROWTH TAX RELIEF RECONCILIATION ACT OF 2003 (THE "2003 ACT") 44:8
3.3. UPCOMING LEGISLATION – PENDING PROPOSALS 44:10

4. STATE & LOCAL TAX DEVELOPMENTS 44:11

5. COMMON PITFALLS OF DOING BUSINESS IN THE US 44:11

EXHIBIT A 44:16

OVERVIEW

This article will provide a review of some of the main, recurring issues that are often encountered in a Canada-US cross border context. As part of that review, the recent case of *Del Commercial Properties* provides an illuminating illustration of what one should **not** do in executing a cross border financing transaction, as well as what you should avoid in defending it in court. The article will also examine some recent and upcoming federal developments, and some recent developments in the state tax area. Finally, an overview of several common cross border pitfalls will provide a helpful review of various enduring cross border issues.

1. REVIEW OF THE MAIN AND RECURRING INBOUND CANADA-US CROSS BORDER ISSUES

A number of threshold issues arise whenever one is considering a cross border business activity or transaction. Listed below are the main areas where a practitioner must typically be aware of in analyzing the tax consequences of any activity or transaction.

When is a business activity conducted by a non-US entity taxable in the US?

In general, this question involves an examination of the extent and nature of the activity, as well notions of "presence" in the US (*i.e.,* "permanent establishment") from a treaty standpoint. Under US domestic law, business income is generally only subject to tax if it is US in source, and is considered to be effectively connected with a trade or business that is conducted in the US. Further, even if such income is taxable under the *Internal Revenue Code*, it may escape taxation under the Canada-US income tax treaty if the taxpayer's activity or presence in the US does not amount to a permanent establishment for treaty purposes.

Financing issues

A new business venture or an acquisition will generally require some sort of financing. It is appropriate to consider whether the use of so-called double dip or other tax beneficial financing structures would be more tax efficient after considering the benefits on both sides of the border. In this regard, you must always take into account what level of financing is

appropriate given the limitations imposed by the section 163(j)[1] earnings stripping rules, debt vs. equity issues, the section 267 disallowance rule, where otherwise deductible amounts owed to related foreign parties are deferred until payment, and other potentially applicable limitations.

Choice of entity issues

What form will the investment or business activity take? Should it be a branch of an existing Canadian corporation; a newly-formed one; a company such as a Nova Scotia unlimited liability company; a US corporation; a partnership; or a US limited liability company ("LLC")? From a US perspective, it is, in many instances, preferable to conduct business activities through flow-through entities.

Repatriation Issues

If the business is successful and profits are to be distributed to Canada, the manner in which they are will determine whether any additional US tax is imposed on the repatriation. In general, dividends received by corporations are subject to a 5% treaty rate withholding tax, whether earnings are generated through a separate corporation or a branch. On the other hand, any repatriation of profits by way of a liquidating distribution or a cessation of business in the case of a branch is not subject to any further US tax.

Transfer pricing issues

Cross border transactions between or among related entities should be analyzed for any potential transfer pricing issues. This is most evident in the more common intercompany transactions such as sales of inventory, providing management services, etc.

"FIRPTA" considerations

Although non-US corporations are generally not subject to US tax on any capital gains they realize, one notable exception relates to any disposition of property subject to tax by virtue of the FIRPTA[2] provisions. Any foreign, *i.e.*, non-US corporation is subject to US tax on any gain

---

[1] All section references are to the *Internal Revenue Code of 1986*, as amended and in effect, and to the regulations issued thereunder.

[2] The Foreign Investment in Real Property Tax Act of 1980.

realized upon the disposition of a US real property interest, which includes corporate entities holding substantial US real property interests. An important aspect to keep in mind is that all foreign owned US corporations are presumed to be "US real property holding corporations," and thus presumed to generate US tax on their disposition, unless certain procedural requirements to rebut that presumption are satisfied.

Impact of judicial, common law doctrines and requirements

Even though the technical requirement of the *Internal Revenue Code* may have been satisfied in planning for a particular activity or transaction, you are not necessarily home free at that point. You still have to consider, and worry about, a variety of doctrines and principles that the courts have embraced to combat inappropriate tax results. These include the step transaction doctrine, the notion of substance vs. form, the necessity of a business purpose, the idea that transactions should not be undertaken solely for tax avoidance purposes and others.

State and local tax considerations

Generally, the income that states subject to tax is mainly a function of federal taxable income, as apportioned by a three-factor formula for sales, payroll and property in the state. There are various planning strategies that can be employed to reduce the overall state tax burden. These include the generation of deductible items by an operating company, such as licensing royalties for intellectual property or interest expense, payable to a related holding company located in a state where the receipt is not subject to tax.

2. RECIPE FOR HOW NOT TO EXECUTE A FINANCING STRUCTURE OR DEFEND IT IN COURT – *DEL COMMERCIAL PROPERTIES*

Not only does *Del Commercial Properties, Inc.* v. *Commissioner*[3] provide us with a recipe for how you should not go about executing a cross border US-Canada financing transaction, it also illustrates the way in which you should avoid defending a transaction in court if it if challenged by the IRS.

In *Del Commercial Properties*, a number of related Canadian, Caribbean, Dutch and US entities were all involved in financing certain US real estate activities held by a lower tier subsidiary of the Canadian parent

[3] 251 F.3d. 210 (D.C. Cir. 2001).

that was the ultimate borrower of the financed amount. As can be seen in the diagram on Exhibit A, Del. Financial, a Canadian entity, borrowed $14 million from a third party bank. By way of a series of transactions, the funds were loaned and contributed down through a number of Del. Financial's related subsidiaries, with the final transaction being a Dutch company, Del BV, lending the money to Del Commercial Properties ("DCP"), the US operating company in need of the funds. In addition, DCP provided the bank with a guaranty of Del. Financial's debt obligation, and also gave the bank a mortgage on real property it owned as security for the Del. Financial debt. During the first two years, DCP made payments of interest to Del BV, and ultimately the funds were received by Del. Financial and paid to the bank. Starting in year three, DCP made payments to Del. Financial directly, even though Del BV reported the interest on its books.

During the relevant taxable years, the US-Netherlands income tax treaty had a 0% withholding rate on interest payments, while the US-Canadian treaty rate was 15%. DCP did not withhold any US tax on any of the interest payments it made, as it took the position that no withholding was required by virtue of the US-Netherlands treaty.

In addressing the issue of whether any withholding was required, the court, in short order, dealt with the interest payments that had been made after the second year. DCP simply did not follow the form of the transactions it had structured and the 0% treaty relief under the Dutch treaty was not available for any payments made directly from DCP to its Canadian affiliate, Del. Financial. In examining the appropriate treatment for the interest payments that were made to Del BV during the first two years at issue, the court held that they were, in substance, made to Del. Financial, and thus the 0% withholding rate of the US-Netherlands treaty did not apply. The court viewed the arrangement of paying the interest paid to Del BV in the first two years was put in place solely for the purpose of avoiding US taxes. As a result, the payments could be properly viewed as having been made, in substance, directly to Del. Financial, with the intermediate steps ignored. In this regard, the court noted the similarity of the loan terms, the guaranty and security interest given by DCP to the bank, and the fact that the payments starting in year three were made directly to Del. Financial.

The court then went on to respond to the taxpayer's argument that the entire set of transactions were not undertaken **solely** to avoid US taxes, as there were Canadian tax savings realized (from the deductibility of interest payments made to the bank), and thus it was inappropriate to ignore the intermediate transactions. Here the court held that DCP simply failed to carry its burden of proving the resulting Canadian tax benefits so as to

demonstrate a purpose other than pure US tax avoidance. DCP did not submit any Canadian tax returns, any corporate records or ask the lower court to take judicial notice of the relevant provisions of Canadian tax law or the Canada-Netherlands tax treaty which would have resulted in the claimed tax savings, or even cite any of these provisions. The only evidence in the lower court on this point was the testimony of the vice president of corporate planning and taxation of an affiliated company in which he testified that he was told that one the objectives of the transaction was to maximize the affiliated group's Canadian tax benefits. The court downplayed the significance of this testimony as being both hearsay in nature and conclusory.

The case highlights that tax planning can fail in either its execution or, even if executed properly, putting up a proper defense in court. After year two, the taxpayer didn't bother to abide by the form that its advisers had so painstakingly set up. As for years one and two, where interest payments were consistent with the form, the court noted that DCP failed to properly introduce sufficient proof of any Canadian tax savings, so as to rebut the determination that the transactions were motivated solely by a tax avoidance purpose.

3. RECENT AND UPCOMING FEDERAL DEVELOPMENTS

3.1. LEGISLATIVE DEVELOPMENTS: JOB CREATION AND WORKER ASSISTANCE ACT OF 2002

The Act was signed into law and enacted on March 9, 2002 in order to provide economic stimulus and alleviate the economic downturn of 2001-2002 and the adverse consequences following the attacks of September 11th. Its key provisions include liberalized depreciation allowances, liberalized treatment of carrybacks and carryovers for net operating losses ("NOL's") and specific tax incentives for parts of New York City.

Depreciation Provisions

The enhanced depreciation for "qualified property" consists of an additional first year 30% "bonus" depreciation amount. In general, qualified property is tangible personal property having a class life of less than 20 years or less, computer software not described in section 197, qualified leasehold improvements (as defined in the Act) and water utility property. In order to be eligible, the property must be acquired between September 11, 2001 and September 10, 2004 and placed in service by the end of 2004, with original use of the property beginning with the taxpayer.

Five Year Carryback for NOL's and AMT Relief

For any NOL incurred in taxable years ending in 2001 or 2002, the NOL carryback period is extended from two years to five. Note that this relief also extends to any returns for taxable years ending in early 2001. Alternative Minimum Tax ("AMT") relief is also provided for under the Act. Normally, in calculating AMT liability, a taxpayer can only utilize 90% of the NOL it is claiming on its return. The 90% limitation rule is suspended for any NOL carryback for NOL's arising in 2001 or 2002. This relief also extends to any carryovers of NOL's from prior years to taxable years ending in 2001 or 2002.

NY Liberty Zone Provisions

For the area most impacted by the events of September 11th, the area near the former World Trade Center, the following additional incentives are allowed: a five year write-off for tenant improvements, 30% first year expensing for real property, and an extension of the reinvestment period, from two to five years, for insurance proceeds for involuntarily converted property. In addition; the section 179 expensing allowance was increased to $35,000, and the work opportunity credit was extended for wages paid during 2002 or 2003 to employees working within the NY Liberty Zone.

3.2. JOBS AND GROWTH TAX RELIEF RECONCILIATION ACT OF 2003 (THE "2003 ACT")

The 2003 Act was signed into law on May 28, 2003 in order to provide $330 billion of tax cuts as a way to generate additional economic stimulus to the US economy. The key provisions of the 2003 Act include a reduction of rates for capital gains and dividends, an acceleration of phased-in individual rate reductions, liberalized small business asset expensing and an extension and expansion of the 2002 "bonus" depreciation.

Dividend and Capital Gain Relief

The 2003 Act reduces that tax rate for income from certain dividends and capital gains: both are taxed at a preferential capital gains rate equal to 15% for individuals with taxable income in the top four brackets and at 5% for those in the lowest two brackets. This rate applies for any capital gains realized after May 6th, 2003. The lower rate for dividends is retroactive to January 1st, 2003. The 5% dividend rate drops to 0% in 2008. It is important to note that this relief is only temporary in nature–the reduced rates expire after 2008.

The lowered rate for dividends only applies if the dividends are paid in respect of stock held for more than 60 days during the 120-day period beginning 60 days before the ex-dividend date in respect of the dividend. Certain dividends, such as those from tax-exempt organizations, dividends received from a mutual savings bank for which the bank took a deduction, and certain dividends from real estate investment trusts ("REITs") are not eligible for the lower rate.

The lower dividend rate does not apply to dividends from non-US corporations unless they are a "qualified foreign corporation": That term includes any entity incorporated in a US possession; any entity incorporated in a country which has a treaty with the US which provides for an exchange of information program and which the US Treasury has determined to be satisfactory; a corporation whose stock is readily tradable on an established securities market in the US. Dividends from foreign personal holding companies, foreign investment companies and passive foreign investment companies ("PFICS") cannot qualify for the lowered rate.

Tax Relief for Individuals

The 2003 legislation provides for an acceleration of rate reductions already enacted as part of 2001 tax legislation, which had been scheduled to take effect in 2006. The reductions range between 2% and 3.6% on tax brackets above 15%. The following new top rates (old rates) and brackets are retroactive to January 1st, 2003:

25% (27%)	$56,801 to 114,650	for married taxpayers
28% (30%)	$114,651 to 174,700	" "
33% (35%)	$174,701 to 311,950	" "
35% (39.6%)	$311,951 plus	" "

Further provisions of the 2003 Act include an increase in child tax credit from $600 to $1,000 in 2003 and 2004, a reduction in the so-called marriage penalty, and an increase in the AMT exemption. All of these above provisions expire at the end of 2004.

Asset Expensing and Depreciation Provisions

The small business expensing limitation was increased from $25,000 to $100,000, with the phase-out threshold increased to $400,000 from $100,000. These provisions are effective for taxable years beginning on or after January 1st, 2003. In addition, the acquisition and placed in service period for property qualifying for 30% "bonus" depreciation under the Act

was extended from September 10, 2004 to December 31, 2004. The property must be acquired between September 11, 2001 and December 31, 2004 and placed in service by the end of 2004. Similar to the 2002 incentive but larger in amount, an enhanced, 50% first year "bonus" depreciation is available for "qualified property" acquired after May 5, 2003 if original use commences with the taxpayer after that same date. Generally, "qualified property" is the same type of property as provided in the Act: tangible property having a class life of twenty years or less; computer software, qualified leasehold improvements and water utility property.

3.3. UPCOMING LEGISLATION – PENDING PROPOSALS

There are currently a number of bills pending in Congress that contain a variety of foreign tax provisions: (i) The Job Protection Act of 2003 (H.R. 1769) (Crane, Rangel); (ii) The American Jobs Creation Act of 2003 (H.R. 2896) (Thomas); (iii) The Jumpstart Our Business Strength (JOBS) Act (S. 1637) (Grassley, Baucus); and (iv) The Promote Growth and Jobs in the USA Act of 2003 (S. 1475) (Hatch). The fate of these bills will be tied to the manner of the repeal of the Extraterritorial Income Act ("ETI"), which the World Trade Organization ("WTO") has ruled to be an illegal export subsidy. Replacement of the ETI regime will be necessary, as the WTO has authorized the imposition of $4 billion a year in sanctions if it remains in effect. Each of the bills contains various foreign proposals.

Thomas bill – This bill provides for a repeal of ETI regime, and includes a major rewrite of US international rules, anti-inversion provisions, tighter earnings stripping rules, as well as various tax shelter provisions and anti-expatriation rules.

Hatch bill – The Hatch bill mirrors many of the provisions in the Thomas bill, but with a permanent reduction for repatriated earnings if they are invested in productive equipment and in research and development.

Grassley-Baucus bill – Under this bill, the ETI regime is replaced with a tax cut of approximately 3% for US domestic manufacturing. Its set of international tax reforms is narrower in scope.

Crane-Rangel bill – As this served as the model for the Grassley-Baucus bill, it is in many ways a similar bill, although it has no international tax reforms and no revenue raisers.

These bills and the Senate version of the 2003 Act, include a number of proposals that would, if enacted, have an impact on the US expatriate rules.

These proposals include a repeal of the section 911 exclusion, the imposition of a mark-to-market regime, requiring deemed gain on expatriations and a revision of tax avoidance expatriation rules, with a subjective test replacing the current objective test.

4. STATE & LOCAL TAX DEVELOPMENTS

Recently, states have been more aggressive, on both the legislative front and in administrative enforcement, in light of significant budget deficits many of them face. Some have been more aggressive in their assertion of nexus for intellectual property holding companies, by arguing that the mere licensing of an intangible creates nexus *a la Geoffrey*[4]. Various states have also enacted, or are considering, legislation to deny the benefit of any royalty or interest deduction for operating companies that make payments to a related holding company. States have sought a legislative solution to their revenue woes as they generally have not been very successful in arguing case law theories such as tax avoidance, lack of economic substance, etc. Certain states have also considered a mandatory combination/consolidation for the intellectual property holding companies and a related operating company. Other states like New Jersey and California are suspended the utilization of NOLs (suspended for 2002 and 2003 taxation years). Others, such as Pennsylvania and Michigan, are engaged in more rigid enforcement of taxes that are not purely income in nature, like Pennsylvania's capital tax. Finally, many states have not adopted federal stimulus legislation, *i.e.,* "bonus" depreciation provisions.

5. COMMON PITFALLS OF DOING BUSINESS IN THE US

During the course of a cross border practice, there are a number of recurring problems that may continually arise. Many of them are not often readily apparent to the uninitiated or relatively inexperienced US practitioner. Sets forth below are some common pitfalls that can crop up when doing business in the US.

---

[4] In *Geoffrey Inc.* v. *South Carolina Tax Commission*, 437 S.E2d 13 (S.C.), South Carolina successfully argued that the physical manifestation of certain trademarks in the state was enough presence or nexus to subject the entity licensing the trademarks to South Carolina's taxing jurisdiction.

Pitfall #1 – Inadvertent Permanent Establishment

With treaty relief available, not all business conducted in the US gives rise to US taxation. A company acting through a dependent agent who has, **and habitually exercises** in the US, authority to conclude contracts in the name of the company will constitute a permanent establishment and thus give rise to US tax. This could be a concern, for example, if the owner or officer has authority to bind the company, and the legal and or other approval outside the US is no more than "rubber stamp". In other words, the so-called "independent" agent could be viewed as actually dependent. As a result, the agent should be both legally and economically independent. On these issues, relevant factors include the degree of control exerted by principal, the risk of loss and whether the agent is acting in the ordinary course of his own business. Other permanent establishment risks include: situations where sites are used for such treaty protected activity such as storage, display, or delivery of goods, but their actual use extends beyond such—they are not used "solely" for these activities; or instances where a construction project exceeds the treaty-protected 12-month period.

Pitfall #2 – Loss of Elections Due To Late Filing

Many times, companies in a loss position may not believe there is any urgency to file a US tax return, as there will be no taxes or penalties owing. There may be collateral consequences, however. As an example, a company filing late may not be able to elect consolidated filing. In such a case, the losses in one company cannot offset taxable income of another. In addition, a taxpayer may lose the opportunity to amortize organization costs and/or start-up costs, so that they become, permanent non-deductible capital expense (see pitfall #5, below). While relief for late filing may be available under Treas. Reg. §301.9100), it is often of a limited nature.

Pitfall #3 – Improper Treatment of Debt

The IRS may reclassify debt as equity if too many characteristics of debt are lacking (see, *e.g.*, *Laidlaw Transportation* v. *Commissioner*, T.C. Memo 1998-232, for a relatively recent Canadian example). If the reclassification is successful, any interest expense is permanently disallowed and all repayments, including amounts denominated as interest, are treated as distributions to shareholders. These payments will be treated as dividends to the extent of the paying company's earnings and profits.

The obvious way to minimize the risk of this reclassification issue is by maximizing the instrument's debt characteristics. Accordingly, the following

suggestions, among others, could help in reducing this risk: (i) employ a reasonable debt to equity ratio; (ii) document the loan; (iii) charge interest at arm's length rate; (iv) set a fixed maturity date; and (v) enforce payment terms, etc.

Pitfall #4 – Section 163(j) Disqualified Interest Expense

Under section 163(j), "disqualified interest" is restricted if a corporation's debt-to-equity ratio exceeds 1.5 to 1 and if it has "excess interest expense". In general, "disqualified interest" means any interest paid or accrued to a related person if no tax is imposed on the interest. In Canada, because of the 10% treaty rate on interest, as compared to the normal 30% withholding rate under US domestic law, 2/3 of any interest paid to a Canadian-resident related party is considered as being not subject to tax. Disqualified interest also includes interest paid or accrued to an unrelated person if there is a disqualified guarantee, such as a guaranty by foreign related party.

"Excess interest expense", which is the amount of disqualified interest disallowed, is equal to the excess of the taxpayer's net interest expense over 50% of its "adjusted taxable income". Under current law, any disallowed interest carries forward indefinitely.

In terms of adopting strategies to avoid the section 163(j) interest limitation, the easiest ones involve falling outside the terms of the statute. Thus, if you are able to keep the debt-to-equity ratio below 1.5 to 1, avoid guarantees on US debt by a foreign related party, or keep your net interest expense below 50% of adjusted taxable income, you have not met the literal provisions of the statute and thus are not subject to its limitations. Other strategies would include increasing the amount of your adjusted taxable income, as it is defined in the statute and regulations, such as by collecting receivables before year-end or by paying accrued expenses after year-end.

Pitfall #5 – Deduction of Start-Up Expenditures

Pursuant to section 195, expenses incurred before a taxpayer's business begins are not deductible but may be amortized over 60 months if a timely election is made. The IRS will try to argue the latest date possible as the date your business has begun, and it is not always readily apparent when a business has moved beyond a merely pre-operational stage. In general, a corporation or other entity must have arrived at a point where it is able to carry out the business for which it was formed. Thus, a manufacturer should have acquired its necessary operating assets and have started to put them to

use; a distributor should have hired and trained the necessary people to commence its operations; and a retailer should have opened its doors to customers. One way to avoid the potential loss of start-up deductions is to clearly define the trade or business as either a new trade or business, or simply the expansion of an existing one. The latter characterization is preferable as there is no start-up limitation for costs incurred in the expansions of an existing trade or business.

Pitfall #6 – Cross Border Investment Using Limited Liability Company

It is generally not tax effective to engage in a Canadian business through an LLC, and so they should always be used with caution. The inconsistent treatment between the treatment of LLC's by the US and Canada can result in double taxation. Although a Canadian LLC member may be required to file a US tax return annually, it may not be taxable in Canada until the LLC makes a distribution. Moreover, because LLC's are not eligible for treaty benefits for Canadian tax purposes, interest, dividends, etc. from Canada to an LLC are subject to a 25% withholding tax. An LLC engaged in business in Canada must pay Canadian branch tax.

Certain types of income received by an LLC with Canadian members are not eligible for treaty benefits for US tax purposes. For example, US interest earned by LLC and allocable to a Canadian member is subject to a 30% withholding tax.

Pitfall #7 – Failing to Claim a Stock Option Deduction in the US

The US allows a deduction for the compensatory portion of non-qualified stock options even though the options relate to the stock of the US company's Canadian parent. A deduction is allowed to the US company when the employee exercises the option and the shares received are essentially vested or transferable. In order to take advantage of this opportunity, possibilities include restructuring existing option plans to insure that employees are providing services to the US company, and creating stock option plans utilizing the Canadian parent company's stock for employees of its US subsidiary.

Pitfall #8 – Improper Treatment of Deferred Revenue

Contrary to the rule in Canada, under US tax law, amounts are taxable upon receipt rather than the time when the goods or services to which they relate are delivered/provided. This is so even if the taxpayer is on the accrual method of accounting for tax purposes. The IRS allows a limited one-year

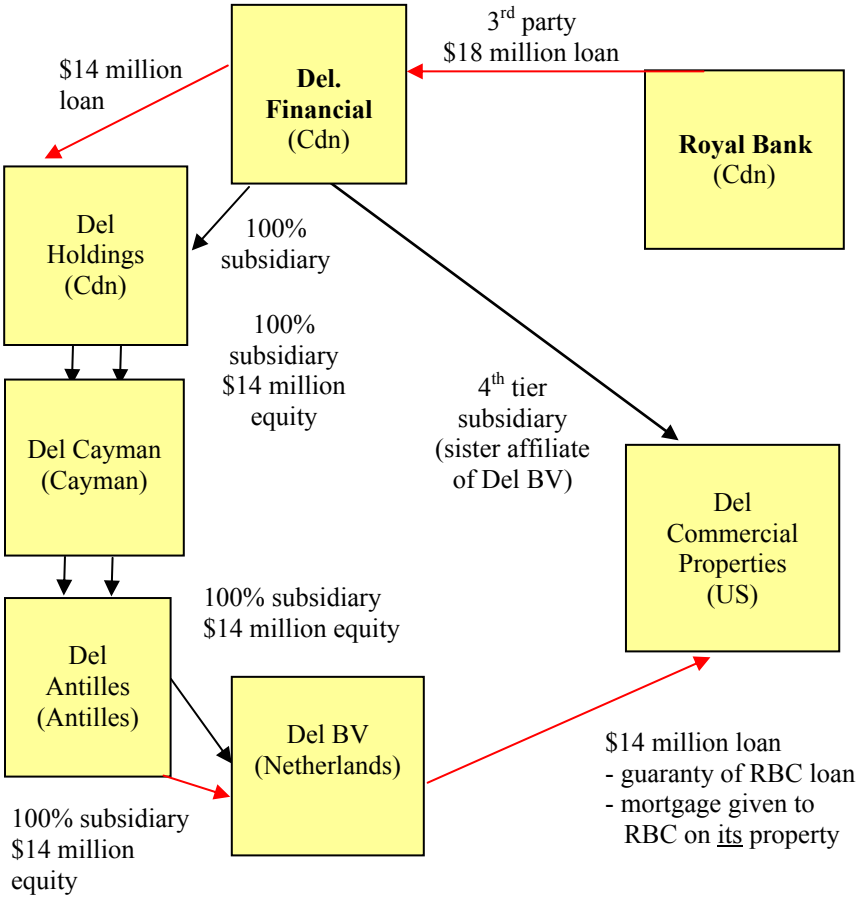
deferral of prepayments for future services by accrual-basis taxpayers until the time of performance. Deferral is not allowed under this limited exception if any part of the services is performed after the end of the subsequent tax year following the year of receipt. Any deferred amount must be included in income in the year following receipt.

Pitfall #9 – Inadvertent Foreign Personal Holding Company Income ("FPHC") or PFIC Stock Status for US Resident-Canadian Shareholders

Investment holding companies or operating companies with a significant portfolio may generate problems for Canadian shareholders who become US residents. This issue typically arises in a closely-held context where a younger generation shareholder(s) moves to the US. Anti-deferral rules, such as the FPHC or PFIC regimes, may impose a significant tax burden on the US resident shareholders. The FPHC provisions attack deferral by subjecting shareholders to US tax on their share of undistributed FPHC income. The PFIC rules create an add-on tax–an interest charge equal to the value of the deferral–when distributions or proceeds from the stock are received.

EXHIBIT A

DEL FINANCIAL'S US FINANCING STRUCTURE



VÉRIFICATION FISCALE DES TRANSACTIONS INTERNATIONALES

Pierre Barsalou
Avocat
Barsalou Lawson s.e.n.c.

Jean-Michel Richard
Agence des douanes et
du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PIERRE BARSALOU)
Vérification fiscale des transactions internationales

INTRODUCTION 45:3

1. ATTAQUES POTENTIELLES PAR LE FISC D'UNE ENTREPRISE TRANSFÉRÉE DANS UN PARADIS FISCAL 45:3

1.1. LA THÉORIE DE LA TRANSACTION INCOMPLÈTE 45:4
1.2. LA (OU L'UNE DES) RÉSIDENCE(S) DE LA SOCIÉTÉ EST AU CANADA 45:13
1.3. LA SOCIÉTÉ NON RÉSIDENTE DÉTIENT UN ÉTABLISSEMENT STABLE AU CANADA 45:18

2. LA PARTIE XIII L.I.R. 45:22

2.1. REDEVANCES 45:22
2.1.1. Paiements visés par l'alinéa 212(1)d) L.I.R. 45:23
2.1.2. Transferts technologiques 45:29

2.1.3. Acquisition d'un droit pour compensation à paiement unique (paiement forfaitaire) 45:32
2.1.4. Convention d'exclusivité 45:35
2.2. LES FRAIS DE GESTION 45:37
2.2.1. Concept d'« honoraires ou frais de gestion ou d'administration » 45:38
2.2.2. Exclusions du concept d'honoraires ou frais de gestion ou d'administration 45:40
2.2.3. Le récipiendaire résident d'un pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada 45:42
2.2.4. Récipiendaire résident d'un pays n'ayant pas conclu une convention fiscale avec le Canada 45:43
2.2.5. Paiement à un non-résident ayant un lien de dépendance avec le payeur canadien 45:43
2.2.6. Honoraires ou frais déraisonnables 45:46
2.2.7. Services mixtes ou autres 45:47

3. L'ARTICLE 105 R.I.R. 45:49

3.1. RÉSIDENCE DU PAYEUR 45:50
3.2. NOTION DE SERVICES 45:52
3.3. SERVICE SANS CONTREPARTIE SPÉCIFIQUE 45:54
3.4. SERVICES RENDUS DANS PLUSIEURS PAYS 45:55
3.5. PAIEMENT ASSUJETTI À LA RETENUE DE LA PARTIE XIII L.I.R. ET DU RÈGLEMENT 105 ..... 45:55
3.6. SERVICES D'ACTEUR 45:57
3.7. ATHLÈTES 45:58
3.8. DÉROGATION 45:59
3.9. SERVICES RENDUS PAR SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET COENTREPRISE 45:60
3.10. LOCATION D'ÉQUIPEMENT 45:61
3.11. ÉTUDE PAR LE MINISTÈRE DES FINANCES 45:62

CONCLUSION 45:62

PARTIE B (JEAN-MICHEL RICHARD)
Commentaires de l'ADRC

1. L'ARTICLE 105 R.I.R. 45:63

2. REDEVANCES (AL. 212(1)d) L.I.R.) 45:66

PARTIE A
Vérification fiscale des transactions internationales

Pierre Barsalou, avocat
Barsalou Lawson s.e.n.c.

INTRODUCTION[1]

Les autorités fiscales canadiennes accordent de plus en plus d'importance aux vérifications des transactions internationales, particulièrement les transactions internationales entre personnes ne traitant pas à distance. Un certain nombre de sujets reliés à de telles vérifications[2] feront, à cet égard, l'objet de commentaires dans le présent texte.

Il sera question en première partie des paradis fiscaux, et plus particulièrement des attaques potentielles par le fisc quant aux trois éléments suivants : la théorie de la transaction incomplète, la résidence de la société et l'établissement stable de la société non résidente. Seront ensuite examinés les paiements de redevances et les frais de gestion dans le contexte de la Partie XIII L.I.R. La dernière partie du texte portera sur la question de l'article 105 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[3].

1. ATTAQUES POTENTIELLES PAR LE FISC D'UNE ENTREPRISE TRANSFÉRÉE DANS UN PARADIS FISCAL

Dans le cadre de ses vérifications internationales, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») scrute avec un soin particulier les transactions par lesquelles une entreprise opérée par une société résidant au Canada est transférée à une société non résidente.

Mis à part la question de la règle antiévitement et la question d'un ajustement possible en vertu de l'article 247 L.I.R., trois questions sont, dans ce cadre, souvent abordées par le vérificateur :

---

1 Me Barsalou tient à remercier les coauteurs du texte, Me Martin Daniel Boily (frais de gestion, Règlement 105), Me Josée Pelletier (redevances) ainsi que Joseph Nguyen, tous de chez Barsalou Lawson, pour leur précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

2 La question des prix de transfert ne sera abordée qu'à l'occasion et de façon périphérique dans le présent texte, cette question faisant plutôt l'objet d'un texte séparé.

3 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

- la théorie de la transaction incomplète;
- la question de la résidence de la société étrangère affiliée;
- la question d'un établissement stable.

Il convient d'examiner ces trois situations à tour de rôle.

1.1. LA THÉORIE DE LA TRANSACTION INCOMPLÈTE

Le fisc soulève habituellement la théorie de la transaction incomplète dans un contexte où il tente d'attribuer les revenus d'une société non résidente à sa compagnie mère ou sœur qui opérait l'entreprise avant qu'elle ne soit transférée.

Dans ce genre de situation, le fisc prétend donc que le transfert de l'entreprise n'est pas valide parce que différentes formalités requises relativement au transfert n'ont pas été effectuées.

La théorie de la transaction incomplète doit d'abord être distinguée de la théorie du *sham* ou du trompe-l'œil. Contrairement à notre théorie à l'étude, celle-ci s'applique plutôt lorsque les droits et obligations juridiques créés par les parties en vertu de documents pertinents sont en réalité autres que présentés. C'est en quelque sorte une façade visant à camoufler la véritable transaction[4]. En l'absence d'une telle situation, le fisc ne peut invoquer un prétendu effet ou résultat économique et doit accepter les effets juridiques des transactions, à moins que la règle générale antiévitement ne s'applique.

Le juge Bowman indiquait à ce sujet dans l'arrêt *Continental Bank* c. *La Reine*[5], à la page 1868 :

> « If the legal relationships are binding and are not a cloak to disguise another type of legal relationship they are not a sham, however much the tax result may

---

[4] Comme il est défini dans *Snook* c. *London & West Riding Investments Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518, 528 (C.A.) : « [...] means acts done or documents executed by the parties to the "sham" which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create. »; voir aussi à ce sujet Guy LAPERRIÈRE, « Recaractérisation de transactions sans la RGAÉ », dans *Journée d'études fiscales*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 2-4.

[5] 94 D.T.C. 1858; confirmé par 96 D.T.C. 6355 (C.A.F.).

> offend the Minister or, for that matter, the court, and whatever may be the overall ulterior economic motive[6]. »

La théorie de la transaction incomplète a été définie comme suit :

> « The doctrine of incomplete transactions states the obvious: a transaction that is incomplete for non-tax-law purposes is a transaction that has never actually occurred. Accordingly, it cannot have any tax consequences (or, to be more precise, it cannot have the beneficial tax consequences the taxpayer hoped it would have)[7]. »

L'arrêt souvent cité quant à cette doctrine est la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Atinco Paper Products Limited* c. *La Reine*[8]. Dans cette cause, les parties avaient voulu créer certaines fiducies, mais n'avaient pas suivi plusieurs des formalités requises. Au niveau juridique, les fiducies n'existaient donc tout simplement pas, malgré l'intention évidente des parties. Après avoir reconnu que tout contribuable a le droit d'organiser légitimement ses affaires afin de payer le moins d'impôt possible et que les tribunaux ne sont pas les chiens de garde de Revenu Canada, le juge Urie a souligné :

> « Nonetheless, it is the duty of the Court to carefully scrutinize everything that a taxpayer has done to ensure that everything which appears to have been done, in fact, has been done in accordance with applicable law. It is not sufficient to employ devices to achieve a desired result without ensuring that those devices are not simply cosmetically correct, that is, correct in form, but, in fact, are in all respects legally correct, real transactions. If this Court, or any other Court, were to fail to carry out its elementary duty to examine with care all aspects of the transactions in issue, it would not only be derelict in carrying out its judicial duties, but in its duty to the public at large. It is for this reason that I cannot accede to the suggestion, sometimes expressed, that there can be a strict or liberal view taken of a transaction, or series of transactions which it is hoped by the taxpayer will result in a minimization of tax. The only course for the Court to take is to apply the law as the Court sees it to the facts as found in the

---

6 *Id.*, par. 75. Les observations du juge Bowman, bien que faites dans le cadre d'un allégué de *sham*, sont aussi très pertinentes dans le cadre de l'examen des autres doctrines antiévitement. En effet, il est bien établi que si les parties créent une situation juridique comportant certains droits et obligations, l'ADRC ou la Cour ne peut tenter de les mettre de côté en ayant recours à de telles doctrines lorsqu'elle n'aime pas le résultat obtenu.

7 Howard J. KELLOUGH et Peter E. MCQUILLAN, *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 3e éd., Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, p. 16:57.

8 78 D.T.C. 6387 (ci-après « *Atinco* »).

> particular transaction. If the transaction can withstand that scrutiny, then it will, of course, be supported. If it cannot, it will fall. That is what happened here[9]. » (Notre soulignement)

La décision n'a donc rien d'exceptionnel, en ce sens que les tribunaux doivent rendre jugement sur la base de la transaction juridique qui leur est présentée, et non pas sur la base de ce que les parties ont bien pu vouloir créer, mais ont fait défaut de créer.

Avant de poursuivre, il est opportun de rappeler que la détermination des droits et obligations juridiques créés par les parties se fait en premier lieu sur la base du droit général et, dans un deuxième temps, par la détermination des conséquences fiscales de la transaction. Un auteur s'exprimait à ce sujet en ces termes :

> « The Act is merely an accessory system to provincial (non-tax) law. In other words, the Act does not define whether the transaction has taken place for non-tax purposes, it merely determines the tax consequences of such a transaction[10]. »

La décision *La Reine* c. *Paxton*[11] constitue un exemple plus récent de l'utilisation par les tribunaux de la théorie du *legally ineffective or incomplete transaction* et confirme sa sphère d'application potentielle.

Le cas illustre en effet, comme c'était le cas dans *Atinco*, le genre de situation relativement claire au niveau juridique où les tribunaux se sentent justifiés de nier le traitement fiscal recherché au motif que la transaction invoquée n'a pas, dans les circonstances, l'effet juridique escompté.

Dans la décision *Paxton*, le contribuable s'engagea par contrat à vendre ses actions de petite entreprise à un tiers non lié. Afin de réaliser du fractionnement de revenu, le contribuable transféra, avant la date de clôture, les actions à ses enfants (par roulement, en vertu du paragraphe 73(5) L.I.R.), sous condition que ceux-ci transfèrent les actions au tiers à la date de clôture.

---

9 *Id.*, 6385.

10 Howard J. KELLOUGH, « Tax Avoidance: 1945-1995 », (1995), vol. 43, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1819, p. 1837.

11 97 D.T.C. 5012 (C.A.F.) (ci-après « *Paxton* »).

La Cour considéra qu'en signant le contrat de vente avec le tiers non lié, le contribuable s'était départi des attributs afférents au droit de propriété et n'avait donc pu transmettre la propriété des actions à ses enfants.

Compte tenu de ces faits, le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale a effectué les observations suivantes :

> « I cannot ignore the fact that the Supreme Court of Canada has affirmed the rule that no tax planning transaction will be recognized for tax purposes unless that transaction has been validly established under the rules of the general law: see *Stubart*, supra at 579. A tax advantage can be lost should a transaction be found to be incomplete or ineffective because of a failure to comply with indispensable legal formalities. In this regard the caution of Urie, J. in *Atinco Paper Products Limited* c. *The Queen* [78 DTC 6387], [1978] C.T.C. 566 at 577-78 (F.C.A.) (leave to appeal to S.C.C. refused (1979) 25 N.R. 603n) dictates that tax planners must ensure that tax driven transactions are fully implemented and carefully documented[12]. » (Notre soulignement)

Il indiqua ensuite :

> « Having regard to the jurisprudence and the facts of this case, I am compelled to find against the taxpayer. In my opinion, when this case is viewed in its most positive light it serves as an example of an ineffective or incomplete transaction, which can be traced to the failure to properly document the sale of the Ronlar shares to the children prior to the execution of the Tandet Agreement.
>
> Having concluded that this case is an example of a tax planning strategy which failed to meet a threshold requirement, it is unnecessary to deal with the other issues raised on appeal[13]. » (Notre soulignement)

Ainsi, dans l'affaire *Paxton*, la Cour d'appel a conclu qu'une vente par les enfants à un tiers ne pouvait avoir l'effet juridique escompté, puisque le père ne pouvait à ce moment-là se départir des actions. En effet, il les avait déjà disposées en faveur du tiers. La Cour en est donc venue à cette conclusion même si un acte de vente, en apparence valide, a été signé.

On retrouve d'autres applications jurisprudentielles de cette doctrine. Ainsi, dans la cause *ELB productions Ltd.* c. *MRN*[14], la tentative d'un consultant de faire permettre la déduction des frais de franchise par la compagnie dont il est actionnaire a échoué dans un contexte où aucune

---

12 *Id.*, 5018.

13 *Id.*

14 91 D.T.C. 1466 (C.C.I.).

preuve écrite de transfert, que ce soit sous forme d'entente, de correspondance ou de chèques, n'a été fournie et seule une preuve orale non corroborée a été offerte[15].

On peut donc constater que les tribunaux acceptent d'avoir recours à la théorie de la *legally ineffective and incomplete transaction* lorsqu'ils en viennent à la conclusion que, juridiquement, les droits et/ou obligations juridiques invoqués par les contribuables n'existent tout simplement pas et que la transaction visée est donc invalide et sans effet au niveau juridique.

Par ailleurs, il ne faut pas mélanger les situations où la non-observation de certaines étapes essentielles a pour conséquence l'absence d'effet juridique, des situations où la preuve d'une transaction est plus difficile à faire à cause de l'absence ou la déficience d'un contrat écrit. Dans ce deuxième type de situation, il s'agit de déterminer si une preuve alternative suffisante de la transaction existe, en tenant compte du fait qu'il n'est pas rare que la documentation préparée par les gens d'affaires soit incomplète.

La décision de la Cour d'appel fédérale dans *Massey Ferguson Ltd.* c. *La Reine*[16] est intéressante à ce sujet. Dans cette cause, l'appelant prétendait qu'un prêt avait été effectué à une compagnie non résidente par l'entremise d'une filiale résidente, dans un contexte où aucun contrat écrit de prêt n'existait et que les fonds avaient été payés directement à l'entité non résidente.

L'appelant s'appuyait sur une preuve circonstancielle pour démontrer l'intention des parties et la transaction étant intervenue pour donner effet à cette intention.

Ayant précisé qu'une entente ne sera pas exécutoire, à moins que les parties n'aient indiqué une intention d'être liées juridiquement, la Cour établit ceci à la page 5016 :

> « [W]here, as in this case, there is no formal contract, <u>regard must be had to all the evidence</u> to ascertain whether or not the parties intended such (legal)

---

[15] Dans cette cause, la compagnie n'existait même pas au moment où le paiement avait été effectué, et le contribuable n'avait apporté en Cour aucune preuve écrite de la transaction, se basant uniquement sur son affirmation verbale qu'un tel transfert avait eu lieu. Dans un tel contexte, il était clair qu'en droit civil, aucun transfert n'avait eu lieu.

[16] 77 D.T.C. 5013 (ci-après « *Massey Ferguson* »).

> relations to be created and whether or not they were successful in doing so. » (Notre soulignement)

La Cour indique à ce sujet une réalité commerciale qu'il convient de garder à l'esprit : les gens d'affaires documentent souvent leurs transactions de façon incomplète :

> « The whole development of commercial law over the centuries is replete with examples of the Court recognizing that business men do not always depend on expert documentation to prove the true characterization of their transactions. Rather, they tend to achieve their desired ends, particularly when the relationship between them is close, in informal and expeditious ways which perhaps are abhorrent to lawyers[17]. » (Notre soulignement)

Le manque de documentation ne veut donc pas dire que la transaction n'a pas eu lieu, mais plutôt que la Cour devra déterminer l'existence de preuve vraisemblable et alternative à celle-ci. C'est ce que la Cour précise dans *Massey Ferguson* :

> « Frequently, no difficulties ensue, but if they do, in the absence of contracts or other documents, Courts must determine the intention of the parties and the nature of the obligations imposed on them by reference to credible evidence of another kind. That is what is required of the Court in the present case [...][18]. » (Notre soulignement)

La Cour d'appel avait conclu sur la base de la preuve circonstancielle (mémos, correspondances, registres comptables, etc.) que le prêt à la filiale canadienne avait bel et bien eu lieu et donna donc raison au contribuable. Le tribunal est arrivé à ce résultat malgré l'absence de contrat formel de prêt et l'existence de certains faits, tels que le transfert direct de fonds qui pouvait suggérer un prêt direct au non-résident.

Avant d'invoquer la théorie de la transaction incomplète dans un contexte où aucun contrat formel n'a été signé, il faut se demander si une preuve circonstancielle de l'intention existe et si celle-ci démontre ou non que les parties ont voulu être liées par celle-ci. Par conséquent, en l'absence de documents écrits, la Cour devra étudier les faits et la crédibilité du contribuable[19].

---

17 *Id.*, 5017; voir aussi en matière de contrat d'entreprise verbal : *Barnabe Estate* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 5387 (C.A.F.).

18 *Massey Ferguson*, précité, note 16, 5017.

19 Voir à ce sujet la décision *Dunlop* c. *MRN*, 91 D.T.C. 948, 951 (C.C.I.), où la Cour réitère ce principe lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit.

Par exemple, pour qu'un contrat de vente soit exécutoire, la transaction pourra avoir été faite oralement et n'a pas besoin d'être constatée par écrit[20]. Comme spécifié par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Massey Ferguson*, l'essentiel dans tous les cas est de pouvoir démontrer par une preuve crédible l'intention des parties d'être liées juridiquement.

La jurisprudence contient des indices utiles relativement à la détermination de qui opère une entreprise et qui a la propriété des revenus provenant de l'entreprise.

Dans l'affaire *La Reine* c. *Rex T. Parson*[21], la Cour d'appel fédérale avait à décider si des revenus d'ingénierie devaient être imposés entre les mains des actionnaires, comme argumenté par le Ministère ou, au contraire, constituaient du revenu des compagnies de gestion incorporées par ces derniers.

Bien que la cause représente avant tout un exemple de non-applicabilité des doctrines antiévitement relatives au trompe-l'œil et à l'absence de motivation commerciale, les observations suivantes de la Cour d'appel sont particulièrement pertinentes à notre cas sous étude :

> « To ignore [the two management companies] would be to ignore the legal realities of corporate entities and the complete transactions created by the valid agreements which they entered into, <u>particularly those between the management companies and Design. Neither Parsons nor Vivian was ever entitled to receive directly the amounts paid by Design to the management companies pursuant to those agreements nor could they, personally, have sued Design for the recovery of unpaid monies</u>. There is absolutely no evidence that the monies received from Design were received as an agent, trustee or nominee of either Parsons or Vivian. The evidence is all to the contrary. Therefore, these attacks, too must fail[22]. » (Notre soulignement)

Notons d'ores et déjà l'importance accordée à deux éléments par la Cour d'appel dans le cadre de sa détermination du contribuable devant déclarer le revenu à des fins fiscales. La Cour accorde une importance particulière aux

---

[20] Le droit civil québécois reconnaît qu'un contrat peut être verbal ou écrit. Voir par exemple la décision de la Cour d'appel du Québec dans *E. & S. Salsberg Inc.* c. *Dylex Ltd.*, [1992] A.Q. n° 1625, jugée au moment où le *Code civil du Bas-Canada* était en vigueur et *Société immobilière GCS inc.* c. *Société immobilière Trans-Québec inc.*, [2001] J.Q. n° 906, jugée après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

[21] 84 D.T.C. 6447.

[22] *Id.*, 6451.

ententes écrites conclues avec la compagnie Design, un tiers, et au fait qu'en vertu de ces ententes, les actionnaires n'avaient aucun droit de recevoir les revenus de gestion, et par conséquent de poursuivre en leur nom la compagnie Design pour le paiement de ces revenus.

La décision antérieure de la Cour fédérale, division de première instance, dans l'affaire *Daly* c. *La Reine*[23] est aussi d'intérêt. Dans cette affaire, le contribuable, unique actionnaire d'une compagnie de services de gestion, avait conclu une entente verbale avec une station de radio à titre de mandataire de la compagnie. Le Ministère avait considéré les montants versés par la station de radio, pour les services de gestion, comme étant du revenu attribuable à M. Daly lui-même.

Dans cette affaire, la Cour fédérale devait décider si les montants reçus pour les services rendus étaient des revenus, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, attribuables à John J. Daly Entreprise Ltd. ou à John Daly.

Sur la base de la preuve, la Cour décida que John J. Daly Entreprise Ltd. était le cocontractant de la station de radio et que les montants versés par cette dernière revenaient à John J. Daly Entreprise Ltd., et non pas à John Daly lui-même. Ces montants devaient donc être imposés entre les mains de la John J. Daly Entreprise Ltd. Ce faisant, la Cour a reconnu, au regard de la preuve circonstancielle présentée lors du procès, la validité et la force exécutoire de l'entente verbale initiale entre les parties.

Dans un contexte de vente alléguée d'entreprise où il s'agit de déterminer une question subséquente au transfert pertinent, c'est-à-dire la propriété des revenus provenant des opérations suivant le transfert allégué des actifs de l'entreprise, les contrats subséquents seront indicatifs de l'intention des parties relativement à cette transaction initiale et le caractère exécutoire de celle-ci.

Notons par ailleurs que le fait que certaines formalités essentielles à une vente semblent absentes des documents pertinents ne sera pas nécessairement fatal dans les cas où il y a possibilité d'obtenir une ordonnance de rectification au motif que les documents ne reflètent pas l'intention des parties[24].

---

[23] 81 D.T.C. 5025.

[24] Voir notamment à ce sujet *Juliar* c. *Canada (Procureur général)*, 2000 D.T.C. 6589, par. 33 (C.A. Ont.); permission d'appel à la Cour suprême du Canada refusée, 2001

(à suivre…)

En résumé :

- la théorie de la transaction incomplète représente essentiellement une application du principe que l'effet fiscal d'une transaction doit être déterminé sur la base des droits et obligations juridiques réellement créés par les parties compte tenu des faits pertinents; et

- dans la situation où juridiquement des formalités essentielles à la création de tels droits et obligations n'ont pas été suivies, le traitement fiscal devra tenir compte de cette insuffisance.

C'est la raison pour laquelle elle est le plus souvent décrite par l'expression de la doctrine de la *legally ineffective or incomplete transaction*.

La théorie :

- n'a donc, à cet égard, pas pour but ni pour effet d'ignorer des droits et obligations juridiques validement créés entre les parties, particulièrement entre personnes traitant à distance; mais

- a plutôt pour but et effet de ne pas donner un effet fiscal qui dépasse ou ne découle pas de ceux-ci.

Le fait qu'il ait été décidé d'effectuer un transfert d'entreprise de façon efficace au niveau fiscal n'a pas pour effet d'affecter la validité juridique des gestes posés par les parties.

En effet, la Cour suprême du Canada, dans les décisions *Spire Freezers et autres*. c. *La Reine*[25] et *Backman* c. *La Reine*[26], a récemment réitéré le principe voulant qu'une transaction ayant une motivation fiscale n'avait pas pour effet de rendre celle-ci invalide. La Cour s'est exprimée ainsi dans la décision *Backman* :

> « This Court has repeatedly held that a tax motivation does not derogate from the validity of transactions for tax purposes: *Shell Canada Ltd*. c. *Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada* c. *Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Stubart*

(…suite)
CarswellOnt 1805; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002, pp. 7-8.

[25] 2001 D.T.C. 5158.

[26] 2001 D.T.C. 5149 (ci-après « *Backman* »).

> *Investments Ltd*. c. *The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540. Similarly, a tax motivation will not derogate from the validity of a partnership where the essential ingredients of a partnership are otherwise present: *Continental Bank*, supra, at paras. 50-52. The question at this stage is whether the taxpayer can establish an intention to make a profit, whether or not he was motivated by tax considerations[27]. » (Notre soulignement)

1.2. LA (OU L'UNE DES) RÉSIDENCE(S) DE LA SOCIÉTÉ EST AU CANADA

Les principaux critères de résidence d'une société aux fins de l'impôt sur le revenu ont été dégagés par la jurisprudence anglaise et canadienne. En dehors de ces critères de *common law*, l'établissement de la résidence de la société se fait dans certains cas par l'intervention de présomptions statutaires contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[28].

De façon générale, les présomptions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* détermineront la résidence d'une société lorsque celle-ci a été incorporée au Canada ou lorsqu'elle a exploité une entreprise au Canada. Elles n'ont aucune application dans le présent dossier.

En vertu des critères de *common law*, la résidence est principalement une question de fait.

La décision de la Chambre des Lords dans la célèbre affaire *DeBeers Consolidated Mines Ltd*. c. *Howe*[29] est généralement considérée comme la cause-clé lorsqu'il s'agit de cerner les grands principes de détermination d'une résidence corporative :

> « In applying the conception of residence to a company, we ought, I think, to proceed as nearly as we can upon the analogy of an individual. A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business. An individual may be of foreign nationality, and yet reside in the United Kingdom. So may a company. Otherwise it might have its chief seat of management and its centre of trading in England under the protection of English law, and yet escape the appropriate taxation by the simple expedient of being registered abroad and distributing its dividends abroad. […] I regard that as the rule, and the real business is carried on where the central management and control actually abides[30]. » (Notre soulignement)

---

27 *Id.*, 5154.

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

29 [1906] A.C. 455 (H.L.) (ci-après « *DeBeers* »).

30 *Id.*, 458.

De cet extrait ressortent plusieurs expressions équivalentes. La résidence d'une société sera, pour employer les mots de la Chambre des Lords, le lieu où la société :

> « […] really keeps house and does business. ;
> […] [has] its chief seat of management and its centre of trading. ; […]
> [its] real business is carried on where the central control and management and control actually abides[31] ».

Plusieurs éléments sont pertinents dans le cadre de la détermination de la résidence d'une société, du lieu de son *central management and control* :

- la résidence des administrateurs;
- le lieu des assemblées des administrateurs;
- le lieu des assemblées des actionnaires, incluant l'assemblée annuelle;
- le lieu où les décisions courantes concernant la société sont prises;
- le lieu où se situent les actifs de la société;
- le lieu du siège social et le numéro de téléphone. L'endroit où est ouvert un compte bancaire pour l'entreprise, celui où se situent les livres et les minutes de la société;
- le ou les lieux où sont signés les contrats[32].

L'importance relative de chacun de ces éléments variera selon les circonstances particulières de chaque cas. Toutefois, la prémisse générale demeure la recherche de l'endroit où le véritable pouvoir décisionnel liant la société est exercé.

Il est en effet généralement reconnu à cet égard que l'exercice consiste en la recherche du contrôle ultime *de facto* et non *de jure*[33].

---

31 *Id.*

32 Voir W. GORDON WILLIAMSON, « New Developments Affecting International Corporate Finance », dans *Corporate Management Tax Conference 1997*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, pp. 15:1-25, à la page 15:14.

33 *Unit Construction Co. Ltd.* c. *Bullock*, [1960] A.C. 351. Dans la décision *Yamaska Steamship Co. Ltd.* c. *MRN*, 61 D.T.C. 716 (C.A.I.) la société avait été incorporée au

(à suivre…)

Il est utile à cet égard de rappeler qu'un conseil d'administration sera normalement responsable à la fois des affaires internes et externes de la société[34].

Il est aussi important de comprendre que les fonctions peuvent être déléguées de façon expresse ou implicite à un cadre de l'entreprise. C'est de ce fait que provient l'importance de déterminer l'entité qui exerce le contrôle *de facto* :

- principalement le conseil d'administration;
- principalement les dirigeants; ou
- les deux.

Un auteur rappelait également que les administrateurs peuvent choisir de déléguer leur autorité et le contrôle à une autre personne, auquel cas, le *central management and control* peut être affecté :

> « Where the directors delegate their authority to other persons such that control is actually exercised by the shareholders or by individual directors or senior officers, then central management and control may be located in the jurisdictions in which those persons are located[35]. »

(…suite)

Canada et les administrateurs étaient canadiens. Le seul actif de Yamaska était un bateau faisant la navette entre l'Angleterre et l'Ouest de l'Afrique. Les décisions relatives aux politiques de la société étaient prises par un des actionnaires résidant en Angleterre. Les administrateurs résidents du Canada ne faisaient que recevoir et transférer les fonds relativement aux activités de navigation. Malgré le fait que le contrôle ultime *de jure* se situait au Canada, la Commission d'appel de l'impôt a décidé ce qui suit :

> « In the instant appeal**,** de facto management was exercised beyond any shadow of doubt, from England. Merely a de jure control prevailed in Canada. The House of Lords have made it evident, in the case referred to, that the residence of a company, wherever incorporated, is in that country where de facto central management and control are exercised. » (Notre soulignement)

34 À titre d'illustration, l'article 102 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, prévoit que le conseil d'administration d'une société canadienne gère les affaires tant commerciales qu'internes de la société.

35 Edwin G. KROFT, « Jurisdiction to Tax: An Update », dans *Corporate Management Tax Conference 1993*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 1:1-81, à la page 1:26.

Il est possible qu'une société ait plus d'une résidence à la fois, comme illustré par la décision *Swedish Central Railway Company Limited* c. *Thompson*[36]. La Cour d'appel d'Angleterre[37] adoptait à ce sujet, dans les années 50, les commentaires suivants de la décision australienne dans *Koitaki Para Rubber Estates Ltd*. c. *Federal Commissioner of Taxation* :

> « The better opinion however, appears to be that a finding that a company is a resident of more than one country ought not be made unless the control of the company is not centered in one country but is divided or distributed among two or more countries. The matter must always be one of degree and residence may be constituted by a combination of various factors, but one factor to be looked for is the existence in the place claimed as residence of some part of the superior or directing authority by means of which the affairs of the company are controlled[38]. » (Notre soulignement)

Cette tendance a été suivie par la Cour de l'Échiquier (maintenant la Cour fédérale) dans la décision *Tara Exploration and Development Co. Ltd.* c. *MRN*[39]. Dans cette affaire, la Cour avait conclu que la compagnie résidait en Irlande, étant donné que le *central management and control* y était situé, et ce malgré le fait que :

- Tara Exploration avait un siège social à Toronto;
- la compagnie gardait les registres et les minutes à cet endroit;

---

36 (1925) 9 T.C. 342 (H.L.).

37 *Union Corporation Ltd.* c. *Inland Revenue Commissioners*, (1952) 34 T.C. 207, 271 (C.A.). Dans cette décision, par ailleurs, la Cour indique qu'une présence d'actifs et la tenue d'activités commerciales importantes dans un pays ne suffiront pas à créer une résidence dans ce pays lorsque le contrôle sur ces activités et les affaires de la société en général s'exerce de l'extérieur du pays. Voir aussi à ce sujet Craig M. McDOUGALL, Sandra E. JACK et D. Blair DIXON, « Income Tax fundamentals in a global economy: old rules and the new reality », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 27:1-43.

38 (1940) 64 C.L.R. 15, 18-19 (H.C.).

39 70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.) (ci-après « *Tara Exploration* ») confirmée par la Cour suprême du Canada à 72 D.T.C. 6288. Dans cette cause, la compagnie avait été incorporée en Ontario et exploitait une entreprise en Irlande. Celle-ci a acheté les actions d'une autre compagnie canadienne dans le but de développer une mine en Irlande et de vendre les actions à profit. La Cour de l'Échiquier, et par la suite la Cour suprême du Canada, a reconnu que la compagnie était résidente de l'Irlande et non du Canada, étant donné que les administrateurs demeuraient en Irlande et y prenaient également les décisions relatives à la compagnie.

- elle tenait certaines assemblées au Canada;
- elle recevait et faisait certains paiements au Canada;
- la compagnie y avait également un compte bancaire et retenait les services d'avocats et de comptables au Canada.

La Cour de l'Échiquier a donc plus particulièrement conclu à l'inexistence d'une résidence canadienne, malgré tous les éléments indiqués ci-dessus. En effet, les activités commerciales et décisionnelles s'y rattachant avaient lieu en Irlande.

Il est intéressant de noter que la Cour de l'Échiquier avait d'abord souligné, quant à la question du *central control and management*, que :

> « The general manager and other active officers of the company were resident in Ireland and had their offices there. The directors and corporate officers of the company lived there or in Northern Ireland[40]. » (Notre soulignement)

Il ressort notamment de cet extrait que, à part le lieu de résidence des administrateurs, l'endroit où se trouvent le gérant de l'entreprise et les cadres actifs est un élément pertinent.

La Cour suprême du Canada avait confirmé le jugement de la Cour de l'Échiquier et s'était notamment attardée sur le fait que la plupart des décisions relatives à l'émission de chèques étaient prises par le président, lequel résidait en Irlande. Dans les faits, un certain nombre de chèques étaient émis par un comptable à Toronto, puisque l'autorisation préalable de l'Irlande était nécessaire.

La prise de décision quant aux dépenses de l'entreprise est donc clairement pertinente, par opposition à l'existence physique d'un compte de banque ou de fonctions comptables y étant reliées.

Lorsqu'il s'agit de déterminer la résidence d'une filiale, l'influence de la compagnie mère sur sa filiale pourra constituer un élément pertinent.

Il conviendra par ailleurs de déterminer si les gestes de la compagnie mère dépassent un contrôle normal, résultant de la détention des actions. Ce contrôle normal ne devrait logiquement pas être le critère déterminant,

---

40 *Id.*, 6373 (C. de l'É.).

puisque aucune filiale étrangère ne pourrait être considérée comme résidant ailleurs qu'à l'endroit où réside sa compagnie mère. Cet énoncé mène à un résultat bien sûr ridicule et il convient de l'éviter.

L'élément *independence of action*, c'est-à-dire le pouvoir d'agir sans contrôle de la compagnie mère, sera à considérer dans la détermination du lieu de résidence d'une filiale[41].

Comme illustré dans la décision *Tara Exploration*[42], le *day-to-day management* est un élément non négligeable à considérer dans la détermination du lieu où se situe le *central management and control*, particulièrement lorsque les décisions commerciales liant l'entreprise au niveau juridique sont également prises par la même équipe.

1.3. LA SOCIÉTÉ NON RÉSIDENTE DÉTIENT UN ÉTABLISSEMENT STABLE AU CANADA

Le concept d'établissement stable est une règle d'assujettissement à l'impôt canadien pour une société non résidente. La notion d'établissement stable n'est pas définie par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

---

41 À titre d'illustration, voir la décision *Victoria Insurance Co. Ltd.* c. *MRN*, 77 D.T.C. 320 (C.R.I.). Dans cette affaire, une filiale d'une compagnie d'assurance canadienne avait été incorporée aux Bahamas. Le siège social, les registres de la compagnie, la majorité des directeurs, les avocats de la compagnie et le compte bancaire se situaient aux Bahamas. On y tenait également les assemblées des administrateurs et on y transférait des fonds. Les éléments décisifs sur lesquels la Commission semble s'être appuyée pour conclure que la compagnie était résidente des Bahamas sont principalement l'indépendance d'action ainsi que la permanence. La Commission entend ici par indépendance d'action le fait de pouvoir agir sans qu'il y ait de contrôle par la compagnie mère. Voir aussi Serge BILODEAU, « Pot-pourri en fiscalité internationale – Notion de résidence », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 49:1-36 et les causes *Unigate Overseas Ltd.* c. *Mc Gregor (Inspector of taxes)*, [1996] S.T.C. (S.C.D.) 1 et *Zehnder and Company* c. *MRN*, 70 D.T.C. 6064 (C. de l'É.), revues dans le texte de Serge Bilodeau, mentionné ci-dessus.

42 Dans cette cause, la compagnie avait été incorporée en Ontario et exploitait une entreprise en Irlande. Celle-ci a acheté les actions d'une autre compagnie canadienne dans le but de développer une mine en Irlande et de vendre les actions à profit. La Cour de l'Échiquier, et par la suite la Cour suprême du Canada, a reconnu que la compagnie était résidente de l'Irlande et non du Canada, étant donné que les administrateurs demeuraient en Irlande et y prenaient également les décisions relatives à la compagnie.

Ainsi, une société sera assujettie à l'impôt canadien si elle exploite une entreprise au Canada. Les dispositions pertinentes à cet effet sont les suivantes : l'alinéa 2(3)b) L.I.R. et le sous-alinéa 115(1)a)(ii) L.I.R.

L'alinéa 2(3)b) L.I.R. énonce que :

> « Un impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu par la présente loi, sur son revenu imposable gagné au Canada pour l'année, déterminé conformément à la section D, par la personne non imposable en vertu du paragraphe (1) pour une année d'imposition et qui, à un moment donné de l'année ou d'une année antérieure, a :
>
> b) soit exploité une entreprise au Canada ».

Pour sa part, le sous-alinéa 115(1)a)(ii) L.I.R. énonce ce qui suit :

> « Pour l'application de la présente loi, le revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition d'une personne qui ne réside au Canada à aucun moment de l'année correspond à l'excédent éventuel du montant qui représenterait son revenu pour l'année selon l'article 3 :
>
> si elle n'avait pas de revenu autre :
> (ii) que les revenus tirés d'une entreprise exploitée au Canada ».

Plusieurs éléments nous permettent de déterminer s'il y a, dans les faits, exploitation d'une entreprise. Un auteur nous rappelle d'ailleurs les suivants :

> « • the place where a contract is made;
> • the place(s) where various operations essential to profit are conducted (for example, manufacture, storage, sales office);
> • the place of delivery;
> • the place of payment; and
> • the place from which orders are solicited[43]. »

Dans l'affaire *Culters Guild Ltd.* c. *La Reine*[44], la compagnie appelante avait été incorporée en Ontario. Elle empruntait de l'argent aux États-Unis pour financer ses achats en Orient. Le Ministère cotisa la compagnie appelante pour les retenues à effectuer lors d'un paiement d'intérêts fait à un non-résident. La compagnie appelante s'est opposée, considérant qu'elle n'était pas elle-même résidente du Canada.

---

43 Robert J. SPINDLER, « International Taxation of E-Commerce Merchanting », dans *1999 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 39:1-39, à la page 39:12.

44 81 D.T.C. 5093 (C.F.) (ci-après « *Culters* »).

La Cour fédérale a énoncé le test utilisé pour déterminer si un contribuable exploite une entreprise dans un autre pays que le Canada. Elle s'exprima de la manière suivante à la page 5095 :

> « Whether or not a taxpayer is carrying on a business in another country is a question of fact to be determined in each case. Courts have ruled that the place where sales, or contracts of sale, are effected is of substantial importance. However, the place of sale may not be the determining factor if there are other circumstances present that outweigh its importance[45].
>
> Another test emanating from the jurisprudence is "Where do the operations take place from which the profits arise?" Soliciting orders in one country may only be ancillary to the exercise of a trade in another county[46]. Certain authorities establish that activities and operations other than contracts for sale constitute the carrying on of a business, especially where these respective activities and operations produce or earn income. While income may be realized through sales, it may not arise entirely from that one activity or operation[47]. » (Notre soulignement)

Notons que les tribunaux de *common law*, particulièrement ceux du Royaume-Uni, ont établi que le lieu de passation des contrats est le facteur le plus important dans la détermination de l'emplacement de l'exploitation d'une entreprise[48].

Comme nous le rappelle l'auteur Kyres[49], pour déterminer le lieu d'une entreprise, les tribunaux ne considèrent que les contrats à but lucratif (par exemple, les contrats de vente). Par contre, les tribunaux ne tiennent pas compte des contrats qui sont conclus en prévision d'activités commerciales ou qui jouent un rôle préliminaire et accessoire par rapport aux contrats définitifs qui se traduiront par un profit (par exemple, les baux, les contrats d'achat de fournitures, les contrats de main-d'œuvre).

---

45 *Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.* c. *Lewellin*, (1957) 37 T.C. 111 (H.L.) (ci-après « *Firestone* »).

46 *F.L. Smith & Co.* c. *F. Greenwood*, (1922) 8 T.C. 193 (H.L.).

47 *Wm. Wrighley Jr. Company Ltd.* c. *Provincial Treasurer of Manitoba*, [1947] C.T.C. 304 et confirmé par le Conseil Privé, [1949] C.T.C. 377.

48 *Erischsen* c. *Last*, (1881) 4 T.C. 422 (C.A.) (ci-après « *Erischsen* »); *Werle* c. *Colquhoun*, (1888) 2 T.C. 402 (C.A.), *Crookston Bros* c. *Furtado*, (1910) 5 T.C. 602; *MacLaine & Co.* c. *Eccott*, (1926) 10 T.C. 481 (C.L.); et *Geigy (can.)* c. *Commissioner, Social, Services Tax*, [1969] C.T.C. 79 (C.S.B.-C.).

49 Constantine A. KYRES, « Exploiter une entreprise au Canada », (1995), vol. 43, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1672-1718.

À titre d'illustration, dans la décision de la Cour fédérale *Culters*, on indiqua que « the purchase of goods in the Orient and the financing thereof in the United States, as well as the general planning and accounting in New York, were preliminary and ancillary phases of the plaintiff's business[50]. »

Le lieu des activités qui génèrent les profits est également un élément important. Comme il le fut mentionné ci-dessus, la Cour fédérale, dans *Culters*, s'était posé la question suivante : « Where do the operations take place from which the profits arise[51]? »

Cet élément, en plus de l'endroit où le contrat est conclu, est reconnu comme étant de loin le facteur le plus important[52].

Dans l'affaire *Tara Exploration* (C.S.C.), l'existence d'un bureau au Canada fourni par une compagnie liée ne fut pas reconnue comme étant un établissement stable par la Cour de l'Échiquier. Ce bureau n'était pas, dans les faits, utilisé pour l'exploitation de l'entreprise par la compagnie. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs noté qu'il n'y avait personne dans ce bureau qui avait la capacité de contracter au nom de la compagnie non résidente. De plus, la Cour nota que « [a]ll management and executive decisions relating to the conduct and control of the Respondent's business were taken in Ireland[53] ».

Enfin, la Cour de l'Échiquier, dont la décision fut confirmée par la Cour suprême du Canada, énonça en ce qui a trait à la notion d'établissement stable :

> « I am of the view that those words refer to an "establishment" in Canada where there are persons with authority to carry on some part of the taxpayer's money-making activities[54]. »

---

50 *Culters*, précité, note 44, 5095.

51 *Id*.

52 Voir *Firestone*, précité, note 45.

53 *Tara Exploration* (C.S.C.), précité, note 39, par. 9.

54 *Tara Exploration* (C. de l'É.), précité, note 39, 6378; C. A. KYRES, *loc. cit*., note 49; l'auteur note qu'une entreprise peut être exploitée par l'entremise ou sous le nom d'une autre personne, soit un employé ou un mandataire. Les tribunaux ont clairement établi qu'une personne qui emploie un représentant aux fins de l'exploitation d'une entreprise pour son propre compte dans un lieu donné exploite elle-même une entreprise dans ce lieu. *Erischsen*, précité, note 48 et *Twentieth Century Fox Film Corp.* c. *La Reine*, 85 D.T.C. 5513 (C.F. 1re inst.).

2. LA PARTIE XIII L.I.R.

L'application de la Partie XIII L.I.R. et de son mécanisme de perception est l'un des aspects les plus surveillés par le fisc dans un contexte de vérification internationale[55].

Le paragraphe 212(1) L.I.R. prévoit à ce sujet que toute personne non résidente doit payer un impôt sur le revenu de 25 % sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit, en titre de paiement intégral ou partiel de divers éléments. Nos commentaires seront limités ici aux paiements de redevances[56] et aux honoraires ou frais d'administration[57], deux sources majoritaires d'ajustement dans le cadre de vérification internationale.

2.1. REDEVANCES

L'alinéa 212(1)d) L.I.R. prévoit quant à lui que toute personne non résidente doit payer un impôt de 25 %[58] sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit à titre de « loyer, de redevance ou d'un autre paiement semblable[59]. »

Nous examinerons, dans un premier temps, la définition de « redevance ou de paiement semblable » comme prévu au préambule de l'alinéa

---

55 En vertu du paragraphe 215(1) L.I.R., la personne qui verse ou crédite en faveur d'une personne non résidente une somme visée par la Partie XIII L.I.R. doit retenir le montant de l'impôt dû par celle-ci au Receveur général au nom de la personne non résidente, débitrice de cet impôt. Pour une étude détaillée concernant le mécanisme de retenue de l'impôt, les omissions, les dérogations et les sanctions afférentes à la Partie XIII L.I.R., nous vous référons au texte suivant : Albert ANELLI et Marcel GUILBAULT, « Financing and interests », dans *Journée d'études fiscales 2003 – Fiscalité des paiements à des non-résidents*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003.

56 Al. 212(1)d) L.I.R.

57 Al. 212(1)a) L.I.R.

58 L'impôt de 25 % de la Partie XIII L.I.R. peut être réduit ou même éliminé par l'application d'une convention fiscale dont le Canada est signataire.

59 Les commentaires de cette section du présent texte seront concentrés sur les paiements qui constituent une « redevance » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par opposition aux paiements de « loyers ».

212(1)d)[60] et la définition de « redevance » et de « rémunération de toute nature » dans un contexte de convention fiscale. Dans un deuxième temps, nous examinerons les cas de non-conformité les plus souvent rencontrés, et inévitablement les plus souvent examinés par l'ADRC relativement à des paiements de redevances faits à des personnes non résidentes. Ainsi, nous étudierons la question du transfert de technologie dans un contexte de fiscalité canadienne et dans un contexte de convention fiscale et les problématiques de paiements pour exclusivité visés par le sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R. et de paiements à compensation unique pour acquisition d'un droit.

2.1.1. Paiements visés par l'alinéa 212(1)d) L.I.R.

Aux fins de déterminer si une retenue doit être effectuée en vertu de l'alinéa 212(1)d) L.I.R., il est nécessaire de considérer, dans un premier temps, comme énoncé dans son préambule[61], si le paiement est de la nature d'une « redevance ou d'un paiement semblable[62]. » Si ce n'est pas le cas, il sera alors nécessaire, dans un deuxième temps, d'examiner la potentielle application des inclusions statutaires prévues aux sous-alinéas 212(1)d)(i) à 212(1)d)(v) L.I.R.[63] Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'un paiement par ailleurs

---

60 Les inclusions statutaires prévues aux sous-alinéa 212(1)d)(i) à 212(1)d)(v) ne seront pas étudiées en profondeur dans le présent texte. Pour une étude approfondie de ceux-ci nous vous référons aux textes suivants : Neil H. ARMSTRONG, « Exploiting the Unique Feature of Intellectual Property in R&D: Credits Today, Innovation Tomorrow », dans *Corporate Management Tax Conference 1999*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 9:1-51; Pierre GONTHIER, « Le traitement fiscal des paiements de redevance en vertu de l'impôt de la Partie XIII et des conventions fiscales », dans *Journée d'études fiscales 2003*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, pp. 1:1-26. Le sous-alinéa 212(1)d)(iv), portant sur les paiements d'exclusivité, sera néanmoins abordé dans la section 3.1.4. du présent texte, ainsi que les sous-alinéas (i) et (ii).

61 Voir le préambule de l'alinéa 212(1)d) :

> « Loyers, redevances et autres paiements – du loyer, de la redevance ou d'un paiement semblable, y compris, sans préjudice de la portée générale de ce qui précède, un paiement [...] ».

62 Cette approche en deux étapes a, entre autres, été confirmée et appliquée dans les affaires suivantes : *La Reine* c. *Farmparts Distributing Ltd.*, 80 D.T.C. 6157 (C.A.F.) (ci-après « *Farmparts* »); *Hasbro Canada Inc.* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 2129 (C.C.I.) (ci-après « *Hasbro* »); *Grand Toys Ltd.* c. *MRN*, 90 D.T.C. 1059 (C.C.I.) (ci-après « *Grand Toys Ltd.* »).

63 Nous devons également, inévitablement, étudier la potentielle application des sous-alinéas 212(1)d)(vi) à 212(1)d)(xi) qui renferment certaines exclusions spécifiques aux

(à suivre…)

visé par l'un des sous-alinéas (i) à (v) soit également inclus dans l'expression « redevance ou paiement semblable » au préambule de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. D'autre part, comme nous le verrons plus en détail, un tel paiement n'a pas forcément à respecter le critère de contingence ou d'imprévu[64].

Dans le même sens, la position administrative de l'ADRC, appliquée entre autres dans le cadre de vérifications internationales, est à l'effet que les mots « [...] y compris, sans préjudice de la portée générale de ce qui précède, un paiement fait […] » au préambule de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. signifie que les paiements décrits aux sous-alinéas 212(1)d)(i) à 212(1)d)(v) L.I.R. inclusivement seraient visés par l'alinéa 212(1)d) L.I.R., même s'il ne s'agit pas à prime abord d'une redevance ou d'un paiement semblable[65].

2.1.1.1. Définition de « redevance ou de paiement semblable » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

De façon générale, la jurisprudence nous indique que l'expression « redevance » doit recevoir son sens généralement reconnu par les pratiques commerciales canadiennes, et donc viser des paiements variant en fonction des ventes[66].

(…suite)

notions de « loyers », « redevances » ou « paiements semblables » aux fins de s'assurer de son application.

64 *Hasbro*, précité, note 62, par. 19 :

> « it is necessary to consider first if the payments are in the nature of a royalty or a similar payment. If not, it will then be necessary to determine whether these payments come within the ambit of subparagraph 212(1)(d)(ii) or (iii) of the *Act*. Finally, if the payments do come within the ambit of subparagraph 212(1)(d)(iii) it will have to be decided if they are excluded by the effect of the postamble of that subparagraph ».

65 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-303, « Paiements en échange de connaissances techniques ou paiements semblables faits à des non-résidents », 8 avril 1976, par. 9.

66 *MRN* c. *Wain-Town Gas and Oil Co. Ltd.*, 52 D.T.C. 1138, 1140 (C.S.C.) (ci-après « *Wain-Town* »); *Warsh and Co. Ltd.* c. *MRN,* 62 D.T.C. 247 (C.C.I.); *Western Electric Co. Inc.* c. *MRN*, 69 D.T.C. 5204 (C. de l'É.), confirmé à 71 D.T.C. 5068 (C.S.C.) (ci-après « *Western* »); *Vauban Productions* c. *La Reine*, 75 D.T.C. 5371, 5372 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Vauban Productions* »); *Farmparts*, précité, note 62; *La Reine* c. *Saint-John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd.*, 80 D.T.C. 6272 (C.A.F.)

(à suivre…)

Dans l'affaire *Vauban Productions*, la Cour donna une définition du terme « redevance » en la distinguant d'un paiement de capital :

> « Le terme "redevances" (*royalties*) désigne normalement une participation à des bénéfices ou une part ou pourcentage d'un bénéfice, basée sur l'exploitation ou sur le nombre d'unités, de copies ou d'articles vendus, loués ou utilisés. Le montant d'une redevance afférente à un droit est, d'une certaine façon, fonction du rythme d'exploitation de ce droit.
>
> [...]
>
> alors qu'on estime que le paiement d'une somme forfaitaire pour la cession intégrale d'un droit, sans égard à l'utilisation qui en sera faite, est, par sa nature un paiement en capital, qui pourra cependant être imposable en tant que revenu entre les mains du bénéficiaire s'il relève de l'activité normale de ce contribuable[67]. »

Suivant une jurisprudence plus récente, nous pouvons conclure que, généralement, un paiement sera considéré comme une « redevance » si le montant du paiement est apprécié en fonction de la production dérivée de l'usage du bien au Canada, du profit de l'entreprise[68] ou des gains générés par l'exercice de certains droits, que le paiement soit ou non de nature capital[69]. Un élément de contingence ou d'imprévu est essentiel afin de distinguer une redevance d'un paiement forfaitaire unique[70].

Une redevance ou un paiement semblable est donc un paiement fait pour l'utilisation d'un bien, de droits ou de renseignements dont le montant dépend de l'étendue ou de la durée de l'utilisation, des profits ou des ventes par l'utilisateur[71].

(…suite)
(ci-après « *Saint-John* »); *Grand Toys Ltd.*, précité, note 62; *Entré Computer Centers Inc.* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 846 (C.C.I.) (ci-après « *Entré Computer* »); *Hasbro*, précité, note 62.

67 *Vauban Productions*, précité, note 66, 5371-5372.

68 Le profit auquel il est fait référence ici est le profit du bénéficiaire du paiement. Voir *Entré Computer*, précité, note 66; *Hasbro*, précité, note 62; *Grand Toys Ltd.*, précité, note 62.

69 Voir *Saint-John*, précité, note 66.

70 *Vauban Productions*, précité, note 66; *Grand Toys Ltd.*, précité, note 62, 1059 et 1063; Duncan OSBORNE, « Revisiting Royalties in the Age of Electronic Commerce », (1999), vol. 47, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 424 et suiv.

71 *Hasbro*, précité, note 62, par. 22.

Les tribunaux n'ont, dans la majorité des décisions pertinentes ayant appliqué l'alinéa 212(1)d) L.I.R. dans un contexte de redevance, pas eu à faire ou n'ont tout simplement pas fait la distinction entre ce qui est une redevance et ce qui pourrait constituer un paiement semblable à une redevance. Il semblerait néanmoins que l'expression « paiement similaire » vise un paiement qui a les principaux attributs d'une redevance, sans pour autant en posséder toutes les caractéristiques. Ainsi, par exemple, nous pouvons spéculer que cette expression vise un paiement unique[72] ou ayant des modalités différentes[73] d'une redevance à proprement parler[74].

Cependant, pour réconcilier cette affirmation avec la jurisprudence canadienne sur la question, une redevance devrait néanmoins, comme mentionné, avoir cet élément essentiel de contingence ou d'imprévu[75].

Finalement, l'emploi du terme « redevance » dans un acte juridique prévoyant un paiement n'est pas nécessairement garant de sa qualification juridique à titre de redevance[76].

2.1.1.2. Définition de « redevance » dans le contexte d'une convention fiscale dont le Canada est signataire

Les paiements de redevances faits au résident d'un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale sont souvent assujettis à un taux de retenue inférieur à 25 % (généralement 10 % ou 15 %)[77].

---

72 *Angoss International Ltd*. c. *MRN*, 99 D.T.C. 567 (C.C.I.) (ci-après « *Angoss International Ltd.* »).

73 *Quality Chekd Dairy Products Association (Co-opérative)* c. *MRN*, 67 D.T.C. 5303 (C. de l'É.) (ci-après « *Quality* »).

74 P. GONTHIER, *loc. cit.*, note 60, 9.

75 *Vauban Productions*, précité, note 66; *Grand Toys Ltd*., précité, note 62, 1059 et 1063; D. OSBORNE, *loc. cit.*, note 70; P. GONTHIER, *loc. cit.*, note 60, 9.

76 D. OSBORNE, *loc. cit.*, note 70, 439; *Ross* c. *MRN*, 50 D.T.C. 775 (C. de l'É.); *Wain-Town*, précité, note 66; *Vauban Productions*, précité, note 66; *Société Nouvelle de cinématographie Inc.* c. *MRN*, 79 D.T.C. 802 (ci-après « *Société Nouvelle* »); *Grand Toys Ltd*., précité, note 62, 1061.

77 À titre d'exemple, dans les conventions fiscales entre le Canada et les États-Unis, le Canada et la Grande-Bretagne et entre le Canada et la Suisse, la retenue canadienne sur un paiement de redevance à un résident du pays cosignataire est limitée à 10 %.

Le fisc doit donc, dans la grande majorité de ses vérifications internationales, dans un contexte de paiement de redevance ou autre, appliquer les dispositions d'une convention fiscale.

Le Canada a adopté dans la majorité de ces conventions fiscales, une définition de « redevance » basée sur celle proposée par le modèle de convention fiscale de l'OCDE[78]. Il est à noter que la définition de redevance prévue à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis est plus large que la plupart des autres conventions signées par le Canada[79].

---

[78] La Convention modèle définit à son article 12(2) l'expression « redevance » de la façon suivante :

> « 2. Le terme "redevance" employé dans le présent article désigne les rémunérations de toute nature payées pour l'usage ou la concession de l'usage d'un droit d'auteur sur une œuvre littéraire, artistique ou scientifique, y compris les films cinématographiques, d'un brevet, d'une marque de fabrication ou de commerce, d'un dessin ou d'un modèle, d'un plan, d'une formule ou d'un procédé secrets et pour des informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique. »

[79] La *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention fiscale Canada-États-Unis ») définit à son article XII(3) une « redevance » de la façon suivante :

> « **3.** Nonobstant les dispositions du paragraphe 2,
>
> a) les redevances à titre de droits d'auteur et autres rémunérations similaires concernant la production ou la reproduction d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique (à l'exclusion des paiements concernant les films et les oeuvres enregistrées sur films, bandes magnétoscopiques ou autres moyens de reproduction destinés à la télévision);
>
> b) les paiements pour l'usage ou la concession de l'usage de logiciels d'ordinateurs;
>
> c) les paiements pour l'usage ou la concession de l'usage d'un brevet ou d'informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique (à l'exclusion des informations fournies dans le cadre d'un contrat de location ou de franchisage); et
>
> d) les paiements à l'égard de la diffusion que les États contractants sont convenus, par échange de notes, de couvrir aux fins du présent paragraphe;

(à suivre…)

De façon générale, la définition de « redevance » dans les conventions fiscales dont le Canada est signataire est plus restrictive que le sens donné à cette expression dans la Partie XIII L.I.R. en ce qui a trait aux types de biens ou de droits visés par le paiement[80]. Effectivement, la définition de « redevance », dans la plupart des conventions fiscales signées par le Canada, est exhaustive.

Une lecture rapide du texte de la définition de redevance », dans la presque totalité des conventions fiscales dont le Canada est partie, suggère que celle-ci est plus vaste que celle de la Partie XIII L.I.R. en ce qu'elle inclut tous types de paiements, indépendamment de leurs formes ou des modalités y afférents, pour autant que le paiement se rapporte à l'usage d'un bien, d'un droit ou d'une information spécifiquement énumérée[81]. Cependant, la Cour d'appel fédérale a eu l'occasion de se pencher sur la définition de « redevance », comme prévu dans la version antérieure de la Convention fiscale Canada-États-Unis. Elle a ainsi précisé qu'un paiement pour l'usage d'un bien doit revêtir les caractéristiques d'un paiement de redevance[82].

(…suite)

> provenant d'un État contractant et dont un résident de l'autre État contractant est le bénéficiaire effectif, ne sont imposables que dans cet autre État. »

80 D. OSBORNE, *loc. cit.*, note 70, 447 et suiv.

81 La définition de « redevance » à l'article XII(4) de la Convention fiscale Canada-États-Unis inclut « les rémunérations de toute nature ». De plus, sont inclus les gains provenant de l'aliénation d'un bien incorporel ou d'un droit énuméré dans ladite définition à condition que ces gains dépendent de la productivité, de l'utilisation ou de l'aliénation d'un tel bien ou droit. Il est également à noter que le critère de contingence et d'imprévu ne s'applique que pour les gains. Voir article XII(3) de la Convention fiscale Canada-États-Unis et D. OSBORNE, *loc. cit.*, note 70.

82 *Saint-John*, précité, note 66, par. 15-16 :

> « Neither "rentals" nor "royalties", in the ordinary connotation, in my opinion, includes a lump sum payment for the use of or for the privilege of using property indefinitely.
>
> […] the authors had in mind that what was being dealt with was the taxation of income, as opposed to capital, and that the expression "rentals or royalties" is used, rather than "any payment", in order to ensure that no payment that would not have the characteristic of "rentals or royalties" would be included. »

Considérant ce qui précède, l'application simultanée des dispositions de la Partie XIII L.I.R. et de la Convention fiscale Canada-États-Unis, fait en sorte qu'un paiement de redevance par ailleurs couvert par l'alinéa 212(1)d) L.I.R., par exemple un paiement de redevance relatif à un service, est souvent exempté de retenue d'impôt par le biais d'une convention fiscale si le paiement ne peut être rattaché à un établissement stable du non-résident du Canada ou s'il n'est pas compris dans la définition de « redevance » prévue à la convention fiscale en question.

De plus, les définitions de « redevance » prévues dans la plupart des conventions fiscales signées par le Canada incluent systématiquement les paiements faits en considération de transfert de savoir-faire (*know-how*)[83]. Ainsi, les paiements pour savoir-faire sur lesquels une retenue doit être faite en vertu de la Partie XIII L.I.R.[84] ne sont généralement pas exemptés de retenue d'impôt en vertu des conventions fiscales. Cependant, lorsque le droit ou le bien est relié à un établissement permanent au Canada, la redevance sera imposée à titre de revenu d'entreprise en vertu de l'article VII de la Convention fiscale Canada-États-Unis[85] et non à titre de redevance.

2.1.2. Transferts technologiques

Un brevet, un droit d'auteur, une marque de commerce, un savoir-faire sont les formes les plus usuelles de technologies ou de connaissances technologiques faisant l'objet d'un transfert. Ces technologies sont

---

[83] L'article XII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, de la Convention fiscale Canada-Suisse et de la Convention fiscale Canada-Grande-Bretagne vise « des informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique ».

[84] Le sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R. vise des renseignements relatifs à des connaissances industrielles, commerciales et scientifiques. Pour une étude approfondie du concept de savoir-faire (*know-how*) et des problématiques y afférentes, nous vous référons aux affaires *Quality*, et plus récemment *Hasbro* et aux textes suivants : Neil H. ARMSTRONG, « Exploiting the Unique Feature of Intellectual Property », dans *R&D : Credits Today, Innovation Tomorrow*, dans *Corporate Management Tax Conference 1999*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 9:1-51; James R. WILSON, « Tax Treatment of Development, Acquisition and Transfer of Technology », dans *1983 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1984, pp. 819-865, à la page 837; Pierre LESSARD, « Transferts technologiques entre le Canada et les États-Unis », dans *Journée d'études fiscales 1995*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, tab. 5, pp. 1-43; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 65, par. 3.

[85] N. H. ARMSTRONG, *loc. cit.*, note 60; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 65, par. 35.

reconnues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans sa définition de « bien »[86] qui elle-même fait référence aux biens dits « incorporels »[87].

Les incidences fiscales découlant d'un transfert de technologie entre une personne non résidente en faveur d'un résident canadien et la caractérisation d'un paiement versé en compensation d'un transfert de technologie dépendent de la forme juridique que revêt le transfert, de la nature des droits transférés, des modalités de paiement et de la nature de la technologie faisant l'objet du transfert.

Un transfert de technologie peut revêtir plusieurs formes juridiques. On retrouve généralement le cas de la disposition de la propriété intellectuelle, de la cession totale ou partielle pour une durée et/ou une région déterminée de la propriété intellectuelle ou des droits afférents à une technologie en faveur d'une autre personne, de la concession de certains droits ou d'attributs de la propriété intellectuelle par le biais d'une convention de licence exclusive[88] ou non exclusive[89].

La différence entre une cession et une convention de licence se situe au niveau du droit de propriété et non pas dans la forme de la contrepartie versée en échange des droits ou de la licence. Effectivement, une cession ne donnera pas toujours droit à une somme forfaitaire alors qu'une licence ne donnera pas toujours droit à un versement de redevance[90]. De ce fait, une

---

86 Par. 248(1) L.I.R.

87 Les biens incorporels incluent, entre autres, les inventions, les formules, les brevets, les marques de commerce, les procédés, les dessins, les modèles et les licences.

88 Une licence est généralement commercialement plus intéressante, du point de vue du propriétaire du bien, que le transfert de propriété sur le bien qui fait l'objet de la licence, puisqu'elle permet un contrôle accru de la propriété intellectuelle exploitée par le licencié.

89 La distinction entre une licence exclusive suggérant le transfert de propriété sur la propriété intellectuelle et la licence non exclusive, suggérant la rétention de propriété, est également pertinente, entre autres, aux fins de déterminer si une retenue d'impôt doit être effectuée. Voir Alfred ZORZI, « Transferts de technologies », (1998), vol. 20, n° 20 *Revue de planification fiscale et successorale* 13-120 et Claude E. JODOIN, « Importation et exportation des connaissances technologiques », dans *Journée d'études fiscales 1997*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 1-62.

90 Une convention de licence peut donner lieu à un paiement établi à partir d'un pourcentage des ventes du licencié (avec ou sans plancher préétabli), à un montant forfaitaire annuel pour la durée de la convention de licence, à un paiement unique, à un paiement pour services, etc. À titre illustratif, voir *Société Nouvelle*, précité, note

(à suivre…)

convention de licence pour l'utilisation d'une technologie peut impliquer différents types de paiements qui ne seront pas nécessairement visés par l'alinéa 212(1)d) L.I.R.[91] De plus, la nature de la contrepartie affectera également le traitement fiscal de la transaction.

À titre d'exemple, un paiement fait pour l'acquisition partielle de droits d'auteur[92] sera généralement considéré comme une redevance. Le test déterminant peut, dans bien des cas, reposer sur le fait qu'il y aurait ou non, en l'absence d'une telle licence, une violation au droit d'auteur.

Pour être en présence d'une disposition, il devrait y avoir la cession d'un certain niveau d'exclusivité dans la propriété intellectuelle. Une licence permettant l'usage d'une propriété intellectuelle représente souvent une façon d'exploiter la propriété intellectuelle et non de la céder à proprement parler[93]. Un paiement fait en échange des droits complets de propriété ou des droits d'auteur relatifs à une technologie ne sera généralement pas de la nature d'une redevance.

Dans le cas d'aliénation substantielle mais partielle[94] des droits d'auteur ou des droits de propriété, la détermination de la nature du paiement dépendra des faits et des circonstances particulières entourant chaque cas. Cependant, il semble clair que lorsque les droits de propriété sur les droits

(…suite)

76 où il a été décidé que l'aspect perpétuel ou l'aspect unique d'un paiement de redevance en soi ne permettent pas de caractériser une relation de convention de licence ou de disposition des droits du contribuable. Voir également Scott L. SCHEUERMANN, « Income and Commodity Tax Aspects of Acquiring and Exploiting Technology », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 45:1-69, à la page 45:2; A. ZORZI, *loc. cit.*, note 89.

91 À titre d'exemple, une licence peut prévoir un paiement établi à partir d'un pourcentage des ventes annuelles du licencié avec ou sans plancher, un montant forfaitaire annuel, un paiement unique au moment de l'octroi de la licence ou un montant pour l'acquisition de la technologie. Le paiement forfaitaire peut également être versé en un seul paiement ou en plusieurs versements. Voir A. ZORZI, *loc. cit.*, note 89 et C. E. JODOIN, *loc. cit.*, note 89.

92 Transfert n'impliquant pas le transfert complet des droits d'auteur sur la technologie.

93 *Canadian General Electric Company Ltd*. c. *La Reine*, 87 D.T.C. 5070 (C.A.F.).

94 À titre d'exemple, dans les cas où un droit exclusif d'usage est accordé, mais pour une période de temps et une région géographique déterminée.

d'auteur ont été aliénés, le paiement ne peut être pour le droit d'usage d'un bien et ne peut donc représenter un paiement de redevance[95].

Toutes ces variables complexifient la tâche des vérificateurs de l'ADRC et des contribuables qui aspirent à une certaine certitude dans le traitement fiscal de leurs transactions internationales.

Cependant, comme mentionné, l'importation d'une technologie d'un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale ne sera généralement imposée que lorsque le paiement en question est sujet à une retenue d'impôt. Si aucune retenue d'impôt n'est applicable en vertu de la convention fiscale, le revenu réalisé par la personne non résidente sera généralement considéré comme du revenu d'entreprise et sera imposé au Canada uniquement si la personne non résidente a un établissement stable au Canada.

2.1.3. Acquisition d'un droit pour compensation à paiement unique (paiement forfaitaire)

Les principes qui se dégagent des différentes décisions canadiennes tant en matière d'impôt sur le revenu (alinéa 12(1)g) de la Partie I L.I.R.[96]) qu'en

---

[95] D. OSBORNE, *loc. cit.*, note 70, 426 et suiv. Voir également la décision de la Chambre des Lords *Nethersole* c. *Winters (HM Inspector of Taxes)* (1948), 28 T.C. 501 (H.L.) qui effectue la distinction entre la notion d'aliénation et la notion de paiement pour l'usage d'un droit d'auteur.

[96] La politique administrative relative à l'application de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. veut que les règles suivantes s'appliquent pour déterminer ce qui constitue un revenu et ce qui constitue un paiement de nature capital :

a) lorsque les paiements effectués en vertu du contrat de vente sont tous basés sur la production ou l'usage du bien, toutes les sommes reçues par le contribuable sont incluses dans le revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g) L.I.R.;

b) lorsque le contrat de vente prévoit des paiements basés sur la production ou l'usage de bien en plus d'une somme déterminée, ces premiers paiements constituent un revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. et la somme déterminée est traitée comme le produit d'une disposition;

c) lorsque le contrat de vente prévoit le paiement d'une somme déterminée, à laquelle s'ajoutera un montant supplémentaire si la production ou l'usage du bien dépasse un chiffre donné, la somme déterminée est traitée comme le produit d'une disposition et la somme supplémentaire, s'il en est, est ajoutée au revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g) L.I.R.;

d) lorsque le contrat de vente prévoit des paiements basés sur la production ou l'usage du bien, mais stipule également un prix de vente minimum (ou des

(à suivre…)

matière d'imposition des non-résidents (Partie XIII L.I.R.) sont contradictoires en ce qui a trait à plusieurs aspects entourant l'imposition des paiements de redevances. Une des contradictions les plus marquées repose sur l'inclusion de paiement forfaitaire dans la notion de « redevance », et ce, tant au niveau domestique qu'au niveau de l'application d'une convention fiscale.

Cette divergence est également présente et doit être appliquée quotidiennement par le fisc dans la détermination de potentiels ajustements en vertu de la Partie XIII L.I.R.

Par le biais de politiques administratives[97] et d'interprétations techniques[98], l'ADRC considère que l'expression « redevance », telle qu'elle est utilisée à l'alinéa 212(1)d), a un sens suffisamment large pour comprendre, dans certaines circonstances, des paiements uniques ou forfaitaires et que cette expression ne se limite pas nécessairement à des paiements effectués périodiquement.

Cependant, les tribunaux canadiens se sont penchés sur cette question à plusieurs reprises et en sont venus à la conclusion qu'une redevance ne peut

---

(…suite)

> paiements annuels minimums), les paiements basés sur la production ou l'usage du bien constituent un revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g) L.I.R., qu'ils soient inférieurs ou supérieurs au minimum. Toutefois, les autres paiements effectués pour combler les stipulations minimales sont traités comme étant le produit d'une disposition.

Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-462, « Loi de l'impôt sur le revenu – Paiements basés sur la production ou l'usage », 27 octobre 1980.

97 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 65, par. 7. À noter que, comme son titre l'indique, ce bulletin d'interprétation porte principalement sur les paiements effectués en contrepartie de la fourniture de savoir-faire. De plus, il date de 1976, soit bien avant la grande majorité de la jurisprudence canadienne portant sur l'application de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. Il n'est donc pas étonnant qu'il n'y soit fait aucune mention relativement au critère jurisprudentiel pratiquement unanime, voulant qu'un paiement de redevance doive reposer sur un élément de contingence et d'imprévu. La position de l'ADRC est également en ce sens dans AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 77-16R4, « Impôt des non-résidents », 11 mai 1992, par. 38 à 44.

98 *Tax Net* (en ligne), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 922179A, 16 mars 1993 et *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, 1998, par. 1744.

revêtir la forme d'un paiement forfaitaire[99]. Cette conclusion est, selon nous, conforme au principe bien établi voulant qu'un paiement de redevance soit un paiement dont le montant dépend d'un élément de contingence et d'imprévu qui n'existe pas dans le paiement unique, même si celui-ci est payé en plusieurs versements.

À l'inverse, dans les affaires *Vauban Production*[100], *Société Nouvelle*[101] et *Angoss International Ltd.*[102], la Cour a conclu qu'un paiement forfaitaire pouvait se qualifier de paiement de redevance au sens de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. et être imposé comme tel.

Il semblerait par ailleurs que la définition de « redevance » prévue dans la plupart des conventions fiscales signées par le Canada comprenne une « rémunération de toute nature » et soit assez large pour inclure des paiements forfaitaires[103]. Il n'est pas exclu, cependant, qu'une exemption particulière de la convention fiscale applicable n'entre en jeu pour exempter le paiement de retenue, comme par exemple l'exemption pour droit d'auteur prévue à l'article VII(3) de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

À titre d'illustration, dans l'affaire *Angoss International Ltd.*, l'alinéa 212(1)d) L.I.R. fut appliqué et un paiement forfaitaire fait en compensation d'une licence non exclusive et décrite comme frais de licence fut considéré comme un paiement semblable à un paiement de redevance, et ce même en

---

[99] *MRN* c. *Paris Canada Films Ltd.*, 62 D.T.C. 1338; *Farmparts*, précité, note 62; *Saint-John*, précité, note 66; *Grand Toys Ltd.*, précité, note 62.

[100] Cette décision fut rendue dans un contexte d'application de la Convention fiscale entre le Canada et la France, telle qu'elle se lisait à l'époque.

[101] Précité, note 76, par. 6 et 9 :

> « In the two Trans Ocean International contracts, neither the aspect of time "in perpetuity" nor lump sums (single royalty payments in themselves make the transaction into sales, with the result that the appellant has a right of complete ownership.
>
> […]
>
> The appellant operated in accordance with certain rights specified in the contracts, and the Minister's decision that the payments in question are "rent, royalty or a similar payment" in keeping with paragraph 212(1)(d) of the Income Tax Act is correct. »

[102] Précité, note 72.

[103] Par exemple, le libellé de la Convention fiscale Canada-États-Unis inclut les « rémunérations de toutes natures ». Voir également *Saint-John*, précité, note 66.

l'absence de périodicité. Néanmoins, dans cette affaire, le paiement fut dispensé de retenue d'impôt par l'exemption pour droit d'auteur prévue au sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R. et également exempté par l'application de l'article XII(3) de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

2.1.4. Convention d'exclusivité

De façon générale, une convention d'exclusivité, dont les paiements qui en découlent sont susceptibles d'être visés par la Partie XIII L.I.R., est une entente entre une personne résidente et une personne non résidente qui consent, contre compensation, à ne pas utiliser son droit et à ne pas permettre à une autre personne d'exploiter un bien ou un savoir-faire visé aux sous-alinéas 212(1)d)(i) et 212(1)d)(ii) L.I.R.[104]

À titre d'exemple, un paiement fait par un distributeur canadien pour s'assurer de l'exclusivité d'un marché peut constituer un paiement de redevance au sens du sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. et ainsi être soumis à une retenue d'impôt de 25 % selon la Partie XIII L.I.R.

Les paiements versés au non-résident en vertu d'une telle acquisition d'exclusivité sont assujettis à l'impôt de la Partie XIII, selon le sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. :

> « (iv) conformément à une convention, entre une personne qui réside au Canada et une personne non-résidente, en vertu de laquelle cette dernière convient de ne pas utiliser et de ne permettre à personne d'utiliser une chose mentionnée au sous-alinéa (i) ou les renseignements dont il est fait mention au sous-alinéa (ii) ».

Dans l'affaire *Grand Toys Ltd.*, la Cour détermina sur la base des faits particuliers de cette affaire et de l'intention réelle des parties que les paiements faits par le distributeur canadien aux fins de s'assurer de l'exclusivité d'un marché n'étaient pas des redevances au sens de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. Il semblerait que cette conclusion à l'effet qu'il ne s'agisse pas de redevance soit basée sur le fait que les paiements en question n'étaient pas contingents aux profits dérivés de ce droit d'exclusivité[105].

---

[104] D. OSBORNE, *loc. cit.*, note 70, 438; C. E. JODOIN, *loc. cit.*, note 89, 11-13; A. ZORZI, *loc. cit.*, note 89, 4-5.

[105] Comme mentionné, la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Grand Toys Ltd.* semble plutôt inconsistante avec la décision précédemment rendue dans l'affaire *Saint-John*, ayant interprété le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. comme incluant des paiements dont la computation ne dépend pas de la production dérivée de l'usage

(à suivre…)

Le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. s'applique à tout paiement fait en vue d'utiliser ou d'obtenir le droit d'utiliser au Canada un bien, une invention, une appellation[106], un brevet, une marque de commerce, un dessin, un modèle, un plan, un bleu, un procédé secret[107] ou de fabrication ou toute autre chose[108].

Pour qu'un paiement pour droit d'usage soit visé par le sous-alinéa 212(1)d)(i), il faut que le paiement se rapporte à un des biens ou droits énumérés dans celui-ci. Néanmoins, en visant un « bien » de façon générale et « autre chose », il est difficile d'imaginer un bien ou un droit qui ne soit pas visé ici[109].

Cependant, pour que les paiements versés en vertu d'un accord garantissant la non-utilisation d'un droit d'usage visé par le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. soient assujettis à la retenue d'impôt de la Partie XIII L.I.R., le droit d'usage doit être utilisé au Canada.

Le sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R. étend le sens de l'expression « redevance ou paiement similaire » de façon à inclure un paiement pour un transfert de savoir-faire (*know-how*)[110]. L'objet des paiements et leurs

---

(…suite)

du bien au Canada, du profit de l'entreprise ou des gains générés par l'exercice de ou par la renonciation à certains droits.

106 Voir l'arrêt *Farmparts*, précité, note 62, au paragraphe 16, où il fut déterminé que le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. comprend des paiements pour droit d'utiliser des logos, des marques déposées à titre d'appellations.

107 Voir l'arrêt *Western*, précité, note 66.

108 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 65, par. 10. Pour une étude plus complète de ce qui constitue de la propriété intellectuelle, nous vous renvoyons à N. H. ARMSTRONG, *loc. cit.*, note 60, 9:1-10 et D. OSBORNE, *loc. cit.*, note 70, 425-430.

109 Voir la définition de l'expression « bien », au paragraphe 248(1) L.I.R., et l'affaire *Saint-John* où il fut commenté, au paragraphe 11, sans pour autant se prononcer sur la question :

> « It is not easy for a payment of the kind described to escape the definition of "any payment […] for the use of or for the right to use in Canada any property […] or other thing whatever". »

110 Pour une définition de savoir-faire, voir l'affaire *Hasbro*, précité, note 62 où la Cour se réfère à la définition contenue dans les Commentaires à l'article 12 de la Convention modèle de l'OCDE. Il est intéressant de noter que l'adoption de cette définition par l'OCDE fut inspirée de la version retenue par l'Association des bureaux

(à suivre…)

modalités permettent donc de restreindre la portée du sous-alinéa (ii). Effectivement, seul un paiement relatif à des renseignements sur des connaissances industrielles, commerciales ou scientifiques est visé. De plus, la valeur du paiement doit être basée en totalité ou en partie sur l'usage fait du savoir-faire, le bénéfice qui en est dérivé sur la production ou les ventes de biens ou de services ou sur le profit généré[111]. Cependant, il n'est pas nécessaire que les renseignements relatifs à des connaissances visées au sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R. soient utilisés au Canada pour être visés par la Partie XIII L.I.R.[112]

Contrairement aux paiements reçus par le non-résident pour droit d'usage ou renseignements relatifs à des connaissances, les paiements reçus en vertu d'un accord garantissant la non-utilisation d'un tel droit ou de tels renseignements ne sont pas inclus dans la définition de « redevances » prévue à la Convention fiscale Canada-États-Unis. Conséquemment, les redevances reçues pour acquisition d'exclusivité ne bénéficient d'aucun allégement en vertu de la Convention fiscale[113].

2.2. LES FRAIS DE GESTION

L'alinéa 212(1)a) L.I.R. prévoit un impôt de 25 % sur les sommes versées ou créditées par une personne résidente du Canada à une personne

(…suite)
pour la protection de la propriété intellectuelle. Pour une interprétation administrative, voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 65, par. 3.

111 Sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R. :

> « (ii) pour des renseignements relatifs à des connaissances industrielles, commerciales et scientifiques lorsque la somme totale payable à titre de contrepartie pour ces renseignements dépend en totalité ou en partie :
> (A) de l'utilisation qui doit en être faite ou de l'avantage qui doit en être tiré,
> (B) de la production ou de la vente de marchandises ou de services,
> (C) des bénéfices ».

Voir également AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 65, par. 9.

112 P. GONTHIER, *loc. cit.*, note 60, 11.

113 Voir Claude DÉSY, *Access to Canadian Income Tax*, Montréal, Publications DACFO, 1995, feuilles mobiles, par. 92 RCT 583 pour une discussion des dispositions de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. et de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

non résidente à titre d'« honoraires ou frais de gestion ou d'administration[114] ».

2.2.1. Concept d'« honoraires ou frais de gestion ou d'administration »

Le concept d' « honoraires ou frais de gestion ou d'administration » n'est pas défini pour les fins de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. Selon l'ADRC, l'expression « gestion ou administration » regroupe habituellement les fonctions relatives à la planification, à la direction, au contrôle, à la coordination, aux systèmes ou aux autres fonctions de gestion. Les autres fonctions de gestion peuvent comprendre des services destinés à diverses divisions d'une entreprise, comme la comptabilité, les finances, le contentieux, le traitement électronique des données, les relations de travail, la consultation en gestion, les négociations patronales-syndicales et la fiscalité[115].

Les tribunaux ont par ailleurs été appelés à préciser le sens à donner à la notion de services d'administration ou de gestion, notamment à l'égard de services de conseils financiers et d'investissement ou de services d'études de marché et de planification commerciale.

C'est ainsi que dans l'affaire *Peter Cundill & Associates Limited* c. *La Reine*[116], une société non résidente (Peter Cundill & Associates (Bermuda) Ltd.) rendait des services par l'entremise de son actionnaire principal, un ex-président d'une société œuvrant dans la gestion de portefeuille, à la contribuable appelante. L'ADRC a cotisé la société payeuse canadienne sur la base que les services rendus représentaient des services de gestion ou d'administration. Pour sa part, la contribuable prétendait que les services rendus étaient des conseils d'investissement et non des services et que toutes les tâches de gestion ou d'administration étaient exécutées par les employés de la société.

---

114 Comme mentionné précédemment, si ces services sont rendus au Canada, un conflit d'application possible entre cette mesure et la retenue de l'article 105 R.I.R. peut exister et devra être abordé par les conseillers fiscaux du payeur canadien.

115 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-468R, « Frais de gestion ou d'administration payés à des non-résidents », 29 décembre 1989, par 5.

116 91 D.T.C. 5085 (C.F. 1re inst.).

La Cour fédérale de première instance conclut que la notion de « gestion ou d'administration » dépasse le cadre de la gestion quotidienne des affaires de la société pour englober aussi le processus décisionnel qui affecte la direction et les opérations présentes et futures de la société :

> « The profitability of the plaintiff depends directly upon the investment decisions made by Peter Cundill. I would conclude that the investment decisions made by Peter Cundill are management tasks and that they fall within the purview of the statute[117]. »

Le juge Cullen a notamment fondé sa décision sur la cause *Windsor Plastic Products Limited* c. *La Reine*[118], qui avait conclu que l'expression « gestion ou administration » pouvait englober les services d'études de marché, de *know-how* et d'expertise, de planification opérationnelle, de planification financière et des décisions reliées à la vérification annuelle[119].

Un tel sens large pourra amener un conflit d'application du sous-alinéa 212(1)e)(iii) L.I.R. qui s'applique à l'égard de services de nature industrielle, commerciale ou scientifique lorsque la contrepartie pour ces services dépend en totalité ou en partie de l'utilisation qui doit en être faite ou de l'avantage qui doit en être tiré, de la production ou de la vente de marchandises ou de services, ou des bénéfices.

À cet égard, certains services d'administration de gestion qui autrement seront visés par l'alinéa 212(1)a) L.I.R pourraient représenter des services de nature commerciale pour les fins du sous-alinéa 212(1)d)(iii) L.I.R. Une telle désignation pourrait avoir un impact quant à l'admissibilité à l'une des exemptions du paragraphe 212(4) L.I.R. ou découlant de l'application d'une convention fiscale. Afin d'éviter un tel conflit entre ces deux types de paiements, l'ADRC a adopté la position administrative suivante :

> « 24. Les paiements qui répondent à la description d'honoraires ou de frais de gestion ou d'administration donnée à l'alinéa 212(1)a) ne sont pas considérés comme des paiements faits en échange de services de nature industrielle,

---

117 *Id.*, 5088.

118 86 D.T.C. 6171 (C.F. 1re inst.).

119 Plusieurs auteurs ont critiqué cette interprétation, donnant un sens étendu au concept d' « administration ou de gestion ». Voir à ce sujet le commentaire dans *Canadian Tax Reporter*, vol. 5A, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 1992, feuilles mobiles, par. 26,043. Voir également l'analyse critique de Kathleen S. M. HANLY, « Management at Arm's Length? », (1991), vol. 39, no 4 *Revue fiscale canadienne* 947-962, pp. 959-962.

> commerciale ou scientifique au sens du sous-alinéa 212(1)d)(iii). Les premiers ont rapport aux fonctions d'administration ou de gestion ou aux services du personnel d'une entreprise tandis que les derniers sont plus directement liés aux activités destinées à produire un revenu. Par exemple, dans une entreprise hôtelière, les fonctions d'administration et de gestion engloberaient l'embauchage et d'autres services touchant le personnel, ainsi que la conception des systèmes de comptabilité, de sécurité, de répertoriage et l'organisation des services alimentaires tandis que la promotion, la publicité l'embauchage d'artistes et les réservations de même que les services de cartes de crédits comme tels entreraient habituellement dans les services de nature industrielle ou commerciale. Toutefois, si un paiement est fait en contrepartie de services qui relèvent principalement de l'administration ou de la gestion, le Ministère ne considère pas que le paiement a été fait partiellement pour des services de nature industrielle, commerciale ou scientifique même si des aspects de ces derniers sont présents. Dans la mesure où le paiement représente des honoraires de gestion ou d'administration au sens de l'alinéa 212(1)a) et s'il répond à l'une des exceptions exposées au paragraphe 212(4), il ne sera pas assujetti à l'impôt en vertu de l'alinéa 212(1)a) ou du sous-alinéa 212(1)d)(iii)[120]. »

Ainsi, un paiement pour un service qui est principalement de la nature de service d'administration ou de gestion ne sera pas considéré comme un paiement à l'égard d'un service à caractère industriel, commercial ou scientifique, malgré le fait qu'il puisse posséder certaines caractéristiques de ce type de service, et le paiement pourra donc bénéficier d'une des exemptions ci-après analysées, dans la mesure où leurs conditions d'application sont remplies.

2.2.2. Exclusions du concept d'honoraires ou frais de gestion ou d'administration

Le paragraphe 212(4) L.I.R exclut du concept d'« honoraires ou frais de gestion ou d'administration », pour les fins de l'application de l'alinéa 212(1)a) L.I.R, et donc de l'impôt de la Partie XIII, une somme raisonnable dans les circonstances qui est :

a) une somme payée ou créditée à un non-résident pour un service rendu, si ce dernier a été rendu dans le cours normal des affaires d'une entreprise exploitée par le non-résident et si le non-résident et le payeur, au moment où le service a été rendu, n'avaient pas de lien de dépendance; ou

---

[120] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-303, *Communiqué spécial*, « Paiements en échange de connaissances techniques ou paiements semblables faits à des non-résidents », 19 septembre 1985, par 24.

b) une somme payée ou créditée à un non-résident, si celle-ci constituait un remboursement d'une dépense engagée expressément par le non-résident pour la prestation d'un service et si le service rendu par le non-résident était au profit du payeur.

Ainsi, une somme versée, qui autrement serait un honoraire ou des frais d'administration ou de gestion à un non-résident avec lequel le payeur a un lien de dépendance, sera exemptée de l'application de l'alinéa 212(1)a) L.I.R., dans la mesure où le montant représente « un remboursement d'une dépense engagée expressément par le non-résident ».

À cet égard, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que pour qu'un montant puisse être considéré comme représentant une « dépense engagée expressément » (dans sa version anglaise *a specific expense incurred*) contenue à l'alinéa 212(4)b) L.I.R., le montant en question doit être une dépense précise qui a été payée par le contribuable, ou que ce dernier s'est engagé à payer :

> « Therefore, to be a "specific expense incurred", it must be *an explicit and identifiable expense* that has been paid, or in respect to which an obligation to pay has been assumed by A&I[121]. »

L'ADRC précise qu'« une dépense engagée expressément » désigne une dépense donnée ou à une partie d'un ensemble de différentes dépenses comme les frais généraux, y compris le loyer, l'électricité, le chauffage, les salaires, les avantages sociaux et les autres dépenses d'entreprises[122]. Selon

---

[121] *Agricultural and Industrial Corporation and Brimstone Export Limited* c. *MRN*, 91 D.T.C. 1286, 1290.

[122] Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 115, par. 8. Toutefois, selon le Ministère, « une dépense engagée expressément » n'inclurait pas l'amortissement, les coûts en capital, les réserves et les sommes non consignées dans les pièces justificatives. Il nous apparaît qu'en ce qui concerne l'amortissement, la position du Ministère n'a aucun fondement légal et est en fait contraire à toute logique commerciale. Dans un texte précédemment publié (voir Pierre BARSALOU, « Le traitement des frais de gestion », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 12:1-45), nous donnions l'exemple suivant : une compagnie mère loue des locaux dans le cadre des services qu'elle rend à sa filiale canadienne. L'ADRC accepte que le coût du loyer soit facturé à la filiale et ne contestera pas la déduction de cette dépense par la filiale canadienne, dans la mesure où elle est raisonnable bien sûr. Supposons maintenant que la compagnie mère décide plutôt d'acheter lesdits locaux, et facture à sa filiale le coût d'utilisation de ces locaux sur la base de la dépense d'amortissement qu'elle encourt relativement à ces locaux. La position du Ministère a l'effet d'accorder la dépense dans le premier cas et de la refuser dans le second, ce qui nous apparaît

(à suivre…)

l'ADRC, l'expression « une dépense engagée expressément » fait référence à un montant excluant toute majoration ou de tout élément de profit pour le non-résident.

2.2.3. Le récipiendaire résident d'un pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada

Le traitement fiscal canadien d'un honoraire, de frais de gestion ou d'administration variera selon que le pays de résidence du récipiendaire du paiement a ou non conclu une convention fiscale avec le Canada.

2.2.3.1. Disposition spécifique prévue à la convention fiscale

Un non-résident du Canada résidant dans une juridiction avec laquelle le Canada a signé une convention dans laquelle sont contenues des dispositions précises concernant les honoraires d'administration ou de gestion[123] sera redevable de l'impôt de la Partie XIII L.I.R., mais imposé à un taux réduit. Cependant, si ces honoraires d'administration ou de gestion sont attribuables à l'exploitation d'une entreprise par l'entremise d'un établissement stable situé au Canada, ces honoraires seront alors imposables en vertu de la Partie I L.I.R.

2.2.3.2. Aucune disposition prévue à la convention fiscale

L'alinéa 212(1)a) L.I.R ne s'applique pas à la portion raisonnable des paiements versés à un résident d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale si cette convention ne contient pas de disposition précise concernant les honoraires de gestion ou d'administration. Ainsi, ces honoraires sont visés par les dispositions relatives aux bénéfices d'entreprise.

De tels honoraires sont alors assujettis aux règles générales applicables à l'imposition des bénéfices d'entreprise. Ainsi, les bénéfices d'entreprise sont habituellement exemptés de tout impôt canadien, sauf s'ils sont attribuables à un établissement stable au Canada par l'entremise duquel le non-résident

(…suite)
difficilement défendable. En effet, l'alinéa 212(4)b) L.I.R. réfère à une dépense engagée spécifiquement et non à un déboursé engagé spécifiquement.

[123] Voir les conventions fiscales intervenues entre le Canada et la Barbade, la Guyane, la Jamaïque, le Kenya, la Mongolie, la Tanzanie, la République de la Trinité et Tobago et le Zimbabwe.

exploite son entreprise au Canada. Les profits qui sont attribuables à un tel établissement sont assujettis à l'application de la Partie I L.I.R.[124]

2.2.4. Récipiendaire résident d'un pays n'ayant pas conclu une convention fiscale avec le Canada

Un résident d'un pays avec lequel le Canada n'a pas conclu de convention fiscale qui reçoit des honoraires ou des frais d'administration ou de gestion payés par un résident du Canada demeure assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R., conformément à l'alinéa 212(1)a) L.I.R.[125]

2.2.5. Paiement à un non-résident ayant un lien de dépendance avec le payeur canadien

Dans le cadre de sa vérification, le représentant de l'ADRC doit analyser la nature de paiements pour des services afin de déterminer s'il s'agit de services d'administration ou de gestion, et par la suite analyser la relation entre le payeur canadien et le récipiendaire non résident. Dans certaines circonstances, le lien de dépendance existant entre ces parties sera aisément déterminable dans le cas où une filiale canadienne effectue de tels paiements à sa société mère. Il sera cependant beaucoup plus difficile pour le vérificateur de reconnaître une situation de lien de dépendance factuel entre les parties. Les divers feuillets et formulaires d'information que la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose de produire offrent certaines informations pouvant guider un examen plus approfondi de cette relation.

Comme décrit, cette détermination est particulièrement pertinente puisque les honoraires ou frais d'administration ou de gestion payés à une

---

[124] Dans le cadre de règles applicables à l'imposition des bénéfices d'entreprises, la Convention fiscale Canada-États-Unis prévoit ce qui suit :

> « 4. Aucun bénéfice n'est imputé à un établissement stable d'un résident d'un État contractant du fait de son utilisation soit simplement pour acheter des marchandises ou soit simplement pour fournir au résident des installations ou des services de direction, de gestion ou d'administration. »

[125] Le tout sujet aux exclusions prévues au paragraphe 212(4) L.I.R., ou s'il s'agit de revenu découlant de l'exploitation d'une entreprise au Canada où les honoraires ou frais d'administration ou de gestion seront assujettis à la Partie I L.I.R. Voir la discussion de l'interaction de la Partie XIII L.I.R. et de l'article 105 R.I.R., examinée à la section 3.

personne avec laquelle elle a un lien de dépendance[126] ne peuvent bénéficier d'aucune des déductions prévues au paragraphe 212(4) L.I.R., et ce même s'ils sont raisonnables dans les circonstances.

2.2.5.1. Caractère raisonnable du paiement

En vertu des règles de prix de transfert énoncées à l'article 247 L.I.R., certains ajustements à des fins fiscales canadiennes peuvent être effectués par l'ADRC si des honoraires ou des frais excessifs ont été facturés et payés par un résident canadien à un non-résident.

L'ADRC énonce certains principes pour déterminer le caractère raisonnable de tels frais ou honoraires d'administration ou de gestion dans la *Circulaire d'information* 87-2R[127]. En se basant sur les lignes directrices énoncées par l'OCDE, de comparatif avec les termes et conditions d'une transaction similaire intervenue entre personnes n'ayant pas de lien de dépendance, l'ADRC déterminera si le paiement d'un honoraire ou de frais était justifié dans les circonstances. Si ce paiement était justifié, son quantum sera alors analysé pour en déterminer le caractère raisonnable[128].

Selon l'ADRC, pour qu'un montant soit justifié, le service doit généralement avoir conféré un avantage économique ou commercial au récipiendaire canadien du service :

> « 155. Pour déterminer si on peut facturer des frais, il faut se demander si l'entité pour laquelle l'activité est accomplie aurait été prête à assumer le coût de l'activité si celle-ci avait été exécutée par une partie n'ayant aucun lien de dépendance, ou si elle aurait été prête à exécuter l'activité elle-même.
>
> Il est peu probable que l'on puisse facturer des frais, s'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que l'entité paie une partie n'ayant aucun lien de dépendance pour effectuer cette activité ou que l'entité l'exécute elle-même[129]. »

À titre d'exemple de services ne conférant pas de bénéfice au contribuable canadien, l'ADRC mentionne les coûts engagés pour le seul

---

[126] Lien de dépendance réputé ou factuel, selon les règles énoncées au paragraphe 250(1) L.I.R.

[127] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999.

[128] *Id.*, par. 152 à 171.

[129] *Id.*, par. 155.

avantage des actionnaires ou se rapportant à la structure juridique ou aux obligations de présenter des rapports financiers d'une autre entité membre du groupe ainsi que les circonstances de double emploi[130].

Si le contribuable canadien reçoit un avantage économique ou commercial du service, il faut alors déterminer si les frais pour ce service sont justifiés. L'ADRC fait les commentaires suivants sur la méthodologie à adopter pour établir un prix de pleine concurrence :

- il faut tenir compte du montant qu'une partie n'ayant aucun lien de dépendance est prête à payer pour obtenir un tel service dans une situation comparable;

- si le service est rendu dans le cadre normal de l'exploitation d'une entreprise par le non-résident, la méthode du prix comparable sur le marché libre doit être utilisée s'il y a suffisamment de données de qualité;

- sinon, la méthode du prix de revient majoré doit être adoptée;

- pour déterminer le prix de pleine concurrence d'un service, les solutions de rechange économiques à la portée de l'acquéreur du service doivent être considérées. Les coûts d'acquisition de services peuvent représenter un prix de pleine concurrence s'il est considéré que ces services seraient centralisés pour bénéficier d'économies de coûts; et

- établir une facturation spécifique pour chaque service identifiable (« facturation directe ») est préférable à la répartition des coûts d'un service fourni à plusieurs entités au contribuable selon une quote-part de la valeur de ce service.

2.2.5.2. Majoration

En considérant ces règles et positions administratives, le contribuable doit déterminer dans quelles circonstances une majoration des coûts engagés par le non-résident sera appropriée.

---

130 *Id.*, par. 158; le contribuable engage des dépenses pour un service rendu par une partie ayant un lien de dépendance, si ce service est déjà rendu par le membre lui-même ou par une partie n'ayant aucun lien de dépendance sauf si le double emploi peut avoir une raison commerciale valide.

L'ADRC énonce ce qui suit :

> « Pour déterminer si une majoration s'impose et son montant, s'il y a lieu, il faut tenir compte de divers facteurs, notamment :
>
> - la nature de l'activité;
> - l'importance de l'activité pour le groupe;
> - l'efficience relative du fournisseur du service;
> - les avantages que le groupe obtient de cette activité.
>
> Par exemple, il peut arriver que l'efficience relative de certains prestataires de services n'ayant aucun lien de dépendance ne soit pas comparable aux services intra-groupe, lorsque ces services sont offerts au groupe occasionnellement et non pas à titre d'activité normale et récurrente[131]. »

Une majoration sera acceptable si le service est fourni dans le cadre de l'exploitation normale de l'entreprise du non-résident ou si l'entreprise est en mesure de fournir ce service et que la valeur du service est sensiblement supérieure à son coût, par exemple, si le service requiert une expertise particulière.

2.2.6. Honoraires ou frais déraisonnables

L'ADRC adopte d'ailleurs la position[132] que lorsqu'aucun service identifiable n'a été rendu pour des sommes payées ou que la totalité ou une portion des honoraires ou des frais de gestion ou d'administration ne peut pas être considérée comme raisonnable, la portion déraisonnable des honoraires ou des frais et les sommes pour des services non identifiables peut être imposée à titre de dividendes réputés et assujettis à l'impôt de la Partie XIII L.I.R.[133]

---

131 *Id.*, par. 164.

132 Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 115, par. 11.

133 Par l'application des paragraphes 15(1) ou 56(2) et 212(2) et de l'alinéa 214(3)a) L.I.R.

De plus, le caractère raisonnable[134] aura un impact sur la déductibilité d'une telle dépense dans le calcul du revenu du payeur canadien pour les fins de la Partie I L.I.R.[135] À cet égard, il est aussi important de noter que le fait que la déduction d'une dépense soit refusée n'empêche pas que ce montant payé au non-résident soit assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R., pouvant résulter en en une double imposition si ces revenus sont imposés selon les lois fiscales domestiques du pays de résidence du non-résident ayant reçu les honoraires ou les frais d'administration ou de gestion[136].

2.2.7. Services mixtes ou autres

Il est à noter que les sommes payées pour des services rendus, qui peuvent être sommairement décrites comme des honoraires de gestion, mais qui en réalité ont été payées pour quelque autre activité identifiable, ne seront pas assujetties à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. en vertu de l'alinéa 212(1)a) L.I.R et ne seront pas exemptées en vertu du paragraphe 212(4) L.I.R. De telles sommes pourront toutefois être assujetties à l'impôt des non-résidents en vertu des dispositions de la Partie XIII L.I.R. autres que l'alinéa 212(1)a) L.I.R., ou encore être imposables en vertu de la Partie I L.I.R.

L'ADRC n'est pas tenue aux termes des conventions écrites en vertu desquelles les services sont rendus, mais elle analysera, en se basant sur les informations données par le contribuable au soutien de ses déclarations de revenus ou à la suite d'une demande particulière de l'ADRC en vertu de l'article 231 L.I.R., la véritable nature des services rendus ou des biens fournis par le non-résident. Il s'agit là simplement d'une référence à la doctrine de la substance *over form*[137].

---

134 Pour une analyse du caractère raisonnable d'honoraire ou frais de gestion, voir « Table ronde de Revenu Canada », dans *1985 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1986, pp. 49:1-32, à la page 49:10. Voir également Daniel COURTEAU, « Société de gestion des professionnels : est-ce encore utile? », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 18:1-31, à la page 18:20.

135 Al. 18(1)a) et art. 67 L.I.R.

136 Sans compter les intérêts qui pourraient être payables sur les impôts sous-évalués découlant de la déduction des honoraires ou frais déraisonnables, ainsi que les intérêts chargés sur l'impôt de la Partie XIII L.I.R. impayé pour la période entre l'année d'imposition au cours de laquelle les transactions ont lieux et l'année de vérification ou de cotisation.

137 Voir à ce sujet Pierre BARSALOU, « Review of Judicial Anti-Avoidance Doctrines in Selected Foreign Juridictions and Supreme Court of Canada Decisions on Tax

(à suivre…)

Une question se posant régulièrement dans le contexte des vérifications fiscales des transactions internationales est celle du groupement de divers éléments par les contribuables, et donc le dégroupement par le fisc de ces mêmes éléments.

Le principe de groupement de biens tangibles et intangibles ou de services peut donc être important en matière de prix de transfert pour les principales raisons suivantes :

- il peut servir comme soutien à l'argument que tous les éléments de la relation sont pertinents dans la détermination d'un prix reflétant un prix de transfert ou des attributions de pleine concurrence;

- il peut, lorsqu'il y a une pratique reconnue de l'industrie, être utilisé au soutien de l'argument que la totalité de la considération n'est pas assujettie à l'impôt de la Partie XIII L.I.R.; et

- dans la mesure où le fait de séparer les éléments d'une transaction représente une recaractérisation de la transaction, certaines conditions législatives doivent être remplies avant que l'ADRC puisse effectuer une telle séparation.

Si un paiement est effectué en contrepartie de deux ou de plusieurs services distincts, la retenue à la source ou l'impôt de la Partie XIII L.I.R. pourra, selon l'ADRC, être applicable selon la nature particulière de chaque élément.

Dans la mesure où les parties n'ont pas de lien de dépendance entre elles, l'ADRC ne semble pas posséder le pouvoir de séparer les divers éléments d'une même transaction.

Cependant, le paragraphe 247(2) L.I.R. permet à l'ADRC de redresser une transaction intervenue entre personnes ayant un lien de dépendance lorsqu'une telle opération n'a pas été effectuée entre personnes n'ayant aucun lien de dépendance et qu'elle a été effectuée principalement pour l'obtention d'un avantage fiscal[138].

(…suite)
Avoidance and Statutory Interpretation », dans *1995 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, pp. 11:1-41, à la page 11:14.

[138] Al. 247(2)b) L.I.R.

À cet égard, il est à prévoir que la question de savoir si une séparation des éléments d'une transaction représente une recaractérisation à laquelle les dispositions du paragraphe 247(2) L.I.R. s'appliquent sera source de litige. Malgré que l'ADRC ne reconnaisse pas cette conclusion[139], un fort argument peut en effet être mis de l'avant voulant qu'une telle séparation représente une recaractérisation impliquant que l'ADRC doit au moins démontrer que la transaction « n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance » et qu' « il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal », comme indiqué au sous-alinéa 212(1)b)(ii) L.I.R.[140]

3. L'ARTICLE 105 R.I.R.

Dans le cadre d'une vérification, l'examen par le représentant de l'ADRC du formulaire T106 « Déclaration de renseignements sur des opérations avec lien de dépendance effectuées avec des non-résidents » ainsi que de l'Annexe 29 « Paiements à des non-résidents » à la déclaration de revenus des sociétés permet de contrôler la conformité du contribuable canadien aux mesures de déclaration et de retenues à la source imposées par la loi relativement à des paiements à des non-résidents. Une telle allégation est imposée à l'égard de paiements pour des services rendus au Canada.

L'alinéa 153(1)g) L.I.R. et l'article 105 R.I.R. prescrivent une retenue de 15 % sur les honoraires, les commissions ou tout autre montant versé à des non-résidents à l'égard de services rendus au Canada[141].

Le paragraphe 105(1) R.I.R. se lit comme suit :

> « (1) Quiconque verse à une personne non-résidente un honoraire, commission ou autre montant à l'égard de services rendus au Canada, de quelque nature que ce soit, doit déduire ou retrancher 15 pour cent de ce versement. »

---

139 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 127, par. 40.

140 Il est important de noter que le libellé du paragraphe 69(2) L.I.R., tel qu'applicable aux années d'imposition antérieures à 1998, ne prévoit pas expressément ce pouvoir de recaractériser une transaction semblable à celui qui se retrouve au sous-alinéa 212(1)b)(ii) L.I.R.

141 Il est à noter que la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. ») impose une obligation similaire de retenir un montant de 9 % sur tout paiement pour des services rendus par une personne qui ne réside pas au Canada, en vertu du paragraphe 1015 g) L.I. et de l'article 1015R8 du *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

Le payeur doit alors remettre au Receveur général, au nom du non-résident, la somme retenue à valoir sur l'impôt de la Partie I L.I.R. pouvant être exigible.

Cette retenue doit être effectuée sans égard à la nature du récipiendaire du paiement[142] ou à l'exemption possible du non-résident à l'impôt canadien par l'application d'une convention fiscale.

Malgré un libellé simple, les dispositions de l'article 105 R.I.R. (ci-après « Règlement 105 ») sont souvent méconnues ou incorrectement appliquées par les contribuables et leurs conseillers. Nous traiterons ci-après de certains problèmes ou difficultés d'application du Règlement 105[143].

Le paragraphe 227(8.4) L.I.R. prévoit qu'une personne qui ne déduit pas ou ne retient pas un montant conformément au paragraphe 153(1) L.I.R. d'un montant payé à une autre personne qui ne réside pas au Canada est redevable à titre d'impôt en vertu de la loi de la totalité du montant qui aurait dû être retenu.

Le paragraphe 227(10) L.I.R. accorde à l'ADRC le pouvoir de cotiser le payeur ayant fait défaut de retenue, ladite cotisation étant assujettie à l'ensemble des règles de perception et de contestation habituelles.

3.1. RÉSIDENCE DU PAYEUR

Le Règlement 105, contrairement à l'impôt de la Partie XIII L.I.R.[144], peut s'appliquer, que le payeur soit ou non résident du Canada.

---

142 Par exemple, si le non-résident est un organisme de bienfaisance ou sans but lucratif (voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0095285, 21 novembre 2001).

143 Le paragraphe 105(2) R.I.R. prescrit que le paragraphe 105(1) R.I.R. ne s'applique pas aux paiements mentionnés dans la définition de « rémunération », figurant au paragraphe 100(1) R.I.R., visant généralement toute rémunération versée en contrepartie de prestation d'emploi.

144 Sujet à certaines règles qui prévoient que pour les fins de l'application des dispositions de la Partie XIII L.I.R., certaines personnes non résidentes sont réputées être résidentes du Canada (par exemple, lorsque le non-résident exploite une entreprise au Canada ou effectue certains paiements relatifs à des biens situés au Canada (par. 212(13) et (13.2) L.I.R.)).

Si un non-résident paie ou verse une rémunération à un autre non-résident à l'égard de services rendus au Canada, ce paiement sera assujetti au Règlement 105. Cette situation est fréquente lorsqu'un non-résident offre en sous-traitance une portion des travaux à être effectués au Canada à un autre non-résident.

L'objectif visé par le Règlement 105 est de permettre à l'ADRC de percevoir auprès d'une personne ayant des éléments d'actif au Canada les dettes fiscales éventuelles du non-résident. On peut s'interroger sur l'efficacité d'une telle mesure à l'égard d'un payeur non-résident qui n'a aucune présence au Canada et la capacité de l'ADRC d'entreprendre des mesures judiciaires de perception afin d'obtenir paiement d'une cotisation établie en vertu du Règlement 105. Ainsi, puisque la cotisation vise les impôts payables d'une tierce personne, les dispositions d'assistance de perception prévues aux conventions fiscales[145] ne s'appliquent qu'aux impôts payables par la personne visée.

Par exemple, dans la cause *Ogden Palladium Services (Canada) Inc.* c. *La Reine*[146], la Cour canadienne de l'impôt a décidé que le Règlement 105 s'appliquait dans le cas où un non-résident a reçu un paiement mais n'a pas effectué de services au Canada. Plus particulièrement, la Cour a conclu que le Règlement 105 s'appliquait à un paiement effectué par un propriétaire d'amphithéâtre sportif à un producteur de spectacles sur glace à être présenté à l'amphithéâtre, le producteur n'ayant effectué aucun service au Canada, au motif que le paiement pour les services rendus à l'étranger était « à l'égard de »[147] services rendus au Canada par les artistes/athlètes lors de la prestation au Canada.

La Cour canadienne de l'impôt, sous la plume du juge Lamarre, a conclu que le Règlement 105 ne spécifie pas qui doit rendre les services au Canada,

---

145 Une seule convention fiscale permet l'assistance de la perception d'un tel montant, soit la Convention fiscale Canada-États-Unis. Le paragraphe 9 de l'article XXVIA de cette Convention prévoit que les mesures d'assistance en matière de perception s'appliquent à toutes les catégories d'impôts perçus par le gouvernement d'un État contractant ou pour son compte. Des dispositions similaires sont abordées dans le cadre de négociations de nouvelles conventions fiscales ou d'amendement de conventions présentement en vigueur.

146 2001 D.T.C. 345, confirmé par la Cour d'appel fédérale à [2002] C.A.F. 336.

147 Le terme utilisé dans la version anglaise du Règlement 105 étant « in respect of services », qui a été interprété par la Cour suprême du Canada dans la cause *Nowegijick*, [1983] 2 R.C.S. 428, comme un terme ayant une portée la plus large pour établir un lien entre deux sujets.

et donc que le Règlement 105 s'applique dès lors que des services sont rendus au Canada et qu'un paiement est effectué à un non-résident « à l'égard de » ces services.

Finalement, la Cour mentionne que le fait que le non-résident récipiendaire du paiement ne soit pas assujetti à ou redevable de l'impôt canadien n'est pas pertinent dans la détermination de l'obligation de retenues de la personne qui effectue le paiement pour les services.

De plus, le libellé du Règlement 105 peut résulter en une double retenue. Ainsi, le résident canadien est tenu de faire une première retenue alors que le non-résident doit aussi faire la retenue de 15 % prévue par le Règlement 105 sur la rémunération versée au sous-entrepreneur non résident.

Ainsi, afin d'éviter cette double retenue, il pourrait être envisagé que le sous-entrepreneur non résident soit rémunéré directement pour les services rendus au Canada.

Même si le non-résident retient les services d'un sous-entrepreneur canadien, le payeur devra faire la retenue du Règlement 105 sur les montants payés au non-résident, puisque à l'égard de services rendus au Canada.

L'application du Règlement 105 est relative au récipiendaire non résident du paiement et le paiement est relatif à des services rendus au Canada, sans considération de l'identité de l'entité qui, dans les faits, effectue la prestation des services.

Il ne faut pas confondre avec d'autres obligations de retenues qui peuvent être imposées au non-résident en raison de ses activités canadiennes, notamment à l'égard d'employés.

Dans sa pratique, l'ADRC reconnaît que le payeur n'a pas d'obligation de retenue, en vertu du Règlement 105, si certaines dépenses spécifiques sont remboursées au non-résident. L'ADRC exige alors des pièces justificatives pour démontrer que les montants ne sont pas attribués effectivement en considération de services rendus par le non-résident.

3.2. NOTION DE SERVICES

Le Règlement 105 impose une obligation de retenue lorsque le payeur acquitte une rémunération pour des services rendus au Canada. Il est donc essentiel de déterminer si une prestation rendue par un non-résident représente un service.

Par exemple, il pourrait s'agir d'une prestation qui consiste en la surveillance d'un chantier, du temps de transport, *per diem* et allocation de dépenses.

L'ADRC donne les exemples suivants de paiements pour services qui seraient visés par l'application du Règlement 105 :

> « a) cachets ou autres montants versés :
>
> (i) aux professionnels du spectacle, y compris les acteurs et les actrices, etc.,
> (ii) aux athlètes, y compris les boxeurs, les lutteurs, les joueurs de tennis, les golfeurs, les joueurs de sport d'équipe, etc.,
> (iii) pour les spectacles ambulants de théâtre, de ballet, d'orchestre et de variétés, cirques et carnavals ainsi que pour les numéros de tels spectacles,
> (iv) aux conférenciers,
> (v) aux consultants,
>
> b) les honoraires payés en vertu de contrats pour services de forage, y compris le forage en mer.
>
> c) les honoraires payés en vertu de contrats pour services pour faire la moisson au moyen d'une moissonneuse-batteuse[148]. »

L'ADRC mentionne que cette liste n'est pas complète et qu'elle a uniquement pour but de servir de guide.

Il est à noter que malgré le fait que la rémunération versée à des administrateurs non résidents pour services rendus au Canada est incluse dans la définition de « traitements et salaires »[149], si le non-résident ne reçoit que des jetons de présence, la position administrative de l'ADRC est d'appliquer le Règlement 105 à ce paiement de façon à astreindre la société à effectuer une retenue de 15 %. Cependant, si l'administrateur non résident reçoit une rémunération en plus des jetons de présence, la politique de l'ADRC est d'exiger que les retenues prescrites soient effectuées[150].

---

[148] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 75-6R, « Retenue d'impôt obligatoire sur les montants versés à des personnes non résidantes pour des services rendus au Canada », 15 janvier 1988, par. 2.

[149] Par. 248(1) L.I.R.

[150] Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 148.

Selon l'ADRC :

> « 3. La retenue prescrite par l'article 105 du Règlement (15 %) ne s'applique pas aux montants suivants :
>
> a) les frais de voyages raisonnables payés directement à des tiers au nom du bénéficiaire non résidant, et
>
> b) les frais de voyages raisonnables remboursés au non-résident pourvu qu'ils soient adéquatement justifiés par des reçus conservés par le payeur. (Les reçus ne sont pas exigés pour le remboursement des repas, y compris les frais accessoires jusqu'à un maximum de 40 $ par jour).
>
> Les frais de voyages exclus du montant brut mentionné aux numéros 3a) et 3b) sont limités au transport, au logement et aux repas[151]. »

Par exemple, une rémunération pour services rendus incluant une compensation pour déplacement sera assujettie à l'application du Règlement 105 puisque le déplacement est à l'égard de services rendus au Canada. Ainsi, les montants versés pour des services qui incluent une rémunération horaire et du temps de transport pour venir au Canada pour y rendre des services, sont visés par le Règlement 105. L'exemption ne s'applique qu'à l'égard de frais remboursés par le payeur.

De même, plusieurs prestations relatives à un bien, par exemple l'entretien spécifique, la mise à jour de logiciel, des travaux pour moderniser une pièce d'équipement, sont considérés comme des services plutôt que comme faisant partie de la fourniture du bien acquis.

3.3. SERVICE SANS CONTREPARTIE SPÉCIFIQUE

Bien souvent, le coût des services est déjà inclus dans la contrepartie ou représente un coût d'utilisation d'accessoire à un contrat de fourniture de biens.

Le vérificateur de l'ADRC fait alors face à la problématique d'appliquer le Règlement 105 à une telle fourniture mixte pour un bien et pour un service. Par exemple, la vente d'un bien accompagnée de son installation ou de la surveillance de l'installation chez l'acquéreur canadien inclut un élément de services. Il faudrait donc déterminer si la considération totale

---

[151] *Id.*, par. 3.

versée inclut un montant pour l'installation du bien, et si oui, déterminer ce montant.

La politique actuelle de l'ADRC est de ne pas exiger une telle allocation du prix au bien et au service si le prix de vente inclut les services d'installation. Cependant, si des coûts supplémentaires sont exigés pour de tels services d'installation, l'ADRC appliquera le Règlement 105 à la contrepartie versée pour ces services distincts de la fourniture du bien. Cette position ne s'applique cependant pas toujours à l'égard de transactions entre personnes ayant un lien de dépendance dont les transactions peuvent être révisées en vertu des règles de prix de transfert[152].

Selon nos discussions avec les représentants de l'ADRC, cette dernière considère que si le seul motif de présence au Canada du non-résident est de surveiller l'installation afin de s'assurer qu'elle est conforme à ses normes, dans le but de réduire toute réclamation future sous la garantie du fabricant, il ne s'agit pas d'un service distinct de la fourniture du bien qui serait assujetti au Règlement 105.

3.4. SERVICES RENDUS DANS PLUSIEURS PAYS

Lorsqu'un contrat prévoit des services à rendre dans plus d'un pays, par exemple au Canada et dans une autre juridiction, il faut procéder à la répartition du prix prévu dans le contrat. Seule la portion du versement attribuable aux services rendus au Canada sera soumise à la retenue d'impôt.

Selon l'ADRC, la répartition doit tenir compte des conditions du contrat, de la nature des services à rendre dans chaque pays et de la pertinence des services par rapport à l'ensemble de l'opération.

3.5. PAIEMENT ASSUJETTI À LA RETENUE DE LA PARTIE XIII L.I.R. ET DU RÈGLEMENT 105

Dans certaines circonstances, un même paiement peut être assujetti à une retenue en vertu des règles de la Partie XIII L.I.R. et du Règlement 105[153].

---

[152] Selon l'article 247 L.I.R.

[153] Voir S. L. SCHEUERMANN, *loc. cit.*, note 90, 45:21.

L'alinéa 212(1)a) L.I.R. prévoit qu'un résident du Canada qui verse des honoraires ou frais de gestion ou d'administration doit retenir l'impôt de la Partie XIII L.I.R. Il est important de noter que cet alinéa est muet quant à l'endroit où sont rendus les services.

Le sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. impose l'impôt de la Partie XIII L.I.R. à tout non-résident qui reçoit un paiement qui dépendait de l'utilisation de biens situés au Canada, ou d'une production tirée de ces biens, qu'il ait constitué ou non un acompte sur le prix de vente des biens.

Ainsi, si un non-résident rend au Canada des services de gestion ou d'administration ou des services dont la rémunération est fondée sur l'utilisation de biens situés au Canada, la contrepartie serait alors assujettie tant à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. qu'à l'impôt de la Partie I L.I.R.[154] L'ADRC reconnaît cette situation[155] mais n'a pas énoncé de position administrative particulière afin de régler la double imposition qui résulte de l'application de cette juxtaposition de base d'imposition.

Cette situation est cependant plutôt rare puisque l'alinéa 212(1)a) L.I.R. ne s'applique pas à la portion raisonnable des paiements versés à un résident d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention si cette convention ne contient pas de disposition précise sur les honoraires de gestion ou d'administration et que ces honoraires sont visés par les dispositions relatives aux bénéfices d'entreprise. De même, selon nos discussions avec les représentants de l'ADRC, la retenue de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. sur un montant versé à l'égard de services rendus au Canada serait un élément déterminant dans l'émission d'une dérogation de retenue du Règlement 105 en vertu du paragraphe 153(1.1) L.I.R.

Cette possible double imposition résulte de l'interprétation des articles 802 et suivants R.I.R. adoptée par l'ADRC. L'article 802 R.I.R. se lit comme suit :

> « Aux fins de l'alinéa 214(13)c) de la Loi, les sommes imposables en vertu de la Partie XIII de la Loi pour une année d'imposition pertinente d'un contribuable sont celles qui ont été versées ou créditées au contribuable pendant l'année d'imposition pertinente, autres que les sommes comprises, en vertu de la Partie I de la Loi, dans le calcul du revenu du contribuable découlant d'une entreprise qu'il a exploitée au Canada. »

---

154 Sujet aux dispositions de toutes conventions fiscales relatives au revenu d'entreprise.

155 Voir par exemple AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques A-8475, 27 septembre 1983, et 5-1090, 13 mai 1986.

Ainsi, selon l'article 802 R.I.R., aucun impôt de la Partie XIII L.I.R. n'est payable sur des sommes incluses dans le calcul du revenu découlant de l'exploitation au Canada d'une entreprise pour les fins de la Partie I L.I.R. Cependant, selon l'ADRC, l'article 802 R.I.R. ne serait applicable qu'aux assureurs non résidents[156].

Nous faisons nôtres les arguments d'un auteur quant au fondement de cette position administrative[157]. Selon l'auteur, l'historique du libellé de cet article ainsi que le fait qu'il fut adopté selon l'alinéa 214(13)c) L.I.R. doit mener à la conclusion que cet article 802 R.I.R. s'applique à toute personne non résidente exploitant son entreprise au Canada, plutôt qu'exclusivement aux assureurs non résidents.

Le contribuable pourrait aussi invoquer le paragraphe 248(28) L.I.R. afin d'éviter cette double imposition de la contrepartie reçue pour ces services, lequel prévoit que les dispositions de la loi n'ont pas pour effet d'exiger l'inclusion ou de permettre la déduction, directement ou indirectement, d'une somme dans le calcul du revenu, du revenu imposable ou du revenu imposable gagné au Canada d'un contribuable pour une année d'imposition dans la mesure où cette somme a déjà été incluse ou déduite. Ce paragraphe a donc pour but de prévenir la double imposition ou la double déduction d'une même somme.

3.6. SERVICES D'ACTEUR

L'alinéa 153(1)g) L.I.R. mentionne que tout montant visé au paragraphe 212(5.1) L.I.R. est exempt de retenue en vertu des règles de la Partie I L.I.R. Ainsi, aucune retenue en vertu du Règlement 105 n'a à être effectuée sur des montants versés à l'égard de prestations de services d'acteur rendus Canada.

Annoncées en 2001, les dispositions du paragraphe 212(5.1) L.I.R. édictent qu'un acteur non résident ou une société qui lui est liée[158], qui reçoit un paiement pour des services rendus au Canada, est assujetti à un impôt de 23 %, imposé sous l'égide de la Partie XIII L.I.R. Cet impôt s'applique sur

---

156 Voir « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 93*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 43:16-60, question 36, aux pages 43:21-22.

157 S. L. SCHEUERMANN, *loc. cit.*, note 90, 45:25.

158 Il est important de noter que la loi prévoit plusieurs règles particulières applicables lorsque l'acteur et une société reçoivent des paiements pour les mêmes services.

les montants versés, crédités ou fournis à titre d'avantage pour les services rendus au Canada dans un film ou une production vidéo.

La retenue d'impôt de 23 % prévue au paragraphe 212(5.1) L.I.R. ne s'applique pas aux montants suivants :

- les frais de déplacement raisonnables (par exemple, le prix des billets d'avion ou de la chambre d'hôtel) versés directement à des tiers au nom de l'acteur non résident;

- les frais de déplacement raisonnables remboursés à l'acteur non résident, pourvu que le payeur puisse fournir les pièces justificatives.

L'acteur non résident pourra alors exercer le choix prévu au nouveau paragraphe 216.1(1) L.I.R., qui permet de choisir de ne pas payer l'impôt prévu au nouveau paragraphe 212(5.1) L.I.R. en assujettissant ce revenu à l'impôt de la Partie I L.I.R. Les revenus gagnés par le non-résident pour la prestation de services d'acteur au Canada seront alors ajoutés au calcul du revenu imposable du non-résident gagné au Canada selon les règles prévues à l'article 115 L.I.R.

Les montants retenus et versés en application du nouveau paragraphe 212(5.1) L.I.R. sont réputés l'être au titre de l'impôt prévu à la Partie I L.I.R. si le non-résident choisit de produire une déclaration aux termes du paragraphe 216.1(1) L.I.R.[159]

Cependant, il est à noter que le choix effectué par l'acteur non résident ne décharge pas le payeur, résident ou non résident, de son obligation de faire la retenue de 23 % prévue par le paragraphe 212(5.1) L.I.R. Par l'application du paragraphe 216.1(2) L.I.R., cette retenue de 23 % est alors réputée avoir été payée pour le compte de l'impôt prévu à la Partie I L.I.R. que doit payer l'acteur non résident.

3.7. ATHLÈTES

La situation des athlètes étrangers qui participent à une compétition au Canada entraîne divers problèmes particuliers.

La première problématique est relative aux paiements pour représentation que des entreprises d'équipements ou de vêtements, ou

[159] Par. 216.1(2) L.I.R.

agissant à titre de commanditaires versent pour qu'un athlète utilise ou porte une marque particulière de produit ou représente l'entreprise. Dès lors que cet athlète participe à un évènement sportif ou promotionnel au Canada, une portion du paiement est alors attribuable à des services (la représentation du produit, de la marque ou de l'entreprise) rendus au Canada. Le Règlement 105 devrait alors s'appliquer à cette portion du paiement global fait à l'athlète. En pratique, il est fort difficile de déterminer la portion des services qui pourrait être attribuable à la présence au Canada de l'athlète. Ainsi, l'ADRC a adopté la position administrative que de tels montants n'ont pas à être considérés comme relatifs à des services rendus au Canada.

Il en va autrement des montants spécifiques qu'un athlète peut recevoir pour venir participer à un évènement au Canada. Par exemple, un athlète n'est pas intéressé à venir participer à une compétition canadienne au motif que les bourses versées ne sont pas assez élevées. Un commanditaire décide alors de compenser l'athlète pour venir participer à la compétition canadienne par un paiement spécifique au-delà de la rémunération globale versée pour la représentation du commanditaire ou de ses produits. L'ADRC considère alors ce paiement supplémentaire spécifique comme assujetti au Règlement 105, même si versé à l'étranger par un commanditaire non résident du Canada à un athlète non résident du Canada.

Il est certain qu'il est difficile pour l'ADRC d'identifier ce genre de paiements. Par ailleurs, certaines autorités étrangères vont informer l'ADRC de ce genre de paiement dans le cadre de programmes d'échange d'informations établis en vertu de conventions fiscales. L'ADRC pourra alors cotiser le commanditaire en vertu du paragraphe 227(8.4) L.I.R. ou l'athlète qui n'a pas produit de déclaration de revenus qui seraient assujettis à la Partie I L.I.R.

Dans le cadre de certaines compétitions sportives, les bourses gagnées basées sur la performance sont parfois remises au commanditaire de l'athlète ou de l'équipe. Dans cette hypothèse, l'ADRC considère que ce paiement effectué au commanditaire non résident est assujetti au Règlement 105.

3.8. DÉROGATION

Une dérogation à l'égard de l'obligation de retenir des impôts selon le Règlement 105 peut être obtenue en vertu du paragraphe 153(1.1) L.I.R.[160]

[160] Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, Direction de l'impôt international, *Lignes directrices touchant les dérogations de la retenue prévue à l'article 105 du Règlement fondées sur une convention fiscale*, 15 novembre 1999.

L'ADRC peut ainsi réduire ou supprimer la retenue à être effectuée si cette retenue portait indûment préjudice à son bénéficiaire[161].

Les politiques administratives quant à l'octroi de dérogation n'ont pas été modifiées depuis la publication des *Lignes directrices touchant les dérogations de la retenue prévue à l'article 105 du Règlement fondées sur une convention fiscale*.

Une nouveauté est que l'ADRC requiert maintenant un engagement de la part du non-résident de produire une déclaration de revenus. Pour les années d'imposition qui débutent après 1998, tout non-résident qui exploite une entreprise au Canada doit produire une déclaration de revenus en vertu du sous-alinéa 150(1)a)(ii) L.I.R. Ainsi, l'ADRC n'octroiera de dérogation que si le non-résident qui en fait la demande s'engage à produire cette déclaration pour l'année ou les années où des services sont rendus au Canada.

3.9. SERVICES RENDUS PAR SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET COENTREPRISE

Si un paiement pour services rendus au Canada est effectué à une coentreprise ayant un membre non résident, la partie d'un tel paiement attribuable à ce membre non résident serait assujettie à la retenue du Règlement 105. Le payeur a alors le fardeau de déterminer si la coentreprise a un membre non résident, et si oui, la portion qui est attribuable au membre non résident.

Il en va de même lorsqu'une société de personnes ayant un associé non résident du Canada rend des services au Canada. Une partie du paiement effectué à la société de personnes sera alors assujettie à la retenue du Règlement 105 imposant le même fardeau au payeur canadien. De plus, afin d'obtenir le remboursement de l'impôt retenu en vertu du Règlement 105, chacun des associés de la société de personnes devra alors produire une déclaration de revenus. De même, si la société de personnes réclame plutôt une dérogation en vertu du paragraphe 153(1.1) L.I.R., les conditions nécessaires à l'octroi de la dérogation devront être respectées par chacun des membres de la société de personnes. L'ADRC est présentement à revoir si

[161] Pour une analyse du processus d'octroi d'une telle dérogation, voir Sheldon LERMAN, « Hot Issues in Tax Compliance », dans *2002 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 16:1-61 et Pierre NADEAU, « Services rendus au Québec par des non-résidents », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 26:1-19.

certains aménagements administratifs pourraient être consentis quant à la documentation et au processus en ce qui concerne les sociétés de personnes ayant un grand nombre de membres, par exemple les grandes firmes professionnelles d'avocats, de comptables et d'ingénieurs qui viennent accomplir des mandats au Canada[162].

3.10. LOCATION D'ÉQUIPEMENT

La location par un non-résident d'équipement situé au Canada peut aussi présenter certaines difficultés quant à l'application des dispositions appropriées de la loi[163].

Généralement, un paiement par un résident canadien[164] pour la location d'un bien situé au Canada sera assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. par l'application de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. Cependant, dans certaines circonstances, les services rendus par le non-résident à l'égard du bien feront en sorte que le non-résident sera considéré comme exploitant une entreprise au Canada et la portion du paiement attribuable à ces services rendus au Canada sera assujettie au Règlement 105.

Selon nos discussions avec des représentants de l'ADRC, si l'entente entre les parties ne prévoit pas de contrepartie particulière pour des services et si le locateur non résident n'utilise ou n'opère pas le bien au Canada, alors les dispositions de la Partie XIII L.I.R. s'appliqueront. Il pourrait alors s'agir de services de formation, d'entretien ou de surveillance rendus au Canada.

Dans la situation où une contrepartie particulière est spécifiquement prévue ou que le non-résident utilise, opère ou autrement exploite activement le bien ou l'équipement, l'application du Règlement 105 devra être considérée.

---

162 « Table Ronde de l'Agence des douanes et du revenu du Canada », dans *Colloque sur l'imposition internationale 2002*, Montréal, Association fiscale internationale, 2002, Partie V, Question 2.

163 Pour une analyse exhaustive de la question, voir Keith R. EVANS, « Leased Equipment: When Does a Permanent Establishment Exist? », (2002), vol. 50, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 489-513.

164 Résident selon les règles habituelles ou réputé résident, selon le cas.

3.11. ÉTUDE PAR LE MINISTÈRE DES FINANCES

Le ministère des Finances du Canada, de concert avec l'ADRC, étudie présentement des amendements au Règlement 105, en étudiant des mesures similaires édictées par d'autres juridictions, notamment l'Angleterre[165], afin d'en moderniser certains aspects[166], de s'assurer de son harmonisation avec l'application de la loi et des conventions fiscales signées par le Canada et de faire face à certaines situations spécifiques (telles que l'application du Règlement 105 aux paiements effectués à des athlètes pour des prestations sportives rendues au Canada).

CONCLUSION

Le survol de ces quelques questions souligne à quel point les questions fiscales soulevées par les transactions internationales sont complexes et peuvent donner lieu à divers ajustements.

---

165 Voir par exemple l'article 555 du *Income and Corporation Taxes Act 1988*, (R.-U.), 1988, c.1, ainsi que le règlement y afférent, *The Income Tax (Entertainers and Sportsmen) Regulations 1987*, S.I., 1987 / 530.

166 Le Règlement 105 ayant été adopté lors de l'introduction de l'impôt sur le revenu dans un libellé presque identique à celui présentement en vigueur.

PARTIE B
Commentaires de l'ADRC

Jean-Michel Richard
Agence des douanes et du revenu du Canada

1. L'ARTICLE 105 R.I.R.[1]

Canco soit achète, soit loue certains équipements spécialisés d'une compagnie française, Eurotiers, laquelle traite à distance avec Canco.

Le contrat d'acquisition prévoit que Eurotiers installera les équipements à l'établissement de Canco, et ce pour un montant déterminé du coût d'acquisition des équipements.

Des coûts supplémentaires sont prévus pour cette installation, incluant des dédommagements pour les frais, le temps de transport et un *per diem* pour les employés non résidents.

Eurotiers a imparti une portion de l'installation des équipements à des tiers canadiens et étrangers.

Afin de valider la garantie sur les équipements, Eurotiers va superviser les travaux d'installation.

Les contrats d'acquisition et de location prévoient aussi que Eurotiers effectuera l'entretien périodique des équipements ainsi que la mise à jour des logiciels de fonctionnement de service.

1) Quelles sont les obligations de retenues de Canco quant :

   a) au coût d'installation?

      i) Payé à Eurotiers 15 %, selon l'article 105 R.I.R. sur tous les paiements pour service rendu au Canada, incluant la portion sous-traitée à une entreprise canadienne;

      ii) remboursement de dépenses :

[1] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

- un paiement forfaitaire de dépenses représente un paiement pour service rendu au Canada (une charge de 500 $ par jour de dépenses pour le logement, les repas et les dépenses imprévues);

- temps de déplacement facturé à Canco pour le contrat (ce temps fait partie intégrante de la notion de service);

- toutes les dépenses raisonnables assumées par Canco pour et à l'acquis de Eurotiers ne sont pas soumises à la retenue à la source selon l'article 105 R.I.R.;

- pour toutes les dépenses raisonnables facturées à Canco, si les pièces originales sont remises à Canco dans le cadre de la facturation, l'article 105 R.I.R. ne s'appliquera pas.

Les sommes payées à l'encontre des dépenses exemptées doivent être reportées dans la case appropriée du feuillet T-4A-NR.

b) à la surveillance du chantier?

i) Les paiements pour la surveillance de chantier seront considérés à titre de service rendu au Canada lorsqu'une somme est facturée;

ii) il n'y aura pas de notion de paiements en regard de la surveillance de l'installation lorsque la raison première de la présence du surveillant est de valider la garantie de l'équipement. Il n'y a pas de paiement, donc l'article 105 R.I.R. ne s'appliquera pas;

- mise en garde : la règle des 183 jours de durée de séjour au Canada peut s'appliquer au surveillant pour le réputer résident et Eurotiers aura l'obligation de retenir et de verser les retenues à la source applicables à la rémunération de cet employé.

c) à l'entretien et à la mise à jour des logiciels?

i) Selon les faits et le lieu où les services sont rendus :

- si c'est un entretien effectué au Canada par un non-résident, on doit le considérer comme un service rendu au Canada, donc l'article 105 R.I.R. s'applique;

- si l'installation de la mise à jour s'effectue au Canada par des non-résidents, l'article 105 R.I.R. s'applique;

- si le service est fourni en France, il n'y a pas de service rendu au Canada, donc l'article 105 R.I.R. ne s'applique pas (montage d'un support informatique);

- si la situation représente l'installation d'une mise à jour par transfert électronique préparé par le vendeur en France, l'article 105 R.I.R. ne s'applique pas.

Qu'en est-il du coût du logiciel? La *Convention fiscale entre le Canada et la France*[2] prévoit l'exemption de la retenue de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] (sur la concession d'un droit d'usage au Canada des coûts de ce logiciel).

d) à la location d'équipement (Partie XIII L.I.R. *versus* art. 105 R.I.R.)?

i) À savoir si la location est la concession d'un droit d'usage au Canada, Canco utilise le bien loué et le droit d'usage lui est concédé. La Partie XIII L.I.R. s'applique;

ii) établissement stable au Canada pour Eurotiers ou impôt de la Partie XIII L.I.R.?

Selon l'article 805 R.I.R., la priorité va à la Partie XIII L.I.R. Par contre, si la location d'équipement est à la nature de l'entreprise exploitée au Canada, la Partie XIII L.I.R. sera concédée en faveur de la Partie I L.I.R.;

iii) mais si le coût de location n'est que pour imputer une dépense au contrat de service, l'article 105 R.I.R. s'applique.

2) Quelles sont les obligations de retenues de Eurotiers quant aux paiements :

a) à des tiers résidents du Canada?

Pas de retenue applicable.

---

2 1976, S.C. 1975-75-76, c. 104.

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

b) à des tiers non résidents du Canada?

i) Retenue obligatoire selon l'article 105 R.I.R. sur tout;

ii) paiement pour des services rendus au Canada. Le libellé est clair : « quiconque verse à une personne non-résidente un honoraire, commission ou autre montant à l'égard de services rendus au Canada […] » (Notre soulignement)

3) Il y a un boni de 100 000 $ si le contrat d'installation est terminé dans les trois mois : quel en est l'impact?

Un *Achievement bonus* fait partie de la notion de service, donc retenue sur le boni.

4) Eurotiers concède un contrat d'installation à une entreprise résidente de la Suisse. La convention avec Canco d'assignation de contrat, laquelle assignation est acceptée par Canco. Canco est facturée par Suisseco et Canco paie Suisseco; la retenue selon l'article 105 R.I.R. incombe à Canco.

2. REDEVANCES (AL. 212(1)d) L.I.R.)

Par ailleurs, simultanément à la disposition du brevet, Canco et Paradico ont conclu une convention de licence exclusive indéterminée sur le marché canadien relativement à l'utilisation par Canco du brevet et par laquelle Canco s'engage, en contrepartie de ce droit d'usage, à verser une somme forfaitaire à la signature de la licence et un paiement qu'ils qualifient de « redevance » dans ladite entente.

La convention de licence prévoit également qu'une partie du pourcentage de la « redevance » payée par Canco sera relative à un droit d'exclusivité que Canco aura relativement à l'usage du brevet sur le territoire canadien.

1) Présumant que la disposition du brevet est valide, comment distinguer la disposition du brevet comme tel et une convention de licence exclusive?

a) C'est la cession complète et sans restriction des droits de propriété et non le type de paiement qui fait la différence entre licence et cession;

i) Une licence peut être conférée de différentes façons; paiement d'étape (*achievement payments*), paiement forfaitaire, paiement à

la pièce, paiement selon les ventes ainsi qu'un paiement annuel; ce peut être également un ensemble de ces derniers;

b) Recette transférée avec le transfert technologique, selon certaines conventions.

2) Est-ce que le paiement qualifié de « redevance » est inclus dans la définition de redevance dans un contexte domestique et dans l'application de la convention fiscale?

a) Préambule de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. et ses sous-alinéas : la réponse est donc oui au niveau domestique;

b) Éléments de contingence et d'imprévu : pour qu'il y ait redevance, la réponse est oui, habituellement, sauf qu'il y a les sous-alinéas 212(1)d)(ii) et (iii) L.I.R., information et service.

3) Inclusion ou non du paiement forfaitaire dans la définition de redevance?

a) Sur l'alinéa 212(1)d), la jurisprudence canadienne n'est pas constante. L'inclusion est selon nous contraire à l'élément de contingence et d'imprévu nécessaire à la qualification d'une redevance, alors que la position adoptée par l'Agence des douanes et du revenu du Canada est que tout paiement effectué dans le cadre de l'obtention d'une licence est un paiement de redevance et l'alinéa 212(1)d) s'applique;

b) Les conventions fiscales incluent le paiement forfaitaire mais certaines conventions peuvent en exclure l'application par une exemption spécifique.

Par exemple, droit d'auteur. (Note : aussi visés en vertu du sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R., les droits de reproduction d'une oeuvre artistique (sauf œuvre cinématographique), la location applicable à l'industrie aéronautique et à ses composantes).

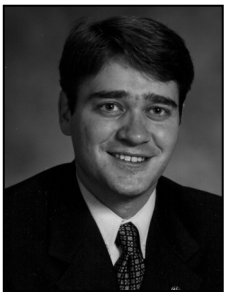
4) Traitement de la redevance payée à titre de droit d'exclusivité?

a) Lien essentiel avec les sous-alinéas 212(1)d)(i) et 212(1)d)(ii) L.I.R.;

b) Sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. droit d'usage **au Canada**;

c) Sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R. *know-how* **pas nécessairement utilisé au Canada**.

PANEL SUR LES PRIX DE TRANSFERT



Coordonnateur
Sébastien Rheault
Avocat
Barsalou Lawson

Bernard Barsalo
CA
Samson Bélair
Deloitte &Touche s.e.n.c.r.l.

André Lamarche
Agence des douanes et
du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 46:5

1. BUREAU DES SERVICES FISCAUX *VERSUS* ADMINISTRATION CENTRALE 46:6

2. DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS PAR L'ADRC 46:8

3. COMMUNIQUÉS RÉCENTS DE L'ADRC 46:23

3.1. COMITÉ DE REVUE (*COMMUNIQUÉ* DU 26 MARS 2003) 46:25
3.1.1. Introduction : Description générale du communiqué 46:25
3.1.2. Revue des pénalités par le comité 46:26
3.2. REDRESSEMENT À LA BAISSE DES PRIX DE TRANSFERT EN VERTU DU PARAGRAPHE 247(2) L.I.R. (*COMMUNIQUÉ* DU 18 MARS 2003) 46:29
3.3. RAPATRIEMENT DES FONDS (*COMMUNIQUÉ* DU 11 MAI 2003) 46:33

4. MÉTHODES 46:37

5. PETITE ET MOYENNE ENTREPRISE 46:41

6. AUTORITÉ COMPÉTENTE 46:45

INTRODUCTION

Les dispositions traitant des prix de transfert dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] ont été substantiellement modifiées en 1997. On a alors essentiellement remplacé le paragraphe 69(2) L.I.R. par l'article 247 L.I.R., qui contient à lui seul 11 alinéas. De nombreuses nouvelles mesures ont alors été ajoutées, incluant des dispositions en matière de documentation ponctuelle, de pénalités et de recaractérisation des transactions, par exemple.

En parallèle à ces changements législatifs, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») s'est alors lancée dans une campagne visant à améliorer et à augmenter substantiellement ses effectifs nationaux relativement aux vérifications internationales en matière de prix de transfert. Depuis 1997, l'ADRC a augmenté le nombre de vérificateurs internationaux à près de 300, dont près du tiers sont spécifiquement engagés en prix de transfert.

Aujourd'hui, environ cinq ans plus tard, les contribuables ont commencé à faire l'objet de vérifications en prix de transfert selon ce que l'on pourrait appeler le « nouveau régime » de l'article 247 L.I.R. et les nouveaux effectifs de l'ADRC. Les choses ne sont plus nécessairement faites de la même façon qu'autrefois, les règles ont changé et les nouveaux principes introduits par l'article 247 L.I.R. ont commencé à être testés et vécus par les vérificateurs, les contribuables et leurs représentants.

En parallèle, l'ADRC continue à développer et à améliorer ses politiques administratives en matière de prix de transfert et, dans cette optique, a émis, entre autres, trois nouveaux communiqués cette année sur des sujets pertinents : les ajustements à la baisse, le comité de revue des pénalités ainsi que le rapatriement des fonds.

Le panel sur les prix de transfert se veut une discussion concernant l'expérience acquise récemment en matière de vérification en prix de transfert de même que les politiques et communiqués récents de l'ADRC sur la question.

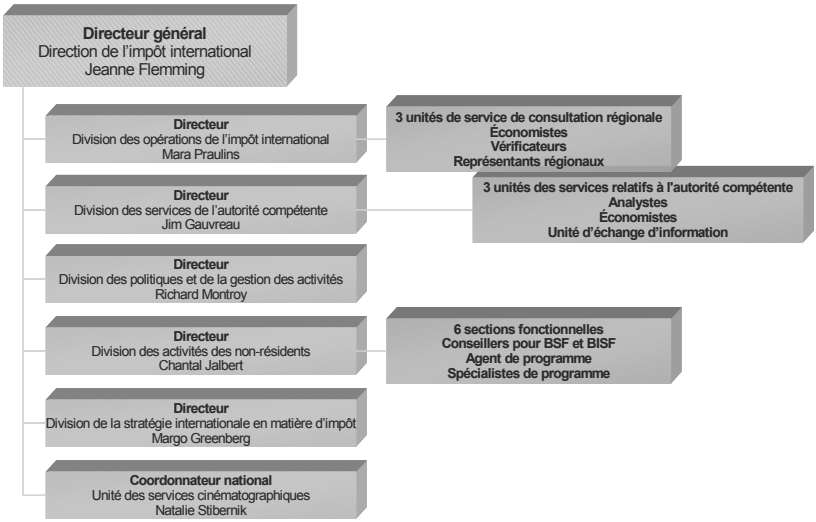
---

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

1. BUREAU DES SERVICES FISCAUX *VERSUS* ADMINISTRATION CENTRALE

QUESTION

Nous savons que l'administration centrale de l'ADRC joue un rôle important au niveau des vérifications en prix de transfert mais que les bureaux de services fiscaux (ci-après « BSF ») continuent d'effectuer le travail sur le terrain. Lorsqu'une question d'importance est identifiée, les contribuables se demandent parfois à quel niveau la décision sera prise à l'ADRC. Pourriez-vous clarifier la dynamique qui existe entre l'administration centrale et les BSF, dans le cadre d'une vérification en prix de transfert?

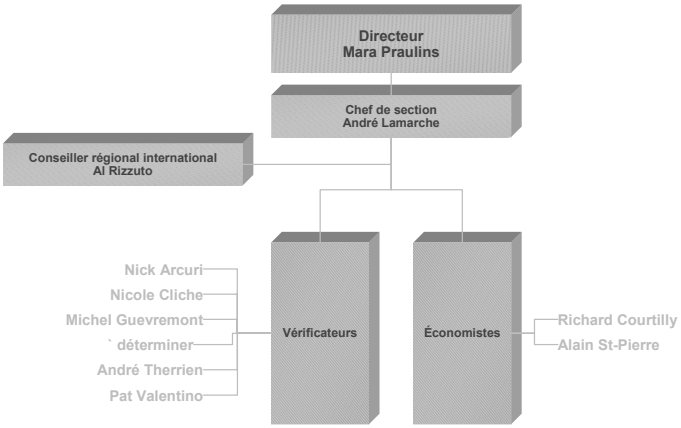


RÉPONSE DE L'ADRC

En premier lieu, il serait important de définir les joueurs. Ainsi les vérifications de prix de transfert sont effectuées dans les BSF par ou avec l'assistance de la section des vérifications internationales (ci-après « SVI »). À l'administration centrale, les questions internationales sont sous la responsabilité de la Direction de l'impôt international (ci-après « DII »). Pour ce qui est des questions de prix de transfert, la DII a créé en 2000 la Division des services de l'autorité compétente (ci-après « DSAC ») et la Division des opérations de l'impôt international (ci-après « DOII »).

La DSAC a pour champ de responsabilités les arrangements préalables en matière de prix de transfert (ci-après « APP ») et les procédures amiables. La DOII a pour responsabilité d'assister les BSF dans les vérifications internationales complexes, plus particulièrement les cas de prix de transfert. Elle possède trois unités de services locaux et de consultation (ci-après « USLC »), chacune responsable d'une ou de plusieurs régions. Ainsi, l'unité III que je dirige est responsable des régions du nord de l'Ontario, du Québec et des Maritimes. Nous offrons des services de consultation pour des problèmes complexes de vérifications internationales (établissement stable, revenu étranger accumulé tiré de biens, fiducie de non-résidents, prix de transfert, etc.). Nous avons des conseillers localisés dans chacune des régions (Al Rizzuto pour la région du Québec) ainsi que des vérificateurs et des économistes à Ottawa pour donner un support technique et économique dans les vérifications de prix de transfert. La DOII a d'autres mandats dont celui de la révision, par le comité de révision des prix de transfert (ci-après « CRPT »), de toute application potentielle de la pénalité prévue au paragraphe 247(3) L.I.R.

Unité III des services de consultation régionale – Québec



La responsabilité de tous les dossiers de vérification relève des BSF et celle des vérifications internationales de la SVI. L'administration centrale et plus particulièrement la DII n'agissent que comme consultants dans des dossiers spécifiques.

2. DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS PAR L'ADRC

De façon générale, il existe cinq types de demandes de renseignements pouvant être utilisés par l'ADRC dans les vérifications en prix de transfert, les deux premiers étant de loin les plus utilisés. D'abord, il y a la fameuse demande de « trois mois » de l'alinéa 247(4)c) L.I.R. qui prévoit que le contribuable doit fournir au vérificateur sa documentation ponctuelle dans les trois mois d'une demande[2]. Ensuite, il y a les demandes usuelles de renseignements, verbales ou écrites, effectuées dans le cours normal des vérifications en vertu des pouvoirs généraux de vérification, prévus à l'article 231.1 L.I.R. Dans ce contexte, les vérifications en prix de transfert incluent parfois des entrevues avec des employés du contribuable de même qu'une visite des lieux, par exemple. Le troisième type de demande sont les demandes « péremptoires de renseignements domestiques » en vertu de l'article 231.2 L.I.R., un mécanisme peu utilisé en prix de transfert. Le quatrième type de demande est constitué des demandes « péremptoires de renseignements étrangers » selon l'article 231.6 L.I.R., qui sont de temps à autre utilisées, peut-être davantage en Ontario qu'au Québec. Enfin, le cinquième type de demande de renseignements est la demande de renseignements auprès des autorités fiscales étrangères, au moyen des dispositions contenues dans les conventions fiscales internationales. Nous allons discuter brièvement de ces cinq types de demandes de renseignements.

QUESTION

De façon générale, la première étape pour l'ADRC sera donc d'obtenir une copie de la documentation ponctuelle du contribuable. De façon générale, pouvez-vous nous rappeler ce que doit contenir la documentation ponctuelle?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'alinéa 247(4)a) L.I.R. exige qu'un contribuable ait en sa possession, au moment de produire une déclaration de revenus, des registres ou

---

[2] L'alinéa 247(4)c) L.I.R. indique que la présomption de ne pas avoir fait des efforts sérieux s'applique si trois conditions sont réunies dont celle de fournir les registres ou documents visés aux alinéas 247(4)a) et b) L.I.R. au ministre dans les trois mois suivant la signification à personne ou par courrier recommandé ou certifié d'une demande écrite les concernant.

documents renfermant une description complète et exacte quant à tous les éléments importants de ce qui suit :

- les biens ou les services auxquels l'opération se rapporte;

- les modalités de l'opération et leurs rapports éventuels avec celles de chacune des autres opérations effectuées entre les personnes ou sociétés de personnes participant à l'opération.

  Par exemple**,** les contribuables doivent documenter le rapport entre les modalités de chaque transfert dans le cas d'une opération aller-retour (par exemple, une opération en vertu de laquelle une société mère fabrique des composantes qui sont assemblées en un produit fini par sa filiale étrangère, qui les lui revend pour distribution ultérieure).

- l'identité des personnes ou des sociétés de personnes participant à l'opération et les liens qui existent entre elles au moment de l'opération;

- les fonctions exercées, les biens utilisés ou apportés et les risques assumés par les personnes ou les sociétés de personnes participant à l'opération.

  Le lecteur peut consulter les paragraphes 1.20 à 1.27 des principes de l'Organisation de coopération et de développement économiques[3] (ci-après « OCDE ») pour une description du processus d'analyse fonctionnelle, et les paragraphes 5.23 et 5.24 pour l'information à l'appui de cette analyse;

- les données et les méthodes prises en considération et les analyses effectuées pour déterminer les prix de transfert, les attributions de bénéfices ou de pertes ou les participations aux coûts, selon le cas, relativement à l'opération;

  Cela comprend :

  – une description des opérations comparables prises en considération et de celles choisies pour appliquer la méthode de détermination du prix;

---

[3] ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales,* Paris, OCDE, juillet 1995.

– une évaluation du niveau de comparabilité entre de telles opérations et celles du contribuable;

– une description de tous les ajustements effectués pour améliorer le niveau de comparabilité.

Cela comprend également l'analyse effectuée au moyen de chacune des méthodes, lorsque le contribuable a considéré plusieurs méthodes, ainsi que l'analyse ayant donné lieu à la sélection de la méthode choisie.

- les hypothèses, stratégies et principes éventuels ayant influé sur la détermination des prix de transfert, les attributions de bénéfices ou de pertes ou la participation aux coûts relativement à l'opération.

  Cela comprend tous les facteurs ayant une incidence matérielle sur la détermination des prix de transfert, notamment les stratégies de pénétration du marché ou les hypothèses économiques sur lesquelles on s'appuie pour déterminer les prix de transfert.

QUESTION

Au moment de l'introduction de l'article 247, la position des praticiens était que l'alinéa 247(4)c) L.I.R. se voulait un outil à être utilisé seulement lorsqu'un contribuable ne s'était délibérément pas conformé aux demandes plus informelles de l'ADRC à l'égard de la documentation relative aux prix de transfert. Cependant, il est clair que ce n'est pas ce qui s'est produit et que la documentation ponctuelle est systématiquement requise par une demande de « trois mois » dans les vérifications. Nous comprenons que l'ADRC a émis une directive qui expose les initiatives de conformité visant à augmenter considérablement l'importance de la documentation ponctuelle relative aux prix de transfert. L'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») des États-Unis a lancé une initiative semblable d'après une directive de M. Larry R. Langdon, commissaire de l'IRS, division moyennes et grandes entreprises. Les directives du Canada et des États-Unis s'articulent autour de la documentation et des pénalités relatives aux prix de transfert et précisent le changement de stratégie des deux pays à l'égard de la présentation de demandes formelles en la matière. En vigueur depuis la fin de 2002, les bureaux de services fiscaux canadiens, tout comme ceux des États-Unis, ont reçu la directive de présenter des demandes formelles de documentation sur les prix de transfert aux contribuables avant le début d'une vérification et de faire observer les délais prescrits quant à la remise de la documentation.

Est-il exact de dire que les vérifications en prix de transfert sont systématiquement amorcées par une demande de trois mois en vertu de l'alinéa 247(4)c) L.I.R.?

RÉPONSE DE L'ADRC

En premier lieu, je ne crois pas que votre position concernant l'alinéa 247(4)c) L.I.R. est inexacte, en ce sens que l'ADRC voulait avant tout s'assurer que les contribuables canadiens établissent des politiques de prix de transfert qui soient basées sur le principe de pleine concurrence, qu'ils maintiennent la documentation à l'appui de ce principe et qu'ils fournissent cette documentation aux vérificateurs **dans un délai raisonnable**, compte tenu que celle-ci doit être établie ou obtenue au plus tard à la date limite de production de sa déclaration. Concernant votre question spécifique, la DOII demande aux vérificateurs de toujours formuler une demande de production de la documentation ponctuelle avant de débuter leur vérification de prix de transfert sur place. La demande peut être formulée au moyen d'une lettre ou d'une demande de renseignements, mais elle doit être remise au contribuable en mains propres ou lui être envoyée par courrier recommandé ou certifié.

QUESTION

Dans le même ordre d'idées, pouvez-vous nous indiquer quelles sont les conséquences de ne pas produire cette documentation dans les trois mois?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le contribuable doit fournir les registres ou les documents exigés en vertu du paragraphe 247(4) L.I.R. dans les trois mois suivant la signification d'une demande écrite. S'il ne fournit pas ces registres ou documents dans ce délai de trois mois, il est réputé ne pas avoir fait des efforts sérieux pour déterminer et utiliser des prix de transfert ou des attributions de pleine concurrence aux fins de la pénalité prévue au paragraphe 247(3) L.I.R.

QUESTION

Même si la documentation a été produite dans les trois mois, il y aura des cas où le contribuable sera tout de même réputé ne pas avoir fait des efforts sérieux. Sur le plan juridique, il existe selon nous une distinction entre l'obligation de préparer la documentation ponctuelle dans le délai requis pour produire la déclaration de revenus à chaque année et l'obligation de la fournir à l'ADRC dans les trois mois d'une demande écrite. En effet, le paragraphe 247(4) L.I.R. prévoit que le contribuable sera réputé ne pas avoir

fait des efforts sérieux de détermination de prix de pleine concurrence à moins d'avoir établi ou obtenu sa documentation ponctuelle « au plus tard à la date limite de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition » en question. En principe donc, un contribuable pourrait produire une documentation dans les trois mois d'une demande par l'ADRC mais se trouver quand même dans une situation où il serait réputé ne pas avoir fait des efforts sérieux de détermination de prix de pleine concurrence puisqu'il n'avait pas établi ou obtenu sa documentation ponctuelle au plus tard à la date limite de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition en question. En pratique, est-ce que l'ADRC cherche à savoir quand la documentation a effectivement été établie? Autrement dit, cherche-t-on à déterminer s'il s'agit d'une documentation véritablement « ponctuelle »? Est-ce que l'application de la présomption de ne pas avoir fait des efforts sérieux va se limiter à certains cas? Par exemple, aux cas pour lesquels le contribuable n'aura pas été en mesure de produire la documentation dans les trois mois d'une demande ou encore dans les cas où la documentation sera jugée déficiente?

RÉPONSE DE L'ADRC

Par définition, une documentation ponctuelle implique que celle-ci est préparée au fur et à mesure que les transactions sont effectuées. Le délai de trois mois est accordé pour permettre au contribuable de recueillir cette documentation et de la mettre dans un format acceptable pour les besoins de l'ADRC. Si l'ADRC a la preuve que la documentation a été préparée après le délai prévu à la *Loi de l'impôt sur le revenu* (qui est au plus tard à la date limite de la production de la déclaration de revenus), le contribuable sera réputé ne pas avoir satisfait aux exigences du paragraphe 247(4) L.I.R. et sera passible de la pénalité prévue au paragraphe 247(3) L.I.R. si les autres conditions sont remplies. Ceci étant dit, si l'ADRC n'a pas la certitude que la documentation a été préparée après le délai prévu à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais possède des éléments incriminants à ce sujet, le véritable test sera la conformité de la politique de prix de transfert de l'entreprise au principe de pleine concurrence établi par l'OCDE. Si notre vérification entraîne des redressements au-delà du seuil sujet à pénalité, le dossier sera référé au CRPT (voir plus loin) et l'évidence de la préparation de la documentation après la fin de l'année d'imposition sujette au redressement sera prise en considération par le comité qui pourra juger que le contribuable n'a pas fait des efforts sérieux pour déterminer et utiliser des prix de transfert ou des attributions de pleine concurrence aux fins de la pénalité prévue au paragraphe 247(3) L.I.R.

QUESTION

Jusqu'ici, quelles sont les principales lacunes observées par l'ADRC dans la documentation ponctuelle des contribuables?

RÉPONSE DE L'ADRC

Des exemples de ceci comprennent :

- Des honoraires de gestion imputés en fonction des ventes au lieu du temps passé;
- Les services fournis ne sont pas clairement définis;
- Des distributeurs qui se disent en stade de pénétration de marché alors qu'il n'existe aucun budget, aucune étude de marché;
- De la documentation incomplète qui ne supporte pas adéquatement la ou les transactions;
- La documentation a été préparée après la transaction et certaines informations sont difficiles à comprendre puisqu'il y a eu des changements dans le personnel;
- Certaines études ont été spécifiquement préparées pour les besoins d'autres pays et l'adaptation aux spécificités canadiennes (utilisation du mauvais *tested party*, aucune adaptation pour le marché canadien si celui-ci est différent, etc.). Si l'on veut préparer la documentation pour plusieurs pays, la documentation de la Pacific Association of Tax Administrators (ci-après « PATA ») peut s'avérer une bonne alternative.

QUESTION

Nous avons noté que jusqu'ici, la documentation ponctuelle n'est généralement pas considérée comme suffisante, en soi, pour permettre à l'ADRC de compléter sa vérification. La documentation ponctuelle est plutôt utilisée comme base d'information à partir de laquelle des questions additionnelles seront posées au contribuable. Selon votre expérience, quelle est l'utilité de cette documentation ponctuelle pour l'ADRC? Quelle en est l'utilité pour les contribuables?

RÉPONSE DE L'ADRC

En premier lieu, comme toute déclaration de renseignements (T2, T106, etc.), la documentation ponctuelle offre à l'ADRC un point de départ dans l'évaluation du respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De la même manière que le vérificateur domestique demandera des explications et de la documentation supplémentaire pour effectuer sa vérification de l'annexe 1 de la T2, etc., la documentation ponctuelle pourra être mise en question et examinée ainsi que les pièces justificatives la supportant.

Pour le contribuable, je crois que cette documentation lui permet de réfléchir à la méthodologie qu'il utilise et de corriger les lacunes qui pourraient exister dans ladite méthodologie.

Qu'en pensez-vous?

COMMENTAIRE

En effet, lors de la préparation d'une étude, nous voulions supporter la méthode de prix de transfert utilisée par la PME, tout en transférant notre expertise vers le personnel du contribuable, afin de les aider à faire le choix de la meilleure méthode, et ce, sans oublier l'analyse de leur fiscalité transfrontalière, de leurs formalités de douane et autres aspects fiscaux.

QUESTION

Nous en sommes à la quatrième année de préparation d'études de prix de transfert à la suite de la mise en place de la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant la conformité. Nous sommes donc en mesure de mettre de plus en plus à jour nos études préparées dans les années antérieures. La *Circulaire d'information* 87-2R[4] et la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sont pas très explicites quant à la nécessité de mettre à jour la documentation sur les prix de transfert :

> « 247(4)b) : pour chaque année d'imposition ou exercice ultérieur où se poursuit l'opération, il établit ou obtient, au plus tard à la date limite de production qui lui est applicable pour l'année ou l'exercice, selon le cas, des registres ou des documents contenant une description complète et exacte de chacun des <u>changements importants</u> dont les éléments visés aux sous-alinéas a)(i) à (vi) ont

[4] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999.

> fait l'objet au cours de l'année ou de l'exercice relativement à l'opération; […]. » (Notre soulignement)

La circulaire ajoute que :

> « 180. […] Lorsqu'une opération est étalée sur plusieurs années d'imposition ou exercices financiers, la documentation doit également être mise à jour de façon à tenir compte des changements importants, au plus tard à la date limite de production de la documentation pour chaque année ou exercice ultérieur où se poursuit l'opération. »

Nous aimerions présenter un premier exemple où le contribuable a fait une documentation complète et précise dans l'année un et, dans la deuxième année, il n'y a aucun changement dans la répartition des fonctions et des risques entre les parties liées. Dans notre jargon, l'analyse fonctionnelle n'a pas à être modifiée. Dans un tel cas, est-il nécessaire de procéder à la mise à jour des données financières des entreprises fonctionnellement comparables utilisées dans l'année un?

Dans un exemple plus commun, il est généralement reconnu que s'il y a une nouvelle clientèle, de nouveaux produits, un changement dans le marché quant à la concurrence, une nouvelle division ou la vente d'une division, etc., il doit y avoir une mise à jour.

Est-ce que l'ADRC pourrait nous présenter sa vision générale concernant la mise à jour dans ces deux exemples?

RÉPONSE DE L'ADRC

Dans le premier exemple, il faudra, au minimum, faire une mise à jour des comparables utilisés puisque même si les fonctions et risques entre parties liées n'ont pas été modifiées, les conditions du marché et de la concurrence peuvent avoir changé et les comparables utilisés ne sont peut-être plus valables.

Dans votre deuxième exemple, il est clair qu'une révision plus en profondeur s'impose puisque les conditions internes et externes aux entreprises liées ont subi des modifications et l'on se doit d'évaluer l'impact de toutes ces modifications sur le prix de transfert entre sociétés liées.

QUESTION

Les demandes en vertu de l'article 231.1 L.I.R. sont essentiellement les demandes normales de renseignements, émises par le vérificateur dans le

cadre d'une vérification. Dans le cadre d'une vérification en prix de transfert, ces demandes sont normalement faites par écrit, soit en utilisant le formulaire typique (« Query Sheet » à deux colonnes) ou par voie de simple lettre adressée au contribuable. Est-ce que l'ADRC a une politique quant à la forme que doivent prendre les demandes normales de renseignements en prix de transfert ? Est-ce toujours par écrit? Est-ce que le formulaire « Query Sheet » doit être utilisé?

RÉPONSE DE L'ADRC

Il n'existe pas de directives spécifiques pour les vérificateurs leur indiquant la manière de demander de l'information aux contribuables. Par contre, chaque BSF utilise soit des listes de contrôle, soit des méthodologies spécifiques pour obtenir, des contribuables, l'information nécessaire à la vérification du dossier. Somme toute, la méthodologie utilisée peut différer quelque peu d'un BSF à l'autre mais les principes utilisés sont les mêmes.

QUESTION

Aucun contribuable n'aime envoyer des documents confidentiels à l'extérieur de son bureau comme cela est souvent exigé dans ces demandes génériques. Est-ce que le contribuable sera mal vu d'exiger l'analyse de ces documents dans ses locaux plutôt que d'expédier une copie de toute sa documentation aux bureaux des services fiscaux?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'article 231.5 L.I.R. permet au vérificateur de prendre la copie des documents qui sont examinés en vérification ou de les imprimer lorsque ces derniers sont en format électronique. Qui plus est, l'article 241 L.I.R. assure au contribuable que les documents recueillis seront tenus confidentiels.

QUESTION

Dans quelles circonstances l'ADRC va-t-elle demander d'aller consulter elle-même les documents ou archives situés à l'étranger, chez la société mère aux États-Unis par exemple?

RÉPONSE DE L'ADRC

Lorsque les livres et registres canadiens sont situés à l'étranger, le contribuable doit rapatrier ces livres et registres au Canada ou permettre au vérificateur de les consulter sur place à l'étranger. Dans la vérification des

prix de transfert, il peut être avantageux pour le contribuable de permettre au vérificateur de vérifier l'analyse fonctionnelle en visitant les installations situées à l'étranger.

QUESTION

Dans quelles circonstances les demandes de renseignements seront-elles complétées par des entrevues de certains membres du personnel du contribuable?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le personnel du contribuable est souvent essentiel à la compréhension des registres. Il est donc important que les vérificateurs aient accès à ces personnes-ressources pour évaluer correctement les politiques de prix de transfert de l'entreprise. Par exemple, lors de la révision d'une analyse fonctionnelle, les documents d'analyse rendent rarement justice aux fonctions exercées, risques courus, etc. par les participants à la ou aux transactions. L'entrevue avec les personnes-ressources permet de compléter la compréhension des éléments importants de toute politique de prix de transfert.

QUESTION

L'article 231.2 L.I.R. permet au ministre, par un avis écrit, d'exiger d'une personne qu'elle fournisse tout renseignement ou renseignement supplémentaire ou qu'elle produise des documents. Ces demandes sont qualifiées de « demandes péremptoires domestiques ». Elles peuvent être adressées au contribuable ou à des tiers. Les sanctions possibles du défaut de répondre à une demande péremptoire en vertu de l'article 231.2 L.I.R. vont de l'obtention d'une ordonnance de la Cour à une amende et à une peine d'emprisonnement. En pratique, nous comprenons que les demandes selon l'article 231.2 L.I.R. sont peu fréquentes dans le cadre des vérifications en prix de transfert, est-ce exact? Dans quelles circonstances de telles demandes pourraient-elles être utilisées en prix de transfert?

RÉPONSE DE L'ADRC

Les demandes péremptoires domestiques en vertu de l'article 231.2 L.I.R. sont des outils mis à la disposition du vérificateur pour l'aider à obtenir l'information qui lui est nécessaire à sa vérification. Nous recommandons fortement aux vérificateurs d'utiliser les demandes péremptoires en vertu des articles 231.2 et 231.6 L.I.R. lorsque le

contribuable ne coopère pas et lorsque toutes les autres méthodes ont été utilisées sans succès.

QUESTION

Le prochain outil principal de demandes de renseignements dont nous voulons discuter se trouve à l'article 231.6 L.I.R. Il réfère aux demandes de renseignements étrangers et permet au ministre, par un avis, d'exiger d'une personne résidant au Canada qu'elle fournisse des renseignements qui sont disponibles et qui sont situés à l'extérieur du Canada. Ce qu'il y a de particulier avec cette disposition est sa sanction. Si la demande péremptoire pour renseignements situés à l'étranger n'est pas contestée dans les 90 jours et que le contribuable ne fournit pas « en totalité ou presque » les renseignements demandés, la Couronne pourra, au procès, obtenir une ordonnance interdisant au contribuable de déposer en preuve la documentation ou l'information qui avait été demandée en vertu de l'article 231.6 L.I.R. au moment de la vérification. Récemment, dans l'affaire *Glaxosmithkline* c. *La Reine*[5], la Cour canadienne de l'impôt a eu pour la première fois à se pencher sur une requête pour exclusion de la preuve en vertu de l'article 231.6 L.I.R., dans un contexte de prix de transfert. La Cour a reconnu qu'une demande valide avait été faite au contribuable en vertu de l'article 231.6 L.I.R. au moment de la vérification et que celui-ci avait fait défaut d'y répondre selon le critère prévu. La Cour a donc émis une ordonnance selon laquelle les documents qui auraient dû avoir été produits (sans les spécifier cependant) au moment de la vérification ne pourront être produits en preuve par le contribuable au procès. La Cour a cependant laissé quelques portes ouvertes au contribuable. D'abord, elle n'a pas spécifié quels documents devaient être exclus et a laissé la question à la discrétion du juge qui entendra le procès (il s'agissait d'une requête au préalable) et a déclaré que la portée de ce qui était couvert par la demande en vertu de l'article 231.6 L.I.R. devait être interprétée restrictivement (en faveur du contribuable) parce que ladite demande n'avait pas été rédigée clairement par l'ADRC. Ensuite, elle a indiqué que malgré l'ordonnance, la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'interdisait pas au contribuable d'introduire en preuve les documents en question en réplique à la preuve de la Couronne. Finalement, la Cour n'a pas conclu au sujet de l'argument du contribuable selon lequel la sanction prévue à 231.6 L.I.R. soit en violation du droit à un procès juste et équitable prévu à la *Déclaration canadienne des droits*[6] (et

---

5 [2003] 4 C.T.C. 2916.

6 8-9 Éliz. II, c. 44; L.R.C. (1985), app. III.

non à la *Charte canadienne des droits et libertés*[7]), préférant laisser la question au juge du procès qui fera face à une violation imminente de ces droits.

À la lumière des commentaires de la Cour, quels sont les moyens qui sont pris par l'ADRC pour que les demandes de renseignements en vertu de l'article 231.6 L.I.R. soient rédigées de façon claire et précise?

RÉPONSE DE L'ADRC

Bien que je ne puisse discuter spécifiquement du cas présenté, l'ADRC a pour objectif de présenter des demandes de renseignements, que ce soit de façon verbale, écrite ou péremptoire, qui soient les plus claires et précises que possible. Le but ultime pour l'ADRC est d'obtenir de l'information qui explique la politique de prix de transfert utilisée par le contribuable afin de déterminer si celle-ci satisfait aux principes de pleine concurrence établis par l'OCDE et acceptés par le Canada.

QUESTION

Est-ce que le BSF va consulter l'administration centrale avant d'émettre des demandes en vertu de l'article 231.6 L.I.R.?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'assistance de l'administration n'est pas obligatoire mais nous sommes à la disposition des BSF pour toute demande d'assistance dans ce domaine.

QUESTION

Il arrive que les demandes de renseignements ne soient pas claires, du point de vue du contribuable. Quelle est la meilleure façon pour obtenir des clarifications?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le vérificateur qui a émis la demande demeure la meilleure source pour clarifier la demande. Il est préférable de s'assurer que l'on comprend bien la

---

[7] Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

(les) demande(s) avant d'effectuer un travail qui risque d'être vain si les renseignements recueillis ne sont pas ceux attendus par le vérificateur.

QUESTION

En répondant aux demandes de renseignements, il arrive que le contribuable ait la réaction de vouloir rencontrer l'ADRC pour discuter du dossier plutôt que d'envoyer de l'information qui pourrait être mal comprise ou encore de répondre à des questions sans savoir exactement où l'ADRC s'en va avec ces demandes. Pour le profit des lecteurs, à quel stade devient-il le plus opportun de rencontrer l'ADRC pour discuter de ce que le vérificateur a en tête, qu'est-ce qu'il considère comme des faiblesses, etc. Avant de répondre aux demandes de renseignements? Après avoir répondu à toutes les demandes? Au moment d'un projet de changement (projet de cotisation) seulement?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le contribuable est en droit de savoir pourquoi l'ADRC pose une question ou demande un document en particulier. De plus, si une demande semble mener à une impasse, il est raisonnable pour le contribuable ou son représentant de rencontrer le vérificateur pour discuter de la demande et pour déterminer l'étendue des informations nécessaires afin de répondre aux objectifs visés par le vérificateur. Donc, il n'y a pas nécessairement de temps spécifique pour demander une rencontre. Visez avant tout l'efficacité et l'efficience.

QUESTION

Dans quelles circonstances sera-t-il approprié pour un membre de l'administration centrale de participer à une rencontre avec le contribuable et son représentant?

RÉPONSE DE L'ADRC

À la demande du BSF ou lorsque l'administration centrale a émis un rapport économique ou autre sur lequel le BSF appuie son opinion. Dans ce dernier cas, l'administration centrale pourra répondre aux questions touchant le rapport émis.

QUESTION

Dans quelles circonstances l'ADRC va-t-elle demander de l'information directement de tiers, de concurrents par exemple? Y a-t-il des directives ou un communiqué sur la question?

RÉPONSE DE L'ADRC

Dans le contexte d'une vérification de l'impôt sur le revenu, l'ADRC peut utiliser – et utilise dans des cas isolés – des comparables provenant de tierces parties, qui sont recueillis par le ministre aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à des fins de nouvelle cotisation. Cependant, l'ADRC considère les renseignements provenant de tierces parties comme des renseignements confidentiels et en interdit la divulgation, à moins qu'une exception ne soit prévue aux dispositions discrétionnaires de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière de divulgation. L'ADRC applique les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière de divulgation de façon restrictive et fait tous les efforts possibles pour assurer la protection du caractère confidentiel des renseignements recueillis auprès de tierces parties en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Si une nouvelle cotisation est établie à partir de comparables recueillis par le ministre auprès de tierces parties, l'ADRC avisera le contribuable en conséquence. L'ADRC pourra fournir à ce contribuable certains des renseignements provenant de tierces parties, pourvu que cela soit conforme à son engagement de protéger les renseignements confidentiels. Si ce contribuable demande l'accès à des renseignements confidentiels, l'ADRC demandera à la tierce partie la permission écrite de les lui communiquer. Si la tierce partie refuse, l'ADRC fera tout en son pouvoir pour protéger le caractère confidentiel de ces renseignements.

Si ce contribuable produit un avis d'appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt, le paragraphe 241(3) L.I.R. permet au Ministère de lui communiquer ces renseignements. Dans un tel cas, l'ADRC communiquera d'abord avec la tierce partie pour lui permettre de prendre les mesures appropriées pour restreindre la divulgation des renseignements.

Par exemple, l'ADRC pourrait suggérer à la tierce partie de demander une ordonnance de non-divulgation auprès de la Cour.

QUESTION

Lorsque l'ADRC désire obtenir de l'information d'un contribuable dans le but de l'utiliser pour la vérification d'un autre contribuable, est-ce que le vérificateur doit aviser le contribuable de qui on demande de l'information qu'il s'agit d'une demande relative à la vérification d'un tiers?

RÉPONSE DE L'ADRC

La *Loi de l'impôt sur le revenu* exige que l'information demandée soit pour l'application et l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ceci étant dit, l'ADRC devrait informer la personne à qui la demande est adressée de la fin spécifique pour laquelle l'information est demandée. Ainsi, on devrait aviser la personne en question lorsque l'information est demandée pour la vérification d'un tiers.

QUESTION

Il existe des nuances à apporter quant à savoir si un contribuable est dans l'obligation de fournir de l'information à l'ADRC s'il s'agit d'information à être utilisée pour la vérification d'un autre contribuable. Par exemple, il est possible que dans certains cas, l'information soit jugée comme de l'information qui n'est pas visée par les pouvoirs généraux de vérification en vertu de l'article 231.1 L.I.R. Aussi, cette information pourra être visée par le paragraphe 231.2(2) L.I.R. qui requiert une autorisation judiciaire pour demander de l'information concernant des contribuables qui ne sont pas identifiés. Pouvez-vous nous indiquer la position de l'ADRC quant aux droits et obligations des contribuables lorsqu'on leur demande de l'information afin de vérifier et cotiser un tiers en prix de transfert?

RÉPONSE DE L'ADRC

Si l'information relative à un tiers est demandée pour l'application et l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la personne de qui on demande l'information doit fournir l'information à sa disposition. Si la personne en question ne fournit pas l'information, elle pourrait être trouvée coupable d'une infraction en vertu de l'article 238 L.I.R. Aussi, s'il s'agit d'une enquête en vertu de l'article 231.1 L.I.R. ou d'une demande de renseignements en vertu de l'article 231.2 L.I.R., une ordonnance pourrait être émise contre elle conformément à l'article 231.7 L.I.R. Si la personne visée par la demande estime que la demande est déraisonnable, elle peut contester la mise en demeure par requête à un juge. Dans le contexte de

renseignements ou documents étrangers, ce recours est prévu au paragraphe 231.6(4) L.I.R.

3. COMMUNIQUÉS RÉCENTS DE L'ADRC

INTRODUCTION

En 2003, l'ADRC a émis trois communiqués[8] portant sur des questions de prix de transfert.

QUESTION

Pouvez-vous expliquer en quoi les communiqués sont différents des circulaires d'information et des bulletins d'interprétation, par exemple? Dans quelles circonstances sont-ils utilisés?

RÉPONSE DE L'ADRC

Les communiqués sont des directives émises par l'ADRC à l'intention de ses membres et, plus particulièrement, de ses vérificateurs. Ils se distinguent des bulletins d'interprétation et des circulaires d'information en ce que ce sont des documents internes à l'ADRC, par opposition à des politiques administratives émises à l'intention des contribuables et de leurs représentants.

QUESTION

Les communiqués sur les prix de transfert sont de toute évidence très pertinents pour les contribuables et leurs représentants. Par le passé, la dissémination de ces communiqués ne semble pas toujours avoir été très égale. Certains représentants et contribuables en obtenaient des exemplaires alors que d'autres devaient attendre que les services d'information fiscale (tels que Carswell et CCH) en obtiennent une copie au moyen de la *Loi sur l'accès à l'information*[9]. Quelle est la politique actuelle de l'ADRC sur la

---

8 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Communiqué*, « Directives relatives aux situations concernant des redressements à la baisse des prix de transfert », 18 mars 2003; *Communiqué*, « Renvois au comité de revue des prix de transfert », 3 mai 2003; *Communiqué*, « Rapatriement des fonds par des non-résidents – Cotisations de la Partie XIII », 11 mai 2003.

9 L.R.C. (1985), c. A-1.

façon dont ces communiqués seront mis à la disposition des contribuables et de leurs représentants?

RÉPONSE DE L'ADRC

Certains de ces communiqués, lorsqu'ils s'adressent au public en général, seront publiés directement sur le site Internet de l'ADRC. Ce fut le cas des communiqués suivants concernant des questions d'ordre international :

- ADRC, Rapport sur le programme des APP[10]
- Documentation standard en matière de prix de transfert de la PATA[11]
- Redressements à la baisse des prix de transfert en vertu du paragraphe 247(2) L.I.R.[12]
- APP[13]
- APP - Stratégie d'élaboration du programme[14]
- Renvois au CRPT[15]

---

10 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (en ligne : www.ccra-adrc.gc.ca/tax/nonresidents/apa-program-f.pdf), « Rapport sur le programme des APP de 1993 à 2003 », 31 mars 2003.

11 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (en ligne : www.ccra-adrc.gc.ca/tax/nonresidents/business/pdf/pata-f.pdf), « Documentation standard en matière de prix de transfert de la PATA ».

12 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (en ligne : www.ccra-adrc.gc.ca/tax/nonresidents/business/tpm03-f.html), « Redressements à la baisse des prix de transfert en vertu du paragraphe 247(2) L.I.R. », 20 octobre 2003.

13 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 94-4R, « Prix de transfert international : Arrangement préalable en matière de prix de transfert (APP) », 16 mars 2001.

14 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (en ligne : www.ccra-adrc.gc.ca/tax/nonresidents/apa-f.pdf), « Arrangements préalables en matière de prix de transfert – Stratégie d'élaboration du programme », 15 mars 2002.

15 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (en ligne : www.ccra-adrc.gc.ca/tax/nonresidents/business/tprc-f.html), « Renvois au comité de revue des prix de transfert », 26 mars 2003.

- Rapatriement de fonds par des non-résidents - Cotisations de la Partie XIII[16]

3.1. COMITÉ DE REVUE (*COMMUNIQUÉ* DU 26 MARS 2003)

3.1.1. Introduction : Description générale du communiqué

Le communiqué[17] vise les deux situations pénalisantes en prix de transfert.

En bref, il vise à uniformiser l'application de la pénalité de 10 % prévue au paragraphe 247(3) L.I.R. et à revoir les situations où un vérificateur veut requalifier une transaction tel qu'il est prévu à l'alinéa 247(2)b) L.I.R.

En effet et de façon générale, le paragraphe 247(3) L.I.R. prévoit que tout contribuable qui ne fait pas des efforts raisonnables pour documenter ses prix de transfert concernant ses opérations transfrontalières avec des personnes ayant un lien de dépendance avec lui sera passible d'une pénalité de 10 % du redressement net ayant pour effet d'augmenter son revenu. Évidemment, des exceptions sont prévues lorsque le redressement à la hausse est inférieur à 5 M$ et supérieur à 10 % des recettes brutes de la société canadienne.

De plus, en résumé et au risque de trop généraliser, l'alinéa 247(2)b) L.I.R. prévoit que si une opération entre personnes ayant un lien de dépendance n'avait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance et qu'il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal, il y aura redressement de l'opération pour que cette dernière soit considérée en fonction des modalités qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance.

QUESTION

Pouvez-vous nous décrire le mandat du comité et sa composition?

---

16 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (en ligne : www.ccra-adrc.gc.ca/tax/nonresidents/business/repat-f.html), « Rapatriement de fonds par des non-résidents – Cotisations de la Partie XIII », 27 mars 2003.

17 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Communiqué*, « Renvois au comité de revue des prix de transfert », 3 mai 2003.

RÉPONSE DE L'ADRC

Le CRPT a pour rôle d'examiner tous les cas et d'émettre des recommandations à l'égard de l'application potentielle de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. ainsi que pour tous les cas où la pénalité prévue au paragraphe 247(3) L.I.R. pourrait s'appliquer.

Le CRPT est formé des membres suivants :

- le directeur de la DOII, à titre de président;
- le directeur de la DSAC;
- l'économiste principal de la DOII et/ou de la DSAC;
- le gestionnaire des services locaux et de consultation (ci-après « SLC ») de la DOII;
- un représentant du ministère de la Justice.

En plus des membres figurant dans la liste, le président du CRPT pourra inviter, lorsqu'il le juge utile, d'autres personnes (appartenant ou non à l'ADRC) à participer à une réunion du CRPT. Par exemple, il demandera à un gestionnaire de la Division de l'évitement fiscal et des vérifications spéciales de siéger au CRPT pour entendre des cas de requalification qui nécessitent l'application de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. Dans le même ordre d'idées, la participation de la Division de la vérification peut être requise. Le directeur de la DSAC ne siègera pas pour les questions de requalification.

3.1.2. Revue des pénalités par le comité

QUESTION

La question de l'imposition de pénalités dépend en bonne partie de la question de savoir si le contribuable a fait des « efforts sérieux » pour établir des prix de transfert « de pleine concurrence », au sens des paragraphes 247(3) et (4) L.I.R. Le contribuable sera réputé ne pas avoir fait de tels efforts à moins d'avoir établi ou obtenu une documentation ponctuelle telle que celle prescrite au paragraphe 247(4) L.I.R. Dans une certaine mesure, la question de savoir si le contribuable a fait des « efforts sérieux » dépendra d'une analyse subjective des faits et des documents par les membres du comité. Dans le cas des redressements du caractère des opérations visés à

l'alinéa 247(2)b) L.I.R., les faits doivent être présentés de façon impartiale pour permettre au comité de juger de la raisonnabilité des objets véritables de l'opération. Est-ce que le contribuable ou son représentant peut soumettre des représentations, écrites ou verbales, au comité de révision des prix de transfert?

RÉPONSE DE L'ADRC

Dans le cas de référence concernant les pénalités, le vérificateur doit inviter le contribuable à soumettre par écrit, avant ce renvoi initial à l'unité des services locaux et de consultation, toute information dont il veut que le comité tienne compte dans l'étude de son cas.

Dans le cas d'une requalification, le vérificateur doit demander l'assistance d'une USLC et le dossier sera référé au CRPT pour une évaluation initiale du dossier. Si le comité recommande de poursuivre la démarche visant à appliquer l'alinéa 247(2)b) L.I.R., le vérificateur poursuivra son étude, et informera le contribuable qui pourra amener des faits pertinents à des fins d'examen.

Une fois la vérification complétée, le vérificateur fera un renvoi à l'USLC et fournira au contribuable une copie de la portion factuelle de son rapport.

À ce moment, le contribuable pourra soumettre de l'information additionnelle. Le CRTP révisera le dossier et fera ses recommandations au BSF. Si la recommandation confirme l'application de l'alinéa 247(2)b) L.I.R., le vérificateur émettra son projet de cotisation et invitera le contribuable à soumettre des représentations additionnelles. Ces dernières seront présentées au CRPT pour une dernière considération. Si le comité confirme la requalification, le vérificateur procédera avec l'émission de la cotisation.

Le contribuable, de même que son représentant, ne peuvent pas rencontrer les membres du comité. Il est donc important que les représentations écrites soient les plus complètes possible.

QUESTION

Dans quels cas les dossiers de pénalités et des requalifications doivent-ils être référés au comité?

RÉPONSE DE L'ADRC

Tous les cas de pénalités prévues au paragraphe 247(3) L.I.R. et tous les cas où le BSF envisage l'application de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. doivent être référés au CRPT.

QUESTION

Combien de dossiers ont été examinés à ce jour et quels sont les résultats?

RÉPONSE DE L'ADRC

À ce jour, nous avons eu deux cas référés au comité et dans les deux cas, la pénalité n'a pas été recommandée. Nous prévoyons plusieurs cas cette année, compte tenu que beaucoup de vérifications de l'année 1999 et suivantes se terminent présentement.

QUESTION

Si le comité recommande l'imposition de pénalités ou la requalification d'une opération et qu'un avis de nouvelle cotisation est émis, le contribuable devra se porter en opposition s'il veut contester cette décision. En pratique, les représentants des contribuables obtiennent habituellement une copie du rapport de vérification dans le cadre du processus d'appel (soit informellement de l'ADRC ou par la *Loi sur l'accès à l'information*) puisque c'est dans ce rapport que se trouvent les conclusions qui doivent être renversées ou attaquées par le contribuable en opposition. Dans le cadre d'un appel au sujet de cette décision du comité, est-ce que le rapport et les documents de travail seront fournis au contribuable ou à son représentant sur demande?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le rapport est remis au vérificateur du BSF qui prend les mesures appropriées dans le dossier. Le rapport sera un des documents qui seront remis à la Division des appels.

Dans tous les cas, ces documents pourraient être fournis à l'enquête au préalable, ou à la suite d'une demande d'accès à l'information, à moins qu'une exemption en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* soit applicable.

QUESTION

Y aura-t-il implication du comité relativement aux oppositions?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le rapport sera remis à l'agent d'opposition qui étudiera l'appel. L'agent d'opposition demeure indépendant mais peut toujours demander de l'information additionnelle au comité s'il le désire.

COMMENTAIRE

On sait que dans certains cas, le contribuable choisit de tenter de régler la double imposition causée par une cotisation canadienne en prix de transfert par l'utilisation du mécanisme de l'autorité compétente, s'il existe une convention fiscale entre le Canada et l'autre pays concerné par les redressements. Cependant, les conventions fiscales ne prévoient pas de remède, au niveau du mécanisme d'autorité compétente, à l'égard des pénalités. Donc, même s'il se porte en autorité compétente, le contribuable doit s'assurer non seulement de déposer un avis d'opposition mais aussi d'y inclure une opposition à l'égard des pénalités puisqu'il devra peut-être néanmoins résoudre cette question au niveau de la division des appels ou des tribunaux par la suite.

COMMENTAIRE

Il faudra aussi comprendre que la pénalité peut ne plus s'appliquer si la cotisation est réduite sous le seuil du moindre de 5 M$ ou de 10 % des recettes brutes.

3.2. REDRESSEMENT À LA BAISSE DES PRIX DE TRANSFERT EN VERTU DU PARAGRAPHE 247(2) L.I.R. (*COMMUNIQUÉ* DU 18 MARS 2003)

QUESTION

Aux fins de l'impôt sur le revenu, un contribuable canadien peut vouloir redresser ses prix de transfert pour être en conformité avec le principe de pleine concurrence. Le communiqué[18] vise les situations où la déclaration de

[18] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, « Directives relatives aux situations concernant des redressements à la baisse des prix de transfert », 18 mars 2003.

revenus a déjà été produite et que le contribuable demande au ministre d'exercer sa discrétion prévue au paragraphe 247(2) L.I.R. Ces dispositions s'appliquent pour les années d'imposition et aux exercices qui débutent après 1997.

Voyons le sens des expressions utilisées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le redressement peut être à la hausse (augmenter les revenus, diminuer les dépenses) ou à la baisse (diminuer les revenus, augmenter les dépenses). Il comprend tant les redressements sur les opérations courantes que celles sur les dépenses en capital.

Pouvez-vous préciser dans quelles situations l'ADRC est autorisée à exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à la *Loi de l'impôt sur le revenu*? En quelle situation exercera-t-elle ce pouvoir?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le paragraphe 247(2) L.I.R. autorise l'ADRC, aux fins de l'impôt, à redresser la valeur des transactions avec des non-résidents avec lesquels il y a un lien de dépendance pour qu'elle corresponde à la valeur des montants qui auraient été déterminés dans le cadre de transactions sans lien de dépendance. Ce redressement peut augmenter ou diminuer le prix de transfert aux fins de l'impôt.

Cependant, le ministre a le pouvoir discrétionnaire de refuser de tels redressements en vertu du paragraphe 247(10) L.I.R. si :

- la demande du contribuable fait suite aux mesures prises par une administration fiscale étrangère et que le contribuable a le droit de demander un allégement en vertu de la procédure d'accord amiable prévue à la convention fiscale pertinente;

  ou

- la demande du contribuable peut être considérée comme abusive.

Des situations peuvent être considérées comme abusives, par exemple :

- Lorsqu'un contribuable canadien demande une augmentation du prix de transfert de certains achats ou acquisitions sans qu'un rapatriement ne soit effectué dans un délai raisonnable. Cette situation peut être

considérée comme abusive étant donné qu'il y a une augmentation des frais ou des coûts et qu'aucune dépense n'est engagée.

- Lorsqu'une société mère canadienne demande une baisse du prix de transfert de ventes faites à une filiale non résidente sans qu'un rapatriement ne soit effectué. Cette situation n'est pas considérée comme abusive. Le redressement à la baisse indique un crédit pour un montant identique de la filiale. Le paragraphe 15(1) L.I.R. peut s'appliquer et compenser le redressement à la baisse. Le seul moyen pour la société mère canadienne d'éviter l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. est d'effectuer un rapatriement.

- Lorsqu'une société mère canadienne demande une baisse du prix de transfert de ventes faites à un non-résident ayant un lien de dépendance sans qu'un rapatriement ne soit effectué, et que les paragraphes 15(1), 56(2) et 246(2) L.I.R. ne s'appliquent pas au montant. Cette situation peut être considérée comme abusive étant donné que le contribuable canadien a transformé la réception d'une somme d'argent par ailleurs imposable en un montant non imposable.

QUESTION

Qui sont les personnes ou fonctionnaires autorisés à exercer ce pouvoir?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le directeur des BSF et le directeur général de la Direction de l'impôt international. Le communiqué précise les seuils auxquels chacun prendra le renvoi. En fait, le communiqué est en voie de révision et le seuil de renvoi à l'administration passera de 500 000 $ à 5 M$ (cet ajout se trouve uniquement dans la version parlée puisque le communiqué n'est pas encore émis).

QUESTION

Lorsqu'il y a un redressement à la baisse d'un prix facturé à un non-résident lié, le contribuable canadien devra normalement verser une somme au non-résident afin d'obtenir une déduction. En d'autres mots, l'enregistrement de l'opération financière suivi de son paiement concrétise le droit à une déduction. Quelles sont les règles à respecter dans une telle situation?

RÉPONSE DE L'ADRC

LETTRES DE PROPOSITION

Il faut rappeler au contribuable canadien qu'il peut rapatrier des fonds au non-résident et que, si cette option n'est pas choisie au moment de la vérification ou du redressement demandé par le contribuable (RDC), l'impôt de la Partie XIII peut s'appliquer si les sommes sont rendues ou versées au non-résident à une date ultérieure. Le vérificateur international inscrira dans le rapport de vérification que des vérifications ultérieures devront être effectuées pour examiner les transactions entre entreprises, afin de voir à ce que le remboursement n'ait pas été fait après la vérification. Aucun suivi particulier ne sera inscrit, à moins que le contribuable semble vouloir faire des remboursements à une date ultérieure.

Il faut informer le contribuable que le redressement à la baisse doit être envoyé au directeur du BSF ou au directeur général de la DII pour qu'ils en déterminent la pertinence. De plus, le contribuable doit être avisé si le vérificateur recommande ou non que le redressement soit considéré comme approprié.

PAIEMENT DU RAPATRIEMENT

Le rapatriement peut être effectué selon les méthodes suivantes :

- compenser les dettes entre entreprises (cette méthode de rapatriement peut avoir des retombées sur d'autres points tels que les frais d'intérêts entre entreprises);

- transférer l'argent ou son équivalent à la société non résidente;

- créer un compte de prêts aux actionnaires lorsqu'une société mère canadienne ne peut pas effectuer le rapatriement dans un délai raisonnable (la création du compte entre en vigueur le jour de la transaction des prix de transfert et peut donner lieu à l'application du paragraphe 15(2) L.I.R.);

- déduire, des montants de différents non-résidents, des redressements à la hausse et à la baisse des prix de transfert si le contribuable et tous les non-résidents concernés acceptent par écrit que les montants soient compensés.

Dans tous les cas où le redressement à la baisse des prix de transfert dépasse le redressement à la hausse des prix de transfert et concerne un pays signataire d'une convention, le contribuable canadien sera informé que l'ADRC pourrait envoyer des renseignements à l'administration étrangère. Ce n'est pas un point à négocier. À la fin de la vérification, le vérificateur transmettra les renseignements sur le redressement des prix de transfert à la Direction de l'impôt international, Division des services de l'autorité compétente, Échange de renseignements.

3.3. RAPATRIEMENT DES FONDS (*COMMUNIQUÉ* DU 11 MAI 2003)

QUESTION

La Direction de l'impôt international a récemment publié sur le Web un communiqué[19] décrivant sa politique concernant le rapatriement de fonds à la suite des redressements à la hausse de prix de transfert. Nous pouvons qualifier cela de nouvelle politique car elle va plus loin que de simplement codifier la pratique actuelle des BSF.

Tout d'abord, en guise d'introduction, il faut comprendre l'objectif de cette politique. En effet, lorsque la déclaration de revenus canadienne doit être modifiée par un redressement entraînant une augmentation du revenu imposable (redressements nets à la hausse), le Canada considère qu'il est en droit de recevoir un paiement pour ce revenu additionnel. À défaut, il y a une appropriation de fonds et un dividende réputé qui résulte en l'application de l'impôt de la Partie XIII. Pour éviter de devoir payer l'impôt de la Partie XIII, il faut dans un tel cas rapatrier les sommes au Canada. Le communiqué vise à expliquer aux vérificateurs et aux conseillers fiscaux les directives d'application de la politique sur le rapatriement.

En premier lieu, est-ce que l'ADRC pourrait préciser les conditions énoncées au communiqué pour obtenir un allégement?

RÉPONSE DE L'ADRC

Comme il est énoncé au paragraphe 212 de la *Circulaire d'information* 87-2R[20], un allégement aux fins de l'impôt de la Partie XIII peut être accordé

---

19 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, « Rapatriement des fonds par des non-résidents – Cotisations de la Partie XIII », 11 mai 2003.

20 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 4.

lorsqu'il se rapporte à un redressement des prix de transfert et que les conditions suivantes sont respectées :

> « • le contribuable canadien accepte par écrit tous les redressements proposés aux prix de transfert (une telle acceptation n'empêche pas ce contribuable canadien ou la partie ayant un lien de dépendance de demander un allégement en vertu de la procédure d'accord amiable prévue aux conventions fiscales conclues par le Canada);
>
> les redressements ne résultent pas d'une opération pouvant être jugée abusive;
>
> la société étrangère rapatrie immédiatement un montant équivalant au montant brut des redressements aux prix de transfert ou accepte par écrit de rapatrier un tel montant dans un délai raisonnable. »

Le libellé de ces conditions a soulevé des questions concernant leur signification et leur application. Les questions sont les suivantes :

- Quelles opérations sont jugées abusives?
- Quelle est la durée d'un « délai raisonnable » lorsqu'il est question de rapatriement?
- Qu'est-ce qu'un paiement de rapatriement?
- Faut-il obtenir une renonciation aux droits d'opposition et d'appel avant d'autoriser un rapatriement?
- Une cotisation à l'égard des intérêts de la Partie XIII doit-elle être établie lorsqu'un rapatriement est effectué?

Le communiqué tente de répondre à toutes ces questions.

COMMENTAIRES

En effet, nous comprenons que la DII juge abusives les situations où le contribuable n'a pas agi de bonne foi avec l'ADRC, par exemple s'il y a matière à appliquer une pénalité en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le contribuable n'a pas fourni les registres lorsqu'ils étaient requis formellement, etc.

QUESTION

Pourriez-vous préciser si l'expression « une pénalité » vise seulement la pénalité de 10 % pour les prix de transfert du paragraphe 247(3) L.I.R.?

RÉPONSE DE L'ADRC

Bien que la pénalité principale qui puisse s'appliquer est la pénalité de 10 % en vertu du paragraphe 247(3) L.I.R., il pourrait y avoir d'autres types de pénalités applicables relativement à l'opération ou la série d'opérations.

COMMENTAIRES

La directive indique, entre autres, que la durée d'un délai raisonnable pour effectuer un rapatriement est qu'il doit être effectué dans les 180 jours suivant la date de la signature de l'entente concernant le rapatriement.

Donc, la nouveauté est que l'entente doit maintenant être écrite et signée à la fois par le contribuable et le non-résident payeur. De plus, comme le communiqué indique que le délai ne peut pas être prolongé, il ne donne aucune flexibilité pour le vérificateur soucieux de respecter les directives.

En pratique, obtenir une signature du non-résident est très laborieuse et ses conseillers fiscaux seront très réticents. En effet, nous savons que l'autorité compétente américaine refuse d'entendre toute demande d'allégement de double imposition si le contribuable américain a entrepris des démarches visant à verser la somme : bref, il s'agit d'un fait accompli. Espérons que le fait que le contribuable non résident signe une telle entente ne sera pas mal interprété par les autorités compétentes étrangères.

QUESTION

La question du rapatriement est un pouvoir discrétionnaire. Dans quels cas le rapatriement pourra-t-il être refusé?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le rapatriement sera normalement accepté, à moins d'une situation exceptionnelle d'abus.

Les abus incluent :

- Une pénalité en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est imposée relativement à l'opération ou à la série d'opérations.

- Le contribuable n'a pas fourni les registres ou les documents exigés aux termes de l'alinéa 247(4)c) L.I.R. concernant l'opération (les opérations).

- Le contribuable ou un non-résident lié au contribuable n'a pas donné suite à une mise en demeure signifiée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant l'opération (les opérations).

- Le CRPT a approuvé l'application de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. ou le comité de la disposition générale antiévitement (CDGAÉ) a approuvé, à titre secondaire, l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. pour justifier la cotisation.

QUESTION

Pourriez-vous préciser les méthodes de rapatriement prévues?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le paiement compensatoire à la suite d'une cotisation peut être effectué selon les méthodes suivantes, soit par :

- compensation des dettes intersociétés au cours de l'année du redressement;

- redressement du compte de prêts aux actionnaires, ou en créer un;

- compensation par un redressement à la baisse des prix de transfert distinct qui se rapporte au même contribuable non résident.

Chacun des choix a des répercussions et peut amener l'application d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple des intérêts peuvent être imputés au solde du compte de prêts aux actionnaires. En effet, si un actionnaire doit une somme à une société canadienne, il existe de nombreuses dispositions visant à s'assurer qu'un revenu sera reçu sur cette somme et, après un délai, que le principal de la somme due soit réputé être un dividende.

COMMENTAIRES

Il faut être conscient que c'est l'inscription de la créance dans les dossiers financiers du contribuable canadien qui importe et non le transfert immédiat de l'argent.

Encore une fois, le contribuable canadien et le non-résident sont pris au piège car tout acte de rapatriement pourra être interprété comme un fait accompli et l'autorité compétente étrangère n'accepte pas des situations où il n'y a pas matière à négociation avec le Canada. Dans la pratique, les praticiens sont convaincus que dans la presque totalité des situations, seule la création d'un prêt à un actionnaire sera possible pour éviter ce problème. Comme le moment de la création du compte de prêts aux actionnaires ou de la compensation se fait, selon l'ADRC, rétroactivement à l'année cotisée, ceci a pour conséquence l'application dans la quasi-totalité des situations des règles du paragraphe 15(2) L.I.R., soit l'inclusion au revenu du non-résident du « principal » de sa dette envers la société canadienne à moins de satisfaire aux exemptions prévues aux autres paragraphes de l'article 15 L.I.R.

Enfin, la circulaire comporte deux exemples des conséquences. Ceux-ci sont très intéressants et nous recommandons à chacun de prendre le temps de lire le communiqué dans toutes les situations où un redressement à la hausse est effectué chez le contribuable canadien.

4. MÉTHODES

INTRODUCTION

L'ADRC et l'OCDE ont publié des normes et de nombreuses indications visant les méthodes de prix de transfert à utiliser lorsqu'une société a des opérations entre personnes liées.

Ainsi, l'ADRC préfère les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions.

En premier et en priorité, la méthode du prix comparable sur le marché libre (ci-après « PCML ») compare les montants imputés lors d'opérations contrôlées avec les montants imputés lors d'opérations comparables avec des tiers. Les opérations comparables peuvent avoir lieu entre deux tiers ou entre une des parties ayant un lien de dépendance et un tiers. La méthode du PCML est habituellement la mesure la plus fiable d'un résultat de pleine concurrence si l'opération est identique ou que seules des différences mineures facilement quantifiables existent.

La méthode du PCML exige un degré élevé de comparabilité des produits et des fonctions. La comparabilité peut être obtenue par un nombre raisonnable d'ajustements qui n'ont aucune incidence sur le prix comparable.

Ensuite, sans autre priorité, la méthode du prix de revente évalue si un montant imputé lors d'une opération contrôlée est de pleine concurrence en comparant la marge brute réalisée lors d'opérations comparables non contrôlées. La méthode du prix de revente est la plus souvent utilisée pour des distributeurs qui revendent les produits sans modification physique ou sans ajout de valeur substantielle.

La méthode du prix de revente exige des comparaisons exhaustives des fonctions exercées, des risques assumés et des dispositions contractuelles des opérations contrôlées et non contrôlées. Par conséquent, un degré plus élevé de comparabilité est susceptible d'exister entre les opérations contrôlées et non contrôlées d'un même revendeur (c'est-à-dire la méthode du prix de revente interne). En l'absence d'opérations comparables non contrôlées pour un même revendeur, une comparaison appropriée peut être faite avec les opérations comparables non contrôlées d'autres revendeurs (c'est-à-dire la méthode du prix de revente externe).

La méthode du prix de revente est susceptible de donner des résultats moins fiables s'il existe des différences importantes dans les éléments suivants :

- le niveau du marché;
- les fonctions exercées; et
- les produits.

Un nombre raisonnable d'ajustements peuvent être apportés pour compenser le manque de comparabilité entre les opérations contrôlées et non contrôlées.

Enfin, l'autre méthode la plus connue, la méthode du prix de revient majoré, compare les majorations brutes des opérations contrôlées et non contrôlées. La méthode du prix de revient majoré est la plus souvent appliquée aux opérations d'une société qui fabrique un produit pour une société ayant un lien de dépendance. L'ADRC a indiqué dans la *Circulaire d'information* 87–2R que, lorsque la méthode du PCML ne peut être appliquée, le contribuable devrait prendre en considération la méthode du prix de revient majoré afin de déterminer les honoraires de pleine

concurrence à payer pour la prestation de services intersociétés[21]. En outre, dans ses principes applicables en matière de prix de transfert, l'OCDE a conclu que cette méthode est également convenable pour l'analyse et l'établissement de rendements raisonnables pour des services fournis à des sociétés ayant un lien de dépendance[22].

La méthode du prix de revient majoré nécessite des comparaisons exhaustives des produits fabriqués, des fonctions exercées, des risques assumés, de la complexité de fabrication, de la structure des coûts et des biens incorporels entre les opérations contrôlées et non contrôlées. La comparabilité est plus susceptible d'exister dans des opérations contrôlées et non contrôlées effectuées avec les mêmes fournisseurs (c'est-à-dire la méthode du prix de revient interne). En l'absence de telles opérations, une comparaison appropriée pourrait être tirée d'opérations comparables non contrôlées effectuées avec d'autres fournisseurs (c'est-à-dire la méthode du prix de revient externe).

La méthode du prix de revient est susceptible d'être moins fiable s'il existe d'importantes différences entre les opérations contrôlées et non contrôlées relativement aux éléments comme, entre autres, les biens incorporels, la structure des coûts, les fonctions exercées et les produits.

Un nombre raisonnable d'ajustements pourraient être apportés afin de compenser le manque de comparabilité entre les opérations contrôlées et non contrôlées.

D'autres méthodes transactionnelles de prix de transfert fondés sur les bénéfices sont utilisées comme la méthode du partage des bénéfices. Lorsque le rendement des fonctions exercées par les parties peut être déterminé à partir de données comparables, l'ADRC stipule qu'elle préfère la méthode de fractionnement des bénéfices résiduels à toutes les méthodes du partage des bénéfices.

Enfin, l'ADRC reconnaît dans certaines circonstances la méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN), fondée sur les bénéfices, qui évalue si le montant imputé lors d'une opération contrôlée est de pleine concurrence en comparant la marge bénéficiaire nette qu'un contribuable réalise sur une opération contrôlée (ou sur des opérations qui peuvent être

---

[21] *Id.*, par. 162.

[22] Voir ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 3, par. 2.32.

regroupées en fonction des principes précisés dans les principes de l'OCDE) relative à une base appropriée.

QUESTION

Lorsqu'une société exploite une succursale par la voie d'un établissement stable dans l'autre pays, depuis plusieurs années, les directives de l'ADRC ne sont pas très claires. Certains pays annoncent présentement leur position préliminaire ou finale (Allemagne et États-Unis, Australie, etc.). L'OCDE a publié un document[23] sur les banques (partie 1) et les non-banques (partie 2) concernant les répartitions des profits pour certains établissements stables et présente certaines pistes de solutions.

Est-ce que l'ADRC peut préciser où en sont ses réflexions concernant l'application ou non des méthodes décrites précédemment à un établissement stable et si la pénalité de 10 % s'applique dans un tel cas?

RÉPONSE DE L'ADRC

Comme tel, l'article 247 L.I.R. ne s'applique pas expressément aux opérations effectuées au sein d'une même entité juridique, c'est-à-dire aux opérations entre succursales et bureau principal. De plus, la disposition relative aux documents contemporains et les clauses de pénalité en matière de prix de transfert énoncées aux paragraphes 247(4) et 247(3) L.I.R. ne sont actuellement pas applicables. Ce sont les disposition contenues à la convention fiscale qui s'appliquent et qui prônent l'application du principe de pleine concurrence. Par contre, plusieurs principes et méthodes décrits dans la *Circulaire d'information* 87-2R peuvent cependant donner une orientation générale quant à l'attribution des revenus entre un établissement stable et d'autres parties de la même entité.

QUESTION

L'OCDE est en train de réviser certains aspects au niveau de la recherche de comparables. Pourriez-vous expliquer ce qu'il en est?

---

23 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Rapport de référence sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Paris, OCDE, 2001.

RÉPONSE DE L'ADRC

L'OCDE se penche présentement sur un sujet prioritaire, à savoir la comparabilité (y compris la recherche de comparables), faisant partie de son mandat de mettre à jour les *Principes applicables en matière de prix de transfert*[24]. Dans ce but, l'OCDE a sollicité des commentaires du milieu des affaires afin de déterminer les principales questions à analyser. Ayant reçu de nombreux commentaires, la prochaine étape pour l'OCDE consistera à sélectionner les sujets les plus problématiques afin de préparer des lignes directrices qui pourront faire l'objet d'un consensus parmi les pays membres de l'OCDE. C'est un sujet qui fera l'objet d'études approfondies dans les prochaines années.

5. PETITE ET MOYENNE ENTREPRISE

QUESTION

Prenons le cas d'une PME ayant un chiffre d'affaires de moins de 50 M$ et qui a, par exemple, moins de 5 M$ d'opérations transfrontalières, avec une filiale détenue à part entière résidente et opérant dans un autre pays.

En plus de demander de préparer une analyse fonctionnelle et des affaires de la société, la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige la préparation d'une étude économique.

> « 247(4)a) Documentation ponctuelle
>
> [...]
>
> (v) les données et méthodes prises en considération et les analyses effectuées en vue de déterminer les prix de transfert, l'attribution des bénéfices ou des pertes ou la participation aux coûts, selon le cas, relativement à l'opération,
>
> (vi) les hypothèses, stratégies et principes éventuels ayant influé sur l'établissement des prix de transfert, l'attribution des bénéfices ou des pertes ou la participation aux coûts relativement à l'opération; […]. »

Nous savons que l'ADRC refuse l'utilisation unique de statistiques d'industrie comme support aux marges brutes à faire dans le cadre des transactions, car il n'est pas possible tant pour le contribuable que pour

---

24 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 3.

l'ADRC de connaître sur quelles entreprises ces statistiques sont fondées. Dans la *Circulaire d'information* 87-2R[25], au paragraphe 188, l'ADRC précise que les efforts raisonnables requis par la *Loi de l'impôt sur le revenu* peuvent et devraient être différents dans une PME comparativement à la grande multinationale.

Pourriez-vous préciser certains exemples dans le contexte de la PME?

RÉPONSE

La circulaire d'information prévoit une certaine flexibilité. De plus, les avantages d'une bonne documentation ne sont pas simplement limités à faire disparaître la présomption prévue au paragraphe 247(4) L.I.R. qu'il n'y a pas eu d'efforts raisonnables.

Commençons par la pénalité. Dans le cas d'une société canadienne qui a un chiffre d'affaires de moins de 50 M$, il faut que le redressement net de l'année à la suite d'une vérification des prix de transfert soit supérieur à 10 % des ventes, donc supérieur à 5 M$. Dans l'exemple utilisé, c'est peu probable. Donc, une PME n'aura vraisemblablement pas de pénalité en prix de transfert.

Mais les autres conséquences sont nombreuses. Parmi les avantages, il y a la création d'un lien de confiance entre l'ADRC et le contribuable. De plus, le personnel qui participe à la préparation du document présentant l'étude est disponible, en temps réel. Si la société attend plus tard, le personnel peut avoir changé, quitté l'entreprise ou simplement ne se souvient plus du pourquoi des hypothèses, stratégies et principes ayant influé sur l'établissement des prix de transfert ou sur l'attribution des bénéfices ou des pertes. Cela est encore plus problématique en PME. L'étude faite annuellement permet aussi de réaligner les prix en fonction du marché. Aujourd'hui, les marchés évoluent très rapidement et on ne peut conserver un prix indéfiniment. De plus, le document peut généralement servir pour supporter les prix de transfert dans l'autre pays, ou à tout le moins pour leur prouver que la société essaie d'être raisonnable dans les deux pays.

D'autre part, l'étude permet d'éviter les écueils nombreux, pour ne citer que l'impôt de la Partie I sur le redressement nets et de la Partie XIII sur les dividendes réputés et sur les prêts aux actionnaires non-résidents et la pénalité de 10 % pour défaut de retenir; les intérêts à taux très élevés, encore

---

[25] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 4.

plus au Québec sur les impôts de la Partie I et à l'occasion sur celui de la Partie XIII; les autres pénalités, leur non-déductibilité; les problèmes de trésorerie pour la période de double imposition; le temps du contribuable et les honoraires en sus pour défendre leur position lors de la vérification, pour préparer leur requête en réduction de double imposition dans l'autre ou d'autres pays, etc. On comprendra que, même si la pénalité de 10 % du redressement ne s'applique vraisemblablement pas pour une PME, les coûts reliés à un ajustement dans une société qui est imposable frisent 50 % de l'ajustement à la hausse au Canada.

Donc, il a fallu développer une approche simple, à honoraires plus raisonnables pour la PME et qui varie grandement en fonction du temps que le contribuable pourra consacrer au dossier. Cette méthode s'inscrit dans le respect de la circulaire, qui indique :

> « 188. Lorsqu'ils préparent la documentation, les contribuables devraient essayer d'évaluer l'importance des opérations en fonction de leur entreprise et des frais d'administration supplémentaires pour établir et obtenir cette documentation.
>
> L'obligation de trouver des opérations comparables pour appliquer le principe de pleine concurrence n'est pas absolue. Il faut tenir compte du coût et de la probabilité de trouver de tels comparables par rapport à l'importance des opérations[26]. »

QUESTION

Quelles sont les attentes de l'ADRC relativement aux PME?

RÉPONSE DE L'ADRC

Il est très difficile de donner une réponse qui satisferait pleinement les contribuables puisque c'est avant tout une question de fait. Cependant, la DOII favorise une approche de raisonnabilité, compte tenu des coûts engendrés pour déterminer les prix de transfert. La question que l'on doit se poser est : comment un homme d'affaires prudent (bon père de famille) aurait agi dans de telles circonstances pour déterminer le meilleur prix de transfert possible?

---

[26] *Id.*

COMMENTAIRE

Chez nous, l'approche PME fait l'objet d'une étude assez complète mais c'est simplement la partie économique qui est simplifiée. En bref, le document final comprend une étude économique généralement aussi détaillée qu'une grande étude, une brève description de l'industrie et de la compétition et une approche économique bien structurée mais qui ne va pas aussi loin que celle préconisée par l'administration centrale.

Prenons par exemple un cas simple d'une entreprise de distribution qui assume tous les risques normaux, y compris un inventaire. En supposant que la méthode du PCML qui compare les montants imputés lors d'opérations contrôlées avec les montants imputés lors d'opérations comparables avec des tiers ne s'applique pas, alors c'est la méthode du prix de revente qui sera utilisée.

L'ADRC peut mettre beaucoup plus de ressources que la PME en recherchant la société publique qui est la plus comparable à la PME. En effet, l'ADRC cherche un nombre limité d'entreprises. Dans l'approche PME, nous utilisons une théorie économique, la théorie de la firme, pour nous aider à circonscrire le plus possible les entreprises publiques en distribution de produits. Donc, cette approche répond à tout le moins à l'exigence de l'ADRC de ne pas utiliser des données statistiques qui sont des moyennes compilées à partir de questionnaires, comme, les ratios de Dunn & Bradstreet au Canada.

En bref, lorsque nous avons développé l'approche PME, nous voulions supporter la méthode de prix de transfert utilisée par la PME par un étalonnage de l'industrie de la distribution de biens durables ou non durables, tout en transférant notre expertise vers le personnel du contribuable, afin de les aider à faire le choix de la meilleure méthode, et ce, sans oublier l'analyse de leur fiscalité transfrontalière, de leurs formalités de douane et autres aspects fiscaux.

Qui a dit que la détermination des prix de transfert n'est pas une science exacte mais un art? En collaboration avec le client, nous nous appliquons à préparer la meilleure étude possible, une œuvre d'art quoi!

Cependant, aucune étude ne peut garantir qu'il n'y aura pas de rajustement mais plus l'étude est supportée et documentée, plus ce risque diminue.

6. AUTORITÉ COMPÉTENTE

QUESTION

Le 9 septembre 2003, l'ADRC a émis le projet[27] de *Circulaire d'information* 71-17R5 au sujet des demandes d'aide par l'autorité compétente. Pouvez-vous nous faire part des principaux changements?

RÉPONSE

Il y a plusieurs propositions intéressantes dans la nouvelle circulaire. En voici un bref résumé :

- Les contribuables pourront choisir la méthode de règlement de leurs différends avec l'ADRC. Ils pourront régler leurs différends aux appels sans diminuer leur droit de poursuivre à l'autorité compétente pour éliminer la double imposition.

- Concernant spécifiquement la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[28] :

  – l'explication des modifications apportées dans le troisième protocole concernant les procédures de notification;

  – l'explication des bénéfices que procure le paragraphe XIII(8) concernant les dispositions de biens canadiens imposables;

  – l'explication du traitement des sociétés de type « S » de l'article XXIX;

  – l'explication de la procédure que l'autorité compétente peut entreprendre pour éliminer la double imposition dans les cas d'impôts perçus au décès (art. XXIX B).

- La circulaire traite de plus du traitement réservé aux contribuables non coopératifs (le cas peut ne pas être accepté par l'autorité compétente), aux cas d'évitement fiscal (l'élimination de la double imposition sera

---

[27] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 71-17R5, « Demandes d'assistance présentées à l'autorité compétente en vertu des conventions fiscales conclues par le Canada », 9 septembre 2003.

[28] S.C. 1984, c. 20 et mod.

laissée à la discrétion de l'autre pays) et aux situations où les contribuables corrigent eux-mêmes des situations de double imposition sans avoir recours à l'autorité compétente (situation non permise par les autorités compétentes et sujette à redressement).

POT-POURRI FISCAL

J.L. Marc Boivin
Avocat, LL. M. (HVRD)

Hugues Lachance
CA
KPMG s.r.l.

Gilles Carli
Avocat, M. Fisc.
Fasken Martineau

Manon Thivierge
Avocate
Heenan Blaikie, s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (J.L. MARC BOIVIN)
***George Alexander Hall*, *Mary Katherine Hall*, *James Douglas Hall* c. *La Reine* – Ce n'est pas fini tant que ce n'est pas fini**

1. L'INTÉRÊT DE CETTE CAUSE 47:5

2. LES FAITS 47:6

3. LES PROBLÈMES 47:7

4. LA DÉCISION 47:8

4.1. RAPPEL DE L'AFFAIRE *HALL C.S.C.* 47:8
4.2. LES SOMMES ÉTAIENT-ELLES « PAYABLES »? 47:9

5. L'AVENIR 47:10

PARTIE B (HUGUES LACHANCE)
Mise à jour sur l'utilisation des pertes

INTRODUCTION 47:12

1. CONSOLIDATION DE PERTES 47:13

1.1. ACTIONS PRIVILÉGIÉES ET PRÊT 47:13
1.1.1. Déductibilité des intérêts 47:15
1.1.2. Interprétation technique 2002-0177363 ..... 47:19
1.1.3. L'arrêt *C.R.B. Logging Co. Ltd.* c. *La Reine* 47:20
1.2. CHARGES INTERSOCIÉTÉS 47:21
1.2.1. Vente de biens et services 47:21
1.2.2. Transfert d'employés 47:22
1.2.3. Transfert d'actifs et location 47:22
1.3. TRANSFERT D'UN ACTIF AVEC PLUS-VALUE 47:23
1.3.1. Transfert d'un bien apprécié à Perteco et vente à un tiers 47:23
1.3.2. Transfert d'un bien apprécié à Perteco et revente au cédant original 47:24
1.3.3. Cas particulier : Perteco est la société mère de Profitco 47:26
1.3.4. L'arrêt *Loyens* 47:28
1.4. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 47:33

2. RAJEUNISSEMENT DES PERTES 47:36

2.1. ACTIONS PRIVILÉGIÉES ET PRÊT 47:36

2.2. TRANSFERT D'UN ACTIF AVEC PLUS-VALUE 47:37

CONCLUSION 47:37

PARTIE C (GILLES CARLI)
Fiducie et société de services

INTRODUCTION 47:38

1. L'AFFAIRE *FERREL* 47:39

2. SOCIÉTÉ DE SERVICES 47:40

2.1. QUI PEUT ÊTRE L'AUTEUR DE LA FIDUCIE? 47:41
2.2. QUI PEUT ÊTRE FIDUCIAIRE DE CETTE FIDUCIE? 47:42

3. ARTICLE 120.4 L.I.R. 47:43

4. QUE DOIT-ON RETENIR DE CETTE ANALYSE? 47:45

CONCLUSION 47:47

PARTIE D (MANON THIVIERGE)
La taxe sur le capital : une perspective d'avenir

INTRODUCTION 47:48

1. APPLICATION AU QUÉBEC DE L'AFFAIRE *AUTOBUS THOMAS* 47:49

2. CONTRATS DE LOCATION-ACQUISITION 47:52

3. SIGNIFICATION DU MOT « AVANCE » 47:55

4. LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 47:58

PARTIE A
George Alexander Hall, *Mary Katherine Hall*, *James Douglas Hall* c. *La Reine*[1] – Ce n'est pas fini tant que ce n'est pas fini

J.L. Marc Boivin, avocat

1. L'INTÉRÊT DE CETTE CAUSE

Les décisions qui traitent de l'existence et de la durée des successions ou des fiducies[2] comme contribuables sont relativement peu nombreuses, mais sont pratiquement très utiles[3].

C'est en relation avec la décision *Mary Margaret Hall* c. *SMRQ*[4], que ce court jugement de la Cour canadienne de l'impôt, rendu par le juge C. H. McArthur dans le cadre de la procédure informelle sur l'administration fiscale des successions, prend son intérêt.

En effet, il s'agit de l'application et de la prolongation de la décision antérieure de la Cour suprême.

L'affaire *Hall C.C.I.* ayant été décidée dans un contexte de droit civil, il s'agit aussi d'un rare cas de l'application d'une décision de droit civil à une succession de *common law*[5] et, dans ce sens, c'est un bel exemple de bijuridisme dans un contexte global.

La décision démontre aussi l'importance d'un *obiter* dans une décision de la Cour suprême qui se transforme plus tard en *ratio decidendi.*

---

1 [2003] T.C.C. 410 (C.C.I.) (ci-après « *Hall C.C.I.* »).

2 Voir par. 104(1) L.I.R. Une succession est traitée comme une fiducie aux fins fiscales. Voir aussi la décision récente du juge Archambault à ce sujet : *Succession de feu Cléophas Saint-Aubin* c. *La Reine*, [2003] C.C.I. 608 rendue le 4 septembre 2003.

3 Voir *Grayson* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 1108 (C.C.I.) (ci-après « *Grayson* »), où la Cour a refusé de reconnaître l'existence de la succession lors de sa première année, vu la simplicité des tâches administratives et que l'exécuteur et le bénéficiaire étaient la même personne.

4 [1998] 1 R.C.S. 2 (ci-après « *Hall C.S.C.* »).

5 Une fiducie ou une succession réside dans la juridiction de son fiduciaire ou de la majorité de ses fiduciaires. Voir *Thibodeau Family Trust* c. *La Reine*, 78 D.T.C. 6376 (C.F. 1re inst.) et AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou succession », 30 mai 1980, par. 1.

2. LES FAITS

L'oncle des contribuables réside à Victoria en Colombie-Britannique, une province de *common law*.

Il fait affaire avec le Trust Royal (ci-après « Trust ») et il le nomme liquidateur de sa succession.

Le 7 mars 1999, l'oncle décède, laissant une succession composée en majeure partie d'un portefeuille conservateur de valeurs mobilières.

Le testament prévoit la distribution en parts égales du résidu de la succession aux contribuables, un résident du Québec et deux résidents de l'Ontario.

Le 17 décembre 1999, le Trust liquide en vrac le portefeuille d'actions et subit une perte importante.

Le 30 décembre 1999, le Trust transmet sa reddition de compte aux bénéficiaires qui s'y opposent.

Le 4 mai 2000, le Trust dépose la première et dernière déclaration fiscale de la succession pour la période du 7 mars 1999 au 19 janvier 2000, ainsi qu'une déclaration amendée de la déclaration terminale du *de cujus*, afin d'y reporter la perte de la succession (par. 164(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[6]).

Le 2 avril 2001, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après «ADRC ») émet un dernier avis de cotisation de la déclaration terminale du *de cujus* et un chèque de remboursement de 64 747 $.

Bien que sans pertinence avec la détermination de ce qui est « payable », il est intéressant de noter que le 1er mars 2001, l'ADRC émet pour le bénéfice du Trust le certificat de décharge du paragraphe 159(2) L.I.R.

Le 3 août 2001, les contribuables et le Trust finalisent la reddition de compte requise en vertu de la loi[7].

---

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

7 Art. 99 R.S.B.C. chapter 464 B.-C. Trustee Act.

Le 28 septembre 2001, le Trust distribue le résidu aux contribuables.

Pendant ce temps, c'est-à-dire après le 19 janvier 2000, la succession continue de recevoir des revenus d'intérêts.

Le Trust conserve ces revenus, mais considérant sa tâche terminée et la succession liquidée, il émet des relevés fiscaux (T5) à chacun des contribuables.

Vu l'existence des relevés fiscaux, l'ADRC recotise les contribuables pour les imposer en 2000 sur ces montants d'intérêts qu'ils n'ont pas reçus, ces sommes étant selon l'ADRC « payables » comme le prévoient les paragraphes 104(13) et 104(24) L.I.R. :

> « 104(13) Revenu des bénéficiaires
>
> Les montants applicables suivants sont à inclure dans le calcul du revenu du bénéficiaire d'une fiducie pour une année d'imposition donnée:
>
> a) dans le cas d'une fiducie qui n'est pas visée à l'alinéa a) de la définition de "fiducie" au paragraphe 108(1), la partie du montant qui, si ce n'était les paragraphes (6) et (12), représenterait son revenu pour son année d'imposition s'étant terminée dans l'année donnée, qui est devenue payable au bénéficiaire au cours de l'année de la fiducie; »
>
> « 104(24) Somme devenue payable
>
> Pour l'application du sous-alinéa 53(2)h)(i.1) et des paragraphes (6), (7), (13) et (20), un montant n'est réputé être devenu payable par une fiducie au cours d'une année d'imposition que si la fiducie l'a payé au cours de l'année au bénéficiaire auquel il était payable ou que si ce bénéficiaire avait le droit au cours de l'année d'en exiger le paiement. »

3. LES PROBLÈMES

Qui doit s'imposer sur les revenus d'intérêts de 15 579 $ (5 193 $ par bénéficiaire) reçus en 2000 par la succession mais non distribués aux contribuables bénéficiaires de la succession, la succession elle-même ou les contribuables?

Est-ce que la somme de 5 193 $ était « payable » à chacun des contribuables selon la définition des paragraphes 104(13) et 104(24) L.I.R., c'est-à-dire est-ce que les contribuables avaient le droit d'en exiger le paiement au cours de l'année 2000?

Est-ce que la liquidation de la succession était complétée et les tâches administratives du liquidateur terminées le 19 janvier 2000, comme le prétend le Trust?

Est-ce que la fin d'une succession est déterminée unilatéralement par le liquidateur ou est-ce que cette décision est prise conjointement avec les bénéficiaires dans le cadre de la reddition de compte et de la distribution finale?

4. LA DÉCISION

Le juge McArthur n'a pas hésité, malgré les objections de l'avocat de l'ADRC à l'application d'une décision de droit civil (*Hall C.S.C.*) à cette succession résidant en Colombie-Britannique, à appliquer et à étendre les principes développés par la Cour suprême dans l'affaire *Hall C.S.C.*[8]

4.1. RAPPEL DE L'AFFAIRE *HALL* C.S.C.

Dans cette affaire, on se souviendra que la Cour suprême devait, comme ici, interpréter la notion de « payable » dans le contexte des articles correspondant aux paragraphes 104(13) et 104(24) L.I.R. (c'est-à-dire les articles 652 et 653 de la *Loi sur les impôts*[9]).

Le droit de tout légataire (c'est-à-dire universel ou spécifique) d'exiger le paiement de son legs est sujet au droit du liquidateur dans le cadre de

---

[8] Une avocate ontarienne avait déjà reconnu l'aspect bijuridique de la décision de la Cour suprême :

> « It would appear that if that case had been decided in Ontario the Court would have made reference to the executor's year to come to a similar conclusion, that an executor can use the executor's year to split income for the duration of the initial administration of the estate. It should be noted that for a variety of reasons such as litigation, including tax disputes, many estate remain under administration for a period that extends significantly beyond the executor's year and in such cases beneficiaries can not legally demand payment of undistributed income and the Grayson decision would not be applicable. »

Elena HOFFSTEIN, « Income Tax Consequences of Creative Probate Planning », dans *Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, p. 13:31.

[9] L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

l'exécution du testament et de l'administration de la succession, spécialement lorsqu'il s'agit de la première année et que la succession ne vient que de commencer.

Spécifiquement, les paragraphes 50 et 48 du jugement :

> « 50 Je conclus donc que la légataire n'avait pas le droit d'exiger le paiement des fruits et revenus générés par les biens légués avant la fin de l'administration de la succession. Par conséquent, sur le plan fiscal, ces montants visés par la cotisation du 15 avril 1988 pour l'année 1986 n'étaient pas "payables" ou "à payer" à l'appelante et n'étaient donc pas imposables de son chef. » (Notre soulignement)

> « 48 Compte tenu de ce qui précède, il est clair que la Cour d'appel a erré en jugeant que la saisine des exécuteurs ne s'étendait pas aux fruits et revenus des biens qu'ils administrent. Il s'agissait pourtant d'une simple application du principe d'accession. Une conclusion contraire amènerait l'effet injuste d'imposer un légataire pour des revenus dont il ne bénéficie pas. »

4.2. LES SOMMES ÉTAIENT-ELLES « PAYABLES »?

Le juge en arrive à cette conclusion en se demandant si les fonds étaient immédiatement « dus et exigibles » et en discutant généralement du concept de « payable » par analogie avec la notion fondamentale de ce qui est « recevable » dans le cadre de la détermination du « revenu » fiscal et en appliquant ces concepts aux revenus d'une fiducie ou d'une succession.

Il cite l'affaire *Kenneth B. S. Robertson Ltd.* c. *MRN*[10], où le juge Thorson a décidé qu'une somme perçue à titre de dépôt et sur laquelle le contribuable n'avait pas un droit absolu et total n'avait pas la qualité de « revenu » aux fins fiscales.

> « Son droit au paiement, d'en faire usage ou d'en jouir est-il absolu, libre de toute restriction contractuelle ou autre quant à sa disposition, son usage ou sa jouissance[11]? »

Il cite ensuite l'affaire *Gagnon* c. *La Reine*[12] pour qualifier et limiter cette règle au seul pouvoir ou droit de disposer des sommes et non aux restrictions quant à leur usage, de sorte que, dès que le contribuable « en

---

10 [1944] 3 D.L.R. 170 (C. de l'É.) (ci-après « *Robertson* »).

11 *Hall C.C.I.*, précité, note 1, par. 5.

12 [1986] 1 R.C.S. 264 (ci-après « *Gagnon* »).

retire immédiatement une valeur économique facilement réalisable », les montants constituent du revenu aux fins fiscales.

La Cour applique le concept restrictif de revenu de l'affaire *Robertson* ainsi que le concept limité de l'affaire *Gagnon* aux faits en l'espèce et considère que la somme de 15 579 $ aurait été payable, sauf quant à la nécessité de compléter l'administration de la succession en recouvrant les impôts payés en trop et quant à la dispute entre le Trust et le contribuable sur la reddition de compte.

La Cour blâme le Trust pour ces délais et conclut sarcastiquement que l'intention du législateur en édictant les paragraphes 104(13) et 104(24) L.I.R. n'est pas de forcer les bénéficiaires à compromettre leurs droits et accepter une distribution réduite dans le cadre d'une reddition de compte pour avoir la chance de l'inclure à leur revenu le plus tôt possible.

Cette cause réaffirme aussi que l'existence de feuillets fiscaux (T3) ne prouve rien, en ce sens que ces documents sont de simples rapports d'événements ou de transactions et ne constituent pas des transactions en eux-mêmes et ne certifient pas non plus de l'existence des transactions[13].

5. L'AVENIR

L'existence d'une succession comme contribuable distinct est donc maintenant bien établie et tous doutes soulevés par la décision *Grayson* sont dissipés.

Il est aussi établi que la fin de l'administration de la succession implique que la reddition de compte est complétée et la période d'existence d'une succession comme contribuable distinct s'étend effectivement jusqu'à la distribution finale.

Le liquidateur ne peut donc unilatéralement mettre fin à la succession ou à une fiducie et c'est conjointement, en collaboration avec les bénéficiaires dans le cadre de la reddition de compte et de la distribution finale, que la succession se termine.

Il n'y a aucun doute qu'un conflit entre le liquidateur et les bénéficiaires devrait constituer un motif raisonnable pour demander, par écrit, une

---

[13] Voir *Cole Trusts* c. *MRN*, 81 D.T.C. 8 (C.R.I.) et *Suzan Feld* c. *MRN*, (C.C.I.) n° 2000-433 (IT)1, 10 octobre 2002, j. Bowman.

prolongation du délai de 36 mois requis pour bénéficier du roulement en faveur du conjoint prévu par le paragraphe 70(6) L.I.R.

Compte tenu que la position administrative de l'ADRC est qu'une succession est liquidée à compter de la date choisie unilatéralement par le liquidateur dans le certificat de décharge[14] et non comme nous l'enseigne la décision *Hall*[15] « [...] à la fin de l'administration de la succession […] », c'est-à-dire effectivement lors de la distribution finale après la signature des quittances démontrant l'acceptation des comptes du liquidateur, est-ce que cette politique sera modifiée?

Dans le cas d'une fiducie exclusive en faveur du conjoint, quel sera le moment de la fin de la fiducie, la date du décès de l'époux survivant ou celle de la distribution?

Espérons que les tribunaux fiscaux émuleront le sens commun et le pragmatisme du juge McArthur dans l'utilisation de décisions d'une autre juridiction lorsque la similitude du contexte juridique le permet.

---

[14] Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 82-6R2, « Certificat de décharge », 19 mai 1999, par. 11.

[15] *Hall C.C.I.*, précité, note 1, par 7.

PARTIE B
Mise à jour sur l'utilisation des pertes

Hugues Lachance, CA
KPMG s.r.l.

INTRODUCTION*

Au cours des dernières années, l'utilisation de pertes a fait l'objet de nombreux débats dans la communauté fiscale canadienne. De nombreuses sociétés ont accumulé des pertes importantes, particulièrement depuis la baisse spectaculaire des valeurs de sociétés œuvrant dans le domaine des technologies de l'information. Un grand nombre d'interprétations techniques et de décisions anticipées ont notamment été publiées au cours des dernières années et les tribunaux ont dû entendre plusieurs causes sur le sujet, entres autres, *OSFC Holdings Ltd*. c. *La Reine*[1], *Novopharm Ltd*. c. *La Reine*[2] et *Loyens* c. *La Reine*[3]. Évidemment, le sujet est vaste et complexe et l'intention du présent document n'est pas d'analyser de façon exhaustive l'utilisation de pertes[4]. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5] pouvant restreindre l'utilisation de pertes sont nombreuses. Le Canada n'ayant toujours pas adopté un régime permettant de préparer des déclarations de revenus consolidées de sociétés faisant partie d'un même groupe, les contribuables ont développé des stratégies afin d'utiliser le plus

---

* L'auteur tient à remercier Sylvain Charest et Marc Séguin de KPMG pour leur collaboration lors de la préparation du présent texte. L'auteur est cependant responsable de toute erreur ou omission.

1 2001 D.T.C. 5471, 5486 (C.A.F.) (ci-après « *OSFC* »).

2 2003 D.T.C. 5195 (C.A.F.) (ci-après « *Novopharm* »).

3 2003 D.T.C. 355 (C.C.I.) (ci-après « *Loyens* »).

4 Le lecteur peut se référer aux textes suivants : Geneviève LILLE, « Monétiser ses pertes », dans *Colloque – Créativité financière pour l'entreprise québécoise*, 132, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 2:1-11; François PRUD'HOMME, « Utilisation des pertes à l'encontre des profits générés dans un contexte de reprise », dans *Colloque – Planification fiscale pour la PME dans un contexte de reprise économique*, 69, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 1:1-16; D. J. Craig SNEDDON, « Rejuvenation of Losses and Use of Loss Corporations », dans *1994 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 18:1-36.

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

efficacement possible les attributs fiscaux à l'intérieur des sociétés du groupe[6].

Le présent texte vise à revoir certaines techniques de planification permettant l'utilisation de pertes dans un contexte de sociétés affiliées[7]. Nous n'aborderons pas les règles limitant l'utilisation de pertes dans un contexte d'acquisition de contrôle, ce sujet ayant déjà été traité abondamment par plusieurs auteurs[8]. Le but du présent texte étant de faire à la fois une mise à jour et une synthèse de certains stratagèmes d'utilisation de pertes, nous mettrons l'accent sur les sujets ayant fait l'objet de nouveaux développements au cours des derniers 18 mois. Parmi ces sujets, nous aborderons les stratagèmes d'utilisation de pertes utilisant une structure de financement par souscription d'actions privilégiées, les charges intersociétés et le transfert de biens entre sociétés du même groupe. Par la suite, nous verrons les plus récentes positions de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») à l'égard du rajeunissement des pertes.

1. CONSOLIDATION DE PERTES

1.1. ACTIONS PRIVILÉGIÉES ET PRÊT

L'un des stratagèmes d'utilisation de pertes qui a fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années consiste à mettre en place une structure de financement avec actions privilégiées comme le décrit l'illustration ci-dessous. Les grandes étapes de ce stratagème sont les suivantes :

i) Profitco emprunte des fonds de la banque, par le biais d'un prêt d'un jour (*daylight loan*), ou utilise ses propres liquidités et souscrit à des actions

---

6 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:1-42, question 1, aux pages 53:11-42.

7 Art. 251.1 L.I.R.

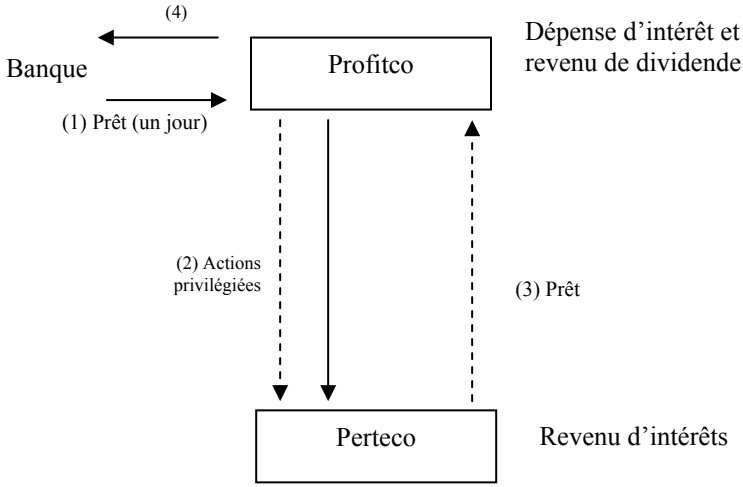
8 François AUGER, « Impacts des règles d'acquisition de contrôle », dans *Colloque – Achat/vente d'une PME – Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur*, 103, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 4:1-49; Howard J. KELLOUGH et Peter E. MCQUILLAN, « Taxation of Private Corporations and Their Shareholders », dans *Canadian Tax Paper*, n° 95, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, pp. 13:1-73.

privilégiées de Perteco qui porteront un taux de dividende au moins égal au taux d'intérêt chargé par la banque[9];

ii) Perteco utilise le produit reçu pour l'émission des actions afin de faire un prêt en faveur de Profitco. Le prêt porte généralement intérêt à un taux commercial raisonnable et les intérêts peuvent être payés annuellement;

iii) Profitco utilise le produit du prêt afin de rembourser la banque.

Une fois cette structure en place, Profitco bénéficie d'une déduction d'intérêt sur le prêt de Perteco et celle-ci utilise ses pertes autres qu'en capital non restreintes[10] afin de mettre à l'abri de l'impôt le revenu d'intérêts. Perteco pourra procéder par étapes au rachat de la totalité des actions privilégiées détenues par Profitco. La période de rachat dépendra des niveaux de revenus. En considération des rachats d'actions, Perteco émettra des billets d'une valeur égale au montant du rachat des actions privilégiées. Pour mettre un terme à cette structure, Perteco et Profitco procéderont respectivement à une compensation des billets en réduisant respectivement du même montant le prêt de Perteco.



9 Il ne semble plus nécessaire que l'écart entre le taux de rendement sur les actions privilégiées et le taux d'intérêt sur l'emprunt soit positif. Cette question est analysée à la section 1.1.2. du présent texte.

10 Il faut prendre bien soin de s'assurer que l'utilisation des pertes autres qu'en capital ne soient pas restreintes par les règles d'acquisition de contrôle au paragraphe 111(5) L.I.R.

Plusieurs questions se posent sur la validité d'une telle structure comme en fait foi le nombre imposant de décisions anticipées publiées sur ce stratagème[11]. Les questions soulevées qui posent le plus souvent problème sont la déductibilité des intérêts et l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

1.1.1. Déductibilité des intérêts

Généralement, les intérêts engagés sur l'emprunt bancaire de Profitco seront déductibles si les conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. sont respectées. Ces conditions peuvent se résumer ainsi :

i) les intérêts payés ou payables pour l'année par Profitco résultent d'une obligation légale de verser des intérêts sur l'emprunt;

ii) les fonds empruntés doivent être utilisés dans le but de tirer un revenu de bien ou d'entreprise;

iii) les fonds empruntés doivent être utilisés directement dans un but admissible (quoique l'utilisation indirecte des fonds puisse aussi être considérée comme une utilisation admissible dans certaines circonstances exceptionnelles[12]);

iv) le montant d'intérêt doit être raisonnable.

Les embûches importantes, lors de l'implantation d'une structure de financement visant l'utilisation de pertes, sont de savoir si les fonds empruntés servent à tirer un revenu de bien ou d'entreprise et si les fonds empruntés servent à une utilisation admissible. Afin de surmonter ces difficultés, les transactions proposées devraient préciser que le taux de dividende sur les actions privilégiées souscrites sera supérieur au taux d'intérêt financé sur l'emprunt bancaire. Cette politique de l'ADRC a été remise en question par l'arrêt *Enterprises Ludco ltée* c. *La Reine*[13] dans

---

[11] *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 2003-0181283, 2003; 2003-0018103, 2003; 2003-0012293, 2003; 2003-0013723, 2003; 2003-0000483, 2003; 2002-0179811, 2003; 2002-0177133, 2003; 2002-0177363, 2003; 2002-0171933, 2003.

[12] *Canadian Helicopters Ltd*. c. *La Reine*, [2002] CarswellNat 1508; 2002 D.T.C. 6805 (C.A.F.), 22 janvier 2002.

[13] [2001] CarswellNat 2017; 2001 D.T.C. 5518 (C.S.C.), 28 septembre 2001.

laquelle le terme « revenu », au sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., a été interprété comme étant le revenu brut et non le revenu net :

> « Si le législateur avait voulu que l'intérêt ne soit déductible que lorsque l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un "revenu net", il aurait pu le dire expressément. De fait, comme l'a souligné le juge Létourneau, des modifications de la Loi qui auraient eu pour effet de limiter la déduction de l'intérêt aux seuls cas où l'argent emprunté est utilisé en vue de réaliser un profit ont été présentées en 1981 et en 1991, mais elles n'ont jamais été adoptées[14]. »

Plus récemment, une interprétation technique[15] de l'ADRC venait préciser le sens du terme « revenu » aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. :

> « L'alinéa 20(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi) permet la déductibilité, dans le calcul du revenu d'un contribuable, des intérêts payés ou payables en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise. Dans l'arrêt Enterprises Ludco Ltée c. La Reine, [2002] 1 C.T.C. 95, 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.), la Cour suprême a indiqué que le terme revenu figurant à l'alinéa 20(1)c) de la Loi s'entend du revenu assujetti à l'impôt et non du revenu net.
>
> Suite à l'arrêt Ludco, nous sommes maintenant d'avis que les intérêts sur de l'argent emprunté pour acquérir un placement ayant un taux de revenu établi, assujetti à l'impôt sur le revenu, seront généralement déductibles. Ainsi, lorsqu'un contribuable emprunte un montant à un taux, par exemple de 10 %, et qu'il utilise cette somme pour consentir un prêt à un taux, par exemple de 9 %, nous sommes d'avis que les intérêts sur le montant emprunté seront déductibles par le contribuable si le revenu qu'il tire du prêt est assujetti à l'impôt sur le revenu et que la dépense est raisonnable dans les circonstances[16]. »

À la suite de cette interprétation, l'ADRC semble confirmer qu'il n'est plus nécessaire qu'il y ait un écart positif entre le taux d'intérêt sur les fonds empruntés par un contribuable et le taux de rendement sur l'investissement de ces fonds[17]. Cette position reprend celle présentée à l'automne 2002 dans laquelle l'ADRC ajoutait les commentaires suivants sur la déduction des

---

14 *Id*., par. 62.

15 *Revenue Canada Views*, *op. cit*., note 11, interprétation technique 2003-0181495F, 6 mai 2003.

16 *Id*.

17 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-53X, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 14 août 2003, par. 10.

intérêts sur un emprunt réalisé dans le cadre d'une stratégie d'utilisation de pertes :

> « Afin de transférer les pertes à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées, une transaction est généralement structurée afin que la société en situation de perte prête une somme portant intérêt à la société à profit qui à son tour investit dans des actions privilégiées de la société à perte. Comme c'est le cas pour un emprunt pour acquérir un placement produisant un revenu, tel que décrit à l'élément D ci-dessus, nous sommes généralement d'avis que les intérêts payés sur de l'argent emprunté pour acquérir un placement ayant un taux de revenu établi seront généralement déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Bien que la fin dominante d'un tel emprunt puisse être d'utiliser des pertes, une fin accessoire de produire un revenu serait généralement suffisante pour justifier la déduction des intérêts (Ludco)[18]. »

Ce commentaire de l'ADRC peut, pour l'instant, faciliter l'accomplissement de stratagèmes d'utilisation de pertes à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées. Cependant, l'ADRC a aussi précisé que le montant emprunté pour réaliser un tel stratagème doit être réaliste d'un point de vue commercial. Ainsi, il reste important de ne pas emprunter des sommes qui seraient disproportionnées par rapport à la capacité d'emprunt des sociétés en cause.

Bien que la position de l'ADRC sur la déductibilité des intérêts, présentée au Congrès 2002 de l'Association de planification fiscale et financière et confirmée dans l'interprétation technique du 6 mai 2003[19], semble être valide, il ne faudrait pas oublier les commentaires du ministère des Finances du Canada dans un communiqué émis le 18 février 2003 :

> « Certaines décisions rendues récemment par les tribunaux ont soulevé des questions sur la façon dont les contribuables doivent tenir compte de leurs dépenses, et plus particulièrement de l'intérêt, dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien aux fins de la Loi de l'impôt sur le revenu. Soulignons notamment que ces décisions pourraient entraîner des conséquences

---

[18] François BARETTE, Gaétan BISSON, Marc VANASSE et Paul LYNCH, « Présentation sur la déductibilité des intérêts à l'Association de planification fiscale et financière », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 36:1-50, question 16, à la page 36:42; Sandra JACK, Paul LYNCH, Brent PERRY et Roy SHULTIS, « Interest: Where From, Where To, Where Now? », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 11:1-18 et voir aussi AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *id.*, par. 33.

[19] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0181495F, 6 mai 2003.

> fiscales inappropriées lorsqu'un contribuable bénéficie d'une perte fiscale en déduisant des frais d'intérêt même si, en vertu de toute norme objective, il n'y a aucun motif raisonnable de s'attendre à ce que le contribuable gagne un revenu (par opposition à un gain en capital), ou lorsque la présence ou la perspective d'un revenu (par opposition à un revenu net des dépenses) suffit à conclure qu'une dépense a été engagée "en vue de gagner un revenu".
>
> Ni l'un ni l'autre de ces résultats ne sont compatibles avec une politique fiscale appropriée et n'auraient été prévus en vertu de la législation et de la jurisprudence antérieures. Par conséquent, des modifications de la Loi de l'impôt sur le revenu seront envisagées de manière à assurer la continuité de cet aspect important de la loi. Toutefois, avant de mettre la dernière main à des propositions, le ministère des Finances les publiera aux fins de consultation publique avec l'objectif général d'assurer le rétablissement de la continuité des conséquences prévues avant que les tribunaux ne rendent ces récents jugements[20]. »

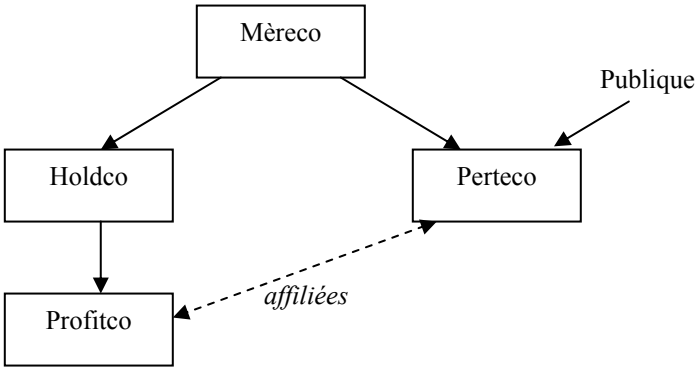
Considérant un tel commentaire, il est encore difficile de concilier la position de l'ADRC et celle du ministère des Finances. Il reste à espérer que les positions des deux ministères pourront être clarifiées dans un avenir rapproché.

---

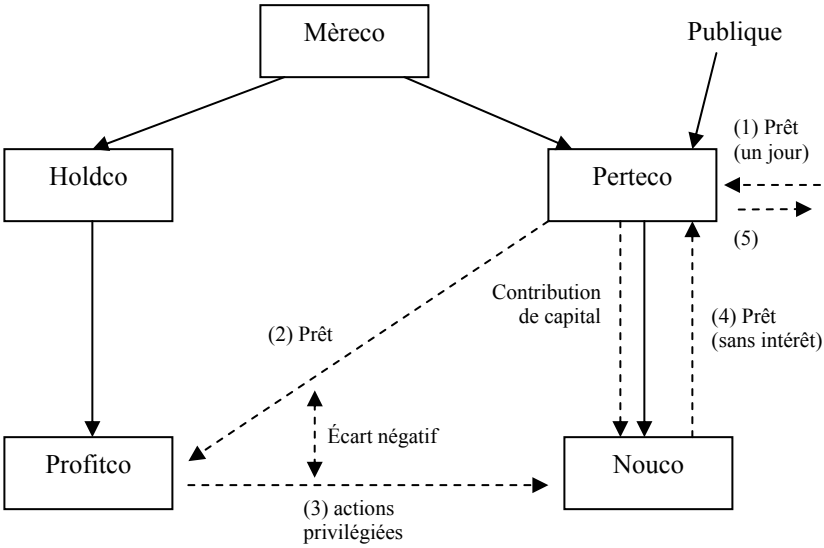
[20] CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2003-010, « Le plan budgétaire de 2003, Annexe 9 – Mesures fiscales : renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », 18 février 2003, pp. 382-383; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, Annexe B – Commentaires dans le Budget fédéral du 18 février 2003.

1.1.2. Interprétation technique 2002-0177363[21]

Situation avant l'emprunt et la souscription d'actions privilégiées



Situation après l'emprunt, la souscription d'actions privilégiées et l'incorporation de NOUCO



Profitco : revenu de dividende < dépenses d'intérêt

[21] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 11, interprétation technique 2002-0177363, 2003.

La décision en matière d'impôt sur le revenu, publiée en février 2003, rend compte d'une stratégie d'utilisation de pertes comportant un écart négatif entre le taux d'intérêt sur le prêt de Perteco à Profitco et le taux de rendement sur les actions privilégiées émises par NOUCO, une filiale de Perteco. Malgré l'écart négatif qui existe, l'ADRC a émis une décision favorable sur la déductibilité des intérêts payés par Profitco. Il est important de souligner que le taux d'intérêt sur le prêt à Profitco et le taux de rendement sur les actions privilégiées correspondaient chacun à un taux commercial raisonnable selon les faits énoncés dans la décision :

> « In accordance with our revised policy on interest deductibility, it is no longer necessary for the dividend rate on the preferred shares to be greater than the interest rate on the loan (a so-called "positive" spread), as had been customary in our previous loss utilization rulings. In this ruling, there is a "negative" spread, that is, the dividend rate on the preferred shares is less than the interest rate on the loan. The dividend rate will, however, reflect an appropriate commercial rate considering the specific circumstances[22]. »

1.1.3. L'arrêt *C.R.B. Logging Co. Ltd.* c. *La Reine*[23]

Bien que l'arrêt *C.R.B. Logging* porte davantage sur la déductibilité des intérêts que sur une structure d'utilisation de pertes, cet arrêt a influencé de façon importante certaines structures d'utilisation de pertes.

Les actions de C.R.B. Logging ont été indirectement acquises par une société du nom de Meager Creek holdings Ltd. (ci-après « Meager Creek »). Le prix d'achat a été financé par emprunts, mais l'acheteur ne pouvait utiliser la dépense d'intérêt puisqu'il n'avait aucun autre actif. Pour contourner un tel problème, l'acheteur et la société cible auraient pu fusionner afin de bénéficier de la déduction des intérêts dans la société fusionnée, comme le permet l'ADRC[24]. Or, aucune fusion n'a été effectuée, la société cible, C.R.B. Logging, a plutôt emprunté un montant égal au prix d'acquisition afin de souscrire à des actions privilégiées de Meager Creek. Cette dernière a, par la suite, utilisé les fonds pour payer le prix d'acquisition. La Cour canadienne de l'impôt a refusé la déduction des intérêts en invoquant que Meager Creek n'avait aucune source de revenu

---

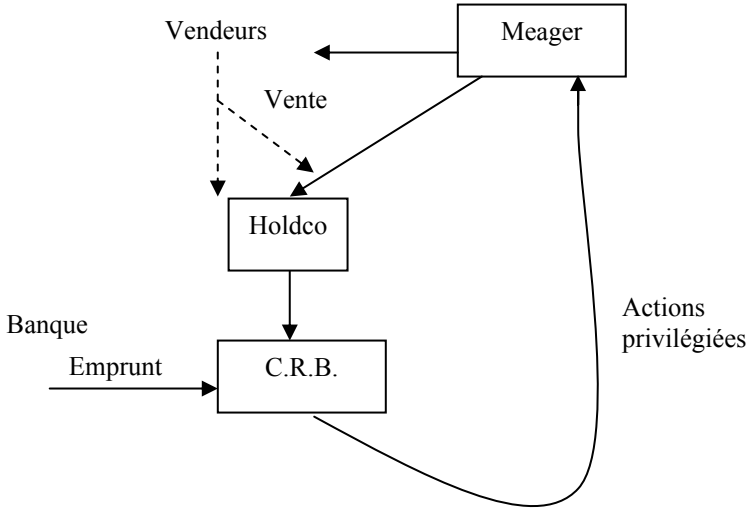
22 *Id.*

23 99 D.T.C. 840 (C.C.I.) (ci-après « *C.R.B. Logging* »).

24 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-315, « Frais d'intérêt engagés à des fins de liquidation ou de fusion », 10 mai 1976.

indépendante de son placement indirect dans C.R.B. Logging. En résumé, C.R.B. Logging a financé sa propre acquisition.

Il semble donc important de s'assurer que Perteco aura un flux monétaire provenant d'une source de revenu indépendante de son prêt à Profitco et suffisante pour financer le montant des dividendes reçu par Perteco[25].



1.2. CHARGES INTERSOCIÉTÉS

1.2.1. Vente de biens et services

Une autre stratégie d'utilisation de pertes serait d'augmenter le revenu de Perteco en modifiant le prix de vente de biens à d'autres sociétés du groupe ou en lui permettant de rendre des services à d'autres sociétés du groupe. Évidemment, les dispositions du paragraphe 69(1) L.I.R. doivent être revues avec soin afin de s'assurer que la considération reçue en échange des biens vendus sera raisonnable. De plus, il faut noter que les politiques

[25] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 11, interprétation technique 2002-0123813, 2002.

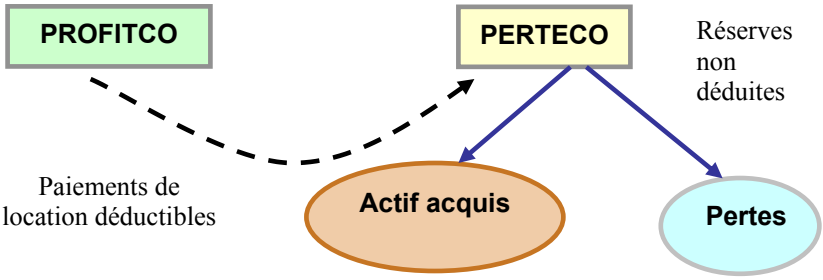
énoncées dans la *Circulaire d'information* 87-2R[26] sur les prix de transfert internationaux peuvent servir à établir les prix de cession internes dans un contexte domestique.

1.2.2. Transfert d'employés

Des employés de Profitco peuvent être transférés à Perteco et des frais de gestion raisonnables peuvent alors être facturés de Perteco à Profitco.

1.2.3. Transfert d'actifs et location

On peut également envisager la situation suivante : Perteco acquiert un actif pour ensuite le louer à Profitco. Également, Profitco peut transférer un actif à Perteco en faisant un choix au paragraphe 85(1) L.I.R. et Perteco loue l'actif à Profitco. Cette opération permet alors à Profitco de déduire une dépense de location. Perteco peut ne pas déduire d'allocation de coût en capital étant donné sa situation déficitaire.



Deux autres éléments de planification peuvent être envisagés :

i) Profitco paie son loyer d'avance et Perteco ne déduit pas de réserve sur les montants reçus et inclus au revenu[27] selon l'alinéa 12(1)a) L.I.R.;

---

[26] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999, par. 5.

> « L'article 247 et cette circulaire visent les opérations ou les arrangements entre un contribuable et une personne non-résidente avec laquelle il a un lien de dépendance. Cependant, plusieurs des principes et méthodes énoncées dans cette circulaire peuvent également fournir une orientation générale aux contribuables en ce qui a trait à la répartition du revenu entre un établissement stable et d'autres parties d'une même entité. »

[27] Joseph FRANKOVIC, « The taxation of prepaid income », (2002), vol. 50, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 1239-1306.

ii) Profitco paie les améliorations locatives et ainsi obtient une déduction d'allocation du coût en capital plus rapidement[28].

1.3. TRANSFERT D'UN ACTIF AVEC PLUS-VALUE

Une société, Profitco, possédant un bien avec une plus-value non matérialisée, peut transférer ce bien à une société affiliée ayant des pertes, Perteco. Ce bien peut, par la suite, être vendu à sa juste valeur à un tiers ou transféré de nouveau à Profitco.

1.3.1. Transfert d'un bien apprécié à Perteco et vente à un tiers

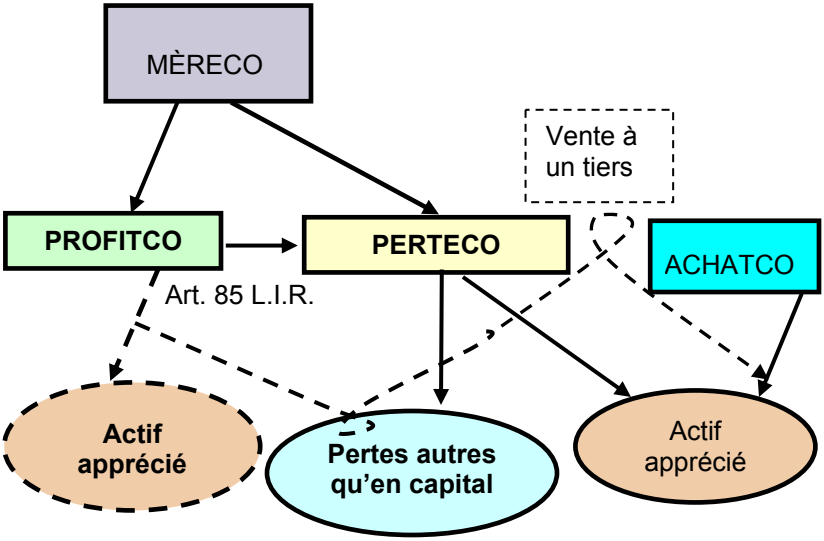
Ainsi, au lieu de vendre le bien directement aux tiers et de réaliser un gain en capital et une récupération d'allocation de coût en capital, Profitco peut transférer un bien ayant une plus-value en faveur de Perteco. Profitco choisit, en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., de différer la reconnaissance de tout revenu ou gain sur le bien. Après le transfert, Perteco vend le bien à un tiers et elle réduit la récupération d'allocation du coût en capital et le gain en capital imposable qui en découle, en appliquant le montant de ses pertes autres qu'en capital et de ses pertes en capital nettes.

Ce genre de transfert est permis par l'ADRC dans la mesure où les dispositions spécifiques des paragraphes 69(11) et 55(2) L.I.R. ne peuvent trouver application[29].

---

[28] Il faut cependant tenir compte du paragraphe 1102(5) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), dans certains cas.

[29] Voir à cet effet, AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale antiévitement – Article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », 21 octobre 1988, par. 9; AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu - Nouvelles techniques*, n° 3, 30 janvier 1995.



Il faut porter une attention particulière au paragraphe 55(2) L.I.R. afin de minimiser le risque que le dividende réputé au rachat des actions privilégiées émises par Perteco soit considéré comme un produit de disposition. Il faut s'assurer qu'il n'y ait pas d'autres transactions avec des personnes non liées qui fassent partie de la même série d'opérations qui inclut le transfert et la vente du bien par Perteco. Dans le présent cas, la vente aux tiers ne constitue pas un événement déclencheur aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R. puisque la disposition du bien transféré s'est effectuée à la juste valeur marchande (ci-après « JVM »)[30]. Nous assumons que les pertes sont suffisantes pour couvrir le gain réalisé à la vente de l'actif apprécié. Si tel n'était pas le cas et que Perteco effectuait un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. comportant une somme convenue inférieure à la JVM, l'exception prévue à la division 55(3)a)(i)(B) L.I.R. ne s'appliquerait plus et la totalité du dividende résultant du rachat serait visée par le paragraphe 55(2) L.I.R.

1.3.2. Transfert d'un bien apprécié à Perteco et revente au cédant original

Profitco pourrait transférer un bien amortissable ou non ayant une plus-value en faveur de Perteco, une société affiliée. Profitco choisit, en vertu du

[30] Div. 55(3)a)(i)(B) L.I.R.

paragraphe 85(1) L.I.R., de différer la reconnaissance de tout revenu ou gain sur le bien. Après le transfert, Perteco revend le bien à Profitco à la juste valeur[31] et elle réduit la récupération d'allocation du coût en capital et le gain en capital imposable qui en découle, en appliquant le montant de ses pertes. Étant donné que ces transactions n'impliquent aucune vente à l'extérieur du groupe de sociétés affiliées, il devient important de bien documenter les transferts d'actifs. Il faut pouvoir démontrer que la propriété légale des biens et les attributs s'y rattachant, tels les avantages et les risques, soient bien transférés à Perteco.

Plusieurs points sont à considérer afin de réaliser une telle transaction, notamment :

i) la catégorie fiscale des biens utilisés[32];

ii) l'utilisation des biens et la période de détention pour Perteco;

iii) l'implication des taxes de vente;

iv) l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

La question de l'utilisation des biens et la période de détention pour Perteco a été traitée dans les arrêts *Hickman Motors Ltd*. c. *La Reine*[33] et *Mara Properties Ltd*. c. *La Reine*[34]. Dans l'arrêt *Hickman Motors*, la décision mentionnait que la période de temps n'était pas pertinente afin de déterminer si l'actif a été détenu dans le but de gagner un revenu. Il semble suffisant de démontrer qu'une source de revenu existe. De plus, dans l'arrêt *Mara Properties*, la courte période de détention n'a pas eu d'influence sur la nature du bien transféré, ni la déductibilité des pertes. Cependant, l'ADRC semble exiger une certaine période de temps afin de rendre des décisions anticipées favorables.

---

31 La JVM du bien doit être soigneusement étayée comme en témoigne une cause récente dans laquelle la juste valeur du bien acquis à des fins d'amortissement rapide a été revue à la baisse par l'ADRC et cette position a été confirmée par la Cour canadienne de l'impôt. Voir à cet effet, *CIT Financial Ltd*. c. *La Reine*, [2003] C.C.I. 544.

32 Par. 1102(14) R.I.R.

33 97 D.T.C. 5363 (C.S.C.) (ci-après « *Hickman Motors* »).

34 96 D.T.C. 6309 (C.S.C.) (ci-après « *Mara Properties* »).

La règle prévue à l'alinéa 13(7)e) L.I.R. viendra limiter l'ajout à la fraction non amortie du coût en capital de Profitco.

Ce genre de transactions pourrait également viser des biens en immobilisations admissibles (ci-après « BIA »), tels une marque de commerce, un droit de franchise. Il est cependant moins avantageux de réaliser un tel transfert puisque le taux d'amortissement rattaché à un tel bien est peu élevé, contrairement à un bien amortissable utilisé dans la fabrication ou encore un logiciel. Selon les nouvelles règles sur le calcul du revenu résultant de la vente d'un BIA, le revenu inclura une portion récupération d'amortissement et tout excédent sera imposé à 50 %[35]. Si le contribuable désire utiliser ses pertes en capital, il peut exercer un choix afin que la disposition du BIA donne lieu à un gain en capital[36]. Ce choix ne peut être effectué sur l'achalandage et le coût du bien faisant l'objet du choix doit être identifiable. Dans le cas d'un transfert en faveur d'une société avec lien de dépendance, le montant ajouté au montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA »)[37] sera généralement limité au montant inclus au revenu pour le cédant, c'est-à-dire que le cessionnaire ne peut inclure au compte MCIA la portion non imposable du gain réalisé par le cédant[38].

1.3.3. Cas particulier : Perteco est la société mère de Profitco

Dans un tel scénario, Profitco ne peut généralement pas transférer un actif à sa société mère en échange d'actions puisqu'il en résulterait une détention d'actions de la société mère par sa filiale.

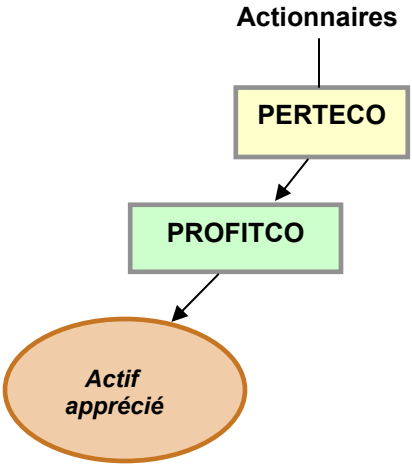
---

35 Pour plus d'information sur ces nouvelles règles introduites le 20 décembre 2001, voir le texte de Hugues LACHANCE, « Pot-pourri fiscal – Partie B, Nouvelles règles et positions administratives concernant les biens en immobilisations admissibles », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 43:1-110, aux pages 43:26-44.

36 Par. 14(1.01) L.I.R.

37 Par. 14(5) « montant cumulatif des immobilisations admissibles » L.I.R.

38 Pour les transferts effectués après le 20 décembre 2002.



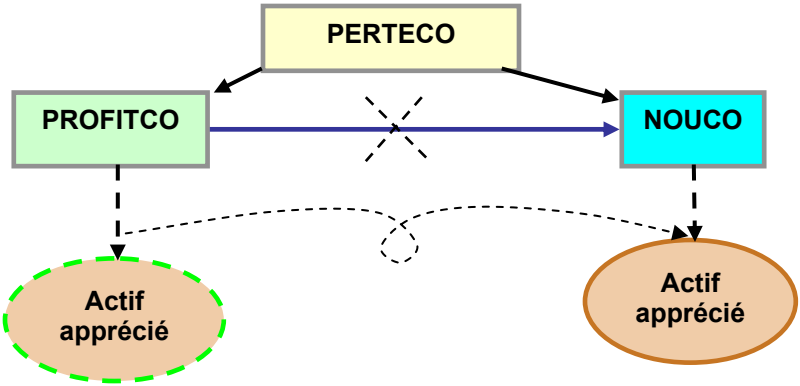
Pour contourner le problème, les étapes suivantes peuvent être réalisées :

i) Perteco incorpore une nouvelle filiale, Nouco;

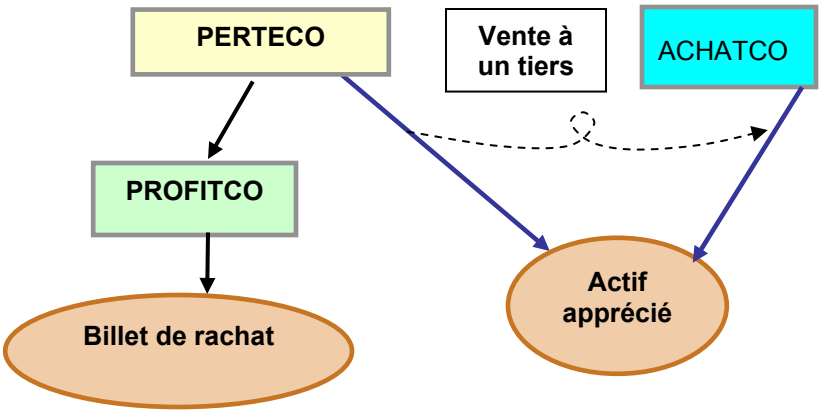
ii) Profitco transfère un ou des actifs appréciés à Nouco en échange d'actions privilégiées en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.;

iii) les actions privilégiées sont rachetées;

iv) Nouco est liquidée dans Perteco;



v) Perteco vend le bien à sa JVM à un tiers.



L'ADRC a approuvé une telle transaction[39]. Si une personne non liée est actionnaire de Perteco, le paragraphe 55(2) L.I.R. pourrait s'appliquer au dividende réputé sur le rachat des actions privilégiées de Nouco, puisque les actionnaires de Perteco ont augmenté leur participation directe dans le payeur de dividende[40]. Cependant, nous comprenons que l'ADRC pourrait être disposée à rendre des décisions anticipées favorables sur ce point.

1.3.4. L'arrêt *Loyens*

Cet arrêt traite essentiellement de l'application de la RGAÉ à une série de transactions impliquant le transfert d'un droit dans des biens immeubles détenus en inventaire à une société de personnes et le roulement, de la participation dans la société de personnes, à une société afin d'utiliser les pertes autres qu'en capital. La juge Campbell a conclu que la RGAÉ ne s'appliquait pas à une telle série de transactions. La juge en a conclu que les transactions visaient l'obtention d'un avantage fiscal et que l'objet principal de la série était d'obtenir cet avantage. En l'occurrence, il s'agissait d'une transaction d'évitement. Cependant, la série de transactions n'entraînait pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la loi lue dans son ensemble.

---

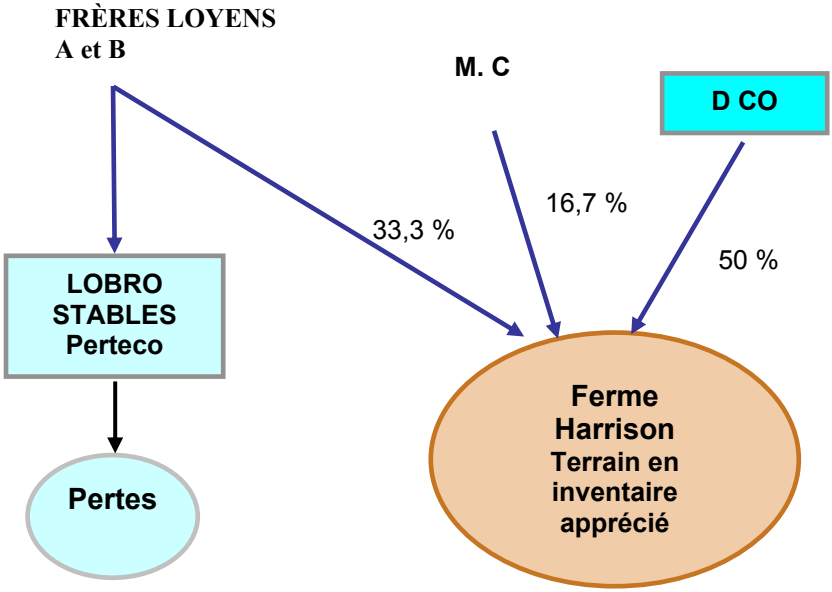
39 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 11, interprétation technique 9732385, 20 janvier 1998.

40 S.-al. 55(3)a)(v) L.I.R. et al. 55(3.01)c) L.I.R.

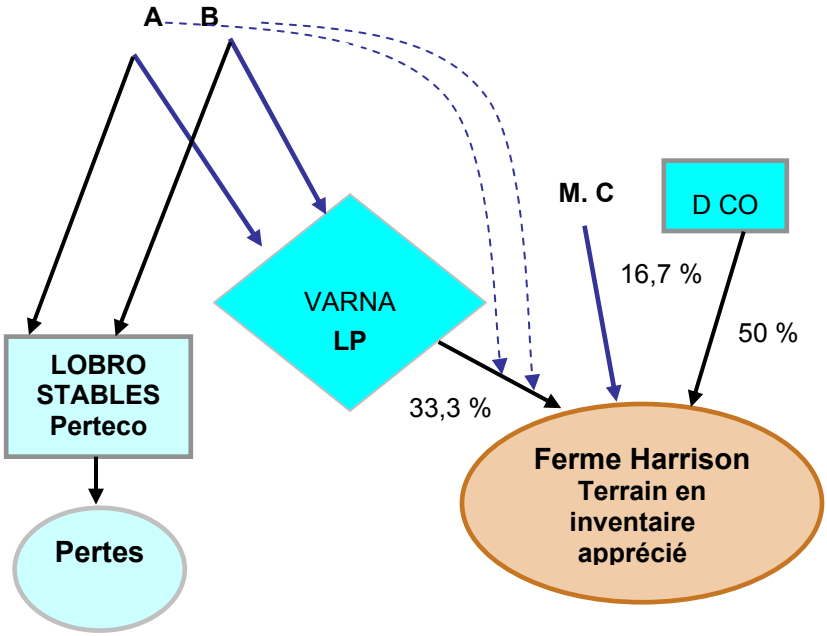
1.3.4.1. Faits[41]

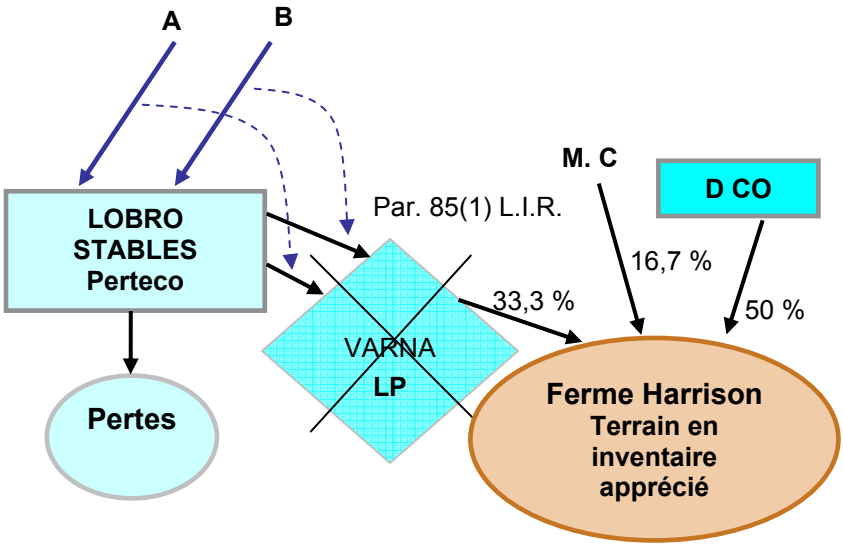
Deux frères (ci-après « les frères Loyens »), impliqués dans une entreprise de développement et vente de terrains, détenaient chacun 16,7 % dans la propriété Harrison, laquelle était constituée de terrains en inventaire. À la suite d'un manque de liquidités, les frères Loyens ont décidé de vendre leur droit dans les terrains à une société détenue par Eugene Drewlo.

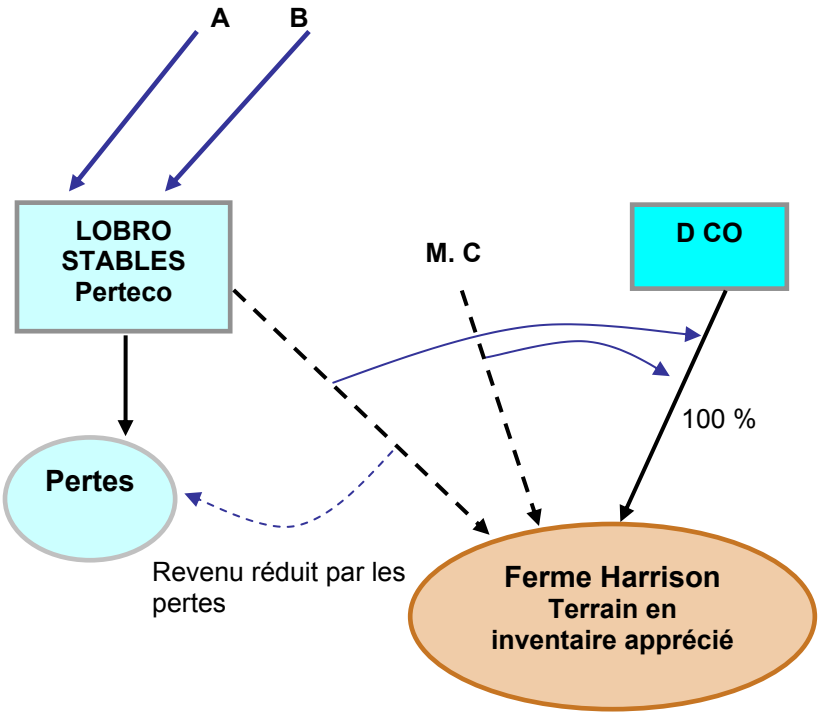
Pour ce faire, les frères Loyens ont transféré leur droit dans les terrains de la propriété Harrison à une société de personne du nom de Varna en effectuant le choix prévu au paragraphe 97(2) L.I.R. Le même jour, soit le 30 novembre 1993, les frères Loyens ont transféré leur participation dans la société de personnes à Lobro Stables (1991) Ltd. (ci-après « Lobro »), une société liée, en effectuant le choix prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. Lobro était une société détenue par les frères Loyens dans une proportion de 50 % chacun. Immédiatement après ce transfert, la société Lobro a disposé de ses droits dans la propriété Harrison en faveur d'une société détenue par Eugene Drewlo. Le profit réalisé sur la vente a été réduit par les pertes autres qu'en capital de Lobro.



[41] Le résumé des faits ne constitue qu'un sommaire, nous invitons le lecteur à se référer au texte de l'arrêt pour le détail des faits.


A
B
M. C
D CO
16,7 %
50 %
VARNA
LP
LOBRO
STABLES
Perteco
33,3 %
Ferme Harrison
Terrain en
inventaire
apprécié
Pertes


A
B
M. C
D CO
Par. 85(1) L.I.R.
LOBRO
STABLES
Perteco
16,7 %
33,3 %
50 %
VARNA
LP
Ferme Harrison
Terrain en
inventaire
apprécié
Pertes



1.3.4.2. Analyse

L'ADRC a contesté les transactions réalisées par les frères Loyens. Les points en litige devant la Cour canadienne de l'impôt étaient les suivants :

i) La date réelle de la vente de la propriété Harrison était-elle bien le 30 novembre 1993 ou le 8 mars 1993?;

ii) Si la date de la vente était bien le 30 novembre 1993, est-ce que le roulement des participations dans la société de personnes Varna en faveur de la société Lobro était valide selon les paragraphes 85(1) et 85(1.1) L.I.R.?;

iii) Est-ce que la RGAÉ à l'article 245 L.I.R. s'appliquait?

Une quatrième question était en litige, à savoir si l'avis de renonciation déposé auprès de l'ADRC au nom d'un des frères était valide. Nous n'analyserons pas cette dernière question aux fins du présent texte.

En somme, les frères Loyens ont réussi à contourner la restriction sur la règle de roulement qui interdit le transfert, en faveur d'une société, des biens en inventaire avec report d'impôts[42]. L'alinéa 85(1.1)f) L.I.R. empêche une personne de transférer un bien immeuble en inventaire à une société. Un tel bien n'est pas un bien admissible aux fins du paragraphe 85(1) L.I.R. Cependant, le paragraphe 97(2) L.I.R. ne contient pas de restriction semblable lors du transfert en faveur d'une société de personnes. De plus, une participation dans une société de personnes représente un bien admissible aux fins des dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. La juge Campbell a fait une analyse détaillée sur l'application de la RGAÉ en citant l'arrêt *OSFC*, lequel traite de la vente de pertes. Dans *OSFC*, le juge Rothstein a bien fait de mentionner que la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés, sous réserve de certaines limites précises.

Le Procureur de la Couronne est venu faire un parallèle entre la vente de pertes et la vente de profits en prétendant que la vente de profits était aussi abusive que la vente de pertes. Or, la juge Campbell a fait la distinction entre la vente de pertes et la vente de profits. Elle a conclu que le stratagème d'utilisation de pertes des frères Loyens était valide puisqu'il utilisait des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à des fins pour lesquelles elles étaient destinées.

Il faut noter que le profit réalisé sur la vente des terrains par la société Lobro a été déclaré à titre de revenu d'entreprise et non de gain en capital. Cet élément a, entre autres, permis à la juge de conclure que les frères Loyens n'avaient pas abusé des paragraphes 85(1) et 97(2) L.I.R. Si le produit de la vente des terrains avait été traité comme du gain en capital, la conclusion du juge aurait pu être différente.

1.3.4.3. Application du paragraphe 69(11) L.I.R.

Il est également important de noter que le paragraphe 69(11) L.I.R. ne s'appliquait pas à la transaction étant donné que les frères Loyens étaient liés à Lobro. À ce moment, l'utilisation d'attributs fiscaux entre personnes liées était permise. Ces transactions ont été réalisées en novembre 1993, bien avant le remplacement du concept de personnes liées par le concept de personnes affiliées dans le cadre de transferts d'attributs fiscaux. Les frères Loyens n'auraient pu réaliser leurs transactions après le 26 avril 1995, date à

[42] Al. 85(1.1)f) L.I.R.

laquelle le terme « lié » a été remplacé par le terme « affilié », puisque des frères ne sont pas des personnes affiliées au sens du paragraphe 251.1(1) L.I.R. Les frères Loyens ne forment pas un groupe de personnes affiliées[43] et donc ne remplissent pas les conditions de l'alinéa 251.1(1)b) L.I.R. Pour ces raisons, la société Lobro ne serait pas affiliée aux frères Loyens après le 26 avril 1995 et donc, le paragraphe 69(11) L.I.R. s'appliquerait pour établir le produit de disposition des terrains à la JVM.

1.4. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

Selon l'ADRC[44], un emprunt réalisé dans le but de souscrire à des actions privilégiées d'une société affiliée fait partie d'une suite d'opérations donnant lieu à un avantage fiscal et à une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) L.I.R. Néanmoins, l'exception à l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. qui est prévue au paragraphe 245(4) L.I.R. s'applique, puisque la série d'opérations n'est pas considérée comme entraînant directement ou indirectement des abus dans l'application des dispositions de la loi prise dans son ensemble. Le 30 juin 1988, le ministre des Finances a publié des notes explicatives[45] concernant le paragraphe 245(2) L.I.R. au sujet des transferts de revenus ou de déductions au sein d'un groupe de sociétés liées. On pouvait y lire :

> « Des exceptions sont expressément prévues dans le cas des opérations qui permettraient à des corporations canadiennes liées à une corporation donnée de se prévaloir des pertes, des déductions ou des crédits acquis par cette dernière. En fait, l'agencement de la Loi, prise dans son ensemble, ainsi que l'objet déclaré et l'esprit des règles sur la limitation des pertes des corporations permettent manifestement des opérations de ce genre entre des corporations liées lorsque ces opérations ont par ailleurs des effets juridiques et qu'elles sont conformes à la lettre et à l'esprit de ces exceptions[46]. »

---

43 Par. 251.1(3) « groupe de personnes affiliées » L.I.R. Groupe de personnes dont chaque membre est affilié à chaque autre membre.

44 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-44, « Utilisation des déductions et des crédits au sein d'un groupe de corporations liées », 17 février 1992.

45 CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives*, Projet de loi C-139, 30 juin 1988.

46 *Id*.

L'ADRC a réitéré la position mentionnée dans les notes explicatives du Projet de loi de 1988 sur une structure de financement avec actions ordinaires dans une circulaire d'information[47] :

> « 5. – Consolidation des bénéfices et des pertes dans un groupe corporatif – Faits
>
> Bénéfices ltée et Pertes ltée sont des corporations canadiennes imposables. Pertes ltée est une filiale possédée en propriété exclusive par Bénéfices ltée. Pertes ltée a des pertes autres qu'en capital qui seraient déductibles si Pertes ltée avait des revenus. Afin que Pertes ltée produise des revenus dont elle peut déduire ses pertes autres qu'en capital, Bénéfices ltée emprunte de l'argent de sa banque et utilise les fonds pour souscrire à des actions ordinaires de Pertes ltée. Pertes ltée prête ces fonds à Bénéfices ltée à un taux d'intérêt commercial. Bénéfices ltée rembourse la banque. Le montant souscrit en actions ne dépasse pas le montant des fonds que Pertes ltée peut raisonnablement emprunter pour son entreprise en se basant uniquement sur le crédit accordé par un prêteur avec lequel elle n'a aucun lien de dépendance.
>
> Interprétation
>
> Les Notes explicatives de l'avant-projet de législation et de règlement concernant la réforme fiscale, publiées par le ministre des Finances en juin 1988, stipulent que le transfert de revenus entre des corporations liées effectué au moyen d'opérations légalement valides n'entraînerait normalement pas un abus des dispositions de la Loi ou un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble. Les opérations effectuées entre Bénéfices ltée et Pertes ltée, qui sont des corporations liées, ne seraient donc pas considérées comme un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble. Cette interprétation n'aborde pas la question de la déductibilité de l'intérêt payable par Bénéfices ltée à sa banque ou à Pertes ltée. Cet intérêt serait déductible conformément à l'alinéa 20(1)c) de la Loi à la condition que Bénéfices ltée acquière les actions de Pertes ltée en vue de tirer un revenu des actions[48]. »

Et finalement, en 1994[49], l'ADRC reprenait cette même position :

> « Le transfert de revenus ou de déductions entre des sociétés liées, par l'utilisation d'opérations légales et dans le respect des dispositions pertinentes de la LIR, ne sera pas d'ordinaire, considéré comme un abus de la Loi lue dans

---

47 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, *op. cit*., note 29.

48 *Id*., par. 5.

49 « Table ronde de Revenu Canada », dans *Congrès 94*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, pp. 47:1-20, question 2, aux pages 47:2-3.

son ensemble, pour l'application de la règle général antiévitement énoncée à l'article 245[50]. »

Ces positions de l'ADRC ont été remises en question à certains moments dans le passé. Une date importante a été le 26 avril 1995, date à laquelle l'ADRC modifiait sa position afin que, dorénavant, le transfert d'attributs fiscaux soit permis entre sociétés canadiennes affiliées au lieu de sociétés liées. Ce changement visait à mieux cerner l'unité économique (c'est-à-dire le contribuable, son conjoint et les sociétés (et sociétés de personnes) qu'il contrôle), aux fins d'imposer des restrictions plus appropriées aux transferts d'attributs fiscaux[51].

Ainsi, le Ministère accepte le transfert d'attributs fiscaux entre personnes affiliées. Cependant, il a bien fait de préciser qu'il n'accepterait pas le transfert de tels attributs à l'extérieur d'un groupe de sociétés affiliées :

> « Il convient de souligner, bien entendu, qu'une opération de consolidation de pertes qui a pour but de contourner d'autres règles de limitation des pertes, comme celles prévues par le paragraphe 111(5) pourrait être considérée comme abusive[52]. »

Cette position est d'ailleurs appuyée par la jurisprudence dans les arrêts *OSFC* et *Novopharm*.

Dans *OSFC* :

> « Je n'ai aucune difficulté à conclure que la politique générale qui sous-tend la Loi de l'impôt sur le revenu interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés, sous réserve de certaines limites précises. »

Dans *Novopharm* :

> « As the Supreme Court has long held, the purpose of this provision is to encourage the accumulation of capital which would then produce taxable income. Its application to implement a transfer of losses between unrelated

---

50 *Id*.

51 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:1-42, question 1.1, aux pages 53:13-14.

52 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu - Nouvelles techniques*, n° 25, 30 octobre 2002.

corporations in furtherance of a tax avoidance arrangement is certainly inconsistent with this purpose. »

2. RAJEUNISSEMENT DES PERTES

2.1. ACTIONS PRIVILÉGIÉES ET PRÊT

Dans une structure d'actions privilégiées et prêt, telle que décrite à la section 1.1. du présent texte, considérons les points suivants :

i) Perteco a des pertes autres qu'en capital qui sont sur le point d'expirer;

ii) La dépense d'intérêt de Profitco « rajeunit » les pertes de Perteco qui sont sur le point d'expirer.

L'ADRC s'est prononcée contre le rajeunissement de pertes dans une décision en matière d'impôt sur le revenu en mentionnant que la création de pertes autres qu'en capital, permettant de rajeunir les pertes d'une société affiliée du groupe, était à l'extérieur des politiques de l'ADRC à l'égard de la consolidation des pertes fiscales[53]. À la suite de cette interprétation, plutôt restrictive, l'ADRC est venue clarifier sa position en se montrant favorable aux deux types de transactions permettant de rajeunir les pertes, décrits ci-dessous[54] :

- l'ADRC ne considérerait généralement pas qu'il y a abus uniquement du fait que la perte autre qu'en capital, résultant de la déduction d'intérêt dans Profitco, serait reportée à une année d'imposition précédente de Profitco, comme le permet l'article 111 L.I.R.;

- l'ADRC ne considérerait habituellement pas non plus qu'une telle consolidation est abusive uniquement parce que la période de report de la perte autre qu'en capital ainsi créée déborde de la période de report initiale des pertes de Perteco, pourvu que la perte soit déduite dans la période initiale de report. Ainsi, il ne serait donc pas possible de transférer une perte de Perteco venant à échéance à Profitco afin d'allonger la période de report originale de la perte[55].

---

53 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 11, interprétation technique 2001-0090213, 2001.

54 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 26.

55 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 11, interprétation technique 2003-0000483, 2003.

2.2. TRANSFERT D'UN ACTIF AVEC PLUS-VALUE

Dans un premier temps, Profitco transfère un bien apprécié à Perteco en effectuant un choix au paragraphe 85(1) L.I.R. Par la suite, Perteco revend le bien à la juste valeur à Profitco. Il y a « rajeunissement » des pertes lors d'une consolidation de pertes lorsque Perteco transfère, à une société affiliée, Profitco, des biens amortissables auxquels serait rattachée une récupération de la déduction pour amortissement, permettant ainsi à Perteco de déduire les pertes avant qu'elles n'expirent, et à Profitco d'acquérir les biens amortissables à une fraction non amortie du coût en capital majorée. Cependant, l'ADRC considère qu'une telle opération ne serait habituellement pas abusive uniquement du fait qu'on évite l'extinction d'une perte autre qu'en capital, puisque la perte est déduite du revenu (la récupération) durant la période initiale de report.

L'ADRC précise toutefois qu'une opération de consolidation de pertes qui a pour but de contourner d'autres règles de limitation des pertes, comme celles prévues par le paragraphe 111(5) L.I.R., pourrait être considérée comme abusive.

CONCLUSION

Comme on peut le constater, les règles à l'égard de l'utilisation de pertes au sein d'un groupe de sociétés affiliées sont très techniques. Il existe de nombreuses possibilités quant à l'utilisation de ces pertes. Cependant, plusieurs questions restent difficiles à résoudre, notamment celle de la déductibilité des intérêts et l'application de la règle générale antiévitement. Malgré ces incertitudes, nous constatons que l'ADRC continue de rendre des décisions anticipées favorables sur le sujet.

PARTIE C
Fiducie et société de services

Gilles Carli, avocat, M. Fisc.
Fasken Martineau

INTRODUCTION

Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] ainsi que celles de la *Loi sur les impôts* du Québec[2] contiennent diverses mesures dont l'objectif premier consiste à contrer le fractionnement de revenu. Pensons, à titre d'exemple, à l'article 74.1 L.I.R. qui s'applique pour attribuer au contribuable le revenu de biens provenant du transfert, par le biais d'une fiducie, d'un bien en faveur du conjoint ou d'une personne âgée de moins de 18 ans ayant un lien de dépendance avec le contribuable. Pensons également à l'article 74.2 L.I.R. traitant du gain en capital réalisé par une fiducie dont le bénéficiaire est le conjoint du contribuable, à l'article 74.4 L.I.R. traitant des transferts à une société par le biais d'une fiducie, sans oublier, évidemment, le paragraphe 75(2) L.I.R. traitant des fiducies à l'égard desquelles les biens peuvent revenir à l'auteur ou à l'égard desquelles les biens de la fiducie ne peuvent être aliénés qu'avec le consentement de l'auteur[3] (les fiducies avec droit de regard).

Plus récemment, l'article 120.4 L.I.R. s'est ajouté à cette liste[4]. L'objectif est le même mais les moyens sont ici différents. Le « revenu fractionné » versé par une fiducie à un enfant mineur, plutôt que d'être attribué à l'auteur, est taxé entre les mains de l'enfant au taux marginal maximum si ce revenu lui est effectivement versé. Dans le cas contraire, les règles usuelles s'appliquent et le revenu est taxé entre les mains de la fiducie entre vifs.

L'ensemble de ces mesures constitue un véritable terrain « miné ». Malgré tout, il y a place encore, selon nous, pour une planification dont les résultats peuvent s'avérer intéressants.

---

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

2 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

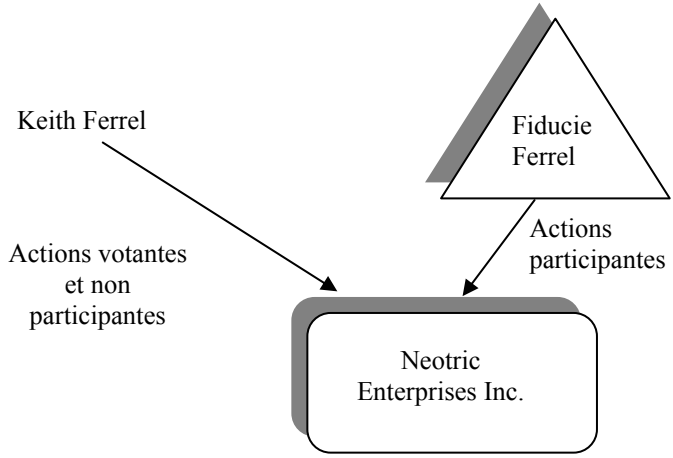
3 Art. 462.1 à 462.7, 462.11 à 462.14 ainsi que 467 L.I.

4 Art. 766.5 à 766.7 L.I.

Plus particulièrement, nous examinerons la possibilité de créer, malgré cet arsenal redoutable, une structure de fractionnement de revenu entre le contribuable, son conjoint et ses enfants, en ayant pour toile de fond une société en commandite de services dont les associés seraient des fiducies discrétionnaires. S'agissant de fiducies discrétionnaires, les bénéficiaires pourraient être le contribuable lui-même, son conjoint ou encore ses enfants. Cette structure de fractionnement de revenu est, en quelque sorte, à l'origine de l'article 120.4 L.I.R., lequel a été introduit à la suite de la décision rendue dans l'affaire *La Reine* c. *Ferrel*[5].

1. L'AFFAIRE *FERREL*

Dans cette affaire, le contribuable était l'auteur ainsi que le seul fiduciaire d'une fiducie familiale qui détenait l'ensemble des actions participantes d'une société de gestion. Dans le cadre d'une entente intervenue entre la fiducie et la société, la fiducie rendait des services à la société moyennant le versement d'un honoraire de gestion. Le revenu gagné par la fiducie était par la suite attribué aux enfants mineurs du contribuable à titre de bénéficiaires du revenu. La structure mise en place par le contribuable peut s'illustrer comme suit :



- Auteur de la fiducie : Keith Ferrel
- Fiduciaire : Keith Ferrel
- Bénéficiaires : les enfants

Contrat de services entre la fiducie et Neotric

[5] 97 D.T.C. 1565 (C.C.I.) et 99 D.T.C. 511 (C.A.F.) (ci-après « *Ferrel* »).

L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a attaqué cette structure tant sur la base du paragraphe 56(2) « paiement indirect » L.I.R. que du paragraphe 56(4) « transfert de droits sur le revenu » L.I.R. Tant la Cour canadienne de l'impôt que la Cour fédérale ont donné raison au contribuable, d'où la réplique du ministère des Finances dans le Budget de 1999[6] et l'introduction de l'article 120.4 L.I.R. traitant du revenu fractionné. Cet article représente une mesure antiévitement très spécifique visant à éviter, notamment, qu'un contribuable ayant un revenu élevé puisse verser certains dividendes ou revenus d'entreprise, directement ou indirectement par le biais d'une société de personnes ou d'une fiducie, à des enfants mineurs. L'objectif est atteint en assujettissant le revenu versé à l'enfant au taux d'imposition marginal maximum.

2. SOCIÉTÉ DE SERVICES

Ayant fait ce commentaire, examinons maintenant la possibilité de fractionner le revenu d'un contribuable en utilisant une société en commandite créée afin de rendre des services à une entité opérante, qu'elle soit constituée en société par actions ou sous forme de société de personnes. Généralement, les commanditaires de la société en commandite de services seront des fiducies discrétionnaires dont les bénéficiaires pourront être le contribuable, son conjoint ainsi que ses enfants. L'honoraire de gestion facturé par l'entité de services se doit cependant d'être raisonnable afin d'en assurer la déductibilité[7] pour l'entité opérante, sinon la structure est d'aucun intérêt. Tant les tribunaux que l'ADRC semblent accepter qu'un profit de l'ordre de 15 % est raisonnable[8] dans de telles circonstances. La société en commandite de services rendra des services de soutien administratif à l'entité opérante et réalisera ainsi un revenu d'entreprise.

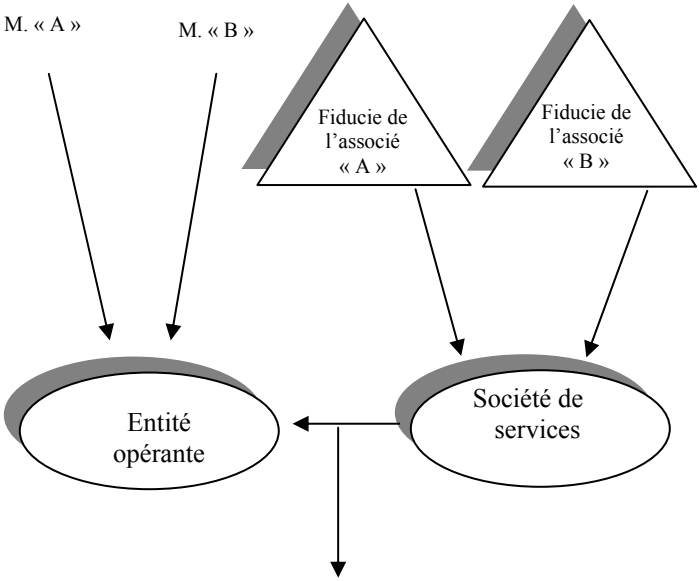
Cette structure de fractionnement peut facilement être illustrée comme suit :

---

6 CANADA, ministère des Finances, *Plan budgétaire de 1999*, 16 février 1999.

7 Al. 18(1)a) L.I.R. et art. 67 L.I.R., ainsi que les articles 128 et 420 L.I.

8 *MRN* c. *Camron*, 72 D.T.C. 6325 (C.S.C.) et « Table ronde de Revenu Canada », dans *1985 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1986, pp. 49:1-32, question 18, à la page 49:10. Voir également AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9634905, 25 mars 1997 et 9830935, 7 janvier 1999.



En plus de s'assurer de la déductibilité de l'honoraire de gestion, il faut cependant tenir compte de l'ensemble des règles d'attribution auxquelles nous avons fait référence antérieurement, ces règles ayant pour objectif d'empêcher le fractionnement de revenu lors du transfert de biens au conjoint[9] ou à des enfants mineurs[10].

2.1. QUI PEUT ÊTRE L'AUTEUR DE LA FIDUCIE?

Dans ce contexte, il faut d'abord s'interroger sur l'identité de l'auteur de la fiducie. La réponse à cette première question est fonction, dans une certaine mesure, du genre de revenu que pourrait gagner la fiducie. Dans l'hypothèse où la fiducie pourrait gagner du revenu d'entreprise (ce qui serait le cas dans la structure analysée), le contribuable pourrait en être l'auteur si

9 Par. 74.1(1) L.I.R. et art. 462.1 L.I.

10 Par. 74.1(2) L.I.R. et art. 462.2 L.I.

l'on entrevoit la distribution de la totalité du revenu au bénéficiaire de façon régulière. Si le revenu gagné par la fiducie consiste, en totalité ou en partie, en du revenu de biens, l'article 74.1 L.I.R. pourrait s'appliquer si la fiducie est créée au bénéfice du conjoint ou d'un enfant mineur. L'application possible de l'article 74.2 L.I.R. devrait également être considérée. La situation pouvant évoluer, il apparaît donc prudent de recommander que l'auteur de la fiducie ne soit pas le contribuable lui-même. S'il apparaît prudent que l'auteur ne soit pas le contribuable, l'auteur ne pourrait non plus être une personne ayant un lien de dépendance avec l'enfant mineur ou encore cet enfant mineur ne pourrait être le neveu ou la nièce de l'auteur[11].

2.2. QUI PEUT ÊTRE FIDUCIAIRE DE CETTE FIDUCIE?

Deuxièmement, quelle personne pourrait agir comme fiduciaire? La réponse à cette seconde question diffère quelque peu selon qu'on l'examine sous l'angle du droit civil ou sous l'angle du droit fiscal. En droit civil, une personne physique, de même qu'une société autorisée par la loi pour agir à titre de fiduciaire, peut être fiduciaire d'une fiducie[12]. Cependant, l'auteur ou le bénéficiaire ne peut être seul fiduciaire de la fiducie. Il doit agir, dans un tel cas, conjointement avec un autre fiduciaire qui n'est ni l'auteur de la fiducie ni un bénéficiaire[13].

En matière fiscale, si le contribuable n'est pas l'auteur de la fiducie, il pourrait en être le seul fiduciaire puisque la disposition qui pourrait être applicable vise les situations où le bien cédé en fiducie peut revenir à l'auteur ou n'être autrement aliéné qu'avec son consentement[14]. Par ailleurs, si le contribuable est l'auteur de la fiducie, il apparaît prudent, s'il en est également le fiduciaire, qu'il ne puisse agir seul. Idéalement, il serait alors recommandé que la fiducie compte trois fiduciaires, dont deux fiduciaires indépendants, de façon à éviter l'application possible de l'alinéa 75(2)b) L.I.R. En effet, si la fiducie compte deux fiduciaires, dont l'auteur, ce dernier serait en position de blocage et cette situation de blocage pourrait indiquer que les biens ne peuvent être aliénés qu'avec le consentement de l'auteur. Selon l'ADRC, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique qu'au

---

11 *Id*.

12 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1274.

13 Art. 1275 C.c.Q.

14 Par. 75(2) L.I.R. et art. 467 L.I.

revenu de biens ou au gain en capital. Cette règle d'attribution ne saurait donc être applicable si la fiducie gagne du revenu d'entreprise[15].

La fiducie pourrait décider de ne point distribuer le revenu d'entreprise qu'elle reçoit et ainsi gagner, au cours des années subséquentes, un revenu de biens à même les sommes ainsi accumulées. Vraisemblablement, dans de telles circonstances, le revenu de biens gagné sur ces montants ne devrait pas être assujetti à ces règles d'attribution.

3. ARTICLE 120.4 L.I.R.

Cet article prévoit un impôt payable par un « particulier déterminé » calculé au taux marginal maximum applicable sur le « revenu fractionné » pour l'année[16]. L'expression « particulier déterminé » réfère à un particulier qui n'avait pas atteint l'âge de 17 ans avant l'année donnée et dont le père ou la mère avait résidé au Canada à un moment donné de l'année. Un « particulier déterminé » ne comprend pas cependant un particulier qui n'avait pas atteint l'âge de 17 ans avant l'année, mais qui était inscrit au cours de l'année comme étudiant à temps plein dans un établissement d'enseignement post-secondaire.

Ces concepts de « revenu fractionné » et de « particulier déterminé » ne sont pertinents que dans la mesure où le revenu gagné par la fiducie est distribué au bénéficiaire mineur (le particulier déterminé). Ce particulier déterminé sera alors assujetti à l'impôt au taux marginal maximum. *A contrario*, si le revenu gagné par la fiducie n'est pas distribué, les règles usuelles concernant les fiducies entre vifs ont alors application et le revenu de la fiducie sera taxé au taux marginal maximum comme prévu généralement dans la loi[17].

Pour comprendre la portée de cette mesure, il faut par conséquent s'attarder à la notion de « revenu fractionné » puisque c'est sur ce concept que porte l'ensemble de ces règles.

---

15 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, « Attribution de revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990, par. 5.

16 Soit 24,2 % en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et 24 % en vertu de la *Loi sur les impôts*.

17 Par. 122(1) L.I.R. et art. 768 L.I.

L'expression « revenu fractionné » signifie le total des montants suivants :

- les dividendes imposables reçus sur des actions d'une société (autres que les dividendes reçus sur des actions inscrites à la cote d'une Bourse prescrite ou sur des actions d'une société de fonds mutuels), que ces dividendes soient reçus directement ou indirectement par le biais d'une fiducie ou d'une société de personnes;
- le montant des avantages imposables inclus dans le calcul du revenu aux termes de l'article 15 L.I.R. reçu directement ou indirectement par le biais d'une fiducie ou d'une société de personnes, autre que le montant d'un tel avantage relativement à des actions inscrites à la cote d'une Bourse prescrite; et
- le revenu reçu d'une société de personnes aux termes de l'alinéa 96(1)f) L.I.R. ou encore le revenu reçu d'une fiducie aux termes du paragraphe 104(13) L.I.R. et pouvant raisonnablement être considéré comme provenant de la fourniture de biens ou de services à une entreprise exploitée par une personne liée au contribuable.

Enfin, comme particularité de ce mécanisme, le père et la mère du particulier (de l'enfant mineur) sont solidairement responsables avec ce dernier du paiement de l'impôt calculé aux termes de l'article 120.4 L.I.R.[18] Ceci revient à dire que tout revenu d'une fiducie attribué à un enfant mineur sera taxable selon les modalités prévues à l'article 120.4 L.I.R. si ce revenu est du revenu fractionné. Le père et la mère de cet enfant mineur seront alors personnellement responsables du paiement de l'impôt sur ce revenu fractionné. L'enfant mineur qui reçoit un revenu fractionné est donc assujetti à l'impôt sur ce revenu conformément aux dispositions de l'article 120.4 L.I.R.

S'agissant d'un impôt particulier, cette disposition n'exclut pas cependant la possibilité que le revenu qualifié de « revenu fractionné », aux fins de cette mesure, puisse être également du revenu devant être inclus dans le calcul du revenu de l'enfant en vertu des autres dispositions de la loi. Afin d'éviter toute double imposition entre les mains de l'enfant, une déduction particulière dans le calcul du revenu a été ajoutée en parallèle, déduction correspondant au montant effectivement reçu par l'enfant[19]. De même, une disposition particulière a été introduite dans la législation afin d'éviter que le

---

[18] Par. 160(1.2) L.I.R. et art. 1034.0.0.2 L.I.

[19] Al. 20(1)ww) L.I.R. et art. 737.29 L.I.

revenu fractionné soit inclus dans le revenu de l'enfant par le biais de l'article 120.4 L.I.R. et qu'il ne soit inclus dans le revenu des parents par l'effet des règles d'attribution discutées précédemment[20].

4. QUE DOIT-ON RETENIR DE CETTE ANALYSE?

Premièrement, cette structure permet de fractionner le revenu avec le conjoint du contribuable ou encore avec les enfants majeurs du contribuable. Deuxièmement, la référence à l'expression « fourniture de biens ou de services », dans la définition de « revenu fractionné », nous porte à conclure que le revenu provenant de la location de biens (à savoir le revenu de loyer), au bénéfice d'une entreprise exploitée par une personne liée, serait du revenu fractionné assujetti à ces règles.

Notons sur ce point que le texte de la version anglaise faisait initialement référence à l'expression *provision of goods or services* et il est proposé de remplacer cette expression par *provision of property or services*[21]. L'ADRC a déjà statué[22] dans le passé que le revenu de location d'un bien immeuble par une fiducie ne constituait pas du revenu fractionné si aucun service n'était fourni au locataire. L'amendement proposé est rétroactif au 20 décembre 2002. Les notes techniques l'accompagnant indiquent que les règles de revenu fractionné s'appliqueront dorénavant, à la suite de cette modification, au revenu de location.

Ceci semble un peu paradoxal puisque le texte de la version française de la loi demeure pour sa part inchangé. Vraisemblablement, le législateur semble avoir conclu que le texte français existant permettait d'assujettir le revenu de location à cette mesure alors que le texte anglais ne le permettait pas. La modification proposée permettrait vraisemblablement de traiter comme du revenu fractionné le revenu d'intérêts gagné par une fiducie sur un prêt consenti à une société privée dont le contrôle est canadien et utilisé par cette dernière dans le cadre de son entreprise exploitée activement[23].

---

20 Par. 74.5(13) L.I.R. et art. 462.24.1 L.I.

21 CANADA, ministère des Finances, *Avant-projet de loi technique*, 20 décembre 2002, art. 59.

22 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0012635, 20 juin 2000.

23 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0181705, 3 mars 2003.

Le revenu de location semble donc, en certaines circonstances, visé par cette disposition et il en serait de même pour le revenu d'intérêts dans la mesure où le revenu de location ou le revenu d'intérêts est en relation avec une entreprise exploitée par une personne liée. Les dividendes gagnés sur des actions inscrites à la cote d'une Bourse prescrite ne sont pas visés et il en est de même pour le gain en capital. Enfin, le revenu provenant de la fourniture de biens ou de services à une entreprise exploitée par une personne non liée ainsi que le revenu de location ou le revenu d'intérêts gagné dans de telles circonstances ne le seraient pas.

À cet égard, certains auteurs avaient identifié, comme planification éventuelle, la possibilité de procéder, dans un contexte de société privée, à une réduction du capital versé suivie d'un prêt avec intérêt à cette même société[24]. Le revenu d'intérêts, s'il n'avait pas été traité comme du « revenu fractionné », aurait alors échappé à la mesure prévue à l'article 120.4 L.I.R., alors que le dividende versé sur des actions d'une société privée était clairement visé. Dans le contexte actuel, il ne semble donc pas possible d'envisager de procéder à une réduction du capital versé et de prêter un montant correspondant à la réduction comme mécanisme de planification.

L'ADRC a également eu à se prononcer à quelques reprises sur la portée de l'expression « revenu fractionné ». Ainsi, le revenu d'intérêts versé à une fiducie par une société, à même un prêt consenti par la fiducie à la société, serait du revenu fractionné puisqu'il s'agirait de revenu provenant de la fourniture de biens ou de services[25]. Cette interprétation est postérieure à l'annonce de la modification technique. Par ailleurs, le revenu d'entreprise gagné par la fiducie elle-même, à une fin spécifique, ne serait pas considéré comme du revenu fractionné[26] lorsque l'entreprise est exploitée par la fiducie directement pour son propre compte.

---

24 Voir Maureen DONNELLY, Joanne MAGEE et Allister YOUNG, « Income Splitting and the New Kiddie Tax: Major Changes for Minor Children », (2000), vol. 48, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 979-1018.

25 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 23. Vraisemblablement, le prêt d'une somme d'argent à la société liée serait du revenu fractionné sur la base qu'il s'agit de la fourniture d'un bien ou encore de la fourniture d'un service financier.

26 Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-01160965, 12 décembre 2002. Dans cette interprétation technique, il s'agissait d'une fiducie qui exploitait une entreprise afin de défrayer certaines dépenses médicales afférentes à un bénéficiaire. L'entreprise exploitée par la fiducie ne semblait pas être une entreprise découlant de la fourniture de biens ou de services à une personne liée.

Enfin, une fiducie peut gagner du revenu fractionné et du revenu qui n'est pas du revenu fractionné au sens de l'article 120.4 L.I.R. Dans de telles circonstances, les dispositions de l'article 120.4 L.I.R. ne s'appliqueront que dans la mesure où la fiducie verse le revenu fractionné à un particulier déterminé[27] et seulement sur ce revenu. Il semble donc possible d'identifier le type de revenu versé à un bénéficiaire pour autant que l'acte de fiducie le prévoie spécifiquement.

CONCLUSION

De l'ensemble de ces règles découlent les conclusions qui suivent :

a) la fiducie devrait gagner du revenu de plusieurs sources, sinon dans l'année initiale, à tout le moins au cours des années subséquentes;

b) l'acte de fiducie devrait être rédigé de façon à donner la possibilité au fiduciaire de déclarer du revenu non fractionné aux bénéficiaires mineurs et de déclarer le revenu fractionné aux bénéficiaires majeurs;

c) si le revenu est versé par la fiducie aux bénéficiaires, ce revenu sera, pour eux, réputé être du revenu de biens[28], de sorte qu'il ne pourra servir de base pour déterminer le montant de la contribution dans un régime enregistré d'épargne-retraite[29];

d) plutôt que de distribuer la totalité du revenu reçu par la fiducie, on pourrait envisager de ne pas le distribuer et la fiducie pourrait faire en sorte que le produit net après impôts soit utilisé subséquemment pour faire l'acquisition d'investissements générant du revenu non fractionné.

---

27 Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0112945, 19 mars 2002 ainsi que AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0069213, 5 décembre 2001 au même effet. L'ADRC accepte qu'une fiducie puisse gagner du revenu fractionné et du revenu d'une autre source. Dans la mesure où les termes de la fiducie le permettent, l'article 120.4 L.I.R. n'aurait pas d'application si le fiduciaire verse le revenu qui n'est pas du revenu fractionné à un particulier déterminé et verse le revenu qui serait par ailleurs du revenu fractionné à un bénéficiaire majeur. En l'occurrence, dans les faits concernant ces deux interprétations, la fiducie recevait des dividendes de sociétés privées et des dividendes de sociétés publiques. Les dividendes de sociétés privées étaient versés aux bénéficiaires majeurs alors que les dividendes de sociétés publiques étaient versés aux bénéficiaires mineurs.

28 Par. 108(5) L.I.R. et art. 651.1 L.I.

29 Voir la définition de l'expression « revenu gagné » au paragraphe 146(1) L.I.R.

PARTIE D
La taxe sur le capital : une perspective d'avenir

Manon Thivierge, avocate
Heenan Blaikie, s.r.l.

INTRODUCTION

Pendant plusieurs années, le régime de la taxe sur le capital du Québec s'est développé de façon indépendante, presque en vase clos. Ainsi, bien que plusieurs autres provinces canadiennes aient suivi la province de Québec en instaurant leur propre taxe sur le capital, le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») et les tribunaux québécois semblaient montrer peu d'intérêt relativement à ce qui se passait dans les autres provinces. Ainsi, la Cour du Québec a décidé à plusieurs reprises, avant que la question ne soit finalement tranchée par la Cour d'appel du Québec, qu'un solde de prix de vente ne saurait être considéré comme un prêt ou une avance au sens de l'article 1138 de la *Loi sur les impôts*[1]. Trois de ces jugements[2] ne font aucunement référence à une décision antérieure de la Cour d'appel de l'Ontario[3] où le tribunal avait conclu que l'expression *sums or credit advanced or loaned to the corporation by any other corporation* comprenait un solde de prix de vente sur des biens acquis par une société :

> « Counsel for the respondent argues that all that was created in this instance was a debtor-creditor relationship. That is quite true, of course, but it was created by means of the advance of credit by the vendors to the purchasers. It was also argued with much force that the words of the sections are reasonably clear and that if the proposition were put to any man on the street he would quickly answer that "credits advanced" would not include the credit advanced by the vendors to this purchaser. With respect, we disagree[4]. »

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *City Parking* a finalement été citée pour la première fois par la Cour du Québec dans

---

1 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

2 *Marcelon* c. *SMRQ*, [1991] R.D.F.Q. 3 (C.Q.) (ci-après « *Marcelon* »); *Simpsons Ltd.* c. *SMRQ*, [1992] R.D.F.Q. 19 (C.Q.) et *Bertco Investments Ltd.* c. *SMRQ*, [1992] R.D.F.Q. 29 (C.Q.).

3 *City Parking Canada Ltd.* c. *Ontario (ministre du Revenu)*, (1974) 1 O.R. (2e) 425 (C.A. Ont.) (ci-après « *City Parking* »).

4 *Id*., 428.

l'affaire *Crédit-Bail Banque Nationale inc.* c. *SMRQ*[5]. Toutefois, le juge Lachapelle a distingué la cause qu'il devait décider de *City Parking* sur la base que le texte de loi ontarien était différent du sous-paragraphe 1138(1)b) L.I. Ainsi, les décisions rendues par les tribunaux des autres provinces canadiennes ont eu peu d'impact sur l'évolution de notre régime de taxe sur le capital.

Force est d'admettre que la situation a beaucoup changé au cours des dernières années, c'est-à-dire depuis que les tribunaux fédéraux ont commencé à se prononcer sur l'interprétation de la Partie I.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[6]. Dorénavant, il appert que nous devrons observer ce qui se passe en matière d'impôt des grandes sociétés pour prévoir le prochain développement en ce qui concerne la taxe sur le capital du Québec. D'ailleurs, le MRQ a déjà commencé à modifier ses positions administratives sur la base de la jurisprudence en matière d'impôt des grandes sociétés. L'exemple le plus flagrant de ce nouveau phénomène est certainement l'impact de l'affaire *Autobus Thomas inc.* c. *La Reine*[7] sur l'interprétation du sous-paragraphe 1136(1)d) L.I.

1. APPLICATION AU QUÉBEC DE L'AFFAIRE *AUTOBUS THOMAS*

En vertu du sous-paragraphe 1136(1)c) L.I., le capital versé d'une société comprend toute dette contractée ou assumée par celle-ci dont le paiement est garanti, en totalité ou en partie, par un bien de la société. En 1997, cette disposition a été modifiée de façon déclaratoire afin de préciser que toute dette garantie par un bien de la société doit être incluse dans le calcul du capital versé, et ce, sans égard à la valeur de la garantie[8]. Est cependant exclue de l'application de cette règle toute dette contractée ou assumée depuis six mois ou moins si elle constitue : i) un compte fournisseur payable en contrepartie de l'acquisition d'un bien ou de la prestation d'un service; ou ii) une taxe payable relativement à l'acquisition d'un bien ou à la

---

5 [1993] R.D.F.Q. 10 (C.Q.), confirmée par [1997] R.D.F.Q. 124 (C.A.) (ci-après « *Banque Nationale* »).

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

7 2000 D.T.C. 6168 (C.A.F.), confirmée par la Cour suprême du Canada dans 2001 D.T.C. 5665 (ci-après « *Autobus Thomas* »).

8 Bien que cette modification s'applique de façon déclaratoire, elle ne s'applique pas à l'égard des causes pendantes devant les tribunaux le 7 septembre 1995, ni à l'égard des avis d'opposition signifiés au plus tard à cette date pour ce motif. Voir *Compagnie Matco Mart inc.* c. *SMRQ*, [1995] R.D.F.Q. 307 (C.Q.).

prestation d'un service lorsque cette acquisition ou prestation est à l'origine d'un compte fournisseur ou serait à l'origine d'un compte fournisseur si la contrepartie pour cette acquisition ou prestation était impayée[9].

Un groupe de contribuables qui bénéficiait de cette précision relativement aux comptes fournisseurs était sans contredit les concessionnaires d'automobiles[10]. D'ailleurs, dans l'ancien *Bulletin d'interprétation* IMP.1136-15/R1[11], le MRQ confirmait que le solde de prix de vente dû par un concessionnaire d'automobiles et garanti par une automobile n'avait pas à être inclus dans le calcul de son capital versé en vertu du sous-paragraphe 1136(1)c) L.I. :

> « **2.** Lorsqu'un concessionnaire achète d'un manufacturier les véhicules nécessaires à son exploitation, dans le cadre d'un contrat de vente par lequel le vendeur se réserve la propriété du bien jusqu'au paiement total du prix de vente, le solde du prix de vente doit être inclus dans le calcul du capital versé du concessionnaire dans la mesure où cette dette existe depuis plus de six mois, en vertu du sous-paragraphe *e* du paragraphe 1 de l'article 1136 de la *Loi sur les impôts* (la "Loi").
>
> Par ailleurs, si le paiement de cette devait être garanti par un bien du concessionnaire, son montant n'a pas à être inclus dans le calcul du capital versé du concessionnaire, dans la mesure où la dette n'existe pas depuis plus de six mois, puisqu'elle constitue un compte fournisseur en vertu du sous-paragraphe *c* du paragraphe 1 de l'article 1136 de la Loi.
>
> **3.** Lorsque le manufacturier cède le contrat de vente à une autre personne (le "cessionnaire"), la règle énoncée au paragraphe 2 de ce bulletin s'applique à l'égard du capital versé du concessionnaire dans la mesure où les relations juridiques au contrat de vente n'ont pas été modifiées. En effet, il ressort de la jurisprudence, que l'acquisition d'un contrat de vente assorti d'une clause de réserve du droit de propriété ne peut être considérée comme un prêt parce que la relation entre les parties en est une de vendeur-acheteur et non de prêteur-emprunteur[12]. »

---

9 En d'autres mots, la taxe de vente payable relativement à un compte fournisseur de six mois ou moins n'est pas incluse dans le calcul du capital versé du débiteur.

10 Cette exclusion était d'autant plus pertinente depuis la cause *Charlesbourg Automobiles ltée* c. *SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 217 (C.Q.), confirmée par [2000] R.D.F.Q. 14 (C.A).

11 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R1, « Financement de véhicules achetés pour la revente », 30 décembre 1998.

12 *Id*., par. 2 et 3.

Cependant, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Autobus Thomas*, le MRQ a publié une nouvelle version de son bulletin d'interprétation[13] qui prévoit que le solde de prix de vente dû par un concessionnaire d'automobiles dans les circonstances décrites ci-dessus doit être inclus dans le calcul du capital versé dudit concessionnaire en vertu du sous-paragraphe 1136(1)d) L.I., c'est-à-dire à titre de prêt. Ceci s'explique par le fait que dans l'affaire *Autobus Thomas*, les tribunaux ont retenu la réalité économique des transactions examinées de façon globale, plutôt que la nature strictement juridique de chaque transaction prise isolément, afin de conclure qu'un prêt avait été créé entre les parties. Dans la nouvelle version de son bulletin d'interprétation, le MRQ indique ce qui suit :

> « **2.** Un concessionnaire acquiert d'un manufacturier les véhicules nécessaires à l'exploitation de son entreprise dans le cadre d'un contrat de vente à tempérament […] Généralement, le concessionnaire autorise une société financière, dans le cadre d'une entente de financement d'inventaires en gros (marge de crédit), à payer directement le manufacturier pour les véhicules commandés. À la suite du paiement des véhicules par la société financière, le manufacturier cède et transporte à cette dernière tous ses droits dans les contrats de vente.
>
> **3.** La Cour fédérale d'appel mentionne dans l'arrêt *Autobus Thomas*[…], jugement confirmé par la Cour Suprême du Canada, qu'on ne peut considérer ces opérations isolément et hors contexte; il faut examiner les différentes opérations contractuelles afin de déterminer l'intention des parties. Dans la situation décrite au paragraphe 2 de ce bulletin, le montant dû par le concessionnaire à la société financière constitue un prêt[…] En effet, les relations contractuelles entre le concessionnaire et la société financière sont sujettes à la marge de crédit intervenue entre eux. Or, cette marge de crédit constitue une promesse de prêt et son utilisation matérialise le prêt. Le transfert du contrat de vente à tempérament du manufacturier à la société financière permet de créer une sûreté afin de garantir le prêt[14]. »

Cette nouvelle position du MRQ s'applique pour toute année d'imposition qui se termine après le 28 février 2002, soit la date de la première modification du bulletin d'interprétation suivant la décision de la Cour suprême du Canada dans *Autobus Thomas*. Je comprends qu'un certain nombre d'appels ont déjà été interjetés par des concessionnaires

---

13 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R2, « Financement de véhicules achetés pour la revente », 28 février 2002. (Après le remise de ce texte mais avant la date du Congrès 2003, Revenu Québec a publié un autre bulletin : REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R3, « Financement de véhicules achetés pour la revente », 30 septembre 2003.)

14 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R2, *op. cit.*, note 13, par. 2 et 3.

d'automobiles, ou le seront bientôt, afin de contester cette nouvelle position administrative. Il sera intéressant de constater si les tribunaux québécois choisiront de suivre *Autobus Thomas* ou plutôt la jurisprudence québécoise[15] voulant que de tels contrats constituent des contrats de vente conditionnelle donnant lieu à une relation vendeur-acheteur. Entre-temps, il sera sage de réviser de tels contrats afin d'éliminer toute référence à une relation de prêteur-emprunteur.

2. CONTRATS DE LOCATION-ACQUISITION

Certains pourraient prétendre que l'impact de l'affaire *Autobus Thomas* est dû au fait qu'il s'agit d'un jugement confirmé par la Cour suprême du Canada. Toutefois, *Autobus Thomas* n'est pas le seul exemple où une décision des tribunaux fédéraux a eu pour effet de modifier la politique administrative du MRQ. Ainsi, par suite de la controverse causée par l'affaire *Construction Bérou inc.* c. *La Reine*[16] relativement à la nature juridique d'un contrat de crédit-bail, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») a annoncé que le *Bulletin d'interprétation* IT-233R[17] était annulé[18]. Le but de ce retrait était de permettre le même traitement fiscal des transactions touchant les conventions de crédit-bail pour l'application de la Partie I L.I.R., de la Partie XIII L.I.R., de l'impôt des grandes sociétés prévu à la Partie I.3 L.I.R. et de la taxe sur les produits et services. Ainsi, l'ADRC a décidé que le traitement fiscal d'un contrat de crédit-bail serait résolu en fonction des rapports juridiques créés par les termes de l'entente, plutôt que par l'appréciation de la réalité économique sous-jacente au contrat.

À la même époque, le MRQ a modifié sa position administrative sur le traitement, aux fins du calcul du capital versé, des contrats de crédit-bail (ou contrats de location-acquisition). Depuis 1986[19], le MRQ était d'avis qu'il y

---

15 Voir notamment *Banque Toronto-Dominion* c. *General Motors Acceptance Corp. du Canada ltée*, [1987] R.L. 393 (C.A.).

16 96 D.T.C. 6177 (C.F. 1re inst.), infirmée par 99 D.T.C. 5481 (C.A.F.).

17 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-233R, « Conventions de bail avec option; conventions de vente et de relocation », 11 février 1983.

18 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu - Nouvelles techniques*, no 21, 14 juin 2001.

19 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-2/R1, « Taxe sur le capital – Les contrats de location-acquisition », 29 août 1986.

avait lieu de distinguer les contrats qui sont en substance des conventions de vente et les autres contrats qui sont des conventions de location. Après avoir énoncé les critères permettant de distinguer les deux types de conventions[20], le MRQ concluait comme suit :

> « Lorsque le contrat est en substance une convention de vente, l'obligation montrée au bilan de l'acquéreur comme découlant du contrat est considérée être une dette à inclure dans le calcul du capital versé en vertu du paragraphe 1136(1) de la Loi sur les impôts.
>
> Par ailleurs, le ministère n'inclut pas au capital versé
>
> a) l'obligation ou la dette qui n'est pas comptabilisée et n'apparaît pas aux états financiers soumis aux actionnaires ni
>
> b) l'obligation qui, bien que comptabilisée, n'a pas la nature d'une dette, parce que le contrat est en substance une convention de location[21]. »

Dans son nouveau *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-2/R2[22], le MRQ a complètement renversé cette position afin de prévoir que la dette relative à un contrat de louage ou de crédit-bail soit incluse dans le calcul du capital versé dans la mesure où : i) elle est montrée au passif des états financiers de la société conformément aux principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR »); et ii) elle est visée par le sous-paragraphe c) (dette garantie par un bien) ou e) (dette en existence depuis plus de six mois). Cette nouvelle position doit être lue à la lumière de la position exprimée dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-6/R3[23] voulant que lorsqu'un contrat est conclu, une dette existe même si celle-ci n'est payable que plus tard.

Du jour au lendemain, plusieurs locataires se sont retrouvés avec un capital versé beaucoup plus élevé pour le motif que leurs contrats de bail étaient comptabilisés dans leurs états financiers. Or, si l'on examine le chapitre 3065 du *Manuel de l'Institut canadien des comptables agréés*[24], on

---

20 Sur ce sujet, Revenu Québec reprenait essentiellement les critères énoncés dans le *Bulletin d'interprétation* IT-233R, *op. cit*., note 17.

21 REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 19, par. 2.

22 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-2/R2, « Taxe sur le capital – Les contrats de crédit-bail et de louage », 31 août 1998.

23 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-6/R3, « Notion de dette et notion de paiement garanti », 31 août 1998, par. 1.

24 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, feuilles mobiles.

constate que les états financiers d'un locataire devront inclure le bail et l'obligation sous-jacente à celui-ci pour des motifs, dans certains cas, qui sont liés strictement à la position économique du bailleur[25].

À mon avis, l'ancienne position administrative du MRQ était conforme à la politique fiscale sous-jacente à l'application de la taxe sur le capital. En effet, comme son nom l'indique, la taxe sur le capital vise à imposer le capital utilisé par une société. Or, dans la mesure où un contrat de bail constitue effectivement un contrat de vente, il est logique que la société doive capitaliser un tel contrat puisqu'elle obtient du financement pour la période qui précède le moment où la propriété absolue du bien sera acquise. En d'autres termes, lorsqu'il est clair que la société fera l'acquisition du bien loué, le paiement du prix d'acquisition sous forme de « loyer » constitue un type de financement.

Cependant, dans la mesure où un bail constitue effectivement un contrat de location où le preneur ne détiendra jamais aucun droit dans le bien loué en vertu dudit bail, aucun financement n'est accordé au preneur. Il s'agit alors d'un contrat à exécution successive et le loyer est payé au fur et à mesure de l'utilisation du bien loué. Ainsi, l'exécution des obligations des parties à un bail se fait de façon continue; la contrepartie de l'obligation du preneur de payer le loyer est celle du bailleur de fournir la jouissance du bien loué. Dans la mesure où il y a inexécution du contrat par une partie, le bail sera alors résilié et le preneur n'aura plus aucun montant à payer en vertu du bail. Étant donné que le preneur n'a aucun droit dans le bien loué, si ce n'est du droit d'en jouir au fur et à mesure qu'il paie le montant du loyer, le loyer ne saurait être considéré comme une forme de financement d'un bien acquis par le preneur.

Il est vrai qu'en matière d'impôt sur le revenu, les tribunaux ont statué qu'il y a lieu d'examiner la nature juridique des transactions intervenues entre les parties et non la réalité économique sous-jacente à celles-ci[26]. Toutefois, la tendance contraire semble se dessiner en matière de taxe sur le capital, où les tribunaux ont commencé à examiner la substance de la série de transactions, et non la nature juridique de chaque opération prise

---

25 Par exemple, si le bailleur est assuré, aux termes du bail, de récupérer le capital investi dans le bien loué et de générer un rendement sur son investissement, ce bail devra être comptabilisé dans les états financiers du preneur.

26 Voir, par exemple, *Shell Canada Ltd.* c. *MRN*, 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.).

isolément[27]. Dans ce contexte, il y aura lieu de surveiller la réaction des tribunaux québécois relativement à la nouvelle position administrative du MRQ[28]. Entre-temps, il serait sage pour une société qui désire conclure un contrat de bail à long terme de discuter de tout projet de contrat de ce genre avec ses vérificateurs afin de déterminer s'il est possible de le modifier pour s'assurer qu'il ne sera pas comptabilisé conformément aux PCGR.

3. SIGNIFICATION DU MOT « AVANCE »

Non seulement le MRQ a révisé certaines positions administratives sur la base de décisions fédérales, mais les tribunaux québécois ont également commencé à se référer aux causes fédérales portant sur l'impôt des grandes sociétés. Un exemple d'une telle référence se retrouve dans la récente décision de la Cour du Québec dans *Journaux Trans-Canada (1996) inc*. c. *SMRQ*[29]. Les faits de cette affaire sont très simples et se résument comme suit. Une somme de 2 482 266 $ apparaissait aux états financiers de l'appelante comme « abonnements perçus d'avance ». De ce montant, 2 144 969 $ était relatif à des abonnements perçus d'avance existant depuis moins de six mois. Selon la Cour, la question en litige se limitait à déterminer si de telles sommes étaient visées par le sous-paragraphe 1136(1)b) L.I., à titre de surplus, provisions et réserves, ou par le sous-paragraphe 1136(1)d) L.I., à titre d'avances consenties à la société.

La position de Trans-Canada indiquait que les abonnements perçus d'avance constituaient des provisions déductibles du revenu net en vertu de l'article 150 L.I. et, à ce titre, n'avaient pas à être inclus dans le calcul de son capital versé en vertu du sous-paragraphe 1136(1)b) L.I.[30] Bien que le juge Amyot ne le précise pas dans son jugement, il est probable que l'appelante argumentait que si les abonnements perçus d'avance étaient expressément

---

[27] Voir notamment *Autobus Thomas*; *General Motors Acceptance Corporation of Canada Ltd.* c. *SMRQ*, [1994] R.D.F.Q. 7 (C.A.) et *Technologies industrielles SNC* c. *SMRQ*, 99 F-1 (C.Q.), infirmée par D.F.Q.E. 2002F-1 (C.A.). La demande d'autorisation d'appel auprès de la Cour suprême du Canada a été rejetée le 23 janvier 2003.

[28] Au fédéral, la question ne saurait être soulevée puisque l'alinéa 181.2(3)f) L.I.R. exclut expressément de son application les dettes afférentes à un bail.

[29] C.Q. Montréal, n° 500-02-085453-004, 4 avril 2003 (ci-après « *Journaux Trans-Canada* »). Cette décision a été portée en appel le 30 avril 2003.

[30] En effet, ce sous-paragraphe prévoit l'inclusion des provisions dans le calcul du capital versé sauf, *inter alia*, celles qui sont permises par la Partie I L.I. et qui ont effectivement été déduites dans le calcul du revenu.

exclus du calcul du capital versé en vertu du sous-paragraphe 1136(1)b) L.I., il n'était pas approprié de tenter de les inclure en vertu d'une autre disposition de la *Loi sur les impôts* qui est d'ordre plus général.

De plus, Trans-Canada soutenait que les abonnements perçus d'avance ne constituaient pas des prêts et avances au sens du sous-paragraphe 1136(1)d) L.I. puisque aucune relation prêteur-emprunteur n'était créée entre les parties. Bien que l'intimé ait été d'accord avec la proposition de requérante voulant que la relation avec ses abonnés n'en était pas une de prêteur-emprunteur, le sous-ministre du Revenu du Québec prétendait que les abonnements perçus d'avance constituaient une « avance » au sens du sous-paragraphe 1136(1)d) L.I.

Après avoir résumé les faits ainsi que les prétentions des parties et avoir reproduit les dispositions législatives pertinentes, le juge Amyot cite plusieurs passages des jugements de la Cour canadienne de l'impôt et de la Cour d'appel fédérale dans *Oerlikon Aérospatiale inc.* c. *La Reine*[31]. Par la suite, le juge Amyot reproduit les extraits pertinents du *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-1/R7[32] et d'une lettre d'interprétation émise par le MRQ[33]. Il conclut son jugement en indiquant que les abonnements perçus d'avance devaient être inclus dans le calcul du capital versé de la requérante en vertu du sous-paragraphe 1136(1)d) L.I. à titre d'avances.

À la lecture du jugement, il est incontestable que la conclusion de la Cour du Québec dans *Journaux Trans-Canada* est essentiellement basée sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Oerlikon*. D'ailleurs, l'affaire *Oerlikon* constituait un excellent point de départ pour l'étude de la question puisque le jugement de la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Noël, est complet et très bien motivé. Toutefois, il est surprenant que la Cour du Québec n'ait pas jugé opportun d'examiner l'effet de la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Banque Nationale*. Dans cette affaire, le tribunal a conclu qu'un solde de prix de vente ne constituait pas un « prêt ou avance » déductible dans le calcul du capital versé pour le motif suivant :

---

[31] 97 D.T.C. 694 (C.C.I.), confirmée par 99 D.T.C. 5318 (C.A.F.) (ci-après « *Oerlikon* »). Dans cette affaire, la Cour a déterminé que des montants reçus relativement à des biens à être livrés devaient être inclus dans le calcul du capital en vertu de l'alinéa 181.2(3)c) L.I.R. à titre d'avance.

[32] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-1/R7, « Avances sur contrat », 30 juillet 1999, par. 1, 4 et 7.

[33] *Collection fiscale* (CD-ROM), Longueuil, Publications CCH, interprétation technique 01-010487, 22 novembre 2001.

> « Je suis d'avis que la relation juridique qui lie l'acheteur et l'appelante est une relation acheteur-vendeur. Les contrats stipulent clairement qu'après avoir payé au vendeur le prix du bien, l'appelante se substitue à lui et est par la suite remboursée par l'acheteur. Les sommes dues sont donc un solde de prix de vente. Or, un solde de prix de vente doit se distinguer d'un prêt ou d'une avance, où la relation juridique entre les parties en est une de prêteur-emprunteur. De plus, les sommes en jeu ne peuvent constituer un prêt, la condition essentielle de la tradition d'une somme entre le prêteur et l'emprunteur étant absente en l'espèce. Le premier juge a donc qualifié avec exactitude les contrats intervenus comme des contrats de vente à tempérament comportant un solde de prix de vente[34]. »

La Cour d'appel du Québec a donc jugé que dans le cas d'un prêt **ou** d'une avance, la relation juridique entre les parties en est une de prêteur-emprunteur, comme le prétendait Trans-Canada. Cependant, le juge Amyot ne traite pas de l'affaire *Banque Nationale* dans sa décision. En ce qui concerne le MRQ, je comprends que le Ministère considère que l'application de la citation précédente se limite au contexte de l'analyse visant à déterminer si un solde de prix de vente constitue un prêt ou une avance, et que ce passage n'exclut pas que le terme « avance » puisse avoir une autre signification.

Néanmoins, la position exprimée par la Cour d'appel du Québec est de nature générale et ne laisse pas entendre que d'autres types de relations puissent être visés par le mot « avance ». De plus, dans son argumentation, l'intimé (soit le sous-ministre du Revenu du Québec) soutenait que « les expressions "prêt" et "avance" <u>ont la même signification</u> et sont de même connotation : <u>elles font toutes deux appel à une relation prêteur-emprunteur, et non à une relation vendeur-acheteur</u>[35] ». (Notre soulignement) Dans son jugement, la Cour semble avoir accepté cette prétention de l'intimé, ce qui laisse présager que la Cour d'appel du Québec interprète les deux termes de la même façon. De plus, le sous-ministre du Revenu du Québec a lui-même reconnu, dans l'affaire *Journaux Trans-Canada*, que la requérante avait conclu un contrat de vente. Or, la Cour d'appel du Québec semble avoir conclu que le mot « avance » ne saurait viser les paiements en vertu d'une obligation contractuelle de payer le prix de vente d'un bien. En effet, si un solde de prix de vente d'un bien n'est pas une avance, comment peut-on conclure qu'un paiement par anticipation du prix de vente d'un bien constitue une avance? Enfin, dans *Marcelon*, un des motifs qui a mené la Cour du Québec à conclure qu'un solde de prix de vente ne constitue pas un

---

34 *Banque Nationale*, précité, note 5, 128.

35 *Id.*, 127.

prêt ou une avance était l'économie de l'article 1138 L.I. En effet, la Cour indique que cette disposition vise à exclure du capital d'une société les sommes investies dans le capital d'autres sociétés; or, un « solde de prix de vente n'est pas un investissement mais le remboursement d'une dette[36] ». Ce même argument sur le plan de l'économie de la loi s'applique dans notre cas. En effet, l'article 1136 L.I. vise à inclure dans le calcul du capital versé les investissements dans une société. Ainsi, le mot « avance » utilisé à l'article 1136 L.I. ne peut viser les paiements versés par l'acquéreur d'un bien en vertu d'obligations contractuelles de payer un acompte. Dans un tel cas, il ne s'agit pas d'un « prêt et avance » consenti à une société par l'acquéreur mais plutôt d'un paiement du montant dû en vertu d'obligations contractuelles permettant à l'acquéreur de se libérer de son obligation d'acquitter le prix de vente. Ainsi, l'acquéreur n'effectue pas un investissement; il ne fait qu'exécuter son obligation et en devient libéré par sa prestation.

La décision *Journaux Trans-Canada* ayant été portée en appel devant la Cour d'appel du Québec, il sera intéressant de constater si cette dernière suivra sa conclusion dans *Banque Nationale* ou si elle choisira de distinguer les deux causes afin de se rallier aux conclusions de la Cour d'appel fédérale dans *Oerlikon*. Si la Cour d'appel du Québec choisit de ne pas appliquer le jugement dans *Oerlikon*, elle pourra citer la Cour d'appel du Manitoba et conclure que :

> « Authorities interpreting the legislation of other jurisdictions were of no assistance because the language used and legislative schemes and purposes were different[37]. »

4. LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

S'il y a une question où l'attitude des tribunaux en matière d'impôt des grandes sociétés risque d'avoir un impact important sur le développement du régime québécois de la taxe sur le capital, c'est sur le plan de l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »). En effet, afin de minimiser les coûts associés à la taxe sur le capital du Québec, il n'est pas rare pour une société de tenter d'augmenter sa déduction pour placements en procédant à la conversion de ses placements non admissibles en investissements admissibles immédiatement avant la fin de son année

---

36 *Marcelon*, précité, note 2, 8.

37 Dans *Manitoba* c. *Canada Safeway Ltd.*, [2003] M.J. n° 205 (C.A.M.), la Cour d'appel du Manitoba devait établir le traitement des acceptations bancaires en matière de taxe sur le capital du Manitoba.

d'imposition[38]. Cependant, le MRQ a invoqué à maintes reprises la possibilité d'appliquer la RGAÉ à la conversion de placements non admissibles en investissements admissibles en fin d'exercice financier[39]. Or, la première décision visant l'application de la RGAÉ à une telle planification a été rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans *Imperial Oil Ltd.* c. *La Reine*[40]. Les faits de cette affaire se résument comme suit.

L'exercice financier de l'appelante se terminait le 31 décembre de chaque année. Les 30 novembre, 1er décembre et 2 décembre 1993, l'appelante avait effectué des prêts de 100 M$, 200 M$ et 200 M$ respectivement à d'autres sociétés qui n'étaient pas des institutions financières au sens de la Partie I.3 L.I.R. Dans chaque cas, l'emprunteur était affilié à une banque à charte canadienne, soit une institution financière. Les prêts avaient été structurés de façon à s'assurer que l'appelante puisse bénéficier de la déduction pour placements prévue au paragraphe 181.2(4) L.I.R.

Sur la base de ce qui précède, et en appliquant les règles établies par la Cour d'appel fédérale dans *OSFC Holdings Ltd.* c. *La Reine*[41] relativement à l'application de la RGAÉ, le juge Mogan n'a pas eu de difficultés à conclure que les prêts donnaient lieu à un avantage fiscal pour l'appelante. De plus, il a jugé qu'il s'agissait d'une opération d'évitement puisque les prêts avaient été structurés principalement afin d'obtenir un avantage fiscal. À cet égard, les notes de service internes et les opinions juridiques obtenues par l'appelante ont semblé jouer un rôle déterminant aux fins d'établir le but visé par les prêts. Cependant, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que cette opération d'évitement n'entraînait pas d'abus dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et a donc refusé d'appliquer la RGAÉ. En effet, on ne saurait déterminer qu'il y a eu abus à moins que l'on soit en mesure d'identifier une politique fiscale claire et non ambiguë pouvant faire l'objet d'un tel abus. En l'occurrence, le juge Mogan n'a pas trouvé de telle

---

38 Sous réserve des restrictions prévues quant à la période de détention des placements admissibles.

39 Voir, par exemple, *Collection fiscale*, *op. cit.*, note 33, interprétations techniques 95-010062, 5 mai 1995 et 95-011377, 6 mars 1996. Pour un autre exemple où le Ministère considère qu'il serait approprié d'appliquer la RGAÉ en matière de taxe sur le capital, voir *Collection fiscale*, *op. cit.*, note 33, interprétations techniques 97-010727, 9 décembre 1997, 97-011308, 29 octobre 1998 et 98-010446, 24 novembre 1998.

40 2002 D.T.C. 1954 (C.C.I.), portée en appel (ci-après « *Imperial Oil* »).

41 2001 D.T.C. 5471 (C.A.F.).

politique qui aurait justifié l'application de la RGAÉ. Au contraire, il souligne que le contribuable n'a fait qu'accepter l'invitation incluse dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* de privilégier certains types d'investissements plutôt que d'autres. Malheureusement, la Cour va plus loin en justifiant également sa décision par le fait que : i) les prêts ne représentaient pas un changement significatif dans la stratégie de placement de l'appelante; et ii) aucune preuve n'avait été déposée par l'intimé que le montant de ces prêts n'avait pas été inclus dans le calcul du capital versé des emprunteurs :

> « The Appellant did not create a new "tax shelter subsidiary" or enter into a new partnership to achieve its purpose of reducing the tax payable on capital. The Appellant simply followed the invitation in paragraph 181.2(4)(*b*) by purchasing more of one type of short-term security and less of another type.
>
> [65] The Appellant has used the second loan to REFCO ($200 million) to increase its investment allowance and thereby decrease its taxable capital. On the other side of the transaction, paragraph 181.2(3)(*c*) required REFCO to include the same $200 million in its capital and thereby increase its taxable capital. The Appellant's taxable capital was reduced by $200 million as a result of the second loan to REFCO but REFCO's taxable capital was increased by $200 million as a result of the same transaction.
>
> [66] The Minister used GAAR in the assessment under appeal because the Appellant would otherwise be entitled to an investment allowance of $346.8 million, the amount in dispute. There is no evidence that REFCO (or TD Holdings) would not be taxable under Part I.3. The Minister would not have had to use GAAR if it could be proved that REFCO (or TD Holdings) was exempt from tax under Part I.3 in accordance with the closing words of subsection 181.2(4). The Appellant may have decreased its tax payable under Part I.3 by the second loan to REFCO, but it appears that REFCO's liability for tax under Part I.3 would be increased by the same transaction subject to the end of year provision.
>
> [67] Viewing Part I.3 as a whole, I do not find any abuse of the provisions of the Act. Quite the contrary, if GAAR is applied to the three big loans (two to REFCO and one to TD Holdings) there is a risk of double taxation because the Appellant would be denied an investment allowance of $346.8 million when it appears that the capital of REFCO and TD Holdings (taken together) would be increased by the same amount. The appeal is allowed with costs[42]. »

Ainsi, la Cour conclut que la politique fiscale sous-jacente à la déduction pour placements est d'éviter la double imposition et puisque aucune preuve n'avait été présentée que les sociétés emprunteuses étaient exemptées de l'impôt des grandes sociétés, le juge Mogan en conclut que la RGAÉ ne saurait être applicable dans les circonstances. Il est à espérer que

---

[42] *Id.*, par. 64-67.

les commentaires relatifs à l'inclusion possible du montant des prêts dans le capital versé des sociétés emprunteuses n'ouvre pas la porte à l'application de la RGAÉ dans le cas contraire. D'ailleurs, les régimes de l'impôt des grandes sociétés et de la taxe sur le capital du Québec comportent plusieurs situations où la double imposition n'est pas évitée[43].

Étant donné que l'appel dans *Imperial Oil* devait être entendu par la Cour d'appel fédérale le 1er octobre 2003, nous devrions en savoir beaucoup plus sur l'attitude des tribunaux fédéraux quant à ce type de planification dans un avenir rapproché. Cette décision devrait intéresser plusieurs contribuables puisqu'il n'est pas rare pour une société de modifier sa stratégie d'investissement en fin d'année d'imposition afin de minimiser son impôt des grandes sociétés et/ou sa taxe sur le capital. D'ailleurs, selon un document distribué par le ministère de la Justice à la dernière conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales, il y aurait présentement 45 causes où la RGAÉ est concernée qui ont été portées en appel devant la Cour canadienne de l'impôt. De ce nombre, deux appels portent sur une série d'opérations effectuées en fin d'exercice pour éviter le paiement de l'impôt des grandes sociétés; ces appels ont été faits par Power Corporation of Canada et le Groupe SNC-Lavalin inc. On peut croire que leur sort dépendra notamment du résultat final dans l'affaire *Imperial Oil*.

Bien que l'on puisse croire que la décision dans *Imperial Oil* aura également un impact important sur le régime de la taxe sur le capital du Québec, il est intéressant de noter que la Cour du Québec a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'application de la RGAÉ à ce que le MRQ qualifiait d'une série d'opérations en fin d'année d'imposition visant à réduire le montant de la taxe sur le capital[44].

Dans cette affaire, il avait été établi que la requérante était très rentable et générait des liquidités importantes. Ces liquidités devaient servir à diverses fins, mais étant donné que les déboursés ne se faisaient pas à des dates prédéterminées, la requérante investissait régulièrement les liquidités en placements qui répondaient à trois critères : la sécurité, le rendement et la flexibilité (placements à courte échéance de 30 à 120 jours). Pour les années d'imposition en cause, la requérante avait ajouté un quatrième critère : en fin

---

43 Au Québec, il suffit de penser aux soldes de prix de vente qui ne sont pas déductibles dans le calcul du capital versé, mais qui sont inclus dans le capital versé du débiteur si la dette existe depuis plus de six mois.

44 *Panneaux Chambord inc.* c. *SMRQ*, C.Q. Montréal, n° 500-02-074316-998, 19 mars 2003.

d'année, elle privilégiait les placements admissibles en vertu de l'article 1138 L.I.

Ainsi, tous les placements en litige avaient été faits en fin d'année (soit du 16 au 30 décembre) pour une courte période de temps (5 à 33 jours) et constituaient des placements admissibles. Bien que ce point n'ait jamais été discuté dans le jugement, la Cour semble avoir conclu qu'il y avait effectivement un avantage fiscal puisque les placements effectués par la requérante en fin d'année se traduisaient par une réduction du montant de la taxe sur le capital. Toutefois, le juge Dionne a statué que les placements n'avaient pas été faits principalement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. Cette conclusion est essentiellement basée sur le fait que la requérante n'avait pas converti de l'argent liquide en placements admissibles en fin d'année; plutôt, elle avait converti des placements qui remplissaient certains critères en placements admissibles qui satisfaisaient ces mêmes critères. Dans les circonstances, le juge Dionne a conclu que l'objectif de minimiser la taxe sur le capital était secondaire à la politique d'investissement de la requérante. En d'autres mots, il avait été clairement établi que le placement des liquidités était effectué principalement pour des raisons d'affaires et le fait qu'un type de placement ait été privilégié plutôt qu'un autre, principalement aux fins de réduire la taxe sur le capital, n'était pas suffisant pour conclure que les placements, vus dans leur ensemble, étaient effectués principalement en vue d'obtenir un avantage fiscal.

Compte tenu de cette conclusion, la Cour du Québec n'a pas eu besoin d'examiner si les placements admissibles en fin d'année d'imposition entraînaient un abus dans l'application de la *Loi sur les impôts*. Ceci explique probablement pourquoi le juge Dionne n'a pas fait référence à la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans *Imperial Oil*[45]. Malgré ce qui précède, la Cour a répondu, *en obiter*, à l'argument de l'intimé voulant que l'obligation de détenir des papiers commerciaux et des acceptations bancaires pendant 120 jours constituait une indication qu'une société doit détenir les autres placements admissibles pendant un délai raisonnable. La Cour a rejeté cet argument en soulignant ce qui suit :

- les placements de la requérante n'étaient pas constitués de papiers commerciaux ou d'acceptations bancaires;

[45] Il est d'ailleurs surprenant que la Cour n'ait pas cru bon de distinguer les faits de ces deux causes pour expliquer les motifs justifiant une réponse différente sur la première question quant à l'objectif principal des transactions.

- la *Loi sur les impôts* ne fait aucunement référence à un tel délai raisonnable;

- si le tribunal devait identifier une telle politique fiscale, celle-ci ne saurait s'appliquer lorsqu'un contribuable ne fait que continuer sa politique d'investissement.

Cet argument de l'intimé pourrait très bien être utilisé contre le MRQ dans l'avenir, plutôt qu'à l'appui de ses prétentions. En effet, lorsque le législateur a considéré qu'il était important qu'un placement soit détenu pendant une période de temps minimale, il a prévu une règle antiévitement spécifique en ajoutant l'obligation de détenir ledit placement pendant 120 jours. S'il s'agissait d'une politique fiscale applicable à tous les placements admissibles, il n'avait qu'à le prévoir expressément pour tous les types d'investissement énumérés à l'article 1138 L.I. À mon avis, l'existence de règles antiévitement spécifiques dans la *Loi sur les impôts* rend l'argument d'abus des dispositions portant sur la taxe sur le capital encore plus difficile qu'en matière d'impôt des grandes sociétés.

JURISPRUDENCE RÉCENTE

Coordonnateur
Pierre Séguin
Avocat
Ministère de la Justice du Québec

Paul Ryan
Avocat
Ravinsky Ryan

Jacques Côté
Avocat
Ogilvy Renault

Jane Meagher
Avocate
Ministère de la Justice du Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PIERRE SÉGUIN)

1. ***SMRQ* C. *NOËL PARENT*** 48:9

1.1. LES FAITS 48:9
1.2. LA DÉCISION 48:11

2. ***PRODUITS FORESTIERS DONOHUE INC.* C. *SMRQ*** 48:13

2.1. LES FAITS 48:13
2.2. LA DÉCISION 48:14

3. ***J. H.* C. *W. F.* ET *SMRQ* ET L'ASSOCIATION DES AVOCATS ET AVOCATES EN DROIT FAMILIAL DU QUÉBEC ET LE BARREAU DU QUÉBEC*** 48:22

3.1. LES FAITS 48:22
3.2. LA DÉCISION 48:23

4. ***SMRQ* C. *L'INDUSTRIELLE-ALLIANCE, COMPAGNIE D'ASSURANCES SUR LA VIE*** 48:27

4.1. LES FAITS 48:27
4.2. LA DÉCISION 48:29

5. ***LES JOURNAUX TRANS-CANADA (1996) INC.* C. *SMRQ*** 48:30

5.1. LES FAITS 48:30
5.2. LA DÉCISION 48:32

PARTIE B (PAUL RYAN)

1. **TAXE SUR LE CAPITAL ET RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT DU QUÉBEC** 48:38

1.1. LES FAITS 48:38
1.2. POSITION DES PARTIES ET QUESTIONS EN LITIGE 48:39
1.3. DÉCISION DU TRIBUNAL 48:40

2. **POSSIBILITÉ DE FAIRE INTERPRÉTER LES LOIS FISCALES PAR ANTICIPATION AU MOYEN D'UNE REQUÊTE POUR JUGEMENT DÉCLARATOIRE** 48:42

2.1. LES FAITS 48:42
2.2. POSITION DES PARTIES ET QUESTIONS EN LITIGE 48:43
2.3. DÉCISIONS DE LA COUR 48:44

3. FAILLITE ET INSOLVABILITÉ 48:47

3.1. *FETTWEIS* C. *SMRQ* 48:47
3.2. *SMRQ* C. *LE GARDIEN VIGILANT INC.* 48:48
3.3. DANS L'AFFAIRE DE LA PROPOSITION DE *PLANCHERS BOIS-FRANC (TROIS-RIVIÈRES) INC. ET AUTRES*, DANS L'AFFAIRE DE LA PROPOSITION DE *R. BLAIS & FILS INC. ET AUTRES* ET DANS L'AFFAIRE DE LA PROPOSITION DE *LE ROYAL PENFIELD INC. ET AUTRES* 48:51

4. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS 48:58

4.1. DÉCISIONS PROVINCIALES 48:59
4.1.1. Possibilité de réclamer une perte au titre d'un placement d'entreprise à l'égard des sommes payées au gouvernement à la suite d'une cotisation comme administrateur : *Trottier* c. *SMRQ* 48:59
4.1.2. Défense de soin, de diligence et d'habileté : différences entre la loi fédérale et la loi provinciale? *Jobin* c. *SMRQ* 48:64
4.2. JURISPRUDENCE FÉDÉRALE 48:68
4.2.1. Début de la prescription de deux ans dès la cessation des activités de la compagnie : *Bonch* c. *La Reine* 48:68
4.2.2. Administrateur « prête-nom », démission sans avis à l'Inspecteur général des institutions financières et administrateur *de facto* : *Bousquet et Tessier* c. *La Reine* 48:69
4.2.3. Administrateur *de facto* après démission comme administrateur *de jure* : *Boivin* c. *La Reine* 48:73
4.2.4. Droit du dernier administrateur de démissionner sans être remplacé : *Netupsky* c. *La Reine* 48:74
4.2.5. Contribuables prétendant ne jamais être devenus administrateurs malgré un avis envoyé au gouvernement les désignant comme administrateurs : *Lau* c. *La Reine* et *Colbran* c. *La Reine* 48:76

PARTIE C (JACQUES CÔTÉ)

1. L'AFFAIRE *RONA INC.* C. *LA REINE*, UNE QUESTION CLASSIQUE À L'ORDRE DU JOUR : DÉPENSE COURANTE OU DE NATURE CAPITAL? 48:82

1.1. LES FAITS 48:82
1.2. LA QUESTION EN LITIGE 48:83
1.3. L'ANALYSE DE LA COUR 48:83

2. L'AFFAIRE *MANRELL* C. *LA REINE* : LA NON-CONCURRENCE NON IMPOSABLE 48:88

2.1. LES FAITS 48:89
2.2. LA QUESTION EN LITIGE ET LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 48:89

3. L'AFFAIRE *MRN* C. *BRUCE KITSCH* : Y A-T-IL UN SECRET COMPTABLE-CLIENT PROTÉGÉ PAR LES TRIBUNAUX? 48:91

3.1. LES FAITS 48:91

4. LES AFFAIRES *WARREN JAMES JARVIS* C. *LA REINE* ET *CHEE K. LING* C. *LA REINE* 48:99

4.1. L'AFFAIRE *JARVIS* 48:99
4.1.1. Les faits 48:99
4.2. L'AFFAIRE *LING* 48:102
4.2.1. Les faits 48:102
4.2.2. Les questions en litige 48:104
4.3. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME 48:104

5. L'AFFAIRE *SAM KLIGMAN ET AUTRES* C. *MRN ET AUTRES* 48:112

5.1. LES FAITS 48:112
5.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 48:113
5.2.1. Analyse 48:113
5.2.2. Argumentaire des parties relativement aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne* 48:113
5.3. LA DÉCISION DU JUGE BEAUDRY RELATIVEMENT AUX ARTICLES 7 ET 8 DE LA *CHARTE CANADIENNE* 48:117
5.4. ARGUMENTAIRE DES PARTIES RELATIVEMENT À L'ARTICLE 24 DE LA *CHARTE CANADIENNE* 48:120
5.4.1. Les contribuables 48:120
5.4.2. La Couronne 48:120
5.5. LA DÉCISION DU JUGE BEAUDRY RELATIVEMENT À L'ARTICLE 24 DE LA *CHARTE CANADIENNE* 48:121
5.6. CONCLUSION 48:121

6. L'AFFAIRE *GLAXO SMITHKLINE* C. *LA REINE* 48:122

7. LES AFFAIRES *LA REINE* C. *VASILIKI TSIAPRAILIS* ET *LA REINE* C. *ANTONIJA SIFTAR* 48:126

7.1. L'AFFAIRE *TSIAPRAILIS* 48:127
7.1.1. Les faits 48:127
7.1.2. La question en litige 48:128

7.1.3. Les positions des parties et le jugement de première instance 48:128
7.1.4. L'opinion de la majorité : les juges Pelletier et Strayer 48:129
7.1.5. L'opinion de la minorité : le juge Evans 48:134
7.2. L'AFFAIRE *SIFTAR* 48:137

PARTIE D (JANE MEAGHER)

1. *B.E.A. HOLDINGS INC. C. TRAFSYS INC.* 48:140

1.1. INTRODUCTION 48:140
1.2. LES FAITS 48:140
1.2.1. Requête pour jugement déclaratoire 48:141
1.3. POSITION DES PARTIES 48:141
1.4. DÉCISION DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC 48:142
1.5. COMMENTAIRES 48:143

2. *LA REINE C. COMPAGNIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE ET INCO LTÉE* 48:143

2.1. LES FAITS 48:143
2.2. ARGUMENTS DES PARTIES 48:144
2.3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 48:144
2.4. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 48:144
2.5. COMMENTAIRES 48:145

3. *LA REINE C. ANCHOR POINTE ENERGY LTD.* 48:146

3.1. LES FAITS 48:146
3.2. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 48:147
3.2.1. Les faits tenus pour acquis au moment de la ratification 48:147
3.2.2. Paragraphe 152(9) L.I.R. – Une nouvelle base de cotisation ou un nouvel argument? 48:147
3.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 48:148
3.3.1. Les faits tenus pour acquis au moment de la ratification 48:148
3.3.2. Paragraphe 152(9) L.I.R. – Une nouvelle base de cotisation ou un nouvel argument? 48:148
3.4. COMMENTAIRES 48:148

4. *TOWER C. MRN* 48:150

4.1. LES FAITS 48:150
4.2. LES PRÉTENTIONS DES DEMANDEURS 48:150

4.3. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE, SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE 48:151
4.4. LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 48:151
4.5. COMMENTAIRES 48:152

5. *ARTHUR C. DWYER* C. *LA REINE* 48:153

5.1. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 48:153
5.2. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 48:153
5.3. COMMENTAIRES 48:155

6. *JURAK* C. *LA REINE* 48:156

6.1. LES FAITS 48:156
6.2. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 48:156
6.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 48:157
6.4. COMMENTAIRES 48:157

PARTIE A

Pierre Séguin, avocat
Ministère de la Justice du Québec

1. *SMRQ* c. *NOËL PARENT*[1]

Jugement rendu par la Cour d'appel le 31 janvier 2002.

1.1. LES FAITS

Il y a un an, vous m'aviez invité à cette tribune lors du 27e congrès annuel qui était tenu à Québec.

J'avais alors traité, notamment, de l'affaire *Noël Parent* puisque la décision rendue à l'époque par la Cour du Québec, le 19 décembre 2001, avait fait l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel.

Or, la Cour d'appel, dans une décision rendue le 29 mai 2003, a accueilli le pourvoi.

L'intimé, Noël Parent, a contesté une cotisation émise contre lui en vertu de l'article 14 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[2] pour sa responsabilité en tant qu'administrateur de la société « Les Forges du Lac inc. ».

L'appelant, le sous-ministre du Revenu du Québec (ci-après « SMRQ »), a tenu l'intimé responsable des impôts dus par ladite société au motif que l'intimé a procédé à une distribution de biens sans l'obtention du certificat prévu à l'article 14 L.M.R., le rendant personnellement responsable du montant des droits, peines et intérêts exigibles en vertu d'une loi fiscale à la suite de cette distribution.

L'article 14 L.M.R. se lit comme suit :

> « Art. 14 Avis de distribution de biens. Avant de distribuer des biens sous son contrôle, tout cessionnaire ou toute personne, à l'exception d'un syndic de

---

1 C.A. Québec, no 200-09-002914-999, 31 janvier 2002, j. Otis, Nuss et Thibault (ci-après « *Noël Parent* »).

2 L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

faillite, qui, pour une autre personne ou un créancier de cette autre personne, liquide, administre ou contrôle les biens, les affaires, la succession, le revenu ou les activités commerciales d'une telle personne, doit informer le ministre, par avis donné au moyen du formulaire prescrit, de son intention de procéder à la distribution prévue.

Avis des droits exigibles par le ministre. Sur réception de cet avis, le ministre peut exiger de la personne mentionnée au premier alinéa la production de tout document prévu par règlement, de la déclaration visée à l'article 1002 de la Loi sur les impôts (L.R.Q. c. I-3) et de toute déclaration ou rapport que l'autre personne devait produire en vertu d'une loi fiscale; il fait ensuite connaître par écrit le montant des droits, intérêts et pénalités exigibles de l'autre personne ou qui le deviendront dans les 12 mois suivants, en vertu de toute loi fiscale. Il fait également connaître le montant des frais exigibles de l'autre personne en vertu des articles 12.1 et 12.2.

Certificat de paiement. Nul ne peut procéder à une distribution mentionnée dans le premier alinéa sans avoir obtenu du ministre un certificat attestant qu'aucun montant n'est exigible, que des sûretés pour le paiement d'un montant exigible ont été acceptées conformément à l'article 10 ou qu'un créancier a priorité de rang sur la créance de l'État, auquel cas le certificat indique le nom de ce créancier ainsi que le montant de sa créance et la distribution ne peut être faite qu'à ce créancier et jusqu'à concurrence de ce montant.

Refus de délivrer le certificat. Le refus du ministre de délivrer le certificat ou le fait de ne pas donner suite à l'avis mentionné dans le premier alinéa dans les 90 jours qui suivent la date de sa mise à la poste équivaut à une décision confirmant un avis de cotisation en vertu de l'article 93.1.6.

Responsabilité. Toute distribution de biens faite sans l'obtention du certificat du ministre rend le contrevenant personnellement responsable des montants mentionnés dans le deuxième alinéa jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a distribués.

Administrateurs tenus au paiement. S'il s'agit de la distribution de l'actif d'une société, tous les administrateurs de cette dernière, ainsi que son agent dans le cas d'une société ayant son principal établissement en dehors du Québec, en fonction à la date de l'envoi de l'avis mentionné au premier alinéa ou à la date à laquelle la distribution a lieu, sont tenus solidairement au paiement de ces montants s'ils ont consenti ou acquiescé à cette distribution ou s'ils y ont participé.

Dispositions applicables. Les articles 1005 à 1014, 1051 et 1052 de la Loi sur les impôts s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, aux cinquième et sixième alinéas.

[Exception]. Malgré le présent article, dans le cas d'une succession, des biens d'une valeur n'excédant pas 12 000 $ peuvent être distribués avant que l'avis mentionné au premier alinéa ne soit transmis au ministre. »

L'intimé possède toutes les actions émises par « Les Forges du Lac inc. » sauf deux. Son épouse est officier et l'intimé était un des administrateurs jusqu'au 31 août 1997, bien qu'il ait donné sa démission le 4 janvier 1997, laquelle prenait effet le 31 août suivant.

L'épouse de l'intimé avait déjà détourné 350 000 $ de la compagnie en fraude de l'impôt, déposant le montant dans divers comptes de banque à son nom et à ceux de ses enfants et de son mari.

La société « Les Forges du Lac inc. » devait toujours des sommes importantes à l'appelant et des biens ont été vendus le 30 mai 1997 et des sommes ont été déboursées les 15 mai et 11 septembre 1997 sans qu'aucun avis prévu par l'article 14 L.M.R. n'ait été donné au ministre.

Les biens vendus, à savoir une maison et un terrain d'une valeur de 70 000 $, ont été acquis par la conjointe d'un des fils de l'intimé qui en a acquitté le prix grâce à un emprunt hypothécaire contracté le jour même sur ces biens auprès des deux fils de l'intimé.

Les sommes déboursées consistent en une avance de 35 000 $ consentie à l'intimé et en un montant de 77 000 $ versé à l'intimé à titre d'allocation de retraite pour les années durant lesquelles il a travaillé pour l'entreprise.

Notons que le chiffre d'affaires de l'entreprise, qui était d'environ 1 M$ (1 110 085 $ en 1995 et 992 803 $ en 1996), n'était plus que de 55 163 $ en 1997.

1.2. LA DÉCISION

Le 29 mai 2003, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi avec dépens et a infirmé le jugement de la Cour du Québec.

La Cour, dans un arrêt unanime, a conclu que le premier juge a erré de façon manifeste et dominante en concluant que l'intimé n'a pas personnellement distribué les biens de la société « Les Forges du Lac inc. » ni n'a consenti, acquiescé ou participé à la distribution des biens à titre d'administrateur.

La Cour d'appel s'est fondée notamment sur sa décision dans l'affaire *L'Écuyer* c. *SMRQ*[3]. Notons que la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel dans cette affaire.

Pour la Cour, la vente des biens de ladite société le 30 mai 1997, les sommes de 35 000 $ et de 77 000 $ déboursées en 1997 sans l'obtention du certificat prévu à l'article 14 L.M.R. et le fait que le chiffre d'affaires de la société est passé de 1 M$ en 1995 et 1996 à environ 50 000 $ en 1997 sont des indices suffisamment graves, précis et concordants qui permettent de conclure que l'intimé et son épouse avaient décidé de liquider les actifs de la société à compter du 4 janvier 1997.

Contrairement au premier juge, la Cour d'appel considère que la vente de la maison et du terrain, le 30 mai 1997, est intervenue dans un processus de liquidation d'actifs au sens de l'article 14 L.M.R. En plus de s'appuyer sur sa décision dans l'affaire *L'Écuyer*, la Cour se fonde aussi sur son arrêt dans l'affaire *SMRQ* c. *Morganti*[4].

Par ailleurs, la Cour a rejeté l'argument de l'intimé voulant que, selon le deuxième alinéa dudit article 14 L.M.R., il ne pourrait être responsable que du montant des droits, intérêts et pénalités exigibles « au moment où le ministre reçoit l'avis ou devrait le recevoir » ou qui le deviendront dans les 12 mois suivants. Comme la distribution a eu lieu le 30 mai 1997, le seul avis de cotisation émis dans les 12 mois suivant cette date serait celui du 30 mars 1998 au montant de 1 067,54 $ et l'intimé prétendait qu'il ne pourrait être tenu responsable que de ce seul montant.

Or, pour la Cour, les mots introductifs du deuxième alinéa de l'article 14 L.M.R., qui prévoit le délai de 12 mois, sont clairs et il tombe sous le sens que le délai de 12 mois ne commence à courir qu'à compter de la date de réception de l'avis de distribution.

La Cour souligne qu'on ne pourrait exiger du ministre de faire connaître « le montant des droits, intérêts et pénalités exigibles de l'autre personne ou

---

3 [1997] R.D.F.Q. 28 (C.A.) (ci-après « *L'Écuyer* »). Voir nos commentaires dans Daniel BOURGEOIS, Claude P. DESAULNIERS, Guy LAPERRIÈRE et Pierre SÉGUIN, « Jurisprudence récente », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 3:1-96, aux pages 3:94-96.

4 [1997] R.J.Q. 348, 352 (C.A.). Voir nos commentaires dans D. BOURGEOIS, C. P. DESAULNIERS, G. LAPERRIÈRE et P. SÉGUIN, *loc. cit.*, note 3, 3:91-94.

qui le deviendront dans les 12 mois suivants[5] » s'il n'a pas été informé par la personne qui contrôle les biens de son intention de procéder à la distribution. En l'espèce, l'intimé n'a jamais transmis l'avis au ministre et ne s'étant pas conformé audit article 14 L.M.R., il ne peut s'appuyer sur son deuxième alinéa pour prétendre que le montant de 56 005,12 $, qui lui est personnellement réclamé par l'avis de cotisation du 23 mars 2000, n'était pas exigible de la société à cette date.

La Cour a donc infirmé le jugement de la Cour du Québec et accueilli l'appel avec dépens.

2. *PRODUITS FORESTIERS DONOHUE INC. C. SMRQ*[6]

Jugement rendu par la Cour du Québec le 26 juin 2003.

2.1. LES FAITS

La requérante, Produits Forestiers Donohue inc., a interjeté appel d'une cotisation émise contre elle relativement au calcul des intérêts sur son remboursement d'impôt. L'intimé, le SMRQ, a refusé de payer à la requérante de l'intérêt à l'égard du montant qu'elle a payé en trop.

Au cours du mois de juin 1989, la requérante a déposé auprès de l'intimé, dans les délais prescrits en vertu de la *Loi sur les impôts*[7], une déclaration fiscale pour son année d'imposition se terminant le 25 décembre 1988.

Conformément à l'article 1179 L.I., la requérante a payé à l'intimé un impôt sur ses opérations forestières au montant de 5 743 000 $ à l'égard de l'année d'imposition 1988. Conformément à l'article 127 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[8], la requérante a déduit les deux tiers de son impôt sur les opérations forestières, soit un montant de 3 848 605 $ à l'encontre de son impôt payable en vertu de la Partie I L.I.R. Elle a également déduit le tiers de son impôt sur les opérations forestières à l'encontre de l'impôt payable en vertu de la Partie I L.I. selon les dispositions de l'article 1183 L.I.

---

5 Art. 14 L.M.R.

6 C.Q. Montréal, n° 500-02-060177-074, 26 juin 2003, j. Aznar; en appel, C.A. Montréal, n° 500-09-013685-037.

7 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

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

En vertu d'une nouvelle cotisation émise le 12 octobre 1993 à l'égard de l'année d'imposition 1988 de la requérante, le ministère du Revenu national a rajusté à la baisse le revenu de la requérante provenant d'opérations forestières, de telle sorte que la déduction permise en vertu de l'article 127 L.I.R. était limitée à 1 374 360 $, à savoir une réduction de 2 474 245 $.

Conséquemment à ces ajustements, le ministre du Revenu national a cotisé la requérante pour un intérêt au montant de 1 154 002,79 $.

La requérante a fait parvenir à l'intimé, le 22 octobre 1993, une copie de l'avis de nouvelle cotisation mentionné ci-dessus. N'eût été cette correspondance, l'intimé aurait reçu des autorités fiscales fédérales la copie de la cotisation en vertu de l'entente d'échange de renseignements entre l'intimé et le ministre du Revenu national, mais beaucoup plus tard que le 22 octobre 1993.

Le 3 décembre 1993, l'intimé émettait à la requérante une nouvelle cotisation corrélative à l'ajustement pratiqué par le ministre du Revenu national diminuant, conformément à l'article 1184 L.I., d'une somme de 2 477 616 $ l'impôt sur les opérations forestières payable par la requérante pour son année d'imposition 1988.

L'intimé a refusé de payer de l'intérêt sur le remboursement résultant de la réduction d'impôt en se fondant sur les dispositions du paragraphe 1052e) L.I. au motif que le remboursement résulterait d'une demande écrite de la requérante de modifier sa déclaration fiscale.

La requérante a prétendu qu'elle avait droit au paiement d'un intérêt à compter du 46e jour qui suit la date de sa déclaration fiscale pour l'année d'imposition 1988 sur la somme de 2 474 245 $ selon les dispositions du paragraphe 1052c) L.I.

2.2. LA DÉCISION

Le 26 juin 2003, la Cour du Québec a rejeté la requête de la requérante.

Le juge Aznar a examiné les faits et devait donc déterminer si les deux dernières conditions stipulées au paragraphe 1052e) L.I. ont été remplies, à savoir :

1) que l'excédent de la taxe sur les opérations forestières résulte de la modification de la déclaration fiscale relative aux opérations forestières prescrites à la Partie VII L.I.; et

2) que la modification de la déclaration fiscale relative aux opérations forestières de la requérante a été demandée par la requérante.

Le juge Aznar a déterminé que l'excédent au montant de 2 477 616 $ a effectivement été remboursé à la requérante par l'intimé en application de l'article 1184 L.I., lequel stipule :

> « Art. 1184. Taxe autrement payable en vertu de l'article 1179. Lorsque la taxe autrement payable par un contribuable en vertu de l'article 1179 pour une année d'imposition excède l'ensemble des montants qu'il peut effectivement déduire pour l'année à l'égard de cette taxe en vertu de l'article 1183 et de l'article 127 de la Loi de l'impôt sur le revenu (Statuts du Canada).
>
> a) l'excédent doit être appliqué en réduction de cette taxe dans les cas où il n'en résulte pas une diminution du montant que le contribuable peut effectivement déduire pour l'année en vertu dudit article 127; et
>
> b) dans tout autre cas, l'excédent doit être appliqué en réduction, en outre du montant prévu à l'article 1183, de l'ensemble, pour l'année ou pour une année d'imposition subséquente, de l'impôt autrement à payer en vertu de la partie 1, calculé sans tenir compte des articles 752.1 à 752.5, et de l'impôt autrement à payer en vertu de la partie 1.1. »

En l'espèce, le pouvoir du ministre de déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les pénalités est prévu au sous-paragraphe 1010 2)b)ii L.I., lequel stipule :

> « Art. 1010
>
> […]
>
> 2) *Pouvoirs du ministre* – Le ministre peut aussi déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les pénalités en vertu de la présente partie et faire une nouvelle cotisation ou établir une cotisation supplémentaire, selon le cas
>
> [...]
>
> b) en tout temps, si le contribuable ou la personne qui a produit la déclaration
>
> [...]
>
> ii) a adressé au ministre une renonciation en la forme écrite. »

Selon le juge, le sous-paragraphe 1010 2)b)ii L.I. a pour objet de permettre au ministre de déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les

pénalités après l'expiration des délais mentionnés audit article, et ce, lorsque le contribuable concerné y acquiesce par voie d'un avis de renonciation adressé au ministre, ce qui a été fait en l'espèce.

Pour la Cour, le sous-paragraphe 1010 2)b)ii L.I. n'a pas pour but d'obliger le ministre à donner suite à un avis de renonciation. Le pouvoir de procéder à une nouvelle détermination au-delà des délais mentionnés à l'article 1010 L.I. a été accordé par le législateur au ministre et non au contribuable. Par ailleurs, le législateur a accordé un tel pouvoir au ministre en l'accompagnant d'une condition, soit celle d'exiger du ministre qu'il obtienne préalablement l'assentiment du contribuable dans tous les cas où il désire procéder à une nouvelle détermination après l'expiration des délais de trois, quatre, six ou sept ans stipulés au paragraphe 1010 1) L.I.

Ainsi, le juge souligne que le ministre imposera de nouveau un contribuable, conformément au sous-paragraphe 1010 2)b)ii L.I., lorsqu'en vertu de l'entente d'échange de renseignements existant entre l'intimé et l'Agence des douanes et du revenu du Canada, ce dernier aurait fait parvenir des renseignements à l'intimé visant une année d'imposition des contribuables, et que le ministre voudra modifier en conséquence la cotisation déjà émise et dont les délais sont écoulés, comme c'est le cas en l'espèce.

La Cour rappelle que le pouvoir du ministre de rembourser les sommes payées en trop par le contribuable se retrouve au premier alinéa de l'article 1051 L.I. qui prévoit que le ministre peut effectuer un remboursement d'impôt, d'intérêts ou de pénalités lorsque le contribuable fait une demande de remboursement après l'expiration des délais prévus. Ledit article 1051 L.I. stipule :

> « Art. 1051. – Lorsqu'un contribuable produit une déclaration fiscale pour une année d'imposition et qu'il a payé pour cette année à titre d'impôt, d'intérêt ou de pénalité un montant supérieur à celui qui était exigible, le ministre peut rembourser l'excédent à ce contribuable en même temps qu'il lui expédie l'avis de cotisation pour cette année.
>
> *Remboursement* – Toutefois, le ministre doit effectuer le remboursement visé au premier alinéa si le contribuable lui en fait la demande :
>
> a) dans les trois ans qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée;
>
> b) dans les quatre ans qui suivent la fin de l'année d'imposition lorsque le contribuable est, à la fin de cette année, une fiducie de fonds mutuels ou une corporation autre qu'une corporation privée dont le contrôle est canadien;

c) dans les six ans ou les sept ans, selon le cas, qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée lorsque le sous-paragraphe a.1 du paragraphe 2 de l'article 1010 s'applique. »

Selon le juge Aznar, les articles 1010 et 1051 L.I. permettent donc au ministre d'imposer de nouveau la requérante et de lui rembourser les sommes qu'elle a payées en trop. De plus, l'article 1052 L.I. établit la date du début de la période de calcul de l'intérêt sur un montant payé en trop à titre d'impôt, d'intérêt ou de pénalité lorsqu'un tel montant donne lieu à un remboursement prévu à l'article 1051 L.I. ou à l'affectation prévue à l'article 31 L.M.R. Ledit article 1052 L.I. stipule ce qui suit :

« Art. 1052. Intérêt sur montant payé en trop. – Lorsqu'un montant payé en trop par un contribuable lui est remboursé ou est affecté à une autre de ses obligations, un intérêt lui est payé sur cet excédent pour la période se terminant le jour de ce remboursement ou de cette affectation et commençant à la plus tardive des dates suivantes :

a) le jour où l'excédent a été payé suite à un avis de cotisation;

b) le quarante-sixième jour qui suit celui où l'excédent a été payé autrement que suite à un avis de cotisation;

c) le quarante-sixième jour qui suit celui auquel ou avant lequel la déclaration fiscale qui fait l'objet du paiement en trop devait être produite en vertu des articles 1000 à 1003 ou aurait dû l'être si le contribuable avait eu un impôt à payer pour l'année d'imposition relative à cette déclaration;

d) le quarante-sixième jour qui suit celui où le contribuable a produit en vertu des articles 1000 à 1003 sa déclaration fiscale qui a fait l'objet du paiement en trop, sauf si cette déclaration a été produite au plus tard le jour auquel ou avant lequel elle devait être produite ou aurait dû l'être si le contribuable avait eu un impôt à payer en vertu de la présente partie pour l'année d'imposition relative à cette déclaration;

e) dans le cas d'un excédent déterminé pour une année d'imposition à la suite d'une demande de modification de la déclaration fiscale produite en vertu des articles 1000 à 1003 pour cette année, le quarante-sixième jour qui suit celui où le ministre a reçu la demande écrite. »

Selon la Cour, ce sont les dispositions du paragraphe 1052e) L.I. qui déterminent la date du départ du calcul des intérêts créditeurs dans le cas où une société produit une demande de modification de sa déclaration fiscale. De plus, le ministre ne peut déterminer un nouvel impôt payable, les intérêts et les pénalités sans que le contribuable concerné y ait acquiescé par la voie d'un avis de renonciation adressé au ministre. D'ailleurs, le sous-paragraphe

1010 2)b)ii L.I. exige du ministre qu'il obtienne préalablement l'assentiment du contribuable avant d'émettre une nouvelle cotisation.

La Cour conclut que la requérante a présenté au ministre une demande de modification de la déclaration fiscale de l'année 1988, et ce, à deux reprises, soit lors de la remise de la nouvelle cotisation fédérale, ainsi que lors de l'envoi du formulaire de renonciation à la prescription.

Ainsi, le remboursement de l'impôt payé en trop ayant été effectué par le ministre avant le 46e jour suivant la demande écrite de modification, en date du 22 octobre 1993, la Cour en arrive à la conclusion que c'est à bon droit que l'intimé soumet qu'aucun intérêt ne doit être versé vu les dispositions de l'article 1052 L.I.

Considérant que ce jugement a été porté en appel, nous nous permettons simplement de reproduire les motifs apparaissant dans l'inscription en appel datée du 5 août 2003 sans formuler d'autres commentaires :

« A) Erreur manifeste quant à la cause du remboursement de la taxe sur les opérations forestières

8) Le juge de première instance a manifestement erré lorsqu'il a considéré que le remboursement d'impôt sur les opérations forestières accordé à l'APPELANTE par l'INTIMÉ avait été occasionné par un ajustement du revenu des opérations forestières de l'APPELANTE.

9) Tel qu'admis par les parties lors de l'audition en première instance, le revenu d'opérations forestières de l'APPELANTE pour son année d'imposition 1988, tant pour les fins de l'impôt de la Partie I de la L.I. que pour les fins de la Partie VII de cette même loi, soit la taxe sur les opérations forestières, est demeuré inchangé au montant de 57 430 000 $ avant et après le remboursement de la taxe sur les opérations forestières. Ce dernier remboursement accordé à l'APPELANTE et pour lequel elle demande à l'INTIMÉ un intérêt ne découle aucunement d'un ajustement du revenu des opérations forestières de l'APPELANTE pour son année d'imposition 1988 mais plutôt, tel qu'admis par les parties par le biais d'une Convention d'admission sur les faits, de l'application de l'article 1184 de la L.I.

10) L'article 1184 de la L.I. est péremptoire en ce qu'il requiert la réduction de la taxe sur les opérations forestières dans la mesure où un contribuable assujetti à cette taxe ne peut obtenir que le montant total de taxe sur les opérations forestières qu'il devrait normalement payer lui soit crédité en réduction de l'impôt des Parties I de la L.I. et de la L.I.R. et ce, afin d'éviter que ce contribuable soit surtaxé. Cet article stipule :

a. 1184 L'excédent de l'impôt sur les opérations forestières non-déduit en application des articles 1183 et de l'article 127 de la Loi de l'impôt sur le revenu (Lois révisées du Canada (1985), c.I, 5e supplément) doit être appliqué en réduction de la taxe forestière même pourvu que le crédit prévu audit article 127 ne soit pas réduit […]

11) Or, la seule question soumise au juge de première instance consistait à déterminer si le remboursement de taxe sur les opérations forestières accordé à l'APPELANTE avait été causé par une demande écrite de l'APPELANTE de modifier sa déclaration fiscale pour l'année 1988 en vertu de la Partie VII de la L.I., et ce au sens du paragraphe 1052 e) de la L.I. L'erreur du juge a quo de considérer que le remboursement de taxe accordé à l'APPELANTE résulte d'un ajustement de son revenu d'opérations forestières quant à ce dernier revenu n'a aucunement été modifié et que le remboursement est exclusivement causé par l'application d'une disposition péremptoire de la L.I. est manifestement déraisonnable.

B) Erreur manifeste quant à une demande de modification d'une déclaration fiscale

12) Le juge des faits a manifestement erré lorsqu'il a conclu que l'APPELANTE avait présenté à l'INTIMÉ une demande de modification de sa déclaration fiscale au sens du paragraphe 1052 e) de la L.I. "à deux reprises soit lors de la remise de la nouvelle cotisation fédérale ainsi que lors de l'envoi du formulaire de renonciation à la prescription".

13) Le juge a quo passe sous silence le fait admis en preuve que la renonciation à la prescription émane de l'INTIMÉ qui a fait parvenir ce document à l'APPELANTE pour qu'elle le signe et le lui retourne.

14) En ce qui concerne la copie de la cotisation fédérale, la preuve en première instance a établi que l'INTIMÉ aurait reçu des autorités fiscales fédérales la copie de la cotisation en vertu de l'entente d'échange de renseignements entre l'INTIMÉ et le Ministre du revenu national.

15) Il est soumis que le juge des faits a erré en concluant que la renonciation à la prescription, laquelle ne pouvait être initiée par l'APPELANTE mais uniquement par l'INTIMÉ, pouvait constituer de la part de l'APPELANTE une demande de modification de sa déclaration fiscale.

16) Quant à l'avis de cotisation fédéral, le juge des faits a erré en considérant que ce document constituait entre les mains de l'INTIMÉ une demande de modification de la déclaration fiscale de l'APPELANTE au sens du paragraphe 1052 e) de la L.I. parce que transmis à l'INTIMÉ autrement que par le biais de l'entente d'échange d'informations entre le fisc fédéral et l'INTIMÉ.

C) Erreur manifeste quant à la teneur de la déclaration fiscale sur les opérations forestières

17) Le juge des faits a erré en passant sous silence le fait que la déclaration fiscale de l'APPELANTE produite auprès de l'INTIMÉ en vertu de la Partie VII de la L.I. ne peut être modifiée à l'égard de la déduction prévue à l'article 1184 de la L.I. puisque cette déclaration fiscale sur les opérations forestières ne prévoit pas cette déduction. Par conséquent, un remboursement de taxe sur les opérations forestières ne peut être causé par une demande de modification de la déclaration fiscale sur les opérations forestières.

D) Erreur quant à la cause du remboursement de taxe sur les opérations forestières.

18) Le juge de première instance a commis une erreur manifeste de droit en concluant que le remboursement de taxe sur les opérations forestières accordé à l'APPELANTE avait été causé par une demande de modification de sa déclaration fiscale produite en vertu de la Partie VII de la L.I. Ce remboursement de taxe résulte exclusivement de l'application de l'article 1184 de la L.I., disposition péremptoire requérant la réduction de la taxe sur les opérations forestières d'un contribuable qui se trouve incapable de la déduire en totalité à l'encontre de l'impôt "normal" des corporations.

19) Il découle du jugement de première instance que l'application d'une disposition péremptoire de la L.I., tel son article 1184, pourrait dépendre de la modification de la déclaration fiscale ou, en d'autres mots, que la déclaration fiscale aurait une valeur légale supérieure à la Loi elle-même. Il est manifestement erroné que l'application d'une disposition péremptoire de la L.I. puisse être tributaire de la modification d'une déclaration fiscale.

20) En l'espèce, bien que le juge des faits expose clairement au paragraphe 8 de son jugement les questions soulevées par le litige, à savoir de déterminer si :

(1) l'excédent de la taxe sur les opérations forestières résulte de la modification de la déclaration fiscale relative aux opérations forestières prescrites à la Partie 7 (sic) de la L.I. et

(2) la modification de la déclaration fiscale relative aux opérations forestières de la requérante a été demandée par la requérante.

Il ne se prononce ni ne répond à la première question.

E) Erreur de confusion entre renonciation à la prescription et demande de modification de la déclaration fiscale.

21) Le juge de première instance a manifestement erré en droit en assimilant l'avis de renonciation à la prescription à une demande de modification de

la déclaration fiscale de l'APPELANTE. Au soutien de sa conclusion, le juge a quo écrit :

"En l'espèce, ce sont les dispositions du paragraphe e) de l'article 1052 de la L.I. qui déterminent la date du départ du calcul des intérêts créditeurs dans le cas où une corporation produit une demande de modification de sa déclaration fiscale.

Pour les raisons mentionnées précédemment, le ministre ne peut déterminer un nouvel impôt payable, les intérêts et les pénalités sans que le contribuable concerné y ait acquiescé par la voie d'un avis de renonciation adressé au ministre.

Le sous-paragraphe 1010 2) b) ii) L.I. exige du ministre qu'il obtienne préalablement l'assentiment du contribuable avant d'émettre une nouvelle cotisation."

22) Outre le fait, tel qu'expliqué ci-avant, que le juge des faits a commis une erreur manifestement déraisonnable de fait en ne considérant pas, tel qu'établi par la preuve, que l'avis de renonciation à la prescription n'émanait pas de l'APPELANTE mais de l'INTIMÉ, le juge de première instance commet une erreur de droit en considérant qu'une renonciation à la prescription et une demande écrite de modification d'une déclaration fiscale constituent des actes administratifs de même nature légale.

F) Erreur quant à l'interprétation de la L.I. lue dans son ensemble.

23) Les articles 297, 1012, 1012.1 et 1054 de la L.I. constituent une liste exhaustive des articles de la L.I. prévoyant qu'un contribuable peut produire une déclaration fiscale modifiée. Aucune de ces dispositions ne porte sur la modification de la déclaration fiscale prescrite aux fins de la Partie VII de la L.I.

24) Le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant qu'un remboursement d'impôt sur les opérations forestières pouvait résulter d'une demande de modification à la déclaration fiscale au sens du paragraphe 1052 e) de la L.I.; ce dernier ne trouverait application uniquement qu'à l'égard des cas précis de modification nommément autorisés par la L.I. »

3. *J. H. c. W. F. et SMRQ et l'Association des avocats et avocates en droit familial du Québec et le Barreau du Québec*[9]

Jugement rendu par la Cour d'appel le 2 septembre 2003.

3.1. Les faits

Le SMRQ a décidé de participer activement au débat entre deux conjoints devant la Cour d'appel qui devait décider si la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*[10], entrée en vigueur le 1er décembre 1995, lui accordait l'exclusivité en matière d'exécution forcée des pensions alimentaires.

L'origine de ce débat remonte au 16 avril 2002 où l'appelante, Mme J. H., alors en instance de divorce, se portait saisissante en faisant signifier directement à l'entreprise Wood Gundy un bref de saisie-arrêt en main tierce suivant les prescriptions de l'article 641 du *Code de procédure civile*[11]. Ce bref alléguait que l'intimé, M. W. F., faisait notamment défaut de verser la pension alimentaire pour une période de trois mois.

L'intimé conteste cette saisie-arrêt en alléguant notamment qu'il se réfère à la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, que le SMRQ est le seul saisissant et que la saisie-arrêt effectuée directement par la demanderesse est invalide. Soulignons que la requête de l'intimé en opposition à la saisie-arrêt n'a pas été signifiée au SMRQ, de sorte qu'il n'a pas participé au débat.

Le 8 mai 2002, après une audition d'une demi-heure devant la Cour supérieure, la requête de l'intimé est accueillie selon ses conclusions, ce qui signifie que la saisie-arrêt est annulée et la mainlevée accordée. Le 14 juin 2002, la permission d'appeler de ce jugement est accordée et l'audition est fixée au 1er novembre 2002. Par la suite, le mis en cause, le SMRQ, décide de participer activement à l'appel et obtient la permission de présenter une preuve nouvelle relative à la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires.* L'audition est alors reportée au 4 février 2003. Entre-temps, les

---

9 C.A. Montréal, nº 500-09-012361-028, 2 septembre 2003, j. Rothman, Rousseau-Houle et Dalphond.

10 L.Q. 1995, c. 18 (ci-après « L.F.P.P.A. »).

11 L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

interventions du Barreau du Québec et de l'Association des avocats et avocates en droit de la famille du Québec sont autorisées. Quant à l'intimé, il s'est désintéressé de l'affaire et au jour de l'audition, son avocate a déclaré qu'elle n'avait plus de mandat.

Devant la Cour d'appel, l'appelante et les intervenants prétendent que la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* ne fait qu'ajouter un mécanisme administratif, inspiré du système fiscal, de perception des pensions au bénéfice des créanciers alimentaires, sans abroger ou réduire leur accès aux mesures d'exécution forcée prévues par le *Code de procédure civile*. L'appelante et les intervenants reconnaissent son caractère d'ordre public.

Le SMRQ, quant à lui, prétend que la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* est clairement d'ordre public. Il rappelle les objectifs sous-jacents à son adoption et ajoute que permettre aux créanciers alimentaires d'entreprendre en parallèle au Ministère des mesures de perception des pensions alimentaires ne pourra qu'engendrer duplication et gaspillage des ressources, tracasseries additionnelles pour les tiers saisis appelés à payer deux fois dans certains cas, ajout de recours judiciaires et cahots quant au solde dû à titre d'arrérages en raison de la réception directement par le créancier des montants saisis.

Finalement, tout en reconnaissant le droit pour le créancier alimentaire d'entreprendre certaines mesures à titre conservatoire, il en revendique l'exclusivité en ce qui concerne l'exécution forcée des jugements, puisque la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* constitue une loi particulière qui lui confère le monopole exclusif.

3.2. LA DÉCISION

Le 2 septembre 2003, la Cour d'appel a accueilli l'appel avec dépens.

La Cour, dans un arrêt unanime, a conclu que la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* n'accordait pas au ministère du Revenu du Québec l'exclusivité en matière d'exécution forcée des pensions alimentaires.

La Cour a fait une analyse exhaustive des jugements de première instance qui, depuis l'avènement de la loi en 1995, ont eu à se prononcer sur cette question, à savoir l'exclusivité qu'a le ministère du Revenu de percevoir la pension et les arrérages de pensions alimentaires.

La Cour d'appel rappelle que la Cour supérieure reconnaît unanimement que la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* est d'ordre public et que la perception des pensions est l'apanage du Ministère mais diffère cependant quant aux conséquences en découlant. En fait, certains jugements accordent une exclusivité complète au Ministère en matière de perception de la pension alimentaire et des arrérages par l'entremise de mesures d'exécution forcées, d'autres permettent par ailleurs au créancier alimentaire d'entreprendre par lui-même certaines mesures à titre conservatoire seulement; pensons à l'interrogatoire sur jugement suivant l'article 543 C.p.c. ainsi que l'inscription de l'hypothèque judiciaire prévue à l'article 2730 du *Code civil du Québec*[12].

La Cour d'appel reconnaît le mandat exclusif qu'a le Ministère de percevoir la pension alimentaire et les arrérages (art. 2 L.F.P.P.A.); elle lui reconnaît le fait qu'il est le seul à avoir le droit de percevoir et de distribuer la pension alimentaire. Toutefois, elle indique que ce monopole n'empêche pas le créancier alimentaire de prendre lui-même des mesures d'exécution pour percevoir sa pension alimentaire. En fait, elle conclut que la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* ne traite pas de la même manière perception et mesures d'exécution.

Les dispositions pertinentes de la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* se lisent comme suit :

> « 1. Le paiement d'aliments accordés sous forme de pension à un créancier alimentaire en vertu d'un jugement exécutoire au Québec s'effectue de la manière et selon les modalités prévues par la présente loi.
>
> Il en est de même dans le cas d'une pension alimentaire établie suivant une transaction et une déclaration commune de dissolution d'une union civile reçues devant notaire lorsque cette transaction le prévoit et est notifiée, avec la déclaration, au ministre ou lorsque celui-ci constate, sur demande du créancier et notification des documents, que le débiteur alimentaire est en défaut.
>
> 2. Le débiteur alimentaire doit verser la pension et les arrérages, s'il en est, au ministre du Revenu au bénéfice du créancier alimentaire.
>
> 3. Le tribunal peut exempter un débiteur de l'obligation prévue à l'article 2 dans les cas suivants :
>
> 1° si le débiteur alimentaire constitue une fiducie qui garantit le paiement de la pension;

[12] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

2° si les parties en font conjointement la demande, s'il est convaincu que leur consentement est libre et éclairé et si le débiteur fournit une sûreté suffisante pour garantir le paiement de la pension pendant un mois.

[…]

10. Le ministre peut, lorsqu'un versement de pension n'a pas été payé à l'échéance, inscrire au nom du créancier, conformément aux dispositions de l'article 2730 du Code civil du Québec, une hypothèque légale sur un bien du débiteur. Il en informe alors le créancier.

[...]

46. La personne qui est redevable d'un montant exigible en vertu de la présente loi doit acquitter ce montant dans les dix jours de la réception d'une demande de paiement.

Toutefois, le ministre peut conclure avec cette personne une entente écrite établissant des modalités de paiement du montant dû. S'il s'agit d'un débiteur alimentaire, le ministre doit en informer le créancier alimentaire.

Avant de conclure une telle entente, le ministre peut requérir de cette personne tout document ou renseignement visant à établir sa situation financière ainsi que les résultats de toute démarche effectuée auprès d'une institution financière en vue d'obtenir un prêt ou une sûreté.

En cas de défaut de respecter les termes de cette entente, celle-ci devient caduque.

47. Pour recouvrer un montant dû, le ministre peut exercer, outre les mesures de recouvrement prévues à la présente loi, tout recours ou se porter partie à toute procédure visant à favoriser l'exécution de l'obligation alimentaire.

Il peut procéder à toute mesure d'exécution forcée prévue au Code de procédure civile (chapitre C-25). En ce cas, il agit en qualité de saisissant pour le créancier alimentaire.

Il peut aussi exercer les pouvoirs accordés au créancier en vertu des articles 543 à 546.1 de ce code. »

Dans sa décision, la Cour d'appel conclut que puisque la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* n'accorde pas au Ministère le titre de créancier d'un jugement sur une pension alimentaire, il doit donc être considéré comme un mandataire statutaire. De l'analyse de cette loi, elle conclut que ce mandat n'est cependant pas révocable et que tous montants reliés aux pensions périodiques doivent toujours transiter par le Ministère quand la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* s'applique.

Concernant la possibilité que le Ministère a de faire des ententes avec un débiteur alimentaire pour recouvrer des arrérages de pensions alimentaires (art. 46 L.F.P.P.A.), la Cour d'appel statue que non seulement le créancier doit être informé des termes de cette entente, mais doit aussi y consentir dans les cas où cette entente a pour effet de permettre au débiteur de ne pas payer immédiatement ou dans un court délai, au créancier, la totalité de ce qui lui est dû. Elle ajoute que seul le créancier peut négocier à l'égard des montants qui lui sont dus et rien dans la loi n'autorise le Ministère à négocier en ses lieu et place sans son consentement exprès. Retenir une interprétation contraire de l'article 46 L.F.P.P.A. reviendrait à reconnaître au Ministère le pouvoir de modifier le jugement en permettant, sans le consentement du créancier, au débiteur de payer à des moments autres que ceux fixés par le jugement.

Dans un même ordre d'idées, elle considère que le Ministère doit obtenir l'autorisation d'un créancier alimentaire avant de donner mainlevée sur une hypothèque légale publiée au nom du créancier en vertu de l'article 10 L.F.P.P.A.

Après une analyse de la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* et du *Code de procédure civile*, la Cour ne voit rien qui a pour effet d'empêcher un créancier alimentaire, avisé par le Ministère que la pension n'est plus perçue en totalité et que des mesures de recouvrement sont prises, de faire saisir lui-même un bien du débiteur s'il considère que le Ministère n'agit pas suffisamment rapidement et qu'il y a risque de perte du bien à saisir. Cependant, la Cour souligne que le produit de cette saisie devant servir au paiement de la pension ne pourra être remis qu'au Ministère par le tiers saisi, le greffier ou toute autre personne, comme si une saisie avait été pratiquée par le Ministère (art. 2 L.F.P.P.A.).

La Cour ajoute que cette situation ne sera pas fréquente, puisqu'elle obligera le créancier à engager des débours importants (honoraires d'avocats, plaintes judiciaires, frais d'huissiers) et qu'elle pourra donner lieu à une contestation judiciaire qu'il devra soutenir financièrement. Laisser le MRQ procéder sera généralement plus avantageux pour le créancier selon la Cour.

Bien que l'appelante ne conteste pas la validité constitutionnelle de la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, la Cour d'appel se permet d'indiquer que l'interprétation qu'elle en fait est conforme au droit à l'égalité prévu par les chartes et que la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* ne crée nullement une distinction entre les résidents du Québec et les autres Canadiens.

L'appel a donc été accueilli avec dépens.

4. *SMRQ* c. *L'INDUSTRIELLE-ALLIANCE, COMPAGNIE D'ASSURANCES SUR LA VIE*[13]

Jugement rendu par la Cour d'appel le 11 juin 2003.

4.1. LES FAITS

L'appelant, le SMRQ, a porté en appel un jugement de la Cour supérieure du Québec qui a accueilli en partie la requête pour jugement déclaratoire de l'intimée, l'Industrielle-Alliance, compagnie d'assurances sur la vie et déclaré que l'appelant avait reçu sans droit le loyer du mois d'août 1998 payable par la Société immobilière du Québec (ci-après « SIQ ») en regard d'un immeuble délaissé par deux sociétés mises en cause au bénéfice de l'intimée.

Les deux sociétés mises en cause sont copropriétaires indivises d'un immeuble situé à Chicoutimi. En décembre 1991, l'intimée leur prête 13 M$ et ce prêt est garanti par une hypothèque. L'acte d'hypothèque stipule notamment, au bénéfice de l'intimée, créancière hypothécaire, la cession du droit aux loyers échus et à échoir, à compter de la signification d'un transport de loyers aux locataires.

Soulignons que l'intimée n'a pas invoqué ici ladite clause de transport de loyers car la question a été débattue entre les mêmes parties en Cour d'appel, en 1997, en regard du même immeuble, dans l'affaire *l'Industrielle-Alliance*[14]. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait donné raison au Ministère en concluant :

- que les articles 13 à 16 L.M.R. constituent un véhicule procédural permettant à l'État de faire valoir les droits résultant de la priorité prévue à l'article 2653 C.c.Q.;

---

13 C.A. Québec, n° 200-09-003475-016, 11 juin 2003, j. Chamberland, Rochette et Letarte (ci-après « *l'Industrielle-Alliance* »).

14 [1997] R.J.Q. 2928 (C.A.). Voir nos commentaires dans Daniel BOURGEOIS, Guy A. GAGNON, Chantal JACQUIER et Pierre SÉGUIN, « Jurisprudence récente », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 3:1-78, à la page 3:64.

- que la créance de loyers est mobilière, même lorsqu'affectée d'une hypothèque immobilière, de sorte que rien n'empêche l'État de faire valoir sa priorité sur ces créances de loyers produits par un immeuble;

- que les articles 2743 et suivants C.c.Q. permettent au créancier, titulaire d'une hypothèque de créance, de percevoir les revenus, mais ne lui en octroient pas la propriété.

En l'espèce, l'intimée est devenue propriétaire de l'immeuble des mises en cause et veut empêcher l'appelant d'en percevoir les loyers depuis qu'elle a initié le processus de prise en paiement.

La SIQ loue des bureaux dans ledit immeuble et le loyer mensuel est 4 990,03 $. La créance de l'appelant au 2 mars 1998 à l'encontre d'une des sociétés mises en cause est de 53 339,46 $ pour de l'impôt impayé en 1996.

Le 29 mai 1998, l'intimée signifie à ladite mise en cause un préavis d'exercice d'une prise en paiement, lequel est publié le même jour.

Le 16 juin 1998, l'appelant exige de la SIQ qu'elle lui verse le loyer dû pour le mois de juillet 1998 pour l'imputer au paiement de la dette fiscale de ladite mise en cause en vertu du mécanisme prévu à l'article 31.1.1 L.M.R.

Le 23 juin 1998, la SIQ informe la mise en cause que le loyer de juillet 1998 a été transmis à l'appelant pour être affecté au paiement de sa dette et l'appelant encaisse ce loyer le 26 juin 1998.

Le 6 juillet 1998, une convention de délaissement volontaire et de prise en paiement est conclue entre l'intimée et les mises en cause. L'intimée y déclare exercer le droit à la prise en paiement de l'immeuble.

Le 16 juillet 1998, l'appelant exige de la SIQ qu'elle lui verse le loyer d'août 1998.

Le 23 juillet 1998, la SIQ informe la mise en cause que le loyer sera à nouveau versé à l'appelant, lequel encaisse ce loyer le 27 juillet 1998.

L'intimée a demandé, par requête pour jugement déclaratoire, que soient déterminés les droits respectifs de chacun en regard des loyers de juillet et août 1998.

La Cour supérieure a accueilli en partie la requête et a conclu que, quant au loyer de juillet 1998, l'intimée n'y avait pas droit mais qu'à compter du

6 juillet 1998, l'appelant ne pouvait plus percevoir le loyer de la SIQ, car la mise en cause n'y avait elle-même plus droit, vu le délaissement de l'immeuble. Le premier juge a donc conclu que l'appelant a reçu sans droit le loyer du mois d'août 1998.

4.2. LA DÉCISION

Le 11 juin 2003, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi avec dépens.

La Cour a conclu à l'unanimité que le premier juge a erré en décidant que l'appelant a reçu sans droit le loyer du mois d'août 1998.

L'intimée a choisi d'exercer une prise en paiement de l'immeuble en signifiant un préavis à la mise en cause le 29 mai 1998.

L'article 2783 C.c.Q. stipule que le créancier qui a pris le bien en paiement en devient propriétaire à compter du préavis :

> « Art. 2783. Le créancier qui a pris le bien en paiement en devient le propriétaire à compter de l'inscription du préavis. Il le prend dans l'état où il se trouvait alors, mais libre des hypothèques publiées après la sienne.
>
> Les droits réels créés après l'inscription du préavis ne sont pas opposables au créancier s'il n'y a pas consenti. »

Même si le préavis d'exercice du droit hypothécaire a été signifié et publié le 29 mai 1998, la prise en paiement d'un immeuble par un créancier ne peut être exercée à tout moment après cette date. En effet, le délai pour laisser l'immeuble est de 60 jours à compter de l'inscription du préavis (art. 2758 C.c.Q.).

Le droit hypothécaire ne peut donc être exercé avant l'expiration du délai de 60 jours, soit à partir du 29 juillet 1998. Avant cette date, même s'il y a délaissement volontaire, l'intimée ne pouvait faire échec au droit de l'appelant de percevoir le loyer.

Mais, même si l'acte de délaissement volontairement consenti et accepté constitue le titre de propriété du créancier, le titre de l'intimée n'est opposable aux tiers (notamment l'appelant) qu'après la publication du sommaire de la convention de délaissement, soit le 13 août 1998.

En résumé, l'intimée ne pouvait prétendre à un titre de propriété sur l'immeuble des mises en cause et réclamer les loyers dus par ses débitrices

avant le 13 août 1998. La convention de délaissement ne confère donc pas à l'intimée un titre de propriété rétroactivement au 29 mai 1998. Entre cette date de délaissement et le 29 juillet 1998, l'intimée administrait les biens de sa débitrice et c'est seulement en son nom qu'elle pouvait réclamer les loyers échus. À partir du 29 juillet 1998, elle pouvait exercer la prise en paiement et invoquer l'acte de délaissement volontaire, mais le transfert de propriété n'était opposable qu'à compter du 13 août 1998. Comme la créance fiscale de l'appelant est un droit personnel, les droits de l'appelant ne sont pas touchés par l'effet rétroactif du titre de propriété.

Enfin, selon la Cour d'appel, le recours exercé par le Ministère, prévu à l'article 31.1.1 L.M.R., a été valablement exercé. Cet article stipule :

> « 31.1.1 Lorsqu'une personne qui est redevable d'un montant exigible en vertu d'une loi fiscale est aussi créancière ou bénéficiaire d'un montant payable par un organisme public tel que défini à l'article 31.1.4, le ministre peut affecter tout ou partie de ce montant au paiement de la dette de cette personne, jusqu'à concurrence de cette dette.
>
> À cette fin, le ministre peut exiger du payeur ou de son agent qu'il lui transmettre tout ou partie du montant payable. Cette exigence demeure valide et tenante à l'égard de tout autre montant devant être payé à cette personne par le payeur ou son agent jusqu'à ce que la dette de la personne soit éteinte. »

Selon la Cour, les conditions de cet article sont remplies car le débiteur fiscal est à la fois obligé pour une somme due en vertu d'une loi fiscale et bénéficiaire d'un montant payable par un organisme public jusqu'à ce que le titre de l'intimée soit rendu opposable à l'appelant.

L'appel a donc été accueilli avec dépens.

5. *LES JOURNAUX TRANS-CANADA (1996) INC. C. SMRQ*[15]

Jugements rendus par la Cour du Québec le 4 avril 2003.

5.1. LES FAITS

La requérante, Les Journaux Trans-Canada (1996) inc., a interjeté appel de cotisations émises contre elle pour les années d'imposition 1996 et 1998 en vertu de la *Loi sur les impôts* relativement au calcul de son capital versé.

---

[15] C.Q. Montréal, n°s 500-02-085453-004 et 500-02-088941-005, 4 avril 2003, j. Amyot; en appel, C.A. Montréal, n° 500-09-013372-032.

L'intimé, le SMRQ, a ajouté au capital versé de la requérante des montants totalisant environ 5 M$ représentant des abonnements perçus d'avance au motif que ces sommes constituent des avances aux fins du calcul de la taxe sur le capital au sens du sous-paragraphe 1136 1)d) L.I.

Pour sa part, la requérante a soumis que ces montants étaient visés par le sous-paragraphe 1136 1)b) L.I., à titre de réserve prise par une société devant être incluse dans le calcul de son capital versé, sauf dans la mesure où elle est déductible en vertu de la Partie I L.I. Selon la requérante, les abonnements perçus d'avance sont des provisions déductibles du revenu net en vertu de l'article 150 L.I. et n'ont donc pas à être inclus dans son capital versé aux fins de la taxe sur le capital.

Aussi, elle prétend que ces abonnements ne constituent pas des avances au sens du sous-paragraphe 1136 1)d) L.I., car il n'y a pas de relation prêteur-emprunteur qui résulte d'un contrat d'abonnement à des journaux où l'une des parties accepte volontairement de payer à l'avance le prix de l'abonnement.

Les articles 87, 150, 1131 et 1136 L.I. stipulent ce qui suit :

« 87. MONTANTS SPÉCIFIQUES – montants à inclure

a) tout montant qu'il reçoit pendant l'année dans l'exploitation d'une entreprise, même si ce montant :

i. lui est versé pour des services qui ne sont pas rendus ou des marchandises qui ne sont pas livrées avant la fin de l'année ou s'il peut être considéré comme n'ayant pas été gagné dans l'année ou dans une année antérieure; ou

ii. est remboursable, en totalité ou en partie, en vertu d'un arrangement ou d'une entente, sur remise ou revente au contribuable d'articles dans lesquels ou au moyen desquels des marchandises ont été livrées à un client; »

« 150. PROVISIONS – Provisions pour services à rendre

Lorsque des montants visés au paragraphe *a* de l'article 87 ont été inclus dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise du contribuable pour l'année ou pour une année antérieure, ce dernier peut déduire un montant raisonnable à titre de provision à l'égard :

a) de marchandises ou de services qui, suivant des prévisions raisonnables, devront être livrés ou rendus après la fin de l'année;

b) de périodes pour lesquelles le loyer ou d'autres montants relatifs à la possession ou à l'usage d'un terrain ou de biens meubles ont été payés d'avance ou

c) de remboursements, en vertu d'arrangements ou d'ententes visés au sous-paragraphe *ii* de l'article 87 qui, suivant des prévisions raisonnables, devront être faits après la fin de l'année sur remise ou revente au contribuable d'articles autres que des bouteilles. »

« 1131. ASSUJETTISSEMENT

Toute société ayant un établissement au Québec à un moment quelconque d'une année d'imposition doit payer, pour cette année, une taxe sur son capital versé montré à ses états financiers pour l'année. »

« 1136 (1) CAPITAL VERSÉ D'UNE SOCIÉTÉ

Dans la présente partie, le capital versé d'une société comprend :

[. . .]

b) les surplus, provisions et réserves, sauf celles pour amortissement ou épuisement, celles qui sont permises par la partie 1 dans la mesure où elles ont été déduites dans le calcul du revenu en vertu de cette partie et celles pour pertes, à l'égard d'un contrat de location ou de crédit-bail, qu'une société qui exerce des activités de location ou de crédit-bail ne peut déduire dans le calcul de son revenu en vertu de cette partie;

[. . .]

d) les prêts et avances consentis directement ou indirectement à la société; »

5.2. LA DÉCISION

Le 4 avril 2003, la Cour du Québec a rejeté la requête en appel de la requérante.

Le juge Amyot s'est appuyé notamment sur la cause *Oerlikon Aerospatiale inc*. c. *La Reine*[16], où le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt devait décider si des montants versés à titre d'acomptes sur un contrat représentaient des avances au sens de l'alinéa 181.2(3)c) L.I.R. Cette disposition de la loi fédérale est semblable à l'article 1136 L.I. et se lit comme suit :

[16] 97 D.T.C. 962 (C.C.I.) (ci-après « *Oerlikon* »).

« 181.2(3) Capital

Le capital d'une société, sauf une institution financière, pour une année d'imposition correspond à l'excédent éventuel du total des éléments suivants :

a) le capital-actions de la société (ou, si elle est constituée sans capital-actions, l'apport de ses membres), ses bénéfices non répartis, son surplus d'apport et tout autre surplus à la fin de l'année;

b) ses réserves pour l'année, sauf dans la mesure où elles sont déduites dans le calcul de son revenu pour l'année en vertu de la partie 1;

b.1) ses gains sur change non réalisés reportés à la fin de l'année;

c) les prêts et les avances qui lui ont été consentis à la fin de l'année; […] »

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que les acomptes sur contrats constituent des avances au sens de l'alinéa 182.1(3)c) L.I.R., car il s'agit de sommes versées avant que le contrat ne soit exécuté, les services rendus ou les biens livrés. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision[17].

Le juge Amyot a aussi fait référence à deux bulletins d'interprétation émis par l'intimé, dont les extraits pertinents se lisent comme suit :

« IMP. 1136-1/R-7 – Avances sur contrat

APPLICATION DE LA LOI

1. Une avance peut être définie comme étant notamment une somme à valoir sur le prix d'un contrat, d'un service ou de marchandises, versée avant que le contrat ne soit exécuté, les services rendus ou les marchandises livrées.

[…]

4. Par ailleurs, l'expression "provision", que l'on retrouve au sous-paragraphe *b* du paragraphe 1 de l'article 1136 de la Loi, soit aux fins de la taxe sur le capital, est définie dans la version en vigueur du bulletin IMP. 1136-9. Selon les principes comptables généralement reconnus, les seules provisions qui peuvent apparaître aux livres et aux états financiers, soit les provisions comptables, sont celles qui rencontrent cette définition.

[…]

---

17 *Oerlikon*, 99 D.T.C. 5318 (C.A.F.).

7. Ainsi, dans la mesure où un montant montré aux états financiers constitue véritablement une avance sur contrat, il est, à ce titre, visé par le sous-paragraphe *d* du paragraphe 1 de l'article 1136 de la Loi. Même si ce montant d'avances fait l'objet d'une provision lors du calcul du revenu provenant d'une entreprise ou de biens, le sous-paragraphe *b* du paragraphe 1 de l'article 1136 de la Loi ne peut être invoqué car il ne s'agit pas de provisions comptables. »

« IMP. 1136-9/R3 – Provisions et réserves

APPLICATION DE LA LOI

1. On entend par provision, la constatation comptable de la diminution de valeur d'un élément d'actif ou de l'augmentation du passif exigible à plus ou moins long terme, précise quant à sa nature mais incertaine quant à sa réalisation.

[...]

5. Des montants reçus par une société pour des services déjà rendus, par exemple, mais qui, conformément aux principes comptables généralement reconnus, ne sont ajoutés aux bénéfices de la société que dans un exercice financier ultérieur, ne sont pas, avant leur reconnaissance à titre de revenus, des provisions ou des réserves pour les fins du calcul du capital versé de cette société. »

La Cour du Québec a donc conclu que les abonnements perçus d'avance par la requérante et identifiés comme tels à ses états financiers constituaient des avances au sens du sous-paragraphe 1136 1)d) L.I. et devaient être inclus dans le calcul de son capital versé.

Considérant que ce jugement a été porté en appel, nous nous permettons simplement de reproduire les motifs apparaissant dans l'inscription en appel datée du 30 avril 2003 sans formuler d'autres commentaires :

« I. Erreurs dans les faits et l'appréciation de la preuve documentaire et des témoignages;

A) Le juge de première instance a commis une erreur de fait déterminante puisque, tel qu'il appert de la lecture et à la face même du jugement, il a manifestement omis de référer à toute la preuve présentée lors de l'audition et, par conséquent, n'a pas apprécié correctement tous les faits qui lui avaient été soumis par l'appelante;

B) En effet, l'appelante entend démontrer que le juge a commis des erreurs manifestes dans l'appréciation de la preuve documentaire, soit entre autres les pièces R-6, R-7 et R-8 (tables de tarification et plan d'abonnement, avis de renouvellement et formule de remboursement), ainsi que dans l'appréciation du témoignage de M. Alain Rocher, à l'époque contrôleur de

l'appelante, preuve qui était essentielle pour distinguer les faits en litige de ceux de la décision *Oerlikon Aerospatiale inc*. c. *Sa Majesté La Reine* (ci-après "*Oerlikon*"), soumise par l'intimé;

C) Le juge de première instance a erré en accordant une importance indue à la décision *Oerlikon* et en confondant les faits de cette décision à ceux en litige, commettant ainsi une erreur déterminante dans l'appréciation des faits, ces derniers étant à la base même de l'analyse du lien juridique nécessaire à la détermination des questions de droit;

D) Le juge de première instance a également erré en confondant les expressions "abonnements perçus d'avance" et "avances", interprétant ainsi erronément le témoignage de M. Sylvain Boucher, c.a., associé chez Ernst & Young, contrôleur externe de l'appelante, sur ces notions et sur la question des principes comptables généralement reconnus ("PCGR") et sur les états financiers vérifiés de l'appelante (pièce R-5);

E) Ces erreurs dans l'appréciation des faits sont déterminantes puisque seule l'appelante a présenté une preuve lors de l'audition, laquelle n'a pas été contredite par l'intimé et le juge n'en ayant aucunement fait mention et n'ayant aucunement référé à ces faits dans le jugement;

II. Erreurs de droit

A) Le juge de première instance a confondu et, partant, analysé erronément les prétentions de l'appelante sur les liens juridiques existants entre la partie IV de la *Loi sur les impôts* (L.R.C., c. I-3) (la "Loi") portant sur la taxe sur le capital, et la partie I de la Loi portant sur l'impôt sur le revenu;

B) Il a ainsi ignoré, ou à tout le moins interprété erronément les arguments de l'appelante sur la question des provisions et réserves déduites dans le calcul du revenu (par. 1136 (1) (b) de la Loi) et sur la notion d'avances (par. 1136 (1) (d) de la Loi);

C) Le juge de première instance a erronément interprété la nature juridique des contrats intervenus entre l'appelante et ses abonnés, commettant ainsi une erreur de droit grave et déterminante;

D) Il a omis de considérer à sa juste valeur la jurisprudence soumise par l'appelante, dont entre autres, les décisions *SMRQ* c. *Les technologies industrielles SNC* (C.A.Q., 7 janvier 2002), *SMRQ* c. *Noranda* (C.A.Q., 21 août 2002), *BNC* c. *SMRQ* (C.A.Q., 15 septembre 1997), décisions où la Cour d'appel du Québec avait eu à se prononcer sur la notion de "prêts et avances";

E) Le juge de première instance a erré en droit en concluant à l'existence "d'avances" et ce, malgré le fait que l'intimé eut admis qu'il n'y avait pas de relation "prêteur-emprunteur" entre l'appelante et ses abonnés, commettant ainsi une erreur déterminante puisque la Cour d'appel a

maintes fois reconnu qu'une relation du type "prêteur-emprunteur" était nécessaire pour que l'on puisse conclure à la présence de "prêts et avances" en matière de taxe sur le capital;

F) Il a erronément interprété la notion "d'avances" en concluant que des "abonnements perçus d'avance" devaient être considérés, pour fins juridique, comme des "avances", alors que la nature juridique du lien entre l'appelante et ses abonnés découle d'une relation "vendeur-acheteur" et non de "prêteur-emprunteur";

G) L'appelante démontrera que la définition "d'avances" signifie qu'il doit s'agir d'une somme payée ou versée avant qu'elle ne soit due, c'est-à-dire avant qu'il y ait une obligation légale de payer;

H) Ainsi, le juge a erré en faits et en droit puisqu'il a omis de considérer que les documents R-6 et R-7 étaient des documents qui prévoyaient que le prix de l'abonnement devait être payé en un seul versement, au début de l'abonnement, pour que les abonnés puissent bénéficier des réductions de prix, commettant ainsi une erreur de droit grave et déterminante;

I) En omettant de constater ce fait, c'est-à-dire que le paiement de l'abonnement était dû lors de l'abonnement, donc dès le départ, le juge ne pouvait alors conclure à l'existence "d'avances", cette notion signifiant en droit qu'une somme d'argent est versée avant qu'elle ne soit légalement due, ce qui n'était aucunement le cas en l'espèce puisque la somme était due dès le paiement de l'abonnement;

J) Le juge a également erré en droit en analysant incorrectement la décision *Oerlikon*, en y référant comme sa source principale de jurisprudence, alors que les faits générateurs de droit dans cette décision étaient différents, errant ainsi dans son analyse qui est non seulement incomplète mais qui démontre également les erreurs suivantes :

   a. dans l'affaire *Oerlikon*, il s'agissait d'une avance entre compagnies sœurs qui avait été faite dans le cadre d'une commande de pièces d'équipement, cette avance ayant été consentie avant que la facture finale (i.e. "obligation légale de payer") soit émise, plusieurs mois plus tard, et auquel moment une compensation légale fut faite pour tenir compte des sommes avancées plusieurs mois auparavant;

   b. en omettant de relater et de commenter ce fait, le juge de première instance a commis une erreur déterminante au point d'infirmer le jugement de première instance puisque les faits dans le présent dossier démontrent que l'abonnement était payé dès le départ, s'agissant de la seule facturation émise entre l'appelante et ses abonnés;

   c. il a commis une erreur de droit aux pages 5 et 6 du jugement, toujours en référant à la décision *Oerlikon*, en confondant manifestement une opinion signée de la firme Raymond Chabot Martin Paré à un

témoignage d'un autre expert, un certain M. Blanchet, cet expert provenant de la firme Samson Bélair Deloitte & Touche, alors qu'il s'agissait là de l'expert du contribuable qui a perdu en appel dans cette décision;

d. il a commis une erreur de droit en omettant de constater que les propres experts du contribuable *Oerlikon* avaient identifié aux états financiers de cette dernière qu'il s'agissait bel et bien "d'avances" ce qui n'est aucunement le cas en l'instance, M. Sylvain Boucher, c.a. de Ernst & Young, ayant pris soin d'indiquer dans son témoignage qu'il s'agissait "d'abonnements perçus d'avance" et non "d'avances" et tel qu'il appert des états financiers R-1;

e. finalement, toujours en ce qui concerne l'analyse de la décision *Oerlikon*, le juge de première instance s'est mal dirigé en faits et en droit, non seulement en confondant les témoignages dans cette décision mais en se référant abondamment au témoignage de ces experts, alors que ces derniers étaient appelés à témoigner dans un autre dossier que celui en l'instance, et alors que les faits et les liens juridiques entre les parties étaient différents du dossier de l'appelante;

K) En concluant que les abonnés avaient fait des "avances" à l'appelante, le juge de première instance a requalifié les rapports juridiques entre les parties et a donc interprété erronément la nature du lien juridique émanant d'un contrat de vente de journaux payable en un seul versement;

L) Le juge de première instance a également erré en droit aux pages 8 et 9 du jugement en accordant une importance démesurée aux bulletins d'interprétation déposés par l'intimé, ces bulletins n'ayant aucune force de loi et n'étant ni plus ni moins que la position administrative de l'intimé;

M) Le juge de première instance a commis une erreur de droit en élevant non seulement au statut de règle de droit les bulletins d'interprétation de l'intimé mais, qui plus est, en omettant de constater que la position administrative de l'intimé dans ces bulletins d'interprétation était antérieure à la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Oerlikon*;

N) Pour toutes ces raisons, l'appelante est d'avis que les erreurs de faits et de droit ci-haut mentionnées sont déterminantes au point d'infirmer les jugements de première instance; »

PARTIE B

Paul Ryan, avocat
Ravinsky Ryan

1. TAXE SUR LE CAPITAL ET RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT DU QUÉBEC

Panneaux Chambord inc.* c. *SMRQ[1]

1.1. LES FAITS

Panneaux Chambord inc. était une entreprise extrêmement rentable, qui disposait donc de liquidités importantes.

Selon ce qui a été mis en preuve devant le tribunal, ces liquidités devaient servir à l'amélioration et à l'augmentation du rendement de ses usines, à leur agrandissement, à l'achat de matériel et au paiement de dividendes.

La requérante avait une politique d'investissement à l'égard de ses liquidités, en attendant qu'elles soient affectées à l'un des usages mentionnés ci-dessus. Cette politique s'appuyait, à longueur d'année, sur les trois objectifs suivants :

a) d'abord la sécurité des placements;

b) ensuite la disponibilité des fonds à assez brève échéance, soit en moyenne de 30 à 120 jours;

c) finalement, la rentabilité.

En fin d'année, un autre critère venait s'ajouter, soit la déductibilité des placements aux fins de calculer le capital versé de Panneaux Chambord inc.

---

[1] C.Q. Montréal, n° 500-02-074316-998, 19 mars 2003, j. Dionne. Retenu pour publication dans [2003] R.D.F.Q. On peut retrouver un résumé de ce jugement à D.F.Q.E. 2003F-39 (ci-après « *Panneaux Chambord inc.* »).

À cet égard, le paragraphe 15 du jugement[2] donne un aperçu du type de placements effectués à la fin des exercices terminés les 31 décembre 1994 et 31 décembre 1995 :

> « [15] Il n'est pas non plus contesté que ces placements furent faits en fin d'année et, pour une courte période de temps. En voici la liste :

Nom de la société	Montant du placement	Taux	Périodes
Prêt à Conix Canada inc.	7 000 000 $	5,88 %	16 décembre 1994 au 18 janvier 1995
Prêt à Conix Canada inc.	14 000 000 $	6,00 %	16 décembre 1994 au 12 janvier 1995
CECM (obligation)	1 498 530 $	5,70 %	30 décembre 1994 au 4 janvier 1995
BCT (obligation)	9 999 563 $	10,65 %	16 décembre 1994 au 3 janvier 1995
Bell Canada (débentures)	25 542 137 $	11,00 %	18 décembre 1995 au 2 janvier 1996
Bell Canada (débentures)	3 244 108 $	9,85 %	20 décembre 1995 au 2 janvier 1996 »

Comme ces placements étaient considérés comme des obligations d'autres sociétés ou encore des prêts et avances à d'autres sociétés, et qu'ils ne constituaient pas des « papiers commerciaux » ou encore des « acceptations bancaires », ils n'étaient pas assujettis à la période de détention de 120 jours pour être déductibles dans le calcul du capital versé.

1.2. POSITION DES PARTIES ET QUESTIONS EN LITIGE

En cotisant Panneaux Chambord inc., le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») a considéré que la souscription en fin d'année de ces placements à très court terme constituait une « opération d'évitement » rendant applicable la règle générale antiévitement prévue aux articles 1079.10 et suivants de la *Loi sur les impôts*[3].

---

2 *Id.*, par. 15.

3 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

Par conséquent, le MRQ a refusé la déduction de ces placements dans le calcul du capital versé de Panneaux Chambord inc.

Pour sa part, Panneaux Chambord inc. invoquait que les placements avaient été effectués principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal et invoquait donc qu'il ne s'agissait pas d'une « opération d'évitement ».

Le MRQ plaidait pour sa part qu'il s'agissait d'une « opération d'évitement », puisque le délai de détention très court des placements n'était pas raisonnable dans les circonstances. Tout en reconnaissant que le délai de 120 jours prévu pour les « papiers commerciaux » et les « acceptations bancaires » n'était pas applicable à ces placements, le MRQ plaidait qu'il fallait voir dans ce délai de 120 jours prévu pour d'autres types de placements une indication du délai de détention d'un placement considéré raisonnable par le législateur pour accepter qu'il soit déductible.

1.3. DÉCISION DU TRIBUNAL

Compte tenu que Panneaux Chambord inc. a suivi tout au long de l'année, incluant dans les placements admissibles en déduction du capital versé, sa politique d'investir ses liquidités dans des placements sûrs, disponibles à assez brève échéance et rentables, le juge Dionne en arrive à la conclusion que les placements ont été effectués « principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal », de telle sorte qu'il conclut qu'il ne s'agit pas d'une « opération d'évitement ».

Pour en arriver à cette conclusion, le juge Dionne refuse de considérer isolément les placements de fin d'année et se montre plutôt d'accord avec Panneaux Chambord inc., établissant qu'il faut examiner l'ensemble du processus :

> « [44] Comme l'écrit la requérante, à la page 17 de ses notes :
>
> "Au surplus, l'utilisation des mots "que l'opération a été entreprise ou organisée" à l'article 1079.11 L.I. confirme selon nous que l'on réfère à l'ensemble du processus qui a pu mener à un avantage fiscal et non pas seulement à la partie du processus qui procure l'avantage fiscal"[4]. » (Notre soulignement)

[4] *Panneaux Chambord inc.*, précité, note 1, par. 44.

Finalement, le tribunal rejette comme suit l'argument avancé par le procureur du MRQ, selon lequel un délai de 120 jours serait raisonnable en toute circonstance, même si ce délai n'est spécifié par le législateur de manière explicite que pour les « papiers commerciaux » et les « acceptations bancaires » :

> « [41] L'intimé déduit du texte des articles 1138.2.1 où il est question des papiers commerciaux et acceptations bancaires qui doivent être détenus pendant 120 jours, qu'il s'agit là d'une indication d'un délai raisonnable où une société devrait détenir d'autres placements admissibles.
>
> [42] Il n'y a aucun article dans la Loi qui fait référence à un tel délai raisonnable[5]. »

Compte tenu que le tribunal a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une « opération d'évitement », il n'a pas été appelé à se prononcer sur le caractère « abusif » des transactions, pour déterminer, aux fins de l'exception prévue à l'article 1079.12 L.I., s'il y avait eu un « mauvais emploi des dispositions de la LI ou un abus compte tenu des dispositions de la LI ». Il faudra donc attendre que les tribunaux québécois aient à nouveau l'occasion de se prononcer sur l'application de la règle antiévitement pour connaître l'orientation qu'ils adopteront à cet égard.

On ne peut également passer sous silence un *obiter*, contenu au paragraphe 43 du jugement, dans lequel le juge Dionne laisse entendre qu'il aurait pu être tenté d'appliquer la règle générale antiévitement, si les faits s'étaient présentés de manière différente.

> « [43] Le Tribunal pourrait décider, dans l'interprétation de l'article 1138, dans tout le chapitre consacré à la question du capital versé, que l'absence d'un tel délai raisonnable pourrait avoir des conséquences, si la société convertissait, en fin d'exercice pour une très courte période de temps, des fonds liquides en placements admissibles. Ce n'est pas le cas dans l'instance, puisque la requérante convertit des placements venant à échéance par des placements admissibles à court terme soit, mais elle ne fait que continuer sa politique de placements en ajoutant l'élément de déduction du capital versé[6]. »

Puisque la décision du juge Dionne portait surtout sur la question de savoir si les placements avaient été effectués principalement pour des objets véritables, on peut se demander si ce commentaire se rapporte strictement à cette question ou si le juge Dionne aurait également envisagé, dans des

---

5 *Id.*, par. 41 et 42.

6 *Id.*, par. 43.

circonstances factuelles différentes, de considérer qu'il s'agissait aussi d'un mauvais emploi ou d'une utilisation abusive des dispositions de la *Loi sur les impôts.*

2. POSSIBILITÉ DE FAIRE INTERPRÉTER LES LOIS FISCALES PAR ANTICIPATION AU MOYEN D'UNE REQUÊTE POUR JUGEMENT DÉCLARATOIRE

Construction C.G.P. 2000 inc. et autres* c. *Procureur général du Québec et MRQ[7]

2.1. LES FAITS

Dans ces affaires, les requérantes étaient tenues de payer diverses allocations à leurs employés qui travaillaient sur des chantiers éloignés et elles désiraient notamment savoir, dès le départ, si ces allocations constituaient des avantages imposables entre les mains de ceux qui les recevaient. En effet, advenant que les avantages soient imposables, les requérantes désiraient procéder au fur et à mesure aux déductions à la source applicables, afin d'éviter de s'assujettir dans l'avenir à des réclamations importantes échelonnées sur un certain nombre d'années, avec des pénalités et intérêts.

Par conséquent, les requérantes se sont adressées à la Cour supérieure, en lui présentant les faits pertinents, pour obtenir une détermination sur le caractère imposable ou non des allocations versées aux employés travaillant sur des chantiers éloignés.

Le problème d'interprétation de la *Loi sur les impôts* auquel les requérantes faisaient face portait notamment sur la question suivante :

a) l'application combinée du paragraphe 39g) L.I. et de l'article 39R1 du *Règlement sur les impôts*[8] fait en sorte que les allocations pour frais fixés par un décret du gouvernement ne sont pas imposables;

b) par conséquent, par exemple, lorsque des allocations semblables sont payées en vertu des décrets applicables à l'industrie de la construction, ils ne sont pas imposables;

---

[7] C.S. Saint-François, n° 450-05-005127-028, 31 mars 2003, j. Tardif. Retenu pour publication dans [2003] R.D.F.Q. On peut retrouver un résumé de ce jugement à D.F.Q.E. 2003F-44 (ci-après « *Construction C.G.P.* »).

[8] R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

c) cependant, les requérantes effectuaient aussi des travaux « hors-décret »;

d) même si ces travaux étaient effectués « hors-décret », les forces du marché faisaient en sorte que les requérantes étaient obligées de payer les mêmes allocations que celles qui étaient prévues dans les décrets;

e) les requérantes désiraient donc savoir avant si ces allocations constituaient des montants raisonnables non imposables en vertu de l'article 42 L.I.

2.2. POSITION DES PARTIES ET QUESTIONS EN LITIGE

Les requérantes prétendaient donc que toutes les conditions étaient respectées pour leur permettre de se prévaloir des dispositions des articles 453 et suivants du *Code de procédure civile* du Québec[9], pour s'adresser à la Cour supérieure, afin d'obtenir un jugement déclaratoire interprétant les dispositions pertinentes de la *Loi sur les impôts*. Pour sa part, en se fondant notamment sur une décision rendue quelques années auparavant dans une affaire semblable[10], le MRQ faisait valoir qu'il n'est pas possible aux contribuables québécois de faire interpréter à l'avance la *Loi sur les impôts* et que, pour bénéficier de l'opinion d'un tribunal à l'égard de l'application ou non de la *Loi sur les impôts*, les contribuables n'ont qu'un choix, à savoir attendre d'être cotisés et, advenant l'échec de leur avis d'opposition, porter l'affaire en appel devant la Cour du Québec qui, selon le MRQ, aurait juridiction exclusive pour interpréter les lois fiscales du Québec en toutes circonstances.

En apparence très préoccupé par la possibilité que les contribuables s'adressent ainsi systématiquement aux tribunaux pour faire interpréter les lois fiscales à l'avance, le MRQ invoquait aussi une série d'autres arguments pour faire échec à cette démarche, incluant notamment le fait que certains des critères habituels retenus par les tribunaux pour accepter de prononcer un jugement déclaratoire n'étaient pas respectés. À ce dernier égard, le MRQ faisait notamment valoir qu'il n'y avait pas d'urgence en l'espèce, que la question à déterminer n'était pas strictement une question de droit, mais qu'elle comportait également des aspects factuels et, enfin, que le contribuable disposait d'autres recours que le jugement déclaratoire pour obtenir une interprétation de la *Loi sur les impôts*, incluant le recours en

---

9 L.R.Q., c. C-25 et mod.

10 *Construction Jacques (1977) inc. et autres* c. *La Reine et autres*, C.S. Montréal, n° 500-05-042457-984, 5 juillet 1999, j. Baker.

appel prévu advenant cotisation et la possibilité de faire une demande de décision anticipée.

Avant même que l'affaire ne se rende au fond, le MRQ a donc présenté une requête en irrecevabilité.

2.3. DÉCISIONS DE LA COUR

Le juge Yves Tardif a rendu un premier jugement le 31 mars 2003, pour disposer de la requête en irrecevabilité présentée par le MRQ, qu'il rejette, en acceptant donc que, dans les circonstances particulières de cette affaire, le contribuable avait le droit de s'adresser à la Cour supérieure pour obtenir une détermination préalable du droit applicable.

Au niveau de l'argument de juridiction exclusive de la Cour du Québec et de l'argument d'absence d'urgence soulevé par le MRQ, le juge Tardif offre la réponse suivante aux paragraphes 12, 13 et 21 du jugement :

> « [12] Tel n'est pas le cas, pour le moment, en l'instance. En effet, avant que les requérantes puissent contester une décision du ministère du revenu, il faudra que celui-ci se prononce sur les déclarations des requérantes. Or, le ministère peut attendre jusqu'à quatre ans avant de réviser la déclaration d'un contribuable. Or, comme l'affirme leur avocat, les requérantes doivent, à chaque semaine, prendre une décision pratique : doivent-elles effectuer des déductions sur les allocations pour frais qu'elles versent à leurs représentants désignés? Si elles ne le font pas et que le ministère ne réagit que dans quatre ans, qu'elles sont cotisées pour les montants qu'elles auraient dû retenir à la source, qu'elles sont forcées de rembourser immédiatement et que la contestation ne sera résolue que plusieurs mois ou quelques années plus tard, on peut facilement imaginer qu'elles se trouveront dans une situation difficile.
>
> [13] Puisqu'elles ne peuvent plaider pour autrui, elles ne peuvent décrire la situation fiscale de leurs représentants désignés mais on peut s'imaginer facilement que ceux-ci seront également dans l'eau chaude s'ils doivent, dans quatre ans, recevoir un avis de cotisation qui déclarerait que les allocations pour frais reçues doivent être incluses dans leurs revenus.
>
> […]
>
> [21] Comme on l'a vu, les requérantes doivent, à chaque semaine, décider si elles effectueront des déductions sur les allocations pour frais payées aux représentants désignés. Il ne s'agit pas là d'un mince problème[11]. »

[11] *Construction C.G.P.*, précité, note 7, par. 12, 13 et 21.

Pour ce qui est de l'argument du MRQ selon lequel les contribuables auraient pu s'adresser au MRQ pour obtenir une « décision anticipée » ou une « consultation tarifiée », le juge Tardif vient très près de donner raison au MRQ, mais constate, dans le bulletin d'interprétation publié à cet égard[12] que « le Ministère se réserve le droit de refuser de répondre à toute demande de consultation tarifiée ».

Dans les circonstances, le juge Tardif rejette cet argument en s'exprimant comme suit :

> « [14] Reste la consultation tarifée qui "est une déclaration du ministère à une personne l'informant de son opinion sur l'interprétation de la législation fiscale appliquée à une opération, présente ou passée, réelle ou hypothétique".
>
> [15] Ce document est, à certains égards, impressionnant puisque, en présence de certaines conditions, "une consultation tarifée lie le Ministère".
>
> [16] Le problème est que "le Ministère se réserve le droit de refuser de répondre à toute demande de consultation tarifée".
>
> [17] En l'absence de cette disposition, dont le profane, qui a pris connaissance de toutes les conditions et réserves du document ADM.2.1/R1, ne comprend pas la logique, il faudrait conclure à l'existence d'un autre forum utile.
>
> [18] Il faut cependant déduire que, dans l'état actuel des choses, il n'existe pas d'autre forum utile pour trancher ce litige[13]. » (Notre soulignement)

Le juge Tardif analyse ensuite la question en litige, pour conclure qu'il y a une difficulté réelle d'interprétation. Enfin, bien que certaines questions factuelles soient présentes, il rappelle que les faits sont toujours présents en partie, mais qu'il n'apparaît pas, au stade de la requête en irrecevabilité, que ces faits soient inextricables des questions de droit soulevées par les requérantes.

Le juge Tardif rappelle finalement qu'il lui sera toujours loisible, au moment d'étudier l'affaire au fond, de ne répondre qu'à certaines des questions posées par les requérantes et d'en rejeter d'autres, advenant que des considérations factuelles soient trop présentes dans certaines des questions posées par les requérantes.

---

12 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM. 2.1/R1, « Consultations tarifées », 30 septembre 1994.

13 *Construction C.G.P.*, précité, note 7, par. 14 à 18.

Bien que le jugement du juge Tardif réfère à certaines décisions, il est regrettable qu'il ne mentionne pas spécifiquement l'affaire *Construction Jacques*, pour en écarter définitivement l'application.

En effet, dans cette autre affaire, le contribuable s'était adressé à la Cour supérieure pour faire interpréter à l'avance à la fois la *Loi sur la taxe d'accise*[14] fédérale et la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[15] et, dans sa demande en irrecevabilité, le MRQ avait fait valoir que, tout au moins en ce qui concerne la *Loi sur la taxe d'accise*, la requérante aurait dû être dirigée vers la Cour fédérale.

Dans cette affaire, pour ce seul motif, le tribunal a accepté la demande en irrecevabilité du MRQ, sans toutefois se prononcer sur les motifs qui l'ont poussé à également refuser d'interpréter la *Loi sur la taxe de vente du Québec* qui, elle, n'est évidemment pas assujettie à la juridiction de la Cour fédérale.

Sans vouloir accroître le fardeau de travail déjà considérable des procureurs qui représentent régulièrement le MRQ devant les tribunaux, il n'apparaît pas déraisonnable que les contribuables aient la possibilité de s'adresser aux tribunaux à l'avance pour faire interpréter les lois fiscales, lorsque les conditions d'ouverture du recours en jugement déclaratoire sont présentes. De toute manière, les cas où il est possible à l'avance d'isoler une question de droit des considérations factuelles applicables devraient être relativement rares.

Finalement, au niveau du fond, le juge Tardif a rendu une deuxième décision, dans laquelle il a répondu aux questions qui lui étaient posées.

Au niveau du caractère raisonnable de l'allocation calquée sur les décrets applicables dans l'industrie de la construction, le juge Tardif accepte de se prononcer et considère que, de fait, le montant des allocations sera considéré comme « raisonnable ».

En effet, dans la mesure où le législateur a déjà accepté de considérer que les paiements effectués en vertu des décrets sont des montants qui ne sont pas imposables, il faut en conclure, selon le juge Tardif, que le législateur considère donc qu'il s'agit de « montants raisonnables » :

---

[14] L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

[15] L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

> « [16] En effet, si le représentant désigné de C.G.P. ou l'employé de G.M.P. était plutôt un salarié à qui la convention collective s'appliquait et qu'il recevait les allocations pour frais prévues à celle-ci, ces allocations pour frais ne seraient pas imposables par application des articles 39 g) de la Loi sur les impôts du Québec et 39R-1 du Règlement d'application de la Loi sur les impôts du Québec.
>
> [17] On peut croire en effet que le sous-ministre – et le législateur? – est d'avis que ces allocations pour frais payées aux salariés sont raisonnables. Peut-on en effet imaginer un seul instant qu'il accepterait que des montants déraisonnables ne soient pas imposables?
>
> [18] Donc, si les allocations pour frais sont raisonnables lorsqu'elles sont versées à des salariés à qui s'applique la convention collective, il faut conclure qu'elles le sont tout autant lorsqu'elles le sont à des représentants désignés[16]. »

3. FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

Il est fréquent que les problèmes fiscaux d'un contribuable entraînent aussi son insolvabilité ou encore se manifestent dans un contexte d'insolvabilité. C'est pourquoi nos tribunaux sont appelés chaque année à rendre des décisions mettant en jeu l'application combinée des lois fiscales et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[17].

3.1. *FETTWEIS* C. *SMRQ*[18]

Dans cette affaire, la Cour du Québec devait déterminer l'impact de la faillite d'un contribuable travailleur autonome en milieu d'année sur ses contributions de travailleur autonome à la Régie des rentes du Québec.

En effet, même s'il est généralement admis qu'une faillite qui intervient en cours d'année emporte également les obligations fiscales du contribuable jusqu'à la date de la faillite, le MRQ prétendait que, en ce qui concerne le Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ »), le contribuable qui a fait faillite en cours d'année doit tout de même payer une contribution pour toute l'année.

À cet égard, le MRQ se fondait sur l'article 53 de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[19], qui prévoit que le travailleur autonome doit payer une contribution « pour chaque année ».

---

16 *Construction C.G.P.*, précité, note 7, par. 16 à 18.

17 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

18 C.Q. Terrebonne, n° 700-32-010715-025, 20 janvier 2003, j. Paquin. On peut retrouver un résumé de ce jugement à D.F.Q.E. 2003F-28 (ci-après « *Feittweis* »).

19 L.R.Q., c. R-9 et mod.

La Cour du Québec a donné raison au contribuable dans cette affaire et a conclu que, de fait, les obligations en vertu du RRQ jusqu'au 6 avril 1998 faisaient partie de la faillite et étaient donc une « réclamation prouvable » :

> « [6] Le Tribunal ne partage pas cette opinion. Vu que la «LRRQ» ne prévoit pas de disposition dans le cas de faillite du contribuable, en l'occurrence le travailleur autonome, contrairement à la «LIQ», il faut alors obligatoirement se référer aux dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité à laquelle l'intimé doit être soumis, sauf dispositions contraires de la Loi. Les gains antérieurs à la faillite constituent donc une réclamation prouvable aux termes des articles 121 (1) et suivants de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité qui pourra ou pouvait être colloquée selon les dispositions de l'article 136[20]. »

Il faut noter qu'il s'agit d'une décision rendue par la division des petites créances de la Cour du Québec, ce qui limite sa portée comme précédent. Les contribuables seront toutefois heureux de savoir que cette interprétation est cohérente avec la situation qui prévaut en matière d'impôt sur le revenu.

3.2. *SMRQ* c. *LE GARDIEN VIGILANT INC.*[21]

Généralement, lorsqu'un contribuable se place sous la protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en déposant une proposition concordataire ou un avis d'intention de faire une proposition concordataire, l'alinéa 69.1(1)a) L.F.I. prévoit que les procédures entreprises contre le contribuable doivent être suspendues :

> « 69.1 (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (6) et des articles 69.4 et 69.5, entre la date de dépôt d'une proposition visant une personne insolvable et :
>
> a) soit sa faillite, soit la libération du syndic, les créanciers n'ont aucun recours contre elle ou contre ses biens et ne peuvent intenter ou continuer aucune action, exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite; […]. »

Par ailleurs, un contribuable qui désire exploiter une entreprise au Québec doit obtenir du MRQ un certificat d'inscription, en vertu des lois fiscales québécoises. Lorsqu'il s'agit d'un contribuable qui n'a pas respecté ses obligations envers le MRQ ou qui a commis une infraction aux lois

---

20 *Feittweis*, précité, note 18, par. 6.

21 C.S. Chicoutimi, n° 150-17-000476-033, 29 janvier 2003, j. Banford. On peut retrouver un résumé de ce jugement à D.F.Q.E. 2003F-38 (ci-après « *Le Gardien Vigilant* »).

fiscales, les articles 17.3 à 17.6 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[22] confèrent au MRQ le pouvoir d'exiger un cautionnement avant d'octroyer un certificat d'inscription ou encore de suspendre ou révoquer un certificat d'inscription.

Finalement, l'article 68.1 L.M.R. prévoit que le MRQ peut s'adresser au tribunal pour obtenir une injonction afin d'interdire l'exploitation d'un commerce à l'égard duquel le contribuable ne détient pas de certificat et d'ordonner la fermeture de ce commerce.

Dans l'affaire *Le Gardien Vigilant*, le MRQ a révoqué le certificat du contribuable et a demandé à la Cour d'émettre une injonction en vertu de l'article 68.1 L.M.R.

Pour sa part, le contribuable a déposé un avis d'intention de soumettre une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, de telle sorte qu'il a prétendu devant la Cour que le recours du MRQ pour fermer son établissement devait être suspendu, en attendant le dénouement de son éventuelle proposition concordataire.

Le juge Roger Banford de la Cour supérieure à Chicoutimi a donné raison au MRQ dans cette affaire, en s'exprimant ainsi, aux paragraphes 4 à 8 de son jugement :

> « [4] Toutefois, il est de jurisprudence reconnu que l'effet suspensif des procédures prévu à la LFI ne concerne que les procédures entreprises en vue du recouvrement d'une créance. En l'instance, l'objectif de la procédure vise à empêcher l'exercice illégal d'une activité commerciale tant que l'opérateur du commerce n'aura pas payé les droits requis pour l'émission d'un certificat d'inscription valide, suivant les dispositions des articles 407 et 415 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec.*
>
> [5] L'intimée plaide que refuser d'appliquer l'article 69 (1) LFI priverait le débiteur de son droit de formuler une proposition à ses créanciers, parce qu'il ne serait plus en mesure d'opérer le commerce.
>
> [6] Cette prétention repose sur une fausse prémisse. Pour exercer légalement une activité commerciale, le commerçant doit détenir en tout temps le certificat d'inscription exigé par la loi. Par conséquent, même sans les actuelles procédures, le débiteur ne pourrait légalement poursuivre ses opérations.

---

[22] L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

> [7] Ainsi, même l'application de l'article 69 (1) LFI ne lui serait d'aucun secours, dans les circonstances. Par contre, même après l'émission de l'injonction réclamée, le débiteur pourrait remédier à son défaut, opérer légalement et procéder au dépôt d'une proposition à ses créanciers.
>
> [8] Dans les circonstances, comme la suspension des procédures prévue par l'article 69 (1) LFI ne peut trouver application lorsque les procédures sont entreprises pour empêcher la continuation d'infraction à la loi, il n'y a pas lieu de retenir le moyen de non-recevabilité présenté par l'intimée[23]. »

L'élément déterminant du jugement a donc été la conclusion du juge Banford stipulant que la procédure pour fermer le commerce n'était pas « une procédure entreprise en vue du recouvrement d'une créance », alors que seules de telles procédures sont suspendues par le dépôt d'un avis d'intention, selon la jurisprudence qui a été présentée au tribunal.

Malheureusement, le jugement ne contient pas d'informations factuelles additionnelles concernant les motifs pour lesquels le certificat d'enregistrement a été révoqué le 5 décembre 2002. S'agissait-il alors de la commission d'une infraction ou du défaut du contribuable de remettre au MRQ des sommes perçues en son nom à titre de mandataire?

Dans la mesure où le certificat aurait été révoqué en raison de problèmes de recouvrement, il aurait été intéressant d'en savoir plus long sur les motifs qui ont poussé le juge Banford à conclure qu'il ne s'agissait pas de « procédures entreprises en vue du recouvrement d'une créance ».

Par ailleurs, s'il ne s'agissait pas d'un problème de recouvrement mais plutôt, par exemple, d'une infraction, on peut alors plus facilement comprendre le juge Banford d'en être arrivé à la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'une « procédure entreprise en vue du recouvrement d'une créance ».

Dans tous les cas, les mandataires qui déposent une proposition concordataire et dont le comportement passé donne ouverture à une demande de cautionnement du MRQ ou à une révocation de leur certificat par le MRQ seraient avisés de bien envisager cette possibilité dans le texte de leur proposition ou dans leurs discussions relatives à la proposition avec le MRQ.

En effet, advenant l'insatisfaction du MRQ à la suite de l'acceptation d'une proposition, par exemple si le vote était contrôlé par d'autres

---

23 *Le Gardien Vigilant*, précité, note 21, par. 4 à 8.

créanciers, on peut penser que le MRQ pourrait faire échec au processus, en demandant, pour l'avenir, après l'acceptation de la proposition, la remise par le mandataire au MRQ d'un cautionnement important ou encore la révocation du certificat d'enregistrement.

Finalement, si le MRQ était tenté de se prévaloir plus systématiquement de la procédure de révocation du certificat d'enregistrement dans les cas où les contribuables insolvables en défaut d'avoir fait des remises de taxes se placent sous la protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, on peut s'attendre à ce que la question en litige dans l'affaire *Le Gardien Vigilant* soit à nouveau soumise aux tribunaux et qu'elle fasse alors l'objet d'une bataille rangée entre le MRQ, les débiteurs, leurs autres créanciers et leurs syndics.

En effet, utilisée à outrance, cette manière de procéder pourrait indirectement conférer au MRQ un droit de veto sur le sort éventuel de l'entreprise et de sa proposition et les tribunaux pourraient être appelés à déterminer qu'il n'est pas nécessairement acceptable qu'une loi provinciale comme la *Loi sur le ministère du Revenu* vienne modifier le rapport de force entre les créanciers d'un débiteur visé par les dispositions de la loi fédérale que constitue la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

3.3. DANS L'AFFAIRE DE LA PROPOSITION DE *PLANCHERS BOIS-FRANC (TROIS-RIVIÈRES) INC. ET AUTRES*[24], DANS L'AFFAIRE DE LA PROPOSITION DE *R. BLAIS & FILS INC. ET AUTRES*[25] ET DANS L'AFFAIRE DE LA PROPOSITION DE *LE ROYAL PENFIELD INC. ET AUTRES*[26]

Lorsqu'une compagnie dépose une proposition concordataire, le paragraphe 50(13) L.F.I. prévoit qu'elle peut stipuler que l'acceptation de sa proposition concordataire entraînera également la libération des réclamations contre les administrateurs :

---

[24] C.S. Trois-Rivières, n° 400-11-002072-022, 19 novembre 2002, j. Richard. Retenu pour publication dans [2003] R.J.Q. On peut retrouver un résumé de ce jugement à D.F.Q.E. 2003F-19 (ci-après « *Planchers Bois-Franc* »).

[25] C.S. Montréal, n° 500-11-020336-034, 16 juillet 2003, j. Gascon (ci-après « *R. Blais & Fils* »).

[26] C.S. Québec, n° 200-11-010954-025, 16 juillet 2003, j. Gascon (ci-après « *Le Royal Penfield* »).

> « (13) **[Claims against directors – compromise]** A proposal made in respect of a corporation may include in its terms provision for the compromise of claims against directors of the corporation that arose before the commencement of proceedings under this Act and that relate to the obligations of the corporation where the directors are by law liable in their capacity as directors for the payment of such obligations.
>
> (13) [**Transaction -- réclamations contre les administrateurs]** La proposition visant une personne morale peut comporter, au profit de ses créanciers, des dispositions relatives à une transaction sur les réclamations contre ses administrateurs qui sont antérieures aux procédures intentées sous le régime de la présente loi et visent des obligations de celle-ci dont ils peuvent être, ès qualités, responsables en droit. » (Notre soulignement**)**

Pour être acceptée, une proposition concordataire doit obtenir le vote favorable d'une majorité du nombre des créanciers ordinaires votants qui ont produit une preuve de réclamations valables, représentant au moins deux tiers de la valeur de leurs créances[27].

Lorsque la valeur des créances des autres créanciers est largement supérieure à la réclamation du MRQ pour la TPS et la TVQ, il peut arriver que la proposition concordataire de la compagnie concernée donne lieu au problème suivant :

a) les autres créanciers « contrôlent le vote », puisqu'ils représentent à eux seuls plus de la moitié du nombre des créanciers et plus de deux tiers de la valeur des créances;

b) le MRQ n'a donc pas donc d'influence réelle sur le résultat du vote;

c) comme il est fréquent que ces autres créanciers ne disposent pas de recours contre les administrateurs, il est possible que seul le MRQ ait une réclamation contre les administrateurs dans le cadre de la proposition;

d) dans la mesure où la compagnie inclut dans sa proposition une clause libérant les administrateurs en vertu du paragraphe 50(13) L.F.I., le MRQ pourrait donc se retrouver dans la position où il perd son recours contre les administrateurs, sans y avoir consenti, par le seul effet du vote majoritaire des autres créanciers, qui ne sont pas concernés par cet aspect du dossier.

---

[27] Art. 54 L.F.I.

C'est précisément le problème qui se posait dans chacun des trois dossiers *Planchers Bois-Franc*, *R. Blais & Fils* et *Le Royal Penfield*.

Pour remédier à ce qu'il percevait être une injustice, le MRQ s'est adressé au tribunal pour obtenir qu'il soit classé dans une catégorie distincte de créanciers regroupant seulement les créanciers ayant une réclamation contre les administrateurs.

Pour justifier sa demande, le MRQ se fondait sur le paragraphe 50(17) L.F.I., qui se lit comme suit :

> « 50(17) [Détermination des catégories de réclamations]
>
> Le Tribunal peut, sur demande faite après le dépôt de la proposition, déterminer les catégories de réclamations contre les administrateurs et indiquer la catégorie à laquelle appartient une réclamation donnée. »

Évidemment, l'impact d'une telle demande était important puisque, pour réussir, une proposition doit obtenir le vote favorable de la majorité requise de **chaque catégorie** de créanciers visés par la proposition.

Par conséquent, si le tribunal donnait raison au MRQ dans ces affaires, le MRQ se serait retrouvé avec un droit de veto sur la proposition, puisqu'il aurait pu y faire échec en refusant de la supporter à l'intérieur de la catégorie de créanciers créée spécialement pour lui.

L'affaire *Planchers Bois-Franc* a été la première entendue par la Cour supérieure, qui a rendu sa décision le 19 novembre 2002, sous la plume du juge Michel Richard.

Pour le juge Richard, c'est l'utilisation du mot « transaction » dans le texte du paragraphe 50(13) L.F.I. qui est la clef de l'énigme, puisque cette expression suppose que les parties concernées en sont arrivées à une entente, dans la mesure où une « transaction » doit intervenir à l'égard des réclamations contre les administrateurs.

Sur la base de cette interprétation, le juge Richard conclut qu'on ne peut imposer au MRQ une « transaction » à l'égard de laquelle il n'a aucune voix au chapitre.

Le juge Richard donne donc raison au MRQ et accepte de créer une catégorie distincte de créanciers en vertu du paragraphe 50(17) L.F.I.

Les deux autres affaires ont été entendues ensemble par le juge Clément Gascon, qui a rendu deux jugements simultanés le 16 juillet 2003. Comme c'est dans le jugement rendu dans l'affaire *Le Royal Penfield* que les motifs du juge sont les plus détaillés, nous nous référerons, aux fins du présent commentaire, au texte de cette décision.

Pour une série de motifs que nous commenterons plus loin, le juge Gascon arrive quant à lui à la conclusion opposée de refuser la création d'une catégorie distincte de créanciers pour le MRQ en vertu du paragraphe 50(17) L.F.I.

Malgré l'existence de la décision *Planchers Bois-Franc* à l'effet contraire, le MRQ n'a pas porté les décisions *R. Blais & Fils* et *Le Royal Penfield* en appel. Faut-il en conclure que le MRQ est d'accord avec cette décision et qu'il ne demandera plus l'application du paragraphe 50(17) dans des circonstances semblables?

Évidemment, seul l'avenir répondra à cette question. Cependant, il est permis de noter, comme le rappelle le juge Gascon à la fin de son jugement, que le MRQ dispose dans de telles circonstances d'un autre recours prévu au paragraphe 50(15) L.F.I., qui se lit comme suit :

> « (15) [**Powers of court**] The court may declare that a claim against directors shall not be compromised if it is satisfied that the compromise would not be just and equitable in the circumstances.
>
> (15) [**Pouvoir du tribunal**] Le tribunal peut déclarer qu'une réclamation contre les administrateurs ne peut faire l'objet d'une transaction s'il est convaincu qu'elle ne serait ni juste ni équitable dans les circonstances. »

Par conséquent, dans la mesure où le MRQ pourrait convaincre le tribunal que la libération des administrateurs dans le cadre d'une proposition à laquelle il n'a pas consenti n'est pas juste et équitable, le MRQ pourrait invoquer cette disposition pour contester l'homologation de la proposition après son acceptation. Il faudra attendre d'autres décisions des tribunaux pour savoir comment ceux-ci réagiraient à une telle demande.

De plus, les paragraphes 96 et 97 du jugement du juge Gascon dans l'affaire *Le Royal Penfield* laissent entendre que sa décision aurait pu être différente, si les faits s'étaient présentés autrement. Ces paragraphes se lisent comme suit :

> « [96] Par exemple, lorsque la preuve démontre que l'objectif réel de la proposition est d'éluder les recours qui seraient autrement disponibles contre les

> administrateurs en cas de faillite ou lorsque la transaction proposée quant aux administrateurs a peu ou rien à voir avec l'objectif de l'article 50(13) LFI qui vise à favoriser leur présence pour faciliter la réorganisation de la compagnie, certains pourront y voir là un motif pour conclure différemment.
>
> [97] Aussi, dans les cas où la responsabilité des administrateurs en cette qualité est une responsabilité directe et primaire au même titre que celle de la débitrice, certains pourront y voir une justification suffisante à la création d'une catégorie distincte en vertu de l'article 50(17) LFI. Il existe en effet des situations où l'administrateur peut être directement responsable en cette qualité au même titre que la compagnie débitrice, comme pour certains dommages environnementaux ou dans certaines situations relatives à la gestion de l'entreprise[28]. »

Les procureurs qui représentent régulièrement des débiteurs seront donc bien avisés de garder à l'esprit ces extraits du jugement, si jamais le MRQ présente à nouveau une demande fondée sur le paragraphe 50(17) L.F.I. dans l'avenir.

La réserve contenue au paragraphe 97 mérite de plus qu'on s'y arrête, puisqu'elle fait référence à l'un des motifs principaux pour lesquels le juge Gascon est arrivé à la conclusion de ne pas créer une catégorie distincte de créanciers pour le MRQ.

En effet, aux paragraphes 83 et suivants de son jugement, le juge Gascon rappelle que la créance du MRQ contre les administrateurs n'est pas une créance certaine, mais plutôt une créance « potentielle », puisque son exercice est assujetti à la réalisation de certaines conditions préalables, incluant les suivantes :

a) généralement, avant de rendre l'administrateur responsable, les lois fiscales exigent qu'un jugement ait été obtenu contre la compagnie en défaut et qu'il ait été impossible de l'exécuter ou encore que la compagnie en défaut soit en faillite ou en procédure de liquidation;

b) dans la mesure où les autorités fiscales n'ont pas obtenu un jugement contre la compagnie en défaut, qu'elles n'ont pas été dans l'impossibilité de recouvrer avant le dépôt d'une proposition, il est donc permis de penser que le droit des autorités fiscales de faire une réclamation aux administrateurs n'est même pas encore ouvert au moment où la proposition est déposée (il est même permis de penser que, advenant l'acceptation de la proposition, les administrateurs pourraient faire échec

---

28 *Le Royal Penfield*, précité, note 26.

à une réclamation éventuelle, même si la proposition ne contenait pas une stipulation spécifique en vertu du paragraphe 50(13) L.F.I., puisque, advenant le respect subséquent par la compagnie des obligations qui lui incombent en vertu de la proposition, le MRQ ne pourrait plus obtenir un jugement contre la compagnie et le faire exécuter, pour ensuite constater le défaut de la compagnie);

c) finalement, la loi accorde aux administrateurs, au moment où une réclamation leur sera faite, des moyens de défense, comme la défense de soin, de diligence et d'habilité contenue à l'article 24.0.2 L.M.R., au paragraphe 323(3) L.T.A. et au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[29], de telle sorte que la réclamation ne deviendra « certaine » qu'après que ces moyens de défense auront été évacués.

C'est donc pourquoi, au paragraphe 97 de son jugement, le juge Gascon précise que sa décision aurait pu être différente, s'il avait été en présence d'une créance certaine et directe contre les administrateurs, plutôt qu'une créance « potentielle ».

Pour ce qui est des autres motifs retenus par le juge Gascon pour faire échec à la demande du MRQ de créer une catégorie de créanciers distincte, les principaux sont les suivants :

a) le juge Gascon n'interprète pas le mot « transaction » contenu dans le texte d'une loi fédérale comme le paragraphe 50(13) L.F.I. de la même manière que l'avait fait le juge Richard dans l'affaire *Planchers Bois-Franc*, qui l'avait quant à lui assimilée à une « transaction » au sens de l'article 2631 du *Code civil du Québec*[30], exigeant donc la participation active de toutes les parties à la transaction;

b) pour sa part, en examinant les autres dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* où le mot « transaction » est utilisé à la fois dans les versions anglaise et française, le juge Gascon conclut qu'il faut donner au mot « transaction » le sens de « concordat », « arrangement » ou « compromis »;

c) les paragraphes 38 à 43 du jugement sont évocateurs à ce sujet :

---

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

30 L.Q. 1991, c. 64.

> « [38] D'autres ont aussi souligné qu'un objectif à rechercher dans le sens à donner à un article de la LFI est d'assurer une certaine uniformité, de telle sorte que le sens en français ne soit pas différent de celui en anglais.
>
> [39] En somme, il faut rechercher une interprétation qui donne un sens semblable et compatible au terme "transaction" ou "compromise" tant dans sa version française qu'anglaise.
>
> [40] Or, les dictionnaires usuels français donnent au mot " transaction" entre autres le sens de "concordat", "arrangement", ou "compromis".
>
> [41] Pour leur part, les dictionnaires anglais traduisent aussi le mot "compromise" en référant notamment à la notion d'"accepter un compromis", de "compromis" et d'"arrangement".
>
> [42] Un trait commun découle de cela. Tant en français qu'en anglais, le terme "transaction" ou "compromise" traduit l'idée d'un compromis, concordat ou arrangement. Bref, de ce qui est visé par les articles 50 et suivants de la LFI dans le contexte des propositions concordataires ou de ce qui est visé par la LACC dans le contexte des arrangements avec les créanciers des compagnies.
>
> [43] Associer, comme le suggère la débitrice, la référence à une "transaction" à la proposition elle-même respecte alors beaucoup mieux le sens des versions française et anglaise de l'article 50(13) et le contexte de la partie où il s'inscrit, contrairement au processus en deux étapes que le Ministère avance[31]. »;

d) le juge Gascon rappelle ensuite que le paragraphe 69.31(1) L.F.I. prévoit que le dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition suspend non seulement les recours contre la compagnie concernée mais également la suspension des recours contre ses administrateurs, ce qui va à l'encontre de l'interprétation proposée par le MRQ selon laquelle il faudrait que les administrateurs négocient une transaction avec le MRQ, avant le dépôt de la proposition ou le vote sur celle-ci afin de bénéficier des dispositions du paragraphe 50(13) L.F.I.;

e) le juge Gascon rappelle ensuite que, en matière de proposition concordataire, le vote global des créanciers visés par la proposition est le principe et que la création d'une catégorie distincte est l'exception;

f) après avoir examiné, aux paragraphes 63 à 70 de son jugement, les critères qui sont habituellement examinés par les tribunaux pour envisager l'établissement d'une catégorie distincte de créanciers, le juge

---

[31] *Le Royal Penfield*, précité, note 26, par. 38 à 43.

Gascon conclut que les faits dans l'affaire *Le Royal Penfield* ne donnent pas ouverture à l'application de ces critères;

g) notamment, le juge Gascon relève que le syndic à la proposition a recommandé dans son rapport, qui n'a pas été contesté par le MRQ, l'acceptation de la proposition en indiquant qu'il lui apparaissait qu'elle avait été établie dans l'intérêt des créanciers;

h) de plus, le juge Gascon note que rien ne permet d'affirmer que la proposition avait été conçue dans le but d'éluder de manière détournée les recours qui seraient autrement disponibles contre les administrateurs;

i) le juge Gascon conclut donc que la seule existence d'un recours « potentiel » contre les administrateurs est loin de justifier une décision qui aurait pour effet d'accorder au MRQ un droit de veto sur l'acceptation de la proposition.

Comme mentionné plus tôt, en présence de décisions contradictoires, mais de deux décisions plus élaborées rendues plus tard et qui n'ont pas été portées en appel, seul l'avenir nous dira si le MRQ tentera à nouveau sa chance en vertu du paragraphe 50(17) L.F.I. ou s'il choisira plutôt de tenter de s'opposer à l'homologation de la proposition en vertu du paragraphe 50(15) L.F.I., si des circonstances semblables se présentent à nouveau.

Même dans ce dernier scénario, sur la base de l'analyse en profondeur effectuée par le juge Gascon dans l'affaire *Le Royal Penfield*, il appert que le MRQ aura fort à faire pour convaincre le tribunal que l'homologation de la proposition ne serait pas « juste et équitable », surtout si le rapport du syndic favorable à la proposition n'a pas été sérieusement remis en question.

4. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Bien qu'elles aient été intégrées aux lois fiscales depuis près de 20 ans et bien qu'elles soient en apparence relativement simples, les dispositions des lois fiscales prévoyant la responsabilité des administrateurs d'une compagnie continuent de faire l'objet d'un grand nombre de décisions jurisprudentielles chaque année.

Le texte qui suit est un résumé des principales décisions rendues cette année à ce sujet.

4.1. DÉCISIONS PROVINCIALES

4.1.1. Possibilité de réclamer une perte au titre d'un placement d'entreprise à l'égard des sommes payées au gouvernement à la suite d'une cotisation comme administrateur : *Trottier* c. *SMRQ*[32]

Dans cette affaire, par suite de la faillite de la compagnie concernée intervenue le 22 février 1996, le contribuable a été appelé à payer au MRQ, à même ses ressources personnelles, 74 310 $ en matière de TPS et TVQ entre juin et septembre 1996, pour respecter les obligations que la compagnie n'avait pas remplies à cet égard avant sa faillite.

En produisant sa déclaration fiscale pour l'année 1996, le contribuable a réclamé une perte au titre d'un placement d'entreprise à l'égard de ce paiement.

Dans de telles circonstances, il est généralement admis que :

a) le contribuable qui paie les obligations fiscales d'une compagnie par suite d'une cotisation du fisc est subrogé dans les droits du fisc et acquiert donc une créance contre la compagnie;

b) la plupart du temps, il y a aussi disposition réputée immédiate de cette créance pour une considération de néant, puisque la compagnie est généralement insolvable au moment où une réclamation est faite par les autorités fiscales à ses administrateurs et puisque la créance acquise par l'administrateur contre la compagnie, à la suite du paiement de la réclamation des autorités fiscales, est généralement irrécupérable dès le moment où elle est acquise.

Pour s'opposer à la demande faite par le contribuable d'une perte au titre d'un placement d'entreprise, le MRQ soulevait toutefois l'article 240 L.I., qui se lit comme suit :

> « Une perte provenant de l'aliénation d'une créance ou d'un autre droit de recevoir un montant est inadmissible sauf si le contribuable a acquis cette créance ou ce droit en vue de faire produire ou gagner un revenu d'une entreprise ou d'un bien autre qu'un revenu exonéré d'impôt ou en contrepartie

---

32 C.Q. Montréal, n° 500-02-086674-004, 2 décembre 2002, j. Filion. On peut retrouver un résumé de ce jugement à D.F.Q.E. 2003F-14.

> de l'aliénation d'une immobilisation en faveur d'une personne avec laquelle il n'avait pas de lien de dépendance. »

Il est à noter que ce texte est à peu près semblable au texte du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R.

Comme le paiement a été effectué après la faillite et comme la créance de l'administrateur contre la compagnie, née à la suite de ce paiement, était irrécouvrable dès sa naissance, le juge Claude Filion conclut que, de fait, la créance n'a pas été acquise « en vue de faire produire ou gagner un revenu d'une entreprise ou d'un bien ».

Au-delà de cette conclusion factuelle, il faut toutefois noter que la décision du juge Filion comporte deux éléments particuliers qui semblent avoir fortement contribué à ses conclusions.

En premier lieu, au début du paragraphe 6 de son jugement, le juge Filion indique ce qui suit :

> « [6] Nul doute que le requérant, en payant les taxes dues par la Maison Cornemuse Inc., subissait une perte en capital[33]. »

Par conséquent, le juge Filion considère que le contribuable-administrateur a subi une perte en capital, qu'il pourra déduire contre ses gains en capital éventuels, mais qu'il ne peut jouir du privilège de convertir cette perte en capital en perte au titre d'un placement d'entreprise, déductible dans la même proportion qu'une perte en capital, mais à l'encontre de toutes les sources de revenu, pour le motif qu'il n'a pas acquis la créance dans le but de gagner du revenu tel qu'il est exigé par l'article 240 L.I.

Pourtant, tel qu'il est rédigé, l'article 240 L.I. semble prévoir qu'une perte, peu importe sa nature, devient inadmissible si la créance dont elle résulte n'a pas été acquise dans le but de gagner du revenu.

Par conséquent, en principe, il appert que si cette disposition était applicable, il est aussi douteux que la perte puisse être considérée comme une perte en capital et que, à partir du moment où le juge conclut qu'une perte en capital admissible existe, il ne lui reste ensuite qu'à examiner la présence ou non des critères permettant de convertir cette perte en capital en perte au titre d'un placement d'entreprise.

---

[33] *Id.*, par. 6.

L'autre aspect surprenant de ce jugement est la conclusion du juge Filion à l'égard des étapes procédurales requises, avant que le MRQ puisse faire une réclamation aux administrateurs.

À cet égard, l'article 24.0.1 L.M.R. *in fine,* tel qu'il est rapporté au paragraphe 7 du jugement, prévoit que ce n'est que dans les cas suivants que le MRQ peut faire une réclamation aux administrateurs :

> « a) lorsqu'un bref d'exécution à l'égard de la société est rapporté insatisfait en totalité ou en partie à la suite d'un jugement rendu en faveur du sous-ministre en vertu de l'article 13;
>
> b) lorsque la société fait l'objet d'une ordonnance de mise en liquidation ou devient faillie au sens de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (Lois révisées du Canada (1985), chapitre B-3) et qu'une réclamation est produite. »

À cet égard, le juge Filion conclut ce qui suit, au début du paragraphe 8 de sa décision :

> « [8] Au surplus, la Cour est d'avis que l'obligation de l'administrateur naît lorsque les deux conditions prévues dans l'article 24.0.1 sont réunies. L'obligation de l'administrateur ne peut donc prendre naissance qu'après la faillite de l'entreprise dont il est l'administrateur[34]. »

Il sera intéressant de déterminer si les tribunaux et le MRQ suivront cette interprétation dans l'avenir, puisqu'elle suggère que le MRQ ne peut pas cotiser les administrateurs, à moins d'avoir d'abord provoqué la faillite de l'entreprise concernée. De même, en interprétant la décision du juge Filion à la lettre, si une faillite intervient avant que le MRQ ait eu le temps de satisfaire à l'exigence (a), à savoir qu'un bref d'exécution ait été rapporté insatisfait en totalité ou en partie à la suite d'un jugement rendu en faveur du sous-ministre en vertu de l'article 13 L.M.R., d'autres administrateurs pourraient invoquer que les deux conditions prévues dans l'article 24.0.1 L.M.R. sont réunies, de telle sorte que les exigences proposées par le juge Filion pour donner ouverture au recours du MRQ contre l'administrateur ne seraient pas respectées.

Il semble que cette interprétation nouvelle de l'article 24.0.1 L.M.R. proposée par le juge Filion ait joué un rôle important dans sa décision, de telle sorte qu'il est permis de se demander s'il en serait arrivé à la même conclusion, en l'absence de cette interprétation.

---

[34] *Id.*, par. 8.

Enfin, dans ce dossier, le contribuable-administrateur a aussi plaidé qu'il devait être considéré comme ayant fait le paiement « dans le but de gagner du revenu », pour le motif que ce paiement lui permettait de bien paraître devant l'institution financière de la compagnie, avec laquelle il souhaitait maintenir de bonnes relations d'affaires pour ses entreprises futures. Malheureusement pour le contribuable, le juge Filion a considéré que le lien entre le paiement et la possibilité de tirer des revenus futurs de cette bonne relation était trop indirect et éloigné pour écarter l'application de l'article 240 L.I.

En terminant, il faut noter qu'il existe une décision similaire au fédéral[35], dans laquelle le contribuable s'est aussi vu refuser la perte au titre d'un placement d'entreprise qu'il réclamait, pour le même motif que la créance contre la compagnie acquise en raison du paiement n'avait pas été acquise dans le but de gagner du revenu.

Dans cette affaire fédérale, l'analyse qui avait été faite est la suivante :

a) la situation de l'administrateur qui est appelé à payer une obligation d'une compagnie en vertu d'une loi fiscale s'apparente de très près à la situation d'un actionnaire ou d'un administrateur qui a garanti les dettes d'une compagnie et qui est appelé à honorer sa garantie lorsque la compagnie devient insolvable;

b) s'il fallait toujours se placer au moment où le paiement a été effectué, c'est-à-dire après que la compagnie est devenue insolvable, il serait impossible dans chaque cas de prétendre que la créance contre la compagnie qui résulte du paiement a été acquise « dans le but de gagner du revenu », puisque cette créance devient irrécouvrable dès qu'elle est acquise;

c) dans le cas semblable du contribuable qui a garanti les dettes d'une compagnie, les tribunaux ont donc conclu, pour déterminer s'il a acquis la créance dans le but de gagner du revenu, qu'il fallait se placer non pas au moment où le contribuable a ultimement été placé dans l'obligation d'honorer sa garantie, mais plutôt au moment où il a souscrit cette garantie;

d) lorsqu'un contribuable-actionnaire garantit les obligations de sa compagnie, même s'il ne réclame pas à sa compagnie un « honoraire de

---

35 *Poirier* c. *La Reine*, [2000] D.T.C. 2463 (C.C.I.) (ci-après « *Poirier* »).

garantie », il est clair qu'il agit « dans le but de gagner du revenu », de telle sorte que, s'il est tenu ultérieurement d'honorer cette garantie, même après l'insolvabilité de la compagnie, la créance qu'il acquiert contre la compagnie peut être considérée comme ayant été acquise « dans le but de gagner du revenu »;

e) cependant, même s'il y a des similitudes entre la situation de l'actionnaire ou l'administrateur qui a garanti les obligations de la compagnie et la situation d'un administrateur qui est responsable des obligations d'une compagnie en vertu des lois fiscales, le juge Bowman en est arrivé à la conclusion que, en définitive, l'analyse juridique doit être différente, puisqu'il s'exprimait ainsi, aux paragraphes 16 et 17 de son jugement :

> « [16] That is not the situation here. I agree with the submission by counsel for the respondent that when the appellant made the payments in question the company was no longer in operation. It had ceased operations and was insolvent. There is a world of difference between making good under a guarantee of a corporation that was given when it was in operation, with a view to enhancing its income earning potential, and paying an obligation imposed by law or to remove a lien after there is no possibility of earning income from the corporation. I would compare this with the situation where a business has ceased but an obligation that results from the business that was previously carried on arises and must be satisfied. The fulfilment of that obligation would seem to me to be for the purpose of gaining or producing income from a business. Here, however, the obligation to pay the company's indebtedness arose after the company has ceased operations.
>
> [17] The appeal is therefore dismissed[36]. »

Il est permis de se demander si, dans l'affaire *Poirier*, le procureur du contribuable avait pensé à soulever l'argument que, en acceptant d'agir comme administrateur, le contribuable avait pour but premier et fondamental de servir l'entreprise de la compagnie et de lui faire gagner du revenu, dans le but de lui-même retirer un revenu de bien de son placement comme actionnaire de la compagnie, ce qui aurait pu permettre de faire le lien entre la situation d'un actionnaire ou administrateur qui garantit les dettes de la compagnie et celle d'un administrateur qui se fait cotiser par les autorités fiscales pour les dettes fiscales de la compagnie.

Peu importe cette distinction, ces décisions apparaissent lourdes à porter pour les administrateurs qui sont également actionnaires de la compagnie

---

36 *Id.*, par. 16 et 17.

concernée, qui ont payé l'impôt sur les dividendes qu'ils ont reçus de cette compagnie pendant son existence et qui se voient en bout de ligne refuser la déduction d'une perte qu'ils ont bel et bien subie.

Peut-être que le législateur devrait donc envisager une intervention sur cette question.

4.1.2. Défense de soin, de diligence et d'habileté : différences entre la loi fédérale et la loi provinciale? *Jobin* c. *SMRQ*[37]

Dans ce dossier, le procureur du contribuable, qui avait été cotisé comme administrateur en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R., a soulevé un argument assez intéressant devant le juge Michel Lassonde de la Cour du Québec, en faisant valoir que les textes fédéraux et provinciaux sont rédigés de manière tellement différente, qu'il faut en conclure que la défense de soin, de diligence et d'habileté doit être interprétée différemment au Québec qu'elle l'est au fédéral.

Les trois principaux textes législatifs pertinents sont l'article 24.0.2 L.M.R., le paragraphe 227.1(3) L.I.R. et le paragraphe 323(3) L.T.A., qui se lisent comme suit :

> « 24.0.2 L'article 24.0.1 ne s'applique pas à un administrateur qui a agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances ou qui, dans ces mêmes circonstances, n'a pu avoir connaissance de l'omission visée par cet article. »
>
> « 227.1 (3) Un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables. »
>
> « 323 (3) Un administrateur n'encourt pas de responsabilité s'il a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement visé au paragraphe (1) que ne l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. »

Les trois différences qui suivent surgissent de ces textes :

---

[37] [2003] D.T.C. 5043 (C.Q.) (ci-après « *Jobin* »).

a) la loi fédérale parle « du soin, de la diligence et de l'habileté manifestés "pour prévenir le manquement" », alors que la loi provinciale ne fait pas référence au concept de prévention et semble donc vouloir que le soin, la diligence et l'habileté soient examinés dans un contexte plus large;

b) la loi provinciale ajoute la notion d'omission dont l'administrateur n'a pu avoir connaissance, alors que cette notion n'est pas contenue dans la loi fédérale (il faut cependant dire, à cet égard, que cette notion est depuis longtemps reconnue par la jurisprudence fédérale[38]);

c) la loi provinciale parle de soin, de diligence et d'habileté « raisonnables dans les circonstances », alors que la loi fédérale fait référence au comportement d'une « personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances ».

Le procureur a donc fait valoir au tribunal que le test provincial était un test purement subjectif et que le comportement des administrateurs doit donc être évalué strictement à partir des normes de comportement de l'administrateur lui-même et non des normes de la société.

Le procureur du contribuable s'appuyait notamment à cet égard sur un texte de doctrine[39] qui est résumé comme suit au paragraphe 21 du jugement :

> « Nous avons vu que le libellé de l'article 24.0.2 LMR est fondamentalement différent du libellé des autres dispositions mentionnées. Il est donc évident que si le législateur québécois avait voulu faire en sorte que l'article 24.0.2 LMR instaure un modèle abstrait aux fins d'apprécier la responsabilité d'un administrateur, il aurait rédigé différemment cet article. Rien ne l'empêchait d'utiliser des termes semblables à ceux déjà utilisés par lui à l'article 1710 C.c. ou à ceux utilisés par le législateur fédéral dans les articles 227.1 LIR et 123 (4) LSA. Il a choisi de ne pas le faire, privilégiant plutôt un libellé indiquant son intention d'adopter un modèle subjectif (in concreto) d'appréciation de la responsabilité des administrateurs. Ce libellé est clair : il ne peut être interprété autrement[40]. »

---

38 *MacCormack* c. *MRN*, C.C.I., n° 90-3538(IT)G, 6 juin 1995, j. Rip. On peut retrouver un résumé de ce jugement à [1995] 2 C.T.C. 2410; *Snow* c. *MRN*, 91 D.T.C. 832 (C.C.I.); *Bianco* c. *MRN*, 91 D.T.C. 1366 (C.C.I.); *Edmondson* c. *MRN*, 88 D.T.C. 1542 (C.C.I.).

39 Jean-Pierre ROY et Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS, « L'appréciation de la responsabilité des administrateurs et l'utilisation du critère subjectif dans la *Loi sur le ministère du Revenu* », (1991), vol. 13, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 323-361.

40 *Jobin*, précité, note 37, par. 21.

Tout en reconnaissant les distinctions entre la loi provinciale et la loi fédérale, le juge Lassonde dispose habilement de cet argument, aux paragraphes 22 à 24 de son jugement, en précisant qu'il faut appliquer une norme mixte, à la fois objective et subjective, ce qui revient ni plus ni moins à appliquer le modèle proposé par les tribunaux dans les dossiers fédéraux :

> « [22] Avec égard, le Tribunal est d'avis qu'il ne saurait être question d'avaliser un tel point de vue. Il partage plutôt à ce sujet l'opinion du juge Baudouin.
>
> Critère du modèle concret – L'appréciation in concreto consiste à mettre en parallèle la conduite habituelle de l'auteur du préjudice et celle qu'on lui reproche d'avoir eue au moment où il a causé le dommage. Dans cette perspective, il y a faute si son comportement n'est pas conforme à celui qu'il a l'habitude d'avoir. Ce critère met donc un accent particulier sur la personnalité de l'individu, son mode de vie, ses habitudes, ses réflexes, son intelligence, ses qualités et ses défauts. L'utilisation du critère concret soulève des objections sérieuses. Si l'agent a l'habitude cause préjudice à autrui, puisqu'il se sera comporté normalement. Inversement, celui qui a toujours montré la plus grande prudence sera responsable pour la plus légère entorse à sa conduite habituelle. L'utilisation de l'appréciation in concreto aboutit en fin de compte à l'évaluation de la responsabilité morale de l'individu. Elle ne peut être admise en droit puisque, essentiellement subjective, elle ne tient aucun compte de la dimension sociale du comportement individuel, et élimine toute norme objective de conduite. Le problème, en effet, n'est pas de savoir si l'agent a contrevenu à sa propre norme de conduite, mais bien plus de déterminer s'il s'est conformé au standard généralement accepté dans la société.
>
> [23] L'intention du législateur, puisque c'est ce dont il est question, est plutôt de l'avis du Tribunal d'utiliser un modèle mixte. En effet, si d'une part le Tribunal peut considérer la situation et les caractéristiques propres de l'administrateur visé, il doit d'autre part comparer la conduite de cette personne à un standard objectif afin d'éviter tout dérapage social.
>
> [24] C'est exactement ce que le Tribunal a l'intention de faire dans le présent dossier[41]. »

L'approche du juge Lassonde dans les circonstances apparaît très raisonnable, puisque l'approche *in concreto* proposée par le procureur de l'appelante et les auteurs auxquels il se réfère présente des difficultés d'application sérieuses, surtout lorsqu'il s'agit d'un contribuable dont le comportement général est délinquant.

Pour le reste, ce jugement confirme que les tribunaux sont généralement impitoyables envers les contribuables qui, dans le but de sauver leur

---

[41] *Id.*, par. 22 à 24.

entreprise, choisissent consciemment de se financer à même les sommes perçues à titre de mandataires des autorités fiscales.

Les faits dans cette affaire étaient particulièrement flagrants puisque la preuve révèle ce qui suit :

a) des retards répétés dans la production des formulaires de remises;

b) des retards additionnels répétés dans le paiement des remises dues;

c) le montant des remises en défaut était largement supérieur à la dette bancaire totale de la compagnie concernée;

d) la portion des remises payées était infime par rapport aux remises totales (1 000 $ sur plus de 30 000 $);

e) le gouvernement était donc devenu le banquier *de facto* de la compagnie.

Les paragraphes 47 à 50 du jugement montrent comment les tribunaux réagissent à de telles situations :

> « [47] La présente affaire ressemble davantage à l'affaire *CHRUN* c. *Québec (Sous-ministre du Revenu)* (C.Q.) [1995] R.D.F.Q., 263.
>
> [48] Le Tribunal estime utile de citer certains passages du jugement du juge Rouleau dans ce dossier :
>
> Le requérant admet qu'il a diverti les montants dus à l'État, taxes de vente et retenue sur les salaires pour faire flotter son entreprise et ce en toute connaissance de cause espérant que des jours meilleurs lui permettraient dans un avenir rapproché d'effectuer les remises au ministère bien qu'il n'ait pas pensé à en discuter avec eux.
>
> La preuve révèle, et cela n'est pas contesté, que c'est en toute connaissance de cause que le requérant a choisi de se servir de l'argent qu'il devait faire parvenir au ministère pour tenter de sauver son entreprise. De plus, le requérant-appelant, contrairement aux dispositions de l'article 29 de la loi n'a pas tenu séparément ces sommes de ses propres fonds…
>
> Le Tribunal ne peut en venir à la conclusion que le requérant a agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances en détournant, il n'y a pas d'autres mots, sciemment, les sommes qu'il avait perçues de consommateurs dans le cas de taxe de vente, ou détenant pour le ministère pour une fin si louable soit-elle, ici la survie de son entreprise.

> Ces sommes ne lui appartenaient pas et un administrateur qui finance son entreprise avec de l'argent qu'il détient pour autrui n'est pas soigneux, diligent et raisonnablement habile dans les circonstances.
>
> [49] Ce texte convient très bien au présent dossier. Le requérant savait très bien que l'Inventaire Immobilier devant d'énormes sommes d'argent à l'intimé. Il a agi froidement et sans se soucier des conséquences de ses gestes.
>
> [50] Il ne devrait malheureusement pas se surprendre d'avoir à payer la note aujourd'hui[42]. »

4.2. JURISPRUDENCE FÉDÉRALE

4.2.1. Début de la prescription de deux ans dès la cessation des activités de la compagnie : *Bonch* c. *La Reine*[43]

La règle régissant la responsabilité des administrateurs prévoit qu'une réclamation ne peut être faite à un administrateur par les autorités fiscales plus de deux ans après la date à laquelle l'administrateur a cessé pour la dernière fois d'être administrateur de la compagnie concernée.

Les tribunaux ont été appelés fréquemment dans le passé à déterminer si un administrateur était considéré comme ayant cessé d'être administrateur dès qu'une compagnie cesse d'exploiter son entreprise ou fait faillite ou si l'administrateur doit plutôt remplir les formalités légales d'une démission en bonne et due forme, pour pouvoir prétendre qu'il a cessé d'être administrateur de la compagnie concernée.

Après une certaine hésitation jurisprudentielle, les tribunaux supérieurs avaient conclu, dans les affaires *La Reine* c. *Kalef*[44] et *La Reine* c. *Wellburn et Perri*[45], que la simple faillite ou cessation d'exploitation de l'entreprise de la compagnie était insuffisante, et que l'administrateur devait effectivement démissionner en bonne et due forme, pour que la prescription de deux ans commence à courir.

La décision *Bonch* se veut maintenant un pas dans la direction opposée, puisque le juge O'Connor de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la

---

42 *Id.*, par. 47 à 50.

43 [2003] G.S.T.C. 11 (C.C.I.) (ci-après « *Bonch* »).

44 96 D.T.C. 6132 (C.A.F.) (ci-après « *Kalef* »).

45 95 D.T.C. 5417 (C.F. 1re inst.).

seule cessation de l'exploitation de l'entreprise de la compagnie était suffisante pour considérer que l'administrateur avait cessé d'agir à titre d'administrateur et pour commencer la prescription de deux ans.

Cependant, il est probable que cette décision sera rapidement exclue du palmarès jurisprudentiel, puisqu'elle se fonde sur la décision qui avait été rendue en première instance dans l'affaire *Kalef*, alors que cette décision a subséquemment été renversée par la Cour d'appel fédérale.

Dans les circonstances, il est toutefois surprenant que la décision *Bonch* n'ait pas été portée en appel par l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »).

4.2.2. Administrateur « prête-nom », démission sans avis à l'Inspecteur général des institutions financières et administrateur *de facto* : *Bousquet et Tessier* c. *La Reine*[46]

Bien qu'il s'agisse d'une affaire où les faits jouent un rôle très important, la décision *Bousquet et Tessier* mérite d'être signalée, car elle aborde certains sujets intéressants.

Sommairement, les faits principaux étaient les suivants :

a) un certain Paulin Plamondon exploitait un édifice qui comportait un bar au deuxième étage;

b) après certains problèmes financiers, il a décidé de constituer une compagnie pour exploiter le bar comme locataire de l'édifice qu'il détenait et il a demandé à sa conjointe, Denise Bousquet, de constituer cette compagnie, ce qui fut fait en septembre 1996;

c) Michel Tessier a quant à lui été engagé en juin 1996 à titre de gérant du bar situé au deuxième étage;

d) quelques mois plus tard, M. Tessier a proposé à M. Plamondon de lui louer l'étage inférieur, pour qu'il y exploite lui-même un autre bar;

---

46 2003 D.T.C. 382 (C.C.I.) (ci-après « *Bousquet et Tessier* »).

e) M. Plamondon, qui était d'accord avec cette proposition, a proposé que la compagnie nouvellement constituée par son épouse pourrait servir à l'exploitation de ce bar par M. Tessier et il a donc suggéré que M. Tessier acquière pour un dollar les actions de Mme Bousquet dans cette compagnie nouvellement constituée, ce qui fut fait en septembre 1996, quelques jours après la constitution de la compagnie;

f) à cette date, Mme Bousquet a démissionné comme administratrice et a vendu ses parts à M. Tessier, de telle sorte qu'il est devenu le seul actionnaire et administrateur;

g) selon les parties, une déclaration modificative a été signée à cette occasion, mais elle n'a jamais été transmise à l'Inspecteur général des institutions financières (ci-après « IGIF »);

h) M. Plamondon et M. Tessier n'ont jamais pu en arriver à une entente finale, de telle sorte que le projet d'un deuxième bar à l'étage inférieur n'a jamais vu le jour;

i) le 3 mai 1997, M. Tessier a démissionné de son emploi comme gérant du bar du deuxième étage;

j) à l'insu de M. Tessier, M. Plamondon s'est servi, durant toute la période concernée, pour exploiter le bar au deuxième étage, de la compagnie que son épouse avait vendue à M. Tessier et cette compagnie a fait défaut de remettre ses déductions à la source;

k) même si elle avait démissionné comme administratrice lors de la vente à M. Tessier en septembre 1996, l'épouse de M. Plamondon, Mme Bousquet, a continué à poser des gestes comme administratrice, en signant notamment divers documents pour le compte de la compagnie;

l) elle prétendait toutefois qu'elle était sous l'influence de son mari et que ce n'est que sur la base des ordres et directives de ce dernier qu'elle avait signé ces documents;

m) en juillet 1999, l'ADRC a émis des avis de cotisation d'administrateur aux trois individus et chacun a porté l'affaire en appel devant la Cour canadienne de l'impôt;

n) au début de l'audition, Paulin Plamondon s'est désisté de son appel, acceptant présumément d'être considéré comme un administrateur *de facto* et offrant son témoignage pour confirmer que les deux autres

n'avaient rien à voir avec la compagnie et que ce n'est qu'à titre de « prête-nom » pour lui que Michel Tessier avait agi comme administrateur, alors que son épouse ne faisait qu'obéir à ses directives.

Les principales conclusions du juge Angers de la Cour canadienne de l'impôt sont les suivantes :

a) comme l'avis de la démission de Mme Bousquet n'a pas été envoyé à l'IGIF, il y avait une présomption qu'elle demeurait administratrice, présomption qu'elle pouvait cependant repousser par n'importe quel moyen de preuve;

b) cependant, compte tenu des gestes posés par Mme Bousquet comme administratrice après sa démission, la preuve en l'espèce n'a pas repoussé la présomption et Mme Bousquet est donc demeurée administratrice, même après sa démission;

c) cependant, comme Mme Bousquet était sous l'influence de l'autorité de son mari et qu'elle n'avait pas de véritable pouvoir décisionnel, le juge Angers accepte de l'exonérer comme administratrice, en appliquant un courant jurisprudentiel qui exclut de leur responsabilité des administrateurs membres d'une famille sous forte influence patriarcale[47] :

> « [27] En appliquant le même raisonnement en l'espèce, je suis convaincu que l'appelante a satisfait aux exigences établies au paragraphe 227.1 (3) et qu'elle a agi dans les circonstances avec le degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnable aurait exercé dans un contexte et des circonstances similaires. Une personne raisonnable aurait donc accepté d'agir à titre d'administrateur de nom et laissé la gestion à son conjoint. Étant donné les présents motifs, il n'est pas nécessaire d'aborder la question de la prescription prévue au paragraphe 227.1 (4) de la Loi[48]. »

d) quant à Tessier, et c'est là l'intérêt principal de cette décision, le juge Angers considère que, à titre d'administrateur « prête-nom », il n'était pas administrateur au sens du paragraphe 227.1(1) L.I.R., de telle sorte que sa responsabilité ne pouvait pas être retenue. Le paragraphe 17 du jugement est évocateur à ce sujet :

---

47 *Fitzgerald* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1019 (C.C.I.); *Taillefer et autres* c. *La Reine*, 95 D.T.C. 462 (C.C.I.); *Silcoff* c. *SMRQ*, [1998] R.D.F.Q. 159 (C.Q.); *Dirienzo* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 2230 (C.C.I.).

48 *Bousquet et Tessier*, précité, note 46, par. 27.

> « [17] Le témoignage de l'appelant Michel Tessier à l'interrogatoire préalable (la transcription a été déposée en preuve) et au procès démontre clairement que ce dernier s'est porté acquéreur, le 16 septembre 1996, de la seule action émise de 9041 dans le seul but de louer le nouveau bar construit à l'étage inférieur de l'immeuble de l'appelant Paulin Plamondon. Il n'a jamais exploité la société 9041 et n'était au courant ni des activités commerciales de cette société après son acquisition, ni des transactions dans lesquelles 9041 s'est engagée avec Paulin Plamondon. Dans les faits, il n'a signé aucun document qui lui aurait révélé les activités de 9041. Il était gérant du bar de l'étage supérieur et a agi ainsi jusqu'à son départ en mai 1997, lorsqu'il a constaté qu'il n'arriverait jamais à s'entendre avec Paulin Plamondon sur les conditions d'une location. La crédibilité de Michel Tessier n'a pas été misée au procès et j'accepte sa version des faits. Il ne semblait pas comprendre la nature du rôle de « prête-nom » qu'on semblait lui attribuer. L'aveu de l'appelant Plamondon, même s'il n'est pas crédible, semble confirmer le fait que l'appelant Tessier n'était pas un administrateur au sens du paragraphe 227.1 (1) et, par conséquent, il ne peut être tenu responsable du paiement des retenues que la société 9041 a omis d'effectuer durant son exploitation. Même si, habituellement, on doit se référer à la loi sur les sociétés applicable à la société 9041 pour déterminer si une personne a ou n'a pas le statut d'administrateur, je conclus en l'espèce que, dans les faits, l'appelant Michel Tessier n'a pas participé aux activités de 9041 de façon à engager sa responsabilité au sens du paragraphe 227.1 (1) de la Loi. Son appel est donc accueilli avec dépens[49]. »

S'il est fréquent que des contribuables recourent à un prête-nom pour détenir un actif en leur nom, cette décision semble être la première où les tribunaux reconnaissent qu'un administrateur peut être un « prête-nom » et donc ne pas être un véritable administrateur.

Il s'agit d'une affaire à suivre, puisqu'il est probable que d'autres plaideurs tenteront de faire valoir un argument semblable dans l'avenir.

Il faut aussi noter que la responsabilité de l'administrateur Tessier aurait également pu être exclue en invoquant tout simplement qu'il n'a pas eu et n'a pu avoir connaissance des manquements de la compagnie, à la suite des manœuvres de Plamondon pour faire exploiter le bar de l'étage supérieur par cette compagnie à son insu.

---

[49] *Id.*, par. 17.

4.2.3. Administrateur *de facto* après démission comme administrateur *de jure* : *Boivin* c. *La Reine*[50]

Cette cause mettait à nouveau en jeu la prescription de deux ans et l'épineux problème de fixer la date du début de cette période de prescription.

Dans cette affaire, deux des trois administrateurs de la compagnie ont démissionné le 15 mai 1992 et le troisième a démissionné le 10 août 1994.

Cependant, le restaurant a continué à être exploité jusqu'en décembre 1995, date à laquelle il a été fermé par le locateur.

Les cotisations de responsabilité d'administrateur ont été émises le 26 septembre 1996 et le 18 décembre 1996, soit plus de deux ans après la démission du 10 août 1994.

Cependant, après sa démission, l'administrateur en cause a continué à poser des gestes dans lesquels il a signé des documents importants pour le compte de la compagnie en cause, incluant principalement des documents pour régler les problèmes de la compagnie avec son prêteur et avec son locateur.

En fonction de ces gestes et du fait que le restaurant a continué d'être ouvert jusqu'en décembre 1995, la Cour a conclu que, malgré sa démission comme administrateur *de jure* en août 1994, l'administrateur avait continué à être administrateur *de facto* au moins jusqu'en 1995, de sorte que la prescription de deux ans n'était pas écoulée au moment où les avis de cotisation ont été émis.

Finalement, il faut noter que l'administrateur a aussi prétendu que, depuis janvier 1995, le restaurant était exploité par une autre compagnie, mais la juge Lamarre-Proulx n'a pas semblé impressionnée par la preuve offerte à cet effet. Il semble aussi que la juge Lamarre-Proulx ait eu des doutes sur le fait que la démission alléguée en août 1994 avait vraiment eu lieu. La question de la production ou non d'un avis à l'IGIF n'est toutefois pas discutée dans ce jugement.

---

50 [2003] G.S.T.C. 30 (C.C.I.) (ci-après « *Boivin* »).

4.2.4. Droit du dernier administrateur de démissionner sans être remplacé : *Netupsky* c. *La Reine*[51]

Dans cette affaire, M. Netupsky, qui était devenu le seul administrateur et actionnaire de la compagnie en cause, a démissionné en produisant un avis écrit de sa démission au siège social de la compagnie en décembre 1995, sans envoyer un avis de changement au gouvernement de la Colombie-Britannique, dont les lois contiennent des dispositions semblables aux lois québécoises sur l'envoi d'un avis à l'IGIF.

La cotisation d'administrateur ayant été émise le 15 janvier 1998, M. Netupsky a donc prétendu que la prescription de deux ans était acquise à ce moment.

L'ADRC a fait valoir trois arguments alternatifs pour faire échec à la prétention de M. Netupsky :

a) que la démission n'était pas valide sans l'envoi d'un avis au gouvernement de la Colombie-Britannique;

b) que, même si la démission était valide, M. Netupsky avait continué à agir à titre d'administrateur *de facto* après sa démission;

c) que, à titre de dernier administrateur de la compagnie, M. Netupsky ne pouvait pas démissionner de toute manière, puisqu'une compagnie doit en tout temps avoir un administrateur.

Le premier argument de l'ADRC a été repoussé assez facilement, puisque les membres du bureau d'avocats où se trouvait le siège social ont témoigné dans le sens que M. Netupsky avait bel et bien remis sa démission à cet endroit en décembre 1995.

Quant au deuxième argument, il est intéressant de noter que les gestes que l'ADRC considérait comme des gestes posés à titre d'administrateur *de facto* étaient des gestes relativement simples posés par M. Netupsky pour répondre aux demandes adressées à la compagnie par divers créanciers à la suite de la cessation de ses activités. Notamment, lorsqu'est venu le temps de mandater un professionnel pour représenter la compagnie auprès de l'ADRC, le mandat standard remis à l'ADRC pour autoriser ce professionnel a été signé par M. Netupsky pour le compte de la compagnie et l'ADRC

[51] [2003] G.S.T.C. 15 (C.C.I.) (ci-après « *Netupsky* »).

prétendait qu'il s'agissait là d'un geste faisant de M. Netupsky un administrateur *de facto*.

Contrairement à ce qui a été le cas dans l'affaire *Boivin*, les arguments de l'ADRC sur cette question ont été rejetés dans l'affaire *Netupsky*, dans laquelle le juge Bell juge que les gestes posés par M. Netupsky après sa démission ne sont pas d'une importance suffisante pour faire de lui un administrateur *de facto*. Il faut noter que, dans l'affaire *Boivin*, les gestes posés par M. Boivin étaient également et principalement des interventions faites auprès des créanciers de la compagnie mais que, dans l'affaire *Boivin*, des ententes formelles avaient été signées par M. Boivin, tant sous seing privé que dans le cadre de litige devant les tribunaux, alors qu'il s'agissait plutôt, dans l'affaire *Netupsky* de correspondance avec les créanciers.

C'est le dernier argument de l'ADRC qui est le plus important et auquel le juge Bell consacre la majeure partie de son jugement.

Le problème dans cette cause était que l'article 108 de la *Loi sur les compagnies*[52] de la Colombie-Britannique stipule que toute compagnie doit avoir au moins un administrateur. Cependant, une autre disposition de cette loi, le paragraphe 131(3), prévoit explicitement la possibilité qu'une compagnie n'ait pas, à un moment donné, d'administrateur :

> « 131 (1) Unless the articles otherwise provide, a casual vacancy that occurs among the directors may be filled for the unexpired term by the remaining directors.
>
> If the number of directors of a company is reduced below the number set by, or under, the articles as the necessary quorum for directors, the continuing directors may act for the purpose of filling the vacancies up to that number, or of summoning a general meeting of the company, but for no other purpose.
>
> <u>If there are no directors</u>, the members holding a majority of the shares entitled to elect directors may, by instrument in writing, designate one director to exercise the rights of continuing directors under subsection (2). » (Notre soulignement)

En rappelant que, pour statuer sur de telles questions, il faut s'en remettre aux lois corporatives pertinentes, le juge Bell conclut que l'article 131 de la *Loi sur les compagnies* de la Colombie-Britannique démontre que le législateur a prévu qu'il était possible, à un moment donné durant son

---

[52] L.R.C.B., 1996, c. 62.

existence, qu'une compagnie n'ait pas d'administrateur, de telle sorte qu'il est possible pour le dernier administrateur d'une compagnie de démissionner validement, même sans être remplacé.

Le juge Bell note d'ailleurs à cet égard qu'il serait complètement illogique d'en arriver à la conclusion contraire, en donnant l'exemple d'une compagnie comportant neuf administrateurs qui se précipiteraient tous pour démissionner et dont le dernier arrivé aurait la malchance de demeurer responsable sans limite de temps des obligations de la compagnie, alors que les huit autres seraient exonérés après l'expiration d'une période de deux ans.

Cette décision est conforme à une décision qui avait été rendue par la Cour d'appel du Manitoba en 1994 dans une affaire corporative[53], et le juge Bell distingue par ailleurs une décision défavorable qui avait été rendue en 1992 par la Cour canadienne de l'impôt[54], dans la mesure où cette autre affaire référait à la loi ontarienne, dont les dispositions étaient différentes de celle de la *Loi sur les compagnies* de la Colombie-Britannique.

4.2.5. Contribuables prétendant ne jamais être devenus administrateurs malgré un avis envoyé au gouvernement les désignant comme administrateurs : *Lau* c. *La Reine*[55] et *Colbran* c. *La Reine*[56]

Alors que, jusqu'à maintenant, les principaux problèmes relevés par la jurisprudence au niveau de l'envoi des avis relatifs à la composition du conseil d'administration au gouvernement concernaient le défaut d'une compagnie d'envoyer un avis de la démission d'un ou de plusieurs de ses administrateurs, ces deux causes sont originales, puisqu'elles considèrent plutôt le problème de personnes qui alléguaient n'avoir pas consenti à agir comme administrateurs d'une compagnie, mais dont le nom a tout de même été inclus dans la liste des administrateurs soumise aux autorités gouvernementales.

Dans l'affaire *Lau*, le contribuable et son épouse ont été approchés par des amis non résidents, qui désiraient ouvrir un restaurant au Canada.

---

53 *Brown* c. *Shearer*, [1994] 8 W.W.R. 290 (C.A. Man.).

54 *Zwierschke* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1003 (C.C.I.).

55 [2003] G.S.T.C. 1 (C.C.I.) (ci-après « *Lau* »).

56 [2003] G.S.T.C. 59 (C.C.I.) (ci-après « *Colbran* »).

Ces amis leur ont demandé d'incorporer au Canada et de superviser une compagnie pour exploiter le restaurant. Il était toutefois convenu que le couple Lau ne serait pas requis de s'occuper de la gestion quotidienne des affaires de la compagnie.

Les documents préparés par l'avocat corporatif pour incorporer la compagnie, comme cela est fréquemment le cas, ont été insérés dans le registre des procès-verbaux de la compagnie, sans avoir été signés par les contribuables.

Ces documents indiquaient que M. Patrick Lau et son épouse étaient tous les deux administrateurs de la compagnie.

Sur la base de ces documents, une employée du bureau d'avocats qui a préparé les documents a envoyé un avis au gouvernement qu'elle a elle-même signé, confirmant que M. Lau et son épouse étaient tous les deux administrateurs de la compagnie.

Par conséquent, après la faillite de la compagnie, l'ADRC a émis des avis de cotisation d'administrateur à M. Lau et à Mme Lau.

Mme Lau a prétendu qu'elle n'avait jamais accepté d'être administratrice de la compagnie et que son seul rôle au sein de la compagnie avait été celui de tenir les livres, en collaboration avec la firme nationale KPMG, dont les services avaient été retenus à l'égard de la comptabilité de la compagnie.

Le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a accepté sans aucune réserve les arguments de Mme Lau, selon lesquels un contribuable ne peut être désigné administrateur d'une compagnie sans son consentement :

> «[18] To hold Agatha liable as a director when she was not one, in law or in fact, based on the slapdash work of the law firm, would be unconscionable. Agatha was not at any time a director. Her appeal is allowed and the assessment against her is vacated[57]. »

Quant à M. Lau, malgré les documents non signés, il a quant à lui admis qu'il était bel et bien administrateur de la compagnie, mais il a invoqué la défense de diligence raisonnable.

---

[57] *Lau*, précité, note 55, par. 18.

En effet, selon lui, il était suffisant pour se décharger de ce fardeau de démontrer qu'il avait confié la comptabilité de la compagnie et la gestion des taxes à son épouse, dont la compétence ne faisait aucun doute à ses yeux, en plus de retenir les services de la firme nationale KPMG pour superviser le tout.

Cette cause fournissait donc à la Cour canadienne de l'impôt une excellente occasion de préciser jusqu'à quel point les administrateurs peuvent se fier, au niveau du calcul des taxes à remettre, sur les employés chargés de cette fonction à l'interne et sur les comptables externes qui supervisent le tout. La réponse du juge Bowman est sans équivoque :

> « [19] I come now to Patrick. He does not have the defence available to him that his wife has. He admits that he was a director. Like his wife he received no compensation from the company. His principal defence is due diligence. Has it been made out? I believe it has. He ensured that his wife was given instructions in keeping the books and records. He relied upon her to check with KPMG and she did so if she encountered a problem. She submitted the returns to KPMG as well as other information and if they did not get in touch with her she assumed there was no problem.
>
> [20] I do not think that one can realistically separate Patrick's defence of due diligence from his reliance upon his wife's competence. He was satisfied that she was capable of understanding and carrying out KPMG's instructions with respect to accounting for the GST. She carried out those instructions to the satisfaction of KPMG and her mastery of the ACCPAC accounting system appears to have been satisfactory. She had no reason to believe that she was doing anything wrong and neither did Patrick. All revenues were fully disclosed to KPMG, including the so-called consulting fees. They were disclosed in the financial statements prepared by KPMG[58]. »

Le juge Bowman profite également de l'occasion pour noter que la jurisprudence concernant la défense de diligence raisonnable des administrateurs a évolué et que les tribunaux sont maintenant devenus moins exigeants pour accueillir cette défense :

> « [23] There have been a number of cases in this court and in the Federal Court of Appeal involving directors' liabilities for unremitted tax under the Income Tax Act and the Excise Tax Act. I set them out in Fremlin v. R., [2002] G.S.T.C. 65 (T.C.C. [Informal Procedure]) at paragraph 32 and they need not be repeated here. They demonstrate an evolution in the law with respect to the derivative imposed in my view an unduly stringent obligation on directors. Section 323 of the Excise Tax Act and section 227.1 of the Income Tax Act do not demand the impossible. They do not require perfection. Directors are not

[58] *Id.*, par. 19 et 20.

> insurers for the fisc. All that is needed is that the director "exercise the degree of care, diligence and skill that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances"[59]. »

Il faut noter en terminant que la nature du problème de taxes qui se posait dans ce dossier a sans doute aussi aidé les contribuables. En effet, il ne s'agissait pas de taxes non perçues ou non remises sur les opérations courantes mais plutôt de taxes réclamées par l'ADRC sur des paiements relativement controversés de plus de 800 000 $ effectués à la compagnie par ses actionnaires étrangers, dont la nature juridique exacte, bien qu'ils aient été qualifiés d'honoraires de gestion, était loin d'être claire, de telle sorte qu'il n'était pas évident que ces montants étaient taxables ou non.

Dans l'autre dossier, M. Colbran était un spécialiste dans le redressement d'entreprises en difficulté dans le secteur de la restauration.

Au début de 2000, le franchiseur du groupe « Cheesecake Café » lui a demandé d'intervenir relativement à un restaurant de la chaîne situé à Victoria, en Colombie-Britannique, qui était en difficulté sérieuse après avoir été abandonné par son franchisé.

Le locateur et ses procureurs jouaient un rôle de premier plan à ce moment, puisque des loyers substantiels leur étaient dus.

Ils ont donc accepté que le restaurant continue à être exploité, mais seulement si une nouvelle compagnie était formée à cette fin, en attendant qu'un nouveau franchisé soit trouvé.

La compagnie a été incorporée par les avocats du locateur et les documents d'incorporation désignaient l'un de ces avocats comme administrateur.

Les avocats souhaitaient toutefois que M. Colbran devienne administrateur de la nouvelle compagnie formée selon les lois de la Colombie-Britannique, ce que M. Colbran était prêt à envisager éventuellement, puisqu'il faisait partie d'un groupe qui était intéressé à acquérir la franchise.

De plus, M. Colbran était résident de l'Alberta, alors que la loi en vertu de laquelle la compagnie a été incorporée exigeait, pour qu'il puisse en

---

[59] *Id.*, par. 23.

devenir le seul administrateur, qu'il soit un résident de la Colombie-Britannique.

Par conséquent, M. Colbran a posé les conditions suivantes aux avocats avant de devenir administrateur :

a) qu'il devienne résident de la Colombie-Britannique;

b) que lui et son groupe confirment leur intention d'acquérir la franchise et qu'il soit accepté comme franchisé à la fois par le franchiseur et par le locateur des lieux;

c) qu'une nouvelle convention de franchise et qu'un nouveau bail ou une nouvelle entente de sous-location intervienne.

Les avocats du locateur, qui souhaitaient évidemment ne pas rester responsables de la compagnie, ont demandé à M. Colbran de signer les registres corporatifs le désignant comme administrateur le plus rapidement possible en convenant par ailleurs avec lui, selon le témoignage de M. Colbran, que ces documents étaient signés conditionnellement et qu'ils n'entreraient pas en vigueur et ne pourraient être communiqués aux autorités tant et aussi longtemps que les conditions posées par M. Colbran ne se seraient pas matérialisées.

Contrairement aux instructions reçues de M. Colbran, les avocats ont produit quelque temps plus tard auprès des autorités gouvernementales, un avis de modification du conseil d'administration, en indiquant que l'avocat avait cessé d'agir comme administrateur et avait été remplacé comme seul administrateur par M. Colbran.

Pendant la période en question, le restaurant a été exploité sur une base quotidienne par des employés-clés et la personne qui avait, selon la plupart des témoignages, le mot final en ce qui concerne toutes les décisions importantes était le président de la chaîne « Cheesecake Café », un certain Robert Beeson.

Quant à M. Colbran, à titre de redresseur d'entreprises en difficulté, il se présentait sur les lieux entre trois jours et une semaine par mois. En effet, durant la même période, il travaillait à l'ouverture d'un autre restaurant de la même chaîne en Alberta.

Le problème de M. Colbran se présentait un peu différemment de celui de Mme Lau, puisqu'il avait tout de même signé les registres corporatifs le désignant comme administrateur et confirmant son acceptation de ce poste.

Cependant, comme mentionné plus haut, il prétendait avoir signé ces documents conditionnellement et que les conditions fixées ne s'étaient jamais matérialisées.

En bout de ligne, il s'agissait principalement d'une affaire de crédibilité puisque le président de la chaîne « Cheesecake Café » a offert un témoignage à l'effet contraire.

Il est rafraîchissant de voir que la Cour a accepté le témoignage de M. Colbran et a donc confirmé qu'un administrateur qui n'a pas consenti de manière finale à devenir administrateur, mais qui a posé certaines conditions, ne devient pas administrateur tant que ces conditions ne se sont pas réalisées.

Comme l'une des conditions était qu'il devienne résident de la Colombie-Britannique pour se conformer aux lois de cette province, l'ADRC a évidemment fait référence à l'affaire *La Reine* c. *Corsano et autres*[60]. En effet, dans cette affaire, l'administrateur cotisé avait tenté de faire valoir qu'il ne pouvait être considéré comme un administrateur, parce qu'il ne satisfaisait pas aux exigences légales pour le devenir, même s'il avait accepté ce poste. Dans ce contexte, la Cour d'appel fédérale avait conclu qu'il était administrateur *de facto*, puisqu'il avait accepté d'agir et avait agi comme administrateur, sans véritablement savoir qu'il ne respectait pas les conditions requises.

Le juge Bell, qui a rendu la décision dans l'affaire *Colbran*, rappelle que la situation de M. Colbran est différente, puisqu'il avait accepté d'agir comme administrateur conditionnellement et puisque les conditions fixées ne se sont jamais réalisées.

---

[60] 99 D.T.C. 5658 (C.A.F.).

PARTIE C

Jacques Côté, avocat
Ogilvy Renault

1. L'AFFAIRE *RONA INC.* C. *LA REINE*[1], UNE QUESTION CLASSIQUE À L'ORDRE DU JOUR : DÉPENSE COURANTE OU DE NATURE CAPITAL?

Cette affaire traite de la question classique de la détermination de dépenses soit à titre de capital, soit de nature courante.

1.1. LES FAITS

Au milieu des années 1990, Rona a mis en place une stratégie afin de se doter des outils nécessaires pour faire face à l'arrivée de compétiteurs de grande taille, tel l'américain Home Depot.

Il faut savoir que Rona exploitait alors trois types de magasins :

i) premièrement, les magasins **affiliés** appartenant à des indépendants qui devaient acheter plus de 90 % de leur inventaire chez Rona;

ii) deuxièmement, les magasins **franchisés** appartenant à des indépendants (Rona était parfois copropriétaire) qui devaient acheter 100 % de leurs produits auprès de Rona et qui étaient assujettis à des conventions de concession commerciale;

iii) enfin, les magasins **corporatifs** appartenant à Rona ou à ses filiales.

Vers 1992, Rona tirait 90 % de son chiffre d'affaires du Québec, le 10 % restant provenant de l'Ontario. Afin de concurrencer Home Depot, dont l'arrivée au Canada était imminente, Rona se devait de consolider sa position dominante au Québec, d'augmenter sa part de marché en Ontario et de pénétrer le marché de l'Ouest canadien.

Une douzaine d'opérations commerciales, dont certaines d'envergure, furent menées par Rona. Dans le cadre de ces opérations, des professionnels

---

[1] [2003] C.C.I. 121; n°s 2000-50 (IT) 6 et (2002) 1888 (IT) 6, 10 mars 2003, j. Archambault (ci-après « *Rona* »).

(avocats, comptables, courtiers) furent mis à contribution à raison d'honoraires de près de 1 M$.

Le travail de ces professionnels, qui complétaient une équipe interne d'une vingtaine d'employés, consistait principalement à effectuer une vérification diligente des entreprises que Rona envisageait d'acheter (ou de former) ou dans lesquelles elle se proposait de prendre une participation.

En somme, les mandats de ces derniers avaient trait à des études concernant l'acquisition d'actions de sociétés concurrentes, la participation dans des coentreprises (*joint ventures*) pour l'établissement de magasins à grande surface ou l'acquisition d'éléments d'actifs.

Les 12 opérations en question concernaient donc soit l'implantation de nouveaux points de vente de grande surface au Québec, soit la mise sur pied, avec un tiers, d'un Rona L'entrepôt au Québec, soit l'acquisition pure et simple de sociétés au Québec et hors Québec, soit la possibilité d'établir des magasins grandes surfaces dans l'Ouest, soit la possibilité d'effectuer une offre publique d'acquisition (OPA) au Québec ainsi que la conversion d'un magasin au Québec.

Rona soutenait que les dépenses d'honoraires constituaient des dépenses courantes alors que l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») maintenait qu'il s'agissait plutôt de dépenses de nature capital.

Dans le calcul du revenu de Rona, l'ADRC a refusé la déduction des honoraires et a ajouté ces dépenses soit au coût d'acquisition des biens acquis, soit au montant cumulatif des immobilisations admissibles.

1.2. LA QUESTION EN LITIGE

Il s'agissait de savoir si les dépenses d'honoraires étaient de nature courante ou si elles constituaient plutôt des dépenses en capital.

1.3. L'ANALYSE DE LA COUR

Au début de son analyse, le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt cite abondamment les motifs du juge en chef adjoint Thurlow dans l'affaire *Oxford Shopping Centres Ltd.* c. *La Reine*[2].

---

[2] [1980] 2 C.F. 89; confirmée par 81 D.T.C. 5065 (C.A.F.).

Quoique le juge Archambault ne le fasse pas expressément, les critères dégagés par la jurisprudence qu'il mentionne peuvent être résumés comme suit :

i) le critère ordinaire pour déterminer si une dépense a été faite à titre de capital est de vérifier si elle a été faite dans le but d'apporter un avantage pour le bénéfice durable de l'entreprise;

ii) un examen complet de l'ensemble des circonstances doit alors être fait, dont certaines peuvent aller dans un sens et d'autres dans l'autre, une observation pouvant toutefois se détacher si nettement qu'elle domine d'autres indications;

iii) une dépense consentie en vue de l'acquisition ou de la création d'une entité, d'une structure ou d'une organisation commerciale, dans le but de gagner un profit ou en vue du développement d'une telle entité, structure ou organisation, constitue une dépense à compte de capital;

iv) une dépense consentie au cours de l'exploitation d'une entité, structure ou organisation lucrative constitue une dépense à compte de revenu;

v) l'argent versé pour une adjonction à une structure commerciale déjà existante ou pour acheter une structure commerciale déjà existante est à compte de capital;

vi) il faut examiner la nature de l'avantage recherché, son utilisation, son importance ou la façon d'en jouir et les moyens adoptés pour l'obtenir;

vii) la dépense doit être considérée comme une dépense de revenu lorsque son objet la fait entrer dans la catégorie très générale des choses qui, somme toute, constituent la demande qu'il faut constamment satisfaire au moyen des revenus d'un commerce;

viii) il faut distinguer les coûts afférents à la création, l'achat ou l'agrandissement de la structure permanente (qui ne signifie pas pour autant perpétuelle), dont le revenu doit être le produit ou le fruit, et le coût du revenu lui-même ou des opérations qui servent à le gagner;

ix) en cas de questions d'importance et de degré, les réponses dépendent de l'effet envisagé de la dépense d'un point de vue pratique et commercial plutôt que de la classification juridique des droits;

x) enfin, il faut prendre en considération la nature de l'avantage recherché, l'utilisation projetée des bénéfices ainsi que le mode de paiement.

Le juge Archambault réfère à deux précédents. Le premier, de la Cour canadienne de l'impôt, est l'affaire *Graham Construction Engineering (1985) Ltd.* c. *Canada*[3], dans laquelle le juge Mogan avait décidé que des frais engagés « pour permettre à une entreprise de prendre de l'expansion comme l'achat d'actions pour acquérir une nouvelle filiale qui exploite une entreprise semblable sont des dépenses en capital[4] ». Le second est l'affaire *Sun Newspapers Ltd. et autres* c. *Fed. Com of Taxation*[5], dans lequel le juge Dixon énonce que « les frais engagés pour acheter un compétiteur constituaient des dépenses en capital[6] ».

S'inspirant de ces critères, le juge Archambault mentionna premièrement que la nature de l'avantage recherché par Rona était la hausse de sa part de marché en augmentant ses points de vente. Pour ce faire, le juge Archambault indiqua que la preuve permettait de déduire que Rona avait développé une stratégie en trois scénarios distincts. Premièrement, Rona favorisait la construction de magasins à grande surface devant appartenir à des franchisés. Si cela s'avérait impraticable, Rona était dans un deuxième temps prête à acquérir elle-même des magasins corporatifs. Enfin, Rona pourrait acquérir des compétiteurs. Selon le juge Archambault, quelque soit le scénario finalement utilisé, l'avantage recherché « était l'augmentation durable de sa structure commerciale, soit son réseau de distribution[7] ».

Quant aux magasins affiliés, le juge se dit d'avis que Rona « acquérait un nombre important de points de vente qui, en raison de leur fidélité au réseau de Rona, n'allaient pas entraîner de coûts additionnels. Les coûts d'acquisition initiaux étaient des dépenses définitives (*once for all*)[8] ».

En réponse à l'argument de l'appelante selon lequel la récurrence des dépenses indiquait qu'il s'agissait d'une dépense courante, le juge énonça donc que « cette récurrence de dépenses semblables ne signifie pas que l'on

---

3 [1997] A.C.I. 343 (Q.L.); 97 D.T.C. 342 (C.C.I.).

4 *Id*., 345.

5 (1938) 61 C.L.R. 337 (C.S.C.).

6 *Id*.

7 *Rona*, précité, note 1, par. 37.

8 *Id.*

doive les traiter comme des dépenses courantes puisque Rona s'était engagée dans un vaste programme d'acquisition[9] ». Pour le juge,

> « le fait de s'engager dans une phase planifiée d'agrandissement de la structure commerciale, sur une longue période, par l'addition de nouveaux points de vente n'a pas pour effet de transformer une dépense de capital en une dépense à titre de revenu[10] ».

En fait, il mentionne que chacune de celles-ci était faite dans le but de procurer un avantage durable à l'entreprise.

Après avoir indiqué que l'acquisition de magasins à grande surface a procuré un avantage permanent à Rona, le juge Archambault reconnut que l'avantage procuré par l'addition de magasins franchisés « n'a pas le même caractère permanent que l'avantage résultant de l'acquisition de compétiteurs ou de magasins corporatifs[11] ».

Il conclut cependant qu'il s'agissait ici de dépenses de nature capital étant donné que les concessions commerciales étaient de longue durée et que d'un point de vue strictement commercial, l'avantage économique recherché par Rona était le même que dans le cas de magasins corporatifs « et qu'il est raisonnable de croire que c'est un objectif qui pourra être atteint[12] ». Pour le juge, « la durée de l'avantage obtenu et le fait de ne pas avoir à engager d'autres frais avant vingt ans, tendent à indiquer qu'il s'agit de dépenses de capital[13] ».

Il est intéressant de noter qu'une des relations commerciales de Rona avec un indépendant ne comportait qu'un terme initial de trois ou quatre ans et que le juge Archambault a néanmoins conclu que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que cette relation contractuelle dure plus longtemps « d'un point de vue pratique et commercial[14] ».

Le juge indique également qu'il est révélateur que l'avantage procuré par les contrats de concession commerciale « est bien plus durable que celui

---

9 *Id.*, par. 38.

10 *Id.*

11 *Id.*, par. 40.

12 *Id.*

13 *Id.*

14 *Id.*, par. 41.

qu'auraient pu procurer de nombreuses campagnes de marketing visant à attirer de nouveaux clients[15] ».

S'agissant des honoraires, le juge résuma sa pensée comme suit :

> « La nature de ceux-ci [les honoraires] dépend de l'objet des services qui ont été rendus. Si les honoraires ont trait à des opérations courantes, il s'agit de dépenses courantes. S'ils ont trait à l'agrandissement de la structure commerciale, il s'agit de dépenses de capital. Par exemple, si des honoraires sont versés pour des négociations relatives à une campagne de marketing, ces honoraires sont des dépenses courantes. Par contre, s'ils sont payés pour faire l'acquisition d'un compétiteur, ils représentent des dépenses de capital. Il fallait donc d'abord déterminer la nature des services professionnels requis pour effectuer ces opérations. Ici, les services professionnels ont été retenus dans le cadre d'opérations visant à acquérir soit des magasins franchisés, soit des magasins "corporatifs" à être construits ou appartenant déjà à des compétiteurs. Ces services visaient à procurer à Rona un avantage "pour le bénéfice durable de son entreprise[16]. »

Les procureurs de Rona ont fait valoir que certaines des 12 opérations commerciales envisagées furent des échecs puisqu'elles n'aboutirent pas et qu'en conséquence, les dépenses afférentes à celles-ci devaient être considérées comme courantes. Le juge Archambault, s'appuyant sur l'affaire *Firestone* c. *Canada*[17], rejeta ce moyen en précisant que rien ne justifiait de considérer les opérations qui ont mené à des acquisitions différemment de celles qui n'ont pas eu ce résultat. Selon lui, d'un point de vue pratique, « il fallait s'attendre […] à ce que certaines des possibilités explorées s'avèrent constituer de bons risques alors que d'autres se révéleraient sans intérêt[18] ». Le fait de l'abandon du projet ne change pas la nature de la dépense qui demeure une somme déboursée à titre de capital. Il précisera qu'il n'y a aucun doute « que si ces opérations s'étaient réalisées, elles auraient constitué des opérations visant à agrandir la structure ou l'organisation commerciale de Rona[19] ».

---

15 *Id.*, par. 42.

16 *Id.*, par. 45.

17 [1987] 3 C.F. 200 (C.A.F.); 87 D.T.C. 5237 (C.A.F.).

18 *Rona*, précité, note 1, par. 47.

19 *Id.*, par. 50.

Les procureurs de Rona ont enfin invoqué les décisions de la Cour fédérale dans les affaires *Bowater Power Compagny Ltd.* c. *MRN*[20] et *Pigott Investments Ltd.* c. *La Reine*[21]. Le juge Archambault a distingué ces affaires sur la base des faits. Il précisera dans une note de bas de page[22] que la décision dans l'affaire *Bowater* fut rendue avant la réforme de 1972, en vertu de laquelle le traitement réservé aux dépenses de nature capital qui n'entrent pas dans le coût d'un bien dépréciable a été considérablement modifié. En effet, sous la législation d'avant 1972, on considérait ces dépenses comme étant des *nothings*, puisqu'elles ne donnaient droit à aucune déduction dans le calcul du revenu, alors qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[23] actuelle, certaines de ces dépenses peuvent être déduites en vertu du régime régissant les biens en immobilisations admissibles.

Selon le juge Archambault, il est fort probable que l'on adopterait un raisonnement différent sous l'égide de la *Loi de l'impôt sur le revenu* actuelle et que les juges, dans les affaires *Bowater* et *Piggott*, ont probablement été influencés par la sévérité de la loi en vigueur à l'époque.

Rona a porté l'affaire en appel le 9 mai 2003.

2. L'AFFAIRE *MANRELL* C. *LA REINE*[24] : LA NON-CONCURRENCE NON IMPOSABLE

Dans l'industrie des services, nous savons qu'il est très fréquent que des ententes de non-concurrence fassent partie intégrante des documents contractuels donnant effet à la vente d'une entreprise.

En effet, lorsqu'il acquiert une entreprise, l'acheteur voudra s'assurer que le vendeur, lequel a plus souvent qu'autrement acquis une connaissance approfondie d'un marché spécifique, ne lui fera pas concurrence.

La Cour fédérale a récemment eu à se prononcer sur le traitement fiscal des sommes versées dans le cadre d'ententes de non-concurrence. Il

---

20 [1971] C.F. 421; 71 D.T.C. 5469 (C.F. 1re inst.); [1971] C.T.C. 818 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Bowater* »).

21 [1973] C.T.C. 693 (C.F. 1re inst.); 73 D.T.C. 5507 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Pigott* »).

22 *Rona*, précité, note 1.

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

24 [2003] C.A.F. 128 (ci-après « *Manrell* »).

s'agissait de la première décision de cette Cour depuis le prononcé de son arrêt dans l'affaire *Fortino et autres* c. *La Reine*[25].

2.1. LES FAITS

M. Manrell et les autres actionnaires de trois entreprises spécialisées dans la fabrication de produits de plastique vendirent leur participation pour une somme d'environ 15 M$. De cette somme, un montant d'environ 4 M$ était afférent à des engagements de non-concurrence de la part des vendeurs. À ce titre, un montant d'environ 1 M$, payable en quatre versements annuels égaux, revenait à M. Manrell.

Ce dernier, en préparant ses déclarations de revenus pour les années 1995, 1996 et 1997, ajouta ces revenus à titre de gain en capital.

À la suite de la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Fortino*, M. Manrell présenta un avis d'opposition pour ces années afin d'annuler le gain en capital déclaré précédemment. Son opposition rejetée, il interjeta appel en Cour canadienne de l'impôt puis en Cour d'appel fédérale.

2.2. LA QUESTION EN LITIGE ET LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour devait décider d'une seule question : le droit de faire concurrence était-il un « droit de quelque nature qu'il soit » et, par le fait même, un « bien » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Il s'agissait donc d'une pure question d'interprétation et la juge Sharlow adopta un raisonnement en trois étapes avant de conclure que le droit de compétition n'était pas un « bien » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans un premier temps, la Cour considéra le sens ordinaire du mot « bien ». Selon elle, le droit sous analyse devait comprendre un droit *exclusif* de réclamer quelque chose contre autrui. Elle conclut donc que le droit général d'opérer une entreprise, droit partagé par quiconque, dont les parties à la transaction, en l'espèce, n'était manifestement pas un « bien » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En d'autres termes, le contribuable, avant la conclusion de l'entente de non-concurrence, partageait avec l'ensemble de ses concitoyens le droit

[25] [2000] 1 C.T.C. 349 (C.A.F.); 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) (ci-après « *Fortino* »).

d'opérer une entreprise dans le même domaine et dans le même territoire que l'entreprise vendue. En conséquence, il n'avait pas un bien **exclusif** et n'a pu disposer d'un « bien » selon le sens commun de ce terme.

Par la suite, la Cour examina la définition statutaire du mot « bien » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et ses versions précédentes. Rappelant que la *Loi de l'impôt de guerre*[26] ne définissait pas ce terme, la Cour nota que l'on devait l'interpréter selon son sens usuel.

Enfin, la Cour examina la jurisprudence et conclut que malgré le fait que le mot « bien » eût été défini de façon large par les tribunaux, il ne s'agissait pas d'un mot au sens infini. De plus, aucune Cour de justice n'avait statué que ce mot comportait un droit qui n'était pas **exclusif** et exigible en droit.

La Cour résuma ses motifs de la façon suivante :

> « By signing the non-competition agreement, Mr. Manrell became obligated not to undertake activities that he could have undertaken before. If what he gave up was a right of some kind, it was a right shared by everyone to carry on a business. I see nothing in the context of the *Income Tax Act* that justifies the conclusion that this was a "right of any kind wathever" that makes it "property" within the statutory meaning[27]. »

La Cour conclut donc que les sommes payables à M. Manrell étaient non imposables.

Il est permis de croire qu'un tel paiement pour non-concurrence pourrait toutefois constituer une immobilisation admissible et être ainsi imposable dans certaines situations.

Il est à prévoir que si le législateur ne modifie pas la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le jugement de la Cour d'appel fédérale ouvrira la voie à des aménagements transactionnels intéressants que nous laissons à votre imagination…

---

26 S.C. 1917, c. 28.

27 *Manrell*, précité, note 24, par. 54.

3. L'AFFAIRE *MRN* C. *BRUCE KITSCH*[28] : Y A-T-IL UN SECRET COMPTABLE-CLIENT PROTÉGÉ PAR LES TRIBUNAUX?

Le secret comptable-client est-il reconnu par les tribunaux? Beaucoup d'entre vous, comptables, fiscalistes et même avocats en litige fiscal, seront certainement intéressés par la question. La Cour d'appel fédérale a récemment eu à se prononcer sur cette question dans l'affaire *Kitsch*.

Autant le dire tout de suite, dans l'état actuel du droit au niveau fédéral, la réponse à la question doit être négative.

Au niveau provincial toutefois, nous verrons qu'il existe certains précédents ayant reconnu un tel privilège mais le législateur, en amendant la *Loi sur le ministère du Revenu*[29] en 1990, est venu refermer la porte.

3.1. LES FAITS

Les contribuables étaient de riches hommes d'affaires ayant décidé, en 1997, d'émigrer du Canada et de renoncer à leur citoyenneté canadienne. Ils informèrent leurs comptables, BDO Dunwoody LLP (ci-après « Dunwoody »), de leur intention et un membre de cette firme s'occupa de la stratégie fiscale pour ce faire.

Les contribuables signèrent entre eux des transactions qui avaient pour but de créer des déductions relatives à des dépenses d'intérêts qui seraient appliquées à l'encontre de revenus taxables générés lorsque les contribuables cesseraient d'être résidents canadiens en 1998.

Chacun des contribuables négocia des prêts séparés avec la CIBC pour des sommes allant de 50 M$ à 100 M$ US. Dans leurs déclarations de revenus pour les années d'imposition 1997 et 1998, les contribuables réclamèrent des déductions pour les intérêts payés relativement à ces prêts.

En mai 2000, l'ADRC requérait de l'information relativement aux déductions précitées. Dunwoody répondit en septembre 2000, mais certaines questions posées par l'ADRC demeurèrent sans réponse.

---

[28] [2003] C.A.F. 307 (ci-après « *Kitsch* »).

[29] L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

En mai 2001, l'ADRC émettait de nouveaux avis de cotisation et les contribuables présentèrent des avis d'opposition.

En juillet 2001, les contribuables recevaient des demandes de production de documents et de renseignements de l'ADRC, lesquelles visaient de nombreux documents énumérés comme suit : « all taxe files, planning documents, working paper files, permanent files, records, minutes or notes of all conversations or meetings, detailed billings, detailed telephone records, promotional material, and correspondence relating to the Taxpayers[30] ». Fait à noter, les demandes de l'ADRC demandaient également de répondre à certaines questions par écrit.

Les contribuables et Dunwoody contestèrent devant la Cour fédérale, division de première instance, la validité des demandes du Ministère et demandèrent à la Cour de déclarer que les documents ne devaient pas être remis à l'ADRC, notamment en raison du fait qu'ils étaient protégés en vertu du privilège comptable-client existant entre les contribuables et Dunwoody.

Le juge de première instance accorda en partie la requête et conclut que les contribuables étaient l'objet d'une enquête sérieuse de la part de l'ADRC[31], que les demandes étaient raisonnables[32] mais que le paragraphe 232.2(1) L.I.R. n'accordait pas à la Couronne le droit d'exiger des réponses à ses questions écrites.

La Couronne porta l'affaire en Cour d'appel fédérale. Les deux questions en litige à résoudre étaient les suivantes :

i) le paragraphe 231.2(1) L.I.R. permettait-il à Dunwoody de refuser de répondre aux questions écrites de l'ADRC ou de créer de nouveaux documents?;

ii) le paragraphe 232.2(1) L.I.R. permettait-il à Dunwoody d'extraire des renseignements confidentiels concernant des personnes autres que les contribuables dans les documents exigés par l'ADRC?

---

30 *Manrell*, précité, note 24, par. 11.

31 *Richardson & Sons Ltd*. c. *MRN*, [1984] 1 R.C.S. 614.

32 *AGT Ltd.* c. *The Attorney General of Canada,* (1962) 35 D.L.R. (2e) 49 (C.A.F.).

Les contribuables et Dunwoody interjetèrent également un appel incident. Les deux questions en litige dans le cadre de cet incident étaient les suivantes :

i) les demandes de l'ADRC avaient-elles été émises « pour l'application et l'exécution » de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?;

ii) certains des documents requis par l'ADRC et préparés par Dunwoody étaient-ils couverts par un secret professionnel comptable-client?

L'appel fut accueilli et l'appel incident fut rejeté.

S'agissant de la première question de l'appel principal, le juge Malone se dit d'avis que dans le cadre de l'application de l'alinéa 231.2(1)a) L.I.R., l'ADRC pouvait demander des réponses à des questions écrites. Il rappela qu'en vertu de l'article 231 L.I.R. et du paragraphe 248(1) L.I.R., le mot « document » n'était pas limité à des écrits. En conséquence, le juge de première instance avait erré en droit.

Quant à la seconde question de l'appel principal, celle concernant le retrait de renseignements au sujet des tiers, le juge Malone nota que rien dans le dossier de première instance ne laissait voir que des tiers y étaient mentionnés et qu'en conséquence, le premier juge avait erré en accordant un droit d'extraction de renseignements à Dunwoody. La question était donc académique et le juge Malone, tout en référant à certaines décisions de la Cour suprême, refusa d'y répondre.

En ce qui a trait à la première question de l'appel incident, le juge Malone rejeta l'argument des contribuables selon lequel les documents de planification démontrant leur intention subjective ne pouvaient être obtenus « dans le cadre de l'application de la loi », puisque ceux-ci n'étaient pas pertinents pour l'application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et du paragraphe 245(2) L.I.R.

Le juge Malone rappela qu'en vertu de la jurisprudence développée sous le paragraphe 231.2(1) L.I.R., une demande de production de documents et de renseignements est valide si l'information désirée est pertinente aux fins d'établir la responsabilité fiscale d'un contribuable. Il mentionna que la portée de cette disposition était très large et qu'elle permettait dès lors l'accès à davantage de documents que ne le permettrait, par exemple, un interrogatoire avant défense dans le cadre de procédures judiciaires.

Les commentaires du juge Malone relativement à l'intention des contribuables méritent d'être cités :

> « First of all, tax planning information can shed light on intention and therefore may be important in interpreting contracts or determining whether persons are acting at arms length. Further, it may be relevant in determining the residency of the Taxpayers, which is an issue in the present case, since a relevant factor is whether they intended to sever their ties to Canada permanently or only temporarily. Finally, the subjective intention of the Taxpayers may be relevant in determining interest deductibility or the applicability of the general anti-avoidance provision. The purpose test may be an objective one, but a taxpayer's intention is certainly a relevant consideration[33]. »

Après avoir rappelé qu'il n'y avait pas de prescription assortie à une demande de documents et de renseignements, le juge Malone rappela que la Cour d'appel avait jugé que les pouvoirs d'enquêtes de l'ADRC n'étaient pas nécessairement limités lorsque des procédures judiciaires avaient été intentées.

Il convient maintenant d'aborder la dernière question, c'est-à-dire celle concernant l'existence d'un secret professionnel comptable-client.

Le juge Malone présenta la question en ces termes :

> « This issue raised the question as to whether tax memoranda, notes of tax advice, or other documents which set out or show the tax advice given by a tax accountant to a client and the reasoning or analysis behind the tax advice are privileged communications. If so, such communications would not be subject to disclosure under Canadian law even though the subject matter may be relevant to an income tax audit of Tax Court proceeding[34]. »

Il rappela par la suite que la Cour suprême avait reconnu deux types de secret professionnel : le secret de classe en collectif et le secret *ad hoc*[35] en particulier.

Les contribuables alléguèrent qu'ils avaient fait des affaires avec Dunwoody avec comme prémisse qu'il s'agissait de relations strictement confidentielles et que s'ils avaient été informés que tel n'était pas le cas, ils

---

33 *Ludco Enterprises Ltd*. c. *Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082 (ci-après « *Ludco* »); *Fraser Milner Casgrain* c. *MRN*, 2002 D.T.C. 7310 (C.F. 1re inst.) et [2002] 4 C.T.C. 210 (C.F. 1re inst.).

34 *Kitsch*, précité, note 28, par. 35.

35 *La Reine* c. *Gruenke,* [1991] 3 R.C.S. 263 (ci-après « *Gruenke* »).

n'auraient alors pas fait affaire avec Dunwoody. Ils avaient une expectative de confidentialité.

Puis, le juge Malone rappela que la Cour d'appel avait, en 1990, dans l'affaire *Baron* c. *Canada*[36], jugé qu'il n'y avait pas de privilège comptable-client relativement à des conseils prodigués par les experts-comptables concernant les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière d'enquête et de saisie.

Les contribuables arguaient que la Cour d'appel devait prendre en considération la pratique commerciale et qu'il était maintenant temps pour elle d'affirmer qu'un tel privilège existait au niveau fédéral au Canada puisque dans le cours des relations professionnelles, il était maintenant très fréquent que les renseignements personnels très importants et hautement confidentiels étaient échangés entre les contribuables, leurs experts-comptables et leurs fiscalistes.

Le juge Malone mentionne que rien dans l'argumentaire des contribuables ne l'avait convaincu que l'on devait modifier l'état du droit depuis la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Baron*.

En ce qui concerne le secret dit « de classe », il fonda son raisonnement sur les différences qu'il constata entre la relation avocat-client et la relation comptable-client au chapitre de la protection du public et de l'administration de la justice :

> « I see nothing in the submissions of the Taxpayers that militates against the earlier ruling rendered by this Court in *Baron v. Canada*, *supra*. Solicitor-client privilege is rooted in the proper administration of justice, made necessary by the need for confidential advice in prosecuting one's rights and preparing defences against improper claims[37]. Lawyers are legally and ethically required to uphold and protect the public interest in the administration of justice[38]. In contrast, accountants are not so bound. Nor do they provide legal advice, as to do so would constitute a breach of provincial and territorial laws governing the legal professions. In my analysis, no overriding policy consideration exists so as to elevate the advice given by tax accountants to the level of solicitor-client privilege[39]. »

---

36 [1991] 1 C.F. 688 (C.A.F.); 91 D.T.C. 5055 (C.A.F.); [1991] 1 C.T.C. 125 (C.A.F.); confirmée par [1993] 1 R.C.S. 416 (ci-après « *Baron* »).

37 *La Reine* c. *McClure,* [2001] 1 R.C.S. 445.

38 *Fortin* c. *Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500.

39 *Kitsch*, précité, note 28, par. 38.

En ce qui a trait au secret de type *ad hoc*, il rappela que toute analyse devait se faire en utilisant les quatre principes de Wigmore[40] adoptés par la Cour suprême dans l'affaire *Gruenke*. Ces quatre principes sont les suivants :

1) les communications doivent avoir été transmises **confidentiellement** avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées;

2) le **caractère confidentiel doit être** un élément **essentiel** au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties;

3) les **rapports** doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être **entretenus** assidûment;

4) le **préjudice** permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être **plus considérable que l'avantage** à retirer d'une juste décision.

À l'égard du premier principe, le juge Malone indiqua que bien que les règles déontologiques des comptables agréés montrent que le comptable doit garder ses communications avec ses clients confidentielles, le comptable sait, ou doit savoir, que ces communications sont susceptibles d'être divulguées au fisc si requises par ce dernier. Il conclut que les contribuables n'ont pas rempli le premier critère de Wigmore.

Il se dit également d'avis que les contribuables n'ont pas démontré que la confidentialité était strictement nécessaire au maintien de leur relation professionnelle avec Dunwoody. En d'autres termes, il ne fut pas démontré que cette relation d'affaires dépendait de la stricte confidentialité.

De plus, il conclut que les contribuables n'avaient pas démontré que selon l'opinion publique, les rapports comptables-clients devaient être entretenus assidûment. Selon le juge, « While confidentiality may be preferred, the tax accountant-client relationship is in no way as fundamental to society and the administration of justice as the solicitor-client relationship[41]. »

---

[40] John Henry WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, Boston, Little Bronon, 1961, p. 527.

[41] *Kitsch*, précité, note 28, par. 43.

Le juge rappela que jusqu'à maintenant, seules les relations impliquant des médecins, thérapeutes spécialisés dans le traitement des victimes d'attaques sexuelles et les membres du clergé ont été reconnues comme privilégiées. Selon le juge, la raison est simple : les Canadiens accordent beaucoup plus d'importance au bien-être physique, mental ou spirituel qu'à la richesse financière.

Enfin, concernant le quatrième principe, le juge Malone se dit d'avis que les contribuables n'avaient pas démontré qu'il y aurait un tort social important si les documents devaient être remis à l'ADRC. En fait, il rappela que depuis longtemps, d'innombrables relations comptables-clients ont été fructueuses, et ce, même si la Couronne pouvait éventuellement obtenir les documents faisant état de ces relations.

Le juge Malone ajouta également que si les relations comptables-clients devaient être privilégiées, le tort causé aux services de vérification du fisc et à l'application de la loi en général serait considérable et serait bien plus important que l'avantage qu'en tireraient les relations comptables-clients. En somme, l'intérêt public favorise la divulgation des documents. La *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est-elle pas, après tout, la plus importante source de revenu de l'État canadien?

Le juge Malone conclut donc que le juge de première instance n'avait pas erré en droit sur ce point en concluant que les documents demandés n'étaient pas privilégiés.

Au Québec, il convient de rappeler que la *Loi sur le ministère du Revenu* prévoit, à l'article 46, que « seul un avocat ou un notaire peut s'opposer à ce qu'un document en sa possession soit examiné ou saisi […] s'il estime que cet examen ou cette saisie constituerait une violation du secret professionnel ».

Le secret professionnel du comptable fut toutefois reconnu par les tribunaux québécois dans les affaires *St-Georges* c. *Québec (Procureur général)*[42], *Les Pavages North State inc.* c. *SMRQ*[43], *Sumabus Inc.* c. *Gestion*

---

[42] [1988] R.D.F.Q. 86 (C.S.); C.S. Montréal, n° 500-05-001378-874, 14 janvier 1988, j. Gauthier; voir aussi Jacques CÔTÉ, « Le secret professionnel et l'expert-comptable », (1998), vol. 10, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 449-455.

[43] [1990] R.D.F.Q. 48 (C.S.); C.S. Montréal, n° 500-05-016355-891, 2 février 1990, j. Benoît.

Pode Inc.[44] et *Amyot & Fils ltée* c. *Lauzon*[45]. La législation fiscale fut cependant amendée par la suite.

D'aucuns ont cependant soutenu qu'en vertu du texte de l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[46], plus particulièrement de l'utilisation des mots « à moins qu'ils n'y soient autorisés […] par une disposition expresse de la loi », les professionnels autres que des juristes pourraient éventuellement soulever le secret professionnel en cas de saisie ou de demande de renseignements. Il y a toutefois lieu de considérer que l'article 53.1 L.I.R.[47] constitue manifestement une telle disposition expresse :

> « **53.1 Opposition prohibée** – Sous réserve des articles 46 à 53, une personne tenue par la loi au secret professionnel ou tout prêtre ou autre ministre du culte ne peut s'opposer à ce qu'un document en sa possession soit examiné ou saisi en vertu de la présente loi, même s'il en résulte la divulgation de renseignements confidentiels qui lui ont été révélés en raison de son état ou de sa profession. »

La décision du juge Malone constitue une décision de plus dans laquelle la Cour fédérale refuse de reconnaître le privilège des documents et des renseignements échangés dans le cadre de la relation comptable-client, laquelle est pourtant de plus en plus sophistiquée, soutenue et fondée d'abord et avant tout sur la confiance du contribuable envers son comptable.

Dans les dernières années, les tribunaux n'ont pas manqué de rappeler qu'il convenait d'avoir une vision pratique basée sur la réalité commerciale. Or, cette même réalité nous fait clairement voir que les relations entre comptables et clients sont maintenant plus que jamais intenses et que la confidentialité en constitue l'une des plus importantes composantes puisque de nombreuses informations et de nombreux renseignements confidentiels sont échangés dans le cadre de celle-ci.

Quoique ce point ne soit pas discuté par la Couronne, l'accession à ces renseignements est primordiale dans le cadre des nouvelles dispositions concernant l'apparition de pénalités aux tiers.

---

44 J.E. 92-1389 (C.S.); C.S. Montréal, n° 500-05-012277-883, 26 août 1992, j. Melançon; confirmée en Cour d'appel à J.E. 93-1130 (C.A.).

45 J.E. 93-681 (C.S.); C.S. Hull, n° 550-05-000728-892, 23 février 1993, j. Fréchette.

46 L.R.Q., c. C-12 et mod. (ci-après « *Charte québécoise* »).

47 *Loi sur le ministère du Revenu annotée 2003*, Scarborough, Ont., Carswell, art. 53.1, p. 318.

La Cour fédérale nous semble avoir manqué une belle occasion de reconnaître la réalité commerciale d'aujourd'hui et d'innover en reconnaissant un privilège de classe… Reste à savoir si le Parlement prendra acte du commentaire de la Cour d'appel. Ne pensez-vous pas, chers praticiens en fiscalité, comptables et avocats, qu'il serait très intéressant de pouvoir exprimer notre point de vue en commission parlementaire?

4. LES AFFAIRES *WARREN JAMES JARVIS* C. *LA REINE* ET *CHEE K. LING* C. *LA REINE*[48]

Pour tout praticien en litige fiscal, les affaires *Jarvis* et *Ling* sont tout simplement capitales. La Cour suprême y détermine en effet à quel moment et dans quelles circonstances une vérification du fisc devient plutôt une enquête, cette dernière déclenchant les protections accordées par les droits fondamentaux décrits par la *Charte canadienne des droits et libertés*[49].

Nous résumerons d'abord les faits de l'affaire *Jarvis* pour ensuite aborder l'affaire *Ling*.

4.1. L'AFFAIRE *JARVIS*

4.1.1. Les faits

M. Jarvis était un agriculteur de l'Alberta. Son épouse était une artiste tirant un revenu de la vente de ses œuvres. Mme Jarvis est décédée le 22 octobre 1990. Quelques-unes de ses toiles ainsi que certaines reproductions à tirage limité n'avaient pas encore été vendues à ce moment. M. Jarvis a continué de vendre les œuvres de son épouse après le décès de celle-ci.

En 1994, une dénonciation anonyme fut faite auprès de l'ADRC. Le dénonciateur alléguait que M. Jarvis avait omis de déclarer des revenus substantiels pour les années d'imposition 1990 et 1991 issus de la vente de tableaux peints par sa femme. Le dénonciateur énumérait six galeries d'art qui avaient apparemment acheté des œuvres de Mme Jarvis de l'appelant après le décès de celle-ci.

---

48 [2002] C.S.C. 73 (ci-après « *Jarvis* »); [2002] C.S.C. 74 (ci-après « *Ling* »).

49 Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « *Charte canadienne* »).

Bien que les politiques ministérielles de l'ADRC précisent que des indices fiscaux fournis par des dénonciateurs relevaient directement de la Section des enquêtes spéciales, le dossier fut néanmoins acheminé à la Section des vérifications des dossiers d'entreprises et confié à une vérificatrice d'expérience. Celle-ci avait le contrôle exclusif du dossier sous la supervision de son supérieur. Les 16 et 17 février 1994, la vérificatrice tentait de joindre par téléphone l'appelant de même que son comptable afin de vérifier les indices reçus. Elle expédiait par la suite deux lettres à l'appelant, lesquelles demeurèrent sans réponse.

Entre les 7 et 16 mars 1994, elle obtenait des renseignements de la part de tiers, en l'occurrence neuf galeries ayant acquis des œuvres de Mme Jarvis auprès de l'appelant. D'après les renseignements figurant sur les factures d'achats et les chèques oblitérés remis par ces tiers, la vérificatrice détermina que l'appelant avait touché, entre le 23 octobre et le 31 décembre 1990, un revenu brut de 358 000 $ environ au titre des ventes effectuées aux neuf galeries. Pour l'année civile 1991, ce revenu s'élevait à environ 220 000 $.

Le 17 mars 1994, la vérificatrice eut une première conversation téléphonique avec l'appelant. Elle ne lui mentionna pas qu'elle avait déjà communiqué avec des galeries. Elle lui demanda de colliger certains documents et de répondre à certaines de ses questions. En réponse à l'une d'elles, l'appelant confirmait qu'il avait touché un revenu net de 58 000 $ au titre de la vente d'œuvres d'art pour l'année 1990. Enfin, la vérificatrice informa l'appelant qu'elle serait accompagnée d'un adjoint au cours de la vérification. M. Jarvis précisa que cela ne lui posait aucun problème. On convint que la rencontre aurait lieu le 11 avril 1994.

Le 11 avril 1994, la vérificatrice s'est effectivement rendue à la résidence de l'appelant accompagnée de son superviseur, lequel fut alors introduit comme un chef d'équipe. Au cours de cette réunion, l'appelant ne fut pas informé de ses droits. Il répondit alors à toutes les questions de la vérificatrice, lesquelles portaient principalement sur les ventes d'œuvres d'art non déclarées mais également sur son entreprise agricole. M. Jarvis a alors déclaré que tous les renseignements concernant les ventes d'œuvres d'art figuraient dans les contrats et les livrets de reçus qu'il conservait. Il a de plus fourni des renseignements relativement à ses arrangements bancaires et a même signé une autorisation bancaire relativement à un compte qu'il détenait auprès d'une institution financière. Après la réunion, la vérificatrice emporta des documents pour examen ultérieur.

À la fin d'avril 1994, la vérificatrice avait obtenu un grand nombre des registres et une bonne partie des renseignements demandés à M. Jarvis. À la suite de l'examen de ceux-ci, elle constata un écart d'environ 700 000 $ entre les revenus gagnés et les revenus déclarés par M. Jarvis pour les deux années d'imposition en cause. Elle en conclut donc que l'appelant avait omis d'importants revenus, lui laissant croire qu'il s'agissait ici d'un cas important de fraude fiscale.

La vérificatrice, plutôt que de terminer sa vérification, renvoya l'affaire à la Section des enquêtes spéciales en date du 4 mai 1994. Tout le dossier fut transféré, y compris les documents, les états de conversations et les documents internes de la vérificatrice. La Section des enquêtes spéciales devait déterminer s'il y avait lieu de pousser l'enquête en vue d'éventuelles poursuites pour fraude fiscale.

La vérificatrice n'a jamais tenté de communiquer avec M. Jarvis ou son comptable afin de les informer que le dossier n'était dorénavant plus sous son contrôle. Qui plus est, elle reçut des documents de l'appelant le 4 mai 1994 et les transmit aussitôt à la Section des enquêtes spéciales. L'enquêteur responsable du dossier a même rencontré la vérificatrice afin d'examiner le dossier. En juin 1994, l'enquêteur conclut à l'existence de motifs justifiant l'octroi d'un mandat de perquisition afin de mener une enquête de fraude fiscale, une demande en ce sens ayant d'ailleurs été approuvée par la Cour au mois de novembre 1994.

Entre juin et novembre 1994, le comptable de M. Jarvis avait tenté de joindre la vérificatrice, laquelle avait été informée par l'enquêteur qu'il fallait gagner du temps. L'enquêteur ne voulait pas que M. Jarvis découvre que son dossier avait été renvoyé aux enquêtes spéciales.

Au cours de diverses communications en septembre, octobre et novembre 1994, la vérificatrice n'a jamais informé M. Jarvis que son dossier avait été transféré aux enquêtes spéciales, se contentant de lui dire que le dossier suivait son cours.

Un mandat de perquisition fut donc décerné en novembre 1994 autorisant des perquisitions à la résidence de l'appelant de même qu'au lieu d'affaires de son comptable ainsi qu'au bureau de l'ADRC à Calgary afin d'y saisir les livres et registres que la vérificatrice avait empruntés de l'appelant lors de la rencontre du 11 avril 1994.

L'appelant subit par la suite son procès relativement à trois chefs d'accusation pour avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses dans sa

déclaration de revenus, ainsi qu'à deux chefs alléguant qu'il avait volontairement éludé ou tenter d'éluder le paiement d'un impôt. Le ministère public voulut produire les documents saisis au cours de l'exécution du mandat. M. Jarvis s'y est opposé.

Selon le juge Fradsham, la vérification était devenue une enquête le 16 mars 1994 et il a, en conséquence, exclu tous les renseignements obtenus à partir de cette date. Le 7 août 1997, il accueillait la requête de M. Jarvis sollicitant un verdict imposé d'acquittement. La Couronne porta l'affaire en appel et eut gain de cause auprès de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, laquelle ordonna la tenue d'un nouveau procès. M. Jarvis porta l'affaire devant la Cour d'appel de l'Alberta, laquelle confirma la décision de la Cour du Banc de la Reine. La Cour suprême du Canada accueillit par la suite son pourvoi.

Avant d'aborder les motifs de la Cour, nous résumerons les faits de l'affaire *Ling*, décidée le même jour.

4.2. L'AFFAIRE *LING*

4.2.1. Les faits

M. Ling était médecin en Colombie-Britannique. Il avait réclamé des déductions pour pertes agricoles pour les années d'imposition 1990 à 1993. En 1994, un vérificateur de l'ADRC informait M. Ling qu'il effectuait une vérification et qu'il irait le rencontrer au printemps 1995 relativement à ses activités agricoles de même qu'à l'exercice de sa profession de médecin. Une rencontre eut lieu le 5 juin 1995 entre deux vérificateurs de l'ADRC et le comptable de l'appelant afin d'examiner les livres et registres de ce dernier.

Le 7 juin 1995, les vérificateurs de l'ADRC rencontrèrent cette fois-ci l'appelant. Ce dernier, en réponse à une demande des vérificateurs, leur produisit deux livrets de reçus. C'est à la suite d'une comparaison entre ces livrets de reçus et des documents bancaires que les vérificateurs conclurent que certains revenus de l'appelant n'avaient pas été déclarés.

Par la suite, d'autres renseignements furent fournis par l'appelant au vérificateur au cours des mois d'août, septembre et décembre 1995.

Au cours d'une rencontre en date du 18 décembre 1995 ayant duré plus de trois heures, l'appelant fut interrogé relativement à ses revenus non déclarés. Il admis alors avoir omis, par erreur, de déclarer certains revenus.

L'appelant ne fut jamais informé que l'ADRC entretenait des doutes relativement à une fraude fiscale ainsi que de ses droits garantis par la *Charte canadienne*.

Des documents additionnels furent par après remis par l'appelant au vérificateur. Par la suite, le dossier fut transféré à la Section des enquêtes spéciales le 18 janvier 1996. Deux témoins furent interrogés à la fin février 1996 et des demandes péremptoires furent signifiées à quatre institutions financières ainsi qu'au comptable de l'appelant. Le 28 février 1996, les enquêteurs ont rencontré l'appelant à son bureau, l'ont informé de ses droits et ce dernier a alors choisi de garder le silence. Six chefs d'accusation furent portés contre l'appelant en août 1996.

L'appelant a déposé une requête en vue d'obtenir l'arrêt des procédures ou, de façon subsidiaire, une ordonnance indiquant que les éléments de preuve obtenus par les vérificateurs de l'ADRC portaient atteinte au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne*. Il fut déclaré coupable de chacun des six chefs de fraude fiscale par la Cour provinciale de la Colombie-Britannique.

En Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'appelant réitéra sa demande relativement au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne.* La Cour conclut qu'il n'existait pas de relation directe de nature contradictoire entre les parties avant le 18 décembre 1995 et que les renseignements demandés par l'ADRC jusqu'à cette date étaient des documents d'entreprises préexistants à l'égard desquels la *Charte canadienne* n'accordait qu'une protection très limitée. Le juge d'appel Millward a également indiqué que

> « si les renseignements recueillis au cours d'une vérification ne pouvaient être recueillis dans une poursuite ultérieure, les dispositions sur la fraude fiscale seraient tellement inefficaces, qu'il serait même possible qu'un mandat de perquisition ne puisse pas être obtenu[50] ».

Le juge Millward n'a pas retenu la conclusion du juge de première instance selon laquelle aucune enquête n'avait débuté parce que le vérificateur estimait qu'il était prématuré de renvoyer le dossier à la Section des enquêtes spéciales tant que la vérification n'était pas terminée. Le juge a plutôt convenu que l'objectif principal des vérificateurs après la rencontre du 18 décembre 1995 était de recueillir des renseignements dont l'ADRC se servirait dans sa requête criminelle. Il a alors accueilli l'appel, annulé les

---

[50] [1999] 3 C.T.C. 386.

déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à tous les chefs d'accusation. Il n'y eut aucune ordonnance relativement au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne*.

L'appelant interjette par la suite l'appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique puis devant la Cour suprême.

4.2.2. Les questions en litige

C'est dans l'affaire *Jarvis* que les questions sont discutées. Les juges Iacobucci et Major, au nom de la Cour, les résument comme suit dès le premier paragraphe de leurs motifs :

> « Existe-t-il une distinction entre les fonctions de vérification et d'enquête de l'Agence des douanes et du revenu du Canada sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? S'il est effectivement correct d'établir une telle distinction, quand l'ADRC exerce-t-elle ses fonctions de vérifications et quand exerce-t-elle ses fonctions d'enquête? Enfin, quelles conséquences juridiques l'exercice des fonctions d'enquête de l'ADRC entraîne-t-il pour les contribuables[51]? »

4.3. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME

La Cour suprême commence par un bref examen de certains aspects importants de notre régime fiscal afin de situer des dispositions législatives invoquées en cause dans leur contexte. Ainsi donc, la Cour rappelle que « la *Loi de l'impôt sur le revenu* contrôle la façon dont l'impôt fédéral est calculé et perçu » et que « cette loi est essentiellement une mesure de réglementation[52] ». La Cour rappelle par la suite que le processus de perception des impôts repose principalement sur l'autocotisation et l'autodéclaration, principes qui font en sorte que le succès de l'application du régime fiscal repose d'abord et avant tout sur la franchise du contribuable. La Cour mentionne que le corollaire de cette situation est que la loi tente de restreindre le risque qu'un contribuable essaie de tirer profit du régime d'autodéclaration afin d'éviter de payer sa pleine part du fardeau fiscal en violant les règles énoncées dans la loi.

---

51 *Jarvis*, précité, note 48, par. 1.

52 *La Reine* c. *McKinlay Transport Ltd.,* [1990] 1 R.C.S. 627, 641, j. Wilson (ci-après « *McKinlay Transport Ltd.* »).

Étant donné qu'il est impossible de dire, à première vue, si une déclaration de revenus a été préparée de façon adéquate, il est de mise que le ministère du Revenu national dispose « de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer cette déclaration[53] ».

La Cour rappelle ensuite que l'objet de l'article 238 L.I.R. est fondamentalement pragmatique ou instrumental en ce que la raison d'être des infractions prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* « n'est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d'imposer le respect de la loi[54] ».

Quant à l'article 239 L.I.R., la Cour précise ici que la présence de cette disposition dans la loi ne modifie en rien le caractère réglementaire ou administratif des pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire, et ce, même si cette disposition « se rapporte à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par leur exercice[55] ».

La Cour rappelle qu'un débat intense a eu lieu entre les parties à l'audition relativement à la nature même des infractions prévues à l'article 239 L.I.R. Après avoir rappelé que cette disposition « présente au moins les caractéristiques formelles de la législation criminelle, à savoir les interdictions assorties de peines[56] », la Cour mentionne que la taxinomie doit céder la place à l'examen concret des valeurs en jeu dans le contexte particulier. Ainsi donc, une même loi peut, selon les circonstances, « emporter des niveaux différents de protection sous le régime de la *Charte*[57] ».

Faisant le parallèle avec l'ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*[58], examinée dans les affaires *Hunter* c. *Southam inc.*[59] et *Thomson Newspaper Ltd.* c. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches,*

---

53 *Id*., 648.

54 *La Reine* c. *Grimwood,* [1987] 2 R.C.S. 755, 756; *McKinlay Transport Ltd.*, précité, note 52, 641; *143 471 Canada inc*. c. *Québec (Procureur général),* [1994] 2 R.C.S. 339, 378, j. Corey.

55 *Jarvis*, précité, note 48, par. 57.

56 *Id.*, par. 59.

57 *Id.*, par. 61.

58 S.R.C., 1970, c. C-23.

59 [1984] 2 R.C.S. 145 (ci-après « *Hunter* »).

Commission sur les pratiques restrictives du commerce)[60], la Cour rappelle que la juge Wilson, dans l'affaire *McKinlay Transport Ltd.*, avait laissé entendre que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ferait entrer en jeu une plus grande protection en vertu de l'article 8 de la *Charte canadienne* si les agents du fisc devaient pénétrer dans la propriété d'un contribuable afin d'exécuter une fouille, une perquisition ou une saisie pour l'application de cette loi plutôt que de forcer la simple production de ces mêmes documents au moyen de demandes péremptoires[61].

S'agissant de l'article 7 de la *Charte canadienne*, la Cour rappelle que l'appelant risque l'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité et qu'il est alors indubitable que son droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne* entre en jeu lorsqu'on dépose à son procès, relativement aux infractions prévues à l'article 239 L.I.R., des renseignements obtenus par la contrainte dans l'exercice de pouvoirs légaux. Le principe de justice fondamental sous-jacent en l'espèce est celui interdisant le droit d'incrimination.

À l'égard de l'article 8 de la *Charte canadienne*, la Cour réitère les propos du juge Dickson dans l'affaire *Hunter*[62] voulant qu'« il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas aux droits du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins, et notamment, d'assurer l'application de la Loi[63] ».

La Cour rappelle également que de façon générale, un particulier possède une attente réduite relativement au respect de sa vie privée dans le cas de registres et de documents qu'il produit dans le cours normal d'activités réglementées[64].

---

60 [1990] 1 R.C.S. 425 (ci-après « *Thomson* »).

61 La Cour réfère ici au paragraphe 53 des motifs de la juge Wilson dans l'affaire *McKinlay Transport Ltd.,* ainsi que dans l'affaire *Baron*, précitée, note 36, 443-444, de même que dans l'affaire *Del Zotto* c. *Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), aux par. 12-13, j. Strayer dissident (ci-après « *Del Zotto* »).

62 Précité, note 59, 159-160.

63 *Id*., par. 62.

64 En faisant référence aux décisions mentionnées au paragraphe 72 de la décision dans *Jarvis*, la Cour précise enfin que dans le « contexte particulier du régime fiscal d'autocotisation et d'autodéclaration, le droit d'un contribuable à la protection de sa

(à suivre…)

La Cour débute son analyse en examinant les paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R. Selon la Cour, bien que ces paragraphes soient destinés à être utilisés

> « pour l'application et l'exécution » de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ils n'incluent pas la poursuite des infractions prévues à l'article 239 L.I.R. La Cour indique que « l'existence d'une procédure d'autorisation au préalable, lorsque l'on soupçonne que l'infraction à été commise, crée une forte référence selon laquelle, il n'est pas possible d'exercer des pouvoirs distincts d'inspection et de demande péremptoire pour mener une enquête criminelle[65] ».

La Cour indique que le contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification et que lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ces parties se trouvent alors dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui entre alors en jeu. Il s'ensuit dès lors qu'il doit exister « une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC[66] ». Mais comment délimiter la frontière parfois fine entre la vérification et l'enquête?

Dans sa réponse à cette question, la Cour rappelle qu'il n'y a pas de consensus. Certaines décisions veulent que la règle commence au moment où il existe des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu perpétration d'une infraction. D'autres décisions mentionnent que c'est l'existence de soupçons raisonnables quant à la perpétration d'une infraction qui déclenche la transformation d'une vérification en enquête. D'autres ont décidé que le critère devant être retenu était celui de l'objet prédominant.

Selon la Cour,

> « lorsqu'un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires de l'ADRC doivent renoncer à leur faculté d'utiliser leur pouvoir d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les paragraphes 231.1(1) et 231.2(1)[67] ».

(…suite)

vie privée à l'égard des registres qui peuvent être utiles au dépôt de sa déclaration et revenu est relativement faible ». *McKinlay Transport Ltd.*, précité, note 52, 649-650.

65 *Jarvis*, précité, note 48, par. 81.

66 *Id.*, par. 84.

67 *Id.*, par. 88.

Afin de déterminer cet objet prédominant de l'examen, il faut à notre tour examiner l'ensemble des facteurs qui ont un incidence sur la nature de l'examen mené par l'ADRC.

Bien entendu, la simple existence de motifs raisonnables de croire qu'il peut y avoir eu perpétration d'une infraction à la loi est insuffisante pour conclure que l'objet prédominant de l'examen mené par l'ADRC consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable. D'ailleurs, même lorsqu'il existe des motifs raisonnables, il ne sera bien sûr pas toujours exact de dire que l'objet prédominant de l'examen est d'établir cette responsabilité.

Ceci dit, la Cour réitère qu'il est primordial que le ministre soit capable d'exercer ses larges pouvoirs de surveillance, et ce, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la loi.

Le fait que le dossier ait été transmis à la Section des enquêtes spéciales constitue un autre facteur à prendre en compte pour déterminer s'il existe une relation de nature contradictoire entre les parties. Cependant, on doit garder à l'esprit qu'il est possible qu'après ce transfert, aucune accusation ne soit portée et que le dossier soit retourné à la vérification.

La Cour suprême dresse ensuite une liste (non limitative) de facteurs utiles afin de déterminer si l'examen mené par l'ADRC a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Les facteurs qu'un juge de première instance devra notamment examiner sont les suivants :

> « a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il, au vu dossier, que l'on <u>aurait pu</u> prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?
>
> L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?
>
> Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?
>
> La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire enquêteur?
>
> Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?
>
> La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la "*mens rea*"?

> Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle[68]? » (Soulignement de la Cour)

Relativement à l'application de l'article 8 de la *Charte canadienne*, la Cour précise que « lorsque le vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des paragraphes 231.1(1) et 231.2(1), on ne peut véritablement prétendre que le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité[69] ». Il s'ensuit donc que rien n'empêche les vérificateurs de l'ADRC de transmettre leurs dossiers aux enquêteurs. La Cour précise qu'aucun principe d'immunité n'empêche les enquêteurs, dans l'exercice de leur fonction, d'utiliser les éléments de preuve ayant été obtenus par le vérificateur. En somme, lorsque des renseignements validement contenus dans le dossier du vérificateur révèlent un élément de preuve particulier susceptible d'être utilisé dans l'enquête, les enquêteurs pourront l'utiliser.

Cependant, lorsque l'examen mené par l'ADRC aura pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du demandeur, les droits garantis par la *Charte canadienne* entreront alors en jeu afin de protéger le contribuable. C'est ainsi que ce dernier ne pourra être contraint de faire une nouvelle déclaration en vertu de l'alinéa 231.1(1)d) L.I.R. afin de faire progresser l'enquête criminelle, par exemple. Par ailleurs, aucun document écrit ne pourra être inspecté ni examiné dans le cas où aucun mandat de perquisition n'aura préalablement été obtenu en vertu de l'article 231.3 L.I.R. ou de l'article 487 du *Code criminel*[70]. Ni le contribuable ni les tiers ne pourront alors être contraints de produire des documents aux fins de l'enquête criminelle. Il s'ensuit qu'il existe donc une nette césure entre les pouvoirs qui sont à la disposition des enquêteurs et des pouvoirs de contrainte conférés par les paragraphes 231.1(1) et 232.2(1) L.I.R.

En pratique, la notion de critère de l'objet prédominant n'empêchera pas le fisc de mener de façon parallèle une enquête criminelle et une vérification civile administrative. **Cependant, si une enquête criminelle est engagée postérieurement à la vérification civile, les enquêteurs pourront alors utiliser « les renseignements obtenus conformément au pouvoir de vérification avant le début de l'enquête criminelle, mais non les**

---

68 *Id.*, par. 94.

69 *Id.*, par. 95.

70 L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

renseignements conformément à ses pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale[71] ».

La Cour résume comme suit les points se dégageant de son analyse :

> « 1. Bien que la L.I.R. soit une loi de nature réglementaire, il est possible d'établir une distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d'enquête conférés au ministre;
>
> 2. Dans le cas où il est évident, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, que les fonctionnaires de l'ADRC ne procèdent plus à la vérification de l'obligation fiscale, mais essaient d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'article 239, il existe une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier. En conséquence, les protections garanties par la *Charte* s'appliquent;
>
> 3. Dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. Les pouvoirs de contraintes visés aux paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent plus être utilisées et il faut obtenir la délivrance de mandats de perquisition pour poursuivre l'enquête[72]. »

Fait à noter, la question de savoir si l'examen mené par l'ADRC constitue une vérification ou une enquête est une question mixte de faits et de droit puisqu'elle commande l'examen des faits au regard d'un critère juridique comportant plusieurs facteurs. Les décisions des juges de première instance ne seront donc pas à l'abri d'un nouvel examen par les tribunaux d'appel.

La Cour conclut que dans l'affaire *Jarvis*, bien que la conduite de la vérificatrice de l'ADRC ait été loin de constituer un exemple pour ses pairs et s'approchant parfois de la tromperie, rien ne permettait d'établir que celle-ci avait obtenu des renseignements dans le cadre d'une enquête menée par l'ADRC, dont l'objet prédominant était d'établir la responsabilité pénale du contribuable.

En somme, elle n'a pas eu recours à des tactiques trompeuses afin d'obtenir des renseignements de la part du contribuable, et ce, dans le but de faire progresser l'enquête criminelle. En réalité, la Cour suprême se dit d'avis que les communications entre la vérificatrice et l'enquêteur ont été très limitées à compter du moment où le dossier a été transféré à la Section des enquêtes spéciales.

---

71 *Jarvis*, précité, note 48, par. 97.

72 *Id.*, par. 99.

La Cour mentionna que la rencontre du 11 avril 1994 a révélé très peu de nouveaux renseignements à l'ADRC. La Cour indique que la vérificatrice « cherchait une confirmation de ses soupçons quant à la possibilité qu'une fraude fiscale ait été commise, mais le but qu'elle visait alors était de déterminer si le dossier devait être envoyé à la section des enquêtes spéciales[73] ».

Nous croyons qu'un commentaire s'impose ici. À partir du moment où le dossier de la vérification peut être transféré aux enquêteurs et que ceux-ci peuvent s'en servir, n'est-il pas hasardeux de permettre aux vérificateurs de rencontrer de nouveau le contribuable et d'obtenir des renseignements aux fins de déterminer si le dossier devrait être envoyé à la Section des enquêtes spéciales? Nous comprenons que le vérificateur puisse avoir uniquement cet objectif en vue. Il est cependant fort possible que de nombreux renseignements obtenus puissent, en plus de convaincre le vérificateur qu'il doit transférer le dossier à la Section des enquêtes spéciales, être utilisés par les enquêteurs afin de déterminer la responsabilité pénale du contribuable.

À cet égard, les commentaires de la Cour suprême, selon lesquels « il est évident qu'on peut continuer d'avoir recours aux pouvoirs de vérification, même après le commencement d'une enquête, quoique les résultats de cette vérification ne puissent pas servir aux fins de l'enquête ou de la poursuite[74] », ne garantiront jamais au contribuable que l'on pourra distinguer, dans le dossier établi par le vérificateur, les renseignements obtenus avant de ceux obtenus après le début d'une enquête criminelle.

Par ailleurs, n'est-il pas permis de penser que les vérificateurs seront parfois tentés de dire, en l'espèce, qu'ils ne désiraient que « confirmer leurs soupçons » et vérifier si le dossier devait être transféré aux enquêtes spéciales?

Finalement, les seuls renseignements ayant été obtenus en contravention de l'article 7 de la *Charte canadienne* sont ceux l'ayant été à la suite de demandes péremptoires présentées en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R., c'est-à-dire des renseignements bancaires, et ce, après le transfert à la Section des enquêtes spéciales. La Cour ordonnera donc que ces registres bancaires soient exclus de toute procédure criminelle ultérieure engagée contre le contribuable.

---

73 *Id.*, par. 103.

74 *Id.*

Dans les deux affaires, de nouveaux procès furent ordonnés par la Cour suprême.

5. L'AFFAIRE *SAM KLIGMAN ET AUTRES* C. *MRN ET AUTRES*[75]

Comme le titre l'indique, la décision du juge Beaudry dans cette affaire est particulièrement intéressante puisqu'il s'agit de l'une des premières décisions de la Cour fédérale depuis le prononcé des arrêts *Jarvis* et *Ling* par la Cour suprême du Canada. Cette affaire présente également un intérêt additionnel : certains des appelants étaient des personnes morales, ne bénéficiant donc pas nécessairement des mêmes droits que les personnes physiques.

5.1. LES FAITS

Cinq contribuables, deux individus et trois sociétés, ont présenté chacun une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, division de première instance, à l'égard de demandes de renseignements de l'ADRC émises en vertu des alinéas 231.2(1)a) et 231.2(1)b) L.I.R. en date du 12 janvier 2001.

L'ADRC tentait d'obtenir des renseignements relativement à des dons qu'auraient faits les contribuables à des organismes de charité de 1992 à 1999. S'agissant des deux individus, l'ADRC requérait des numéros de comptes sur lesquels des chèques avaient été tirés afin de payer les dons ainsi que des chèques oblitérés. En ce qui concerne les sociétés, l'ADRC désirait obtenir des chèques oblitérés, des relevés bancaires, des reçus, le journal des décaissements, le grand livre, des écritures d'ajustement ainsi que la balance de vérification.

Les contribuables s'adressèrent à la Cour fédérale, alléguant que les demandes de l'ADRC étaient en fait des saisies illégales en ce qu'elles contrevenaient aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne*. Ils demandaient également à la Cour de prononcer une ordonnance d'exclusion de la preuve en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne*.

La Cour suprême du Canada ayant rendu ses motifs dans les arrêts *Jarvis* et *Ling* après l'audition mais avant le prononcé du jugement du juge Beaudry, ce dernier a donc permis aux parties de produire des actes de procédure amendés afin de tenir compte de ces deux décisions.

---

[75] [2003] C.F.P.I. 52 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Kligman* »).

5.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

Le juge Beaudry les résume comme suit :

i) la directive (avis) contrevient-elle aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne*?;

ii) si la directive (avis) ne contrevient pas à la *Charte canadienne*, une ordonnance annulant la directive devrait-elle être rendue en application du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne*?

5.2.1. Analyse

Il s'agit d'un long jugement dans lequel le juge Beaudry reprend *in extenso* les arguments des parties en application des articles de la *Charte canadienne* invoqués. Nous commenterons l'argumentaire des parties ainsi que l'analyse du juge en débutant par les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne* puis ensuite par l'article 24 de la *Charte canadienne*.

5.2.2. Argumentaire des parties relativement aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne*

5.2.2.1. Les contribuables

On s'en doute, les contribuables alléguaient que les demandes leur avaient été expédiées dans le contexte d'une enquête criminelle et pas seulement dans le cadre d'une procédure administrative.

Ils ont d'ailleurs référé au contre-interrogatoire d'un représentant de la Section des enquêtes spéciales de l'ADRC qui a témoigné que l'objectif principal de l'ADRC était d'enquêter sur les demandeurs afin de recueillir des éléments de preuve de la commission d'une infraction criminelle et de poursuivre les demandeurs en conséquence.

Les demandeurs avançaient également que l'ADRC n'avait pas demandé l'émission de mandats de perquisition pour la simple et bonne raison qu'elle n’avait aucun motif raisonnable et probable de croire qu'une infraction avait été commise. Selon eux, l'ADRC aurait voulu utiliser le mécanisme de la demande de renseignements afin d'alléger le travail d'enquête.

Les demandeurs rappelèrent à la Cour qu'il était maintenant bien établi en droit canadien que les demandes de renseignements de l'ADRC étaient des saisies[76] et que la Cour d'appel fédérale[77] avait décidé en 1999, bien avant *Jarvis* et *Ling,* que l'article 231.2 L.I.R. ne pouvait pas servir à recueillir des éléments de preuve dans le cadre d'une procédure criminelle.

Ils mentionnèrent que la Cour suprême avait déjà décidé[78] qu'une saisie effectuée sans autorisation judiciaire était dès lors réputée abusive et qu'en conséquence, le fardeau incombait à l'ADRC de réfuter cette présomption.

Les demandeurs soutenaient que le représentant de l'ADRC avait lui-même admis en contre-interrogatoire que les demandes étaient vagues et abusives. Ils citèrent également des extraits de précédents selon lesquels[79, 80] la présomption de saisie abusive n'est pas réfutée par l'absence d'intrusion physique dans un établissement ou une habitation.

Enfin, les demandeurs indiquèrent dans leurs procédures amendées que l'objectif prédominant de l'ADRC était d'élucider des agissements criminels et que, partant, la panoplie complète des droits garantis par la *Charte canadienne* était dès lors engagée.

5.2.2.2. La Couronne

De son côté, la Couronne plaidait que la Cour suprême a déjà jugé[81] que bien que le pouvoir de forcer la production de documents au moyen d'une demande de renseignements constitue une saisie, une telle saisie n'était pas abusive compte tenu du principe à la base de notre système fiscal, soit celui de l'autocotisation. Un tel système requiert que l'administration fiscale dispose de vastes pouvoirs de surveillance qui lui permettront d'examiner les livres et registres des contribuables, et ce, qu'elle ait ou non des soupçons voulant qu'il y ait eu infraction à la loi. En conséquence, l'expectative de vie privée des contribuables était réduite.

---

76 *McKinlay Transport Ltd.,* précité, note 52.

77 *Bisaillon et autres* c. *MRN et autres,* (1999) 251 N.R. 225 (C.A.F.).

78 *Hunter*, précité, note 59.

79 *La Reine* c. *Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

80 *Thomson*, précité, note 60.

81 *McKinlay Transport Ltd*., précité, note 52.

Le juge Beaudry mentionne ici que l'ADRC avait bel et bien des motifs raisonnables et probables de croire que des infractions criminelles avaient été commises puisque deux organismes de bienfaisance avaient fait l'objet d'une enquête et que l'un d'eux avait plaidé coupable, l'autre ayant été blanchi. Il mentionne toutefois à la phrase suivante que l'ADRC savait que les demandeurs ne cherchaient toutefois pas à déduire des dons faits à l'organisme trouvé coupable mais plutôt à celui ayant été blanchi. Il dira qu'il s'agissait là du contexte dans lequel l'ADRC « savait ou ne savait pas qu'il existait des motifs raisonnables et probables[82] ».

La Couronne plaidait que les pouvoirs d'enquête lui étant octroyés par la *Loi de l'impôt sur le revenu* servent un double objet, à savoir autoriser la conduite d'une enquête en matière de fraude fiscale ainsi que la conduite simultanée d'une enquête civile devant aboutir à l'émission d'un avis de cotisation. Force est de constater que d'après les motifs de la Cour suprême dans les affaires *Ling* et *Jarvis*, la Couronne aurait dû ajouter que la tenue simultanée de deux « enquêtes » est possible mais qu'à partir du moment où l'objet prédominant est l'obtention d'éléments de preuve devant servir aux fins d'un procès au criminel, la panoplie des droits octroyés par la *Charte* entre alors en jeu.

Comme discuté dans *Jarvis*, deux courants jurisprudentiels s'étaient développés relativement à la portée des pouvoirs d'enquête de l'ADRC. Le premier indiquait que lorsqu'un contribuable est suspecté de fraude fiscale, l'ADRC était réputée avoir entrepris une enquête criminelle et ne pouvait plus, dès lors, examiner ses livres et registres sans que l'autorisation d'un tribunal n'ait été obtenue. Selon le second courant, un mandat de perquisition ne devait être obtenu que lorsqu'il existait des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y avait eu fraude fiscale.

La Couronne plaida que ces deux courants étaient erronés et qu'il fallait plutôt opter pour l'approche préconisée par le juge Strayer dans l'affaire *Del Zotto*[83]. Selon cette approche, le premier facteur à considérer est la nature et l'objet de la loi. On le devine, la Couronne argumenta que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est « un texte de nature administrative qui régit la collecte de la plus importante source de revenu de fonctionnement du gouvernement fédéral[84] » et que le régime d'autocotisation requiert de larges pouvoirs

---

82 *Kligman*, précité, note 75, par. 36.

83 *Del Zotto*, précité, note 61, confirmé par [1999] 1 R.C.S. 3.

84 *Kligman*, précité, note 75, par. 46.

comme mentionné ci-dessus. Le fisc plaida que l'expectative de vie privée que peuvent entretenir les contribuables à l'égard de leurs livres et registres était très faible. Selon la Couronne, une « enquête conduite en vertu de l'article 239 L.I.R. sur une possible fraude fiscale n'entraîne pas un accroissement des attentes du contribuables en la matière[85] ».

Le deuxième facteur à considérer était la mesure dans laquelle les demandes de renseignements pouvaient être jugées invasives. La Couronne plaida que la demande de renseignements était le moyen le moins intrusif mis à la disposition de la Couronne.

La Couronne plaida ensuite que les demandes de renseignements étaient claires, que la Section des enquêtes spéciales, à l'instar de la Section de la vérification, calculait les impôts payables par les contribuables et que le fait que l'enquêteur au dossier avait décidé d'entreprendre une enquête parce qu'il soupçonnait une fraude fiscale ne prouvait pas que l'ADRC en tant qu'institution avait pris la même décision.

La Couronne invoqua aussi la notion d'enquêteur raisonnable en argumentant qu'il ressortait des faits qu'un tel enquêteur ne pouvait arriver à une décision certaine.

On tenta également de distinguer l'affaire *Jarvis* en plaidant que « dans la présente affaire, le dossier était entre les mains de la section des enquêtes spéciales mais ne lui avait pas été envoyé par la direction générale de la vérification[86] ».

Celle-ci rappela que ni l'ADRC ni l'enquêteur au dossier n'avaient d'ailleurs abandonné « la possibilité de redressements fiscaux de nature civile pour les demandeurs[87] », de telle sorte que l'objectif prédominant n'était pas l'établissement d'une responsabilité pénale. C'est, avec respect, confondre « possibilité » avec « objectif prédominant ».

Appliquant les facteurs énoncés par la Cour suprême dans *Jarvis*[88], la Couronne opina que l'enquête avait été menée par l'enquêteur au dossier « parce que des dossiers apparentés étaient demeurés fortuitement entre les

---

85 *Id.*

86 *Id.*, par. 58.

87 *Id.*, par. 59.

88 Précité, note 48, par. 94.

mains de la section des enquêtes spéciales[89] ». Ici encore, la Couronne tentait d'amenuiser les déclarations de l'enquêteur de l'ADRC en contre-interrogatoire et invoquait que l'ADRC n'approuvait pas nécessairement le travail entrepris par l'enquêteur. Or, il est ici question de droits fondamentaux garantis par la *Charte canadienne* et il serait trop facile pour l'ADRC de se retrancher derrière son organisation interne en disant que les agissements de ses enquêteurs ne la lient pas nécessairement.

La Couronne plaida enfin que l'application du critère de l'objet prédominant était prématurée, car les documents pouvaient n'être utilisés que pour le calcul de l'assujettissement à l'impôt dans un contexte civil, sans jamais devoir servir dans des poursuites pénales. C'était ignorer que l'objectif prédominant s'apprécie lors de la collecte de renseignements et non pas au moment de la décision d'intenter des poursuites une fois que l'ensemble des documents recueillis ont été analysés.

5.3. LA DÉCISION DU JUGE BEAUDRY RELATIVEMENT AUX ARTICLES 7 ET 8 DE LA *CHARTE CANADIENNE*

Il reprit d'abord les arrêts *Jarvis* et *Ling* voulant qu'une « relation contentieuse naît entre l'ADRC et le contribuable dès le moment où l'objet prédominant de l'enquête devient l'établissement d'une responsabilité pénale[90] ».

Il réitère que la distinction entre une enquête administrative et une enquête criminelle requiert une analyse contextuelle avec comme principale prémisse le fait que le facteur primordial soit l'examen des valeurs en jeu.

Rappelant que la simple existence de motifs ainsi que la décision de la Section des enquêtes spéciales de procéder à une enquête n'étaient pas en soi déterminantes, il fait ensuite remarquer que l'expectative de vie privée des contribuables en matière de livres et registres est réduite et qu'il n'y a pas non plus d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

De toute évidence, le juge Beaudry accorda beaucoup d'importance aux affirmations de l'enquêteur en cours de contre-interrogatoire indiquant que son but principal était de recueillir des preuves de la commission de toute infraction criminelle.

---

89 *Kligman*, précité, note 75, par. 62.

90 *Id*., par. 94.

Selon le juge Beaudry,

> « le droit d'une personne de ne pas communiquer de renseignements susceptibles de mettre en péril son droit à la liberté doit être mis en équilibre avec le principe rival de justice fondamental selon lequel les preuves requises doivent, dans la quête de la vérité, être portées à la connaissance du juge des faits[91] ».

Indiquant qu'il avait bien à l'esprit ces principes, il conclut que « l'ADRC ne peut espérer que les contribuables lui communiquent des renseignements dont l'effet sera d'aider l'État à les priver de leur liberté[92] ».

Il fait ensuite remarquer que certains des contribuables en l'espèce sont des sociétés :

> « Nonobstant cette conclusion, il n'est pas possible ici d'affirmer directement que les droits garantis par la *Charte*, c'est-à-dire ceux des articles 7 et 8, entrent immédiatement en jeu et que les directives doivent être annulées intégralement. Dans les arrêts *Jarvis* et *Ling*, la Cour suprême n'a pas été avare d'indications à propos des effets des enquêtes de l'ADRC sur les droits de personnes physiques. Cependant, ceux deux affaires n'ont pas porté expressément sur les droits de personnes morales dans le contexte de telles enquêtes. Il est donc nécessaire d'examiner cette importante distinction, qui est davantage qu'une simple nuance.
>
> […]
>
> Une personne morale ne peut prétendre à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Par conséquent, l'article 7 de la *Charte* ne s'applique pas aux personnes morales. La Cour suprême a jugé qu'une personne morale ne peut invoquer ce droit pour se protéger d'une enquête criminelle ou de poursuites criminelles. Cette règle a été énoncée à l'origine dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (Procureur général)*[93]. La règle a été réitérée dans les arrêts *Thomson* et *British Columbia Securities Commission* c. *Branch*[94], précités. Il reste donc uniquement à se demander si l'article 8 peut s'appliquer ici aux sociétés demanderesse[95]. »

---

91 *Id.*, par. 91.

92 *Id.*, par. 92.

93 [1989] 1 R.C.S. 927 (ci-après « *Irwin Toy* »).

94 [1995] 2 R.C.S. 3 (ci-après « *BC Securities Commission* »).

95 *Kligman*, précité, note 75, par. 95.

Il conclut donc que l'article 7 de la *Charte canadienne* ne s'applique pas aux personnes morales puisque ces dernières ne peuvent prétendre à la vie, à la liberté ou à la sécurité de leur personne. Il rappellera d'ailleurs les conclusions de la Cour suprême dans les affaires *Irwin Toy*, *Thomson* et *BC Securities Commisssion* selon lesquelles une personne morale ne pouvait invoquer ce droit pour se protéger dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite criminelle.

Après avoir rappelé qu'il est bien établi en droit qu'une demande de renseignements de l'ADRC faite en vertu de l'article 231.2 L.I.R. constitue une saisie[96], le juge Beaudry commente ensuite les propos du juge Strayer dans l'affaire *Del Zotto* selon lesquels « dans une enquête fondée sur de possibles infractions à la Loi, les droits fondamentaux du contribuable ne sont pas réduits; ils sont simplement définis par référence à leur contexte[97] ». En d'autres termes, c'est le contexte qui dictera quels sont les droits constitutionnels pertinents dont il faut tenir compte.

Il mentionne qu'en l'espèce, le contexte indique que certains contribuables sont des sociétés et qu'il est juste d'affirmer que le droit de celles-ci à la vie privée sera négligeable. Les propos suivants méritent d'être cités :

> « Dans la mesure où un contribuable demande qu'une somme soit déduite du revenu sur lequel il est imposable, afin de réduire son assujettissement à l'impôt, il doit être disposé à établir son droit à telle déduction. Il en découle nécessairement une intrusion dans sa vie privée, mais c'est une intrusion qui s'impose si l'on veut assurer la conformité à la loi. Une revendication excessive du droit à la vie privée pourrait conduire à des abus.
>
> Les arrêts *Jarvis* et *Ling* ont modifié dans une certaine mesure la jurisprudence qui s'était développée jusqu'à l'arrêt *Del Zotto*, mais il est encore juste d'affirmer que le droit des personnes morales à la vie privée sera négligeable. La nature de ce droit est faible par comparaison à celui des personnes physiques, et il doit également être considéré à la lumière du droit de l'État de préserver l'intégrité du régime fiscal[98]. »

Il rappelle que les sociétés dont il est ici question ne sont pas des sociétés cotées en Bourse, mais qu'elles doivent néanmoins tenir des registres à des fins administratives et qu'aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, leur expectative de vie privée sera « minime ». Au

---

96 *McKinlay Transport Ltd.,* précité, note 52.

97 *Kligman*, précité, note 75, par. 99.

98 *Id.*, par. 102.

sujet de cette quasi-absence d'expectative de confidentialité, il résume sa pensée comme suit :

> « Le droit des personnes morales à la vie privée est notablement restreint par comparaison au droit correspondant des particuliers. Les valeurs sur lesquelles repose le droit des particuliers à la vie privée sont la reconnaissance et le respect de l'intégrité physique et psychologique des être humains. C'est valeurs sont tout simplement absentes dans le cas des personnes morales. Par conséquent, je suis d'avis que ni l'article 7 ni l'article 8 de la *Charte* ne seront transgressés si les sociétés demanderesses sont contraintes de se conformer aux directives émises par l'ADRC[99]. »

5.4. ARGUMENTAIRE DES PARTIES RELATIVEMENT À L'ARTICLE 24 DE LA *CHARTE CANADIENNE*

5.4.1. Les contribuables

Les contribuables plaidèrent que l'annulation est une réparation qui pouvait être prononcée par le tribunal en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne* et qu'étant donné que l'ADRC avait saisi **ou tenté de saisir** des documents, cette réparation devrait en l'espèce être prononcée par la Cour.

Les contribuables rappelèrent qu'ils ne contestaient pas la constitutionnalité de l'article 231.2 L.I.R., mais qu'ils faisaient plutôt valoir que les perquisitions en l'espèce étaient abusives étant donné qu'elles n'avaient pas été autorisées par un tribunal compétent selon la loi.

Dans leurs procédures amendées, les contribuables, conscients qu'il n'y avait pour l'heure aucun élément de preuve à écarter puisqu'ils avaient refusé de donner suite aux demandes de l'ADRC, plaidaient qu'il était préférable d'adopter une approche préventive au lieu de statuer sur la recevabilité d'éléments de preuve une fois recueillis.

5.4.2. La Couronne

De son côté, la Couronne opina que le paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne* ne s'appliquait tout simplement pas puisque aucun élément de preuve n'avait en fait été recueilli. On ne saurait donc en écarter un dans un tel contexte.

---

[99] *Id.*, par. 104.

5.5. LA DÉCISION DU JUGE BEAUDRY RELATIVEMENT À L'ARTICLE 24 DE LA *CHARTE CANADIENNE*

Le juge Beaudry décida que la Couronne avait raison de soutenir que le paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne* ne s'appliquait pas dans la mesure où la preuve que l'on tentait d'obtenir au moyen des demandes de renseignements n'avait pas encore été produite.

Quant au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne*, le juge Beaudry exercera le pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition, soit celui d'apporter « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances[100] », en annulant les demandes de l'ADRC adressées aux deux contribuables qui sont des personnes physiques. Les trois demandes adressées aux contribuables qui sont des personnes morales demeurèrent donc valides.

5.6. CONCLUSION

La décision *Kligman* est intéressante en ce qu'elle permet de préciser la portée des affaires *Jarvis* et *Ling* lorsque les contribuables sont des personnes morales.

De plus, les tentatives de la Couronne de distinguer l'affaire *Jarvis*, soit en se retranchant derrière l'organisation interne de l'ADRC, soit en plaidant que la position de cette dernière n'était pas vraiment celle de son enquêteur, furent rejetées par la Cour.

Mais il nous apparaît possible d'envisager des cas où des documents demandés puis obtenus de sociétés pourraient s'avérer utiles aux autorités fiscales dans le cadre d'enquêtes criminelles sur des personnes physiques affiliées à ces sociétés. Quoique la Cour ne se soit pas prononcée directement sur cette question, il semble que l'article 24 de la *Charte canadienne* pourrait alors être invoqué avec succès.

L'affaire *Kligman* n'a pas été portée en appel par la Couronne.

---

[100] *Id.*, par. 110.

6. L'AFFAIRE *GLAXO SMITHKLINE* C. *LA REINE*[101]

Les articles 231.1 à 231.6 L.I.R. définissent les pouvoirs d'enquête de l'ADRC à l'égard des livres et registres des contribuables. L'article 231.6 L.I.R. permet entre autres au fisc, sur avis, d'exiger et d'obtenir des documents se trouvant à l'extérieur du Canada.

Le paragraphe 231.6(8) L.I.R. prévoit les conséquences pour une personne du défaut d'obéir à une telle demande. En somme, si une personne ne fournit pas **la totalité ou presque** des documents demandés, et si la demande de l'ADRC n'a pas été annulée par la Cour, tout tribunal saisi d'une affaire portant sur l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit, sur requête de la Couronne, refuser le dépôt en preuve par cette personne de tout renseignement ou document étranger visé par la demande du fisc.

La Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée pour la première fois sur le régime mis en place par le législateur dans l'affaire *Glaxo Smithkline*.

Dans cette affaire, une telle requête en exclusion fut présentée par la Couronne devant le juge Bowie de la Cour canadienne de l'impôt. Glaxo argumentait que l'article 231.6 L.I.R. ne pouvait être interprété d'une manière qui viendrait porter atteinte à son droit fondamental à une audition tenue selon les principes de justice naturelle.

Glaxo opinait qu'il y avait en l'espèce atteinte à ce droit fondamental de même qu'au paragraphe 2(e) de la *Déclaration canadienne des droits*[102] puisqu'elle ne pouvait autrement déposer en preuve des documents, alors que la Couronne avait toujours la possibilité de produire ces mêmes documents au tribunal.

Glaxo présenta également un argument subsidiaire disant que l'ADRC lui avait laissé croire qu'elle ne devait que remettre des analyses dans lesquelles elle avait comparé ses produits avec certains autres produits de ses compétiteurs.

Ce second argument fut toutefois rejeté par le juge Bowie, lequel décida que le législateur avait prévu qu'il devait y avoir avis écrit de la part de l'ADRC et que les amendements à être apportés à cet avis devaient être entérinés par un juge.

---

[101] 2003 D.T.C. 918 (C.C.I.) (ci-après « *Glaxo SmithKline* »).

[102] 8-9 Éliz. II, c. 44; L.R.C. (1985), app. III (ci-après « *Déclaration* »).

Quant à l'argument principal, le juge Bowie se dit d'opinion que dans certaines circonstances, l'article 231.6 L.I.R. pouvait effectivement enfreindre les droits fondamentaux des contribuables. Il rappelle toutefois que la *Déclaration canadienne des droits*, contrairement à la *Charte québécoise*, ne permettait pas à la Cour de déclarer inconstitutionnelles les dispositions en cause de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[103]. Tout au plus, la *Déclaration* permettait au juge d'envisager et d'apporter une solution spécifique taillée sur mesure pour le dossier devant lui.

Le juge Bowie indiqua que rien ne laissait suggérer que le but recherché par le législateur en adoptant l'article 231.6 L.I.R. serait compromis si la Cour laissait une discrétion au juge du fond d'admettre en preuve tout document qui serait autrement exclu, et ce, dans les cas où la mise en preuve dudit document était nécessaire afin de prévenir un manquement aux règles de justice fondamentales.

Le juge Bowie se dit d'avis que la solution spécifique appropriée dans les circonstances était de permettre à Glaxo de produire des documents en preuve qui seraient autrement exclus, et ce, uniquement à titre de contre-preuve afin de contrecarrer les allégations de la Couronne et si cela était nécessaire afin de prévenir une injustice. Glaxo fut en conséquence empêchée de déposer en preuve, à tout stade des procédures, tout document situé hors du Canada mentionné dans la demande de l'ADRC, sauf à titre de contre-preuve ou en contre-interrogatoire et, encore, avec permission seulement de la part du juge du procès.

À la lecture, force est de constater que l'article 231.6 L.I.R. confère de larges pouvoirs à l'ADRC. Quant à la sanction mentionnée au paragraphe 231.6(8) L.I.R., elle est manifestement très sévère compte tenu que le contribuable, en matière de litige fiscal, supporte le fardeau de preuve, la cotisation de l'ADRC étant présumée valide. La sanction apparaît même disproportionnée lorsque l'on considère que l'ADRC, une fois qu'elle a obtenu le document demandé, peut décider de le produire en preuve par la suite. Deux poids deux mesures direz-vous?

Mais ce n'est pas tout. En effet, le paragraphe 231.6(8) L.I.R. prévoit que le tribunal **doit** appliquer la sanction si « une personne ne fournit pas la totalité *ou presque*, des renseignements ou documents étrangers visés par la mise en demeure ».

---

[103] Voir l'affaire *Northwest Territories* c. *PSAC*, [2001] 3 C.F. 566, 602 (C.A.).

La version anglaise utilise également un texte équivoque et discutable : « If a person fails to comply *susbtantially* with a notice served. »

Ainsi donc, qu'advient-il lorsque la demande de renseignements de l'ADRC comporte un très grand nombre de documents et que certains sont produits à titre d'engagement **partiel** de la part du contribuable? Le libellé de la loi donne à penser que la Couronne pourrait, dans un tel cas, choisir de les produire à la Cour alors que le contribuable ne le pourrait pas. Il est à se demander si certains contribuables seraient tentés d'ignorer complètement la mise en demeure plutôt que d'y donner suite partiellement. Dans un tel cas, un contribuable malveillant ne pourrait produire certains documents lui étant favorables en preuve mais éviterait également de fournir des munitions au fisc.

Les publications internes de l'ADRC donnent à penser que l'objectif du fisc était d'éviter que le contribuable ne produise uniquement les documents à son avantage tout en refusant l'accès à ceux qui pourraient aider le ministère public dans son enquête de vérification ou ses mesures de perception.

On y indique également que le facteur à prendre en considération n'est pas tant la quantité ou le volume des documents fournis que leur pertinence aux fins du dossier.

On indique aussi que l'évaluation de la pertinence se fera lors de l'audition au cours de laquelle le contribuable désirera introduire en preuve les documents en question.

Le paragraphe 231.6(8) L.I.R. trouve un équivalent en l'article 39.1 L.M.R., à propos duquel il ne semble pas y avoir de jurisprudence, ce qui fait de l'affaire *Glaxo SmithKline* un important précédent.

De plus, et comme le mentionnent avec raison les commentateurs[104], la Cour d'appel du Québec a récemment donné un second souffle à la *Déclaration* dans l'affaire *Air Canada* c. *Canada (Procureur général)*[105], où elle a déclaré l'article 104.1 de la *Loi sur la concurrence*[106] inopérant en raison de son incompatibilité avec l'alinéa 2e) de la *Déclaration*.

---

[104] *Tax Topics*, n° 1637, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 24 juillet 2003.

[105] C.A. Montréal, n° 500-09-011298-015, 16 janvier 2003, j. Rothman, Delisle et Rochon; la décision sur demande d'autorisation d'appel en Cour suprême est accordée le 14 août 2003 (ci-après « *Air Canada* »).

[106] L.R.C. (1985), c. C-34.

Il importe en effet de rappeler que dans cette affaire, la Procureure générale du Canada alléguait que la *Déclaration* était désuète, que les tribunaux refusaient de l'utiliser afin d'invalider des lois adoptées postérieurement et que l'alinéa 2e) de la *Déclaration* ne protégeait pas des droits de nature purement économique.

La Cour d'appel du Québec a rejeté les arguments de la Couronne fédérale et réitéré le principe formulé par la Cour suprême dans l'affaire *La Reine* c. *Hogan*[107], à savoir que la *Déclaration* est une loi quasi constitutionnelle « à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la Common Law et un système constitutionnel[108] ».

La Cour d'appel du Québec y rappelle que la *Déclaration* protège le « droit à une audition impartiale de sa **cause pour la définition de ses droits** et obligations à l'occasion d'un procès civil ou administratif[109] », droit qui n'est pas protégé par la *Charte canadienne*.

La Cour mentionne que c'est d'ailleurs ce qui fait dire au professeur Hogg que :

> « Il s'agit là d'une lacune de la *Charte* et donc d'un domaine où la *Déclaration* continuera à jouer un rôle important : toute instance qui, en vertu du droit fédéral, a le pouvoir de déterminer les droits et les obligations d'une personne continuera d'être soumis à l'exigence d'offrir une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale[110]. »

Et la Cour d'appel de conclure que « pour avoir droit à la protection de l'article 2(e), une partie n'a pas nécessairement à invoquer un droit fondamental. Dès que ses droits et ses obligations au sens large sont affectées, elle a droit à une "audition impartiale de sa cause"[111] ».

La Cour d'appel fédérale avait récemment référé à la *Déclaration* dans les affaires *The Canadian Committee for the Tel Aviv Foundation* c. *La Reine*[112], *Canadian Magen David Adom for Israel* c. *La Reine*[113], ainsi

---

107 [1975] 2 R.C.S. 574.

108 *Air Canada*, précité, note 105, par. 42.

109 *Id.*, par. 47.

110 *Id.*, par. 47.

111 *Id.*, par. 49.

112 [2002] C.A.F. 72.

113 [2002] C.A.F. 323.

que dans *New Brunswick Broadcasting Co. Ltd.* c. *CRTC*[114] en matière civile.

Dans l'affaire *Glaxo SmithKline*, le juge Bowie n'a pas déclaré le paragraphe 231.6(8) L.I.R. inopérant puisqu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits de l'appelante au moment de la présentation de la requête en exclusion.

N'ayant pu déclarer inconstitutionnelle la disposition en question, le juge Bowie a préconisé une solution spécifique : les documents seraient admissibles en preuve uniquement afin de réfuter des allégations spécifiques de la Couronne dans sa réponse à l'avis d'appel ainsi que lors de contre-interrogatoires. Le praticien en litige fiscal posera toutefois la question : mais qu'arrive-t-il si la Couronne choisit de ne pas interroger ou s'il n'y a pas d'allégations spécifiques?

La solution proposée par le juge Bowie ne place-t-elle pas le contribuable dans une position très délicate où l'administration de sa preuve peut être décidée en partie par la partie adverse?

Il est à souhaiter qu'une cour de justice se prononce à nouveau sur cette disposition ou sur l'article équivalent dans la *Loi sur le ministère du Revenu*.

7. LES AFFAIRES *LA REINE* C. *VASILIKI TSIAPRAILIS*[115] ET *LA REINE* C. *ANTONIJA SIFTAR*[116]

Introduction

Les arrêts de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Tsiaprailis* et *Siftar*, rendus le 17 mars 2003, présentent tout l'intérêt des jugements rendus avec dissidence où les opinions de la majorité et ceux de la minorité sont toutes deux bien articulées.

La Cour devait décider si les sommes globales reçues par les appelants à la suite des règlements hors cour intervenus dans le cadre de litiges contre leurs assureurs et basés sur des contrats d'assurance invalidité étaient imposables ou non.

---

[114] [1984] 2 C.F. 410 (C.A.).

[115] [2003] C.A.F. 136; portée en appel le 16 mai 2003 et la réplique a été déposée le 23 juin dernier (ci-après « *Tsiaprailis* »).

[116] [2003] C.A.F. 137 (ci-après « *Siftar* »).

Autant le préciser tout de suite, la différence factuelle fondamentale entre les deux affaires résidait dans le fait que dans le cas *Tsiaprailis*, la somme globale payée par l'assureur avait été ventilée dans les minutes du règlement hors cour alors que tel n'était pas le cas dans le dossier *Siftar*. De plus, Mme Siftar avait, contrairement à Mme Tsiaprailis, trois causes d'action dirigées contre deux assureurs. La première cause d'action était dirigée contre l'assureur invalidité, alors que les deux autres l'étaient contre un assureur multirisque pour des prestations sans égard à la faute (selon un régime réglementaire) ainsi qu'en sa qualité d'assureur de la responsabilité civile de l'automobiliste ayant causé les blessures à l'appelante.

Dans un premier temps, nous résumerons les faits de l'affaire *Tsiaprailis* puisque c'est principalement dans cet arrêt que les juges de la Cour d'appel ont fait valoir leurs motifs. Nous reprendrons également l'argumentaire des parties pour ensuite examiner les motifs de la majorité (les juges Pelletier et Strayer) et de la minorité (le juge Evans).

Nous commenterons par la suite l'affaire *Siftar*.

7.1. L'AFFAIRE *TSIAPRAILIS*

7.1.1. Les faits

Les parties présentèrent à la Cour un exposé conjoint des faits. Selon cet exposé, Mme Tsiaprailis, ouvrière, était blessée le 10 novembre 1984 dans un accident de voiture et est devenue admissible à des prestations d'invalidité au titre de la police offerte par son employeur. La police fut souscrite dans un premier temps auprès de la compagnie d'assurance vie Dominion, laquelle fut par la suite remplacée par la compagnie d'assurance vie Manufacturers (ci-après « Manuvie »).

Aux termes de la police, les prestations d'invalidité de longue durée, payables jusqu'au 65e anniversaire de naissance de l'employé, équivalaient aux deux tiers de ses revenus mensuels, jusqu'à concurrence de 1 100 $, moins les prestations reçues du Régime de pensions du Canada.

L'appelante reçut en fait des prestations du 11 mai 1985 au 10 mai 1993. En juillet 1993, Manuvie cessa le paiement des prestations à l'appelante, affirmant que cette dernière n'était plus totalement invalide. Précisons ici que le contrat d'assurance invalidité en question ne comprenait pas une clause d'occupation propre, c'est-à-dire que le critère d'invalidité n'était pas la capacité d'accomplir les tâches de toute occupation mais plutôt celles associées à l'occupation du bénéficiant de la police.

Le 30 mars 1994, l'appelante porta auprès de la Cour de l'Ontario (Division générale) une action civile en jugement déclaratoire contre l'assureur selon laquelle elle avait droit au maintien de ses prestations après le 10 mai 1993.

Un règlement hors cour intervint entre les parties le 18 octobre 1996. En vertu de cette entente, une somme de 105 000 $ fut versée à l'appelante « en remplacement du maintien des prestations[117] ».

Aux termes de cette entente, la somme précitée était ventilée en ce qu'elle représentait essentiellement :

i) le droit de l'appelante aux prestations passées, plus les intérêts;

ii) 75 % de la valeur actuelle du droit de l'appelante aux prestations futures selon la police; et,

iii) 6 455 $ au titre des dépens, de la TPS ainsi que des débours.

7.1.2. La question en litige

Le juge Pelletier la présente comme suit :

> « Le point à décider ici concerne l'imposition des sommes reçues de Manuvie par Mme Tsiaprialis. Le ministre a établi la cotisation de Mme Tsiaprailisen considérant que les sommes en question devaient être incluses dans son revenu en application de l'alinéa 6(1)(f) de la L.I.R. ou, subsidiairement, en application de l'alinéa 6(1)(a) L.I.R.[118] »

7.1.3. Les positions des parties et le jugement de première instance

L'appelante soutenait essentiellement que la somme reçue n'était pas imposable puisqu'elle « n'était pas payable périodiquement » aux termes de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. De plus, elle soutenait qu'une disposition générale tel l'alinéa 6(1)a) L.I.R. ne pouvait faire entrer dans son revenu une somme qui ne cadrait pas avec une disposition spécifique (al. 6(1)f) L.I.R.) prévue pour les sommes de ce genre.

---

[117] *Tsiaprailis*, précité, note 115, par. 2.

[118] *Id.*, par. 3.

La Couronne soutenait quant à elle que la somme était bel et bien imposable en vertu de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. et, de façon subsidiaire, de l'alinéa 6(1)a) L.I.R.

Le juge Bowman, faisant référence à l'affaire *La Reine* c. *Savage*[119], s'en remit à l'argument de l'appelante selon lequel la Couronne ne pouvait se baser sur l'alinéa 6(1)a) L.I.R. si la somme ne se qualifiait pas selon l'alinéa 6(1)f) L.I.R. La somme n'étant pas payable périodiquement, il s'ensuivait qu'elle n'était pas imposable.

La Couronne porta l'affaire devant la Cour d'appel fédérale.

7.1.4. L'opinion de la majorité : les juges Pelletier et Strayer

Le juge Pelletier indiqua d'entrée de jeu qu'il partageait l'opinion du juge Bowman selon lequel la Couronne ne pouvait se baser sur l'alinéa 6(1)a) L.I.R. si la somme ne se qualifiait pas selon l'alinéa 6(1)f) L.I.R.

Puis, il procéda à une brève revue des jugements de la Cour canadienne de l'impôt dans les affaires *Peel* c. *MRN*[120], *Landry* c. *La Reine*[121], *Marchand* c. *MRN*[122], *Whitehouse* c. *La Reine*[123], *Fry* c. *La Reine*[124], *Johnson* c. *La Reine*[125] et *Dumas* c. *La Reine*[126], dans lesquelles des questions similaires s'étaient présentées.

Il en conclut que les juges de la Cour canadienne de l'impôt étaient « généralement constants » dans la manière dont ils traitaient, au regard de l'alinéa 6(1)f) L.I.R., les sommes globales reçues d'assureurs invalidité dans le cadre de règlements hors cour.

La Cour canadienne de l'impôt avait conclu dans les affaires *Peel*, *Landry*, *Whitehouse* et *Fry* que les sommes reçues n'étaient pas imposables puisque non payables périodiquement. Elle mentionna que le juge Bowman

---

119 [1983] 2 R.C.S. 428; 83 D.T.C. 5409.

120 87 D.T.C. 268 (C.C.I.) (ci-après « *Peel* »).

121 98 D.T.C. 1416 (C.C.I.) (ci-après « *Landry* »).

122 87 D.T.C. 630 (C.C.I.).

123 2000 D.T.C. 1616 (C.C.I.) (ci-après « *Whitehouse* »).

124 2001 D.T.C. 846 (C.C.I.) (ci-après « *Fry* »).

125 [2002] A.C.I. n° 156 (ci-après « *Johnson* »).

126 2000 D.T.C. 2603 (C.C.I.) (ci-après « *Dumas* »).

avait précisé, dans l'affaire *Landry*, qu'il n'était pas allégué ou présumé que la somme globale représentait le total des paiements périodiques que l'appelante aurait pu recevoir au cours de sa vie.

Par contre, le juge Rip avait décidé, dans l'affaire *Johnson*, qu'une somme forfaitaire en règlement d'arriérés accumulés était imposable au titre de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. Le juge Rip avait motivé sa décision en précisant que le paiement de la somme globale « ne constituait pas l'obligation finale ou intégrale de l'assureur selon la police[127] ». Pour lui, « le paiement représentait simplement le total d'arriérés de sommes qui étaient payables périodiquement selon la police[128] ».

De même, le juge Mogan avait décidé dans l'affaire *Dumas* qu'une telle somme globale devait être incluse dans le revenu en précisant que

> « si ces prestations d'invalidité (arriéré et montant payable à l'avenir) avaient été versées périodiquement, elles auraient été incluses dans le revenu de l'appelante pour chacune des années en cause aux terme de l'alinéa 6(1)(f) L.I.R. ».

Il est intéressant de noter au passage que dans ses motifs, le juge Mogan avait noté, en référant aux décisions de la Cour d'appel fédérale dans *La Reine* c. *Manley*[129] et *Mohawk Oil* c. *Canada*[130], que la « désignation d'un montant reçu à titre de dommages-intérêts ou dans le but de régler une demande sera fonction, dans une certaines mesure du moins, de la nature de la demande présentée par la personne qui reçoit le montant[131] ».

Le juge Pelletier précisa par la suite qu'il convenait donc dans un premier temps d'examiner la nature exacte des droits conférés à l'appelante par le contrat d'assurance invalidité auquel elle était partie. Après analyse des clauses pertinentes, il en conclut que Mme Tsiaprailis avait deux réclamations distinctes à faire valoir.

Premièrement, elle pouvait réclamer les sommes non payées devenues exigibles entre le moment du refus de l'assureur et la date du règlement. La seconde réclamation concernait les prestations à venir.

---

127 *Johnson*, précité, note 125, par. 9.

128 *Id.*

129 [1985] 2 C.F. 208 (C.A.) (ci-après « *Manley* »).

130 [1992] 2 C.F. 485 (C.A.F.) (ci-après « *Mohawk Oil* »).

131 *Dumas*, précité, note 126, par. 10.

Ainsi donc, la Cour de l'Ontario pouvait décider que Mme Tsiaprailis était totalement invalide et qu'elle avait par conséquent droit aux prestations devenues payables entre le moment du refus de l'assureur et la date du règlement. Par contre, et s'agissant des prestations pour l'avenir, le juge Pelletier rappela que :

> « la question de l'admissibilité de l'assuré se pose chaque fois qu'un paiement devient exigible. Le seul jugement que la Cour pourrait rendre à l'égard de ces prestations en serait un de nature déclaratoire qui établit simplement que l'assuré a le droit de recevoir des prestations et que l'assureur demeure tenu de payer, dans la mesure où l'état d'invalidité persiste et où les autres conditions de la police sont remplies[132] ».

Le juge Pelletier indique ensuite que le droit de recevoir des prestations d'invalidité tant que persiste l'état d'invalidité totale est précieux et que son détenteur peut décider de l'abandonner moyennant un paiement forfaitaire, ce dernier éteignant alors l'obligation de l'assureur. Selon lui :

> « le fait que les parties décident de négocier la valeur de ce droit ou de cette obligation en se référant aux sommes qui pourraient devenir payables au titre de la police si l'assuré demeurait totalement invalide et restait en vie jusqu'à l'âge de 65 ans ne signifie pas que le compromis revient pour l'assureur à *s'acquitter par anticipation* de ses obligations selon la police[133] ».

Rappelant que l'appelante avait deux genres de droits et qu'elle avait reçu une somme unique en règlement de ceux-ci, le juge Pelletier mentionna ensuite que la jurisprudence de la Cour canadienne de l'impôt « donne à penser que la somme intégrale est imposable […] ou qu'elle ne l'est pas du tout[134] » alors que lui ne voyait pas pourquoi « les deux types de droits que Mme Tsiaprailis a fait valoir dans sa réclamation ne pourraient être traités d'une manière distincte sur le plan fiscal[135] », la ventilation de la somme globale faite par les parties appuyant selon lui une telle thèse.

Le juge Pelletier aborda ensuite le sens de l'expression « payable périodiquement » utilisée à l'alinéa 6(1)f) L.I.R. Il référa alors à l'affaire

---

132 *Andersen* c. *The Great-West Life Assurance Co.,* [1988] I.L.R. 1-2317; *Mercuri* c. *Imperial Life Assurance Company of Canada*, (1990) 107 N.B.R. (2e) 320.

133 Le juge Pelletier précise au paragraphe 17 du jugement qu'il fut décidé qu'en d'autres circonstances, l'aliénation du droit de recevoir des sommes futures constitue une opération en capital : *Short* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 1146 (C.C.I.) (ci-après « *Short* »).

134 *Tsiaprailis*, précité, note 115, par. 18.

135 *Id.*

La Reine c. *Sills*[136] dans laquelle il s'agissait de savoir si des sommes versées en règlement d'arriérés de pension alimentaire devaient être incluses dans le revenu du contribuable. Le juge Heald y avait alors statué que « les paiements ne changent pas de nature pour la seule raison qu'ils ne sont pas effectués à temps[137] ».

Qualifiant le raisonnement du juge Heald d'« irréfutable », le juge Pelletier souligne que l'alinéa 6(1)f) L.I.R., tout comme l'alinéa 56(1)b) L.I.R. dans l'affaire *Sills*, traitent tous deux de sommes « payables » et non payées périodiquement. Et abondant dans le même sens que le juge Heald, il mentionne que « le fait qu'un paiement ne soit pas effectué lorsqu'il est exigible *ne change pas le caractère périodique de l'obligation de payer*[138] ». Pour lui, « lorsqu'une personne a le droit de recevoir un paiement, le fait que des mesures de recouvrement doivent être appliquées pour forcer le paiement ne change pas la nature de ce paiement entre les mains du bénéficiaire[139] ».

Il est intéressant de noter qu'à ce stade, le juge Pelletier ne réitère pas ici ses motifs énoncés au paragraphe 17 du jugement disant que le paiement de la somme forfaitaire **éteint l'engagement de l'assureur**.

Selon le juge Pelletier, la décision du juge Heald de la Cour fédérale dans l'affaire *Sills* répond à l'argument invoqué par les juges de la Cour canadienne de l'impôt voulant que les sommes forfaitaires versées par les assureurs en règlement de litiges ne soient pas payables périodiquement. À partir du moment où le contrat initial prévoit que les prestations sont payables périodiquement, le test énoncé par l'alinéa 6(1)f) L.I.R. est dès lors satisfait.

Le juge Pelletier mentionne par la suite que la seconde raison invoquée par les juges de la Cour canadienne de l'impôt dans leur jurisprudence selon laquelle de telles sommes sont imposables est qu'il ne saurait être ici question d'une obligation majoritaire d'effectuer des paiements périodiques puisque ces sommes sont versées dans le cadre de compromis globaux.

---

136 [1985] 2 C.F. 200 (C.A.) (ci-après « *Sills* »).

137 *Id.*, par. 19.

138 *Tsiaprailis*, précité, note 115, par. 20.

139 *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd.* c. *Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A. d'Angleterre); *Manley,* précité, note 129, par. 20.

Or, il rappelle que la Cour d'appel fédérale a déjà rejeté l'appel formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation dans laquelle l'ADRC avait ventilé une somme globale en partie à titre de revenu et en partie à titre de capital. Cela, de dire le juge Pelletier, démontre clairement que la ventilation d'une somme forfaitaire est parfaitement possible pour autant qu'elle soit reflétée par la preuve[140].

Le juge en tire comme conclusion que « la répartition des éléments d'un compromis dépend de la preuve et non d'un principe juridique[141] ». La tâche était d'autant plus facilitée dans le cas de Mme Tsiaprailis que le règlement prévoyait déjà une ventilation de la somme mais le fait demeure que de très nombreux règlements, comme celui dans l'affaire *Siftar*, ne prévoient pas une telle ventilation. Nous verrons plus loin que l'opinion du juge Pelletier est susceptible d'introduire un élément d'incertitude dans les rapports entre l'ADRC et les contribuables.

Le paragraphe 23 du jugement contient le syllogisme opéré par le juge Pelletier :

> « À mon avis, Mme Tsiaprailis ne peut dans son action affirmer l'obligation de l'assureur aux termes de la police, recouvrer dans cette action une somme de l'assureur, puis soutenir que la somme ainsi payée ne résulte pas des obligations de l'assureur aux termes de la police[142]. »

Ici encore, toutefois, le juge Pelletier omet de rappeler que le paiement de la somme forfaitaire était l'engagement de l'assureur. À la fin de ses motifs, le juge Pelletier aborde l'effet d'un règlement en référant aux décisions où les tribunaux ont examiné la nature d'une somme payée à titre de dommages-intérêts afin de voir si les conditions des procès-verbaux de règlement, particulièrement la quittance subrogatoire, dictaient les conclusions à tirer.

Il fit mention que dans l'affaire *Schwartz*, la Cour suprême avait considéré, en plus du libellé du règlement, la correspondance échangée entre les parties ainsi que le témoignage de celui qui avait reçu la somme.

---

140 *Mohawk Oil,* précité, note 130; *Schwartz* c. *Canada,* [1996] 1 R.C.S. 254 (ci-après « *Schwartz* »).

141 *Tsiaprailis*, précité, note 115, par. 22.

142 *Id.*, par. 23.

La Cour d'appel fédérale avait adopté une approche similaire dans l'affaire *Mohawk Oil*. Le juge Pelletier en conclut donc que :

> « les conditions d'une décharge signée par les parties à un différend n'ont jamais constitué une limite lorsqu'est examinée la nature des paiements effectués sans le dire expressément, le juge Pelletier a peut-être ici à l'esprit notamment les clauses stipulant que l'assureur ne reconnaît pas sa responsabilité et celle mentionnant que le paiement éteint toute obligation qu'il pouvait avoir aux termes de la police[143] ».

En effet, la Couronne n'avait pas plaidé de façon subsidiaire que ces sommes pouvaient constituer un gain en capital.

En définitive, le juge Pelletier conclut que le paiement reçu par Mme Tsiaprailis était imposable en vertu de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. parce qu'il se rapportait à des sommes « payables périodiquement ».

De plus, il décida qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur le traitement fiscal des sommes payées à l'égard des droits futurs puisque la cotisation est fondée sur l'inclusion dans le revenu de la contribuable en application des alinéas 6(1)a) et 6(1)f) L.I.R.

7.1.5. L'opinion de la minorité : le juge Evans

On s'en doute, l'opinion dissidente de l'ancien professeur de Osyoode Hall est sérieuse et bien articulée.

Le juge Evans liquide d'abord l'argument fondé sur l'alinéa 6(1)a) L.I.R. en précisant que la présente affaire ne saurait être distinguée de l'affaire *Schwartz*.

Cependant, pour lui, la conclusion du juge Bowman indiquant qu'il ne s'agissait pas d'une somme payable périodiquement est parfaitement en accord avec le libellé de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. Le paragraphe 29 du jugement laisse également entrevoir un souci d'équité lorsqu'il mentionne que le juge Bowman s'est refusé à se livrer à l'exercice d'imaginer « des façons d'imposer des personnes invalides pour pouvoir statuer en faveur de la Couronne[144] ».

---

[143] *Id.*, par. 24.

[144] *Id.*, par. 29.

S'agissant de l'affaire *Sills*, le juge Evans se dit en accord avec le juge Pelletier que la *ratio decidendi* de cet arrêt veut qu'il faille s'en remettre aux modalités de **l'instrument juridique contenant l'obligation de payer** et non à la manière dont la somme due est effectivement payée. Or, cet arrêt ne vient aucunement soutenir la position de la Couronne selon lui.

Pourquoi? Parce qu'en l'espèce la somme forfaitaire payée à l'appelante l'a été **en vertu du règlement et non du contrat d'assurance**. Or, le règlement, contrairement au contrat, ne prévoyait aucunement que les prestations étaient payables périodiquement. Selon le juge Bowman, « l'arrêt *Sills* ne nous permet pas de dire si la somme forfaitaire a été payée en vertu du contrat d'assurance invalidité ou en vertu du contrat qui mettait fin à la contestation[145] ».

Quant à l'argument du juge Pelletier selon lequel la portion « arriérés » de la somme devrait nécessairement être considérée de la même manière que si l'assureur avait payé périodiquement les prestations, le juge Evans mentionne que jusqu'à maintenant, « les tribunaux n'ont qualifié la nature de la somme reçue en se référant à sa source fondamentale que pour déterminer sa nature générale[146] ».

Selon le juge Evans, les circonstances prévues à l'alinéa 6(1)f) L.I.R. sont claires et :

> « il n'est pas loisible à la Cour de dire qu'une somme forfaitaire payée en règlement d'une contestation entre dans cette description simplement parce que la réclamation que les parties ont réglée comportait une affirmation de l'assuré selon laquelle l'assureur avait manqué à son obligation, selon la police, de faire des paiements périodiques[147] ».

Le juge Evans réitère ensuite le principe émis par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ludco*[148] à savoir qu'en matière fiscale, les tribunaux doivent toujours hésiter à innover et à établir des règles.

Il rappelle aussi qu'il convient de donner effet à la nature juridique des opérations véritables conclues par le contribuable plutôt que de mettre

---

145 *Id.*, par. 32.

146 *Id.*, par. 34.

147 *Id.*, par. 36.

148 *Ludco,* précité, note 33, 1028.

l'accent sur des réalités économiques ou commerciales « qui ignorent les formes juridiques employées par le contribuable[149] ». **En l'espèce, la forme juridique employée par l'appelante est celle d'un règlement. C'est cette transaction qui dicte les droits des parties.**

Qui plus est, le juge Evans rappelle qu'il serait difficile de conclure que le paiement de la somme forfaitaire a été fait en vertu du contrat puisque le règlement prévoit spécifiquement que l'assureur n'admet pas sa responsabilité aux termes de celui-ci. Il mentionne également que les parties ont explicitement prévu au règlement que la somme allait être forfaitaire et finale, donc non périodique.

Il mentionne que « l'assureur eût-il été tenu de payer en vertu de la police, il a cessé de l'être à la suite du compromis[150] ». Il convient ici de rappeler que le juge Pelletier avait lui aussi indiqué, au paragraphe 17 du jugement, que le règlement éteignait les obligations de l'assureur en vertu du contrat. Dès lors, il nous apparaît évident que la somme payée à l'appelante le fut en vertu du règlement, les effets juridiques du contrat ayant cessé de l'accord même des parties.

Le juge Evans identifie ensuite trois répercussions possibles de la décision du juge Pelletier. Premièrement, le fait de considérer la somme de 105 000 $ comme étant imposable fera en sorte que l'appelante paiera probablement plus d'impôt que si elle avait reçu les prestations de façon périodique[151].

Deuxièmement, cela risquerait « d'affaiblir les encouragements à transiger et de rendre encore plus difficile qu'il ne l'est déjà le règlement des réclamations d'assurance invalidité[152] ».

Troisièmement, cela risquerait d'introduire un élément d'arbitraire dans les questions fiscales. Le juge Evans rappelle que les parties négocient généralement un chiffre global dans le cadre d'une entente et qu'elles ne « songeront pas à l'importance de préciser la portion de cette somme qui est attribuable aux arriérés et la portion qui est attribuable aux paiements

---

149 *Tsiaprailis*, précité, note 115, par. 38.

150 *Id.*, par. 40.

151 *Id.*, par. 43.

152 *Id.*, par. 45.

futurs[153] ». Il rappelle également que la plupart des règlements ne ventilent pas la somme globale payée. Nous verrons sous peu que c'est d'ailleurs le cas dans l'affaire *Siftar*.

Il mentionne ensuite que l'ADRC pourra attribuer la ventilation qu'elle juge à propos que la somme forfaitaire ne fait qu'ajouter à l'élément d'incertitude.

Enfin, il reconnaît que l'équité (il parle de « considérations d'équité fiscale horizontale ») peut jouer à contresens lorsque l'on considère que ceux qui reçoivent des prestations périodiques sont taxés sur celles-ci. Il termine en indiquant qu'il incombe au législateur de résoudre « l'injustice apparente sur laquelle s'appuie la Couronne au soutien de l'idée selon laquelle l'alinéa 6(1)(f) s'applique aux sommes forfaitaires payées en vertu de compromis terminant des contestations au titre de contrats d'assurance invalidité[154] ».

7.2. L'AFFAIRE *SIFTAR*

Comme mentionné, aucune ventilation de la somme globale versée par l'assureur n'avait été faite dans cette affaire.

Le juge Pelletier y réitère que la part du montant attribuable à des arriérés qui sont exigibles à la date des compromis est imposable. Selon lui,

> « la question de savoir si un compromis portant sur une réclamation d'assurance-invalidité renferme une composante qui représente des paiements payables périodiquement et exigibles à la date du compromis est une question de fait, et l'un des faits pertinents est l'intention des parties[155] ».

Il rappelle qu'aucune présomption n'existe à cet effet et que la nature de la réclamation peut avoir une incidence notable sur la structure du compromis. Le juge Pelletier rappelle également que notre système fiscal reposant sur l'autodéclaration, l'un des corollaires est que le contribuable doit lui-même déclarer la portion de la somme globale reçue devant faire partie de son revenu.

Le juge amène ensuite un élément qui est loin d'ajouter à la certitude des rapports entre l'ADRC et les contribuables. En effet, il indique que si :

---

153 *Id.*, par. 46.

154 *Id.*, par. 50.

155 *Siftar*, précité, note 116, par. 4.

> « l'Agence n'est pas convaincue que la déclaration du contribuable reflète la réalité de l'opérateur, alors elle peut recourir aux instruments mis à sa disposition dans la Loi pour envoyer une nouvelle cotisation au contribuable[156] ».

Il renvoie donc le dossier à l'ADRC afin que celle-ci établisse une cotisation en conformité avec la décision dans l'affaire *Tsiaprailis*.

Pour sa part, le juge Evans rappelle que Mme Siftar avait fait un compromis global avec deux assureurs pour des réclamations portant non seulement sur le non-paiement de prestations d'invalidité mais également sur une responsabilité délictuelle ainsi que sur des prestations réglementaires sans égard à la faute.

Un règlement global au montant de 122 500 $ fut donc convenu, l'assureur invalidité ayant versé une somme d'environ 45 000 $ pour non-paiement de prestations, intérêts, honoraires, débours et TPS.

Selon le juge Evans :

> « les circonstances de la présente affaire montrent, encore plus clairement que les circonstances de l'affaire Tsiaprailis, pourquoi il serait injuste de considérer toute partie de la somme forfaitaire payée à Mme Siftar au titre du compromis comme si cette somme avait été payée conformément au contrat d'assurance-invalidité "payable périodiquement" et, à ce titre imposable en tant que revenu en vertu de l'alinéa 6(1)(f)[157] ».

Il ajoute enfin qu'il était parfaitement raisonnable pour Mme Siftar et son procureur de penser que le partage en compromis global entre les deux assureurs n'avait aucune incidence sur ses intérêts.

Pour notre part, nous adhérons aux motifs du juge Evans voulant que la somme soit payable et payée en vertu du règlement, lequel a été négocié par les parties et a éteint les obligations incombant à l'assureur aux termes du contrat d'assurance. Nous avons vu que le juge Pelletier a même admis une telle extinction dans ses motifs.

Qui plus est, le règlement prévoit spécifiquement que l'assureur n'a jamais admis sa responsabilité dans le cadre du règlement. Le principe de la liberté contractuelle ainsi que les enseignements de la Cour suprême selon

---

[156] *Id.*, par. 6.

[157] *Id.*, par. 14.

lesquels il faut prendre en considération la véritable forme juridique employée par les contribuables militent nettement en faveur de la conclusion de la minorité.

Une requête pour autorisation d'en appeler a été déposée en Cour suprême du Canada par le procureur de Mme Tsiaprailis.

Comme l'a fait remarquer un commentateur[158], à la lumière de la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Manrell*[159], selon laquelle une somme globale reçue en contrepartie d'un engagement de non-concurrence était non imposable, il est pour le moins inconciliable et illogique que des contribuables en parfaite santé reçoivent des sommes non imposables en contrepartie de leur engagement de ne pas travailler dans un domaine et un secteur particulier alors que les contribuables malades doivent payer de l'impôt à l'égard de sommes reçues parce qu'ils ne peuvent tout simplement pas travailler.

De plus, la Couronne n'a pas plaidé de façon subsidiaire qu'une partie de la somme reçue pourrait être considérée comme un gain en capital. Le juge Pelletier a toutefois invoqué l'affaire *Short*, selon laquelle la disposition d'un droit de recevoir des sommes pouvant être une transaction de nature capital.

Sur ce point, il y a lieu de citer que le sous-alinéa 39(1)a)(iii) L.I.R. prévoit que le gain provenant de la disposition d'une police d'assurance n'est pas un gain en capital. Il pouvait tout à fait être plaidé qu'un contribuable, lorsqu'il dispose totalement de son droit de recevoir des prestations aux termes d'une assurance invalidité, se trouve alors à disposer d'une police d'assurance et que la somme reçue en contrepartie de cette rémunération est alors non imposable et ne saurait constituer non plus un gain en capital.

En réalité, la somme n'est-elle pas reçue à titre de compensation pour la perte ou la diminution du principal capital du contribuable, c'est-à-dire sa santé et sa capacité de générer des revenus?

---

158 *Tax Work*, n° 1622, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 10 avril 2003.

159 *Manrell*, précité, note 24.

PARTIE D

Jane Meagher, avocate*
Ministère de la Justice du Canada

1. *B.E.A. HOLDINGS INC. C. TRAFSYS INC.*[1]

1.1. INTRODUCTION

Dans cette affaire, la requérante demandait l'annulation de la vente à une filiale en propriété exclusive de toutes les actions qu'elle détenait dans Trafsys Canada, pour le motif que l'un des objets de la vente, à savoir que la vente soit sans incidence fiscale, n'avait pas été accompli.

1.2. LES FAITS

Le 16 avril 2001, la requérante, B.E.A. Holdings inc. (ci-après « BEA »), achète toutes les actions (400 actions) de Trafsys Canada des quatre actionnaires de celle-ci, pour la somme de 1 820 000 $.

BEA est une société constituée en vertu des lois de l'État du Delaware aux États-Unis. Trafsys Canada est une société constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[2].

BEA réalise que le conseil d'administration de sa filiale canadienne doit être composé majoritairement d'administrateurs canadiens (art. 105 L.C.S.A.).

Ses conseillers lui recommandent de former une compagnie québécoise qui achèterait les actions détenues par BEA dans Trafsys Canada. La *Loi sur les compagnies*[3] du Québec n'exige pas que le conseil d'administration soit composé majoritairement d'administrateurs canadiens.

---

* Le présent texte témoigne des vues de l'auteure et non de celles du ministère de la Justice du Canada.

1 [2003] J.Q. 3949 (ci-après « *B.E.A. Holdings* »).

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

3 L.R.Q., c. C-38.

Le 19 novembre 2001, BEA acquiert toutes les actions de Trafsys inc. (606 665 actions) pour 606 665 $ et consent un prêt à sa filiale exclusive pour 1 213 334 $. Trafsys inc. détient donc 1 820 000 $. Le même jour, Trafsys inc. achète pour la somme de 1 820 000 $ toutes les actions détenues par BEA dans Trafsys Canada.

Après avoir complété les opérations, BEA apprend que, bien qu'aucun profit n'ait été réalisé par l'échange des actions entre les compagnies liées en contrepartie du même prix payé à l'origine par BEA pour l'achat des actions de Trafsys Canada, il existe un risque que les autorités fiscales considèrent, en vertu de l'article 212.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4], qu'il y ait un dividende présumé égal à la différence entre le prix payé pour les actions, soit 1 820 000 $, et la valeur nominale de ces mêmes actions, soit 400 $ (400 actions à 1 $).

1.2.1. Requête pour jugement déclaratoire

BEA présente une requête pour jugement déclaratoire visant à faire déclarer nulle la vente du 19 novembre 2001 à sa filiale en propriété exclusive Trafsys inc., de toutes les actions qu'elle détenait dans Trafsys Canada.

Alternativement, BEA demande la rectification des opérations, pour convertir l'achat par BEA des actions de Trafsys inc. en un prêt portant intérêt. Ce dernier viendrait s'ajouter au prêt déjà consenti par BEA, pour un total de 1 820 000 $. La somme de 1 820 000 $ payée par Trafsys inc. à BEA serait le remboursement de ce prêt. Finalement, le transfert par BEA des 400 actions de Trafsys Canada à Trafsys inc. serait fait en contrepartie des 606 665 actions de Trafsys acquises par BEA La requérante invoque, à l'appui de sa requête, le pouvoir de correction en droit civil.

1.3. POSITION DES PARTIES

Les parties renvoient à plusieurs jugements rendus par les tribunaux de *common law*, notamment à la décision de la Cour suprême de l'Ontario[5] dans l'affaire *Juliar* c. *Canada* (A.G.)[6]. Dans l'arrêt *Juliar*, les parties avaient

---

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

5 Appel rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario et permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée.

6 (1999) 460 R 3e 104 (S.C. Ont.) (ci-après « *Juliar* »).

effectué des opérations en croyant avoir différé tout impôt qui pourrait être exigible en relation avec ces opérations. Par contre, parmi ces opérations, le transfert d'actions à une compagnie de gestion (ci-après « Holdco ») en échange de billets a eu pour résultat l'application de l'article 84.1 L.I.R. et des conséquences fiscales immédiates. Ayant découvert par la suite qu'elles avaient été mal conseillées et qu'il y avait une incidence fiscale immédiate, les parties demandèrent à la Cour de rectifier les opérations pour faire en sorte qu'il n'y ait pas d'incidence fiscale. Leur demande : changer le contrat pour que des actions de Holdco soient reçues en échange des actions de la compagnie opérationnelle, au lieu des billets. Les Juliar réussirent à convaincre la Cour que l'absence d'incidence fiscale était l'une des principales considérations pour effectuer les opérations et la Cour accorda la demande de rectification. Cela a eu pour résultat de permettre aux parties de substituer aux conditions convenues par elles des conditions complètement différentes leur permettant de restructurer les opérations de manière qu'il n'y ait pas d'impact fiscal.

Dans le cas de BEA, les parties prétendaient aussi que l'absence d'incidence fiscale était une considération essentielle à la conclusion du contrat dont l'annulation était demandée.

1.4. DÉCISION DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

La requête fut rejetée. Malgré qu'en droit civil les parties puissent aussi s'adresser à un juge pour obtenir la correction d'une erreur, cela ne permet pas de réécrire les contrats. Selon la Cour, le pouvoir de corriger ou de rectifier un écrit ne va pas aussi loin que de modifier les conditions des écrits et conventions au point de changer, par jugement, la structure même de l'opération et la nature des engagements contractuels. La correction d'une erreur en droit civil permet de corriger un contrat lorsqu'il est manifeste que le document ne reflète pas l'intention des parties. Mais dans le cas de BEA, les parties avaient atteint leur objectif, soit de solutionner leur problème de gouvernance. L'erreur ne portait pas sur l'objet des ententes, ni sur l'impossibilité de réaliser les objectifs visés par celles-ci, mais sur « les conséquences fiscales non anticipées attribuables, selon la requérante, aux conseils des professionnels consultés[7] ».

---

[7] *B.E.A. Holdings,* précité, note 1, par. 39.

1.5. COMMENTAIRES

La possibilité, en droit civil québécois, de s'adresser à un tribunal pour la correction d'une erreur n'a pas la même portée que la doctrine de rectification de la *common law*. Tant que la Cour d'appel du Québec ne se prononcera pas sur la question, il ne faut pas s'attendre à ce que les tribunaux du Québec viennent modifier les conditions de contrats conclus pour corriger une erreur qui n'est pas liée à l'objet même du contrat mais qui est plutôt liée aux conséquences fiscales inattendues qui en découlent.

2. *LA REINE C. COMPAGNIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE ET INCO LTÉE*[8]

Dans ces deux affaires, la Couronne a présenté une requête visant la radiation des avis d'appel des deux intimées ou, alternativement, la suspension des appels, aux motifs qu'ils visaient des cotisations fondées sur des déclarations de revenus produites par les intimées sans que le Ministre ait eu le temps de terminer sa vérification.

Dans les deux cas, le Ministre avait cotisé les contribuables sur la base des déclarations fournies, sans avoir eu le temps d'entreprendre une vérification complète des années en question[9].

2.1. LES FAITS

Les contribuables se sont opposés aux cotisations établies selon leurs propres déclarations et, après l'expiration d'une période de 90 jours, se sont portés en appel des cotisations. Les contribuables prétendaient qu'ils voulaient régler immédiatement certains points de droit sur lesquels ils étaient en désaccord avec le Ministre et qu'ils ne voulaient pas attendre que le Ministre ait terminé la vérification des années en question, processus qui aurait pu prendre encore plusieurs années. D'ailleurs, dans le cas de la Compagnie pétrolière Impériale, le contribuable soulevait pour la première fois dans son avis d'opposition de pertes en capital des monnaies étrangères, sujet qui n'avait pas encore fait l'objet de vérification par le Ministre.

---

8 [2003] C.A.F. 289 (ci-après « *Impériale* »).

9 Ce qu'on appelle communément un *quick* ou *desk assessment*.

2.2. ARGUMENTS DES PARTIES

D'après Impériale et Inco, le Ministre n'avait aucune base législative à l'appui de ses prétentions voulant que les contribuables devaient attendre la fin de la vérification avant de porter les cotisations en appel. De son côté, la Couronne soutenait qu'il fallait interpréter les dispositions en question, non pas d'une façon littérale, mais plutôt en prenant une approche contextuelle qui tienne compte de leur objet.

2.3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La Cour canadienne de l'impôt retient l'approche littérale en rejetant les arguments du Ministre. Selon la Cour, les articles 165 et 169 L.I.R. ne contiennent aucune restriction quant aux droits des contribuables, dans les circonstances, de s'opposer aux cotisations en question ou d'interjeter appel à la Cour canadienne de l'impôt.

2.4. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

En première instance, le juge Bowman avait rejeté les arguments de la Couronne en se basant sur les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui traitent du droit d'opposition et du droit d'appel. La Cour d'appel fédérale résume l'analyse de la Cour canadienne de l'impôt ainsi :

> « Le paragraphe 165(1) de la L.I.R. confère à tout contribuable le droit de s'opposer à une cotisation moyennant le respect d'exigences d'ordre procédural, y compris les délais prescrits. Lorsqu'il n'est pas donné suite à l'opposition dans le délai imparti, le paragraphe 169(1) confère au contribuable le droit d'interjeter appel à la Cour canadienne de l'impôt. Seule une disposition de la L.I.R. peut priver le contribuable du droit de s'opposer à une cotisation ou retarder l'exercice de ce droit[10]. »

La Couronne avait avancé quatre arguments devant la Cour canadienne de l'impôt. La Cour d'appel fédérale commente ces arguments ainsi :

- La Couronne prétend que le contribuable ne devrait pas pouvoir s'opposer à une cotisation fondée sur l'acceptation globale de sa déclaration de revenus. Selon la Cour, les paragraphes 165(1) et 169(1) L.I.R. ne font aucune distinction qui permettrait à la Couronne d'avancer ce genre d'argument.

---

[10] *Impériale,* précité, note 8, par. 3.

- La Couronne soutient qu'un contribuable ne devrait pas pouvoir s'opposer ou interjeter appel avant que la vérification ne soit terminée. Selon la Cour, aucune restriction n'apparaît dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui aurait pour effet d'exiger qu'un contribuable retarde son droit de s'opposer à une cotisation ou d'en appeler d'une cotisation pour tenir compte des contraintes administratives du Ministre.

- La Couronne prétend aussi qu'en s'opposant à la cotisation établie à partir de sa propre déclaration de revenus et en appelant, le contribuable nuisait aux activités du Ministre. En rejetant cet argument comme non fondé, la Cour ajoute que le processus d'opposition et d'appel n'empêche pas le Ministre de poursuivre sa vérification de façon normale.

- Le dernier argument présenté par la Couronne est que le Ministre perd ainsi l'avantage procédural consistant en la possibilité d'invoquer à l'appui de la cotisation les « faits tenus pour acquis ». Sur ce point, la Cour rappelle que si le Ministre ne s'est pas penché sur la question en litige au moment où la cotisation est portée en appel, il reviendra de toute façon au contribuable de faire la preuve des faits à l'appui de ses prétentions.

2.5. COMMENTAIRES

Deux éléments importants, à mon avis, ressortent de cet arrêt. Premièrement, la Cour d'appel fédérale a clairement laissé entendre que cette décision ne devrait avoir aucun impact sur les activités de vérification du Ministre. Non seulement les activités peuvent-elles continuer nonobstant l'opposition et même l'appel du contribuable sur un point en particulier, mais aussi le Ministre ne doit pas craindre de se faire opposer le principe de la chose jugée. Comme le dit la Cour d'appel fédérale :

> « Nous ne croyons pas non plus que le Ministre pourrait se voir opposer qu'il y a chose jugée si un redressement après vérification était apporté une fois que la Cour canadienne de l'impôt a entendu un appel relatif à une question dont elle ne pouvait pas être saisie. Le droit du ministre d'établir une nouvelle cotisation dans le délai prescrit par la loi ne peut être ainsi limité[11]. »

Deuxièmement, la Cour envoie de façon subtile un message à la Cour canadienne de l'impôt. Dans cette situation inhabituelle où les agents de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ARDC ») n'auront

[11] *Id.*, par. 7.

pas eu le temps d'effectuer la vérification habituelle, il est fort possible que la Couronne puisse avoir besoin de plus de temps pour remplir ses obligations quant à la communication de la preuve en vertu des règles de la Cour canadienne de l'impôt. Dans ce cas, la Couronne serait en droit de demander une prorogation de délai pour pouvoir terminer certaines parties de sa vérification. Comme le signale la Cour d'appel fédérale, la Cour canadienne de l'impôt a le pouvoir de suspendre et d'ajourner l'instance et il sera de son ressort d'exercer son pouvoir quand la situation se présentera. La Cour d'appel fédérale nous lance donc le message suivant : il n'y a rien qui empêche le contribuable d'insister pour que certaines questions soient traitées d'une manière expéditive devant la Cour, mais cela ne doit pas se faire de façon à empêcher le Ministre de remplir ses devoirs en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De son côté, la Cour canadienne de l'impôt doit s'assurer que le Ministre ait le temps raisonnable nécessaire pour pouvoir procéder à une vérification.

3. *LA REINE C. ANCHOR POINTE ENERGY LTD.*[12]

Il y avait deux questions en litige dans cette affaire :

- La Couronne peut-elle alléguer dans ses procédures écrites des faits que le Ministre a tenus pour acquis au moment de la préparation de l'avis de ratification?

- La Couronne peut-elle soulever pour la première fois un nouvel argument, à l'appui de la ratification, après l'expiration du délai normal de cotisation?

3.1. LES FAITS

Le 28 octobre 1991, cinq « prédécesseurs » de Anchor Pointe ont acquis certaines données séismiques et en réclament le coût comme « frais d'exploration au Canada ». Après la fusion des cinq sociétés en une seule, Anchor Pointe, le Ministre établit une nouvelle cotisation à l'égard des cinq « prédécesseurs » pour refuser une partie du coût au motif que la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des données séismiques ainsi acquises était moindre que les montants réclamés par les cinq sociétés.

Anchor Pointe dépose des avis d'opposition à l'égard des nouvelles cotisations, mais les avis d'opposition ne sont pas traités immédiatement. Ils

[12] [2003] C.A.F. 294 (ci-après « *Anchor Pointe Energy* »).

sont mis en attente de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Global Communication Ltd.* c. *La Reine*[13]. La décision rendue dans l'arrêt *Global* n'examine pas la question de la JVM. Elle traite plutôt de la nature des dépenses en question pour arriver à la conclusion qu'elles ne se qualifient pas comme « frais d'exploration au Canada ». Par la suite, le Ministre ratifie les nouvelles cotisations sur la base de l'arrêt *Global* en tenant pour acquis que les dépenses en question ne constituent pas des « frais d'exploration au Canada ».

3.2. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

3.2.1. Les faits tenus pour acquis au moment de la ratification

Sur la première question, la Cour canadienne de l'impôt accueille la demande de Anchor Pointe et fait radier certains paragraphes de la réponse à l'avis d'appel parce que, selon les mots du juge Rip :

> « Subparagraphs 10(q), (r) and (z) of the Reply, ought to be expunged. It is not true that "in assessing the Minister assumed" the facts the Attorney General stated the Minister assumed in these provisions. This is, to my mind, an abuse of the process of the Court. The assessment process may include both the making of the assessment and the reconsideration of the assessment that may lead to a confirmation of the assessment but references to an assessment itself is a reference to an administrative act distinct from the confirmation[14]. »

3.2.2. Paragraphe 152(9) L.I.R. – Une nouvelle base de cotisation ou un nouvel argument?

Sur la question de savoir si le paragraphe 152(9) L.I.R. empêche la Couronne de soulever un nouvel argument au stade de la ratification, le juge Rip donne raison à la Couronne, mais pour des motifs différents que ceux invoqués par Anchor Pointe. Selon le juge Rip, le nouvel argument a été soulevé à l'intérieur de la période normale de cotisation; la période normale de cotisation continue jusqu'à ce que le Ministre agisse en vertu du paragraphe 165(3) L.I.R., soit en annulant, en ratifiant, ou en modifiant la cotisation, ou en établissant une nouvelle cotisation.

---

13 99 D.T.C. 5374 (ci-après « *Global* »).

14 *Anchor Pointe Energy*, précité, note 12, par. 19.

3.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

3.3.1. Les faits tenus pour acquis au moment de la ratification

Pour la Cour d'appel fédérale, la question en est une d'exactitude des procédures. La Cour adopte le raisonnement du juge Rip voulant qu'il n'est pas exact de dire que le Ministre a tenu pour acquis les faits en question au moment où il a établi la nouvelle cotisation, étant donné que ces faits ont été tenus pour acquis au moment de la ratification. De plus, la Cour d'appel fédérale signale que l'alinéa 10(z) de la réponse à l'avis d'appel a été radié par le juge Rip pour un motif additionnel. Cet alinéa énonçait une conclusion de droit et n'avait donc pas sa place dans les faits tenus pour acquis. La Cour, qui est plutôt d'avis que cet alinéa renfermait des conclusions mixtes de faits et de droit, rappelle que le Ministre doit retirer toute conclusion de droit de ces allégations de fait, pour faire en sorte que le contribuable sache exactement quels faits il doit démolir pour avoir gain de cause.

3.3.2. Paragraphe 152(9) L.I.R. – Une nouvelle base de cotisation ou un nouvel argument?

Sur cette question, la Cour d'appel fédérale rejette l'appel incident de Anchor Pointe mais pour des motifs différents. Le délai d'expiration de la période normale de cotisation ne s'arrête pas simplement parce que le contribuable a déposé un avis d'opposition. Le paragraphe 165(5) L.I.R. permet au Ministre de cotiser après l'expiration du délai normal de cotisation, mais pas pour y inclure des montants qui n'étaient pas inclus dans la cotisation initiale ou dans la nouvelle cotisation établie durant la période normale de cotisation.

Par contre, le paragraphe 152(9) L.I.R. permet au Ministre de soulever un nouvel argument pour appuyer sa cotisation, même si la période normale de cotisation est expirée. Le Ministre avait donc le droit de soumettre à la Cour un argument basé sur la décision *Global*, même s'il ne s'est pas basé sur cet argument avant l'expiration de la période normale de cotisation.

3.4. COMMENTAIRES

Le message est clair – les faits tenus pour acquis ne doivent pas être mélangés avec les conclusions de droit. S'ils le sont, le contribuable peut demander, par voie de requête, que les conclusions de droit soient retirées des faits tenus pour acquis. Quand les faits tenus pour acquis sont cachés

dans des conclusions mixtes de fait et de droit, le contribuable ne peut pas identifier avec certitude ce sur quoi il a le fardeau de la preuve.

Il est aussi apparent que la première préoccupation de la Cour d'appel fédérale est la transparence. Dans l'affaire *Anchor Pointe Energy*, les procédures étaient inexactes. Comme le signale la Cour d'appel fédérale, « it is misleading for the Crown to say that the Minister made certain assumptions in reassessing, when those assumptions were made in confirming a reassessment[15]». Ce devoir d'être transparent n'est pas nouveau. Cela fait partie du rôle du Ministre de s'assurer que le contribuable est informé des faits qui sont à la base de la cotisation établie à son égard. D'ailleurs, il ne s'agit pas d'une nouvelle obligation, mais d'une obligation qui existe certainement depuis que la Cour suprême nous a confirmé dans l'affaire *Johnston* c. *MRN*[16] que c'est au contribuable de démolir les faits à la base de la cotisation. C'est, de plus, une obligation qui est renforcée par les différentes dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*[17] qui assurent une divulgation complète des faits pertinents sur lesquels s'appuie le Ministre.

Certains prétendront sans doute que la décision de la Cour d'appel fédérale va plus loin que de dire simplement qu'il est important que les procédures soient exactes. Pour eux, le fait que la Cour ait exigé que les faits tenus pour acquis après la cotisation soient identifiés séparément de ceux tenus pour acquis lors de la cotisation serait un indice que ces faits doivent être traités d'une façon différente. Nous ne le croyons pas. Non seulement la Cour d'appel fédérale nous indique clairement que « the issue here is simply one of accuracy of pleadings[18] », mais elle rejette la prétention d'Anchor Pointe que des faits tenus pour acquis à l'étape de la ratification ne doivent pas être inclus dans les procédures écrites de la Couronne. La Cour reconnaît l'importance de cette question : une fois ces faits indiqués par le Ministre, le fardeau de la preuve est renversé : c'est au contribuable de prouver que ces faits sont inexacts. La Cour d'appel fédérale est d'avis, néanmoins, que ces faits peuvent être inclus dans les procédures écrites, pour autant qu'ils soient indiqués avec exactitude. Cela laisse entendre qu'au niveau du fardeau de preuve, il n'y aurait pas de distinction à faire entre les faits tenus pour acquis par le Ministre au moment de la cotisation ou de la nouvelle cotisation et

---

15 *Id.,* par. 22.

16 [1948] R.C.S. 486.

17 L.R.C. (1985), c. A-1.

18 *Anchor Pointe Energy*, précité, note 12, par. 20.

ceux tenus pour acquis au moment de la ratification. Il s'agit uniquement d'un devoir d'information, de transparence.

Quant à la question d'application du paragraphe 152(9) L.I.R., il suffit de dire à l'égard de la distinction qu'a voulu faire Anchor Pointe entre une nouvelle base de cotisation et un nouvel argument à l'appui d'une cotisation, que la Cour d'appel fédérale n'a pas vu de distinction. Dans les mots du juge Rothstein : « I do not find that semantical argument productive[19] ». Depuis l'arrêt *Anchor Pointe Energy*, nous pouvons affirmer que lorsque les mêmes opérations sont à la base de la cotisation, la Cour va permettre à la Couronne d'avancer un nouvel argument, sauf dans les circonstances prévues au paragraphe 152(9) L.I.R. reliées aux difficultés que pourrait rencontrer un contribuable face à la production de la preuve.

4. *TOWER* C. *MRN*[20]

Il s'agissait dans cette affaire de déterminer l'ampleur des pouvoirs du Ministre en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R., d'exiger la production de certains documents ainsi que de certains renseignements qui se trouvaient en la possession des experts-comptables des demandeurs, Leslie Tower, Robert Tower et Bruce Kitsch.

4.1. LES FAITS

Le Ministre envoie deux « demandes de production de renseignements » qui exigent que le cabinet d'experts-comptables des demandeurs, BDO Dunwoody s.r.l., lui communique tous les « dossiers fiscaux, documents de planification fiscale et autres dossiers se rapportant aux demandeurs ». Les demandeurs présentent une demande de contrôle judiciaire des deux décisions du Ministre exigeant la production de renseignements. Ils attaquent la validité de ces demandes.

4.2. LES PRÉTENTIONS DES DEMANDEURS

Les demandeurs prétendent que les communications doivent être protégées par un privilège générique en raison de l'existence d'une relation qui s'apparente à celle qui existe entre un avocat et son client. De plus, ils soutiennent que les demandes sont rédigées de façon trop large et qu'elles

---

19 *Id.*, par. 38.

20 [2003] C.A.F. 307 (ci-après « *Tower* »).

permettent d'explorer « à l'aveuglette » les affaires des demandeurs. Enfin, les demandeurs prétendent que les passages des demandes qui exigent que BDO Dunwoody crée et produise des documents et des renseignements qui n'existent pas sont trop larges, et que le paragraphe 231.2(1) L.I.R. n'a pas une portée aussi grande.

4.3. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE, SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

La Cour accueille la demande en partie. En ce qui concerne la question du privilège, la Cour rejette la demande. Il n'existe pas de privilège comptable-client. Aucune des considérations à la base du privilège avocat-client ne vaut dans le cas des communications échangées entre un comptable et son client parce que le comptable ne représente pas son client en justice.

Par contre, la Cour conclut que la portée des pouvoirs conférés au Ministre en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R. est limitée aux documents et dossiers qui existent déjà. De plus, le juge Kelen accorde un « droit de rédaction » (« right of redaction ») permettant à BDO Dunwoody de supprimer les noms de personnes n'ayant aucun lien avec les demandeurs.

4.4. LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour d'appel fédérale accueille l'appel de la Couronne relativement aux demandes exigeant la création de nouveaux documents et des réponses à des questions écrites. Selon la Cour d'appel fédérale, il s'agit d'une question d'interprétation de la loi. Le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte du libellé de l'alinéa 231.2(1)a) L.I.R. Selon les principes d'interprétation législative, on doit donner un sens à chaque mot qui se trouve dans une disposition. Par conséquent, les alinéas 231.2(1)a) et 231.2(1)b) L.I.R. doivent avoir un sens et les mots « renseignement » et « document » doivent avoir une portée différente. Le mot « renseignement » à l'alinéa 231.2(1)a) L.I.R. vise à permettre au Ministre de poser des questions qui cherchent à faire ressortir la connaissance des faits ou les faits eux-mêmes. Son sens n'est pas limité aux documents qui existent déjà.

La Cour ne se prononce pas sur la question de « rédaction » puisqu'elle n'est plus pertinente, Dunwoody ayant déterminé qu'il n'y avait pas de noms à supprimer. Néanmoins, la Cour réaffirme le principe établi par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *La Reine* c. *McKinlay Transport Ltd.*[21],

[21] [1990] 1 R.C.S. 627 (ci-après « *McKinlay Transport* »).

qu'une demande de production de renseignements n'est pas invalide du seul fait qu'elle entraînera la divulgation de noms de personnes qui ne sont pas sujettes à une enquête et qui pourraient ne pas être assujetties à l'impôt.

Quant à l'appel incident des contribuables, la Cour d'appel confirme le droit du Ministre de demander la production de documents de planification fiscale. L'intention d'un contribuable peut devenir très pertinent, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer l'application de la règle générale antiévitement. Le seul prérequis est que l'information recherchée soit reliée à l'application et à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme le souligne la Cour d'appel fédérale, le paragraphe 231.2(1) L.I.R. donne plus de pouvoirs au Ministre pour aller chercher des renseignements que s'il cherchait à obtenir les mêmes renseignements à l'étape de l'interrogatoire préalable.

Finalement, la Cour rejette aussi la prétention des contribuables selon laquelle les demandes étaient invalides parce qu'elles avaient été envoyées en dehors de la période normale de nouvelle cotisation. Sur ce point, la Cour indique qu'il n'y a pas de délai prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour envoyer des demandes de renseignements. Par conséquent, elles peuvent être envoyées en tout temps, même après l'expiration du délai normal pour cotiser.

4.5. COMMENTAIRES

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tower* réaffirme le principe établi par les tribunaux auparavant selon lequel les pouvoirs du Ministre en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R. sont très larges et permettent au Ministre d'aller recueillir tout renseignement qui pourrait servir à déterminer les impôts payables par le contribuable. Tout ce qui se fait, par exemple, dans un bureau de comptables peut être sujet à une demande de renseignements, même si cette information n'est pas consignée par un écrit. Il y a très peu de renseignements qui ne soient pas pertinents à une vérification des affaires du contribuable. Les seuls documents qui demeurent et qui demeureront à l'abri des demandes de renseignements sont ceux couverts par le privilège avocat-client.

En ce qui concerne la conclusion de la Cour voulant qu'il n'y ait pas de délai de prescription applicable aux demandes de renseignements, il nous paraît évident qu'aucun délai ne devrait s'appliquer dans ce cas. Imaginons la situation où un contribuable a fourni de fausses informations et que le Ministre ne soit pas en mesure d'exiger les vrais renseignements parce qu'il serait hors-délai pour les demander : il ne pourrait établir de nouvelle

cotisation alors même qu'il en aurait le pouvoir selon le paragraphe 152(4) L.I.R. s'il avait cette preuve.

5. *ARTHUR C. DWYER* C. *LA REINE*[22]

M. Dwyer décide d'utiliser ses économies pour faire des prêts hypothécaires. Ceux-ci lui rapportent des sommes d'intérêts importantes qu'il ne déclare pas dans son revenu. À la suite des informations fournies par un tiers à un enquêteur de l'ADRC, le Ministre envoie des demandes de renseignements à la banque de M. Dwyer ainsi qu'aux avocats de ses clients. Par la suite, le Ministre obtient des mandats de perquisition de la résidence de M. Dwyer ainsi que de son bureau d'avocats. M. Dwyer est accusé au criminel mais se voit acquitté des accusations portées contre lui. Le Ministre établit alors de nouvelles cotisations pour inclure dans le revenu de M. Dwyer les montants d'intérêts non déclarés. Devant la Cour canadienne de l'impôt ainsi que devant la Cour d'appel fédérale, M. Dwyer soulève des arguments d'abus de pouvoir et invoque la *Charte canadienne des droits et libertés*[23] pour contester la preuve qui est apportée devant la Cour par le Ministre.

5.1. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La Cour canadienne de l'impôt rejette l'appel de M. Dwyer, après avoir conclu que même si les droits de ce dernier ont été enfreints, il n'y a pas eu déconsidération de la justice.

5.2. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Devant la Cour d'appel fédérale, M. Dwyer soulève six points. La Cour d'appel ne lui donne raison sur aucun.

- **La décision de la Cour canadienne de l'impôt est-elle assez motivée?** La Cour d'appel fédérale renvoie à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *La Reine* c. *Sheppard*[24] et conclut que la décision du juge de première instance était suffisamment motivée pour permettre à la Cour d'appel fédérale de vérifier son bien-fondé.

---

22 2001 D.T.C. 725 (C.C.I.), [2003] C.A.F. 322.

23 Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « *Charte* »).

24 [2002] 1 R.C.S. 869.

- **Y avait-il chose jugée sur la question des pénalités?** Sur ce point, la Cour d'appel affirme qu'un acquittement dans un procès criminel ne permet pas d'invoquer l'autorité de la chose jugée quant à l'élément intentionnel requis pour les pénalités fiscales civiles.

- **Le fardeau de la preuve devrait-il incomber au Ministre?** La Cour d'appel fédérale cite madame le juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hickman Motors Ltd*. c. *Canada*[25] qui confirme que les principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Johnston* c. *MRN*[26] sont toujours valables aujourd'hui.

- **La conduite de l'enquête/vérification constituait-elle un abus de procédure?** À cet égard, la Cour d'appel fédérale rejette les prétentions de M. Dwyer. Elle conclut que malgré le renvoi initial à la division des enquêtes spéciales de l'ADRC et l'utilisation par celle-ci d'une demande péremptoire de renseignements, cette demande avait été envoyée dans le cadre d'une vérification de nature civile et non d'une enquête criminelle. La Cour nous rappelle les propos de la Cour suprême dans l'affaire *La Reine* c. *Jarvis*[27] : il est loisible au Ministre de poursuivre une vérification de nature civile en même temps qu'une enquête criminelle. Ce n'est pas un abus de procédure que d'utiliser une demande péremptoire dans ce contexte, même après l'exécution de mandats de perquisition.

- **Les articles 7 et 8 de la *Charte* ont-ils été enfreints? La preuve est-elle toujours admissible?** La Cour suprême du Canada nous a déjà appris que l'utilisation du paragraphe 231.2(1) L.I.R. pour exiger la production de documents et de renseignements ne constitue pas une fouille ou une saisie déraisonnable[28]. Dans l'affaire *Jarvis*, la Cour suprême nous a même dit que l'utilisation d'une demande péremptoire était un exercice valide des pouvoirs du Ministre et que toute preuve ainsi obtenue était admissible lors de poursuites civiles et criminelles si le but principal de l'enquête n'était pas la poursuite pénale. Ici, la Cour d'appel fédérale était convaincue qu'au moment où la demande a été envoyée, les renseignements demandés étaient requis pour déterminer s'il y avait ou non du revenu non déclaré; on était toujours dans le processus de vérification.

---

25 [1997] 2 R.C.S. 336.

26 [1948] R.C.S. 486.

27 [2002] C.S.C. 73 (ci-après « *Jarvis* »).

28 *McKinlay Transport*, précité, note 21.

- **Les mandats de perquisition exécutée dans les cabinets d'avocats –** La Cour d'appel rappelle que toute fouille sur des documents en possession d'un avocat qui soulève le privilège avocat-client doit normalement être exécutée en conformité avec l'article 488.1 du *Code criminel*[29], mais cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême dans l'arrêt *Lavallée, Rackel & Heintz* c. *Canada (Procureur général)*[30]. Pourquoi? Parce que l'article 488.1 C.cr. ne protégeait pas adéquatement le privilège avocat-client. Cela dit, la Cour se pose la question suivante pour déterminer l'application possible du paragraphe 24(2) de la *Charte* : est-ce que l'utilisation de la preuve aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice? « Non », dit la Cour d'appel. Les fouilles ont été entreprises de bonne foi par les agents de l'ADRC qui croyaient que les mandats étaient valides. Il y a une distinction à faire entre des procédures civiles et des procédures pénales. Lorsque la liberté d'une personne n'entre pas en jeu, lorsque la question concerne plutôt l'obligation d'une personne à payer ses impôts, les tribunaux doivent exercer leur discrétion à l'égard de l'exclusion de la preuve d'une manière beaucoup plus restreinte.

5.3. COMMENTAIRES

Que doit-on retenir de cette décision? Premièrement, il est important de savoir que le simple fait qu'une enquête soit commentée par un agent des Enquêtes spéciales ne veut pas nécessairement dire qu'il s'agit d'une enquête criminelle. Dans les mots du juge Nadon[31], reprenant les propos des juges Iacobucci et Major dans l'affaire *Jarvis*, « mere suspicion is not sufficient to set in motion an investigation[32] ». De toute façon, comme le signale le juge Nadon, une demande péremptoire peut être envoyée en tout temps, même lorsqu'une enquête criminelle est en cours. Les informations ainsi obtenues pourront toujours servir aux fins d'une procédure civile. Ce n'est que dans le cas d'une poursuite pénale qu'elles seront automatiquement exclues. D'ailleurs, même si elles ont été obtenues illégalement, avant d'être exclues de la preuve civile, il faudra démontrer qu'il y a eu de l'abus, qu'il y a eu de la mauvaise foi. À cet égard, la barre est très haute.

---

29 L.R.C. (1985), c. C-46 et mod. (ci-après « C.cr. »).

30 [2002] C.S.C. 61.

31 [2003] C.A.F. 322, par. 64.

32 Précité, note 27, par. 90.

6. *JURAK* C. *LA REINE*[33]

Cette décision confirme le droit du Ministre d'établir des cotisations successives en vertu de l'article 160 L.I.R. à l'égard de deux personnes liées, bénéficiaires de transferts successifs.

6.1. LES FAITS

Snazz Corporation est détenue par 151041. Les actions votantes de cette dernière sont détenues par Mme Paulette Massicotte, qui est la conjointe de l'appelant. Il existe donc un lien de dépendance entre l'appelant, 151041 et Snazz. En 1988, Snazz paye un dividende à 151041. Au moment du paiement du dividende, Snazz a une dette fiscale qui s'élève à 406 667,93 $. Snazz n'a pas contesté la cotisation établie à son égard. En 1993, le Ministre établit une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R. à l'encontre de 151041. 151041 n'a pas interjeté appel après la ratification du Ministre. En 1995, l'appelant est cotisé en vertu de l'article 160 au sujet d'un transfert de propriété de 151041 à l'appelant en 1991. Le montant maximal réclamé à l'encontre de l'appelant est le montant de la cotisation de 151041, soit 291 057,45 $.

6.2. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La Cour canadienne de l'impôt ne suit pas la décision du juge Tremblay dans l'affaire *Nanini* c. *La Reine*[34] selon laquelle il ne peut y avoir d'application en cascade de l'article 160. Madame le juge Lamarre-Proulx arrive, au contraire, à la conclusion que le Ministre peut établir des cotisations successives en vertu de l'article 160 L.I.R. Son raisonnement est le suivant :

> « [38] Malgré toute la déférence que j'ai pour le savant juge Tremblay, je ne peux le suivre dans sa décision *Nanini* (*supra*). Cette interprétation n'a pas été reprise par les juges de cette Cour. Le bénéficiaire d'un transfert peut devenir lui-même l'auteur d'un transfert sujet à l'application du paragraphe 160(1) de la Loi si au moment du deuxième transfert, il est lui-même débiteur fiscal soit de son propre chef ou en tant que débiteur solidaire avec le premier auteur[35]. »

---

33 2003 D.T.C. 5145 (C.A.F.) (ci-après « *Jurak* »). Demande de permission d'appel à la Cour suprême du Canada refusée.

34 [1994] A.C.I. n° 426 (C.C.I.).

35 *Jurak*, précité, note 33, par. 38.

6.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour d'appel fédérale confirme la décision du juge Lamarre-Proulx en reprenant textuellement le passage reproduit ci-dessus.

6.4. COMMENTAIRES

Étant donné que la Cour suprême a refusé la permission au contribuable d'en appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale, l'état du droit sur l'application de l'article 160 en cascade est maintenant clairement établi. Dans la mesure où toutes les conditions d'application de l'article 160 sont présentes, le Ministre est en droit d'établir une cotisation à l'encontre d'un contribuable, même si c'est plusieurs années après la cotisation initiale établissant la dette fiscale de l'auteur du transfert. Il est à noter aussi que l'arrêt *Jurak* c. *La Reine*[36] confirme le principe que ce n'est pas la cotisation elle-même qui fait naître la dette fiscale mais la *Loi de l'impôt sur le revenu*. « La cotisation ne fait que constater l'obligation de payer l'impôt sur le revenu car l'obligation fiscale elle-même est créée par la Loi[37] ». Avis à tous ceux qui reçoivent des transferts de personnes liées : assurez-vous que l'auteur du transfert n'est pas endetté envers l'ADRC au moment du transfert, et cela ne veut pas simplement dire assurez-vous qu'il n'y a pas de cotisation établie à l'égard de l'auteur, mais aussi assurez-vous qu'il n'y a pas eu d'opération qui aurait pu faire naître une obligation fiscale!

---

[36] 2002 D.T.C. 1236 (C.C.I.).

[37] *Id.*, 1241.

ÉCHANGE SUR LES QUESTIONS D'ACTUALITÉ EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE

Gilles Bernard
Directeur
Ministère du Revenu
du Québec

Diane Bouchard
Avocate
Desjardins Ducharme
Stein Monast s.e.n.c.

Jean Groleau
Avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (DIANE BOUCHARD)
Quelques considérations procédurales en relation avec l'arrêt *Jarvis* et discussion sur le secret professionnel de l'avocat : l'affaire *Maranda*

1. L'AFFAIRE *JARVIS* 49:5

1.1. CONSIDÉRATIONS 49:5
1.2. RAPPEL DES RECOURS POSSIBLES EN CONTESTATION DE SAISIES INCONSTITUTIONNELLES 49:8

2. LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT 49:11

2.1. LA NATURE DU SECRET PROFESSIONNEL 49:11
2.2. LE MÉCANISME DE PROTECTION JUDICIAIRE DU SECRET PROFESSIONNEL SOUS LE RÉGIME DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 49:13
2.3. L'AFFAIRE *MARANDA* 49:15
2.4. LES COMMUNICATIONS ENTRE LE COMPTABLE ET LE CLIENT 49:18

3. LES PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES IMPOSÉES À DES TIERS : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS AU PROVINCIAL 49:19

PARTIE B (GILLES BERNARD)
Indices de richesse anormalement élevés

1. MISE EN CONTEXTE 49:22

2. APPROCHE DE VÉRIFICATION 49:22

3. CONTEXTE DE LA VÉRIFICATION 49:23

4. CONTRIBUABLES VISÉS PAR LE PROJET 49:23

CONCLUSION 49:24

PARTIE C (JEAN GROLEAU)
Échange sur les questions d'actualité en matière administrative – L'arrêt *Jarvis*

INTRODUCTION 49:25

1. FAITS 49:26

1.1. LES PARTIES 49:26
1.2. L'INDICE 49:26
1.3. LA VÉRIFICATION 49:26

1.4. L'ENQUÊTE 49:28
1.5. LE MANDAT ET LA PERQUISITION 49:29
1.6. LE PROCÈS DU CONTRIBUABLE 49:29

2. QUESTIONS EN LITIGE 49:30

3. DISCUSSION 49:30

3.1. VUE D'ENSEMBLE DU CONTEXTE LÉGISLATIF 49:31
3.1.1. Commentaires préliminaires 49:31
3.1.2. Distinction entre dispositions de nature réglementaire et dispositions de nature criminelle 49:32
3.2. L'APPROCHE CONTEXTUELLE À L'ÉGARD DES DROITS GARANTIS PAR LA *CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS* 49:33
3.3. VÉRIFICATION *VERSUS* ENQUÊTE 49:35
3.4. DÉLIMITATION DE LA FRONTIÈRE ENTRE UNE VÉRIFICATION ET UNE ENQUÊTE 49:35
3.5. CONSÉQUENCES SUR L'APPLICATION DE LA *CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS* 49:38

CONCLUSION 49:39

PARTIE A

Quelques considérations procédurales en relation avec l'arrêt *Jarvis* et discussion sur le secret professionnel de l'avocat : l'affaire *Maranda*

Diane Bouchard, avocate
Desjardins Ducharme Stein Monast s.e.n.c.

1. L'AFFAIRE *JARVIS*

1.1. CONSIDÉRATIONS

Du point de vue du contribuable, l'impact de cette décision est majeur. En effet, lors d'une vérification fiscale, le contribuable devra s'assurer que le vérificateur n'a pas recours à des tactiques trompeuses pour obtenir des renseignements dont le but prédominant serait d'établir sa responsabilité pénale.

Il est à noter que la preuve des faits et gestes des autorités fiscales ne sera pas facile à établir, surtout en ce qui concerne le moment où il sera possible d'établir que le dossier en est maintenant un d'enquêtes spéciales.

À la suite de l'arrêt *La Reine* c. *Jarvis*[1], les tribunaux ont réitéré la distinction très importante établie par la Cour suprême entre les pouvoirs de vérification et d'enquête et ont mentionné que les garanties prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*[2] ne sont pas les mêmes selon les pouvoirs exercés (voir, entre autres, *La Reine* c. *Anderson*[3] et *Aviscar inc.* c. *Québec*[4]).

La ligne de démarcation entre ces pouvoirs sera difficile à tracer mais constituera l'élément crucial afin de déterminer le moment à partir duquel les droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés* seront applicables. Nous parlons du droit à la protection contre l'autoincrimination, du droit à la liberté et à la protection de la vie privée.

---

1 [2002] C.S.C. 73 (ci-après « *Jarvis* »).

2 Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C.(1985), app. II, n° 44 (ci-après « Charte »).

3 [2003] SKCA 27 (C.A. Sask.).

4 D.F.Q.E. 2003 F-2 (C.S.).

La Cour, sous la plume des juges Iacobucci et Major, a exprimé comme suit l'importance de la distinction :

> « Le contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification, mais lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Dans les présents motifs, c'est ce dernier type de relation que nous appelons la relation de nature contradictoire. Il s'ensuit qu'il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC[5]. » (Notre soulignement)

Dans le but d'établir la délimitation de la frontière entre la vérification et l'enquête, la Cour a mentionné :

> « À notre avis, lorsqu'un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires de l'ADRC doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1). […] Pour déterminer si l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l'ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen[6]. » (Notre soulignement)

La clé consiste donc à déterminer si la vérification entreprise a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, dont le but sera ultimement le dépôt de poursuites en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[7].

Également, si un vérificateur est d'avis qu'un dossier devrait être envoyé aux enquêteurs, le tribunal se doit de vérifier très attentivement ce qui se passe par la suite. Les passages suivants de la Cour sont instructifs :

> « Si le dossier est retourné à la vérification, les enquêteurs ont-ils réellement décidé de ne pas examiner le dossier et l'ont-ils retourné aux vérificateurs pour que ceux-ci terminent la vérification? L'ont-ils plutôt retourné pour des raisons de commodité afin que le vérificateur puisse utiliser les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour obtenir des éléments de preuve aux fins d'une poursuite (comme le tribunal l'a constaté dans l'affaire *Norway Insulation*, précitée)[8]? » (Notre soulignement)

---

5 *Jarvis*, précité, note 1, par. 84.

6 *Id*., par. 88.

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

8 *Jarvis*, précité, note 1, par. 92.

À notre avis, il ne sera pas toujours évident de déterminer à quel moment le vérificateur s'est dit d'avis qu'un dossier devrait être envoyé aux enquêteurs. Les faits devront être examinés très minutieusement.

La simple existence de motifs raisonnables de croire qu'il peut y avoir eu perpétration d'une infraction est insuffisante en soi pour conclure que l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable.

Il faut donc tenir compte du contexte pour déterminer à quel moment la relation entre l'État et le particulier est effectivement devenue une relation de nature contradictoire. À l'exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n'est nécessairement déterminant en soi. La Cour suprême a donné certaines lignes directrices qui seront utiles au tribunal aux fins de cet examen :

- Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il, au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?

- L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?

- Le vérificateur a-t-il transféré son dossier aux enquêteurs?

- La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?

- Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire?

- La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*?

- Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?

Aucune règle générale n'empêche les vérificateurs de transmettre à l'enquêteur des dossiers contenant des renseignements de vérification obtenus valablement. Rien n'empêche non plus les autorités fiscales de

mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative.

Toutefois, si les autorités fiscales mènent simultanément une vérification administrative et une enquête criminelle, les enquêteurs ne peuvent utiliser que les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle. Elles ne peuvent se servir de renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale.

1.2. RAPPEL DES RECOURS POSSIBLES EN CONTESTATION DE SAISIES INCONSTITUTIONNELLES

> « Une fouille ne sera abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive[9]. »

Cette phrase résume en très peu de mots les moyens qu'un contribuable peut invoquer pour contester devant les tribunaux la validité de saisies effectuées.

Les lignes qui suivent n'ont pour but que de rappeler sommairement les deux voies principales qu'une contestation de saisies peut emprunter.

La demande de révision judiciaire intervient rapidement après l'exécution de saisies ayant été effectuées selon un processus prétendument inconstitutionnel.

Cette demande fait appel aux pouvoirs de surveillance et de contrôle dévolus à la Cour supérieure. Un délai de 30 jours est considéré comme un délai raisonnable par les tribunaux. Ce qui veut dire que l'acte contesté des autorités fiscales devra être attaqué devant la Cour supérieure dans ce délai.

Le recours en contestation se fait par une requête en *certiorari*, *mandamus* et demande de réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte.

L'objectif de ce recours est de faire casser les saisies. La base en est la protection du droit à la vie privée, telle qu'elle est stipulée à l'article 8 de la Charte. Cette disposition vise à protéger l'attente raisonnable des contribuables au respect de leur vie privée.

---

9 *La Reine* c. *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, 278.

L'article 8 de la Charte protège le citoyen contre toute fouille, perquisition et saisie abusives exécutées par l'État. Plus l'intrusion dans la vie privée du citoyen est grande, plus l'État devra respecter les règles de garanties procédurales.

Plus une loi ou un processus de vérification ou d'enquête s'apparente au processus criminel, soit lorsque le but de l'enquête est la recherche de preuve d'une infraction, plus les critères établis par l'arrêt *Hunter* c. *Southam inc.*[10] doivent être respectés comme condition préalable à l'exécution d'une fouille, perquisition et saisie, à savoir :

a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre neutre et impartial en mesure d'agir de façon judiciaire;

b) l'arbitre s'assure que l'enquêteur a des motifs raisonnables établis sous serment de croire qu'une infraction a été commise;

c) l'arbitre s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose pouvant servir de preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise;

d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

Ce processus d'autorisation préalable est nécessaire à chaque fois que les enquêteurs recherchent la preuve d'une infraction à la loi. Cela déborde de la simple inspection de routine ou vérification ordinaire des affaires d'un contribuable. Aussi, à partir du moment où l'objet prédominant d'une vérification consiste à déterminer la responsabilité pénale d'un contribuable, les autorités fiscales se doivent de respecter ces conditions et de procéder à l'émission d'un mandat de perquisition afin de poursuivre l'enquête, le cas échéant.

Tout le processus suivi au cours de la vérification peut être examiné en révision judiciaire.

Lorsque la contestation est enclenchée, il y a lieu d'obtenir une ordonnance demandant de procéder à la mise sous scellés de tous les

---

[10] [1984] 2 R.C.S. 145.

documents ou choses que l'on prétend avoir été saisis en violation du droit à la vie privée. Il s'agit de l'entiercement des documents saisis.

Depuis l'arrêt *143471 Canada inc.* c. *Québec (P.G.)*[11], où la Cour suprême du Canada a reconnu le bien-fondé de l'ordonnance d'entiercement de documents, autant l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») que Revenu Québec consentent à mettre tous les documents saisis par suite de l'exécution des mandats sous scellés pendant l'instance sur la contestation. Il s'agit d'une mesure accessoire au recours principal, qui a pour but d'interrompre la violation du droit à la vie privée en arrêtant temporairement l'enquête, donc l'examen des documents.

Par ailleurs, et dans la mesure où un contribuable ne désire pas immédiatement se diriger vers la contestation judiciaire du mandat, il peut toujours attendre le résultat de l'enquête. L'enquête peut aussi bien entraîner des poursuites que l'absence de poursuites.

En l'absence de poursuites, les documents saisis seront retournés au contribuable. Dans un tel contexte, le seul recours qui pourrait être ouvert au contribuable pour obtenir réparation de la violation de ses droits fondamentaux serait celui en dommages et intérêts.

Toutefois, il faudrait faire la preuve que les enquêteurs ont agi de mauvaise foi avec l'intention de nuire.

La faute, selon les règles de droit civil, serait difficile à démontrer et le dommage pratiquement impossible à quantifier, compte tenu de la nature même du préjudice référant à la violation de droits fondamentaux protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Cory a bien fait ressortir ce problème dans l'arrêt *143471 Canada inc*. :

> « Je ne puis non plus accepter que la violation du droit à la vie privée puisse être quantifiée et que les intimés puissent être indemnisés au moyen de dommages-intérêts. Il sera toujours difficile de compenser la violation d'un droit garanti par la Charte. La nature du droit à une indemnisation pour la violation de tels droits est encore fort incertaine[12]. »

Par conséquent, si un contribuable prétend à la violation de ses droits mais qu'il n'a pas contesté la validité des saisies dans le délai requis, il y a

---

[11] [1994] 2 R.C.S. 339 (ci-après « *143471 Canada inc*. »).

[12] *Id*., 382-383.

fort à parier qu'aucun autre remède ne sera disponible afin d'obtenir réparation du préjudice subi.

Au niveau civil, si des cotisations sont émises, le contribuable pourra toujours se prévaloir de la procédure d'opposition ou d'appel, le cas échéant.

Si des poursuites sont engagées, le contribuable pourra loger au début du procès une requête demandant l'exclusion de toute la preuve du ministère obtenue en violation de ses droits fondamentaux. Il s'agit d'une requête en exclusion de la preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte.

Les mêmes motifs que ceux déjà vus pour le recours en révision pourront être invoqués. Ce moyen de contestation se fera par un voir-dire au début du procès, c'est-à-dire un mini-procès, dans le procès.

2. LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

2.1. LA NATURE DU SECRET PROFESSIONNEL

La notion de communication privilégiée entre l'avocat et son client est depuis longtemps reconnue comme essentielle à la bonne administration de la justice. Le privilège des communications est l'un des plus anciens privilèges de la *common law*.

En droit québécois, le secret professionnel est devenu un droit fondamental inscrit à l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[13] qui se lit comme suit :

> « Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer des renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.
>
> Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel. »

De façon générale, il existe deux types de communications privilégiées : celles qui sont protégées par le privilège « générique », c'est-à-dire qui existent en raison de la nature même de la relation, et celles qui sont

[13] L.R.Q., c. C-12 et mod.

protégées en raison des circonstances particulières dans lesquelles elles ont été faites.

Pour que la communication soit qualifiée du privilège dit « générique », la relation entre le professionnel et le client doit relever d'une catégorie protégée. Le secret professionnel de l'avocat en est un exemple.

À défaut de pouvoir se prévaloir de ce privilège, il est possible que les communications soient protégées néanmoins par un privilège qui est fondé sur les circonstances de chaque cas. Le test de Wigmore, repris à de nombreuses reprises par les instances judiciaires, élabore quatre critères qui doivent être respectés pour que les communications soient protégées :

a) les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seront pas divulguées;

b) le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties;

c) les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment; et

d) le préjudice permanent que subiraient les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.

En matière de communications entre l'avocat et le client, la Cour fédérale mentionne dans l'affaire *Belgravia Investments Limited* c. *La Reine*[14] l'existence de deux types distincts de privilèges.

En premier lieu, le privilège des communications liées à une instance protège toutes les communications échangées entre l'avocat, le client ou des tiers dans le cadre d'une instance éventuelle ou en cours.

Quant au privilège des avis juridiques, celui-ci protège toutes les communications qui sont échangées entre un avocat, un client ou des tiers et qui concernent directement la demande, la formulation ou la présentation d'avis juridiques.

---

[14] 2002 D.T.C. 7133 (C.F.).

La distinction entre ces deux types de privilèges a été soulignée à de nombreuses reprises par les tribunaux dans les décisions suivantes : *Pitney Bowes of Canada Ltd*. c. *La Reine*[15]; *Fraser Milner Casgrain LLP* c. *Ministère du Revenu*[16]; *Pinder* c. *Sproule*[17]; *AFS and Company Limited Partnership no. 5* c. *La Reine*[18].

Bien entendu, le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu et les tribunaux reconnaissent certaines exceptions à ce privilège comme l'exception de crime. Il est également possible pour le client de renoncer à la protection du secret professionnel.

À cet égard, le juge O'Reilly de la Cour fédérale rendait une décision récemment sur la renonciation au secret professionnel dans l'affaire *Pitney Bowes*. Dans cette affaire, la Cour a conclu qu'il n'y a pas de renonciation au secret professionnel lorsqu'une partie à la transaction commerciale distribue une opinion légale, qui lui est adressée spécifiquement, à l'autre partie membre de la transaction. En effet, l'opinion juridique a été préparée dans le but de la transférer aux autres parties qui ont un intérêt commun à la réalisation de la transaction commerciale.

2.2. LE MÉCANISME DE PROTECTION JUDICIAIRE DU SECRET PROFESSIONNEL SOUS LE RÉGIME DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*

Comme nous l'avons déjà mentionné, un vérificateur a le droit d'inspecter, de vérifier et d'examiner tout document qu'il juge nécessaire dans le cadre de sa vérification. Toutefois, les pouvoirs des autorités fiscales ne sont pas absolus et comportent une limite importante lorsque les documents visés sont des communications privilégiées entre le conseiller juridique et le client.

La mise en branle du mécanisme de réclamation du privilège prévu à l'article 232 L.I.R. peut survenir en cas d'examen ou de vérification dans un bureau d'avocats ou encore lorsqu'une demande péremptoire a été envoyée.

---

15 2003 D.T.C. 5179 (C.F.) (ci-après « *Pitney Bowes* »).

16 2003 D.T.C. 5179 (C.S.C.-B.).

17 [2003] A.J. N° 32 (C.B.R. Alb.).

18 2001 D.T.C. 5330 (C.F.).

Le secret professionnel pourra également être invoqué en défense lorsque le juriste est poursuivi pour n'avoir pas obtempéré à une demande péremptoire des autorités fiscales. Dans ce dernier cas, l'avocat doit être acquitté s'il établit, à la satisfaction du tribunal, qu'il avait des motifs raisonnables de croire que les documents ou les renseignements exigés étaient protégés par le secret professionnel et qu'il avait indiqué au ministre ou à une personne autorisée à agir pour le ministre son refus d'obtempérer à une telle demande en invoquant le secret professionnel au nom du client.

Le paragraphe 232(1) L.I.R. définit le « privilège des communications entre client et avocat » comme une communication orale ou documentaire entre le client et l'avocat en confidence professionnelle, à l'exception d'un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque.

En vertu du paragraphe 232(3.1) L.I.R., l'avocat doit, lorsque le privilège est invoqué, faire un colis des documents à l'égard desquels le privilège est invoqué, le sceller et le marquer, puis le retenir et s'assurer de sa conservation jusqu'à ce qu'une ordonnance soit rendue en regard de ces documents. Cette obligation n'est cependant imposée que lorsque le vérificateur est sur le point d'inspecter ou d'examiner les documents en la possession de l'avocat.

Finalement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit qu'aucun fonctionnaire ne peut inspecter, examiner ou saisir un document en la possession d'un avocat sans donner à celui-ci une occasion raisonnable d'invoquer le privilège des communications entre client et avocat.

Avant de terminer ce volet, il est important de mentionner que dans l'affaire *Lavallée Rackel & Heintz* c. *Canada (Procureur général)*[19], la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnel et annulé l'article 488.1 du *Code criminel*[20], qui est le pendant de l'article 232 L.I.R.

Le principal argument est que l'article 488.1 C.cr. est invalide parce qu'il permet la déchéance ou la perte du privilège du seul défaut de l'avocat de l'invoquer ou de pouvoir l'invoquer, et ce, hors la connaissance du client qui est le titulaire du privilège. Selon l'article 488.1, le privilège qui constitue un droit constitutionnel peut être violé du simple fait que l'avocat

---

[19] [2002] C.S.C. 6.

[20] L.R.C. (1985), c. C-46 et mod. (ci-après « C.cr. »).

n'a pas agi, sans instructions en ce sens de la part de son client ou sans même qu'il y ait de communication avec lui. Cette disposition permet la perte de la confidentialité des communications entre avocat et client sans l'autorisation explicite et éclairée du client et sans même que celui-ci ait la possibilité d'être entendu.

Il sera intéressant de voir de quelle façon les autorités fiscales vont réagir à la suite de cette décision lors des demandes d'émission de mandats de perquisition.

2.3. L'AFFAIRE *MARANDA*

Récemment, dans l'affaire *Leblanc* c. *Maranda*[21], la Cour d'appel du Québec a rendu un jugement extrêmement important sur l'étendue des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat.

Sont intervenus à l'audience le Barreau du Québec, l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense et l'Association des avocats de la défense de Montréal. Les principes en jeu et leur application revêtent une importance capitale pour la profession juridique et le maintien de l'intégrité du système. Il va sans dire que le jugement que rendra bientôt la Cour suprême du Canada est très attendu.

Dans cette affaire, la Cour s'est penchée sur un appel d'un jugement de la Cour supérieure ayant déclaré nuls et abusifs un mandat de perquisition exécuté dans un cabinet d'avocats ainsi que la perquisition et la saisie qui en ont découlé.

La liste des documents recherchés contenait des renseignements permettant d'établir le montant des honoraires payés par le client à ses avocats ainsi que les débours et dépenses engagées par ces derniers dans la défense de leur client.

Selon le dénonciateur, ces documents pouvaient fournir une preuve relative à l'infraction d'avoir possédé des biens provenant de la perpétration du trafic de stupéfiants.

L'appelant, qui était le policier dénonciateur lors de la délivrance du mandat de perquisition, a invoqué trois moyens d'appel, dont deux portent

---

[21] [2001] R.J.Q. 2490 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accueillie, n° du greffe 28964, appel entendu le 12 mai 2003).

sur des questions de procédure, à savoir si le mandat devait être annulé au cas où la perquisition n'était pas limitée aux seuls objets qui ne pouvaient pas être obtenus autrement qu'au cabinet d'avocats et sur la présence de l'avocat comme modalité d'exécution de la perquisition.

L'analyse de la Cour d'appel a porté plus particulièrement sur le troisième moyen d'appel qui s'attaque à la question de fond : le montant des honoraires et débours payés à l'avocat est-il protégé par le secret professionnel?

Le débat s'est limité au seul montant payé, chacune des parties a admis que la description des travaux accomplis dans un compte d'honoraires est protégée par le secret.

En premier lieu, la Cour d'appel a analysé la nature et l'étendue du privilège entre l'avocat et son client en soulignant que ce privilège protège contre toute divulgation (i) les communications faites par le client, (ii) aux fins d'obtenir un avis juridique (iii) dans le cadre de la relation client-avocat et (iv) voulues confidentielles par le client.

Le secret professionnel repose sur la notion selon laquelle une personne doit pouvoir parler franchement à son avocat et c'est cette communication, dans la mesure où les conditions sont respectées, qui est protégée par le privilège.

La Cour a souligné que le privilège protège le contenu de la communication et non la connaissance acquise de façon indépendante de faits qui ont pu être communiqués.

La justification entre une communication et un fait s'explique par le fait que le privilège demeure une exception au processus de la recherche de la vérité et donc au principe que l'État a un droit d'obtenir toute preuve pertinente.

De plus, la divulgation d'un fait ne met pas en péril le droit du client de communiquer librement et en toute confidentialité avec son avocat.

Ainsi, le privilège protège les communications privilégiées.

Bien sûr, le privilège n'est pas absolu et les tribunaux reconnaissent certaines exceptions telles que les communications du client faites dans le but de faciliter la perpétration d'une infraction.

À la suite de cette analyse, la Cour d'appel a conclu qu'en l'espèce, le montant payé ne constituait pas en soi une communication.

Même si elle pouvait être vue comme une communication, elle ne pouvait être de la nature de celle que vise le privilège.

En effet, le client qui sait que le montant qu'il paiera en honoraires peut être divulgué n'est pas empêché pour autant de se confier en toute liberté à son avocat.

Puisque ce qui est réclamé se limite au montant des honoraires payés, il n'y a pas lieu de craindre que les démarches effectuées par l'avocat soient révélées, lesquelles sont susceptibles de divulguer des renseignements privilégiées.

Bien que la Cour ait souligné qu'en principe, le paiement d'honoraires ne constitue pas une « communication » et que, de toute façon, elle ne répond pas aux conditions du privilège, elle a précisé qu'en raison de l'approche contextuelle, il n'est pas possible d'affirmer de façon absolue que le montant des honoraires et débours ne pourra jamais être qualifié de communication privilégiée. Ce qui est certain, c'est que dans le cas présent, le montant ne constituait pas une communication privilégiée.

Finalement, en *obiter,* la Cour a mentionné que même si le premier juge avait eu raison de décider que le montant des honoraires payés était privilégié, il aurait dû malgré tout appliquer l'exception de crime qui justifiait alors la divulgation du montant des honoraires payés à l'avocat.

En terminant, la Cour d'appel a rappelé qu'en droit, le privilège n'est pas absolu et que graduellement, des contingences constitutionnelles et sociales ont incité les tribunaux à reconnaître certaines exceptions au privilège qui relèvent les avocats de leur obligation de respecter le secret des confidences.

Outre l'exception de crime, la plupart des exceptions n'ont été consacrées par la jurisprudence que très récemment, soit (i) celle relative à la sécurité publique, (ii) lorsque le privilège doit céder devant le droit à une défense plein et entière, (iii) le cas du témoin ou du client qui a commis un parjure ou qui a trompé la Cour, que tout Code de déontologie réprime, sans compter les obligations qui peuvent découler de la réglementation qui sera adoptée par le législateur dans le cadre de la législation relative au « recyclage des produits de la criminalité ».

L'avocat doit donc composer avec ces nouvelles réalités qui peuvent l'exposer à des situations très délicates où notamment ses devoirs de confidentialité et de loyauté se heurtent à l'obligation de divulguer; ces cas demeurent évidemment des exceptions.

2.4. LES COMMUNICATIONS ENTRE LE COMPTABLE ET LE CLIENT

La jurisprudence a distingué le secret professionnel de l'avocat des autres secrets professionnels susceptibles de jouir d'une certaine immunité pour conclure que le premier occupait une place unique puisqu'il fait partie du système de justice. Si le privilège du secret professionnel entre l'avocat et le client bénéficie d'une protection quasi absolue, il en va tout autrement des communications entre un comptable et son client.

Au Québec, l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code des professions*[22] protègent le secret professionnel de façon générale. Cependant, en matière fédérale, les tribunaux ont jusqu'à présent refusé de reconnaître l'existence d'un privilège couvrant la relation entre le comptable et son client, principalement parce qu'il n'existe au niveau fédéral aucune reconnaissance législative du secret professionnel en général ni du caractère privilégié des communications entre le comptable et son client.

À cet égard, la Cour d'appel fédérale rendait récemment une décision dans l'affaire *Tower* c. *Canada*[23]. À la suite de l'émission de nouvelles cotisations contre les contribuables, l'ADRC signifiait une demande péremptoire au bureau de comptables des contribuables, leur demandant de lui remettre certains documents et de lui fournir par écrit les raisons et les motifs pour lesquels les contribuables avaient eu recours aux services du bureau de comptables.

La Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement de première instance en affirmant que les communications entre le comptable et son client n'étaient pas soumises au secret professionnel. Le juge Malone justifie sa décision en invoquant l'inexistence dans ce cas des considérations de politique judiciaire qui justifient le privilège client-avocat. La Cour a néanmoins reconnu que certaines communications faites par un client à son comptable pouvaient être couvertes par le secret professionnel qui existe entre l'avocat et son client.

---

22 L.R.Q., c. C-26.

23 [2003] F.C.J. n° 1153.

3. LES PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES IMPOSÉES À DES TIERS : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS AU PROVINCIAL

Il n'y a pas eu de développements récents au fédéral. Il en est autrement au niveau provincial.

Lors d'une table ronde provinciale qui a eu lieu en 2001[24], le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») soulignait son intention de publier un bulletin d'interprétation traitant spécifiquement des pénalités administratives aux tiers.

Au moment de la rédaction du présent texte, des projets de bulletins d'interprétation et de pratiques administratives sont à l'étude et sont soumis aux commentaires d'organismes spécialisés.

Récemment, l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») faisait parvenir ses commentaires sur des projets de bulletins d'interprétation et de pratiques administratives au sous-ministre adjoint du MRQ. À cet égard, plusieurs recommandations ont été formulées.

En ce qui concerne le processus d'assujettissement, l'APFF souligne l'importance d'une application uniforme de la pénalité aux situations les plus flagrantes et abusives. D'après l'APFF, il est important également que la manifestation de cette application se révèle dès le début du processus et non seulement à la dernière étape.

En plus des commentaires sur le processus d'assujettissement, l'APFF soulève quelques questions additionnelles.

Entre autres, il est demandé au MRQ de se prononcer sur la possibilité d'une limite de temps à l'application de la pénalité.

De plus, l'APFF suggère de reproduire un texte semblable à celui prévu au paragraphe 76 de la circulaire fédérale, dans lequel il est précisé que l'avis d'opposition qui pourrait être logé par un professionnel à l'encontre de sa pénalité sera tenu en suspens tant et aussi longtemps que le dossier du contribuable lui-même n'aura pas connu son dénouement.

---

24 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 44:21-91, question 4.7, aux pages 44:71-73.

Ainsi, dans le cas où le contribuable aurait gain de cause, cette pratique aurait pour avantage de ne pas faire argumenter le professionnel inutilement.

Également, l'APFF suggère de prévoir que l'imposition de la pénalité aux tiers ne sera jamais révélée au client concerné.

Finalement, l'APFF demande au MRQ d'encadrer les demandes d'un conseiller qui est assujetti à la pénalité et qui désire avoir un accès tout au moins partiel au dossier du client concerné.

L'aspect de la double imposition de la pénalité maximale aux résidents du Québec a été abordé et l'APFF souhaite que des négociations soient entreprises entre les gouvernements fédéral et provincial pour éviter l'application du double du montant maximum des pénalités aux conseillers québécois.

De plus, en cas de désaccord avec le client, ni l'ADRC ni le MRQ n'offrent de solution acceptable au professionnel, qui aura avisé un client de son désaccord avec la manière de procéder souhaitée par ce dernier, mais dont le client refusera d'accepter les conseils et insistera pour procéder à sa manière.

L'APFF s'interroge également sur la manière dont les professionnels pourront se défendre valablement contre l'imposition d'une pénalité, si les arguments qu'ils doivent soulever reposent sur des faits dont ils ont obtenu communication dans le cadre de leur relation privilégiée avec leur client.

Afin de trouver une solution à ces problèmes, l'APFF désire discuter davantage de ces situations avec le MRQ.

Un autre problème sérieux réside dans la question du conflit d'intérêts.

En effet, dans plusieurs des cas, le moyen de défense principal du professionnel à l'encontre de la pénalité pourrait être de rejeter le blâme sur son client, ce qui le placerait dans une situation de conflit d'intérêts avec son client.

L'APFF souligne qu'il est essentiel que la pénalité ne puisse être utilisée par les vérificateurs du MRQ comme un « outil de négociation » pour placer le contribuable et son client dans une position où ils deviennent presque des adversaires.

Un autre élément important analysé concerne le crédit accordé à l'information fournie par le client.

Dans la mesure où, de fait, l'application de la pénalité sera restreinte aux cas les plus flagrants, l'APFF pense que les cas d'imposition de la pénalité en l'absence de connaissance du professionnel seront relativement rares.

Dans ce contexte, il est proposé de resserrer la teneur des textes proposés à cet effet.

Finalement, l'APFF considère qu'il serait utile de préciser que la responsabilité du tiers ne sera pas engagée pour les années antérieures où il n'était pas le conseiller du client, même si le client refuse son conseil d'effectuer une divulgation volontaire conformément à la politique du MRQ.

À la suite de ces recommandations et afin de bénéficier des lignes directrices du MRQ, les contribuables attendent la publication des bulletins d'interprétation et de pratiques administratives sur les pénalités administratives aux tiers.

PARTIE B
Indices de richesse anormalement élevés

Gilles Bernard, directeur
Bureau de la lutte contre l'évasion fiscale, ministère du Revenu du Québec

1. MISE EN CONTEXTE

Dans le cadre de ses travaux, le Bureau de lutte contre l'évasion fiscale élabore plusieurs projets pour s'attaquer à ces phénomènes sociaux inéquitables que sont l'évasion fiscale et le travail au noir, notamment, par la réalisation du projet « Indices de richesse anormalement élevés ».

Auparavant, sur la seule base des renseignements fiscaux, il s'avérait difficile pour le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») d'intervenir efficacement auprès des particuliers qui dissimulent des revenus importants au fisc tout en s'enrichissant personnellement. Certains même ne produisent pas de déclaration de revenus.

Le projet « Indices de richesse anormalement élevés » permet donc une intervention auprès de particuliers qui ne produisent aucune déclaration de revenus alors qu'ils possèdent des avoirs personnels importants et auprès de particuliers dont les revenus déclarés semblent insuffisants pour justifier l'importance de leurs avoirs personnels.

La réalisation du projet est devenue possible grâce à l'obtention de renseignements de sources externes et par la mise en place de la centrale de données au MRQ. Il faut noter que l'accès aux données des fichiers de renseignements externes est géré avec rigueur en conformité avec l'ensemble des dispositions législatives entourant l'accès à l'information. L'obtention des données est effectuée conformément au plan d'utilisation des fichiers de renseignements externes soumis pour avis à la Commission d'accès à l'information et déposés à l'Assemblée nationale.

2. APPROCHE DE VÉRIFICATION

Dans le cadre du projet, l'approche de vérification retenue s'appuie sur des méthodes indirectes basées sur l'enrichissement personnel récent et le coût de vie.

La méthode retenue permet de vérifier l'existence ou non de revenus non déclarés. Le couplage des données externes avec les données internes

disponibles au Ministère, allié aux méthodes de vérification éprouvées, permet cette analyse. Ces revenus sont évalués en tenant compte de toutes les entrées et sorties de fonds effectuées par un ménage au cours des années d'imposition vérifiées ainsi que des variations au niveau des épargnes.

Les entrées de fonds comprennent tous les types de revenus imposables qui sont ajustés pour tenir compte des fonds réellement disponibles pour faire face aux obligations financières, tous les types de revenus non imposables ainsi que toutes les autres entrées de fonds possibles (par exemple les emprunts, etc.).

Les sorties de fonds représentent les débours qui ont été effectués par le ménage, c'est-à-dire les sorties de fonds qui sont liées à la possession d'actifs tels les mises de fonds, les frais de financement, les frais d'utilisation des actifs, les frais de subsistance, les sorties de fonds ayant un impact fiscal tels les impôts, les contributions à un REÉR, les frais de garde ainsi que toute autre sortie de fonds possible.

Dans une situation fiscale normale, la compilation des informations relatives aux entrées de fonds et celle se rapportant aux sorties de fonds et aux épargnes ne devrait présenter aucun déséquilibre.

3. CONTEXTE DE LA VÉRIFICATION

Le Ministère procède à une analyse du dossier dans le cadre d'une démarche de vérification structurée. En effet, lorsqu'un ménage est sélectionné, le Ministère communique avec les contribuables afin d'obtenir des informations qui permettront d'expliquer de quelle façon ils ont fait face à leurs obligations financières.

Ceux-ci ont alors la possibilité de fournir les justifications pertinentes à leur situation. Plus spécifiquement, des contribuables sont appelés à apporter des précisions supplémentaires aux interrogations du Ministère quant à la provenance et à l'ampleur de leurs revenus et certains, à présenter un bilan personnel sommaire afin de permettre la conciliation des écarts.

4. CONTRIBUABLES VISÉS PAR LE PROJET

Le projet a permis d'identifier des contribuables œuvrant dans divers secteurs d'activités économiques.

Mentionnons aussi que le projet a permis d'identifier des contribuables qui transigent d'importantes sommes sur les marchés boursiers. De plus,

certains dossiers ont été référés à la Direction principale des enquêtes pour analyse.

CONCLUSION

Le régime fiscal du Québec est basé sur l'autocotisation. Pour la plupart des contribuables, les salaires font l'objet d'un prélèvement à la source. Cependant, l'ensemble des revenus imposables doit être déclaré au fisc. Certains contribuables ne déclarent pas tous leurs revenus ou dissimulent même une partie de leurs activités économiques.

Le projet « Indices de richesse anormalement élevés » permet maintenant de rejoindre des contribuables, jusqu'ici difficilement identifiables qui ne s'acquittent pas de la totalité de leurs impôts selon leurs revenus véritables, contribuant ainsi à établir un meilleur équilibre fiscal entre tous les contribuables afin que chacun paie sa juste part du financement des services publics.

PARTIE C
Échange sur les questions d'actualité en matière administrative – L'arrêt *Jarvis*

Jean Groleau, avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

INTRODUCTION*

Ce texte a pour objet de présenter et de commenter l'arrêt *La Reine* c. *Jarvis*[1], rendu par les juges Iacobucci et Major de la Cour suprême du Canada le 21 novembre 2002. Cet arrêt traite de la question fondamentale de la distinction entre les fonctions, d'une part, de vérification de conformité fiscale et, d'autre part, d'enquête pour évasion fiscale de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2].

Le présent texte abordera, telle qu'elle a été commentée par la Cour suprême, la dichotomie entre « vérification » et « enquête », et certaines de ses ramifications importantes, notamment :

- Quand l'ADRC exerce-t-elle ses fonctions de vérification?
- Quand l'ADRC exerce-t-elle ses fonctions d'enquête?
- Quelles conséquences juridiques l'exercice des fonctions d'enquête de l'ADRC entraîne-t-il pour le contribuable?

Ce texte se divise en quatre parties soit un résumé des faits, un rappel des questions en litige dans l'affaire *Jarvis*, une présentation de la discussion effectuée par la Cour suprême et, finalement, l'énoncé des conclusions que celle-ci en a tirées.

---

1 [2002] C.S.C. 73 (ci-après « *Jarvis* »).

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

1. FAITS

1.1. LES PARTIES

Dans cette affaire, le contribuable, M. Warren Jarvis, était agriculteur en Alberta. Jusqu'à son décès, son épouse était une artiste tirant un revenu de la vente de ses œuvres et celle-ci déclarait ces revenus de cette source dans sa déclaration de revenus annuelle.

À la suite du décès de Mme Jarvis en 1990, quelques-unes de ses oeuvres originales et un certain nombre de reproductions n'avaient pas encore été vendues, de telle sorte que le contribuable était encore en mesure de continuer à vendre des oeuvres de son épouse et d'en tirer un revenu, et c'est ce qu'il a fait.

1.2. L'INDICE

Toutefois, en 1994, un dénonciateur anonyme a envoyé une lettre au bureau des services fiscaux de Calgary de l'ADRC (ci-après « indice »), dans laquelle le dénonciateur alléguait, *inter alia*, que :

- le contribuable avait omis de déclarer des revenus substantiels pour les années d'imposition 1990 et 1991; et

- six galeries d'art avaient acheté des oeuvres de Mme Jarvis du contribuable.

L'indice a par la suite été acheminé à la Section de la vérification des dossiers d'entreprises, où il a été confié[3] à Mme Donna Goy-Edwards, une vérificatrice d'entreprises.

1.3. LA VÉRIFICATION

En mars 1994, dans le cadre de sa vérification, la vérificatrice a tout d'abord tenté à plusieurs reprises d'entrer en contact avec le contribuable. Elle a également effectué plusieurs recherches pour obtenir de l'information sur les œuvres d'art de son épouse[4]. D'après les renseignements obtenus par

---

[3] Et ce, malgré le fait que les politiques ministérielles internes précisaient que tous les indices fiscaux fournis par des dénonciateurs relevaient de la Section des enquêtes spéciales.

[4] Notamment sur la valeur de celles-ci auprès de diverses galeries d'art.

la vérificatrice, le contribuable aurait touché, entre le 23 octobre et le 31 décembre 1990, un revenu brut de 358 409 $ à la suite des ventes effectuées dans neuf galeries. Pour l'année civile 1991, le revenu de cette source s'élevait à 221 366 $.

Toujours en mars 1994, le contribuable a tenté de joindre la vérificatrice à deux reprises par téléphone, lui laissant des messages pour l'informer de son appel. Elle ne l'a pas rappelé immédiatement, mais elle a éventuellement parlé avec le comptable du contribuable et lui a demandé la production de certaines informations lui permettant de vérifier les revenus déclarés par le contribuable, et ceux-ci ont fixé une rencontre avec le contribuable le 11 avril 1994.

Les points saillants de cette rencontre peuvent se résumer comme suit :

- le contribuable n'a pas été informé de ses droits;
- il a répondu à toutes les questions de la vérificatrice, lesquelles portaient principalement sur les ventes d'oeuvres d'art;
- il a déclaré que tous les renseignements se rapportant à la vente d'oeuvres figuraient dans les contrats et les livrets de reçus qu'il conservait;
- il a fourni des renseignements au sujet de ses arrangements bancaires et indiqué qu'il prendrait des mesures pour avoir accès aux registres s'y rapportant;
- il a signé une autorisation bancaire relativement à un compte détenu auprès de la Banque de Montréal[5];
- la vérificatrice a posé des questions sur l'inventaire des originaux et des reproductions à la date du décès de Mme Jarvis ainsi que sur le rôle que le contribuable avait joué dans la vente des oeuvres d'art;
- le contribuable a finalement fourni à la vérificatrice des documents relatifs à la vente des oeuvres d'art[6].

---

[5] Le contribuable n'en avait pas divulgué l'existence jusqu'à ce que la vérificatrice lui pose une question à ce sujet. Cette dernière était au courant de l'existence du compte en raison des renseignements qu'elle avait recueillis auprès de tiers.

[6] Incluant deux livrets de reçus faisant état des ventes ainsi qu'un certain nombre d'autres reçus à l'appui de dépenses. La vérificatrice a emporté ces livres et registres pour examen ultérieur.

La vérificatrice a éventuellement obtenu un grand nombre des registres et une bonne partie des renseignements demandés au contribuable. Par la suite, elle a procédé à divers calculs pour déterminer si tous les revenus au titre des ventes d'oeuvres d'art avaient été correctement déclarés, à l'issue desquels elle a constaté un écart d'approximativement 700 000 $ entre, d'une part, les revenus gagnés et, d'autre part, les revenus déclarés du contribuable au cours des deux années d'imposition en cause.

1.4. L'ENQUÊTE

Sur la base de l'écart constaté ci-dessus, la vérificatrice a conclu que le contribuable avait omis de déclarer d'importants revenus, ce qui lui laissait croire à la possibilité d'une fraude et à l'opportunité de prendre d'autres mesures de nature pénale. Alors, plutôt que de terminer la vérification, elle a décidé de renvoyer le dossier à la Section des enquêtes spéciales de l'ADRC[7]. La Section des enquêtes spéciales s'est ainsi vue confier le soin d'examiner s'il y avait lieu de pousser l'enquête en vue d'éventuelles poursuites pénales. Il est toutefois pertinent de souligner que la vérificatrice n'a pas tenté de communiquer avec le contribuable ou le comptable de celui-ci pour les informer que le dossier n'était plus sous son autorité mais dépendait plutôt d'un enquêteur, et ce, malgré le fait que le comptable du contribuable ait communiqué plusieurs fois avec elle et que la politique ministérielle exigeait que quiconque (la vérificatrice ou tout autre fonctionnaire de l'ADRC) recevrait une demande de renseignements au sujet du dossier du contribuable explique que le dossier avait été confié aux enquêtes spéciales.

Aux enquêtes spéciales, le dossier du contribuable a été confié à l'enquêteur Diane Chang (ci-après « enquêteur »). Celle-ci a communiqué avec la vérificatrice et l'a rencontrée afin d'examiner le dossier et obtenir des précisions. Toutefois, rien ne laisse croire, selon la preuve, que l'enquêteur aurait demandé à la vérificatrice d'obtenir d'autres renseignements du contribuable sous le couvert d'une vérification. Il appert que l'enquêteur a examiné par la suite les dossiers de la vérificatrice, a procédé à ses propres calculs et analyses et a recueilli certains renseignements auprès d'autres sources pour déterminer s'il existait des motifs raisonnables et probables d'obtenir un mandat de perquisition pour mener une enquête relativement à une fraude fiscale.

---

[7] Avec tout le dossier dans lequel étaient consignés en totalité ses communications, conversations et calculs antérieurs.

1.5. LE MANDAT ET LA PERQUISITION

L'enquêteur a éventuellement conclu à l'existence de tels motifs et a préparé une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. L'enquêteur a éventuellement présenté sous serment la dénonciation au juge Fradsham de la Cour provinciale de l'Alberta. Ses motifs de croire que le contribuable avait commis des infractions s'appuyaient, *inter alia*, sur des analyses auxquelles elle avait procédé à partir des livres et registres que le contribuable avait lui-même remis à la vérificatrice. Sur cette base, un mandat d'entrée et de perquisition a été décerné en vertu de l'article 487 du *Code criminel*[8] autorisant des perquisitions i) à la résidence du contribuable; ii) au lieu d'affaires de son comptable; et iii) au bureau de l'ADRC à Calgary[9]. Le mandat a été exécuté aux trois endroits et le produit de ces perquisitions constitue une partie importante de la preuve que le ministère public a finalement produite au procès du contribuable.

1.6. LE PROCÈS DU CONTRIBUABLE

Le contribuable a subi son procès relativement à i) trois chefs l'accusant d'avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses dans une déclaration de revenus[10] et ii) deux chefs alléguant qu'il avait volontairement éludé ou tenté d'éluder le paiement d'un impôt[11].

Lors du procès, le ministère public a voulu produire les documents saisis en exécution du mandat. Le contribuable s'y est toutefois opposé et on a tenu deux voir-dire pour déterminer l'admissibilité desdits documents. Selon le juge du procès, la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994 et il a exclu tous les renseignements obtenus à partir de cette date.

Le 7 août 1997, le juge du procès a également accueilli la requête du contribuable sollicitant un verdict imposé d'acquittement. Le ministère public a toutefois eu gain de cause en appel auprès de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Cette dernière a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel de l'Alberta a par la suite rejeté l'appel de cette décision et a confirmé l'ordonnance de nouveau procès.

---

8 L.R.C. (1985), c. C-46 et mod (ci-après « C.cr. »).

9 Afin d'y saisir certains livres et registres que la vérificatrice avait empruntés au contribuable.

10 Al. 239(1)a) L.I.R.

11 Al. 239(1)d) L.I.R.

2. QUESTIONS EN LITIGE

Les questions en litige pertinentes, telles qu'elles ont été soumises à la Cour suprême, ont été exprimées comme suit :

- La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en statuant que les déclarations orales du 11 avril 1994 étaient inadmissibles?

- La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en admettant les documents remis aux vérificateurs le 11 avril 1994?

- Y a-t-il lieu d'exclure les registres bancaires obtenus en vertu de l'article 231.2 L.I.R.?

Dans son analyse, la Cour suprême a toutefois fusionné ces trois questions, tel qu'il est discuté ci-dessous.

3. DISCUSSION

Selon la Cour suprême, l'ultime question à poser dans le cadre de cette affaire est la suivante : « Existe-t-il une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? » Subséquemment, d'autres questions se juxtaposent à celle-ci :

- Où se situe la ligne de démarcation entre ces deux fonctions?

- Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête relative à des infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont-ils protégés par le principe interdisant l'autoincrimination par l'application de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[12]?

- Y a-t-il violation de l'article 8 de la *Charte* lorsque des documents sont obtenus sous le couvert des pouvoirs de vérification conférés par la *Loi de l'impôt sur le revenu* après le début d'une enquête criminelle?

Ces éléments, ainsi que d'autres, sont présentés ci-dessous.

---

[12] Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « *Charte* »).

3.1. VUE D'ENSEMBLE DU CONTEXTE LÉGISLATIF

3.1.1. Commentaires préliminaires

Selon la Cour suprême, du fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* contrôle la façon dont l'impôt fédéral est calculé et perçu, il fut reconnu par le passé qu'il s'agissait essentiellement d'une mesure de réglementation[13].

Au surplus, le système fiscal est évidemment doté de mécanismes visant à inciter les contribuables à déclarer leurs revenus. À cet égard, selon la Cour suprême, le système est volontaire uniquement en ce sens qu'un contribuable doit produire une déclaration de revenus sans qu'on ne l'invite à le faire. Il découle donc des caractéristiques fondamentales de notre système, selon la Cour suprême, que le succès de l'application du régime fiscal repose avant tout sur la franchise du contribuable : il ne serait donc pas étonnant que la *Loi de l'impôt sur le revenu* tente de restreindre le risque qu'un contribuable essaie de tirer profit du régime d'autodéclaration pour tenter d'éviter de payer sa part du fardeau fiscal en violant les règles énoncées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Toutefois, selon la Cour suprême, la nature du régime de perception de l'impôt crée un obstacle à cet égard : il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière; les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l'intégrité du régime fiscal. Par conséquent, selon la Cour suprême, le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations

À cet effet, les dispositions de la Partie XV L.I.R. confèrent au ministre des pouvoirs « d'application et d'exécution » imposant également aux contribuables des obligations réciproques comme l'exigence de tout contribuable qu'il tienne, pendant diverses périodes prescrites, des registres et des livres de comptes à son lieu d'affaires ou de résidence au Canada.

---

[13] *R.* c. *McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd.* c. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Knox Contracting Ltd.* c. *Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *143471 Canada Inc.* c. *Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *R.* c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

L'article 231.1 L.I.R. confère également un pouvoir d'inspection d'une vaste gamme de documents, au-delà même de ceux que la *Loi de l'impôt sur le revenu* oblige à préparer et à conserver.

De plus, le pouvoir de demande péremptoire conféré par le paragraphe 231.2(1) L.I.R. permet au ministre de contraindre toute personne à produire des renseignements ou des documents.

Le paragraphe 239(1) L.I.R. crée, quant à lui, des infractions additionnelles. Selon la Cour suprême :

> « Il vise quiconque fait des déclarations fausses ou trompeuses, détruit ou altère des documents, fait des documents faux ou trompeurs, élude volontairement le paiement d'un impôt ou conspire avec une personne pour accomplir des actes interdits. Selon le juge Cory dans l'arrêt Knox Contracting, précité, aux p. 349 et 350 : "Ceux qui éludent le paiement de l'impôt sur le revenu frustrent non seulement l'État de ce qu'ils lui doivent, mais ils augmentent inévitablement le fardeau des contribuables honnêtes". C'est pourquoi les infractions prévues au par. 239(1) sont assorties de peines assez lourdes. Tout contrevenant peut, au choix du procureur général, être poursuivi par voie de procédure sommaire ou de mise en accusation (par. 239(2))[14]. »

3.1.2. Distinction entre dispositions de nature réglementaire et dispositions de nature criminelle

Selon la Cour suprême, les infractions prévues à l'article 239 L.I.R. ne sont pas sans importance puisque cette disposition présente les caractéristiques formelles de la législation criminelle, soit :

- des interdictions;
- assorties de peines.

Ces infractions peuvent faire l'objet de poursuites par voie de mise en accusation et entraîner un emprisonnement advenant une déclaration de culpabilité. C'est précisément à cause de ces facteurs que les sanctions pénales prévues à l'article 239 L.I.R. sont, dans certains contextes, qualifiées de sanctions criminelles. Toutefois, selon la Cour suprême, cela ne signifie pas que, pour l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que telle, ces infractions sont de nature purement criminelle ou qu'elles constituent du droit criminel *per se*.

---

[14] *Jarvis*, précité, note 1, par. 56.

Aux termes de l'arrêt *Jarvis*, la même loi peut, selon les circonstances, emporter des niveaux différents de protection sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par exemple, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ferait apparemment entrer en jeu une plus grande protection en vertu de l'article 8 de la *Charte* si les agents du fisc devaient pénétrer dans la propriété privée d'un particulier pour y faire une fouille, une perquisition ou une saisie pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, plutôt que forcer la production de ces mêmes documents au moyen de demandes péremptoires. La Cour suprême s'exprime ainsi à ce sujet, au paragraphe 62 :

> « […] la LIR est une loi de nature réglementaire, mais le non-respect de ses dispositions impératives peut dans certains cas donner lieu à des accusations criminelles. Au cours de la poursuite, le ministère public a comme adversaire le particulier dont il tente de prouver la culpabilité. Une déclaration de culpabilité peut donner lieu à des peines d'emprisonnement sévères. Une analyse contextuelle fondée sur la Charte ne saurait être convenablement réalisée, dans ces cas, sans l'attribution d'un certain poids à chacune des diverses considérations d'ordre réglementaire et pénal[15]. »

3.2. L'APPROCHE CONTEXTUELLE À L'ÉGARD DES DROITS GARANTIS PAR LA *CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*

Il a été tranché par la Cour suprême par le passé que la *Charte canadienne des droits et libertés* doit être interprétée suivant une approche contextuelle : en d'autres termes, l'étendue d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* peut varier selon les circonstances[16]. À ce sujet, selon la Cour suprême, lorsque les articles 7 et 8 de la *Charte* sont en cause, les exigences de la justice fondamentale propres à l'article 7 ne sont pas immuables mais varient plutôt selon le contexte dans lequel on les invoque. Le contexte déterminera également souvent le degré de respect de la vie privée auquel une personne peut raisonnablement s'attendre en application de l'article 8 de la *Charte*[17].

L'article 7 de la *Charte* se lit comme suit :

> « 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

---

15 *Id.*, par. 62.

16 *Edmonton Journal* c. *Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

17 *Société Radio-Canada* c. *Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459.

Selon la Cour suprême, lorsqu'il procède à une analyse fondée sur l'article 7 de la *Charte*, le tribunal doit :

- déterminer s'il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ou à une combinaison de ces trois droits;
- identifier le ou les principes de justice fondamentale applicables; et
- déterminer si l'atteinte est portée en conformité avec ce ou ces principes.

Selon la Cour suprême, comme M. Jarvis risquait l'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, son droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte* entrait en jeu lorsqu'on déposait, à son procès sur des infractions prévues à l'article 239 L.I.R., des renseignements obtenus par la contrainte dans l'exercice de pouvoirs légaux[18]. Le principe de justice fondamentale applicable en l'espèce est celui interdisant l'autoincrimination.

L'article 8 de la *Charte*, quant à lui, se lit comme suit :

> « 8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

Aux yeux de la Cour suprême, pour que l'article 8 de la *Charte* reçoive application :

- il doit y avoir eu fouille, perquisition ou saisie; et
- il faut ensuite déterminer si la fouille, perquisition ou saisie était abusive.

Il a été statué par le passé que l'article 8 de la *Charte* protège l'expectative raisonnable de vie privée[19]. Selon la Cour suprême, dans l'application de l'article 8 de la *Charte*, il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par l'État doit céder le pas au droit de l'État de s'immiscer dans la vie privée des particuliers pour réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

---

[18] *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486.

[19] Cependant, tel qu'il est exprimé auparavant, ce qui est raisonnable est propre au contexte.

3.3. VÉRIFICATION *VERSUS* ENQUÊTE

Avant l'affaire *Jarvis*, il appert que la Cour n'avait pas encore eu à déterminer dans quelle mesure l'utilisation des paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R. aux fins de la constitution d'un dossier de poursuite peut porter atteinte aux droits constitutionnels d'un contribuable. Une telle analyse doit commencer, selon la Cour suprême, par celle des termes mêmes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et par l'interprétation juste de ces paragraphes. À cet égard, il appert que ces paragraphes sont destinés à être utilisés pour l'application et l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Bien que ces expressions soient à première vue générales, la Cour suprême en conclut que, compte tenu de l'ensemble du contexte, elles n'incluent pas la poursuite des infractions prévues à l'article 239 L.I.R.

Il est toutefois utile, selon la Cour suprême, de comparer le libellé des paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R. à celui du paragraphe 231.3(1) L.I.R., lequel prévoit un processus de requête *ex parte* en vue d'obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Selon la Cour suprême, au paragraphe 81 :

> « […] l'existence d'une procédure d'autorisation préalable lorsque l'on soupçonne qu'une infraction a été commise crée une forte inférence selon laquelle il n'est pas possible d'exercer les pouvoirs distincts d'inspection et de demande péremptoire pour mener une enquête criminelle[20]. »

Bref, selon la Cour, un contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification, mais lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Il s'ensuit donc, selon la Cour suprême, qu'il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC.

3.4. DÉLIMITATION DE LA FRONTIÈRE ENTRE UNE VÉRIFICATION ET UNE ENQUÊTE

Il ne semble pas exister de consensus sur la question de la ligne de démarcation entre une vérification et une enquête aux fins fiscales. Dans l'arrêt *La Reine* c. *Norway Insulation inc.*[21], la Cour avait conclu que le

---

[20] *Jarvis*, précité, note 1, par. 81.

[21] (1995) 23 O.R. (3e) 432, 437.

caractère réglementaire d'un examen avait changé au moment où les enquêtes spéciales étaient intervenues et avaient dirigé le travail accompli par la suite. Le Cour avait également indiqué dans son jugement que c'était au moment où le premier vérificateur avait formé l'opinion qu'il existait une preuve suffisante de la perpétration d'une infraction, que l'examen avait changé d'orientation.

De l'avis de la Cour suprême, au paragraphe 88 :

> « […] lorsqu'un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires de l'ADRC doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1). Essentiellement, les fonctionnaires […] "franchissent le Rubicon" lorsque l'examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l'État. Il n'existe pas de méthode claire pour décider si tel est le cas. Pour déterminer si l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l'ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen[22]. »

Toutefois, soulevons les commentaires d'application générale d'une grande importance prospective formulés par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis* :

- la simple existence de motifs raisonnables de croire qu'il peut y avoir eu perpétration d'une infraction est insuffisante en soi pour conclure que l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable;

- même lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d'une infraction, il ne sera pas toujours exact de dire que l'objet prédominant de l'examen est d'établir la responsabilité pénale du contribuable;

- les tribunaux doivent se garder d'imposer des entraves de nature procédurale aux fonctionnaires; il ne serait pas souhaitable de forcer la main des autorités réglementaires en les privant de la possibilité de recourir à des peines administratives moindres chaque fois qu'il existe des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une conduite plus coupable;

---

22 *Jarvis*, précité, note 1, par. 88.

- bien que l'existence de motifs raisonnables constitue une condition nécessaire à la délivrance d'un mandat de perquisition pour mener une enquête criminelle et pourrait, dans certains cas, indiquer que les pouvoirs de vérification ont été utilisés à mauvais escient, cet élément ne suffit pas pour établir que l'ADRC mène une enquête *de facto*;

- dans la plupart des cas, si l'on croit raisonnablement à la présence de tous les éléments d'une infraction, il est probable que le processus d'enquête sera enclenché.

Selon les termes mêmes de la Cour suprême, aux paragraphes 90 et 91, on peut encore moins retenir comme critère le simple soupçon qu'une infraction a été commise pour conclure qu'on a affaire à une enquête plutôt qu'à une vérification :

> « Au cours de sa vérification, le vérificateur peut soupçonner toutes sortes de conduites répréhensibles, mais on ne peut certainement pas affirmer qu'une enquête est enclenchée dès l'apparition d'un soupçon. Sur le fondement de quels éléments de preuve un enquêteur pourrait-il obtenir un mandat de perquisition si un vague soupçon était suffisant pour bloquer le processus de vérification qui permet d'établir les faits? L'intérêt qu'a l'État à poursuivre ceux qui éludent volontairement le paiement d'un impôt revêt une grande importance, et nous devons nous garder de neutraliser la capacité de l'État d'enquêter et de recueillir des éléments de preuve de la perpétration de ces infractions.
>
> L'autre extrême ne semble par mieux convenir. Ce serait une fiction de dire que la relation de nature contradictoire ne prend naissance qu'au moment du dépôt des accusations. En toute logique, cela ne se produira qu'une fois que les enquêteurs croiront avoir obtenu la preuve de l'existence d'une conduite répréhensible. Puisque les infractions visées à l'art. 239 comportent un élément de culpabilité morale, il faut présumer que l'État disposera habituellement d'une preuve que l'accusé avait la mens rea requise avant de déposer une dénonciation ou de présenter un acte d'accusation. La collecte active de ces éléments de preuve indique que la relation de nature contradictoire a pris naissance puisqu'il s'agit là d'un aspect non pertinent pour l'évaluation de l'obligation fiscale[23]. »

En somme, selon la Cour suprême, au paragraphe 93, un juge de première instance doit donc examiner tous les facteurs, y compris les suivants :

---

[23] *Id.*, par. 90 et 91.

> « a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il, au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?
>
> b) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?
>
> c) Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?
>
> d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?
>
> e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?
>
> f) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la mens rea?
>
> g) Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?[24] »

Fait important à mentionner, la Cour suprême a également pris le soin de souligner qu'il se pourrait que d'autres ministères ou organismes gouvernementaux fédéraux ou provinciaux aient des structures organisationnelles différentes de celles de l'ADRC. On pense naturellement au ministère du Revenu du Québec. Ainsi, il pourrait alors être nécessaire, pour cette raison, d'appliquer certains facteurs, dont les facteurs qui précèdent, en tenant compte de leur contexte particulier.

3.5. CONSÉQUENCES SUR L'APPLICATION DE LA *CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*

Il appert que le droit au respect de la vie privée d'un contribuable, protégé par l'article 8 de la *Charte*, est très restreint en ce qui concerne les documents et registres qu'il doit tenir conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et produire au cours d'une vérification. En effet, lorsqu'un vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R., on ne peut vraisemblablement pas prétendre que le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que le

---

[24] *Id.*, par. 93.

vérificateur en préserve la confidentialité. Selon la Cour suprême, rien n'empêche les vérificateurs de transmettre leurs dossiers, qui renferment des documents de vérification validement obtenus, aux enquêteurs. Il appert donc que lorsque des renseignements validement contenus dans le dossier du vérificateur révèlent un élément de preuve particulier, les enquêteurs pourraient généralement l'utiliser.

Par contre, en ce qui concerne l'application de l'article 7 de la *Charte*, lorsqu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, toute la panoplie des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* devraient entrer en jeu pour le protéger. Il en résulte certaines conséquences selon la Cour suprême :

- le contribuable ne peut être contraint de faire une nouvelle déclaration sous le régime de l'alinéa 231.1(1)d) L.I.R. pour faire progresser l'enquête criminelle;

- aucun document écrit ne peut être inspecté ni examiné, sauf sur obtention d'un mandat judiciaire sous le régime des articles 231.3 L.I.R. ou 487 C.cr.;

- ni le contribuable, ni les tiers ne peuvent être contraints à produire des documents aux fins de l'enquête criminelle;

- les fonctionnaires de l'ADRC qui procèdent à un examen ayant pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable ne peuvent exercer les pouvoirs de contrainte conférés par les paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R.

En somme, selon la Cour suprême, dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut utiliser les techniques d'enquête criminelle et toutes les garanties prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement.

CONCLUSION

Dans l'arrêt *Jarvis*, la Cour suprême a conclu qu'il faut traiter différemment, d'une part, les vérifications de conformité et, d'autre part, les enquêtes pour fraude fiscale. À cet égard, le Cour suprême propose elle-même le résumé, des points qui devraient se dégager de son jugement, au paragraphe 99 :

- bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit une loi de nature réglementaire, il est possible d'établir une distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d'enquête conférés au ministre;

- dans le cas où il est évident, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, que les fonctionnaires de l'ADRC ne procèdent plus à la vérification de l'obligation fiscale, mais essaient d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'article 239 L.I.R., il existe une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier. En conséquence, les protections garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent; et

- dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. Les pouvoirs de contrainte visés aux paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R. ne peuvent plus être utilisés et il faut obtenir la délivrance de mandats de perquisition pour poursuivre l'enquête.

Il est toutefois à noter qu'après avoir appliqué les principes dégagés ci-dessus aux faits particuliers en l'espèce, la Cour suprême en est venue à la conclusion que les renseignements que le juge de première instance a exclus de la dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, au motif qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés,* avaient en fait été obtenus validement dans l'exercice des pouvoirs de vérification et de demande péremptoire de la vérificatrice. En conséquence, la Cour suprême a statué que les perquisitions effectuées par la suite étaient autorisées par un mandat et qu'il ne s'est produit aucune violation de l'article 8 de la *Charte*. Le pourvoi a donc été rejeté.

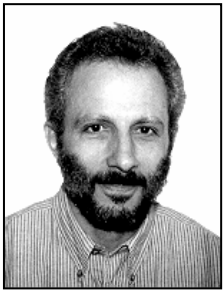
TABLE RONDE SUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Coordonnateur
Serge Grenier
CA, D.E.S.S. Fisc.
Gallant Dupuis
Tremblay Sauvageau, CA

Léonid Cloutier
CGA
Desjardins Ducharme
Stein Monast s.e.n.c.

Christian Lemoyne
B. Comm.
Provestech
Experts-Conseils inc.

Jocelyn Hamel
D. Fisc.
Ministère du Revenu
du Québec



Édouard Hallal
Agence des douanes
et du revenu du Canada

Michèle A. Dubuc
M. Sc., M.I.L.S., Ph. D.
Agence des douanes
et du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. VOLET ADMINISTRATIF 50:5

1.1. DÉLAI DE PRODUCTION 50:5
1.2. TRAITEMENT DES DEMANDES – DÉLAI 50:6
1.3. EXAMEN PRÉLIMINAIRE DE PROJET 50:7
1.4. GESTION DES DIFFÉRENDS 50:7
1.5. ORIENTATIONS DU MINISTÈRE DU REVENU DU QUÉBEC 50:8

2. VOLET SCIENTIFIQUE 50:9

2.1. GESTION DU RISQUE 50:9
2.2. OBJECTIFS TECHNOLOGIQUES 50:10
2.3. DESCRIPTION TECHNIQUE 50:10
2.4. AVANCEMENT TECHNOLOGIQUE 50:10
2.5. DESCRIPTION TECHNIQUE 50:11
2.6. DESCRIPTION TECHNIQUE 50:11
2.7. MATÉRIAUX CONSOMMÉS 50:11
2.8. FEUILLES DE TEMPS 50:12
2.9. INCERTITUDE 50:12

3. VOLET FINANCIER 50:13

3.1. DÉPENSES DE RS & DE 50:13
3.2. MATÉRIAUX CONSOMMÉS 50:14
3.3. SALAIRES 50:15
3.4. CRÉDIT FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE 50:16
3.5. CUMUL DE CRÉDITS D'IMPÔT 50:19
3.6. MODIFICATION DES TAUX DE RS & DE ET FORMULAIRES PRESCRITS 50:22

1. VOLET ADMINISTRATIF

Questions pour l'ADRC

1.1. DÉLAI DE PRODUCTION

Est-ce que le délai de 18 mois est aussi immuable que le laisse entendre l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »)? Existe-t-il des cas où l'ADRC est plus flexible?

Réponse

Depuis l'introduction des exigences de production en 1994, un certain nombre de modifications ont été apportées à la loi. Les exigences de production actuelles se retrouvent au paragraphe 37(11) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] et à l'alinéa m) de la définition de crédit d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») au paragraphe 127(9) L.I.R. Un demandeur doit présenter, au plus tard 12 mois après la date d'échéance de production de la déclaration pour l'année où il a engagé la dépense, un formulaire prescrit contenant des renseignements prescrits relativement à la dépense et au CII. Pour gagner un CII aux termes du paragraphe 127(5) L.I.R., un demandeur doit satisfaire aux exigences de production relatives au formulaire T661 et à l'annexe T2SCH31, ou le formulaire T2038(IND), selon le cas.

Si le demandeur produit un formulaire prescrit avant l'expiration du délai de production, mais ne fournit pas tous les renseignements prescrits, il sera informé de ce qui manque et des conséquences du défaut de fournir les renseignements prescrits dans les délais prévus. Le demandeur aura seulement jusqu'à la date limite de production du formulaire prescrit pour fournir les renseignements manquants.

Si le demandeur ne produit pas de formulaire prescrit contenant les renseignements prescrits au plus tard à la date limite, l'ADRC n'accordera aucun délai au demandeur après la date limite pour fournir les renseignements prescrits. Le demandeur ne pourra pas fournir de renseignements supplémentaires, ni présenter d'autre demande relative à la recherche scientifique et au développement expérimental (ci-après « RS & DE ») pour la même année.

---

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

Si les formulaires prescrits contenant les renseignements prescrits sont produits après la date limite, l'ADRC considérera que le demandeur n'a pas satisfait aux exigences de production et la demande sera refusée.

Toutefois, aux termes du paragraphe 220(2.1) L.I.R., le ministre a le pouvoir discrétionnaire de renoncer à exiger qu'une personne produise un formulaire prescrit, un reçu, un autre document ou fournisse des renseignements prescrits. Le directeur d'un Bureau des services fiscaux peut exercer ce pouvoir discrétionnaire dans certaines situations.

1.2. TRAITEMENT DES DEMANDES – DÉLAI

Est-ce que la politique des délais dans l'administration du programme est suivie?

Réponse

Au cours des dernières années, l'industrie a insisté sur l'importance de la rapidité dans la prestation du programme de RS & DE. Ainsi, l'ADRC a publié quatre normes de service pour le traitement des demandes de RS & DE. Les demandeurs peuvent s'attendre à ce que leurs demandes soient acceptées telles quelles ou examinées à l'intérieur de ces délais.

Toutefois, les demandeurs doivent faire leur part du travail pour que l'ADRC puisse traiter leurs demandes à temps. Une demande doit être complète pour que le « compteur » démarre. De plus, il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que les employés traitent les demandes à l'intérieur des normes malgré des retards dus à des circonstances indépendantes de leur volonté. Par conséquent, un mécanisme est prévu (l'établissement d'un délai) pour arrêter le compteur lorsque le demandeur est responsable du retard ou lorsqu'il a demandé un délai.

Pour assurer l'uniformité dans l'utilisation des arrêts de compteurs, il est important d'avoir une conception commune de leur utilisation. Une directive visant à expliquer quand et comment on devrait procéder à un arrêt de compteur est en voie de rédaction. En fait, une première ébauche a déjà été envoyée aux Bureaux de services fiscaux coordonnateurs (ci-après « BSFC ») pour leurs commentaires.

De plus, les examens de programmes complétés jusqu'à ce jour dans le programme de la RS & DE ont démontré que les BSFC ont une bonne compréhension du mécanisme des délais et qu'ils utilisent un cadre de gestion efficace pour ceux-ci.

1.3. EXAMEN PRÉLIMINAIRE DE PROJET

Est-ce favorable de réaliser un examen préliminaire de projet (ci-après « EPP ») pour les grands projets plus risqués? Avez-vous des statistiques à nous communiquer sur l'utilisation de ce service?

Réponse

L'EPP est avantageux pour toutes les compagnies, peu importe les projets qu'elles exécutent, car il procure au préalable une plus grande certitude de l'admissibilité des projets pour la RS & DE et, parmi les autres avantages, il donne à la compagnie une chance de recevoir une évaluation préliminaire sans avoir à effectuer beaucoup de travail.

L'EPP est avantageux pour l'ADRC, car les demandeurs sont plus aptes à préparer et à fournir la documentation à l'appui pour les demandes futures. Ceci facilite et accélère le traitement de la demande lorsqu'elle est reçue.

Pour l'année financière 2002-2003, l'ADRC a effectué au-delà de 1 000 EPP.

Le service d'EPP donne simplement un aperçu de l'admissibilité des travaux. Une décision finale sur toute demande de RS & DE doit s'appuyer sur les travaux effectués et ne peut être accomplie qu'une fois la demande produite. Les demandeurs peuvent s'attendre à ce que la décision finale soit en accord avec l'évaluation préliminaire, pour autant que le travail présenté pour l'EPP ne soit pas significativement différent du travail réclamé.

1.4. GESTION DES DIFFÉRENDS

La méthode de gestion des différends (litiges) antérieurement traités par Ottawa a été suspendue. Comment l'ADRC gère-t-elle maintenant les différends?

Avez-vous des statistiques à nous communiquer sur l'utilisation de ce service?

Réponse

La Direction de la RS & DE effectue présentement un examen en profondeur de son projet pilote sur la médiation afin de s'assurer que celle-ci soit véritablement un outil efficace servant à résoudre les différends en

matière de RS & DE et qu'elle réponde au but de l'ADRC d'offrir à ses clients les meilleurs produits et services possibles.

Jusqu'à ce que le projet sur la médiation soit achevé, les demandeurs qui désirent contester l'examen que l'ADRC a fait de leur demande peuvent continuer à profiter du deuxième processus d'examen du programme de la RS & DE, lequel est exécuté par le directeur adjoint de la RS & DE dans les Bureaux des services fiscaux. Le recours à ce processus peut résoudre le différend et éliminer le besoin de remplir un avis officiel d'opposition. Pour plus d'information sur le deuxième processus d'examen, consultez la *Politique d'application* RS & DE 2000-02[2]. Pour plus d'information sur les autres services de recours de l'ADRC, consultez le *Guide* RC4213[3]. Ces deux documents sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : http://www.ccra-adrc.gc.ca/ ou en appelant le 1 800 959-3376.

Question pour le MRQ

1.5. ORIENTATIONS DU MINISTÈRE DU REVENU DU QUÉBEC

Est-ce que le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») maintient ses orientations dans l'administration du programme de crédits d'impôt pour la recherche et développement (ci-après « R & D »)?

Réponse

Le MRQ poursuit ses travaux d'amélioration de l'administration des crédits d'impôt en collaboration avec ses principaux partenaires afin de favoriser une gestion intégrée des différentes mesures fiscales. Dans l'administration des crédits R & D, il poursuit sa collaboration étroite avec l'ADRC tant au niveau du traitement des demandes que des séances d'information publiques. Par ailleurs, le MRQ complète la bonification de son processus de traitement en élaborant actuellement une analyse de risque qui permettra de mieux cibler les interventions sans affecter la rapidité de traitement de l'ensemble des demandes.

---

2 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS & DE 2000-02, « Lignes directrices pour la résolution des préoccupations des demandeurs en matière de RS & DE », 24 mai 2000.

3 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Guide* RC4213, « Vos droits », 21 janvier 2003.

Le MRQ continue d'intervenir avant l'émission d'un premier avis de cotisation (*a priori*) afin d'établir initialement, et ce le plus précisément possible, le crédit R & D auquel une société a droit.

2. VOLET SCIENTIFIQUE

Questions pour l'ADRC

2.1. GESTION DU RISQUE

Quels sont les critères les plus importants de votre analyse de risque?

Ces critères sont-ils appliqués de façon uniforme par tous les conseillers dans chaque région du Québec?

Est-il possible d'obtenir la liste de ces critères sur lesquels le conseiller scientifique s'appuie pour prendre sa décision?

Réponse

La gestion du risque est un facteur important dans l'administration du programme de RS & DE. Des examens basés sur le risque, conjointement avec l'éducation et les services axés sur les clients, permettent un équilibre optimal entre l'intégrité fiscale, la livraison des incitatifs en temps opportun aux demandeurs et la minimisation des coûts tant pour le demandeur que pour l'ADRC.

Le principe de base de la politique de gestion du risque est de « connaître le client ». Un nombre d'éléments variés sont considérés dans l'établissement du risque, incluant mais non limité à notre connaissance du client, l'historique des demandes, les erreurs de calcul, le solde des dépenses à reporter, le changement de contrôle ou de propriété, les transactions non à distance, le coût des matériaux, la vraisemblance des frais généraux et d'attribution des salaires. Les gens sur le terrain, incluant ceux de la région du Québec, ont reçu la formation sur la façon d'appliquer la politique sur la gestion du risque dans le traitement et l'examen des demandes.

Dernièrement, la Direction de la RS & DE a institué la revue de programme. Dans cette revue de programme, les employés de la direction effectuent des examens des Bureaux de services fiscaux. Ces examens ont indiqué que la politique nationale de la gestion du risque est suivie au niveau local. Les meilleures pratiques sont également identifiées et partagées avec les autres bureaux.

2.2. OBJECTIFS TECHNOLOGIQUES

Quelle est l'importance de l'information relative à la quantification et à l'aspect vérifiable des objectifs technologiques dans un dossier?

Réponse

Cette information nous donne essentiellement deux choses. Premièrement, nous pouvons facilement, en utilisant la base de technologie, décider si le réclamant recherche un avancement. Deuxièmement, cela nous donne aussi une indication quant à la fin du projet, c'est-à-dire que l'incertitude est potentiellement résolue.

2.3. DESCRIPTION TECHNIQUE

Est-ce que l'ajout de dessins, de croquis ou de photos à la description technique d'un projet facilite son admissibilité?

Réponse

Ce peut être le cas, notamment dans les situations où ces items nous donnent une indication du progrès réalisé pendant l'année financière.

2.4. AVANCEMENT TECHNOLOGIQUE

Doit-on mettre l'accent sur l'avancement des connaissances acquises par les employés ou sur la technologie dans l'entreprise pour respecter le critère d'« avancement scientifique ou technologique »?

Réponse

Rechercher un avancement technologique signifie entreprendre d'accroître la base des connaissances technologiques en général, ou encore celles du contribuable comparativement au niveau où elles se situaient avant d'amorcer l'investigation ou la recherche systématique. Plus particulièrement, la base des connaissances technologiques de l'entreprise se réfère aux ressources (c'est-à-dire l'état actuel de la technologie, le savoir technologique et le personnel d'expérience) auxquelles le contribuable a raisonnablement accès à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise.

2.5. DESCRIPTION TECHNIQUE

Doit-on, lors de la rédaction d'une description technique, faire la liaison entre les incertitudes et les activités chronologiques?

Réponse

Nous voulons savoir comment une activité particulière décrite est en soutien du projet. Une façon de réaliser ce but est d'établir que l'activité adresse une telle incertitude.

2.6. DESCRIPTION TECHNIQUE

Est-ce que la présentation des activités de soutien dans une description technique est primordiale?

Réponse

Oui. Il est essentiel que tous les travaux faits durant l'année financière soient décrits d'une façon qui démontre la liaison entre les activités de soutien et le projet.

2.7. MATÉRIAUX CONSOMMÉS

Si, au cours de l'étape de préproduction (où les incertitudes sont résolues en théorie), un lot important de pièces fabriquées est rejeté dû à un défaut technique, pouvons-nous considérer le lot en entier à titre de matériel consommé?

Réponse

Pour se qualifier à titre de coût des matériaux consommés, ceux-ci doivent être consommés dans le cadre de travaux de RS & DE admissibles. Si leur consommation résulte d'un défaut technique survenant après la fin d'un projet de RS & DE, par exemple après que les incertitudes technologiques aient été résolues, aucune dépense n'est déductible aux fins de la RS & DE.

Si, en fait, le projet n'était pas terminé, c'est-à-dire que les incertitudes technologiques n'étaient pas résolues, les coûts des matériaux consommés seraient attribuables à ce projet.

Par contre, il est précisé dans la *Circulaire d'information* 86-4R3[4] :

> « [...] des problèmes technologiques peuvent surgir quand on commence à utiliser la nouvelle technologie; les activités visant à résoudre ces problèmes deviennent alors des projets de recherche scientifique et de développement expérimental admissibles. »

Dans ce contexte, le coût des matériaux consommés serait une dépense de RS & DE déductible.

2.8. FEUILLES DE TEMPS

Quel est le niveau de détail acceptable par l'ADRC sur les feuilles de temps du contribuable?

Réponse

Les feuilles de temps constituent une bonne source de renseignements à l'appui d'une demande. Elles peuvent être utilisées pour démontrer sur quelle base se fait l'allocation des coûts de main-d'œuvre au projet de RS & DE.

Les feuilles de temps sont habituellement remplies sur une base hebdomadaire, bimensuelle ou mensuelle et doivent contenir les renseignements qui identifient l'employé, la date, les travaux exécutés par l'employé, et le projet sur lequel l'employé a travaillé, qu'il s'agisse d'un projet de RS & DE ou non.

Le niveau de détail sur les feuilles de temps devrait être basé sur les besoins de la société, considérant qu'il faut appuyer correctement les coûts de main-d'œuvre de RS & DE.

2.9. INCERTITUDE

Est-ce que la situation suivante est reconnue à titre d'incertitude? Expliquer.

Un chercheur doit procéder à une série d'essais répétitifs et nécessaires dans le but de découvrir quelle combinaison de variables va mener à la

---

[4] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 86-4R3, « Recherche scientifique et développement expérimental », 24 mai 1994, par. 7.7.

solution recherchée. Sans cette série d'essais, il est impossible pour le chercheur de connaître la meilleure combinaison.

Réponse

Oui, étant donné que tous ces travaux sont proportionnels aux besoins du projet et servent à l'appuyer directement.

3. VOLET FINANCIER

Questions pour l'ADRC

3.1. DÉPENSES DE RS & DE

Est-ce que les activités nécessaires à la réalisation du projet (par exemple, soudure de pièce, travaux électriques) et effectuées par le sous-traitant qui n'est pas exécutant sont admissibles à titre de dépenses RS & DE?

Est-ce la même réponse, peu importe le choix de la méthode des frais généraux utilisée (méthode traditionnelle ou de remplacement)?

Réponse

Dans la situation décrite, il y a un contrat de service pour des travaux autres que des travaux de RS & DE. Un contrat de RS & DE est un contrat en vertu duquel le sous-traitant exécute, pour le compte du payeur, des travaux visés par l'alinéa a), b), c) ou d) de la définition d'« activité de recherche scientifique et de développement expérimental », au paragraphe 248(1) L.I.R. Une dépense pour des contrats de services autres que la RS & DE se qualifie selon la méthode traditionnelle à titre de frais généraux de RS & DE si elle est directement attribuable (directement liée et additionnelle) aux activités de RS & DE, en vertu du paragraphe 2900(2) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[5]. Avec la méthode de remplacement, les frais généraux de RS & DE ne sont pas déductibles aux fins de la RS & DE, mais le CII est gagné sur le montant de remplacement visé par le règlement.

[5] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

3.2. MATÉRIAUX CONSOMMÉS

Est-ce que les matériaux consommés ou transformés pour la production commerciale sont déductibles s'ils ont été utilisés en partie lors de tests pendant le développement expérimental?

Réponse

Pour se qualifier comme dépense de RS & DE déductible, les matériaux doivent être consommés ou transformés dans le cadre de travaux de RS & DE admissibles.

Il arrive que le développement expérimental soit effectué conjointement ou simultanément avec la production commerciale. Dans un tel cas, la Politique d'application RS & DE 2002-02R[6] présente le cadre général pour déterminer les dépenses de RS & DE déductibles.

Il y est précisé que :

> « [les] matériaux qui auraient été de toute façon consommés ou transformés pour la production normale ne sont pas attribuables au DE. Seuls les coûts additionnels des matériaux consommés ou transformés à cause des travaux de RS & DE peuvent être déductibles. Le fait que les matériaux standards (ceux normalement utilisés pour la PC) soient requis pour effectuer les travaux de DE ne rend pas la dépense admissible pour la RS & DE, puisque les matériaux sont consommés/transformés dans l'exercice de la PC (c.-à-d., travaux exclus aux fins de la RS & DE)[7]. »

En outre, les coûts engagés avant le début du projet de développement expérimental pour les intrants sont attribuables à la production commerciale.

« Les coûts relatifs à la partie additionnelle de la perte de matériaux résultant de leur traitement peuvent être réclamés comme coûts des matériaux consommés pour la RS & DE[8]. »

---

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS & DE 2002-02R, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 26 mars 2003.

7 *Id*.

8 *Id*.

3.3. SALAIRES

En référence à la *Politique d'application* RS & DE 2002-02R, l'ADRC indique que les salaires des employés qui entreprennent, supervisent ou soutiennent directement les travaux résultant en une production expérimentale requise sont déductibles uniquement si la méthode traditionnelle est utilisée.

Pourquoi ces types de dépenses sont-ils déductibles uniquement selon la méthode traditionnelle? Nous aimerions que l'ADRC précise sa position.

Réponse

La politique d'application explique que :

> « la partie des coûts de main-d'œuvre engagés pour un employé qui entreprend, supervise ou soutient (méthode traditionnelle), ou d'un employé qui exerce directement (méthode de remplacement) les travaux de DE qui résultent en une PE requise est une dépense de RS & DE déductible[9]. »

L'expression « entreprend, supervise ou soutient » utilisée pour la méthode traditionnelle se retrouve à l'alinéa 2900(2)b) R.I.R. tandis que l'expression « exerçant directement » se retrouve à la subdivision 37(8)a)(ii)(B)(IV) L.I.R.

La *Politique d'application* RS & DE 96-06[10] fait ressortir les différences entre les traitements ou les salaires selon qu'il s'agit, d'une part, de personnel qui entreprend, supervise ou soutient directement de la RS & DE au sens des règles définissant les dépenses « directement attribuables » lorsque la méthode traditionnelle est utilisée, ou, d'autre part, de personnel exerçant directement des activités de RS & DE, lorsque la méthode de remplacement est utilisée.

---

9 *Id.*

10 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS & DE 96-06, « Traitement ou salaires – personnel qui entreprend, supervise ou soutient directement la RS & DE, par opposition au personnel qui exerce directement des activités de RS & DE », 19 juillet 1996.

Questions pour le MRQ

3.4. CRÉDIT FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE

Un employé de A inc. se qualifie, durant toute l'année d'imposition 2003 de la société[11], à titre d'employé déterminé au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 de la *Loi sur les impôts*[12]. A inc. est une société déterminée au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I. (elle détient une attestation valide délivrée par Investissement Québec selon laquelle elle exploite ou peut exploiter pour l'année une entreprise dans un édifice abritant la totalité ou une partie d'un centre de la nouvelle économie). En regard des données suivantes, veuillez indiquer le montant du crédit favorisant le développement de la nouvelle économie ainsi que le montant du crédit pour la R & D, et ce, en tenant compte des restrictions imposées par l'article 1029.6.0.1 L.I.

CUMUL DES CRÉDITS		
	Première situation	Deuxième situation
Salaire de l'employé déterminé	100 000 $	100 000 $
Pourcentage du temps de travail de l'employé déterminé qui est consacré à la réalisation d'une activité déterminée	100 %	25 %
Pourcentage du temps de travail de l'employé déterminé qui est consacré à des travaux de R & D	25 %	25 %

Réponse

L'article 1029.8.36.0.22 L.I. permet à une société déterminée de réclamer, pour une année d'imposition, un crédit favorisant le développement de la nouvelle économie sur un salaire déterminé, qu'elle a engagé dans l'année à l'égard d'un employé déterminé, pour la réalisation dans l'année d'une activité déterminée dans un centre de la nouvelle

---

11 L'exercice financier de A inc. s'échelonne du 1er janvier au 31 décembre 2003. Par ailleurs, A inc. est une société sous contrôle canadien dont l'actif, en tenant compte de l'actif des sociétés associées, est inférieur à 25 M$ pour l'exercice financier précédent. Finalement, les dépenses pour la R & D sont inférieures à 2 M$.

12 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

économie. Ce crédit d'impôt remboursable est égal à 40 % du salaire déterminé, sans toutefois excéder un certain seuil.

Selon la définition donnée à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I., le salaire déterminé correspond au moindre des deux montants suivants :

- le premier, connu sous le vocable de « plafond du salaire déterminé », est obtenu en multipliant le montant établi conformément au deuxième alinéa de l'article 1029.8.36.0.18 L.I.[13] par le rapport entre le temps de travail que l'employé déterminé consacre dans l'année à une activité déterminée de la société et l'ensemble de son temps de travail pour l'année à titre d'employé déterminé de la société;

- le deuxième représente l'excédent du montant du salaire que la société a engagé à l'égard de l'employé, au cours de la période déterminée de la société pour l'année à l'égard du site désigné, alors que l'employé se qualifiait à titre d'employé déterminé de celle-ci, dans la mesure où ce montant est versé et où l'on peut raisonnablement considérer qu'il se rapporte à la réalisation dans l'année d'une activité déterminée relativement au site désigné, compte tenu du temps que l'employé y consacre, sur l'ensemble des montants dont chacun représente un montant d'aide gouvernementale ou d'aide non gouvernementale attribuable à un tel salaire que la société a reçu, est en droit de recevoir ou peut raisonnablement s'attendre à recevoir au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année.

Par ailleurs, l'article 1029.6.0.1 L.I. prévoit des restrictions applicables à certains crédits d'impôt remboursables dont, entre autres, le crédit favorisant le développement de la nouvelle économie et le crédit R & D. Plus particulièrement, le paragraphe 1029.6.0.1a) L.I. fait en sorte de ne pas accorder plus d'un crédit d'impôt remboursable à un contribuable à l'égard d'une dépense donnée ou de frais donnés.

Aussi, en regard des faits soumis dans la question, le montant du crédit favorisant le développement de la nouvelle économie ainsi que le montant du crédit R & D sont les suivants :

---

[13] Ce montant est généralement de l'ordre de 37 500 $ lorsque l'année d'imposition de la société comprend 365 jours, autrement il doit être réduit en fonction du nombre de jours de l'année d'imposition.

Première situation

Salaire engagé par la société A inc. à l'égard de l'employé au cours de l'année d'imposition	100 000 $
Salaire déterminé représenté par le moindre des deux montants suivants : • Plafond du salaire déterminé pour l'année d'imposition (37 500 $ x 100 % = 37 500 $) • Salaire versé à l'employé en sa qualité d'employé déterminé pour l'année d'imposition (100 000 $)	37 500 $
Crédit favorisant le développement de la nouvelle économie (37 500 $ x 40 % = 15 000 $)	15 000 $
Dépense donnée au sens du paragraphe 1029.6.0.1a) L.I.	37 500 $
Salaire versé à l'employé déterminé qui est consacré à des travaux de R & D (100 000 $ x 25 % = 25 000 $)	25 000 $
Montant du salaire de l'employé déterminé qui donne ouverture au crédit R & D en vertu du paragraphe 1029.7a) L.I. (la restriction du paragraphe 1029.6.0.1a) L.I. ne s'applique pas spécifiquement au montant de 25 000 $)	25 000 $
Crédit R & D (la moitié du salaire a été engagée avant le 13 juin 2003) (12 500 $ x 40 % + 12 500 $ x 35 % = 9 375 $)	9 375 $

Deuxième situation

Salaire engagé par la société A inc. à l'égard de l'employé au cours de l'année d'imposition	100 000 $
Salaire déterminé représenté par le moindre des deux montants suivants : • Plafond du salaire déterminé pour l'année d'imposition (37 500 $ x 25 % = 9 375 $) • Salaire versé à l'employé en sa qualité d'employé déterminé pour l'année d'imposition (25 000 $)	9 375 $
Crédit favorisant le développement de la nouvelle économie (9 375 $ x 40 % = 3 750 $)	3 750 $
Dépense donnée au sens du paragraphe 1029.6.0.1a) L.I.	9 375 $
Salaire versé à l'employé déterminé qui est consacré à des travaux de R & D (100 000 $ x 25 % = 25 000 $)	25 000 $
Montant du salaire de l'employé déterminé qui donne ouverture au crédit R & D en vertu du paragraphe 1029.7a) L.I., et ce, en tenant compte de la restriction du paragraphe 1029.6.0.1a) L.I. (25 000 $ - 9 375 $ = 15 625 $)	15 625 $
Crédit R & D (12 500 $ x 40 % + [(15 625 $ - 12 500 $) x 35 %] = 6 094 $)	6 094 $

Dans la deuxième situation, le montant du salaire de l'employé déterminé qui se rapporte à des travaux de R & D est de l'ordre de 25 000 $. Nous posons l'hypothèse qu'il y a un recoupement complet entre le temps de travail que cet employé consacre à la réalisation dans l'année d'une activité déterminée et le temps qu'il consacre pour les travaux de R & D. Pour cette raison, le paragraphe 1029.6.0.1a) L.I., qui fait en sorte de ne pas accorder plus d'un crédit d'impôt remboursable à un contribuable à l'égard d'une dépense donnée ou à des frais donnés, aura pour résultat de réduire d'un montant de 9 375 $, pour les fins du calcul du crédit R & D, le montant de 25 000 $ de salaire versé à l'employé déterminé et qui se rapporte à des travaux de R & D.

Il convient de noter que pour les fins du calcul du montant du crédit favorisant le développement de la nouvelle économie ainsi que du montant du crédit R & D, la *Loi sur les impôts* ne prévoit pas de préséance pour les fins du calcul d'un crédit d'impôt par rapport à un autre.

3.5. CUMUL DE CRÉDITS D'IMPÔT

Un employé de B inc. a effectué, au sein de la société[14], un stage d'une durée de 20 semaines qui débutait le 6 janvier 2003. La société est une société déterminée au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I. (elle détient une attestation valide délivrée par Investissement Québec selon laquelle elle exploite ou peut exploiter pour l'année une entreprise dans un édifice abritant la totalité ou une partie d'un centre de la nouvelle économie). Au cours de cette période, l'employé n'était pas un employé déterminé au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I.

À l'égard de ces 20 semaines, la dépense ouvrant droit au crédit pour stage en milieu de travail est de 5 000 $ (art. 1029.8.33.3 L.I. et suiv.). Par ailleurs, les fonctions de l'employé ne se rapportent pas aux travaux de R & D effectués par la société au cours du stage.

À compter du 26 mai 2003 et jusqu'à la fin de l'année, l'employé consacre son temps de travail à la réalisation d'une activité déterminée de

---

[14] L'exercice financier de B inc. s'échelonne du 1er janvier au 31 décembre 2003. Par ailleurs, elle est une société sous contrôle canadien dont l'actif, en tenant compte de l'actif des sociétés associées, est inférieur à 25 M$ pour l'exercice financier précédent. Finalement, les dépenses pour la recherche et le développement sont inférieures à 2 M$.

B inc. À cet égard, B inc. obtient une attestation d'Investissement Québec selon laquelle l'employé en question consacre tout son temps de travail à la réalisation d'une activité déterminée. Le salaire versé à cet employé pour cette période est de 31 000 $. Au cours de cette période, l'employé consacre la moitié de son temps à des travaux de R & D.

B inc. peut-elle réclamer à la fois le crédit pour stage en milieu de travail, le crédit R & D et le crédit favorisant le développement de la nouvelle économie à l'égard du salaire versé à l'employé au cours de l'année 2003?

En serait-il de même si B inc. était plutôt une société exemptée qui détient une attestation délivrée par Investissement Québec avant le 12 juin 2003, selon laquelle elle exploite une entreprise qui constitue un projet novateur dans un édifice abritant la totalité ou une partie d'un centre de la nouvelle économie et que, par ailleurs, l'employé n'est un employé admissible, au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I., pour l'année 2003 qu'à compter du 26 mai 2003?

Réponse

Les crédits se calculent de la façon suivante :

CRÉDIT POUR LA PÉRIODE DU 6 JANVIER AU 26 MAI 2003	
Dépense admissible à l'égard du stagiaire	5 000 $
Crédit pour stage en milieu de travail (5 000 $ x 40 % = 2 000 $)	2 000 $

CRÉDITS POUR LA PÉRIODE DU 26 MAI 2003 AU 29 DÉCEMBRE 2003	
Salaire déterminé représenté par le moindre des deux montants suivants : • Plafond du salaire déterminé pour l'année d'imposition (37 500 $ x 219/365 x 100 % = 22 500 $)[15] • Salaire versé à l'employé en sa qualité d'employé déterminé pour l'année d'imposition (31 000 $)	22 500 $
Crédit favorisant le développement de la nouvelle économie (22 500 $ x 40 % = 9 000 $)	9 000 $
Dépense donnée au sens du paragraphe 1029.6.0.1a) L.I.	22 500 $
Salaire versé à l'employé déterminé qui est consacré à des travaux de R & D (31 000 $ x 50 % = 15 500 $)	15 500 $
Montant du salaire de l'employé déterminé qui donne ouverture au crédit R & D en vertu du paragraphe 1029.7a) L.I., et ce, en tenant compte de la restriction du paragraphe 1029.6.0.1a) L.I. (31 000 $ - 22 500 $ = 8 500 $)	8 500 $
Crédit R & D Salaire attribuable à la R & D pour la période avant le 13 juin 2003 (15 500 $ x 18/201 = 1 388 $) Salaire attribuable à la R & D pour la période après le 12 juin 2003 (15 500 $ x 183/201 = 14 112 $) Montant du crédit (1 388 $ x 40 % + [(14 112 $ - 8 500 $) x 35 %] = 2 519 $)	2 519 $

Le premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.27 L.I. empêche une société exemptée (projet novateur) de réclamer des crédits d'impôt remboursables prévus au chapitre III.1 du titre III du livre IX de la Partie I de la *Loi sur les impôts* autres que le crédit d'impôt R & D sur les salaires prévu à la section II de ce chapitre, le crédit d'impôt à l'égard des contrats de R & D conclus avec un centre de recherche public admissible, une entité universitaire admissible ou un consortium de recherche admissible prévu à la section II.1 de ce chapitre, le crédit additionnel à l'égard de la R & D qui est prévu à la section II.3.1 de ce chapitre[16] et les crédits d'impôt pour une société

[15] En vertu du deuxième alinéa de l'article 1029.8.36.0.18 L.I., le montant auquel réfère le paragraphe a) de la définition de l'expression « salaire déterminé » prévue au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I. pour une année d'imposition d'une société relativement à un employé déterminé est égal au montant obtenu en multipliant 37 500 $ par le rapport entre le nombre de jours de l'année d'imposition au cours desquels l'employé se qualifie à titre d'employé déterminé et 365.

[16] Ce crédit d'impôt remboursable additionnel de 15 %, qui est basé sur l'accroissement de l'ensemble des dépenses de R & D, servant de base au calcul des crédits d'impôt remboursables pour la R & D, faites par une société dans une année d'imposition, par rapport à la moyenne de l'ensemble de telles dépenses faites par la société au cours de ses trois années d'imposition précédentes, ne s'appliquera plus aux années d'imposition qui débuteront après le 12 juin 2003.

(à suivre…)

exemptée qui exploite son entreprise dans un site désigné prévus à la section II.6.0.3 (section qui comprend l'article 1029.8.36.0.27 L.I.) de ce chapitre.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'année d'imposition 2003 de B inc. est comprise en totalité ou en partie dans sa période d'admissibilité (les trois premières années du congé fiscal de B inc.), le premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.27 L.I. a pour effet d'empêcher le cumul, à l'égard d'un salaire qui est versé à un employé admissible, d'un crédit sur le salaire prévu à l'un des articles 1029.8.36.0.19 L.I. et 1029.8.36.0.20 L.I. et de celui pour de la R & D qui est prévu à l'article 1029.7 L.I. La société peut choisir de prendre l'un ou l'autre de ces crédits à l'égard de ce salaire, mais elle ne peut bénéficier à la fois d'un crédit sur le salaire prévu à l'article 1029.8.36.0.19 L.I. sur une partie de celui-ci et du crédit prévu à l'article 1029.7 L.I. sur une autre partie[17]. Le deuxième alinéa de cet article fait en sorte de limiter l'interdiction aux trois premières années du congé fiscal.

Finalement, en supposant que même l'année d'imposition 2003 de B inc. ne soit pas comprise en totalité ou en partie dans sa période d'admissibilité (les trois premières années du congé fiscal de B inc.), elle ne pourra réclamer pour cette année d'imposition le crédit pour stage en milieu de travail, et ce même si l'employé n'était pas un employé admissible (au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I.) tout au long de l'année d'imposition 2003 de B inc.

3.6. MODIFICATION DES TAUX DE RS & DE ET FORMULAIRES PRESCRITS

Avec le Budget du 12 juin 2003[18] du gouvernement du Québec, les taux de RS & DE ont changé en cours d'année.

Le Ministère a-t-il prévu des formulaires prescrits permettant de distinguer les dépenses qui s'appliquent aux taux différents?

(…suite)
QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003, p. 79.

17 Si la société réclame les deux crédits dans la même année, seul le crédit favorisant le développement de la nouvelle économie qui est prévu à l'article 1029.8.36.0.19 L.I. lui sera accordé.

18 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 16.

Lorsque le contribuable utilise la méthode ordinaire, où doit-on inscrire les dépenses indirectes dans le formulaire RD-222 (séparément à la ligne 33 ou avec les autres dépenses)?

Réponse

Les formulaires sont actuellement en révision et devraient être disponibles au printemps 2004. Dans l'intervalle, le Ministère suggère d'utiliser deux formulaires : un pour les dépenses engagées avant le 13 juin 2003, assujetties aux anciens taux, et un pour les dépenses engagées après le 12 juin 2003 sur lequel les taux seront modifiés. Dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, c'est la date de conclusion du contrat (avant ou après le 12 juin 2003) qui en détermine le taux.

Les dépenses indirectes doivent être inscrites à la ligne 33 du formulaire RD-222 et une annexe indiquant le détail de l'information contenue à la ligne 33 faciliterait l'analyse du dossier.

CONJOINTS MARIÉS OU UNIS CIVILEMENT : LES DROITS À LA FIN DE L'UNION

Guy Lefrançois
Notaire
CCH Canadienne Ltée

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 51:3

1. LES TROIS TYPES DE COUPLES : PRÉSENTATION 51:3

2. MARIAGE ET UNION CIVILE : PENDANT LA VIE COMMUNE 51:7

2.1. LE RÉGIME PRIMAIRE 51:7
2.2. LE RÉGIME MATRIMONIAL OU D'UNION CIVILE 51:7

3. MARIAGE ET UNION CIVILE : À LA RUPTURE OU AU DÉCÈS 51:9

3.1. LE PARTAGE DU PATRIMOINE FAMILIAL 51:10
3.1.1. Fonctionnement général 51:10
3.1.2. Éléments à considérer par le praticien 51:12
3.2. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX OU D'UNION CIVILE 51:19
3.2.1. Caractéristiques de base et distinctions 51:20

3.2.2. Éléments à considérer par le praticien 51:22
3.3. LA PRESTATION COMPENSATOIRE 51:28
3.3.1. Application..... 51:28
3.3.2. Éléments à considérer par le praticien 51:29
3.4. LES ALIMENTS ET LA SURVIE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE 51:31
3.4.1. Les aliments 51:31
3.4.2. La survie de l'obligation alimentaire 51:33
3.5. LES CONVENTIONS ENTRE ÉPOUX OU CONJOINTS UNIS CIVILEMENT..... 51:35

CONCLUSION 51:35

INTRODUCTION

La séparation d'un couple ou le décès d'un conjoint constitue une épreuve rarement facile à surmonter. Les émotions sont à vif, la vie personnelle, familiale et sociale de chaque ancien partenaire ou du partenaire survivant doit être réorganisée et il y a les conséquences patrimoniales dont il faut disposer.

Ce dernier aspect peut s'avérer fort complexe si l'on tient compte des différents éléments susceptibles d'entrer en jeu, qu'il s'agisse de partages, de compensations, d'attributions, de soutien alimentaire ou de clauses contractuelles. Surtout qu'il existe désormais trois types de couples au Québec : les personnes mariées, les personnes unies civilement et les personnes vivant en union de fait.

Dans les lignes qui suivent, nous tenterons donc d'y voir un peu plus clair. En premier lieu, nous aborderons ce qui caractérise et distingue l'union matrimoniale, l'union civile et l'union de fait. Puis, en nous concentrant sur le mariage et l'union civile, nous ferons état du cadre juridique applicable pendant la vie commune et nous traiterons des principaux effets qui se produisent lorsque survient une rupture. Notre approche se veut pratique et vise à faire ressortir les différents éléments qui doivent être vérifiés et considérés par le praticien à des fins de planification et de liquidation.

1. LES TROIS TYPES DE COUPLES : PRÉSENTATION

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner à quel point le droit québécois en matière familiale avait évolué au fil des ans, particulièrement en ce qui concerne les rapports pécuniaires entre conjoints[1]. Or, l'évolution s'est poursuivie l'an dernier avec l'ajout d'une nouvelle catégorie de conjoints et elle se poursuit cette année avec les discussions entourant la redéfinition envisagée du mariage[2].

Le 24 juin 2002, en effet, l'union civile entrait en vigueur[3]. Jusque-là, il existait deux types de couples : ceux mariés et ceux vivant en union de fait.

---

1 Voir Guy LEFRANÇOIS, « Droits matrimoniaux et successions », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 19:1-42, à la page 19:3.

2 Veuillez noter que le présent texte reflète l'état du droit au 1er août 2003.

3 *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

On connaît la différence : le mariage est une institution encadrée juridiquement, assujettie à différentes conditions de validité[4] et procurant aux époux un ensemble de droits et d'obligations applicables tant durant la période de vie commune que lors d'une rupture. L'union de fait, par contre, comme son nom l'indique, est une situation factuelle qui n'est assortie d'aucune réglementation particulière en ce qui a trait aux rapports entre les conjoints et dont la rupture ne produit aucune conséquence légale spécifique, bien que les conjoints de fait bénéficient d'une reconnaissance à certains égards[5] et peuvent se prévaloir des recours de droit commun si besoin est[6].

L'union civile, quant à elle, se rapproche nettement du mariage. D'une part, elle est soumise à des conditions de validité similaires à celles prévues pour le mariage, à savoir : une célébration publique par un célébrant compétent en présence de deux témoins[7], l'absence de lien de mariage ou d'union civile antérieur[8], l'absence de lien familial trop rapproché[9] et le respect de l'âge minimal de 18 ans[10]. D'autre part, elle donne lieu à l'application du même cadre juridique que le mariage, ce qui inclut le régime

---

4 Voir notamment *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q.), art. 365, 368 et 373.

5 Par exemple, en matière fiscale, voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 248(1) et *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 2.2.1. De manière plus générale, voir aussi *Loi d'interprétation (Québec)*, L.R.Q., c. I-16 et mod., art. 61.1.

6 Les recours en enrichissement injustifié (art. 1493 C.c.Q.) et en déclaration et partage d'une société (art. 2250 C.c.Q.) peuvent servir à corriger un déséquilibre économique survenant lors de la rupture d'une union de fait. Il faut toutefois que les conditions d'ouverture du recours soient remplies, car la simple fin de l'union ne justifie pas, en soi, une compensation.

7 Art. 521.1 C.c.Q. Les célébrants compétents sont les mêmes que ceux habilités à célébrer des mariages, soit les ministres du culte, les greffiers et greffiers adjoints de la Cour supérieure, les maires et les membres de conseils municipaux ou d'arrondissement ainsi que les notaires; voir art. 376 C.c.Q.

8 Art. 521.1, al. 2 C.c.Q. La même exigence se retrouve en ce qui concerne le mariage; voir art. 373 C.c.Q.

9 Art. 521.1, al. 2 C.c.Q. Les conjoints ne doivent pas être l'un par rapport à l'autre un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur. En ce qui concerne le mariage, la prohibition ne s'étend pas aux demi-frères et demi-sœurs par adoption; voir *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46, art. 2.

10 Art. 521.1, al. 1 C.c.Q. En ce qui concerne le mariage, l'âge minimal est de 16 ans; voir *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4 (ci-après « *Loi d'harmonisation* »), art. 6.

primaire, comprenant des mesures comme la protection de la résidence familiale, le partage du patrimoine familial, la prestation compensatoire et les attributions judiciaires[11], ainsi qu'un régime d'union civile, l'équivalent du régime matrimonial[12].

Ces deux institutions divergent toutefois sur le plan de leur accessibilité : l'union civile a en effet été élaborée avec l'objectif de fournir aux conjoints de même sexe la possibilité de contracter une union pleinement reconnue par les lois, de permettre, autrement dit, à ces derniers d'avoir un « choix équivalent quant à la forme et aux conséquences de leur engagement à celui offert aux couples hétérosexuels »[13], lesquels peuvent opter pour l'union matrimoniale ou l'union de fait.

En ce sens, l'union civile doit son existence aux contraintes constitutionnelles en matière de mariage puisque selon le paragraphe 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[14], les conditions de fond de l'union matrimoniale relèvent de la compétence du législateur fédéral. Or, l'article 5 de la *Loi d'harmonisation* prévoit que « le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux ». Le législateur québécois ne pouvait donc légalement élargir la portée du mariage pour y inclure les conjoints homosexuels. Il a donc été aussi loin que possible à l'intérieur de ses compétences afin de remplir son objectif.

Il est à remarquer que l'union civile n'est pas réservée aux conjoints de même sexe[15], contrairement à ce qui avait été prévu à l'origine[16]. Elle est ouverte à tous. Cependant, compte tenu de sa quasi-identité avec le mariage, on peut s'interroger sur les motifs qui pousseraient des conjoints de sexe différent à préférer l'union civile. En fait, outre l'accessibilité, la seule autre

---

11 Art. 521.6 C.c.Q.

12 Voir art. 521.8 C.c.Q.

13 Propos du ministre de la Justice énoncés à l'Assemblée nationale le 7 décembre 2001 à l'occasion du dépôt de l'Avant-projet de loi intitulé *Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*; voir www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ch/011207.htm (date d'accès : 3 novembre 2003).

14 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

15 Art. 521.1 C.c.Q.

16 Voir le texte de l'article 521.1 C.c.Q. comme originalement proposé dans l'Avant-projet de loi déposé le 7 décembre 2001, précité, note 13.

différence que l'on peut relever entre ces deux institutions, c'est que l'union civile peut être dissoute de manière non judiciaire par une déclaration commune notariée[17], alors que pour mettre fin au mariage, l'intervention d'un juge est nécessaire, et ce, même en cas de procédure conjointe[18]. Est-ce que ce seul motif est susceptible d'inciter des conjoints hétérosexuels à opter pour l'union civile plutôt que pour le mariage? Nous en doutons fort.

Quoi qu'il en soit, les récents développements en droit de la famille nous amènent à penser que l'union civile n'aura peut-être été qu'une étape intermédiaire. Des jugements du Québec, de la Colombie-Britannique et de l'Ontario[19] ont en effet déclaré que limiter le mariage aux conjoints de sexe différent était inconstitutionnel au motif que cela créait une discrimination basée sur l'orientation sexuelle, laquelle est prohibée par la *Charte canadienne des droits et libertés*[20]. Réagissant à ces décisions, le gouvernement fédéral a déposé un avant-projet de loi qui introduit une nouvelle définition du mariage ne comportant aucune référence à l'altérité sexuelle des époux. Le mariage se concevrait ainsi comme « l'union légitime de deux personnes à l'exclusion de toute autre personne »[21]. Cet avant-projet de loi fait actuellement l'objet d'un renvoi devant la Cour suprême du Canada.

La décision du tribunal et les suites qu'y donnera le législateur fédéral auront un impact certain sur l'union civile, car un élargissement de l'accessibilité au mariage risque de faire perdre à celle-ci sa raison d'être et son intérêt. D'ici là, toutefois, ces deux institutions poursuivent leur coexistence.

---

17 Art. 521.12 C.c.Q. L'union civile se dissout aussi par jugement du tribunal ou par le décès d'un conjoint. Soulignons que la procédure par déclaration commune notariée suppose que toutes les conséquences de la rupture ont été réglées par les conjoints dans un accord et que les intérêts d'enfants communs ne soient pas en cause; voir Guy LEFRANÇOIS, « La dissolution de l'union civile », (2002), n° 2 *Cours de perfectionnement du Notariat* 31, 40.

18 *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 822-822.5.

19 *Hendricks* c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.); *Barbeau* c. *B.C.*, [2003] B.C.C.A. 251; *Halpern* c. *Canada (A.G.)*, [2002] 60 O.R. (3e) 321, appel : [2003] O.J. n° 2268.

20 Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

21 *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, P.C. 2003-1055, 16 juillet 2003.

2. MARIAGE ET UNION CIVILE : PENDANT LA VIE COMMUNE

Pendant la vie commune, deux séries de règles encadrent les rapports juridiques entre les époux ou les conjoints unis civilement : les règles impératives, qui composent ce que l'on appelle le régime primaire, et le régime matrimonial ou d'union civile, choisi par les époux ou les conjoints[22].

2.1. LE RÉGIME PRIMAIRE

Le régime primaire énonce les obligations personnelles de base auxquelles s'engagent les partenaires mariés ou unis civilement, à savoir : respect, fidélité, secours, assistance et vie commune[23].

On y retrouve le principe de l'égalité dans le couple ainsi que ses diverses applications en matière de gestion de la famille, de résidence familiale et de contribution aux charges du ménage[24]. Le régime primaire précise en outre certaines règles de représentation[25] et prévoit un système de protection du milieu de vie de la famille[26].

2.2. LE RÉGIME MATRIMONIAL OU D'UNION CIVILE

Tout ce qui n'est pas couvert par les règles impératives fait l'objet du régime matrimonial ou d'union civile. À cet égard, les époux ou les conjoints unis civilement bénéficient d'une pleine marge de manœuvre[27] : ils peuvent opter pour l'un ou l'autre des deux régimes réglementés au *Code civil du Québec*, soit la séparation de biens[28] ou la société d'acquêts[29]; ils peuvent choisir l'un de ces régimes et le modifier pour qu'il soit mieux adapté à leurs besoins[30]; ils peuvent même se construire un régime *sui generis*. En

---

22 Ou le régime légal à défaut de choix; voir art. 432 C.c.Q.

23 Art. 392 C.c.Q. pour les conjoints mariés et art. 521.6 C.c.Q. pour les conjoints unis civilement.

24 Art. 394-396 et 398 C.c.Q. pour les conjoints mariés et art. 521.6 C.c.Q. pour les conjoints unis civilement.

25 Art. 398 et 521.6 C.c.Q.

26 Art. 401-408 et 521.6 C.c.Q.

27 Art. 431 C.c.Q. pour le mariage et art. 521.8, al. 1 C.c.Q. pour l'union civile.

28 Art. 485-487 C.c.Q.

29 Art. 448-484 C.c.Q.

30 Voir *Droit de la famille-3258*, [1999] R.J.Q. 643 (C.A.).

l'absence d'un choix exprimé par contrat de mariage ou d'union civile, ils sont toutefois assujettis à la société d'acquêts[31].

Ces régimes de la séparation de biens et de la société d'acquêts ont en commun de respecter l'autonomie de gestion des époux ou des conjoints unis civilement. Hormis les restrictions contenues au régime primaire, chacun d'entre eux dispose donc des pleins pouvoirs d'administration et d'aliénation sur son patrimoine[32], sous réserve de l'exigence, en société d'acquêts, que certaines aliénations à titre gratuit se fassent avec le consentement du conjoint[33]. Chaque époux ou conjoint uni civilement demeure également seul responsable de ses dettes personnelles, à l'exception des dettes solidaires et de celles relatives aux besoins courants de la famille, lesquelles engagent les deux époux ou conjoints[34].

À la rupture, cependant, séparation de biens et société d'acquêts se distinguent, car outre ce que prévoit le patrimoine familial, il n'y a de partage qu'en société d'acquêts[35].

Il existe par ailleurs un troisième régime au Québec, soit la communauté de meubles et acquêts ou communauté de biens. Ce régime a constitué le régime légal de la codification en 1866 jusqu'au 30 juin 1970. Il fut par la suite abrogé le 2 avril 1981, mais maintenu en vigueur pour les couples qui y étaient déjà assujettis[36]. Pendant son existence, ce régime restreint sensiblement l'autonomie de gestion des époux, en ce que plusieurs actes requièrent le concours du mari et de la femme[37]. Il accorde de plus une certaine prépondérance au mari par l'ampleur de la masse de biens sur

---

31 Art. 432 C.c.Q. pour le mariage et art. 521.8, al. 2 C.c.Q. pour l'union civile.

32 Art. 486 C.c.Q. pour la séparation de biens et art. 461 C.c.Q. pour la société d'acquêts.

33 Art. 462 C.c.Q.

34 Art. 397 C.c.Q. pour les dettes relatives aux besoins courants de la famille. Voir aussi art. 464 C.c.Q. pour le principe de la séparation des dettes en société d'acquêts.

35 Voir *infra*, section 3.

36 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 66.

37 Voir *Code civil du Bas-Canada* (ci-après « C.c.B.-C.), art. 1292 pour les pouvoirs du mari sur les biens communs et art. 1425a C.c.B.-C. pour les pouvoirs de la femme sur les biens réservés. Chaque époux dispose toutefois d'une totale autonomie de gestion sur ses biens propres; voir art. 1297, al. 1 C.c.B.-C. en ce qui concerne la femme.

laquelle ce dernier dispose de pouvoirs d'administration[38]. En revanche, lorsqu'il y a rupture ou décès, c'est à l'épouse ou à ses héritiers, selon le cas, de choisir s'il y aura partage ou non[39].

3. MARIAGE ET UNION CIVILE : À LA RUPTURE OU AU DÉCÈS

Si, pendant la vie commune, les questions relatives à la gestion des patrimoines des époux ou des conjoints retiennent l'attention, à la rupture ou au décès, la problématique concerne plutôt le sort des biens de chacun : y a-t-il des actifs à partager, y a-t-il des compensations à verser, y a-t-il des dettes à acquitter?

En cette matière, on a pu observer, tant en législation qu'en jurisprudence, une tendance très nette à favoriser l'équilibre dans le partage des conséquences économiques découlant de la rupture d'un couple. Les réformes législatives de 1981 et surtout de 1989 ont amené la mise en place d'instruments visant l'atteinte de cet objectif[40]. Les tribunaux, particulièrement la Cour suprême, ont de leur côté développé de nouvelles interprétations allant dans le même sens, que ce soit en matière de prestation compensatoire[41] ou de pension alimentaire[42].

Dans cette section, nous passerons en revue les principaux aspects patrimoniaux dont il faut tenir compte lorsqu'il y a séparation de corps ou divorce[43], dissolution d'une union civile par jugement ou déclaration

---

38 La masse des biens communs est en effet celle qui est potentiellement la plus importante; voir art. 1272 et 1273 C.c.B.-C.

39 Art. 1338 C.c.B.-C.

40 La prestation compensatoire de même que les possibilités d'attributions judiciaires de biens ont été introduites lors de la réforme de 1981; voir *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, précité, note 36, art. 1.

41 Voir *Lacroix* c. *Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259 (ci-après « *Lacroix* »); *M.E.M.* c. *P.L.*, [1992] 1 R.C.S. 183 (ci-après « *M.E.M.* ») et *S.P.* c. *M.R.*, [1996] 2 R.C.S. 842 (ci-après « *S.P.* »). On remarque la même approche pour ce qui est de l'enrichissement injustifié, un recours parfois utilisé à la suite de la rupture d'une union de fait; voir *Peter* c. *Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980.

42 Voir *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

43 Bien que leurs conséquences économiques soient les mêmes, les effets de ces deux procédures sont différents : la séparation de corps ne fait que libérer les époux de l'obligation de faire vie commune sans rompre le lien du mariage (voir art. 507 C.c.Q.), alors que le divorce dissout le mariage; voir art. 516 C.c.Q.

commune notariée[44], nullité du mariage ou de l'union civile[45] ou encore décès d'un époux ou d'un conjoint uni civilement.

Au nombre de ces aspects, il y a le partage du patrimoine familial, le partage du régime matrimonial ou d'union civile, la prestation compensatoire, les aliments ainsi que les conventions qui ont pu être conclues par les époux ou les conjoints unis civilement. Nous décrirons chacun de ces aspects en faisant ressortir, s'il y a lieu, certains éléments qui doivent plus particulièrement retenir l'attention du praticien.

3.1. LE PARTAGE DU PATRIMOINE FAMILIAL

Le patrimoine familial est entré en vigueur le 1er juillet 1989[46]. Il fait partie du régime primaire impératif et s'applique à tous les époux ou conjoints unis civilement qui sont domiciliés au Québec, et ce, peu importe la date de leur mariage ou de leur union civile et peu importe le régime matrimonial ou d'union civile que ceux-ci ont pu choisir.

3.1.1. Fonctionnement général

Le partage du patrimoine familial consiste à diviser par moitié la valeur d'un ensemble de biens appartenant à l'un ou l'autre des époux ou des conjoints ou aux deux indivisément et comprenant : les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui garnissent ou ornent ces résidences et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite[47]. Soulignons que les gains accumulés au titre du Régime de rentes du Québec entrent également dans le patrimoine familial, mais font l'objet d'un partage distinct effectué par la Régie des rentes du Québec[48]. Soulignons par contre que les

---

44 Art. 521.12 C.c.Q. La dissolution par déclaration commune notariée n'est possible que si les conjoints ont réglé toutes les conséquences de leur séparation dans un accord et que les intérêts d'enfants communs ne sont pas en cause; voir art. 521.13 et 521.17 C.c.Q.

45 Il y a nullité lorsqu'une condition de formation du mariage ou de l'union civile n'a pas été remplie; voir art. 380 et 382 C.c.Q. Voir aussi art. 521.10-521.11 C.c.Q. pour ce qui est de la nullité de l'union civile.

46 *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, art. 8.

47 Art. 415, al. 1 C.c.Q.

48 Art. 415, al. 2 et art. 425 C.c.Q.

biens dont un conjoint est devenu propriétaire par succession ou donation échappent au partage[49].

De façon concrète, le partage prend la forme d'un droit de créance en faveur d'un époux ou d'un conjoint à l'encontre de l'autre époux ou conjoint. Ce droit de créance se détermine en fonction de la valeur partageable des biens possédés par chacun, comme le démontre l'exemple suivant :

Valeur partageable des biens possédés par le conjoint A :	150 000 $
Valeur partageable des biens possédés par le conjoint B :	80 000 $
Valeur partageable totale du patrimoine familial :	230 000 $

Chaque conjoint doit donc se retrouver avec une valeur de 115 000 $ après liquidation. Résultat : le conjoint A doit un montant de 35 000 $ au conjoint B.

La valeur partageable s'établit à la date d'introduction de l'instance ou à la date du décès du conjoint, selon le cas[50]. Il est cependant possible de remonter à la date de cessation de la vie commune si les circonstances le justifient[51]. Pour calculer cette valeur partageable, il s'agit d'abord de déterminer la valeur marchande des biens qui font partie du patrimoine familial et ensuite d'y soustraire :

- le solde des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens;
- s'il y a lieu, la valeur nette du bien au jour du mariage ou de l'union civile et la plus-value proportionnelle acquise pendant l'union;

---

49 Art. 415, al. 3 C.c.Q. Les biens reçus par donation du conjoint font toutefois exception et demeurent assujettis au partage, et ce, en vertu de l'arrêt *Droit de la famille-1463*, [1991] R.J.Q. 2514 (C.A.).

50 Art. 417, al. 1 C.c.Q.

51 Art. 417, al. 2 C.c.Q. Voir aussi l'arrêt *Droit de la famille-2285*, [1995] R.J.Q. 2784 (C.A.) dans lequel le tribunal se penche sur les situations qui peuvent justifier que l'on remonte à la date de cessation de la vie commune pour procéder aux évaluations et aux calculs.

- s'il y a lieu, la valeur d'un apport fait à même des biens reçus par succession ou donation et la plus-value proportionnelle acquise depuis l'apport[52].

La dette résultant du partage peut être acquittée en numéraire ou par dation en paiement, selon ce que conviennent les parties[53]. En cas de mésentente, il reviendra au tribunal de fixer les modalités de paiement[54].

3.1.2. Éléments à considérer par le praticien

Certains éléments relatifs au patrimoine familial méritent une attention particulière, que ce soit au moment du partage ou en anticipation de celui-ci.

3.1.2.1. Le droit transitoire

Le patrimoine familial s'applique sans exception aux époux mariés à compter du 1er juillet 1989 et aux conjoints unis civilement. Les époux mariés avant le 1er juillet 1989 en sont toutefois soustraits s'ils se trouvent dans l'une ou l'autre des deux situations suivantes :

- ils avaient choisi de s'exclure de l'application du patrimoine familial par acte notarié ou déclaration judiciaire au plus tard le 31 décembre 1990;

- ils avaient cessé de faire vie commune et avaient réglé, par une entente écrite ou autrement, les conséquences de leur séparation avant le 15 mai 1989[55].

Le praticien qui procède au règlement d'une succession ou d'une rupture impliquant des époux mariés avant le 1er juillet 1989 doit vérifier si ces exclusions sont applicables. Soulignons que dans le premier cas, il suffit de

---

52 Art. 417 et 418 C.c.Q. Pour des exemples de calcul, voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 1, 19:10-15 et Guy LEFRANÇOIS, « Les conventions et les partages entre conjoints », *Répertoire de droit / Nouvelle série – Famille – Doctrine – Document 3*, 2000, par. 278-295.

53 Art. 419 C.c.Q.

54 Art. 420 C.c.Q.

55 *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, précité, note 46, art. 42. Une autre exclusion avait été prévue en rapport avec les époux impliqués dans des instances en divorce ou en séparation de corps introduites avant le 15 mai 1989.

consulter le registre des droits personnels et réels mobiliers, car toute convention d'exclusion devait à l'époque être publiée[56]. Le deuxième motif d'exclusion peut cependant s'avérer plus difficile à détecter.

3.1.2.2. L'existence de preuves pour l'application des déductions

Comme nous l'avons vu, posséder un bien du patrimoine familial avant le mariage ou l'union civile rend applicables certaines déductions dans le calcul de la valeur partageable[57]. Pour cette raison, il convient de conserver une preuve de la date d'acquisition du bien et des valeurs brute et nette au moment de la célébration. Une clause ou une annexe à cet effet au contrat de mariage ou d'union civile s'avère ainsi recommandable[58].

Dans le même sens, lorsque des apports provenant d'une succession ou d'une donation sont utilisés pour acquérir ou améliorer un bien du patrimoine familial, une preuve devrait être conservée afin de faciliter le calcul des valeurs déductibles en pareil cas[59].

3.1.2.3. L'exercice de l'option par le créancier

Le partage du patrimoine familial, bien qu'étant d'application impérative, demeure assujetti au choix de l'époux ou du conjoint créancier. Une fois le droit au partage ouvert, le conjoint créancier dispose en effet d'un droit d'option et peut accepter le partage ou y renoncer[60]. Précisons que seul le conjoint créancier dispose du droit d'option :

> « À l'article 423 C.c.Q., le législateur permet au conjoint de renoncer : comment comprendre cette expression qui touche à la fois les cas de décès, divorce, séparation de corps et nullité de mariage, autrement qu'en voyant un partage automatique du patrimoine familial dans tous ces cas, assorti de la possibilité pour l'époux créancier de renoncer à ses droits? L'époux débiteur ne peut certainement pas renoncer à sa dette[61]! »

---

56 *Id.* La publication devait être faite au registre central des régimes matrimoniaux. Les inscriptions sur ce registre ont été portées d'office au registre des droits personnels et réels mobiliers lors de la réforme du droit civil de 1994; voir *Loi sur l'application de la Réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 163.

57 Art. 418 C.c.Q.

58 Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 52, par. 102-103.

59 Art. 418 C.c.Q.; voir Alain ROY, « Des contrats de mariage innovateurs », (1995-1996) 98 *Revue du Notariat* 64, p. 85.

60 Art. 423 C.c.Q.

61 Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, « Conflits matrimoniaux et partages de biens », (1990), n° 2 *Cours de perfectionnement du Notariat* 338, par. 43.

L'acceptation ne requiert aucune formalité particulière, si ce n'est que les parties devront alors convenir d'un mode d'acquittement. En revanche, la renonciation ne peut être faite que par acte notarié dûment inscrit au registre des droits personnels et réels mobiliers dans un délai d'un an suivant l'ouverture du droit au partage, à défaut de quoi, l'acceptation est réputée.

En raison de cette présomption, il convient au praticien chargé de régler la succession d'une personne séparée de corps, divorcée, dont le mariage a été annulé ou dont l'union civile a été dissoute ou annulée, de vérifier si le partage du patrimoine familial a bel et bien été réglé à cette occasion. On comprend que dans l'éventualité où le droit au partage a été ouvert, mais qu'aucune option n'a été exercée, il subsiste une créance impayée soit au profit du survivant, soit au profit de la succession. Cette créance serait assujettie à la prescription régulière de trois ans en matière mobilière[62].

Par ailleurs, lorsque les époux ou les conjoints sont soumis à un régime de partage, comme la société d'acquêts ou la communauté de biens, l'option sur le patrimoine familial revêt une importance particulière. En cas de renonciation par le créancier, en effet, les biens du patrimoine familial reviennent dans le régime matrimonial ou d'union civile et peuvent être partagés en vertu des règles de ce régime, lesquelles peuvent donner un résultat différent de celles relatives au patrimoine familial[63].

Le praticien aura donc à procéder aux évaluations requises et à envisager les hypothèses de partage possibles, selon les circonstances, de manière à conseiller adéquatement les personnes ayant à se prononcer.

3.1.2.4. La transmissibilité de la créance

Pendant longtemps, des interrogations ont subsisté sur le sort du droit au partage du patrimoine familial en cas de décès d'un époux. Or, en 2002, la Cour d'appel a tranché en faveur de la transmissibilité[64]. Cela signifie concrètement que si l'époux créancier du partage (celui possédant les biens dont la valeur partageable est la moins élevée) décède, la créance et le droit d'option passent entre les mains de ses héritiers.

---

62 Art. 2925 C.c.Q.

63 Voir *infra*, section 3.2.2.3.

64 *Lamarche* c. *Olé-Widholm*, [2002] R.J.Q. 1173 (C.A.). Pour un aperçu des tenants et aboutissants du débat jurisprudentiel et doctrinal qui a précédé cet arrêt, voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit*., note 1, 19:17 et G. LEFRANÇOIS, *loc. cit*., note 52, par. 302.

La qualité d'héritier appartient, selon le cas, au successible à qui est dévolue une succession *ab intestat* et à celui qui reçoit un legs universel ou un legs à titre universel, s'il l'accepte[65]. L'option sur la succession doit donc précéder celle sur le patrimoine familial.

S'il n'y a qu'un seul héritier et qu'il s'agit du conjoint survivant, il réunira les qualités de débiteur (comme conjoint survivant) et de créancier (comme héritier), de sorte qu'il y aura confusion et extinction de l'obligation relative au partage du patrimoine familial[66]. Par contre, en présence de plusieurs héritiers, le processus de partage risque de se complexifier. Chaque héritier, en effet, continue la personnalité juridique du défunt et comme tel, dispose d'un droit d'option à l'égard du patrimoine familial pour sa part de la créance. Toute renonciation par un héritier profite cependant au conjoint survivant.

Voici un exemple : supposons que le patrimoine familial a une valeur partageable globale de 100 000 $. Les biens possédés par le conjoint A ont une valeur partageable de 40 000 $ alors que ceux possédés par le conjoint B ont une valeur partageable de 60 000 $. Le partage fait en sorte que le conjoint A soit titulaire d'une créance de 10 000 $ contre le conjoint B. En supposant que le conjoint A décède et qu'il lègue tous ses biens en parts égales à ses deux enfants, C et D, ces derniers auront à exercer leur droit d'option. Or, si C choisit de renoncer, sa part de la créance, soit 5 000 $, reviendra au conjoint survivant et non à D, lequel n'aura toujours qu'une réclamation de 5 000 $ contre le conjoint survivant débiteur.

La créance découlant du partage du patrimoine familial étant divisible entre les héritiers du conjoint créancier[67], chaque « héritier-créancier » ne peut de ce fait exiger que l'exécution de sa part et ne peut faire remise que pour sa part[68]. On rejoint ici la règle applicable en société d'acquêts selon laquelle lorsque « parmi les héritiers, l'un accepte et les autres renoncent, celui qui accepte ne peut prendre que la portion d'acquêts qu'il aurait eue si tous avaient accepté[69] ».

---

65 Art. 619 C.c.Q.

66 Art. 1683 C.c.Q.

67 Art. 1519 C.c.Q. Rien, en effet, n'indique qu'elle est indivisible.

68 Art. 1690 C.c.Q. On pourrait assimiler la renonciation aux droits dans le patrimoine familial à une remise de dette.

69 Art. 473, al. 2 C.c.Q.

Soulignons que dans le cas où le conjoint survivant est un héritier parmi d'autres, il aura théoriquement droit d'option, en sa qualité d'héritier, mais l'exercice de ce droit ne produira aucune conséquence pratique[70].

Il est à remarquer que si les époux ou les conjoints le souhaitent, il est possible de faire en sorte qu'il n'y ait pas transmissibilité des droits aux héritiers. Il suffit de prévoir au contrat de mariage ou d'union civile une clause par laquelle les parties se font donation à cause de mort mutuelle irrévocable de leurs droits dans le patrimoine familial[71]. De cette manière, si le premier époux ou conjoint qui décède est le créancier, ses droits sont dévolus au survivant qui réunit alors les qualités de créancier et de débiteur[72].

Un legs des droits dans le patrimoine familial au conjoint survivant aura le même effet. L'avantage de procéder par contrat de mariage ou d'union civile réside toutefois dans la possibilité de stipuler l'irrévocabilité, car il en découle une prévisibilité plus grande des effets du décès, et ce, au bénéfice tant du survivant que de la succession.

3.1.2.5. Le cumul des droits

Rien n'empêche le conjoint survivant de cumuler les droits dont il est titulaire dans le patrimoine familial et ceux dont il est titulaire, le cas échéant, en qualité de légataire ou de donataire à cause de mort. Un conjoint survivant créancier du patrimoine familial peut donc en principe exercer sa créance contre la succession même s'il se retrouve légataire, par exemple, de la résidence familiale et des meubles[73].

L'article 748 C.c.Q. prévoit d'ailleurs que « le legs au créancier n'est pas présumé fait en compensation de sa créance ».

---

70 Quelle que soit son option à l'égard du patrimoine familial en tant qu'héritier, il demeurera en définitive titulaire de la même valeur.

71 L'article 1841, al. 2 C.c.Q. prévoit qu'une donation à cause de mort par contrat de mariage ou d'union civile peut être stipulée irrévocable.

72 Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit*., note 52, par. 134.

73 Voir Luce SAMOISETTE, « Du mariage à la rupture : quelques problématiques en matière de partage de biens », (1996), n° 1 *Cours de perfectionnement du Notariat* 177, par. 6-12.

Une telle éventualité doit retenir l'attention du praticien qui conseille des époux ou des conjoints unis civilement désirant planifier leur succession, car le cumul peut être évité, si tel est le souhait des époux ou des conjoints. Il s'agit de prévoir que la donation à cause de mort ou le legs sera conditionnel à ce que le bénéficiaire renonce au patrimoine familial ou encore que la donation à cause de mort ou le legs sera considéré en paiement partiel de la créance résultant du partage du patrimoine familial. De cette manière, il est possible d'équilibrer les valeurs dévolues au conjoint survivant et celles destinées aux autres successibles.

De plus, en utilisant la stipulation d'irrévocabilité, si l'on se retrouve dans le cadre du contrat de mariage ou d'union civile, il devient possible de structurer une planification qui procurera un minimum de sécurité au survivant tout en conservant une marge de liberté testamentaire.

Ainsi, on peut songer à une clause par laquelle il y aurait donation à cause de mort à titre irrévocable par l'un des époux à l'autre de l'immeuble servant de résidence familiale et des meubles affectés à l'usage du ménage qu'il possédera lors de son décès, conditionnellement à ce que le donataire renonce à ses droits dans le patrimoine familial[74]. De cette façon, le survivant aura l'assurance que, au minimum, les biens composant son milieu de vie lui seront dévolus. En revanche, il aura à choisir entre ces biens et la créance du patrimoine familial.

Soulignons que le caractère impératif du patrimoine familial n'empêche pas qu'une donation ou un legs soit conditionnel à une renonciation au partage puisque le conjoint donataire ou légataire conserve quand même toute sa liberté de choix qu'il exerce une fois le droit au partage ouvert[75].

Par contre, si l'on veut la réussite d'une planification successorale dans laquelle le conjoint survivant bénéficie d'avantages en contrepartie d'une renonciation au patrimoine familial, il faut une certaine corrélation entre la valeur des avantages proposés et celle de la créance potentielle, autrement le conjoint préférera opter pour le partage du patrimoine familial.

Or, comme le contenu et la valeur du patrimoine familial sont appelés à varier au fil des ans, cela signifie qu'il sera important de réviser la

---

[74] Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 52, par. 133-135.

[75] *Id.*, par. 135.

planification et les clauses du contrat de mariage ou d'union civile à intervalles réguliers[76].

3.1.2.6. Les modalités de paiement

Une fois le montant de la créance établi et le partage du patrimoine familial accepté par le conjoint créancier, il reste à fixer les modalités de paiement. À cet égard, rappelons que les époux ou les conjoints ou encore le survivant et la succession disposent de toute la latitude nécessaire et peuvent convenir d'un paiement forfaitaire, de versements échelonnés, d'une dation en paiement ou encore d'une combinaison de ces différents modes d'acquittement.

Le cas échéant, la dation en paiement peut porter sur des biens du patrimoine familial ou d'autres biens. Elle peut même consister en une cession de droits accumulés dans un régime de retraite, sous réserve des restrictions suivantes touchant les droits accumulés dans un régime de retraite régi ou établi par une loi : d'une part, toute cession d'un conjoint à l'autre doit être effectuée conformément aux dispositions de la loi-cadre, d'autre part, le titulaire original ne peut se priver de plus de la moitié de la valeur totale des droits accumulés avant ou pendant l'union matrimoniale ou civile[77].

Parmi les lois-cadres applicables au Québec, on retrouve la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[78]. Cette loi prévoit notamment que la cession de droits du conjoint débiteur au conjoint créancier ne peut servir en principe qu'à la constitution d'une rente viagère et doit être effectuée par un transfert dans un régime de retraite, un compte de retraite immobilisé, un contrat de rente ou un fonds de revenu viager[79]. Des règles similaires sont contenues dans la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*[80], une

---

[76] *Id.*, par. 140; voir A. ROY, *loc. cit.*, note 59, 80-85 et Alain ROY, « Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage », (1996), n° 1 *Cours de perfectionnement du Notariat* 159, par. 49-53.

[77] Art. 426 C.c.Q.

[78] L.R.Q., c. R-15.1.

[79] *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, (1990) 122 G.O. II, 3246, art. 50.

[80] L.R.C. (1985), 2e supp., c. 32.

autre loi-cadre dont l'application concerne les entreprises de juridiction fédérale[81].

Le choix des modalités de paiement devrait aussi tenir compte en principe de l'aspect fiscal. Cela signifie que s'il y a transfert de biens en paiement et que ces biens comportent une charge fiscale potentielle, il faudra envisager un ajustement au montant de la créance résultant du partage. Le motif, ici, est d'éviter que cette charge fiscale en vienne à dévaluer le paiement reçu par le créancier, car autrement, l'égalité du partage ne serait que factice[82].

Enfin, il ne faut pas oublier qu'à défaut d'entente entre les époux ou les conjoints ou entre le conjoint survivant et la succession quant aux modalités de paiement, le tribunal dispose du pouvoir d'intervenir et d'attribuer des biens en acquittement de la créance[83]. L'exercice de ce pouvoir risque évidemment d'influencer la planification successorale du défunt et peut-être même de mettre en échec certains legs, dans le cas où la succession se retrouve débitrice à la suite du partage du patrimoine familial.

3.2. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX OU D'UNION CIVILE

Les régimes matrimoniaux ou d'union civile prennent le relais lorsque l'on se situe en dehors du champ d'application du patrimoine familial ou lorsque le conjoint créancier décide de renoncer à ses droits.

Actuellement, deux régimes font l'objet d'une réglementation au *Code civil du Québec* : la séparation de biens et la société d'acquêts. Il y a également le régime de la communauté de biens qui, même s'il a été abrogé en 1981, continue de s'appliquer aux époux qui y étaient alors assujettis[84].

Les époux ou conjoints unis civilement ne sont cependant pas limités aux seuls régimes offerts dans le *Code civil du Québec*. Ils peuvent

---

81 Pour plus de détails concernant les régimes de retraite et le patrimoine familial, voir Lucie QUESNEL, « Les régimes de retraite et le partage du patrimoine familial », (1991), n° 1 *Cours de perfectionnement du Notariat* 91.

82 Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit*., note 52, par. 275, ainsi que les références contenues à la note 450.

83 Art. 420 C.c.Q.

84 Voir la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, précité, note 36, art. 45 et 66.

construire leur propre régime soit en modifiant l'un des régimes existants, soit en créant un véritable régime *sui generis*, la seule restriction étant l'obligation de respecter les règles d'ordre public, dont le régime primaire[85].

Ainsi, un couple voudra peut-être choisir une séparation de biens en y ajoutant un partage portant sur, par exemple, des valeurs mobilières acquises pendant la durée de l'union. Un autre couple préférera peut-être une société d'acquêts avec un partage élargi aux biens que les conjoints possédaient lors du mariage ou de l'union civile[86]. Tout repose finalement sur les besoins et aspirations de chaque partenaire, que le praticien doit détecter, voire anticiper.

3.2.1. Caractéristiques de base et distinctions

Lorsque l'on envisage le sort des patrimoines à la rupture, chaque régime se distingue de manière assez évidente.

La séparation de biens, tout d'abord, ne prévoit aucun partage, ce qui signifie que chaque époux ou conjoint demeure pleinement titulaire de son patrimoine sans encourir aucune obligation envers l'autre. Une présomption de copropriété indivise à chacun pour moitié est toutefois prévue pour les biens à l'égard desquels aucun époux ou conjoint ne peut justifier de son droit exclusif de propriété[87].

La société d'acquêts, quant à elle, comporte un partage en valeur des biens qui se qualifient d'acquêts. Parmi ceux-ci, il y a notamment les produits du travail des époux ou des conjoints gagnés au cours du régime, ainsi que les fruits et revenus de tous leurs biens échus ou perçus durant le régime[88]. Les biens non partageables sont qualifiés de propres et on y retrouve entre autres, les biens possédés avant le mariage ou l'union civile et ceux reçus par succession ou donation[89].

---

85 Art. 431 C.c.Q.

86 Une clause de ce type dans un contrat de mariage a été jugée licite dans l'arrêt *Droit de la famillle-3258*, précité, note 30.

87 Art. 487 C.c.Q.

88 Art. 449 C.c.Q.

89 Art. 450 C.c.Q. Pour plus de détails sur la qualification propre et acquêt, voir Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, pp. 115-142; Nicole GAGNON, « Les régimes matrimoniaux », dans Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2,

(à suivre…)

Sous ce régime, chaque époux ou conjoint demeure pleinement titulaire de son patrimoine, mais peut devenir débiteur de l'autre époux ou conjoint selon les options exercées et les valeurs en cause.

En communauté de biens, finalement, les biens des époux se répartissent en propres, communs et réservés. Les propres appartiennent à chaque époux et ne sont sujets à aucun partage. En font partie, notamment, les immeubles possédés lors du mariage[90] et certains immeubles échus par succession ou donation[91]. Les réservés, ce sont les produits du travail personnel de la femme et les biens qu'elle acquiert en en faisant usage[92], alors que les communs regroupent tous les biens qui n'entrent pas dans l'une ou l'autre des deux autres catégories. On y retrouve, entre autres choses, tous les meubles des époux, les produits du travail des époux (autres que ceux faisant partie des réservés) ainsi que les fruits et revenus provenant de tous leurs biens[93].

À la dissolution du régime, la femme dispose du droit d'accepter le partage de la communauté ou d'y renoncer[94]. Si elle accepte, les biens communs et réservés forment une masse indivise sujette à partage par moitié[95]. Par contre, si elle renonce, le mari conserve les biens communs et la femme, les biens réservés[96]. Ce droit d'option est transmissible aux héritiers de la femme en cas de prédécès de celle-ci[97].

(…suite)

2e éd., Montréal, Éditions Adage, 1995, module 5, pp. 1-9; G. LEFRANÇOIS, *loc. cit*., note 52, par. 182-188 et Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 175-216.

90 Art. 1275, al. 1 C.c.B.-C.

91 Art. 1276 C.c.B.-C.

92 Art. 1425a C.c.B.-C.

93 Art. 1272 C.c.B.-C. Pour plus de détails sur la qualification des biens en communauté, voir E. CAPARROS, *op. cit*., note 89, pp. 199-235; N. GAGNON, *loc. cit*., note 89, 27-41; G. LEFRANÇOIS, *loc. cit*., note 52, par. 193-205 et J. PINEAU et D. BURMAN, *loc. cit*., note 89, 231-243 et 254-276.

94 Art. 1338 C.c.B.-C.

95 Art. 1361 et 1425f C.c.B.-C.

96 Art. 1379 et 1425f, al. 2 C.c.B.-C.

97 Art. 1353 C.c.B.-C. Par contre, seuls les héritiers en ligne directe descendante peuvent renoncer à la communauté tout en conservant les biens réservés; voir art. 1425f C.c.B.-C. Pour plus de détails sur le partage de la communauté et les différentes

(à suivre…)

Le régime de la communauté de biens se distingue donc de la séparation de biens par la possibilité qu'il y ait un partage à la dissolution. En cela, il se rapproche du régime de la société d'acquêts, à la différence, toutefois, que le partage en communauté de biens porte sur les biens eux-mêmes, alors qu'il s'effectue en valeur dans le cadre de la société d'acquêts.

3.2.2. Éléments à considérer par le praticien

Dans l'application et la liquidation des régimes matrimoniaux, certains aspects doivent faire l'objet d'une considération particulière. Nous ne traiterons à cet égard que des régimes de la société d'acquêts et de la communauté de biens puisque lors de la dissolution du régime de la séparation de biens, chaque époux ou conjoint repart avec ses biens respectifs sans obligation quelconque envers l'autre, hormis le partage du patrimoine familial, le cas échéant.

3.2.2.1. Les preuves pour la qualification des biens

Tant en société d'acquêts qu'en communauté, un bien ne se qualifie de propre et n'échappe au partage que si l'époux ou le conjoint démontre l'appartenance du bien à cette catégorie. Au cas contraire, la présomption d'acquêt[98] ou de commun[99], selon le cas, entre en jeu. Il sera donc important de prévoir les éléments de preuve nécessaires à la qualification.

Ainsi, pour les biens possédés avant le début du régime, une énumération dans le contrat de mariage ou d'union civile peut être à considérer. De même, le remploi du produit de la vente d'un bien propre devrait être documenté, du moins dans le cas de biens ayant une valeur appréciable[100].

3.2.2.2. Les options

Pour qu'un partage ait lieu à la suite de la dissolution de la société d'acquêts ou de la communauté de biens, il faut en principe qu'un choix ait été exercé en ce sens.

(…suite)
options, voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 1, 19:26-33; voir aussi G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 52, par. 333-397.

98 Art. 459 C.c.Q.

99 Art. 1273 C.c.B.-C.

100 Voir art. 1305 C.c.B.-C. dans le cas de la communauté.

Rappelons qu'en société d'acquêts, chaque époux ou conjoint peut demander le partage des acquêts de l'autre époux ou conjoint. L'acceptation n'implique pas de formalités particulières, mais la renonciation doit être faite par acte notarié en minute et inscrite au registre des droits personnels et réels mobiliers dans un délai d'un an à compter du jour de la dissolution. À défaut, l'acceptation est réputée[101]. Si une renonciation est envisagée, le praticien doit donc voir à ce que ce délai soit respecté.

De plus, comme nous le soulignions à l'égard du patrimoine familial[102], le praticien chargé de régler la succession d'une personne dont le régime de société d'acquêts avait été dissout antérieurement au décès devra vérifier si les options ont été exercées et si la liquidation du régime a été complétée, de manière à s'assurer que toute créance pouvant résulter du partage a été acquittée. Ajoutons que si un époux décède durant la période au cours de laquelle il peut toujours renoncer, par exemple, dans l'année suivant l'entrée en vigueur du jugement de divorce, ses héritiers bénéficient d'un nouveau délai d'un an à compter du décès pour faire option[103].

En raison de ce droit d'option dont disposent les époux ou conjoints unis civilement, il sera important de confectionner un inventaire du régime à la suite de sa dissolution, de manière que les époux ou les conjoints puissent connaître les implications pratiques et économiques de chaque possibilité. D'ailleurs, il ne faut pas perdre du vue que la renonciation au partage des acquêts peut être annulée pour cause de lésion[104], ce qui doit inciter le praticien à bien renseigner le renonçant potentiel. Le praticien, par ailleurs, pourra informer les époux ou les conjoints que certains actes ou gestes, comme l'immixtion ou le divertissement, sont susceptibles d'altérer les effets de l'option[105].

En communauté, l'inventaire sera aussi nécessaire afin d'orienter la femme ou ses héritiers dans l'exercice de l'option face au partage. Un délai de trois mois est prévu pour effectuer l'inventaire lorsque la dissolution du régime est causée par le prédécès du mari[106]. S'y ajoute un délai de 40 jours

---

[101] Art. 469 C.c.Q.

[102] Voir *supra*, section 3.1.2.3.

[103] Art. 474 C.c.Q.

[104] Art. 472 C.c.Q.

[105] Art. 468 et 471 C.c.Q.

[106] Art. 1342 C.c.B.-C.

pour exercer l'option[107]. Dans les circonstances où il y a dissolution du régime du vivant des époux, aucun délai spécifique n'est prévu pour procéder à l'inventaire et faire option. Il suffit qu'il n'y ait pas eu immixtion dans la communauté ou acte de commune auquel cas, la renonciation devient impossible[108]. Le *Code civil du Québec* prévoit par ailleurs que la femme peut renoncer à la communauté sans faire inventaire dans certaines circonstances, par exemple en cas de divorce[109], mais comme la renonciation peut être annulée pour cause de lésion, nous soumettons que l'inventaire demeure malgré tout essentiel afin que l'épouse fasse un choix éclairé[110]. Au surplus, l'inventaire permet à chaque époux d'invoquer le bénéfice d'émolument en cas de poursuite par un créancier de l'autre époux après le partage[111].

Lorsque la dissolution du régime résulte du décès de l'épouse, ses héritiers jouissent du même délai de trois mois et 40 jours pour procéder à l'inventaire et faire option[112].

Il va de soi que le praticien chargé de régler la succession d'une personne dont le régime de communauté avait été dissous au préalable devra vérifier l'exercice de l'option. De plus, s'il y avait eu acceptation par l'épouse, il devra s'assurer que le partage de la masse commune a bel et bien été effectué. À défaut, cela signifie que les biens communs et réservés sont toujours la propriété indivise des époux avec les conséquences que cela comporte[113].

---

107 Art. 1344 C.c.B.-C.

108 Art. 1347 C.c.B.-C. Cette règle s'applique également en cas de prédécès de la femme; voir art. 1349 C.c.B.-C.

109 Art. 1343 C.c.B.-C.

110 Le *Code civil du Bas-Canada* ne prévoit pas comme tel la possibilité d'annuler la renonciation au partage de la communauté pour cause de lésion, mais on peut ici « importer » la règle applicable en société d'acquêts, soit l'article 472 C.c.Q., et ce, en raison de l'article 492, al. 2 C.c.Q.

111 Art. 1370 C.c.B.-C. Ce bénéfice peut aussi être invoqué par le mari à l'égard des créanciers de la femme.

112 Art. 1353 C.c.B.-C.

113 Voir *A.G.* c. *G.Gi*, J.E. 2002-1609 (C.S.) et *O.N.* c. *M.P.*, [2002] R.D.F. 1010 (C.S.).

3.2.2.3. L'arrimage avec le patrimoine familial

Dans les cas où il s'applique, le patrimoine familial a un impact direct sur la liquidation du régime matrimonial ou d'union civile, car on ne peut partager deux fois les mêmes valeurs.

Lorsque le créancier du patrimoine familial en accepte le partage, il faut donc exclure du régime les biens et les dettes pris en compte dans l'établissement de la valeur partageable du patrimoine familial. Par contre, si le créancier renonce au partage, il faut alors faire abstraction du patrimoine familial et appliquer les règles du régime à l'ensemble des biens des époux ou des conjoints[114]. Dans cette perspective, on comprend encore une fois l'importance des inventaires et des évaluations que le praticien devra préparer en vue de conseiller les époux ou les conjoints qui ont à faire un choix, d'autant que les résultats d'un partage selon les règles du patrimoine familial et d'un partage en vertu du régime peuvent parfois diverger, comme le démontre l'exemple suivant où l'on compare le patrimoine familial et la société d'acquêts.

Supposons un bien acquis pendant le mariage ou l'union civile dont le coût d'acquisition est payé en partie avec des revenus gagnés au cours de la vie commune et en partie avec un apport provenant d'une succession, lequel a été appliqué postérieurement à l'acquisition :

Coût d'acquisition :	100 000 $
Portion payée à même les revenus gagnés :	60 000 $
Portion payée à même un apport provenant d'une succession :	40 000 $
Valeur du bien au moment de l'apport susmentionné :	120 000 $
Valeur à l'introduction de l'instance en divorce ou en dissolution :	200 000 $

[114] Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 52, par. 319 et A. ROY, *loc. cit.*, note 76, par. 43-45. Certains auteurs avancent toutefois que les biens faisant partie du patrimoine familial sont définitivement exclus du régime matrimonial ou de l'union civile et ne peuvent y revenir même lorsque le créancier renonce à ses droits dans le patrimoine familial; voir Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, pp. 147-148.

Selon les règles du patrimoine familial, la valeur partageable de ce bien s'élèverait à 133 333 $, soit la valeur au jour d'introduction de l'instance (200 000 $), de laquelle sont soustraites la valeur de l'apport provenant d'une succession (40 000 $) et la plus-value proportionnelle accumulée à la suite de l'application de l'apport (26 667 $, soit 80 000 $ multiplié par le rapport entre 40 000 $ et 120 000 $)[115].

En société d'acquêts, ce bien serait un acquêt d'une valeur partageable de 120 000 $, soit la valeur au jour d'introduction de l'instance (200 000 $), de laquelle est soustraite une récompense de 40 %, donc 80 000 $, reflétant la contribution des propres au coût d'acquisition, les propres étant ici les deniers échus par succession et utilisés en acquittement du coût d'acquisition[116].

En communauté de biens, la problématique présente une dimension différente, car ce régime est plus qu'un régime matrimonial : c'est un « régime de propriété »[117]. Or, comme on ne peut procéder au partage du patrimoine familial sans connaître qui est le propriétaire des biens, il faudrait normalement que l'épouse fasse option sur la communauté avant qu'il ne soit possible de traiter le patrimoine familial. De cette manière, si l'épouse accepte la communauté, on procéderait au partage du patrimoine familial en tenant pour acquis que les biens du patrimoine qui sont en même temps communs ou réservés appartiennent aux époux à chacun pour moitié. Par contre, si l'épouse renonce à la communauté, le partage du patrimoine familial serait effectué en tenant pour acquis que les biens communs appartiennent au mari et que les biens réservés appartiennent à l'épouse[118].

3.2.2.4. Les héritiers

Lorsque le régime de la société d'acquêts est dissous par le décès d'un époux ou d'un conjoint, le droit d'option passe aux héritiers du défunt. Ces derniers ne peuvent toutefois exercer leur droit d'option sur les acquêts du

---

115 Art. 418 C.c.Q.

116 Art. 451 et 475-476 C.c.Q.

117 Voir A. ROY, *loc. cit.*, note 76, par. 38.

118 Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 52, par. 350-351. Certains auteurs avancent toutefois que le patrimoine familial devrait être traité en premier lieu même lorsque le régime de communauté est celui applicable; voir les renvois énumérés à la note 567 de l'ouvrage susmentionné.

survivant que si celui-ci a accepté le partage des acquêts du défunt[119]. Avant de faire son choix, le survivant devra donc connaître et soupeser les valeurs en cause, car s'il accepte le partage, il permet aux héritiers de réclamer la moitié de ce que valent ses acquêts. Le cas échéant, il devra également respecter le délai d'un an pour renoncer[120], autrement, il sera réputé acceptant, avec les conséquences qui s'ensuivent.

Rappelons que si le survivant se retrouve créancier, à la suite du partage de la société d'acquêts, la somme qui lui est due fera partie du passif de la succession. Également, il ne faut pas oublier que le tribunal dispose d'un pouvoir d'attribution en vertu duquel le conjoint survivant, s'il est créancier de la société d'acquêts, peut devenir propriétaire de la résidence familiale, des meubles ou de tout autre bien à caractère familial, s'il s'agit d'acquêts ou de biens faisant partie du patrimoine familial[121]. On comprend que l'exercice de ce pouvoir est de nature à modifier directement la composition de la masse successorale et peut même potentiellement écarter des legs.

En communauté, si la dissolution découle du décès du mari, les héritiers n'ont pas de droit matrimonial à exercer. Ils doivent en quelque sorte « subir » l'option de l'épouse qui aura un impact direct sur le contenu de la masse successorale. Si elle renonce, en effet, la masse successorale sera composée des biens communs et des biens propres du mari. Si, par contre, elle accepte la communauté, la masse successorale sera composée de la moitié des biens communs et réservés, ainsi que des biens propres du mari. En pareil cas, il pourra y avoir un double partage : d'une part, entre l'épouse survivante et la succession pour ce qui est du régime matrimonial et, d'autre part, entre les héritiers eux-mêmes pour ce qui est de la masse successorale[122].

Si la dissolution résulte du décès de l'épouse, les héritiers de celle-ci bénéficient du droit d'option et c'est alors le conjoint survivant qui le « subit ». Les héritiers doivent toutefois avoir accepté la succession avant de pouvoir exercer l'option qui leur échoit en cette qualité.

---

[119] Art. 473 C.c.Q.

[120] Art. 469, al. 2 C.c.Q.

[121] Art. 482 C.c.Q.

[122] Pour plus de détails sur les conséquences possibles des options en matière de communauté de biens, voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 1, 19:26-33.

3.3. LA PRESTATION COMPENSATOIRE

La prestation compensatoire est entrée en vigueur le 1er décembre 1982. À l'instar du patrimoine familial, elle fait partie intégrante du régime primaire, de sorte qu'elle s'avère d'application impérative pour les époux et les conjoints unis civilement[123].

3.3.1. Application

La réclamation d'une prestation compensatoire peut avoir lieu en cas de divorce, de séparation de corps, de dissolution d'union civile, d'annulation de mariage ou d'annulation d'union civile. Il peut aussi y avoir réclamation par l'époux ou le conjoint survivant à la suite du décès de l'autre époux ou conjoint[124].

Une prestation compensatoire peut par ailleurs être demandée durant le mariage ou l'union civile lorsque le droit à la prestation est fondé sur la collaboration à une entreprise du conjoint et que cette collaboration a cessé en raison de l'aliénation, de la dissolution ou de la liquidation de l'entreprise[125].

Le recours en prestation compensatoire s'apparente à l'enrichissement injustifié, en ce qu'il est question, ici, d'indemniser un époux ou un conjoint pour l'enrichissement qu'il a pu procurer au patrimoine de l'autre époux ou conjoint, tout en s'appauvrissant, et ce, sans avoir été adéquatement compensé d'autre façon[126]. Le travail non rémunéré dans une entreprise appartenant au conjoint et les contributions directes à l'acquisition ou à l'amélioration de biens appartenant au conjoint représentent deux exemples parmi d'autres de situations pouvant donner lieu à une indemnisation[127].

---

[123] Art. 521.6 C.c.Q. pour l'application de la prestation compensatoire aux conjoints unis civilement.

[124] Art. 427, al. 1 C.c.Q. La prestation compensatoire n'est transmissible aux héritiers que dans la mesure où elle a été établie préalablement au décès de l'époux ou du conjoint créancier.

[125] Art. 427, al. 2 C.c.Q.

[126] Les conditions d'application ont été précisées par la Cour suprême dans *Lacroix*, précité, note 41, 1277 et dans *M.E.M.*, précité, note 41, 204.

[127] Voir, entre autres, *Droit de la famille-2445*, [1996] R.D.F. 453 (C.A.), pour un exemple de collaboration à l'entreprise, et *Droit de la famille-2109*, [1995] R.J.Q. 57 (C.A.), pour un exemple de contribution.

Étant donné que l'octroi d'une prestation compensatoire tient compte, « notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage » et aussi des « avantages que procure au conjoint survivant la succession »[128], l'analyse permettant de déterminer, s'il y a lieu, à une telle prestation devra normalement être faite après le règlement du patrimoine familial et du régime matrimonial. Pour reprendre l'idée exprimée par la Cour suprême, on compare ce que l'époux ou le conjoint retire à la suite de la rupture ou du décès avec les contributions qu'il a pu effectuer durant la vie commune :

> « Il faut examiner l'ensemble des circonstances du mariage et procéder à une évaluation globale pour déterminer s'il y a lieu de verser une prestation compensatoire à un conjoint dont les avoirs provenant du mariage ne reflètent pas les apports qu'il a fournis, durant le mariage, à l'avantage réciproque des époux[129]. »

Pour cette raison, comme nous l'avons déjà souligné, la prestation compensatoire se fait plutôt rare lorsque les époux ou les conjoints sont assujettis à un régime de partage et il est généralement exceptionnel d'en obtenir une à l'égard d'un bien faisant partie du patrimoine familial[130].

Lorsqu'il y a lieu à une prestation compensatoire, les modalités de paiement sont en principe laissées au choix des parties. À défaut d'entente, le tribunal dispose toutefois d'un pouvoir d'attribution[131].

3.3.2. Éléments à considérer par le praticien

Même si la réclamation en justice d'une prestation compensatoire n'est possible que lors d'une rupture ou d'un décès, ou encore lorsque la collaboration à une entreprise de l'époux ou du conjoint se termine pour l'un des motifs prévus par le *Code civil du Québec*, il reste que la prestation compensatoire peut être partiellement acquittée en cours d'union. Par ailleurs, en cas de décès, le rôle du liquidateur est à examiner.

3.3.2.1. L'acquittement partiel en cours d'union

Le *Code civil du Québec* permet que des époux ou des conjoints unis civilement s'entendent pour acquitter en partie la prestation compensatoire

---

128 Art. 427, al. 1 C.c.Q.

129 *S.P.*, précité, note 41, 842, 857.

130 Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 52, par. 417 et 418.

131 Art. 429 C.c.Q.

pendant l'union[132]. Aucune formalité particulière n'est prévue, mais l'écrit nous semble tout de même de rigueur pour faciliter la preuve.

À cet égard, un auteur suggère de profiter du suivi juridique, qui devrait être inhérent à tout contrat de mariage ou d'union civile, pour traiter de cette question :

> « […] le suivi juridique donne l'occasion au notaire de vérifier en cours de mariage si les conditions d'attribution d'une prestation sont réunies à l'égard d'une période passée et, si tel est le cas, de proposer aux conjoints de voir à la compensation nécessaire. En outre, l'exercice lui permettra d'informer les conjoints sur les mesures à prendre pour éviter qu'un enrichissement injustifié ne se répète dans l'avenir.
>
> […] on a avantage à régler les questions potentiellement explosives alors que les conjoints s'entendent, plutôt que d'attendre au moment de la rupture où la communication risque d'être plus difficile. De plus, en proposant le paiement de la prestation compensatoire durant le mariage, on profite de la solvabilité du conjoint débiteur, si tel est le cas, […][133]. »

En pratique, si l'examen de la situation juridique des époux ou des conjoints unis civilement, fait en conformité avec une clause de suivi contenue au contrat de mariage ou d'union civile original[134], ou même en l'absence d'une telle clause, débouche sur un contrat modificatif, les parties peuvent, le cas échéant, profiter de ce nouvel acte pour consigner l'acquittement partiel d'une prestation compensatoire[135].

Précisons ici que tout acquittement effectué durant l'union conserve un caractère partiel, car le montant définitif de la prestation compensatoire n'est établi que lors de la rupture ou du décès soit par le tribunal, soit par les parties elles-mêmes[136]. Les sommes versées durant l'union matrimoniale ou civile font alors l'objet d'une déduction à titre d'acompte.

---

132 Art. 430 C.c.Q.

133 Voir A. ROY, *loc. cit.*, note 59, 84.

134 Une telle clause pourrait prévoir que les futurs époux ou les futurs conjoints unis civilement s'engagent à réviser leur situation et à apporter les changements appropriés à intervalles réguliers; voir A. ROY, *loc. cit.*, note 59, 85.

135 Voir Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989), n° 2 *Cours de perfectionnement du Notariat* 1, p. 99, par. 152.

136 Dans le cas d'une dissolution d'union civile par déclaration commune notariée, le tribunal n'est pas appelé à intervenir, voir art. 521.13 C.c.Q. Dans le cas d'un décès, il n'intervient que s'il y a mésentente entre les parties, voir art. 809 C.c.Q. et *infra*,

(à suivre…)

3.3.2.2. Le rôle du liquidateur en cas de décès

Lorsqu'il y a décès d'un époux ou d'un conjoint uni civilement, il revient alors aux héritiers et aux légataires particuliers de s'entendre avec le conjoint survivant sur l'éventualité et le montant d'une prestation compensatoire. Le liquidateur paie alors le montant convenu, s'il y a lieu, de la même manière que pour toute autre dette de la succession[137].

Le rôle du liquidateur demeure donc plutôt limité puisque l'établissement de la prestation compensatoire relève en principe des héritiers et des légataires particuliers. Cependant, il se peut que le testateur ait confié des pouvoirs plus étendus au liquidateur, lui permettant de régler les aspects relatifs à la prestation compensatoire avec le conjoint survivant sans que les héritiers ou les légataires ne soient appelés à intervenir[138]. Aussi, doit-on procéder à une analyse préalable du testament, lorsqu'il y en a un.

Évidemment, à défaut d'entente entre, d'une part, le conjoint survivant et, d'autre part, les héritiers et les légataires, ou encore le liquidateur, le tribunal sera appelé à intervenir et fixera le montant de la prestation compensatoire. À cet égard, la prescription de la réclamation est d'un an à compter du décès du conjoint[139].

3.4. LES ALIMENTS ET LA SURVIE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

En plus du patrimoine familial, du régime matrimonial ou d'union civile et de la prestation compensatoire, les aliments et la survie de la créance alimentaire constituent un autre impact économique pouvant découler d'une rupture ou d'un décès.

3.4.1. Les aliments

Un soutien alimentaire peut être octroyé à un époux lorsque se produit une séparation de corps, et ce, en vertu de l'obligation alimentaire qui existe

(…suite)
section 3.3.2.2. Dans les autres cas (séparation de corps, divorce, dissolution judiciaire d'union civile, nullité de mariage ou d'union civile), il intervient soit en ordonnant le paiement d'une prestation compensatoire, soit en entérinant l'entente contenue dans un projet d'accord réglant les conséquences de la rupture.

137 Art. 809 C.c.Q.

138 Art. 778 C.c.Q., lequel permet au testateur de modifier les pouvoirs du liquidateur.

139 Art. 2928 C.c.Q.

entre conjoints mariés[140]. Rappelons, en effet, que la séparation de corps libère les époux de l'obligation de faire vie commune, mais ne rompt pas le lien du mariage[141]. Le soutien est alors établi en tenant compte des besoins et des facultés des parties, des circonstances dans lesquelles elles se trouvent et, s'il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante[142]. Les aliments sont payables normalement sous forme de pension, mais le tribunal peut prévoir une somme forfaitaire en remplacement ou en complément de la pension[143].

En cas de divorce, le tribunal peut également prononcer une ordonnance alimentaire, mais cette fois en vertu de la *Loi sur le divorce*[144], car comme le lien matrimonial est alors dissous[145], l'obligation alimentaire du *Code civil du Québec* ne peut plus être invoquée. Pour fixer le montant du soutien, le tribunal considère les besoins et les ressources des parties et, plus généralement, la situation de chaque époux, ce qui inclut la durée de la cohabitation, les fonctions que ceux-ci ont remplies au cours de la vie commune et les arrangements alimentaires qui ont pu être conclus entre eux, par exemple dans le cadre d'un projet d'accord accompagnant une demande conjointe en divorce[146]. L'ordonnance doit aussi tenir compte des avantages et des inconvénients qui découlent du mariage ou de son échec, des conséquences économiques rattachées au soin de tout enfant à charge et des difficultés économiques que cause l'échec du mariage aux époux, tout en favorisant l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable[147]. Les aliments peuvent être octroyés sous la forme d'une pension payable périodiquement ou d'un montant forfaitaire ou même des deux[148].

---

140 Art. 585 C.c.Q.

141 Art. 507 C.c.Q.

142 Art. 587 C.c.Q.

143 Art. 589 C.c.Q.

144 L.R.C. (1985), 2e supp., c. 3 (ci-après « L.D. »).

145 Art. 516 C.c.Q.

146 Par. 15.2(4) L.D.

147 Par. 15.2(6) L.D.

148 Par. 15.2(1) L.D.

Un soutien alimentaire peut par ailleurs être versé entre d'anciens conjoints unis civilement[149]. Aucun critère d'attribution n'est spécifiquement prévu au *Code civil du Québec* en pareilles circonstances, mais nous avons déjà suggéré que

> « les facteurs à considérer pour déterminer le quantum de la pension alimentaire devraient s'inspirer de ceux utilisés en cas de divorce, étant donné que la procédure en dissolution d'union civile mène […] au même résultat que le divorce pour les personnes mariées[150] ».

Ajoutons que, en plus du soutien payable pour les besoins de l'époux ou conjoint ou de l'ancien époux ou ancien conjoint, une obligation alimentaire existe en faveur des enfants, et ce, peu importe le sort de la vie de couple des parents[151].

3.4.2. La survie de l'obligation alimentaire

Normalement, une ordonnance alimentaire prend fin au décès du débiteur ou du créancier. Il existe toutefois un mécanisme de survie de l'obligation alimentaire en vertu duquel tout créancier d'aliments peut réclamer une contribution financière de la succession. La prescription à cet égard est de six mois à compter du décès[152].

Comme ce mécanisme est destiné à un « créancier d'aliments » au sens du *Code civil du Québec*, il bénéficie donc au conjoint marié ou uni civilement, ainsi qu'aux ascendants et descendants au premier degré[153]. Un ex-conjoint peut aussi réclamer une contribution, mais seulement s'il percevait déjà une pension alimentaire au moment du décès[154].

Les droits de l'ex-conjoint à la survie de l'obligation alimentaire sont fixés à 12 mois d'aliments jusqu'à concurrence de 10 % de la valeur de la succession[155].

---

149 Art. 521.17, al. 3 C.c.Q.

150 Voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 17, 47.

151 Art. 585 C.c.Q.; voir aussi art. 15.1 L.D.

152 Art. 684 C.c.Q.

153 Art. 585 C.c.Q.

154 Art. 685, al. 2 C.c.Q.

155 Art. 688 C.c.Q.

Pour tout autre créancier, le *Code civil du Québec* prévoit qu'il faut tenir compte des besoins et des facultés de celui-ci, des circonstances dans lesquelles il se trouve et du temps qui lui est nécessaire pour acquérir une autonomie suffisante ou, si une pension alimentaire était déjà perçue au moment du décès, du montant fixé par le tribunal. Il faut également tenir compte de l'actif de la succession, des avantages que celle-ci procure au créancier, des besoins et des facultés des héritiers et des légataires particuliers et du droit aux aliments que d'autres personnes peuvent faire valoir[156].

Le montant de la contribution doit par ailleurs respecter le plafond prévu, lequel diffère selon le réclamant : dans le cas du conjoint ou d'un descendant au premier degré, la contribution maximale ne peut excéder la différence entre la moitié de la part successorale légale et ce que le créancier reçoit effectivement de la succession. Dans le cas d'un ascendant au premier degré, la contribution maximale correspond à six mois d'aliments jusqu'à concurrence de 10 % de la valeur de la succession[157].

Soulignons que le plafond applicable à la réclamation du conjoint ou d'un descendant est calculé sur la base d'une masse successorale fictive composée de la masse réelle, de laquelle sont soustraites les dettes, y compris celles découlant de l'exercice des droits matrimoniaux, et à laquelle est ajoutée la valeur des libéralités consenties par le défunt au cours des trois années précédant le décès et de celles ayant pour terme le décès[158].

La contribution alimentaire est fixée en accord avec le liquidateur de la succession, lequel doit obtenir le consentement des héritiers et des légataires particuliers, à moins qu'il ne dispose du pouvoir d'agir seul. À défaut d'entente, le tribunal intervient[159]. La contribution prend la forme d'une somme forfaitaire acquittée au comptant ou par versements[160].

---

[156] Art. 686 C.c.Q.

[157] Art. 688 C.c.Q.

[158] Art. 687 C.c.Q.

[159] Art. 685, al. 2 C.c.Q.

[160] Pour obtenir d'autres détails concernant la survie de l'obligation alimentaire, voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 1, 19:37-41.

3.5. LES CONVENTIONS ENTRE ÉPOUX OU CONJOINTS UNIS CIVILEMENT

Lorsque survient une rupture ou un décès, les conventions ayant été conclues entre les époux ou les conjoints unis civilement, principalement dans le cadre d'un contrat de mariage ou d'union civile, mais aussi de toute autre manière, doivent faire l'objet d'une analyse approfondie.

Peut-être y a-t-il des indemnités prévues en cas de rupture ou des règles particulières régissant le sort d'un bien détenu en copropriété. Peut-être y a-t-il des donations entre vifs ou des donations à cause de mort, pour ne nommer que quelques possibilités.

Rappelons à cet égard que la séparation de corps ne rend pas caduques les donations contenues au contrat de mariage, sauf clause contraire, mais ces donations sont sujettes à l'appréciation du tribunal[161]. En cas de divorce, les donations à cause de mort consenties par un époux à l'autre en considération du mariage deviennent caduques, mais les autres donations à cause de mort ainsi que les donations entre vifs subsistent en principe, sous réserve de l'appréciation du tribunal[162]. La même règle s'applique en cas de dissolution de l'union civile[163].

La rupture du mariage ou de l'union civile doit en outre inciter chacune des parties à revoir sa planification économique personnelle pour l'avenir.

CONCLUSION

Cette revue des conséquences patrimoniales de la rupture d'un couple marié ou uni civilement, ou du décès d'un époux ou d'un conjoint, nous fait réaliser la place importante qu'occupent les mesures légales d'application impérative. C'est là le prix à payer, semble-t-il, pour faire en sorte que les impacts économiques de la fin d'un couple soient répartis le plus équitablement possible entre les époux ou les conjoints ou entre le survivant et la succession. Il faut cependant demeurer conscient des possibilités qu'offrent toujours les conventions dans une perspective de planification. Chaque situation, chaque couple est unique et la voie contractuelle permet de

---

[161] Art. 510 C.c.Q.

[162] Art. 519 et 520 C.c.Q.

[163] Art. 521.19, al. 2 C.c.Q.

traduire juridiquement cette unicité. Il revient aux praticiens et aux praticiennes de s'en servir avec créativité.

PLANIFICATION TESTAMENTAIRE – PROBLÈMES POTENTIELS

Michel Bibeau
Avocat
Pothier Delisle, Société d'avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 52:3

1. RECHERCHE D'INFORMATIONS 52:3

1.1. SITUATION MATRIMONIALE 52:3
1.2. ASSURANCE VIE 52:5
1.3. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES – CONVENTION DE SOCIÉTÉ – FIDUCIE ENTRE VIFS 52:5
1.4. REÉR ET AUTRES RÉGIMES D'IMPOSITION DIFFÉRÉE 52:6

2. PORTRAIT PATRIMONIAL / FACTURE FISCALE 52:7

3. STRUCTURE TESTAMENTAIRE 52:7

3.1. DISTINCTION 52:7
3.2. CARACTÉRISTIQUES DU LEGS PARTICULIER 52:8
3.3. CARACTÉRISTIQUES DU LEGS UNIVERSEL 52:8
3.4. MODALITÉS DES LEGS 52:9
3.5. LEGS CONDITIONNELS 52:9

3.5.1. Condition illégale 52:9
3.5.2. Condition de rapport 52:10
3.5.3. Condition de bien propre 52:10
3.5.4. Condition d'insaisissabilité 52:10
3.5.5. Condition de capacité 52:11
3.5.6. Délai de survie 52:11
3.6. LEGS À CHARGE 52:11
3.7. LEGS AVEC DÉLIVRANCE DE LEGS DIFFÉRÉS 52:11

4. LES SOLUTIONS DISPONIBLES 52:12

4.1. LEGS EN PLEINE PROPRIÉTÉ 52:12
4.2. LEGS EN FIDUCIE 52:12
4.2.1. Fiducie exclusive au conjoint 52:13
4.2.2. Fiducie d'éducation 52:16
4.2.3. Fiducie de fractionnement 52:17
4.2.4. Limite 52:17
4.3. SUBSTITUTION 52:18
4.4. L'USUFRUIT 52:20

5. DISPOSITIONS ACCESSOIRES 52:20

5.1. RÉVOCATION 52:20
5.2. NOMINATION DE TUTEUR 52:20
5.3. NOMINATION DES LIQUIDATEURS – NOMINATION DES FIDUCIAIRES 52:21
5.4. PRESTATION CONSÉCUTIVE AU DÉCÈS 52:21
5.5. LA TRANSMISSIBILITÉ DU PATRIMOINE FAMILIAL 52:21
5.6. LA REPRÉSENTATION 52:22
5.7. DISPOSITIONS INTERPRÉTATIVES 52:22
5.8. INCESSIBILITÉ 52:22
5.9. POUVOIRS 52:22
5.10. PARTAGE 52:23
5.11. RÉMUNÉRATION 52:23
5.12. RENONCIATION AUX AVANTAGES MATRIMONIAUX 52:23
5.13. DROIT AU REVENU D'UNE SOMME D'ARGENT LÉGUÉE À TITRE PARTICULIER 52:23
5.14. BIENS ÉTRANGERS 52:23

CONCLUSION 52:24

INTRODUCTION

La présence d'une génération importante approchant de la retraite et l'importance de son patrimoine par rapport aux générations précédentes rend de plus en plus actuel l'intérêt d'une planification testamentaire des biens de celle-ci. De nombreux analystes et exégètes de ces questions ont produit de nombreux articles et études sur le sujet. Mon propos se veut plus généraliste en visant davantage un *vade-mecum* de la planification testamentaire.

Le présent exposé a pour but de vous proposer une démarche afin d'analyser les besoins en planification testamentaire de vos clients et d'éviter les faux-pas en vous rappelant les principaux pièges à éviter. À cet effet je vous propose une analyse articulée sur la recherche des informations pertinentes, sur l'élaboration d'un arbre de dévolution, sur un choix de véhicules juridiques appropriés, sur les dispositions générales utiles ou nécessaires dans un testament, et sur les questions accessoires à un tel exercice.

1. RECHERCHE D'INFORMATIONS

La première étape consiste à colliger les informations afin de connaître l'importance des actifs et des passifs du testateur en cas de décès, sa situation matrimoniale présente et passée, la « photo de famille », c'est-à-dire la liste des proches et amis, mais aussi de prendre connaissance de tous les actes ayant une portée *post mortem*.

1.1. SITUATION MATRIMONIALE

Outre les règles établies par le *Code civil du Québec*[1] fixant les normes générales de capacité de la personne lui permettant de tester, le *Code civil du Québec*, par son chapitre sur les régimes matrimoniaux et désormais l'union civile[2], a un impact non négligeable sur la portée d'une planification testamentaire.

En effet, l'établissement du régime matrimonial du testateur résultant du mariage ou de l'union civile et l'examen des documents établissant ce régime est de première importance. Bien que le régime de la communauté de biens ne soit plus le régime légal au Québec depuis l'introduction du régime

---

1 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

2 Art. 431 et suiv. C.c.Q.; art. 521.1 et suiv. « union civile » C.c.Q. (voir art. 521.8).

de la société d'acquêts en 1970[3], plusieurs personnes y sont encore assujetties et de nombreux néo-Canadiens mariés à l'extérieur du Québec où ils étaient domiciliés avant leur arrivée au Québec sont régis par un régime matrimonial communautaire. Sous un régime matrimonial de nature communautaire, la moitié des biens sont attribués au conjoint, ce qui limite d'autant le pouvoir du testateur d'attribuer ces biens en faveur d'autres personnes[4].

Les contrats matrimoniaux ont également leur importance. En effet, les contrats de mariage ou d'union civile peuvent contenir des dispositions testamentaires affectant la capacité du testateur à disposer de ses biens[5]. On appelle ce type de clause « institution contractuelle ». En effet, cette clause, connue du public sous l'expression « au dernier vivant les biens », est parfois irrévocable selon le libellé choisi. D'où, en pareil cas, l'inutilité de rédiger un testament, sauf si on prévoit par ailleurs la signature préalable d'une modification au contrat de mariage par les époux concernés afin d'écarter l'irrévocabilité de pareille disposition.

À cet effet, il importe de noter que le registre des droits personnels et réels mobiliers (« RDPRM »), ayant fusionné les informations contenues à l'ancien registre central des régimes matrimoniaux créé en 1970, contient les informations relatives aux contrats de mariage notariés au Québec, les références aux jugements de divorce prononcés au Québec depuis cette date et les actes de renonciation notariés à l'application des dispositions relatives au patrimoine familial pour ceux et celles qui ont choisi, pendant la période transitoire, l'exclusion totale ou partielle de l'application du patrimoine familial. Cette information est accessible pour autant qu'est connue la date de naissance de l'individu.

L'examen de la situation matrimoniale du client permettra aussi d'évaluer les droits des ex-conjoints en cas de décès. En effet, le *Code civil du Québec* accorde des droits de survie aux ex-conjoints[6].

---

3 Art. 432 C.c.Q.

4 Art. 492 C.c.Q. et ancien chapitre du *Code civil du Bas-Canada*.

5 Art. 1841 C.c.Q.

6 Art. 684 et suiv. C.c.Q.

1.2. ASSURANCE VIE

Une attention particulière doit être apportée aux contrats d'assurance vie. En effet, toute désignation de bénéficiaire d'une police d'assurance vie n'est pas affectée par les dispositions testamentaires du défunt, sauf si telle disposition a pour effet de révoquer expressément telle désignation de bénéficiaire[7]. On ne saurait trop insister sur l'importance, en pareil cas, d'une référence expresse à la police d'assurance et au vocabulaire choisi afin de ne laisser planer aucun doute sur l'intention du testateur. En tout état de cause, il est préférable d'aviser l'assureur de cette désignation de bénéficiaire afin de lui rendre celle-ci opposable[8].

Rappelons que la désignation de bénéficiaire a pour effet de constituer un actif hors-succession. Cette caractéristique peut être fort utile en cas de succession insolvable où le bénéficiaire de telle désignation cumulant la vocation d'héritier pourrait choisir de renoncer à la succession et accepter l'indemnité d'assurance vie, sans être tenu au paiement des créanciers de la succession. Toutefois, cette même caractéristique peut anéantir une planification testamentaire en faveur de légataires mineurs si de tels légataires mineurs étaient bénéficiaires désignés d'une telle police en laissant le contrôle de pareille indemnité au tuteur assujetti à un conseil de tutelle.

De plus, retenons que le divorce du testateur qui présume la caducité des legs en faveur de l'ex-conjoint[9] n'a pas d'équivalent en matière d'assurance vie avec bénéficiaire désigné. L'ex-conjoint désigné bénéficiaire d'une police d'assurance vie conserve tous ses droits à cet égard.

1.3. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES – CONVENTION DE SOCIÉTÉ – FIDUCIE ENTRE VIFS

De nombreuses personnes exploitant une entreprise avec d'autres sont assujetties à des conventions entre actionnaires ou à des conventions de sociétés prévoyant le décès de l'un des signataires et la façon d'envisager la disposition de sa participation advenant un tel décès. La jurisprudence a reconnu depuis longtemps la validité de telles conventions en écartant la prohibition héritée du droit romain sur les pactes de succession future. L'examen de ces conventions est cependant essentiel afin d'harmoniser la

---

7 Art. 2450 C.c.Q.

8 Art. 2452 C.c.Q.

9 Art. 764 C.c.Q.

planification avec la teneur des engagements et des droits du client aux termes de ces conventions.

Également, plusieurs contribuables bénéficient désormais de fiducies entre vifs, notamment celles constituées à des fins de protection d'actifs ou de fiducies discrétionnaires. Dans tous les cas où une discrétion est accordée aux fiduciaires afin d'avantager ou non les bénéficiaires désignés, pareille discrétion des fiduciaires quant aux modalités de distribution du capital et des revenus après le décès du fiduciaire principal est généralement limitée par une disposition renvoyant au choix testamentaire du fiduciaire principal. L'arrimage de ce type de véhicule juridique au testament est alors primordial. Il importe de noter que dans le cas des fiducies de protection d'actifs à son bénéfice soumises à des règles strictes, les autorités fiscales admettent le choix du bénéficiaire postérieur au décès par testament.

1.4. REÉR ET AUTRES RÉGIMES D'IMPOSITION DIFFÉRÉE

Les régimes enregistrés d'épargne-retraite, les fonds enregistrés de revenu de retraite (« FERR »), les rentes d'étalement et autres régimes d'imposition différés (ci-après désignés collectivement comme « REÉR ») constituent un actif du testateur sujets à un passif fiscal latent important puisque la règle générale de disposition des biens du testateur immédiatement avant le décès s'applique au REÉR[10]. La succession du défunt et conséquemment le légataire universel de celle-ci est responsable de l'impôt résultant de cette disposition réputée, sauf en cas de stipulation expresse attribuant cette responsabilité au bénéficiaire du legs. Il importe donc, dans tous les cas où un legs particulier des REÉR est présent, de stipuler que ledit legs est à charge d'assumer tout passif fiscal pouvant devenir payable par la succession en vertu dudit legs.

Dans l'attribution des biens du testateur en vue de la planification souhaitée, on préférera attribuer le produit de ces régimes au conjoint. Afin de faciliter le roulement en faveur du conjoint, il est recommandé de procéder à une désignation de bénéficiaire afin d'éviter des formalités complémentaires au décès du testateur. Outre la rédaction d'une clause de désignation, il est bon de prévoir une solution alternative au cas où la désignation ne pourrait produire ses effets par une clause de legs particulier.

---

[10] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 146(8.8).

Enfin, si on ne veut pas privilégier le conjoint et que le testateur a de jeunes enfants mineurs, il est alors possible de léguer ces droits avec possibilité donnée au liquidateur de répartir les sommes accumulées dans ces régimes entre les enfants plus jeunes afin de procurer pour chacun d'eux une rente admissible permettant la répartition du passif fiscal sur le nombre d'années séparant l'enfant mineur de l'âge de la majorité.

2. PORTRAIT PATRIMONIAL / FACTURE FISCALE

La collecte de l'ensemble de ces informations permettra d'établir le portrait patrimonial du testateur afin d'établir le passif fiscal appréhendé. Le décès du testateur entraînant la disposition immédiatement avant le décès de l'ensemble de ses biens[11], il y aura lieu de privilégier la possibilité de report de l'impôt autrement payable par l'attribution de biens en faveur de bénéficiaires auxquels la loi accorde un tel privilège de report. Le conjoint, à cet effet, est généralement privilégié pour pouvoir bénéficier de roulement. Ainsi, dans le choix des biens à léguer, il est souhaitable d'attribuer au conjoint les biens avec passif fiscal. Cette optimisation doit cependant rester toujours subordonnée à la volonté du testateur d'avantager le conjoint.

L'obtention de l'ensemble des documents pertinents et la compilation du bilan actuel et, en cas de décès, avec identification des passifs fiscaux, demeurent ainsi des préalables à toute planification bien menée.

3. STRUCTURE TESTAMENTAIRE

3.1. DISTINCTION

La pierre angulaire de toute planification testamentaire repose sur la notion de legs particuliers et de legs universel. Le legs particulier vise un ou des biens identifiés ou identifiables en faveur d'un ou de plusieurs légataires. Le legs universel, par opposition au legs particulier, vise l'ensemble des autres biens qui ne sont pas légués à titre particulier. On parle ainsi de legs universel résiduaire. Toute volonté du testateur de limiter un legs à un montant ou objet précis[12] a pour effet de constituer un legs particulier.

Dans la catégorie des legs universels, on trouve la catégorie des legs à titre universel pour lesquels le testateur attribue au légataire une quote-part

---

[11] Art. 70 L.I.R.

[12] Art. 734 C.c.Q.

ou une catégorie de ses biens. Ce type de legs ne donne pas vocation à la totalité de la succession. Ainsi, le prédécès d'un légataire à titre universel n'accroît pas à ses colégataires selon la loi, sauf stipulation. Il importe donc de préciser la volonté du testateur à cet effet.

3.2. CARACTÉRISTIQUES DU LEGS PARTICULIER

Le legs particulier comporte notamment les caractéristiques suivantes :

- le legs particulier d'un bien spécifique devient caduc en cas de disparition dudit bien et ne se reporte pas sur le bien de remplacement. Le legs d'une automobile n'inclut pas le legs de l'indemnité d'assurance résultant de sa perte totale au moment du décès;

- le legs particulier d'un bien grevé de charge n'entraîne pas l'assumation des charges grevant ledit bien en l'absence de mention expresse à cet effet. Ainsi, le legs d'un immeuble hypothéqué n'entraîne pas l'obligation du légataire particulier d'assumer le prêt grevant le legs;

- la responsabilité aux dettes de la succession du légataire particulier est subsidiaire. Le légataire particulier n'est pas tenu au paiement des dettes de la succession, sauf dans le cas où les autres biens de la succession ne suffisent pas à payer ces dettes[13].

3.3. CARACTÉRISTIQUES DU LEGS UNIVERSEL

Par opposition au legs particulier, le legs universel[14] comporte les caractéristiques suivantes :

- sujet à la limite imposée par le bénéfice d'inventaire, le légataire universel est redevable des dettes de la succession incluant des charges particulières grevant les legs particuliers;

- le legs universel a vocation de recueillir la totalité de la succession non autrement dévolue. Ainsi, en cas de caducité d'un legs particulier, l'objet d'un tel legs particulier caduc est alors attribué au légataire universel.

---

[13] Art. 739 C.c.Q.

[14] Art. 732 C.c.Q.

Cette courte analyse permet de saisir qu'il n'est pas nécessaire de créer des legs particuliers dans une planification, mais que l'on doit toujours prévoir un legs universel afin d'éviter l'application des règles supplétives du *Code civil du Québec* en matière de succession *ab intestat*[15].

Il importe donc de déterminer la volonté du testateur afin d'identifier adéquatement le ou les légataires universels. L'expérience nous apprend que notre effort doit porter précisément sur cette distinction afin d'établir un arbre de dévolution des biens avant de déterminer les meilleurs véhicules juridiques pour répondre aux désirs du testateur.

3.4. MODALITÉS DES LEGS

Comme tout acte juridique, les legs sont susceptibles d'être assortis de modalités afin de répondre davantage aux besoins du testateur. Ces modalités s'articulent autour des concepts suivants : condition, charge et terme.

3.5. LEGS CONDITIONNELS

3.5.1. Condition illégale

Bien que permise, la condition attachée au legs ne doit pas être une condition illicite pouvant heurter la *Charte des droits et libertés de la personne*[16] notamment en ce qui concerne les conditions relatives à l'état civil des légataires. On doit ainsi éviter que la condition désirée brime la liberté du légataire.

Le *Code civil du Québec*, pour sa part, prohibe toute condition relative à la viduité du légataire en réputant non écrite ce type de clause[17].

De plus, la clause pénale visant le légataire pour l'empêcher de contester la validité du testament est réputée non écrite[18].

---

15 Art. 736 C.c.Q.

16 L.R.Q., c. C-12 et mod.

17 Art. 757 C.c.Q.

18 Art. 758 C.c.Q.

3.5.2. Condition de rapport

La condition de rapport des libéralités imposée sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*[19] est désormais renversée avec le *Code civil du Québec*[20]. En effet, le rapport, s'il y a lieu, doit être expressément prévu. La clause mentionnée au testament aura pour effet de ratifier l'intention du testateur.

3.5.3. Condition de bien propre

La condition de propre attachée aux legs de biens conserve encore son importance. En effet, sous le régime de la société d'acquêts, la règle générale est à l'effet que tout bien acquis pendant le mariage est présumé acquêt, incluant les biens acquis par succession ainsi que les fruits et revenus en provenant[21]. Le *Code civil du Québec* permet au testateur d'écarter cette présomption et d'établir la nature de bien propre au légataire des biens légués et des fruits et revenus futurs en résultant afin de soustraire ceux-ci de l'évaluation de la masse partageable en cas de liquidation de société d'acquêts du légataire[22].

3.5.4. Condition d'insaisissabilité

La condition d'insaisissabilité est également une clause utile à insérer dans un testament afin de protéger les biens légués à l'encontre des créanciers de l'héritier[23]. Cette protection est bien assurée pour les dettes du légataire nées avant le décès du testateur mais est relative pour une dette née après le décès. En effet, le tribunal pourrait en limiter la portée. Il importe désormais de fixer les paramètres de durée à une telle stipulation, d'en justifier l'intérêt et de qualifier celle-ci, si cela est possible, de provision pour aliments. Le tribunal saisi d'une requête en ce sens sera mieux outillé pour en juger la pertinence. Un effort de rédaction spécifique est requis à cet effet afin d'échapper à la règle générale voulant que le patrimoine de l'héritier soit le gage commun de ses créanciers[24].

---

[19] 1865, chapitre 41.

[20] Art. 867 C.c.Q.

[21] Art. 449 C.c.Q.

[22] Art. 450, al. 2 C.c.Q.

[23] Art. 1212 et suiv. C.c.Q.

[24] Art. 2644 C.c.Q.

3.5.5. Condition de capacité

Parallèlement, une condition de capacité permettant au liquidateur de retarder la délivrance de legs en faveur du légataire est également souhaitable afin d'ajouter une protection additionnelle et d'assurer le contrôle du bien par le liquidateur en lieu et place du tuteur ou du curateur.

3.5.6. Délai de survie

La condition de survie du légataire pour un terme de 30 à 120 jours doit être envisagée afin d'assurer la portée de la planification testamentaire en écartant les héritiers décédant peu après le testateur et permettre d'atteindre immédiatement le rang suivant de légataire(s). Cette disposition n'a pas d'effet réel sur le règlement de la succession, compte tenu du temps nécessaire pour colliger l'inventaire des biens de la succession et autres formalités préalables à accomplir. Cette condition de survie vient également compléter la présomption de décès en cas de comourants du *Code civil du Québec*[25].

Toutefois, dans le cas d'actions admissibles de petites entreprises ouvertes à l'exonération de gain de capital légués au conjoint, un tel délai n'est pas souhaitable car une stipulation semblable pourrait faire perdre l'exonération du conjoint sur ces actions, qui exige une dévolution irrévocable en faveur du conjoint[26].

3.6. LEGS À CHARGE

Les legs peuvent être assujettis à la condition d'assumer des charges; cela s'avère utile principalement dans le cas de legs particuliers où les actifs visés sont grevés ou étroitement associés à un passif, tel le legs d'un immeuble grevé d'un prêt hypothécaire, ou le legs de REÉR et autres régimes d'imposition différée avec passif fiscal.

3.7. LEGS AVEC DÉLIVRANCE DE LEGS DIFFÉRÉS

Le terme est également utilisé dans le cas de legs universel directement en faveur de légataire en assujettissant la remise de legs à l'atteinte d'âge du légataire. Proposé fréquemment comme réponse plus accessible que la

---

[25] Art. 616 C.c.Q.

[26] Par. 248(9.2) L.I.R.

constitution d'une fiducie, cette solution qui allonge la saisine du liquidateur sur les biens visés n'a pas pour effet de soustraire la succession à l'obligation d'établir la tutelle et le conseil de tutelle, selon l'importance des biens légués, si des légataires mineurs deviennent légataires.

4. LES SOLUTIONS DISPONIBLES

Après avoir déterminé le type de legs afin d'atteindre les objectifs du testateur, on peut désormais choisir parmi les véhicules juridiques disponibles.

Parmi ceux-ci, on trouve :

- legs en pleine propriété;
- legs en fiducie;
- legs en substitution;
- legs en usufruit.

4.1. LEGS EN PLEINE PROPRIÉTÉ

Qu'il soit universel ou particulier, le legs en pleine propriété est le plus commun et il est bien connu de tous. Qu'il nous suffise de rappeler qu'il est utile de déterminer des ordres successoraux advenant le prédécès du légataire, afin d'éviter la caducité du legs. Enfin, malgré sa simplicité, il importe de bien rédiger ce type de legs afin d'éviter de créer une substitution *de residuo*. Ainsi, le legs s'énonçant comme suit induit une telle substitution : « Je lègue tous mes biens à monsieur X. En cas de décès, je lègue tous mes biens à Y. »

Retenons que le conjoint du testateur bénéficie d'un roulement automatique en cas de décès en vertu du legs universel[27].

4.2. LEGS EN FIDUCIE

Le legs en pleine propriété ne permet pas d'assurer un contrôle optimisé sur les biens du testateur, ni ne permet d'affecter temporairement les biens

[27] Par. 70(6) L.I.R.

au bénéfice d'un légataire. Le legs en fiducie offre une grande souplesse à cet égard. Il peut être constitué par legs particulier ou legs universel. La fiducie testamentaire bénéficiant du statut de contribuable et de la progressivité des taux d'imposition[28], il y a une économie récurrente d'impôt à réaliser pour les héritiers taxés au taux d'imposition marginal maximal.

Malgré cet avantage fiscal, le principal motif, afin d'établir un patrimoine fiduciaire successoral, a généralement pour but de protéger le bénéficiaire contre lui-même en raison de son âge ou de son inhabilité à gérer un patrimoine ou à assurer la pérennité du patrimoine constitué par le testateur. Cette dernière situation se présente fréquemment dans les cas de familles reconstituées où le testateur, bien que soucieux d'assurer le bien-être de son second conjoint, désire avantager les enfants issus de sa première union.

La fiducie est la solution à privilégier, si des légataires sont mineurs, afin d'éviter les lourdeurs de l'administration tutélaire du *Code civil du Québec*, qui impose notamment au tuteur l'inventaire des biens, l'obtention d'une sûreté à titre de garantie de bonne gestion, la reddition de compte annuelle, les rapports au Curateur public et la constitution d'un conseil de tutelle.

Dans le cas de la création d'une fiducie ayant pour effet de créer un patrimoine d'affectation distinct, le *Code civil du Québec* impose qu'au moins un fiduciaire ne soit pas bénéficiaire de la succession[29]. Il est très important de travailler avec le testateur afin de procéder à la nomination des fiduciaires et à pourvoir à leur remplacement par les nominations appropriées, surtout que la durée d'un tel patrimoine peut être assez long. Il apparaît vain de choisir ce véhicule juridique si l'on ne réussit pas à établir les nominations nécessaires afin d'en assurer la pérennité.

Les prochains paragraphes traiteront des principaux types de fiducies ayant fait leurs preuves.

4.2.1. Fiducie exclusive au conjoint

La fiducie en faveur exclusive du conjoint est une solution attrayante en planification. Les lois fiscales permettent par exception le roulement fiscal

---

[28] Par. 104(2) L.I.R.

[29] Art. 1275 C.c.Q.

des biens en immobilisation au conjoint[30] ainsi qu'à la fiducie exclusive au conjoint. Cependant, pour qu'une telle fiducie se qualifie au roulement, celle-ci doit obligatoirement remplir les conditions suivantes :

i) La fiducie doit résider au Canada. La résidence de la fiducie n'est pas déterminée par la résidence du bénéficiaire, mais bien par celle du ou de la majorité des fiduciaires. Cette question de fait s'examine à compter du moment où les biens sont irrévocablement acquis par la fiducie. Le testament doit donc prévoir un mécanisme d'inhabilité automatique advenant le statut de non-résident canadien du fiduciaire à compter du décès jusqu'à la remise des biens, afin d'éviter la disqualification de la fiducie. Il est également préférable d'avoir plus d'un fiduciaire afin d'éviter une absence de fiduciaire en cas d'application de cette clause.

ii) Le conjoint a droit, sa vie durant, à tous les revenus de la fiducie. Les autorités fiscales acceptent toutefois que le conjoint ne reçoive pas obligatoirement les revenus; on ne requiert que le droit inaliénable de les recevoir. Cette disposition simple exige une surveillance particulière de la discrétion accordée aux fiduciaires par leurs pouvoirs, de manière à ce qu'une prérogative quelconque ne permette pas une interprétation limitant ou subordonnant le droit du conjoint de recevoir tous les revenus de la fiducie. Enfin, la notion de revenu est celle du droit civil, et ne comprend donc pas les gains en capital imposables ni les dividendes en capital qui sont considérés comme du capital.

   Dans ce contexte, les fiducies d'éducation au bénéfice temporaire des enfants et du conjoint ne peuvent se qualifier de fiducie exclusive au conjoint. Dans ce type de fiducies, il importe de procéder au transfert de biens sans impact fiscal, tel le legs particulier d'une somme d'argent. L'interprétation des autorités fiscales nous confirme qu'il est toutefois permis de payer un tiers au profit du conjoint bénéficiaire[31]. Cette ouverture est notamment utile lorsque le conjoint est sous un régime de protection et que les sommes sont versées à la personne chargée de veiller à son bien-être.

iii) De plus, aucune autre personne que le conjoint ne peut recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du

---

30 Par. 70(6) L.I.R.

31 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-305R, « Établissement de fiducies testamentaires en faveur du conjoint », 9 mai 1977.

capital de la fiducie. Cette disposition ne donne pas pour autant au conjoint le droit de recevoir le capital ou son usage. La stipulation privant le conjoint de tout prélèvement du capital est donc possible. Bien que limpide, cette disposition peut faire perdre indirectement le statut de « fiducie exclusive au conjoint ». En effet, le prêt à des conditions moindres que celles du marché à même le capital de la fiducie en faveur d'un tiers autre que le conjoint est suffisant pour contaminer une fiducie au profit du conjoint[32]. Encore plus sournois comme effet est l'instruction donnée au fiduciaire plutôt qu'au liquidateur de payer des dettes, obligations et droits autres que ceux énumérés expressément dans la loi. Un tel exemple serait le legs fiduciaire assorti[33] d'une condition à charge. Il y a donc lieu d'être vigilant à cet effet et de prévoir les pouvoirs des fiduciaires en conséquence.

En pratique, il serait utile d'exercer une ségrégation parmi certains pouvoirs afin de réserver certains d'entre eux aux fiducies autres que la fiducie exclusive au conjoint. Il est également avisé de stipuler une clause permettant au fiduciaire, à l'égard de toute fiducie créée aux termes du testament, de renoncer irrévocablement à l'exercice de tout pouvoir ou de permettre la ratification judiciaire pour motif d'une telle renonciation à ces pouvoirs déviants afin de préserver le caractère de la fiducie exclusive au conjoint.

iv) Il importe enfin que le transfert du bien en faveur de la fiducie soit irrévocablement acquis par la fiducie dans les 36 mois suivant le décès du testateur. Il importe donc de s'assurer que la phase de liquidation successorale et délivrance de biens à la fiducie n'excède pas ce délai.

Le cas des conventions entre actionnaires mérite une attention particulière dans cette perspective. En effet, les conventions entre actionnaires exigeant le rachat ou la vente obligatoire des actions du testateur ne pourront permettre de transférer avec roulement les biens à la fiducie exclusive au conjoint et la possibilité d'exonération du gain en capital au profit du conjoint. Les conventions entre actionnaires avec mécanisme de double option (vente et achat) permettant l'acquisition des actions par la fiducie préalablement à l'exercice de l'option de vendre en faveur des autres actionnaires permettent le roulement.

---

32 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0019235, 17 juillet 2003.

33 Par. 108(4) L.I.R.

Enfin, bien que généralement favorable en cas de gain en capital latent, il existe des situations de roulement désavantageuses, notamment le cas de reports de pertes du défunt. Il est donc préférable de prévoir au testament le droit du liquidateur d'opérer tout choix fiscal et de s'assurer que le liquidateur aura l'assistance d'un fiscaliste afin d'optimiser le passif fiscal global. Également, il peut être avantageux de permettre au fiduciaire de ne pas mettre fin immédiatement à la fiducie exclusive au conjoint dès le décès du conjoint et de disposer des biens de la fiducie afin d'utiliser le report de pertes résultant d'un rachat d'actions de société fermée.

À cause de la vocation successorale attachée au legs universel et des possibilités de report des impôts, il est préférable d'envisager un legs fiduciaire résiduaire en faveur de la fiducie exclusive au conjoint afin de reporter les passifs fiscaux imprévus. Enfin, il est utile de rappeler que la règle de disposition à 21 ans imposée aux fiducies ne s'applique qu'à compter du décès du conjoint[34].

4.2.2. Fiducie d'éducation

L'imposition d'un terme à un legs fiduciaire ouvre de belles possibilités en planification testamentaire; en effet, on peut créer des fiducies temporaires, telles les fiducies d'éducation afin d'avantager temporairement les enfants ou petits-enfants du testateur avant leur entrée sur le marché du travail en permettant de partager les revenus successoraux entre plusieurs personnes et de profiter du faible taux d'imposition des bénéficiaires pour acquitter avec des dollars faiblement taxés les dépenses desdits légataires. Il va de soi que l'on choisira pour ce type de legs des biens sans impact fiscal au décès, comme le legs d'une somme d'argent, car ce type de legs ne bénéficie pas d'un roulement fiscal. Ce type de legs permet ainsi de priver le légataire ou bénéficiaire ultime pour une durée définie. La règle de disposition aux 21 ans[35] s'applique pour ce type de fiducie mais son impact est négligeable selon la nature des biens transférés à celle-ci.

Enfin, on devrait éviter, si d'autres biens sont par ailleurs disponibles, dans le cas du legs fiduciaire du grand-parent à son petit-enfant mineur, de léguer des actions d'une société non cotée à la Bourse. En effet, depuis le 1er janvier 2000, de tels revenus sont imposés à taux maximal (*Kiddie Tax*)[36].

---

34 Par. 104(4) L.I.R.

35 Dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

36 Art. 120.4 L.I.R.

4.2.3. Fiducie de fractionnement

Si l'on choisit délibérément une fiducie ne se qualifiant pas à titre de fiducie exclusive au profit du conjoint, rien ne nous empêche alors de prévoir une fiducie au profit du conjoint et des enfants du testateur afin de permettre une flexibilité maximale quant au partage des revenus entre un plus grand nombre de personnes, et de répartir ainsi avantageusement le passif fiscal.

La règle de disposition aux 21 ans applicable à ce type de fiducie pose la question du maintien d'une fiducie au-delà de cette période, alors qu'un passif fiscal peut devenir exigible. Le fiduciaire devrait avoir à cet égard une latitude pour conserver certains biens dans la fiducie au-delà de cette période. Cette solution serait atteinte en établissant une date de liquidation dans l'année précédant la date butoir du 21e anniversaire de la création de la fiducie, ou toute autre date déterminée par les fiduciaires.

Après avoir déterminé les bénéficiaires de ladite fiducie, rien n'empêche le testateur d'accorder une discrétion aux fiduciaires dans l'attribution des revenus. Il importe en ce cas d'être explicite à cet égard afin de permettre telle discrétion.

Si nous sommes cependant en présence d'enfants mineurs et que l'objectif du testateur est de capitaliser le revenu de la succession tout en ne payant pas ce revenu au légataire mineur, il est préférable de constituer en faveur de celui-ci une fiducie pour son seul bénéfice afin d'éviter toute discrétion de répartition en faveur de plusieurs légataires. En effet, la loi permet d'imposer le revenu entre les mains du légataire mineur, même s'il n'a pas reçu ce revenu[37].

4.2.4. Limite

Bien qu'avantageuse sur le plan fiscal, la création de plusieurs fiducies peut être limitée par la loi[38] qui permet aux autorités fiscales de réputer comme une seule fiducie plusieurs fiducies constituées en faveur du même bénéficiaire ou du même groupe de bénéficiaires. Il va de soi que la création d'une seule fiducie en faveur d'un bénéficiaire donné ne donne pas ouverture à cette disposition.

---

[37] Par. 104(18) L.I.R.

[38] Par. 104(20) L.I.R.

4.3. SUBSTITUTION

Malgré ses nombreux avantages en planification, la fiducie demeure pour certains testateurs un carcan encombrant pour le conjoint survivant, notamment dans le cas de premières unions. Ainsi, si le testateur désire avantager son conjoint tout en s'assurant que ses enfants recueillent le reliquat des biens au décès du conjoint sans être obligé d'intéresser un tiers à l'administration des biens, et si ce testateur désire laisser au conjoint de très larges pouvoirs d'administration et de disposition, il existe une solution juridique : la substitution[39].

La substitution apparaît comme une double libéralité séparée dans le temps. Ainsi, le grevé hérite de biens, à charge de remettre ceux-ci à l'appelé à son décès. Plusieurs variantes peuvent moduler les droits du grevé et de l'appelé, notamment quant au droit d'aliéner les biens. Aux fins du présent exposé, je restreindrai mon étude à la substitution résiduaire, la « substitution *de residuo* ». Celle-ci met le capital à la disposition du conjoint, le grevé, à charge pour lui de remettre à son décès les biens ou ce qui en reste aux enfants, les appelés. Ce mécanisme ne requiert pas la nomination d'un fiduciaire indépendant, tout en profitant du statut de fiducie testamentaire fiscale[40]. Si les conditions de fiducie exclusive en faveur du conjoint sont respectées[41], les biens transférés en substitution peuvent profiter d'un roulement fiscal.

La substitution permet d'avantager une personne mineure à titre d'appelé, c'est-à-dire lors de l'ouverture de la substitution en sa faveur alors qu'elle deviendra probablement majeure sans que la nomination d'un tuteur soit nécessaire.

Il est possible de stipuler que seuls les revenus générés par les biens légués profitent au conjoint survivant (à l'exclusion du capital), ou encore que les revenus générés et une partie du capital profitent au conjoint survivant. Ainsi, le testateur s'assure d'avantager ses enfants au moment du décès de son conjoint survivant. Selon le *Code civil du Québec*, le grevé possède tous les biens sujets à la substitution à titre de propriétaire. Les biens

---

39 Art. 1218 et suiv. C.c.Q.

40 Par. 248(3) L.I.R.

41 Par. 70(6) L.I.R.

forment au sein de son propre patrimoine un patrimoine distinct conservé pour l'appelé[42].

Malgré la notion de patrimoine distinct, ce patrimoine ne sera pas à l'abri des créanciers du grevé sous réserve d'une clause d'insaisissabilité applicable à ce legs[43].

Sauf dans le cas d'assimilation à une fiducie exclusive en faveur du conjoint, les règles de la disposition réputée à tous les 21 ans à compter du décès du testateur s'appliquent à la substitution. Dans ce contexte, le grevé sera le fiduciaire de la fiducie réputée et la résidence du grevé déterminera la résidence de la substitution.

Afin de ne pas disqualifier la substitution à titre de fiducie testamentaire et perdre le bénéfice de la progressivité des taux d'imposition aux fins des lois fiscales, la rédaction de la substitution devra être minutieuse. En effet, il importe que le revenu soit payé au grevé car un choix de rédaction imprudent permettant d'accorder une discrétion de payer ou non le revenu au grevé serait susceptible de faire perdre le statut fiscal de fiducie testamentaire sur la base d'une contribution par le grevé à la substitution. Une seconde illustration de ce danger provient des transactions d'acquisition de biens par la substitution avec les personnes liées de biens à une valeur supérieure à la JVM.

Sujet aux remarques qui précèdent, le bien légué en substitution *de residuo* est aussi avantageux que le legs en pleine propriété, tout en assurant qu'au décès du grevé, le résidu des biens sera transféré aux membres de la famille choisis par le testateur avec les mêmes avantages fiscaux dont bénéficient les fiducies, dont le fractionnement du revenu.

De plus, l'administration de la substitution est beaucoup plus flexible qu'une fiducie puisque le grevé peut administrer seul la substitution sans qu'il y ait besoin de fiduciaire indépendant[44].

Par contre, dans certaines situations, il est plutôt recommandé d'utiliser le véhicule de la fiducie testamentaire, notamment dans le cas où le testateur désire restreindre l'administration ou les droits du grevé. Si le testateur croit

---

42 Art. 1223 C.c.Q.

43 Art. 2649 C.c.Q.

44 Art. 1275 C.c.Q.

que son légataire a une propension à la prodigalité et pourrait devenir insolvable, la fiducie discrétionnaire s'avère préférable. La situation sera la même dans le cas d'un grevé mineur, puisque l'intervention du tuteur et du conseil de tutelle sera obligatoire.

4.4. L'USUFRUIT

Une autre option successorale offerte en droit civil est l'usufruit[45]. Cette solution privilégie la sauvegarde du capital en n'accordant au légataire que l'usage du bien ainsi que les fruits et revenus provenant du bien légué. Bien qu'assimilé au concept de fiducie testamentaire[46], moins souple que les précédents mécanismes, cette institution pose tout le problème de la qualification du revenu et son appariement avec la notion de revenu fiscal. Nous préférons retenir ce mécanisme pour des biens immobiliers personnels où le registre de propriété est établi et les aliénations peu susceptibles d'intervenir vu le désir spécifique du testateur de conserver dans la famille le bien concerné. Ce mécanisme est également à déconseiller si les nu-propriétaires sont mineurs. En cas de pareil choix à l'égard d'un bien immobilier, il importe également de stipuler les charges auxquelles est tenu l'usufruitier afin de maintenir l'état et la valeur du bien.

5. DISPOSITIONS ACCESSOIRES

La dernière étape du présent texte vise à faire l'examen des dispositions testamentaires sur les questions accessoires au plan d'ensemble préalablement proposé.

5.1. RÉVOCATION

L'essence de tout l'exercice de planification est de s'assurer que les dispositions antérieures sont annulées afin d'éviter toute équivoque. Une stipulation expresse devra être incluse au testament.

5.2. NOMINATION DE TUTEUR

Parmi les questions pouvant également être abordées lors d'une planification testamentaire, la nomination du tuteur doit être envisagée dans

---

45 Art. 1120 et suiv. C.c.Q.

46 Par. 248(3) L.I.R.

le cas de testateur parent d'enfants mineurs[47]. Rappelons que cette désignation ne devient effective que si l'autre parent est également décédé. Outre la personne chargée de l'autorité parentale, il y a lieu de prévoir des instructions au liquidateur et au fiduciaire afin que le gardien n'ait pas à subir cette prise en charge des enfants mineurs du testateur en lui occasionnant des frais additionnels, ou de permettre d'avantager les enfants de ce dernier afin de maintenir un certain équilibre dans la « famille d'accueil ».

5.3. NOMINATION DES LIQUIDATEURS – NOMINATION DES FIDUCIAIRES

Déjà soulevé précédemment, le travail du planificateur est nécessaire afin de prévoir un maximum de possibilités à cet égard et de permettre un règlement interne du problème soulevé par une vacance à la charge de liquidateur ou fiduciaire, afin de réserver comme solution ultime le recours au tribunal, surtout si nous avons des légataires mineurs. Les sociétés de fiducies, malgré les honoraires justifiés, demeurent une solution pratique afin de s'assurer du respect des volontés du défunt.

5.4. PRESTATION CONSÉCUTIVE AU DÉCÈS

Dans le cas d'un testateur détenant la majorité des actions d'une société privée dont il est administrateur ou employé, il est avantageux de prévoir des politiques corporatives de la société visant le paiement d'une indemnité de décès à ses administrateurs et de stipuler des instructions spécifiques au liquidateur l'autorisant à réclamer la prestation de décès payable par la société à la succession. Une telle prestation, jusqu'à concurrence de 10 000 $, bien que déductible pour le payeur, n'est pas imposable par la succession[48].

5.5. LA TRANSMISSIBILITÉ DU PATRIMOINE FAMILIAL

Afin de mettre un frein à la transmissibilité de la créance résultant du patrimoine familial en dehors des époux, il serait avantageux de prévoir un legs particulier au conjoint du droit de créance résultant du partage de patrimoine familial si le conjoint du testateur n'est pas légataire universel de

---

47 Art. 200 C.c.Q.

48 Par. 248(1) L.I.R.

l'ensemble des biens du testateur. En effet, les tribunaux optent davantage pour la transmissibilité de ces droits[49].

5.6. LA REPRÉSENTATION

La représentation[50] étant désormais la règle tant pour les successions légales que testamentaires à l'égard des legs universels, il est toutefois préférable d'indiquer la volonté du testateur à l'égard de chacun des legs créés. Cela s'avère essentiel dans le cas des legs particuliers qui n'ont pas de vocation successorale à la succession.

5.7. DISPOSITIONS INTERPRÉTATIVES

Une attention doit être apportée au sens de certains mots pouvant porter à confusion selon l'angle du lecteur. Des définitions devront écarter toute ambiguïté à cet effet, notamment en ce qui concerne les mots « revenu », « capital », « enfant ».

5.8. INCESSIBILITÉ

Il est utile de restreindre le pouvoir des légataires de céder leurs droits dans les biens légués avant la délivrance de legs du liquidateur.

5.9. POUVOIRS

Bien que chaque situation soit une situation d'espèce, il importe de prévoir les pouvoirs accordés au liquidateur et au fiduciaire afin d'aller au-delà des pouvoirs de « pleine administration » prévus par le *Code civil du Québec*[51] afin notamment d'accorder des pouvoirs de mainlevée de garanties. Toutefois, cette rédaction doit être validée par le testateur. Certains clients jugeront pertinentes les règles du *Code civil du Québec* relatives aux « placements présumés sûrs »[52]. Il peut être également utile d'accorder au conjoint un droit de veto sur les décisions des fiduciaires, afin d'assurer un contrôle du conjoint sur la fiducie dont il est bénéficiaire.

---

49 *Lamarche* c. *Widholm*, R.E.J.B. 2002-31329 (C.A.).

50 Art. 660 et suiv. C.c.Q.

51 Art. 1306 C.c.Q.

52 Art. 1339 et suiv. C.c.Q.

Le testament devra également permettre au liquidateur et au fiduciaire d'exercer tout choix fiscal.

5.10. PARTAGE

Si un partage est envisagé dans le cadre du règlement de la succession, il y a lieu de prévoir que le liquidateur ou le fiduciaire devra tenir compte, outre la valeur desdits biens, des caractéristiques fiscales des biens et de leur passif fiscal latent.

5.11. RÉMUNÉRATION

Dans tous les cas où un liquidateur ou fiduciaire est nommé, on doit prévoir s'il y aura rémunération. Dans le cas de professionnels nommés à ces charges, le texte devra prévoir le droit de ceux-ci de recevoir les honoraires habituels dans l'exercice de leur profession.

5.12. RENONCIATION AUX AVANTAGES MATRIMONIAUX

Afin de simplifier le règlement de la succession, il importe de stipuler que tous les droits et avantages accordés au conjoint aux termes du testament lui sont ainsi accordés à la condition expresse qu'il renonce purement et simplement à tous les droits, titres et intérêts qu'il pourrait détenir ou auxquels il pourrait prétendre à l'encontre de la succession, à l'égard de la prestation compensatoire, ou à l'égard du partage du patrimoine familial. Une telle stipulation indiquera qu'à défaut de telles renonciations, le conjoint sera censé être décédé avant le testateur pour l'application du testament.

5.13. DROIT AU REVENU D'UNE SOMME D'ARGENT LÉGUÉE À TITRE PARTICULIER

Dans le cas du legs particulier d'un somme d'argent, afin d'éviter des discussions, il est préférable d'indiquer à compter de quel moment l'intérêt pourrait être payable sur ladite somme.

5.14. BIENS ÉTRANGERS

Si le testateur a des biens à l'extérieur du Canada, il est nettement préférable de rédiger un testament distinct pour ces biens dans la langue du pays concerné en s'assurant au préalable des formalités propres aux testaments de ce pays. Cette démarche additionnelle facilitera le règlement de la succession à l'égard de ces biens étrangers.

CONCLUSION

Une approche systématique d'analyse permettra d'obtenir une solution optimisée tant au niveau des volontés du testateur qu'au niveau des règles fiscales. Pour le propriétaire d'entreprise, cette demande est encore plus pointue, compte tenu des possibilités de planifications nombreuses. Un souci doit cependant guider notre démarche de planificateur, ce sont les volontés du client et sa vision *post mortem*.

Enfin, on constatera la plupart du temps que l'exercice de la planification testamentaire permettra de déterminer le montant de couverture souhaitable en assurance vie du testateur compte tenu de ses obligations, et d'envisager parfois une réorganisation de ses avoirs corporatifs, tels un gel successoral, une cristallisation, la révision d'une convention entre actionnaires et autres conventions ayant un impact sur le patrimoine de l'individu.

CONSIDÉRATIONS FISCALES HORS QUÉBEC EN PLANIFICATION FINANCIÈRE

Caroline Rhéaume
Avocate, M. Fisc.
Gestion d'actifs Assante ltée

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 53:3

1. CITOYENNETÉ ET RÉSIDENCE 53:3

1.1. RÈGLES GÉNÉRALES 53:3
1.2. FIDUCIE EXCLUSIVE EN FAVEUR DU CONJOINT 53:4
1.3. DISPOSITION RÉPUTÉE DES BIENS 53:4
1.4. STATUT FISCAL D'UNE SOCIÉTÉ ET CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES 53:5
1.5. DIVIDENDES EN CAPITAL 53:5
1.6. DISTRIBUTION DE REVENUS D'UNE FIDUCIE EN FAVEUR DE BÉNÉFICIAIRES NON RÉSIDENTS 53:6
1.7. DISTRIBUTION DE CAPITAL D'UNE FIDUCIE EN FAVEUR DE BÉNÉFICIAIRES NON RÉSIDENTS 53:7
1.8. RÈGLES DE DROIT MATRIMONIAL AUTRES QUE QUÉBÉCOISES 53:7

2. CONSIDÉRATIONS LÉGALES ET FISCALES LORSQUE LE CLIENT A DES LIENS AVEC LES ÉTATS-UNIS 53:7

2.1. RÈGLES GÉNÉRALES 53:7
2.2. CITOYEN AMÉRICAIN VIVANT AU CANADA 53:9
2.2.1. Impôt sur le revenu 53:9
2.3. DÉTENTEUR DE CARTE VERTE VIVANT AU CANADA 53:13

3. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS 53:13

3.1. CITOYENS AMÉRICAINS 53:13
3.1.1. Police d'assurance vie souscrite afin de pourvoir aux droits successoraux 53:14
3.1.2. Régimes de pension 53:15

4. IMPÔT SUR LES DONS 53:16

4.1. CITOYENS AMÉRICAINS 53:16

5. *GENERATION SKIPPING TAX* 53:16

6. DROITS SUCCESSORAUX ET IMPÔTS SUR LES DONS – DÉTENTEURS DE CARTES VERTES 53:16

7. GEL SUCCESSORAL 53:17

8. PARENTS CANADIENS AYANT DES ENFANTS RÉSIDENTS AMÉRICAINS 53:18

8.1. ENFANTS RÉSIDENTS AMÉRICAINS ET ACTIONNAIRES D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION CANADIENNE 53:18
8.2. ENFANTS RÉSIDENTS AMÉRICAINS ET BÉNÉFICIAIRES DE FIDUCIES CANADIENNES *THROWBACK RULES* 53:20

9. RÉSIDENTS CANADIENS AYANT DES BIENS AUX ÉTATS-UNIS 53:21

10. DÉTENTION DE BIENS IMMEUBLES SITUÉS AUX ÉTATS-UNIS PAR LE BIAIS D'UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE 53:21

CONCLUSION 53:23

INTRODUCTION

La mondialisation des marchés et la mobilité accrue des individus créent de nouveaux défis dans le domaine de la planification de la retraite et de la planification successorale. Par exemple, la citoyenneté, le lieu de résidence d'un individu et des membres de sa famille, les règles fiscales étrangères et les règles de droit applicables peuvent avoir un effet déterminant sur le traitement fiscal et légal des produits financiers, assurances vie et régimes de retraite ainsi que sur la planification fiscale et successorale globale. Sous forme de liste de contrôle non exhaustive, ce texte se veut un outil permettant aux planificateurs financiers d'identifier certains des éléments à considérer dans le cadre d'une planification de la retraite et de la succession, lesquels s'ajoutent aux considérations fiscales et légales propres au Québec.

1. CITOYENNETÉ ET RÉSIDENCE

1.1. RÈGLES GÉNÉRALES

Le lieu de résidence et le domicile d'un individu ont généralement un impact aux niveaux légal et fiscal.

Avant de débuter l'élaboration de stratégies de planification de la retraite ou successorale, il est primordial d'identifier le lieu de résidence, le domicile et même la citoyenneté des individus qui seront touchés par la planification, que ce soit à titre de donateurs, de testateurs, de constituants, de bénéficiaires, de fiduciaires, de liquidateurs, etc.

Au Canada, le régime d'imposition est basé sur la résidence et non sur la citoyenneté. Ainsi, tout résident canadien doit payer un impôt sur ses revenus imposables de toute provenance aux termes du paragraphe 2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], alors qu'un non-résident doit payer un impôt sur son revenu imposable au Canada[2].

Au niveau des provinces, un contribuable est assujetti à l'impôt dans la province où il réside au 31 décembre d'une année d'imposition.

Le lieu de résidence aura, entre autres, un impact au niveau des taux d'imposition, notamment dans les stratégies de fractionnement de revenus.

---

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

2 Par. 2(3) L.I.R.

La résidence d'une succession ou fiducie est également à considérer, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si la fiducie pourra se qualifier de fiducie exclusive en faveur du conjoint.

L'administration et la liquidation d'une succession qui, à la base, devait être simple, pourra s'avérer plus complexe, non seulement d'un point de vue légal et fiscal, mais également au niveau pratique, si la succession ou la fiducie créée aux termes du testament est, par inadvertance, non résidente du Canada. Ceci pourrait se produire si la majorité des liquidateurs ou fiduciaires sont non résidents du Canada ou parce que le liquidateur ou fiduciaire ayant le contrôle des décisions est non résident du Canada.

D'un point de vue pratique, il peut être plus difficile pour des particuliers habitant un autre pays que le Canada de voir à la liquidation de la succession. Bien des clients ont des parents ou des enfants qui habitent aux États-Unis. Ils sont souvent tentés de nommer des proches qui habitent aux États-Unis à titre de liquidateurs de leur succession ou fiduciaires de leurs fiducies. Il est important de s'assurer que ces personnes sont bien au courant des obligations et responsabilités reliées à la liquidation d'une succession ou à la charge de fiduciaire.

1.2. FIDUCIE EXCLUSIVE EN FAVEUR DU CONJOINT

La résidence des fiduciaires a un impact important lorsqu'il s'agit de qualifier une fiducie à titre de fiducie exclusive en faveur du conjoint. Le paragraphe 70(6) L.I.R. prévoit qu'une des conditions pour qu'une fiducie se qualifie de fiducie exclusive en faveur du conjoint est que celle-ci réside au Canada immédiatement après le moment où le bien a été, par dévolution, irrévocablement acquis par la fiducie. Un testament prévoyant la constitution d'une fiducie exclusive en faveur du conjoint doit donc être rédigé minutieusement afin d'éviter que cette fiducie ne perde ses caractéristiques de fiducie exclusive. À cet effet, il est généralement recommandé de prévoir une clause, dans le testament, indiquant qu'un fiduciaire sera automatiquement révoqué s'il devient non-résident du Canada entre le moment du décès et le moment où les biens sont irrévocablement dévolus à la fiducie exclusive en faveur du conjoint. Si la fiducie exclusive en faveur du conjoint ne réside pas au Canada au moment de la dévolution, le roulement des biens ne pourra s'effectuer.

1.3. DISPOSITION RÉPUTÉE DES BIENS

Dans la mesure où des fiduciaires résidents canadiens sont éventuellement remplacés par des fiduciaires non résidents, la fiducie sera

alors assujettie aux règles de disposition réputée de ses biens à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »)[3].

1.4. STATUT FISCAL D'UNE SOCIÉTÉ ET CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Le changement de résidence de la succession ou d'une fiducie pourra également avoir un effet sur le statut d'une société. Ainsi, une société qui se qualifiait de société privée sous contrôle canadien pourrait perdre ce statut si elle se voyait ultérieurement contrôlée par des non-résidents. Ce changement de statut aura notamment pour effet de faire perdre la déduction accordée aux petites entreprises[4] et de disqualifier les actions à l'exemption majorée de 500 000 $ de gain en capital[5].

Il est important de noter que si une convention entre actionnaires existe entre des actionnaires résidents et non résidents du Canada, certaines dispositions pourront faire en sorte d'augmenter le pourcentage d'actions détenues par les non-résidents. L'alinéa 251(5)b) L.I.R. prévoit certaines circonstances aux termes desquelles une personne est réputée posséder les actions qu'elle a le droit d'acquérir ou de contrôler. Ces règles s'appliquent notamment pour l'application de la définition de « société privée sous contrôle canadien ». Les exceptions à ces règles sont lorsque le droit n'est applicable qu'en cas de décès, de faillite, d'invalidité permanente, ou si la clause est une clause dite *shotgun* ou avec droit de premier refus[6].

1.5. DIVIDENDES EN CAPITAL

Si une société privée verse un dividende en capital à un actionnaire non résident, ce dividende sera assujetti à l'impôt de retenue de la Partie XIII L.I.R.[7] Il y a donc perte de l'avantage relié au paiement d'un dividende en capital, lequel peut être reçu sans impôt par un résident canadien. Il sera donc important de prévoir des catégories d'actions distinctes dans le capital-actions de la société, dans la situation où certains

---

3 Al. 128.1(4)b) L.I.R.

4 Par. 125(1) L.I.R.

5 Par. 110.6(1) L.I.R.

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R, « Définition de l'expression "sans lien de dépendance" », 24 août 1995, par. 13.

7 Al. 212(2)b) L.I.R.

des actionnaires sont résidents canadiens, alors que d'autres ne le sont pas. Une catégorie d'actions donnant droit à des dividendes en capital et une autre ne donnant pas ce droit devraient être prévues au capital-actions. Dans la mesure où une réorganisation du capital-actions doit être effectuée pour obtenir ce résultat, les implications fiscales étrangères devront être analysées afin d'éviter des conséquences fiscales néfastes.

1.6. DISTRIBUTION DE REVENUS D'UNE FIDUCIE EN FAVEUR DE BÉNÉFICIAIRES NON RÉSIDENTS

En règle générale, le revenu payé par une fiducie résidente du Canada à un bénéficiaire non résident est assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. Cet impôt est de 25 %, mais peut être réduit aux termes d'une convention fiscale. En vertu de ce type de convention fiscale, le revenu ne provenant pas de source canadienne, payé à un bénéficiaire non résident, peut ne pas être assujetti à cet impôt de la Partie XIII L.I.R. Tel est le cas aux termes de la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis[8].

Le paragraphe 212(11) L.I.R. prévoit que la somme que verse une succession ou une fiducie à un bénéficiaire non résident du Canada est réputée avoir été payée à titre de revenu de la fiducie ou de la succession, et ce, peu importe la source du revenu. Ainsi, toute somme versée à un tel bénéficiaire, incluant un dividende en capital, est assujettie à l'impôt de la Partie XIII L.I.R., sauf pour quelques exceptions[9].

Au niveau du paiement de revenus aux bénéficiaires d'une fiducie, on voudra faire en sorte que les bénéficiaires résidents canadiens reçoivent les types de revenus offrant des avantages fiscaux. Par exemple, on tentera de verser les dividendes de source canadienne donnant droit au crédit d'impôt pour dividendes[10], le gain en capital imposable net au taux d'inclusion réduit[11] et les prestations consécutives au décès[12] aux bénéficiaires résidents canadiens alors que les autres sources de revenus pourront être versées aux

---

8 *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, S.C. 1984, c. 20 et mod., signée à Washington le 26 septembre 1980, telle qu'elle a été amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 31 août 1994 et le 29 juillet 1997, art. XXII(2).

9 Par. 212(9) L.I.R.

10 Par. 104(19) L.I.R.

11 Par. 104(21) L.I.R.

12 Par. 104(28) L.I.R.

bénéficiaires non résidents, puisque ces sources de revenus seront traitées comme du revenu ordinaire.

Par ailleurs, il est important de s'assurer que le testament ou l'acte de fiducie n'empêche pas une telle allocation entre les bénéficiaires.

1.7. DISTRIBUTION DE CAPITAL D'UNE FIDUCIE EN FAVEUR DE BÉNÉFICIAIRES NON RÉSIDENTS

Il n'y a généralement pas de roulement fiscal lorsque des biens sont remis de la fiducie à des bénéficiaires non résidents. La fiducie est réputée avoir disposé du bien à sa JVM et le bénéficiaire est réputé l'avoir acquis pour un même montant[13]. Le bénéficiaire est pour sa part réputé avoir disposé d'une partie ou de la totalité de sa participation au capital dans la fiducie. Cette disposition réputée entraîne l'obligation de produire une demande de certificat de décharge auprès des autorités fiscales en vertu de l'article 116 L.I.R.

1.8. RÈGLES DE DROIT MATRIMONIAL AUTRES QUE QUÉBÉCOISES

Le régime matrimonial pourra avoir un impact important sur la qualification des biens qui peuvent faire l'objet de donations ou de legs. Certains biens pourront être visés par certaines réclamations du conjoint en cas de divorce ou de décès et donc être exclus des biens pouvant faire l'objet de legs.

D'autres règles pourront faire en sorte que les biens ne puissent être mis à l'abri de certains créanciers[14].

2. CONSIDÉRATIONS LÉGALES ET FISCALES LORSQUE LE CLIENT A DES LIENS AVEC LES ÉTATS-UNIS

2.1. RÈGLES GÉNÉRALES

Dans la pratique de la planification financière, il n'est pas rare de rencontrer des clients ayant des liens avec les États-Unis.

---

13 Par. 107(2.1) L.I.R.

14 Pour une analyse de l'impact de la législation matrimoniale sur la planification successorale, voir Marc JOLIN, « L'autopsie d'une fiducie entre vifs », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 37:1-31.

Le lien peut être :

- un bien détenu aux États-Unis;
- un visa de résident permanent (carte verte);
- la citoyenneté américaine;
- la résidence américaine;
- un membre de la famille résidant ou domicilié aux États-Unis.

Les États-Unis prélèvent un impôt sur le revenu en fonction de trois principes : sur le revenu de source américaine, sur la base de la résidence d'un individu ou sur la base de la citoyenneté. Toute personne née aux États-Unis est citoyenne américaine et assujettie à l'impôt sur le revenu américain sur ses revenus de toute provenance. La Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, bien qu'elle vise à réduire l'incidence de la double imposition, ne modifie pas le droit des États-Unis d'assujettir à l'impôt sur le revenu américain les citoyens américains. Il faut généralement poser un geste concret afin de perdre la citoyenneté américaine. Renoncer à la citoyenneté américaine peut avoir des conséquences fiscales importantes. Les États-Unis pourront prélever un impôt d'expatriation si un citoyen américain renonce à sa citoyenneté américaine principalement dans le but de ne plus être assujetti à l'impôt sur le revenu américain ou aux droits successoraux (mais seulement pour une période de 10 ans suivant la perte de la citoyenneté). Il en est de même si un individu ayant possédé une carte verte au cours de 8 des 15 dernières années civiles renonce à sa carte verte principalement afin de ne plus être assujetti à l'impôt sur le revenu américain ou aux droits successoraux.

Le fait d'avoir quitté les États-Unis il y a plusieurs années ne fait pas en sorte qu'un individu perde sa citoyenneté américaine. En cas de doute, un avocat expert en droit de l'immigration doit être consulté. Pour plus de détails concernant la citoyenneté américaine et pour une discussion des situations où une personne née à l'extérieur des États-Unis, de parents américains, sera considérée comme citoyenne américaine, veuillez consulter le texte de Sanford H. Goldberg et C. Jordan Ball[15].

---

[15] Sanford H. GOLDBERG et C. Jordan BALL, « Are you a U.S. citizen? », (1997), vol. 45, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 844-847.

Plusieurs clients nés aux États-Unis oublient de mentionner à leur planificateur financier, voire même à leur comptable, leur statut de citoyen américain, croyant que le fait de demeurer à l'extérieur des États-Unis leur fait perdre leur citoyenneté américaine. Ils peuvent aussi omettre de préciser qu'ils détiennent un visa de résident permanent (carte verte).

Certaines personnes nées de parents américains peuvent également être citoyennes américaines, bien qu'elles n'aient jamais vécu aux États-Unis.

Le fait que des enfants étudient aux États-Unis ne pose généralement pas problème. Pour la période où ils sont aux études, ils ne seront généralement pas considérés comme résidents américains. La situation est toutefois différente lorsqu'ils décident d'y demeurer après leurs études. En règle générale, à partir de ce moment, tous les jours passés aux États-Unis sont alors pris en considération dans la détermination du statut de résidence des enfants.

2.2. CITOYEN AMÉRICAIN VIVANT AU CANADA

2.2.1. Impôt sur le revenu

Les clients citoyens américains vivant au Canada seront assujettis à l'impôt sur le revenu américain et à l'impôt sur le revenu canadien. Dans bien des cas, ces clients omettent de produire des déclarations de revenus américaines. Sauf dans la mesure où leurs revenus sont sous le seuil de l'exemption de base, ces clients doivent produire des déclarations de revenus américaines en plus des déclarations de revenus canadiennes. La Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis et le mécanisme de crédit pour impôt étranger font généralement en sorte que les clients ne seront pas assujettis à une double imposition.

Il est à noter que le gouvernement américain est présentement à revoir le bien fondé de deux exemptions accordées aux citoyens américains vivant à l'étranger. Ces exemptions sont le *Foreign earned income exclusion* et le *Foreign housing costs exclusion*. Ces deux exemptions permettent aux citoyens américains d'exclure de leur revenu imposable américain une partie de leur revenu étranger (généralement le revenu d'emploi) et une partie de la valeur d'un avantage fourni par l'employeur pour le logement (par exemple, la valeur du logement fourni par l'employeur ou une allocation pour les coûts reliés au logement). Ces exemptions font en sorte que le citoyen américain qui réside au Canada paie peu ou pas d'impôt américain sur son revenu de source canadienne. Or, le gouvernement américain est présentement à revoir ces exclusions et songerait à les abolir à compter de

l'année d'imposition 2004. En règle générale, l'abolition de ces exemptions ne devrait pas déclencher d'impôt américain additionnel, puisque le mécanisme de crédit pour impôt étranger continuera de s'appliquer. Toutefois, l'abolition de ces exemptions pourra créer de l'impôt minimum américain, lequel ne peut pas être complètement épongé par le biais du mécanisme de crédit pour impôt étranger. Reste à voir si les États-Unis iront de l'avant avec cette mesure.

2.2.1.1. Régimes enregistrés d'épargne-retraite et fonds enregistrés de revenus de retraite

Les régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et les fonds enregistrés de revenus de retraite (ci-après « FERR ») n'ont pas de statut particulier aux États-Unis. Ces régimes se qualifient de *grantor trusts* aux fins fiscales américaines puisque la personne contribuant au régime peut se voir remettre les biens de la fiducie à sa discrétion[16]. Le contribuable est considéré comme le propriétaire des sommes investies dans le régime et, à ce titre, est personnellement assujetti à l'impôt américain sur les revenus du REÉR ou du FERR. En conséquence, puisque le REÉR ou le FERR est, en principe, assujetti à l'impôt américain sur une base annuelle alors que le REÉR ou FERR est assujetti à l'impôt canadien seulement au moment des retraits, une double imposition pourra survenir, car l'impôt américain et l'impôt canadien ne surviennent pas nécessairement dans la même année d'imposition. Toutefois, la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis prévoit une disposition particulière aux termes de laquelle il sera possible, pour le contribuable, de faire un choix afin de différer le paiement de l'impôt américain sur les revenus générés dans le REÉR ou le FERR[17]. Ce choix, une fois effectué, est permanent et ne peut être révoqué sans le consentement des autorités fiscales américaines. Une déclaration relative à ce choix doit toutefois être jointe chaque année à la déclaration de revenus américaine. Ce choix doit contenir les informations suivantes :

- un énoncé indiquant que le contribuable se prévaut de l'Article XVIII(7) de la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis en vertu de la Procédure 2002-23;
- le nom du fiduciaire du régime et le numéro de compte du régime, le cas échéant; et

---

16 *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »), § 672(f)(2).

17 *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 8, art. XVIII(7).

- le solde du régime au début de l'année d'imposition visée[18].

Ce choix se fait généralement sur le formulaire 8833 « Treaty-Based Return Position Disclosure Under Section 6114 or 7701(b) ».

Plus tôt cette année, le Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») avait annoncé qu'il allait exiger que le formulaire 3520 « Annual return to report transactions with foreign trusts and receipt of certain foreign gifts » soit produit pour les années où des sommes étaient retirées du REÉR et que le formulaire 3520A « Annual information return of foreign trust with a US owner » soit produit annuellement, ce qui représente des obligations plutôt fastidieuses, sans compter les pénalités pour non-production. Des délais avaient été établis pour se conformer à cette exigence. Or, il semble que le gouvernement américain soit présentement à travailler sur une procédure qui permettrait d'assouplir ces règles pour les régimes de pension canadiens. Entre-temps, il semble que la Procédure 2002-23 soit toujours en vigueur et que le formulaire 3520 ne soit requis que s'il y a un retrait du REÉR ou du FERR durant l'année.

Un auteur écrivait récemment que, sur la base de conversations qu'il a eues avec l'IRS, la procédure est la suivante :

- pour les années où il n'y a aucun retrait du REÉR ou du FERR, le choix joint à la déclaration de revenus (selon la Procédure 2002-23) est suffisant;

- dans une année où il y a un retrait du régime, le formulaire 3520-A n'est pas requis. Le formulaire 3520 doit être complété (en inscrivant *Canadian RRSP-RRIF* dans le haut), mais les seules questions auxquelles le contribuable doit répondre sont les suivantes :

  – sections A et B où l'on doit cocher des cases;

  – sections 1 et 2 : identification;

  – section 22 : indiquer que le formulaire 3520-A n'a pas été complété;

  – section 23 : valeur du REÉR ou du FERR à la fin de l'année;

  – section 24 : distribution reçue dans l'année[19].

---

[18] Rev. Proc. 2002-23, 27 mars 2002, applicable aux années d'imposition se terminant le ou après le 31 décembre 2001. Ce document remplace Rev. Proc. 89-45, 1989-2 C.B. 596.

[19] Kevyn NIGHTINGALE, « U.S. Reporting of RRSPs », (2003), n° 104 *The Estate Planner*, CCH Canadian, p. 6.

Il est à noter que la plupart des régimes de pension canadiens sont assujettis au choix en vertu de la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis afin d'éviter toute imposition annuelle sur les revenus aux États-Unis et non seulement les REÉR et les FERR.

2.2.1.2. Régime enregistré d'épargne-études

Un régime enregistré d'épargne-études (ci-après « REÉÉ ») ne bénéficie pas d'un statut particulier aux États-Unis. La Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis ne prévoit aucun allégement. Le citoyen américain ayant établi un REÉÉ se voit donc dans l'obligation de rapporter, dans sa déclaration de revenus américaine, les revenus accumulés dans le régime en plus de devoir produire les formulaires américains 3520 et 3520A. Il est à noter que certains experts en fiscalité américaine produisent plutôt le formulaire TD F 90-22.1 et traitent le REÉÉ comme un compte de banque étranger pour fins fiscales américaines.

2.2.1.3. Transfert d'un IRA ou d'un 401(k) dans un REÉR

Plusieurs éléments doivent être pris en considération avant de procéder au transfert d'un Individual Retirement Account (ci-après « IRA ») ou d'un 401(k) dans un REÉR. Si le transfert est effectué avant que le client n'ait atteint l'âge de 59 1/2 ans, une pénalité de 10 % pour retraits anticipés pourra être applicable. Cette pénalité n'est pas admissible au crédit pour impôt étranger canadien.

La double imposition est également à considérer. L'impôt américain sera payable dans l'année du transfert, alors que l'impôt canadien sera payable dans l'année du retrait du REÉR. Dans la mesure où le client ne peut obtenir de crédit d'impôt au Canada pour l'impôt américain payé dans l'année du transfert, notamment s'il n'a pas d'autres sources de revenus, le transfert au REÉR peut entraîner une double imposition. Il est recommandé de faire une évaluation de l'impôt payable total avant de procéder à un tel transfert. Des transferts échelonnés sur un certain nombre d'années peuvent parfois être envisagés.

2.2.1.4. Options d'achat d'actions

Le traitement fiscal des options d'achat d'actions doit être bien analysé, car le traitement fiscal américain des options d'achat d'actions n'est pas identique aux règles fiscales canadiennes. Une mauvaise planification fiscale peut entraîner une double imposition.

Par ailleurs, si les options donnent le droit d'acquérir des actions d'une société américaine, ces options peuvent ne pas se qualifier aux fins de la déduction pour options d'achat d'actions en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. Il est donc important de bien lire le régime d'options d'achat d'actions afin de s'assurer que les actions sont bien des actions visées aux termes de l'article 6204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[20].

2.2.1.5. Police d'assurance vie universelle

Quant aux polices d'assurance vie universelles, bien qu'elles ne soient pas assujetties à l'impôt sur les revenus qu'elles génèrent aux fins fiscales canadiennes, ces polices ne sont pas nécessairement exonérées aux fins fiscales américaines. Il peut être difficile de déterminer la base d'imposition d'une police d'assurance vie universelle canadienne aux fins fiscales américaines. Un expert en fiscalité américaine devra généralement être consulté à ce sujet.

2.3. DÉTENTEUR DE CARTE VERTE VIVANT AU CANADA

Un détenteur de carte verte est soumis à un régime d'imposition sur le revenu similaire à celui applicable aux citoyens américains. Il doit donc produire des déclarations de revenus canadiennes et américaines et demeure assujetti à l'impôt américain sur ses revenus de toute provenance.

Le fait qu'un détenteur de carte verte vive à l'extérieur des États-Unis pour une période prolongée peut toutefois avoir un impact au niveau de l'immigration et entraîner la perte de la carte verte. En effet, pour obtenir une carte verte, le demandeur doit avoir l'intention de demeurer aux États-Unis de façon permanente. Il est recommandé de consulter un avocat expert en droit de l'immigration afin de bien évaluer les conséquences d'un séjour prolongé au Canada.

3. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS

3.1. CITOYENS AMÉRICAINS

Les citoyens américains sont également assujettis aux droits successoraux américains en fonction de la valeur de leurs actifs mondiaux moins certaines dettes (frais funéraires, dépenses d'administration de la succession). Pour 2003, dans la mesure où la valeur mondiale de la

[20] C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

succession du citoyen américain n'excède pas 1 M$ US, le particulier n'est pas assujetti aux droits successoraux américains (un assujettissement pourrait survenir si le citoyen américain a fait des donations entre vifs qui ont pour effet de réduire l'exemption à vie pour droits successoraux américains). En effet, une exemption de 1 M$ US est disponible et permet de mettre à l'abri des droits successoraux américains des biens d'une même valeur. Ce montant est appelé à augmenter à 1,5 M$ US pour 2004 et 2005, 2 M$ US pour 2006, 2007, 2008 et jusqu'à 3,5 M$ US pour 2009[21]. Les droits successoraux américains doivent être abolis en 2010. Toutefois, il est probable qu'ils soient réadoptés en 2011 avec une exemption pour droits successoraux de 1 M$ US. Il demeure donc important de prendre ces droits en considération dans toute planification successorale. Il est à noter que, dans le calcul de la valeur mondiale de la succession, on doit inclure la valeur des biens tels que les REÉR, les régimes de pension et les polices d'assurance vie, dans la mesure où le client a des droits dans la police communément appelés *incidents of ownership*. Le droit de changer les bénéficiaires de la police, celui de résilier la police, d'emprunter sur la police ou de donner la police en garantie sont des exemples d'*incidents of ownership*.

3.1.1. Police d'assurance vie souscrite afin de pourvoir aux droits successoraux

Certains clients citoyens américains souscrivent à des polices d'assurance vie précisément afin de pourvoir au paiement des droits successoraux américains. Or, il faut se rappeler que ce faisant, ils augmentent la valeur de leur succession assujettie aux droits successoraux américains. C'est pourquoi il est conseillé de faire détenir toute police d'assurance vie par le biais d'une fiducie irrévocable d'assurance vie (*Irrevocable life insurance trust* ou *ILIT*) et d'éviter que le client conserve des droits dans la police. Si une police fait l'objet d'un transfert en faveur d'une telle fiducie, les conséquences fiscales canadiennes et l'impôt sur les dons américains doivent être pris en considération.

La planification successorale classique, lorsque les clients sont citoyens américains, est de prévoir la création d'une fiducie devant servir à maximiser l'utilisation de l'exemption à vie pour droits successoraux qui est de

---

[21] Pour plus de détails concernant les droits successoraux américains, voir le texte de Martin LORD, « Réflexes et planification dans un contexte transfrontalier Canada-États-Unis », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-39.

1 M$ US pour 2003 (*credit shelter trust* ou *by-pass trust*), de créer une fiducie familiale pour les actifs en excédent de ce crédit et de créer une fiducie irrévocable d'assurance vie. Généralement, les enfants des constituants seront les bénéficiaires de la fiducie. Au décès du dernier conjoint survivant, le produit d'assurance pourra servir à acheter des biens de la succession ou à faire un prêt à la succession afin de lui fournir les sommes nécessaires au paiement des droits successoraux. Le résidu est conservé pour le bénéfice des enfants. Si la police est souscrite directement par la fiducie irrévocable d'assurance vie, le client fera un don annuel à la fiducie afin que cette dernière acquitte le paiement des primes. L'impôt sur les dons trouvera application, mais il est généralement possible d'éviter tout paiement d'impôt dans la mesure où l'acte de fiducie est bien rédigé (ce qui implique l'ajout de ce qui est communément appelé des *Crummey powers* dans l'acte de fiducie).

Si le client transfère une police en faveur de la fiducie exclusive d'assurance vie, il faudra alors analyser les impacts fiscaux canadiens reliés à un tel transfert en plus de l'impôt sur les dons. Il est à noter que dans la mesure où le client décédait dans les trois ans suivant le transfert, la valeur de la police d'assurance vie serait incluse dans le calcul de la valeur de sa succession mondiale aux fins des droits successoraux américains.

3.1.2. Régimes de pension

Dans la mesure où un citoyen américain décède alors qu'il possède un REÉR et que les sommes ne sont pas transférées à un conjoint survivant ou, sous certaines conditions, à un enfant ou un petit-enfant à charge, ces sommes seront assujetties à l'impôt canadien au moment du décès, en plus d'être assujetties à l'impôt sur les droits successoraux américains. La Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis contient une disposition qui prévoit que les États-Unis accorderont un crédit pour impôt étranger applicable à l'encontre des droits successoraux américains pour l'impôt canadien payé et déclenché en raison du décès[22]. Par le passé, les autorités fiscales américaines refusaient de reconnaître le crédit pour impôt étranger à l'encontre des droits successoraux américains lorsque l'impôt canadien découlait de l'imposition d'un REÉR ou d'un FERR parce que cet impôt n'était pas un impôt sur le revenu dû au Canada en raison du décès. Elles restreignaient l'application du crédit au gain en capital déclenché par le décès. Toutefois, une décision récente de la Cour américaine de l'impôt a déterminé que les États-Unis doivent octroyer un crédit pour l'impôt payé au

[22] *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 8, art. XXIX-B(7).

Canada sur le REÉR à l'encontre des droits successoraux américains. Le même principe s'applique aux FERR[23].

Si le client décède alors qu'il possède un IRA et qu'il lègue ce régime à un résident canadien, ce dernier sera généralement assujetti à l'impôt canadien sur ces sommes en vertu de la division 56(1)a)(i)(C.1) L.I.R. Si le montant est reçu par la succession avant que le plan ne vienne à maturité, il pourra se qualifier à titre de droits ou de biens et être imposable en vertu du paragraphe 70(2) L.I.R.[24]

4. IMPÔT SUR LES DONS

4.1. CITOYENS AMÉRICAINS

Les citoyens américains sont également assujettis à l'impôt sur les dons américains. Ceux-ci ont toutefois droit à une exemption à vie de 1 M$ US. De plus, ils ont droit à une exemption annuelle de 11 000 $ US (pour 2003) par bénéficiaire autre qu'un conjoint. Si le donataire est un conjoint citoyen américain, l'exemption est d'un montant illimité. Si le donataire est un conjoint non-citoyen américain, l'exemption est de 112 000 $ US pour 2003. L'utilisation d'une partie de l'exemption à vie peut toutefois avoir un impact sur l'exemption disponible aux fins des droits successoraux américains et réduire cette exemption.

5. *GENERATION SKIPPING TAX*

Si des transferts de biens directs ou en fiducie sont faits d'un citoyen américain en faveur de petits-enfants, donc s'il y a saut d'une génération, cela peut avoir pour effet de déclencher le *generation skipping tax*. Un crédit à vie de 1 120 000 $ US (pour 2003) est toutefois disponible.

6. DROITS SUCCESSORAUX ET IMPÔTS SUR LES DONS – DÉTENTEURS DE CARTES VERTES

Pour une personne qui n'a pas la citoyenneté américaine, l'assujettissement aux droits successoraux et à l'impôt sur les dons repose sur la notion de domicile. Dans la mesure où un individu est domicilié aux

---

23 Thomas R. HYDE, *The lawyers weekly*, 22 novembre 2002, p. 17.

24 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Net Pro*, Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 9800545, 10 août 1998.

États-Unis, il est assujetti aux droits successoraux sur la valeur mondiale de sa succession et à l'impôt sur les dons sur tous les dons effectués.

Si l'individu n'est pas domicilié aux États-Unis, il est assujetti aux droits successoraux sur la valeur de ses biens situés aux États-Unis et à l'impôt sur les dons sur les biens situés aux États-Unis, sauf si ces biens sont des biens intangibles tels que des actions ou des obligations.

Le terme « domicile » est défini comme le lieu où une personne habite avec l'intention d'y vivre de façon permanente pour une période indéfinie. Les personnes ayant une carte verte sont présumées être domiciliées aux États-Unis[25]. En conséquence, elles sont, en règle générale, assujetties aux droits successoraux et à l'impôt sur les dons comme le sont les citoyens américains.

Si la succession d'un détenteur de carte verte décédé au Canada peut démontrer que le détenteur de la carte verte n'était pas domicilié aux États-Unis, il peut alors être possible d'argumenter qu'il ne devrait être assujetti à l'impôt sur les droits successoraux que sur ses biens situés aux États-Unis. De son vivant, ce même individu devrait pouvoir argumenter que seules les règles d'impôt sur les dons applicables aux non-résidents américains devraient s'appliquer à sa situation. Toutefois, un détenteur de carte verte est présumé avoir l'intention de demeurer aux États-Unis en permanence. Il sera donc important d'avoir des documents qui démontrent clairement que le détenteur de la carte verte avait élu domicile au Canada. Comme discuté ci-dessus, cela peut toutefois avoir des répercussions au niveau de l'immigration.

7. GEL SUCCESSORAL

Un gel successoral initié par un parent citoyen ou résident américain en faveur de ses enfants pourra donner lieu à un impôt américain sur le revenu ou à un impôt sur les dons si la transaction n'est pas bien stucturée. Un gel successoral effectué en utilisant les règles de roulement de l'article 85 L.I.R. et une société de gestion ne peut généralement pas s'effectuer sans impact fiscal (impôt américain sur le revenu). Le gel doit pouvoir se qualifier de réorganisation de type « E » aux États-Unis[26]. Un gel par le biais d'une réorganisation de capital d'une société familiale (*recapitalization of a*

---

[25] Voir I.R.C., *Internal Treasury Regulations*, § 20.0-1(b)(1).

[26] Art. 368(a)(1)(E) I.R.C.

family-owned corporation)[27] devrait se qualifier, dans la mesure où certaines conditions sont respectées. Entre autres, la société dont les actions sont échangées doit exister depuis au moins cinq ans. Les articles 367(a) et (b) I.R.C. doivent également être analysés afin de s'assurer que le gel ne déclenchera pas d'impôt sur le revenu américain.

Même si le gel peut s'effectuer sans déclencher d'impôt sur le revenu américain, cela ne signifie pas pour autant que cette transaction ne déclenchera pas un impôt sur les dons. L'article 2701 I.R.C. est la disposition qui vise à déterminer si le transfert d'un intérêt dans une société contrôlée constitue un don ainsi que la valeur du don. Cet article vise notamment le gel fait par le biais des articles 85, 86, ou 51 L.I.R.

De façon générale, l'article 2701 I.R.C. s'applique lorsqu'un parent résident ou citoyen américain procède au transfert de ses actions ordinaires détenues dans sa société en échange d'actions privilégiées de gel et que cette transaction est suivie par la souscription par les enfants de l'auteur du gel à de nouvelles actions ordinaires de la société. Le même résultat est obtenu si le parent souscrit aux actions ordinaires et les donne par la suite à ses enfants. Dans un tel cas, si les actions privilégiées reçues ne comportent pas un dividende fixe et cumulatif, l'auteur du gel devra acquitter un impôt sur les dons sur la valeur des actions ordinaires transférées[28].

8. PARENTS CANADIENS AYANT DES ENFANTS RÉSIDENTS AMÉRICAINS

8.1. ENFANTS RÉSIDENTS AMÉRICAINS ET ACTIONNAIRES D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION CANADIENNE

Si les actions ont été octroyées dans le cadre d'un gel successoral, cette transaction ne donnera pas lieu à un impôt sur les dons puisque le parent n'est pas domicilié aux États-Unis et n'est pas citoyen américain. Si l'enfant décède alors qu'il possède des actions de la société canadienne, la valeur des actions sera incluse dans la succession de cet enfant aux fins des droits successoraux américains, dans la mesure où l'enfant était domicilié aux États-Unis au moment du décès.

---

[27] Art. 354(a)(2)(C)(ii) I.R.C.

[28] Pour plus de détails concernant le gel successoral et ses impacts lorsque des citoyens ou résidents américains sont impliqués dans la transaction, voir le texte de Jim YAGER, « An American in the Canadian Freeze », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, à paraître.

Du vivant de l'enfant, il pourra être assujetti aux règles antiévitement américaines :

- société étrangère contrôlée (*Controlled Foreign Corporation* (ci-après « CFC »));
- société de portefeuille personnelle étrangère (*Foreign personal holding company* (ci-après « FPHC »));
- société d'investissement passive étrangère (*Passive Foreign Investment Company* (ci-après « PFIC »)).

Les règles relatives aux CFC, FPHC et PFIC visent principalement à faire en sorte qu'un résident américain ne puisse différer l'impôt américain sur du revenu passif, tel que du revenu de dividendes, d'intérêts, de redevances et certains revenus de location par l'utilisation d'une société étrangère. Généralement, ces règles ne s'appliquent pas à une société exploitant une entreprise active. Toutefois, selon la composition des revenus de la société, cette dernière pourrait être visée par ces règles.

Aux termes des règles de CFC, FPHC et PFIC, le résident américain est tenu de s'imposer annuellement sur sa proportion des revenus passifs ou revenus contaminés (*tainted income*) de la société même s'il ne reçoit aucune distribution. L'actionnaire américain sera de plus assujetti à l'impôt canadien lorsqu'il recevra des dividendes. Ces règles ont souvent pour effet de créer une double imposition. Les règles de CFC et de FPHC sont basées sur un pourcentage de détention d'actions de la société de gestion. Le régime PFIC pourra trouver application, peu importe le pourcentage d'actions détenues par le résident américain. Des formulaires doivent également être produits auprès des autorités fiscales américaines afin de rapporter l'intérêt dans ces entités. Ces formulaires sont le formulaire 5471 « Information return of U.S. persons with respect to certain foreign corporations » si la société est une CFC ou une FPHC et le formulaire 8621 « Return by a shareholder of a passive foreign investment company or qualified electing fund » si la société est une PFIC. Le défaut de produire ces formulaires relativement complexes peut entraîner le paiement de lourdes pénalités. Il est à noter que les trois régimes peuvent s'appliquer en même temps. Ainsi, une part des revenus peut être assujettie à un régime, alors que l'autre part peut être assujettie à un autre régime. Si le même revenu est assujetti à plus d'un régime, alors la hiérarchie est la suivante : CFC, FPHC, PFIC.

La société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (NSULC) est fréquemment utilisée afin de minimiser l'impact des règles antiévitement américaines.

8.2. ENFANTS RÉSIDENTS AMÉRICAINS ET BÉNÉFICIAIRES DE FIDUCIES CANADIENNES *THROWBACK RULES*

Si des bénéficiaires d'une fiducie canadienne sont résidents américains, cela peut entraîner l'application des règles de réinclusion des revenus ou *throwback rules*. Ces règles ont été adoptées afin de décourager l'accumulation de revenus à l'intérieur de fiducies étrangères, alors que ces revenus pourraient être imposables à un taux d'imposition inférieur à celui qui serait applicable si les revenus étaient versés au bénéficiaire américain. Ces règles s'appliquent même si la fiducie est imposée dans une juridiction à taux d'impôt élevés comme c'est le cas au Canada. Ces règles visent à faire en sorte que les résidents américains qui sont bénéficiaires de fiducies étrangères paient le même impôt, et ce, que la fiducie distribue ses revenus annuellement ou les accumule en prévision d'une distribution future.

Ceci est un autre mécanisme destiné à s'assurer que les résidents américains ne diffèrent pas leur impôt en utilisant des entités étrangères. Aux fins fiscales américaines, une fiducie canadienne familiale se qualifiera de *foreign non-grantor trust*.

Dans la mesure où la fiducie distribue ses revenus de l'année, les *throwback rules* ne trouvent pas application. En effet, selon les règles de *throwback*, toute distribution provenant d'une fiducie étrangère est présumée provenir du revenu de l'année courante, incluant le gain en capital, même si les fiduciaires considèrent cette distribution comme provenant du capital de la fiducie. Le principe du conduit s'applique, ce qui permet au bénéficiaire de profiter du taux d'imposition réduit applicable au gain en capital.

Dans la mesure où la fiducie verse du revenu accumulé, les *throwback rules* trouvent application. L'impôt payable est alors établi selon une formule prévue dans l'*Internal Revenue Code*. Si l'impôt calculé selon cette formule excède l'impôt payé par la fiducie, le bénéficiaire doit payer la différence. Le bénéficiaire a toutefois droit à un crédit pour l'impôt payé par la fiducie. Un intérêt s'ajoute à l'impôt payable. Le bénéficiaire doit de plus produire le formulaire 3520 et est passible d'une pénalité égale à 35 % du montant brut distribué en cas de défaut de produire ce formulaire.

Ce régime se veut un régime punitif. Compte tenu de la complexité reliée aux calculs nécessaires afin de déterminer si les règles de *throwback*

s'appliquent ou non, il est généralement recommandé d'éviter d'avoir un résident américain bénéficiaire d'une fiducie canadienne.

9. RÉSIDENTS CANADIENS AYANT DES BIENS AUX ÉTATS-UNIS

Ces clients pourront être assujettis à l'impôt sur le revenu américain, dans la mesure où ils gagnent du revenu de source américaine.

Ils pourront être assujettis à l'impôt sur les droits successoraux s'ils possèdent des biens situés aux États-Unis, ce qui inclut les actions de sociétés américaines détenues dans un REÉR ou un FERR et les options d'achat d'actions de sociétés américaines. Il n'y aura pas de droits successoraux si les biens américains ont une valeur inférieure à 60 000 $ US. Les droits successoraux américains ne s'appliqueront pas non plus si la valeur totale de la succession mondiale du client est inférieure au montant de l'exemption pour droits successoraux accordée aux citoyens américains. Pour 2003, ce montant se chiffre à 1 M$ US. Par ailleurs, si le client décède alors que sa succession brute est d'une valeur inférieure à 1,2 M$ US et qu'il ne possède pas de biens immeubles aux États-Unis ni de biens d'entreprise, sa succession ne sera pas assujettie aux droits successoraux américains[29]. Autrement, le client pourra être assujetti aux droits successoraux américains. Certains crédits sont toutefois prévus à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, qui ont pour effet de réduire, dans une certaine mesure, les droits successoraux américains.

Pour ce qui est de l'impôt sur les dons, il trouvera application si les biens donnés sont des biens situés aux États-Unis et qu'ils sont des biens autres qu'intangibles.

10. DÉTENTION DE BIENS IMMEUBLES SITUÉS AUX ÉTATS-UNIS PAR LE BIAIS D'UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE

Il est parfois recommandé à des clients (non-citoyens américains et non-détenteurs de carte verte) de détenir un immeuble situé aux États-Unis par le biais d'une société canadienne en vue d'éliminer l'assujettissement aux droits successoraux américains. Or, dans le mesure où l'immeuble est acquis directement par la société, que la société opère indépendamment de ses actionnaires, que les dépenses sont payées par la société, qu'il y a de véritables registres, que les résolutions annuelles sont complétées, etc., la société canadienne devrait en principe être reconnue. Il faut se rappeler

---

[29] *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, précitée, note 8, art. XXIXB (8).

toutefois qu'aux fins fiscales américaines, une société doit généralement avoir une activité commerciale, ce qui peut être difficile à démontrer lorsque la société canadienne se qualifie de société dont le but unique est de détenir la propriété (*single purpose corporation*).

Lorsqu'il s'agit d'un transfert d'un immeuble en faveur de la société canadienne, cette planification comporte encore plus de risques de ne pas être reconnue par les autorités fiscales américaines, notamment parce que la personne qui transfère l'immeuble continue généralement d'utiliser l'immeuble de la même façon qu'avant le transfert. Plusieurs experts en fiscalité américaine considèrent qu'il y a un risque que le transfert d'un immeuble situé aux États-Unis en faveur d'une société canadienne ne soit pas reconnu par les autorités fiscales américaines si ce transfert vise à réduire les droits successoraux américains. Les planificateurs financiers voudront prendre connaissance d'une décision américaine qui met en relief le risque pour un contribuable de transférer ses actifs à une entité telle qu'une société de personnes afin de réduire son assujettissement aux droits successoraux si le contribuable entend continuer à jouir des biens transférés sans restriction. À la lecture de cette cause, on comprend l'importance de bien structurer et documenter toute transaction.

Bien que cette cause traite plutôt d'un transfert de biens en faveur d'une société de personnes dont une société était l'un des associés, les principes établis dans cette cause risquent de trouver application dans les situations de transfert d'immeubles situés aux États-Unis en faveur d'une société canadienne. L'IRS n'a pas reconnu la planification ni l'existence de la société de personnes et a appliqué les droits successoraux sur la valeur des biens détenus par la société. Dans cette affaire, le contribuable avait transféré la majorité de ses biens à la société de personnes. La Cour a indiqué que la valeur des biens transférés devait être incluse dans la succession du décédé aux fins des droits successoraux américains, notamment car le décédé avait conservé le droit de recevoir des revenus des biens, qu'implicitement, le décédé avait conservé le droit d'utiliser les biens et qu'il a conservé le droit de désigner les personnes qui avaient droit aux revenus et aux biens[30].

Nonobstant cette cause, il semble toujours possible d'utiliser une entité qui se qualifie de société de personnes au Canada et de société (*corporation*) aux États-Unis (*reverse hybrid structure*) pour détenir un immeuble aux États-Unis.

---

[30] *Estate of Strangi* v. *Commissioner*, T.C. Memo 2003-145, 20 mai 2003.

CONCLUSION

Cette liste de contrôle donne un aperçu des éléments à prendre en considération et des problématiques qui peuvent survenir lorsque des clients ont des liens avec d'autres juridictions que le Québec. Il faut parfois pousser les recherches et les questions afin de s'assurer d'obtenir tous les faits pertinents et de s'assurer que certains éléments ne seront pas laissés de côté, lesquels pourront avoir un impact majeur sur la planification de la retraite et successorale du client. En conclusion, on peut affirmer que tous ces éléments ne font qu'ajouter du piquant à toute bonne planification.

POT-POURRI EN SERVICES FINANCIERS

François Giroux
Avocat
Spiegel Sohmer

Élyse Lemay
Avocate
Financière Sun Life

Éric La Charité
Avocat, M. Fisc., Pl. Fin.
Standard Life

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (FRANÇOIS GIROUX)
Mise à jour sur l'utilisation d'un contrat d'assurance vie comme sûreté d'un prêt

INTRODUCTION 54:5

1. LA SITUATION ANTÉRIEURE À L'ARRÊT *BLOUIN 2003* 54:5

1.1. CONTEXTE 54:5
1.2. L'ARRÊT *BLOUIN 2001* 54:6
1.3. L'ARRÊT *BLOUIN 2003* 54:8

CONCLUSION 54:10

PARTIE B (ÉRIC LA CHARITÉ)
Récentes interprétations en matière d'assurance

INTRODUCTION 54:11

1. RÉGIME COLLECTIF D'ASSURANCE MALADIES GRAVES (OU MALADIES REDOUTÉES) 54:11

2. COMMISSIONS REÇUES PAR UN COURTIER SUR DES TRANSACTIONS PERSONNELLES 54:16

3. DON À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE IMPLIQUANT UN PRODUIT D'ASSURANCE 54:20

4. FRACTIONNEMENT D'ACTIONS ET DROITS ACQUIS À L'ÉGARD DES RÈGLES DE MINIMISATION DES PERTES 54:26

5. CONTRATS DE RENTE PRESCRITS DÉTENUS PAR UNE FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME ET UNE FIDUCIE MIXTE AU PROFIT DE L'ÉPOUX OU DU CONJOINT DE FAIT 54:27

CONCLUSION 54:30

PARTIE C (ÉLYSE LEMAY)
L'insaisissabilité : mise à jour

INTRODUCTION ET MISE EN CONTEXTE 54:31

1. QUE S'EST-IL PASSÉ DEPUIS? 54:32

1.1. INTERPRÉTATION DE CET ARTICLE 54:33

2. ET L'INSAISISSABILITÉ DANS TOUT CELA? 54:34

3. OÙ EN EST LA JURISPRUDENCE? 54:35

CONCLUSION 54:37

PARTIE A
Mise à jour sur l'utilisation d'un contrat d'assurance vie comme sûreté d'un prêt

François Giroux, avocat
Spiegel Sohmer

INTRODUCTION*

Ce texte vise à mettre à jour le texte intitulé « L'assurance vie et les créanciers », présenté dans le cadre du Congrès 2001 de l'Association de planification fiscale et financière[1]. En effet, un important développement jurisprudentiel est survenu depuis la parution de ce texte. Compte tenu de l'importance que prennent les produits d'assurance vie depuis quelques années et de l'accent qui est mis sur leur utilisation à titre de sûreté afin d'obtenir un prêt, nous ne pouvions passer sous silence l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant* c. *Blouin*[2], rendu par la Cour suprême du Canada le 5 juin 2003. À notre avis, l'impact positif qu'aura cette décision dans l'industrie de l'assurance vie et des produits financiers est significatif.

1. LA SITUATION ANTÉRIEURE À L'ARRÊT *BLOUIN 2003*

1.1. CONTEXTE

Un individu souscrit à un contrat d'assurance vie de type universelle et y investit des sommes substantielles, ce qui génère une importante valeur de rachat. Quelques années après l'acquisition du contrat, l'individu désire avoir accès aux sommes comprises dans cette valeur de rachat. En vertu des règles prévues à l'article 148 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3], l'obtention d'une avance sur police entraîne une disposition du contrat d'assurance. Dans la mesure où le montant de l'avance est supérieur au coût de base rajusté du contrat, il y aura imposition pour le titulaire de celui-ci, ce qui

---

* L'auteur désire remercier Me Pierre-Philippe Taché pour son aide précieuse à la rédaction de ce texte.

1 Michael DAMBRA et François GIROUX, « L'assurance vie et les créanciers », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 21:1-44.

2 [2003] 1 R.C.S. 666 (ci-après « *Blouin 2003* »).

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

rend cette alternative peu attrayante. Toutefois, depuis quelques années, certaines institutions financières ont développé des programmes de prêts afin d'offrir une autre alternative aux titulaires de contrat d'assurance vie : en suivant les règles établies par ces institutions, le titulaire du contrat peut obtenir un prêt représentant un certain pourcentage de la valeur de rachat du contrat, en utilisant celui-ci comme sûreté. Ceci permet au titulaire de jouir de sommes substantielles de son vivant, sans avoir à subir le traitement fiscal applicable aux avances sur police. En effet, lorsqu'un individu qui est titulaire d'un contrat d'assurance vie obtient un prêt de cette façon, les règles de l'article 148 L.I.R. ne prévoient aucune conséquence fiscale fâcheuse pour l'individu, puisqu'il n'y a alors pas de disposition du contrat[4].

Bien que les règles fiscales entourant l'obtention d'un tel prêt étaient connues de tous, peu d'attention avait été portée au mécanisme de mise en garantie du contrat d'assurance vie. Or, avant la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Blouin (syndic de)* c. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant*[5], la validité d'une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non représentée par un titre négociable (par exemple, les créances du titulaire et du bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie envers l'assureur) faisait l'objet d'un débat entre les auteurs. La majorité de ceux-ci soutenaient qu'une telle hypothèque n'était pas valide[6], mais un autre, Louis Payette, soutenait valeureusement la position contraire[7]. Il semble qu'avant la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Blouin 2001*, la position de Payette était celle retenue par la majorité des institutions financières. Ceci allait changer dramatiquement.

1.2. L'ARRÊT *BLOUIN 2001*

Le 22 janvier 2001, la Cour d'appel du Québec a rendu jugement dans l'affaire *Blouin 2001*. Bien que cet arrêt soit alors demeuré relativement anonyme dans les milieux de l'assurance vie et des produits financiers

---

4 Voir la définition de « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R.

5 [2001] R.J.Q. 321 (C.A.) (ci-après « *Blouin 2001* »).

6 Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 237; Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Les Éditions revue de droit Université de Sherbrooke, 1995, pp. 44-47 et 91-127; Maxime RHÉAUME, « Le gage des valeurs mobilières par un particulier », (1995), vol. 98 *La Revue du Notariat* 90; Michel DESCHAMPS, « La fiducie pour fins de garantie », (1997), *Meredith Mem. Lec.*, p. 133.

7 Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, pp. 236-238.

(vraisemblablement parce qu'il ne traitait pas directement des contrats d'assurance vie, mais plutôt de certificats de dépôt à terme), il énonçait néanmoins certains principes dévastateurs, lorsque appliqués au prêt avec utilisation d'un contrat d'assurance vie à titre de sûreté.

Résumons les faits. En 1995, Berthold Blouin et sa conjointe, Chantal Bérubé, cotisent à leur régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») auprès de la Caisse populaire Desjardins / Fiducie Desjardins. L'actif de ce REÉR consiste en des certificats de dépôt à terme. En 1997, Blouin et Bérubé désirent obtenir des fonds et communiquent avec la Caisse populaire. Celle-ci leur offre un prêt et exige que les certificats de dépôt à terme faisant partie du REÉR fassent l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession en faveur de la Caisse. Blouin et Bérubé acceptent ces termes et signent un document intitulé « Hypothèque mobilière sur des sommes accumulées dans un régime d'épargne-retraite », dans lequel ils donnent notamment autorisation irrévocable à la Caisse de percevoir les sommes dues par Fiducie Desjardins à Blouin et Bérubé si ceux-ci sont en défaut relativement au prêt octroyé par la Caisse. Au grand malheur de la Caisse populaire, Blouin et Bérubé font faillite quelques mois plus tard.

En première instance, la Cour supérieure a déclaré l'hypothèque valide, donnant raison à la Caisse populaire, avec pour résultat que cette dernière devenait créancière garantie dans la faillite de Blouin et Bérubé. Le syndic porta cette décision en appel.

La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Biron, accueillit l'appel du syndic en raison de l'absence de dépossession des sommes hypothéquées, condition essentielle à la validité d'une hypothèque mobilière avec dépossession. C'est toutefois un *obiter* du juge Biron qui est à l'origine du débat entourant la mise en garantie d'un contrat d'assurance vie :

> « Si l'intention évidente de faire échec aux dispositions de la loi n'était pas suffisante pour déclarer invalides les hypothèques dont il s'agit ici, j'aurais été d'avis de déclarer que seul un titre négociable peut faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession en application de l'article 1279 C.C.Q.[8] »

Comme nous le soulignions en 2001[9], cet *obiter* du juge Biron fait suite à une analyse poussée des opinions des auteurs, et sa force persuasive en est d'autant plus renforcée.

---

8 *Blouin 2001*, précité, note 5, 328.

9 M. DAMBRA et F. GIROUX, *loc. cit.*, note 1, 21:20.

Or, il est indéniable qu'un contrat d'assurance vie n'est pas un titre négociable. Par conséquent, l'analyse de l'arrêt *Blouin 2001*, des opinions des auteurs ainsi que des dispositions du *Code civil du Québec*[10] nous ont alors poussés à conclure que « selon l'état actuel du droit, il est très peu probable qu'une hypothèque avec dépossession puisse être validement constituée sur un contrat d'assurance vie […][11] ».

Puisqu'un individu ne peut généralement pas consentir d'hypothèque mobilière sans dépossession sur un contrat d'assurance vie[12], et puisque l'hypothèque mobilière avec dépossession ne semblait également pas être disponible (en raison de l'arrêt *Blouin 2001*), l'individu titulaire d'un contrat d'assurance vie se voyait interdire le prêt qu'il désirait tant. Bien que certaines solutions alternatives furent développées, cette conclusion eut évidemment un impact non négligeable sur l'industrie québécoise de l'assurance vie.

C'est pourquoi la nouvelle de l'appel interjeté à la Cour suprême du Canada par la Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant dans l'affaire *Blouin 2001* fut accueillie par plusieurs avec beaucoup d'espoir.

1.3. L'ARRÊT *BLOUIN 2003*

Un banc de sept juges de la Cour suprême du Canada a entendu l'appel de la Caisse populaire de Val-Brillant. Cet appel portait sur deux questions : l'effet de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur la validité de l'hypothèque, et la validité de l'hypothèque en vertu des règles du *Code civil du Québec*.

La première question a fait l'objet d'une décision unanime de la Cour suprême : l'interdiction faite au rentier d'un REÉR d'utiliser les biens de celui-ci à titre de garantie ne signifie pas que cette garantie (en l'occurrence, une hypothèque) est invalide; le rentier n'aura qu'à subir les conséquences fiscales de son geste.

La seconde question a quant à elle profondément divisé la Cour suprême. Avant de faire état de cette division de façon plus spécifique, il y a lieu d'établir certains principes généraux régissant l'hypothèque mobilière avec dépossession.

---

10 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

11 M. DAMBRA et F. GIROUX, *loc. cit.*, note 1, 21:22.

12 À moins qu'il ne s'agisse d'un bien de son entreprise, ce qui sera rarement le cas.

Selon l'article 2702 C.c.Q., une hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise du bien au créancier. L'article 2703 C.c.Q. prévoit quant à lui que ce genre d'hypothèque est publiée (c'est-à-dire opposable aux tiers) par la détention du bien par le créancier.

Il est établi depuis fort longtemps que la notion de détention signifie que le créancier hypothécaire doit avoir la maîtrise effective du bien[13].

Dans le cas d'une créance représentée par un titre négociable, la maîtrise effective du bien s'acquiert par la détention du titre négociable lui-même (dûment endossé, lorsque requis), puisque ceci permettra au détenteur de percevoir les sommes directement du débiteur de la créance hypothéquée. Toutefois, la situation est bien différente lorsque le droit de créance ne se matérialise pas dans un titre négociable : dans un tel cas, la simple détention d'un document représentant la créance ne peut être suffisante pour que le créancier ait la maîtrise effective du bien, car la créance existe au-delà du document en question, le détenteur du document n'acquérant pas, du simple fait de cette détention, le droit de percevoir les sommes dues par le débiteur de la créance.

Dans l'arrêt *Blouin 2003*, la majorité (quatre juges sur sept) de la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Gonthier, interprète comme suit les exigences de validité et d'opposabilité d'une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non représentée par un titre négociable (dans cette affaire, rappelons qu'il s'agissait de certificats de dépôt à terme) :

> « Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est validement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'article 1641 C.c.Q.[14] »

L'opinion minoritaire (trois juges sur sept), rédigée par la juge Deschamps, est diamétralement opposée à celle du juge Gonthier. Brièvement, la juge Deschamps soutient que l'hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non représentée par un titre négociable, parce qu'elle requerrait pour être opposable une formalité autre que la simple

---

13 Paul-André CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 173.

14 *Blouin 2003*, précité, note 2, par. 28.

détention du bien (soit la signification de l'hypothèque au débiteur de la créance hypothéquée, conformément à l'article 1641 C.c.Q.), ne peut être reconnue, parce que cette formalité additionnelle est incompatible avec la notion même de gage. Selon la juge, la signification au débiteur prévue à l'article 1641 C.c.Q. n'est logique que dans le contexte d'une hypothèque mobilière sans dépossession.

Bien que le raisonnement juridique soutenu par la juge Deschamps nous apparaisse le mieux fondé en droit, il n'en demeure pas moins en dissidence. Le droit étant énoncé par la majorité, c'est en suivant les principes formulés par le juge Gonthier que nous devons déterminer si un individu peut utiliser l'hypothèque mobilière avec dépossession afin de consentir une sûreté sur un contrat d'assurance vie.

À notre avis, les principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Blouin 2003* s'appliquent à un contrat d'assurance vie. Ainsi, un individu qui est titulaire d'un contrat d'assurance vie pourra hypothéquer ses droits en vertu du contrat en faveur d'un prêteur, en utilisant l'hypothèque mobilière avec dépossession. Dans un tel cas, le titulaire devra remettre la police (qui est un titre non négociable qui constate les créances du titulaire et du bénéficiaire à l'endroit de l'assureur) à l'institution prêteuse, et devra respecter l'exigence prévue à l'article 2461 C.c.Q., soit d'aviser l'assureur de l'existence de l'hypothèque. Ces formalités feront en sorte de donner la maîtrise effective du bien au créancier, car celui-ci possède le droit de percevoir la créance, si elle échoit durant l'existence de l'hypothèque[15].

CONCLUSION

L'arrêt *Blouin 2003* a été accueilli comme une brise d'air frais dans l'industrie de l'assurance vie et des produits financiers, et avec raison. En effet, les principes énoncés par la majorité de la Cour suprême dans cet arrêt permettront à un individu d'utiliser un contrat d'assurance vie comme levier financier efficace, s'il le désire.

---

[15] Art. 2743 C.c.Q.

PARTIE B
Récentes interprétations en matière d'assurance

Éric La Charité, avocat, M. Fisc., Pl. Fin.
Standard Life

INTRODUCTION

Au cours de l'année 2002 et des derniers mois de 2003, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») ainsi que le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») ont rendu plusieurs interprétations techniques en matière d'assurance dans le cadre de mémoires internes, de tables rondes et de demandes spécifiques. Certaines de ces interprétations seront traitées lors de la table ronde sur les produits financiers[1], tenue dans le cadre du présent Congrès. Nous ne traiterons donc pas de ces dernières puisque vous pouvez vous y référer. De plus, ne pouvant décrire toutes les interprétations techniques, nous nous concentrerons sur celles qui touchent les sujets suivants :

- régime collectif d'assurance maladies graves (ou redoutées);
- commissions reçues par un courtier sur des transactions personnelles;
- don impliquant un produit d'assurance à un organisme de bienfaisance; et
- fractionnement d'actions et droits acquis à l'égard des règles de minimisation des pertes.

Nous terminerons en décrivant deux lettres de « réconfort » écrites par le ministère des Finances du Canada à l'égard des contrats de rente prescrits détenus par une fiducie testamentaire, une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait.

1. RÉGIME COLLECTIF D'ASSURANCE MALADIES GRAVES (OU MALADIES REDOUTÉES)

Depuis le début de l'année 2002, et jusqu'à ce jour, les autorités fiscales ont eu à répondre à plusieurs questions à l'égard des polices d'assurance

[1] « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 58 :1-17.

maladies graves (ou maladies redoutées). Une de ces questions avait pour but de déterminer si le paiement des primes par un employeur constitue un avantage imposable pour l'employé, lorsqu'une garantie de maladies graves est incluse dans un contrat d'assurance collective d'un employeur.

L'ADRC a analysé cette question à trois occasions, alors que le MRQ ne l'a fait qu'une fois. Les interprétations techniques fédérales émises le 17 mars 2003[2] et le 24 mai 2002[3] concernaient des polices régies par les lois du Québec, alors que la troisième visait des polices assujetties aux lois de l'Alberta[4].

Généralement, une prime d'assurance qu'un employeur paie pour le compte d'un employé est imposable pour ce dernier à titre d'avantage reçu dans l'occupation d'une charge ou d'un emploi, conformément à l'alinéa 6(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5], sauf dans la mesure où elle est visée par les exceptions prévues au sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. Parmi ces exceptions, il y a les cotisations qu'un employeur paie à l'égard d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents. Le paiement de ces primes par un employeur pour un employé ne serait donc pas un avantage imposable pour lui dans le cadre de son emploi.

L'ADRC répond par le biais de commentaires généraux en analysant la question de la façon suivante :

> « Afin d'établir les conséquences fiscales d'une garantie de maladies redoutées, il faut déterminer si la police d'assurance collective est une police d'assurance contre la maladie ou les accidents ou une police d'assurance-vie sujette à l'article 148 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (ci-après la "Loi").
>
> La Loi ne contient pas une définition détaillée de ce que pourrait constituer une "police d'assurance-vie". Le paragraphe 138(12) définit une police d'assurance-vie aux fins de la Loi, sans pour autant être une définition exhaustive. L'expression "assurance contre la maladie ou les accidents" n'est pas définie dans la Loi. Par conséquent, on doit s'en remettre au sens usuel tel qu'employé dans l'industrie de l'assurance. À cet égard, la loi sur les assurances provinciale en vertu de laquelle la police est régie sera pertinente sans nécessairement être concluante.

---

2 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2002-0156435, 17 mars 2003.

3 *Id.*, interprétation technique 2001-0113597, 24 mai 2002.

4 *Id.*, interprétation technique 2002-0160155, 3 avril 2003.

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

> Lorsqu'une police est souscrite au Québec par des personnes qui y résident, la police est assujettie aux exigences de la *Loi sur les assurances du Québec* (LAQ) et du *Code civil du Québec* (C.c.Q.)[6]. »

Après avoir passé en revue les dispositions législatives de la *Loi sur les assurances*[7] ainsi que le *Code civil du Québec*[8], l'ADRC conclut ainsi :

> « À notre avis, un contrat qui prévoit exclusivement une prestation dans le cas de maladies redoutées est un contrat d'assurance contre la maladie ou les accidents tel que défini à l'article 5 du Règlement d'application de la LAQ. Toutefois, un contrat qui contient une clause d'assurance de maladies redoutées qui est accessoire à un contrat d'assurance-vie sera un contrat d'assurance-vie.
>
> La question à savoir si une clause est accessoire à un contrat d'assurance sur la vie ou d'assurance contre la maladie ou les accidents selon le C.c.Q et la LAQ est une question de fait et de droit. Dans la situation que vous nous avez soumise, cette détermination ne peut être faite sans avoir entre autres une copie complète du contrat d'assurance collective ainsi que les commentaires et les calculs de l'assureur[9]. »

L'ADRC poursuit son analyse en formulant le commentaire suivant :

> « S'il est déterminé que le contrat principal est un contrat d'assurance collective contre les maladies graves de sorte que le contrat est un contrat d'assurance collective contre la maladie ou les accidents, les primes versées par l'employeur ne représenteraient pas un avantage imposable inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)a) de la Loi[10]. »

Quant au traitement fiscal de la prestation reçue par l'employé advenant une maladie grave, l'ADRC mentionne :

> « L'imposition de la prestation en vertu de la garantie de maladies redoutées qui sera versée soit à l'employé adhérent ou ses bénéficiaires le cas échéant sera fonction de la nature du contrat. Nous sommes d'avis que la prestation qui sera reçue en vertu d'un contrat d'assurance contre la maladie ou les accidents ne sera pas un montant imposable pour le récipiendaire. Toutefois, si la prestation est versée en vertu d'un contrat d'assurance-vie, nous sommes d'avis que le versement est une disposition d'un intérêt dans une police d'assurance-vie au sens du paragraphe 148(9) de la Loi[11]. »

---

6 *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 2.

7 L.R.Q., c. A-32.

8 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

9 *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 2.

10 *Id.*

11 *Id.*

L'interprétation technique du 24 mai 2002 concernait la même question et faisait sensiblement la même analyse, tout en énonçant des commentaires semblables à ceux décrits précédemment, sans toutefois aborder la question du traitement fiscal de la prestation reçue par l'employé, advenant une maladie grave.

En avril 2003, l'ADRC a également émis une interprétation technique[12] à l'égard de la même question que celle analysée dans les interprétations précédentes. Toutefois, le contrat analysé était régi par les lois provinciales de l'Alberta. L'ADRC a procédé à une analyse similaire et a conclu de la même manière :

> « With regard to group sickness and accident insurance plans, the term "sickness and accident insurance" is not defined in the Act. We therefore need to consider the definitions in the insurance legislation of the applicable jurisdictions to determine whether a particular policy can be characterized as a sickness and accident insurance policy. In this particular case, we have referred to the Insurance Act of Alberta since the employer is located in Alberta and its employees are presumed to reside in Alberta. Based on our review of the relevant definitions in the Insurance Act of Alberta and the terms and conditions of the particular group critical illness insurance policy, it is our view that this policy would qualify as a group sickness and accident insurance plan with the result that the employer-paid premiums to this plan would not be a taxable benefit to its employees by reason of the exclusion in subparagraph 6(1)(a)(i) of the Act[13]. »

Par contre, sur le plan de la législation fiscale provinciale, le MRQ a déterminé que le paiement des primes par un employeur constitue un avantage imposable pour l'employé lorsqu'une garantie de maladies graves est incluse dans un contrat d'assurance collective d'un employeur. En effet, le 9 septembre 2002, à une question similaire, après avoir constaté que la couverture appelée « garantie de maladies redoutées », offerte dans le cadre d'un régime collectif, serait comprise dans la famille de l'assurance de personnes du *Code civil du Québec*, le MRQ répondait de la façon suivante :

> « […] il nous reste maintenant à déterminer si cette couverture est relative à une protection contre la perte totale ou partielle d'un revenu provenant d'une charge ou d'un emploi. Si tel est le cas, la prime relative à la garantie de maladies redoutées, versée par l'employeur au bénéfice de l'employé, ne sera pas incluse dans le calcul du revenu de l'employé, étant donné que cette prime est visée par l'exception précitée et prévue au paragraphe b) du premier alinéa de l'article 38 de la Loi.

---

12 *Id.*, interprétation technique 2002-0160155, 3 avril 2003.

13 *Id.*

> Aux fins de l'application de ce paragraphe, un régime d'assurance relativement à une protection contre la perte totale ou partielle d'un revenu provenant d'une charge ou d'un emploi désigne un arrangement conclu entre un employeur et des employés, ou un groupe ou une association d'employés, prévoyant l'indemnisation d'un employé advenant la perte d'un revenu de charge ou d'emploi par suite d'événements définis soit, en règle générale, une maladie ou un accident.
>
> Selon notre compréhension, nous sommes d'opinion que la prime versée en contrepartie de cette garantie de maladie redoutée n'est pas relative à une protection contre la perte totale ou partielle d'un revenu provenant d'une charge ou d'un emploi. Essentiellement, tel que relaté plus haut, ce paiement forfaitaire vise à compenser économiquement les conséquences intrinsèques de telle maladie en regard des changements dans les habitudes de vie qui y sont reliés. Il est même raisonnable de penser qu'un employé pourrait théoriquement recevoir un tel paiement forfaitaire tout en étant, par ailleurs, rémunéré pour sa prestation de travail habituelle. Dans les circonstances, le montant payé par l'employeur à l'égard de cette prime précise devra être inclus dans le calcul du revenu d'emploi de l'employé. Le calcul de la valeur de cet avantage en raison d'une protection en vertu d'un régime d'assurance de personnes souscrite auprès d'un assureur lorsque l'employeur participe au paiement de la couverture d'assurance devra se faire selon les modalités prévues à l'article 37.0.1.1 de la Loi.
>
> Cependant, dans la mesure où le montant de la prime est payé ou remboursé totalement par l'employé à l'employeur, il va de soi que cet employé n'aura aucun avantage fiscal dans l'année[14]. »

Cette conclusion se justifie par le fait que le libellé de l'exception prévue au sous-paragraphe 38 1)b) de la *Loi sur les impôts*[15] est très différent de celui de la loi fédérale.

En effet, l'article 37 L.I. prévoit qu'un particulier doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année, provenant d'une charge ou d'un emploi, la valeur des avantages qu'il reçoit ou dont il bénéficie en raison de sa charge ou de son emploi. Toutefois, le sous-paragraphe 38 1)b) L.I. prévoit une exception à cette règle en stipulant qu'un

> « particulier n'est pas tenu d'inclure dans le calcul de son revenu la valeur des avantages qui proviennent des cotisations versées à son égard par son employeur en vertu <u>d'un régime d'assurance collective, relativement à une protection contre la perte totale ou partielle d'un revenu provenant d'une charge ou d'un emploi</u> ». (Notre soulignement)

---

14 *Collection fiscale* (CD-ROM), Longueuil, Publications CCH, interprétation technique 02-0107892, 9 septembre 2002.

15 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

Du côté fédéral, l'exception prévue au sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. utilise des termes très différents. Ce sous-alinéa se lit comme suit : « à l'exception des avantages […] qui résultent des cotisations de son employeur […] à un régime d'assurance collective contre la maladie et les accidents ». (Notre soulignement)

Quant au traitement fiscal à accorder à la prestation reçue par un employé dans le cadre d'un tel régime collectif, advenant une maladie grave, le MRQ abonde dans le même sens que l'ADRC :

> « Votre seconde question porte sur le traitement fiscal de ce paiement forfaitaire reçu par l'employé et lié à cette garantie de maladies redoutées.
>
> Vous nous indiquez que ce paiement est versé à l'employé autrement que de façon périodique.
>
> Il nous est permis d'inférer, de plus, compte tenu de l'objectif recherché par cette protection d'assurance, que ce paiement forfaitaire n'est pas effectué en remplacement de paiements périodiques et reçu en raison de la perte totale ou partielle de son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi. Conséquemment, ce montant forfaitaire ne peut être visé et inclus dans le revenu de l'employé en vertu de l'article 43 de la Loi. Ajoutons, d'autre part, que ce paiement forfaitaire bien qu'il puisse être relié directement à la prime d'assurance payée par l'employeur et, de ce fait, tout de même en relation avec l'emploi, nous sommes d'opinion qu'en l'absence d'une disposition précise à cet effet, le montant reçu par l'employé n'a pas à être inclus dans le calcul de son revenu[16]. »

2. COMMISSIONS REÇUES PAR UN COURTIER SUR DES TRANSACTIONS PERSONNELLES

Le 21 janvier 2003, le MRQ a analysé le traitement fiscal des commissions qu'un travailleur autonome reçoit en raison de l'acquisition, pour son usage personnel, d'une police d'assurance vie ou de produits financiers.

Après avoir mentionné que le MRQ a pour politique de considérer, à l'instar de l'ADRC, qu'un rabais accordé par un employeur à ses employés à l'achat de sa marchandise n'est pas imposable et que cette politique s'applique aux mêmes conditions que celles énumérées au paragraphe 27 du *Bulletin d'interprétation* IT-470R[17], le MRQ poursuit :

---

16 *Collection fiscale, op. cit.*, note 14.

17 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-470R, « Avantages sociaux des employés », 8 octobre 1999.

« Cette politique à l'égard des rabais s'applique également aux commissions touchées par un employé préposé aux ventes sur des marchandises de son employeur qu'il achète pour son usage personnel, de même qu'aux commissions touchées par un vendeur d'assurance-vie à l'égard d'une police d'assurance-vie qu'il acquiert de son employeur, autrement que dans un but d'investissement ou d'entreprise, pourvu qu'il soit propriétaire de la police et qu'il soit tenu de verser les primes exigées à l'égard de cette police. Le Ministère considère en effet que ces deux situations sont assimilables à celle d'un employé qui se voit accorder un rabais sur la marchandise de son employeur.

Pour la même raison, le Ministère applique également cette politique à l'égard de situations équivalentes concernant des travailleurs autonomes plutôt que des salariés. Les commissions reçues dans de telles circonstances ne seront donc pas considérées comme un revenu d'entreprise en vertu des principes généraux édictés par l'article 80 de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3, ci-après désignée la "Loi").

Ainsi, dans le cas d'un courtier en assurance-vie qui est un travailleur autonome, ce qui correspond à votre situation, la position du Ministère est à l'effet qu'une telle personne n'a pas à s'imposer sur les commissions versées par les sociétés d'assurance-vie avec lesquelles elle transige et qu'elle reçoit en raison de l'achat d'une police d'assurance-vie à des fins personnelles autrement que dans un but d'investissement ou d'entreprise.

En ce qui concerne le second volet de votre question relatif à l'achat par un représentant en fonds d'investissements de produits financiers pour son usage personnel de différentes sociétés de fonds mutuels, la politique exposée précédemment n'est pas applicable étant donné qu'un tel représentant n'est pas dans une situation analogue à celle d'un employé qui se voit accorder un rabais sur la marchandise de son employeur. En effet, la politique exposée précédemment vise des marchandises destinées à l'usage personnel de l'employé ou du travailleur autonome dans un contexte autre que d'investissement ou d'entreprise, et ne s'étend donc pas à des produits financiers dont l'un des buts principaux de l'acquisition est l'expectative d'un rendement.

Par conséquent, dans le cas d'un représentant en fonds d'investissements qui est un travailleur autonome, ce qui correspond à votre situation, la position du Ministère est à l'effet qu'une telle personne doit inclure dans le calcul de son revenu d'entreprise, en vertu des principes généraux édictés par l'article 80 de la Loi, les commissions qu'elle reçoit en raison de la vente de produits financiers, et ce, indépendamment du fait qu'elle acquiert pour elle-même ces produits financiers[18]. »

---

[18] *Collection fiscale, op. cit.*, note 14, interprétation technique 01-010547, 21 janvier 2003.

Le 18 juin 2003, l'ADRC a également eu à se prononcer sur une question semblable. Plus particulièrement, la question visait les commissions reçues par un travailleur autonome à la suite de l'achat, pour des fins personnelles, d'une police d'assurance maladies graves. L'ADRC a conclu de la façon suivante :

> « It is our view that a self-employed insurance salesperson in the situation you described is not required to include in business income the commission received on the purchase of his own critical illness insurance plan (see our document number 9410837). This is similar to the position in paragraph 27 of Interpretation Bulletin IT-470R, Employees' Fringe Benefits, accorded to an employed insurance salesperson who acquires a life insurance policy for personal purposes, for which he or she received a commission and is required to make the premium payments[19]. »

Il est à noter que l'interprétation technique[20] à laquelle fait référence l'ADRC dans sa réponse mentionnait :

> « This is in reply to your memorandum dated April 25, 1994 in which you asked us for our comments on the tax treatment of a commission described in paragraph 27 of Interpretation Bulletin IT-470R "Employees' Fringe Benefits" except that it is received by a self-employed life insurance salesperson rather than an employee.
>
> With respect to the above issue, paragraph 27 states the following with respect to a life insurance salesperson who is an employee:
>
> "Similarly, where a life insurance salesperson acquires a life insurance policy, a commission received by that salesperson on that policy is not taxable provided the salesperson owns that policy and is obligated to make the required premiums thereon."
>
> The above position represents a longstanding position of this Department which is based on the premise that the commission is akin to non-taxable discounts on merchandise described in paragraph 27.
>
> In the case of self-employed individuals who acquire merchandise for his or her business, page 9 of the pamphlet entitled "Business and Professional Income" sets out three methods for accounting for the personal use of such merchandise. The effect of these methods is that the self-employed individual does not make a profit on such goods for the purposes of computing his or her profit from the business for income tax purposes. Consistent with this position and the above

---

19 *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 2, interprétation technique 2003-0015615, 18 juin 2003.

20 *Id.*, interprétation technique 9410837, 6 septembre 1994.

> comments in respect of paragraph 27 of IT-470R, it is our view that a commission described in the above excerpt, except that it is received by a self-employed salesperson, would be treated for income tax purposes as being non-taxable[21]. »

Lors de la table ronde tenue dans le cadre du *Conference for Advanced Life Underwriting* de mai 2000, l'ADRC a également eu à déterminer si le paragraphe 27 du *Bulletin d'interprétation* IT-470R s'appliquerait, de façon à exonérer d'impôt les commissions reçues par un vendeur lors de l'acquisition d'un fonds distinct à des fins d'investissements personnels. La réponse de l'ADRC se lit comme suit :

> « This question is in effect asking us to reconsider a technical interpretation we issued dated December 16, 1999. When we were first asked to consider this, reference was made to paragraph 27 of IT-470R wherein we say: A commission received by a sales employee on merchandise acquired for that employee's personal use is not taxable.
>
> Similarly, where a life insurance salesperson acquires a life insurance policy, a commission received by that salesperson on that policy is not taxable provided the salesperson owns that policy and is obligated to make the required premium payments thereon. (emphasis added) The bulletin's comments deal with the Agency's practice concerning the commission on the acquisition of merchandise and a life insurance policy for the personal use or the personal purpose of the salesperson. The bulletin's comments do not apply to the commission on products acquired for investment or business purposes. This latter type of commission is taxable to the salesperson.
>
> Accordingly, the commission received by a salesperson on the acquisition of an insurance product mainly for investment purposes, as opposed to for personal protection, is taxable in the hands of the salesperson. It was never intended that the term life insurance policy used in the bulletin have the technical meaning given to it by subsection 138(12) of the Income Tax Act. Rather, it was intended to refer to life insurance policies acquired for personal protection.
>
> The treatment of taxing the commission in respect of segregated funds is similar to that which, in our view, is to be accorded to the commission received by a stockbroker on the acquisition of personal investments in securities and mutual funds. In according similar treatment, weight is given to the similarities of the two products such as the earning of a rate of return as one of the main reasons for their acquisition.
>
> In our view, the commission received by a salesperson on the acquisition of segregated funds as personal investments is taxable in the hands of the salesperson[22]. »

---

21 *Id.*

22 *Id.*, interprétation technique 2000-0014335, 9 mai 2000.

3. DON À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE IMPLIQUANT UN PRODUIT D'ASSURANCE

Le 20 décembre 2002, le ministre des Finances du Canada rendait public des propositions législatives modifiant les règles applicables en matière de dons dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[23]. Le 24 décembre 2002, l'ADRC énonçait les lignes directrices relativement à l'application de ces nouvelles modifications dans *Nouvelles techniques* n° 26[24]. Ces nouvelles mesures viennent uniformiser et étendre la possibilité de combiner, dans le cadre d'une seule opération, une fourniture de biens ou de services avec un don. Il dépasse le cadre du présent texte de passer en revue l'ensemble de ces nouvelles dispositions. Cependant, la venue de ces nouvelles règles proposées a engendré une série de questions auprès de l'ADRC quant à leur application, relativement à des transactions spécifiques impliquant l'utilisation d'une police d'assurance vie.

Le 24 décembre 2002, l'ADRC devait déterminer s'il est nécessaire qu'un organisme de bienfaisance soit désigné à titre de bénéficiaire irrévocable d'une police d'assurance vie dont elle est titulaire pour que les primes payées par le particulier se qualifient de don de bienfaisance. L'ADRC a émis les commentaires suivants :

> « As indicated in paragraphs 1 and 2 of Interpretation Bulletin IT-244R3, Gifts of Individuals of Life Insurance Policies as Charitable Donations, where a life insurance policy has been absolutely assigned to a qualified donee and the donee has become the registered beneficiary of the policy, the individual will be entitled to claim a charitable donations tax credit in respect of the value of the policy, if any, at the time it is assigned to the qualified donee. Further, if the individual donates an amount to the qualified donee to enable the donee to pay the premiums of the policy, the amount donated will also qualify as a charitable gift. Where the premiums are paid directly to the insurance company at the request of, or with the concurrence of, the qualified donee, each amount so paid will qualify as a charitable gift.
>
> While the comments in IT-244R3 relate to a transfer of ownership of an existing life insurance policy, they also apply to a situation where a policy is purchased for the purpose of making a charitable gift. Accordingly, for each premium payment on such a policy to qualify as a charitable gift, a qualified donee must be both the owner and registered beneficiary of the policy. Given these

---

23 CANADA, ministère des Finances, *Impôt sur le revenu – Propositions législatives et notes explicatives*, 20 décembre 2002.

24 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 26, 24 décembre 2002.

requirements, it is our view that it is not necessary to specify the donee as an irrevocable or absolute beneficiary of the policy[25]. »

Une deuxième question a été demandée dans le cadre de cette même interprétation. L'ADRC devait déterminer si un crédit pour don de bienfaisance peut être accordé relativement à une portion de la prime payée à l'égard d'une police d'assurance vie détenue par un organisme de bienfaisance lorsque les bénéficiaires désignés sont la succession du particulier et l'organisme de bienfaisance pour des montants s'élevant respectivement à 10 % et à 90 % du capital-décès. Sur ce point, l'ADRC refuse de se prononcer :

« As noted above, IT-244R3 contemplates a situation where a qualified donee has become the owner and beneficiary of a life insurance policy. The Interpretation Bulletin does not address the situation where anyone other than a qualified donee is the registered beneficiary under the policy at the time the qualified donee becomes the owner of the policy. We are not prepared to comment on the income tax implications, including the characterization of a portion of the premiums as a charitable gift, where the estate of the individual funding the premiums is one of the named beneficiaries under the policy unless we are provided with all of the relevant details and documentation. As noted above, should you wish to apply for an advance income tax ruling with regard to a specific transaction that you are proposing, we would be prepared to address your specific income tax concerns[26]. »

Le 17 avril 2003, deux nouvelles questions sont soumises à l'ADRC. La première était semblable à la précédente, à la différence que le titulaire de la police n'est pas un organisme de bienfaisance mais plutôt un particulier. Ainsi, on demandait à l'ADRC s'il est possible d'obtenir un crédit pour don de bienfaisance lorsqu'une portion du capital-décès d'une police d'assurance vie est versée à un organisme de bienfaisance à la suite d'une désignation de bénéficiaire.

L'ADRC a répondu ainsi à cette question :

« There is no requirement in subsections 118.1(5.1) and (5.2) of the Act that the qualified donee be the sole beneficiary of the policy. Therefore, the payment of a portion of the life insurance proceeds made to a registered charity as a result of a direct beneficiary designation will be deemed to be a gift for the purposes of section 118.1 of the Act as long as all the conditions in subsection 118.1(5.1) of the Act are met[27]. »

---

25 *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 2, interprétation technique 2002-0172875, 24 décembre 2002.

26 *Id.*

27 *Id.*, interprétation technique 2003-0182165, 17 avril 2003.

Une deuxième question a également été analysée. Est-ce que les primes payées par un particulier au nom de l'organisme de bienfaisance peuvent se qualifier comme des dons de bienfaisance lorsque la police d'assurance vie temporaire est détenue conjointement par un particulier et un organisme de bienfaisance? L'ADRC laisse croire que cela pourrait être possible :

> « Regarding your second question, as indicated in our letter of December 24, 2002, Interpretation Bulletin IT-244R3, Gifts by Individuals of Life Insurance Policies as Charitable Donations, contemplates a situation where a qualified donee becomes the sole owner and beneficiary of a life insurance policy. We have not had an opportunity to review in detail a situation where a registered charity and an individual are joint owners of a single life insurance policy. However, depending on the circumstances, it is possible that a gift could result where the individual pays the life insurance premiums on behalf of the charity.
>
> For example, assume that a life insurance policy is owned 90/10 by a registered charity and an individual whose life is insured under the policy. The policy is a term policy with no cash value. The only value in respect of the policy is the death benefit payable on the death of the life insured, 90% of which will be paid to the charity and the remaining 10% will be paid to the individual's estate. The term coverage cannot be converted to another type of insurance coverage. Pursuant to the terms of the policy, the premium obligation is split on a basis of 90/10 between the registered charity and the individual. If the individual pays the charity's share of the premium directly to the insurance company at the request of, or with the concurrence of, the charity, the amount paid by the individual on behalf of the charity will generally constitute a charitable gift. However, the individual may derive some benefit or advantage by virtue of this arrangement, particularly if the individual's premium obligation in respect of 10% share of the death benefit is less than would have to be paid on a separate policy owned solely by the individual with comparable rights. This determination can only be made following a review of all the facts relating to the particular situation. We note that in this case the death benefit received by the charity would not qualify as a charitable gift as the requirements of subsection 118.1(5.1) of the Act will not have been satisfied[28]. »

Quant à la manière dont les paiements doivent être effectués dans un tel cas, il faudrait porter attention au commentaire de Me Joseph Sirois, contenu dans un récent article[29]. Son commentaire est qu'« […] il est possible d'avancer que le versement des primes directement à la compagnie d'assurance et non au donataire reconnu, même avec son accord, ne

---

28 *Id.*

29 Joseph SIROIS, « Le concept de "don"/gift, Étude comparative droit civil – *Common Law* – Droit fiscal », (2003), vol. 24, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 381-422.

constituait pas une donation au sens du droit privé puisque le transfert de bien n'est pas fait au donataire[30] ».

Avant les nouvelles propositions de modifications législatives annoncées en décembre 2002, la reconnaissance d'un don mixte était limitée à la fourniture de certains services spécifiques, comme des concerts, des dîners ou des spectacles. L'ADRC refusait donc de reconnaître que l'utilisation d'une convention communément appelée « split-dollar » à l'égard d'une police d'assurance vie puisse permettre quelque don que ce soit à des fins fiscales. Le raisonnement était le suivant :

> « The following comments apply equally to a split dollar insurance gifting arrangement with an individual or with a corporation.
>
> As stated in paragraph 1 of the bulletin [IT-244R3], the transfer of a policy will only be considered a gift for the purposes of subsection 118.1(1) or paragraph 110.1(1)(a) of the Act where no right, privilege, benefit or material advantage accrues to the donor or to a person designated by the donor.
>
> Accordingly, where the donor retains a right to the accumulated dividends receivable in respect of the policy it is our view that the transfer does not constitute a gift. With respect to a gift of the amount required to pay the premiums on a policy transferred in this manner, it is the Department's position that a donor will benefit from the donation of premiums because of the donor's interest in the policy and thus the donation of premiums would not constitute a gift.
>
> As a result, it is our view that the donation of neither the policy nor the premiums required to maintain such a policy in the circumstances you describe would constitute a gift for purposes of either paragraph 110.1(1)(a) or subsection 118.1(1) of the Act[31]. »

Les nouvelles propositions législatives permettront dorénavant de reconnaître qu'il y a un don sur le plan fiscal, pour autant que le montant de l'avantage reçu ne dépasse pas 80 % de la valeur du bien transféré au donataire. Dans des circonstances exceptionnelles, où le montant de l'avantage dépasse 80 % de la valeur du bien transféré, le transfert pourra quand même être reconnu comme don, pour autant que le donateur puisse établir, de façon jugée suffisante par le ministre, qu'il avait l'intention de faire un don. La définition proposée de montant admissible d'un don sera

---

30 *Id.*, 414.

31 *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 2, interprétation technique 9335905, 6 juin 1994.

l'excédent de la valeur du bien transféré au donataire sur le montant de l'avantage fourni au donateur.

L'annonce des nouvelles propositions législatives a obligé l'ADRC à réétudier la question de l'utilisation d'une police d'assurance vie dans le cadre d'une convention de « split-dollar » pour permettre l'émission d'un reçu pour don de bienfaisance. Ainsi, le 2 juin 2003, les faits suivants étaient soumis à l'ADRC. Une police d'assurance vie est détenue conjointement par un organisme de bienfaisance et un particulier dont la vie est assurée en vertu de la police. Le particulier paie toutes les primes de la police. Il a le droit d'utiliser la valeur de rachat et de désigner un bénéficiaire à l'égard de cette valeur de rachat. L'organisme de bienfaisance est le bénéficiaire du capital-décès. L'ADRC a répondu de la manière suivante quant à la possibilité de pouvoir émettre un reçu pour don dans un tel cas :

> « With regard to the first question, we have not had an opportunity to review in detail a situation such as that described in your letter and therefore do have a general position on this matter. To determine whether in a particular situation any portion of the premiums paid by an individual would qualify as a charitable gift, it would be necessary to demonstrate that the charity has a premium obligation under the policy and that this premium relates exclusively to the benefits under the policy that will accrue to the charity. Also, since there may be some cost reduction by virtue of having a single policy from what would be the premium obligation if two separate policies were issued, it would seem that this saving should be taken into account. Therefore, absent a review of the particular arrangement, we are not in a position to confirm that the calculation of the amount of the gift, if any, is simply the excess of the annual premium over the cost of pure insurance for the year. As noted above, should you wish to apply for an advance income tax ruling with regard to a specific proposed split dollar arrangement, you should provide us with all of the relevant details and documentation[32]. »

Une question similaire a été demandée lors de la table ronde tenue dans le cadre du *Conference for Advanced Life Underwriting* de mai 2003. L'ADRC a émis le commentaire suivant :

> « With regard to "split-dollar" or other shared ownership arrangements, it is possible that there may be arrangements that could result in a charitable gift for purposes of section 118.1 but such a determination can only be made on a case-by-case basis and we would need to review the particulars of a specific arrangement including all the relevant agreements and the life insurance policy. Since we have not had the opportunity to review specific shared ownership arrangements between donors and charities, it would be premature for us to

[32] *Id.*, interprétation technique 2003-0004115, 2 juin 2003.

> attempt to provide general guidelines at this time or to comment on the impact, if any, of the draft gifting legislation released by the Department of Finance on December 20, 2002 on such arrangements. Possibly, following the review of a number of shared ownership arrangements, we may be in a position to provide some general comments on whether a portion of the premiums paid on the policy would qualify as a charitable gift for tax purposes. However, such gifting arrangements would appear to fit within the spirit of the proposed legislation on split receipting[33]. »

La question soumise dans le cadre de cette table ronde incluait également un autre aspect, soit celui de savoir s'il est possible d'obtenir un crédit pour don de bienfaisance lorsqu'une portion du capital-décès d'une police d'assurance vie détenue par un particulier est versée à un organisme de bienfaisance à titre de bénéficiaire. L'ADRC répond à cette question en distinguant la situation où il y a présence d'une désignation de bénéficiaire irrévocable de celle où il n'y en a pas.

> « In a situation where a policyholder makes a revocable or irrevocable designation of a qualified donee as the beneficiary of a life insurance policy for all or a portion of the death benefits payable under the policy, it is our view that the premiums paid by the policyholder on the policy will not qualify as a charitable gift since the policyholder has not donated an interest in the life insurance policy.
>
> However, subsection 118.1(5.2) will apply to deem the amount of the death benefit transferred to a qualified donee as a consequence of an individual's death to be a charitable gift for purposes of section 118.1 if all the requirements set out in subsection 118.1(5.1) are met. One such requirement is that immediately before the individual's death, the qualified donee was neither a policyholder under the policy nor an assignee of the individual's interest under the policy. Another requirement is that, immediately before the individual's death, the individual's consent would have been required to change the recipient of the death benefit.
>
> Accordingly, where there is an irrevocable designation of the qualified donee as the beneficiary of the policy, subsection 118.1(5.2) will not apply such that the death benefit received by the donee will not be deemed to be a charitable gift for section 118.1 purposes[34]. »

Pour l'ADRC, lorsqu'il y a une désignation irrévocable, la condition énoncée au sous-alinéa 118.1(5.1)c)(i) L.I.R. ne peut être respectée. Ce sous-alinéa se lit comme suit :

---

33 *Id.*, interprétation technique 2003-0004315, 6 juin 2003.

34 *Id.*

> « immédiatement avant le décès du particulier (i) un changement de bénéficiaire du transfert visé à l'alinéa b) ne pouvait se faire sans le consentement du particulier ».

Le 1er août 2003, le *Conference for Advanced Life Underwriting* a acheminé une lettre à l'ADRC, demandant de réétudier leur position voulant que les règles du paragraphe 118.1(5.2) L.I.R. ne peuvent s'appliquer lorsqu'un organisme de bienfaisance est désigné comme le bénéficiaire irrévocable d'une assurance vie.

L'argumentation à l'appui de cette demande se résume ainsi. Lorsqu'un titulaire désigne de façon irrévocable un bénéficiaire, il ne peut plus modifier ou révoquer cette désignation sans obtenir au préalable le consentement de ce bénéficiaire irrévocable. Cependant, l'organisme de bienfaisance, désigné bénéficiaire irrévocable, n'acquiert pas pour autant le droit de changer le bénéficiaire. L'organisme ne peut pas unilatéralement révoquer le bénéficiaire irrévocable et le remplacer par un autre. Le pouvoir de modifier la désignation demeure entre les mains du titulaire. Or, la condition exigée au sous-alinéa 118.1(5.1)c)(i) L.I.R. est qu'un changement de bénéficiaire ne peut se faire sans le consentement du particulier. Si le titulaire ne désire pas remplacer l'organisme de bienfaisance comme bénéficiaire, aucune modification de bénéficiaire ne peut être faite. C'est tout ce qu'exige ce sous-alinéa. Le fait que le consentement de l'organisme de bienfaisance soit requis pour modifier la désignation n'est pas pertinent. La condition n'est pas que le titulaire soit capable de procéder à une modification de bénéficiaire unilatéralement, mais seulement qu'aucune modification ne soit possible sans le consentement du titulaire.

4. FRACTIONNEMENT D'ACTIONS ET DROITS ACQUIS À L'ÉGARD DES RÈGLES DE MINIMISATION DES PERTES

Le 6 mai 2003, l'ADRC a confirmé que les actions qui ont été fractionnées, conformément aux règles contenues dans le *Bulletin d'interprétation* IT-65[35], continueront d'être protégées de l'application des règles de minimisation des pertes si, avant leur fractionnement, elles faisaient l'objet de droits acquis à cause de l'existence d'un contrat d'assurance en date du 26 avril 1996 :

---

[35] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-65, « Fractionnement d'actions et consolidations », 8 septembre 1972.

> « Notwithstanding the above, where as a result of a stock split or stock consolidaion transaction described in IT-65, there is no disposition or acquisition of any shares of the capital stock of the corporation, it is our view that the stock split or stock consolidation will not, in and by itself, affect the status of a particular share »s shares as being "grandfathered" for the purpose of the stop-loss rule in subsection 112(3.2)[36]. »

5. CONTRATS DE RENTE PRESCRITS DÉTENUS PAR UNE FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME ET UNE FIDUCIE MIXTE AU PROFIT DE L'ÉPOUX OU DU CONJOINT DE FAIT

Les contrats de rente peuvent être prescrits ou non, selon que toutes les conditions exigées à l'article 304 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[37] sont respectées ou non. Sans décrire de façon complète l'ensemble de ces règles et conditions, il suffit de mentionner que, lorsqu'un contrat se qualifie à titre de « rente prescrite », il bénéficie d'un traitement fiscal avantageux en ce que la portion imposable des versements demeure identique, et ce pour toute la durée des versements[38].

À cause des exigences de l'article 304 R.I.R., seulement une fiducie testamentaire ou une « fiducie déterminée » peut être propriétaire d'un contrat de rente prescrit. Une « fiducie déterminée » est une fiducie décrite à l'alinéa 104(4)a) L.I.R. Cet alinéa vise les fiducies testamentaires établies après 1971, les fiducies entre vifs au profit de l'époux ou du conjoint de fait, les nouvelles fiducies en faveur de soi-même et les fiducies mixtes au profit de l'époux ou du conjoint de fait.

Lorsque nous analysions les autres conditions et modalités exigées par l'article 304 R.I.R., il apparaissait impossible, notamment pour une fiducie en faveur de soi-même, de détenir un contrat de rente prescrit. Deux lettres de « réconfort » ont été émises par le ministère des Finances à cet effet.

La première, en date du 29 juillet 2002, se lit comme suit :

---

36 *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 2, interprétation technique 2003-0013545, 6 mai 2003.

37 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

38 La totalité du versement de rente est inclus dans le revenu du contribuable en vertu de l'alinéa 56(1)d) L.I.R., alors qu'une déduction est accordée à l'égard de la portion capital de cette rente en vertu de l'alinéa 60a) L.I.R. L'article 300 R.I.R. précise de quelle façon doit être déterminée la portion capital.

« Thank you for your letter dated May 6, 2002, concerning section 304 of the Income Tax Regulations (the "Regulations") and its application to alter ego trusts.

Section 304 defines a "prescribed annuity contract" for a taxation year for the purposes of subsection 12.2(1) and paragraph 148(2)(b) of the Income Tax Act (the "Act"). Alter ego trusts and joint spousal and common-law partner trusts are trusts described in paragraph 104(4)(a) of the Act and as you mentioned in your letter, these trusts would appear to qualify as a specified trust eligible to hold prescribed annuities under clause 304(l)(c)(iii)(A) of the Regulations.

However, it would appear that an alter ego trust would not be able to acquire an annuity contract that is a prescribed annuity contract because subclauses 304(1)(c)(iv)(B)(II) and 304(l)(c)(iv)(C)(II) require, in the case of a specified trust, that the terms of the contract determine annuity payments by reference to the "spouse or common-law partner who is entitled to receive the income of the trust". Alter ego trusts do not comply with those subclauses because, in the case of alter ego trusts, the annuity payments would be determined by reference to the individual who is entitled to receive the income of the trust and not by reference to the spouse or common-law partner. As a result, you have requested that those subclauses be amended to allow alter ego trusts to hold prescribed annuity contracts.

From a policy perspective, it appears appropriate to permit an alter ego trust to be eligible to hold a prescribed annuity contract if all the other conditions of section 304 of the Regulations are met. This treatment would be in accordance with the treatment of the other trusts described in paragraph 104(4)(a) of the Act. Consequently, we are prepared to recommend to the Minister of Finance that amendments be made to subclauses 304(1)(c)(iv)(B)(II) and 304(l)(c)(iv)(C)(II) of the Regulations to permit an alter ego trust to hold a prescribed annuity contract. Further, we intend to recommend that the amendments apply to the taxation years that begin after 2001.

Of course, I can offer no assurance that the Minister of Finance will agree with the recommendation that I have described. Nonetheless, I hope that this statement of our position is helpful.

Thank you for bringing this matter to our attention.

Yours sincerely,

Brian Ernewein

Director, Tax Legislation Division, Tax Policy Branch[39] »

---

[39] *Legislation – Income Tax Regulations*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, voir la note ombragée qui suit le libellé de l'article 304 R.I.R.

Le 27 juin 2003, le ministère des Finances rendait public une deuxième lettre de « réconfort » à l'égard des rentes réversibles[40] détenues par une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait (« fiducies déterminées »).

Après avoir noté que les dispositions édictées à l'article 304 R.I.R. ne pourraient permettre à de telles fiducies de détenir une rente réversible pouvant se qualifier de contrat de rente prescrit, le ministère des Finances mentionne ce qui suit :

> « From a policy perspective, it appears appropriate for a last survivor annuity contract held by a specified trust to be prescribed as a prescribed annuity contract if all the other conditions of section 304 of the Regulations are met and the last survivor is the person that established the trust or the survivor as defined in that section ["survivor" is defined to include a spouse or former spouse, and a common-law partner or former common-law partner]. This treatment would be in accordance with the treatment under section 304 of the Regulations of last survivor annuity contracts held by individuals.
>
> Consequently, we are prepared to recommend to the Minister of Finance that amendments be made to section 304 of the Regulations to ensure that last survivor annuity contracts held by specified trusts as defined in section 304 of the Regulations be prescribed annuity contracts if all the other conditions of that section are met and the last survivor is the person that established the trust or the survivor as defined in that section[41]. »

Cette deuxième lettre analyse également les rentes détenues par une fiducie testamentaire. Selon les dispositions actuelles de l'article 304 R.I.R., une telle fiducie ne peut détenir un contrat de rente prescrit que si les versements de rente sont payables pour une durée déterminée. La lettre mentionne qu'une recommandation sera faite au ministre des Finances pour que la définition des types de contrat de rente pouvant être détenus par une fiducie testamentaire tout en se qualifiant de « contrat de rente prescrit » soit élargie, de façon à englober également un contrat de rente dont les versements sont payables pour la durée de vie d'un bénéficiaire qui est en droit de recevoir le revenu de la fiducie. Les mots exacts utilisés dans la lettre sont : « an annuity contract "where the payments continue for the life of any beneficiary entitled to receive the income from the trust"[42] ».

---

40 Une rente est normalement dite « réversible » lorsque les versements sont payables tant et aussi longtemps qu'un des deux conjoints est vivant.

41 « Department of Finance Comfort Letter – Last survivor annuity contracts held by joint spousal or common-law partner trusts », dans *InfoExchange – 2003*, vol. 3, Conference for Advanced Life Underwriting (CALU), 9 septembre 2003.

42 *Id.*

Le ministère des Finances a l'intention de recommander que les modifications proposées dans cette deuxième lettre s'appliquent pour les années d'imposition 2000 et suivantes. La lettre se termine en mentionnant qu'il n'y a aucune garantie que le ministre des Finances acceptera les modifications proposées.

CONCLUSION

Évidemment, il s'agit d'un survol très rapide de certaines interprétations techniques rendues récemment. Au cours des prochains mois, de nouvelles interprétations viendront clarifier un peu celles qui ont été rendues par le passé, alors que d'autres viendront préciser l'application de dispositions dont l'interprétation peut porter à ambiguïté.

PARTIE C
L'insaisissabilité : mise à jour

Élyse Lemay, avocate
Financière Sun Life

INTRODUCTION ET MISE EN CONTEXTE

Il y a un an, je traitais de l'insaisissabilité des fonds distincts.

Si vous vous souvenez bien, la jurisprudence depuis 1998[1] favorisait les créanciers et les syndics à la faillite qui ont attaqué avec succès l'insaisissabilité des régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») auprès d'assureurs et de sociétés de fiducie en invoquant l'absence de rente. La rente, rappelons-le, est une condition essentielle à l'insaisissabilité des REÉR au Québec. Les produits problématiques étaient des produits d'accumulation ou de capitalisation tels que les contrats de rente à capital variable (communément appelés fonds distincts) ou à capital garanti d'assureurs, enregistrés comme REÉR ou non (à l'exception des comptes de retraite immobilisés / fonds de revenu viagers[2]), les REÉR – rentes auprès des sociétés de fiducie. En matière collective, ces produits comprenaient les contrats de rente dans le cadre de REÉR collectifs auprès d'assureurs ou de sociétés de fiducie. Les conséquences de la perte du statut de rente auraient été graves tant pour l'industrie que pour les consommateurs.

Rappelons la définition du contrat constitutif de rente de l'article 2367 du *Code civil du Québec*[3] qui était à la source des débats :

> « Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier.

---

1 *In re Croft : Raymond Chabot et Lepage*, [1998] R.J.Q. 1917, J.E. 98-1531 (ci-après « *In re Croft* »). Les parties se sont désistées en appel. Notons que l'analyse des retraits dans le cadre d'une rente avait également été abordée par la juge Deschamps de la Cour d'appel dans l'affaire *Serge Morency & Ass.* c. *Poulin*, [1997] R.J.Q. 2421 (C.A.).

2 Ces produits sont insaisissables, indépendamment du fait que le produit en cause suit une rente. Voir *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1., art. 264.

3 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »). Avant 1994, le libellé de l'article 1787 du *Code civil du Bas-Canada* était cependant différent quoique selon plusieurs au même effet.

> Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble; s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements. »

Les deux composantes obligatoires d'une rente, selon cette définition du *Code civil du Québec*, sont les suivantes :

- l'aliénation du capital en faveur de l'assureur / société de fiducie; et
- l'obligation de l'assureur / société de fiducie d'effectuer des versements périodiques.

Selon les tribunaux, la disposition permettant d'effectuer des rachats ou retraits, généralement présente dans ce type de produits, faisait échec au critère de l'aliénation du capital du titulaire en faveur de l'assureur ou de la société de fiducie. Quant à la deuxième composante, soit l'obligation de l'assureur ou de la société de fiducie de verser une rente, les tribunaux se sont montrés satisfaits de l'engagement de l'institution financière de servir la rente généralement au moment de l'échéance de la capitalisation aux taux alors en cours chez l'institution.

L'an dernier, j'avais terminé ma présentation en disant que nous attendions des appels à la Cour suprême dans l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*[4] et, à la Cour d'appel, dans l'affaire *In re Lacroix : Raymond Chabot inc. et SSQ Société d'assurance-vie inc.*[5], que nous espérions une modification de la définition de la rente au *Code civil du Québec* et que nous nous attendions à des modifications quant aux règles sur l'insaisissabilité.

1. QUE S'EST-IL PASSÉ DEPUIS?

Pour dissiper le climat d'incertitude, l'Assemblée nationale a adopté, le 19 décembre 2002, l'article 187 du *Projet de loi 110*, s'intitulant *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*[6]. Cet article, qui est entré en vigueur le 19 décembre 2002, se lit comme suit :

---

4 J.E. 99-2329 (C.S.); *Scotia McLeod inc.* c. *Banque de Nouvelle-Écosse et Guy Thibault*, [2001] R.J.Q. 2099, J.E. 2001-1654 (C.A.) (ci-après « *Scotia McLeod* »), actuellement en appel à la Cour suprême.

5 J.E. 2001-271 (C.S.) (ci-après « *Syndic de Lacroix* »), réglé à l'amiable.

6 L.Q. 2002, c. 70.

> « Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 178 de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (L.R.Q., chapitre S-29.01) ou auprès d'un assureur.
>
> Cet article est déclaratoire, mais il ne porte pas atteinte aux droits des parties dans les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002.
>
> Cependant, les assureurs et les sociétés de fiducie qui ont conclu un contrat de rente comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital doivent indemniser le contractant, ou selon le cas, le crédirentier, le titulaire ou le bénéficiaire de ce contrat, sur demande, pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies. »

Cette disposition, qui n'apparaît pas dans le *Code civil du Québec*, mais dans une loi particulière, n'est certes pas des plus faciles à repérer! Il est donc conseillé de joindre celle-ci à votre *Code civil du Québec*!

1.1. INTERPRÉTATION DE CET ARTICLE

Depuis le 19 décembre 2002 donc, les contrats de rente comportant une clause de retrait total ou partiel n'en cessent pas moins d'être des contrats de rente, qu'ils soient constitués auprès d'une société de fiducie ou d'un assureur. Cet article est déclaratoire, c'est-à-dire que son objet est d'écarter un doute quant au sens ou à la portée du droit en vigueur, écrit ou non[7]. La composante « aliénation du capital » de la rente existe toujours, mais cet article confirme qu'une faculté de retrait ne fait pas échec à cette aliénation en faveur de l'assureur ou de la société de fiducie. L'autre composante de la rente, soit l'obligation de l'assureur ou de la société de fiducie d'effectuer des versements périodiques, doit se retrouver au contrat.

Cet article a cependant une portée rétroactive limitée : il ne s'appliquerait pas en ce qui concerne les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002 (c'est-à-dire que l'on peut penser qu'une procédure doit avoir été déposée devant un tribunal avant cette date). Aussi, en cas de saisie commencée ou terminée avant le 16 décembre 2002, l'assureur ou la société de fiducie doit indemniser le crédirentier ou le titulaire si les sommes qui devaient être insaisissables ont été saisies. À

---

7 Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 47.

l'inverse, un créancier saisissant ou un syndic ne serait pas indemnisé si l'assureur ou la société de fiducie ne leur avait pas remis les sommes.

2. ET L'INSAISISSABILITÉ DANS TOUT CELA?

Pour que les sommes ne puissent être saisies,

- elles devraient êtres versées dans un contrat de rente offert par un assureur ou une société de fiducie. Ce type de contrat permet la désignation d'un bénéficiaire en cas de décès;

- le bénéficiaire, en cas de décès, devra être nommé de façon irrévocable, ou s'il est nommé de façon révocable, il devra être le conjoint marié ou uni civilement, un enfant, le père ou la mère (bénéficiaires souvent appelés « privilégiés ») du titulaire du contrat de rente (du participant en matière collective). En ce qui concerne le conjoint de fait, un tribunal l'a reconnu à titre de bénéficiaire privilégié au même titre que le conjoint marié. Cependant, la cause a été portée en appel[8]; et

- elles ne doivent pas être retirées du contrat de rente, autrement elles perdent le privilège de l'insaisissabilité.

Notons qu'il y a des exceptions à l'insaisissabilité, telles que les dispositions sur le patrimoine familial et les saisies de la Couronne fédérale.

Cependant, on peut penser que les règles d'insaisissabilité seront modifiées dans un avenir plus ou moins rapproché. En effet, du côté québécois, le gouvernement actuel s'est dit favorable à ce que l'insaisissabilité s'applique non seulement aux rentes, mais à tous les régimes en vue de la retraite[9]. Au fédéral, le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, chargé de suggérer des réformes à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[10], a publié en 2002[11] son rapport qui, dans ses grandes lignes, prévoit que le syndic ne peut s'approprier les biens détenus dans un REÉR si le failli choisit par la suite d'immobiliser son REÉR

---

8 *In re Bagnoud : Pierre Roy et Associés inc. et Les services Investors Ltée*, [2002] R.J.Q. 2055, J.E. 2002-1432, R.E.J.B. 2002-33039.

9 *Journal de l'assurance, FlashFinance*, vol. 9, n° 7, 16 juin 2003.

10 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

11 INDUSTRIE CANADA, *Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité*, « Enjeux liés à l'insolvabilité des consommateurs », 23 avril 2002.

jusqu'à la retraite. Le syndic pourrait toutefois recouvrer les contributions versées dans les trois années précédant la faillite. Par contre, toute insaisissabilité prévue par une loi provinciale, par exemple le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*[12], serait inopposable au syndic.

3. OÙ EN EST LA JURISPRUDENCE?

- L'affaire *Syndic de Lacroix* (contrat de rente collective auprès d'un assureur dans le cadre d'un REÉR collectif)

Dans cette affaire, M. Lacroix était en faillite. La Cour supérieure a conclu que la possibilité d'opérer des retraits partiels des cotisations de l'employé dans un REÉR collectif s'opposait à la notion d'aliénation du capital. Le régime de M. Lacroix ne pouvait donc être considéré comme un contrat de rente. Les sommes peuvent donc être revendiquées par le syndic à la faillite. Le jugement a été porté en appel, mais la cause a été réglée à l'amiable par les parties à la suite de l'adoption de l'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*.

- L'affaire *Scotia McLeod* (contrat de rente auprès d'une société de fiducie dans le cadre d'un REÉR autogéré) – en appel à la Cour suprême – audition prévue pour le 4 novembre 2003.

La Cour supérieure et la Cour d'appel avaient conclu que le REÉR autogéré ne constituait pas, en ce cas, une rente au sens de l'article 2367 C.c.Q. et que l'insaisissabilité ne pouvait être opposée au créancier.

L'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives* ne s'applique pas à cette cause. Il sera donc intéressant de voir si la Cour suprême se prononcera sur le fait que la possibilité d'effectuer un retrait est incompatible avec l'aliénation du capital en faveur de la société de fiducie. Dans cette cause, un autre argument était que ce type de REÉR constituait une fiducie en droit civil et donc un patrimoine distinct, faisant en sorte qu'il y ait eu effectivement aliénation du capital en faveur de cette fiducie[13].

---

[12] L.R.Q., c. C-25.

[13] La Cour suprême s'est prononcée dans une cause récente portant sur les hypothèques mobilières avec dépossession, stipulant qu'un REÉR semblable était en fait une opération de prêt : *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant* c. *Blouin*, [2003] C.S.C. 31 (voir dissidence).

- *Bélanger* c. *Compagnie d'assurance Standard Life du Canada*[14] (rente auprès d'un assureur dans le cadre d'un REÉR) – en appel à la Cour d'appel.

Le juge de la Cour supérieure (le même juge que dans l'affaire *Syndic de Lacroix*) en vient à la même conclusion : la faculté de retrait s'oppose à la notion d'aliénation du capital. Puisqu'il ne s'agit pas d'une rente, le produit devient saisissable.

- *Marché Bernard Lemay* c. *Beljaars*[15] (contrat de rente auprès d'un assureur dans le cadre d'un compte de retraite immobilisé et d'un REÉR).

Le juge conclut à la présence d'une rente en raison de l'immobilisation des sommes. Les causes importantes sur les rentes depuis 1998 sont citées.

- *Syndic de Fortier*[16] (contrat de rente auprès d'un assureur dans le cadre d'un REÉR).

Dans cette cause, le syndic à la faillite a considéré, en 1999, que les sommes étaient insaisissables. Puis, en 2001, le syndic a changé d'idée et a présenté une requête en recouvrement du REÉR. La Cour a décidé que le titulaire n'avait pas de droit acquis à une interprétation jurisprudentielle favorable au moment de la saisie. Jusqu'à sa libération, le syndic détient la saisine des biens du failli sans égard à leur saisissabilité et il a le droit de modifier ses intentions sur la qualification du bien. La Cour n'a cependant pas statué sur l'insaisissabilité des sommes et ce litige a été réglé à l'amiable.

- *Croft* c. *Trust La Laurentienne du Canada inc.*[17]

M. Croft a déposé devant la Cour une demande d'indemnisation en vertu de l'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives* qui, rappelons-le, permet au titulaire d'être indemnisé en cas de saisie pratiquée avant le 16 décembre 2002. Ce qui est intéressant ici, c'est que M. Croft a été impliqué dans la première cause en

---

[14] *In re Bélanger*, [2002] R.J.Q. 2878, J.E. 2002-1863.

[15] [2003] R.J.Q. 1557, J.E. 2003-1137.

[16] *In re Fortier : Ginsberg, Gingras et Associés inc.* c. *London Life, compagnie d'assurance vie*, [2003] R.J.Q. 557, J.E. 2003-279.

[17] C.S. Québec, n° 200-17-003277-035.

1998[18], établissant que le droit de retrait était incompatible avec la notion de rente.

CONCLUSION

La dernière année a été marquée par l'adoption de l'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*, qui écarte le doute voulant qu'une faculté de retrait prévue dans un contrat de rente n'affecte pas le statut de ce contrat. Cet article 187 n'est cependant pas une panacée. Le contrat de rente doit en effet satisfaire les composantes décrites à l'article 2367 C.c.Q. Par ailleurs, une reconnaissance juridique des contrats de capitalisation[19] pourrait être une avenue intéressante pour l'industrie et les consommateurs.

Enfin, quant à l'insaisissabilité, on peut penser que dans un avenir plus ou moins rapproché, celle-ci ne sera pas la propriété exclusive des produits de rente.

---

18 *In re Croft*, précité, note 1.

19 Notons que ce type de contrat est reconnu par la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q. c. D-9.2, art. 3.

L'INCORPORATION DES PROFESSIONNELS DU POINT DE VUE DU PLANIFICATEUR FINANCIER

Isabelle Gagnon
CA
Gallant, Dupuis, Tremblay,
Sauvageau, CA

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 55:3

1. CADRE LÉGISLATIF 55:3

1.1. RÈGLEMENT SUR L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE COMPTABLE AGRÉÉ EN SOCIÉTÉ 55:4
1.2. RÈGLEMENTS DES AUTRES PROFESSIONS 55:5

2. PRÉSENTATION D'UN CAS TYPE 55:6

2.1. SITUATION ACTUELLE D'UN POINT DE VUE LÉGAL 55:6
2.2. SITUATION ACTUELLE D'UN POINT DE VUE FISCAL 55:7

3. TRANSFERT DE L'ENTREPRISE D'UNE SENC À UNE SENCRL 55:8

3.1. ASPECTS LÉGAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS 55:8

3.2. ASPECTS FISCAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS 55:8

4. TRANSFERT DE L'ENTREPRISE D'UNE SENC À UNE SPA 55:9

4.1. ANALYSE PRÉALABLE AU TRANSFERT 55:9
4.2. ASPECTS LÉGAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS 55:11
4.3. ASPECTS FISCAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS 55:11
4.3.1. Dissolution de la SENC et transfert d'actifs à la SPA 55:12
4.3.2. Transfert des participations à la SPA 55:13
4.3.3. Transfert d'actifs de la SENC à la SPA et liquidation de la SENC 55:14

CONCLUSION 55:15

INTRODUCTION

Le planificateur financier est appelé à conseiller ses clients sur plusieurs aspects de leur planification financière. De ce fait, il se doit d'être constamment au courant des développements légaux et fiscaux propres aux entreprises de ses clients. Les professionnels forment une part importante de la clientèle de bon nombre de planificateurs financiers et les changements qui affectent les professionnels sont nombreux depuis quelques années.

Un des plus importants changements est sans contredit la possibilité pour les professionnels d'incorporer leur pratique, possibilité qui existe depuis cette année pour les comptables agréés et qui sera une réalité pour les autres professionnels dans un avenir rapproché.

Quels sont les fondements légaux et commerciaux de ces changements et quelles sont les considérations dont il faut tenir compte lorsque nous devons conseiller nos clients qui souhaitent changer leur cadre d'exercice? Telles sont les questions auxquelles nous tenterons de répondre dans les pages qui suivent.

1. CADRE LÉGISLATIF

Depuis plusieurs années, certains ordres professionnels réclamaient pour leurs membres le droit d'exercer leur profession par le biais d'une société par actions (ci-après « SPA »). Les arguments invoqués pour justifier cette demande étaient, entre autres, le fardeau de la responsabilité conjointe et solidaire pour les associés d'une société en nom collectif (ci-après « SENC »), l'impossibilité d'effectuer une planification fiscale à l'aide d'une SPA et la concurrence des autres provinces permettant l'incorporation de leurs professionnels.

C'est finalement en juin 2001 que le gouvernement québécois fit un premier pas dans le but de permettre aux professionnels de choisir le cadre d'exercice de leur profession. Le *Code des professions*[1] fut modifié, permettant ainsi aux ordres professionnels de changer leurs règlements respectifs pour permettre l'exercice des professions par le biais d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL ») ou d'une SPA. La décision de modifier le *Code des professions* évite donc au gouvernement de modifier chacune des lois en vigueur régissant les quelque

[1] L.R.Q., c. C-26.

45 professions prévues par le *Code des professions* ou d'avoir à attendre un consensus sur une loi commune à toutes les professions.

La décision de permettre ou non une modification revient donc à chaque ordre professionnel et les projets de modifications sont soumis à un processus d'approbation complexe.

Il n'est donc pas étonnant que bien que le *Code des professions* ait été modifié en juin 2001, une seule profession, celle de comptable agréé (ci-après « CA »), a jusqu'à maintenant complété le processus et modifié son règlement. Plusieurs ordres professionnels sont toutefois très avancés dans le processus. C'est le cas entre autres des avocats et des notaires, dont les règlements respectifs pourraient entrer en vigueur d'ici la fin de l'année 2003.

1.1. RÈGLEMENT SUR L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE COMPTABLE AGRÉÉ EN SOCIÉTÉ

Depuis le 20 février 2003, le *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société*[2] est entré en vigueur en même temps que le nouveau *Code de déontologie des comptables agréés*[3]. Les principaux éléments des modifications sont :

a) permettre l'association avec des membres d'autres professions, par exemple des avocats, des notaires ou des ingénieurs;

b) permettre de choisir le cadre juridique d'exercice, soit la SENCRL ou la SPA;

c) continuer toutefois d'assurer la protection du public.

Brièvement, les CA pourront maintenant s'associer avec des membres d'autres professions; toutefois ils devront détenir plus de 50 % des droits de vote dans une société offrant des services de certification, que cette société soit une SENC, une SENCRL ou une SPA.

Les caractéristiques d'une SENCRL sont les suivantes :

---

2 R.R.Q., c. C-48, r. 2 (ci-après « règlement »).

3 R.R.Q., 1981, c. C-48, r. 2.

a) l'associé n'est pas tenu personnellement responsable des obligations de la société découlant des fautes professionnelles d'un associé;

b) les associés doivent indiquer leur choix d'exercer en SENCRL dans un contrat écrit, contrat qui peut être distinct du contrat de société;

c) la dénomination sociale doit faire état du choix en présentant le sigle SENCRL ou l'expression au long.

Les différences les plus marquantes entre SENC et SENCRL sont donc au niveau de la responsabilité, qui se limite maintenant aux propres fautes de l'associé ainsi qu'aux fautes commises par le personnel sous sa supervision, et de l'obligation d'avoir un contrat écrit. En effet, plusieurs professionnels n'ayant jamais senti le besoin de formaliser leur entente n'avaient pas de contrat de société écrit régissant la SENC. S'ils choisissent d'opter pour la SENCRL, ils devront maintenant rédiger une entente contenant au minimum les informations requises par le règlement.

Les caractéristiques de la SPA sont plus connues, donc nous n'en ferons pas la liste ici. Toutefois, il faut ajouter que les statuts constitutifs des SPA de comptables agréés devront contenir une série d'informations exigées par le règlement. Il semble donc impossible pour l'instant d'utiliser les chartes plus standard que nous rencontrons habituellement pour les SPA.

Une autre des conditions à respecter sera l'obligation de détenir des assurances excédentaires, c'est-à-dire en plus de celles que les CA ont déjà l'obligation de maintenir, d'au moins 1 M$ par réclamation et pour l'ensemble des réclamations, et ce, pour une période de 12 mois. Le montant est réduit à 500 000 $ pour un CA qui exerce seul dans une SPA.

Finalement, un avis écrit devra être transmis aux clients dans le cas où la SENC continuera en SENCRL ou qu'une SPA sera formée pour exercer les activités professionnelles.

1.2. RÈGLEMENTS DES AUTRES PROFESSIONS

Les avocats et les notaires ont opté pour des règlements semblables à celui adopté par les CA, avec quelques modifications toutefois. Pour ce qui est des médecins, il semble que leur règlement sera aussi très semblable à celui des CA.

Les dentistes travaillent eux aussi sur un projet de règlement; ils souhaitent le présenter à leurs membres d'ici novembre 2003.

Les chiropraticiens suivent de près ce que les autres professions adoptent et comptent entreprendre le travail sous peu.

Comme le but du présent texte est de présenter les opportunités de planification qui s'offriront aux professionnels, nous invitons les lecteurs qui souhaitent approfondir l'aspect légal de la réglementation à consulter les autres textes publiés à l'APFF sur le sujet, entre autres, celui de M. Alain Ménard, présenté lors d'un récent colloque de l'APFF[4].

2. PRÉSENTATION D'UN CAS TYPE

Pour bien illustrer l'impact des changements, nous vous présentons un cas type qui sera utilisé tout au long du présent texte et qui nous permettra de constater l'impact des différentes options qui s'offriront aux professionnels une fois les règlements adoptés.

La situation est celle de M. Pierre Comptable, CA, exerçant sa profession au sein d'une SENC comprenant deux associés, Mme Jeanne Fiscaliste, CA, et lui-même. Le revenu net total de la société s'élève à environ 450 000 $ annuellement et il est réparti entre les deux associés à raison de 50 % chacun, conformément à l'entente entre eux. La société est responsable des dépenses communes des associés, par exemple le loyer et les salaires, mais chaque associé est responsable de ses propres frais de déplacement et de représentation, ce qui permet à chacun d'engager le niveau de dépenses qu'il juge raisonnable, sans pénaliser son associé.

2.1. SITUATION ACTUELLE D'UN POINT DE VUE LÉGAL

Parce qu'il exploite actuellement son entreprise par le biais d'une SENC, M. Comptable est responsable conjointement et solidairement des actes professionnels posés par son associée. Par exemple, dans le cas où une poursuite serait engagée contre la société à la suite d'une faute professionnelle commise par Mme Fiscaliste, les biens de la société seraient utilisés en premier pour payer les indemnités, le cas échéant. Par contre, si les biens de la société et les assurances responsabilité s'avéraient insuffisants, les biens personnels de M. Comptable pourraient être engagés

---

4 Alain MÉNARD, « Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société », dans *Colloque – Les nouveaux véhicules juridiques d'exercice des activités professionnelles – une révolution !*, 114, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001.

également, ceci malgré le fait que M. Comptable n'aurait pas été mis en cause personnellement lors de la poursuite.

2.2. SITUATION ACTUELLE D'UN POINT DE VUE FISCAL

Le tableau suivant donne un exemple des impôts payables pour une année par M. Comptable en fonction des données présentées ci-dessus.

M. Pierre Comptable

Déclaration de revenus 2003

Revenus nets de profession (part de M. Comptable seulement, soit 50 %)	225 000 $
Dépenses de l'associé :	
Frais de déplacement	7 500 $
Frais de représentation (déductibles à 50 %)	4 500 $
Cotisation professionnelle	1 000 $
Revenu imposable	212 000 $
Impôt sur le revenu	93 000 $
Montant disponible pour M. Comptable	119 000 $

L'impôt est calculé avec les taux d'impôt des particuliers de l'année 2003 et ne tient pas compte des mesures annoncées dans le Budget provincial du 12 juin 2003 en ce qui concerne les frais de représentation[5].

[5] La dépense déductible pour les frais de représentation serait limitée à 1 % du chiffre d'affaires de la société attribuable à M. Comptable, au provincial, si les mesures du Budget étaient adoptées comme elles furent proposées.

3. TRANSFERT DE L'ENTREPRISE D'UNE SENC À UNE SENCRL

Dans les faits, l'entreprise n'a pas à être transférée de la SENC à la SENCRL. Il s'agit plutôt d'une procédure juridique de continuation de l'exploitation dans un cadre différent. Nous avons exposé ci-dessus les différences entre une SENC et une SENCRL et il semble que chaque ordre professionnel aura une procédure permettant la continuité d'une SENC vers une SENCRL. Cette procédure impliquera dans tous les cas de fournir certaines informations à l'ordre professionnel et probablement, dans plusieurs cas, la transmission d'un avis écrit aux clients les informant du changement.

3.1. ASPECTS LÉGAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

Les impacts légaux de la continuation sont relativement minimes, si ce n'est l'obligation de divulgation imposée par l'ordre professionnel, qui varie d'un ordre à l'autre, et de l'obligation de faire état du choix dans un document écrit.

Les avantages de la continuation en SENCRL sont plus faciles à mettre en évidence. En effet, la responsabilité limitée signifie qu'à compter du moment du changement, le professionnel n'est plus personnellement responsable des fautes commises par ses associés ou par les professionnels sous la supervision de ses associés. Il est désormais responsable uniquement de ses propres fautes, ainsi que de celles des employés sous sa supervision.

Il faut toutefois préciser que la responsabilité solidaire et conjointe demeure pour tous les actes passés de la SENC, c'est-à-dire avant le changement vers la SENCRL, ainsi que pour les autres obligations de la SENCRL contractées dans l'exploitation de l'entreprise, par exemple les baux, les dettes ou les contrats de travail.

Les inconvénients sont bien sûr la lourdeur administrative du processus de continuation et, également, l'obligation d'un contrat écrit pour la SENCRL.

3.2. ASPECTS FISCAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

Il n'y a aucun impact fiscal au moment de la continuation d'une SENC en SENCRL puisque c'est un processus qui n'entraîne aucune disposition d'actif, ni échange de parts d'aucune sorte.

Cette absence d'impact fiscal est certainement un des principaux avantages de la SENCRL par rapport à la SPA. De plus, dans certaines circonstances, les règles fiscales avantagent l'utilisation de la SENCRL par rapport à l'utilisation de la SPA. Par exemple, dans le cas de M. Comptable, la SENCRL lui permettrait de continuer à choisir le montant qu'il souhaite dépenser en frais de représentation sans avoir à s'entendre au préalable avec son associée sur les montants, les frais de représentation faisant partie des dépenses qu'il peut déduire de son revenu provenant de la SENCRL. Ce genre de dépense n'est pas déductible contre du revenu d'emploi ou du dividende qui seraient, nous le verrons plus loin, les modes de rémunération possibles avec une SPA. Donc, toute dépense de cette nature devant obligatoirement passer par la SPA, il faudrait évidemment que les deux associés soient d'accord pour encourir la dépense.

Dans le futur, les déclarations de revenus de M. Comptable présenteront une situation identique à celle qui aurait été présentée si l'exploitation avait continué dans la SENC, puisque par rapport à la SENC, la fiscalité de la SENCRL est identique. D'un point de vue strictement fiscal, un professionnel serait donc indifférent face aux deux options.

4. TRANSFERT DE L'ENTREPRISE D'UNE SENC À UNE SPA

Avant de choisir cette option, plusieurs éléments tant légaux que fiscaux sont à considérer. En effet, d'un point de vue légal, la SPA est une entité totalement différente de la SENC et les exigences des ordres professionnels pourront varier d'un à l'autre; il sera donc important pour un professionnel d'être bien informé avant d'entamer la procédure, et ce, dans le but de se conformer en tout temps aux règlements de sa profession.

D'un point de vue fiscal, également, les impacts peuvent être nombreux, tant au moment du transfert que par la suite, puisque les règles fiscales applicables aux SPA sont bien différentes de celles applicables aux SENC.

4.1. ANALYSE PRÉALABLE AU TRANSFERT

En général, le professionnel consultera un fiscaliste afin d'obtenir une analyse et possiblement aussi une recommandation concernant la pertinence du transfert de son entreprise vers une SPA.

D'un point de vue légal, l'analyse, comme nous le verrons plus loin, fera ressortir les avantages et les inconvénients de chaque structure ainsi que du transfert lui-même.

D'un point de vue fiscal, il s'agira de comparer les impôts payables dans la situation actuelle et les impôts payables sur les mêmes revenus gagnés par le biais d'une SPA. Le résultat de cette analyse pourrait être présenté de la façon suivante :

M. Pierre Comptable

Comparaison des revenus d'une SENC et d'une SPA

	SENC	SPA
Revenu net de profession	450 000 $	450 000 $
Impôt de la SPA	N/A	122 000 $
Montant disponible pour distribution aux actionnaires	N/A	328 000 $
Part de M. Comptable	225 000 $	164 000 $
Impôt sur le dividende à l'actionnaire	N/A	47 000 $
Impôt sur le revenu de profession	100 000 $	N/A
Montant disponible pour M. Comptable	125 000 $	117 000 $

Dans cette situation, l'analyse de base n'est pas en faveur de la SPA. Toutefois, dans la plupart des cas, il faudra pousser un peu plus loin l'analyse fiscale afin d'examiner d'autres possibilités de planification, comme le fractionnement de revenu avec des membres de la famille, la possibilité d'utiliser l'exonération du gain en capital sur la disposition éventuelle des actions ou la possibilité d'obtenir un avantage fiscal lors du transfert de la clientèle.

En défaveur de la SPA, nous devons aussi ajouter l'impact de la taxe sur le capital, l'impossibilité pour l'actionnaire de déduire des dépenses d'affaires de son revenu de dividende ou de son salaire et les frais annuels de maintien de la SPA, entre autres la production d'une déclaration de revenus supplémentaires pour la SPA.

4.2. ASPECTS LÉGAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

Analysons maintenant la situation de M. Comptable d'un point de vue légal afin de faire ressortir les éléments utiles à la prise de décision :

a) le transfert de l'entreprise à une SPA nécessite la création d'une société qui respecte les règlements de l'Ordre des comptables agréés du Québec (ci-après « OCAQ »);

b) même si M. Comptable détenait déjà une SPA, s'il veut l'utiliser pour y transférer les activités de son cabinet, il devra dans un premier temps faire les modifications requises à ses statuts constitutifs;

c) la SPA nécessite également le dépôt d'un certificat d'immatriculation auprès de l'Inspecteur général des institutions financières;

d) les actions émises doivent également respecter le règlement, de même que le choix des administrateurs de la société;

e) les formalités administratives reliées au transfert sont nombreuses, par exemple, l'envoi d'un avis à l'ordre et aux clients, le choix d'une dénomination sociale respectant le règlement;

f) il faudra obtenir une ou plusieurs soumissions pour l'assurance responsabilité excédentaire exigée par l'OCAQ.

Comme dans le cas de la SENCRL, l'avantage le plus important d'un point de vue légal est sans contredit la responsabilité limitée pour les deux associés. Cette responsabilité limitée s'applique seulement à compter du transfert dans la SPA et pour les actes futurs posés par la SPA.

Les inconvénients sont la lourdeur du processus administratif, le grand nombre d'exigences imposées par le règlement et les coûts reliés au maintien d'une SPA et au respect de ses obligations.

4.3. ASPECTS FISCAUX, AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

Les impacts fiscaux devront être présentés en trois sections puisqu'il y a trois façons d'effectuer le transfert d'une SENC à une SPA, une fois les formalités légales de constitution complétées.

4.3.1. Dissolution de la SENC et transfert d'actifs à la SPA

Lors de la dissolution d'une SENC, la *Loi de l'impôt sur le revenu*[6] permet que les biens soient remis aux associés sans impact fiscal, pour autant que l'on respecte certaines conditions[7] :

a) tous les biens de la SENC sont attribués aux associés;

b) chaque associé reçoit un droit indivis dans chaque bien au prorata de sa participation dans la SENC;

c) les formulaires fiscaux prescrits sont complétés et produits aux autorités fiscales.

Pour l'associé, la dissolution constitue une disposition de sa participation dans la SENC, disposition qui s'effectue ordinairement sans impact fiscal.

Une fois les parts indivises dans les biens remises aux associés, ceux-ci les transfèrent dans la SPA en se prévalant des dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. et son équivalent provincial. Des contrats constatant le transfert doivent être rédigés. La loi exige également que des formulaires prescrits soient produits dans le but de déclarer qu'un roulement a eu lieu.

En échange des biens, les associés reçoivent des actions de la SPA. Les actions remises lors de cette transaction ne doivent pas faire en sorte que le règlement de l'ordre ne soit plus respecté, ce qui pourrait se produire si certaines des actions émises à des non-membres comportaient un droit de vote, par exemple.

Il faut noter que le transfert des biens par les associés à la SPA sera assujetti aux taxes de vente et que, pour récupérer les taxes, les associés devront obtenir des numéros d'inscription à la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et à la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ »).

---

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

7 Par. 98(3) L.I.R. et son équivalent provincial.

4.3.2. Transfert des participations à la SPA

Un des articles de roulement prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet à un contribuable de transférer un bien à une SPA sans impact fiscal[8]. Cet article permet donc à un associé de transférer sa participation dans la SENC. Une fois toutes les participations transférées, la SPA devient la seule associée de la SENC, provoquant ainsi l'application du paragraphe 98(5) L.I.R. Ce paragraphe s'applique lorsque la SENC cesse d'exister et que les conditions suivantes sont réunies :

a) dans les trois mois qui suivent le roulement, une seule personne, qui était associée, continue l'exploitation de l'entreprise;

b) la SPA utilise un bien d'entreprise qui était auparavant utilisé par la SENC;

c) la SPA a reçu le bien à titre de produit de disposition de sa participation dans la SENC.

La première étape de cette façon de procéder est donc que chaque associé, un à la fois[9], transfère sa participation dans la SENC à la nouvelle SPA contre des actions et d'autres biens, ou contre des actions seulement. Des contrats constatant les transferts doivent être rédigés et les formulaires prescrits doivent être déposés auprès des autorités fiscales. Quand tous les associés ont transféré leur participation, il ne reste qu'une seule associée, soit la SPA. La SENC est dissoute et ses biens sont remis à l'associée unique, la SPA.

Cette façon de faire peut être avantageuse sur le plan fiscal, car elle permet d'augmenter la valeur fiscale de certains biens lorsque le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la participation d'un associé est plus élevé que le coût indiqué des biens transférés à la SPA (le *bump-up*). De plus, il est possible d'effectuer un choix pour que le transfert des biens de la SENC à la SPA, au moment de la dissolution, ne soit pas assujetti aux taxes de vente et que le transfert des participations soit exonéré. L'impact en taxes de vente peut donc être nul. Par contre, il sera nécessaire de produire les formulaires prescrits et les deux entités devront être inscrites au préalable.

---

8 Par. 85(1) L.I.R.

9 Cette façon de procéder, un à la fois, est importante pour que l'on puisse considérer que la SPA a été associée de la SENC avant la dissolution et ainsi permettre le transfert des biens sans impact fiscal.

Il est important de noter que si le PBR de la participation était inférieur au montant reçu au moment du transfert, les conséquences fiscales pour l'associé seraient néfastes puisqu'il y aurait déclenchement d'un gain en capital immédiat.

4.3.3. Transfert d'actifs de la SENC à la SPA et liquidation de la SENC

Une dernière possibilité est de transférer tous les actifs de la SENC à la SPA. Un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet le roulement des biens sans impact fiscal[10], comme dans le cas d'un particulier qui souhaite transférer des biens à une SPA. En échange du transfert, la SENC reçoit des actions de la SPA et peut aussi recevoir d'autres valeurs, soit un billet ou de l'argent, pour autant que les limites du paragraphe 85(2) L.I.R. soient respectées. Par la suite, la SENC est dissoute et les biens, qui sont composés maintenant uniquement d'actions de la SPA, sont remis aux associés, qui deviennent donc, par le fait même, actionnaires de la SPA.

Cette façon de procéder implique une évaluation de tous les biens de la SENC, incluant l'achalandage, ce qui est parfois plutôt ardu. Les contrats et les formulaires prescrits relatifs au roulement sont aussi à préparer.

Le transfert et la liquidation se font sans impact fiscal, dans la mesure où les bonnes valeurs sont choisies pour le roulement. La liquidation doit aussi être faite dans les 60 jours suivant le roulement afin que la liquidation puisse s'effectuer sans impact fiscal.

L'avantage principal de cette méthode est que malgré la nécessité d'évaluer les biens, il semble que ce soit la plus simple. Un choix est également possible au niveau des taxes de vente (TPS et TVQ) afin d'éviter le paiement des taxes.

Par contre, pour que le roulement s'applique, il faut que tous les biens soient transférés à une seule SPA. Il serait donc impossible de répartir la SENC entre plusieurs SPA. Par ailleurs, il ne semble pas y avoir d'inconvénients fiscaux majeurs avec ce type de transaction.

---

[10] Par. 85(2) L.I.R.

CONCLUSION

Comme nous pouvons le constater, le choix de la nouvelle structure n'est pas simple et nécessite une bonne compréhension des aspects légaux et fiscaux de la pratique du professionnel que nous conseillons. L'analyse à effectuer est également complexe et devra s'appuyer autant sur les considérations légales, comme les règlements des différents ordres professionnels et les contrats de sociétés, que sur les aspects financiers et fiscaux.

Cette décision pouvant avoir des répercussions sur l'entreprise pour plusieurs années, il est important que tous les conseillers soient impliqués dans l'analyse, tant les conseiller juridiques que les comptables et les conseillers financiers. Ceci permettra de s'assurer que tous les éléments ont été pris en considération et la décision finale, revenant aux professionnels, n'en sera que plus éclairée.

FISCALITÉ PROVINCIALE

PARTIE A
Rapport du président du Comité d'échanges du ministère du Revenu du Québec – APFF

Paul Ryan, avocat
Ravinsky Ryan

PARTIE B
Table ronde sur la fiscalité provinciale

Coordonnateur
Daniel Bourgeois, BAA, M. Fisc., LL. B., avocat
Pothier Delisle, Société d'avocats

Guy Chabot, FCA
Mallette

René Roy, avocat, CA
Flynn, Rivard

Louis Tassé, avocat
Fasken Martineau

René Martineau, avocat, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec

Josée Morin, avocate, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec

Ginette Pelland, avocate, CGA, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec

Agathe Simard, avocate, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec

Paul Bergeron, avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances du Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PAUL RYAN)
Rapport du président du Comité d'échanges du ministère du Revenu du Québec – APFF 56:5

PARTIE B
Table ronde sur la fiscalité provinciale

1. IMPÔT DES PARTICULIERS 56:17

1.1. ENGAGEMENT DE NON-CONCURRENCE 56:17
1.2. PÉNALITÉ POUR INFORMATION TROMPEUSE 56:18
1.3. CALCUL DE L'AVANTAGE IMPOSABLE 56:19
1.4. CALCUL DE L'AVANTAGE IMPOSABLE – BONI FORFAITAIRE ET FRAIS DE FORMATION 56:21
1.5. IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT ET PROPOSITION CONCORDATAIRE 56:22
1.6. ALLOCATION POUR VÉHICULE MOTEUR – ALLOCATION FORFAITAIRE 56:24
1.7. ARTICLE 726.14R2 DU *RÈGLEMENT SUR LES IMPÔTS* – ACTIONS PRESCRITES – NOTION DE LIEN DE DÉPENDANCE NOUVELLEMENT PRÉVU À L'ARTICLE 18 L.I. – BÉNÉFICIAIRE DE FIDUCIE 56:25

2. IMPÔT DES SOCIÉTÉS 56:27

2.1. DÉDUCTIBILITÉ DES AMENDES ET PÉNALITÉS 56:27
2.2. ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC, EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE ET SOCIÉTÉ DE GESTION 56:29
2.3. INCORPORATION DES PROFESSIONNELS 56:30
2.4. DÉDUCTIBILITÉ DES DOMMAGES-INTÉRÊTS PAR DES PROFESSIONNELS EXERÇANT EN SENCRL OU EN SPA 56:32
2.5. TAXE SUR LE CAPITAL 56:34
2.6. FRAIS DE REPRÉSENTATION – PLAFOND DU 1 % 56:35
2.7. CONGÉ FISCAL DE CINQ ANS ET SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PUBLIQUE 56:37
2.8. DÉDUCTION RELATIVE AUX ENTREPRISES DE FABRICATION ET DE TRANSFORMATION – ACTIVITÉS ADMISSIBLES 56:40
2.9. CHOIX ET DÉSIGNATIONS – MESURES FISCALES POUR PRÉSERVER L'ASSIETTE FISCALE DU QUÉBEC 56:41

3. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 56:45

3.1. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 56:45

3.2. RGAÉ – QUESTION SUR UN CAS PARTICULIER 56:46

4. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE 56:48

4.1. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE – COTISATIONS FÉDÉRALES ET PROVINCIALES 56:48
4.2. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE 56:49
4.3. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE – DIVIDENDE 56:50

5. ADMINISTRATION FISCALE 56:51

5.1. MODIFICATIONS AU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* 56:51
5.2. DATE D'EXIGIBILITÉ DU SOLDE D'IMPÔT ET CALCUL DES INTÉRÊTS 56:51
5.3. CALCULS DES ACOMPTES PROVISIONNELS ET RENONCIATION AUX INTÉRÊTS ET PÉNALITÉS PAR LE MINISTÈRE 56:52

PARTIE A
RAPPORT DU PRÉSIDENT DU COMITÉ D'ÉCHANGES DU MINISTÈRE DU REVENU DU QUÉBEC – APFF

Paul Ryan
Avocat
Ravinsky Ryan

Il me fait plaisir de vous communiquer mon rapport comme président du Comité d'échanges MRQ – APFF au cours de la dernière année.

L'année qui s'achève a surtout été une année de transition, de telle sorte que le Comité ne s'est pas réuni.

En effet, en plus de la retraite du président-directeur général de l'APFF, M. Yvon L. Caron, la dernière année a été marquée par un changement de gouvernement et le départ vers d'autres défis de la sous-ministre du Revenu, Mme Francine Martel-Vaillancourt, qui a été remplacée par Mme Diane Jean.

Nous profitons d'ailleurs de l'occasion pour remercier sincèrement Mme Martel-Vaillancourt de sa participation active aux activités de l'APFF et de l'esprit d'ouverture qu'elle a toujours manifesté envers l'APFF et ses membres. Nous lui souhaitons tout le succès qu'elle mérite dans ses nouvelles fonctions.

Nous souhaitons également la bienvenue à Mme Diane Jean, qui, malgré ses nombreuses occupations, a déjà eu la gentillesse de participer à deux activités de l'APFF depuis son entrée en poste, soit un déjeuner-causerie donné à Montréal le 16 septembre 2003 et une rencontre informelle avec les membres de l'APFF de la région de Québec le 25 septembre 2003.

Sans aucun doute, ces activités tracent la voie à une relation fructueuse entre l'APFF et la nouvelle sous-ministre.

Depuis plusieurs années, l'APFF demandait que le MRQ lui donne la possibilité de faire ses commentaires à l'avance, lorsque le MRQ s'apprête à publier des interprétations importantes.

Compte tenu que la nouvelle pénalité administrative des tiers est un sujet qui préoccupe fortement les membres des divers organismes professionnels qui conseillent les contribuables, l'APFF est heureuse d'avoir été consultée à l'égard du projet de bulletin d'interprétation du MRQ concernant cette pénalité.

Après diverses rencontres à l'interne, l'APFF a d'ailleurs soumis au MRQ un rapport étoffé à ce sujet en mai 2003.

Finalement, les années impaires sont l'occasion choisie par l'APFF pour sonder ses membres à l'égard de leur degré de satisfaction dans leurs relations avec les autorités fiscales.

Au cours des dernières semaines, plusieurs d'entre vous avez donc été contactés pour donner vos commentaires sur votre relation avec le MRQ ou avec l'ADRC.

Les résultats préliminaires du sondage concernant le MRQ qui m'ont été communiqués ces derniers jours montrent généralement une situation très stable par rapport à celle qui prévalait en 2001, comme l'indique l'extrait de ces résultats préliminaires qui est publié en annexe du présent rapport.

Au niveau de la vérification, c'est toujours la formation technique qui est le talon d'achille du MRQ selon les membres de l'APFF, comme l'indiquent les résultats obtenus tant au niveau de la compréhension des faits et du droit qu'au niveau de la formation technique comme telle. On note d'ailleurs une légère baisse dans ces résultats par rapport au sondage précédent, qui est sans aucun doute attribuable à l'embauche d'un grand nombre de nouveaux vérificateurs, dont plusieurs sont engagés sur la base de contrats temporaires.

Il s'agira donc d'une situation à suivre et l'APFF réitère à cet égard le message déjà lancé au MRQ, selon lequel elle est intéressée et disponible à participer aux activités de formation du MRQ et à assister le MRQ à cet égard.

Sur un plan positif, on note que les membres de l'APFF sont de plus en plus satisfaits de l'accès qui leur est donné aux dossiers de vérification du MRQ. Malgré que le score du MRQ demeure relativement bas, on note également, depuis 1999, une amélioration croissante de la perception des membres de l'APFF à l'égard des efforts déployés par le MRQ pour régler les dossiers dès le stade de la vérification, afin d'éviter des procédures d'opposition et d'appel aussi longues que coûteuses.

Au niveau de la perception des comptes, la situation est très stable.

En particulier, les membres de l'APFF ne semblent pas tout à fait satisfaits de la précision des états de compte qui leur sont soumis, mais ils semblent considérer que le percepteur remédie à la situation par les explications additionnelles qu'il fournit. En général, les membres semblent aussi satisfaits du fait que des communications ont lieu avec les contribuables, avant que des procédures soient entreprises.

Au niveau des oppositions, il est d'abord remarquable de constater que le degré de satisfaction des membres de l'APFF quant à la compréhension des dossiers est beaucoup plus élevé qu'au niveau de la vérification. La formation technique ne semble donc pas remise en question à ce niveau, où oeuvrent généralement des fonctionnaires d'expérience.

Au niveau des délais, même si le taux de satisfaction n'est pas encore aussi élevé qu'il devrait l'être, on doit souligner une nette amélioration.

Finalement, pour ce qui est de l'attitude de l'agent d'opposition, de son désir de régler les dossiers et de l'objectivité dont il fait preuve, on note une très légère baisse. Tout en comprenant que le rôle joué par les agents d'opposition fait en sorte que le score ne peut être parfait, une amélioration de ce résultat serait tout de même souhaitable.

Dans un monde de plus en plus complexe et en présence de contribuables et de représentants toujours plus exigeants, le secteur de l'information technique est sans doute celui qui présente au MRQ les défis les plus difficiles.

Les résultats de 2003 montrent à cet égard une légère baisse du taux de satisfaction et les scores concernant la rapidité de réaction du MRQ aux demandes écrites des contribuables méritent une attention particulière.

Les efforts déployés par le MRQ au niveau des formulaires continuent à être remarqués par les membres de l'APFF comme en témoignent les résultats très positifs obtenus par le MRQ à ce sujet dans le sondage 2003.

Il est permis d'espérer que le Comité des formulaires, auquel un membre de l'APFF était invité à participer et qui avait été très actif dans le passé, reprenne ses activités au cours de la prochaine année.

Finalement, la section du sondage portant sur l'éthique, la déontologie et l'équité a été ajoutée au sondage en 2001, de telle sorte que nous ne disposons pas de résultats comparatifs pour 1995 et 1999.

Encore une fois, les efforts du MRQ semblent porter fruits, puisqu'on note une légère amélioration des résultats. Les résultats obtenus au niveau du « bénéfice du doute » et de la « bonne foi » montrent toutefois que le MRQ doit retrousser ses manches et continuer ses efforts pour convaincre les membres de l'APFF et les contribuables en général de ses intentions à cet égard.

Je ne pourrais terminer ce rapport sans souligner la contribution exceptionnelle du MRQ aux activités internationales de l'APFF. Comme vous le savez, l'APFF est de plus en plus sollicitée pour assister des pays moins développés que le Canada à développer leur système fiscal et leur administration fiscale.

La participation bénévole du MRQ à ces projets a permis à ces pays de bénéficier de la vaste expérience et de la grande expertise du MRQ dans l'administration des lois fiscales québécoises.

Nous tenons également à remercier chaleureusement tous les fonctionnaires de l'APFF qui, comme par le passé, ont participé en grand nombre aux autres activités organisées par l'APFF tout au long de l'année.

Je remercie aussi tous les membres du Comité pour leur grande disponibilité et la qualité de leur travail, en invitant les autres membres de l'APFF qui souhaitent se joindre à nous ou nous soumettre des idées à ne pas hésiter à nous faire signe.

ANNEXE

Sondage 2003

Vérification

	1995	1999	2001	2003
Flexibilité/date	67,0	70,3	68,2	72,9
Compréhension faits et droit	43,0	41,9	50,0	44,8
Formation technique	48,0	39,7	46,3	44,4
Opportunité pour le client de donner son point de vue	63,8	62,7	66,9	67,0
Efforts pour régler	44,3	42,5	45,8	48,2
Objectivité du superviseur	55,1	53,7	53,9	52,5
Accès au dossier de vérification	40,3	49,9	49,2	56,3

ANNEXE (SUITE)

Perception

	1995	1999	2001	2003
Précision des états de compte	42,1	48,2	44,7	41,7
Informations additionnelles fournies par le percepteur	62,7	69,7	69,4	70,8
Communications préprocédures	56,7	63,3	67,1	65,9
Perception tient compte de la capacité de payer	40,2	47,8	47,7	47,9
Volonté de négocier arrangement avant procédures	54,1	57,6	60,1	62,9

ANNEXE (SUITE)

Oppositions

	1995	1999	2001	2003
Délais avant de contacter client	43,2	43,5	48,8	56,6
Compréhension du cas	61,6	60,9	62,4	63,7
Approche trop légaliste	65,0	62,0	59,6	58,3
Objectivité	50,0	51,5	54,0	51,9
Efforts pour régler	58,5	56,1	54,3	53,8

ANNEXE (SUITE)

Informations techniques

	1995	1999	2001	2003
Téléphone				
Facilité d'accès	46,8	47,3	46,1	42,4
Fiabilité de la réponse	52,7	47,3	50,5	49,8
Écrit				
Rapidité de la réponse	34,2	34,6	40,9	38,7
Fiabilité de la réponse	58,6	56,5	58,5	53,1
Interprétations techniques				
Rapidité de la réponse	46,2	46,1	45,6	45,5
Décisions anticipées				
Efficacité du système	61,2	58,3	61,5	58,7
Rapidité de la réponse	54,6	53,6	57,3	52,0
Bulletins d'interprétation				
Clarté	70,2	71,0	69,2	68,0
Rapidité des mises à jour	42,7	40,4	37,7	41,5

ANNEXE (SUITE)

Formulaires

	1995	1999	2001	2003
Accessibilité	71,1	75,6	79,2	82,3
Adoption rapide	43,8	50,8	54,0	57,9
Répondent aux objectifs	61,1	59,2	64,2	65,5

Éthique / Déontologie / Équité

	2001	2003
Priorité de traiter le client de façon juste, équitable et impartiale	50,9	53,3
Bénéfice du doute accordé au client	30,8	32,9
Bonne foi du client présumée	37,2	38,3
Client et représentants traités avec respect, considération et courtoisie	58,6	63,4
MRQ reconnaît difficilement ses erreurs	51,9	50,1

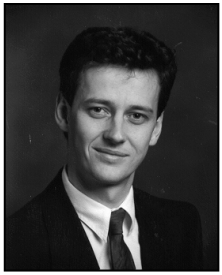
PARTIE B
TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ PROVINCIALE

Coordonnateur
Daniel Bourgeois, BAA, M. Fisc., LL. B., avocat
Pothier Delisle, Société d'avocats

Guy Chabot
FCA
Mallette

René Roy
Avocat, CA
Flynn, Rivard

Louis Tassé
Avocat
Fasken Martineau

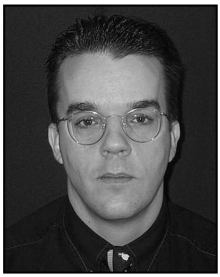


René Martineau
Avocat, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec

Josée Morin
Avocate, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec

Ginette Pelland
Avocate, CGA, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec

Agathe Simard
Avocate, M. Fisc.
Ministère du Revenu du Québec



Paul Jr Bergeron
Avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances du Québec

1. IMPÔT DES PARTICULIERS

1.1. ENGAGEMENT DE NON-CONCURRENCE

À la suite de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Manrell* c. *La Reine*[1], un paiement pour un engagement de non-concurrence n'est pas imposable pour celui qui reçoit le paiement.

1) Est-ce que le ministère du Revenu du Québec (ci-après « MRQ ») entend suivre la position de la Cour d'appel fédérale?

2) Quel est le traitement fiscal qui sera appliqué à celui qui fait le paiement (dépenses courantes, immobilisation intangible ou aucune déduction possible)?

3) Est-ce que le Ministère entend appliquer un critère de raisonnabilité quant à la somme reçue par le vendeur qui s'engage à ne pas faire de concurrence?

RÉPONSE DU MRQ

1) Le Ministère entend respecter la décision de la Cour d'appel fédérale à l'égard de faits similaires à ceux ayant fait l'objet de cette décision.

2) L'arrêt *Manrell* porte sur le traitement fiscal pour la personne qui s'engage à ne pas faire concurrence et non pour la personne qui effectue un paiement en contrepartie d'un tel engagement. À défaut de connaître la situation exacte du payeur, nous nous limiterons au commentaire général suivant : dans le cas où un engagement de non-concurrence est conclu dans le cadre d'une vente d'actions et où le paiement fait en contrepartie de l'engagement de non-concurrence se rapporte à l'achat des actions, nous sommes d'avis que ce paiement devrait faire partie du coût des actions. À cet égard, la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Manrell* ne vient pas contredire notre position.

3) De façon générale, l'article 421 de la *Loi sur les impôts*[2] pourra trouver application à l'égard d'un montant reçu ou à recevoir par un contribuable en contrepartie d'un engagement de non-concurrence. D'autres dispositions de

---

1 [2003] C.A.F. 128 (ci-après « *Manrell* »).

2 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

la *Loi sur les impôts* pourraient également trouver application en fonction des faits propres à chaque situation.

1.2. PÉNALITÉ POUR INFORMATION TROMPEUSE

La pénalité pour information trompeuse en matière fiscale fournie par un tiers est en vigueur depuis le 29 juin 2000. Le MRQ peut-il faire le point sur l'application de cette pénalité depuis son adoption? Plus particulièrement, est-ce que le Ministère a adopté des lignes directrices sur l'application de cette pénalité? Est-ce que le Ministère entend appliquer cette dernière de façon autonome par rapport à l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC »)? À ce jour, cette pénalité a-t-elle été appliquée par le Ministère?

RÉPONSE DU MRQ

La législation fiscale québécoise a été modifiée le 20 décembre 2001 afin d'introduire de nouvelles dispositions permettant au Ministère d'imposer des pénalités administratives aux tiers qui font de faux énoncés dans le cadre d'affaires fiscales[3]. Ainsi, les nouveaux articles 1049.0.3 à 1049.0.11 L.I. et 59.5.1 à 59.5.9 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[4], prévoient l'imposition d'une pénalité pour information trompeuse fournie par un tiers à l'égard d'un énoncé fait après le 29 juin 2000.

Au colloque de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») tenu en mai 2001, le Ministère mentionnait qu'il n'entendait pas imposer de pénalités avant la date de sanction des textes de loi. À ce jour, aucune pénalité n'a été appliquée par le Ministère. Par ailleurs, la décision d'appliquer ou non ces pénalités se fera de façon autonome par rapport aux décisions prises par l'ADRC à l'égard de sa propre législation.

Au printemps dernier, des projets de bulletins d'interprétation et de pratiques administratives ont été préparés, lesquels ont pour but d'établir les lignes directrices du Ministère en ce qui concerne l'imposition de ces pénalités (un bulletin en matière d'impôt et un bulletin en matière de taxe de vente du Québec). Ces projets de bulletins font également état de l'intention du Ministère de contrôler rigoureusement l'application de ces pénalités.

---

3 L.Q., 2001, c. 51.

4 L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

Puisque l'annonce des nouvelles pénalités avait suscité plusieurs réactions de la part des spécialistes du domaine de la fiscalité, le Ministère a procédé à des consultations externes, notamment auprès de l'APFF, avant de publier les bulletins d'interprétation. Le Ministère procède à l'étude des commentaires reçus afin de les intégrer, s'il y a lieu, aux versions finales des bulletins.

1.3. CALCUL DE L'AVANTAGE IMPOSABLE

FAITS

Un professionnel d'un club de golf a droit, dans le cadre de son emploi, à des abonnements saisonniers gratuits pour son épouse et son enfant. Normalement, ces abonnements se vendent 1 000 $ et 500 $ respectivement.

Le club de golf réalise une marge brute moyenne de 30 %.

QUESTION A

La valeur de l'avantage imposable entre les mains de l'employé, prévue à l'article 37 L.I., doit-elle être établie en fonction du prix normal des abonnements (1 500 $) ou plutôt tenir compte du coût de ces services pour le club de golf?

Dans le cas énoncé ci-dessus, le MRQ est-il d'accord avec nous pour dire que la valeur des abonnements devrait être réduite de 30 %, de manière à ce que l'avantage imposable corresponde au coût de ce service pour l'employeur?

RÉPONSE DU MRQ

La question de savoir si un employé a reçu ou non un avantage en raison ou à l'occasion de sa charge ou de son emploi est une question de faits qui ne peut être déterminée qu'à la lumière des faits propres à chaque cas.

Dans la mesure où un tel avantage résulte de l'octroi à un employé par un club de golf employeur d'un abonnement saisonnier gratuit pour le bénéfice des membres de sa famille, le Ministère considère en général que la valeur de l'avantage imposable doit correspondre au prix qu'un tiers aurait par ailleurs payé pour obtenir un droit semblable de jouer.

Toutefois, le Ministère considère que la détermination de la valeur de l'avantage imposable en fonction du prix le plus bas d'un tel abonnement

saisonnier constitue une méthode acceptable. À ce titre, la valeur dudit avantage imposable peut également être déterminée en fonction du prix le plus bas d'un abonnement de type « familial ».

Par ailleurs, lorsque l'employeur exerce une entreprise tel un club de golf, une méthode de détermination de la valeur de l'avantage imposable qui réduirait la marge bénéficiaire brute de la valeur d'un abonnement saisonnier ne constituerait pas une méthode acceptable.

QUESTION B

Est-ce que le Ministère prévoit émettre des lignes directrices à cet égard comme il l'a fait pour les employés de l'hôtellerie et de la restauration dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 37-1/R12[5], où l'on apporte le commentaire suivant? :

> « La valeur de l'avantage imposable décrit au paragraphe 1 de ce bulletin peut être établie de la façon suivante :
>
> a) le moindre :
>
> i) du prix de vente minimum d'un repas chez l'employeur, incluant la taxe sur les produits et services (TPS) et la taxe de vente du Québec (TVQ) (c'est-à-dire spécial du jour, repas de gens d'affaires, table d'hôte, buffet, brunch, etc.); ou
>
> ii) de 5,65 $:
>
> moins
>
> b) l'ensemble :
>
> i) de 20 % du montant déterminé au paragraphe a) précédent <u>pour tenir compte de deux éléments qui ne sont pas considérés en de telles circonstances</u>, c'est-à-dire <u>le profit</u> et la masse salariale de ces employés; et
>
> ii) du montant payé par l'employé pour ce repas, s'il y a lieu[6]. » (Notre soulignement)

---

5 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 37-1/R12, « Valeur de certains avantages imposables qu'un employé de l'hôtellerie et de la restauration reçoit ou dont il bénéficie en raison de sa charge ou de son emploi », 29 novembre 2002.

6 *Id.*, par. 2.

RÉPONSE DU MRQ

Non, le Ministère ne prévoit pas émettre de lignes directrices semblables à l'égard de la valeur de l'avantage imposable résultant de l'octroi, par un club de golf employeur, d'un abonnement saisonnier gratuit pour le bénéfice des membres de la famille d'un employé.

Le paragraphe 2 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 37-1/R12 rapporté dans la question expose une méthode jugée raisonnable par le Ministère pour établir la valeur d'un avantage relié à la consommation, chez l'employeur, de repas gratuits ou à un coût inférieur à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») qu'un employé de l'hôtellerie et de la restauration reçoit ou dont il bénéficie en raison de sa charge ou de son emploi.

Par ailleurs, le paragraphe 4 dudit bulletin d'interprétation expose une méthode jugée raisonnable par le Ministère pour établir la valeur de l'avantage imposable lorsqu'un employeur de l'hôtellerie ou de la restauration met à la disposition d'un employé une chambre d'une seule pièce de superficie raisonnable, sans exiger un loyer ou moyennant un loyer inférieur à sa JVM.

Dans un tel cas, le Ministère considère que le montant de l'avantage imposable doit correspondre au moindre du plus bas prix hebdomadaire d'une chambre offerte en location à la clientèle, incluant la TPS et la TVQ, ou de 38 $ par semaine, moins le montant payé hebdomadairement par l'employé pour la chambre, s'il y a lieu. Telle méthode ne tient pas compte de la marge bénéficiaire brute comme c'est le cas pour la valeur d'un avantage relié à la consommation de repas gratuits ou à un coût inférieur à leur JVM par un employé chez son employeur.

Note : Les montants de 5,65 $ et 38 $ mentionnés ci-dessus seront remplacés par 5,85 $ et 38,50 $ respectivement pour l'année d'imposition 2004.

1.4. CALCUL DE L'AVANTAGE IMPOSABLE – BONI FORFAITAIRE ET FRAIS DE FORMATION

Des bonis forfaitaires sont payés à des employés et certains d'entre eux demandent à l'employeur que le boni devant leur être versé serve plutôt à rembourser la portion des frais de formation que l'employé doit par ailleurs défrayer. Si l'on considère qu'il s'agit d'une formation ayant un lien spécifique ou général avec les fonctions exercées par ces employés, est-ce que le paiement des frais de formation dans ces conditions représente un

avantage imposable pour l'employé en vertu de l'article 37 L.I. ou s'il bénéficie de l'exception prévue à l'article 38 L.I.?

RÉPONSE DU MRQ

En règle générale, les frais de formation d'un employé payés par son employeur représentent un avantage imposable pour l'employé en vertu de l'article 37 L.I. Toutefois, une exception à cette règle est prévue à l'article 38 L.I. lorsque la valeur de l'avantage provient de la participation de l'employé à une activité de formation dont le coût est assumé par l'employeur et qu'il est raisonnable de considérer que la formation profite à l'employeur de façon non négligeable. Dans le cas présent, le Ministère est d'avis que l'utilisation du boni par l'employeur afin de défrayer les coûts de formation que l'employé est tenu d'assumer et à la demande de ce dernier, constitue une rémunération pour l'employé au même titre que s'il avait reçu le boni directement. L'article 38 L.I. ne s'applique pas puisque c'est en fait l'employé et non l'employeur qui assume les coûts de formation. Par conséquent, l'employé doit inclure dans le calcul de son revenu la totalité du montant correspondant au boni forfaitaire en question.

1.5. IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT ET PROPOSITION CONCORDATAIRE

FAITS

Un particulier dépose le 1er septembre 2003 une proposition concordataire qui est acceptée par la majorité de ses créanciers au cours du mois d'octobre de la même année.

Le particulier produit deux déclarations, soit une pour la période du 1er janvier au 31 août 2003 et l'autre pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2003.

Dans cette dernière déclaration, le particulier réclame une partie de l'impôt minimum de remplacement (ci-après « IMR ») qu'il a payé au cours des années d'imposition antérieures, soit 300 $. Il lui reste un solde d'IMR de 700 $.

QUESTIONS

Est-il exact que le particulier peut réclamer une partie dans la déclaration postproposition concordataire de son IMR conformément à l'article 752.12 L.I.? L'article 752.16 L.I. qui empêche la réclamation de

l'IMR dans les cas de faillite ne devrait pas s'appliquer, car le contribuable n'a pas fait faillite au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[7].

Si le contribuable peut réclamer une partie de son IMR, soit 300 $, peut-il utiliser son solde d'IMR, 700 $, pour les années d'imposition futures?

Si le contribuable ne peut pas réclamer une partie de son IMR pour l'année d'imposition 2003, peut-il utiliser son solde de 1 000 $ d'IMR pour les années futures?

RÉPONSE DU MRQ

La *Loi sur les impôts* ne prévoit pas de restrictions spécifiques applicables en ce qui concerne le report de l'impôt minimum de remplacement dans un contexte de proposition concordataire. Ainsi, un particulier qui fait une proposition concordataire pourrait, en vertu de l'article 752.12 L.I., déduire une partie de ses impôts additionnels, déterminés en vertu de l'article 752.14 L.I., dans sa déclaration relative à l'année d'imposition postérieure au dépôt de la proposition concordataire ainsi que dans les déclarations qui seront produites pour les années d'imposition futures.

Cependant, selon l'article 30.3 L.M.R., une personne qui dépose une proposition concordataire ne peut demander aucun remboursement ni aucun montant auquel elle aurait eu droit si elle l'avait demandé pour une année d'imposition se terminant au plus tard à la date du dépôt de la proposition concordataire, dans une déclaration produite pour une année d'imposition se terminant après cette date, à moins qu'elle n'ait produit toutes les déclarations qui doivent être produites pour les années d'imposition se terminant au plus tard à la date du dépôt de la proposition concordataire et qu'elle ait payé les montants dus avant cette date.

Ainsi, en l'espèce, le particulier pourra déduire la partie d'impôt additionnel de 300 $ dans sa déclaration relative à son année d'imposition postérieure au dépôt de la proposition concordataire et il pourra utiliser son solde d'impôt additionnel de 700 $ pour les années d'imposition futures, sous réserve de l'application de l'article 30.3 L.M.R.

---

7 L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

1.6. ALLOCATION POUR VÉHICULE MOTEUR – ALLOCATION FORFAITAIRE

En vertu du paragraphe 40.1a) L.I., une allocation pour l'utilisation d'un véhicule à moteur est réputée ne pas être raisonnable si elle n'est pas fixée uniquement en fonction du nombre de kilomètres parcourus. Pour certains employeurs, il peut être laborieux de satisfaire cette exigence à cause du nombre élevé des allocations versées. Afin de simplifier le versement des allocations tout en respectant l'esprit de la disposition, un employeur peut-il :

1) Verser une allocation forfaitaire pour tout transport entre deux villes selon une estimation du kilométrage parcouru?

   Ex. : Montréal-Québec 226,80 $, soit 540 km à 42 ¢

   Montréal-Ottawa 159,60 $, soit 380 km à 42 ¢

2) Verser une allocation forfaitaire additionnelle pour compenser le transport à l'intérieur de la municipalité?

   Ex. : 10,50 $, soit 25 km à 42 ¢

RÉPONSE DU MRQ

Aux fins de déterminer si l'allocation est raisonnable, le MRQ considère que l'évaluation de l'utilisation du véhicule à moteur doit être faite uniquement en fonction du nombre de kilomètres **réellement** parcourus par le véhicule à moteur lors de son utilisation en relation avec la charge ou l'emploi du particulier ou dans le cours de ceux-ci.

Dans les circonstances, une allocation forfaitaire calculée autrement qu'en fonction du nombre de kilomètres réellement parcourus par le véhicule sera réputée, aux fins du paragraphe 39e) et des paragraphes 40a) et 40c) L.I., ne pas être raisonnable.

La politique fiscale à cet effet a été clarifiée dans le *Bulletin d'information* 2001-6[8] du ministère des Finances et la *Loi sur les impôts* sera modifiée en conséquence.

---

[8] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-6, « Extension de l'application du crédit d'impôt pour spectacles musicaux aux spectacles dramatiques

(à suivre…)

1.7. ARTICLE 726.14R2 DU *RÈGLEMENT SUR LES IMPÔTS*[9] – ACTIONS PRESCRITES – NOTION DE LIEN DE DÉPENDANCE NOUVELLEMENT PRÉVU À L'ARTICLE 18 L.I. – BÉNÉFICIAIRE DE FIDUCIE

SITUATION

La situation hypothétique présentée est la suivante :

- M. A, M. B et M. C, lesquels sont frères, sont les seuls actionnaires de la SPA ABC (ci-après « ABC »).

- Chacun des frères est marié à sa conjointe avec laquelle ils ont tous eu des enfants.

- Chacun des frères désire accomplir un gel successoral en faveur d'une fiducie discrétionnaire au bénéfice d'eux-mêmes, de leur conjointe (bénéficiaire à leur décès) et de leurs descendants.

- Ainsi, dans le cadre de ce gel, les actions ordinaires détenues en parts égales entre les frères (lesquelles sont les seules actions en circulation) seraient converties en actions privilégiées non participantes (ci-après « actions de gel ») et de nouvelles actions ordinaires seraient émises pour une considération nominale aux fiducies familiales de chacun des frères, soit Fiducie A, Fiducie B et Fiducie C.

- M. A, M. B et M. C n'ont pas l'intention actuellement de disposer de ABC en faveur d'un tiers. Toutefois, si l'occasion se présentait et si les règles fiscales applicables aux actions admissibles de petites entreprises étaient à ce moment satisfaites, ceux-ci veulent que l'exemption de gain en capital de 500 000 $ puisse être utilisée par les bénéficiaires des fiducies à l'égard des actions ordinaires, et ce, **même si aucun dividende n'a été versé sur les actions de gel**.

(…suite)
et aux spectacles d'humour et précisions concernant la politique fiscale applicable aux particuliers et aux entreprises », 5 juillet 2001, p. 14.

9 R.R.Q., 1981, c. I-3, r. 1 et mod. (ci-après « R.I. »).

RÉFÉRENCES LÉGISLATIVES

Les articles 726.14 et 726.15 L.I. ont pour effet de refuser totalement l'exonération du gain en capital s'il est raisonnable de conclure qu'une partie importante du gain en capital est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur une action d'une société, **à l'exception d'une action prescrite visée aux articles 726.14R1 et suivants R.I.**

QUESTION

Le MRQ peut-il confirmer que les actions de gel émises à chacun des trois frères, soit M. A, M. B et M. C, sont des actions prescrites aux fins de l'article 726.14R2 R.I. dans le contexte soumis?

Plus particulièrement, nous demandons au Ministère de nous confirmer que le lien de dépendance réputé prévu au nouveau paragraphe 18b) L.I. entre une fiducie et un bénéficiaire de celle-ci ou une personne qui détient un tel lien avec le bénéficiaire s'applique en l'occurrence. Par conséquent, les fiducies familiales (fiducies A, B et C) auraient, pour l'application du sous-paragraphe 2° du sous-paragraphe 726.14R2a)ii R.I., un lien de dépendance avec tous les « premiers actionnaires ».

RÉPONSE DU MRQ

Le paragraphe 18b) L.I. a été introduit en raison de l'harmonisation de celle-ci à l'alinéa 251(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[10], lequel a été introduit en vertu de l'article 192 du Projet de loi C-22[11]. L'insertion de ce nouveau paragraphe a pour effet, pour l'application du sous-paragraphe 2° du sous-paragraphe 726.14R2a)ii R.I., que chacune des fiducies A, B et C est réputée avoir un lien de dépendance avec chacun des premiers détenteurs, soit M. A, M. B et M. C. En conséquence, selon la législation actuelle, les actions de gel constituent des actions prescrites pour l'application de l'article 726.14R2 R.I.

---

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

[11] L.C. 2001, c.17.

2. IMPÔT DES SOCIÉTÉS

2.1. DÉDUCTIBILITÉ DES AMENDES ET PÉNALITÉS

À la suite du jugement rendu par la Cour suprême dans la cause *65302 British Columbia Ltd.* c. *La Reine*[12], le MRQ avait mentionné, lors de la Table ronde provinciale du Congrès de l'APFF 2001[13], qu'elle modifierait son *Bulletin d'interprétation* IMP. 128-11/R1[14], plus particulièrement les paragraphes 3, 4 et 5 afin de permettre que toute amende ou pénalité soit déductible si elle est encourue en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Le Ministère prévoit-il publier une nouvelle version de ce bulletin prochainement? Le Ministère peut-il confirmer si des pénalités, encourues dans les situations suivantes, peuvent être déductibles dans le calcul du revenu :

- pénalité pour production tardive du rapport de taxes de vente du Québec et de taxes sur les produits et services;
- pénalité pour versement tardif ou absence de versement de la taxe de vente du Québec;
- pénalité pour production tardive de rapport provincial de déductions à la source sur les salaires;
- pénalité pour production tardive du rapport fédéral de déductions à la source sur les salaires;
- pénalité pour production tardive du Formulaire CO-17 sur la portion de taxes sur le capital.

RÉPONSE DU MRQ

Il est toujours de l'intention du Ministère de publier une version révisée de son *Bulletin d'interprétation* IMP. 128-11/R1.

---

12 99 D.T.C. 5814 (C.S.C.).

13 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 44:1-92, question 2.8, aux pages 44:45-47.

14 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 128-11/R1, « Déductibilité des amendes ou pénalités », 29 décembre 1993.

Pour l'essentiel, la version révisée du bulletin fera état du fait qu'une amende ou une pénalité est déductible dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien pour autant qu'elle soit engagée dans le but de gagner un revenu d'entreprise ou de bien, et c'est seulement dans l'éventualité où l'infraction qui est à l'origine de l'amende ou de la pénalité est à ce point « flagrante ou répugnante » que cette amende ou pénalité ne pourra se justifier comme ayant été encourue en vue de tirer un revenu.

Plus particulièrement, chacune des pénalités suivantes sera généralement déductible dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise pour autant qu'elle soit engagée dans le but de gagner un revenu provenant de cette entreprise et qu'elle n'est pas, par ailleurs, une dépense de nature capital :

- la pénalité prévue à l'article 59 L.M.R. pour omission de faire une déclaration ou un rapport en la manière et à l'époque prescrite par une loi fiscale;

- la pénalité prévue à l'article 59.2 L.M.R. pour paiement tardif ou pour omission de déduire, de retenir ou de percevoir un montant en vertu d'une loi fiscale (en matière de retenue à la source ou de taxes à la consommation);

- la pénalité prévue à l'article 59.2.1 L.M.R. pour remboursement obtenu indûment à la suite d'un énoncé ou d'une omission dans une déclaration produite en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[15];

- la pénalité appliquée lors du retard de production d'une déclaration de revenus (art. 1045 L.I.).

En ce qui concerne les pénalités correspondantes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*[16], elles seront généralement déductibles dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise pour autant qu'elles soient engagées dans le but de gagner un revenu provenant de cette entreprise et qu'elles ne sont pas, par ailleurs, de nature capital.

Cependant, la pénalité pour négligence flagrante prévue à l'article 59.3 L.M.R., la pénalité pour fraude fiscale prévue soit à l'article

---

[15] L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

[16] L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

59.4 L.M.R. ou à l'article 59.5 L.M.R., ou celle se rapportant à un faux énoncé ou omission fait sciemment ou dans des circonstances qui équivalent à de la négligence flagrante (art.1049 L.I.), ne sera pas déductible dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise, puisque cette pénalité n'est pas, selon toute vraisemblance, une dépense engagée dans le but de gagner un revenu de cette entreprise. Par exemple, ce serait le cas si une pénalité était appliquée pour négligence flagrante à la suite d'un défaut de payer ou de remettre un montant perçu en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. Il convient de noter que dans un tel cas, la pénalité prévue à l'article 59.2 L.M.R. qui serait appliquée de façon concurrente ne sera pas déductible.

Il en est de même pour une pénalité appliquée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui se rapporte à un faux énoncé ou omission fait sciemment ou dans des circonstances qui équivalent à de la négligence flagrante.

2.2. ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC, EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE ET SOCIÉTÉ DE GESTION

Un actionnaire résidant au Québec détient la totalité des actions d'une société de gestion, incorporée selon les lois du Québec. Le seul actif de la société de gestion se compose d'actions d'une société opérante. Si les seules activités de la société de gestion consistent à détenir des actions de la filiale et que ses seuls revenus sont les dividendes reçus sporadiquement de la société opérante, il serait raisonnable de croire qu'elle n'exploite pas d'entreprise et donc n'a pas d'établissement au Québec. Dans une telle hypothèse, est-ce que le MRQ imposerait le gain en capital que la société de gestion réaliserait lors de la disposition des actions de la société opérante? Dans l'affirmative, en vertu de quel(s) critère(s) est-ce que le Ministère considérerait que la société de gestion a un établissement au Québec?

RÉPONSE DU MRQ

Déterminer si une société a, en regard de l'impôt prévu par la Partie I L.I., un établissement dans une juridiction quelconque implique souvent des questions de faits que l'on doit interpréter d'après les circonstances propres à chaque cas. Cependant, le Ministère est ici prêt à offrir les commentaires suivants.

Le premier alinéa de l'article 12 L.I. prévoit que l'établissement d'un contribuable signifie une place fixe où il exerce son entreprise ou, à défaut, l'endroit principal où il exerce son entreprise.

Il ressort du premier alinéa de l'article 12 L.I. que pour posséder un établissement à quelque endroit que ce soit, il faut qu'une société y exerce une entreprise et que cette entreprise soit exercée à partir d'une place fixe ou, à défaut, d'un endroit principal; si cette hypothèse d'assujettissement ne pouvait être retenue, la société pourrait tout de même être réputée avoir un établissement en vertu de l'un des articles 13 à 16.2 L.I.

L'expression « entreprise » comprend, conformément à l'article 1 L.I., une profession, un commerce, une manufacture ou une **activité** de quelque genre que ce soit, y compris, sauf aux fins de certaines dispositions de la loi, un projet comportant un risque ou une affaire à caractère commercial. Ainsi, une société ayant pour seule activité la détention ou la gestion d'un portefeuille d'actions exerce une entreprise, puisque cette activité constitue son entreprise.

À cet égard, le Ministère est d'avis que l'établissement d'une pareille société est situé là où sont prises et exécutées les décisions des officiers ou des administrateurs de la société relatives à la détention ou à la gestion du portefeuille.

2.3. INCORPORATION DES PROFESSIONNELS

Depuis le 20 février 2003, les comptables agréés du Québec (ci-après « CA ») peuvent exercer leur profession dans une société par actions (ci-après « SPA »). L'ADRC a émis le *Bulletin d'interprétation* IT-189R2[17].

1) Est-ce que le MRQ a les mêmes exigences que l'ADRC comme indiqué au paragraphe 1 dudit bulletin? Plus spécifiquement, est-ce que le professionnel doit avoir une entente écrite avec la société et celle-ci doit-elle verser un salaire raisonnable au professionnel?

2) Si les exigences du bulletin ne sont pas respectées, comment seront imposés les revenus de profession? Seront-ils attribués au professionnel?

3) Une SPA qui exerce la profession de CA peut-elle faire le choix prévu à l'article 215 L.I. afin d'exclure de son revenu les travaux en cours? Cette société peut-elle faire ce choix dans l'hypothèse où les conditions

[17] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-189R2, « Corporations utilisées par des membres de professions libérales », 24 mai 1991.

énumérées au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-189R2[18] ne sont pas satisfaites?

4) Une société exerce la profession de CA à titre de membre (associé) d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL »). La société et la SENCRL peuvent-elles choisir un exercice financier autre que le 31 décembre de chaque année ou sont-elles assujetties aux sous-paragraphes b)ii et b)iii du 2e alinéa de l'article 7 L.I.?

RÉPONSES DU MRQ

1) Le Ministère partage la position de l'ADRC énoncée au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-189R2. Une société est reconnue comme exerçant une profession libérale lorsque d'une part, une loi provinciale ou un organisme de réglementation de la profession en question ne statue pas que seuls des particuliers peuvent exercer cette profession et d'autre part, les activités de la société et ses relations avec ses employés et clients sont semblables à celles qui sont ordinairement associées à une société exploitant une entreprise qui, par exemple :

   a) possède ou loue les locaux de l'entreprise;

   b) possède ou loue le mobilier, les installations et le matériel principal de l'entreprise;

   c) gère un compte de banque à son nom par l'entremise de cadres autorisés à signer;

   d) achète les fournitures nécessaires;

   e) fournit les services de bureau;

   f) présente les factures aux clients pour des services professionnels rendus en son nom;

   g) dépose les sommes reçues à la banque;

   h) verse les salaires aux particuliers assurant les services professionnels offerts par la société;

---

18 *Id.*, par. 1.

i) informe les clients qu'ils traitent avec la société;

j) entretient des relations employeur-employés entre la société et le particulier en établissant clairement les services à assurer dans un accord écrit et daté qui précise un salaire raisonnable en contrepartie des services rendus.

2) Lorsqu'il ne peut être démontré que les activités de la profession libérale sont exercées par la société, le revenu provenant de l'exercice de la profession sera normalement considéré comme ayant été gagné par le particulier qui a rendu ces services professionnels.

3) Une SPA qui exerce la profession de CA peut faire le choix prévu à l'article 215 L.I. afin d'exclure de son revenu les travaux en cours. Cette société, dans l'hypothèse où les conditions énumérées à la réponse 1 ne sont pas satisfaites, ne peut faire le choix prévu à l'article 215 L.I., car comme nous l'avons mentionné à la réponse 2, le revenu provenant de l'exercice de la profession sera normalement considéré comme ayant été gagné par le particulier qui a rendu ces services professionnels.

4) La société et la SENCRL ne peuvent choisir un exercice financier autre que le 31 décembre de chaque année, car elles sont assujetties aux sous-paragraphes b)ii et b)iii du 2e alinéa de l'article 7 L.I.

2.4. DÉDUCTIBILITÉ DES DOMMAGES-INTÉRÊTS PAR DES PROFESSIONNELS EXERÇANT EN SENCRL OU EN SPA

De récents développements législatifs octroient aux ordres professionnels régis par le *Code des professions*[19] du Québec le droit d'adopter des règlements permettant à leurs membres d'exercer leur profession par l'entremise d'une SENCRL et d'une SPA. Dans ce contexte, la question de la déductibilité des dommages-intérêts professionnels payés personnellement par un professionnel se présente.

L'ADRC a récemment fait part de sa position à cet égard dans une interprétation technique[20]. L'ADRC y mentionne que les dommages-intérêts payés personnellement par un particulier à la suite d'une poursuite en

[19] L.R.Q., c. C-26.

[20] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0176475, 3 juin 2003.

responsabilité professionnelle en raison d'une faute commise dans l'exercice de sa profession au sein d'une SPA ne sont pas déductibles, tant par le particulier que par la SPA.

Le MRQ pourrait-il nous faire part de sa position à l'égard de la déductibilité des dommages-intérêts payés personnellement par un professionnel dans le cadre de l'application de la *Loi sur les impôts*, à la lumière des dispositions du *Code civil du Québec*?

RÉPONSE DU MRQ

Étant donné le contexte général de la demande, nous ne pouvons nous prononcer de façon précise sur la déductibilité des dommages-intérêts en regard de la situation visée. Toutefois, nous pouvons faire part des commentaires généraux suivants.

Il convient tout d'abord d'établir le contexte dans lequel est survenue la faute professionnelle ayant donné lieu au paiement des dommages-intérêts. À cet égard, le statut du professionnel ayant engagé sa responsabilité, en tant qu'employé ou travailleur autonome, est pertinent afin de déterminer les règles fiscales applicables à la situation concernée. Quant aux modifications législatives apportées au *Code des professions* afin de permettre l'exercice d'activités professionnelles au sein d'une SENCRL ou d'une SPA, nous sommes d'avis qu'elles ne changent pas fondamentalement la donne sur cet aspect de la question. Ainsi, de façon générale, un professionnel oeuvrant au sein d'une SENCRL aura le statut d'employé ou de travailleur autonome en tant qu'associé, et un professionnel oeuvrant au sein d'une SPA occupera un emploi ou remplira une charge.

En ce qui concerne le statut de travailleur autonome, le paiement fait par le professionnel à titre de dommages-intérêts en raison d'une faute ou négligence qu'il a commise dans l'exercice de ses activités professionnelles sera déductible en fonction des principes généraux prévus aux articles 128 et suivants L.I., voulant que :

- la somme doit raisonnablement être considérée comme se rapportant à l'entreprise du professionnel et avoir été engagée pour gagner un revenu provenant de cette entreprise;

- la somme ne doit pas être un paiement à titre de capital;

- la somme ne doit pas raisonnablement être considérée comme ayant été déboursée ou dépensée pour gagner un revenu exonéré d'impôt;

- la somme ne doit pas consister en des frais personnels ou de subsistance;

- la somme doit être raisonnable dans les circonstances.

En ce qui concerne le statut d'employé, la restriction générale mentionnée à l'article 59 L.I. fait en sorte qu'un particulier ne puisse dans le calcul de son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi déduire que les montants expressément prévus aux articles 62 à 79 de cette même loi, dans la mesure où ces montants peuvent raisonnablement être considérés comme se rapportant à cette charge ou à cet emploi.

Ainsi, un particulier ne peut réclamer un montant versé à titre de dommages-intérêts dans le calcul de son revenu provenant d'une charge ou d'un emploi.

Enfin, lorsque les dommages-intérêts résultent d'une faute ou négligence commise par le professionnel dans l'exercice de sa profession à titre d'employé d'une SPA dont il est actionnaire, nous sommes d'avis que les dommages-intérêts ne résultent pas d'un acte posé par le professionnel en raison de son statut d'actionnaire de la SPA et que, par conséquent, la somme qu'il paye à titre de dommages-intérêts ne constitue pas une dépense engagée par ce dernier à titre d'actionnaire en vue de tirer un revenu de bien.

2.5. TAXE SUR LE CAPITAL

Quelle est la position actuelle du MRQ en ce qui concerne l'application de la taxe sur le capital sur le financement par le biais de contrats de vente à tempérament, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Autobus Thomas Inc.* c. *La Reine*[21]?

RÉPONSE DU MRQ

La position du Ministère est fonction de la situation juridique des parties. Ainsi, à titre d'exemple, une société achète des biens par le biais de contrats de vente à tempérament et elle a préalablement autorisé une société financière, dans le cadre d'une entente de financement d'inventaires en gros (marge de crédit), à payer directement le vendeur pour les biens commandés. À la suite du paiement des biens par la société financière, le vendeur cède et transporte à cette dernière tous ses droits dans les contrats de vente. À la

[21] 2001 D.T.C. 5665 (C.S.C.) (ci-après « *Autobus Thomas* »).

suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Autobus Thomas,* le Ministère est d'avis que le montant dû par la société à la société financière constitue un prêt et ce montant doit être inclus dans le calcul de son capital versé en vertu du sous-paragraphe 1136(1)d) L.I.

Cette position est exposée dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R3[22] qui vient d'être publié. Il est important de noter que cette position, comme le prévoit ce bulletin, s'applique à l'égard d'une année d'imposition d'une société qui se termine après le 28 février 2002.

2.6. FRAIS DE REPRÉSENTATION – PLAFOND DU 1 %

Le Budget du Québec déposé le 12 juin 2003[23] impose un plafond aux frais de représentation déductibles. Ce plafond représente un montant égal à 1 % du chiffre d'affaires du contribuable pour une année.

Dans les documents budgétaires qui ont été déposés lors de ce Budget, il est mentionné qu'aux fins de la détermination du plafond de 1 %, le chiffre d'affaires d'un contribuable, pour une année d'imposition, sera son revenu brut pour l'année.

Les questions sont les suivantes :

1) Pour déterminer le chiffre d'affaires d'une société, doit-on tenir compte des sociétés associées?

2) Si la réponse est positive, doit-on y inclure le chiffre d'affaires des sociétés situées hors Québec?

3) Le MRQ pourrait-il nous préciser le terme « chiffre d'affaires ». Est-ce que celui-ci vise uniquement le revenu d'entreprise de la société ou s'il comprend des éléments tels :

   - revenu d'intérêts;

   - revenu de dividendes;

---

22 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R3, « Financement de véhicules achetés pour la revente », 30 septembre 2003.

23 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le Budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003.

- quote-part du bénéfice d'une filiale;
- revenu de loyers;
- gain résultant de la disposition d'un élément d'actif;
- perte résultant de la disposition d'un élément d'actif.

RÉPONSES DU MRQ

L'établissement de la restriction de 1 % est déterminé société par société. De plus, dans l'éventualité où la société exploite plus d'une entreprise, la restriction est déterminée source par source. Il en est de même pour un revenu de bien. Il convient de noter que l'application de la restriction de 1 % vise un contribuable et non pas seulement une société.

On entend par « chiffre d'affaires » le revenu brut du contribuable, au sens donné à cette expression à l'article 1 L.I. Aussi, les revenus passifs qui ne font pas partie des résultats de l'entreprise ne doivent pas être pris en compte pour l'établissement de la restriction.

La question suivante s'adresse au ministère des Finances du Québec

Dans les documents budgétaires déposés le 12 juin 2003, le ministère des Finances du Québec mentionne qu'il est préoccupé par la déduction des frais de représentation en raison des difficultés inhérentes à l'établissement de ces frais.

Le ministère des Finances pourrait-il préciser la nature de ses préoccupations?

L'application d'une règle commune (1 % du chiffre d'affaires brut) à l'égard de l'ensemble des contribuables soulève par ailleurs des interrogations sur la logique de cette mesure, notamment en comparant le secteur des services à celui de la vente au détail. On peut penser à une épicerie ou à un concessionnaire d'automobiles qui, avec un chiffre d'affaires disons de 5 M$, pourrait générer un bénéfice net de 100 000 $, alors qu'un consultant ou un professionnel à son compte devra peut-être générer 150 000 $ pour qu'il obtienne un bénéfice net de l'ordre de 100 000 $.

Dans le premier cas, les frais de représentation déductibles seraient de 50 000 $ (donc des frais totalisant 100 000 $) alors que dans le second cas, les frais déductibles seraient limités à 1 500 $ (soit 3 000 $ de frais totaux).

Le ministère des Finances du Québec pourrait-il commenter?

Réponses du ministère des Finances du Québec

1) Comme il n'est pas toujours facile de distinguer les dépenses d'affaires des dépenses personnelles dans le cas des frais de représentation, la déductibilité de ceux-ci peut entraîner une réduction injustifiée de l'impôt sur le revenu. Ainsi, dans le but de prévenir les risques d'iniquité découlant d'une telle ambiguïté, il a été jugé nécessaire de resserrer les modalités d'application de la déduction pour frais de représentation.

Par ailleurs, l'instauration du plafond de 1 % s'inscrivait dans le contexte budgétaire de compressions des dépenses fiscales et, à l'instar de nombreux avantages fiscaux qui ont été diminués à l'occasion du *Discours sur le Budget*, il a été décidé de mettre en place un montant maximal à cette déduction.

2) Le ministère des Finances est conscient des disparités existant entre les divers secteurs de la vie économique et c'est précisément pour cette raison que des assouplissements ont été mis en place afin de remédier aux situations réellement pénalisantes ou inéquitables qui pourraient se présenter en raison des attributs de certains de ces secteurs, soit les entreprises impliquant des déplacements habituels et celles étant de la nature d'une agence de vente.

De plus, une mesure fiscale visant une catégorie de contribuables doit s'appliquer en fonction d'un ou de plusieurs critères communs à ceux-ci et ne peut être adaptée à la situation particulière de chacun d'eux, sous réserve d'exceptions incontournables.

Cependant, comme à l'égard de chacune des mesures fiscales qu'il instaure ou modifie, le ministère des Finances observera les répercussions de celles-ci et apportera, le cas échéant, les améliorations appropriées.

2.7. CONGÉ FISCAL DE CINQ ANS ET SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PUBLIQUE

Parmi les restrictions concernant l'admissibilité d'une société au congé fiscal de cinq ans, se trouve le paragraphe 771.6d) L.I., qui a trait à

l'exploitation d'une entreprise admissible par la société à titre de membre d'une société de personnes. Il semblerait que le MRQ interprète ce paragraphe comme comprenant la souscription par la société à des parts d'une société en commandite cotée en Bourse, telle, par exemple, la société en commandite Gaz Métropolitain.

Ainsi, si une société investit ses surplus temporaires d'encaisse en actions de sociétés publiques, elle ne met pas à risque son exonération d'impôt. Par contre, si la même société investit dans des parts d'une société en commandite cotée en Bourse, peu importe le pourcentage infime de participation qu'un tel achat de part pourrait lui donner dans la société en commandite, elle ne se qualifierait plus de société admissible aux fins du congé.

Est-ce que le Ministère confirme cette interprétation?

Dans l'éventualité où le Ministère confirme que la société n'est pas une société admissible aux fins du congé fiscal, le ministère des Finances a-t-il l'intention d'apporter des allégements à la politique fiscale et, dans l'affirmative, auraient-ils un effet rétroactif?

RÉPONSE DU MRQ

Une société est admissible au congé fiscal de cinq ans pour les nouvelles sociétés si elle satisfait aux conditions énoncées aux articles 771.5 et 771.6 L.I. Plus spécifiquement, le paragraphe d) du premier alinéa de l'article 771.6 L.I. mentionne qu'une société n'est pas une société admissible si, à un moment quelconque compris dans la période s'étendant du jour de sa constitution en société jusqu'à la fin de cette année, elle exploitait une entreprise admissible à titre de membre d'une société de personnes.

Or, dans l'éventualité où une société acquiert une part dans une société en commandite et que cette dernière exploite une entreprise admissible, la société sera considérée comme exploitant cette entreprise à titre de membre de la société en commandite et par le fait même, elle ne sera pas une société admissible aux fins du congé fiscal. À notre avis, le texte du paragraphe d) du premier alinéa de l'article 771.6 L.I. est sans équivoque et n'autorise pas une interprétation qui nous permettrait de maintenir le statut de société admissible, lorsqu'une société exploite une entreprise admissible à titre de membre d'une société en commandite.

Par contre, dans l'éventualité où le revenu de la société en commandite est tiré de biens, la société pourrait se qualifier à titre de « société

admissible » si, par ailleurs, elle satisfait aux conditions requises par la *Loi sur les impôts*, notamment le paragraphe a) du deuxième alinéa de l'article 771.6 L.I.

Réponse du ministère des Finances du Québec

La décision d'acquérir une participation dans une société en commandite ou une action du capital-actions d'une société publique doit être effectuée en considérant différents facteurs tels le rendement, la liquidité, le risque et, bien entendu, les incidences fiscales de chaque option.

Or, bien que la détention d'une participation dans une société en commandite inscrite à la Bourse puisse s'apparenter à la détention d'actions dans une société publique, en ce sens que le détenteur de la participation ou de l'action ne peut participer activement à la gestion des activités de l'entreprise, les incidences fiscales rattachées à la détention d'une participation dans une société en commandite diffèrent de celles qui s'appliquent à la détention d'une action dans une société.

Ainsi, la société en commandite constituant un « conduit fiscal », le revenu d'entreprise qui en provient est un revenu d'entreprise pour le commanditaire qui le reçoit alors que l'actionnaire d'une société publique obtient généralement son rendement sous forme de dividendes. Une société admissible au congé fiscal, actionnaire d'une société publique, ne pourra ainsi obtenir l'exemption de l'impôt sur le revenu sur ce rendement, car il ne constitue pas un revenu provenant d'une entreprise.

Par ailleurs, les diverses restrictions portant sur l'admissibilité au congé fiscal visent à limiter les possibilités de transfert d'activités au sein d'un groupe et à assurer que seules les entreprises naissantes bénéficient du congé fiscal. Ces restrictions sont très claires et connues depuis plusieurs années.

L'assouplissement qui permettrait à une nouvelle société de demeurer admissible au congé fiscal lorsqu'elle exploite une entreprise admissible à titre de membre d'une société en commandite inscrite à la Bourse nécessiterait l'ajout de règles complexes à la législation actuelle tout en bénéficiant à peu de contribuables.

Ainsi, compte tenu de ce qui précède et du contexte actuel de resserrement des dépenses fiscales, le ministère des Finances n'entend pas modifier les règles actuelles concernant le congé fiscal pour les nouvelles sociétés.

2.8. DÉDUCTION RELATIVE AUX ENTREPRISES DE FABRICATION ET DE TRANSFORMATION – ACTIVITÉS ADMISSIBLES

L'article 737.18.18 L.I. définit ce que constitue une « activité admissible » et une « activité exclue » aux fins de la déduction relative aux entreprises de fabrication ou de transformation dans les régions ressources (ci-après « congé fiscal pour les PME manufacturières »). Pour déterminer ce que constitue une « activité admissible » ou une « activité exclue » aux fins de cet article, peut-on se référer, par analogie, à la notion d'« activités admissibles » prévue à l'article 5202 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[24] et à la notion de « fabrication ou transformation » prévue au paragraphe 125.1(3) L.I.R. concernant les bénéfices de fabrication et de transformation au Canada?

Par ailleurs, est-ce que les activités de récolte et de transport de tourbe jusqu'à l'usine pour y être transformée ainsi que les activités de mise sur palettes constituent des « activités admissibles » aux fins de déduction relative aux entreprises de fabrication ou de transformation dans les régions ressources prévues par la loi québécoise?

RÉPONSE DU MRQ

Comme nous l'indiquions lors du Congrès de l'APFF 2001 dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité provinciale[25], le MRQ ne reconnaît pas systématiquement les activités qui se qualifient à titre d'activités de fabrication ou de transformation, aux fins de la fiscalité fédérale, comme des activités de fabrication ou de transformation aux fins du congé fiscal pour les PME manufacturières, quoique la jurisprudence ainsi que les positions administratives de l'ADRC puissent être prises en considération aux fins de reconnaître une activité comme étant une activité de fabrication ou de transformation, dans la mesure où elles s'intègrent à notre compréhension de la politique fiscale sous-jacente au congé fiscal pour les PME manufacturières.

Quant à savoir si les activités de récolte et de transport de tourbe sont des activités admissibles au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 737.18.18 L.I., il faut déterminer si la récolte de la tourbe est une

---

24 C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

25 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit.*, note 13, question 2.2, aux pages 44:35-40.

activité de fabrication ou de transformation. Compte tenu du fait que le processus nécessaire pour récolter la tourbe et l'ensacher comporte plusieurs étapes (drainage des tourbières, séchage de la tourbe, récolte au moyen d'aspirateur, etc.), nous sommes d'avis que la tourbe subit une transformation et que par conséquent, sa récolte constitue une activité de transformation et ainsi, elle est une activité admissible[26].

Pour ce qui est des activités de « mise en palette », les informations sont trop fragmentaires pour que nous puissions nous prononcer. À cet égard, il convient toutefois de noter qu'une activité admissible ne comprend pas une activité exclue au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 737.18.18 L.I., et que l'expédition est une activité exclue.

2.9. CHOIX ET DÉSIGNATIONS – MESURES FISCALES POUR PRÉSERVER L'ASSIETTE FISCALE DU QUÉBEC

Depuis le *Discours sur le Budget* 1997-1998[27], différentes mesures ont été introduites dans la législation fiscale québécoise dans le but de préserver l'assiette d'imposition provinciale (tant celle du Québec que celle des autres provinces). En général, ces mesures ont pour effet de contrer des planifications ayant cours dans plusieurs juridictions et impliquant des choix ou des désignations prévus à la fois dans la *Loi sur les impôts* et dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et exercés de façon différente.

Le MRQ pourrait-il faire le point sur les dispositions de la *Loi sur les impôts* qui ont été introduites dans ce cadre?

RÉPONSE DU MRQ

Différents aspects de la problématique ont ainsi été ciblés par le ministère des Finances au fil des ans. Nous examinerons ces différents aspects en relation avec les annonces du ministère des Finances et nous indiquerons les modifications législatives qui ont été introduites à la suite de ces annonces.

---

[26] La tourbe n'est pas une ressource minérale au sens donné à cette expression à l'article 1 L.I. et par conséquent, la récolte de cette substance n'est pas une activité exclue au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 737.18.18 L.I.

[27] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1997-1998, Discours sur le Budget et Renseignements supplémentaires*, 25 mars 1997, p. 168.

Budget 1997-1998

Transferts sans incidence fiscale

Des modifications sont annoncées de façon à prévoir que si un transfert sans incidence fiscale (roulement) a lieu à l'égard du transfert d'un bien pour l'application de la législation fédérale, le roulement sera réputé avoir eu lieu à l'égard du transfert de ce bien pour l'impôt québécois. En corollaire, s'il n'y a pas de roulement, en application de l'impôt fédéral, il est prévu qu'il n'y aura aucun roulement pour l'application de l'impôt québécois. Les roulements visés dans cette annonce étaient ceux à l'égard desquels un choix était possible. Les principales situations visées sont les suivantes :

- les articles 518 « transfert d'un bien à une société » L.I., 529 « transfert par une société de personnes » L.I. et 614 « transfert à une société de personnes » L.I. prévoient que si un choix correspondant, soit un choix fédéral en vertu du paragraphe 85(1) ou 85(2) L.I.R. ou en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R., est effectué, les paramètres du choix fédéral s'appliqueront aux fins québécoises sous réserve de certaines règles particulières permettant dans certaines situations un montant convenu distinct au Québec justifié par des attributs fiscaux distincts;

- les articles 440 et 441.1 « roulement au conjoint, au décès » L.I. ne s'appliquent pas à un transfert d'un bien au conjoint ou à une fiducie lorsqu'un choix en vertu du paragraphe 70(6.2) L.I.R. est fait (choix de négocier à la JVM);

- les aliénations prévues aux articles 444 et 450 « transferts de biens agricoles » L.I. sont réputées être effectuées aux montants déterminés à ce titre à l'égard du bien en vertu de l'un des paragraphes 70(9), 70(9.1), 70(9.2) et 70(9.3) L.I.R.;

- les articles 454 et 462.15 « roulement au conjoint, entre vifs » L.I. ne s'appliquent pas à un transfert lorsqu'un choix est fait au paragraphe 73(1) L.I.R. (choix de négocier à la JVM);

- l'article 620 L.I. relativement à la dissolution d'une société de personnes ne s'applique que si un choix valide est fait pour l'application du paragraphe 98(3) L.I.R.;

- voir également l'article 555 « unification étrangère » L.I., l'article 785.4 « réorganisations d'organismes de placements » L.I., les articles 832.3 et

832.9 « assureurs » L.I. et les articles 971.2 et 971.3 « aliénation d'un intérêt dans une police d'assurance » L.I.

***Bulletin d'information* 97-5**[28]

Réserve pour gain en capital

La réserve pour gain en capital qu'un contribuable peut demander lors de l'aliénation d'une immobilisation prévue à l'article 234 L.I. ne peut excéder le montant déterminé au sous-alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R.

Attributs fiscaux des biens d'un contribuable devenant assujetti à l'impôt québécois

La législation québécoise prévoyait déjà, aux articles 31 et 694 L.I., qu'un contribuable qui a bénéficié d'une déduction en vertu de la législation fédérale alors qu'il n'était pas assujetti à la *Loi sur les impôts* est réputé avoir obtenu cette déduction pour l'application de l'impôt québécois. Ces règles faisaient en sorte que les attributs fiscaux québécois soient sensiblement les mêmes que ceux prévus dans la loi fédérale lorsqu'un contribuable devenait assujetti à l'impôt québécois. Toutefois, il n'y avait pas de règles visant à « importer » les coûts fiscaux. Une mesure contenue dans le *Bulletin d'information* 97-5 apporte des modifications à cette situation. Ainsi, en vertu de l'article 31 L.I. tel que modifié à la suite de cette annonce, les modifications apportées au coût, au coût en capital ou au coût indiqué d'un bien en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans une année antérieure, alors que le contribuable n'était pas assujetti à l'impôt du Québec, sont réputées avoir été apportées en vertu de la *Loi sur les impôts*.

Budget 1998-1999[29]

Choix relatifs à une fiducie

Les choix effectués à l'égard de l'attribution des montants par une fiducie en faveur des bénéficiaires sont liés à l'exercice d'un choix valide au niveau de la loi fédérale. Il s'agit des situations suivantes :

---

[28] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 97-5, « Octroi aux grandes entreprises du remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard des camions et autres mesures fiscales », 16 octobre 1997, pp. 9 et 10.

[29] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1998-1999, Renseignements supplémentaires sur les mesures du Budget*, 31 mars 1998, pp. 80 et 81.

- le choix du bénéficiaire privilégié effectué en vertu de l'article 659 L.I. est réputé être fait si un choix est fait pour l'application du paragraphe 104(14) L.I.R.;

- le montant attribué à un bénéficiaire prévu aux articles 663.1 et 663.2 L.I. ne doit pas excéder le montant attribué respectivement en vertu des paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R.

Désignations par un groupe de sociétés associées

Des modifications ont été annoncées de façon à éviter que des désignations distinctes de montants dans un groupe de sociétés associées ne permettent à des sociétés membres de ce groupe de bénéficier des avantages fiscaux liés à ces désignations dans plus d'une juridiction provinciale. Ainsi, ces désignations sont réputées aux fins de l'impôt du Québec être les mêmes que celles faites aux fins de l'impôt fédéral. Il s'agit des désignations relatives au plafond de dépenses de recherche à l'égard d'un employé déterminé (art. 230.0.0.3.5 L.I.) et à la déduction de base pour intérêts et impôts fonciers à l'égard d'un terrain (art. 165.4.1 L.I.).

***Bulletin d'information* 2000-7**[30]

Action de remplacement

L'article 280.5 L.I. prévoit qu'une action est réputée être désignée comme une « action de remplacement » aux fins des règles de report de l'imposition du gain en capital lors de l'aliénation d'actions d'une société exploitant une petite entreprise, si cette action est désignée aux mêmes fins en vertu de l'alinéa b) de la définition de l'expression « action de remplacement » prévue au paragraphe 44.1(1) L.I.R.

---

[30] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2000-7, « Position du ministère des Finances du Québec concernant l'énoncé économique fédéral du 18 octobre 2000 et autres mesures fiscales », 27 octobre 2000, p. 2.

***Bulletin d'information* 2001-6**[31]

Actions d'une société qui devient publique

En vertu de l'article 247.2 L.I., un particulier est réputé aliéner une action d'une société qui devient publique s'il fait un choix valide en vertu du paragraphe 48.1(1) L.I.R.

***Bulletin d'information* 2002-8**[32]

Fiducie canadienne ne résidant pas au Québec

La législation fiscale québécoise sera modifiée afin qu'un bénéficiaire soit tenu d'inclure dans le calcul de son revenu, pour une année d'imposition, les montants qui lui sont attribués dans l'année par une fiducie résidant au Canada et à l'extérieur du Québec, malgré le choix effectué par le fiduciaire de cette fiducie en vertu des paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. Cependant, ce bénéficiaire peut réclamer un crédit d'impôt non remboursable d'un montant équivalent au montant d'impôt d'une province, autre que le Québec, que la fiducie a payé et qui se rapporte aux montants qui lui ont été attribués et qui ont fait l'objet d'un tel choix. À ce jour, la législation fiscale relative à ces mesures n'a pas été adoptée ni présentée.

3. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

3.1. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

Depuis quelques années, l'ADRC a ciblé un certain nombre de domaines pour vérification de l'application possible de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») (par exemple, utilisation de pertes, remises de dettes, dépouillement de surplus, impôt de la Partie I.3 L.I.R., etc.). Le MRQ a-t-il adopté une approche semblable? Dans l'affirmative, quels sont les secteurs identifiés par le Ministère pour de telles vérifications?

---

31 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-6, « Extension de l'application du crédit d'impôt pour spectacles musicaux aux spectacles dramatiques et aux spectacles d'humour et précisions concernant la politique fiscale applicable aux particuliers et aux entreprises », 5 juillet 2001, p. 63.

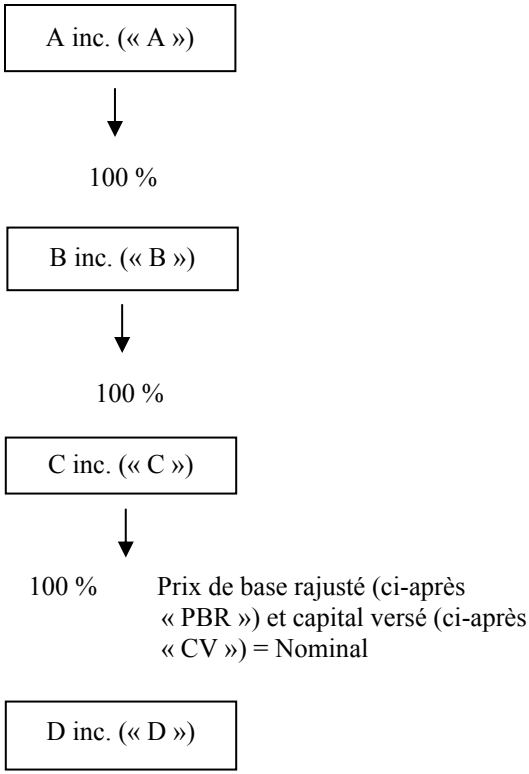
32 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2002-8, « Annonce de modifications visant à faciliter l'accès à diverses mesures fiscales ou à en assouplir l'application », 11 juillet 2002, p. 69.

RÉPONSE DU MRQ

Le Ministère n'a pas ciblé de domaines pour la vérification de l'application possible de la RGAÉ comme l'a fait l'ADRC. Par ailleurs, dans le cours normal d'une vérification, le Ministère peut vérifier l'application possible de la RGAÉ.

3.2. RGAÉ – QUESTION SUR UN CAS PARTICULIER

Un groupe de quatre sociétés est initialement organisé de façon verticale et chacune des sociétés est détenue à 100 % par leur société mère respective. L'organigramme suivant présente la structure de détention du groupe.



Il est projeté de procéder à une série d'opérations afin d'obtenir une structure de détention dans laquelle A détient 100 % des actions émises et en circulation de D, plutôt que celles-ci soient détenues par C. Cet objectif est

soutenu par des motifs commerciaux véritables. De plus, il est à noter que ces opérations ne s'inscrivent pas dans un contexte de vente d'actifs ou d'actions en faveur d'un tiers. L'application des articles 308.1 et 308.2 L.I., n'est donc pas à considérer.

Conformément à un premier scénario, C transfère les actions qu'elle détient dans le capital-actions de D en faveur de A en contrepartie d'actions de roulement émises à même le capital-actions de A. La JVM, des actions de roulement est de 10 M$. La transaction est effectuée par voie de roulement conformément aux articles 518 et suivants L.I. La *somme convenue* est établie à une valeur nominale correspondant au PBR des actions initialement détenues par C. Des formulaires de choix sont produits aux autorités fiscales dans les délais prescrits par la *Loi sur les impôts*.

Aux fins de la présente, il est fait abstraction des règles prévues aux lois corporatives pouvant interdire les situations dites d'« inceste corporatif ».

Par la suite, A procède au rachat des actions de roulement nouvellement émises en faveur de C en contrepartie de l'émission d'un billet de 10 M$. Ce rachat donne lieu à un dividende intercorporatif libre d'impôt. Le billet est ensuite successivement versé en paiement d'un dividende déclaré par C en faveur de B et d'un dividende déclaré par B en faveur de A.

Le billet est ainsi éteint par confusion et les actions détenues par A dans le capital-actions de D ont les attributs fiscaux suivants à la fin des opérations : JVM de 10 M$; PBR et CV nominal.

Par ailleurs, un second scénario nous permet d'obtenir le même résultat. Ainsi, dans un premier temps, il y a incorporation d'une société filiale à 100 % de A (ci-après « Newco ») pour une souscription initiale nominale. Dans un deuxième temps, C transfère les actions qu'elle détient dans le capital-actions de D en faveur de Newco en contrepartie d'actions de roulement émises à même le capital-actions de Newco. La JVM des actions de roulement est de 10 M$. La transaction est effectuée par voie de roulement tel que prévu dans le premier scénario.

Subséquemment, Newco procède au rachat des actions de roulement nouvellement émises en faveur de C en contrepartie de l'émission d'un billet de 10 M$. Ce rachat donne lieu à un dividende intercorporatif libre d'impôt. Le billet est ensuite remonté entre les mains de A par une série de dividendes de la façon présentée dans le premier scénario. Enfin, A souscrit à des actions du capital-actions de Newco pour une valeur de 10 M$ et Newco est fusionnée avec sa filiale D.

Le billet est ainsi éteint par confusion. Les actions détenues par A dans le capital-actions de la société issue de la fusion ont les attributs fiscaux suivants à la fin des opérations : JVM, PBR et CV de 10 M$.

Dans ces circonstances, est-ce que le MRQ accepterait que les opérations soient structurées conformément au second scénario et tenterait-il, entre autres, d'appliquer la RGAÉ?

RÉPONSE DU MRQ

La pratique du Ministère est de se prononcer sur l'application de la RGAÉ uniquement à la suite de l'examen de tous les faits et circonstances entourant une transaction, et ce, dans le cadre d'une demande d'interprétation technique ou d'une demande de décision anticipée. À cet égard, le *Bulletin d'interprétation* ADM. 2/R7[33] du 30 juin 2000 émis par le Ministère énonce que lorsque la demande de décision anticipée porte sur les dispositions de l'article 1079.10 L.I., elle doit indiquer les raisons qui permettent d'établir que l'opération n'entraînerait pas un avantage fiscal qui résulterait directement ou indirectement en un mauvais emploi des dispositions de cette loi ou en un abus, compte tenu de ces dispositions.

4. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE

4.1. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE – COTISATIONS FÉDÉRALES ET PROVINCIALES

Nous voulons connaître la position du MRQ dans un contexte où une personne est cotisée en premier lieu par l'ADRC en vertu de l'article 160 L.I.R. Par exemple, si la dette de l'auteur du transfert (débiteur fiscal) est de 100 000 $, que la valeur des biens transférés au cessionnaire est également de 100 000 $ et que l'avis de cotisation émis par l'ADRC au cessionnaire est donc pour un montant de 100 000 $, nous désirons connaître la position du Ministère dans de telles circonstances. Est-ce que le Ministère cotisera à son tour le cessionnaire pour 100 000 $ en vertu de l'article 14.5 L.M.R.? Si la réponse est positive, comment le Ministère peut-il justifier une telle cotisation puisque le contribuable aura alors une charge fiscale combinée fédérale provinciale qui excède de loin la valeur des biens obtenus lors du transfert? Dans la négative, existe-t-il, dans une telle situation, une convention entre l'ADRC et le MRQ?

---

[33] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM. 2/R7, « Décisions anticipées », 30 juin 2000.

RÉPONSE DU MRQ

Le Ministère a déjà rencontré quelques cas similaires. Il a alors agi en équité en n'exerçant pas son pouvoir de cotiser le cessionnaire en vertu de l'article 14.5 L.M.R., et ce, compte tenu que celui-ci avait apporté au Ministère la preuve du paiement à l'ADRC de l'avis de cotisation émis en vertu du paragraphe 160(2) L.I.R. représentant le total de l'avantage reçu.

Si une telle situation devait se représenter, le Ministère entend exercer sa discrétion de la même façon à moins que des circonstances exceptionnelles ne justifient pas l'application d'une telle mesure d'équité.

Par ailleurs, il n'existe actuellement aucune convention entre le Ministère et l'ADRC relative à la répartition proportionnelle de l'avantage reçu lors de l'établissement des cotisations découlant de l'article 14.5 L.M.R. et du paragraphe 160(2) L.I.R.

4.2. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE

Lorsqu'un transfert de biens est visé par l'article 14.5 L.M.R., quelle est la valeur du bien transféré au cessionnaire dans une situation où une compagnie, débitrice fiscale, verse à son actionnaire, qui est un particulier, un dividende? Doit-on réduire la responsabilité fiscale du cessionnaire par le montant des impôts que ce dernier aura à payer à la suite de la réception du dividende?

RÉPONSE DU MRQ

Comme le MRQ l'a déjà exprimé lors du Symposium sur les taxes à la consommation de mai 1999[34], une cotisation pourra être émise en vertu de l'article 14.5 L.M.R. à la suite du versement d'un dividende et ce, dans des circonstances exceptionnelles. Dans une telle situation, le Ministère pourra cotiser le cessionnaire en vertu de l'article 14.5 L.M.R. pour un montant correspondant au dividende versé.

Le Ministère ne réduira pas la responsabilité fiscale du cessionnaire du montant des impôts que ce dernier pourrait avoir à payer à la suite de la

---

[34] Joe STARNINO, Alain LAMBERT, « Perception fiscale et responsabilité solidaire d'un cédant et d'un cessionnaire », dans *Symposium sur les taxes à la consommation 1999*, 87, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 8:1-12, à la page 8:2.

réception du dividende, considérant que l'impôt que le cessionnaire pourrait avoir à payer ne constitue pas notamment une contrepartie donnée pour obtenir le bien.

4.3. TRANSFERT DE BIENS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE – DIVIDENDE

Dans la décision *Gestion Yvan Drouin inc*. c. *La Reine*[35], le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt met sérieusement en doute le fait qu'un dividende puisse être considéré comme un transfert à titre gratuit par une société. En effet, le juge Archambault fait un parallèle avec les intérêts versés sur un prêt. Comme l'intérêt représente la rémunération du capital prêté et que le paiement des intérêts représente un transfert de biens pour lequel une contrepartie a été fournie, il pourrait alors être argumenté que le dividende représente également la rémunération sur le capital fourni à une société et que son paiement représente aussi un transfert de biens pour lequel une contrepartie a été fournie. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'actions privilégiées dites de financement, donnant droit à un dividende annuel cumulatif, rachetable au gré du détenteur et souvent sans droit de vote. Puisqu'il existe très peu de différence entre des actions de financement et un prêt, nous aimerions connaître la position du MRQ sur la question de savoir si le paiement de dividende représente un transfert de biens pour lequel une contrepartie a déjà été fournie.

RÉPONSE DU MRQ

Dans la situation où le Ministère émettrait une cotisation en vertu de l'article 14.5 L.M.R. à la suite du versement d'un dividende, celui-ci ne considère pas que la mise de fonds de l'actionnaire pour acquérir une part ou une unité du capital-actions est une contrepartie donnée pour recevoir un dividende. En effet, c'est la propriété d'une ou d'un certain nombre d'actions qui constitue la contrepartie reçue à l'égard de la mise de fonds. Le versement d'un dividende est plutôt considéré comme l'un des droits rattachés à la qualité d'actionnaire.

De plus, à maintes reprises, la jurisprudence a conclu que le versement d'un dividende constituait un transfert de bien sans contrepartie.

---

[35] 2001 D.T.C. 72 (C.C.I.).

5. ADMINISTRATION FISCALE

5.1. MODIFICATIONS AU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE*

Depuis le 1er janvier 2003, d'importantes modifications ont été apportées au *Code de procédure civile*[36]. Est-ce que le MRQ peut commenter l'impact que ces modifications ont eu en matière fiscale notamment quant à la possibilité que la défense soit présentée par le Ministère de façon verbale et au délai de 180 jours maintenant imposé entre la date où une requête en appel est déposée en Cour du Québec et la date à laquelle la cause doit être fixée pour enquête et audition?

RÉPONSE DU MRQ

Depuis janvier 2003 avec l'avènement du nouveau *Code de procédure civile*, malgré la possibilité d'une défense orale, le Ministère entend produire une défense écrite dans tous les dossiers.

Jusqu'à maintenant le délai de 180 jours n'a créé aucun impact négatif. Pour le district judiciaire de Montréal, des rôles provisoires pour fixation des causes fiscales sont tenus tous les trois mois et les causes sont déjà fixées pour 2004 et le début de 2005.

5.2. DATE D'EXIGIBILITÉ DU SOLDE D'IMPÔT ET CALCUL DES INTÉRÊTS

Un particulier produit sa déclaration de revenus de l'année 2002 tôt en 2003 et a un solde d'impôt à payer. À quel moment le solde d'impôt est-il payable selon les situations qui suivent?

Situation 1

- Le contribuable recevra son avis de cotisation le 30 avril 2003 :

Nous comprenons qu'en vertu de l'article 27.0.1 L.M.R., un particulier aura 45 jours suivant la date du dépôt à la poste de l'avis de cotisation pour payer son solde d'impôt, soit le 15 juin 2003.

---

36 L.R.Q., c. C-25.

Situation 2

- Le contribuable reçoit son avis de cotisation après le 30 avril, par exemple le 1er mai 2003 :

Nous comprenons qu'en vertu de l'article 1026.0.1 L.I. et de la définition de « date d'échéance du solde » se trouvant à l'article 1 L.I., le particulier devra payer son solde d'impôt le ou avant le 30 avril 2003.

Nous demandons au MRQ de confirmer son interprétation de la loi applicable aux deux situations mentionnées ci-dessus.

RÉPONSE DU MRQ

Selon l'article 1026.0.1 L.I., tout particulier doit payer le solde de son impôt estimé pour chaque année d'imposition au plus tard à la date d'échéance du solde qui lui est applicable pour l'année soit, dans les deux situations décrites, au plus tard le 30 avril 2003 (art. 1 L.I.).

Ainsi, tout solde d'impôt impayé au 30 avril 2003 portera intérêt au taux fixé en vertu de l'article 28 L.M.R. à compter de cette date jusqu'au jour du paiement (art. 1037 L.I.). Dans la première situation, l'avis de cotisation daté du 30 avril 2003 ne devrait comporter aucune charge d'intérêt sur le solde d'impôt à payer (sous réserve d'une charge d'intérêt qui pourrait résulter d'acomptes provisionnels insuffisants ou en retard). Dans la deuxième situation, des intérêts devraient être calculés pour tous les jours de retard compris entre le 30 avril 2003 et la date effective de cotisation.

Enfin, sans modifier la « date d'échéance du solde » d'un particulier, ce dernier bénéficie toutefois d'un délai pour payer les montants indiqués sur tout avis de cotisation qui lui est transmis. En effet, le deuxième alinéa de l'article 27.0.1 L.M.R. prévoit qu'un particulier doit, dans les 45 jours qui suivent la date du dépôt à la poste d'un avis de cotisation, payer au ministre les droits, les intérêts et les pénalités mentionnés sur cet avis, et ce, sans charge d'intérêts supplémentaires.

5.3. CALCULS DES ACOMPTES PROVISIONNELS ET RENONCIATION AUX INTÉRÊTS ET PÉNALITÉS PAR LE MINISTÈRE

Lors du Budget du 12 juin dernier, le ministre des Finances a annoncé une série de réductions à l'égard de différentes mesures d'aide fiscale disponibles pour les sociétés. Les réductions de taux des crédits d'impôt, de déductions dans le calcul du revenu imposable, du capital versé et dans le

calcul de l'impôt à payer des sociétés, annoncées dans le cadre de ce Budget, ont un impact sur le calcul des acomptes provisionnels devant être effectués par les sociétés. De telles réductions ne pouvant être prévisibles, les sociétés n'ont pu ajuster le montant de leurs acomptes provisionnels pour les mois qui ont précédé cette annonce à l'égard de l'année d'imposition comprenant la date du *Discours sur le Budget.*

Le MRQ entend-il mettre en place des procédures qui feront en sorte de ne pas pénaliser les sociétés à l'égard des versements d'acomptes provisionnels précédant cette annonce de réductions des mesures d'aide disponibles pour les sociétés?

RÉPONSE DU MRQ

De façon sommaire, la législation fiscale exige qu'une société fasse des versements mensuels d'acomptes provisionnels selon le moindre de son impôt estimé pour l'année ou son premier acompte provisionnel de base (défini à l'article 1027R1 R.I. comme étant le montant de son impôt à payer pour l'année d'imposition précédente). Or, les sociétés qui bénéficient d'une mesure fiscale faisant l'objet d'une réduction et qui ont fixé le montant de leurs acomptes provisionnels en considérant le bénéfice de cette mesure avant réduction sont possiblement en défaut pour les versements antérieurs à cette annonce.

L'article 94.1 L.M.R. permet au ministre de renoncer ou d'annuler des intérêts ou des pénalités dans certaines circonstances exceptionnelles et indépendantes de la volonté du contribuable. Le Ministère a décidé d'appliquer cette disposition afin d'éviter de pénaliser des sociétés par une charge d'intérêts sur les versements effectués antérieurement à la date du Budget et devenus insuffisants en raison de la réduction des mesures d'aide fiscale annoncée dans le cadre du Budget du 12 juin 2003.

Ainsi, une société qui aura versé à l'égard des acomptes provisionnels subséquents une compensation visant à combler le manque à gagner applicable aux versements antérieurs à la date du Budget obtiendra une renonciation à l'égard de la charge d'intérêts sur les versements effectués antérieurement à la date du Budget. Pour les sociétés qui n'auront pas ajusté leurs versements d'acomptes provisionnels dans la période subséquente à la date du Budget, afin de compenser les versements insuffisants effectués antérieurement à cette date, obtiendront une renonciation mais seulement à l'égard des intérêts sur la partie insuffisante des versements relatifs à la période antérieure au 13 juin 2003 courus avant cette date.

Une première extraction nous permet de constater qu'un nombre restreint d'entreprises sera visé par cette situation. Le Ministère ne sera en mesure de les identifier qu'à la suite de la cotisation de la déclaration de revenus de l'année d'imposition comprenant le 12 juin 2003. Par la suite, le Ministère procédera à une révision des dossiers concernés.

FISCALITÉ FÉDÉRALE

PARTIE A
Rapport du Comité sur les relations gouvernementales fédérales

Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l.

PARTIE B
Table ronde sur la fiscalité fédérale

Coordonnateur
Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l.

François Giroux, avocat
Spiegel Sohmer

Marcel Lemay, FCA
Hardy Normand & Associés

Maurice Bisson, CGA
Agence des douanes et du revenu du Canada

Marie-Claude Hébert, avocate
Ministère des Finances du Canada

Ghislaine Landry, CGA
Agence des douanes et du revenu du Canada

Grant Nash, avocat
Ministère des Finances du Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (DENIS LACROIX)
Rapport du Comité sur les relations gouvernementales fédérales 57:5

PARTIE B
Table ronde sur la fiscalité fédérale

1. VENTE D'ACTIONS ET D'ENTREPRISES 57:7

1.1. VENTE D'ACTIONS *VERSUS* VENTE D'ÉLÉMENTS D'ACTIF 57:9
1.2. DÉDUCTION DE 500 000 $ – APPLICATION DE LA DISPOSITION GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT ET DIVIDENDE RÉPUTÉ 57:12
1.3. *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-426 – ACTIONS VENDUES DANS LE CADRE D'UN CONTRAT COMPORTANT UNE CLAUSE RELATIVE À LA CAPACITÉ DE GAIN 57:13
1.4. ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE – PARAGRAPHE 110.6(1) L.I.R. 57:14
1.5. PERTE AU TITRE D'UN PLACEMENT D'ENTREPRISE 57:15
1.6. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES – OFFRE D'ACHAT 57:16
1.7. APPLICATION DU PARAGRAPHE 51(1) L.I.R. 57:18
1.8. L'AFFAIRE *KRUCO* 57:19

2. FIDUCIES, FONDATIONS ET SOCIÉTÉS DE PERSONNES 57:21

2.1. REVENU RÉPUTÉ D'UNE FIDUCIE 57:21
2.2. FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME ET ROULEMENT AU CONJOINT 57:22
2.3. TRANSFERT D'ACTIONS EN FIDUCIE 57:23
2.4. PRIX DE BASE RAJUSTÉ D'UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 57:25
2.5. ANALYSE DU PARAGRAPHE 107(2) L.I.R. 57:26
2.6. PLACEMENT NON ADMISSIBLE – FONDATION PRIVÉE 57:29

3. SOCIÉTÉS 57:32

3.1. CAPITAL DÉCLARÉ LÉGAL 57:32
3.2. POLITIQUE ADMINISTRATIVE SUR LA RÉTRIBUTION VERSÉE AUX GESTIONNAIRES/ACTIONNAIRES 57:33
3.3. CIRCULARITÉ ET IMPÔT DE LA PARTIE IV 57:34
3.4. INTERACTION DES PARAGRAPHES 13(21.2) ET 88(1) L.I.R. 57:37
3.5. INCORPORATION DES COMPTABLES AGRÉÉS AU QUÉBEC – *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-189R2 ..... 57:38
3.6. INCORPORATION DES COMPTABLES AGRÉÉS AU QUÉBEC – CHOIX PRÉVU À L'ARTICLE 34 L.I.R. 57:40
3.7. PARAGRAPHE 84(4.1) L.I.R. 57:40

4. DIVERS 57:41

4.1. PARAGRAPHE 18(9.1) L.I.R. – PÉNALITÉ POUR RÉDUCTION DU TAUX D'INTÉRÊT 57:41
4.2. LA FISCALITÉ ET LA FAMILLE 57:43
4.3. EMPLOI ASSURABLE 57:46
4.4. BULLETIN D'INTERPRÉTATION SUR LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 57:47
4.5. ACOMPTES PROVISIONNELS EXCÉDENTAIRES 57:48

PARTIE A
RAPPORT DU COMITÉ SUR LES RELATIONS GOUVERNEMENTALES FÉDÉRALES

Denis Lacroix
Notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l.

Au cours de la dernière année, les membres du Comité se sont rencontrés à plusieurs reprises en vue de la préparation d'un rapport devant être présenté aux représentants de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») et du ministère des Finances. Il est prévu que cette rencontre aura lieu le 14 novembre prochain à Ottawa.

Les sujets abordés par le rapport sont très variés et visent, notamment, la distribution des publications internes de l'ADRC, le transfert de l'entreprise familiale entre les membres d'une famille, le régime fiscal des paiements basés sur la production ou l'usage et l'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*[1].

Il est bon de rappeler que le Comité constitue un excellent mécanisme pour l'ensemble des membres de l'APFF afin de porter à l'attention des autorités fiscales certaines problématiques pouvant être rencontrées dans la pratique de la fiscalité. Ces problématiques peuvent avoir trait à une question

[1] L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

d'ordre technique portant sur la rédaction d'une loi fiscale, sur les politiques administratives relatives à son application ou, encore, sur une question de politique fiscale.

Chacun est donc invité à faire part de problématiques de ce genre en communiquant avec l'auteur de ce texte ou avec un des membres du Comité, dont les noms apparaissent ci-après et que je désire remercier pour leur contribution :

Me Maurice Arsenault, avocat, M. Fisc., Raymond Chabot Grant Thornton

Me Pierre Barsalou, avocat, Barsalou Lawson

Me Lucie Bélanger, avocate, M. Fisc., Heenan Blaikie, s.r.l.

Me Claude Desaulniers, avocat, McCarthy Tétrault s.r.l.

Me Benoît Dupuis, notaire, M. Fisc., Fasken Martineau DuMoulin

Mme Jocelyne Gagnon, Adm. A., AVA, M. Fisc., PPI Québec inc.

Me François Giroux, avocat, Spiegel Sohmer

Me Claude Jodoin, avocat, M. Fisc., Davies Ward Phillips & Vineberg, s.r.l.

M. Paul Jutras, CA, PricewaterhouseCoopers s.r.l.

Me Daniel Lacelle, avocat, Gowling Lafleur Henderson s.r.l.

M. Marcel Lemay, FCA, Hardy, Normand & Associés, CA

M. Pierre Monette, CA, Raymond Chabot Grant Thornton

M. Gilles Veillette, CA, Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

PARTIE B
TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE

Coordonnateur
Denis Lacroix
Notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l.

François Giroux
Avocat
Spiegel Sohmer

Marcel Lemay
FCA
Hardy Normand & Associés

Maurice Bisson
CGA
Agence des douanes et du revenu du Canada

Marie-Claude Hébert
Avocate
Ministère des Finances du Canada

Ghislaine Landry
CGA
Agence des douanes et du revenu du Canada

Grant Nash
Avocat
Ministère des Finances du Canada

1. VENTE D'ACTIONS ET D'ENTREPRISES

1.1. VENTE D'ACTIONS *VERSUS* VENTE D'ÉLÉMENTS D'ACTIF

Les actionnaires d'une société opérante (ci-après « Opco ») désirent vendre l'entreprise exploitée par Opco. La transaction peut porter soit sur les éléments d'actif, soit sur les actions. Des discussions avec un acheteur potentiel sont entamées. L'acheteur est cependant intéressé par les éléments d'actif d'Opco. Après négociations, il a été convenu que les actionnaires vendraient leurs actions d'Opco après que cette dernière eut cédé la totalité de ses éléments d'actif en faveur d'une filiale nouvellement créée (ci-après « Filialeco »). La vente de l'achalandage en faveur de Filialeco se fait par une opération pleinement taxable, c'est-à-dire sans utiliser les dispositions prévues à l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] alors que le transfert des autres éléments d'actif se fait sur une base de roulement.

Le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») est versé aux actionnaires vendeurs immédiatement après une fin d'année créée par la fusion d'Opco et de Filialeco ou par l'acquisition de contrôle d'Opco.

Le prix des actions transigées est ajusté pour tenir compte de l'impôt payable résultant de la vente d'éléments d'actif ainsi que de la sortie de fonds faisant suite au versement du CDC.

Les actionnaires vendeurs utilisent leur déduction pour gains en capital sur actions admissibles de petites entreprises.

Le résultat de la transaction devrait normalement susciter moins de questionnement que l'affaire *Geransky* c. *La Reine*[2], en ce sens que dans le cas ci-dessus, la transaction porte sur l'ensemble des éléments d'actif et non pas sur une partie seulement (*stripping*). Ainsi, l'Agence des douanes et du revenu de Canada (ci-après « ADRC ») est-elle d'avis que le paragraphe 84(2) L.I.R. tel qu'il est invoqué dans la décision *Geransky* et l'article 84.1 L.I.R. applicable en cas de lien de fait[3] ne s'appliquent pas à la situation

---

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

2 2001 D.T.C. 243, [2001] 2 C.T.C. 2147 (C.C.I.) (ci-après « *Geransky* »).

3 Voir, entre autres, Greg C. BOEHMER et John M. CAMPBELL, « Recent technical interpretations and administrative developments », dans *1995 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, pp. 11:1-58, question 5, à la page 11:36.

décrite ci-dessus afin d'empêcher les vendeurs de bénéficier de leur déduction viagère pour gains en capital.

De plus, tenant compte du fait que des impôts résultant de la vente des éléments d'actif en faveur de Filialeco ont été payés, l'ADRC peut-elle nous confirmer qu'elle n'appliquerait pas non plus l'article 245 L.I.R.?

RÉPONSE DE L'ADRC

Il faut d'abord souligner que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique (ci-après « la situation donnée ») et, entre autres, ne donne aucune information relativement à la contrepartie qui serait reçue par les actionnaires vendeurs et à l'utilisation qui serait effectuée des éléments d'actif d'Opco à la suite de la transaction. En l'absence de ces éléments d'information, il apparaît donc impossible de se prononcer de manière définitive sur l'application potentielle des paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R. dans la situation donnée. Nous pouvons tout de même formuler les commentaires généraux suivants.

Nous sommes d'avis que, dans la mesure où aucun des fonds ou biens d'Opco ne serait distribué ou autrement attribué, de quelque façon que ce soit aux actionnaires vendeurs d'Opco ou au profit de ces derniers dans le cadre de la situation donnée, le paragraphe 84(2) L.I.R. ne serait alors pas applicable. Cela pourrait notamment être le cas dans la mesure où les actionnaires vendeurs et l'acheteur n'auraient entre eux aucun lien de dépendance, les actionnaires vendeurs recevraient en contrepartie de leurs actions du capital-actions d'Opco un montant en espèces émanant des propres fonds de l'acheteur, et les éléments d'actif d'Opco continueraient d'être utilisés dans une entreprise exploitée activement par Opco ou par une autre entité du groupe corporatif de l'acheteur.

En ce qui a trait à l'application du paragraphe 245(2) L.I.R., il nous est impossible de prendre position de manière définitive dans le cadre des présentes. En effet, l'application potentielle du paragraphe 245(2) nécessiterait l'analyse de tous les faits et les circonstances entourant une situation donnée particulière et l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique. À titre de commentaire d'ordre général, il nous est toutefois possible de confirmer que, dans une situation du type de celle décrite au paragraphe précédent, le paragraphe 245(2) ne devrait pas normalement s'appliquer à l'égard des actionnaires vendeurs pour déterminer à nouveau les conséquences fiscales découlant de la vente de leurs actions.

Par ailleurs, il nous est difficile de nous prononcer définitivement sur l'application potentielle de l'article 84.1 L.I.R. dans la situation donnée, compte tenu que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement la situation donnée et, entre autres, ne donne aucune information relativement à la contrepartie qui serait reçue par les actionnaires vendeurs ou si les actionnaires vendeurs ont ou sont réputés avoir un lien de dépendance avec l'acheteur.

Nous sommes toutefois d'avis que, de manière générale, lorsque la transaction envisagée en est une d'affaires et est supportée par des objets commerciaux véritables (autres que l'obtention d'un avantage fiscal), où un acheteur est intéressé par les éléments d'actif possédés par une personne non liée (ci-après « la société cible ») et où l'acheteur et les actionnaires de la société cible sont des personnes non liées ayant des intérêts distincts et différents, le seul fait qu'il soit finalement convenu entre les parties que l'acheteur acquière les éléments d'actif de la société cible par l'achat des actions du capital-actions de cette dernière, ne serait pas suffisant en soi pour que l'acheteur et les vendeurs soient considérés comme ayant entre eux un lien de dépendance en ce qui a trait à la disposition des actions du capital-actions de la société cible.

En terminant, nous tenons à rappeler que l'application des paragraphes 84(2), 245(2) et de l'article 84.1 L.I.R. nécessite généralement l'analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée. À cet égard, lorsque des contribuables envisagent d'effectuer des opérations où l'une de ces dispositions pourrait s'appliquer, il est recommandé d'obtenir une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu avant de procéder à de telles opérations.

Il est également à noter que la question ci-dessus vise essentiellement à obtenir l'avis de l'ADRC relativement aux incidences fiscales pour les actionnaires vendeurs découlant de la disposition de leurs actions du capital-actions d'Opco et que nos commentaires se limitent à cet aspect de la transaction. En conséquence et compte tenu que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, les commentaires ci-dessus ne doivent d'aucune façon être interprétés comme visant d'autres incidences fiscales qui pourraient découler de la situation donnée, comme celles pouvant découler d'opérations effectuées au niveau de la société cible, préalablement à la vente d'actions. À cet égard, il est toutefois à souligner qu'aux termes des propositions législatives annoncées le 20 décembre 2002, l'élément A de la définition de « montant cumulatif des immobilisations admissibles » (ci-après « MCIA ») prévue au paragraphe 14(5) L.I.R. est modifié de sorte que la fraction non imposable

du gain d'Opco qui serait réalisé lors du transfert de l'achalandage en faveur de Filialeco serait exclue du compte de MCIA de Filialeco.

1.2. DÉDUCTION DE 500 000 $ – APPLICATION DE LA DISPOSITION GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT ET DIVIDENDE RÉPUTÉ

Un individu est l'unique actionnaire d'une société de gestion (ci-après « Gesco »). Cette société détient 100 % des actions d'une société opérante (ci-après « Opco ») dont les actions se qualifient à titre d'actions admissibles de petite entreprise au sens du paragraphe 110.6(2.1) L.I.R. Un acheteur est intéressé par les actions d'Opco mais ne désire pas se porter acquéreur des actions de Gesco. Pour que l'actionnaire vendeur puisse bénéficier de sa déduction pour gains en capital sur actions de petites entreprises, il transfère ses actions de Gesco en faveur de la filiale après s'être assuré d'éviter l'inceste corporatif. En contrepartie, Opco lui émet des actions de son capital-actions. Une fois Gesco devenue filiale d'Opco, elle est liquidée dans Opco. L'actionnaire vend alors la totalité des actions d'Opco et utilise sa déduction pour gains en capital.

L'ADRC appliquerait-elle la disposition générale antiévitement afin de refuser la déduction de 500 000 $ sur le gain en capital?

Selon l'ADRC, la transaction entraînerait-elle l'inclusion d'un revenu de dividende pour Gesco en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. à la suite de l'annulation des actions d'Opco alors détenues par Gesco mais en considérant qu'aucune somme n'a été payée? En d'autres termes, la participation croisée des actions entraînera-t-elle un impact fiscal lors de la liquidation?

RÉPONSE DE L'ADRC

Il faut d'abord souligner que nous prenons comme hypothèse que les opérations décrites dans la situation exposée ci-dessus seraient légalement valides.

Nous sommes d'avis qu'aucun dividende, selon le paragraphe 84(3) L.I.R., ne serait réputé avoir été versé par Opco lors de l'annulation des actions de son capital-actions détenues par Gesco puisque aucune somme ne serait payée par Opco lors de cette annulation.

Finalement, la pratique de la Direction des décisions en impôt est généralement de se prononcer sur l'application du paragraphe 245(2) L.I.R.

uniquement à la suite de l'examen de tous les faits et circonstances entourant des transactions, et ce, dans le cadre d'une demande de décisions anticipées.

1.3. *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-426 – ACTIONS VENDUES DANS LE CADRE D'UN CONTRAT COMPORTANT UNE CLAUSE RELATIVE À LA CAPACITÉ DE GAIN

L'ADRC décrit dans son *Bulletin d'interprétation* IT-426[4] les conditions à satisfaire afin qu'un contribuable puisse utiliser la méthode de recouvrement de fonds pour le calcul du gain en capital découlant de la vente d'actions dans le cadre d'un contrat comportant une clause relative à la capacité de gain. La condition prévue au paragraphe 1c) du *Bulletin d'interprétation* IT-426 prévoit qu'il doit être raisonnable de présumer que la clause relative à la capacité de gain se rapporte à la clientèle intrinsèque dont la valeur peut fort bien faire l'objet d'un désaccord entre le vendeur et l'acheteur au moment de la vente.

Est-ce que les trois situations décrites ci-dessous constituent des clauses relatives à la capacité de gain visées par le paragraphe 1c) du *Bulletin d'interprétation* IT-426?

1) Les comptes à recevoir sont considérés dans le prix d'achat des actions, mais le montant payé à la séance de clôture est réduit du montant des comptes à recevoir. La portion du prix de vente afférente aux comptes à recevoir sera remise au vendeur dans le futur, en fonction de l'encaissement des comptes à recevoir.

2) La société dont les actions sont vendues détient un élément d'actif dont la valeur est difficile à déterminer. Les parties conviennent d'un mécanisme d'ajustement du prix de vente des actions de la société afin que la somme payée pour les actions lors de la vente ne tienne pas compte de la valeur de cet actif. Par contre, dès que la société aura vendu le bien, il est convenu que l'acheteur remettra au vendeur un montant additionnel pour les actions. Le montant additionnel sera déterminé en fonction du prix de vente de l'actif et des impôts y afférents.

3) Les parties conviennent d'un prix pour les actions. Cependant, afin de garantir les représentations du vendeur (titres valides sur les éléments

---

[4] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-426, « Actions vendues dans le cadre d'un contrat comportant une clause relative à la capacité de gain », 19 février 1979.

d'actif, éléments de passif déclarés en totalité et absence de poursuites), une partie du prix d'achat des actions sera remise au vendeur, seulement trois ans après la transaction.

RÉPONSE DE L'ADRC

La position de l'ADRC est que la condition prévue au paragraphe 1c) du *Bulletin d'interprétation* IT-426 s'applique aux clauses relatives à la capacité de gain qui se rapportent à l'achalandage d'une entreprise.

Il nous apparaît que toutes les situations décrites ci-dessus ne constituent pas des clauses relatives à la capacité de gain visées par le paragraphe 1c) du *Bulletin d'interprétation* IT-426.

1.4. ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE – PARAGRAPHE 110.6(1) L.I.R.

Les actionnaires d'une société s'apprêtent à vendre leurs actions. Il a été convenu avec l'acheteur que ce dernier avancerait des sommes à la société afin de permettre à celle-ci de rembourser les montants qu'elle doit aux actionnaires vendeurs.

En supposant que l'avance de fonds par l'acheteur se fasse la veille de la transaction et que le montant du dépôt inclus dans l'encaisse corresponde à plus de 50 % de la valeur totale de l'actif, l'ADRC considérera-t-elle que le test sur éléments d'actif admissibles, aux fins de la définition d'actions admissibles de petite entreprise prévue au paragraphe 110.6(1) L.I.R., est respecté? En d'autres termes, est-ce que cette somme détenue en encaisse un jour seulement peut être considérée comme un élément d'actif excédentaire non utilisé principalement dans une entreprise exploitée activement?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'alinéa c) de la définition « action admissible de petite entreprise » au paragraphe 110.6(1) L.I.R. prévoit que, pour qu'une action du capital-actions d'une société soit admissible aux fins de la déduction prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R., les actions doivent être des actions du capital-actions d'une société qui, tout au long de la partie de la période de 24 mois qui précède le moment de la disposition, est une société privée sous contrôle canadien et dont plus de 50 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de l'actif est attribuable, entre autres, à des éléments utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée exploite activement.

Nous sommes d'avis que si à un moment quelconque durant la période de 24 mois qui précède le moment de la disposition, ne serait-ce que pour une courte période de temps, la société ne respecte pas le test prévu à l'alinéa c) de ladite définition, les actions du capital-actions de cette société ne pourront être des actions admissibles de petite entreprise aux fins de l'application du paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.

La question de savoir si des liquidités sont utilisées principalement dans une entreprise que la société exploite activement est une question de fait qui ne peut être résolue qu'après un examen complet de tous les faits entourant une situation donnée. Toutefois, dans la situation que vous nous présentez, nous sommes d'avis que les avances reçues par la société de l'acheteur pour lui permettre de rembourser les prêts dus aux actionnaires ne seront généralement pas des éléments d'actif utilisés principalement dans une entreprise que la société exploite activement.

Par conséquent, si les transactions sont effectuées telles qu'elles sont décrites ci-dessus, les actions de cette société ne seront pas des actions admissibles de petite entreprise au moment de la disposition.

1.5. PERTE AU TITRE D'UN PLACEMENT D'ENTREPRISE

Un individu, résident du Canada, investit 1 000 000 $ dans le capital-actions de la société ABC inc. (ci-après « ABC ») qui détient les placements suivants (coût et JVM) : 900 000 $ en actions d'une société américaine et 100 000 $ en actions d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »). La société américaine fait faillite et, par la suite, l'individu dispose de ses actions d'ABC pour la somme de 100 000 $. Aurait-il droit à une perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTPE ») de 900 000 $ en considérant qu'au moment de la vente, ABC est une SEPE?

À l'inverse, ABC investit 900 000 $ en actions d'une SEPE et 100 000 $ en actions d'une société américaine et la SEPE fait faillite. L'actionnaire d'ABC aurait-il droit à une PTPE de 900 000 $ si la vente des actions d'ABC avait lieu à 100 000 $ plus de 12 mois après la faillite?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'alinéa 39(1)c) L.I.R. prévoit qu'une perte en capital subie par un contribuable peut devenir une PTPE si elle résulte de la disposition d'un bien quelconque à laquelle le paragraphe 50(1) L.I.R. s'applique ou encore en faveur d'une personne avec laquelle le contribuable n'avait aucun lien de dépendance.

Lorsque le bien disposé est une action, celle-ci doit être, au moment de la disposition, une action du capital-actions d'une SEPE dont la définition est prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. Cette définition requiert, entre autres, que la société soit une société privée sous contrôle canadien et que la totalité, ou presque, de la JVM des éléments d'actif soit attribuable à des éléments qui, s'il s'agit d'actions, sont des actions du capital-actions d'une ou de plusieurs SEPE rattachées à la société au moment donné, au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. selon l'hypothèse que les SEPE sont, à ce moment, des sociétés payantes au sens de ce paragraphe. La définition d'une SEPE prévoit toutefois, aux fins de l'alinéa 39(1)c) L.I.R., qu'une société est une SEPE à un moment donné lorsqu'elle était une SEPE à un moment de la période de 12 mois précédant le moment donné.

Dans le premier scénario, puisqu'on considère qu'ABC est une SEPE au moment de la disposition, l'individu aura le droit de réclamer une PTPE lors de la disposition de ses actions sous réserve de certaines dispositions qui pourraient faire en sorte de réputer la perte comme nulle.

Dans le second scénario, ABC n'est probablement plus une SEPE depuis la faillite ou même avant la faillite de sa filiale qui, elle, était une SEPE en raison de la diminution de la JVM des actions de cette filiale. L'individu ne pourra donc pas réclamer une PTPE lors de la disposition de ses actions. Cependant, il aurait pu y avoir droit si la disposition des actions d'ABC avait eu lieu dans les 12 mois suivant un moment où ABC était une SEPE.

1.6. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES – OFFRE D'ACHAT

À la question 42 de la table ronde de 1988[5], l'ADRC avait mentionné que, lorsqu'un actionnaire d'une société acceptait une offre d'achat pour ses actions de la part d'une société acheteuse et que cette offre liait les deux parties (*binding agreement*), les deux sociétés étaient dès lors associées en vertu du paragraphe 256(1.4) L.I.R. même si la clôture de la transaction ne survenait que plus tard après les vérifications d'usage. En conséquence, la société acquise devrait donc, dans un tel cas, partager le plafond de déduction pour petite entreprise (ci-après « DPE ») de 200 000 $ avec la société acheteuse pour l'exercice créé par l'acquisition de contrôle du fait qu'elles ont été associées depuis la signature de l'entente. Des conclusions

[5] « Table ronde de Revenu Canada », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 53:1-187, question 42, à la page 53:146.

similaires ont aussi été fournies en septembre 1998 dans une interprétation technique[6].

Cette incohérence entre les dates de déclenchement du paragraphe 256(1.4) L.I.R. (qui provoque l'association de l'acheteur au vendeur) et du paragraphe 249(4) L.I.R. (qui provoque la fin d'exercice) peut venir priver une SPCC de sa DPE dans son dernier exercice avant l'acquisition de contrôle.

Le ministère des Finances reconnaît-il que le résultat obtenu n'est sûrement pas souhaité par les autorités fiscales et entend-il apporter les modifications nécessaires à la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

L'exigence visant à partager la DPE entre les sociétés associées a pour objet principal de garantir que les avantages de la DPE sont répartis équitablement, afin que seulement une personne ou un groupe de personnes ait accès à une déduction. À cette fin, il faut qu'il y ait des règles permettant de déterminer les situations où il est raisonnable de croire que la même personne ou le même groupe de personnes jouirait autrement de l'avantage économique de plus d'une DPE pour une année d'imposition donnée.

En vertu du paragraphe 256(1.4) L.I.R., la personne qui a conclu une entente d'association pour acquérir des actions est réputée propriétaire de ces actions au moment de déterminer si deux sociétés sont associées. Le paragraphe suppose donc que dans une situation de ce genre, même si l'acquisition du contrôle ne s'est pas vraiment faite, la personne qui acquerra les actions sera vraisemblablement dans une position pour tirer économiquement profit de la DPE de la société acquise à l'égard de l'année d'imposition pendant laquelle cette personne détient le droit d'acquérir les actions.

Sur le plan de la politique de l'impôt, le Ministère estime qu'il s'agit d'une supposition pertinente. Nous n'envisageons pas de recommander une modification à la *Loi de l'impôt sur le revenu* à cet égard. Nous n'envisageons pas non plus de recommander que l'acquisition du droit visé au paragraphe 256(1.4) L.I.R. soit considéré comme une acquisition de contrôle, compte tenu de la portée que pareille présomption aurait sur

---

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9812255, 17 septembre 1998.

l'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'en demeure pas moins que nous sommes disposés à examiner la possibilité de prévoir une fin d'année réputée dans le cas où un tel droit a été acquis. Nous ferons un examen plus poussé de cette question et vous remercions de l'avoir portée à notre attention.

1.7. APPLICATION DU PARAGRAPHE 51(1) L.I.R.

L'une des exigences à respecter pour que les dispositions du paragraphe 51(1) L.I.R. s'appliquent à un échange de bien est que le contribuable acquiert d'une société une action du capital-actions de la société en échange d'une immobilisation du contribuable (ci-après « bien convertible »).

Est-ce que l'ADRC considère qu'un échange fait conformément au paragraphe 51(1) L.I.R. est valide même si, lors de l'échange, le contribuable reçoit en contrepartie du bien convertible des actions que la société n'est pas encore autorisée à émettre, soit par statuts de continuation, soit statuts de modification, soit par clauses modificatrices des statuts, selon que la société soit incorporée respectivement en vertu de la Partie I de la *Loi sur les compagnies*[7] du Québec, en vertu de la Partie IA de la même loi ou en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[8]?

Dans une telle situation, est-ce que l'ADRC considère que certaines conditions doivent être respectées pour que les dispositions du paragraphe 51(1) L.I.R. s'appliquent? La réponse est-elle différente selon que le contrat d'échange prévoit que les actions seront émises à une date ultérieure ou ne mentionne aucune date?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le paragraphe 51(1) L.I.R. s'applique si, lors de l'échange du bien convertible, le contribuable devient propriétaire d'actions d'une catégorie d'actions donnée du capital-actions de la société. En général, le paragraphe 51(1) ne pourrait s'appliquer lorsqu'une société émet des actions de son capital-actions qu'elle n'est pas légalement autorisée à émettre lors de l'échange car le contribuable n'acquiert pas d'actions à ce moment.

---

7 L.R.Q., c. C-38.

8 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

Lorsque la société n'est pas autorisée à émettre des actions lors d'un échange, le fait que le contrat d'échange prévoit que les actions seront émises à une date ultérieure ou ne mentionne aucune date d'émission des actions ne change pas notre réponse.

1.8. L'AFFAIRE *KRUCO*

Quelle sera la position de l'ADRC concernant le calcul du revenu gagné ou réalisé aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R. et l'impact des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII »), compte tenu du jugement de la Cour d'appel fédérale rendu le 26 juin 2003 dans l'affaire *Kruco* c. *La Reine*[9]?

La Cour d'appel fédérale indiquait dans l'affaire *Kruco* que la position de l'ADRC était contraire au fait que le revenu gagné ou réalisé aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R., dans le cas d'une société privée, était réputé être le revenu établi en conformité à l'alinéa 55(5)c) L.I.R. La Cour d'appel fédérale confirma que des réductions du revenu établi selon l'alinéa 55(5)c) L.I.R. doivent être effectuées en relation aux sorties de fonds mais uniquement à l'égard d'événements subséquents à la détermination du revenu selon l'alinéa 55(5)c). L'ajustement que proposait l'ADRC dans l'arrêt *Kruco* venait modifier le revenu établi selon l'alinéa 55(5)c). La Cour d'appel fédérale indiqua qu'il n'était pas possible pour le ministre de modifier le point de départ, à savoir le revenu déterminé selon l'alinéa 55(5)c). Compte tenu de ces commentaires de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kruco*, doit-on comprendre que dans le contexte d'un groupe de sociétés, une société ayant reçu un dividende d'une filiale en propriété exclusive, inclus dans le calcul de son revenu et par ailleurs dans son revenu gagné et réalisé selon l'alinéa 55(5)c) L.I.R., que la société pourra considérer ce dividende comme du revenu gagné ou réalisé même si le dividende ne provient pas du revenu gagné ou réalisé de la filiale qui a versé le dividende?

En considérant les commentaires de l'affaire *Kruco* mentionnés dans la question précédente et plus particulièrement la citation suivante de la Cour :

> « While the use made of this income once computed in conformity with this provision [l'alinéa 55(5)c)] must be analysed to determine whether it remains disposable, the fact that this income is fixed by way of a deeming provision precludes an inquiry as to whether it was ever on hand or disposable[10] »,

---

9 2003 D.T.C. 5506 (C.A.F.) (ci-après « *Kruco* »).

10 *Id*., par. 42.

peut-on conclure qu'aucun ajustement au revenu gagné et réalisé établi selon l'alinéa 55(5)c) L.I.R. n'aura à être effectué pour des dépenses non déductibles qui ont tout de même généré des sorties de fonds?

RÉPONSE DE L'ADRC[11]

Il faut d'abord souligner que le traitement des CII aux fins du revenu protégé et du revenu protégé en main, adopté par l'ADRC dans la décision *Kruco*, correspondait à l'approche préconisée par l'ADRC avant l'adoption en 1991 de la position actuelle à cet égard.

La position actuelle de l'ADRC veut que, dans l'année d'imposition où les CII sont réclamés, le montant du revenu protégé en main est réduit du montant des impôts payables établi sans tenir compte des CII réclamés; et ce n'est qu'au cours des années d'imposition suivant l'année de leur réclamation que les CII peuvent avoir pour effet d'augmenter le revenu protégé en main.

Il faut noter également qu'il y a une certaine inconsistance entre les principes de calcul du revenu protégé en main établis par la Cour d'appel fédérale, entre autres, dans la décision *La Reine* c. *Brelco Drilling Ltd.*[12] et l'application de ces principes par cette même Cour d'appel fédérale dans la décision *Kruco*.

Par conséquent, l'ADRC continue d'appliquer sa position actuelle dans le calcul du revenu protégé en main d'une société, dans des situations où des CII sont réclamés.

En ce qui a trait au dividende intersociétés mentionné dans la question, la position de l'ADRC a toujours été qu'à l'égard d'un groupe corporatif, dans la mesure où il serait considéré que le revenu protégé de la filiale serait réduit en raison du dividende intersociétés, il y aurait une augmentation équivalente du revenu protégé de la société mère.

En ce qui a trait au dernier point soulevé dans la question, nous sommes d'avis que les dépenses non déductibles réduisent le revenu protégé en main. D'ailleurs, la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kruco*, en faisant siennes les

---

[11] L'interprétation technique 2004-0061041i7 du 2 mars 2004 modifie la réponse donnée par l'ADRC lors de la table ronde.

[12] [1999] 3 C.T.C. 95, 99 D.T.C. 5253 (C.A.F.).

raisons invoquées par la Cour canadienne de l'impôt, reconnaît expressément ce fait dans les commentaires suivants :

> « Similarly, in *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. v. M.N.R.*, 97 DTC 155, Judge Lamarre Proulx held that adjustments could be made for previously distributed profits, notably in the form of dividends, as well as for non-deductible expenses[13]. »

2. FIDUCIES, FONDATIONS ET SOCIÉTÉS DE PERSONNES

2.1. REVENU RÉPUTÉ D'UNE FIDUCIE

Une fiducie est actionnaire d'une société. Les actions ont un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et un capital versé de 1 $. La société augmente son capital versé de 1 000 000 $ sur ses actions. La fiducie voudrait attribuer le dividende réputé de 1 000 000 $ à une société de gestion qui est bénéficiaire mais ne peut le faire car aucune somme n'est devenue payable.

Le problème serait le même en cas d'inclusion au revenu d'autres revenus réputés tels que ceux prévus au paragraphe 15(1) ou 15(2) L.I.R. ou en cas d'application des règles sur remise de dettes en vertu de l'article 80 L.I.R.

L'ADRC a déjà eu à se prononcer sur une question similaire. Dans une interprétation technique[14], elle a mentionné qu'une telle attribution était possible pour autant que l'acte de fiducie prévoyait qu'un revenu réputé puisse être « payable » à ses bénéficiaires. Nous comprenons que la seule façon de payer ce revenu serait d'émettre un billet en faveur des bénéficiaires. Mais le résultat obtenu dans ce cas serait une augmentation du passif de la fiducie sans augmentation correspondante de l'actif.

Il est à noter qu'un problème similaire existe lorsque le revenu civil et le revenu fiscal ne sont pas les mêmes. Ainsi, afin de permettre que la fiducie puisse servir de conduit (*flow-through*) lorsque c'est nécessaire, le ministère des Finances entend-il apporter des correctifs à la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de permettre à une fiducie d'attribuer des revenus réputés par un choix? Ce choix réputerait que des revenus sont devenus « payables » et

---

13 *Kruco*, précité, note 9, par. 22.

14 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9816425, 26 janvier 1999.

permettrait donc d'obtenir un résultat similaire sans que l'acte de fiducie ne fasse mention des revenus réputés.

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Nous sommes d'accord avec le fait que les dispositions relatives à l'impôt sur le revenu permettent que le fiduciaire de la fiducie rende payable aux bénéficiaires de celle-ci un montant de revenu « fictif », à savoir un montant qui, à l'époque où il est considéré comme un revenu aux fins de l'impôt, ne donne pas nécessairement lieu à des revenus ou à un capital de la fiducie.

Nous avons réexaminé l'interprétation technique 9816425 de l'ADRC. Cette interprétation repose, selon nous, sur l'hypothèse voulant que le fiduciaire ne puisse rendre payables certains montants, aux termes de la loi régissant la fiducie, que si les modalités de la fiducie l'y autorisent expressément.

Du point de vue de la politique fiscale, il n'est pas déraisonnable d'affirmer que les interventions du fiduciaire ne sont reconnues, aux fins de l'impôt sur le revenu, que dans la mesure où les lois régissant la fiducie les autorisent.

Dans le cas d'une fiducie assujettie au *Code civil du Québec*[15], nous ne connaissons pas de dispositions de ce Code qui interdiraient l'octroi au fiduciaire du pouvoir de rendre un montant de revenu fictif payable à un bénéficiaire.

2.2. FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME ET ROULEMENT AU CONJOINT

Lors de la table ronde fédérale tenue au Congrès 2002 de l'APFF[16], l'ADRC a mentionné que la question du roulement en faveur du conjoint en cas de décès du constituant d'une fiducie en faveur de soi-même faisait l'objet de plusieurs études.

L'ADRC et le ministère des Finances ont-ils pu prendre connaissance de ces études? Et si oui, entendent-ils proposer des modifications à la loi afin de

---

15 L.Q. 1991, c. 64.

16 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 57:11-70, question 36, aux pages 57:59-60.

permettre un roulement au conjoint qui permettrait d'atteindre le même résultat que lors d'un legs direct en faveur du conjoint sans l'intermédiaire d'une fiducie en faveur de soi-même?

RÉPONSE DE L'ADRC

Bien que plusieurs des questions soulevées à la question 36 de la table ronde fédérale tenue au Congrès 2002 de l'APFF soient toujours à l'étude par l'ADRC et le ministère des Finances, nous tenons à souligner qu'en vertu du paragraphe 104(4) L.I.R., une fiducie en faveur de soi-même est réputée avoir disposé de chacun de ses biens pour un produit égal à leur JVM à la fin du jour du décès de l'auteur de la fiducie et les avoir acquis de nouveau immédiatement après ce jour pour un montant égal à cette valeur. Par conséquent, le jour suivant le décès de l'auteur de la fiducie, le coût de chacun des biens de la fiducie correspondra à leur JVM.

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Du point de vue de la politique fiscale, lorsqu'un particulier doit invoquer le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. afin de transférer un bien avec report d'impôt à une fiducie en vertu de l'article 73 L.I.R., il est prévu que, pendant la période – du vivant du particulier – au cours de laquelle le bien (ou le bien substitué) demeure un actif de la fiducie, seul le particulier a le droit d'utiliser le bien ou d'en jouir. De plus, le transfert avec report d'impôts ne doit avoir lieu que si les droits relatifs au bien détenus par le particulier avant le transfert sont détenus par la fiducie immédiatement après le transfert.

Nous étudions actuellement la possibilité de réaliser ces objectifs stratégiques dans le cadre des lois régissant les biens et les fiducies.

Le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) ne vise pas à conférer les avantages d'un transfert d'une immobilisation avec report d'impôt à un conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint. À cet égard, les autres dispositions de l'article 73 précisent les conditions à remplir pour obtenir un tel traitement; dans le cas des transferts par suite du décès, les dispositions du paragraphe 70(6) L.I.R. entrent en jeu.

2.3. TRANSFERT D'ACTIONS EN FIDUCIE

Il y a un transfert entre vifs d'actions d'une SEPE de Monsieur en faveur de Fiducie, une fiducie exclusive au profit de Madame, auquel le

paragraphe 73(1) L.I.R. s'applique. Monsieur est le constituant de la fiducie et est cofiduciaire avec ses deux enfants.

Tout le revenu et le gain en capital générés dans la fiducie seront attribués à Monsieur en vertu des règles d'attribution, en vertu des articles 74.1 et 74.2 L.I.R.

Au décès de Madame, il y aura disposition présumée des biens détenus par la fiducie à leur JVM conformément au sous-alinéa 104(4)a)(ii) L.I.R. et la fiducie réalisera un gain en capital. Ce gain en capital ne sera pas attribué à Monsieur[17].

Même si la fiducie peut choisir d'attribuer le gain à un de ses bénéficiaires du capital en vertu du paragraphe 104(21.2) L.I.R., ce choix ne sera pas efficace puisqu'il donnerait lieu à une double imposition du montant car la fiducie ne pourra pas déduire le montant attribué au bénéficiaire en vertu du sous-alinéa 104(6)b)(iii) L.I.R.

Par conséquent, il sera avantageux pour la fiducie de déduire, dans le calcul de son revenu, un montant à titre d'exemption pour gains en capital en vertu du paragraphe 110.6(12) L.I.R.

Nous voulons confirmer que :

1) Les règles d'attribution ne s'appliquent plus dans la journée du décès du conjoint, et que l'exemption du gain en capital pourra être réclamée par la fiducie, sous réserve de l'exemption déjà réclamée par le conjoint décédé.

2) Que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquera pas afin d'attribuer le gain en capital à Monsieur et non à la fiducie l'empêchant ainsi de réaliser son exonération pour gains en capital.

3) Si Monsieur avait transféré directement les actions à Madame et non à une fiducie exclusive au conjoint, en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R., est-ce que Madame aurait pu réclamer la déduction pour gains en capital à la suite de son décès? Y aurait-il eu application des règles d'attribution?

---

[17] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-511R, « Transferts et prêts de biens entre conjoints et dans certains autres cas », 21 février 1994, par. 18.

RÉPONSE DE L'ADRC

1) Comme mentionné au paragraphe 18 du *Bulletin d'interprétation* IT-511R, le paragraphe 74.2(1) L.I.R. ne s'applique pas pour attribuer à l'auteur du transfert les gains réalisés après le décès du conjoint-bénéficiaire. La disposition réputée des actions de la SEPE par Fiducie, telle qu'elle est déterminée selon le paragraphe 104(4) L.I.R., se produit après le décès de Madame et le gain en capital imposable qui en résulte ne peut donc lui être attribué. C'est Fiducie qui doit donc déclarer le gain en capital imposable en question dans l'année du décès, et elle ne peut déduire aucune fraction de ce gain en vertu de l'alinéa 104(6)b) L.I.R. Cependant, elle peut réclamer une déduction pour gains en capital en vertu du paragraphe 110.6(12) L.I.R., sous réserve de la déduction déjà réclamée par Madame.

2) Il est probable que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas dans ce genre de situation, les conditions d'application de cette disposition ne se trouvant pas respectées, selon les renseignements donnés. Cependant, l'application du paragraphe 75(2) à une situation donnée relève de plusieurs conditions et la non-application de cette disposition ne peut être confirmée qu'à la suite d'une analyse de tous les faits se rapportant à une situation donnée.

3) Si Monsieur avait transféré directement les actions à Madame plutôt qu'à Fiducie, aucune déduction pour gains en capital ne serait disponible pour Madame puisque les gains en capital imposables de Madame, résultant de la disposition réputée de ces actions en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R., seraient attribués à Monsieur par l'effet de l'application de l'alinéa 74.2(1)a) L.I.R.

2.4. PRIX DE BASE RAJUSTÉ D'UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Un particulier qui n'est pas un résident du Canada est associé d'une société en commandite constituée au Québec. La société en commandite détient un immeuble locatif au Québec.

Le particulier non résident choisit, conformément à l'article 216 L.I.R., de payer l'impôt payable en vertu de la Partie I (y compris la somme prévue au paragraphe 120(1) L.I.R.) sur sa part du revenu tiré par la société en commandite dont il est associé de droits sur le bien immeuble situé au Canada.

Le non-résident désire vendre sa participation dans la société en commandite.

Est-ce que cette part du revenu tiré par la société en commandite de l'immeuble locatif sur laquelle le non-résident paie l'impôt de la Partie I augmente le PBR de sa participation dans la société en commandite?

RÉPONSE DE L'ADRC

Aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le PBR de la participation dans la société en commandite détenue par le non-résident est calculé conformément aux règles prévues aux alinéas 53(1)e) et 53(2)c) L.I.R. Ainsi, selon le sous-alinéa 53(1)e)(i) L.I.R., le PBR de la participation du non-résident comprendra, entre autres, toute part du particulier dans le revenu de la société de personnes, tiré de toute source, pour tout exercice financier se terminant avant ce moment, calculé selon les hypothèses prévues à ce sous-alinéa. Cette addition au PBR de la participation vise la part dans tout revenu de la société de personnes, que le non-résident soit imposé ou non au Canada sur une partie ou la totalité de cette part. Par contre, le PBR de la participation sera réduit pour sa part dans toute perte de la société de personnes provenant de toute source selon ce qui est prévu au sous-alinéa 53(2)c)(i) L.I.R., que cette part ait été déduite ou non par l'associé aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

2.5. ANALYSE DU PARAGRAPHE 107(2) L.I.R.

Les paragraphes 107(2) et 107(2.1) L.I.R. ont trait aux attributions par une fiducie et ont été révisés relativement aux attributions faites après 1999. Lorsqu'un bien ayant un gain latent est attribué aux bénéficiaires, lorsque le paragraphe 107(2) L.I.R. s'applique, le bien est transféré par roulement. Par contre, si le paragraphe 107(2.1) L.I.R. s'applique, une disposition imposable en découle. Seule la situation des fiducies personnelles est considérée ci-après.

Lors de la lecture des paragraphes 107(2) et 107(2.1) L.I.R. en conjonction avec la définition de « disposition » telle qu'elle s'applique à une participation au capital d'une fiducie, il semblerait que, lorsqu'un bien ayant un gain latent est attribué comme attribution de capital provenant des revenus ou des gains en capital de la fiducie pour l'année, le paragraphe 107(2.1) et non le paragraphe 107(2) s'appliquerait de façon qu'une disposition imposable du bien survienne. Si le bien avait tout simplement été une attribution de capital, le paragraphe 107(2) et non le paragraphe

107(2.1) L.I.R. s'appliquerait de façon que le bien ait été « roulé » au bénéficiaire sans incidence fiscale.

Est-ce que le ministère des Finances pourrait expliquer la raison d'être de cette mesure, soit de faire une distinction quant à l'incidence fiscale selon la provenance de l'attribution de capital?

Notre analyse de ce résultat est la suivante :

Le paragraphe 107(2) L.I.R. s'applique[18] lorsque :

- à un moment donné, une fiducie […] effectue, au profit d'un contribuable bénéficiaire,
- une attribution de ses biens qui donne lieu à la disposition de la totalité ou d'une partie de la participation du contribuable au capital de la fiducie.

Le paragraphe 107(2.1) L.I.R. s'applique lorsque :

- à un moment donné, une fiducie effectue, au profit d'un de ses bénéficiaires,
- une attribution de bien qui donnerait lieu à la disposition de la totalité ou d'une partie de la participation du bénéficiaire au capital de la fiducie […] s'il était fait abstraction des alinéas h) et i) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1)[19],
- le paragraphe 107(2) et l'article 132.2 L.I.R. ne s'appliquent pas.

Le paragraphe 248(1) L.I.R. définit le terme « disposition » et indique qu'une disposition inclut :

> « (d) si le bien est la participation d'un contribuable au capital d'une fiducie, ou une partie d'une participation, un paiement de la fiducie effectué au contribuable après 1999 qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été effectué en raison de la participation du contribuable au capital de la fiducie […] »

---

18 Assujetti aux paragraphes (2.001), (2.002) et (4) à (5) qui ne sont pas pertinents aux fins de nos commentaires.

19 L'alinéa h) n'est pas applicable aux fiducies personnelles.

mais n'inclut pas

> « (i) si le bien est la participation d'un contribuable au capital d'une fiducie, un paiement effectué au contribuable […] dans la mesure où, selon le cas […] il est effectué sur le revenu de la fiducie […] pour une année d'imposition ou sur les gains en capital de la fiducie pour l'année, si le paiement a été effectué, ou le droit au paiement, acquis par le contribuable, au cours de l'année. »

Les termes utilisés aux paragraphes 107(2) et 107(2.1) L.I.R. sont presque identiques à l'exception des alinéas h) et i) de la définition de « disposition » qui devient le facteur déterminant à savoir si c'est le paragraphe (2) ou (2.1) qui s'appliquera, selon que le paiement proviendrait du revenu et/ou du gain en capital de la fiducie.

Puisque l'alinéa i) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. ne réfère pas à une **partie** d'une participation, est-ce que l'ADRC pourrait confirmer que le fait d'attribuer un bien en satisfaction d'une partie de la participation du capital d'un bénéficiaire entraînerait la non-application de l'alinéa i) et, selon l'alinéa d) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R., il en résulterait donc une disposition de la partie d'une participation au capital? En conséquence, le paragraphe 107(2) L.I.R. s'appliquerait-il plutôt que le paragraphe 107(2.1), ce qui entraînerait une disposition assujettie au roulement?

RÉPONSE DE L'ADRC

Une attribution par une fiducie n'entraîne pas la non-application de l'alinéa i) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. du seul fait qu'elle donnerait lieu à une disposition d'une partie d'une participation au capital. Par conséquent, cette attribution sera assujettie à l'application du paragraphe 107(2.1) L.I.R.

Par la lecture du paragraphe 43(3) L.I.R., il est clair que l'alinéa i) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. s'applique à une partie d'une participation. Autrement, le paragraphe 43(3) L.I.R. qui s'applique exclusivement à une partie de la participation au capital d'un contribuable ne ferait pas référence à l'alinéa i) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. De plus, en l'absence de l'application de l'alinéa i) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. à une partie d'une participation, les règles de l'article 107 L.I.R. pourraient donner lieu à une double imposition, notamment dans le contexte d'une attribution effectuée par une fiducie autre qu'une fiducie personnelle.

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Nous sommes d'accord que dans le cas où les biens d'une fiducie personnelle sont distribués à un bénéficiaire de la fiducie en fonction de son droit au capital, les dispositions de l'impôt sur le revenu, en vigueur présentement, peuvent produire un résultat différent, selon que la distribution est effectuée à partir ou non des revenus ou des gains en capital de la fiducie.

Lorsque la fiducie distribue un bien à un bénéficiaire en satisfaction d'un montant devenu payable par elle, dont le PBR est moins élevé que sa JVM au moment de la distribution, nous considérons que la distribution devrait se faire sans roulement.

Toutefois, nous continuerons d'étudier cette question afin de déterminer si un traitement plus flexible peut être souhaitable.

2.6. PLACEMENT NON ADMISSIBLE – FONDATION PRIVÉE

Le paragraphe 189(1) L.I.R., en raison du paragraphe 189(3), prévoit qu'une société est redevable d'un impôt lorsque des actions de son capital-actions détenues par une fondation privée sont des « placements non admissibles » pour la fondation et ces placements ne génèrent pas un rendement minimal.

Une action détenue par une fondation privée constitue un « placement non admissible » tel qu'il est défini au paragraphe 149.1(1) L.I.R. si elle est une action décrite à l'alinéa b) de la définition, c'est-à-dire une action d'une catégorie du capital-actions d'une société (autre qu'une société non visée) visée à l'alinéa a) de la définition, autre qu'une action cotée à une Bourse de valeurs visée par règlement ou qui serait une action admissible au sens du paragraphe 192(6) L.I.R. s'il était fait abstraction à ce paragraphe du passage « émise après le 22 mai 1985 et avant 1987 ». Selon le paragraphe 192(6) L.I.R., une « action admissible » est une action d'une société canadienne imposable prescrite au sens du paragraphe 6203(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[20] qui vise, généralement, des actions ordinaires d'une société canadienne imposable n'ayant, entre autres, aucune restriction.

Par contre, le préambule du paragraphe 6203(1) R.I.R. exclut à titre d'actions prescrites une action acquise par un contribuable dans les circonstances visées à l'article 66.3 L.I.R., une action acquise en contrepartie

[20] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

de la disposition d'un bien qui a fait l'objet du choix prévu au paragraphe 85(1) ou (2) L.I.R. et une action qui peut être considérée comme émise, directement ou indirectement, pour une contrepartie comprenant d'autres actions du capital-actions de la société.

Dans un premier cas, une société privée a émis des actions ordinaires à un contribuable dans le cadre d'une transaction assujettie au paragraphe 85(1) L.I.R. Dans un deuxième cas, une société privée a émis à un contribuable des actions ordinaires en échange d'autres actions où les paragraphes 85(1) ou (2) L.I.R. ne sont pas appliqués. Subséquemment, les actions, dans les deux cas, font l'objet d'une donation à une fondation privée par le contribuable qui les a acquises. La société dans ces situations est une société canadienne imposable et une société visée à l'alinéa a) de la définition de « placement non admissible » et les actions ordinaires seraient par ailleurs des actions visées au paragraphe 6203(1) R.I.R. si ce n'était de l'exclusion décrite ci-dessus.

Est-ce que l'ADRC est d'avis que les actions ordinaires dans les deux cas seront considérées comme des placements non admissibles pour la fondation privée? En d'autres mots, est-ce que l'exclusion au préambule du paragraphe 6203(1) R.I.R. s'applique seulement à une action émise à une fondation privée dans les circonstances décrites dans l'exclusion ou est-ce que cette dernière peut aussi viser une action qui avait été émise auparavant au donateur dans les circonstances qui y sont décrites?

Si l'ADRC est d'avis que les actions constituent des placements non admissibles, le ministère des Finances peut-il nous expliquer la politique fiscale sous-jacente? Le Ministère serait-il prêt à recommander une modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le paragraphe 6203(1) R.I.R. définit une action prescrite aux fins de la définition d'«action admissible » au paragraphe 192(6) L.I.R. Ce paragraphe exclut, entre autres, une action d'une société canadienne imposable acquise en contrepartie de la disposition d'un bien qui a fait l'objet du choix prévu au paragraphe 85(1) ou (2) L.I.R. et une action qui peut être considérée comme émise, directement ou indirectement, pour une contrepartie comprenant d'autres actions du capital-actions de la société.

Nous sommes d'avis que les actions émises dans les cas ci-dessus sont des actions visées dans l'exclusion au préambule du paragraphe 6203(1) R.I.R. Par conséquent, ces actions qui font l'objet d'une donation en

faveur d'une fondation privée, comme dans les situations décrites ci-dessus dans vos exemples, seront des placements non admissibles au sens du paragraphe 149.1(1) L.I.R. pour la fondation privée qui les détient.

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Il nous est demandé de préciser la politique fiscale relative à l'application de l'article 189 L.I.R. à l'égard d'actions non admissibles détenues par des fondations privées. La question porte notamment sur les actions ordinaires émises initialement par une société soit à un donateur dans les circonstances visées au paragraphe 85(1) ou (2) L.I.R., soit pour une contrepartie qui comprend d'autres actions du capital-actions de la société.

Il ne fait pas de doute que les administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou autres responsables des fondations privées, de même que ceux des organismes de bienfaisance publics, s'efforcent d'investir leur capital avec prudence selon les intérêts fondamentaux des fins de bienfaisance des fondations. Toutefois, le contribuable qui fait don d'un bien à une fondation privée est souvent en mesure d'influencer d'une manière quelconque l'investissement ou la distribution du bien. Il n'est pas considéré comme acceptable pour une fondation privée de prêter ce bien au contribuable (ou à une personne avec laquelle elle transige avec lien de dépendance) sans demander un taux d'intérêt raisonnable. Ces opérations ne sont pas susceptibles d'être mises en place si la fondation et le contribuable agissent séparément dans leurs propres intérêts. De la même façon, il est inapproprié pour une fondation privée d'investir dans les actions d'une société qui fait don de biens ou qui a un lien de dépendance avec un donateur, sauf si les actions ont un taux de rendement raisonnable.

L'article 189 L.I.R. n'empêche pas une fondation privée de prêter des fonds aux sociétés qui lui sont reliées d'une façon quelconque ni d'investir dans leurs actions. Bien que ces investissements puissent être prudents, l'article aide à assurer à la fondation un taux de rendement raisonnable sur ses investissements, taux auquel elle aurait pu raisonnablement s'attendre à recevoir si elle avait investi ailleurs.

De façon générale, un placement non admissible est une dette envers une fondation privée qu'a un contribuable qui peut être en position d'influencer la fondation ou une action du capital-actions d'une société qui est contrôlée par la fondation ou par un contribuable influent. Les actions ordinaires d'une société sont généralement exclues de cette règle, sauf si elles sont émises dans les circonstances visées au paragraphe 85(1) ou (2) L.I.R. ou pour une contrepartie qui comprend d'autres actions du capital-

actions de la société. Le détenteur de ces actions est généralement en mesure de contrôler ou d'influencer les décisions de la société. Si ce détenteur est aussi en position d'influencer la fondation ou si la fondation contrôle la société, il est juste que la fondation reçoive un taux de rendement raisonnable sur ses investissements.

Le ministère des Finances n'est pas disposé à recommander une modification à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

3. SOCIÉTÉS

3.1. CAPITAL DÉCLARÉ LÉGAL

Il est possible pour une société de déclarer et payer un dividende en actions, dont le capital-actions émis et payé est nominal et la JVM correspond à la valeur de rachat des actions. Selon certains auteurs, cette technique ne serait cependant possible que pour les compagnies régies par une loi provinciale canadienne. Il semble que la totalité de la contrepartie doit être versée au compte de capital déclaré lorsqu'une société est assujettie à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Il ne serait pas possible d'avoir un capital déclaré nominal parce qu'il ne s'agirait pas d'une des exceptions prévues au paragraphe 26(3) L.C.S.A.

OPCO est une société régie par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. OPCO a déclaré et payé un dividende en actions de son capital-actions au seul détenteur de ses actions ordinaires. Le dividende a été payé par l'émission de 100 actions privilégiées du capital-actions d'OPCO, dont la valeur de rachat est de 100 000 $. Le montant qui a été attribué au capital déclaré des actions lors de leur émission est de 1 $. Une résolution des administrateurs prévoit que le montant qui doit être inclus au capital déclaré des 100 actions privilégiées lors de leur émission est de 1 $.

Dans une telle situation, est-ce que l'ADRC contesterait la validité juridique du capital déclaré des actions afin d'inclure dans le calcul du revenu de l'actionnaire un montant de 100 000 $ à titre de dividende?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le paragraphe 43(2) L.C.S.A. prévoit que : « Le montant déclaré en numéraire des dividendes versés par la société sous forme d'actions est porté au compte de capital déclaré pertinent. »

Plusieurs auteurs sont d'avis qu'en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, il est possible de verser un dividende en actions tel qu'il est décrit ci-dessus et d'attribuer un montant nominal au capital déclaré des actions, lorsque la résolution des administrateurs prévoyant la déclaration et le paiement du dividende mentionne que le dividende déclaré correspond à 1 $.

En général, l'ADRC ne conteste pas la validité juridique du capital déclaré des actions d'une société constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, lorsqu'un montant nominal est attribué au capital déclaré des actions émises de la société comme dans la situation soumise.

Par conséquent, dans la situation soumise, le montant du dividende aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait, en général, considéré être de 1 $, même si ces actions ont une valeur de rachat de 100 000 $.

3.2. POLITIQUE ADMINISTRATIVE SUR LA RÉTRIBUTION VERSÉE AUX GESTIONNAIRES/ACTIONNAIRES

Dans le numéro 22 de ses *Nouvelles techniques*[21], l'ADRC mentionne, concernant la rétribution des gestionnaires/actionnaires, qu'elle ne contestera généralement pas le caractère raisonnable des traitements et des primes versés à même des revenus tirés d'une entreprise qui n'est pas exploitée activement tant que les autres critères seront respectés (le payeur est une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») et les bénéficiaires sont des gestionnaires/actionnaires actifs de l'entreprise et ils résident au Canada).

Est-ce que l'ADRC peut préciser si le cas ci-dessus vise la dépense d'une rétribution versée à un gestionnaire/actionnaire par une société de gestion qui ne détiendrait que des placements générant des revenus de biens? C'est-à-dire considère-t-elle raisonnable la dépense d'une rétribution versée à un gestionnaire/actionnaire d'une telle société?

Le fait d'avoir plus d'un actionnaire changerait-il la réponse?

---

[21] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002, question 7.

RÉPONSE DE L'ADRC

La réponse à la question 7 concernant la rétribution des gestionnaires/actionnaires au numéro 22 des *Nouvelles techniques* avait pour objectif de confirmer que notre politique administrative relativement au caractère raisonnable des traitements et des primes versés aux gestionnaires/actionnaires d'une société s'appliquait aux revenus tirés de tous les types d'entreprises. Notre politique administrative s'applique donc autant aux revenus tirés d'une entreprise exploitée activement, telle qu'elle est définie au paragraphe 248(1) L.I.R., qu'aux revenus tirés d'autres types d'entreprises que nous avons appelés au numéro 22 des *Nouvelles techniques* des entreprises qui ne sont pas exploitées activement. Ces revenus peuvent être tirés, par exemple, d'une entreprise de placement déterminée telle qu'elle est définie au paragraphe 125(7) L.I.R. Pour que notre politique administrative s'applique, il faut, entre autres, que les traitements et les primes soient versés au gestionnaire/actionnaire à même des revenus tirés d'une entreprise.

Si la société n'exploite pas d'entreprise et verse des traitements et des primes à même ses revenus de biens, soit par exemple des revenus d'intérêts et de dividendes, la position émise lors de la table ronde du Congrès de l'Association canadienne d'études fiscales de 1981[22] est toujours valide. La réponse à cette question était essentiellement qu'il n'y a pas de critère spécifique pour déterminer le caractère raisonnable des traitements et des primes versés à des gestionnaires/actionnaires à même le revenu de biens d'une société. Le montant qui sera jugé raisonnable sera basé sur les faits particuliers de chaque cas. Nous nous réservons donc le droit de contester le caractère raisonnable des traitements et des primes versés à même les revenus de biens d'une société.

S'il y avait plus d'un actionnaire qui recevait une rétribution d'une telle société, le test portant sur le caractère raisonnable de la dépense devrait être appliqué à chacun d'eux.

3.3. CIRCULARITÉ ET IMPÔT DE LA PARTIE IV

L'impôt de la Partie IV L.I.R. s'établit difficilement lorsque, par exemple, il y a rachat croisé d'actions (duquel découle un dividende présumé

---

22 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766, question 42, aux pages 757-758.

au sens du paragraphe 84(3) L.I.R.) entre deux sociétés rattachées dont l'une possède un solde d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »). En effet, cette situation provoque un problème de circularité du calcul de l'impôt de la Partie IV L.I.R. puisque le calcul de l'une dépend du remboursement au titre de dividendes de l'autre par l'application de l'alinéa 186(1)b) L.I.R.

L'ADRC a-t-elle émis une politique administrative selon laquelle elle assouplissait l'application des règles de l'impôt de la Partie IV afin d'éviter ce problème de circularité?

Le ministère des Finances a-t-il l'intention d'apporter des modifications à la Partie IV L.I.R.? Si oui, est-il d'accord avec le fait que l'existence d'un choix permettant de renoncer au remboursement d'IMRTD réglerait le problème et éviterait la nécessité de transiger avec une filiale ou d'effectuer les rachats d'actions sur deux exercices financiers?

RÉPONSE DE L'ADRC

Non, l'ADRC n'a pas de politique administrative assouplissant l'application des règles de l'impôt de la Partie IV dans le cas de rachats croisés d'actions qui entraînent un calcul circulaire de l'impôt de la Partie IV, l'IMRTD et le remboursement au titre de dividendes de deux sociétés.

À notre avis, les dispositions des articles 186 et 129 L.I.R. sont claires et doivent recevoir application, compte tenu des opérations réalisées même si elles peuvent entraîner un calcul de type circulaire dans une situation donnée. D'ailleurs, la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Les Entreprises Michèle L'Heureux Inc.* c. *SMRQ*[23], une affaire relative à une telle situation de rachats croisés, confirme que :

> « Comme la Loi prévoit que l'impôt de la Partie IV payable par une corporation sur les dividendes imposables reçus d'une corporation payante rattachée est directement fonction du remboursement obtenu par cette dernière, il m'apparaît logique de procéder par calculs successifs lorsque les deux corporations sont réputées avoir payé et reçu de tels dividendes dans la même année[24]. »

---

[23] 94 D.T.C. 1689 (C.C.I.) (ci-après « *Les Entreprises Michèle L'Heureux Inc.* »).

[24] *Id.*, 1693.

Enfin, comme mentionné dans cette affaire, il est possible d'éviter le problème de circularité du calcul de l'impôt de la Partie IV de plusieurs façons, entre autres, « […], notamment par la création d'une filiale ou en effectuant les rachats d'actions au cours d'années d'imposition différentes pour chacune des corporations[25] ».

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Pour résumer, la situation abordée dans la question se présente lorsque deux sociétés rattachées sont chacune réputées verser des dividendes à l'autre par suite d'un rachat croisé d'actions. Le remboursement de dividendes de la société A déterminera l'impôt de la Partie IV de la société B, lequel influera sur le montant disponible aux fins du remboursement de dividendes de la société B (le montant de son IMRTD) et de même, le remboursement de dividendes de la société B déterminera l'impôt de la Partie IV de la société A et également son IMRTD.

Vous demandez si le ministère des Finances a l'intention de modifier les dispositions de la Partie IV de sorte que dans une situation de rachat croisé d'actions – et de dividendes présumés qui en résultent – entre des sociétés rattachées, l'une ou l'autre des sociétés en cause pourrait choisir de ne pas recevoir un remboursement de dividendes. Cette mesure ferait en sorte que l'autre société n'aurait à payer aucun impôt de la Partie IV à l'égard de ce paiement de dividendes.

Nous reconnaissons que les calculs répétés qui sont nécessaires dans ce genre de situation sont complexes et que le fait d'autoriser une société à renoncer à son remboursement de dividendes permettrait de régler la question de la complexité. Bien que nous tenions à nous pencher davantage sur la question de savoir si le remboursement de dividendes auquel on renonce devrait alors être perdu et réduirait le compte de l'IMRTD de la société pour les années subséquentes, nous ne voyons aucune objection à autoriser une société à choisir de ne pas recevoir le remboursement.

Nous constatons que le droit semble clair à ce sujet : dans l'affaire *Les Entreprises Michèle L'Heureux Inc.*, le tribunal a soutenu qu'une série de calculs itératifs devaient être effectués pour établir l'impôt de la Partie IV à payer des deux sociétés. Il est aussi vrai que le paragraphe 129(1) L.I.R., à première vue, ne fait pas de distinction entre les dividendes payés et semble laisser entendre que tous ces dividendes doivent être inclus dans le calcul du

---

[25] *Id.*, 1691.

remboursement de l'IMRTD de la société qui paye. Nous convenons que le fait de donner l'autorisation de ne pas tenir compte de certains dividendes aux fins du remboursement de l'IMRTD permettrait de simplifier le calcul de l'impôt de la Partie IV à payer par les deux sociétés dans l'exemple décrit et, en ce qui concerne la politique gouvernementale, nous serions peut-être disposés à envisager la possibilité de recommander une modification à cette fin. Cependant, si la société n'en fait pas la demande, l'alinéa 129(1)a) L.I.R. semble donner au ministre du Revenu national la discrétion de verser – ou de ne pas verser – un remboursement de dividendes. Avant de présenter une recommandation législative, nous voudrions donc consulter l'ADRC quant à la possibilité d'appliquer la loi actuellement en vigueur de façon à autoriser une renonciation du genre.

3.4. INTERACTION DES PARAGRAPHES 13(21.2) ET 88(1) L.I.R.

Une société de gestion (ci-après « Gesco ») détient une filiale à part entière (ci-après « Opco ») dont le capital versé des actions détenues est de 100 000 $ et le PBR nul. Opco avait disposé dans le passé d'un bien amortissable de la catégorie 10, en faveur de sa société mère Gesco pour une contrepartie symbolique de 1 $, soit la JVM du bien à ce moment.

Le bien avait une JVM nulle et une fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») de 100 000 $ au moment de la disposition.

Par l'effet du sous-alinéa 13(21.2)e)(iii) L.I.R., Opco est maintenant réputée propriétaire d'un bien qui fait partie de la même catégorie que celle du bien disposé. Le coût du bien hypothétique est de 100 000 $. Il existe encore un solde dans la catégorie 10 de Gesco, car aucun des événements indiqués aux divisions 13(21.2)e)(iii)(A) à (E) L.I.R. n'est survenu.

Opco ne détient aucun autre élément d'actif. Opco est par la suite liquidée dans Gesco.

Puisque la disposition par Opco en faveur de Gesco s'est faite en faveur d'une personne affiliée et que, à la fois le coût indiqué du bien et la FNACC étaient supérieurs à la JVM du bien, les dispositions du paragraphe 13(21.2) L.I.R. sont applicables pour Opco et Gesco. Ainsi, Opco est devenue propriétaire d'un bien hypothétique avec un coût indiqué égal à l'excédent de la FNACC sur la JVM, soit 100 000 $.

Il s'agit de déterminer le produit de disposition des actions d'Opco détenues par Gesco lors de la liquidation tel qu'il est prévu à l'alinéa 88(1)b) et au sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. Ainsi, dans la situation présente, la filiale

ne détient aucun bien, mais seulement un bien hypothétique. Par conséquent, le montant déterminé en vertu du sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. devrait être nul, car il n'y a aucun bien qui a été transféré qui appartenait à la filiale immédiatement avant la liquidation, malgré le bien hypothétique prévu au sous-alinéa 13(21.2)e)(iii) L.I.R.

En conséquence, le produit de disposition des actions de la filiale liquidée devrait être nul en vertu du sous-alinéa 88(1)b)(i) L.I.R. déterminé par rapport au sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. et aucun gain en capital ne devrait résulter de cette liquidation.

L'ADRC est-elle en accord avec cette position?

RÉPONSE DE L'ADRC

Nous sommes d'accord avec votre conclusion voulant que les actions du capital-actions d'Opco que posséderait Gesco immédiatement avant la liquidation seraient réputées avoir fait l'objet d'une disposition par Gesco lors de la liquidation pour un produit nul selon l'alinéa 88(1)b) L.I.R.

Comme le précise le préambule de l'alinéa 13(21.2)e) L.I.R., la présomption de propriété d'un bien du sous-alinéa 13(21.2)e)(iii) L.I.R. ne s'applique qu'aux fins des articles 13 et 20 L.I.R. et des dispositions réglementaires prises pour l'application de l'alinéa 20(1)a) L.I.R. Nous sommes donc d'avis qu'il ne faut pas tenir compte de cette présomption lorsque nous interprétons l'alinéa 88(1)b) L.I.R. et le sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R.

Par ailleurs, pour l'application du paragraphe 13(21.2) L.I.R. au bien amortissable disposé par le passé par Opco en faveur de sa société mère, Gesco serait réputée être la même société que sa filiale liquidée et en être la continuation selon les alinéas 87(2)g.3) et 88(1)e.2) L.I.R.

3.5. INCORPORATION DES COMPTABLES AGRÉÉS AU QUÉBEC – *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-189R2

Depuis le 20 février 2003, les comptables agréés du Québec peuvent exercer leur profession par une société par actions.

Est-ce que les conditions énumérées au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-189R2[26] doivent être respectées afin que l'ADRC accepte l'incorporation des revenus de profession?

Plus spécifiquement, est-ce que le professionnel doit avoir une entente écrite avec la société et celle-ci doit-elle verser un salaire raisonnable au professionnel?

Si les exigences du bulletin d'interprétation ne sont pas respectées, comment seront imposés les revenus de profession? Seront-ils attribués au professionnel?

RÉPONSE DE L'ADRC

Une société est reconnue comme exerçant une profession libérale à moins qu'une loi provinciale ou que l'organisme de réglementation de la profession en question ne statue que seuls des particuliers peuvent exercer cette profession. Si cette première condition est satisfaite, une société est reconnue comme exerçant une profession libérale si les activités de la société et ses relations avec ses employés et ses clients sont semblables à celles qui sont ordinairement associées à une société exploitant une entreprise. Les critères énoncés au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-189R2 nous permettent de déterminer si effectivement la société exploite l'entreprise ou si la profession libérale est plutôt exercée par le professionnel.

Un de ces critères consiste en l'existence d'un accord écrit entre la société et le professionnel établissant que ce dernier rend des services à la société et reçoit un salaire raisonnable pour compenser ces services.

L'existence d'un tel accord écrit permet d'appuyer la position voulant que c'est la société qui exerce la profession libérale et non le professionnel.

Par contre, s'il n'existe pas d'accord écrit entre la société et le professionnel, il sera plus difficile de démontrer que la société exploite l'entreprise. Dans ces circonstances, tous les faits relatifs à une situation particulière devront être examinés et tous les critères seront déterminants pour établir si la société exerce effectivement la profession libérale.

---

[26] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-189R2, « Corporations utilisées par des membres de professions libérales », 24 mai 1991, par. 1.

Finalement, s'il est déterminé que la société n'exploite pas l'entreprise, le revenu de profession sera inclus dans le revenu du professionnel.

3.6. INCORPORATION DES COMPTABLES AGRÉÉS AU QUÉBEC – CHOIX PRÉVU À L'ARTICLE 34 L.I.R.

Une société par actions qui exerce la profession de comptable agréé peut-elle faire le choix prévu à l'article 34 L.I.R. afin d'exclure de son revenu les travaux en cours?

Par ailleurs, est-ce que cette société peut faire ce choix dans l'hypothèse où les conditions énumérées au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-189R2 ne sont pas respectées?

RÉPONSE DE L'ADRC

Tel qu'il est stipulé au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-457R[27], le revenu d'un contribuable qui exploite une entreprise qui consiste en l'exercice d'une profession libérale est imposable et est calculé selon les règles exposées à l'article 34 L.I.R. si le contribuable en fait le choix. Le contribuable peut être une société ou un particulier qui exerce une profession libérale.

Si, à la lumière des critères énoncés au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-189R2, une société est reconnue comme exerçant une profession libérale, elle pourra faire le choix prévu à l'article 34 L.I.R.

Par contre, s'il est déterminé que la société n'exerce pas la profession libérale, aucun revenu ne sera imposé au niveau de la société et, par conséquent, elle ne pourra pas faire le choix prévu à l'article 34 L.I.R. Dans ces circonstances, le choix pourra toutefois être fait par le particulier si c'est lui qui exerce personnellement la profession libérale.

3.7. PARAGRAPHE 84(4.1) L.I.R.

Le ministère des Finances peut-il faire une mise à jour des modifications annoncées concernant le paragraphe 84(4.1) L.I.R.?

---

[27] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-457R, « Choix exercé par un membre d'une profession libérale d'exclure de son revenu toute somme relative au travail en cours », 15 juillet 1988, par. 1.

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Le ministère des Finances prépare actuellement des modifications au paragraphe 84(4.1) L.I.R. qui devraient être publiées dans un avenir rapproché.

4. DIVERS

4.1. PARAGRAPHE 18(9.1) L.I.R. – PÉNALITÉ POUR RÉDUCTION DU TAUX D'INTÉRÊT

Une société détient un immeuble faisant l'objet d'un emprunt hypothécaire, dans le cadre d'une activité dont elle tire un revenu de bien. Afin de bénéficier des taux d'intérêt moindres qui prévalent actuellement sur le marché, une pénalité est versée à l'institution financière en contrepartie de la réduction du taux d'intérêt payable sur l'emprunt. L'année suivante, la société vend l'immeuble et l'acheteur prend en charge l'emprunt hypothécaire.

Le paragraphe 18(9.1) L.I.R. détermine le montant de la pénalité pouvant être déduit annuellement et qui ne peut excéder le montant qui aurait normalement été payé à titre d'intérêts, n'eût été la modification des termes de l'emprunt. En vertu de ce paragraphe, le paiement est réputé être fait à titre d'intérêts sur la créance.

Puisque le bien a été vendu, il semble que la déduction en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. ne soit plus permise, puisque la société ne possède plus le bien financé par l'emprunt hypothécaire.

L'ADRC peut-elle préciser si dans la situation décrite ci-dessus, le paiement de la pénalité pour réduire le taux d'intérêt de l'emprunt hypothécaire continuera à être déductible pour le contribuable dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 18(9.1) et de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.?

Dans le cas où la réponse de l'ADRC serait négative, le ministère des Finances prévoit-il apporter une modification à la loi afin de rectifier cette lacune, considérant qu'il y a eu un débours réel fait dans le cadre des opérations normales de financement de l'entreprise et considérant aussi que le solde des frais de financement déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. aurait été déductible dans l'année de la vente de l'immeuble dans une situation similaire?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le paragraphe 18(9.1) L.I.R. s'applique, entre autres, lorsqu'un contribuable fait un paiement à un moment donné, dans le cadre d'une activité dont il tire un revenu d'un bien, relativement à de l'argent emprunté, et le paiement a été fait en vue de réduire le taux d'intérêt payable sur la créance. Pour être visée par ce paragraphe, la pénalité doit répondre à certaines conditions qui y sont stipulées et ne doit pas en être exclue par ailleurs.

Le paiement qui se rapporte aux intérêts qui, sans cette réduction, auraient été payés ou payables pour une année d'imposition se terminant après ce moment, est réputé en vertu de l'alinéa 18(9.1)a) L.I.R. être fait par le contribuable au moment donné à titre d'intérêts sur l'argent emprunté. Dans le cas d'un paiement fait en vue de réduire le taux d'intérêt sur un emprunt, le sous-alinéa 18(9.1)b)(i) L.I.R. répute le paiement, attribuable à une année d'imposition se terminant après le moment donné, avoir été payé ou payable au cours de l'année en question à titre d'intérêts en conformité avec une obligation légale de payer des intérêts sur l'argent emprunté aux fins du calcul du revenu du bien en cause.

Pourvu que les autres exigences de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. soient satisfaites, le paiement visé par l'alinéa 18(9.1)b) L.I.R. sera déductible dans le calcul du revenu que le contribuable tire du bien pour chaque année d'imposition pour laquelle le taux d'intérêt a été réduit. À cette fin, nous sommes d'avis qu'il faut établir pour chaque année d'imposition que l'argent emprunté est utilisé à des fins admissibles, c'est-à-dire en vue de tirer un revenu du bien.

Dans la situation décrite ci-dessus, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas d'argent emprunté utilisé pour des fins admissibles, après les transactions en cause, puisqu'il n'y a plus de source de revenu. De plus, nous sommes d'avis que le sous-alinéa 18(9.1)b)(i) L.I.R. n'est pas applicable pour les années d'imposition subséquentes parce que le bien en question a été disposé.

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Nous sommes d'accord avec la position adoptée par l'ADRC, à savoir que puisque les fonds empruntés ne sont plus utilisés à une fin admissible, les montants en question ne sont pas déductibles.

En termes de politique fiscale, les paiements faits soit en contrepartie d'une réduction du taux d'intérêts payable par le contribuable sur une

créance, soit au titre d'une pénalité ou d'une gratification payable par le contribuable du fait qu'il a fait un remboursement de tout ou partie du principal d'une créance avant son échéance sont, comme le stipule la *Loi de l'impôt sur le revenu*, assimilés à de l'intérêt et ainsi, les règles qui en régissent la déductibilité devraient être similaires à celles qui régissent l'intérêt. Il ne serait donc pas convenable d'autoriser la déductibilité des montants décrits au paragraphe 18(9.1) L.I.R. sur une base semblable aux frais de financement visés à l'alinéa 20(1)e) L.I.R.

4.2. LA FISCALITÉ ET LA FAMILLE

Dans notre société, la notion de famille s'est considérablement modifiée depuis 20 ans. Au fil des ans, le ministère des Finances a maintes fois modifié la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de suivre les courants sociaux, notamment en reconnaissant les conjoints de fait et les conjoints du même sexe.

Néanmoins, il subsiste des situations où la *Loi de l'impôt sur le revenu* nous semble mal adaptée aux nouvelles réalités, notamment dans les exemples suivants :

a) Monsieur X est divorcé de madame X et les ex-conjoints ont la garde partagée (chacun une semaine) de leur fils unique. À ce titre, il doit payer des frais de garde d'enfants. Or, monsieur X vit en union de fait avec madame Y dont le revenu net est inférieur à celui de monsieur X. Comme madame Y est une personne assumant les frais d'entretien au sens du paragraphe 63(3) L.I.R., cette dernière, et non monsieur X, devra déduire les frais de garde de l'enfant de monsieur X, même si elle n'a rien payé et n'a probablement rien à voir avec l'entente entre les ex-conjoints.

b) Monsieur X et madame X ont convenu de la garde partagée de leurs deux fils et n'ont pas de nouveau conjoint. Comme le permet l'alinéa 118(4)b) L.I.R., les deux conjoints conviennent de réclamer chacun un enfant à titre de personne entièrement à charge en vertu de l'alinéa 118(1)b) L.I.R. Toutefois, le revenu de monsieur X est significativement plus important que celui de madame X.

   Aussi, en accord avec les lois en vigueur au Québec, monsieur X devra payer à madame X une pension alimentaire pour les deux enfants, et ce, malgré la garde partagée, afin d'assumer sa quote-part du coût de vie des enfants, calculée selon des tables.

Madame X pourra réclamer son crédit équivalent selon l'alinéa 118(1)b) L.I.R. mais monsieur X en sera privé par le paragraphe 118(5) L.I.R. du fait qu'il doit payer une pension alimentaire pour cet enfant.

c) D'autre part, compte tenu que le crédit équivalent pour enfant entièrement à charge (prévu à l'alinéa 118(1)b) L.I.R.) ne peut être partagé en proportion mais doit être réclamé par l'un ou l'autre des ex-conjoints admissibles, l'effet du paragraphe 118(5) L.I.R. fait en sorte de ne pas permettre un crédit en vertu de l'alinéa 118(1)b) L.I.R. pour l'ex-conjoint qui obtient la garde de son enfant en cours d'année. Cela s'explique par le fait que ce dernier a été tenu de payer une pension alimentaire dans le courant de l'année. Donc aucune déduction n'est possible pour l'ex-conjoint qui obtient la garde de l'enfant dans l'année, même si ce changement de garde survient dans les premiers jours de l'année d'imposition.

Pour chacun des cas qui précèdent, le ministère des Finances peut-il nous dire si le résultat est en accord avec l'intention du législateur?

Enfin, le ministère des Finances prévoit-il des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* de façon à mieux adapter la fiscalité aux nouvelles réalités sociales en matière de famille?

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

a) La déduction pour frais de garde d'enfants (ci-après « DFGE ») tient compte du fait que de nombreux couples doivent assumer des frais de garde d'enfants pour gagner un revenu d'emploi ou d'entreprise, poursuivre des études ou réaliser des recherches. Ces personnes ont une capacité contributive réduite par rapport à des contribuables ayant un revenu semblable et qui n'ont pas à assumer de tels frais.

De plus, la disposition susmentionnée s'applique à tous les couples en tenant compte du fait que les frais de garde d'enfants sont généralement occasionnés par la participation du conjoint ayant le revenu le plus faible au marché du travail, indépendamment du fait que le conjoint soit le parent ou non de l'enfant. L'abandon de l'exigence voulant que ce soit le conjoint ayant le revenu le moins élevé qui réclame la DFGE pourrait aller à l'encontre de l'objectif de la mesure, puisqu'il serait plus difficile de s'assurer que les dépenses sont bien engagées pour gagner un revenu.

b) et c) Le crédit d'impôt pour personne à charge admissible a pour objet de reconnaître qu'un contribuable sans conjoint qui subvient aux besoins d'un jeune enfant, d'un parent, d'un grand-parent ou d'un membre de sa famille souffrant d'une déficience et qui vit avec le contribuable est moins en mesure de payer de l'impôt qu'un contribuable ayant le même revenu, mais sans personne à sa charge. En règle générale, le crédit d'impôt pour personne à charge admissible peut être demandé par un contribuable qui, en tout temps pendant l'année, est célibataire, séparé ou divorcé et subvient aux besoins d'une personne à charge, comme il est mentionné ci-dessus. Le crédit ne peut être demandé par deux personnes à l'égard de la même personne à charge, pas plus qu'il ne peut être calculé au prorata entre deux contribuables ou plus.

Conformément aux règles régissant l'impôt sur le revenu, un parent qui verse une pension alimentaire à l'égard d'un enfant ne peut demander le crédit d'impôt pour personne à charge admissible pour cet enfant. Par contre, la personne à qui est versée la pension alimentaire peut demander le crédit pour l'enfant. Lorsque ni l'un ni l'autre des parents ne verse une pension alimentaire, chacun des parents peut être en mesure de réclamer le crédit. Étant donné que le crédit se limite à un enfant par parent, aucun crédit ne peut être réclamé pour plus d'un enfant. Si la garde passe d'un parent à l'autre pendant l'année, le parent à qui revient la garde de l'enfant ne peut demander le crédit pour personne à charge admissible pour l'année en question s'il verse une pension alimentaire. Par contre, le parent qui obtient la garde de l'enfant peut réclamer le crédit pour les années subséquentes à la condition qu'il ne verse plus une pension alimentaire à l'égard de cet enfant.

Il serait complexe du point de vue administratif de créer une disposition visant le partage du crédit pour personne à charge admissible. Il faudrait établir des règles couvrant les diverses circonstances familiales et les différentes ententes relatives à la garde des enfants. Il faudrait aussi prévoir un mécanisme de règlement en vue de régler les situations où les parents ne s'entendent pas quant au partage du crédit d'impôt et réclament ensemble un crédit plus élevé que le plein montant du crédit pour personne à charge admissible. Si deux parents dans une situation particulière de garde partagée conviennent de partager le crédit, ils peuvent le faire de manière informelle en marge du régime fiscal. Or, si les parents ne s'entendent pas sur la manière de partager le

crédit, il serait inadéquat ou impossible de régler ces litiges dans le cadre du régime fiscal.

Il convient de souligner que les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants sont élaborées dans le contexte d'un régime fiscal en vertu duquel seul le récipiendaire de la pension alimentaire peut réclamer le crédit pour personne à charge admissible. Si le payeur de la pension alimentaire pouvait demander une partie ou la totalité du crédit en question, cela modifierait la situation économique des deux parents et donnerait donc lieu à des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants plus élevées. Ainsi, permettre le partage du crédit pour personne à charge admissible aurait pour résultat de rendre les règles fiscales plus complexes et aurait peu d'avantages nets, sinon aucun, pour les payeurs de la pension alimentaire pour enfants.

La politique fiscale fait sans cesse l'objet d'un examen afin de garantir que le régime de l'impôt sur le revenu est aussi équitable et efficace que possible. Cependant, pour les raisons énoncées ci-dessus, le gouvernement estime que les parents sont les mieux placés pour négocier une entente en fonction de leurs circonstances familiales particulières.

4.3. EMPLOI ASSURABLE

Aux fins de l'application de la *Loi sur l'assurance-emploi*[28] :

> « N'est pas un emploi assurable, l'emploi d'une personne au service d'une personne morale si cette personne contrôle plus de quarante pour cent des actions avec droit de vote de cette personne morale ».

Est-ce que l'ADRC peut nous confirmer que le pourcentage (plus de 40 %) se calcule bien en fonction du nombre d'actions votantes et non en fonction du nombre de votes que procurent ces actions?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'alinéa 5(2)b) L.A.E. définit expressément comme un emploi non assurable l'emploi d'une personne qui contrôle plus de 40 % des actions

[28] L.R.C. 1996, c. 23 (ci-après « L.A.E. »).

avec droit de vote de la société employeur. Cette disposition vise à ne pas assurer l'emploi d'une personne qui peut contrôler son emploi par l'intermédiaire d'une société.

Étant donné les termes utilisés à l'alinéa 5(2)b) L.A.E., il est important de déterminer qui contrôle réellement les actions avec droit de vote. Pour déterminer qui contrôle les actions d'une société, nous devons examiner les actes constitutifs de la société (par exemple la charte, les statuts ou règlements, le registre des actionnaires, le registre des procès-verbaux et s'il y a lieu, la convention unanime des actionnaires).

En général, le pourcentage (soit plus de 40 % des actions avec droit de vote) est déterminé en fonction du nombre d'actions votantes. Cependant, nous devons tenir compte de tous les facteurs importants qui permettent d'établir qui contrôle effectivement les actions de la société. Chaque cas doit donc être analysé selon ses faits particuliers.

4.4. BULLETIN D'INTERPRÉTATION SUR LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

L'ADRC peut-elle commenter la publication prochaine du bulletin d'interprétation concernant la déductibilité des intérêts?

RÉPONSE DE L'ADRC

Comme vous le savez, le 10 octobre 2002, lors du Congrès de l'APFF, nous avons fait état des résultats de l'examen préliminaire de nos positions interprétatives et administratives touchant l'interprétation des dispositions relatives à la déductibilité des intérêts. Vous pouvez obtenir une copie de notre document sur notre site Internet à l'adresse suivante : http://www.ccra-adrc.gc.ca/tax/technical/incometax/presentation-f.html. Ce processus comportait une période de consultation durant laquelle nous avons reçu des commentaires touchant les interprétations proposées. Nous prévoyons diffuser sous peu le nouveau bulletin d'interprétation traitant de la déductibilité des intérêts qui présentera l'interprétation officielle de l'ADRC. Nous avons distribué une copie de l'ébauche de ce bulletin à des fiscalistes à des fins de consultation.

Le 18 février 2003, lors de la présentation du Budget fédéral[29], le ministère des Finances a annoncé qu'il envisageait apporter des modifications législatives en ce qui regarde les frais d'intérêt. Le 27 mars

[29] CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2003*, 18 février 2003.

2003, la Cour suprême du Canada a accepté d'entendre l'appel de M. Thomas Gifford. Le bulletin a été fait en tenant compte des règles de droit existantes avant ces événements, dont celles établies dans les décisions rendues le 28 septembre 2001 par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Ludco Enterprises Ltd*. c. *La Reine*[30] et *Singleton* c. *Canada*[31].

4.5. ACOMPTES PROVISIONNELS EXCÉDENTAIRES

Selon le paragraphe 164(1) L.I.R., le ministre doit effectuer le remboursement de tout paiement en trop pour une année d'imposition à un contribuable, si la déclaration de revenus du contribuable pour l'année d'imposition est produite dans les trois ans suivant la fin de l'année et si le contribuable en fait la demande par écrit au cours de la période pendant laquelle le ministre pourrait établir, aux termes du paragraphe 152(4) L.I.R., une cotisation concernant l'impôt payable en vertu de la Partie I par le contribuable pour l'année d'imposition s'il n'était pas tenu compte de l'alinéa 152(4)a).

Dans le cas où le contribuable est un particulier ou une fiducie testamentaire, le paragraphe 164(1.5) L.I.R. donne au ministre le pouvoir discrétionnaire de procéder au remboursement si la déclaration de revenus du contribuable pour l'année d'imposition est produite après la période de trois ans suivant la fin de l'année d'imposition. Cependant, lorsque le contribuable n'est pas un particulier ou une fiducie testamentaire et n'a pas produit sa déclaration de revenus dans les trois ans suivant la fin de l'année d'imposition, il n'a aucun moyen pour récupérer les montants payés en trop. Au Québec, cette question semble réglée par le paragraphe 105(1) de la *Loi sur les impôts*[32] qui donne une discrétion au ministre d'effectuer un remboursement dans un tel cas.

Nous comprenons qu'un tel contribuable ne s'est pas conformé aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne la production de sa déclaration de revenus. Cependant, le défaut de production pourrait être justifié par des raisons valables, telles que des ennuis de santé du dirigeant d'une société. En comparaison, un contribuable qui n'aurait pas effectué de versement excédentaire et qui n'aurait pas produit sa déclaration de revenus se verrait seulement imposer des intérêts et des pénalités sur

---

30 2001 D.T.C. 5518 (C.S.C.).

31 [2001] 2 R.C.S. 1046.

32 L.R.Q., c. I-3 et mod.

l'impôt payable, ce qui nous semble juste puisqu'il a eu les sommes à sa disposition pendant toute la période où il n'a pas produit sa déclaration.

Nous comprenons mal l'objectif de ces dispositions qui ne laissent aucune flexibilité dans le cas des contribuables autres que des particuliers et fiducies testamentaires, et il semble qu'il n'y ait aucun allègement administratif disponible.

Est-ce que l'ADRC et le ministère des Finances ont l'intention d'apporter des mesures d'allègement à l'égard des contribuables autres que des particuliers et fiducies testamentaires?

RÉPONSE DE L'ADRC

Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont claires et ne permettent pas à l'ADRC d'effectuer un remboursement à la société dans la situation décrite ci-dessus.

Le paragraphe 164(1.5) L.I.R. a été adopté dans le cadre de la mise en œuvre des mesures d'équité qui avaient été annoncées par le ministre du Revenu le 24 mai 1991, et qui avaient pour objet de rendre le régime fiscal plus simple et plus équitable. Les remboursements après la période de trois ans prévue au paragraphe 164(1) L.I.R. devaient auparavant faire l'objet de remises d'impôt en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*[33], lesquelles nécessitent des procédures longues et ardues. Les problèmes qui avaient été rencontrés par l'ADRC concernant l'application du paragraphe 164(1) L.I.R. visaient essentiellement des particuliers. C'est pourquoi les sociétés par actions ne sont pas visées par les dispositions du paragraphe 164(1.5) L.I.R.

Une remise d'impôt est une mesure extraordinaire qui n'est applicable que dans des circonstances exceptionnelles. Nous n'avons pas assez d'informations pour déterminer si la société pourrait bénéficier d'une remise d'impôt dans une situation comme celle que vous avez soumise.

RÉPONSE DU MINISTÈRE DES FINANCES

Les dispositions législatives en matière d'équité pour les particuliers et les fiducies testamentaires en ce qui touche l'établissement d'une nouvelle cotisation ou d'un remboursement au-delà de la période normale de nouvelle

[33] L.R.C. (1985), c. F-11.

cotisation ont été édictées en tenant compte des recommandations du ministre du Revenu national et d'objectifs précis.

Ces dispositions permettent à un contribuable de demander le remboursement (ou de réduire l'impôt à payer) à l'égard d'un paiement en trop d'impôt retenu à la source, d'un crédit d'impôt remboursable non demandé, notamment un crédit d'impôt pour enfants (comment il était désigné à l'époque), un crédit d'impôt pour TPS, etc., ou d'un crédit d'impôt non remboursable oublié[34].

Étant donné que les situations susmentionnées ne s'appliquent pas en général à une société, les dispositions concernant la nouvelle cotisation ou le remboursement au-delà de la période normale de nouvelle cotisation n'ont pas été appliquées aux sociétés.

Il est à noter que la disposition prévoyant la renonciation aux pénalités et intérêts au paragraphe 220(3.1) L.I.R., quant à elle, s'applique aux particuliers et aux sociétés qui n'ont pu se conformer à la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour des motifs indépendants de leur volonté.

[34] Voir également le communiqué de presse diffusé le 21 mai 1991 par le ministre du Revenu national.

TABLE RONDE SUR LES PRODUITS FINANCIERS

Coordonnateur
Claude Ménard
BAA, Adm. A., AVA, Pl. Fin.
PPI Québec inc.

Paule Gauthier
CA, LL. M.
Financière Banque Nationale

Diane Hamel
CGA
Financière Manuvie

Hélène Marquis
Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

Michelle Desrosiers
Notaire, M. Fisc.,
Agence des douanes et du revenu du Canada

Louise J. Roy
CGA
Agence des douanes et du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. ASSURANCE CONTRE LES MALADIES GRAVES 58:5

2. LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS ET LE NOUVEAU *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-533 ..... 58:6

3. TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE PAR UNE SOCIÉTÉ À UN ACTIONNAIRE OU À UN EMPLOYÉ 58:10

4. CESSION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE 58:12

5. ÉTABLISSEMENT DE LA VALEUR D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE POSSÉDÉE PAR UNE SOCIÉTÉ 58:12

6. DÉDUCTION D'UN MONTANT RAISONNABLE AU TITRE DES INTÉRÊTS 58:13

7. TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE CONTRE LES MALADIES GRAVES 58:14

8. AVANCE SUR POLICE 58:15

9. CONTRATS DE RENTE VIAGÈRE 58:15

10. CONVENTION DE RETRAITE 58:16

1. ASSURANCE CONTRE LES MALADIES GRAVES

Une société privée sous contrôle canadien est titulaire d'une police d'assurance contre les maladies graves pour assurer l'actionnaire unique contre les maladies graves.

Situation 1 : L'actionnaire est bénéficiaire de la prestation.

Situation 2 : La prestation est payable au titulaire.

Pour chacune des situations :

1) Est-ce que les primes versées par la société sont déductibles?

2) Est-ce que le paiement des primes constitue un avantage imposable pour l'actionnaire?

3) Est-ce que la prestation reçue sera imposable?

RÉPONSE DE L'ADRC

Afin d'établir les conséquences fiscales d'une police d'assurance contre les maladies graves, il faut déterminer si la police est une police d'assurance contre la maladie ou les accidents ou une police d'assurance vie sujette aux articles 148 et 12.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1].

Le paragraphe 138(12) définit une police d'assurance vie aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, cette définition n'est pas exhaustive. L'expression « assurance contre la maladie ou les accidents » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, on doit s'en remettre au sens courant tel qu'il est employé dans l'industrie. À cet égard, la loi sur les assurances provinciale en vertu de laquelle la police est régie sera pertinente.

Lorsqu'une police est souscrite au Québec par des personnes qui y résident, la police est assujettie aux exigences de la *Loi sur les assurances*[2] du Québec et du *Code civil du Québec*[3].

---

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

2 L.R.Q., c. A-32.

3 L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

Aux fins de la présente réponse, nous présumerons que la police est assujettie aux exigences de la *Loi sur les assurances* du Québec et du *Code civil du Québec* et que le contrat d'assurance contre les maladies graves prévoit exclusivement une prestation dans le cas des maladies graves et qu'il s'agit d'un contrat d'assurance contre la maladie.

Dans les situations décrites ci-dessus, nous sommes d'avis que les primes versées par une société en vertu d'un contrat d'assurance contre les maladies graves dont elle est titulaire ne sont pas déductibles dans le calcul de son revenu en vertu des alinéas 18(1)a) et/ou 18(1)b) L.I.R.

Sous réserve de certaines exceptions, le paragraphe 15(1) L.I.R. prévoit que la valeur de l'avantage qu'une société confère à un actionnaire au cours d'une année d'imposition est incluse dans le calcul de son revenu pour l'année. Ce paragraphe ne prévoit pas d'exception pour les avantages résultant de primes versées en vertu d'une police d'assurance contre les maladies graves.

Par conséquent, lorsqu'une société est titulaire d'une police d'assurance contre les maladies graves et que la prestation lui est payable, nous sommes d'avis que le paiement des primes par la société n'entraînerait pas un avantage conféré à un actionnaire imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. Toutefois, si l'actionnaire est le bénéficiaire en vertu de la police, le paiement des primes constituera un avantage pour lequel l'actionnaire devra inclure le montant dudit avantage dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

Étant donné que le gain sur la disposition d'une police d'assurance est exclu de la définition de gain en capital en vertu du sous-alinéa 39(1)a)(iii) L.I.R., les prestations qui seront reçues par l'actionnaire ou la société en vertu d'un contrat d'assurance contre les maladies graves ne seront pas imposables à titre de gain en capital. De plus, les dispositions de l'article 148 L.I.R. ne sont pas applicables à un contrat d'assurance contre la maladie ou les accidents qui n'est pas un contrat d'assurance sur la vie et la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient aucune disposition précise prévoyant l'inclusion de telles prestations dans un tel cas.

2. LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS ET LE NOUVEAU *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-533

L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») peut-elle faire le point sur l'avancement de la révision du bulletin

d'interprétation concernant la déductibilité des intérêts ainsi que sur le contenu du bulletin dans sa nouvelle version[4]?

RÉPONSE DE L'ADRC

Comme vous le savez, le 10 octobre 2002, lors du Congrès de l'APFF[5], nous avons fait état des résultats de l'examen préliminaire de nos positions interprétatives et administratives touchant l'interprétation des dispositions relatives à la déductibilité des intérêts. Vous pouvez également obtenir une copie de notre document sur notre site Internet à l'adresse suivante : http://www.ccra-adrc.gc.ca/tax/technical/incometax/presentation-f.html. Ce processus comportait une période de consultation durant laquelle nous avons reçu des commentaires touchant les interprétations proposées. Nous prévoyons diffuser sous peu un nouveau bulletin d'interprétation traitant de la déductibilité des intérêts qui présentera l'interprétation officielle de l'ADRC. Nous avons distribué une copie de l'ébauche de ce bulletin à des fiscalistes à des fins de consultation.

Le 18 février 2003, lors de la présentation du Budget fédéral[6], le ministère des Finances a annoncé qu'il envisageait d'apporter des modifications législatives en ce qui regarde les frais d'intérêt. Le 27 mars 2003, la Cour suprême du Canada a accepté d'entendre l'appel de M. Thomas Gifford. Le bulletin a été fait en tenant compte des règles de droit existantes avant ces événements, dont celles établies dans les décisions rendues le 28 septembre 2001 par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Les Entreprises Ludco ltée* c. *La Reine*[7] et *Singleton* c. *Canada*[8].

---

4 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-53X, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 14 août 2003, version finale pour consultation.

5 François BARETTE, Gaétan BISSON, Paul LYNCH et Marc VANASSE, « Présentation sur la déductibilité des intérêts à l'Association de planification fiscale et financière », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 36:1-50.

6 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2003*, 18 février 2003.

7 2001 D.T.C. 5518 (C.S.C.) (ci-après « *Ludco* »).

8 [2001] 2 R.C.S. 1046 (ci-après « *Singleton* »).

QUESTION 2.1

Le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. exige que les intérêts soient versés sur « de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien » (Notre soulignement). Pouvez-vous nous indiquer comment l'ADRC interprète les termes « utilisé » et « revenu » à la suite des arrêts *Shell Canada Ltée* c. *Canada*[9], *Singleton* et *Ludco*?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'interprétation du terme « revenu » a été abordée dans l'affaire *Ludco* où il a été déterminé que « revenu » s'entend du revenu en général, à savoir de toute somme qui entre dans le revenu imposable et non seulement du revenu net.

En général, le critère applicable de l'utilisation de l'argent emprunté est celui de l'utilisation directe. Il doit avoir un lien direct entre l'argent emprunté et l'utilisation admissible actuelle. Par ailleurs, l'utilisation de l'argent emprunté doit être établie en tenant compte des rapports juridiques résultant de chaque opération effectuée par les contribuables. Toutefois, dans certains cas, les tribunaux ont déclaré que l'utilisation indirecte serait acceptée, mais seulement à titre d'exception au critère d'utilisation directe. Le bulletin va expliquer ce critère et donner la position de l'ADRC quant à diverses situations d'exceptions au critère d'utilisation directe.

QUESTION 2.2

Pouvez-vous nous fournir des exemples où un contribuable peut structurer ses transactions de façon à respecter le critère d'utilisation directe?

RÉPONSE DE L'ADRC

Une personne détient 1 000 actions d'une société inscrite à la TSX. Elle est également propriétaire d'un condominium réservé à son usage personnel qui a été financé au moyen d'un emprunt. Dans ce cas, l'argent emprunté a servi directement à l'acquisition du condominium. Cette personne peut vendre ses 1 000 actions, utiliser le produit de la vente de ces actions à n'importe quelle fin, y compris le remboursement de l'argent emprunté utilisé pour faire l'acquisition de son condominium, puis contracter un autre emprunt pour faire l'acquisition de 1 000 autres actions de la même société.

---

9 [1999] 3 R.C.S. 622 (ci-après « *Shell* »).

À ce moment, l'emprunt d'argent supplémentaire serait alors utilisé directement pour faire l'acquisition de 1 000 actions.

QUESTION 2.3

Il a été fait mention que des contribuables peuvent utiliser une technique appelée la mise à part de l'argent pour s'assurer que l'argent emprunté est utilisé seulement à des fins admissibles. Pouvez-vous nous confirmer si cette technique est acceptable?

RÉPONSE DE L'ADRC

Oui, cette technique est acceptable. Cela permet d'établir une distinction entre les fonds empruntés et les fonds provenant d'autres sources (par exemple les fonds provenant des opérations). Cette façon de procéder permet aux contribuables d'établir l'utilisation précise de l'argent emprunté. Voici comment ce type transaction est généralement effectué : une société ouvre deux comptes dans son institution financière. Les seuls dépôts au compte A sont ceux qui proviennent d'emprunts d'argent et tous les autres dépôts (découlant d'opérations, etc., et qui ne sont pas liés à de l'argent emprunté antérieurement) sont faits au compte B. La société veille à ce que tous les paiements effectués à partir du compte A visent des dépenses remplissant clairement les conditions applicables pour permettre la déductibilité des intérêts. Si certaines dépenses réglées à partir du compte B étaient payées avec un emprunt d'argent, les intérêts de cet emprunt ne seraient pas déductibles. Bien que certaines dépenses de la société soient à des fins non admissibles par ailleurs aux fins de la déductibilité des intérêts, l'argent emprunté est utilisé à des fins admissibles précises et le contribuable a clairement démontré ces fins.

QUESTION 2.4

Dans votre présentation de l'année dernière, dans la situation d'une créance ne portant pas intérêt qui est émise à escompte, il est mentionné que le montant de l'escompte ne peut pas être déduit lors du paiement à l'échéance de la créance pour les contribuables n'exploitant pas d'entreprise de prêt d'argent. Pouvez-vous nous dire si c'est toujours le cas?

RÉPONSE DE L'ADRC

Lorsqu'il n'y a aucun intérêt à payer qui est stipulé, les dispositions du paragraphe 16(1) L.I.R. peuvent s'appliquer à de tels contrats avec comme résultat qu'un montant soit réputé constituer un intérêt sur un titre de créance

pour l'investisseur et l'émetteur. Étant donné que le paragraphe 16(1) L.I.R. se rapporte à un montant prévu par un contrat plutôt qu'à un paiement, les intérêts sont déductibles en fonction du montant payé ou payable. Il convient de signaler toutefois que les contrats de ce genre qui ont des échéances de plus d'un an sont réputés prévoir un intérêt simple (déductible selon le montant payé ou payable) et un intérêt composé (déductible uniquement en fonction du montant payé).

3. TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE PAR UNE SOCIÉTÉ À UN ACTIONNAIRE OU À UN EMPLOYÉ

Une société est titulaire d'une police d'assurance sur la vie d'un cadre supérieur qui est aussi un de ses actionnaires. La somme assurée en vertu de la police est payable au titulaire. La police a été acquise en vue de pallier la perte potentielle de bénéfices ou les dépenses additionnelles que pourraient entraîner le décès de l'assuré. Le particulier en question prenant sa retraite, la société n'a plus besoin de la police. La société transfère alors la police au particulier sans contrepartie. Immédiatement avant le transfert, les modalités de la police sont les suivantes :

Prestation de décès	1 000 000 $
Valeur de rachat	125 000 $
Coût de base rajusté (ci-après « CBR »)	50 000 $
Juste valeur marchande (ci-après « JVM »)	125 000 $

Les conséquences fiscales du transfert pour la société et pour le particulier sont les suivantes :

i) Conformément au paragraphe 148(7) L.I.R., la société est réputée acquérir le droit de recevoir un produit de disposition égal à sa valeur, qui est la valeur de rachat (ci-après « VR ») de la police (c'est-à-dire 125 000 $).

ii) En application du paragraphe 148(1) L.I.R., la société doit inclure 75 000 $ dans le calcul de son revenu, c'est-à-dire l'excédent du produit de disposition réputé sur le CBR de la police (125 000 $ – 50 000 $).

iii) En vertu de l'alinéa 6(1)a) ou du paragraphe 15(1) L.I.R., le particulier doit inclure dans le calcul de son revenu la JVM de la police (c'est-à-dire 125 000 $).

iv) En supposant que la société transfère la police au particulier parce que celui-ci occupe au sein de l'entreprise un poste de cadre supérieur et non parce qu'il en est un des actionnaires, la société aurait le droit de déduire dans le calcul de son revenu une somme égale à la JVM de la police (c'est-à-dire 125 000 $).

v) Aux termes du paragraphe 148(7) L.I.R., le particulier est réputé avoir acquis la police à un coût égal à sa VR (c'est-à-dire 125 000 $).

vi) Selon la définition de CBR au paragraphe 148(9) L.I.R., le CBR de la police pour le particulier inclurait le coût de la police établi conformément au point v) ci-dessus ainsi que le montant inclus dans le calcul de son revenu, comme cela est prévu au point iii) ci-dessus. Par conséquent, immédiatement après le transfert, le CBR de la police pour le particulier serait de 250 000 $ (125 000 $, somme qui correspond à l'élément A de cette définition et 125 000 $, somme qui correspond à l'élément C de cette même définition).

L'ADRC est-elle d'accord avec la description faite ci-dessus des conséquences fiscales pour la société et pour le particulier?

RÉPONSE DE L'ADRC

Compte tenu des faits présentés dans la question et dans la mesure où la « valeur » de la police au moment du transfert, telle qu'elle est établie conformément à la définition de ce terme prévue au paragraphe 148(9) L.I.R., soit égale à la VR de la police, l'ADRC convient que les conséquences fiscales mentionnées en i) à v) ci-dessus sont exactes.

Concernant la détermination du CBR de la police pour l'actionnaire ou l'employé décrite au point vi) ci-dessus, nous sommes en désaccord. Lorsque la JVM et la VR d'une police sont identiques, aucune somme n'est à ajouter au CBR de la police en application de l'élément C de la définition de CBR au paragraphe 148(9) L.I.R.

Dans le cas où :

a) le paragraphe 148(7) L.I.R. s'applique à la transaction,

b) la JVM de la police excède sa VR, et

c) le cessionnaire est tenu, en vertu du paragraphe 15(1) ou de l'alinéa 6(1)a) L.I.R., d'inclure dans le calcul de son revenu un montant relatif au

transfert, l'ADRC va permettre que soit ajouté, dans le calcul du CBR pour le cessionnaire du transfert, l'excédent de la JVM de la police sur sa VR.

4. CESSION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE

Si une société détient une police d'assurance sur la vie d'un actionnaire avec lequel elle n'a aucun lien de dépendance et qu'elle la cède à cet actionnaire pour une contrepartie égale à la JVM de la police qui excède sa VR, l'application du paragraphe 148(7) L.I.R. aurait-elle pour effet que le transfert serait réputé avoir eu lieu à la VR? Votre réponse serait-elle la même si la société détenait une police d'assurance sur la vie d'un employé avec lequel elle n'a aucun lien de dépendance et si elle l'avait cédée à cet employé pour une contrepartie égale à la JVM?

RÉPONSE DE L'ADRC

La cession par une société d'une police d'assurance vie à un actionnaire ou à un employé qui n'ont aucun lien de dépendance avec le cédant pour un produit égal à la JVM de la police n'est pas une « distribution » aux fins du paragraphe 148(7) L.I.R. Toutefois, il convient de noter que c'est une question de fait que celle de savoir si un actionnaire ou un employé traitent ou non sans lien de dépendance avec une société de sorte qu'il soit pertinent d'établir si le transfert de la police serait une « distribution » effectuée par la société.

5. ÉTABLISSEMENT DE LA VALEUR D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE POSSÉDÉE PAR UNE SOCIÉTÉ

Supposons qu'une société possède une police d'assurance sur la vie d'un actionnaire. Cette police d'assurance vie a une VR de 1 M$. La société reçoit une avance sur la police d'un montant égal à la pleine VR. La société investit la somme dans des titres négociables. L'assuré décède avant que l'avance sur police n'ait été remboursée.

Conformément au paragraphe 70(5.3) L.I.R., lorsqu'il s'agit de déterminer la JVM des actions de la personne décédée aux fins du paragraphe 70(5) L.I.R., la JVM de la police d'assurance vie possédée par la société correspond à sa VR telle qu'elle est définie au paragraphe 148(9) L.I.R. Suivant la définition de la VR au paragraphe 148(9) L.I.R., la VR doit être déterminée sans tenir compte des avances sur police. Cela étant, la JVM de la police qui sert à établir la JVM des actions du particulier décédé serait égale à la pleine VR, soit, en l'occurrence, 1 M$. Toutefois, la

JVM des autres éléments d'actif de la société inclura le montant de 1 M$ en titres négociables acquis par la société grâce au produit de l'avance sur police.

L'ADRC va-t-elle confirmer que pour l'application du paragraphe 70(5) L.I.R., le traitement fiscal de l'avance sur police sera celui de tout autre élément de passif de la société et que, par conséquent, le montant sera pris en compte lors de l'établissement de la JVM des actions du défunt?

RÉPONSE DE L'ADRC

Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. précise que la JVM de la police d'assurance vie qui doit servir à établir la JVM des actions de la personne décédée doit être la VR de cette police au sens du paragraphe 148(9) L.I.R. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'établir la JVM de la police en tant qu'élément d'actif de la société, on ne doit pas prendre en compte le montant non remboursé d'une avance sur police immédiatement avant le décès du particulier sur la vie duquel une assurance a été souscrite. Afin de déterminer si l'avance sur police est par ailleurs à prendre en compte dans l'établissement de la JVM des actions du particulier décédé aux fins du paragraphe 70(5) L.I.R., on appliquerait les principes qui régissent habituellement le processus d'évaluation.

6. DÉDUCTION D'UN MONTANT RAISONNABLE AU TITRE DES INTÉRÊTS

L'alinéa 20(1)c) L.I.R. prévoit qu'un contribuable peut déduire dans le calcul de son revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien les intérêts sur de l'argent emprunté si les exigences prévues par cet alinéa sont respectées. Toutefois, cet alinéa précise également que la déduction est limitée à « la moins élevée d'une somme payée ou payable et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts ».

Eu égard à la multitude possible des conventions de prêt, quels sont les facteurs que l'ADRC prendrait en compte pour établir si le montant des intérêts payables dans le cadre d'une convention particulière de prêt excède une « somme raisonnable à cet égard »?

RÉPONSE DE L'ADRC

La déduction des intérêts aux termes de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. est la moins élevée de la somme payée ou payable et d'une somme raisonnable. Tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Shell*, « lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur

un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable […][10] ». Quand il est question d'évaluer si un taux d'intérêt est raisonnable ou pas, on doit prendre en compte les taux comparables fixés sur le marché pour des risques liés au marché et des clauses qui sont semblables ainsi que l'existence de primes à l'émission.

7. TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE CONTRE LES MALADIES GRAVES

Une société privée acquiert une police d'assurance contre les maladies graves sur la tête d'un de ses actionnaires. La prestation est payable au titulaire. La police a une durée de 10 ans. La société choisit de prendre l'option « remboursement de primes » à l'échéance et elle doit payer une prime additionnelle. Cette option lui accorde le remboursement intégral de toutes les primes payées durant la période assurée si aucune réclamation n'a été faite.

La société paie les primes durant neuf années. Au cours de la 10e année, la société cède la police d'assurance à l'actionnaire sans contrepartie. L'actionnaire paie la prime due pour la 10e année. À la fin de la 10e année, l'actionnaire reçoit le remboursement intégral de toutes les primes payées pendant la durée de la police.

En supposant que la police est une police d'assurance contre la maladie ou les accidents, quelles sont les conséquences fiscales du transfert de la police?

RÉPONSE DE L'ADRC

L'ADRC est d'avis que le paragraphe 148(7) L.I.R. n'est pas applicable au transfert d'une police d'assurance contre les maladies graves qui est une police d'assurance contre la maladie ou les accidents. Toutefois, l'actionnaire qui acquiert de sa société une telle police pour une contrepartie inférieure à la JVM devra inclure dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., un montant égal à l'excédent de la JVM de la police d'assurance contre les maladies graves sur la contrepartie versée.

Relativement à la détermination de la JVM d'une telle police, nous sommes avis que l'âge et l'état de santé de l'assuré, le montant des primes

---

[10] *Id.*, par. 34.

remboursables ainsi que le montant des primes payées à la date du transfert seront, entre autres, des éléments à considérer.

8. AVANCE SUR POLICE

Selon les termes et les conditions d'une police d'assurance vie universelle, le titulaire de la police peut retirer un montant d'argent de la VR de la police. Le montant de la prestation autrement payable au décès ainsi que la VR sont tous deux réduits du montant du retrait. Toutefois, le retrait ne se réfère pas à une « avance sur police » dans la police.

Peut-on considérer que le retrait ainsi effectué constitue une « avance sur police » telle que définie au paragraphe 148(9) L.I.R?

RÉPONSE DE L'ADRC

Même si le retrait ne fait pas référence à une « avance sur police » selon les termes et les conditions de la police, cela ne signifie pas en soi que le retrait ne constitue pas une « avance sur police » au sens du paragraphe 148(9) L.I.R.

La définition « d'avance sur police » est suffisamment large pour permettre cette interprétation puisqu'on définit, au paragraphe 148(9) L.I.R., « avance sur police » comme étant une « avance consentie par un assureur au titulaire d'une police en conformité avec les modalités de la police d'assurance-vie ».

Par conséquent, il faut regarder les modalités de la police avant de pouvoir en tirer une conclusion. Ainsi, la détermination de la qualification d'un retrait à titre « d'avance sur police » demeure une question de fait.

9. CONTRATS DE RENTE VIAGÈRE

Il existe des situations où une rente peut être payable durant la vie d'un individu alors que cet individu n'est pas le bénéficiaire des versements de rente. L'individu peut être un employé ou un actionnaire d'une société et la société est l'acquéreur et le titulaire du contrat de rente et est également le bénéficiaire des versements de rente. Un tel contrat de rente ne constitue pas un contrat de rente visé par règlement et est donc assujetti aux règles prévues à l'article 12.2 L.I.R.

Peut-on considérer que ce contrat de rente constitue un contrat de rente viagère au sens de l'article 301 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[11]?

RÉPONSE DE L'ADRC

Un tel type de contrat de rente ne constitue pas un « contrat de rente viagère » au sens de l'article 301 R.I.R. puisqu'il ne respecte pas les conditions prescrites par cette disposition.

La définition de « contrat de rente viagère » en vertu de l'article 301 R.I.R stipule, entre autres, que les versements de rente sont effectués à un particulier appelé aux fins de cet article « le rentier» » et que lesdits versements doivent continuer à être versés au rentier sa vie durant. Or, dans la présente situation, les versements de rente sont faits à une société et non à un particulier tel que le requiert l'article 301 R.I.R.

10. CONVENTION DE RETRAITE

Lorsqu'en vertu d'un régime ou d'un mécanisme, un employeur doit fournir des avantages que doit recevoir ou dont doit jouir un employé au moment de sa retraite, l'employeur peut acquérir une police d'assurance vie pour financer ce régime ou le mécanisme et désigner l'employé comme bénéficiaire.

Un tel régime ou mécanisme est sujet aux dispositions des paragraphes 207.6(1) et (2) L.I.R.

Pouvez-vous confirmer que les retraits de la police d'assurance vie n'entraîneront pas l'obligation pour le dépositaire de payer l'impôt remboursable de la Partie XI.3 prévue au paragraphe 207.5(1) L.I.R.?

RÉPONSE DE L'ADRC

Lorsqu'un employeur est tenu de fournir des avantages que doit recevoir ou dont doit jouir une personne au moment de sa retraite et que cet employeur acquiert un intérêt dans une police d'assurance vie qu'il est raisonnable de considérer comme acquis en vue de financer ces avantages, les dispositions du paragraphe 207.6(2) L.I.R. s'appliquent à l'acquisition de la police d'assurance vie. Le but du paragraphe 207.6(2) L.I.R. est de faire en sorte que l'employeur qui acquiert un intérêt dans une police d'assurance

[11] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

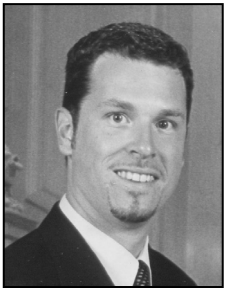
vie dans de telles circonstances soit réputé être le dépositaire de la convention de retraite dont l'intérêt dans la police d'assurance vie est réputé être le bien déterminé de la convention de retraite.

L'alinéa 207.6(2)d) L.I.R. stipule que tout paiement reçu provenant d'un intérêt dans une police d'assurance vie et tout montant d'impôt remboursable reçu sont réputés uniquement provenir de la convention de retraite et être reçus par le bénéficiaire et sont réputés ne pas être d'autres paiements. Puisque les montants sont réputés reçus par le bénéficiaire, nous sommes d'avis que le dépositaire n'a pas d'impôt de la Partie XI.3 L.I.R à payer sur les montants provenant de l'intérêt dans la police d'assurance vie. Ces montants pourront toutefois donner lieu à un remboursement de l'impôt remboursable selon le calcul prévu à l'alinéa c) de la définition d'impôt remboursable au paragraphe 207.5(1) L.I.R.

Les retraits de la police d'assurance vie reçus par l'employé à titre de bénéficiaire qui sont réputés être des montants versés dans le cadre d'une convention de retraite seront inclus dans le calcul de son revenu en vertu de l'alinéa 56(1)x) L.I.R.

ÉTUDE DE CAS A

CONFRONTER, VALIDER, COMPRENDRE OU REVOIR CHAQUE ASPECT ESSENTIEL À VOTRE RÉUSSITE AUX ÉTATS-UNIS



Coordonnateur
Yves Coallier
BAA, Fin. Int'l, M. Fisc.
GCI Groupe Conseil International

Philippe Tremblay
Avocat
Lessard Tremblay s.e.n.c.

Yves-André Grondin
Avocat, M. Fisc., CPA
Verrier Paquin Hébert s.e.n.c.

Monique Charron
Avocate
PricewaterhouseCoopers s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. MISE EN SITUATION 59:5

1.1. CONSEIL+ 59:5
1.2. FABRIK INC. 59:6

2. PREMIÈRE PARTIE : CONSEIL+ 59:6

2.1. PREMIERS PAS SUR LE MARCHÉ AMÉRICAIN 59:6
2.2. MISE EN PLACE D'UNE STRUCTURE D'AFFAIRES 59:48
2.3. SUIVIS À COURT ET MOYEN TERMES 59:74

3. DEUXIÈME PARTIE : FABRIK INC. 59:77

3.1. DÉPLOIEMENT DES ACTIVITÉS AUX ÉTATS-UNIS 59:77
3.2. IMMIGRATION/ÉMIGRATION *(PHILIPPE TREMBLAY)* 59:78
3.3. DOUANES ET TAXES DE VENTE *(MONIQUE CHARRON)* 59:82
3.4. FISCALITÉ CORPORATIVE *(YVES-ANDRÉ GRONDIN)* 59:88
3.5. FISCALITÉ DES INDIVIDUS *(YVES COALLIER)* 59:109

RESTRICTIONS QUANT À L'USAGE DE CE CAS ET AUX DONNÉES Y INCLUSES

Ce cas présenté dans le cadre du Congrès de l'APFF 2003 est fondé sur une mise en situation n'ayant aucun lien avec des sociétés existantes ou des clients des professionnels appelés à le commenter.

Conçu à des fins purement pédagogiques, ce cas ne peut être considéré comme constituant une opinion fiscale et son usage doit être limité à un outil didacticiel, soit un document non exhaustif présentant la généralité de concepts fiscaux choisis pour illustrer certaines avenues de solutions aux questions soulevées en lien avec les mises en situation proposées. Les réponses soumises à titre de solutionnaire s'adressent à des praticiens ayant acquis une compréhension adéquate des concepts fondamentaux de chacune des sphères visées.

Par conséquent, les professionnels impliqués rejettent toute responsabilité professionnelle quant à tout usage subséquent, fait sans leur autorisation préalable, du matériel préparé aux fins uniques du Congrès de l'APFF 2003 et de la présentation afférente.

Aucun conseil fiscal ne devrait s'appuyer uniquement sur les éléments de réponses et solutions présentés, mais plutôt faire l'objet d'un examen spécifique pour assurer qu'il s'agisse d'un avis complet et conforme à la situation proposée, de même qu'à la législation fiscale en vigueur au moment de rendre ladite opinion. À cet égard, les conférenciers et coordonnateur vous invitent à les consulter pour répondre aux risques et possibilités se rapportant précisément à chaque situation.

1. MISE EN SITUATION

Pour les besoins de cette étude de cas, deux sociétés seront mises à l'étude dans leur développement sur une période de quelques années (en assumant que chaque situation sera analysée à la lumière des lois prévalant en date de la présentation de ce cas). Pourquoi deux sociétés? Simplement afin de départager les enjeux qui touchent davantage l'entreprise de services de celle qui propose des produits, et vice versa.

1.1. CONSEIL+

La société Conseil+, fondée il y a un an par deux informaticiens hautement qualifiés, propose en impartition une expertise technique pointue dans le domaine informatique et du logiciel à de grandes sociétés qui sont à

la recherche d'outils leur permettant d'accroître leur productivité et d'améliorer l'efficacité de leurs modèles de gestion. Les solutions ainsi développées par l'équipe de cinq employés sont taillées sur mesure pour répondre aux besoins de chacun des clients.

Malgré sa jeune existence, cette société vit une croissance accélérée. S'étant fait connaître par des foires commerciales aux États-Unis, les dirigeants ont su attirer l'attention de sociétés américaines souhaitant faire affaire avec eux dans un avenir rapproché.

À titre de conseiller fiscal externe de la société, vous êtes appelé à conseiller un des associés qui souhaite clarifier les tenants et aboutissants de cette démarche en sol américain, puis déterminer avec vous la meilleure méthode pour faire affaire aux États-Unis, selon les besoins propres à Conseil+.

1.2. FABRIK INC.

À l'origine une entreprise familiale, la société Fabrik inc. a acquis ses lettres de noblesse dans le milieu de la fabrication de couteaux de précision pour l'industrie du meuble et les entreprises d'ébénisterie, ayant une clientèle variée, soit par vente directe à l'utilisateur du produit ou encore par son réseau de détaillants indépendants.

Déjà présente sur les marchés internationaux depuis quelques années, la société compte prendre de l'expansion aux États-Unis par l'acquisition d'un compétiteur américain, le démarrage d'une nouvelle usine de fabrication aux États-Unis afin de se rapprocher de quelques clients importants ou d'autres avenues à explorer. Dans l'éventualité où l'option du démarrage serait retenue, la nouvelle usine appartiendrait à Fabrik USA Corp., la filiale de représentation incorporée au Delaware par Fabrik inc. il y a trois ans.

Depuis quelque temps déjà, vous êtes à la tête du service de fiscalité de la société et veillez à conseiller l'équipe de gestion afin d'éviter des pièges coûteux, tout en identifiant les possibilités de planification à considérer.

2. PREMIÈRE PARTIE : CONSEIL+

2.1. PREMIERS PAS SUR LE MARCHÉ AMÉRICAIN

À l'invitation de clients potentiels de l'industrie de l'automobile, le président de la société Conseil+, John Smith, un citoyen canadien, doit se rendre dans les prochains jours à Détroit. Il espère y signer quelques lettres

d'entente et ramener des contrats importants à son associé et concitoyen, Martin Roy, qui, pour sa part, s'inquiète des conséquences qui pourraient résulter de cette démarche.

En effet, Martin a lu quelque part que le fait de solliciter des ventes directement de clients américains pourrait soulever des coûts fiscaux en termes d'impôt corporatif et de taxe de vente aux États-Unis pour la société, et peut-être même pour la fiscalité personnelle de son associé selon le temps qu'il passera aux États-Unis. Ayant une compréhension limitée de ces enjeux, il vous invite donc à un lunch pour répondre à quelques questions, transmises au préalable par courriel, soit :

1. De manière générale, quelles sont les conséquences fiscales à signer un contrat aux États-Unis plutôt qu'au Canada?

a) au niveau de l'impôt corporatif fédéral américain?

Yves-André Grondin (YAG) : Un non-résident sera imposable au niveau fédéral américain s'il exploite une entreprise aux États-Unis (*U.S. trade or business*) et s'il a un établissement stable dans ce pays. *L'Internal Revenue Code* (ci-après « I.R.C. » ou le « Code ») ne définit pas vraiment ce qu'est un *U.S. trade or business*. Le niveau d'activités qui est nécessaire pour qu'un non-résident exploite une entreprise aux États-Unis n'est pas très élevé. Par exemple, l'IRS a pris la position dans le *Revenue Ruling* 56-165, 1956-1 C.B. 849 qu'un non-résident qui n'avait pas de bureau aux États-Unis mais qui était aux États-Unis pour présenter son produit et pour solliciter des commandes exploitait une entreprise aux États-Unis. Le fait d'offrir des services personnels est également considéré comme constituant une entreprise aux États-Unis en vertu du paragraphe 864(b) du Code. Il est probable que Conseil+ exploite une entreprise aux États-Unis.

En vertu du Code, une société qui exploite une entreprise aux États-Unis (*U.S. trade or business*) sera imposable sur le revenu attribuable à cette entreprise (*effectively connected income*). En général, un revenu de source américaine qui n'est pas du revenu d'investissement sera considéré comme du revenu qui est attribuable à une entreprise aux États-Unis[1].

Toutefois, un revenu d'investissement pourra, exceptionnellement, être considéré comme du revenu attribuable à une entreprise américaine si le revenu provient d'actifs utilisés aux États-Unis ou lorsque les activités de

---

[1] I.R.C. § 863(c)(3).

l'entreprise ont été un facteur important qui a généré le revenu[2]. Un revenu de source étrangère ne sera généralement pas considéré comme étant du revenu attribuable à une entreprise américaine[3]. Par contre, certains revenus de sources étrangères qui sont aisément manipulés tels que les redevances ou les loyers peuvent, exceptionnellement, être considérés comme du revenu attribuable à une entreprise américaine. Toutefois, le revenu d'investissement de source étrangère doit être attribuable à un bureau ou à une autre place fixe d'affaires aux États-Unis pour être considéré comme du revenu attribuable à une entreprise américaine[4].

Afin de déterminer si le revenu d'entreprise est de source étrangère, il faut d'abord déterminer la nature du revenu. Selon le règlement 1.861-18, le traitement à titre de redevances n'est justifié que dans la mesure où il y a un transfert partiel des droits dans un bien incorporel. Le traitement de redevances peut donc s'appliquer lorsque l'usager a le droit de faire des copies du logiciel, qu'il a le droit d'utiliser la programmation pour créer un nouveau logiciel, qu'il a le droit de faire une démonstration publique du logiciel ou le droit de montrer en public le logiciel. Selon les faits énoncés ci-dessus, Conseil+ semble offrir des services à ses clients[5]. L'utilisation du logiciel ne semble donc pas donner le droit à des redevances[6].

Comme mentionné précédemment, il est probable que Conseil+ exploite une entreprise aux États-Unis. Dans la mesure où une partie des services (telle que la sollicitation et l'effort de vente effectués par John) est rendue aux États-Unis, il est également probable que Conseil+ ait du revenu d'entreprise de source américaine attribuable à une entreprise américaine.

En vertu de la Convention fiscale Canada-États-Unis, un agent dépendant est considéré comme un établissement stable si cette personne dispose des pouvoirs qu'elle y exerce habituellement de conclure des contrats au nom du non-résident. Toutefois, si les activités de la personne se limitent à des activités préparatoires ou ancillaires, un établissement stable

---

2 I.R.C. § 864(c)(2).

3 I.R.C. § 864(c)(4)(A).

4 I.R.C. § 864(c)(4)(B)(i).

5 Voir la réponse à la question 33 du présent texte pour une discussion sur la caractérisation de la vente d'un service (par rapport à la vente d'un bien).

6 Voir le Reg. 1.861-18 et l'article de Gary D. SPRAGUE et Taylor S. REID, « U.S. Taxation of Income from International Electronic Commerce Transactions », dans *Tax Management Memorandum*, vol. 41, n° 25, 4 décembre 2000.

n'est pas créé par celles-ci. Par ailleurs, un non-résident n'est pas considéré comme ayant un établissement stable aux États-Unis du seul fait qu'il y exerce son activité par l'entreprise d'un agent indépendant, à condition que cet agent agisse dans le cadre ordinaire de ses activités.

Dès lors, il importe de déterminer si John est un agent dépendant avec l'autorité de contracter. Étant donné que John est président de Conseil+, il semble assez clair que John est un agent dépendant qui a l'autorité de contracter aux États-Unis. Bien que le fait de signer le contrat au Canada soit, en général, une bonne précaution à prendre afin d'éviter d'avoir un établissement stable aux États-Unis, il est probable que cette précaution soit insuffisante dans le cas de John. En effet, les commentaires à l'article 5 du Modèle de convention de l'OCDE indique qu'une personne qui est autorisée à signer tous les éléments et détails d'un contrat qui lieront l'entreprise sera considérée comme exerçant cette autorité dans l'État étranger (par exemple aux États-Unis) même si le contrat est signé par quelqu'un d'autre dans l'État de résidence (par exemple au Canada). Les commentaires indiquent également qu'un agent dépendant n'est pas tenu d'être un résident de l'autre pays, ni de posséder une place fixe d'affaires dans ce pays. Cependant, les commentaires précisent que l'autorité de contracter doit être exercée de façon habituelle dans l'autre État par l'agent dépendant. En d'autres mots, John doit exercer, de façon habituelle, son autorité de contracter aux États-Unis[7].

Dans la mesure où John signe des ententes aux États-Unis, il est probable que Conseil+ aura un établissement stable aux États-Unis. Conseil+ sera donc assujettie à l'impôt fédéral américain. Cet impôt donnera généralement droit à un crédit d'impôt au Canada en vertu du paragraphe 126(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[8].

Par ailleurs, dans la mesure où la rencontre de John avec le client au Michigan n'est que préparatoire et qu'elle ne visait qu'à fournir des renseignements, il est possible qu'elle ne crée pas, en soi, un établissement stable en vertu du paragraphe 6 de l'article V de la Convention fiscale Canada-États-Unis. Dans la mesure où les faits démontrent un tel comportement, John pourrait dire que ses voyages au Michigan n'étaient que préparatoires et que la soumission d'une offre et la négociation du contrat

---

7 Bien que s'appliquant dans un autre contexte, le règlement 1.864-7(d) nous fournit également des indications pertinentes au sujet de la présence d'un agent dépendant avec l'autorité de contracter.

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

n'ont débuté qu'après son retour au Canada (par conversation téléphonique, par télécopieur, par courriel, etc.). Comme mentionné précédemment, il est également préférable que le contrat soit conclu au Canada. Pour se prévaloir de la protection de la convention fiscale, Conseil+ devra produire une déclaration et un *Treaty-Based Return* (1120-F et formulaire 8833).

Par ailleurs, pour éviter des risques, John pourrait plutôt envoyer un agent dépendant à sa place, qui n'a pas l'autorité de contracter.

b) quant aux impôts d'État et locaux (*franchise tax*, impôt corporatif, etc.)?

(YAG) : Pour déterminer si Conseil+ est imposable dans un État, il faut regarder si une société a un lien définitif ou une connexion minimale avec cet État. Ce lien définitif est généralement appelé *nexus* (mot latin pour « sans fin » ou « connexion »). Le concept de *nexus* provient, entre autres, des exigences de la *due process clause* et de la *commerce clause* de la Constitution américaine. Les activités suivantes vont généralement créer un *nexus* avec l'État : le fait pour la société d'être domiciliée dans l'État[9], d'y utiliser du capital ou des biens, de rendre des services.

La notion de *nexus* aux fins de la taxe de vente et d'utilisation est différente de celle aux fins de l'impôt sur le revenu des sociétés. La principale différence entre les deux concepts est attribuable à la P.L. 86-272, une loi fédérale qui s'applique uniquement aux fins de l'impôt sur le revenu des sociétés. Essentiellement, la P.L. 86-272 prévoit qu'aucun État ou toute autre subdivision politique de cet État ne peut imposer une personne (incluant une société) sur la base du revenu pour des activités à l'intérieur de l'État qui se limitent à une ou n'importe quelle combinaison des activités suivantes :

i) solliciter, personnellement ou en utilisant un représentant, des commandes envoyées à l'extérieur de l'État imposant pour approbation, et ce, pour livraison à partir d'un point à l'extérieur de l'État imposant;

ii) solliciter au nom ou pour le bénéfice d'un client potentiel;

---

[9] L'incorporation dans l'État de New York crée, par exemple, un *nexus* avec cet État. Par contre, une société qui est incorporée au Delaware et qui ne maintient qu'un bureau aux fins légales (*Statutory Office*) dans l'État est exemptée de l'impôt du Delaware en vertu de l'alinéa 1902(b)(6) du Code du Delaware. De plus, une société incorporée au Delaware qui ne détient que des intangibles (par exemple des actions dans une autre société) est exempte de l'impôt en vertu de l'alinéa 1902(b)(8) du Code du Delaware.

iii) vendre ou solliciter une vente par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs agents indépendants ayant ou non un bureau dans l'État.

Cependant, la P.L. 86-272 ne prévoit aucune exemption lorsque les marchandises sont entreposées à l'intérieur de l'État imposant. Plusieurs États américains énoncent, dans leur législation, les activités qu'ils considèrent protégées par la P.L. 86-272 et celles qu'ils considèrent non protégées. La protection accordée par la P.L. 86-272 s'applique uniquement à la vente de produits. Les services ne sont pas couverts.

Une analyse de la jurisprudence démontre qu'une présence physique au sein d'un État crée un *nexus*. Dans une décision de la Cour suprême des États-Unis, *Quill Corporation* v. *North Dakota*[10], la Cour a établi qu'une société qui n'avait pas de place d'affaires ou de représentants des ventes dans un État n'avait pas un *nexus* dans l'État. Cette décision confirme l'exigence d'une présence physique (préalablement établie dans l'arrêt *National Bellas Hess, Inc.* v. *Department of Revenue of Illinois*[11]). Dans l'arrêt *Quill,* la Cour a également établi qu'une société qui n'avait pas de présence physique dans l'État pouvait avoir le contact minimal avec un État pour satisfaire aux exigences constitutionnelles de la *due process clause*, mais n'avait pas le *nexus* substantiel nécessaire pour satisfaire aux exigences de la *commerce clause* de la Constitution américaine. Cependant, la Cour n'a pas défini le niveau de présence physique nécessaire pour satisfaire au *nexus* substantiel de la *commerce clause*.

La Cour suprême des États-Unis a également pris soin de spécifier dans l'arrêt *Quill* qu'une présence minimale ne créait pas un *nexus* aux fins de la *commerce clause* de la Constitution américaine. Cependant, la Cour n'a pas établi le niveau de présence physique qui doit exister pour que le critère de *nexus* substantiel soit atteint. Si les activités d'une société dans l'État sont minimes par rapport à l'ensemble de ses activités, le critère du *nexus* substantiel pourrait ne pas être atteint[12].

En ce qui concerne le voyage de John, il est possible que sa présence à Détroit soit suffisante pour créer un *nexus* dans l'État du Michigan. Selon

---

[10] 504 U.S. 298 (1992) (ci-après « *Quill* »).

[11] 386 U.S. 753 (1967).

[12] Voir aussi à ce sujet *Orvis Company, Inc*. v. *Tax Appeals Tribunal, et al*. et *Vermont Information Processing* v. *Tax Appeals Tribunal, et al*., 86 N.Y. 2d 165, 654 N.E. 2d 954 (1995), cert. refusé, 116 S Ct 518.

l'interprétation des autorités fiscales, appuyée par la jurisprudence, toute présence de 10 jours dans l'État (dans certains cas, par exemple lorsqu'il y a sollicitation, deux jours suffisent) est suffisante pour assujettir Conseil+ à la *Single Business Tax* (ci-après « SBT »)[13].

Par ailleurs, l'État du Michigan n'applique pas la P.L. 86-272 à l'égard de sa SBT, étant donné qu'elle considère que la SBT n'est pas un impôt sur le revenu (il s'agit essentiellement d'une taxe sur la valeur ajoutée). De plus, comme mentionné ci-dessus, la P.L. 86-272 ne s'applique pas aux services.

Il est important de noter que l'État du Michigan considère que des recettes de moins de 350 000 $ en 2003 dans l'État ne créent pas un *nexus* avec l'État.

Même si Conseil+ a un *nexus* avec un État, il est possible qu'elle ne soit tout de même pas assujettie à l'impôt sur le revenu dans un État en vertu d'une exemption d'une convention fiscale. Puisque le Michigan ne suit pas la convention fiscale, le fait que la société n'ait pas d'établissement stable dans l'État ne l'exemptera pas de la SBT.

L'ADRC a indiqué dans le document 1999-0015115 qu'elle considérait que la SBT n'était pas un impôt sur le revenu au sens du paragraphe 126(2) L.I.R. et qu'il était donc impossible d'obtenir un crédit d'impôt à l'encontre de la SBT. Par contre, l'ADRC a indiqué que le contribuable pouvait déduire la SBT comme une dépense pour gagner un revenu en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

Par ailleurs, la ville de Détroit prélève un impôt corporatif pour les sociétés faisant affaire dans cette ville. Puisque cet impôt en est un sur le revenu, il devrait généralement donner droit à un crédit d'impôt au Canada en vertu du paragraphe 126(2) L.I.R.

Taxe sur l'avoir net

Plusieurs États américains imposent une taxe sur le capital ou l'avoir net d'une société qui fait affaire dans l'État. Cette taxe peut être en sus de l'impôt sur le revenu que prélève l'État. Dans certains cas (par exemple l'Ohio), le contribuable ne paie que le montant le plus élevé de cette taxe et

---

[13] Voir *Revenue Administrative Bulletin* 98-1. Voir aussi les décisions suivantes : *Magnetek, Inc*. v. *Treasury Dep't*, 526 NW 2d 219 (Mich. App. 1997) et *Gillette* v. *Dep't of Treasury*, 198 Mich. App. 303 (1993).

l'impôt sur le revenu. La protection accordée par la P.L. 86-272 ne s'applique pas dans le cas d'une taxe sur le capital ou l'avoir net puisqu'il ne s'agit pas d'un impôt sur le revenu. Mais puisque la P.L. 86-272 ne s'applique pas aux services, cette distinction n'est pas tellement importante pour Conseil+. Par ailleurs, les conventions fiscales ne s'appliquent pas aux taxes sur l'avoir net. En effet, les conventions fiscales ne s'appliquent qu'à l'impôt sur le revenu et la fortune.

Conseil+ pourrait donc être assujettie à une taxe sur l'avoir net au niveau d'un État, si elle a un nexus avec l'État.

Conseil+ ne peut pas réclamer un crédit pour impôts étrangers au Canada à l'égard de toute taxe basée sur l'avoir net, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un impôt sur le revenu. Bien qu'elle ne donne pas droit à un crédit d'impôt, la taxe payée donne, par contre, le droit à une déduction en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R. (voir l'interprétation technique 9919789).

c) en matière de taxes de vente[14]?

Monique Charron (MC) : L'endroit de la signature d'un contrat dont l'objet est la fourniture d'un bien et/ou d'un service donne une indication des différentes taxes de vente auxquelles la fourniture pourrait être assujettie. Bien qu'il ne s'agisse pas du seul élément qui doit être pris en considération, c'est un élément important pour déterminer l'application de plusieurs principes fondamentaux de la taxe de vente.

Ainsi, l'endroit de la signature d'un contrat devra être pris en considération lors de la détermination du lieu de la fourniture effectuée par Conseil+, et ce, aux fins des taxes de vente canadiennes autant qu'américaines.

Cet élément sera également important pour déterminer si Conseil+ possède un nexus aux États-Unis, principe fondamental pour la détermination des obligations de Conseil+ aux fins des taxes de vente.

---

[14] Aux fins du présent texte, l'expression « taxes de vente » s'entend, sous réserve d'une stipulation contraire : au Canada, de la TPS et de la TVQ; aux États-Unis, des taxes imposées en fonction de l'utilisation, de la consommation ou de la fourniture d'un bien ou d'un service dans un État. Il s'agit donc, en particulier, des taxes habituellement connues sous le nom de *Sales and Use Tax*.

2. Avant son départ, John doit-il se munir d'un visa particulier?

Philippe Tremblay (PT) : En tant que citoyen canadien, John n'est pas requis d'obtenir un visa d'entrée pour franchir la frontière américaine. Par contre, les citoyens de certains pays ont cette obligation et doivent ainsi se rendre au consulat américain pour obtenir un visa d'entrée avant de franchir la frontière américaine.

Il est toutefois important de noter que John devra être en mesure de prouver sa citoyenneté. En ce sens, un permis de conduire n'est pas suffisant. Un passeport valide, un certificat de naissance émis après le 1er janvier 1994 ou la carte bleue délivrée par le gouvernement du Québec sera requis au point d'entrée.

D'autres éléments qui influeront sur l'admissibilité sont les antécédents criminels, les problèmes antérieurs avec l'immigration, les constats d'infractions routières non acquittés ou toute menace de fardeau excessif ou pour la sécurité nationale, incluant les problèmes médicaux graves.

Relativement aux antécédents criminels, il est important de noter que le pardon canadien n'a aucun effet face à l'immigration américaine. Ainsi, toute personne inadmissible pour cause de criminalité devra demander une dispense au gouvernement américain, et ce, indépendamment de l'obtention ou non du pardon de la Reine.

3. L'autorisation d'entrée aux États-Unis (visa) emporte-t-elle automatiquement l'autorisation de signer des contrats?

(PT) : Pas dans tous les cas. Un citoyen canadien non muni d'un permis de travail ne peut exercer de « travail productif » en territoire américain. *A contrario*, le visiteur d'affaires qui demeure dans les limites du travail non productif en territoire américain peut bénéficier d'un tel droit.

Quelle est donc cette définition du travail productif? Ces paramètres sont d'une importance cruciale puisqu'ils déterminent l'étendue des tâches admissibles dans le cadre d'un voyage d'affaires.

La source de rémunération : premier élément servant à déterminer si le travail est de nature « productif » aux États-Unis. Bien entendu, si John touche sa rémunération directe d'une source américaine, il sera immédiatement considéré comme travailleur dans ce pays et devra donc se munir d'un permis de travail. Cependant, une question plus large vient baliser ce critère et constituera du même coup un moyen plus élaboré afin de

déterminer si la tâche est inadmissible : est-ce qu'un travailleur local aurait pu être rémunéré pour effectuer cette même tâche? Dans l'affirmative, John aura besoin d'un permis de travail, et ce, même si ce dernier ne perçoit aucune somme d'argent pour effectuer ce travail.

Le bénéfice premier : une autre question pratique peut aider à définir le cadre dans lequel le visiteur d'affaires pourra exercer ses fonctions sans permis de travail : qui sera le premier bénéficiaire de la présence de l'individu concerné en territoire américain? S'il s'agit d'une entreprise canadienne, employeur ou autre, il sera alors permis de présumer que la tâche en question peut être accomplie en tant que visiteur d'affaires. Par contre, si une entité américaine en est la bénéficiaire en ligne directe, il faudra alors penser à demander un permis de travail.

Dans le cas qui nous préoccupe, John ne touchera aucune rémunération d'une source américaine et représentera de façon temporaire les intérêts d'une entité canadienne. De plus, les contrats signés le seront pour le bénéfice de cette même entité. Par conséquent, en toute quiétude et sans permis de travail, John peut aller solliciter des contrats de vente au nom et pour le bénéfice de sa société canadienne.

4. Dans le cadre de ce séjour, il participera également à des foires commerciales d'où il tentera de ramener des contrats fermes auprès de clients américains qui visiteront le salon des exposants. Est-ce que cette tournée de quelques semaines et la participation à ces foires entraîne des conséquences ou risques fiscaux? Est-ce que la signature d'entente(s) sur place a des conséquences fiscales du point de vue américain?

(MC) : Pour qu'un État puisse imposer des obligations à une personne en matière de taxes de vente, il faut que les activités de la personne créent un *nexus* dans l'État. Le *nexus* peut être défini de façon générale comme le lien certain, la connexion minime qui doit exister entre la personne et l'État pour que ce dernier puisse prétendre que la personne est soumise à sa juridiction.

Le fait que Conseil+ participe à des foires et y signe ou non des ententes est important pour déterminer si Conseil+ possède un *nexus* dans certains États. Bien que la notion de *nexus* soit très complexe, que chaque détermination soit un cas d'espèce et que chaque État possède ses propres critères pour établir si une personne a ou non un *nexus*, plusieurs États considèrent que la participation d'une personne à des foires et, encore plus, la signature de contrats à ce moment sont des éléments qui doivent être pris en compte lorsque les activités de la personne sont analysées afin de déterminer si elles sont suffisantes pour créer un *nexus*.

Puisqu'il doit être établi qu'une personne possède un *nexus* dans l'État avant même qu'elle puisse y avoir des obligations en matière de taxes de vente, Conseil+ devra analyser les règles applicables pour déterminer si la participation de John Smith à des foires crée un *nexus* dans l'État où la foire est tenue.

Par ailleurs, le seul fait d'avoir un *nexus* dans un État donné ne signifie pas que Conseil+ aura des obligations en matière de taxes de vente dans cet État. Il faudra par la suite déterminer d'autres éléments tels si Conseil+ effectue des fournitures taxables dans cet État.

(PT) : On notera relativement à l'immigration, lors de foires commerciales, qu'un bon nombre de gens d'affaires ont vu leur expérience lors de ces foires tourner au cauchemar. En effet, bien que les règles du statut de visiteur d'affaires permettent de signer une entente de vente, il est par ailleurs formellement interdit de boucler la boucle en livrant le produit sur place et en encaissant immédiatement les sommes dues. Cela est alors considéré comme du travail productif et peut entraîner de lourdes conséquences.

(YAG) : *Impôt fédéral*

Au niveau fédéral, le caractère temporaire et le manque d'installation fixe d'une foire font en sorte qu'il est peu probable que la foire crée en soi un établissement stable. Par contre, le fait que John signe des ententes sur place à ces foires commerciales va probablement créer un établissement stable puisque John sera considéré comme un agent dépendant avec l'autorité de contracter. Pour éviter de créer un établissement stable, il serait préférable que John utilise les foires uniquement pour donner de l'information et non pour faire des soumissions, négocier ou conclure un contrat. Comme mentionné ci-dessus, il serait préférable que les activités liées à la négociation du contrat soient effectuées à son retour au Canada.

Impôts corporatifs des États

Bien qu'il soit possible que la participation à une foire commerciale soit protégée par la P.L. 86-272 (plusieurs États ont des exemptions pour la participation à des foires de courte durée), l'État du Michigan n'applique pas la P.L. 86-272 à la SBT, étant donné qu'elle considère qu'il ne s'agit pas d'un impôt sur le revenu. De plus, comme mentionné ci-dessus, la P.L. 86-272 ne s'applique pas aux services. Comme mentionné précédemment, selon l'interprétation des autorités fiscales (appuyée par la jurisprudence), toute présence de 10 jours dans l'État (et dans certains cas, par exemple lorsqu'il y

a sollicitation, uniquement deux jours) est suffisante pour assujettir Conseil+ à la SBT[15].

Comme mentionné ci-dessus, le Michigan considère que des recettes de moins de 350 000 $ en 2003 dans l'État ne crée pas un *nexus* avec l'État.

La base d'imposition d'une société étrangère a été modifiée pour toute année d'imposition commençant après le 1er janvier 2000. Le point de départ du calcul de la valeur ajoutée sera le « revenu provenant d'une entreprise exploitée aux États-Unis » (et ce, même si la société étrangère n'est pas assujettie à l'impôt fédéral américain). Le « revenu provenant d'une entreprise exploitée aux États-Unis » de la société étrangère comprendra son revenu (moins les déductions accordées en vertu du Code) dont la source est située aux États-Unis. En ce qui a trait à la vente de produits, la source sera située aux États-Unis si le titre légal des produits est transféré aux États-Unis. La source d'un revenu provenant de services sera située aux États-Unis si les services sont rendus aux États-Unis.

La base d'imposition déterminée au paragraphe précédent sera par la suite répartie en fonction du pourcentage des affaires effectuées dans l'État du Michigan et ailleurs aux États-Unis. Pour Conseil+, cette répartition se fera sur la base de ses recettes brutes, du salaire versé à ses employés et de la valeur de ses biens. À titre d'exemple, le facteur basé sur la rémunération aura comme numérateur le salaire versé à des employés pour des services rendus dans l'État du Michigan, et comme dénominateur le salaire versé à tous les employés de Conseil+ pour des services rendus aux États-Unis. La ventilation des revenus d'entreprise se fait selon les ventes, les actifs et les salaires au Michigan. Depuis 1999, les ventes comptent pour 90 % de la formule de répartition du Michigan. Les actifs et les salaires ne comptent, chacun, que pour 5 % de la formule de répartition.

5. Quelles seront les conséquences de ce séjour sur l'impôt des particuliers canadien et américain de John?

Yves Coallier (YC) : Avant de déterminer précisément les enjeux fiscaux de part et d'autre de la frontière, rappelons les deux principes sous-jacents à la détermination de l'assujettissement des revenus des individus en contexte international, soit les notions de source et de résidence.

---

15 *Supra*, note 13.

Les revenus d'un individu sont assujettis sur base de source dans les juridictions d'où ils proviennent, soit par un mécanisme de retenue à la source (salaire ou revenus passifs) constituant un impôt fixe et final, équivalent au régime de la Partie XIII L.I.R., soit selon une table de taux gradués, impliquant habituellement la production d'une déclaration de revenus dans ladite juridiction.

D'autre part, dans son pays de résidence fiscale, un individu voit la totalité de ses revenus mondiaux, peu importe la source, assujetti au régime local. Pour éviter la double imposition du revenu, la plupart des juridictions offrent un traitement spécifique aux revenus étrangers, ou encore un crédit pour l'impôt étranger déjà acquitté sur ce revenu, habituellement un crédit d'impôt non remboursable.

Dans le cas présent, la première question à se poser vise à déterminer la source du revenu. La réponse diffère selon que John reçoit un salaire pour les services qu'il rend à Conseil+ ou qu'il se rémunère sous forme de dividendes.

Dans le premier cas, la source de revenus pour un salaire est le lieu de fourniture du service pour lequel la rémunération est versée. Par conséquent, selon une imputation purement théorique, les jours de travail rémunérés aux États-Unis constituent des revenus de source américaine, donc pouvant être assujettis aux impôts américains sur le revenu des individus[16].

Par contre, s'il se versait plutôt des dividendes, la source d'un tel revenu serait le lieu de résidence de la société payant le dividende, soit ici le Canada. En effectuant le choix de rémunérer des dirigeants mobiles sous forme de dividende, on réduit ainsi le fardeau de conformité fiscal pour les séjours à l'étranger.

Quant à la notion de résidence fiscale, elle implique que John devra également acquitter l'impôt canadien sur son revenu d'emploi lié aux activités américaines. En fait, ici, les courts séjours n'affecteront pas la résidence fiscale de John (nous verrons plus loin les concepts de résidence fiscale américains). Il demeurera donc résident canadien aux fins de l'impôt américain et canadien.

---

[16] La Convention Canada-États-Unis à l'article XV permet aux États-Unis d'imposer les salaires, traitements et autres rémunérations similaires qu'un résident canadien reçoit au titre d'un emploi salarié exercé aux États-Unis.

En résumé, selon les législations nationales américaines et canadiennes, John doit acquitter un impôt américain sur ses revenus ayant leur source sur le territoire des États-Unis à titre de non-résident, puis acquitter ses impôts personnels canadiens à titre de résident fiscal du Canada en incluant la portion américaine pour laquelle il peut demander un crédit d'impôt étranger.

Par contre, pour déterminer l'impôt payable de part et d'autre de la frontière, il faut déterminer si la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis n'accorderait pas d'allègement particulier en pareille situation. En effet, les rémunérations qu'un résident canadien reçoit au titre d'un emploi salarié exercé aux États-Unis au cours d'une année civile ne sont imposables qu'au Canada :

a) si ces rémunérations n'excèdent pas dix mille dollars américains; ou

b) si John séjourne aux États-Unis pendant une période ou des périodes n'excédant pas au total 183 jours au cours de cette année, **et** si la charge des rémunérations n'est pas supportée par un employeur américain ou par un établissement stable ou une base fixe que l'employeur a aux États-Unis.

Il importe donc de limiter à tout le moins les séjours dans une même année civile à moins de six mois, mais aussi d'éviter d'établir aux États-Unis une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle seraient exercées en tout ou en partie des activités de Conseil+. Et ce lien d'assujettissement pourrait s'établir aisément à la suite d'un long séjour aux États-Unis, qui aurait inévitablement pour effet de forcer John à s'installer dans un endroit spécifique pour fournir son service.

Afin de se prévaloir de l'exonération d'impôt américain, malgré que John ait un revenu ayant sa source en territoire américain, il doit préférablement produire une déclaration de revenus américaine à titre de non-résident pour réclamer le bénéfice de la Convention fiscale Canada-États-Unis (1040NR + 8833).

Si les tests d'allègement en vertu de la convention ne peuvent être remplis, il faut produire une déclaration de revenus américaine et déterminer l'impôt américain à payer (1040NR). Afin d'éviter la double imposition, un crédit d'impôt étranger canadien pour l'impôt américain payé, jusqu'à concurrence de l'impôt canadien à payer (crédit d'impôt non remboursable), pourra être accordé par l'ADRC.

6. Qu'en est-il pour les derniers séjours et les foires précédentes auxquelles John a participé aux États-Unis? Si des actes doivent être posés pour rectifier la situation de Conseil+ a posteriori, y a-t-il un délai pour ce faire?

(MC) : Aux fins des taxes de vente, puisque aucune entente n'a encore été signée par Conseil+ avec un client américain et qu'aucune fourniture n'a encore été effectuée par Conseil+ aux États-Unis, le fait pour John d'avoir séjourné et participé à des foires aux États-Unis dans le passé n'a pas de conséquence immédiate, et ce, même si, dans certains États, Conseil+ pourrait de ce fait être considérée comme y ayant un *nexus*.

Par ailleurs, cet élément devra être pris en considération si John retourne dans le même État et/ou si Conseil+ effectue une fourniture dans cet État. Le cumul des activités de Conseil+ pourrait alors créer un *nexus* ou si le *nexus* existe déjà, obliger Conseil+ à s'enregistrer aux fins des taxes de vente.

(YAG) : Selon les règlements américains 1.882-4(a)(3), une déclaration d'impôt fédéral américaine d'une société étrangère doit être produite à temps pour ne pas perdre le droit aux déductions. Une déclaration est considérée envoyée à temps si elle l'est dans les 18 mois après la date d'échéance (sauf si ce n'est pas la première année qu'une déclaration devait être produite et que l'IRS exige qu'une déclaration soit produite avant cette date). Cette période de temps peut être prolongée dans des circonstances exceptionnelles[17].

Il est important de noter que certains auteurs contestent la validité de cette échéance de temps de 18 mois fixée par le règlement puisque l'alinéa 882(c)(2) du Code ne prévoit pas, en soi, d'échéance. Selon leur point de vue, cette échéance de temps est contraire au Code et enfreint possiblement la Convention fiscale Canada-États-Unis[18]. Dans la mesure où l'échéance pour avoir droit aux déductions prévue dans les règlements n'est pas valide, le contribuable pourrait envoyer une déclaration en retard tant et aussi longtemps que l'IRS n'a pas envoyé d'avis refusant les déductions ou produit une déclaration à la place du contribuable (*substitute return*). Par

---

[17] Voir Reg. 1.882-4(a)(3)(ii).

[18] Voir Linda NG, « US Treasury denies Canadian Late Filers their Deductions and Credits », (1991), vol. 39 n° 2 *Revue fiscale canadienne* 429. Voir aussi Sanford H. GOLDBERG, « File a Timely Return or Lose your Deductions », (1996), vol. 44 n° 6 *Revue fiscale canadienne* 1777.

contre, le contribuable pourrait être redevable d'intérêts et de pénalités sur le montant d'impôt à payer pour avoir produit une déclaration en retard.

Le fait de produire en retard pourrait être préférable à la non-production, étant donné que la non-production pourrait créer un impôt sur le revenu brut aux États-Unis. De plus, il devient beaucoup plus difficile pour une société qui ne produit pas de s'opposer à une cotisation de l'IRS autrement qu'en allant devant les tribunaux.

Par ailleurs, l'IRS incite les contribuables qui veulent se prévaloir du fait qu'il n'ont pas d'entreprise aux États-Unis (*U.S. trade or business*) ou qui n'ont pas d'établissement stable aux États-Unis en vertu d'une convention fiscale d'envoyer une déclaration qui permet de protéger le droit aux déductions (c'est-à-dire de ne pas être imposé sur le revenu brut). Cette déclaration (1120-F) doit être envoyée dans les cinq mois et demi après la fin de l'année dans la mesure où la société étrangère n'a pas de bureau aux États-Unis. Dans la mesure où elle a un bureau aux États-Unis, elle doit être envoyée dans les deux mois et demi après la fin de l'année. Si le contribuable invoque une convention fiscale, elle doit être accompagnée du formulaire 8833 (*Treaty-Based Return*). Afin de réduire les risques d'être imposé sur le revenu brut et de faire courir les délais de prescription, il est recommandé pour une société n'ayant pas d'établissement stable mais ayant des ventes ou recettes aux États-Unis de produire une telle déclaration dans les délais prescrits.

L'IRS a émis un avis 2003-38[19] qui permettait, pour un temps limité, aux sociétés étrangères qui n'avaient pas produit ou n'avaient pas été contactées par l'IRS, d'effectuer une divulgation volontaire malgré le fait que la période de 18 mois était dépassée. Ce programme n'était prévu que pour quelques mois et a pris fin le 15 septembre 2003[20].

Plusieurs États acceptent de ne pas appliquer de pénalités lors de divulgations volontaires. Par exemple, l'État du Michigan a un programme de divulgation volontaire qui permet à une société (ne résidant pas au Michigan) qui n'a jamais produit une déclaration mais ayant un *nexus* dans l'État d'effectuer une divulgation volontaire pour les quatre dernières années (cette période peut être réduite à trois années dans certaines circonstances). Une société n'est admissible au programme de divulgation volontaire du

---

19 Notice 2003-38, 2003-27 I.R.B. 9, 6/17/2003, I.R.C. § 874.

20 Voir Alice A. JOSSEFFER, « US Non-Filers' Reprieve », dans *Canadian Tax Highlights*, vol. 11, n° 7, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003.

Michigan que dans la mesure où elle n'a pas fait l'objet d'une vérification ou n'a pas été contactée par l'État du Michigan.

Lors de votre rencontre, Martin vous mentionne que la situation a évolué rapidement et qu'un client américain souhaite se prévaloir des services rendus par l'équipe de Conseil+.

Dans le cadre de ce mandat, quelques membres de l'équipe se rendront à Washington, D.C. pour assurer un service complet, de l'identification des besoins du client jusqu'à l'installation adéquate du logiciel conçu à partir du siège social, situé à Longueuil. Des services de consultation seront également fournis à distance durant ce mandat.

À cet égard, plusieurs questions se posent :

7. Est-ce que la société Conseil+ doit percevoir des taxes de vente canadiennes sur les services qui seront fournis au client américain (en sachant que Conseil+ est un inscrit aux fins de la TPS et de la TVQ)?

(MC) : Afin de déterminer si la fourniture effectuée est assujettie à la TPS et/ou à la TVQ (puisqu'une partie sera effectuée à Longueuil), il faut premièrement déterminer où est le lieu de fourniture puis, si le lieu de fourniture se trouve au Québec (ou au Canada), déterminer si cette fourniture est taxable ou détaxée.

Par ailleurs, puisque les règles relatives au lieu de fourniture diffèrent selon qu'il s'agit de la fourniture d'un bien ou d'un service, cette première question nous amène à nous interroger sur l'élément suivant, à savoir la nature de la fourniture de Conseil+. En effet, compte tenu de l'information obtenue à ce jour de Martin, il se peut que Conseil+ fournisse à son client : a) un bien ou un ou des services, b) un bien et un ou des services, c) une fourniture mixte d'un bien et d'un service ou des services, d) une fourniture d'un bien ou d'un service accessoire à un autre bien ou à un autre service, e) plusieurs de ces fournitures. Bien que les lois régissant la TPS et la TVQ contiennent certaines règles pour aider à déterminer cet élément, cette détermination est en premier lieu fondée sur les faits en cause. Il faut donc obtenir une description plus détaillée de la fourniture qu'effectuera Conseil+ ainsi qu'une copie de l'entente intervenue et de tous les documents pouvant donner des précisions sur la fourniture effectuée. Une analyse approfondie de tous ces faits sera nécessaire.

Après avoir déterminé la nature de la ou des fournitures effectuées par Conseil+, le lieu de fourniture pourra être déterminé à partir des règles précises prévues dans la législation applicable.

Dans la mesure où il est déterminé que le lieu de fourniture est situé au Québec (Canada), cette fourniture sera assujettie à la TPS et à la TVQ, sauf si une disposition permet de considérer cette fourniture comme une fourniture détaxée. En effet, puisque la fourniture sera en définitive utilisée à l'extérieur du Canada et effectuée à un non-résident, certaines règles relatives à l'exportation de fournitures pourraient être applicables. Étant donné la complexité de la fourniture effectuée par Conseil+, une attention particulière doit être apportée à toutes les dispositions relatives à l'exportation et aux conditions qui s'y rattachent. Par exemple, si la fourniture (ou une des fournitures) constitue un service fourni par Conseil+, plusieurs dispositions prévoient la détaxation des services fournis à un non-résident. Par contre, la plupart de ces dispositions prévoient que le service ne doit pas être lié à un bien meuble corporel situé au Québec (Canada) au moment où le service est fourni. Étant donné que le ou les services que fournira Conseil+ semblent tous avoir un lien (à divers degrés) avec le logiciel qui sera conçu pour le client, ces services pourraient-ils être exclus en tout ou en partie de ces dispositions de détaxation? Est-ce que le logiciel constitue un bien meuble corporel aux fins des taxes de vente?

La première démarche consistera donc à obtenir de Martin beaucoup plus d'informations quant à la fourniture que Conseil+ prévoit effectuer.

8. Aux États-Unis, y a-t-il une taxe d'État similaire aux taxes provinciales au Canada? Quels services/produits sont visés?

(MC) : Presque tous les États, y compris le District de Columbia, imposent une taxe de vente (les États suivants n'imposent pas de taxe de vente : Alaska, Delaware, Montana, New Hampshire et Oregon). De plus, les États permettent en général aux cités, villes et administrations scolaires ou de comtés d'imposer également une taxe de vente. Ainsi, plus de 7 500 administrations gouvernementales imposent une taxe de vente à des taux différents qui n'est pas toujours levée sur la même assiette fiscale.

Les taxes de vente américaines imposées par les États sont la *Seller Privilege Tax*, la *Consumer Tax*, la *Gross Receipts Tax* et la *Use Tax*.

La *Seller Privilege Tax* s'applique généralement au privilège de faire des affaires dans l'État. Le fournisseur est donc la personne responsable d'acquitter et de remettre la taxe de vente aux administrations

gouvernementales. En règle générale, cependant, le fournisseur récupérera ce montant de son client. S'il y a vérification par les administrations gouvernementales et qu'un montant de taxe de vente n'a pas été remis, les administrations peuvent cotiser uniquement le fournisseur. La Californie, l'Arizona, la Floride et le Michigan sont des exemples d'États qui imposent une *Seller Privilege Tax*. Le District de Columbia impose également ce genre de taxe de vente.

La *Consumer Tax* s'applique généralement au privilège de consommer ou d'utiliser un bien ou un service dans l'État. L'acquéreur ou le consommateur est donc la personne responsable d'acquitter la taxe de vente. Par contre, le fournisseur a encore la responsabilité de remettre la taxe de vente aux administrations gouvernementales. Cette responsabilité demeure celle du fournisseur même s'il ne perçoit pas la taxe de vente de son client. S'il y a vérification par les administrations gouvernementales et qu'un montant de taxe de vente n'a pas été remis, les administrations peuvent cotiser autant l'acquéreur/consommateur que le fournisseur. New York, l'Ohio, le Texas et le Vermont sont des exemples d'États qui imposent une *Consumer Tax*.

La *Gross Receipts Tax* est imposée sur les recettes brutes du fournisseur. Il n'existe presque pas de déduction possible pour diminuer l'assiette de taxe. Hawaï, l'Arkansas et le Nouveau-Mexique sont parmi les États qui imposent une telle taxe.

Finalement, la *Use Tax* s'applique généralement au privilège d'être propriétaire, d'avoir la possession, d'entreposer, d'utiliser ou de consommer des biens ou des services dans un État. L'acquéreur/consommateur est donc la personne responsable d'acquitter cette taxe. De plus, le fournisseur n'a aucune obligation de percevoir la taxe de son client. En réalité, cette taxe est complémentaire aux taxes précédentes puisqu'un acquéreur/consommateur ne sera redevable de cette taxe que si le fournisseur n'a pas perçu une des taxes mentionnées précédemment. Comme l'assiette de ces taxes et celle de la *Use Tax* sont presque identiques (selon l'État en cause), si la taxe n'a pas été perçue par le fournisseur parce que la fourniture n'était pas assujettie à la taxe, cette fourniture ne sera probablement pas assujettie à la *Use Tax* de l'État.

Toutes ces taxes de vente s'appliquent généralement à la fourniture de bien meuble corporel dans le cadre d'une vente au détail (qui inclut généralement la location). Presque toutes les législations prévoient que tout bien meuble corporel fourni par vente au détail dans l'État est assujetti à la taxe de vente, sauf s'il est expressément exempté. Aussi, la législation de

chaque État contient-elle habituellement une liste exhaustive d'exemptions (qui diffèrent d'un État à l'autre). Finalement, certains services sont également assujettis aux taxes de vente. La législation de chaque État contient une définition ou une liste exhaustive de ces services.

La pratique générale est que les cités, villes et autres administrations utilisent la même assiette de taxe que celle prévue pour la taxe de vente.

Pour plus de renseignements, voici quelques sites Internet intéressants :

- *Federation of Tax Administrators* : http://www.taxadmin.org/
- *Sales Tax Institute* : http://www.salestaxinstitute.com
- *National Assn of Unclaimed Property Administrators* : http://www.unclaimed.org
- *Institute of Professionals in Taxation* : http://www.ipt.org/
- *Multistate Tax Commission* : http://www.mtc.gov/
- Tous les sites Internet des États.

9. Quelles taxes de ventes américaines devraient faire l'objet d'une analyse pour déterminer si Conseil+ a des obligations ou des droits à cet égard?

(MC) : Parce que le client est situé à Washington, D.C. et que des employés de Conseil+ se rendront sur place pour effectuer une partie du mandat, une analyse devrait être faite afin de déterminer si Conseil+ a des obligations en matière de taxes de vente pour ce District.

De même, puisque le mandat a été sollicité (et peut-être même conclu) à Détroit, on devra procéder à un analyse de la législation relative à la taxe de vente de l'État du Michigan.

10. Comment déterminer si Conseil+ a des obligations en matière de taxes de vente pour le District de Columbia (ci-après « DC ») et l'État du Michigan?

(MC) : Les questions à poser pour déterminer si Conseil+ a des obligations à cet égard sont les suivantes. Si la réponse à l'une de ces questions est négative, Conseil+ n'a pas d'obligation envers le DC ou l'État

du Michigan (selon le cas) aux fins de la taxe de vente. Si, par contre, toutes les réponses sont affirmatives, Conseil+ aura l'obligation de s'enregistrer aux fins de la taxe de vente et, entre autres, de la percevoir sur les fournitures taxables qu'elle effectuera dans le DC et/ou au Michigan.

- Premièrement, Conseil+ a-t-elle un *nexus* dans le DC et/ou le Michigan (comme la notion de *nexus* aux fins de la taxe de vente diffère de celle aux fins de l'impôt, cette analyse doit être effectuée, peu importe les conclusions aux fins de l'impôt)?

- Conseil+ effectue-t-elle une fourniture au DC et/ou au Michigan (lieu de fourniture qui est généralement l'endroit de la livraison du bien ou de la prestation du service)?

- Troisièmement, Conseil+ effectue-t-elle cette fourniture au moyen d'une vente au détail (généralement, une fourniture acquise autrement que pour en faire à nouveau une fourniture)?

- Finalement, la fourniture est-elle assujettie à la taxe de vente du DC ou du Michigan soit parce que la fourniture est taxable par nature, soit parce qu'elle n'est pas visée par une exemption?

District de Columbia

Étant donné, entre autres, que le client est situé à Washington, qu'un groupe d'employés de Conseil+ séjournera dans le District de Columbia pour une période relativement longue, que le logiciel final sera transféré sur le serveur du client situé à Washington, que des services de consultation pendant et après la livraison du logiciel pour être consommés à Washington seront fournis, que la fourniture de tels logiciels et services font partie des activités régulières de Conseil+ et que Conseil+ a l'intention de développer le marché américain, il est fort probable que les activités de Conseil+ à un moment donné durant l'exécution du contrat créeront un *nexus* dans le District de Columbia.

Il semble donc raisonnable de conclure que Conseil+ sera considérée comme possédant un *nexus* dans le District de Columbia à un moment donné pendant l'exécution du mandat.

Quant au deuxième élément à déterminer, il semble que Conseil+ effectuera une ou plusieurs fournitures dans le District de Columbia. En effet, sans pouvoir déterminer si Conseil+ fournira une ou plusieurs fournitures et sans pouvoir en déterminer la nature (voir la discussion

précédente), étant donné que Conseil+ fournira une partie des services à Washington et que le logiciel final sera transféré sur le serveur du client à Washington pour être utilisé en tout ou en partie à Washington, il est plus que probable que Conseil+ effectuera au moins une fourniture à Washington.

Étant donné, entre autres, que le client américain utilisera le logiciel fourni par Conseil+ ainsi que les autres services pour ses propres besoins, et compte tenu de la définition de vente au détail aux fins de la taxe de vente du District de Columbia, la fourniture sera effectuée par Conseil+ au moyen d'une vente au détail.

Le District de Columbia considère que tous les logiciels, ainsi que, généralement, les services qui y sont relatifs ou connexes sont assujettis à la taxe de vente. Comme il ne semble pas y avoir d'exemption que Conseil+ ou son client pourrait demander, la ou les fournitures effectuées par Conseil+ semblent donc assujetties à la taxe de vente du District de Columbia. Selon le cas, la *Seller Privilege Tax* ou la *Use Tax* sera applicable.

Il semble donc que Conseil+ aura l'obligation de s'enregistrer aux fins de la taxe de vente du District de Columbia et de percevoir cette dernière.

Michigan

Il est généralement reconnu qu'une personne qui participe à une foire commerciale et qui y sollicite des ventes sur une période de deux jours ou plus sera considérée comme ayant créé un *nexus* au Michigan. Par ailleurs, si cette personne participe à une foire commerciale pour une période de moins de 10 jours, sans aucune vente ou commande, ces activités ne seront alors pas jugées suffisantes pour créer un *nexus*. Des faits additionnels sont donc nécessaires pour conclure que Conseil+ possède ou non un *nexus* au Michigan.

Par ailleurs, même si Conseil+ était considérée comme possédant un *nexus* au Michigan, elle n'aurait malgré tout aucune obligation en matière de taxes de vente puisqu'elle n'a pas effectué de fourniture au Michigan (aucune livraison de biens ou prestation de services).

11. Les éléments suivants influent-ils sur vos réponses précédentes :

- La facture de Conseil+ sera établie et envoyée au siège social du client qui est situé aux États-Unis mais à l'extérieur de Washington, D.C.?

- La facture de Conseil+ sera établie et envoyée au siège social du client qui est situé au Canada?

(MC) : Le lieu de facturation n'a pas d'importance puisque pour les taxes de vente canadiennes et américaines, le lieu de fourniture n'est pas fonction de l'endroit où est facturé l'acquéreur (sous réserve de la fourniture de services de télécommunication).

Bien que cet élément puisse par contre être pris en considération pour déterminer l'existence d'un *nexus*, il ne s'agit pas d'un élément déterminant en soi. Si le seul élément qui relie un État à Conseil+ est le fait que Conseil+ facture une personne à une adresse dans cet État, aucun État ne considèrera que ce seul fait crée un *nexus* pour Conseil+.

12. Quelles sont les conséquences d'un enregistrement aux fins des taxes de vente américaines?

(MC) : Voici les conséquences les plus importantes dans le District de Columbia.

- Détermination, perception et remise de la taxe de vente sur toutes les fournitures taxables effectuées dans l'État;

- Détermination, perception et remise des taxes imposées par les cités, les villes et/ou les administrations scolaires ou de comtés;

- Déclarations à produire périodiquement, peu importe qu'un montant de taxe de vente soit exigible ou non;

- Configuration des systèmes informatiques pour s'assurer que la taxe de vente est adéquatement gérée;

- Formation du personnel;

- Possibilité que les administrations fiscales effectuent des vérifications (coûts relatifs aux vérifications);

- Conservation des livres et registres supplémentaires.

13. De quelle façon fonctionnent les remises des taxes perçues?

(MC) : Sauf si Conseil+ perçoit un montant de taxe de vente de 50 $ ou moins par mois, Conseil+ devra soumettre une déclaration de taxe de vente aux administrations fiscales du District de Columbia au plus tard le 20 de chaque mois. Conseil+ devra également remettre les taxes de vente exigibles, ou qui ont été payées à Conseil+ sans être exigibles, au courant du mois précédent.

En règle générale, les taxes de vente imposées par les villes, cités et administrations scolaires ou de comtés sont perçues par le District. Conseil+ devra donc déclarer et remettre ces taxes en même temps que les taxes de vente.

14. Si vous concluez que pour un ou des États précis, Conseil+ n'a pas l'obligation de percevoir ou de payer des taxes de vente, quelles considérations importantes doivent être prises en compte?

(MC) : Le client de Conseil+ pourrait avoir l'obligation de remettre directement la taxe de vente (*Use Tax*) à l'État en cause. En pratique, cela ne fait pas l'affaire de tout le monde. Certains clients pourraient donc exiger que Conseil+ s'inscrive aux fins des taxes de vente pour les percevoir, ce qui les déchargerait du fardeau d'avoir à remettre le montant au gouvernement. La législation du District de Columbia prévoit la possibilité d'une inscription volontaire.

De plus, si le client doit remettre un montant de taxe de vente au District, il en tiendra sûrement compte lors de la négociation du contrat avec Conseil+.

15. Y a-t-il des changements ou modifications envisagés par les administrations fiscales et le milieu des affaires qui pourraient avoir des conséquences sur la détermination et/ou l'application des taxes de ventes américaines dans le futur?

(MC) : Étant donné la complexité de l'application des taxes de vente de par leur nature, leur nombre et une administration décentralisée, une coalition formée d'États, d'entreprises et de diverses associations commerciales a vu le jour il y a plusieurs années. Cette coalition s'était donné pour objectif la simplification de l'administration et de la perception des taxes de vente entre les États. Cette coalition a donné naissance à un comité, sous l'égide de la *Multistate Tax Commission*, chargé d'étudier la question.

Les éléments importants qui sont à l'étude sont l'uniformité des définitions et des assiettes de taxes, la simplification des exemptions et des taux et l'uniformité des règles de source (*sourcing rules*) et des procédures de vérification. Une loi modèle est proposée et plusieurs États, y compris le District de Columbia, ont adopté une loi qui leur permettra d'intégrer cette loi modèle à leur législation.

Si les propositions du comité sont mises en œuvre, les États devront apporter plusieurs changements et modifications à leur système de taxes de vente. Dès lors, l'application des taxes de vente par les entreprises pourrait être révisée (et le sera tout probablement).

Pour plus d'information, on peut consulter le site Internet suivant : http://www.streamlinedsalestax.org.

16. Est-il prudent à ce stade-ci de garantir au client la présence éventuelle de main-d'œuvre canadienne sur place?

(PT) : Il faut être prudent avant de s'engager à fournir de la main-d'œuvre canadienne en sol étranger. La plupart des tâches à effectuer seront considérées comme du travail productif et demanderont l'obtention de permis de travail au préalable. Il faut aussi penser qu'en vertu des critères généraux d'admissibilité exposés ci-dessus, certains de vos meilleurs employés cachent peut-être une surprise qui les empêchera de franchir la frontière ou à tout le moins les retardera de plusieurs mois.

En contrepartie, de nombreuses possibilités existent en matière de permis de travail et d'immigration d'affaires, ce qui augmente de la même façon les chances de pouvoir travailler en toute légalité. Les transferts intracompagnie, les permis pour professionnels, les permis sous le couvert d'investissements et, notamment pour les Canadiens, les permis NAFTA comptent parmi les catégories les plus souvent utilisées. Toutefois, il ne faut pas oublier que ces autorisations sont toutes soumises à des critères d'admissibilité très strictes. Rien ne confirme à ce stade-ci que l'entreprise ou les employés satisfassent à ces critères pour l'instant.

Il est donc important de faire les vérifications nécessaires et de planifier adéquatement avant de prendre l'engagement.

(YC) : Le fait de garantir une présence en territoire américain peut également soulever des enjeux fiscaux, tant du point de vue de Conseil+ en matière d'impôt corporatif et d'obligations d'employeur que pour les employés eux-mêmes du point de vue fiscal.

17. Qu'advient-il du droit d'entrer aux États-Unis si l'expertise requise est également disponible chez un compétiteur américain?

(PT) : Les services d'immigration opèrent non seulement à des fins de sécurité nationale mais également afin de protéger le marché local de l'emploi. Ainsi, la méthode traditionnelle de procéder voudrait en général que l'on démontre que les ressources requises ne sont pas disponibles localement. Cette procédure est en général très coûteuse (affichage de poste, entrevues, etc.), très incertaine et surtout très longue, particulièrement aux États-Unis où le processus peut parfois se compter en termes d'années.

Fort heureusement, plusieurs catégories préférentielles existent et amènent avec elles, sous réserve de se qualifier à toutes les conditions applicables, une exemption de faire une démonstration de pénurie dans le marché local. Ainsi, il est possible d'utiliser certains professionnels en sol américain munis du bon permis sans même se soucier de l'existence ou non d'une expertise similaire sur le territoire.

18. Le client a mentionné que la société devrait produire des formulaires W8 et W9 pour les services rendus sur place. De quoi s'agit-il?

(YC) : Tout comme l'article 105 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[21] au Canada exige du payeur canadien qui rémunère un non-résident pour des services rendus au Canada de percevoir une retenue à la source sur les sommes à remettre en paiement, l'IRC prévoit des mesures similaires dans le cadre d'une fourniture de services par une société ou un résident canadien en sol américain (retenue de base établie à 30 % aux États-Unis).

Les formulaires W-8 (BEN, ECI, EXP, IMY) sont conçus pour documenter les informations relatives à Conseil+ et ses employés fournissant des services aux États-Unis. Ils permettent, selon la situation (l'extension de trois lettres étant spécifiques à un cas particulier, W-8ECI dans notre situation), de fournir certaines informations à l'agent qui percevra une éventuelle retenue, de sorte que le feuillet fiscal en fournissant le détail soit transmis au bon endroit pour permettre à la société canadienne de réclamer l'impôt final ainsi prélevé sur les services fournis. Mais il est plus important que, dans l'éventualité où la société payeuse ne serait tenue que de percevoir une retenue à taux réduit, ou simplement être exemptée de percevoir une retenue, ces formulaires permettent alors à Conseil+ de détailler sa position fiscale et d'obtenir ladite réduction ou exemption de retenue. Le W-8

---

[21] C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

transmis à l'agent américain (généralement le client) lui sert de documentation au dossier pour justifier l'allègement consenti au moment de verser le paiement pour les services rendus. Sachant que le payeur est tenu des impôts en cas d'omission de retenue, il s'agit donc d'une protection pour le client américain, en même temps qu'une procédure de demande d'allègement ou exemption de retenue en vertu de la Convention fiscale Canada-États-Unis pour la société ou le résident canadien.

Le client américain (ou son agent) devra produire le formulaire 1042-S, *Foreign Person's U.S. Withholding Tax Return for U.S. Source Income of Foreign Person*, au plus tard le 15 mars de l'année suivante (exceptionnellement le 17 mars en 2003) même s'il n'a effectué aucune retenue à la source.

Une partie du contrat étant exécutée aux États-Unis pendant quelques semaines, il faudra affecter un employé de la société auprès du client. Quelles sont les obligations de la société liées à la présence de cet employé à Washington, D.C.?

19. Y a-t-il une obligation de percevoir des impôts à la source américains?

(YC) : Un employeur canadien qui envoie un employé aux États-Unis pour une période de moins de 183 jours sans que la rémunération ne soit déduite dans le calcul du revenu d'un établissement stable aux États-Unis n'est pas tenu de faire les retenues à la source pour les charges sociales américaines. Il importe donc de définir ici si le travail des employés aura pour effet de créer un établissement stable américain pour Conseil+.

L'employé n'est pas tenu de remplir les formulaires d'impôt américains pour se prévaloir des exemptions de la convention fiscale[22]. Par contre, il doit remettre annuellement à son employeur le formulaire 8233, *Exemption from Withholding on Compensation for Independant (and Certain dependant) Personal Services of a Nonresident Alien Individual,* pour être exempté des déductions à la source[23].

Conseil+ doit faire parvenir aux autorités américaines une copie du formulaire 8233 de chacun de ses employés dans les cinq jours de sa réception et garder une copie pour ses dossiers[24]. Conseil+ (ou son agent)

---

22 Reg. 301.6114-1(c)(1)(iii).

23 Reg. 31.3401(a)(6)-1(f); Reg. 1.1441-4(b)(2).

24 Reg. 1.1441-4(b)(2)(v).

devra également produire le formulaire 1042-S, *Foreign Person's U.S. Withholding Tax Return for U.S. Source Income of Foreign Person*, au plus tard le 15 mars de l'année suivante même s'il n'a effectué aucune retenue à la source.

20. Doit-on percevoir les impôts et charges sociales canadiens?

(YC) : Lorsqu'une personne occupe normalement un emploi au Canada et est assujettie à ses lois relativement à un travail accompli pour un employeur ayant un lieu d'affaires au Canada, et est envoyée par cet employeur pour travailler pour lui aux États-Unis, ladite personne est assujettie uniquement aux lois du Canada en ce qui a trait à ce travail, tout comme si ce dernier était exécuté au Canada.

Conseil+ doit donc veiller à percevoir sur la paye de ses employés temporairement en sol américain les déductions d'usage canadiennes.

21. Qu'en est-il des charges sociales américaines?

(YC) : Dans la situation présente, tel qu'il est expliqué ci-dessus, il n'y a pas lieu de percevoir les déductions à la source américaines. Cependant, profitons de cette question pour fournir le détail des charges sociales américaines à considérer dans le cadre d'affectation de longue durée aux États-Unis ou de paiement de rémunération supporté par un établissement stable d'une société canadienne en sol américain.

Le sommaire des charges fourni ci-après est tiré de la publication 15 de l'IRS, mise à jour annuellement, qu'il est possible de trouver sur le site Web de l'IRS au www.irs.gov, tout comme les rapports de conformité indiqués ci-après. Voici donc les trois principales charges à considérer du point de vue américain :

- FICA : *Federal Insurance Contributions Act*, soit le financement du système fédéral de pension de vieillesse, au conjoint survivant, d'invalidité (*Social Security Tax*) et d'assurance médicale (partiellement financée par la *Medicare Tax*);

  Les deux taxes, *Social Security Tax* et *Medicare Tax,* sont présentées et payées séparément;

  Social Security Tax : 6,2 % pour l'employé (idem pour l'employeur), de la rémunération versée jusqu'à concurrence de 87 000 $ (84 900 $ en 2002, 80 400 $ en 2001, 76 200 $ en 2000);

Medicare Tax : 1,45 % pour l'employé (idem pour l'employeur), sans plafond;

Conformité documentaire : rapport 941 à fournir, qui doit être comparé aux relevés d'emploi W2 et au sommaire W3.

- FUTA : *Federal Unemployment Tax Act*, soit l'équivalent américain de l'assurance-emploi canadienne;

  Il existe également un *state unemployment system* dont il faut tenir compte pour déterminer les obligations propres à chaque État pour chaque employé;

  La plupart des employeurs acquittent à la fois un FUTA fédéral et l'équivalent d'État;

  Le taux fédéral s'établit à 6,2 % pour 2002 et 2003 du premier 7 000 $ de rémunération pour chaque employé dans l'année;

  La base d'imputation pour l'État varie et peut différer de la base fédérale. Elle est généralement fonction d'un taux de base (pour une nouvelle entreprise dans l'État) qui est revu périodiquement selon le dossier de l'employeur. Plus les congédiements et réclamations corollaires d'assurance-emploi (FUTA) sont fréquents, plus le taux de contribution sera élevé;

  Généralement, il est possible de créditer à la retenue fédérale FUTA le montant de *unemployment tax* acquitté pour l'État où cet employé travaille. Cependant, le crédit ne peut excéder 5,4 % des revenus assujettis au fédéral. Autrement dit, peu importe le taux d'État, il faut au minimum acquitter un FUTA fédéral de 0,8 % du salaire de chaque employé sur la base du plafond annuel (7 000 $ pour 2003). Il est donc possible que le coût de la portion assurance-emploi représente plus de 6,2 % au total pour un employé donné si un État perçoit une part supérieure à 5,4 %;

  Conformité documentaire : rapport 940.

- *Worker's compensation* : équivalent américain de la CSST québécoise, avec des taux variant d'un État à l'autre selon le domaine où l'employé œuvre en termes de risque d'assurabilité pour l'invalidité et autres conditions couvertes;

En comparaison des coûts canadiens, il s'agit de charges beaucoup plus élevées.

On le constate, l'assujettissement de la rémunération d'un employé en sol américain au système de sécurité sociale local par la *Federal Insurance Contributions Act* représente un coût supplémentaire important tant pour l'employé que pour l'employeur.

Par ailleurs, il importe de noter que lorsque le travail d'un employé s'effectue presque exclusivement aux États-Unis et qu'il cesse de résider au Canada, son emploi n'est généralement plus considéré comme un emploi assurable aux fins des règles d'assurance-emploi canadiennes, forçant dès lors la contribution au régime FUTA combiné État/fédéral.

Il existe cependant une entente de sécurité sociale entre les États-Unis et le Québec permettant à un employeur et à un employé de demeurer assujettis, dans certains cas, au Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ ») et d'éviter de verser des charges de sécurité sociale américaines en vertu de la FICA. Cette couverture, disponible seulement si l'employé est détaché par une société canadienne aux États-Unis et si une demande de certificat d'assujettissement est produite par la société canadienne préalablement à son départ, n'est valide que pour les cinq premières années d'affectation aux États-Unis. Au-delà de cette période, la couverture est discrétionnaire et sujette à une nouvelle demande de la part de la société canadienne. Précisons également que les faits doivent démontrer que l'employé est au service de la société canadienne (c'est-à-dire qu'elle peut le muter, le rappeler, le congédier, etc.), peu importe qui le rémunère.

22. Si l'employé contribue au régime social américain, peut-il en tirer des bénéfices à sa retraite ou à la suite d'un congédiement?

(YC) : Advenant un congédiement, l'employé ne peut retirer aucun bénéfice du régime de sécurité sociale américain, à moins qu'il ait accumulé assez de crédits d'emploi lorsqu'il a travaillé pour un employeur américain et qu'il ait contribué aux charges sociales américaines, soit environ 1½ crédit par année travaillée aux États-Unis (minimum de six crédits). Ajoutons que l'entente de sécurité sociale permet de considérer les années de service accumulées au RRQ dans le calcul des années requises d'admissibilité afin de satisfaire aux critères d'admissibilité aux prestations du système américain et vice versa.

23. Existe-t-il des allègements fiscaux à considérer quant à la paye de cet employé durant son affectation temporaire chez le client aux États-Unis?

Afin de réduire le fardeau fiscal de l'employé affecté temporairement dans une juridiction à plus faible taxation au niveau du revenu individuel, en lui permettant de bénéficier du taux réduit sans pour autant avoir à s'imposer par la suite sur la base de résidence fiscale au Canada, les gouvernements fédéral et provincial (Québec) ont mis au point un crédit/déduction pour emploi à l'étranger.

L'activité de l'employeur à l'étranger doit se qualifier selon des critères d'admissibilité aux allègements ainsi offerts. L'employé lié directement au projet qualifié, qui est affecté à l'étranger pour une période suffisamment longue, pourra exempter d'impôt canadien le revenu de source étrangère lié à cet emploi.

Le formulaire T626 (fédéral) et le relevé 17 (Québec) seront remis à l'employé avec son T4/Relevé 1 pour faire état de la rémunération ainsi exonérée d'impôt au Canada.

24. Le fait que l'employé travaille durant quelques semaines chez le client a-t-il un impact sur les obligations fiscales de Conseil+ aux États-Unis?

(YC) : On portera attention à la création de l'établissement stable aux États-Unis, selon les activités accomplies par l'employé et le lieu d'exercice de ses activités (degré de permanence). Selon la durée de son séjour, il pourrait également soulever des obligations d'employeur pour Conseil+ du point de vue américain, soit l'obligation de percevoir et remettre des retenues à la source américaine.

25. En matière de taxes de vente?

(MC) : Il n'existe aucune obligation en matière de taxes de vente quant à la rémunération et les charges sociales attribuables à l'employé.

26. Est-ce que l'employé doit détenir un permis de travail pour cette courte période aux États-Unis?

(PT) : La durée du séjour n'a aucun impact sur la nécessité ou non d'obtenir un permis de travail. Il faut se référer aux critères d'évaluation exposés ci-dessus afin de déterminer si le but du séjour requiert l'obtention

d'un tel permis. Si la réponse est affirmative, peu importe si l'employé n'y sera qu'une journée, il devra être muni du permis approprié.

27. Pouvons-nous choisir n'importe quel employé afin d'obtenir un permis de travail américain?

(PT) : Malheureusement non. Outre les causes d'inadmissibilité telles qu'elles ont été exposées auparavant, il faudra également s'attarder au profil spécifique de l'individu. Puisque, dans la plupart des cas, l'entreprise voudra utiliser une catégorie préférentielle et parce que la plupart de ces catégories reposent sur des critères d'admissibilité généralement basés sur la scolarité ou un nombre d'années d'expérience déterminé, il est fort possible que votre meilleur employé ne puisse être celui choisi pour ce contrat.

Enfin, vient la question de la citoyenneté de l'individu. En effet, certaines citoyennetés seront admissibles à moins de catégories préférentielles, telle NAFTA, et auront besoin d'un visa d'entrée qui peut se traduire en une procédure plus lourde et en délais plus importants.

28. Quels sont les facteurs à considérer en matière de formation, expertise, durée d'emploi, etc.?

(PT) : Chaque catégorie possède ses critères particuliers. Par contre, l'obtention du diplôme d'études post-secondaires est souvent un élément incontournable dans les catégories relatives aux professionnels. Il faut donc se méfier des « faux diplômés » c'est-à-dire ces excellents professionnels, mais qui ne pourront obtenir leur permis de travail parce qu'ils n'ont pas complété leur dernier cours de philosophie leur permettant d'avoir tous les crédits menant à l'obtention du diplôme. Il est donc fortement suggéré d'exiger une copie des diplômes au moment du processus de sélection des candidats.

29. Et le fameux 11 septembre 2001, quel en est l'impact réel sur les passages aux frontières?

(PT) : On note peu de changements en matière de choix de catégories et de procédures, et ce, du visiteur d'affaires à la catégorie de permis la plus complexe. Par contre, plus de contrôles et de vérifications aux points d'entrée amènent plus de gens à se voir pris en défaut par la faute d'un document compromettant ou d'une information découverte lors de l'inspection.

Par contre, le *National Entry Exit Registration Tracking System* crée, depuis l'an dernier, une nouvelle obligation pour les citoyens et nationaux de certains pays. Ces derniers doivent s'enregistrer au moyen des données biographiques, tant à l'entrée qu'à la sortie des États-Unis. Ces citoyens ou nationaux des pays concernés, dont la liste est annexée au présent document, devront, entre autres, prévoir un délai additionnel pour leurs déplacements et s'assurer avant le départ qu'ils transiteront par des points d'entrée et de sortie approuvés.

La seconde portion du contrat sera prise en charge à partir de Longueuil par l'équipe du siège social. Le logiciel développé sera ensuite transféré sur le serveur de la société cliente américaine, sans aucune intervention locale.

30. Puisque Conseil+ est responsable des questions douanières/taxes de vente selon l'entente conclue avec le client américain, quelles conséquences découlent de ces faits? Est-ce qu'un tel transfert électronique doit être sujet à des taxes de vente ou frais de douanes américains?

(MC) : Étant donné qu'il n'y a aucun bien corporel qui transite entre le Canada et les États-Unis, il n'y aura aucune incidence douanière lors du transfert du logiciel sur le serveur de la société américaine, aux fins canadiennes ou américaines.

Par ailleurs, le District de Columbia considère que la transmission d'un logiciel par voie électronique ne modifie pas la nature de ce dernier. Aussi, comme tous les logiciels sont assujettis à la taxe de vente du District de Columbia (sous réserve de l'exemption pour les entreprises de haute technologie), le logiciel fourni par Conseil+ sera assujetti à la taxe de vente. Il va de soi que cette réponse ne tient pas compte des autres fournitures que pourraient faire Conseil+ (voir précédemment) ainsi que d'exemptions dont le client pourrait bénéficier.

31. Serait-il préférable de transférer le logiciel développé sur un support DVD-ROM afin de le transmettre ensuite au client? Quelles seraient les conséquences de cette solution aux fins des taxes de vente et des douanes?

(MC) : Il n'y aurait aucune conséquence aux fins des douanes puisque seul le support de transmission (DVD-ROM) n'incluant pas son contenu est assujetti aux droits de douane. La valeur en douane du DVD-ROM sera égale ou presque à la valeur du support physique et des coûts engagés pour transférer les données contenues sur le DVD-ROM.

Quant à la taxe de vente du District de Columbia, comme nous l'avons précisé précédemment quant à la nature du logiciel, le moyen de transmission d'un logiciel n'a également aucun impact quant à son assujettissement ou non à la taxe de vente.

32. Dans une perspective de mobilité des employés, ce transfert électronique limite-t-il les possibilités de déplacements futurs aux États-Unis à des fins d'optimisation ou de service après-vente?

(PT) : Tel qu'il a été discuté précédemment, il est possible, lorsqu'un contrat de vente par une compagnie canadienne d'un produit manufacturé à l'extérieur des États-Unis prévoit au moment de sa signature que l'installation ou le services après-vente sera effectué par les travailleurs canadiens, d'assigner ces ressources en territoire américain. Les logiciels ne font pas exception sauf en ce qui concerne les domaines d'exclusion spécifiques telle la programmation. Par conséquent, les travaux d'analyse de réglages et d'optimisations seront admissibles mais les tâches de programmation à proprement parler seront interdites.

33. De façon générale, quels sont les enjeux en matière d'impôts corporatifs applicables à des situations de transferts électroniques de données?

(YAG) : *Téléchargement du logiciel*

La première question à se poser est sur la nature du bien. S'agit-il de la vente d'un bien ou d'un service? Le paragraphe suivant du rapport d'un groupe technique consultatif de l'OCDE, intitulé « Questions relatives à la classification des paiements dans le cadre des conventions »[25], nous aide à répondre à cette question :

> « Le Groupe a reconnu que, même si une partie achète un bien à une autre partie, la transaction doit malgré tout être considérée comme une prestation de services, dans la mesure où la finalité principale de la transaction est la prestation de services, l'acquisition du bien n'étant qu'accessoire. C'est le cas, par exemple, si le bien lui-même a une faible valeur intrinsèque et que le fournisseur crée de la valeur en usant de ses talents et de ses compétences spécifiques pour produire un résultat unique pour l'acquéreur. La consultation en ligne ou d'autres services professionnels constituent des exemples de transactions de commerce électronique qui donnent généralement lieu à des paiements en rémunération de services. Dans ces transactions, le client

[25] Voir les causes de la Cour de l'impôt des États-Unis : *Boulez* v. *Comr.*, T.C. 584 (1984) et *Guy F. Atkinson Co. Of California* v. *Comr.*, 82 T.C. 275 (1984). Voir aussi Revenue Ruling 86-155, 1986-2 C.B. 134.

> n'acquiert en général aucune forme de bien auprès de l'autre partie. Si le client acquiert effectivement un bien, par exemple un compte rendu, il est probable que celui-ci a été créé spécialement pour ce client et on peut considérer qu'il est la propriété du client dès sa création. En revanche, si le client acquiert un compte rendu ou un autre bien de valeur qui n'a pas été créé spécialement pour lui, le paiement correspondant est assimilable au produit de la vente d'un bien. Par exemple, la vente à plusieurs clients d'une même étude financière ou d'une même information à forte valeur ajoutée doit être considérée comme la vente d'un bien, et non comme une prestation de services. Même si le client a obtenu le document par voie électronique en le téléchargeant depuis une base de données tenue sur le serveur du vendeur, la justification principale reste l'acquisition de données transmises sous la forme d'un signal numérique pour l'utilisation ou la jouissance de l'acquéreur, et non l'obtention d'un service. »

Dans la présente situation, il semble que le logiciel a été créé spécialement pour le client. Il est donc fort probable qu'il s'agisse d'un service et non d'un bien.

La deuxième question à se poser est de savoir si le téléchargement à partir du serveur de Conseil+ peut être considéré comme un établissement stable aux États-Unis.

Les commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention de l'OCDE nous aident à répondre à cette question.

> « 42.2 Même si un site où un équipement automatique est exploité par une entreprise peut constituer un établissement stable dans le pays où il est situé (voir ci-après), une distinction doit être faite entre l'équipement informatique, qui pourrait être installé sur un site de façon à constituer un établissement stable dans certaines circonstances, et les données et le logiciel qui sont utilisés par cet équipement ou stockés dans celui-ci. A titre d'exemple, un site web, qui est une combinaison de logiciels et de données électroniques, n'implique en soi aucun bien corporel. Il n'a donc pas d'emp1acement qui puisse constituer une "installation d'affaires" car il n'existe pas "une installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage" (voir paragraphe 2 ci-dessus) en ce qui concerne le logiciel et les données constituant ce site web. En revanche, le serveur sur lequel le site web est hébergé et par l'intermédiaire duquel il est accessible est un élément d'équipement ayant une localisation physique et cette localisation peut donc constituer une "installation fixe d'affaires" de l'entreprise qui exploite ce serveur. »

Dans la mesure où un site Web ne constitue pas en soi un établissement stable aux États-Unis, il semble assez clair que le simple téléchargement du logiciel (sans intervention locale) ne constitue pas non plus un établissement stable. De plus, le serveur est situé au Canada (au bureau de Conseil+) et non aux États-Unis.

Au niveau des États, l'arrêt *Quill* exige une présence physique plus que minimale, le téléchargement ne crée pas, en soi, une présence physique. De plus, dans un document intitulé *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce*, le *Treasury Office of Tax Policy* avait indiqué, en novembre 1996, qu'il ne serait probablement pas approprié de considérer une entreprise comme faisant affaire aux États-Unis (*engaged in the conduct of a U.S. trade or business*) si elle transige avec des clients américains sans jamais être présente aux États-Unis. Dans la mesure où la société n'a pas d'entreprise aux États-Unis, elle ne devrait généralement pas être assujettie à l'impôt corporatif des États, étant donné que le revenu imposable fédéral (avec certains ajustements) est souvent le point de départ du calcul de l'impôt de plusieurs États[26].

Support DVD-ROM

Tel qu'il a été cité plus haut dans le rapport de l'OCDE sur la classification des paiements, le support DVD-ROM a une faible valeur intrinsèque, le contrat demeure donc un contrat de services aux fins de l'impôt sur le revenu.

Dans cette mesure, la question demeure de savoir si Conseil+ a un établissement stable aux États-Unis. Le simple fait de livrer des DVD-ROM aux États-Unis ne devrait pas créer en soi un établissement stable.

Puisque certains États ne suivent pas la convention fiscale, il est probable que le fait d'effectuer une livraison dans un État puisse créer un *nexus* avec un État. Toutefois, dans la mesure où un tiers (*common carrier*) livre les DVD-ROM, cette activité ne devrait pas créer en soi un *nexus* avec l'État étant donné l'absence de présence physique dans l'État.

34. Quels sont les enjeux en matière d'impôts corporatifs si Conseil+ décide d'envoyer des employés chez le client pendant quelques semaines pour l'installation du logiciel?

L'OCDE a publié un rapport qui s'intitule « Rapports de 2002 relatifs au Modèle de convention fiscale de l'OCDE » qui touchait, entre autres, à la question d'employés qui travaillent chez le client. Ce rapport modifie les commentaires du Modèle de convention et précise l'application du concept d'établissement stable.

---

[26] Certains États tels que New York et le New Jersey utilisent le revenu mondial comme point de départ du calcul de l'impôt de plusieurs États.

Les commentaires du Modèle de convention indiquent maintenant au paragraphe 4.2 des commentaires sur l'article 5 :

> « […] la simple présence d'une entreprise à un emplacement particulier ne signifie pas nécessairement que cet emplacement soit à la disposition de l'entreprise. Ces principes sont illustrés par les exemples suivants, dans lequel les représentants d'une entreprise sont présents dans les locaux d'une autre entreprise. Le premier exemple est celui d'un vendeur qui se rend régulièrement chez un client important pour prendre des commandes et, à cette fin, rencontre le directeur des approvisionnements dans son bureau. Dans ce cas, les locaux du client ne sont pas à la disposition de l'entreprise pour laquelle travaille le vendeur et ne constitue donc pas une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle l'entreprise réalise son activité […]. »

Plus loin au paragraphe 4.5, les commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention indiquent :

> « [un autre] exemple est celui d'un peintre en bâtiment qui, deux ans durant, passe trois jours par semaine dans le grand immeuble de bureaux de son principal client. Dans ce cas, la présence du peintre dans l'immeuble de bureaux d'une autre entreprise où il exerce les fonctions les plus importantes de son activité d'entreprise (à savoir la peinture) doit être assimilée à l'existence d'un établissement stable de ce peintre. »

Les commentaires reprennent cet exemple au paragraphe 5.3 en indiquant :

> « En revanche, lorsqu'il n'existe pas de cohérence commerciale, le fait que des activités aient lieu dans une zone géographique limitée ne doit pas conduire à considérer cette zone comme une installation fixe d'affaires. Par exemple, lorsqu'un peintre en bâtiment travaille successivement dans le cadre d'une série de contrats indépendants pour un certain nombre de clients distincts dans un grand immeuble de bureaux, on ne peut considérer que les travaux exécutés dans cet immeuble constituent un seul et même projet, et cet immeuble ne saurait être considéré comme une installation d'affaires distinctes aux fins de ces travaux. En revanche, dans l'exemple différent d'un peintre qui, aux termes d'un contrat unique, exécute des travaux dans l'ensemble d'un immeuble pour un client unique, on peut considérer que cet immeuble constitue une installation d'affaires aux fins de ces travaux car il constitue un tout cohérent sur le plan commercial et géographique. »

Il convient de souligner que ces modifications apportées par le rapport de l'OCDE ne sont pas passées inaperçues auprès des fiscalistes canadiens[27]

---

[27] Albert BAKER, « Confusion en vue », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 10, n° 1, Association canadienne d'études fiscales, 29 janvier 2002.

puisque le rapport semble à l'encontre de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Dudney* c. *La Reine*[28].

Dans la mesure où l'affaire *Dudney* n'est pas nécessairement applicable aux États-Unis, les commentaires de l'OCDE demeurent pertinents afin de déterminer si les activités des employés de Conseil+ peuvent créer un établissement stable. Dans la mesure où le contrat de services rendus aux États-Unis occupe Conseil+ à temps plein (ce qui ne semble pas être le cas), il est possible qu'il crée un établissement stable aux États-Unis. Toutefois, la durée du contrat est un élément important afin de déterminer si un établissement stable existe.

Le paragraphe 6 des commentaires de l'article 5 du Modèle de convention apporte les précisions suivantes à ce sujet :

> « Puisque l'installation d'affaires doit être fixe, il s'ensuit aussi qu'un établissement stable n'est censé exister que si l'installation d'affaires a un certain degré de permanence, c'est-à-dire si elle n'a pas un caractère purement temporaire. Une installation d'affaires peut constituer un établissement stable, même si elle n'a existé que pendant une très courte période en raison du caractère particulier des activités de l'entreprise qui ne peuvent être exercées que sur une période très brève. Il est parfois difficile de déterminer si c'est le cas. Même si les pratiques des pays Membres n'ont pas été homogènes en ce qui concerne le critère temporel, l'expérience montre que l'on n'a pas normalement conclu à l'existence d'un établissement stable lorsque l'activité avait été exercée dans un pays par l'intermédiaire d'une installation d'affaires tenue depuis moins de six mois (à l'inverse, la pratique montre que dans beaucoup de cas on a conclu à l'existence d'un établissement stable quand l'installation d'affaires était entretenue durant une période plus longue). »

Bien que les commentaires de l'OCDE sur les pratiques des États membres soient loin d'être des règles de droit définitives, il demeure qu'une visite de quelques semaines chez un client n'a probablement pas le degré de permanence requis pour constituer en soi un établissement stable en vertu de la Convention Canada-États-Unis.

Impôt corporatif de Washington, D.C.

En théorie, aucun État américain n'est lié par une convention fiscale au point de vue du droit international. Par contre, plusieurs États calculent le revenu imposable d'une société faisant affaire dans leur État à partir du revenu imposable fédéral après l'application d'une convention fiscale

---

[28] 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) (ci-après « *Dudney* »).

(prévue en vertu de l'article 894 du Code). En d'autres mots, le revenu imposable dans ces États est de zéro lorsque la société étrangère n'a pas d'établissement stable aux États-Unis. De façon pratique, on dit souvent que ces États suivent la convention fiscale.

D'autres États calculent leur revenu imposable en partant plutôt du revenu imposable fédéral en vertu de l'article 63 du Code mais sans tenir compte de l'exclusion du revenu d'une convention fiscale prévue à l'article 894 du Code. D'autres États apportent un ajustement au revenu imposable fédéral pour inclure les revenus qui sont exclus en vertu d'une convention fiscale. De façon pratique, on dit souvent de ces États qu'ils ne suivent pas la convention fiscale. Le point de départ du calcul du revenu imposable dans ces États est donc généralement le revenu d'entreprise exploitée par une entreprise américaine (*effectively connected income to a U.S. trade or business*)[29].

Le District de Columbia suit la convention fiscale au niveau de l'impôt corporatif[30]. Dans la mesure où aucun établissement stable n'est créé en vertu de la Convention fiscale Canada-États-Unis, aucun impôt corporatif n'est donc dû dans le District de Columbia.

En terminant, un agent distributeur américain a proposé ses services pour la promotion d'outils de gestion informatisés standards développés par Conseil+.

35. Quelles sont les conséquences en matière de taxes de vente d'une entente à long terme avec cet agent?

a) S'il se charge de la promotion et de la livraison de l'outil informatique développé à distance par l'équipe de Conseil+

b) S'il se charge uniquement de la promotion des outils de Conseil+

(MC) : Le fait pour Conseil+ d'avoir une entente à long terme avec un agent a une incidence sur la détermination du *nexus* de Conseil+. Si, contrairement à la position retenue, Conseil+ prenait la position qu'elle ne possède pas de *nexus* dans le District de Columbia, le fait de signer une telle

---

29 Pour plus de détails à ce sujet, voir l'article suivant : Daniel GUÉRARD, « La PME à l'international : Incidences fiscales et problèmes pratiques », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 3:1-26.

30 D.C. Sec. 47-1803.2(a)(2)(G).

entente, ajouté à toutes les autres données (voir précédemment), donnerait probablement naissance à un lien suffisamment important à ce moment entre Conseil+ et le District de Columbia pour que Conseil+ soit considérée comme ayant un *nexus*.

Par ailleurs, peu importe que l'agent se charge de la promotion et de la livraison ou simplement de la promotion, la solution n'est pas différente.

Par contre, si l'agent se chargeait également de la distribution, à savoir qu'il ferait l'acquisition de l'outil pour le fournir à nouveau, Conseil+ n'aurait pas à percevoir la taxe de vente puisqu'elle ne ferait pas une vente au détail (l'agent acquiert l'outil pour le fournir à nouveau). Conseil+ devrait demander la documentation adéquate à l'agent (par exemple, un certificat d'exemption) et la conserver. De plus, si toutes les fournitures de Conseil+ étaient effectuées à cet agent, Conseil+ pourrait éventuellement ne plus être considérée comme possédant un *nexus* dans le District de Columbia.

36. Pour l'instant, l'agent semble n'avoir aucun autre client. Est-ce que cela fait de lui un agent indépendant pour notre société ou y a-t-il un risque qu'il soit considéré comme un employé du point de vue américain?

(YAG) : Les commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention de l'OCDE nous aident à répondre à cette question :

> « 37. Une personne ne sera visée par les dispositions du paragraphe 6 – c'est-à-dire qu'elle ne constituera pas un établissement stable de l'entreprise pour le compte de qui elle agit - que si :
>
> a) elle est indépendante de l'entreprise, à la fois juridiquement et économiquement, et
>
> b) elle agit dans le cadre ordinaire de son activité lorsqu'elle agit pour le compte de l'entreprise.
>
> 38. L'indépendance d'une personne par rapport à l'entreprise qu'elle représente s'apprécie en fonction de l'étendue des obligations qui lui incombent à l'égard de l'entreprise. Si les activités commerciales qu'elle exerce pour le compte de l'entreprise sont soumises à des instructions détaillées de celle-ci, ou à un contrôle général de cette entreprise, cette personne ne peut être considérée comme indépendante de l'entreprise. Un autre critère important consistera à rechercher si le risque de l'entrepreneur doit être supporté par la personne ou par l'entreprise qu'elle représente. […]
>
> 38.2 Les considérations suivantes sont à prendre en compte au moment de déterminer si un agent peut être considéré comme indépendant.

> 38.3 Un agent indépendant est normalement responsable devant l'entreprise qu'il représente pour les résultats de son travail, sans être soumis à un contrôle important de la façon dont il effectue ce travail. Il n'est pas soumis à des instructions précises de l'entreprise qu'il représente quant à la conduite du travail. Le fait que l'entreprise utilise les compétences et connaissances spécifiques de l'agent est une indication de son indépendance. […]
>
> 38.6 Le nombre d'entreprises que l'agent représente est un autre facteur à prendre en considération pour établir son indépendance. Il est peu probable que l'on puisse établir l'indépendance de l'agent si ses activités s'exercent exclusivement ou presque exclusivement pour le compte d'une seule entreprise pendant toute la durée de l'entreprise ou sur une longue période. Toutefois, ce fait n'est pas en soi déterminant. Tous les faits et circonstances doivent être pris en compte pour déterminer si les activités de l'agent constituent une activité d'entreprise autonome qu'il conduit, et dans le cadre de laquelle il assume les risques et perçoit une rémunération par l'utilisation de ses compétences et connaissances d'entrepreneur. Lorsque l'agent intervient pour le compte d'un certain nombre d'entreprises dans l'exercice normal de ses activités et qu'aucune n'occupe de position prédominante au regard des opérations réalisées par l'agent, il peut y avoir dépendance juridique si les entreprises agissent de concert pour contrôler les actes de l'agent au cours des opérations qu'il exécute pour leur compte. »

Il n'est pas évident dans la présente situation que notre agent est indépendant. Dans la mesure où notre agent est un agent dépendant, il ne doit pas posséder l'autorité de contracter au nom du non-résident[31].

Comme mentionné précédemment, en vertu de la Convention fiscale Canada-États-Unis, un agent dépendant est considéré comme un établissement stable si cette personne dispose des pouvoirs qu'elle y exerce habituellement de conclure des contrats au nom du non-résident. D'autre part, comme mentionné ci-dessus, un non-résident n'est pas considéré comme ayant un établissement stable aux États-Unis du seul fait qu'il y exerce son activité par l'entreprise d'un agent indépendant, à condition que cet agent agisse dans le cadre ordinaire de ses activités.

Il est également envisagé de recourir aux services de cet individu afin qu'il réfère des clients potentiels à notre site transactionnel sur le Web pour que les commandes soient prises directement au siège social.

---

[31] Bien que s'appliquant dans un autre contexte, le règlement 1.864-7(d) nous fournit des indications semblables à celles recommandées dans le Modèle de convention de l'OCDE.

37. En pareille situation, où se situe le point de vente du bien et quels impôts corporatifs doivent être payés?

(YAG) : Comme mentionné précédemment, un site Web ne constitue pas en soi un établissement stable; le lieu et le contrôle du serveur importe beaucoup plus afin de déterminer s'il y a ou non un établissement stable. Étant donné que le serveur de Conseil+ est au Canada, le site Web ne devrait pas constituer, en soi, un établissement stable.

Par ailleurs, dans la mesure où notre agent constitue un établissement stable, il est possible que les transactions sur le site Web qui lui sont attribuables soient imposées aux États-Unis tant au niveau des États qu'au fédéral.

Il convient de souligner qu'un agent indépendant peut créer un *nexus* au niveau de l'impôt des États dans la mesure où sa présence physique dans l'État est plus que minimale.

La majorité des États ne considèrent pas qu'un site Web crée en soi un *nexus* si le serveur n'est pas situé dans l'État. Par ailleurs, plusieurs États considèrent qu'un site Web situé sur un serveur dans l'État crée un *nexus* aux fins de l'impôt sur le revenu.

Dans le contexte du commerce électronique, il est probable que certains États voudront appliquer la notion de *nexus économique* qui a été introduite par l'arrêt *Geoffrey, Inc*. v. *South Carolina Tax Commission*[32] de la Cour suprême de la Caroline du Sud. Selon cette cause, une licence pour l'utilisation d'un bien intangible pourrait créer un *nexus économique* malgré l'absence d'une présence physique. On peut avoir des doutes sur la constitutionnalité du concept de *nexus économique,* étant donné l'exigence d'une présence physique qui avait été établie préalablement dans l'arrêt *Quill* par la Cour suprême des États-Unis. Par ailleurs, étant donné l'enjeu, il est difficile d'expliquer pourquoi la Cour suprême des États-Unis a refusé d'entendre l'appel dans l'affaire *Geoffrey, Inc*.

38. Cet agent doit-il obligatoirement être citoyen américain? Est-ce que les conséquences diffèrent pour Conseil+ selon son statut?

(YAG) : Le statut d'un agent dépendant ou indépendant ne dépend pas de la citoyenneté de l'individu.

---

[32] 437 S.E. 2d, 13 n.1 (1993).

Au sujet d'un agent dépendant, le paragraphe 32 des commentaires de l'article 5 du Modèle de convention indique que :

> « […]Les personnes visées peuvent être des personnes physiques ou des sociétés et ne sont pas tenues d'être résidentes, ni de posséder une installation d'affaires dans l'État dans lequel elles agissent pour le compte de l'entreprise[…]. »

Par déduction, ce même raisonnement s'appliquerait à un agent indépendant qui agirait en dehors du cadre ordinaire de ses activités.

2.2. MISE EN PLACE D'UNE STRUCTURE D'AFFAIRES

Quelques mois après cette première rencontre avec Martin, on fait de nouveau appel à votre expertise.

Les démarches entreprises par John aux États-Unis ont porté fruit. Il souhaite maintenant évaluer la possibilité d'implanter une structure plus permanente en sol américain pour se rapprocher de ses clients de la ville de Washington. Mais les deux associés sont incertains quant à la forme que doit prendre une telle structure et à ce qui sied le mieux à leur situation. Ils vous consultent alors pour clarifier les points suivants :

1. Est-il nécessaire d'incorporer une société américaine?

(YAG) : *Choix d'une entité*

La société canadienne a le choix de plusieurs entités. Elle a le choix notamment d'incorporer une filiale aux États-Unis, d'exploiter une succursale, d'utiliser une société en nom collectif ou une société en commandite. Une société canadienne choisira rarement de faire affaire aux États-Unis par une *Limited Liability Company* (ci-après « LLC »). Cela est largement attribuable au fait que cette entité ne peut bénéficier de la Convention fiscale Canada-États-Unis au Canada (à moins de choisir d'être imposée comme une société), étant donné que la LLC est traitée aux fins canadiennes comme une société qui n'est pas assujettie à l'impôt aux fins de la convention.

Les LLC sont populaires auprès des actionnaires américains, étant donné qu'en vertu des règlements « cochez la case » américains, ils sont généralement traités comme des sociétés de personnes ou des entités ignorées.

Selon les règlements « cochez la case » américains, une entité qui n'est pas une société « en soi » telle qu'une LLC, une société en nom collectif ou une société en commandite est une « entité admissible » à effectuer un choix d'être imposé aux États-Unis soit comme une société, soit comme une société de personnes (ou si elle n'a qu'un seul membre, comme une entité ignorée). Ce choix est effectué en produisant le formulaire 8832.

Le choix de l'imposition comme société ou société de personnes (ou comme une entité ignorée si elle n'a qu'un seul membre) n'est possible que si l'entité n'est pas une société « en soi » (*per se corporation*). En d'autres mots, une société « en soi » est imposée à titre de société et ne peut effectuer de choix. Les sociétés par actions américaines sont considérées comme des sociétés « en soi ».

L'IRS énumère dans les règlements plusieurs sociétés étrangères qui sont présumées être des sociétés « en soi ». Selon cette liste, les sociétés publiques étrangères sont généralement considérées comme des sociétés « en soi ». Les sociétés par actions fédérales canadiennes et presque toutes les sociétés incorporées selon une loi provinciale au Canada sont considérées comme des entités « en soi »[33]. Par contre, une *Nova Scotia Unlimited Liability Company* (NSULC) n'est pas considérée comme une société « en soi ».

En vertu des règlements « cochez la case », s'il n'y a qu'un seul actionnaire d'une entité admissible, l'entité a le choix d'être imposée comme une société ou d'être ignorée comme entité distincte. Si, par exemple, l'entité ignorée est une filiale d'une société non américaine, elle sera alors considérée comme une succursale de la société étrangère.

Si aucun choix n'est effectué, une entité américaine sera considérée comme une société de personnes ou comme une entité ignorée (si elle n'a qu'un seul propriétaire). Si aucun choix n'est effectué, une entité étrangère sera également considérée comme une société de personnes (ou une entité ignorée si elle n'a qu'un seul propriétaire) si la responsabilité d'au moins un des propriétaires n'est pas limitée. Par contre, si tous les membres de l'entité étrangère ont une responsabilité limitée, elle sera considérée être une société[34].

---

[33] Reg. 301.7701-2(b)(8)(i). Le règlement fournit cependant une exception pour les *Nova Scotia Unlimited Liability Companies* ou toute autre société canadienne qui ne limiteraient pas la responsabilité de tous les actionnaires.

[34] Reg. 301.7701-3(a).

2. Quels sont les avantages et les inconvénients à procéder au moyen d'une succursale par rapport à une entité légale distincte américaine?

a) Impôts corporatifs?

(YAG) : La formation d'une société aux États-Unis comporte plusieurs avantages sur celle d'une succursale : elle limite généralement la responsabilité civile de la société mère canadienne; la société américaine est libre de distribuer des dividendes lorsqu'elle le désire; la société mère américaine et ses filiales américaines, le cas échéant, peuvent souvent produire une seule déclaration consolidée; la clientèle américaine préfère souvent transiger avec une société américaine plutôt qu'une société canadienne; l'utilisation d'une société américaine pour faire l'acquisition d'une entreprise aux États-Unis permet une certaine souplesse puisque l'acquisition peut être structurée de façon à ne pas créer d'incidences fiscales; l'utilisation d'une société permet une certaine souplesse au niveau du financement de la société américaine.

Toutefois, un inconvénient important est que la société mère canadienne ne peut, dans le cas d'une filiale (et contrairement à une succursale), utiliser les pertes initiales de sa filiale aux États-Unis. Les dividendes payés par la filiale sont assujettis à une retenue à la source de 5 % en vertu du paragraphe 2 de l'article X la Convention fiscale Canada-États-Unis et la société ne bénéficie pas, contrairement à une succursale, d'une exemption de 500 000 $CAD sur ce montant d'impôt.

b) Taxes de vente?

(MC) : La seule différence majeure qui existe entre les deux situations aux fins des taxes de vente est que si Conseil+ exerce des activités par le biais d'une succursale, elle sera responsable de toute taxe de vente non remise et de toute autre infraction à la loi qui régit cette taxe.

c) Immigration?

(PT) : Il y a peu de différences aux fins d'immigration. Beaucoup de gens croient qu'il est nécessaire de posséder une incorporation afin de pouvoir être admissible aux transferts intracompagnie, alors qu'une simple présence officialisée auprès du gouvernement, telle une succursale, suffit.

3. Dans l'éventualité d'une incorporation, de quelle façon se déroule le processus de mise en place de la structure?

(YAG) : *Mise en place de la structure et exploitation*

Les sociétés incorporées aux États-Unis sont assujetties à l'impôt des sociétés sur leur revenu mondial. Le taux maximal de taxation est de 35 % au niveau fédéral. Un impôt minimum de remplacement peut également être applicable dans la mesure où certaines préférences fiscales réduisent l'impôt normal au-dessous de l'impôt minimum de remplacement. Le taux de l'impôt minimum de remplacement est de 20 %. Toutefois, l'impôt minimum peut généralement être reporté et crédité à l'encontre de l'impôt « normal » futur.

Par ailleurs, selon le paragraphe 2 de l'article X de la Convention fiscale Canada-États-Unis, une retenue à la source de 5 % sur les dividendes payés à la société mère est prélevée. Cette retenue à la source ne donne pas lieu à un crédit d'impôt ou à une déduction au Canada pour la société mère.

Une société américaine doit produire une déclaration d'impôt au plus tard le 15e jour du troisième mois de la fin de l'année financière de la société. Si la société produit le formulaire 7004 et dépose le montant d'impôt à payer avant ou à cette date, la société a droit à un report d'échéance de six mois pour produire une déclaration. De plus, une société qui aura des revenus durant l'année doit verser des acomptes provisionnels pour l'année courante au plus tard le 15e jour du 4e, du 6e, du 9e et du 12e mois, et ce, même pendant la première année d'existence.

En vertu du paragraphe 6655(d), l'impôt estimatif doit être au moins 25 % du moindre de 100 % de l'impôt de l'année courante et 100 % de l'impôt de l'année précédente. Les « grandes sociétés » (ayant un bénéfice imposable d'au moins un million de dollars dans une des trois années fiscales antérieures) doivent utiliser pour chaque versement 25 % de l'impôt de l'année courante, sauf pour le premier versement où elles peuvent utiliser 25 % de l'impôt de l'année précédente. Une société qui n'avait pas de revenu imposable l'année précédente ne peut pas baser ses acomptes de l'année courante sur l'année antérieure mais doit plutôt utiliser pour chaque versement 25 % de l'impôt de l'année courante.

4. Est-ce que le choix du lieu d'affaires et d'incorporation a des conséquences en matière de taxe de vente pour déterminer si Conseil+ a des droits et obligations?

(MC) : Comme mentionné précédemment, pour qu'un État puisse imposer des obligations à une personne en matière de taxes de vente, il faut

que les activités de la personne créent un *nexus* dans l'État. Le fait que Conseil+ possède un lieu d'affaires ou incorpore une société dans un État particulier est un élément à prendre en considération pour déterminer si Conseil+ possède ou non un *nexus* dans cet État. Cependant, ce seul fait en lui-même n'est pas déterminant.

Par ailleurs, en plus d'avoir un *nexus* dans l'État, pour que Conseil+ ait des obligations aux fins des taxes de vente dans cet État, il faut que Conseil+ effectue au moins une fourniture dans cet État, que cette fourniture soit effectuée au moyen d'une vente au détail et que la fourniture soit assujettie à la taxe de vente de l'État.

5. Qui devrait être actionnaire de la filiale? Y a-t-il des modes de détention particuliers à considérer?

(PT) : La propriété de l'entreprise peut influer sur l'accès à certaines catégories de permis de travail. Par exemple, un lien corporatif doit exister entre la maison mère et son pendant américain pour les transferts intracompagnie. Dans les cas des permis de la catégorie des investisseurs, c'est la citoyenneté des actionnaires qui deviendra l'élément clé au dossier.

(YC) : En terme de détention de la société américaine, voici différentes options et les enjeux fiscaux corollaires à considérer.

Société opérante canadienne qui détient la société américaine :

- attention portée aux actifs contaminants pour une éventuelle qualification des actions à titre d'actions admissibles de petites entreprises (ci-après « AAPE ») pour obtenir le bénéfice de la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») étant donné que les actions de la filiale américaine ne se qualifient pas;

- 5 % de retenue à la source américaine[35] perdu en chemin au rapatriement sous forme de dividendes car aucun crédit d'impôt étranger (ci-après « CIÉ ») canadien n'est applicable puisque le dividende n'est pas imposable aux termes de la déduction en vertu de l'alinéa 113(1)a) L.I.R.;

[35] Taux de base selon l'I.R.C. de 30 %, réduit à 5 % par l'alinéa X(2)a) de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

- possibilité d'affecter les sommes reçues par rapatriement au fond de roulement et au financement de la structure canadienne et de son développement;

- permet de reporter dans le temps l'imposition au niveau individuel;

- possibilité de fractionnement au moment d'attribuer les bénéfices découlant des activités américaines;

- lors du versement du dividende au particulier, permet de bénéficier du crédit d'impôt pour dividende versé d'une société canadienne.

Société de gestion :

- pas d'inquiétude quant aux actifs contaminants (pas de qualification pour la DGC);

- 5 % de retenue à la source américaine[36] perdu en chemin au rapatriement sous forme de dividendes car aucun CIÉ canadien n'est applicable puisque le dividende n'est pas imposable aux termes de la déduction en vertu de l'alinéa 113(1)a) L.I.R.;

- pour affecter les sommes reçues au fond de roulement et au financement de la structure canadienne et de son développement, il faut ramener l'argent dans l'opérante sous forme d'apport de capital ou de prêt, par exemple;

- permet de reporter dans le temps l'imposition au niveau individuel;

- possibilité de fractionnement au moment d'attribuer les bénéfices découlant des activités américaines – selon la structure de détention de la société de gestion;

- lors du versement du dividende au particulier, permet de bénéficier du crédit d'impôt pour dividende versé d'une société canadienne.

---

[36] Taux de base selon l'I.R.C. de 30 %, réduit à 5 % par l'alinéa X(2)a) de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

Fiducie familiale :

- pas d'inquiétude quant aux actifs contaminants (pas de qualification pour la DGC);
- 15 % de retenue à la source américaine[37], constituant un impôt final au rapatriement sous forme de dividendes, puis imposition au Canada après considération d'un CIÉ canadien applicable pour l'impôt américain payé sur le dividende reçu;
- pour affecter les sommes reçues au fond de roulement et au financement de la structure canadienne et de son développement, il faut ramener l'argent dans l'opérante sous forme d'apport de capital ou de prêt, par exemple;
- imposition immédiate au niveau individuel/fiducie (taux d'environ 50 %);
- possibilité de fractionnement selon les bénéficiaires de la fiducie;
- perte du bénéfice du crédit d'impôt pour dividende versé d'une société canadienne puisque la société payeuse est américaine.

Individus :

- pas d'inquiétude quant aux actifs contaminants (pas de qualification pour la DGC);
- 15 % de retenue à la source américaine[38], constituant un impôt final au rapatriement sous forme de dividendes, puis imposition au Canada après considération d'un CIÉ canadien applicable pour l'impôt américain payé sur le dividende reçu;

---

[37] Taux de base selon l'I.R.C. de 30 %, réduit à 15 % par l'alinéa X(2)b) de la Convention fiscale Canada-États-Unis : « b) 15 p. 100 du montant brut des dividendes, dans tous les autres cas », l'alinéa a) ne s'appliquant qu'aux sociétés : « 5 p. 100 du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société qui possède au moins 10 p. 100 des droits de vote de la société qui paie les dividendes ».

[38] *Id*.

- pour affecter les sommes reçues au fond de roulement et au financement de la structure canadienne et de son développement, il faut ramener l'argent dans l'opérante sous forme d'apport de capital ou de prêt, par exemple;

- imposition immédiate au niveau individuel/fiduciaire (taux d'environ 50 %);

- pas de possibilité de fractionnement, à moins que plusieurs catégories d'actions aient été autorisées et émises (fractionnement par individu par catégorie) ou qu'un partage d'une même catégorie d'actions ait été prévu entre plusieurs individus avant le versement du dividende;

- perte du bénéfice du crédit d'impôt pour dividende versé d'une société canadienne puisque la société payeuse est américaine.

6. Y a-t-il lieu de procéder à une réorganisation de la structure de détention? De procéder à un gel?

(YC) : Puisqu'on affecte la structure en aval, il peut être sage de procéder à une revue des possibilités de planification en amont, considérant que la société doit être à une phase importante de sa croissance puisqu'on envisage la pénétration d'un nouveau marché qui peut donner accès à des centaines de millions de consommateurs.

Une telle réorganisation peut aussi être pertinente dans une perspective de protection des technologies développées, de protection d'actifs, de planification successorale, d'intégration d'employés clés, etc.

L'attrait de procéder à un gel à ce stade-ci permet d'éviter le recours à une purification fiscale continue dans l'avenir afin de maintenir la qualification des actions comme AAPE pour bénéficier de la DGC. Par contre, si une fiducie familiale de fractionnement a été mise en place, il est fort possible que chacun des bénéficiaires n'ait encore réalisé la totalité de sa DGC sur la valeur des actions de la société. Il importe alors de déterminer la structure optimale et, au besoin, de procéder à un gel de la valeur des actions présentement détenues par les actionnaires de la société opérante canadienne.

7. Est-il nécessaire de tenir la comptabilité selon les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») américains?

(YAG) : L'article 446 du Code prévoit que le revenu imposable sera calculé d'après la méthode comptable selon laquelle le contribuable calcule

régulièrement son revenu lors de sa tenue de livre. Toutefois, si aucune méthode n'a été régulièrement utilisée ou si la méthode ne reflète pas adéquatement le revenu, le calcul du revenu imposable sera fait, suivant une méthode qui, selon l'opinion des autorités fiscales, représente une méthode qui reflète adéquatement le revenu.

Par ailleurs, le règlement 1.446-1(a)(2) prévoit que :

> « It is recognized that no uniform method of accounting can be prescribed for all taxpayers. Each taxpayer shall adopt such forms and systems as are, in his judgment, best suited to his needs. However, no method of accounting is acceptable unless, in the opinion of the Commissioner, it clearly reflects income. A method of accounting which reflects the consistent application of generally accepted accounting principles in a particular trade or business in accordance with accepted conditions or practices in that trade or business will ordinarily be regarded as clearly reflecting income, provided all items of gross income and expense are treated consistently from year to year. »

Il est probable que l'utilisation constante des PCGR canadiens reflète adéquatement le revenu et qu'elle soit donc acceptée par l'IRS. Bien que recommandée, l'utilisation des PCGR américains n'est donc probablement pas obligatoire aux fins de l'impôt fédéral américain.

8. Le recours à une filiale assouplit-il le traitement de notre dossier du point de vue de l'immigration?

(PT) : Lorsque le but souhaité est l'obtention de permis de travail, la présence d'une entité en sol américain ouvre l'accès à de nouvelles catégories, incluant le transfert intracompagnie et les permis sous la couverture de l'investissement. La forme juridique de l'entreprise, le plan d'affaires et l'ensemble des éléments constitutifs du dossier devront être considérés avant de déterminer la meilleure stratégie d'immigration. Il est important que votre planification d'immigration vienne s'adapter à votre projet et non l'inverse. Trop d'entreprises se précipitent dans l'aventure de l'établissement d'une filiale en espérant faciliter leur accès au territoire américain sans effectuer au préalable une évaluation sérieuse de l'ensemble des conséquences de cette décision.

9. Du point de vue de l'immigration, quel devrait être le rôle de la filiale : production ou ventes et représentation?

(PT) : Le rôle de la filiale n'a que peu d'importance. Les éléments économiques sont certainement à considérer en priorité lors de la prise de décision. Par contre, il faut savoir que pour qu'elle soit d'une quelconque

utilité aux fins d'immigration, il faudra dans tous les cas que la filiale ait des opérations réelles en sol américain, incluant un chiffre d'affaires substantiel, et procède à l'embauche de travailleurs américains dans les 12 premiers mois suivant sa création.

10. Si des ventes de biens sont effectuées entre les sociétés canadiennes et américaines, doit-on percevoir des taxes de vente et des droits de douane? Si oui, lesquels?

(MC) : *Bien meuble corporel*

Si des biens meubles corporels sont transférés d'une société à l'autre, les droits de douane devront être acquittés (si le bien y est assujetti) comme si le bien avait été acquis d'un tiers. La seule différence pourrait être dans l'établissement de la valeur en douane qui pourrait être un peu moins élevée d'où, s'il y a lieu, une diminution des droits de douane payables.

Dans le cas où la société canadienne fournit un bien meuble corporel à la société américaine, ce bien sera assujetti à la TPS et à la TVQ si le lieu de fourniture du bien se trouve au Québec et qu'il n'existe aucune disposition permettant la détaxation du bien (par exemple, la règle d'exportation). Par ailleurs, la société américaine devra également remettre la *Use Tax* aux administrations fiscales puisqu'elle aura apporté un bien dans le District pour consommation, utilisation ou fourniture. Il pourrait donc y avoir double imposition.

Par ailleurs, si la société canadienne est encore enregistrée aux fins des taxes de vente du District de Columbia et que le lieu de fourniture du bien meuble corporel se trouve dans cet État (et non au Canada), la société canadienne devrait en principe percevoir la taxe de vente si elle a un *nexus* avec l'État. Si la société canadienne n'est plus enregistrée, la société américaine devra remettre la *Use Tax* aux administrations fiscales.

Finalement, si le bien meuble corporel est fourni par la société américaine à la société canadienne, les mêmes commentaires s'appliquent quant aux douanes. Par contre, un montant de TPS sera payable par l'importateur du bien au Canada. Aussi, dans la mesure du possible, la société canadienne devrait être l'importateur afin de pouvoir demander un crédit de taxe sur intrants pour la TPS ainsi payée (en supposant que le bien sera utilisé, consommé ou fourni dans le cadre de ses activités commerciales).

Comme la société américaine ne devrait pas être inscrite aux fins de la TPS et de la TVQ si le lieu de fourniture est situé au Québec, la société américaine n'aura pas à percevoir la TPS ou la TVQ. De plus, en supposant que la société canadienne utilisera ce bien dans ses activités commerciales, il n'y aura aucune obligation d'autocotisation par la société canadienne quant à la TVQ.

Bien meuble incorporel

Aux fins des taxes de vente américaines, les biens meubles incorporels ne sont généralement pas assujettis à la taxe de vente.

Par ailleurs, ces biens sont généralement assujettis à la TPS et à la TVQ. Il existe par contre des dispositions qui permettent la détaxation de ces biens lorsqu'ils sont fournis à des non-résidents. Comme, en principe, la société américaine ne sera pas inscrite aux fins de la TPS et de la TVQ, il faudra porter une attention particulière à ce genre d'opération afin d'essayer de diminuer, ou d'éviter, un coût de TPS et de TVQ.

11. Y a-t-il des obligations particulières liées aux transactions survenant entre la société canadienne et la société américaine qui font partie d'un même groupe?

(YAG) : *Prix de transfert entre les deux sociétés*

Tant au niveau canadien qu'au niveau américain, il est important de documenter la politique de prix de transfert pour les transactions entre les deux sociétés.

Un contribuable qui n'a pas fait d'efforts raisonnables pour déterminer les prix de transfert pourra être assujetti à une pénalité canadienne égale à 10 % de tout ajustement de prix dans la mesure où l'ajustement excède 10 % du revenu brut du contribuable ou 5 000 000 $. Il est important de souligner que la pénalité s'applique sur le montant de l'ajustement lui-même. En d'autres termes, un contribuable qui a des pertes au Canada peut tout de même être assujetti à une pénalité.

Dans le dernier budget, le gouvernement du Québec a décidé d'abolir, rétroactivement, sa pénalité additionnelle de 10 %. Cette décision s'explique par le fait que les autres provinces n'imposent pas de pénalité additionnelle et que le Québec ne voulait donc pas être défavorisé dans cette situation.

Les États-Unis appliquent des sanctions qui varient entre 20 % et 40 %. Cependant, contrairement au Canada, la pénalité aux États-Unis s'applique sur le montant d'impôt supplémentaire à payer qui est occasionné par l'ajustement de prix de transfert.

Au Canada, un contribuable est considéré ne pas avoir fait des efforts raisonnables à moins que, avant la date d'échéance de sa déclaration d'impôt, il ait préparé ou obtenu les registres ou documents qui fournissent une description de :

- les biens ou les services auxquels l'opération se rapporte;
- les modalités de l'opération et leurs rapports éventuels avec celles de chacune des autres opérations effectuées entre les personnes ou sociétés de personnes participant à l'opération;
- l'identité des personnes ou des sociétés de personnes participant à l'opération et les liens qui existent entre elles au moment de l'opération;
- les fonctions exercées, les biens utilisés ou apportés et les risques assumés par les personnes ou les sociétés de personnes participant à l'opération;
- les données et les méthodes prises en considération et les analyses effectuées pour déterminer les prix de transfert, les attributions de bénéfices ou de pertes ou les participations aux coûts, selon le cas, relativement à l'opération;
- les hypothèses, stratégies et principes éventuels ayant influé sur la détermination des prix de transfert, les attributions de bénéfices ou de pertes ou la participation aux coûts relativement à l'opération.

Cette documentation est souvent décrite comme étant une « documentation ponctuelle ».

Les États-Unis ont une exception semblable lorsque le contribuable a fait un effort raisonnable (même s'il est erroné) d'appliquer les méthodes de prix de transfert. Le contribuable doit avoir préparé ou obtenu la documentation (déterminant comment le prix a été déterminé) au moment d'envoyer sa déclaration.

Le contribuable doit fournir cette documentation trois mois après une demande par l'Agence des douanes et du revenu. Cependant, le contribuable doit préparer ou obtenir la documentation ponctuelle avant la date limite pour l'envoi de sa déclaration de revenus. Comme mentionné ci-dessus, le défaut de le faire peut occasionner des pénalités importantes.

Le formulaire canadien T106 demande spécifiquement si la documentation établissant les prix de transfert a été préparée. Faire une fausse représentation sur le formulaire T106 n'est pas recommandé, étant donné que cela pourrait provoquer une pénalité de prix de transfert, en plus d'une pénalité pour fausse déclaration. D'autre part, répondre « non » à cette question pourrait provoquer une vérification automatique en prix de transfert. Il est donc conseillé d'avoir la documentation préparée (ou mise à jour) avant d'envoyer une déclaration de revenus.

12. Est-il nécessaire de tenir les réunions du conseil d'administration aux États-Unis pour que la structure soit reconnue comme indépendante de la société canadienne?

(YAG) : Centre de direction et de contrôle

Le centre de direction et de contrôle est un facteur qui peut rendre une société étrangère résidente du Canada selon le principe de droit commun (*common law*). Ainsi, la société américaine pourrait être résidente des États-Unis et du Canada si elle est incorporée aux États-Unis et dirigée au Canada. Toutefois, l'article IV de la Convention fiscale Canada-États-Unis prévoit qu'en cas de double résidence, une société incorporée aux États-Unis sera considérée comme résidente des États-Unis (et non du Canada)[39].

Par ailleurs, un dividende reçu d'une filiale étrangère ne sera considéré provenir du surplus exonéré que dans la mesure où le centre de direction et de contrôle est situé aux États-Unis. Si le centre de direction et de contrôle est situé dans un autre pays, les dividendes seront considérés comme des dividendes provenant du surplus imposable.

---

[39] L'article IV de la Convention ne s'applique pas à une LLC (qui est imposée comme une entité ignorée ou comme une société de personnes aux États-Unis) puisqu'elle n'est pas considérée comme résidente des États-Unis, étant donné qu'elle n'est pas assujettie à l'impôt. Une LLC qui choisit d'être imposée comme une société aux États-Unis a le droit aux avantages de la convention.

Bien que la détermination du centre de direction et de contrôle soit une question de faits, ce centre coïncide généralement avec le lieu où les dirigeants de l'entreprise exercent leur pouvoir et leur autorité (ce qui est généralement le lieu où ils se réunissent). La principale affaire sur laquelle se fonde ce principe est la cause *De Beers Consolidated Gold Mines* (1906) AC 455. Dans cette affaire, une entreprise exploitait des mines de diamants en Afrique du Sud; son conseil d'administration se réunissait à la fois en Afrique du Sud et au Royaume-Uni. Mais il a été jugé que la société était résidente du Royaume-Uni étant donné que c'était au cours des réunions tenues au Royaume-Uni que le contrôle réel de la société était exercé.

Dans un certain nombre de décisions rendues au Canada, les tribunaux se sont fondés sur l'affaire *De Beers* et ont donc estimé que le centre de direction et de contrôle était le lieu où la société « est réellement installée et exerce ses activités ». Les facteurs pris en compte sont notamment les suivants :

- le lieu où la société a été constituée,
- le lieu de résidence des actionnaires et administrateurs,
- le lieu où les opérations commerciales sont effectuées,
- le lieu où les transactions financières de la société sont effectuées,
- le lieu où se trouvent les sceaux et où sont tenus les registres des délibérations de la société[40].

Il est intéressant de noter que l'OCDE a entrepris des travaux sur le concept apparenté de « siège de direction effective » se retrouvant à l'article 4 du Modèle de convention fiscale. Elle prévoit prochainement clarifier cette notion en apportant des amendements aux commentaires du Modèle de convention. De plus, elle propose des changements au Modèle de convention qui permettrait de déterminer la résidence d'une société (qui aurait autrement

---

[40] *Birmount Holding Ltd*. c. *La Reine,* [1978] C.T.C. 358 (C.A.F.); *Tara Exploration & Development Co. Ltd*. c. *MRN*, [1970] C.T.C. 557 (C. de l'É.); *Capitol Life Insurance Co*. c. *La Reine*, [1984] C.T.C. 141. Voir aussi ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *L'incidence de la révolution des communications sur l'application du « siège de direction effective » comme règle de départage*, février 2001.

une double résidence) selon une hiérarchie de critères[41]. Pour l'instant, cette hiérarchie de critères n'existe que pour les particuliers.

13. S'il est préférable de procéder par une succursale, est-il possible par la suite de transférer les actifs et l'achalandage créés dans une filiale? Quelles sont les conséquences d'une telle transaction (impôts corporatifs)?

(YAG) : Incorporation d'une succursale

Aux États-Unis, l'article 351 du Code permet à une personne de transférer des biens à une société sur une base de roulement. L'objectif de cet article du Code est de permettre l'incorporation d'une entreprise sans conséquence fiscale puisqu'une telle restructuration ne représente pas réellement une liquidation mais plutôt l'exploitation de l'entreprise sous une autre forme.

Selon l'article 351, aucun gain ou aucune perte ne sera reconnu lorsque le bien est transféré à une société par une ou plusieurs personnes en échange uniquement d'actions de la société. Toutefois, la société doit être contrôlée par la ou les personnes impliquées immédiatement après la transaction. Le terme « contrôle » veut dire un contrôle direct d'au moins 80 % des votes des actions votantes et d'au moins 80 % du nombre d'actions de chaque catégorie d'actions non votantes[42]. Si le contribuable satisfait aux critères, l'application de l'article 351 est d'application automatique. En d'autres mots, aucun choix n'est nécessaire.

La personne reconnaîtra un gain partiel dans la mesure où elle reçoit (en plus des actions de la société) une contrepartie autre qu'en actions (*boot*). Sauf exceptions, en vertu du paragraphe 357(a) du Code, le montant de la dette prise en charge par la société n'est pas considéré être une contrepartie autre qu'en actions. Toutefois, en vertu de l'article 358 du Code, le montant

---

41 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *La notion de siège de direction effective : propositions de modifications du modèle de convention fiscale de l'OCDE*, 23 mai 2003. Ces propositions sont en partie une réponse à des travaux qui avaient été effectués par l'OCDE dans un rapport publié en février 2001 s'intitulant « L'incidence de la révolution des communications sur l'application du "siège de direction effective" comme règle de départage ».

42 I.R.C. § 368(c).

de la dette prise en charge par la société réduit généralement le coût des actions de la personne.

Par ailleurs, il est important de noter que des actions rachetables au gré du détenteur constitue une contrepartie autre qu'en actions (*boot*) aux fins de l'article 351.

Lorsqu'une contrepartie autre qu'en actions est reçue par la personne, un gain est alors reconnu. Toutefois, en vertu du paragraphe 351(b), ce gain ne peut excéder la valeur de la contrepartie autre qu'en actions reçue.

Pour la société, l'article 1032 du Code prévoit que la société ne reconnaît pas de gain ou de perte lorsqu'elle reçoit de l'argent ou d'autres biens en échange d'actions. Les articles 358 et 362 prévoient ensuite le coût des actions pour l'actionnaire et le coût des actifs transférés pour la société. Le coût des biens pour la société est calculé de façon à différer le gain non reconnu lors du transfert du bien par l'actionnaire, c'est-à-dire que la société obtient un prix de base égal à celui de l'actionnaire qui cède le bien (plus le gain reconnu par l'actionnaire, le cas échéant). Le gain non imposé sera reconnu lorsque la société disposera à son tour des biens. L'actionnaire reçoit un prix de base dans les actions de la société égal à celui des biens cédés diminué par la valeur des biens ou de l'argent reçu par l'actionnaire et augmenté par le gain réalisé.

Quelques considérations fiscales canadiennes

Le transfert de biens appartenant à une société canadienne envers une filiale américaine ne peut se faire sur la base d'un roulement en vertu de l'article 85 L.I.R. puisque la société à qui sont transférés les biens (c'est-à-dire la filiale américaine) n'est pas une société canadienne. Pour cette raison, il peut être avantageux aux États-Unis de ne pas tomber sous les dispositions de roulement et de provoquer un gain qui augmentera le coût fiscal des biens de la filiale. Cela pourrait être fait, par exemple, en échangeant les actifs contre des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur (ce type d'actions privilégiées constitue du *boot*). L'impôt américain sur la vente par la succursale des biens situés aux États-Unis à la filiale américaine pourra généralement être utilisé à titre de crédit d'impôt étranger au Canada.

Étant donné que Conseil+ ne veut probablement pas payer d'impôt lors de l'incorporation d'une filiale, il vaut mieux procéder à l'incorporation avant que les actifs de la société aient pris une valeur importante (surtout au niveau des actifs intangibles).

On envisage la possibilité que John quitte le pays pour un certain temps afin de s'établir aux États-Unis, tandis que Martin demeurera au Canada pour veiller à la croissance des activités canadiennes.

14. Quels sont les enjeux à considérer pour le transfert d'un employé clé aux États-Unis afin d'assurer la croissance des activités dans ce marché?

(YC) : Au-delà des considérations fiscales, il importe de préparer adéquatement l'employé et sa famille pour faciliter leur intégration à la culture locale, l'intégration linguistique et tenir compte de tous les éléments facilitant l'implantation à l'étranger. Bien souvent, le meilleur candidat ne demeurera pas en place parce que sa famille n'a pas été suffisamment bien préparée à affronter la réalité du quotidien dans un autre pays. Ces coûts, est-il besoin de le rappeler, sont considérables pour l'entreprise et il est important de considérer l'expatriation d'une ressource clé dans sa généralité et non seulement sur un seul aspect, qu'il s'agisse de la fiscalité corporative ou les obligations de conformité.

15. Comment peut-on structurer la rémunération de cet employé pour réduire son fardeau fiscal?

(YC) : Il est d'abord possible de tirer bénéfice des avantages non imposables (voir la publication 15-B de l'IRS) et de programmes tels que le *401(k) Plan*[43], mis à la disposition d'aires d'entraînement à l'usage principal des employés, conjoints et enfants, avantages sous forme de frais de transport admissibles, frais de scolarité ou perfectionnement, cafétéria, etc.

Notez également que les frais de relocalisation sont déductibles à l'encontre du revenu imposable américain même si le point de départ se situe à l'extérieur des États-Unis (contrairement aux règles canadiennes qui exigent que le point de départ et d'arrivée soient situés en sol canadien).

Dans le choix d'une localisation stratégique pour développer le marché américain, il peut être intéressant de considérer un État à plus faible imposition tant corporative que personnelle pour localiser l'employé et sa famille.

Également, il peut être préférable de se prévaloir des occasions offertes par l'entente de sécurité sociale entre le Canada et les États-Unis afin de

---

[43] I.R.C. § 401(k)

réduire le coût des charges sociales liées à la rémunération de l'employé, ce tant pour ce dernier que pour l'employeur.

Plusieurs autres avenues de planification peuvent s'offrir. En fait, il s'agit de procéder à une analyse selon la situation de l'employé et de l'employeur et les intentions quant à l'affectation sur le marché étranger, permettant alors de bâtir une stratégie d'optimisation fiscale personnalisée selon la situation.

16. Quelles sont les possibilités en matière d'immigration?

(PT) : Le transfert intracompagnie prévoit, sous certaines conditions, la possibilité de confier la gestion de la filiale à un dirigeant issu de la maison mère au Canada. L'un des critères de base applicables à cette catégorie est de pouvoir démontrer au moins une année de service pour la compagnie canadienne au Canada avant d'appliquer pour un tel transfert. Il est important de noter que ce transfert est virtuel et que l'individu peut demeurer un employé de la compagnie canadienne. Par contre, l'intérêt de cette catégorie est la souplesse permettant également de muter complètement l'employé dans la compagnie américaine, au choix. Autre avantage : sous réserve d'avoir respecté les éléments requis dans un tel dossier, notamment quant à l'embauche de travailleurs américains et au développement des affaires localement, John pourrait se trouver, dans ce cas précis, en position de « première préférence » pour une éventuelle demande de *Green Card* (résidence permanente américaine).

Dans l'hypothèse où un lien corporatif n'existerait pas entre la compagnie canadienne et la compagnie américaine, il est tout de même possible d'obtenir des privilèges similaires quant au droit de travail dans la catégorie des investisseurs. Dans ce cas, seule l'entité américaine sera considérée par les services d'immigration. Les éléments clés de cette catégorie résident dans l'importance des moyens utilisés dans la mise en place du projet, la qualité et la crédibilité du plan d'affaires et l'impact global sur la communauté locale en termes de retombées économiques et de création d'emplois. Les avantages relatifs à la *Green Card* ne se retrouvent pas dans cette catégorie. En revanche, il est intéressant de noter qu'il n'est pas nécessaire d'être soi-même l'investisseur pour obtenir un permis de ce type. En effet, tout employé clé de même citoyenneté que l'investisseur principal peut travailler sous ce couvert aux États-Unis.

D'autres possibilités existent mais en aucun cas, le simple fait d'être actionnaire de l'entreprise ne procurera à lui seul le droit de travailler à notre

ami John. Il devra toujours axer sa demande sur le rôle qu'il jouera au sein de l'entité américaine.

17. Existe-il des conséquences aux fins des douanes américaines et canadiennes quant aux biens personnels importés par John aux États-Unis?

(MC) : Il existe des avantages accordés aux personnes comme John qui apporte avec lui des biens personnels qui seront utilisés lors de séjours temporaires aux États-Unis. Les avantages importants sont l'importation des biens en franchise de douanes et la possibilité d'importer des biens qui seraient autrement interdits d'importation.

Par ailleurs, plusieurs conditions (par exemple, temps de détention du bien avant l'importation, utilisation prévue du bien, nature du bien, etc.) et exigences documentaires (par exemple, lettre de l'employeur, liste des biens importés contenant des renseignements précis, déclaration douanière) doivent être satisfaites pour pouvoir bénéficier de ces avantages et les administrations douanières sont habituellement très exigeantes quant à ces dernières. Si l'une d'entre elles n'est pas satisfaite, John pourrait se voir refuser l'importation de certains ou de tous ces biens.

Il serait inutile d'essayer de résumer ces règles puisque leurs modalités d'application sont fort différentes. Nous recommandons donc à John de communiquer le plus tôt possible avec les administrations douanières américaines et canadiennes (ou un courtier en douane) afin de s'assurer que lui-même ainsi que ses biens personnels satisfont à toutes les conditions. Il est très important de communiquer également avec l'administration canadienne afin de s'assurer que les conditions et exigences documentaires sont satisfaites en prévision du retour de John au Canada.

Dans l'intervalle, John peut toujours consulter les documents suivants afin de se familiariser avec les conditions et exigences :

- *US Code of Federal Regulations (CFR) Title 19 "Customs Duties", Chapter 1, Part 148 "Personal Declarations and Exemptions"*, http://www.cbp.gov;

- *Customs & Border Protection, U.S. Department of Homeland Security*, document intitulé *Visiting the United States*, source : http://www.cbp.gov;

- AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Mémorandum D2-6-1*, « Qualité de résident des voyageurs qui arrivent au Canada » et *Mémorandum D2-3-1*, « Règlement sur l'exemption accordée aux personnes revenant au Canada », source : http //www.ccra-adrc.gc.ca.

18. Dans la perspective où John quitte le pays pour un minimum de deux ans afin de superviser directement les contrats américains, est-il possible pour lui de cesser de payer de l'impôt sur le revenu au Canada?

(YC) : En fait, la seule et unique façon pour John de cesser de payer des impôts personnels au Canada est de cesser d'y résider et de ne plus y avoir de revenus. Ainsi, il ne peut être assujetti à l'impôt canadien car il ne tire aucun revenu de source canadienne et n'a pas à y être imposé sur ses revenus provenant de sources externes puisqu'il est désormais non-résident du Canada.

Cette réponse, simple d'un point de vue logique, est beaucoup plus complexe à analyser car elle doit reposer sur un ensemble de faits qui viendront confirmer indéniablement que John a complété toutes les démarches requises pour faire reconnaître sa cessation de résidence fiscale canadienne, incluant d'acquitter l'impôt de départ. En fait, il doit démontrer aux autorités fiscales canadiennes qu'il a agi comme s'il souhaitait quitter définitivement le Canada. Voyons sommairement[44] de quoi il en retourne :

- Le facteur le plus important à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer si un particulier quittant le Canada continue ou non d'en être résident aux fins de l'impôt est celui du maintien ou non de liens de résidence avec le Canada pendant qu'il est à l'étranger. Bien que l'on ne puisse déterminer le statut de résidence d'un particulier qu'au cas par cas et qu'après avoir pris en considération tous les facteurs pertinents, à moins qu'il n'ait rompu, au moment de son départ, tous les liens importants de résidence avec le Canada, ce particulier continue, en règle générale, d'être un résident de fait du Canada et sera donc assujetti à l'impôt canadien sur ses revenus de toute provenance;

---

[44] Pour plus de détails, se référer à AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3, « Détermination du statut de résident d'un particulier », 21 décembre 2001.

- Les liens de résidence d'un particulier qui seront pratiquement toujours considérés comme les liens importants de résidence afin de déterminer le statut de résidence sont les suivants :

  – le ou les logements du particulier;

  – son conjoint ou son conjoint de fait;

  – les personnes à sa charge.

a) De manière générale, on doit considérer dans leur ensemble les liens secondaires de résidence afin d'évaluer l'importance de chacun en soi. Par conséquent, il serait inhabituel qu'un seul lien secondaire de résidence avec le Canada soit considéré comme étant suffisamment important en soi pour conclure que le particulier est un résident de fait du Canada pendant son absence. Les liens secondaires de résidence qui peuvent être considérés pour déterminer le statut de résidence d'un particulier pendant son absence du Canada sont les suivants :

   i) les biens personnels au Canada (p. ex., meubles, vêtements, automobiles, véhicules récréatifs);

   ii) les liens sociaux avec le Canada (p. ex., affiliation à des associations récréatives, à des organismes religieux);

   iii) les liens économiques avec le Canada (p. ex., emploi avec un employeur canadien ou participation active dans une entreprise canadienne, et comptes bancaires canadiens, régimes d'épargne-retraite, cartes de crédit et comptes de dépôt de titres au Canada);

   iv) le statut de résident permanent ou un permis de travail approprié au Canada;

   v) la protection de l'assurance hospitalisation ou de l'assurance maladie d'une province ou d'un territoire du Canada;

   vi) un permis de conduire d'une province ou d'un territoire du Canada;

   vii) un véhicule enregistré dans une province ou un territoire du Canada;

   viii) une résidence saisonnière au Canada ou un logement loué;

ix) un passeport canadien;

x) l'affiliation à des syndicats ou à des associations professionnelles au Canada.

b) Parmi les autres liens de résidence que les tribunaux ont pris en compte dans la détermination du statut de résident d'un particulier pendant son absence du Canada et que l'ADRC pourrait, elle aussi, prendre en compte, mentionnons : une adresse postale, un casier postal ou encore un coffre bancaire au Canada, du papier à lettre avec en-tête (y compris les cartes professionnelles) portant une adresse, un numéro de téléphone au Canada ainsi qu'un abonnement à des revues et journaux locaux (canadiens).

c) Ces liens de résidence ont habituellement une importance limitée sauf lorsqu'on les considère conjointement avec d'autres liens de résidence ou avec d'autres facteurs comme la preuve de l'intention de rompre définitivement les liens de résidence avec le Canada, la régularité et la durée des visites au Canada ou les liens de résidence existant à l'extérieur du Canada.

Dans un deuxième temps, il importe de s'attarder à l'acquisition de résidence fiscale du point de vue américain :

- La résidence américaine s'acquiert en vertu du *Substantial Presence Test*[45] ou encore de façon purement légale (citoyen et détenteurs de « carte verte »);

- Certains choix peuvent être effectués pour faire reconnaître un changement de résidence survenant en cours d'année comme ayant débuté au 1er janvier du point de vue américain seulement.

Si John était reconnu résident fiscal à la fois des États-Unis et du Canada, la convention fiscale édicte les critères sur lesquels il faudrait

---

[45] I.R.C. § 7701(b)(3). En fait, l'individu est résident des États-Unis s'il est présent aux États-Unis au moins 31 jours dans l'année courante et 183 jours sur une période de trois ans. Le test du 183 jours est calculé de la façon suivante : (i) le nombre de jours total dans l'année; plus (ii) le tiers des jours de l'année précédente; plus (iii) le sixième des jours de l'année avant la précédente. Dans le calcul du nombre de jours passés aux États-Unis, chaque partie de journée compte pour une journée complète et toutes les journées sont prises en considération (vacances, travail, etc.).

trancher pour que ne subsiste qu'une seule résidence fiscale, soit dans l'ordre :

- où il dispose d'un foyer d'habitation permanent;
- la juridiction avec laquelle ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (centre des intérêts vitaux);
- où il séjourne de façon habituelle;
- la juridiction dont il possède la citoyenneté;
- s'il possède la citoyenneté des deux États, les autorités compétentes des États contractants tranchent la question d'un commun accord.

Le formulaire NR73, « Détermination du statut de résidence (départ du Canada) », peut être rempli à la discrétion de John pour ainsi obtenir l'opinion de l'ADRC quant à son statut de résidence. Cependant, cette opinion ne lie aucunement l'ADRC qui se réserve le privilège de la revoir à tout moment. D'où le peu d'intérêt d'entreprendre cette démarche à moins qu'elle ne soit exigée par l'ADRC ou que les faits démontrent sans équivoque le changement de statut de résidence fiscale.

On notera le fait que la loi de l'impôt du Québec ne s'harmonise pas avec la règle fédérale en matière de résidence fiscale, ce qui crée des incohérences et un risque de double imposition sur le revenu de placements et locatif de source canadienne. Aussi, les règles sur la disposition présumée au moment de la cessation de la résidence au Québec ne trouvent pas application automatiquement avec les règles fédérales.

Ces règles[46] de disposition réputée des biens immédiatement avant qu'un particulier cesse d'être résident du Canada sont communément désignées comme « l'impôt de départ ». En fait, tous les biens appartenant à John, sauf les biens immeubles situés au Canada et les régimes enregistrés d'épargne-retraite, sont assujettis à la disposition réputée à leur JVM immédiatement avant que John devienne non-résident. Aux fins canadiennes, ces biens sont réputés être acquis de nouveau à leur JVM aux fins de conséquences fiscales futures lors de leur disposition réelle. Par contre, les États-Unis ne reconnaissent pas l'augmentation du coût du bien résultant de

[46] Al. 128.1(4)b) L.I.R.

cette disposition réputée. Ainsi, pour éviter tout effet incohérent dans le traitement de la disposition réelle, il pourrait être recommandé de disposer et d'acquérir de nouveau les biens avant d'acquérir le statut de résident fiscal américain.

Afin de faire reconnaître le changement éventuel de résidence, il est important que John produise une déclaration de revenus générale indiquant la date de départ du Canada pour l'année où le changement de résidence survient. Les crédits et déductions auxquels il aura droit pour cette année seront alors établis au prorata du nombre de jours de résidence fiscale canadienne.

19. Comment concilier le tout s'il est identifié comme un non-immigrant américain du côté des services de l'immigration?

(PT) : Ici nous visons la situation inconfortable que beaucoup d'expatriés peuvent vivre lorsque leur expert en fiscalité leur parle de « non-résidence canadienne » et que le professionnel de l'immigration les présente comme « non-immigrant américain ». Contrairement aux apparences, il n'y a pas de contradiction en l'espèce. La résidence fiscale et de celle d'immigration sont des concepts bien différents qui utilisent une terminologie similaire.

Comme non-immigrant américain, nous demandons aux expatriés, surtout dans les catégories NAFTA (TN), de taire tout discours lié à l'intention éventuelle d'immigrer (demande de *Green Card*). Le but est simplement d'éviter de se voir refuser l'entrée chez nos voisins du sud par suite d'abandon du *non-immigrant intent* qui s'applique en général au permis de travail obtenu. Cela n'empêche toutefois pas l'individu de faire une déclaration de non-résidence au Canada.

(YC) : Du point de vue fiscal, il importe d'établir une distinction claire entre la résidence fiscale et la notion de citoyenneté ou le statut d'immigrant. Le fait pour John d'établir sa résidence fiscale aux États-Unis ne lui fait pas perdre sa citoyenneté canadienne. Il peut donc résider fiscalement aux États-Unis sans pour autant avoir l'intention de devenir un immigrant américain. Quant à la durée du séjour en sol américain, bien qu'elle affecte en quelque sorte la démonstration de notre intention de quitter le Canada, même si une limitation de séjour ou de travail est attribuée à un visa particulier, il est généralement possible de renouveler un tel permis. Donc, un engagement de séjour restreint en vertu d'un visa ne pourrait en soi être le seul élément déterminant en matière de résidence fiscale.

20. Est-ce que John pourrait agir au moyen d'une société qui lui appartiendrait aux États-Unis, à titre de consultant pour Conseil+, ce qui simplifierait grandement la gestion de la paye et des documents fiscaux à produire?

(YC) : Oui, mais il faut garder en tête les obligations à respecter pour que le statut de consultant lui soit reconnu. Il faut éviter d'être requalifié comme employé incorporé en démontrant une indépendance par rapport à la société canadienne.

Par ailleurs, s'il demeure également actionnaire de la société Conseil+, il faut également noter que la facturation pour les services devra s'opérer aux mêmes conditions que celles prévalant pour de tierces parties (exigences de prix de transfert). Il en va de même de toute transaction survenant entre ces deux sociétés liées.

21. En pareille situation, la société créée devrait-elle percevoir de Conseil+des taxes de vente pour les services rendus? Si oui, lesquelles? La situation serait-elle différente si cette société était canadienne?

(MC) : Si le lieu de fourniture des services se trouve dans le District de Columbia et que les services rendus sont taxables, Conseil+ devra payer à la société un montant de taxe de vente.

La situation sera la même s'il s'agit d'une société canadienne (dans la mesure où elle est enregistrée aux fins de la taxe de vente).

22. Pourrait-il demeurer couvert par les régimes de la société canadienne (couverture médicale, assurance vie, assurance salaire, fonds de pension)?

(YC) : En vertu des règles de couverture de la RAMQ (www.ramq.gouv.qc.ca), une personne qui quitte le Québec pour s'établir dans une autre province n'a plus droit à l'assurance maladie du Québec à compter du premier jour du troisième mois de son arrivée dans l'autre province. Si elle quitte le Québec pour s'établir dans un autre pays, elle perd la couverture du régime à compter de la date de son départ. Enfin, une personne qui séjourne hors du Québec 183 jours ou plus par année civile perd son admissibilité pour cette année civile[47] (les séjours de 21 jours

[47] Certaines exceptions s'appliquent. Voir à cet effet http://www.ramq.gouv.qc.ca/fr/citoyens/assurancemaladie/absenceprolonge.shtml.

consécutifs ou moins ne comptent pas). Cependant, si cette personne est retenue hors du Québec parce qu'elle est hospitalisée, elle peut dans certaines situations demeurer admissible.

En matière de fonds de pension, John a deux possibilités : participer à un régime 401(k) de la société américaine ou maintenir ses cotisations au régime de pension agréé de Conseil+. Cette décision dépend d'une étude des régimes, de l'intention de John quant à la durée de son assignation, de la possibilité de transférer et/ou de retirer les fonds, de la détermination des parties qui supportent les risques des investissements aux régimes, etc. Afin de maintenir les cotisations au RPA canadien pour John, Conseil+ n'a aucune demande spécifique à soumettre à l'ADRC pour qualifier le travail accompli aux États-Unis comme « service à l'étranger admissible ». Néanmoins, John ne devrait pas être détaché plus de cinq ans pour maintenir une telle participation.

Quant aux autres régimes dont bénéficie John avant son départ, il lui est possible de maintenir certaines des couvertures. Ce type d'analyse doit être effectué selon les caractéristiques propres aux plans en question et les contraintes corollaires.

23. Peut-il bénéficier des régimes sociaux canadiens en étant aux États-Unis?

(YC) :

- *Régie des rentes du Québec :* le travail visé, s'il était exécuté au Québec et qui est exécuté hors du Canada par un citoyen canadien pour le compte d'une filiale étrangère de son employeur québécois, est également considéré comme travail visé pour une période d'au plus cinq années à compter de l'affectation si un tel employeur conclut, pour ses salariés qui résidaient au Québec au moment de leur affectation hors du Canada auprès de sa filiale étrangère, un arrangement avec la Régie quant au paiement des cotisations à l'égard de ce travail.

  Les seuls moyens pour un employé muté hors du Canada de continuer à cotiser au RRQ sont que son employeur conclut une entente avec la Régie ou que l'employé utilise une entente en matière de sécurité sociale ou choisit de cotiser sur une base volontaire au RRQ[48].

---

[48] Cette dernière option requiert que l'employé soit résident québécois aux termes de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3 et mod.), autrement que par la règle du 183 jours de

(à suivre…)

Lorsqu'une entente de sécurité sociale est conclue avec la Régie, l'employeur doit obligatoirement produire un Relevé 1.

- *Assurance-emploi :* ne s'applique pas dans le cas de John puisqu'il ne peut en bénéficier au Canada, étant donné qu'il est administrateur et actionnaire de la compagnie.

24. Et si John était également citoyen américain, cela changerait-il quelque chose à sa situation?

(PT) : Évidemment, en tant que citoyen américain, John n'aurait aucunement l'obligation d'obtenir un permis de travail dans ce pays.

(YC) : En tant que citoyen américain, il a l'obligation de produire une déclaration de revenus annuelle aux États-Unis, qu'il y réside ou non. Il faudrait donc s'assurer qu'il n'a pas omis cette obligation dans le passé.

25. Et quels seraient les points à considérer en cas de double citoyenneté?

(PT) : Le Canada accepte la double citoyenneté. En bref, aucune restriction ne s'applique au Canada à ce sujet. Par contre aux États-Unis, la double citoyenneté n'est pas officiellement reconnue mais est généralement tolérée. En d'autres mots, le fait d'avoir une deuxième citoyenneté n'entraîne généralement pas la perte de la citoyenneté américaine[49].

2.3. SUIVIS À COURT ET MOYEN TERMES

PAYE *(YC)*		
Type d'obligation	Échéance	Documents
FICA (*Social Security & Medicare Tax*)	Selon masse salariale	Formulaire 941

(…suite)
séjour. Donc, si l'employeur ne conclut pas d'entente avec la Régie, l'employé doit absolument demeurer résident du Québec pour avoir la possibilité de cotiser au RRQ.

[49] Peter J. SPIRO, « Dual Nationality and the Meaning of Citizenship », (1997), 46 *Emory Law Journal* 1411; aussi Karin SCHERNER-KIM, « The Role of the Oath of Renunciation in Current U.S. Nationality Policy – to Enforce, to Omit or Maybe to Change? », (2000), 88 *Georgetown Law Journal* 329.

PAYE *(YC)*		
FUTA (équivalent d'assurance-emploi)		Formulaire 940
Worker's compensation + vérifier les obligations pour chaque État		Selon chaque État

IMPÔTS CORPORATIFS *(YAG)*			
Type d'obligation	Échéance	Documents	Détails (risques et possibilités)
Déclaration américaine (succursale)	2,5 mois ou 5,5 mois après la fin de l'année	1120-F	15e jour du 3e mois suivant la fin d'année de la société ayant une place fixe d'affaires aux États-Unis; 15e jour du 6e mois si elle n'en a pas. Possibilité d'obtenir une prolongation de six mois.
Treaty-Based Return	En même temps que la 1120-F	8833	
Déclaration (société américaine)	2,5 mois après la fin de l'année	1120	Spécifier l'article de la Convention invoqué et le montant de recettes brutes aux États-Unis.
25 % *Foreign Ownership*	En même temps que la déclaration	5472	Possibilité d'obtenir une prolongation de six mois.
Acomptes provisionnels	15e jour des 4e, 6e, 9e, 12e mois suivant la fin d'année		

IMPÔTS CORPORATIFS *(YAG)*			
Déclarations et acomptes provisionnels pour les impôts des États	Varie selon l'État; certains suivent l'échéance fédérale, d'autres pas		Prolongation de six mois généralement possible.
Déclaration canadienne pour une société étrangère contrôlée	15 mois après la fin de l'année	T-1134B	Déclaration pour une société étrangère affiliée contrôlée.

IMPÔTS DES PARTICULIERS *(YC)*			
Type d'obligation	Échéance	Documents	Détails (risques et possibilités)
Déclarations canadiennes	30 avril	T1/TP1	Pour l'année du départ, remplir des déclarations générales plutôt que simplifiées et y indiquer la date de changement de résidence fiscale de même que la nouvelle adresse.
Déclarations américaines	15 avril	1040 + 1040NR	Si le changement de résidence fiscale survient durant l'année et qu'aucun choix n'est fait pour être présumé résident américain toute l'année, il faut produire, selon un *dual status*, à la fois une 1040 et une 1040NR.

3. DEUXIÈME PARTIE : FABRIK INC.

3.1. DÉPLOIEMENT DES ACTIVITÉS AUX ÉTATS-UNIS

Lors du dernier conseil exécutif de Fabrik inc., vous avez été mandaté pour déterminer de quelle façon combler les retards de production. À cet égard, le vice-président aux opérations recommande la mise en place d'une usine de fabrication aux États-Unis. Il suggère également d'y transférer un groupe d'ingénieurs de l'équipe de R & D canadienne afin de leur permettre de poursuivre leurs travaux localement tout en veillant à solutionner les problèmes pouvant survenir dans la chaîne de production et/ou chez les clients. Il souhaite ainsi répartir le risque sur des territoires distincts et limiter les coûts de dédouanement des biens vendus en rapprochant la fabrication de certaines matières premières essentielles.

Pour sa part, la vice-présidente au marketing souhaite répondre au nationalisme de consommation de la clientèle américaine en implantant une entité autonome aux États-Unis qui pourra être vue comme une société entièrement américaine. Son équipe compte sur le support de publications spécialisées, mais surtout sur la mise en place d'un site Web transactionnel permettant aux plus petits clients de se procurer directement les produits ou encore d'identifier le distributeur le plus proche.

Quant au vice-président aux finances, il s'inquiète des coûts liés à cette opération et souhaite identifier la meilleure méthode de financement pour ne pas mettre en péril les opérations canadiennes. Il s'inquiète également du transfert des droits d'utilisation des technologies canadiennes à une autre entité. Et toute la question des flux financiers et du rapatriement des profits le laisse songeur, car il souhaite autant que possible éviter un accroissement des coûts fiscaux pour le groupe corporatif consolidé. Par ailleurs, en fin de rencontre, il vous demande à son bureau pour éclaircir la question de la politique de prix de transfert requise pour les transactions transfrontalières qui surviendront entre les entités du groupe.

Quelques heures plus tard, la responsable des ressources humaines ayant eu vent des discussions vient vous trouver pour connaître l'échéancier exact des transferts d'employés à envisager et souhaite que votre service mette en place un plan d'action permettant d'assurer la péréquation fiscale pour les employés transférés. Il sera également important de prévoir des rencontres avec les employés visés afin de les informer des notions générales de fiscalité et possibilités de planification à envisager dans un tel contexte. Enfin, elle se préoccupe des règles imposées par les services d'immigration

américains sur l'embauche de travailleurs recrutés tant à l'étranger qu'à l'intérieur même des États-Unis.

Face à ces requêtes, vous convoquez votre équipe d'experts pour une rencontre dès le lendemain et quittez la tête lourde, ordinateur portatif en main, afin de jeter sur papier l'ensemble des éléments à couvrir durant la rencontre de demain, par spécialité.

3.2. IMMIGRATION/ÉMIGRATION *(PHILIPPE TREMBLAY)*

a) Pour le moment, sans entité en sol américain, Fabrik inc. peut-elle installer elle-même ses produits directement chez les clients?

Comme mentionné brièvement auparavant, il est possible, lorsqu'un contrat de vente par une compagnie canadienne d'un produit manufacturé à l'extérieur des États-Unis prévoit au moment de sa signature que l'installation, le service après-vente ou toute autre tâche similaire sera effectué par les travailleurs canadiens, d'assigner ces ressources en territoire américain.

Ainsi il est de première importance que le contrat soit rédigé de façon à créer cette possibilité. Si les clauses s'y appliquant ne sont pas incluses lors de la signature du contrat de vente, il ne sera pas possible de créer un supplément afin d'inclure ultérieurement de tels travaux. Cela serait perçu comme un contrat de services requérant un permis de travail et non comme un service relié à la vente d'un produit.

b) Qu'en est-il pour le service après-vente et les garanties?

Il en est de même pour le service après-vente et les garanties, par contre seulement pour la période spécifiée dans ledit contrat. Quant aux entités non canadiennes, elles verront ce privilège limité à un an, et ce, peu importe la durée inscrite au contrat.

c) Quelle est la stratégie la plus simple afin de munir les ingénieurs canadiens d'un permis de travail américain?

Le permis de travail pour professionnels en vertu de NAFTA (TN) est sans conteste la façon la plus simple afin de munir un ingénieur canadien d'un permis de travail américain. Par contre, un accès facilité ne veut pas dire absence de formalités. Ainsi, outre la preuve du diplôme d'ingénieur, il faudra démontrer que le poste occupé et les tâches à effectuer requièrent des

compétences de ce niveau en plus de remplir les autres conditions générales du permis TN.

d) Seront-ils limités à des activités de R & D ou pourront-ils effectuer d'autres tâches en utilisant le même permis?

Le permis TN, comme les autres permis de travail, permet le réalisation, même contre rémunération par une source américaine, de toutes les tâches et fonctions généralement effectuées par un professionnel dans le même domaine.

Par contre, assurez-vous que pour certaines tâches tel apposer son sceau sur certains plans, l'ingénieur en question n'a pas l'obligation d'être membre en règle de l'ordre professionnel dans l'État en question, à défaut de quoi non seulement le permis pourrait être refusé mais l'employé et l'entreprise pourraient également être exposés à de lourdes sanctions.

e) Fabrik inc. connaît le transfert intracompagnie et s'intéresse à ses avantages pour sa main-d'œuvre spécialisée. Quels sont les fardeaux à court et moyen termes attachés à ce permis? Existe-t-il d'autres catégories de visas plus avantageuses pour la société?

Le transfert intracompagnie, plus généralement connu sous sa codification L-1, est certes l'un des permis les plus souvent utilisés pour ses nombreux avantages et sa flexibilité. Cependant, trop peu d'entreprises sont adéquatement informées de l'envers de la médaille, c'est-à-dire des obligations à remplir à court terme. Toute entreprise étrangère peu implanter une filiale en sol américain et y transférer immédiatement, sous certaines conditions, certains dirigeants et travailleurs hautement spécialisés à partir de leur maison mère ou de toute autre entité du groupe. Par contre, cette latitude qui offre de grandes facilités pour le commencement des opérations aux États-Unis est accompagnée de l'obligation de démontrer un chiffre d'affaires substantiel et un certain nombre d'employés américains (*Green Cards* incluses) sur le sommaire de paie américain dans un délai de 12 mois. Ce délai est bien court dans la réalité des affaires actuelle et il faut en conséquence avoir l'intention et être prêt à passer à l'action dès la première demande de permis dans cette catégorie.

Une demande prématurée qui mènerait l'entreprise à ne pas être en mesure d'atteindre les objectifs requis risque de compromettre les possibilités de renouvellements des premiers permis mais également toute autre nouvelle demande face à l'immigration.

Si les objectifs à court et moyen termes ne correspondent pas aux critères mentionnés précédemment, il serait alors préférable de choisir dès le départ une stratégie différente dans ce domaine.

Comme nous l'avons vu plus tôt, différentes catégories existent, toutes avec leurs propres avantages mais aussi les obligations s'y rattachant.

f) Y a-t-il un nombre limite de permis de travail qu'une société peut obtenir aux États-Unis?

Il n'y a pas de nombre limite à proprement parler. Il est toutefois important de rappeler qu'une entreprise américaine ne doit porter une attention particulière qu'à ce qui est convenu d'appeler une situation de *H-1B dependant* aux États-Unis. Ainsi, le nombre d'employés détenant ce type de permis versus le nombre total d'employés ne doit généralement pas atteindre le cap des 15 %. Il existe quelques règles à suivre dans ce genre de situation qui permettent de dépasser ce pourcentage en toute légalité, mais une étude cas par cas sera alors requise.

Il y a par contre une limite nationale sur le nombre de permis H-1B octroyés sur le territoire américain à chaque année. Pour l'année débutant le 1er octobre 2003, le nombre de permis disponible a chuté à l'ancien niveau de 65 000, ce qui se traduit par une nécessité de déposer les demandes le plus tôt possible dans cette catégorie.

En ce qui concerne les catégories L-1 (transfert intracompagnie) et E-1/E-2 (*treaty trader* et investisseur), bien que la loi ne limite pas de façon précise le nombre de permis autorisés, il est important de savoir qu'un jeu de proportion sera considéré pour l'émission de nouveaux permis. Ainsi, une entreprise qui ne compte que quelques employés américains aux États-Unis se verra rarement autorisée à obtenir plus que quelques (deux à quatre) permis de travail. En général, plus l'entreprise américaine compte d'années d'existence, plus la proportion d'Américains devra être importante. Cette règle est somme toute sujette à la discrétion de l'officier qui traitera la demande.

g) Une entité en sol américain ajoute-t-elle d'autres options que les transferts en matière de permis de travail? *A contrario*, limite-t-elle certains autres aspects de mobilité pour certains membres de l'équipe?

Il est toujours possible d'utiliser une entité non liée à la maison mère afin d'obtenir des permis de travail pour les mêmes types de travailleurs que pour les transferts L-1A et L-1B. Les permis de type E pour les travailleurs

qui agissent sous le couvert d'un investissement étranger en sont un bon exemple.

A contrario, il peut également y avoir certains obstacles qui surgiront à la suite de l'arrivée d'une entité américaine au sein du groupe corporatif. Entre autres, les visiteurs d'affaires qui, jusqu'à ce jour, pouvaient facilement convaincre les officiers de l'immigration du fait qu'ils ne travaillaient que pour le bénéfice direct de leur employeur canadien, se retrouvent maintenant devant la présomption du contraire : leur présence peut facilement servir également les intérêts de la filiale américaine, ce qui peut du même coup créer une présomption de travail en territoire américain et compliquer de façon importante leur tentative d'entrer en tant que visiteurs d'affaires.

h) Les ressources humaines pourront-elles recruter des travailleurs canadiens déjà en poste chez un compétiteur aux États-Unis? Quelles formalités doivent être respectées?

Il sera possible de recruter des travailleurs de toute citoyenneté aux États-Unis. Par contre, il faudra dans tous les cas évaluer le type et la nature du permis de travail déjà en leur possession.

Les titulaires de certains permis tels les professionnels H-1B pourront commencer à travailler pour vous dès le dépôt de la nouvelle demande, sous réserve d'être actuellement détenteurs d'un permis valide et d'occuper un poste similaire à celui qu'ils occupaient antérieurement.

Les titulaires d'EAD (autorisations d'emploi ouvertes) pourront débuter immédiatement sans présenter une nouvelle demande.

Toutes les autres catégories devront, au préalable, faire approuver leur nouveau permis avant de pouvoir se présenter à leur nouveau lieu de travail. C'est dans ces cas précis que réside l'intérêt de choisir un candidat canadien. En effet, dans la plupart des catégories, les citoyens canadiens ont le privilège de présenter leur demande directement au point d'entrée. Cet avantage amène des délais de traitement beaucoup plus courts, ce qui peut faire une importante différence pour les cas les plus urgents. Pour les autres, il y a pour la plupart des catégories la possibilité de payer une somme additionnelle de 1 000 $US pour un traitement accéléré (à l'intérieur de deux semaines) mais cela ne se compare toujours pas à la rapidité et à l'économie obtenues dans un dossier similaire concernant un citoyen canadien.

En terminant, voici une question boni : l'embauche d'un citoyen américain aux États-Unis peut-elle se faire sans formalités d'immigration? Réponse : non! Tout travailleur embauché aux États-Unis, qu'il soit américain ou étranger, doit faire l'objet du formulaire I-9 (vérification d'admissibilité à l'emploi).

i) Et la *Green Card*? Tout le monde la veut… en êtes-vous si sûr? Quelle est la procédure réelle? Quelles sont les implications pour le bénéficiaire? Et pour l'employeur? Pourquoi cette désignation *Green Card*?

Beaucoup d'arnaqueurs vont tenter de vous promettre une *Green Card* « d'ici Noël ». Par contre, il n'existe que peu de raccourcis pour ce type de procédure. Et les plus rapides de ces raccourcis demandent un délai total de traitement variant entre 14 et 24 mois. La plupart des autres catégories vont nécessiter de nombreuses années avant de voir la conclusion de ce processus. Dans la majorité des cas, un programme de recrutement extrêmement long et particulièrement coûteux devra être complété. Il est fortement suggéré de prendre toute l'information avant d'entamer un tel processus.

Il est également important de savoir que la « carte verte », une fois obtenue, devra être utilisée. C'est-à-dire que le bénéficiaire du statut de résident permanent devra agir comme tel et résider dans les faits aux États-Unis sous peine de voir ce document et les privilèges s'y rattachant lui être retirés dans un délai d'un an. Certaines procédures existent afin de protéger ce statut lorsqu'une absence prolongée des États-Unis ne peut être évitée mais cette situation doit être gérée en avance et ne peut servir plus que quelques années.

De plus, avez-vous réalisé que l'employé maintenant muni d'un tel document peut aller travailler pour l'employeur de son choix sans autres formalités?

Ce document qui était autrefois réellement de couleur verte, d'où son nom actuel de *Green Card*, est maintenant rose.

3.3. DOUANES ET TAXES DE VENTE *(MONIQUE CHARRON)*

Note : l'analyse qui suit ne tient pas compte de la question du nexus. *Aux fins du présent cas pratique, Fabrik inc. (ci-après « usine ») et l'entreprise autonome sont considérées comme enregistrées aux fins des taxes de vente américaines dans tous les États où Fabrik inc. devait*

préalablement être enregistrée, y compris dans l'État où l'usine ou l'entreprise autonome sera installée[50].

a) Sans tenir compte du lieu de fourniture, quels sont les éléments à prendre en considération pour l'usine ou l'entreprise autonome lorsqu'elle fournit ses couteaux de précision afin de déterminer si elle doit percevoir une taxe de vente, tout en considérant que l'usine ou l'entreprise autonome a des clients situés aux États-Unis et au Canada?

Aux fins des taxes américaines, certains clients pourraient ne pas avoir à payer la taxe de vente pour les motifs suivants : ils acquièrent les couteaux aux fins de revente, ces derniers seront utilisés à titre d'équipement de production ou le statut du client lui permet d'acquérir les couteaux sans paiement de la taxe (par exemple : gouvernement, entrepreneur exécutant un contrat pour le gouvernement, organisme de bienfaisance, etc.).

D'autres exemptions propres à l'État où les couteaux sont considérés comme fournis pourraient également être applicables. Bien que le client qui se prévaut d'une exemption de taxe de vente devrait démontrer à l'usine ou à l'entreprise autonome le bien-fondé de sa demande, l'usine ou l'entreprise autonome demeure quand même responsable envers les administrations fiscales, soit personnellement s'il s'agit d'un État qui impose une *Seller Privilege Tax* et une *Gross Receipts Tax*, soit conjointement s'il s'agit d'une *Consumer Tax*. Il est donc important de s'assurer de la légitimité de la demande du client.

Aux fins de la TPS, puisque l'usine est un inscrit, elle doit percevoir la TPS de son client et, s'il y a lieu, la TVQ (dans la mesure où le lieu de fourniture est au Québec/Canada). Par ailleurs, si l'usine est l'importateur des couteaux au Canada, elle devra payer la TPS au moment du dédouanement mais pourra demander un crédit de taxe sur intrants.

Dans la mesure où l'entreprise autonome est un inscrit aux fins de la TPS, elle devra percevoir la TPS et *a contrario*, ne pas en percevoir si elle

---

[50] Quelques sites Internet intéressants aux fins des taxes de vente américaines :

- *Federation of Tax Administrators* : http://www.taxadmin.org/
- *Sales Tax Institute* : http://www.salestaxinstitute.com
- *National Assn of Unclaimed Property Administrators* : http://www.unclaimed.org
- *Institute of Professionals in Taxation* : http://www.ipt.org/
- *Multistate Tax Commission* : http://www.mtc.gov/
- Tous les sites Internet des États.

n'est pas un inscrit. Dans ce dernier cas, il sera important de porter une attention particulière au choix de la personne qui sera l'importateur des couteaux au Canada puisque cette personne sera redevable de la TPS au moment du dédouanement. Si l'entreprise autonome n'est pas un inscrit, elle ne pourra pas récupérer cette taxe, d'ou un coût supplémentaire pour le client. Par ailleurs, il faut également se rappeler que ce ne sont pas tous les importateurs, même s'ils sont inscrits à la TPS et qu'ils sont engagés uniquement dans une activité commerciale, qui ont le droit de récupérer la TPS payée au moment de l'importation. Plusieurs autres critères s'appliquent. Par exemple, il est peu probable que Fabrik inc. puisse récupérer la TPS qu'elle paierait au moment de l'importation des couteaux si elle importait ces derniers uniquement pour éviter que l'entreprise autonome soit l'importateur, c'est-à-dire que Fabrik. inc. n'est aucunement partie à l'opération relative aux couteaux.

b) Quelle est la différence entre les termes FOB plan fournisseur et FOB plan acquéreur?

La différence entre les termes FOB plan fournisseur et FOB plan acquéreur est importante puisque ces notions sont souvent utilisées pour déterminer le lieu de fourniture d'un bien meuble corporel. Étant donné que le lieu de fourniture déterminera la législation de l'État en vertu de laquelle l'usine ou l'entreprise autonome aura ou pourra avoir des obligations aux fins des taxes de vente, une attention toute particulière doit être apportée au terme utilisé. Par exemple, il faut s'assurer de la portée du terme, à savoir s'il est utilisé dans le contexte du transport, du transfert de propriété ou de tout autre élément.

À ce niveau, bien qu'aux États-Unis les incoterms soient rarement utilisés, l'usine ou l'entreprise autonome doit s'assurer qu'il est clair pour le client si ce sont les incoterms qui sont utilisés ou non.

c) Pour chacune des taxes à percevoir, quels sont les principes généraux de la taxe de vente américaine concernant l'établissement de la valeur sur laquelle la taxe doit être calculée?

Presque tous les États définissent la valeur sur laquelle la taxe doit être calculée comme le montant total du prix de vente. Ainsi, aucune déduction n'est généralement accordée quant aux autres montants payables par l'acquéreur, par exemple les intérêts, le transport, la manutention, etc. Par ailleurs, tous les États prévoient certaines déductions ou exclusions de cette valeur. Ainsi, les escomptes, les échanges, certains frais de transport (à l'exportation) et l'installation sont certains des éléments généralement

déductibles ou exclus de la valeur sur laquelle la taxe de vente doit être calculée.

Il faut bien noter cependant que l'assiette de la taxe diffère d'un État à un autre et qu'il est toujours nécessaire de revenir à la loi pour s'assurer que la valeur établie est adéquate.

d) Quelles sont généralement les exigences documentaires pertinentes?

L'usine ou l'entreprise autonome doit s'assurer d'obtenir la documentation adéquate pour soutenir une position fiscale. Les États sont de plus en plus exigeants en cette matière et ont émis au courant des dernières années plusieurs règlements/politiques concernant le contenu et la forme de cette documentation. Il est nécessaire de toujours vérifier les exigences de l'État visé puisqu'il n'y aucune uniformité entre les États (au contraire). Voici quelques exemples de documents habituellement requis :

- Certificat de revente;
- Certificat d'exemption en fonction de la nature de la personne non assujettie au paiement de la taxe de vente;
- Certificat d'exemption en fonction de l'utilisation non assujettie à la taxe de vente;
- Documents prouvant qu'un bien a été exporté d'un État.

e) Quels sont les points à prendre en considération lors des acquisitions suivantes?

i) Biens meubles corporels acquis dans l'État où l'usine ou l'entreprise autonome est installée :

Sauf si l'usine ou l'entreprise autonome peut se prévaloir d'une exemption (par exemple, équipement de production, matières premières, biens aux fins de revente, etc.), la taxe de vente sera payable lors de l'acquisition du bien, soit que le fournisseur perçoit la taxe, soit que l'usine ou l'entreprise autonome paie directement cette taxe à l'administration gouvernementale.

Le coût de la taxe de vente devrait donc être ajouté au budget d'achat, sauf s'il y a exemption.

ii) Biens meubles corporels acquis dans un autre État américain en différenciant les termes FOB plan fournisseur et FOB plan acquéreur :

Si les conditions de la livraison sont FOB plan acquéreur (donc usine ou entreprise autonome), les commentaires du paragraphe précédent s'appliquent.

Si les conditions de la livraison sont FOB plan fournisseur, l'usine ou l'entreprise autonome aura l'obligation de payer directement la taxe à l'administration gouvernementale de l'État dans lequel les biens sont importés (sous réserve de la disponibilité d'une exemption). Par ailleurs, l'usine ou l'entreprise autonome pourra ne pas acquitter la taxe de l'État où les biens ont été livrés par le fournisseur (plan fournisseur) en donnant la documentation adéquate (selon les exigences de l'État) à son fournisseur.

Le coût de la taxe de vente devrait donc être ajouté au budget d'achat, sauf s'il y a exemption.

iii) Biens meubles corporels importés du Canada qui ont été transférés ou acquis de Fabrik inc. en différenciant les termes FOB plan fournisseur et FOB plan acquéreur :

Si l'opération a lieu entre l'entreprise autonome et Fabrik inc., et malgré que les biens meubles soient importés du Canada, les commentaires du paragraphe précédent s'appliquent dans la mesure où la documentation adéquate sur l'exportation des biens du Canada sera celle qui est exigée par le ministère du Revenu du Québec et l'Agence des douanes et du revenu du Canada.

Si l'opération a lieu entre l'usine et Fabrik inc., étant donné qu'il s'agit de la même entité, l'usine aura l'obligation de payer directement la taxe à l'administration gouvernementale de l'État dans lequel les biens sont importés (sous réserve de la disponibilité d'une exemption). Fabrik inc. devra également conserver la documentation adéquate à l'appui de l'exportation des biens.

Le coût de la taxe de vente devrait donc être ajouté au budget d'achat (sauf s'il y a exemption) ainsi que les droits de douane (s'il y a lieu).

iv) Biens meubles incorporels acquis dans l'État où l'usine ou l'entreprise autonome est installée :

La plupart des États n'assujettissent pas les droits incorporels à la taxe de vente. Depuis quelques années, la question suscite la controverse et beaucoup de discussions. L'exemple le plus frappant est celui de la fourniture d'un logiciel. Plusieurs États ne font pas la différence entre l'acquisition d'une licence d'utilisation et du logiciel lui-même. Si l'État assujettit les logiciels à la taxe de vente, dans la plupart des États, la taxe sera applicable dans les deux cas (en vertu de l'interprétation des États). Nous ne soulevons même pas la fameuse question de savoir si un logiciel est un bien meuble corporel ou incorporel!

v) Biens meubles incorporels acquis dans un autre État américain :

Les commentaires du paragraphe précédent s'appliquent.

vi) Biens meubles incorporels importés du Canada, transférés ou acquis de Fabrik inc. :

Aux fins des taxes de vente américaines, les commentaires du paragraphe précédent s'appliquent.

Aux fins de la TPS et de la TVQ, il faut obtenir des informations additionnelles. En premier lieu, il faut déterminer la nature exacte du bien meuble incorporel, étant donné que les règles sur la TPS et la TVQ peuvent être différentes selon la nature du bien. Par la suite, les informations à obtenir seront fonction de la nature du bien. Il faudra nécessairement déterminer le lieu de fourniture de ce bien et, s'il est situé au Canada, il faudra établir s'il est possible d'appliquer une règle de détaxation (par exemple, règle d'exportation).

f) Quelle est l'incidence en taxe de vente sur les situations suivantes?

i) Fabrik inc. facture des honoraires de gestion à l'usine ou à l'entreprise autonome pour des services rendus au Canada.

Bien que les services soient rendus au Canada, plusieurs dispositions prévoient la détaxation d'un service fourni à un non-résident. Les honoraires de gestion sont habituellement détaxés aux fins de la TPS et de la TVQ dans la mesure où ils ne sont pas liés à un bien meuble corporel ou à un immeuble situé au Canada au moment où le service est rendu. Il faut cependant s'assurer que toutes les conditions sont remplies.

Par ailleurs, bien que l'usine et Fabrik inc. soient la même personne, l'usine peut être considérée un non-résident du Canada pour les activités qu'elle exerce et ainsi bénéficier des mesures de détaxation (s'il y a lieu).

ii) L'usine/l'entreprise autonome facture des honoraires de gestion à Fabrik inc. pour des services rendus aux États-Unis.

En règle générale, les services de gestion ne sont pas assujettis aux taxes de vente américaines.

Par ailleurs, Fabrik inc. n'aura pas à remettre un montant de TPS ou de TVQ lors de l'importation de ce service, dans la mesure où il sera consommé ou utilisé dans le cadre de ses activités commerciales.

3.4. FISCALITÉ CORPORATIVE *(YVES-ANDRÉ GRONDIN)*

a) Quelles sont les conséquences à transférer des actifs intangibles à une filiale contre des actions ordinaires?

Comme mentionné précédemment, le transfert des intangibles contre des actions ordinaires peut se faire sur une base de roulement aux États-Unis dans la mesure où les conditions en vertu de l'article 351 du Code sont respectées. Au Canada, le transfert sera réputé effectué à un prix de pleine concurrence. Un échange des actifs intangibles contre des actions serait donc une transaction imposable au Canada. Il est donc possible que la société canadienne reconnaisse un revenu en vertu du paragraphe 14(1) L.I.R. lors de la vente des intangibles dans la mesure où le montant cumulatif des immobilisations admissibles (MCIA) devient négatif à la fin de l'année. Aux fins américaines, étant donné les règles de roulement, la société obtiendra un coût négligeable dans les actifs intangibles. Cette transaction n'est donc pas idéale. Il pourrait être préférable pour la société d'échanger les actifs intangibles contre des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur. Ce type d'actions est considéré comme du *boot* aux fins américaines. Elle permettrait donc à la société américaine d'obtenir un coût plus élevé dans les actifs intangibles.

b) Quelles sont les conséquences de vendre les intangibles contre un paiement en argent?

Une autre option serait de vendre les intangibles contre de l'argent. Cette transaction sera évidemment imposable aux Canada. Aux États-Unis, la société acquérante américaine acquiert un coût dans les actifs qui équivaut

à la somme payée pour acquérir les intangibles. La grande majorité des intangibles sont amortissables sur une période de 15 ans aux États-Unis.

c) Comment établir le prix de la transaction?

Le prix de la transaction aux fins canadiennes devra se faire à un prix auquel des parties sans lien de dépendance auraient convenu. La société canadienne devra documenter le prix de la transaction dans une politique de prix de transfert.

Aux fins américaines, la transaction se fera sur une base de roulement dans le cas d'un échange contre des actions ordinaires. Une politique de prix de transfert n'est donc pas nécessaire. Par contre, si les actifs sont vendus contre de l'argent ou des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur, une politique de prix de transfert sera également nécessaire aux États-Unis.

d) Est-il préférable d'octroyer une licence ou un droit d'utilisation pour les intangibles?

L'avantage d'utiliser un droit d'utilisation est d'éviter un revenu lors du transfert des actifs intangibles. En vertu du droit domestique américain, une retenue à la source de 30 % sera imposée aux redevances payées à la société canadienne. Cette retenue à la source devrait être réduite à 10 % ou 0 % en vertu de la Convention fiscale Canada-États-Unis. La société canadienne pourra probablement utiliser un crédit d'impôt au Canada à l'encontre de cette retenue à la source américaine.

Le taux de la redevance devra refléter un prix de pleine de concurrence et devra donc faire l'objet d'une étude de prix de transfert au Canada et aux États-Unis.

e) Est-il préférable d'effectuer la R & D au Canada ou aux États-Unis?

(YC) : Au Canada : la R & D effectuée au Québec demeure une des moins coûteuses à l'échelle du globe, à cause des avantages fiscaux accordés, des coûts de main-d'œuvre, de la disponibilité de certains congés fiscaux provinciaux (congé fiscal pour chercheur et expert étranger) et des coûts d'impôts corporatifs.

Aux États-Unis : le choix s'offre entre un crédit régulier ou un crédit pour les dépenses additionnelles effectuées dans l'année par rapport. Le choix de la méthode de dépenses additionnelles pour une année emporte le

choix pour toutes les années à venir (à moins que l'IRS consente à révoquer le choix).

Le calcul s'effectue de façon consolidée pour l'ensemble des sociétés membres d'un même groupe corporatif contrôlé.

L'inclusion de certaines dépenses est limitée par des facteurs de proportion, soit 65 % ou 75 %.

Selon le nombre d'années d'existence de la société, le taux de crédit de base varie (pour les cinq premières années, le taux de base est à 3 %). Au maximum, il peut atteindre 16 %.

Selon la méthode des dépenses additionnelles, la base d'application du taux de crédit R & D et le taux de crédit lui-même sont ajustés selon un facteur spécifique[51].

f) Le financement devrait-il se faire par prêt ou par capital-actions?

(YAG) : Le choix du financement par dette ou par capital-actions dépend de plusieurs facteurs commerciaux dont la fiscalité. Ce choix dépend souvent de la volonté, des besoins et de la situation particulière du client et de la banque. Pour cette raison, il n'existe pas de réponse standard à cette question. Par contre, il est important d'examiner les conséquences fiscales de l'une ou l'autre de ces options avant de choisir une structure de financement lors d'un investissement aux États-Unis. Les prochaines questions introduiront plusieurs considérations générales importantes qui permettront de faire un choix plus éclairé.

Reclassification de la dette en capital-actions

Les juges et l'IRS ont le pouvoir de reclasser des instruments de dette en capital-actions s'ils pensent que l'instrument de dette n'est pas vraiment une dette. Si la dette est reclassifiée en capital-actions, la déduction fiscale pour la dépense d'intérêt n'est pas accordée.

---

[51] Bien qu'elle ne soit pas à jour, l'étude du ministère des Finances du Canada de décembre 1997, « L'aide publique à la recherche et le développement – justification et modalités », donne un survol de l'aide fiscale pour la R & D octroyée par les pays du G7. Ce document est disponible à l'adresse suivante : http://www.fin.gc.ca/resdev/why3_f.html.

L'article 385 a été ajouté au Code en 1969 afin d'établir des règles qui permettraient de classifier la dette et le capital-actions. Bien que le Code n'énonçait que des règles vagues et très générales, il déléguait des pouvoirs assez vastes au Département du Trésor américain afin qu'il établisse des règles plus précises. À deux reprises, le Département du Trésor américain a essayé de promulguer des règlements pour ensuite les retirer avant même qu'ils n'entrent en vigueur. À ce jour, aucun règlement n'est en vigueur.

Les critères énoncés à l'article 385 en vue de différencier une dette d'un avoir sont les suivants :

- une promesse inconditionnelle de payer sur demande ou à une date spécifique une certaine somme d'argent en échange d'une contrepartie adéquate en argent ou en valeurs monétaires et de payer un taux fixe d'intérêt existe-t-elle?

- une subordination ou une préférence sur l'endettement de la société existe-t-elle?

- le rapport de la dette au capital-actions de la société;

- une option de convertir la dette en capital-actions existe-t-elle?

- la relation entre une participation dans l'avoir et l'instrument en question.

Les tribunaux ont souvent établi leurs propres critères qui devaient être considérés[52]. Par exemple, dans l'arrêt *Estate of Mixon* v. *United States*[53], les critères suivants avaient été retenus afin de déterminer si les avances constituaient une dette ou un avoir :

- le nom donné au certificat attestant la dette;

- la présence ou l'absence d'une date d'échéance fixe;

- la source des versements;

---

[52] Voir, par exemple, *Laidlaw Transportation, Inc., et al.* v. *Commissioner*, T.C. Memo 1998-232 (1998).

[53] 464 F.2d 394, 30 AFTR 2d 72-5094 (1972), pp. 72-5097-72-5098 (ci-après « *Mixon* »).

- le droit ou non pour le prêteur de contraindre au paiement;
- le fait que le prêteur ait davantage le droit de participer à la gestion;
- la nature de l'apport par rapport aux créanciers ordinaires;
- l'intention des parties;
- le fait que le bénéficiaire des fonds soit suffisamment ou insuffisamment capitalisé;
- le fait qu'il y ait ou non identité d'intérêt entre le créditeur et l'actionnaire;
- la source des versements d'intérêts;
- la capacité de la société à obtenir des prêts ailleurs qu'auprès d'établissements de crédit;
- dans quelle mesure le bénéficiaire s'est servi de l'avance pour acheter des immobilisations;
- le fait que le bénéficiaire ait remboursé les fonds à l'échéance ou non.

Il est à noter que dans l'affaire *Mixon,* la Cour a qualifié la liste des 13 facteurs de non exhaustive et que d'autres cours américaines ont identifié d'autres facteurs jugés pertinents pour décider s'il s'agissait d'une dette ou d'un avoir. Il pourrait donc exister d'autres facteurs pertinents qui n'ont pas été énumérés dans l'affaire *Mixon*. L'évaluation des facteurs n'est pas un processus purement mathématique mais requiert plutôt une évaluation générale afin de déterminer la réalité économique de l'avance. Aucun des facteurs n'est concluant en soi.

Un des facteurs importants est le ratio d'endettement de la société. Les règlements retirés indiquaient qu'un ratio dette-capital-actions de 3:1 envers des parties liées et un ratio dette-capital-actions de 10:1 pour l'ensemble des dettes de la société seraient considérés comme raisonnables. Les tribunaux reconnaissent généralement que le ratio dette-capital-actions varie d'une industrie à l'autre. De plus, les risques de l'industrie sont un critère qui doit être considéré en évaluant celui du ratio dette-capital-actions de la société.

Bien que le paragraphe 385(a) ait été amendé en 1989 pour permettre à l'IRS de classifier un instrument financier comme en partie une dette et en

partie du capital-actions, aucun règlement n'a été adopté en ce sens. D'ailleurs, les tribunaux ont plutôt tendance à adopter une approche « tout ou rien » dans leur analyse d'un instrument financier.

Financement par capital-actions

Comme mentionné, il est possible que de l'avoir soit recaractérisé en dette. Toutefois, étant donné que l'avoir ne donne pas un droit de déduction lors du paiement de dividende, il est moins probable que les autorités américaines recaractérisent l'avoir en dette.

Est-il préférable d'emprunter au Canada ou aux États-Unis?

Le financement de l'achat des actifs peut se faire selon plusieurs scénarios.

Scénario A : la société mère canadienne emprunte d'une banque canadienne et prête l'argent avec intérêt à sa filiale américaine

Pour financer l'acquisition des actifs, la société canadienne peut décider d'emprunter d'une banque canadienne et de prêter l'argent avec intérêt à sa filiale américaine. Dans ce scénario, les règles suivantes doivent être considérées.

Limite de la dépense d'intérêt en vertu du paragraphe 163(j) du Code

Il faut considérer, premièrement, la possibilité que la déduction des intérêts pourrait être reportée aux États-Unis en vertu des règles du paragraphe 163(j) du Code.

Le paragraphe 163(j) du Code cherche à empêcher qu'une société augmente ses dépenses d'intérêt afin de réduire ses bénéfices en les transférant à des personnes qui ne sont pas imposées aux États-Unis (par exemple, une personne non résidente qui profite d'un taux réduit de retenues à la source sur de l'intérêt en vertu d'une convention fiscale). Cette clause limite la déduction des intérêts de sociétés sous-capitalisées envers des parties liées (*earning stripping rules*). Une société est considérée sous-capitalisée aux fins de ces règles si son ratio dette-capital-actions excède 1.5:1 à la fin de l'année.

Lorsqu'une société est sous-capitalisée, le paragraphe 163(j) du Code peut empêcher de déduire l'intérêt non admissible payé à la partie liée exemptée d'impôt américain. L'intérêt payé à une société étrangère sera non

admissible dans la mesure où il n'est pas assujetti à une retenue à la source de 30 %. Ainsi le tiers (10 %/30 %) de l'intérêt payé par une société américaine sous-capitalisée envers une société canadienne liée sera déductible mais le deux-tiers (20 %/30 %) sera considéré comme de l'intérêt non admissible puisqu'il est exonéré en vertu de la convention fiscale.

Toutefois, même si une société est sous-capitalisée, l'intérêt exempté ne sera pas refusé à moins qu'il ne soit également excessif. L'intérêt payé sera considéré comme excessif s'il représente plus de 50 % du revenu imposable ajusté. L'excédent de ce montant ne sera pas déductible mais peut être reporté dans les années futures. Le revenu imposable ajusté correspond plus ou moins au revenu imposable sans déductions pour les intérêts, pour l'amortissement ou pour les pertes reportées.

Les règles du paragraphe 163(j) peuvent être résumées avec la formule suivante : le montant d'intérêt refusé pour une société sous-capitalisée représente le moindre de :

a) l'excédent de la dépense nette d'intérêt sur 50 % du revenu imposable ajusté plus les limites excédentaires reportés (des trois années antérieures), et

b) l'intérêt non admissible payé par la société à des parties exemptées de l'impôt fédéral américain.

Le montant d'intérêt refusé peut être reporté indéfiniment à l'avenir.

Il est important de noter que ces règles peuvent également s'appliquer si la société américaine emprunte d'une banque américaine et que la société mère canadienne garantit ce prêt.

Les règles du paragraphe 163(j) sont sous examen par le Congrès et pourraient être modifiées dans l'avenir.

Règles de prix de transfert

Le montant des intérêts payés ou payables par Fabrik USA à Fabrik inc. peut être réévalué par l'IRS dans la mesure où il ne reflète pas un prix auquel conviendraient des parties sans lien de dépendance (« prix de pleine concurrence »). Si le montant en question excédait le prix de pleine concurrence, l'IRS pourrait le réajuster. Une pénalité de 20 % ou 40 % de l'impôt additionnel pourrait s'appliquer.

Paiement d'intérêt à la société mère

En vertu des articles 267 du Code et 1.267(a)-3(b)(1) du règlement, les paiements d'intérêt à la société mère ne sont déductibles qu'au moment où ils sont payés à un non-résident.

Les paiements d'intérêt à la société mère canadienne sont également assujettis à une retenue à la source américaine de 10 % lors du paiement de l'intérêt.

Crédit d'impôt au Canada sur la retenue à la source de 10 %

En vertu du paragraphe 126(1) L.I.R., le crédit d'impôt est limité, de façon simplifiée, au moindre de l'impôt étranger, de l'impôt effectivement payé au Canada sur le revenu net de source américaine et de l'impôt canadien autrement payable. Dans la situation où la société mère canadienne emprunte et prête le même montant à sa filiale, il est probable que le revenu net de source américaine soit insuffisant pour absorber le crédit d'impôt. Dans la mesure où la société canadienne se retrouve dans cette situation, elle pourra toutefois déduire la retenue à la source en vertu du paragraphe 20(12) L.I.R.

Par ailleurs, étant donné qu'il s'agit du revenu de placement, le taux d'imposition sera de 16,25 % au Québec et de 35,79 % en 2003 au fédéral si la société est une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») (29,12 % en 2003 plus un taux de 6,67 % si la société est une SPCC). Ce taux inclut un impôt de 26,67 % qui pourrait être compris dans un compte d'impôt en main remboursable si Fabrik inc. est une SPCC (le crédit pour impôts étrangers réclamé par Fabrik inc. aura toutefois pour effet de réduire considérablement le montant à inclure au compte d'impôt en main remboursable). Lorsque Fabrik inc. versera un dividende à ses actionnaires, un montant équivalent au moindre du tiers du dividende ou du compte d'impôt en main remboursable sera remboursé à la société.

Scénario B : la société canadienne emprunte d'une banque canadienne et prête sans intérêt à sa filiale

Pour financer l'acquisition des actifs, Fabrik inc. pourrait également décider d'emprunter d'une banque canadienne et de prêter sans intérêt les fonds à sa filiale qui utiliserait les fonds pour acquérir les actifs.

Dans l'ancien *Bulletin d'interprétation* IT-445, l'ADRC acceptait qu'une société canadienne qui emprunte d'une banque canadienne et reprête

à sa filiale canadienne puisse déduire l'intérêt payé à la banque. Par contre, l'Agence n'étendait pas sa politique administrative lorsqu'une société canadienne prêtait à une filiale étrangère.

Toutefois, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Canadian Helicopters*[54] a indiqué qu'une société qui emprunte d'une banque, qui effectue un prêt sans intérêt à une société liée et qui reçoit indirectement une source de revenu en vertu de l'octroi de ce prêt pourrait déduire l'intérêt couru ou payé à la banque. Dans cette cause, le prêt sans intérêt permettait indirectement à Canadian Helicopters de recevoir des frais de gestion d'une société sœur. La Cour d'appel s'est basée sur le critère des « circonstances exceptionnelles » énoncées dans l'arrêt *Bronfman Trust*[55] pour arriver à sa décision.

L'arrêt *Bronfman Trust* avait indiqué qu'il devait y avoir un usage direct entre la somme empruntée et l'usage des fonds. Cependant, la Cour avait laissé entendre dans l'affaire *Bronfman Trust* que dans certaines « circonstances exceptionnelles », une source de revenu indirect pourrait être acceptable. Toutefois, la Cour n'avait donné que peu de précisions sur le genre d'usages indirects qui pourrait être admissible. L'arrêt *Canadian Helicopters* est donc venu élargir l'étendue des circonstances exceptionnelles où un usage indirect serait admissible.

Dans la mesure où des frais de gestion peuvent être considérés comme un usage indirect admissible, on peut penser qu'un revenu de dividende peut également être considéré comme admissible puisqu'une société mère qui effectue un prêt sans intérêt à sa filiale (domestique ou étrangère) reçoit indirectement des dividendes grâce aux fonds prêtés.

Il semble que l'ADRC ait accepté le raisonnement de l'arrêt *Canadian Helicopters* puisqu'elle accepte maintenant, au paragraphe 25 du nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-533[56] concernant la déductibilité de l'intérêt, la déductibilité de l'intérêt sur l'emprunt d'une société qui utilise cette somme pour effectuer un prêt sans intérêt à sa filiale domestique ou étrangère.

---

54 2002 D.T.C. 6805 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian Helicopters* »).

55 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.) (ci-après « *Bronfman Trust* »).

56 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

Dans la mesure où la filiale est une société étrangère contrôlée de la société canadienne et que la filiale utilise continuellement les fonds dans une entreprise exploitée activement, le paragraphe 17(1) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'exception au paragraphe 17(8) L.I.R. Ainsi la société mère ne sera pas réputée avoir gagné un revenu d'intérêt au taux prescrit sur le prêt sans intérêt octroyé à la filiale. Par ailleurs, en vertu du paragraphe 247(7) L.I.R., les règles de prix de transfert ne s'appliqueront pas non plus au prêt sans intérêt, étant donné l'application de l'exception du paragraphe 17(8) L.I.R.

Par ailleurs, aux États-Unis, les règles de prix de transfert pourraient s'appliquer. On peut toutefois se demander si les autorités américaines vont être enclines à appliquer les règles de prix de transfert, étant donné que leur application donnerait probablement lieu à une dépense d'intérêt présumé aux États-Unis.

L'application des règles de prix de transfert serait avantageuse pour les autorités fiscales américaines uniquement si elles étaient certaines que la déduction additionnelle ne serait pas bénéfique pour Fabrik USA (à cause du paragraphe 163(j) I.R.C. ou de pertes d'entreprise), mais qu'elles pourraient collecter l'impôt des non-résidents de 10 % sur le montant d'intérêt présumé.

Par ailleurs, il faudrait bien documenter le prêt pour lui donner une allure de dette commerciale même s'il ne porte pas intérêt. Il faudrait s'assurer que les règles de l'article 385 énoncé ci-dessus soient respectées. Il faudrait notamment regarder si le ratio dette-capital-actions de la société américaine n'est pas excessif.

Scénario C : la société américaine emprunte d'une banque canadienne

Pour financer l'acquisition des actifs, Fabrik USA Corp. pourrait décider d'emprunter d'une banque canadienne.

L'intérêt devrait normalement être déductible en vertu du paragraphe 163(a). Toutefois, une retenue à la source de 10 % s'appliquera à ce paiement. Bien qu'elle ne soit pas désavantageuse pour Fabrik USA Corp., cette option risque de ne pas plaire à la banque.

Scénario D : la société américaine emprunte d'une succursale américaine d'une banque canadienne

Pour financer l'acquisition des actifs, Fabrik USA Corp. pourrait décider d'emprunter d'une succursale américaine d'une banque canadienne.

Ce scénario a l'avantage de la simplicité et n'occasionne pas de retenues à la source au niveau américain. L'intérêt devrait être déductible en vertu du paragraphe 163(a). L'intérêt peut être déduit lorsqu'il est couru, étant donné que l'alinéa 267(a)(3) ne s'applique pas dans cette situation.

Par ailleurs, il est important de noter que les règles limitant la déductibilité de l'intérêt en vertu du paragraphe 163(j) du Code peuvent également s'appliquer dans ce scénario si la société américaine emprunte d'une succursale américaine d'une banque canadienne et que la société mère canadienne garantit ce prêt.

Scénario E : la société américaine emprunte d'une banque américaine

Comme mentionné précédemment, pour financer l'acquisition des actifs, Fabrik USA Corp. pourrait décider d'emprunter d'une banque américaine.

Au point de vue fiscal, ce scénario est identique au dernier scénario.

Scénario F : la société canadienne emprunte d'une banque canadienne et utilise les fonds pour acquérir des actions ordinaires dans sa filiale

Pour financer l'acquisition des actifs, Fabrik inc. pourrait emprunter d'une banque canadienne et utiliser les fonds pour acquérir les actions ordinaires dans sa filiale qui utiliserait l'argent pour acheter les actifs.

L'intérêt payé au Canada devrait généralement être déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et de l'arrêt *Ludco*[57]. Toutefois, le contribuable devra avoir une « expectative raisonnable de profit » en vertu de l'article proposé 3.1.

g) Si la société canadienne prête à la société américaine, dans quelle devise l'emprunt devrait-il être fait?

Cette question dépend surtout des préférences du client. S'il préfère que les risques de change soient au Canada, il choisira de prêter en dollars américains. Par contre, s'il préfère que les risques de change soient aux États-Unis, il choisira d'effectuer le prêt en dollars canadiens.

---

[57] 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.).

Scénario A : prêt en dollars canadiens

Si la société mère canadienne décide d'effectuer le prêt en dollars canadiens, aucun risque de change ne sera encouru au Canada.

Aux États-Unis, si le dollar canadien se déprécie entre l'octroi du prêt et le remboursement, il y aura une inclusion dans le revenu. Si le dollar canadien augmente de valeur, la société américaine aura probablement une perte de nature courante[58].

Scénario B : prêt en dollars américains

Si la société mère canadienne décide d'effectuer le prêt en dollars américains, aucun risque de change ne sera encouru aux États-Unis.

Si la valeur du dollar américain augmente, la société mère canadienne aura un gain sur change. Ce gain sur change sera probablement de nature capital[59]. Si la valeur du dollar américain diminue, la société aura une perte en capital. Bien que la société préférera recevoir un gain sur change de nature capital, elle préférera généralement ne pas réaliser une perte en capital, étant donné qu'une perte en capital n'est déductible qu'à 50 % et qu'elle ne peut être utilisée qu'à l'encontre d'un gain en capital. La perte en capital sera reportable dans les trois années précédentes et à l'infini dans le futur. Il peut parfois être difficile pour une société opérante d'utiliser une perte en capital puisqu'elle ne génère pas fréquemment de gain en capital.

h) Comment effectuer le rapatriement des profits au Canada? Y a-t-il des retenues à la source?

Paiement de dividendes à la société mère

Le paiement d'un dividende à la société mère sera assujetti à une retenue de 5 % en vertu du paragraphe 2 de l'article X de la Convention fiscale Canada-États-Unis. La retenue à la source ne donne pas droit à un crédit ou à une déduction au Canada.

---

58 I.R.C. § 988(c)(1)(B)(i) et Reg. 1.988(1)(a)(6), exemple 3.

59 Voir AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-95R, « Gains et pertes sur change étranger », 16 décembre 1980.

En vertu de l'article 301 du Code, une distribution d'une somme d'argent sera considérée comme un dividende dans la mesure où elle provient des comptes des bénéfices courants (*current earning and profits*) ou des bénéfices accumulés depuis le 1er mars 1913 mais avant l'année courante (*accumulated earnings and profits*).

Dans la mesure où ces deux comptes sont épuisés, la distribution sera considérée comme un retour du capital jusqu'à concurrence du coût des actions. Si le coût des actions est réduit à zéro, l'excédent sera généralement considéré comme un gain en capital. Ce gain en capital ne sera généralement pas imposable aux États-Unis lorsque l'actionnaire est une société étrangère, étant donné qu'il sera considéré de source étrangère aux fins américaines[60].

Contrairement au Canada, une réduction de capital aux États-Unis sera généralement considérée comme un dividende, dans la mesure où la société n'a pas épuisé ses comptes de bénéfices courants ou accumulés.

i) Existe-t-il des possibilités d'utiliser des structures de financement avantageuses afin d'effectuer l'acquisition des actifs de la société cible?

Exemple d'une structure de financement par le biais d'une entité hybride inversée

Une société canadienne qui cherche à financer l'acquisition d'actifs aux États-Unis peut décider d'établir, par exemple, la structure suivante (voir la figure 1) : la société mère canadienne, SOCAN, et une de ses filiales canadiennes, SOCAN2 (avec des parts, par exemple, de 99 % et de 1 %, respectivement), établissent une société de personnes aux États-Unis, GP (par exemple, au Delaware ou au Nevada). GP effectue le choix, en vertu des règles fiscales « cochez la case », d'être considérée comme une société en matière d'impôt fédéral américain. GP emprunte, auprès d'une succursale américaine d'une banque canadienne, la somme d'argent servant au financement américain. GP injecte cette même somme dans des parts d'une *Limited Liability Company* (ci-après « LLC ») qu'elle détient à 100 % aux États-Unis. La LLC est considérée comme une entité ignorée aux États-Unis en vertu des règles fiscales américaines « cochez la case ». La LLC prête ensuite la somme reçue à la filiale américaine opérante qui l'utilise pour acheter des éléments d'actif ou dans le cadre de son entreprise.

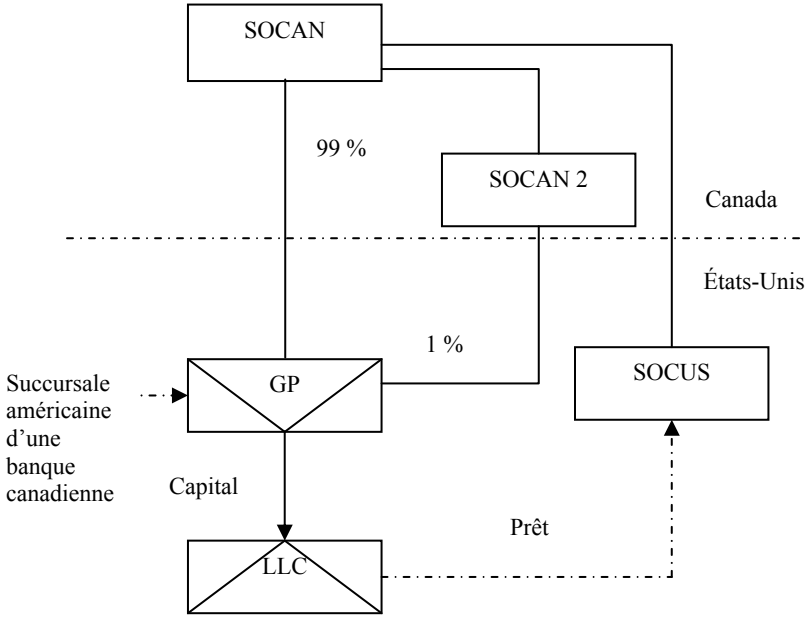
---

60 I.R.C. § 865(a).

Cette structure permet à la compagnie américaine d'obtenir une déduction d'intérêt aux États-Unis sur les intérêts payés ou encourus envers la LLC. Aux fins de l'impôt fédéral américain, GP est considérée comme une société (à cause du choix effectué), alors que la LLC est considérée comme une entité ignorée. GP et la LLC, combinées en une seule entité aux fins fiscales américaines, reçoit donc un revenu d'intérêt provenant de la filiale américaine opérante et payent un montant d'intérêt presque équivalent à la succursale américaine d'une banque canadienne. GP et la LLC se trouvent donc à n'avoir qu'un faible revenu en matière d'impôt américain.

Au Canada, l'intérêt payé par GP est attribué aux associés. Le résultat est donc une déduction d'intérêt aux fins de l'impôt américain et une autre déduction aux fins canadiennes.

Figure 1



Structure de financement avec la Hongrie

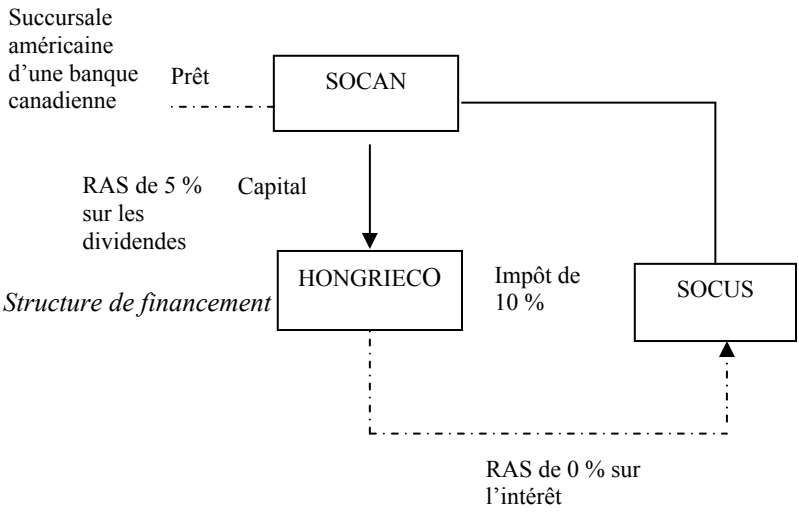
Pour financer l'acquisition d'actifs aux États-Unis, d'autres structures passant par l'Europe permettent d'obtenir des résultats semblables. Une société canadienne, SOCAN, peut, par exemple décider d'emprunter d'une

succursale américaine d'une banque canadienne et d'investir ce montant dans le capital-actions d'une filiale en Hongrie (ci-après « HONGRIECO ») (voir la figure 2). La filiale de Hongrie effectue un prêt à la filiale opérante américaine, SOCUS. La compagnie hongroise n'est imposée sur le revenu d'intérêt qu'à un taux de 10 % en vertu des lois fiscales hongroises. Par ailleurs, la filiale américaine et la société mère canadienne obtiennent chacune une déduction d'intérêt dans leurs pays respectifs.

En vertu de la Convention fiscale entre les États-Unis et la Hongrie, le taux de retenues à la source (ci-après « RAS ») est de 0 % sur l'intérêt payé par SOCUS à la société hongroise. En vertu de la Convention fiscale Canada-Hongrie, le taux de RAS est de 5 % sur les dividendes payés de la société hongroise à la société canadienne.

Il est important de noter que le régime des *Hungarian Offshore Companies* (ci-après « HOC »), qui profitait d'un taux d'imposition en Hongrie de 3 %, a été remplacé, depuis le 1er janvier 2003, par un régime permettant aux sociétés hongroises de n'être imposées qu'à un taux de 10 % sur les revenus étrangers d'intérêts et de redevances. Les HOC constituées avant le 31 décembre 2002 pourront continuer de profiter du taux de 3 % jusqu'en 2005. Ce changement dans la législation fiscale hongroise est en partie en réponse au rapport de 1998 de l'OCDE ciblant le régime des HOC comme un régime préférentiel dommageable mais est surtout attribuable à l'accession de la Hongrie à l'Union européenne en 2004.

Figure 2



Pour financer l'acquisition des actifs aux États-Unis, une société canadienne, SOCAN, peut par exemple emprunter de l'argent d'une succursale américaine d'une banque canadienne et l'investir sous forme de capital dans une société d'Islande qui détient une succursale en Suisse (voir la figure 3). La succursale suisse effectue un prêt à la filiale opérante américaine, SOCUS, qui l'utilise dans le cadre de son entreprise. Si la succursale suisse obtient l'accord des autorités fiscales suisses, le revenu d'intérêt peut être imposé à un taux de 2 % en Suisse. De plus, la filiale américaine et la société mère canadienne obtiennent chacune une déduction d'intérêt aux États-Unis et au Canada, respectivement. En vertu de la Convention fiscale entre la Suisse et l'Islande, l'Islande n'impose pas le revenu de la succursale suisse.

En vertu de la Convention fiscale entre les États-Unis et l'Islande, le taux de RAS est de 0 % sur les intérêts payés par SOCUS à la société d'Islande. En vertu de la Convention fiscale Canada-Islande, le taux de RAS est de 5 % sur les dividendes payés par la société d'Islande à SOCAN.

Il est important de noter que l'établissement de telles structures présuppose des frais de mise en place assez importants. D'autre part, la complexité de ces structures et le fait qu'elles impliquent plusieurs juridictions fiscales font en sorte qu'elles sont parsemées d'embûches et une structure ne respectant pas les exigences fiscales des juridictions fiscales concernées peut facilement aussi bien devenir une planification désavantageuse.

De plus, il importe de noter que les négociations de nouveaux protocoles ou de nouvelles conventions fiscales ont débuté entre la Hongrie et les États-Unis et entre l'Islande et les États-Unis. Bien que l'aboutissement des négociations ne soit pas encore en vue, on peut raisonnablement s'attendre à l'insertion d'une clause de restrictions aux avantages dans chacune de ces conventions fiscales. L'insertion d'une telle clause mettrait fin aux structures fiscales avantageuses avec l'Islande et la Hongrie pour financer l'achat d'actifs (ou pour financer les opérations) d'une société américaine. Dans un avenir non défini, il sera donc nécessaire d'envisager des structures de financement avec des pays différents[61].

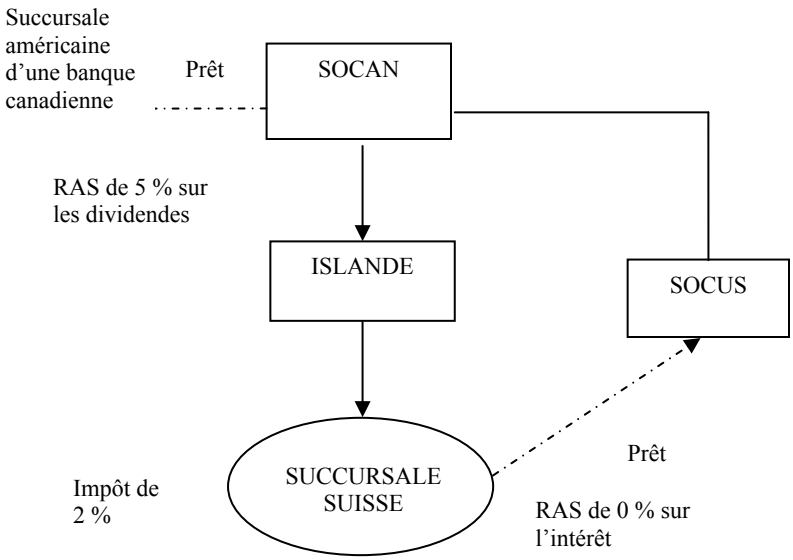
Par ailleurs, certaines structures de financement (avec l'Irlande) sont sous examen par l'ADRC. Il semble que l'ADRC se base sur le paragraphe

[61] Une avenue possible serait de remplacer la société islandaise par une société en Norvège (qui détiendrait une succursale suisse).

95(6) L.I.R. pour tenter d'attaquer certaines de ces structures. Le paragraphe 95(6) L.I.R. est une règle antiévitement qui prévoit que l'achat d'actions dans une société étrangère doit être ignoré lorsque la principale raison de l'acquisition des actions est d'éviter, de réduire ou de différer l'impôt canadien.

Malgré la position de l'ADRC face aux structures de financement en Irlande, on peut se demander si le paragraphe 95(6) L.I.R. vise réellement les structures de financement avantageuses décrites ci-dessus. La principale raison de l'acquisition des actions de la société de financement étrangère (par exemple en Hongrie ou en Islande) est de fournir un financement à la société américaine et non de différer l'impôt canadien. La société canadienne aurait pu tout aussi bien décider de financer directement la société américaine par un investissement dans le capital-actions de la société américaine. Mais le fait que la société canadienne décide plutôt d'utiliser une société de financement étrangère a peu d'impact au niveau canadien autre que de réduire le compte de surplus exonéré de la société américaine et d'augmenter le surplus exonéré de la société de financement. Cette réattribution du surplus exonéré n'a pas tellement d'impact au niveau de l'impôt canadien, étant donné que les dividendes provenant du surplus exonéré ne sont pas imposables en vertu de la déduction accordée à l'article 113 L.I.R.

Figure 3



j) Qu'arrive-t-il au niveau de l'impôt si la filiale gagne du revenu d'intérêt et d'autres revenus passifs?

Le revenu passif gagné pourrait être du revenu étranger accumulé, tiré de biens (RÉATB ou FAPI). Dans la mesure où le revenu passif gagné par la filiale est du revenu FAPI, il sera assujetti à l'impôt de façon courante au Canada. Le revenu FAPI sera considéré comme du revenu de biens aux fins fiscales canadiennes. Il est probable que l'impôt payé aux États-Unis réduira le montant de revenu FAPI à zéro, étant donné que la déduction au paragraphe 91(4) L.I.R. tient compte d'un facteur fiscal qui est établi selon un taux d'imposition de 33 % en 2003[62]. En d'autres mots, la société mère canadienne d'une filiale américaine qui paie un impôt de 40 % ne devrait généralement pas reconnaître de revenu FAPI.

Par ailleurs, étant donné qu'il s'agit du revenu de placement, le taux d'imposition sera de 16,25 % au Québec et de 35,79 % en 2003 au fédéral si la société est une SPCC (29,12 % en 2003 plus un taux de 6,67 % si la société est une SPCC).

Dans la mesure où la société est une SPCC, elle recevra, lorsqu'elle paiera des dividendes, un impôt en main remboursable à titre de dividende (ci-après « IMRTD ») qui est généralement égal à 26,67 % du revenu de placement (avec certains ajustements, par exemple le crédit d'impôt étranger réclamé vient réduire l'IMRTD). Puisque le revenu FAPI est considéré comme du revenu de placement, il devrait généralement donner droit à un IMRTD lors du paiement d'un dividende aux actionnaires.

k) Est-ce que la filiale américaine doit être gérée aux États-Unis?

Comme mentionné précédemment, en vertu du paragraphe 3 de l'article IV de la Convention fiscale Canada-États-Unis, une société incorporée aux États-Unis mais dont le centre de contrôle et de direction est au Canada sera considérée comme une résidente des États-Unis aux fins de la convention. Par ailleurs, il est préférable que le centre de contrôle et de direction soit aux États-Unis si l'on veut recevoir des dividendes provenant du surplus exonéré.

l) Si oui, peut-elle l'être par des Canadiens qui n'ont jamais travaillé pour la maison mère au préalable?

---

62 Ce taux sera de 31 % en 2004.

(YAG) : Si la société canadienne désire recevoir des dividendes provenant du surplus exonéré, il est préférable que la société soit gérée et contrôlée aux États-Unis. Par ailleurs, la société pourrait être gérée par des citoyens canadiens qui résident aux États-Unis.

(PT) : Absolument. Comme nous l'avons vu précédemment il n'y a pas que les transferts intracompagnie qui permettent d'assigner un travailleur canadien dans un poste de gestion aux États-Unis. Par contre, dans ce cas précis, il faudra s'assurer que l'individu possède un bagage d'expérience suffisant afin de présenter une demande crédible. De façon plus importante, il faudra dans ce cas que la citoyenneté des principaux actionnaires soit également canadienne afin de permettre d'intégrer le dirigeant canadien dans cette autre catégorie préférentielle.

m) Quelles seront les conséquences de vendre dans plusieurs États au niveau de l'impôt corporatif des États et au niveau des taxes sur le capital et de l'avoir net des États?

(YAG) : Dans la mesure où la société a un *nexus* avec ces États et que l'État prélève un impôt corporatif, elle devra produire une déclaration dans ces États.

Chaque État a sa formule de répartition pour l'attribution du revenu à l'État. Plusieurs États ont choisi une formule basée sur les ventes (ce facteur est souvent compté deux fois), les actifs et les salaires mais il n'y a pas de règles de ventilation uniforme dans chacun des États.

Par ailleurs, les revenus passifs provenant de biens tangibles dans l'État sont attribués (ou plutôt « alloués ») à l'État où est situé le bien. Dans le cas de biens intangibles, l'allocation se fait souvent selon le domicile commercial de la société.

n) Y a-t-il lieu de favoriser un État d'où sera expédiée la marchandise?

Dans la ventilation des ventes à l'État, environ la moitié des États (par exemple, la Californie) appliquent la règle du *throwback*, c'est-à-dire qu'ils considèrent que les ventes de marchandises expédiées à partir de leur État, qui ne sont pas assujetties à un impôt corporatif dans l'État de destination, sont réattribuées à l'État d'origine.

Les ventes aux États étrangers peuvent être assujetties à la règle du *throwback* dans la mesure où l'État étranger n'a pas la juridiction d'imposer ces ventes. Les critères utilisés dans les différents États pour déterminer si le

pays étranger a la juridiction de taxer ne sont pas uniformes. Le *California Franchise Tax Board* a déterminé dans le *Legal Ruling* 99-1 qu'aux fins de l'application de la *throwback rule*, Puerto Rico n'a pas la juridiction d'imposer les ventes provenant de la Californie lorsque les activités se limitaient à la sollicitation de ventes telle qu'elle est protégée par la P.L. 86-272. Cette position de la Californie est un peu contradictoire, étant donné que la Californie n'accorde pas, à l'opposé, la protection de la P.L. 86-272 aux sociétés étrangères qui vendent des biens en Californie.

Pour minimiser l'impôt au niveau des États, il est donc préférable d'expédier les marchandises à partir d'un État qui n'applique pas la règle du *throwback* tel que le New Jersey, New York ou la Floride.

o) Le lieu où sont situés les actifs et les employés est-il important?

Comme mentionné précédemment, les employés et les actifs peuvent souvent créer un *nexus* avec l'État. De plus, les actifs et les salaires sont souvent des facteurs de ventilation des revenus d'entreprise dans un État.

Par ailleurs, il semble y avoir une tendance parmi les États de réduire le nombre de facteurs. Par exemple, le Texas n'utilise que le facteur des ventes. L'utilisation des ventes comme unique facteur a l'avantage de favoriser l'achat de biens et l'embauche d'employés au Texas (sans pour autant augmenter l'impôt de la société au Texas).

p) Dans quels États devra-t-on produire aux fins de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur le capital ou de l'avoir net?

Comme mentionné auparavant, la société devra produire dans les États où elle a un *nexus*.

Par ailleurs, étant donné que Fabrik USA Corp. vend des marchandises, elle peut profiter de la protection de la P.L. 86-272. Comme mentionné ci-dessus, la P.L. 86-272 prévoit qu'aucun État ou toute autre subdivision politique de cet État ne peut imposer une personne (incluant une société) sur la base du revenu pour des activités à l'intérieur de l'État qui se limitent à une ou n'importe quelle combinaison des activités suivantes :

a) solliciter, personnellement ou en utilisant un représentant, des commandes envoyées à l'extérieur de l'État imposant pour approbation, et ce, pour livraison à partir d'un point à l'extérieur de l'État imposant;

b) solliciter au nom ou pour le bénéfice d'un client potentiel;

c) vendre ou solliciter une vente par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs agents indépendants ayant ou non un bureau dans l'État.

Cependant, la P.L. 86-272 ne prévoit aucune exemption lorsque les marchandises sont entreposées à l'intérieur de l'État imposant. En résumé, une société doit limiter les activités de ses employés dans un État à la sollicitation de commandes pour être protégée par la P.L. 86-272.

La Cour suprême des États-Unis, dans la cause *Wisconsin Department of Revenue* v. *William Wrigley, Jr., Co.*[63], a défini la portée de la P.L. 86-272 en précisant que la sollicitation de commandes inclut des demandes d'achats et les activités qui sont complètement ancillaires aux demandes d'achat et qui n'ont aucune autre fonction commerciale sauf leur lien avec la sollicitation de commandes.

Étant donné la protection accordée par la P.L. 86-272, Fabrik USA Corp. pourrait éviter, aux fins de l'impôt sur le revenu, d'être imposables dans plusieurs États, en limitant ses activités dans l'État à la sollicitation de commandes. Selon la cause *National Private Truck Council* v. *Virginia Dep't of Taxation*[64], Fabrik USA Corp. pourrait même utiliser ses propres camions pour transporter les marchandises dans un État sans pour autant être assujettie à l'impôt sur le revenu dans un État.

Comme mentionné ci-dessus, la P.L. 86-272 ne s'applique pas aux taxes sur le capital ou sur l'avoir net. Pour Fabrik USA Corp., le fait de solliciter des commandes créerait donc probablement un *nexus* avec un État au niveau des taxes sur l'avoir net. Par exemple, si Fabrik USA Corp. sollicite des commandes dans l'Ohio, elle devra probablement produire une déclaration pour la taxe sur le capital dans cet État puisque que l'Ohio impose une société sur le plus élevé de l'impôt sur le revenu et de la taxe sur le capital.

Par ailleurs, plusieurs États exigent qu'une société produise dans l'État malgré le fait qu'elle soit protégée par la P.L. 86-272.

---

63 [505] U.S. 214 (1992).

64 253 Va. 74, 480 S.E.2d 500 (1997).

3.5. FISCALITÉ DES INDIVIDUS *(YVES COALLIER)*

a) Comment instaure-t-on un système de péréquation fiscale assurant qu'aucun employé ne soit défavorisé pour des questions de coût de la vie ou d'imposition défavorable?

Deux approches sont à considérer dans l'élaboration d'une politique de rémunération des expatriés. Soit la société assure le maintien d'un niveau de revenu net constant, peu importe la juridiction où se trouve l'employé, soit elle lui accorde une enveloppe variant en fonction d'éléments tels que le coût de la vie et le niveau de rémunération moyen dans un pays, mais laisse alors à l'employé le gain ou la perte résultant du différentiel d'impôt.

La difficulté principale d'un système de péréquation fiscale réside dans l'obtention d'une information complète et juste quant au coût de la vie, au niveau salarial, aux programmes publics, au niveau d'épargne d'un résident type du pays hôte par rapport à la situation particulière de l'expatrié dans son pays d'origine. Règle générale, chaque partie détermine une enveloppe qu'elle juge raisonnable dans les circonstances et le tout se règle en négociation par la suite.

Tant pour l'employeur que l'employé, la solution idéale consiste en un plan où chaque partie sort gagnante.

b) En quoi les dernières mises à jour de l'ADRC quant aux règles de changement de résidence fiscale affectent les employés qui seront expatriés?

Les dernières mises à jour quant à la politique administrative de l'ADRC en matière de changement de résidence remontent au 4 octobre 2002. Principalement, l'ADRC a clarifié sa position en émettant un nouveau bulletin au 21 décembre 2001, modifié par la suite jusqu'à la date de l'émission de la version consolidée.

Principalement, le nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-221R3[65] clarifie qu'aucune durée particulière de séjour à l'étranger n'aura nécessairement pour effet que le particulier devienne non-résident (auparavant, une telle présomption existait pour une absence de deux ans ou plus). De plus, moins de restrictions pèsent sur la location à des tiers liés. En fait, il suffit de démontrer que la location est faite à des conditions de marché identiques à

---

[65] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 44.

celles prévalant pour des tiers. L'accent est également mis sur les liens dits primaires dans la détermination de la résidence fiscale. Également, le bulletin tient compte des nouvelles règles sur les personnes réputées non-résidentes du paragraphe 250(5) L.I.R.

ÉTUDE DE CAS B

ACHAT D'UNE ENTREPRISE

Coordonnateur
Richard Gagné
CA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton

Catherine Lapointe
Avocate, LL. M.
Brouillette Charpentier Fortin, s.e.n.c.

Jean-Luc Fréchette
CA
Demers Beaulne s.e.n.c.

Marie-Andrée Côté
Avocate, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 60:7

1. MISE EN SITUATION 60:7

2. MANDAT CONFIÉ PAR L'ACQUÉREUR 60:11

3. L'ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ 60:13

4. LETTRE D'OFFRE D'ACHAT PAR RAPPORT À LETTRE D'INTENTION 60:14

4.1. GÉNÉRALITÉS 60:14
4.2. ÉLÉMENTS NON EXÉCUTOIRES 60:16
4.3. ÉLÉMENTS EXÉCUTOIRES 60:21
4.4. ASPECTS FISCAUX 60:24
4.4.1. Notions de lien de dépendance et d'association 60:24
4.4.2. Acquisition de contrôle 60:26

5. VÉRIFICATION DILIGENTE 60:30

5.1. GÉNÉRALITÉS 60:30
5.2. VÉRIFICATION DILIGENTE APPLIQUÉE À NOTRE CAS 60:31
5.3. PRINCIPAUX POINTS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UN EXAMEN 60:32

6. FINANCEMENT 60:39

6.1. DÉDUCTIBILITÉ DE LA DÉPENSE D'INTÉRÊT 60:39
6.1.1. Honoraires de gestion 60:39
6.1.2. Fusion de Acquisico et de Nouco 60:41
6.1.3. Transférer la dette dans Nouco 60:43

7. TRANSFERT DES ÉLÉMENTS D'ACTIF DE FABRICO À NOUCO 60:44

7.1. TRANSFERTS DES DIVERS ÉLÉMENTS D'ACTIF 60:45
7.1.1. Transfert du terrain A 60:45
7.1.2. Transfert de l'entrepôt et de la machinerie et équipements 60:46
7.1.3. Transfert du matériel informatique et du mobilier 60:46
7.1.4. Transfert des brevets 60:47
7.1.5. Transfert des marques de commerce 60:47
7.1.6. Transfert de l'achalandage 60:49
7.1.7. Transfert de l'inventaire 60:50
7.2. DROIT DE MUTATION ET DROIT SUPPLÉTIF 60:50

7.3. TRANSFERT D'ACTIFS ET RESPONSABILITÉ DU BÉNÉFICIAIRE (ARTICLE 160 L.I.R.) 60:51
7.4. ASSUJETTISSEMENT À LA TPS ET À LA TVQ 60:51

8. TRANSFERT DES POLICES D'ASSURANCE VIE DES EMPLOYÉS CLÉS ET DES ANCIENS EMPLOYÉS 60:53

9. VENTE DES ACTIONS DE NOUCO ET DE IMCO 60:54

9.1. CONVENTION D'ACHAT D'ACTIONS 60:54
9.2. CONTRATS D'EMPLOI ET DE CONSULTATION 60:61

10. AUTRES CONSIDÉRATIONS 60:62

10.1. TRAITEMENT DU PAIEMENT DES CONVENTIONS DE NON-CONCURRENCE, DE NON-SOLLICITATION ET DE CONFIDENTIALITÉ 60:62
10.2. HONORAIRES PROFESSIONNELS 60:63
10.2.1. Lettre d'intention 60:64
10.2.2. Convention d'achat des actions de Nouco et de Imco 60:64
10.2.3. Rapport de vérification diligente 60:64
10.2.4. Incorporation de Acquisico 60:65
10.2.5. Frais de financement 60:65
10.2.6. Convention entre actionnaires 60:65
10.2.7. Contrat de consultation avec M. Sansoucy 60:65
10.2.8. Clauses de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité 60:65
10.3. REPORT DES PERTES EN CAPITAL ET DES PERTES AUTRES QU'EN CAPITAL 60:66
10.3.1. Pertes en capital 60:66
10.3.2. Pertes autres qu'en capital 60:69
10.4. LA MAJORATION DU COÛT DES IMMOBILISATIONS NON AMORTISSABLES SELON L'ALINÉA 88(1)D) L.I.R. 60:70
10.4.1. Généralités 60:70
10.4.2. Application à notre cas 60:71
10.5. PAIEMENT BASÉ SUR LA PRODUCTION OU L'USAGE 60:72
10.6. TAXE SUR LE CAPITAL 60:76
10.7. ACOMPTES PROVISIONNELS 60:80
10.8. DÉDUCTIONS À LA SOURCE 60:80
10.9. PLANIFICATION BASÉE SUR LES FAITS DE LA CAUSE *GERANSKY* C. *LA REINE* 60:81
10.10. OPTION D'ACHAT D'ACTIONS 60:82

ANNEXE A 60:85

ANNEXE B 60:86

ANNEXE C 60:88

ANNEXE D 60:89

ANNEXE E.1 ..... 60:91

ANNEXE E.2 ..... 60:93

ANNEXE F 60:94

ANNEXE G 60:95

ANNEXE H.1 ..... 60:96

ANNEXE H.2 ..... 60:98

ANNEXE I 60:99

ANNEXE J 60:100

ANNEXE K.1 ..... 60:101

ANNEXE K.2 ..... 60:103

ANNEXE L 60:105

INTRODUCTION*

Après avoir passé de belles vacances, vous arrivez au bureau frais et dispos. Vous avez l'intention d'avoir un horaire de travail moins chargé, cette semaine, avant de reprendre graduellement votre rythme de croisière habituel.

Cependant, peu après votre arrivée au bureau, vous recevez un appel de M. Lacheteur. Il veut vous rencontrer dès que possible puisque son entreprise envisage de procéder à l'acquisition d'une compagnie et qu'il aurait besoin de vos conseils pour structurer la transaction. Vous vous retrouvez donc brusquement replongé dans le quotidien de votre vie professionnelle.

1. MISE EN SITUATION

Les faits pour la présente étude de cas sont les suivants :

- Opco, Fabrico et Imco sont des sociétés privées et leur exercice financier se termine le 31 décembre;

- Fabrico et Imco sont constituées en vertu de la Partie 1A de la *Loi sur les compagnies*[1];

- Opco est constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[2];

- Opco n'est pas admissible à la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »), compte tenu qu'elle est assujettie à l'impôt des grandes sociétés;

---

* Le présent document et ses annexes ont été préparés dans un but pédagogique uniquement. Ils ne constituent pas une analyse exhaustive du sujet traité et ne devraient en aucun cas être utilisés à titre de conseils juridiques, fiscaux ou autres conseils professionnels. Le contenu du présent texte ne devrait dispenser personne d'obtenir des conseils juridiques, fiscaux ou autres de ses propres conseillers.

1 L.R.Q., c. C-38.

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

- Fabrico est une entreprise manufacturière. Elle fabrique des systèmes d'irrigation pour des terrains de golf qu'elle vend au Québec, dans les Maritimes et en Nouvelle-Angleterre;

- Imco est une société qui détient un terrain et un bâtiment. C'est dans cet immeuble que Fabrico exploite son entreprise de fabrication. Une convention de bail lie les deux parties;

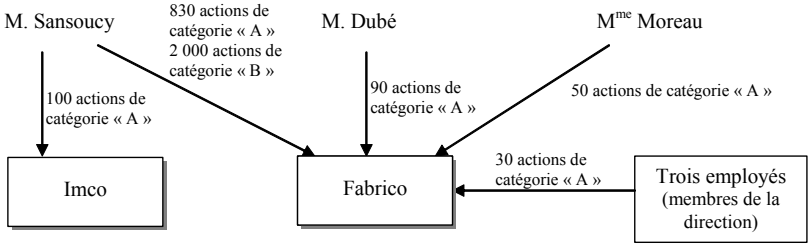
- Imco a un solde de pertes autres qu'en capital de 100 000 $ et un solde de pertes en capital nettes de 200 000 $;

- Opco, une entreprise spécialisée dans la fabrication et la distribution de matériel d'irrigation en tout genre, désire acheter l'entreprise exploitée par Fabrico, à l'exception de l'encaisse, des comptes clients, des certificats de dépôt et du terrain B puisque ce dernier n'est pas nécessaire pour Opco. De plus, Opco est prête à assumer la dette à long terme de Fabrico, mais pas son passif à court terme;

- Opco désirerait acheter les actifs de Fabrico. Toutefois, les actionnaires de Fabrico préféreraient vendre les actions de Fabrico;

- Opco est cependant disposée à acquérir les actions de Imco;

- la structure corporative de Fabrico et de Imco, au 30 septembre 2003, est la suivante :



- les caractéristiques fiscales des actions émises par Fabrico et Imco sont indiquées à l'annexe A de la présente étude de cas;

- M. Dubé, Mme Moreau et les trois employés de la direction ont acquis leurs actions de catégorie « A » dans le cadre du régime d'option d'achat d'actions de Fabrico. M. Dubé et Mme Moreau détiennent chacun l'option d'acquérir 60 actions additionnelles de catégorie « A » de Fabrico.

Cependant, ils ne pourront exercer leur droit qu'entre le 1er juin 2004 et le 31 mai 2007. Le régime d'option d'achat d'actions prévoit que les options consenties et non exerçables deviennent caduques dans le cas où Fabrico vendrait son entreprise;

- les actions de catégorie « A » sont des actions ordinaires. Les actions de catégorie « B » sont des actions de roulement et elles ont été émises à M. Sansoucy dans le cadre d'une cristallisation;

- les caractéristiques fiscales des éléments d'actif de Fabrico et de Imco sont indiquées aux annexes B et C de la présente étude de cas;

- Fabrico réclame annuellement des crédits d'impôt pour des dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental (ci-après « RS&DE »). Elle bénéficie du taux maximal de crédit de RS&DE tant au fédéral qu'au provincial;

- Fabrico est membre d'une mutuelle de prévention aux fins de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (ci-après « CSST »), ce qui lui assure une stabilisation du taux et un taux de cotisation plus performant à long terme;

- Fabrico a 35 employés dont M. Sansoucy, deux employés clés (M. Dubé et Mme Moreau) et trois autres employés qui sont membres de la direction;

- Opco désire conserver les deux employés clés, mais voudrait établir sa propre équipe de gestion. Pour cette raison, les services des trois employés membres de la direction ne seront pas retenus. Quant à M. Sansoucy, Opco désirerait lui offrir un contrat à titre de consultant pour une durée maximale de deux ans. Ses services seront requis sur une base ponctuelle;

- les trois employés membres de la direction sont employés de Fabrico depuis cinq ans et ont respectivement 35 ans dans le cas des deux premiers et 55 ans dans le cas du troisième. Leurs contrats d'emploi prévoient une clause de non-concurrence et de non-sollicitation visant la période de deux ans suivant la fin de leur emploi;

- M. Sansoucy est président et secrétaire de Imco et est l'unique administrateur de cette société;

- M. Sansoucy et M. Dubé seront respectivement président et secrétaire de Nouco. Ils seront les seuls administrateurs de Nouco;

- Fabrico est propriétaire et bénéficiaire de polices d'assurance vie sur la tête de M. Sansoucy, M. Dubé, Mme Moreau et les trois membres de la direction. L'acquéreur désire transférer les polices d'assurance vie sur la tête de M. Dubé et de Mme Moreau à Nouco. Les polices couvrant les membres de la direction leur seront transférées. M. Dubé et Mme Moreau sont tous deux couverts par une police d'assurance temporaire d'une durée de 10 ans et par une seconde police d'assurance vie universelle dont la valeur de rachat est de 38 000 $. Le capital assuré est de 200 000 $ pour la première police et de 800 000 $ pour la seconde. Par ailleurs, l'état de santé des assurés est excellent;

- en vue de financer son acquisition, Opco a pressenti la Caisse de dépôt et placement du Québec (ci-après « CDPQ »), la Banque de développement du Canada (ci-après « BDC ») ainsi qu'une banque à charte. Les trois institutions sont disposées à participer au financement de la transaction;

- la lettre d'offre de financement de la CDPQ et de la BDC prévoit les modalités de la convention entre actionnaires qui devra être signée entre les actionnaires actuels et les institutions, préalablement à l'acquisition;

- un ancien actionnaire de Fabrico (M. Duquette) poursuit la société pour une somme de 250 000 $, à laquelle M. Duquette prétend avoir droit à titre de solde de prix de vente à Fabrico d'un brevet dont il était titulaire. Fabrico prétend de son côté ne pas devoir une telle somme en vertu des ententes conclues avec M. Duquette;

- en considérant les résultats *pro forma* de Fabrico et de Imco au 31 décembre 2003, le prix d'acquisition a été estimé à 9 600 000 $;

- le prix d'acquisition des actions est basé sur la valeur de l'avoir des actionnaires au 31 décembre 2003 plus un multiple des bénéfices nets avant impôt, amortissement et intérêts au 31 décembre 2003;

- le prix d'acquisition pourrait cependant faire l'objet d'un ajustement à la baisse dans l'éventualité où les bénéfices avant impôt, amortissement et intérêts de Nouco à la fin de son premier exercice financier suivant l'acquisition de contrôle seraient inférieurs à 600 000 $;

- la date de clôture de la transaction est prévue pour le début de l'année 2004;

- le prix d'acquisition a été ventilé comme suit entre les différents éléments d'actif et de passif de Fabrico et de Imco :

Actifs d'entreprise de Fabrico			11 830 000 $[3]
Moins	Actifs non désirés par l'acquéreur		
	Encaisse	100 000 $	
	Comptes clients	600 000 $	
	Terrain B	80 000 $	(780 000 $)
			11 050 000 $
Moins	Dette à long terme		(2 050 000 $)
			9 000 000 $
Plus	Valeur nette de Imco		600 000 $
			9 600 000 $

- le siège social de Opco est situé à Montréal. Le siège social de Fabrico est situé à Trois-Rivières.

2. MANDAT CONFIÉ PAR L'ACQUÉREUR

- L'acquéreur vous demande de structurer l'acquisition de façon à maximiser sa situation fiscale et à réduire les risques fiscaux et légaux.

- L'acquéreur vous avise que les vendeurs veulent minimiser les impôts et que, à cet égard, ils désirent vendre leurs actions plutôt que les actifs. Cependant, l'acquéreur n'est aucunement intéressé à acquérir les actions de Fabrico puisqu'il ne veut pas assumer les passifs latents de Fabrico et qu'il veut s'assurer d'avoir des bases fiscales élevées pour les actifs. Pour lui permettre d'atteindre cet objectif, il vous informe que M. Sansoucy lui

[3] Voir le détail à l'annexe B de la présente étude de cas. La valeur de l'achalandage a été déterminée par différence.

a proposé une planification consistant à transférer préalablement les actifs de Fabrico à une nouvelle société (ci-après « Nouco »), suivie de la vente des actions de Nouco. L'acquéreur vous demande d'examiner les implications d'une telle structure.

- L'acquéreur base son intention d'acquérir les actions du capital-actions de Imco et de Nouco sur des informations et des analyses assez sommaires ainsi que sur sa connaissance générale du marché des produits d'irrigation; le gros de sa vérification diligente, tant financière, opérationnelle, juridique que fiscale, reste à faire.

- L'acquéreur vous informe également qu'il redoute une surenchère de la part d'un concurrent.

- Par ailleurs, l'acquéreur met un accent très important au cours de vos discussions sur le caractère stratégique de l'acquisition envisagée et évoque même la possibilité, compte tenu de sa connaissance du marché des produits d'irrigation et de l'imminence d'une offre concurrente, de renoncer à certains éléments de vérification afin de pouvoir faire une offre ferme le plus rapidement possible.

- L'acquéreur veut constituer une nouvelle société (ci-après « Acquisico ») afin de procéder à l'acquisition des actions de Imco et de Nouco.

- L'acquéreur vous mentionne qu'il serait important de prévoir une clause de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité impliquant M. Sansoucy, M. Dubé, Mme Moreau et les trois employés membres de la direction.

- L'acquéreur n'est pas intéressé à conserver le régime d'option d'achat d'actions de Fabrico. Cependant, il ne voudrait pas froisser M. Dubé ni Mme Moreau. À cet égard, il vous demande de trouver une solution qui permettrait à ces deux employés clés de ne pas être financièrement désavantagés, compte tenu qu'ils perdront leur droit d'exercer leur option d'acquérir 60 actions additionnelles.

- L'acquéreur vous demande de préparer une offre d'achat afin de lier le vendeur pendant une certaine période avant la clôture de la transaction, de manière à lui permettre d'effectuer les vérifications préalables.

- L'acquéreur vous demande d'analyser la déductibilité des honoraires professionnels. La facturation devra permettre de distinguer les types d'honoraires.

- L'acquéreur veut connaître les conséquences fiscales découlant du transfert des polices d'assurance vie.

- L'acquéreur désirerait conserver une somme afin de garantir la véracité des représentations et garanties. À cet égard, sous réserve de l'ajustement de prix postérieur, le paiement de la transaction se fera en trois tranches. Une somme de 7 000 000 $ sera payable à la clôture. Un montant de 1 000 000 $ sera conservé en dépôt pour garantir la véracité des représentations et garanties et pour garantir le paiement des dommages que l'acquéreur pourrait subir par suite d'une inexécution des obligations des vendeurs et, le cas échéant, de leurs actionnaires. Le solde de prix de vente de 1 600 000 $ sera payable sur production des états financiers de clôture.

3. L'ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ

Une entente de confidentialité, aussi appelée entente de non-divulgation, devra être signée par l'acquéreur avant toute divulgation d'informations confidentielles de la part des vendeurs. La signature de l'entente de confidentialité s'effectue au tout début du processus devant mener à la réalisation de la transaction envisagée. En fait, elle est la première entente qui sera signée entre Opco, Imco, Fabrico et les actionnaires de Imco et de Fabrico.

L'entente de confidentialité peut être rédigée de façon plus ou moins complexe. Elle doit cependant comporter les éléments suivants :

Définition de l'information confidentielle

- Cette définition précise généralement la nature de l'information visée par l'entente. Alors que les vendeurs cherchaient à obtenir la définition la plus large possible afin d'englober le plus d'informations possible, Opco a, dans ses négociations, plutôt cherché à la restreindre.

Obligation de confidentialité

- Cette disposition stipule que l'information demeurera confidentielle et ne pourra être divulguée par Opco ni ne sera utilisée autrement qu'en rapport avec la transaction envisagée. Opco s'engage également à

prendre toutes les précautions nécessaires pour maintenir le caractère confidentiel de l'information (divulgation aux personnes auxquelles cela est nécessaire uniquement, lesquelles doivent être elles-mêmes liées par des engagements de confidentialité, identification de l'information confidentielle, etc.).

Propriété de l'information confidentielle

- L'acquéreur reconnaît que l'information confidentielle est et demeurera la propriété de Imco et de Fabrico.

Personnes auxquelles l'information est divulguée

- L'entente désigne parfois de façon précise les personnes auxquelles l'information sera divulguée. Même si cette clause vise certains individus en particulier, en cas de non-respect de l'obligation de confidentialité par ceux-ci, l'entente sera rédigée de telle sorte que l'acquéreur pourra être tenu responsable de leur manquement.

Engagement de confidentialité relativement à la transaction

- Comme Opco craint une offre d'un concurrent, elle a obtenu des actionnaires de Imco et de Fabrico qu'ils soient également visés par des dispositions relatives à la confidentialité des négociations et de la transaction projetée.

Engagement d'exclusivité

- Certains engagements de confidentialité contiennent aussi une clause d'exclusivité.

Dès la signature de cette entente et la fourniture des informations nécessaires, les actionnaires de Imco et de Fabrico entameront leurs négociations avec Opco. Franchie une certaine étape, Opco sera alors peut-être prête à émettre une lettre d'intention ou une lettre d'offre.

4. LETTRE D'OFFRE D'ACHAT PAR RAPPORT À LETTRE D'INTENTION

4.1. GÉNÉRALITÉS

L'acquéreur vous a demandé de préparer une lettre d'offre d'achat, c'est-à-dire un document ayant un caractère définitif, constituant un contrat,

sujet à l'accomplissement de certaines conditions dépendant de tiers (comme l'autorisation d'un cocontractant), par lequel les parties s'engagent à procéder, à une date ultérieure, à l'achat et à la vente de la totalité des actions du capital-actions de Imco et de Nouco.

Il importe tout d'abord d'établir si une lettre d'offre d'achat est le document approprié dans les circonstances. Il est en effet très important à ce stade de vérifier avec l'acquéreur ce qu'il recherche par la signature d'un tel document et si l'état des négociations entre les parties ainsi que l'avancement des vérifications permettent à Opco de conclure une lettre d'offre.

L'acquéreur vous a indiqué qu'il cherche à lier Imco et Fabrico et, le cas échéant, leurs actionnaires, pendant un certain temps afin de finaliser sa vérification diligente. Il cherche donc à obtenir l'exclusivité des négociations avec ces personnes pendant une certaine période. Ceci est d'autant plus important qu'il redoute une offre d'un concurrent à un prix supérieur.

Cependant, bien qu'il aimerait pouvoir lier les autres parties de façon définitive sous réserve de la réalisation de quelques conditions, au cours de vos discussions, l'acquéreur admet qu'il n'est pas prêt lui-même à se lier sur plusieurs éléments. Ainsi, par exemple, le prix qu'il compte proposer a été établi sur la foi d'informations fragmentaires et pourrait être modifié à la suite de la vérification diligente dont la majeure partie reste à faire. Même la structure de la transaction n'a pas été convenue de façon ferme. En effet, vous n'avez pas encore procédé à l'analyse de la planification proposée par les actionnaires de Imco et de Fabrico et n'êtes donc pas encore en mesure d'affirmer si elle respecte les objectifs de l'acquéreur et si elle comporte ou non certains désavantages fiscaux et juridiques pour l'acquéreur par rapport à un simple achat des actions du capital-actions de Fabrico ou de ses éléments d'actif. Le vendeur lui-même ne semble donc pas prêt à se commettre, d'autant plus qu'au cours de vos discussions avec ses représentants, vous avez eu l'occasion de lui faire part des conséquences fiscales qu'aurait, pour Imco et Fabrico, la signature d'une lettre d'offre d'achat au cours du présent exercice financier de Imco et de Fabrico, alors que la clôture n'est envisagée qu'en 2004.

Pour toutes ces raisons, l'acquéreur a accepté votre recommandation de préparer une lettre d'intention hybride, plutôt qu'une lettre d'offre d'achat. Il s'agit d'un type de lettre d'intention, dont l'usage est généralisé en pratique, qui se compose de certains éléments ayant un caractère exécutoire, c'est-à-dire liant les parties, et d'éléments purement descriptifs de ce que pourrait

être la transaction sur la base des éléments connus ou présumés par l'acquéreur à ce stade.

Vous préparez donc une lettre d'intention adressée à l'ensemble des actionnaires de Imco et de Fabrico et à Fabrico elle-même puisque, dans le cadre de la planification envisagée, c'est elle qui vendra les actions du capital-actions de Nouco et qu'elle sera donc partie prenante à la transaction. De façon générale, les éléments à caractères exécutoires de cette lettre seront ceux ayant trait au processus et à la façon d'agir des parties dans le cadre de la négociation et de la mise en place de la transaction, et les éléments non exécutoires seront ceux ayant trait à la description et aux conditions et modalités de la transaction.

4.2. ÉLÉMENTS NON EXÉCUTOIRES

La lettre d'intention que vous préparerez comportera les éléments non exécutoires suivants :

Description de la transaction envisagée

- Compte tenu que vous n'avez pas encore examiné en détail la planification proposée, laquelle implique un transfert de la quasi-totalité des éléments d'actif et de passif de Fabrico à Nouco, votre lettre d'intention pourrait être libellée en suivant la planification proposée, mais en spécifiant de façon claire qu'aucune vérification diligente de cette planification n'a été effectuée et que la structure envisagée par l'acquéreur pour procéder à l'acquisition pourrait être modifiée à la suite de cette analyse. Une autre façon de procéder serait de libeller la description de la transaction sous forme d'achat de la quasi-totalité des éléments d'actif de Fabrico et de Imco tout en indiquant que, dans la mesure où la vérification diligente de la planification proposée ne révèle aucun impact financier, fiscal ou autre négatif pour l'acquéreur, l'acquéreur serait disposé à l'accepter. Vous choisissez la première alternative.

- Étant donné que Acquisico n'existe pas encore à ce stade, vous indiquez que Opco agira par l'intermédiaire de Acquisico, une filiale à part entière à être formée ou, ce qui donne plus de latitude à ce stade, que Opco effectuera les acquisitions projetées directement ou par l'intermédiaire d'une filiale à part entière. Il est probable que les vendeurs vont, dans le cas où Acquisico serait l'acquéreur, exiger un cautionnement des obligations de Acquisico par Opco.

Description du calcul du prix d'achat et de ses modalités de paiement

- D'après les faits dont vous disposez à la suite de vos discussions avec l'acquéreur, le prix d'achat total serait de 9 600 000 $, soit 600 000 $ pour les actions de Imco et le solde de 9 000 000 $ pour celles de Nouco, le tout sujet à un ajustement dans le cas où les bénéfices avant impôt, amortissement et intérêts de Nouco à la fin de son premier exercice financier suivant l'acquisition de contrôle seraient inférieurs à 600 000 $. Vous savez de plus que l'acquéreur est prêt à débourser 8 000 000 $ à la clôture, dont 1 000 000 $ serait mis en dépôt afin de garantir la véracité des représentations et garanties ainsi que les engagements des vendeurs et, le cas échéant, de leurs actionnaires, contenus aux conventions de vente, et 1 600 000 $ lors de la production des états financiers au 31 décembre 2003 (en pratique on base plutôt l'ajustement du prix de vente sur des états financiers en date de l'acquisition de contrôle).

- Vous devez demander à l'acquéreur comment il désire que la somme de 1 000 000 $ devant être mise en dépôt se répartisse entre l'achat des actions du capital-actions de Imco et celles de Nouco.

- Il serait souhaitable d'indiquer en annexe la manière dont l'acquéreur a calculé le prix offert. Ainsi, si la vérification diligente révèle que certaines des hypothèses de calcul étaient erronées ou incomplètes, il sera plus facile de continuer les négociations du prix si la méthode de calcul a été clairement exposée.

- De plus, dans le cas qui nous occupe, comme une partie du calcul du prix est basée sur les capitaux propres au 31 décembre 2003 et une autre sur un multiple des bénéfices nets avant impôt, amortissement et intérêts pour l'exercice financier se terminant le 31 décembre 2003, il est clair que l'acquéreur a utilisé des estimations établies sur des chiffres *pro forma* (et peut-être antérieurs) afin d'établir le prix qu'il vous a indiqué. Vous devrez donc établir, dans la lettre d'intention, comment le prix qu'il a estimé sera ajusté afin de tenir compte des chiffres réels qui seront connus après la production des états financiers au 31 décembre 2003, d'où l'importance d'inclure dans la lettre d'intention la méthode de calcul. Le prix est en fait déterminable plutôt que déterminé.

- Vous devez vérifier si l'acquéreur a tenu compte du litige opposant Fabrico à M. Duquette. A-t-il escompté son offre du montant de la responsabilité éventuelle rattachée à cette poursuite et qui sera assumée par Nouco? Si c'est le cas, il est probable que Fabrico réclame un ajustement à la hausse du prix d'achat des actions du capital-actions de

Nouco, au cas où seulement une partie de cette somme ou rien du tout ne deviendrait payable à M. Duquette. S'il a omis de le faire, vous pourrez lui recommander de revoir son offre à la baisse ou de prévoir d'être autrement indemnisé de toute somme que Nouco pourrait avoir à payer au terme de cette poursuite.

- Afin de vous prémunir du risque qu'une partie des honoraires de la transaction aient été ou soient facturés à Nouco ou à Imco par les conseillers des vendeurs, la clause de prix devrait également prévoir que les ajustements au prix seront calculés de telle sorte que ce soit les vendeurs qui, ultimement, assument ces honoraires.

- En ce qui a trait à la mise en dépôt de la somme de 1 000 000 $, vous devriez dès maintenant préparer votre cliente aux négociations futures que cette demande risque d'entraîner, compte tenu de l'importance de la somme qui n'est pas remise immédiatement aux vendeurs. Par ailleurs, vous devriez établir la période pour laquelle l'acquéreur s'attend à ce qu'une telle somme soit conservée. Une alternative pourrait être de retenir le paiement d'une partie du prix de vente pour une certaine période, une autre alternative pourrait être la fourniture par Nouco à l'acquéreur d'une lettre de crédit valable pour la durée recherchée ou renouvelée périodiquement. Enfin, une autre alternative pourrait être de réduire le prix d'achat de 1 000 000 $ et de procéder à un ajustement postérieur à la hausse du prix pour 1 000 000 $ si, par exemple, aucune réclamation basée sur les représentations et garanties ou sur les obligations des vendeurs et de leurs actionnaires n'a eu lieu au cours des 24 mois suivant la clôture. Si certaines réclamations ont eu lieu, l'ajustement du prix à la hausse sera alors calculé en tenant compte du sort de ces demandes. Cette dernière méthode a pour avantage de faire en sorte que le million de dollars n'entrera dans le patrimoine des vendeurs que lorsque l'ajustement de prix à la hausse sera effectué. Si les vendeurs sont endettés envers le fisc, celui-ci ne pourra donc pas avoir accès à cette somme avant qu'elle devienne due alors que, par ailleurs, si l'acquéreur fait des réclamations en vertu des conventions de vente, l'ajustement sera réduit du montant des dommages qu'il n'aura pu autrement se faire compenser.

- En l'espèce, l'acquéreur envisage également de payer 1 600 000 $ lors de la production des états financiers pour l'exercice financier se terminant le 31 décembre 2003. On peut présumer que l'acquéreur n'entend payer cette somme que dans la mesure où ces états financiers confirment certaines hypothèses ayant servi à l'établissement du prix d'achat. Comme les clauses d'ajustement de prix sont une source fréquente de

différends, il faudrait donc lui recommander de prévoir un mécanisme permettant de régler tout conflit à cet égard. Ainsi, la lettre d'intention pourrait prévoir qu'un délai soit alloué à l'acquéreur afin d'examiner les états financiers, au 31 décembre 2003, soumis par les vendeurs et communiquer aux vendeurs tout désaccord à ce sujet ainsi que l'impact de ce désaccord sur le calcul du prix d'achat. La lettre d'intention pourrait également prévoir que cette communication pourrait être suivie d'une certaine période visant à permettre aux parties de régler le différend à l'amiable et, si le différend persiste, d'en référer à un tiers qui le tranchera de façon finale et sans appel.

- Un dernier ajustement de prix à la baisse est prévu si les bénéfices nets avant impôt, amortissement et intérêts à la fin du premier exercice financier de Nouco suivant l'acquisition de contrôle sont inférieurs à 600 000 $. Or, à cette étape, outre les sommes éventuellement mises en dépôt pour garantir les déclarations et garanties, le prix de vente aura déjà été entièrement distribué à Fabrico. L'acquéreur devrait donc, si l'ajustement de prix à la baisse a lieu, se faire rembourser une certaine somme par Fabrico, ce qui n'est pas idéal et pourrait s'avérer impossible. Il y aurait donc lieu de recommander à l'acheteur, sous réserve des considérations fiscales décrites à la section 10.5., de prévoir dans la lettre d'intention un paiement moindre lors de la clôture et de négocier un ajustement de prix à la hausse si les bénéfices nets avant impôt, amortissement et intérêts sont de 600 000 $ ou plus à la fin du premier exercice financier de Nouco suivant l'acquisition de contrôle.

Autres conditions d'achat à être remplies à la satisfaction de l'acquéreur et de ses conseillers juridiques

- Changement de nom de Fabrico et de Nouco afin que Nouco prenne la dénomination sociale de Fabrico. Comme le nom de Fabrico jouit d'une bonne notoriété, l'acquéreur est donc intéressé à le conserver.

- Démission et quittance de M. Sansoucy à titre d'administrateur, président, secrétaire et employé de Imco et d'administrateur, président et employé de Nouco, démission et quittance de M. Dubé, à titre d'administrateur et secrétaire de Nouco, et signature entre Nouco et M. Sansoucy d'une convention de service.

- Mise à pied des trois autres employés membres de la direction et obtention de quittances de leur part, moyennant le paiement de leur indemnité de départ. Les sommes qui pourraient leur être dues par Fabrico en raison de la terminaison de leur emploi seraient, en vertu des

lois et de la jurisprudence applicables, pour cinq années de service, de l'ordre de 10 à 20 semaines de préavis environ dans le cas des employés de 35 ans et de l'ordre de 6 à 9 mois dans le cas de l'employé de 55 ans. Comme conseiller de l'acquéreur, assurez-vous que les sommes payées par Fabrico soient conformes à ce que prévoient la loi et la jurisprudence. Vous ferez également remarquer à l'acquéreur qu'en raison de leur mise à pied sans cause, les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation prévues aux contrats d'emploi des membres de la direction sont inopérantes.

- Signature d'engagements de cession des droits de propriété intellectuelle et de confidentialité par les employés pertinents.

- Les polices d'assurance sur la vie de M. Sansoucy et des trois autres employés membres de la direction devront leur être transférées avant la clôture au plus élevé de leur valeur de rachat ou 1 $ ou, à défaut, cesseront d'être maintenues en vigueur par Nouco.

- Obtention de tous les consentements requis. Ceux-ci vont être révélés par la vérification diligente. Habituellement, une transaction de ce type, qui entraîne un transfert d'actifs à une filiale et un changement de contrôle subséquent de celle-ci, va exiger le consentement notamment des banquiers, des autres créanciers, des bailleurs et des autres cocontractants importants des entités visées. Parfois, l'autorisation de certains organismes ayant juridiction sur la société vendue peut aussi être requise.

- Exécution de toutes les formalités corporatives.

- Avis juridiques des conseillers juridiques du vendeur portant notamment sur le statut corporatif de Imco et de Nouco, sur les différentes étapes de la planification préalable et sur l'approbation des conventions à être signées dans le cadre de la clôture.

- Absence de litiges à la clôture autres que ceux connus de l'acquéreur et acceptés par celui-ci.

- Absence, à la clôture, de changements défavorables significatifs sur les affaires, les éléments d'actif, les opérations et les perspectives d'affaires de Imco et de Nouco (dans le cas de Nouco par rapport à celles de Fabrico).

Description des conventions et ententes qui devraient être conclues dans le cadre de la clôture, le tout à la satisfaction de l'acquéreur et de ses conseillers juridiques

- Convention d'achat de la totalité des actions du capital-actions de Imco et convention d'achat de la totalité des actions du capital-actions de Nouco. La lettre d'intention devrait préciser que ces conventions comprendront les représentations et garanties habituelles des vendeurs et, le cas échéant, de leurs actionnaires, et que les déclarations et garanties seront assorties d'une clause d'indemnisation. Les déclarations et garanties doivent en effet permettre d'établir un portrait photographique complet de Imco et de Nouco à la date de signature de ces conventions et, dans la mesure où la clôture de la transaction est postérieure (ce qui sera le cas si les parties signent une offre ferme détaillée) à la date de clôture. Elles permettent également de faire une allocation entre les parties du risque relié à certaines situations en l'absence d'autres vérifications (comme une déclaration non qualifiée sur l'absence de contravention aux lois environnementales). Les déclarations et garanties sont de nature financière (notamment, tous les passifs du vendeur doivent être dévoilés et tous les éléments ayant servi de base au calcul du prix doivent faire l'objet de telles déclarations et garanties), opérationnelle et légale (statut corporatif, pouvoirs et approbations). La façon dont une déclaration est libellée peut accroître les risques pour l'acquéreur (par exemple : « à la connaissance des vendeurs […] »).

- Convention de services avec M. Sansoucy.

- Nouveaux contrats d'emploi avec M. Dubé et Mme Moreau.

- Engagements de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité de tous les vendeurs et actionnaires (ces dispositions peuvent aussi se retrouver dans les conventions d'achat d'actions).

4.3. ÉLÉMENTS EXÉCUTOIRES

Les éléments de la lettre d'intention ayant un caractère exécutoire qui sont les plus courants et que vous devez intégrer dans votre projet de lettre d'intention sont les suivants :

Caractère exécutoire de certaines dispositions seulement

- Il s'agit d'une disposition fondamentale de la lettre d'intention puisque c'est elle qui fait la distinction entre les dispositions génératrices

d'obligations pour les parties et celles qui ne sont que descriptives et ne servent qu'à orienter les négociations en vue de la conclusion d'un accord définitif.

Vérification diligente

- Votre lettre d'intention doit donner à l'acquéreur le droit de procéder à une vérification diligente. Cette vérification diligente doit pouvoir porter tant sur la structure de la transaction proposée par les vendeurs et la façon dont ils comptent la réaliser que sur les cibles de l'acquisition, voire sur les personnes qui les contrôlent. La vérification diligente visera toutes les facettes de Fabrico et de Nouco ainsi que de Imco, soit leurs aspects comptables, financiers, fiscaux, opérationnels, juridiques ou autres. L'acquéreur voudra peut-être aussi procéder à certaines vérifications sur M. Sansoucy, M. Dubé et Mme Moreau, auquel cas les autorisations qui peuvent être requises par les lois applicables devront être obtenues.

- Votre lettre d'intention devra établir les modalités d'accès de l'acquéreur à l'information dont il a besoin pour effectuer sa vérification diligente. Il est toutefois fréquent que certaines informations ne soient pas mises à la disposition de l'acquéreur avant la conclusion d'un accord définitif sur la transaction, comme les listes de clients.

Confidentialité et exclusivité

- L'acquéreur désire s'assurer de la confidentialité et de l'exclusivité des négociations entourant la transaction envisagée tant qu'aucune entente définitive ne sera intervenue. Il cherche ainsi à empêcher le concurrent, dont il redoute la surenchère, de faire une offre avant qu'il ait pu décider lui-même s'il désire ou non en formuler une. Pour ce faire, votre lettre d'intention comportera un engagement de Imco, de Fabrico, de Nouco et de leurs actionnaires de préserver la confidentialité des négociations pendant une certaine période. De même, vous y insérerez une clause qui empêchera les vendeurs et leurs actionnaires d'entrer dans des négociations ayant trait directement ou indirectement à la vente des actions ou des actifs de Imco et de Fabrico/Nouco pendant toute la période de vérification diligente et pour un certain temps (par exemple six mois) après celle-ci. La clause d'exclusivité pourrait même être assortie d'un droit de premier refus en faveur de l'acquéreur pour une certaine période suivant l'interruption des négociations.

Engagement à collaborer

- Les lettres d'intention comportent fréquemment un engagement des vendeurs et, le cas échéant, de leurs actionnaires, à collaborer dans le cadre des négociations.

Opérations dans le cours normal des affaires

- Votre lettre d'intention prohibera les opérations hors du cours normal des affaires de Imco, de Fabrico et de Nouco (par exemple, l'achat d'une entreprise par Imco, le changement des activités de Fabrico) et comprendra l'engagement de leurs actionnaires selon lequel de telles opérations ne pourront être effectuées sans le consentement préalable écrit de l'acquéreur. Selon le cas, certaines opérations spécifiques, mêmes habituelles peuvent être prohibées.

Échéanciers

- Votre lettre d'intention prévoira, d'une part, un échéancier pour l'acceptation de la lettre d'intention et, d'autre part, un échéancier pour la conclusion de la clôture de la transaction. Ce second échéancier est souvent fixé simplement dans le but d'encadrer le déroulement des négociations et n'a alors aucun caractère exécutoire. Dans d'autres cas, la date de clôture revêt une importance particulière et si les parties ne se sont pas encore entendues à une certaine date, cela mettra purement et simplement fin aux négociations. On établit aussi parfois un échéancier pour effectuer la vérification diligente. Dans un tel cas, le corollaire peut être l'obligation des vendeurs et, le cas échéant, de leurs actionnaires de fournir l'information demandée dans un certain délai.

Honoraires et frais

- Vous prévoirez que chaque partie assumera les honoraires et frais qu'elle pourrait engager dans le cadre de la mise en place de la transaction. Toutefois, dans certains cas, compte tenu de l'importance des réorganisations préalables à la clôture effectuées au bénéfice des vendeurs, l'acquéreur est parfois en mesure de faire supporter une partie des honoraires et frais de ses propres conseillers par les vendeurs.

Recours

- Prévoir la possibilité de l'injonction.

Autres dispositions

- Loi applicable.

- Il est intéressant pour l'acquéreur de prévoir une élection de domicile de Imco, de Fabrico et de leurs actionnaires dans le district judiciaire de Montréal.

- Amendement à la lettre d'intention : vous devrez prévoir, à la lettre d'intention, qu'elle ne pourra être amendée que par écrit. Cette disposition vise à éviter que l'on puisse inférer des agissements des parties que la lettre d'intention a été modifiée et transformée en entente définitive.

Dès l'acceptation de la lettre d'intention par les vendeurs et, le cas échéant, par leurs actionnaires, le processus de vérification diligente détaillée de l'acquéreur pourra alors commencer.

4.4. ASPECTS FISCAUX

4.4.1. Notions de lien de dépendance et d'association

Au moment de la signature de la lettre d'intention, les liens fiscaux entre Acquisico et Nouco sont-ils immédiatement affectés? Dans le cas des règles d'association, le paragraphe 256(1.4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4] stipule qu'une personne ayant un droit (immédiat ou futur, conditionnel ou non) à des actions d'une société sera réputée propriétaire des actions (sauf si l'exercice du droit est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier). L'alinéa 251(5)b) L.I.R. reprend la même formulation aux fins de déterminer si deux sociétés sont liées. L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après « ADRC ») s'est prononcée au sujet d'une convention d'achat d'actions lors d'une table ronde[5] : l'alinéa 251(5)b) L.I.R. s'applique lors de l'entrée en vigueur d'une convention d'achat d'actions même si la date de clôture de la transaction est ultérieure à ce moment.

---

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

5 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 53:91-188, question 42, à la page 53:146.

Résumons d'abord quelques conséquences fiscales découlant de l'association de deux sociétés :

- partage et réduction possible du plafond des affaires;

- diminution possible du crédit de RS&DE;

- partage de l'abattement de capital aux fins de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. et de la déduction dans le calcul du capital versé au Québec;

- perte du droit au congé fiscal provincial de cinq ans sur les premiers 200 000 $ de revenu imposable aux fins du congé d'impôt sur le revenu, sur les premiers 3 000 000 $ de capital imposable aux fins du congé de taxe sur le capital et sur les premiers 700 000 $ de masse salariale aux fins du congé de cotisations de l'employeur au fonds des services de santé (ces congés étant de 75 % du montant calculé en tenant compte des plafonds à partir du 12 juin 2003);

- perte de la possibilité de payer le solde des impôts fédéraux le troisième mois suivant la fin de l'année, plutôt que le deuxième mois suivant la fin de l'année si les sociétés associées n'ont pas droit à la DPE de l'article 125 L.I.R. ou que leur revenu imposable dépasse le plafond des affaires;

- possibilité d'être considérée comme une grande entreprise en TVQ et d'être ainsi soumise aux remboursements de taxe sur intrants (ci-après « RTI ») restreints;

- possibilité que la fréquence des déclarations de TPS et de TVQ augmente;

- possibilité que la fréquence des versements des retenues sur la paie augmente;

- partage de l'exemption pour dividendes de 500 000 $ relativement aux dividendes sur des actions privilégiées imposables (ci-après « API »).

Voici par ailleurs quelques incidences découlant d'une application possible de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. :

- l'alinéa 13(7)e) L.I.R. établit le coût en capital pour l'acquéreur aux fins du calcul de l'amortissement et de la récupération si un bien amortissable est transféré à une valeur différente du coût en capital;

- le paragraphe 69(1) L.I.R. s'applique si des personnes ayant un lien de dépendance transigent des biens à une valeur autre que la juste valeur marchande (ci-après « JVM »);

- selon l'alinéa 39(1)c) L.I.R., une perte au titre d'un placement d'entreprise n'est pas reconnue s'il s'agit d'une transaction entre personnes ayant un lien de dépendance (à moins que le paragraphe 50(1) L.I.R. s'applique);

- l'article 160 L.I.R. est susceptible de s'appliquer.

Comme mentionné ci-dessus, la lettre d'intention n'accorde aucun droit à l'acheteur, si ce n'est celui de négocier de bonne foi et de façon exclusive avec le vendeur. Par conséquent, l'acheteur n'a aucun « […] droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non […] », ce qui a pour effet d'éliminer les incidences fiscales négatives de l'alinéa 251(5)b) et du paragraphe 256(1.4) L.I.R. qu'aurait autrement entraînées la signature d'une lettre d'offre d'achat formelle puisque Fabrico, Imco, Nouco, Opco et Acquisico auraient alors été considérées comme associées et liées. Il ne faut toutefois pas oublier que bien que la lettre d'intention permette d'éviter certaines conséquences fiscales non désirées, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas exécutoire à l'encontre du vendeur, ce qui pourrait par ailleurs s'avérer un effet encore plus négatif pour un acheteur anxieux de procéder à une acquisition stratégique.

4.4.2. Acquisition de contrôle

L'acquisition de contrôle d'une société entraîne une fin d'année réputée pour cette dernière et, par le fait même, plusieurs incidences fiscales. Le but de la présente étude de cas n'est pas de décrire ces incidences, mais plutôt de déterminer quand a lieu cette acquisition dans un contexte où une lettre d'intention intervient préalablement à la signature du contrat de vente, ce qui se produit de plus en plus en pratique. Il y a donc lieu de se demander si, dans le cas présent, le fait de signer une lettre d'intention peut entraîner une acquisition de contrôle à ce moment ou si l'acquisition survient plutôt à la date de la signature de la convention d'achat des actions.

Position de l'ADRC

Selon l'ADRC, le contrôle visé au paragraphe 249(4) L.I.R. est le contrôle de droit[6], c'est-à-dire la détention d'un nombre d'actions permettant d'élire la majorité au sein du conseil d'administration. Cette position a d'ailleurs été confirmée plusieurs fois par la jurisprudence[7].

Toujours selon l'ADRC, l'acquisition de contrôle aura généralement lieu soit lors de la clôture de la transaction, soit lors de la signature du contrat de vente lorsque le titre de propriété est transféré à l'acheteur[8].

Par ailleurs, le paragraphe 248(1) L.I.R. définit une disposition comme toute opération ou tout événement donnant droit au contribuable au produit de disposition d'un bien. On mentionne également au paragraphe e) de la définition que, de façon générale, tout transfert de bien qui n'a pas pour effet de changer le *beneficial ownership* du bien ne constitue pas une disposition. Le *Bulletin d'interprétation* IT-170R[9] énonce la position de l'ADRC concernant la détermination de la date de la vente d'un bien, et plus précisément lors de la vente d'actions aux fins de déterminer quand le prix de vente doit être inclus dans le calcul du revenu du vendeur :

> « 12. Un actionnaire qui dépose une action chez un dépositaire conformément à une "offre d'acquisition" (selon la définition et les règles des législations provinciales et fédérale) a droit au produit de la vente à la première des deux dates suivantes :
>
> a) la date où l'offrant prend livraison des actions; et
>
> b) la date à laquelle toutes les conditions de l'offre ont été respectées ou abandonnées.
>
> 13. Les actions sont considérées comme ayant été "livrées" à la date du paiement s'il a lieu avant que la période d'acceptation soit expirée et s'il n'y a

---

6 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, « Association et contrôle », 26 juin 2001, par. 13.

7 Voir, entre autres, l'affaire *Duha Printers (Western) (SCC) Ltd.* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 6334; *Silicon Graphics Ltd.* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.).

8 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9812255, 17 septembre 1998.

9 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-170R, « Vente de biens – Quand elle doit être incluse dans le calcul du revenu », 25 août 1980.

aucune indication que l'offrant a acquis les droits de propriété habituels avant cette date. Bien que l'offrant se réserve habituellement une courte période après la date d'expiration de l'offre pour effectuer le paiement d'actions livrées, un actionnaire a néanmoins droit au paiement à la date où l'obligation de payer de l'offrant est inconditionnelle.

14. La plupart des offres d'acquisition accordent à l'offrant le droit de retirer son offre en tout temps jusqu'à une date précisée après la période d'acceptation si les directeurs de la corporation (qui fait l'objet de l'offre d'achat) prennent des mesures qui modifient de manière importante les engagements, les éléments d'actif ou le capital de la corporation. Tant que ce droit reste en vigueur et ne fait pas l'objet d'une renonciation, un actionnaire n'a pas droit au prix de vente. Une autre condition fréquemment établie dans des offres d'acquisition est le droit de l'offrant de retirer son offre si moins d'un pourcentage spécifique des actions en circulation est en dépôt à la fin de la période d'acceptation. Bien qu'il puisse être soutenu (en l'absence d'autres conditions non réalisées) qu'un actionnaire a droit au produit de la vente quand le pourcentage spécifique d'actions a été obtenu, selon l'avis du Ministère, le droit de possession ne prend effet ordinairement qu'après l'expiration de la période d'acceptation (à moins qu'un paiement ne soit fait avant cette date).

15. Un fiduciaire ou un dépositaire légal est fréquemment nommé pour détenir la possession réelle des actions pendant la période au cours de laquelle le prix de vente n'est pas complètement payé. Une entente établissant les obligations de ce fiduciaire ou dépositaire renferme habituellement des dispositions qui modifient effectivement les droits de propriété du vendeur et de l'acheteur pendant la période de transition. Dans ces cas-là, la date où le *beneficial ownership* (propriété de fait) passe du vendeur à l'acheteur peut être assez difficile à établir. Bien que chaque cas ne puisse être jugé qu'à la lumière de tous les faits et circonstances pertinents, la position du Ministère sur l'importance des modifications apportées à certains des attributs ordinaires de la propriété d'actions est exposée ci-dessous, aux numéros 16 et 18.

16. La suspension du droit d'un acheteur de transférer les actions à une tierce partie avant que le vendeur ait été complètement payé n'est pas considérée comme un facteur important dans la détermination du *beneficial ownership*.

17. Le droit d'un acheteur aux dividendes, les droits de vote et le droit à un remboursement de capital dans l'éventualité de la dissolution de la corporation sont considérés comme étant des facteurs importants dans la détermination du *beneficial ownership*. La réversion possible de ces droits à un vendeur dans l'éventualité d'une situation précise de défaut n'est pas considérée comme une indication que le *beneficial ownership* n'a pas été transféré. L'enregistrement dans les livres de la corporation n'a aucune importance si l'entente entre le vendeur, l'acheteur et le fiduciaire ou le dépositaire attribue légalement un droit particulier à une personne qui n'est pas le propriétaire enregistré. Par exemple, un vendeur peut réellement recevoir un dividende parce qu'il est un actionnaire enregistré détenant des actions vendues qui ont été endossées en blanc et déposées chez un fiduciaire conformément à une entente qui l'oblige à remettre le dividende à l'acheteur.

> 18. Lorsqu'une vente d'actions entraîne un changement dans le contrôle réel de la corporation en question, des restrictions sur les dividendes et les droits de vote sont fréquemment imposées à l'acheteur tant qu'une fraction du prix de vente demeure non payée. Ces restriction ne sont pas considérées comme étant importantes dans la détermination du *beneficial ownership* si elles peuvent raisonnablement être considérées comme étant nécessaires à la protection des droits du vendeur à percevoir le prix de vente. »

Finalement, l'ADRC est d'avis que le fait de signer une convention énonçant qu'une vente aurait lieu à une date ultérieure mais à un prix déterminé à la date de la convention n'avait pas nécessairement pour effet de changer le *beneficial ownership* aux fins de l'exonération pour gain en capital et du test de détention de 24 mois :

> « The fact that Mr A and Mr B have entered into a buy-sell agreement on November 1, 19X1 for the shares to be sold in January 19X3 for a predetermined price (i.e. the fair market value of the shares on November 1, 19X1) does not, in and by itself, mean that there has been a change in beneficial ownership of the shares at November 1, 19X1. Other factors would also be taken into consideration by the Agency in making this determination. For example, in the context of shares, the right to vote and the right to receive dividends are significant factors to consider with respect to the determination of who holds beneficial ownership of a share at any particular time.
>
> You have indicated that Mr A will retain all the attributes of beneficial ownership of the shares until January 19X3, at which time he will have 'owned' the shares for a 24-month period. As long as Mr A retains legal and beneficial ownership of the shares until January 19X3, then it appears that the 24-month ownership holding period test in the definition of 'qualified small business corporation share' would be met[10]. »

Analyse

Comme mentionné ci-dessus, la signature d'une lettre d'intention est un engagement à négocier de bonne foi et n'a aucun effet exécutoire (à l'exception de certaines clauses reliées au processus et à la façon d'agir des parties dans le cadre de la négociation). Par conséquent, aucune des parties ne s'engage à vendre ou à acheter. Dans la mesure où la lettre est rédigée avec l'intention claire de diriger les négociations, il serait difficile de prétendre que l'acheteur a acquis le contrôle de la société cible puisque ce dernier n'a aucun droit aux actions visées et qu'il n'en détient pas non plus le *beneficial ownership*. Par ailleurs, la situation pourrait être plus complexe si

---

[10] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 1999-0006705, 23 novembre 2000.

la lettre d'intention représente plutôt une offre d'achat engageant les parties, même si selon nous la signature d'une offre d'achat n'entraîne en soi aucun transfert de propriété. En effet, selon les restrictions imposées par l'offre d'achat, l'ADRC pourrait être tentée de prétendre que le *beneficial ownership*, concept qui, rappelons-le, n'existe pas en droit civil, a été transféré et qu'une disposition aurait lieu, entraînant aussi une acquisition de contrôle. Par conséquent, il y a lieu de porter une attention particulière à la rédaction d'un tel document afin d'éviter des incidences fiscales non désirées.

5. VÉRIFICATION DILIGENTE

5.1. GÉNÉRALITÉS

Toute personne désirant procéder à l'acquisition d'une compagnie veut le faire à sa juste valeur. Afin d'y arriver, la vérification diligente est essentielle. Celle-ci consiste en l'examen des activités, de la situation financière et de tout autre élément important d'une compagnie cible et est effectuée par la personne intéressée à acquérir cette compagnie dans le but d'en obtenir une image précise. C'est une collecte d'informations qui va bien au-delà de la simple vérification comptable des livres de la compagnie. La vérification diligente porte généralement sur les aspects opérationnels, juridiques, financiers et fiscaux d'une compagnie, et s'effectue au début du processus devant mener à la conclusion d'une transaction.

La vérification diligente a en fait plusieurs objectifs. Elle permet notamment i) d'établir la valeur de la compagnie cible en s'assurant, entre autres, que ses actifs et passifs ont été évalués de façon adéquate, ii) de déterminer et d'évaluer plus précisément les risques reliés à la transaction, iii) de s'assurer de la véracité des informations transmises par le vendeur, iv) de vérifier la justesse de la présentation comptable, v) de vérifier les déclarations et garanties des vendeurs et vi) de comprendre les affaires et l'environnement dans lesquels évolue la compagnie. Bref, elle permet d'éviter le camouflage d'informations et les surprises qui pourraient en découler!

La vérification diligente peut s'effectuer à l'aide d'une équipe multidisciplinaire composée de conseillers juridiques, de comptables et de fiscalistes auxquels pourront se greffer d'autres spécialistes tels que des ingénieurs, évaluateurs ou actuaires, selon la complexité de la transaction proposée.

Lorsque la vérification des documents est terminée, un rapport de synthèse est produit dans lequel l'information examinée est analysée. Des recommandations peuvent être faites. La vérification diligente permet aussi de soulever les problèmes potentiels et de voir comment ils pourraient être réglés.

Finalement, il existe des situations de vérification diligente inversée. Celles-ci ont lieu lorsqu'une personne désire vendre l'entreprise qu'elle possède. Dans ce cas, le vendeur prépare une salle d'informations (*data room*) contenant les documents relatifs à sa compagnie. Lors de la préparation des documents, il doit se mettre dans la position d'un éventuel acquéreur et se demander quelles informations seraient les plus importantes pour l'acquéreur. Le but ultime de la présentation des informations devrait être de maximiser le prix que le vendeur pourrait obtenir pour la vente de sa compagnie en la rendant la plus attrayante possible aux yeux d'un acquéreur potentiel.

5.2. VÉRIFICATION DILIGENTE APPLIQUÉE À NOTRE CAS

Avant de débuter le processus de vérification diligente, les conseillers de Opco devront bien comprendre les attentes de leur client et ses objectifs vis-à-vis de la transaction projetée. La compréhension de la planification de Opco, à court, moyen et long terme, relative à l'acquisition est essentielle afin de procéder à une vérification diligente fructueuse.

Une fois que les attentes et les objectifs de Opco seront bien cernés, ses conseillers détermineront ce qui devra être vérifié et fixeront un échéancier. Ils remettront ensuite à Imco et Fabrico, chacun selon leur domaine de spécialité, une liste de contrôle énumérant les documents et informations que Imco et Fabrico devront fournir aux conseillers juridiques et fiscaux de Opco pour fins d'examen et d'analyse.

La plupart des conseillers juridiques et des fiscalistes ont déjà une liste de contrôle standard qu'ils ont établie au cours de leur pratique. Vous trouverez, à titre de référence, un exemple de liste de contrôle standard en annexe à ce texte. Cependant, il est très important d'éviter de s'en tenir à une telle liste standard. Il faut toujours adapter la liste en tenant compte, entre autres, des objectifs de l'acquéreur et du domaine dans lequel évolue l'entreprise à acquérir. En effet, certains points à vérifier lors de l'acquisition d'une compagnie de distribution de chaussures sont certainement très différents des points à vérifier lors de l'acquisition d'une compagnie évoluant dans le domaine des biotechnologies.

5.3. PRINCIPAUX POINTS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UN EXAMEN

Dans cette section, nous expliquerons, de façon non exhaustive, certains éléments à considérer lors de la vérification diligente, tout en mettant l'accent sur ce qui s'applique à notre cas.

Il est important de noter que les recherches effectuées dans les registres et banques de données (CIDREQ, banque des plumitifs, RDPRM, banques de données sur les brevets et les marques de commerce, etc.) devraient viser non seulement le nom actuel de la compagnie, mais également son nom antérieur et celui de ses prédécesseurs.

- Organisation corporative de Imco, Fabrico et Nouco

  L'analyse des informations relatives à l'organisation corporative de ces compagnies vous permet de prendre connaissance des documents constitutifs de celles-ci et de vérifier si elles sont en état de régularité. Elle vous permet également de connaître leur historique et leur structure corporatifs ainsi que l'identité de leurs actionnaires, administrateurs et principaux dirigeants. Ce point de vérification vous renseigne sur leurs dénominations sociales et l'adresse de tous leurs établissements ainsi que sur les juridictions dans lesquelles elles font affaire.

  L'examen de la chaîne de titres des actions permet de confirmer que les actions ont été validement émises et, par la suite, validement transférées, le cas échéant. Il permet également de vérifier qu'aucune action n'a été oubliée lors d'une conversion ou que les rachats et les achats de gré à gré respectent les dispositions des statuts ou de la convention entre actionnaires.

- Situation financière et comptable

  L'examen des états financiers de Imco et de Fabrico des derniers exercices financiers renseigne l'acquéreur sur leur situation financière et comptable. Il faut porter une attention particulière aux lettres des vérificateurs ou des comptables concernant tout problème ou irrégularité relié aux états financiers et vous assurer que ce n'est pas une situation qui se répète chaque année. Des explications relatives aux ajustements de fin d'exercice devront être fournies lors de la vérification. Il faut également identifier les éléments inhabituels lors de l'examen des rapports de direction. De plus, l'étude des projections financières est importante afin de voir si ces projections sont réalistes et afin de les comparer avec les résultats passés.

Les relevés bancaires de la compagnie donnent une bonne indication du type d'opérations qu'elle effectue. Lors de la vérification des aspects comptables, il faut aussi tenter de connaître toute transaction importante passée (fusion, acquisition) qui pourrait avoir une incidence fiscale. Finalement, il faut connaître les dettes de la compagnie cible et comparer le niveau d'endettement avec celui de compagnies de la même industrie.

- Fiscalité

a) Déclarations de revenus

La vérification diligente fiscale visera normalement les déclarations de revenus fédérales et provinciales pour les années qui ne sont pas encore prescrites. L'analyse visera principalement la conciliation des revenus comptables et fiscaux, les acquisitions d'immobilisations et leur catégorie fiscale, les réorganisations fiscales antérieures, la taxe sur le capital et l'impôt de la Partie 1.3 L.I.R., les taxes de vente ainsi que toutes les demandes de crédit de RS&DE. Dans ce dernier cas, la tâche peut s'avérer fastidieuse puisque, en règle générale, des déclarations amendées auraient été produites et non encore cotisées.

Les clauses de déclarations et garanties permettront toutefois à l'acquéreur de s'assurer que le vendeur sera responsable des impôts, intérêts et pénalités reliés aux déclarations de revenus pour les années non prescrites.

b) Délai de prescription de certains attributs fiscaux

Les lois fiscales prévoient des dates au-delà desquelles les autorités fiscales ne peuvent recotiser un contribuable. À cet égard, le paragraphe 152(3.1) L.I.R. contient la définition de « période normale de nouvelle cotisation ». Pour les fiducies de fonds commun de placement ou une société autre qu'une société privée contrôlée par des Canadiens (ci-après « SPCC »), la période normale de nouvelle cotisation se termine « 4 ans suivant, soit le jour de la mise à la poste d'un avis de première cotisation […] soit le jour de mise à la poste d'une notification portant qu'aucun intérêt n'est payable ». Dans les autres cas (SPCC, fiducies personnelles et particuliers), la période normale de nouvelle cotisation est de trois ans plutôt que de quatre ans. Le paragraphe 152(5) L.I.R. limite la possibilité pour le ministère des Finances du Canada (ci-après « Ministère ») de cotiser un contribuable au-delà de la période

normale de nouvelle cotisation, à moins que le Ministère ne recotise le client en vertu d'une des exceptions prévues au paragraphe 152(4) L.I.R.[11]

Bien que la société Acquisico acquière bientôt les actions d'une société nouvellement constituée (Nouco), une attention particulière devra quand même être portée au délai de prescription puisque les caractéristiques fiscales de certains biens détenus par Nouco ne seront pas visées par le délai de prescription. En effet, dans certaines situations[12], le Ministère peut recotiser le contribuable bien au-delà de la période normale de cotisation. Cette situation pourrait, par exemple, se présenter en regard de la dépense d'amortissement du coût en capital (ci-après « ACC ») réclamée par le contribuable. C'est la définition de fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») prévue au paragraphe 13(21) L.I.R. qui fait en sorte que la dépense d'ACC peut être ajustée bien au-delà de la période normale de nouvelle cotisation. Ce paragraphe prévoit que la FNACC est recalculée à chaque année d'imposition. Ce paragraphe ne prévoit pas que l'on calcule la FNACC à partir du solde de l'année précédente, auquel on ferait les ajustements de l'année courante (acquisition, disposition, etc.) avant de calculer l'ACC sur le nouveau solde. Ainsi, dans l'éventualité où la JVM des biens d'une catégorie donnée était plus basse que le montant qui avait été inscrit dans la déclaration de revenus pour l'année de l'acquisition de contrôle, il pourrait s'avérer que l'ADRC recotise le contribuable plusieurs années après que le solde de la catégorie fiscale soit ramené à zéro. Cette situation ferait en sorte que le contribuable aurait réclamé trop d'ACC et il devrait alors s'imposer sur la récupération d'ACC. La période normale de nouvelle cotisation ne se terminerait pas dans l'année où la FNACC serait réduite à 0 $.

Dans le même ordre d'idées, l'ADRC peut recalculer le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») d'un bien longtemps après qu'il ait été acheté. À titre d'exemple, un contribuable peut acheter un bien en

---

[11] Le but de la présente étude de cas n'est pas de passer en revue les exceptions prévues au paragraphe 152(4) L.I.R. Pour de plus amples précisions à cet égard, nous vous référons à l'article suivant : Edwin G. KROFT, « Selected Issues in Administration, Appeals and Enforcement », dans *1995 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995.

[12] Autres que celles prévues au paragraphe 152(4) L.I.R.

1990 et le revendre en 2003. C'est dans sa déclaration de revenus de l'an 2003 que le contribuable utilisera le PBR pour calculer son gain en capital. Pour cette raison, l'ADRC aura jusqu'en 2007 pour contester le PBR du bien s'il a été acheté dans le cadre d'une transaction avec lien de dépendance.

Donc, lors de la vérification diligente, une attention particulière devra être portée à la détermination du PBR et de la FNACC des éléments d'actif de Imco et de Fabrico en vue de s'assurer de leur exactitude. Cette vérification devrait se concentrer sur les éléments d'actif ayant une plus grande valeur.

- Ressources humaines

  Une liste des employés incluant, entre autres, leurs fonctions, salaire, ancienneté et vacances accumulées devra être fournie. Dans notre cas, la lecture des contrats de travail existants vous permettra de voir s'ils prévoient le paiement de sommes supérieures à celles que l'on entendait payer en raison de la résiliation des contrats de travail des employés que l'acquéreur ne souhaite pas conserver. Lorsque pertinent, il faut également prendre connaissance des conventions collectives et des griefs en découlant, le cas échéant, ainsi que du régime d'avantages sociaux et des fonds de pension et prendre connaissance des régimes d'option d'achat d'actions. Dans le cas d'une entreprise manufacturière comme Fabrico, la connaissance des réclamations à la CSST est importante. Un nombre élevé d'accidents de travail pourrait en effet être indicateur de la désuétude des équipements.

- Propriété intellectuelle

  Lors de la vérification diligente de la propriété intellectuelle de Fabrico, il sera essentiel de déterminer le type de technologie développée par Fabrico pour ses produits d'irrigation ainsi que la façon dont elle est protégée (marques de commerce, brevets, droits d'auteur, dessins industriels, secrets commerciaux) et dans quelles juridictions. Comme la valeur à long terme de la propriété intellectuelle est directement reliée aux changements technologiques rapides et à l'introduction de nouveaux produits sur le marché, il est primordial de bien comprendre la technologie.

  Puisque Fabrico détient un ou plusieurs brevets, il est important que la vérification diligente traite de cet aspect. La vérification diligente en matière de brevets est un processus long et onéreux et n'est jamais

absolue. Pour ces raisons, la vérification est souvent limitée à la chaîne de titres. Généralement, les inventeurs sont les premiers titulaires des brevets relatifs à leur invention. Cependant, il arrive fréquemment qu'une cession de leurs droits soit intervenue, à l'intérieur de leurs contrats de travail par exemple, et qu'une autre personne en soit l'ultime titulaire. Il est donc très important de vérifier quelles sont les politiques relatives aux inventions réalisées par les employés. Lors de la lecture des contrats de cession de droits, il est primordial de déterminer qui est le propriétaire ultime des droits de propriété intellectuelle. Cet aspect aura un effet direct sur le prix d'acquisition s'il s'avère que Fabrico n'est pas propriétaire exclusif des droits de propriété intellectuelle. De plus, on doit vérifier attentivement si une renonciation aux droits moraux existe puisqu'une cession n'est pas valide relativement à ces derniers.

Si l'on dispose d'un budget plus élevé et de plus de temps pour la vérification diligente, il serait souhaitable de vérifier l'art antérieur en relation avec les inventions de Fabrico, c'est-à-dire de comparer les revendications contenues aux brevets ou aux demandes de brevet de Fabrico (explications du monopole revendiqué) en regard des descriptions contenues dans d'autres brevets et dans d'autres documents faisant partie du domaine public. Cela permettrait de savoir si une demande de brevet risque d'être refusée sur la base de l'existence d'art antérieur. Cela permettrait également de vérifier, dans le cas d'un brevet émis, que l'examinateur au Bureau des brevets a bien vérifié cet art antérieur avant d'émettre le brevet à Fabrico et que ce brevet est normalement valide. De plus, une recherche sur la libre exploitation des inventions décrites par les revendications se trouvant dans les brevets ou demandes de brevet de Fabrico avec les revendications se trouvant dans d'autres brevets sera effectuée. Ces recherches se font à partir de différentes banques de données et des bureaux de brevets des différents pays pertinents. Il faut se rappeler que ce n'est pas parce que Fabrico détient un brevet qu'elle a le droit d'exploiter son invention. La recherche de validité d'un brevet d'une possible contrefaçon est donc primordiale. Toutefois, compte tenu des coûts très importants qui y sont associés, ces vérifications ne sont pas généralisées. Par ailleurs, il faut se rappeler que le résultat de ces recherches n'est jamais certain à 100 %.

L'existence des contrats de licence consentis ou dont Fabrico bénéficie doit également être vérifiée, ainsi que le contenu de tels contrats. Dans notre cas, présumons que Fabrico exploite une technologie allemande en vertu d'une convention de licence. Il faudra alors porter une attention particulière aux dispositions de la convention traitant des obligations de Fabrico, des redevances à verser au licenceur, de la durée et du

renouvellement de la convention, etc., et surtout au droit de Fabrico de céder ou de transférer la convention à une tierce partie.

De façon générale, vous devez vérifier comment sont protégés les secrets commerciaux et identifier tous les contrats qui sont rattachés à la propriété intellectuelle (licences, ententes de développement conjoint, contrats d'alliance stratégique, etc.).

Les marques de commerce utilisées en lien avec les biens et services de Fabrico seront également à vérifier. Il faudra s'assurer qu'elles ne contreviennent à aucune autre marque de commerce appartenant à une autre personne et qu'aucun tiers ne les utilise sans avoir préalablement obtenu une licence de Fabrico afin que leur valeur ne soit pas diminuée.

- Exploitation de Fabrico

  Les informations relatives à l'exploitation de Fabrico vont permettre à l'acquéreur de voir si l'évolution des ventes est représentative des perspectives futures. L'information sur les comptes clients et les sûretés consenties sur ces derniers doivent être examinées. Il faut également connaître le contenu des inventaires, leur âge, les ajustements, la fréquence de leur évaluation et le taux de roulement. L'identification de tous les produits et services offerts par Fabrico est absolument nécessaire à l'acquéreur.

  L'évolution des ventes, la liste des principaux clients et les termes et conditions des contrats de vente devront être vérifiés. Lors de l'examen des comptes à recevoir, il y aura lieu de s'assurer que la provision pour créances irrécouvrables est suffisante. Il faudrait également chercher à savoir si, dernièrement, il y a eu perte de clients importants et, dans l'affirmative, quelle en était la raison. Finalement, il y aurait lieu de vérifier le degré de dépendance de Fabrico en rapport avec un fournisseur majeur (par exemple, le fournisseur de tuyaux).

  Dans notre cas, puisque Fabrico évolue dans le domaine manufacturier, on se doit aussi de comprendre le fonctionnement de l'usine et des procédés utilisés.

- Biens, droits et obligations

  La lecture des contrats importants de la compagnie permet de connaître les responsabilités financières qui découlent de ces contrats. Lors de la révision des contrats importants, les éléments suivants doivent

notamment être vérifiés : le nom des parties, l'objet, la durée, la présence ou l'absence de clauses de confidentialité, de non-concurrence et de non-sollicitation, les condition de résiliation du contrat. De plus, il faut chercher à savoir si les dispositions de chaque contrat important sont respectées. Il est essentiel d'identifier tous les contrats, sûretés et engagements en vertu desquels un consentement est requis pour effectuer la vente des actifs de Fabrico à Nouco et le changement de contrôle de Nouco et de Imco en faveur de l'acquéreur, puisque de tels consentements devront être obtenus avant la clôture de la transaction.

Une liste des biens mobiliers et immobiliers devra être dressée. La valeur des biens devra être établie, les titres de propriété ou les contrats de location devront être produits. Il faut également quantifier les sûretés consenties sur ces biens, s'assurer de leur bien-fondé en date de la clôture et obtenir les radiations appropriées.

Il faudrait aussi vérifier la désuétude des immobilisations. Ce point pourrait avoir un impact sur le prix d'achat si les biens devaient être renouvelés à court terme.

- Informatique

  Cette vérification permet à l'acquéreur de prendre connaissance de la liste du matériel informatique et des dépenses reliées à l'entretien de celui-ci ainsi que de la liste des logiciels utilisés et des conventions de soutien technique.

- Environnement

  Cette section revêt une importance notable dans notre cas puisque Opco désire acquérir une entreprise manufacturière. Opco devrait obtenir les documents suivants : les rapports et études environnementales, les permis, les certificats d'autorisation et les autres autorisations en matière environnementale que Fabrico possède ainsi que toute correspondance avec les autorités, tout dossier, infraction ou réclamation impliquant un aspect environnemental. Opco devrait également obtenir de Fabrico une lettre l'autorisant à avoir accès à tout dossier existant auprès des autorités gouvernementales (par exemple, le ministère de l'Environnement du Canada, Environnement Canada, la Ville de Trois-Rivières, etc.). Dans notre cas, il faut s'assurer que les procédés de fabrication respectent les lois en vigueur relatives à l'environnement et que les terrains n'ont pas à faire l'objet d'une décontamination. Il est également important de voir

quels pourraient être les investissements potentiels futurs afin de respecter les normes environnementales.

En pratique, l'évaluation de la portion environnementale se fait de façon différente pour chaque transaction et en fonction des sommes que l'acquéreur est prêt à lui consacrer. En effet, l'acquisition des actions d'une société détenant une usine de transformation de l'acier demande un examen environnemental beaucoup plus poussé que l'acquisition d'une agence de voyages.

- Litiges

Il est important de connaître les litiges en cours et les poursuites éventuelles puisque cela peut entraîner un passif éventuel. Lors de la vérification, il faut déterminer quels sont les coûts reliés à ces litiges (montant des réclamations) et vérifier si ces réclamations sont couvertes par une assurance responsabilité.

Bref, bien qu'il soit impossible d'éliminer tous les risques reliés à une transaction donnée pour un acquéreur potentiel, une vérification diligente faite de façon minutieuse permet de les ramener à un niveau moindre. Les résultats de la vérification diligente peuvent avoir un effet important sur le prix d'acquisition. Pour cette raison, il est essentiel qu'elle soit effectuée de façon rigoureuse.

6. FINANCEMENT

6.1. DÉDUCTIBILITÉ DE LA DÉPENSE D'INTÉRÊT

Acquisico contractera une dette afin de faire l'acquisition de Nouco et de Imco. L'intérêt sur cette dette sera déductible, car il satisfait à l'exigence du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. (en autant que les autres conditions soient respectées) : il s'agit d'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu de bien (soit l'acquisition d'actions d'une autre société). La problématique est que la société de gestion Acquisico n'aura aucun revenu imposable pour appliquer cette dépense car les dividendes qu'elle recevra de Nouco seront déductibles en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

6.1.1. Honoraires de gestion

Une solution envisageable serait de créer du revenu dans Acquisico en facturant des honoraires de gestion à Nouco et à Imco. Certains pourraient être tentés de facturer un montant correspondant à la dépense d'intérêt de

Acquisico. Les frais de gestion ne sont pas définis dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Un auteur parle toutefois des frais de gestion dans les termes suivants :

> « Le transfert des services de gestion ou d'administration est généralement occasionné par une centralisation des services administratifs et d'autres services communs, habituellement au siège de la compagnie mère, mais parfois à une entité distincte établie à cette fin. On peut regrouper, sous deux grandes catégories, les frais de gestion ou d'administration centralisés :
>
> a) les dépenses, par exemple le coût de la formation de travailleurs pour une nouvelle installation, qui sont manifestement engagées pour le bien d'une seule compagnie, et qui sont associées à la prestation de services précis et identifiables à cette compagnie; et
>
> b) les dépenses qui sont engagées pour le bien de plusieurs compagnies ou de l'ensemble du groupe et qui se rapportent à des services partagés, par exemple un service d'assurance centralisé à l'échelle nationale ou mondiale, qui est généralement centralisé pour des motifs de commodité ou d'économie.
>
> Il importe de bien distinguer ces deux catégories de frais de gestion de cette autre catégorie qui consiste en des dépenses qui sont supportées par la société mère en sa qualité d'actionnaire qui gère ses placements dans les filiales, plutôt qu'au titre de la prestation de services aux filiales. En effet, il est généralement reconnu que ces dernières dépenses ne constituent pas des frais de gestion ou d'administration qui peuvent être transférées à une filiale. Elles représentent plutôt des dépenses qui doivent être supportées par la société mère et déduites de son revenu de placements[13]. »

De son côté, l'ADRC discute des frais de gestion dans une Circulaire d'information[14] sur les prix de transfert international. Elle y mentionne ce qui suit :

> « Pour appliquer le principe de pleine concurrence aux services intra-groupe, il faut d'abord déterminer si une activité exécutée par un membre du groupe pour le compte d'un autre membre constitue un service pour lequel on peut facturer des frais. Une entité n'ayant aucun lien de dépendance serait prête à assumer le coût d'une activité uniquement si cela lui donne un avantage économique ou

---

[13] Pierre BARSALOU, « Le traitement des frais de gestion », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 12:1-45, à la page 12:3.

[14] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999, par. 154-155.

> commercial. Pour déterminer si on peut facturer des frais, il faut se demander si l'entité pour laquelle l'activité est accomplie aurait été prête à assumer le coût de l'activité si celle-ci avait été exécutée par une partie n'ayant aucun lien de dépendance, ou si elle aurait été prête à exécuter l'activité elle-même. »

En tenant compte de ces deux commentaires[15], on peut constater qu'il serait difficile de justifier la facturation d'honoraires de gestion égaux au montant d'intérêt que Acquisico doit payer. Il faudrait plutôt établir une activité économique dans Acquisico lui permettant de facturer des frais à Nouco et à Imco (le coût des salariés de la haute direction pourrait par exemple être dans Acquisico) avec une marge de profit de 15 %. Dépendamment de l'importance de la dépense d'intérêt, il pourrait être difficile de compenser cette dernière à l'aide des salaires de la direction et une autre solution devrait alors être envisagée.

6.1.2. Fusion de Acquisico et de Nouco

La deuxième solution consiste à regrouper Acquisico, Nouco et Imco au moyen d'une fusion. Pour ce faire, ces sociétés devraient être constituées sous la même juridiction. La dépense d'intérêt devient alors déductible contre les revenus générés par Nouco et Imco. Nous devons toutefois nous demander si les intérêts remplissent toujours les conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., car la source première de revenus de l'emprunteur (les actions de Nouco et de Imco) a disparu. La position du Ministère, énoncée dans un bulletin d'interprétation[16], est que :

> « S'il est satisfait à toutes les autres exigences de l'alinéa 20(1)c), les intérêts […] qui sont payés dans l'année ou payables pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) par le contribuable ou la compagnie fusionnée, seront déductibles à condition que les biens acquis par suite de la liquidation ou de la fusion continuent d'être utilisés dans l'intention de gagner ou de produire un revenu, que ce revenu provienne de la compagnie ou d'une entreprise à l'égard de laquelle les biens sont employés, dans la mesure où le revenu gagné n'est pas exonéré de l'impôt. »

---

[15] Un auteur a aussi suggéré, à partir des décisions des tribunaux, des critères pour assurer la déductibilité des frais de gestion : Jean-Pierre DESROSIERS, « Fiscalité interprovinciale – développements récents et autres analyses », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 17:1-151.

[16] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-315, « Frais d'intérêt engagés à des fins de liquidation ou de fusion », 10 mai 1976, par. 2.

Si la première source a disparu, il reste tout de même qu'elle a été remplacée par les actifs de Nouco et de Imco.

Une demande de décision anticipée[17] vient confirmer la position de l'ADRC. Toutefois, les faits présentés diffèrent légèrement du cas à l'étude. En effet, la société acheteuse (qui a contracté le prêt pour financer l'achat) a transféré les actions préalablement acquises de la société cible à une filiale en retour d'actions ordinaires et d'un billet à payer (portant intérêt à un taux légèrement supérieur au prêt qui a financé l'acquisition). Par la suite, une fusion de la filiale et de la société cible est effectuée afin de permettre la déduction des intérêts contre le revenu de la société cible. L'ADRC affirme (sans toutefois l'expliquer ni faire référence au *Bulletin d'interprétation* IT-315) que la société fusionnée pourra déduire les intérêts conformément au sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. en autant que les intérêts soient raisonnables (le critère d'intérêts raisonnables semble être ajouté, car le billet à payer intervient ici entre deux sociétés liées, ce qui n'est pas notre cas).

Plus récemment, l'ADRC a émis une version projet du bulletin concernant la déductibilité des intérêts où elle traite de ce sujet[18] (ce bulletin annulera le *Bulletin d'interprétation* IT-315). L'ADRC semble être d'avis que l'intérêt sera déductible car les actions sont remplacées par les actifs de Nouco et de Imco.

Un impact majeur de ce type de planification est toutefois l'accroissement possible de la dépense de taxe sur le capital et de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. En effet, sans la fusion, Acquisico détient un placement admissible qui réduit l'impact du capital versé créé par l'emprunt (et les actions émises s'il y a lieu). Lorsque l'on procède à une fusion verticale, les principes comptables font en sorte que les états financiers de la société issue de la fusion doivent correspondre à ceux qui auraient été obtenus si, à la suite de l'acquisition, la société Acquisico avait procédé à la consolidation de Nouco. Sommairement, le placement admissible sera remplacé par un écart d'acquisition qui n'est pas déductible dans le calcul du capital versé (voir section 10.2. de la présente étude de cas pour plus de détails à ce sujet).

---

17 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2001-0108873, 3 avril 2002.

18 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, par. 21.

6.1.3. Transférer la dette dans Nouco

Une autre solution serait de transférer la dette de Acquisico dans Nouco. Pour ce faire, il s'agirait que Nouco obtienne un prêt aux mêmes conditions que celles obtenues par Acquisico. Nouco verserait ensuite un dividende du même montant à Acquisico (dividende non imposable pour Acquisico) qui rembourserait sa dette. La question qui se pose ici est de savoir si les intérêts seront entièrement déductibles par Nouco. En effet, l'emprunt a servi à verser des dividendes : s'agit-il d'un emprunt contracté dans le but de gagner du revenu d'entreprise ou de bien? La position administrative de l'ADRC[19] est que la dépense d'intérêt relative à une dette contractée pour verser des dividendes est déductible jusqu'à concurrence de la portion du dividende qui n'excède pas les bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») de la société. À ce sujet, l'ADRC a repris la même position dans son récent projet de bulletin d'interprétation[20] (qui annulera le *Bulletin d'interprétation* IT-80) en ajoutant que les BNR doivent être calculés sur une base non consolidée alors que les placements sont enregistrés au coût. Comme Nouco est une nouvelle société et qu'elle n'a pas ou peu de BNR, il sera difficile d'opter immédiatement pour cette solution.

Il faut noter que des modifications ont été proposées aux articles 20.1 et 20.2 L.I.R. le 20 décembre 1991. Ces modifications traitent de la déductibilité des intérêts sur l'argent emprunté pour payer des dividendes. Cet extrait des notes explicatives relatives à ces articles illustre les changements proposés :

> « Les nouveaux articles 20.1 et 20.2 L.I.R. ont pour effet global de traiter l'argent emprunté par une société, et utilisé pour effectuer une distribution de BNR ou de capital comme ayant été utilisé pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. […]
>
> L'article 20.1 porte sur le traitement de l'argent emprunté et utilisé pour effectuer des distributions après la date de publication de la version finale des mesures proposées, tandis que l'article 20.2 s'applique aux emprunts liés aux distributions effectuées avant cette date. Toutefois, dans les notes qui suivent, les emprunts et les distributions auxquels l'article 20.1 s'applique sont désignés emprunts et distributions "futurs" et ceux auxquels l'article 20.2 s'applique, emprunts et distributions "courants".

---

19 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-80, « Intérêts sur l'argent emprunté pour racheter des actions, payer des dividendes », 27 novembre 1972, par. 5-6.

20 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18.

> La somme d'argent empruntée qui donne droit à ce traitement est fonction de "l'avoir net" du distributeur (à savoir, la corporation ou la société) ou, dans le cas des distributions courantes, de son "avoir net modifié". De façon générale, l'avoir net d'un distributeur s'entend du coût fiscal de ses biens, moins ses dettes. En revanche, son avoir net modifié est fondé sur la valeur comptable de ses biens, calculée en conformité avec les principes comptables généralement reconnus, moins ses dettes[21]. »

Ces modifications proposées n'ont toutefois jamais été adoptées ni retirées.

7. TRANSFERT DES ÉLÉMENTS D'ACTIF DE FABRICO À NOUCO

Généralités

L'achat et la vente d'une entreprise peuvent s'effectuer de plusieurs façons, que l'on classe généralement sous deux catégories : achat et vente d'actifs ou achat et vente d'actions.

Les considérations fiscales reliées à l'achat et à la vente d'actifs diffèrent des considérations fiscales reliées à l'achat et à la vente d'actions. Dans le cadre d'un achat et d'une vente d'actifs, l'une des considérations les plus importantes est la répartition du prix d'achat entre les différents éléments d'actif de l'entreprise. La manière dont la répartition du prix d'achat sera effectuée aura une influence sur le revenu imposable du vendeur et de l'acheteur dans l'année de la vente et les années subséquentes. La répartition qui donne lieu au fardeau fiscal minimum pour le vendeur est généralement défavorable pour l'acheteur, soit parce qu'une portion du prix d'achat n'est pas déductible, soit parce qu'elle sera déductible sur plusieurs années sous forme d'amortissement.

D'autres éléments devront être pris en considération lors d'un achat et d'une vente d'actifs tels que le choix sur la vente de créances, les droits de mutation immobilière et les taxes à la consommation.

Dans une transaction portant sur les actions, l'acheteur hérite généralement des attributs fiscaux de la société cible (comptes fiscaux, pertes et crédits reportés). De plus, l'acheteur devra assumer le passé de la société cible, ce qui devrait l'inciter à procéder à la vérification de la société cible pour éviter le plus possible qu'il se retrouve avec des problèmes inattendus.

---

[21] CANADA, ministère des Finances, *Avant-projet de loi concernant le traitement fiscal des intérêts débiteurs*, 20 décembre 1991, Notes explicatives.

Dans le cas des actionnaires de Fabrico et de Imco, la vente des actions est probablement la situation la plus avantageuse puisqu'elle leur permettrait de générer des liquidités après impôt de l'ordre de 8 400 000 $ (voir détail du calcul à l'annexe D de la présente étude de cas). La vente pure et simple des actifs à leur JVM entraînerait une charge d'impôt additionnelle pour le vendeur, de sorte que les liquidités disponibles pour les actionnaires seraient de l'ordre de 7 250 000 $ (voir l'annexe E de la présente étude de cas), en présumant que les sociétés seraient liquidées peu de temps après la vente des actifs et qu'aucune planification n'est mise en place pour permettre aux actionnaires de bénéficier de la déduction pour gain en capital dans le cadre d'une transaction impliquant une vente des éléments d'actif.

Cependant, dans le cas à l'étude, on sait que l'acheteur n'est aucunement intéressé à acquérir les actions de Fabrico, de façon à ne pas avoir à assumer le passé de cette société. L'acheteur est cependant disposé à faire des compromis quant à la valeur fiscale de certains actifs, de façon à ne pas trop pénaliser le vendeur (en matière de récupération d'amortissement, par exemple). Une solution mixte entre la vente des éléments d'actif et la vente des actions est analysée dans les pages qui suivent.

7.1. TRANSFERTS DES DIVERS ÉLÉMENTS D'ACTIF

Dans la présente section, nous discuterons de la façon dont les actifs pourraient être transférés de Fabrico à Nouco (roulement fiscal, vente à la JVM, etc.). Ces méthodes de transfert découlent d'une négociation entre les deux parties impliquées dans la transaction, soit les vendeurs (Fabrico, Imco et leurs actionnaires) et l'acheteur (Acquisico).

7.1.1. Transfert du terrain A

Fabrico transférera le terrain A à Nouco en se prévalant des dispositions de roulement fiscal. De façon à permettre à l'acquéreur d'avoir une augmentation du PBR du terrain A, la somme convenue lors du transfert du terrain à Nouco sera égale à sa JVM. La société Fabrico recevra des actions de roulement de Nouco ayant un PBR et un capital versé d'un montant égal à la JVM du terrain. La vente subséquente des actions de roulement à Acquisico se fera sans conséquence fiscale pour Fabrico et ces deux sociétés se retrouveront dans la même position que si l'on était en présence d'une vente d'actifs, soit la réalisation d'un gain en capital par Fabrico et la possibilité pour Acquisico d'avoir un actif ayant une base fiscale élevée dans une société autre que Fabrico.

7.1.2. Transfert de l'entrepôt et de la machinerie et équipements

Puisque l'acquéreur est disposé à permettre à Fabrico de ne pas s'imposer indûment sur de la récupération d'amortissement, l'entrepôt pourrait être transféré à Nouco en choisissant une somme convenue égale à sa FNACC. Pour l'acheteur, une telle solution lui fera perdre une économie d'impôt de l'ordre de 36 000 $[22], compte tenu que sa base d'amortissement sera moins élevée. Quant au vendeur, il réalisera une économie d'impôt de près de 117 000 $[23] par rapport à une vente des actifs à leur JVM, mais il sera désavantagé d'un montant d'environ 33 000 $[24] par rapport au cas où les actionnaires auraient vendu directement leurs actions.

Donc, Fabrico transférera l'entrepôt et la machinerie et équipements à Nouco en se prévalant des dispositions de roulement fiscal. La somme convenue sera égale à la FNACC de ces actifs. Les actions de roulement reçues en contrepartie du transfert auront un PBR et un capital versé égal à la FNACC des actifs transférés, soit un montant de 1 530 000 $[25], et les actions auront une valeur de rachat de 2 050 000 $.

7.1.3. Transfert du matériel informatique et du mobilier

La JVM de ces éléments d'actif est inférieure à leur FNACC. Selon le paragraphe 13(21.2) L.I.R., une société ne peut réaliser une perte lors de la disposition d'un bien amortissable si le 30e jour suivant le moment de la disposition, une personne affiliée au cédant est propriétaire du bien transféré. Dans un tel cas, le bien ne peut faire l'objet d'un choix en vertu de l'article 85 L.I.R., et la perte est incluse dans une catégorie distincte du cédant et est dépréciée en utilisant le taux d'amortissement de la catégorie à laquelle le bien appartient. Ces règles dites de *stop loss rules* cessent de s'appliquer lorsque ni le cédant ni une personne affiliée à celui-ci n'est propriétaire du bien amortissable.

---

22 En utilisant un taux d'actualisation de 15 %.

23 Voir détail des calculs à l'annexe F de la présente étude de cas.

24 *Id*.

25 Un billet n'excédant pas la FNACC aurait pu être émis. Dans un tel cas, les actions auraient un PBR et un capital versé d'un montant de 1 $ et une valeur de rachat de 520 000 $.

Compte tenu que le 30e jour suivant leur disposition, le matériel informatique et le mobilier ne seront pas utilisés par Fabrico ou par une personne qui lui est affiliée, Fabrico pourra réclamer la perte découlant de la disposition de ces biens et un choix en vertu de l'article 85 L.I.R. pourra être effectué. La somme convenue sera égale à la JVM de ces actifs, soit 70 000 $ pour le matériel informatique et 100 000 $ pour le mobilier.

7.1.4. Transfert des brevets

De façon à réduire son fardeau fiscal, Fabrico aurait avantage à transférer les brevets à Nouco par voie de roulement fiscal en choisissant une somme convenue égale à la FNACC de la catégorie 14. Cependant, cette solution serait très désavantageuse pour l'acquéreur puisque sa base d'amortissement serait très peu élevée.

Une solution à la fois intéressante pour le vendeur et l'acheteur consisterait à transférer les brevets à Nouco à leur JVM. Le vendeur pourrait être compensé pour l'impôt additionnel qu'il devra supporter à l'égard de la récupération d'amortissement, lequel montant s'élève à peine à 1 000 $[26]. L'acquéreur aurait alors une base fiscale élevée.

Cependant, la base fiscale des brevets pour Nouco pourrait devoir être réduite, en vertu de l'alinéa 13(7)e) L.I.R., si Fabrico a un lien avec Nouco au moment du transfert[27]. De façon à éviter l'application de l'alinéa 13(7)e) L.I.R., les brevets pourraient être vendus directement à Acquisico ou être transférés à Nouco après le moment où Acquisico aurait acquis son contrôle[28]. Une telle approche permettrait d'augmenter les économies d'impôt futures par le biais de l'accroissement de la dépense pour amortissement.

7.1.5. Transfert des marques de commerce

Pour le vendeur, il est préférable de transférer les marques de commerce par voie de roulement fiscal. La vente subséquente des actions de roulement obtenues lors du transfert des marques de commerce permettrait aux

---

26 3 500 $ x 33,05 % = 1 157 $.

27 Le coût en capital des brevets serait alors réputé correspondre au coût en capital pour Fabrico (7 000 $) plus la moitié de l'excédent du produit de disposition pour Fabrico sur le coût en capital (50 % de 893 000 $), soit un coût en capital de 453 500 $.

28 Selon une telle approche, le coût en capital des brevets serait de 900 000 $.

actionnaires d'obtenir des liquidités après impôt de l'ordre de 635 000 $ comparativement à des liquidités après impôt d'environ 600 000 $ (voir annexe G de la présente étude de cas) dans le cas d'une vente des marques de commerce à Nouco à la JVM. Cependant, l'acquéreur est désavantagé dans le cas d'une transaction effectuée par voie de roulement fiscal puisque alors le montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA ») pour Nouco ne serait que de 27 000 $ comparativement à 637 500 $ dans le cas d'une vente à la JVM.

Afin de permettre à l'acheteur de bénéficier d'une déduction plus grande pour amortissement en regard des marques de commerce, Fabrico pourrait exercer le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. pour que la disposition de cette immobilisation admissible soit traitée comme un gain en capital. Ce choix n'est possible que si les conditions suivantes sont remplies par Fabrico :

- la marque de commerce doit être une immobilisation admissible relative à une entreprise;

- le produit réel de disposition de la marque de commerce doit excéder la dépense en capital engagée en vue de l'acquérir;

- la dépense en capital admissible engagée par Fabrico en vue d'acquérir l'immobilisation admissible (marque de commerce) doit être déterminable;

- l'immobilisation admissible ne doit pas être de l'achalandage.

Puisque les dépenses en capital admissibles engagées par Fabrico pour acquérir les marques de commerce ne sont déterminables que pour une seule marque de commerce, le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. ne pourra être effectué qu'à l'égard de cette marque de commerce.

Une solution de compromis entre le vendeur et l'acheteur consisterait à effectuer le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. pour la marque de commerce dont le coût est déterminable et à transférer par voie de roulement fiscal (avec une somme convenue à 1 $) l'autre marque de commerce. Un tel scénario permettrait aux actionnaires de Fabrico d'avoir des liquidités après impôt de l'ordre de 627 000 $ et Nouco bénéficierait d'un MCIA d'un montant de 562 500 $ (voir détail des calculs à l'annexe H.2 de la présente étude de cas).

7.1.6. Transfert de l'achalandage

Encore une fois, pour le vendeur, il serait préférable que l'achalandage soit transféré à Nouco par voie de roulement fiscal en choisissant une somme convenue de 1 $. Cependant, en procédant ainsi, l'objectif de l'acquéreur visant à obtenir des bases fiscales plus élevées ne serait pas respecté et la transaction pourrait être compromise. La pleine reconnaissance de la base fiscale relativement à l'achalandage permettra à l'acquéreur de réaliser des économies d'impôt de l'ordre de 472 500 $ en dollars actualisés (voir calcul à l'annexe I de la présente étude de cas). Quant au vendeur, le coût d'une telle solution lui occasionnera un manque à gagner de l'ordre de 115 000 $ (voir calcul à l'annexe J de la présente étude de cas). De façon à concrétiser la transaction, les dirigeants de Fabrico devraient accepter un transfert de l'achalandage à la JVM.

Parce que Nouco aura un lien de dépendance avec Fabrico au moment du transfert de l'achalandage, la modification technique du 20 décembre 2002 apportée au paragraphe 14(5) L.I.R. s'appliquera et aura pour effet de réduire le montant du MCIA de façon à exclure la fraction non imposable du gain réalisé par Fabrico lors du transfert de l'achalandage à Nouco. Ainsi, le montant à inclure au compte MCIA de Nouco au moment de l'acquisition de l'achalandage sera de 2 250 000 $[29] et non de 3 375 000 $ (75 % × 4 500 000 $). Cependant, à compter du moment qui suivra l'acquisition de contrôle de Nouco, un ajustement de 1 125 000 $ devra être effectué au compte MCIA de façon à ne plus considérer la réduction ayant trait à la portion non imposable du gain réalisé par Fabrico lors du transfert de l'achalandage[30]. Ce rajustement du MCIA est très avantageux pour l'acquéreur non lié puisque, dans le cas d'un bien amortissable, l'alinéa 13(7)e) L.I.R. ne prévoit pas un tel rajustement de la FNACC, même si le contrôle de Nouco est acquis par une personne non liée peu de temps après le transfert du bien amortissable. À notre avis, l'ADRC devrait modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* de façon à éviter que les contribuables ne soient obligés de faire des transactions afin de contourner cette lacune de la loi qui a pour effet de réduire la FNACC du bien amortissable même si ultimement

---

29 MCIA = (3/4 x 4 500 000 $) – (1/2 x 2 250 000 $) = 2 250 000 $.

30 Le calcul du MCIA s'effectue à un moment donné. Si à ce moment le contribuable ne détient pas de bien en immobilisation admissible (ci-après « BIA ») qu'il a acquis auprès d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, alors aucun ajustement ne doit être fait au compte MCIA. Cette interprétation de l'application de la nouvelle définition de MCIA a été confirmée de façon verbale avec un représentant du Ministère.

on est en présence d'une vente à une personne avec laquelle le cédant n'a aucun lien de dépendance.

7.1.7. Transfert de l'inventaire

La JVM de l'inventaire excède son coût indiqué. Fabrico transférera l'inventaire à Nouco en se prévalant des dispositions de roulement fiscal prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. La somme convenue devra se situer entre le coût indiqué et la JVM de l'inventaire.

En acquérant directement les éléments d'actif de Fabrico, l'acquéreur aurait payé 1 800 000 $ pour l'inventaire et Fabrico se serait alors imposée sur un revenu d'entreprise de 300 000 $. Le produit net après impôt après distribution aux actionnaires aurait été de l'ordre de 1 143 000 $. Dans la situation où l'inventaire serait transféré à Nouco par voie de roulement fiscal en choisissant une somme convenue de 1 500 000 $, le produit net reçu par les actionnaires à la suite de la vente des actions de roulement serait de l'ordre de 1 233 000 $. L'acheteur devrait donc négocier avec le vendeur de manière à ce que la somme convenue lors du transfert de l'inventaire se situe entre 1 500 000 $ et 1 800 000 $, de façon à ce que chaque partie trouve son compte. À titre d'exemple, pour fins de négociation, en choisissant une somme convenue de 1 650 000 $, l'impôt payable par Nouco lors de la revente de son inventaire serait moins élevé et Fabrico se retrouverait dans une meilleure position que si elle avait vendu directement son inventaire à Acquisico.

7.2. DROIT DE MUTATION ET DROIT SUPPLÉTIF

Lors du transfert du terrain de Fabrico à Nouco, aucun droit de mutation ne s'applique, car il s'agit d'un transfert entre personnes étroitement liées[31]. Toutefois, comme le contrôle de Nouco est acquis dans les 24 mois suivant le transfert du terrain, un droit supplétif[32] sera payable par Nouco (soit 125 % du droit de mutation habituellement applicable). Par ailleurs, ce droit supplétif peut être évité si Nouco paie volontairement les droits de mutation qui auraient été exigibles, n'eût été l'exception prévue à l'article 19 L.D.M.I. Il est toutefois possible que, dans le cadre des négociations, l'acheteur accepte de payer les droits de mutation puisque ce dernier les aurait de toute façon assumés dans le cadre d'un achat d'actifs.

---

31 *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »), art. 19.

32 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 1129.29.

7.3. TRANSFERT D'ACTIFS ET RESPONSABILITÉ DU BÉNÉFICIAIRE (ARTICLE 160 L.I.R.)

Lors du transfert d'un bien entre personnes ayant un lien de dépendance, l'article 160 L.I.R. rend solidairement responsables l'auteur et le bénéficiaire du transfert pour une partie de l'impôt de l'auteur du transfert. Cette responsabilité s'applique jusqu'à concurrence du moins élevé des montants suivants :

- JVM du bien au moment du transfert moins la JVM de la contrepartie donnée pour le bien;

- les montants dus en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (impôt, pénalité, intérêt) par l'auteur du transfert pour l'année du transfert et les années antérieures.

Dans notre cas, Fabrico et Nouco ont un lien de dépendance au moment du transfert des actifs de Fabrico à Nouco. Toutefois, comme le transfert se fera à la JVM, l'article 160 L.I.R. ne trouvera pas application.

7.4. ASSUJETTISSEMENT À LA TPS ET À LA TVQ

L'acquisition des actifs d'une entreprise, contrairement à l'acquisition d'actions, constitue une fourniture taxable aux fins de l'application de la TPS et de la TVQ. En général, l'acquéreur sera assujetti à la TPS et à la TVQ[33].

Il existe un choix selon lequel l'acquisition des actifs n'est pas assujettie à l'application de la TPS et de la TVQ. Certaines conditions doivent cependant être respectées[34] :

- le vendeur et l'acheteur doivent être inscrits;

- le vendeur doit fournir tout ou partie d'une entreprise;

---

[33] *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »), art. 165 et *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »), art. 16.

[34] Art. 167 L.T.A.; art. 75 L.T.V.Q.

- l'acheteur acquiert la propriété de possession ou l'utilisation de la totalité, ou presque (90 % ou plus) des biens qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaires à l'exploitation par lui de l'entreprise;

- l'acheteur doit produire le Formulaire FP-2044 pour la période de déclaration au cours de laquelle la transaction de vente est survenue.

Dans le cas de la vente d'un immeuble, le vendeur n'est pas tenu de percevoir la TPS et la TVQ lorsque l'acheteur est inscrit aux fins desdites taxes de vente. L'acheteur a l'obligation de remettre la taxe pour la période de déclaration au cours de laquelle a eu lieu l'acquisition, mais pourra réclamer des crédits de taxes sur intrants (ci-après « CTI ») dans le cas où les actifs acquis seraient utilisés dans le cadre de ses activités commerciales.

Il est à noter que certains actifs, tels que les comptes à recevoir et les placements, ne sont pas assujettis à la TPS et à la TVQ. Cependant, l'acheteur ne pourra récupérer la TPS et la TVQ si un compte à recevoir devient une créance douteuse.

Un autre choix[35] est possible lorsque les biens (excluant les immeubles) sont transférés entre deux sociétés canadiennes qui font partie d'un groupe étroitement lié[36]. L'acquisition des actifs sera réputée faite pour une considération nulle, donc sans TPS ni TVQ.

Fabrico et Nouco pourront effectuer le choix prévu au paragraphe 167(1) L.T.A. puisque Nouco acquiert plus de 90 % des actifs nécessaires à l'exploitation de son entreprise. À noter qu'il est primordial que le bail entre Fabrico et Imco soit transféré à Nouco.

Après l'acquisition des actions par Acquisico, Imco et Nouco seront des sociétés étroitement liées et ainsi la charge du loyer pourra se faire sans taxe.

---

35 Art. 156 L.T.A.; art. 334 à 336 L.T.V.Q.

36 Font partie d'un groupe étroitement lié les sociétés dont au moins 90 % des actions avec droit de vote en nombre et en valeur sont détenues par une ou plusieurs autres sociétés du groupe.

8. TRANSFERT DES POLICES D'ASSURANCE VIE DES EMPLOYÉS CLÉS ET DES ANCIENS EMPLOYÉS

Une police d'assurance vie ne peut faire l'objet d'un roulement fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R. En effet, une police n'est pas spécifiquement prévue parmi les biens admissibles au paragraphe 85(1.1) L.I.R. De plus, une police d'assurance vie n'est pas une immobilisation, car ce terme est défini[37] comme étant un bien amortissable ou tout bien dont la disposition engendrerait pour le contribuable un gain ou une perte en capital. Or, le sous-alinéa 39(1)a)(iii) L.I.R. prévoit que l'on ne peut réaliser de gain en capital sur une police d'assurance vie.

Le transfert d'une police d'une société à une autre société ou à ses actionnaires entraîne une disposition aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vertu de la définition de « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R. Il faut donc déterminer le produit de disposition d'un tel transfert. Au paragraphe 148(7) L.I.R., il est indiqué que le titulaire est réputé recevoir un produit de disposition égal à la « valeur de l'intérêt » au moment de la disposition, cette valeur étant la valeur de rachat. Il faut aussi se demander si le récipiendaire de la police aura un fardeau fiscal à assumer. L'ADRC est d'avis que l'actionnaire qui reçoit de sa société un intérêt dans une police d'assurance vie sans verser de contrepartie doit inclure, en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., un avantage correspondant à la JVM de la police[38] (on peut appliquer le même raisonnement pour un employé en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R.). Le principal écueil est de déterminer cette JVM. L'ADRC expose, dans une Circulaire d'information[39], les principaux facteurs dont il faut tenir compte, tels que la valeur de rachat, l'état de santé de la personne assurée, la valeur nominale, etc.

Fabrico est titulaire et bénéficiaire de polices d'assurance vie sur la tête de plusieurs actionnaires. Dans le cas de M. Dubé et de Mme Moreau, dont les polices d'assurance vie universelle sont transférées à Nouco, Fabrico

---

37 Art. 54 L.I.R.

38 « The CCRA responds : Tax policy round table 2003 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 12 juin 2003, question 4.

39 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989. Pour un complément d'information, nous vous référons au texte suivant : Marc DAGENAIS, « Transfert de polices d'assurance vie : une problématique non résolue », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 35:1-14.

réalisera un revenu égal à l'excédent de la valeur de rachat (38 000 $) sur son CBR. Quant aux polices d'assurance vie temporaires, puisqu'elles ne comportent aucune valeur de rachat, aucun revenu ne sera tiré de leur transfert.

Pour les polices des autres actionnaires qui leur sont transférées, le traitement sera le même pour Fabrico. Toutefois, ce transfert pourrait entraîner pour les actionnaires l'inclusion d'un avantage imposable dans le calcul de leur revenu, dans la mesure où la JVM des polices ainsi transférées est supérieure à la valeur de rachat.

9. VENTE DES ACTIONS DE NOUCO ET DE IMCO

9.1. CONVENTION D'ACHAT D'ACTIONS

Lorsque les parties se seront entendues de façon définitive sur les termes et conditions de la transaction envisagée, vous devrez alors procéder, notamment, à la rédaction de deux conventions d'achat d'actions, soit une entre M. Sansoucy et Acquisico, relative à la vente de la totalité des actions du capital-actions de Imco, et une seconde entre Fabrico et Acquisico, relative à la vente de la totalité des actions du capital-actions de Nouco, à laquelle interviendront les actionnaires de Fabrico. Il est en effet habituel que ce soit les conseillers juridiques de l'acquéreur qui produisent les projets de conventions d'achat.

Toutes les conventions d'achat d'actions ont une structure similaire. Chaque article vise un point spécifique mais doit être lu comme faisant partie d'un tout. C'est pourquoi une modification apportée à un seul article peut exiger une révision complète du projet de convention d'achat.

Voici, de façon sommaire, la structure d'une convention d'achat :

Préambule

- Dans le préambule, vous résumerez en quelques paragraphes le contexte dans lequel la transaction intervient. Vous voudrez peut-être y décrire certaines étapes des planifications et réorganisations effectuées préalablement à la clôture, si cela aide à une bonne compréhension de la convention.

Définitions

- Les définitions utilisées tout au long de la convention sont habituellement regroupées en un seul article au début de la convention. Vous devrez apporter une attention toute particulière à la rédaction de cet article, car beaucoup de nuances peuvent être exprimées dans ces définitions. C'est dans cet article que vous pourrez définir tous les termes techniques propres à l'industrie des produits d'irrigation ainsi que tous les termes financiers qui méritent d'être définis (par exemple, bénéfices nets, intérêts, etc.) que vous allez utiliser par la suite dans la convention.

Description de l'objet de la transaction

- En bref, vous devrez décrire qui vend quoi à qui, le tout selon les termes et conditions de la convention.

Prix et modalités de paiement

- En l'espèce, vous devrez décrire précisément le prix ainsi que les différents ajustements dont il peut faire l'objet et spécifier comment et quand il sera payable. Cet article, selon les contrats, peut faire quelques paragraphes ou plusieurs pages référant à des annexes, selon que le prix est entièrement déterminé mais sujet à ajustement, ou seulement déterminable sans ou avec un ou plusieurs ajustements et selon le nombre d'actionnaires et la nature du capital-actions émis ainsi que sa répartition entre les différents actionnaires.

- Dans la mesure où il demeure un solde de prix de vente à la suite de la clôture, ce qui est le cas ici, cet article ou un article séparé prévoira parfois soit la mise en dépôt par l'acquéreur d'une somme correspondant environ à ce solde, soit une sûreté sur les actions vendues ou les actifs de la société vendue. Dans le cas de l'acquisition envisagée, cela n'est pas nécessaire puisque les vendeurs sont satisfaits de la solide santé financière de Opco. Ils ont toutefois exigé qu'elle se porte caution solidaire des obligations de Acquisico aux termes de la convention.

Engagements des vendeurs, le cas échéant, de leurs actionnaires et de l'acquéreur

- Engagements des vendeurs et de leurs actionnaires visant la gestion de Imco et de Fabrico/Nouco entre le moment de la signature des conventions d'achat d'actions et la clôture : ces engagements visent à faire en sorte que les activités, les affaires et la gestion de Fabrico/Nouco

et de Imco demeurent inchangées entre le moment de la signature des conventions et la clôture. Ils prévoiront donc l'obligation de gérer ces compagnies dans le cours normal des affaires, de façon conforme aux pratiques antérieures.

- Engagements des vendeurs relatifs à la préparation après la clôture et à la fourniture aux vendeurs de certains documents financiers nécessaires au calcul des ajustements de prix. Par exemple, dans notre cas, les vendeurs devront s'engager à fournir à l'acquéreur les états financiers vérifiés de Fabrico et de Imco au 31 décembre 2003, accompagnés des calculs des paiements devant être faits sur la base de ces informations et les états financiers vérifiés de Nouco pour le premier exercice financier suivant l'acquisition de contrôle, avec le calcul de l'ajustement à faire ou non.

- Engagements de l'acquéreur relatifs à la libération des cautionnements.

- Engagements de l'acquéreur ou des vendeurs quant à certains choix fiscaux (par exemple, stipuler que Fabrico devra effectuer le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. en relation avec la cession de la marque de commerce n° 2).

Conditions de clôture

- Les conventions devront énumérer la liste des conditions qui doivent être remplies avant que la clôture ne puisse être tenue, telles que l'obtention des divers consentements requis en vertu des contrats ou de certaines lois, la signature de la convention de services de M. Sansoucy, des nouvelles conventions d'emploi de M. Dubé et de Mme Moreau, des conventions de non-concurrence et de non-sollicitation, l'obtention de l'avis juridique dont un projet est joint en annexe, etc. De plus, la clôture de chaque acquisition sera conditionnelle à la conclusion concomitante de l'autre.

Déclarations et garanties des vendeurs

- L'acquéreur a obtenu, après négociations, que les déclarations et garanties soient données non seulement par Fabrico, dans le cas de l'achat des actions du capital-actions de Nouco, mais également par M. Sansoucy, et ce, de façon solidaire.

- Ces déclarations et garanties visent principalement, comme nous l'avons vu, à donner un portrait photographique des compagnies cibles à la date de signature des conventions et à la date de clôture si celle-ci est

postérieure. Afin de s'assurer que la situation n'a pas changé dans l'intervalle, les déclarations et garanties données dans les conventions devront être renouvelées à la clôture. Si elles ne sont plus tout à fait exactes à la clôture, les modifications apportées ne devront révéler aucun changement défavorable significatif dans les éléments d'actif, les affaires et les perspectives d'affaires de Imco et de Fabrico/Nouco.

- Ces déclarations et garanties viseront principalement les aspects suivants :

  – constitution et organisation de Fabrico, Nouco et Imco et siège social;

  – pouvoirs et capacité à effectuer les réorganisations préalables et à conclure la transaction;

  – autorisations à effectuer les réorganisations préalables et à conclure la transaction;

  – effet de la réorganisation et des conventions devant être signées dans le cadre de la transaction;

  – statut de sociétés fermées;

  – capital-actions;

  – statuts et registres;

  – livres et registres comptables et situation financière;

  – éléments d'actif;

  – immeubles;

  – exploitation de l'entreprise;

  – représentations particulières relatives au domaine des produits d'irrigation;

  – conventions et engagements;

  – relations de travail;

  – assurances;

- affaires bancaires;
- propriété intellectuelle;
- litiges et enquêtes;
- fiscalité;
- environnement;
- divers (absence de commissions, véracité des déclarations et garanties, caractère complet des déclarations et garanties).

- Compte tenu de la réorganisation préalable, vous voudrez obtenir des représentations et garanties spécifiques sur ses différentes étapes.

- Par ailleurs, comme le prix sera principalement établi sur la base des chiffres au 31 décembre 2003 et que la clôture suivra de quelques jours, vous voudrez vous assurer que rien de significatif ne s'est produit dans l'intervalle.

Déclarations et garanties de l'acquéreur

- Elles sont beaucoup plus sommaires que celles des vendeurs.

- Elles visent la constitution et l'organisation de l'acquéreur ainsi que le fait qu'il a les pouvoirs et la capacité de conclure la transaction.

- Elles peuvent aussi viser sa capacité financière à payer le prix d'acquisition. Dans notre cas, les vendeurs pourraient ainsi exiger que Opco et Acquisico présentent le fait qu'elles ont reçu des lettres d'offre de financement de la CDPQ, de la BDC et d'une banque à charte pour une somme totale de 6 000 000 $ en vue de procéder à l'acquisition, et que Opco mettra par ailleurs à la disposition de Acquisico la somme de 3 600 000 $ plus un certain montant pour couvrir le dernier ajustement éventuel du prix.

Indemnisation

- La clause d'indemnisation vise à indemniser l'acquéreur de tout dommage qu'il pourrait subir en raison de la fausseté ou de l'inexactitude

des déclarations et garanties ou du non-respect de ses engagements par l'un des vendeurs ou de leurs actionnaires.

- De plus, la clause d'indemnisation devrait viser, de façon précise, toute autre situation, connue de l'acquéreur à la suite de sa vérification diligente ou divulguée dans les déclarations et garanties, qui représente un passif éventuel dont il veut être indemnisé (par exemple, passif fiscal éventuel révélé par la vérification diligente, irrégularité dans la chaîne de titre de certaines actions).

- Les clauses d'indemnisation comportent parfois un plancher ou un plafond. Dans notre cas, l'acquéreur a accepté que la clause d'indemnisation n'entre en application dans le cas de l'achat des actions du capital-actions de Nouco et de Imco que lorsqu'il aura subi des dommages cumulatifs totaux de plus de 10 000 $ dans le cas de Nouco et de 5 000 $ dans le cas de Imco. Il a par contre refusé catégoriquement toute demande des vendeurs voulant que le montant de l'indemnisation soit limité au prix d'achat.

Durée des déclarations et garanties

- Ces dispositions visent à établir à partir de quel moment les personnes ayant donné les déclarations et garanties cessent d'être responsables des dommages que leur fausseté ou inexactitude pourrait avoir causés à l'acquéreur.

- On retrouve habituellement une durée variant de un à trois ans, sauf en matière environnementale et de fonds de pension, où on prévoit une durée plus longue, ainsi qu'en matière fiscale, où la durée des déclarations est habituellement liée à la prescription.

Retenue sur le prix de vente, mise en dépôt, lettre de crédit ou ajustement du prix de vente à la hausse en l'absence de réclamations

- Voir la discussion à ce sujet dans la section sur la lettre d'intention.

Dispositions interprétatives

Confidentialité, non-concurrence et non-sollicitation

Les parties ont convenu de conclure, en faveur de l'acquéreur et de Nouco, des clauses de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité avec M. Sansoucy, M. Dubé, Mme Moreau et les trois autres

employés membres de la direction. Les obligations contenues dans ces clauses devront être limitées à ce qui est raisonnable pour la protection des intérêts légitimes de l'acquéreur.

Afin de s'assurer de la validité de la clause de non-concurrence, sa portée doit être précisée par la base des activités et du marché de Nouco au moment de la vente. Les parties ont donc convenu qu'elles s'appliqueraient à la fabrication, la distribution et la commercialisation des systèmes d'irrigation pour terrains de golf. Quant au territoire applicable, l'acquéreur vous indique que les parties ont, à la suite de leurs négociations, choisi d'indiquer l'Amérique du Nord. Cependant, comme le marché de Nouco est situé exclusivement au Québec, dans les Maritimes et en Nouvelle-Angleterre, vous recommandez à votre client de limiter l'application de la clause de non-concurrence à ces régions.

Quant à la clause de non-sollicitation, vous vous assurez qu'elle s'applique tant aux employés qu'aux fournisseurs et aux clients.

Par ailleurs, l'acquéreur vous a indiqué qu'il désire que les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation soient de 10 ans, à compter de la vente. Vous lui recommandez toutefois de limiter la durée à un maximum de cinq ans dans le cas de M. Sansoucy, M. Dubé et Mme Moreau, compte tenu de ce qui est habituellement accepté par les tribunaux dans les circonstances d'une telle vente. Toutefois, dans le cas des autres employés, qui ne reçoivent que de petites sommes dans le cadre de la vente et qui, d'après les faits dont nous disposons, ne semblent pas avoir de responsabilités aussi importantes dans Nouco, vous suggérez une durée de deux ans.

Enfin, vous vous assurez que les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation visent non seulement le fait de faire concurrence ou de solliciter de façon directe, mais aussi indirecte. Vous prévoyez également que l'acquéreur et Nouco bénéficieront de tous les recours disponibles, y compris l'injonction, et qu'ils pourront opter pour le paiement de leurs dommages réels plutôt que d'exiger la pénalité.

Vous discutez de plus avec votre client des pénalités à imposer en cas de contravention.

Divers

- Incessibilité des droits et obligations (sauf de Opco à Acquisico, si cette dernière n'existe pas encore au moment de la signature du contrat).

- Avis.
- Lois applicables.
- Juridiction.
- Élection de domicile des vendeurs et de leurs actionnaires : l'acquéreur désire une élection de domicile dans le district judiciaire de Montréal.

9.2. CONTRATS D'EMPLOI ET DE CONSULTATION

Dans le cadre de la transaction, l'acquéreur désire renégocier les contrats d'emploi de M. Dubé et de Mme Moreau et signer un contrat de consultation avec M. Sansoucy.

Sans entrer ici dans le détail du contenu de ces contrats d'emploi, vous voudrez prévoir des clauses distinctes de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité, même si de telles dispositions sont déjà prévues dans la convention d'achat d'actions qui sera conclue dans le cadre de la vente. La perspective est cependant différente car, dans ce cas-ci, vous voulez viser la durée de l'emploi et une certaine période par la suite. Cependant, la durée fixe de ces clauses après la fin de l'emploi ne pourra pas être de cinq ans comme dans le cas de la convention d'achat d'actions signée dans le cadre de la vente. En effet, les tribunaux sont très réticents à accorder une longue durée à ces dispositions, compte tenu que l'on ne peut empêcher quelqu'un de gagner sa vie. Vous recommandez donc à l'acquéreur de négocier une durée de deux ans après la fin de l'emploi. Il serait souhaitable d'indiquer que les obligations de non-concurrence et de non-sollicitation prévues dans les contrats d'emploi et celles contenues dans la convention d'achat d'actions s'appliquent de façon concurrente et que la période d'application la plus longue des dispositions prévues à l'un ou l'autre contrat aura préséance. De plus, il serait prudent de faire reconnaître à l'employé que les obligations de non-concurrence et de non-sollicitation contenues dans la convention d'achat d'actions continueront à s'appliquer malgré la résiliation du contrat d'emploi. Vous voudrez également prévoir des clauses similaires dans le contrat de services de M. Sansoucy.

10. AUTRES CONSIDÉRATIONS

10.1. TRAITEMENT DU PAIEMENT DES CONVENTIONS DE NON-CONCURRENCE, DE NON-SOLLICITATION ET DE CONFIDENTIALITÉ

Depuis les décisions rendues dans les affaires *Manrell* c. *La Reine*[40] et *Fortino* c. *La Reine*[41], les clauses de non-concurrence sont devenues très populaires auprès des fiscalistes dont les clients vendent leur entreprise. En effet, les juges ayant tranché en faveur des contribuables, ces derniers n'ont pas eu à s'imposer sur les sommes reçues à ce titre[42]. Toutefois, ces causes ne concernent que le traitement des sommes reçues par le vendeur et la déductibilité de ces paiements faits par l'acheteur n'a pas été abordée, ni dans aucune autre cause par ailleurs.

Comme il fallait s'y attendre, le Ministère a répliqué à ces décisions en émettant un Communiqué, le 7 octobre 2003[43], en vertu duquel la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait modifiée afin que de tels paiements soient dorénavant imposables pour le vendeur.

Les modifications législatives feront en sorte que, dans certains cas, la somme à recevoir au titre d'une clause de non-concurrence soit un revenu ordinaire aux fins de l'impôt.

Le Communiqué précise également que lorsqu'une somme est versée au titre d'une clause de non-concurrence, conjointement avec l'acquisition d'une entreprise ou avec l'acquisition d'une action ou d'une participation dans une société de personnes, il sera permis à l'auteur du versement d'inclure le montant de celui-ci dans le coût de la dépense en capital admissible, de l'action ou de la participation dans la société de personnes.

---

40 2003 D.T.C. 5225 (C.A.F.) (ci-après « *Manrell* »).

41 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) (ci-après « *Fortino* »).

42 Pour un résumé de ces causes, voir Richard GAUTHIER, « Achat, vente d'entreprise, réorganisation – Clauses particulières », dans *Colloque – Achat, vente d'entreprise, réorganisation*, 133, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 3 et suiv.

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

10.2. HONORAIRES PROFESSIONNELS

La déductibilité des honoraires professionnels engagés dans le cadre d'une acquisition d'entreprise est toujours un sujet de questionnement, d'où l'importance de facturer de façon adéquate les différents intervenants et de ventiler les services ainsi fournis.

Les principales dispositions pertinentes concernant la déductibilité des honoraires professionnels sont les alinéas 18(1)a) et 18(1)b) L.I.R. De façon générale, les dépenses engagées dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise seront déductibles dans le calcul du revenu alors que les dépenses de nature capital ne seront déductibles que dans la mesure où elles sont expressément autorisées pas une disposition de la loi, sinon elles seront capitalisées au coût des actifs acquis auxquels elles se rapportent[44].

Dans le cas présent, les honoraires professionnels engagés par l'acheteur sont les suivants :

- rédaction d'un contrat de consultation avec M. Sansoucy;
- frais de financement;
- convention entre actionnaires;
- lettre d'intention;
- incorporation de Acquisico;
- convention de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité;
- rapport de vérification diligente;
- convention d'achat d'actions.

---

[44] Pour une étude plus détaillée des principes de base concernant la déductibilité des honoraires professionnels, voir Guy CHABOT, Sylvain PAQUET, Yves PARÉ et Jules TURCOTTE, « Étude de cas B, Déductibilité des honoraires professionnels, juridiques et comptables », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 47:1-50 et Lucie CHOUINARD, « Déductibilité des honoraires professionnels », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 13:1-34.

Nous reprendrons séparément chacune de ces dépenses.

10.2.1. Lettre d'intention

Dans un premier temps, les honoraires professionnels relatifs à la rédaction de la lettre d'intention devraient être facturés à Opco puisque c'est cette dernière qui a donné le mandat aux conseillers juridiques. Par ailleurs, cette dépense n'a pas été engagée dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise de Opco qui consiste à fabriquer et à distribuer du matériel d'irrigation, même si l'acquisition de Nouco et de Imco aura comme effet d'agrandir sa part de marché. Par conséquent, les honoraires professionnels devraient être capitalisés au coût des biens acquis[45].

Un problème se pose toutefois : aucun bien n'a été acquis par Opco. En effet, les actions de Nouco et de Imco ont été acquises par Acquisico. On pourrait toutefois facturer Acquisico en prétendant qu'il s'agit d'une dépense préconstitutive de cette dernière et que Opco n'agissait qu'à titre de mandataire. Les honoraires professionnels seraient alors capitalisés au coût des actions acquises par Acquisico.

10.2.2. Convention d'achat des actions de Nouco et de Imco

Les honoraires professionnels relatifs à la rédaction des conventions d'achat d'actions de Nouco et de Imco devraient être facturés à l'acheteur, soit Acquisico. Pour les mêmes raisons que celles mentionnées ci-dessus, il s'agit d'une dépense de nature capital qui devrait être ajoutée au coût des actions acquises.

10.2.3. Rapport de vérification diligente

Les frais relatifs aux vérifications diligentes, tant légales que comptables et fiscales, sont engagés en raison de l'acquisition des actions de Nouco et de Imco et devraient être facturés à Acquisico. Ces frais seront par conséquent ajoutés au coût des actions ainsi acquises.

---

45 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5, « Frais juridiques et comptables », 11 décembre 1998, par. 14.

10.2.4. Incorporation de Acquisico

Ces frais seront facturés à Acquisico et conformément au *Bulletin d'interprétation* IT-143R3[46], les frais de constitution sont une dépense en immobilisation admissible pour cette dernière.

10.2.5. Frais de financement

Les frais engagés à l'égard de la participation de la BDC et de la CDPQ en tant qu'actionnaires de Acquisico devraient se qualifier à titre de frais d'émission d'actions et par conséquent être déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R., alors que les frais engagés pour l'obtention de l'emprunt auprès de la banque à charte constituent des frais de financement également déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R.

10.2.6. Convention entre actionnaires

La convention entre actionnaires concerne principalement la participation de la BDC et de la CDPQ, laquelle a permis de financer l'acquisition des actions de Nouco et de Imco. Par conséquent, on pourrait prétendre que les honoraires engagés à l'égard de la convention se qualifient comme frais de financement ou d'émission d'actions et sont donc déductibles selon les dispositions de l'alinéa 20(1)e) L.I.R.

10.2.7. Contrat de consultation avec M. Sansoucy

Les services de M. Sansoucy seront retenus afin de bénéficier de son expertise dans le domaine de l'irrigation des terrains de golf. Comme l'entente interviendra entre M. Sansoucy et Nouco, les honoraires engagés à l'égard de la rédaction et de la négociation du contrat devraient être facturés à Nouco. Cette dépense sera par ailleurs déductible dans le calcul du revenu de Nouco en vertu des principes généraux de l'article 9 L.I.R.

10.2.8. Clauses de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité

Les honoraires engagés afin de conclure des clauses de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité avec les trois employés

---

[46] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-143R3, « Sens de l'expression capital admissible », 29 août 2002, par. 13-14.

cadres ainsi qu'avec Mme Moreau et M. Dubé devraient être facturés à Nouco, puisque l'engagement concerne l'entreprise de cette dernière. Il est difficile de prétendre que cette dépense est une dépense de nature courante, dans la mesure où l'effet de cette convention est de préserver l'achalandage et l'entreprise de la société. Il s'agirait plutôt d'une dépense se qualifiant à titre de BIA. Cette position est conforme à celle de l'ADRC énoncée au paragraphe 18 du *Bulletin d'interprétation* IT-467R2[47].

En ce qui concerne les frais relatifs à la clause de non-concurrence intervenue entre Acquisico et M. Sansoucy, à qui devraient-ils être facturés? Le paiement sera fait normalement par Acquisico alors que Nouco interviendra à la convention puisqu'il s'agit de son entreprise. Par ailleurs, il est raisonnable que Acquisico fasse le paiement afin de préserver son placement dans Nouco. Il y aurait peut-être lieu de facturer les deux sociétés. Pour Nouco, la dépense devrait être considérée comme un BIA alors que pour Acquisico, le montant devrait être capitalisé au coût des actions.

10.3. REPORT DES PERTES EN CAPITAL ET DES PERTES AUTRES QU'EN CAPITAL

10.3.1. Pertes en capital

Généralement, l'acquisition d'actions entraîne une acquisition de contrôle. Lorsqu'il y a acquisition de contrôle, les pertes en capital nettes subies avant cette acquisition ne peuvent être reportées aux années d'imposition se terminant après l'acquisition de contrôle[48]. De plus, les pertes en capital nettes subies après l'acquisition de contrôle ne peuvent être reportées aux années d'imposition se terminant avant l'acquisition de contrôle[49]. Ainsi, les pertes en capital nettes subies avant l'acquisition de contrôle sont pratiquement inutilisables.

De plus, afin d'éviter le transfert des pertes en capital latentes (courues mais non réalisées) lors de l'acquisition de contrôle, les alinéas 111(4)c) et 111(4)d) L.I.R. prévoient un ajustement du PBR des biens en immobilisation autres que des biens amortissables appartenant à une société juste avant

---

47 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-467R2, « Dédommagements, règlement et autres paiements semblables », 13 novembre 2002, par. 18.

48 Al. 111(4)a) L.I.R.

49 Al. 111(4)b) L.I.R.

l'acquisition de contrôle. Le PBR doit être réduit à la JVM desdits biens lorsque celle-ci est inférieure au PBR au moment de l'acquisition de contrôle. Cette réduction est alors considérée comme une perte en capital subie par la société pour son année d'imposition présumée se terminant immédiatement avant l'acquisition de contrôle. Tel qu'il a été mentionné précédemment, cette perte en capital ne pourra pas être reportée aux années d'imposition se terminant après l'acquisition de contrôle.

Les paragraphes 111(5.1) et 111(5.2) L.I.R. prévoient des mesures semblables relativement aux biens amortissables et aux BIA. À cet égard, lorsque la FNACC excède la somme de la JVM desdits biens, la déduction pour amortissement demandée et les pertes finales déduites par la société pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant le changement de contrôle, cet excédent doit être déduit dans le calcul du revenu de la société pour l'année d'imposition précédant l'acquisition de contrôle. Cet ajustement a pour effet de réduire le revenu imposable ou d'augmenter la perte autre qu'une perte en capital.

Afin de ne pas nuire à celui qui acquiert le contrôle de la société, l'alinéa 111(4)e) L.I.R. permet un certain allégement en permettant à la société de considérer les biens en immobilisation (amortissables ou non) de son choix, à l'égard desquels il existe une plus-value, comme ayant fait l'objet d'une disposition immédiatement avant l'acquisition de contrôle[50]. La société est réputée avoir acquis de nouveau les biens à un coût égal à leur produit de disposition. Ce choix permet d'absorber les pertes en capital latentes et les pertes en capital antérieures à l'acquisition de contrôle.

La société Imco a un solde de pertes en capital nettes de 200 000 $ et n'a aucune perte latente sur ses biens en immobilisation. En effectuant le choix prévu à l'alinéa 111(4)e) L.I.R. à l'égard de son terrain et de son bâtiment, voici quelles sont les conséquences fiscales pour la société Imco :

---

[50] Le produit de disposition est alors égal au moins élevé des montants suivants :

i) la JVM du bien immédiatement avant l'acquisition de contrôle;

ii) le plus élevé du PBR du bien pour la société immédiatement avant la disposition et le montant indiqué par la société pour ce bien.

Terrain

Produit de disposition choisi par Imco (n'excède pas la JVM)	300 000	$
Moins : PBR avant l'acquisition de contrôle	(200 000)	
Gain en capital	100 000	$
Gain en capital imposable	50 000	$
Nouveau PBR après l'acquisition de contrôle	300 000	$

Bâtiment

Produit de disposition choisi par Imco (n'excède pas la JVM)	1 100 000	$
Moins : coût en capital (PBR)	(800 000)	
Gain en capital	300 000	$
Gain en capital imposable	150 000	$

FNACC du bâtiment		700 000	$
Le moindre du :			
i) coût en capital	*800 000 $		
ii) produit de disposition choisi	1 100 000 $	(800 000)	
Récupération		100 000	$

Pertes en capital nettes disponibles avant l'acquisition de contrôle	200 000	$
Moins : gain en capital imposable (choix de l'alinéa 111(4)e) L.I.R.)	(200 000)	
Solde des pertes en capital nettes	0	$

* En vertu de l'alinéa 13(7)f) L.I.R., le coût en capital pour l'acquéreur sera de 950 000 $.

Le choix exercé en vertu de l'alinéa 111(4)e) L.I.R. permet d'augmenter le PBR du terrain et du bâtiment de la société Imco, de bénéficier des pertes

en capital nettes avant l'acquisition de contrôle et de diminuer le gain en capital pour les années futures. Sans l'exercice de ce choix, les pertes en capital nettes seraient perdues. Les pertes autres que les pertes en capital de Imco permettront d'absorber la récupération d'amortissement générée par le choix exercé en vertu de l'alinéa 111(4)e) L.I.R.

10.3.2. Pertes autres qu'en capital

Lorsqu'il y a acquisition de contrôle, l'alinéa 111(5)a) L.I.R. prévoit que les pertes autres qu'en capital subies avant cette date peuvent être reportées aux années d'imposition se terminant après l'acquisition de contrôle seulement si l'entreprise qui est à l'origine des pertes est exploitée à profit par la société ou dans l'attente raisonnable d'un profit pendant l'année donnée.

L'alinéa 111(5)b) L.I.R prévoit des restrictions semblables concernant le report rétrospectif des pertes autres que les pertes en capital subies au cours des années suivant la prise de contrôle.

Les pertes autres qu'en capital doivent donc résulter de l'exploitation d'une entreprise. Ceci implique qu'une perte au titre d'un placement d'entreprise ou encore une perte sur un bien ne peut en aucun cas être reportée et déduite comme perte autre qu'une perte en capital. De plus, une perte au titre d'un placement d'entreprise ne peut être traitée comme une perte en capital aux fins du paragraphe 111(4) L.I.R.[51]

La société Imco a un solde de pertes autres qu'en capital de 100 000 $. Les revenus de la société proviennent de la location du bâtiment qu'elle détient en faveur d'une société associée qui exploite une entreprise de fabrication. Le revenu de location constitue un revenu de bien pour Imco[52]. Donc, Imco ne peut reporter les pertes autres que des pertes en capital qu'elle a subies avant l'acquisition de contrôle. Cependant, comme indiqué à la section précédente, le choix effectué en vertu de l'alinéa 111(4)e) L.I.R. a permis d'utiliser ces pertes.

---

51 *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 9304585, 19 mai 1993, par. 3279.

52 La présomption prévue au paragraphe 129(6) L.I.R. ne vaut que pour l'application de la DPE selon l'article 125 L.I.R.; elle ne s'applique pas à l'article 111 L.I.R.

10.4. LA MAJORATION DU COÛT DES IMMOBILISATIONS NON AMORTISSABLES SELON L'ALINÉA 88(1)D) L.I.R.

10.4.1. Généralités

L'alinéa 88(1)d) L.I.R. permet à une société acquéreur de convertir le coût fiscal des actions acquises (communément appelé base externe) en coût fiscal de biens en immobilisation non amortissables détenus par la société cible (communément appelé base interne). Une société acquéreur et une société cible (ci-après « CIBLE ») seront intéressées par ces règles de majoration (*bump-up*) lorsque la base externe excède la base interne. Cette situation se produira de façon typique dans les situations où le coût historique des actifs détenus par CIBLE est plus bas que leur JVM.

L'alinéa 88(1)d) L.I.R. permet essentiellement de majorer le coût de quatre types de biens. Ces types de biens sont les biens immeubles, les actions, les dettes d'autres sociétés et les participations dans une société de personnes. Une des règles de base de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. est que le coût fiscal d'un bien détenu par CIBLE ne peut être majoré à un montant supérieur à la JVM du bien au moment où la société acquéreur a acquis le contrôle de CIBLE.

La majoration fiscale du coût des biens peut s'effectuer soit par le biais d'une liquidation, soit par le biais d'une fusion. Dans chacun des cas, la société cible (et ses actions) disparaîtra. Donc, lorsque tous les « actifs cibles » sont détenus par CIBLE, seuls ceux qui sont « majorables » verront leur coût fiscal augmenter. Les biens amortissables ne sont pas majorables. Une technique pour convertir des biens non majorables, tel un bien amortissable, en un actif majorable consiste à transférer le bien amortissable à une nouvelle filiale de CIBLE (ci-après « Filiale ») en utilisant le choix prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. pour éviter l'impôt lors du transfert. Après que le vendeur a disposé de ses actions de CIBLE, l'acheteur peut soit liquider CIBLE, soit fusionner avec CIBLE. Cette opération permettra d'accroître le coût des actions de Filiale détenues par l'acheteur. Un acheteur pourrait être intéressé dans cette forme de réorganisation prévente lorsqu'il prévoit disposer d'un ou des actifs amortissables de CIBLE. La majoration du coût des actions de Filiale permettra à l'acheteur de vendre ses actions (et par conséquent, le bien amortissable) sans encourir de récupération d'amortissement[53].

---

[53] Il est à noter qu'il existe une disposition antiévitement dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui empêche qu'un contribuable effectue un genre de transaction

(à suivre…)

Le montant de la majoration disponible est connu au moment où l'acquéreur achète les actions de CIBLE. La majoration disponible est l'excédent des bases externes sur les bases internes. Évidemment, cet excédent est seulement disponible pour accroître le coût des actifs majorables jusqu'à leur JVM au moment de l'acquisition de contrôle. L'acheteur peut attendre avant de procéder à une liquidation ou à une fusion en vue d'effectuer la majoration. À titre d'exemple, l'acheteur pourrait décider d'attendre si la majoration avait pour effet d'accroître la taxe sur le capital. Cette situation pourrait se produire lorsque, en vertu des principes comptables généralement reconnus, la fusion ou la liquidation entraînerait une augmentation du coût comptable des actifs de CIBLE.

10.4.2. Application à notre cas

Dans la société Imco, le terrain constitue un bien admissible à la majoration. Le montant maximal de majoration selon le sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. est de 600 000 $, soit l'excédent du PBR pour Acquisico des actions de Imco sur la masse fiscale[54] de Imco immédiatement avant sa liquidation. Cependant, le coût indiqué du terrain ne peut être majoré à un montant qui excède sa JVM au moment où Acquisico a acquis le contrôle de Imco. Donc, la majoration maximale disponible pour ce bien serait limitée à un montant de 100 000 $, de façon à ce que son nouveau coût indiqué soit de 300 000 $. Tel qu'il est expliqué à la section 10.3., Imco a aussi la possibilité de majorer le PBR du terrain en faisant le choix prévu à l'alinéa 111(4)e) L.I.R. Ce dernier choix est le plus approprié pour Acquisico et Imco puisqu'il n'oblige pas Acquisico à liquider sa filiale Imco ou à fusionner avec celle-ci. De plus, ce choix permet d'éviter un accroissement potentiel de la taxe sur le capital (nous vous référons à la section 10.6. pour de plus amples détails à ce sujet).

En ce qui concerne la société Fabrico, seul le terrain A constitue un bien admissible à la majoration. Cependant, puisqu'il est prévu que ce terrain sera

---

(…suite)

communément appelée papillon achat/vente en utilisant l'alinéa 88(1)d) L.I.R. Bien que cette discussion aille au-delà de la portée du présent texte, mentionnons simplement que le sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R. empêchera la majoration prévue à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. lorsque les actifs de Filiale sont revendus à CIBLE ou à des actionnaires déterminés de CIBLE.

54 Correspond généralement au coût indiqué des biens de la filiale immédiatement avant la liquidation, plus tout argent que la filiale a en sa possession à ce moment, moins les passifs de la filiale à ce moment et les dividendes versés à la société mère ou à une société ayant un lien de dépendance avec la société mère.

transféré à Nouco en choisissant une somme convenue égale à sa JVM, aucune opération subséquente (fusion ou liquidation) ne sera nécessaire en vue d'accroître son coût indiqué.

10.5. PAIEMENT BASÉ SUR LA PRODUCTION OU L'USAGE

Dans le cadre de l'acquisition d'une entreprise, il arrive parfois que les parties ne s'entendent pas quant au prix d'acquisition des actions ou des actifs d'une entreprise. Afin de pallier ce problème, les parties ont recours aux clauses de capacité de gain. Ce type de clauses permet aux parties d'établir, de façon réaliste, le prix d'acquisition définitif des actions ou des actifs de l'entreprise puisqu'il est basé sur les recettes futures de l'entreprise. Ainsi, le prix d'acquisition sera réajusté en fonction de la performance de l'entreprise acquise.

Il faut apporter une attention particulière à la rédaction de ce genre de clauses car les impacts fiscaux peuvent être importants pour le vendeur. En effet, lorsque le prix d'acquisition est basé, en totalité ou partiellement, sur la production ou l'usage d'un bien, l'alinéa 12(1)g) L.I.R. prévoit que le vendeur est tenu d'inclure, dans le calcul de son revenu, les sommes ainsi reçues. Le gain réalisé par le vendeur sera considéré comme du revenu d'entreprise, contrairement à un gain en capital imposable à 50 %. De plus, ces sommes n'augmentent pas le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») et la fraction remboursable de l'impôt de la Partie I L.I.R., le cas échéant.

L'alinéa 12(1)g) L.I.R. peut s'appliquer à tous les paiements faits en fonction de la production ou de l'usage. Le paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-462[55] prévoit certains exemples de l'application de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. :

> « 5. Lorsque, […], l'alinéa 12(1)g) exige que le produit de la disposition du bien soit, en tout ou en partie, compris dans le revenu, les règles suivantes s'appliquent pour le calcul de ce qui constitue un revenu et de ce qui constitue un paiement à valoir sur le capital :
>
> a) Lorsque les paiements effectués en vertu du contrat de vente sont tous basés sur la production ou l'usage du bien, toutes les sommes reçues par le contribuable sont incluses dans le revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g).

[55] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-462, « Paiements basés sur la production ou l'usage », 20 octobre 1980.

b) Lorsque le contrat de vente prévoit des paiements basés sur la production ou l'usage de bien en plus d'une somme déterminée, ces premiers paiements constituent un revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g) et la somme déterminée est traitée comme le produit d'une disposition.

c) Lorsque le contrat de vente prévoit le paiement d'une somme déterminée, à laquelle s'ajoutera un montant supplémentaire si la production ou l'usage du bien dépasse un chiffre donné, la somme déterminée est traitée comme le produit d'une disposition et la somme supplémentaire, s'il en est, est ajoutée au revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g).

d) Lorsque le contrat de vente prévoit des paiements basés sur la production ou l'usage du bien, mais stipule également un prix de vente minimum (ou des paiements annuels minimums), les paiements basés sur la production ou l'usage du bien constituent un revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g), qu'ils soient inférieurs ou supérieurs au minimum. Toutefois, les autres paiements effectués pour combler les stipulations minimales sont traités comme étant le produit d'une disposition. »

Toutefois, l'ADRC n'appliquera pas l'alinéa 12(1)g) L.I.R. lorsque le contrat exige un prix fixe qui ne peut varier en aucune circonstance, mais que seul l'échelonnement des paiements de ce prix fixe peut varier selon la production ou l'usage, ou encore lorsque le contrat prévoit un prix de vente maximum raisonnable équivalant à la JVM au moment de la vente et que ce prix est sujet à une réduction en fonction des rendements futurs indiqués dans le contrat de vente (« clause de capacité de gain renversé[56] »).

---

[56] *Id.*

« 8. Lorsqu'un contrat exige un prix fixe qui ne peut varier en aucune circonstance, mais que l'échelonnement des paiements de ce prix fixe peut varier selon la production ou l'usage, l'alinéa 12(1)g) ne s'applique pas, étant donné que seul le moment d'effectuer les paiements dépend de la production ou de l'usage et que le prix lui-même n'en dépend pas.

(à suivre…)

Il est à noter que l'ADRC permet l'utilisation de la méthode de recouvrement de fonds pour déclarer un gain ou une perte en capital résultant de la vente d'actions. Les conditions suivantes doivent être respectées, à savoir[57] :

- le vendeur n'a aucun lien de dépendance avec l'acquéreur;
- n'eût été l'application de l'alinéa 12(1)g) L.I.R., le gain réalisé lors de la vente serait un gain en capital;
- il est raisonnable de présumer que la clause de capacité de gain se rapporte à l'achalandage ou pourrait fort bien faire l'objet d'un désaccord;
- la durée du contrat de vente n'excède pas cinq ans;
- le vendeur annexe une copie du contrat de vente à sa déclaration de revenus pour l'année durant laquelle il a disposé des actions.

Suivant la méthode de recouvrement de fonds, le vendeur doit réduire le prix de base des actions au fur et à mesure que les montants versés en

(…suite)

9. L'alinéa 12(1)g) ne s'applique pas lorsque le prix de vente du bien est initialement fixé à un maximum équivalant à la juste valeur marchande du bien au moment de la vente, maximum qui peut par la suite être diminué si certaines circonstances relatives à la production ne se concrétisent pas. Dans un cas comme celui-là, le produit sera à valoir sur le capital et si, au moment de la disposition du bien, il est raisonnable de s'attendre à ce que les conditions se réalisent, la disposition est alors traitée de la manière habituelle et le montant maximum original est considéré comme étant le prix de vente du bien. Si, par la suite, les conditions ne se concrétisent pas, le rajustement voulu sera effectué dans l'année au cours de laquelle le montant de la réduction du prix de vente est connu avec certitude et qu'il est établi qu'il n'y aura plus de fluctuations. La question à savoir si on peut raisonnablement s'attendre à ce que les conditions stipulées se concrétisent repose sur les circonstances propres à chaque situation.

10. Si le prix de vente maximum n'est pas stipulé ou si celui qui est stipulé n'est pas raisonnable, l'alinéa 12(1)g) s'applique à tous les paiements sur le prix de vente. »

[57] AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-426, « Actions vendues dans le cadre d'un contrat comportant une clause relative à la capacité de gain », 19 février 1979, par. 1.

règlement du prix de vente deviennent calculables. Ainsi, lorsque le PBR devient négatif, le vendeur doit s'imposer sur cet excédent à titre de gain en capital. Le vendeur peut bénéficier d'une réserve s'il respecte les conditions de l'alinéa 40(1)a) L.I.R.

Le prix d'acquisition convenu entre les parties représente le coût des actifs ou des actions pour l'acquéreur. Si les termes du contrat de vente prévoient une clause de capacité de gain, l'acquéreur doit ajuster le coût des biens acquis conformément aux paiements effectués. En effet, une telle clause constitue une obligation conditionnelle de payer un montant additionnel relativement au prix d'acquisition des actifs ou des actions.

Lorsque les termes du contrat de vente prévoient une clause de capacité de gain renversé, les parties ont, dès le départ, convenu d'un prix d'acquisition maximum. Ce prix d'acquisition constitue le coût d'acquisition des biens acquis. Si le prix d'acquisition est réduit en raison des termes de la clause de capacité de gain renversé, l'acquéreur doit réduire le coût d'acquisition des biens acquis.

Il est important que l'acquéreur ne dispose pas des biens acquis avant l'expiration de la clause de capacité de gain. En effet, celui-ci ne sera pas en mesure d'ajouter les paiements additionnels effectués, étant donné qu'il n'est plus propriétaire desdits biens. Ainsi, l'acquéreur n'aura d'autre choix que de traiter les paiements effectués comme une dépense en immobilisation admissible.

Dans le cas à l'étude, l'acquéreur versera un montant maximum de 9 600 000 $ pour l'acquisition des actions de Imco et de Nouco, payable selon les modalités suivantes : 7 000 000 $ à la clôture, 1 000 000 $ conservé en fidéicommis pour garantir la véracité des représentations et garanties et 1 600 000 $ payable sur production des états financiers de clôture. Le prix de vente pourra faire l'objet d'un ajustement dans l'éventualité où les bénéfices avant impôt, amortissement et intérêts de Nouco seraient inférieurs à 600 000 $ au cours de son premier exercice financier suivant l'acquisition de contrôle.

Ainsi, le PBR des actions pour l'acquéreur est de 9 600 000 $. Ce prix de base devra être réduit, advenant une réduction du prix d'acquisition convenue au départ entre les parties.

Dès lors, la balance de vente devra être réduite d'un montant équivalent. Cette opération sera alors considérée comme une remise de dette. Cependant, lorsque la réduction de prix vient diminuer le prix de base des actions de

l'acheteur, la diminution de la balance de vente sera qualifiée de dette exclue aux fins de l'article 80 L.I.R. et ne sera pas assujettie aux conséquences fiscales imposées par cet article[58].

Si l'acheteur transfère ses actions ou les vend, la réduction de prix d'acquisition ne peut plus diminuer le coût des actions possédées par l'acheteur puisqu'il s'est départi de celles-ci. Alors, si la réduction de prix diminue la balance de vente de l'acheteur, la remise de dette pourrait être assujettie aux conséquences fiscales prévues à l'article 80. Enfin, si l'acheteur a le droit de recevoir un paiement au comptant du vendeur et qu'il s'est déjà départi de ses actions, il devra vraisemblablement traiter le montant à recevoir comme un gain en capital ou un BIA.

L'impact pour l'acquéreur de la clause *earn out* pourrait faire en sorte d'augmenter la taxe sur le capital.

10.6. TAXE SUR LE CAPITAL

Tel qu'il est indiqué à la section 6.1. « Déductibilité de la dépense d'intérêt », une solution couramment utilisée pour permettre d'apparier la dépense d'intérêt engendrée par l'emprunt contracté pour financer l'acquisition des actions d'une société avec les bénéfices générés par les opérations de la société acquise consiste à liquider l'entité acquise dans la société qui s'en porte acquéreur ou encore à fusionner ces deux sociétés.

Cependant, un tel regroupement des sociétés pourrait avoir pour effet d'accroître la taxe sur le capital et l'impôt des grandes sociétés de la société issue du regroupement par rapport au total de la taxe sur le capital payable par chacune des sociétés avant l'acquisition.

La fusion ou la liquidation de Imco ou de Nouco aura pour conséquence d'augmenter le capital assujetti à la taxe sur le capital à payer et l'impôt des grandes sociétés puisque le prix payé pour acquérir chacune des sociétés, Imco et Nouco, est supérieur aux capitaux propres de ces sociétés. En effet, selon les normes comptables édictées par l'Institut canadien des comptables agréés, le coût d'acquisition en excédent de la valeur comptable nette doit être attribué aux actifs jusqu'à concurrence de la juste valeur de ces actifs à la date d'acquisition et l'excédent doit être constaté à titre d'écart

---

58 Voir la définition de « dette exclue » au paragraphe 80(1) L.I.R. et l'élément Bj) de la définition de « montant remis » au paragraphe 80(1) L.I.R.

d'acquisition[59]. En prenant comme exemple une éventuelle fusion de la société Nouco avec sa société mère Acquisico, il y aurait augmentation du capital assujetti à la taxe sur le capital, étant donné que la valeur aux livres d'actifs qui ne sont pas des placements admissibles serait augmentée (tels le terrain A, l'entrepôt, les brevets et les marques de commerce[60]) et que l'écart d'acquisition qui serait désormais présenté à l'actif ne constituerait pas un placement admissible. Afin de refléter cette assertion, nous vous référons aux annexes K.1 et K.2 de la présente étude de cas. Avant la fusion de Acquisico et de Nouco, la taxe sur le capital payable par ces deux sociétés était de 21 219 $. À la suite de la fusion de ces deux sociétés, la taxe sur le capital s'élève à 66 300 $.

Afin de pallier cette problématique, certaines structures de financement et d'acquisition peuvent être envisagées en vue de permettre de déduire les intérêts contre les opérations de Nouco sans pour autant augmenter la taxe sur le capital payable par ces deux sociétés.

i) Transférer la dette à la société cible

Une première solution pour atteindre ces deux objectifs consisterait à transférer la dette de Acquisico à Nouco sans regrouper ces sociétés par l'intermédiaire d'une fusion ou d'une liquidation. Les étapes à suivre pour obtenir un tel résultat sont les suivantes :

- Acquisico contracte un emprunt afin de financer l'acquisition des actions de Imco et de Nouco;
- Imco et/ou Nouco contractent un emprunt d'un jour à l'externe;
- Imco et/ou Nouco versent un dividende à Acquisico;
- Acquisico rembourse l'emprunt d'un jour contracté pour acquérir les actions de Imco et/ou Nouco.

---

59 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, feuilles mobiles, par. 1581.40 (ci-après « *Manuel de l'ICCA* »).

60 Dans le cas où il y aurait assujettissement à la taxe sur le capital en Ontario, le ministère des Finances de l'Ontario, par position administrative, permet une déduction dans le calcul du capital imposable d'un montant correspondant à l'amortissement de la valeur qui a dû être ajoutée aux livres pour chacun des biens amortissables au même taux que le taux d'amortissement fiscal de chacun de ces biens. Voir à cet effet le *Bulletin d'interprétation* 3019 du ministère des Finances de l'Ontario.

De cette manière, seulement Imco et/ou Nouco auront des dépenses d'intérêts. Ces intérêts seront déductibles dans le calcul du revenu de celles-ci, dans la mesure où les BNR qui ont été réduits par le versement du dividende étaient utilisés pour une fin admissible avant le refinancement par voie d'emprunt[61]. Par ailleurs, il n'y aura aucun effet sur le capital imposable de l'ensemble des sociétés, étant donné que la dette contractée par Imco et/ou Nouco est accompagnée d'une diminution des bénéfices non répartis par le versement d'un dividende. Pour Acquisico, il en résultera une augmentation des BNR ainsi qu'un placement admissible aux fins de la taxe sur le capital et l'impôt de la Partie 1.3 L.I.R.

Cependant, comme mentionné à la section 6, une telle solution ne serait pas valable dans le présent contexte puisque Nouco n'a aucun BNR, de sorte que les intérêts sur l'emprunt contracté pour payer un dividende ne seraient pas déductibles. De plus, les tests comptables prévus aux lois corporatives en cas de versement d'un dividende ne seraient pas respectés.

Une deuxième façon de parvenir à transférer la dette à la société cible consiste à procéder aux étapes suivantes :

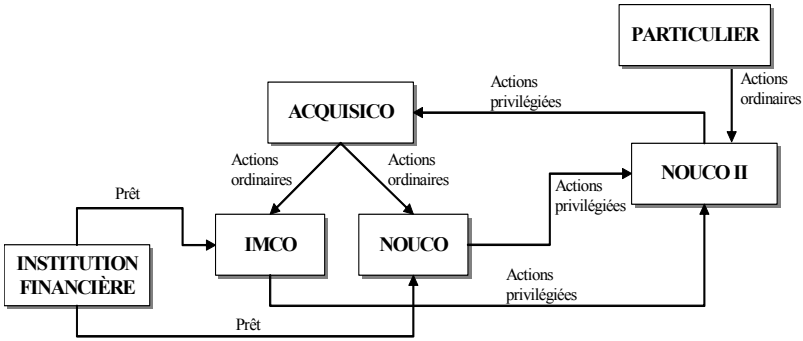
- une nouvelle société, Nouco II, est constituée;
- un particulier, actionnaire de Opco, souscrit à 100 actions ordinaires de Nouco II pour 100 $;
- Acquisico contracte un emprunt afin de financer l'acquisition des actions de Imco et de Nouco;
- Imco et/ou Nouco contractent un emprunt à l'externe et utilisent ces sommes pour souscrire à des actions privilégiées de Nouco II;
- Nouco II souscrit à des actions privilégiées de Acquisico ayant un taux de dividende supérieur au taux de dividende sur les actions privilégiées qu'elle a émises à Imco et/ou Nouco;
- Acquisico utilise le montant reçu de Nouco II lors de la souscription d'actions privilégiées dans son capital-actions pour rembourser l'emprunt qu'elle a contracté pour acquérir les actions de Imco et/ou Nouco.

---

61 *Supra*, note 3.

À la suite de ces étapes, les emprunts se retrouveraient dans les sociétés Nouco et Imco et la dépense d'intérêt serait dans les sociétés qui exploitent l'entreprise. Ces emprunts auraient pour effet d'augmenter le capital versé de ces sociétés. Cependant, elles pourraient bénéficier d'une déduction pour placement à l'égard de leurs investissements en actions privilégiées dans le capital-actions de Nouco II, de sorte que l'accroissement de leur capital versé aux fins de la taxe sur le capital serait peu significatif.

À la suite de ces étapes, l'organigramme serait le suivant :



ii) Augmenter le revenu de Acquisico

Après l'acquisition des actions de Imco et de Nouco, la planification consiste à faire en sorte que Acquisico ait du revenu à l'encontre duquel pourront être déduits les intérêts sur l'emprunt contracté pour financer l'acquisition. Pour ce faire, Imco et/ou Nouco paient à Acquisico des honoraires de gestion. Ces honoraires devront toutefois être raisonnables (voir la section 4 pour plus de détails).

iii) Transfert de la société cible à une nouvelle filiale

Après l'acquisition par Acquisico des actions de Imco et de Nouco, la planification consiste à transférer les actions de ces sociétés à une filiale nouvellement constituée. Cette filiale emprunte ensuite afin d'acquérir les actions de Imco et de Nouco des mains de Acquisico. La nouvelle filiale et Imco et/ou Nouco sont ensuite fusionnées ou encore les sociétés cibles sont liquidées. Cette stratégie permet d'apparier la dette avec les opérations des sociétés cibles et il n'y a pas d'augmentation du capital imposable de l'ensemble des sociétés du groupe, et ce, en conformité avec le CPN-89 et le paragraphe 3840.26 du Manuel de l'ICCA.

10.7. ACOMPTES PROVISIONNELS

Lorsqu'une société cède la totalité ou presque de ses biens (au moins 90 %) à une autre société avec laquelle elle a un lien de dépendance et que le paragraphe 85(1) L.I.R. s'appliquait à la disposition de n'importe lesquels des biens en question, le paragraphe 5301(8) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[62] prévoit que la société cessionnaire est tenue d'ajouter à sa propre base d'acomptes provisionnels celle de la société cédante.

Ainsi, Nouco devra ajouter la base d'acomptes provisionnels de Fabrico aux fins du calcul des acomptes provisionnels qu'elle devra effectuer pour son année.

10.8. DÉDUCTIONS À LA SOURCE

Lorsque les employés d'une entreprise deviennent les employés d'une autre société au moment de l'acquisition des actifs, il y a un changement d'employeur aux fins de l'assurance-emploi, du Régime de pensions du Canada, du fonds de services de santé et de la CSST. Lorsque le transfert d'employés se produit au cours d'une année civile, il en résultera une duplication des contributions de l'employeur et de l'employé. En effet, l'acquéreur est considéré comme un nouvel employeur, il doit recommencer à déduire lesdites contributions sans prendre en considération les montants qui ont déjà été payés dans la même année par le vendeur, et ce, même si ce dernier a payé le montant maximal des contributions pour l'année. Il est à noter que les contributions excédentaires de l'employeur ne sont pas remboursables.

Aux fins des contributions auprès de la Régie des rentes du Québec, l'article 50.0.1. de la *Loi sur le régime des rentes du Québec*[63] prévoit que le nouvel employeur est réputé être le même que l'ancien s'il succède immédiatement à l'autre par suite de formation, dissolution ou acquisition de la majorité des actifs d'une entreprise sans interruption des services fournis par le salarié. Il n'y aura pas de duplication des contributions de l'employeur et des employés.

Le transfert des actifs de Fabrico dans Nouco implique qu'il y a un nouvel employeur. Nouco devra donc recommencer à déduire lesdites

---

[62] C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

[63] L.R.Q., c. R-9 et mod.

contributions sans prendre en considération les montants qui ont déjà été payés dans la même année par Fabrico, sauf en ce qui a trait aux contributions au Régime de rentes du Québec.

L'achat des actions de Nouco par l'acquéreur n'aura aucune incidence sur les déductions à la source.

10.9. PLANIFICATION BASÉE SUR LES FAITS DE LA CAUSE *GERANSKY* C. *LA REINE*[64]

Une alternative à la transaction proposée pourrait être envisagée. Cette alternative repose sur la décision rendue dans la cause *Geransky*. La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans cette cause a donné raison au contribuable. La décision n'a pas été portée en appel. L'ADRC a donc accepté le jugement, mais a spécifié qu'elle limiterait son application aux situations possédant des faits identiques[65]. Les étapes de cette planification alternative sont expliquées ci-dessous :

a) Création de Planico

Comme spécifié dans le mandat qui nous a été confié par l'acquéreur, une planification impliquant une nouvelle société peut être envisagée. La société Planico sera créée. M. Dubé, Mme Moreau et les trois employés membres de la direction souscriront des actions ordinaires dans cette société au prorata de la JVM des actions qu'ils détiennent dans Fabrico, soit 90 actions pour M. Dubé, 50 actions pour Mme Moreau et 30 actions pour les trois employés. Le montant de la souscription sera nominal.

b) Transfert d'actions à Planico

Les actionnaires de Fabrico transfèrent une partie de leurs actions en faveur de Planico en contrepartie d'actions du capital-actions de cette dernière. Il sera possible à cette étape que M. Dubé, Mme Moreau et les trois employés procèdent à une cristallisation de leur exonération du gain en capital, de façon à accroître le PBR de leurs actions.

---

64 2002 D.T.C. 243 (C.C.I.) (ci-après « *Geransky* »).

65 Pierre JOLIN et Hubert DUBOIS, « La règle générale antiévitement du point de vue de l'ADRC », dans *Journée d'études fiscales 11 juin 2002*, Montréal, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 2:1-14, à la page 2:6.

c) Rachat d'actions par Fabrico

À la suite du transfert, Fabrico rachète les actions de son capital détenues par Planico. La contrepartie versée pour le rachat est composée des biens de Fabrico. Le rachat donnera lieu à un dividende réputé et il pourrait y avoir application du paragraphe 55(2) L.I.R., dans la mesure où le revenu protégé est inférieur au dividende présumé selon le paragraphe 84(3) L.I.R. Les actifs cédés pourront donner lieu à de la récupération d'amortissement et du gain en capital car il y aura disposition à la JVM. De façon à réduire l'imposition au niveau de Fabrico, il faudrait choisir de transférer des actifs dont la disposition générera peu de revenus pour Fabrico. La valeur marchande des actions détenues par M. Dubé, Mme Moreau et les trois employés est de 1 360 000 $. Les actifs transférés à Planico lors du rachat par Fabrico des actions ordinaires pourraient être la machinerie et équipements (JVM de 1 200 000 $), le matériel informatique (JVM de 76 000 $) et de l'inventaire pour la différence (JVM de 84 000 $). La disposition de la machinerie et équipements et du matériel informatique n'entraînera aucune imposition pour Fabrico puisque leur JVM n'excède pas leur FNACC respective. Seule la disposition de l'inventaire engendrera un revenu pour Fabrico, mais l'impôt découlant de cette disposition sera peu significatif. Pour les biens non transférés à Planico, Fabrico pourrait procéder aux mêmes transactions que celles décrites dans la présente étude.

d) Vente des actions de Planico

Les actionnaires de Planico vendent leurs actions en faveur de Acquisico. La disposition des actions de Planico n'entraînera pas de gain en capital pour M. Dubé, Mme Moreau et les trois employés membres de la direction, compte tenu que la JVM de leurs actions sera identique à leur PBR.

e) Fusion ou liquidation

Une fois les actions de Planico acquises, il sera possible soit de fusionner les deux sociétés, soit de liquider Planico dans Acquisico.

10.10. OPTION D'ACHAT D'ACTIONS

Actuellement, Mme Moreau et M. Dubé ne peuvent exercer leurs options d'achat d'actions avant le 1er juin 2004. Les administrateurs de Fabrico pourraient modifier l'entente afin qu'ils puissent exercer leurs options. Cette modification de la convention n'est pas suffisante pour entraîner une disposition de l'option.

Dans le cadre de la transaction, Fabrico pourrait offrir aux employés qui détiennent des options d'achat d'actions la possibilité d'effectuer les transactions suivantes :

- proposer au bénéficiaire d'exercer ses options et ensuite de disposer des actions ainsi acquises en faveur de l'acquéreur;

- proposer au bénéficiaire de lui payer la différence entre la valeur marchande des actions et le prix d'exercice (*cash less exercice price*). Cela aurait le même effet, mais éviterait au bénéficiaire d'avancer les fonds requis pour exercer ses options (le conseil d'administration modifiera le régime pour permettre cette option au bénéficiaire);

- transférer le régime actuel en faveur de Nouco.

Au moment de l'exercice de l'option, les employés auront à s'imposer en totalité sur le plein montant de l'avantage que représente l'option d'achat d'actions (c'est-à-dire sur l'excédent de la JVM des actions sur le prix payé pour l'acquisition des actions). Généralement, les résidents canadiens ont droit à une déduction représentant 50 % de l'avantage au fédéral et de 37,5 % au Québec si les actions acquises respectent certaines conditions.

Dans la situation présente, il se pourrait que toutes les conditions ne soient pas remplies. Par conséquent, les employés n'auront pas droit à la déduction de la moitié de l'avantage que représente l'option d'achat d'actions. En effet, pour avoir droit à une déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R., les actions doivent être détenues pour une période de 24 mois, ce qui ne sera pas le cas puisque les actions seront vendues immédiatement après l'exercice. Cependant, il est possible que l'employé ait droit à une déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. si certaines autres conditions sont respectées. Ainsi, pour obtenir cette déduction, il faut entre autres que les actions soient des actions prescrites en vertu du paragraphe 6204(1) R.I.R. et que le prix payé pour acquérir les actions soit au moins équivalent à la valeur marchande des actions au moment de la conclusion de la convention. Donc, si le prix payé est inférieur à cette valeur, les employés n'auront pas droit à cette déduction.

Si la deuxième alternative est envisagée et que l'employé est libre de choisir ou de recevoir un montant en espèces plutôt que des actions (en opposition à un droit qui serait imposé par l'employeur), le traitement fiscal pour l'employé ne changera pas. L'employé réalisera donc un avantage imposable en vertu de l'alinéa 7(1)b) L.I.R. et il pourra demander la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. s'il répond aux critères détaillés à

cet alinéa[66]. Le paragraphe 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-113R4 du 7 août 1996, intitulé « Avantages conférés aux employés – options d'achat d'actions », vient d'ailleurs appuyer ce traitement fiscal[67].

Si la troisième alternative est envisagée, le transfert du régime en faveur de Nouco n'entraînera aucune conséquence fiscale pour les employés au moment du transfert. En effet, les conditions prévues au paragraphe 7(1.4) L.I.R. sont toutes respectées. Ainsi, la convention avec Nouco est réputée être la même que celle avec Fabrico.

---

66 AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 7, 21 février 1996.

67 « L'un des principaux facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer quelle disposition de la Loi s'applique à un avantage reçu par un employé en vertu d'une convention relative à une option d'achat d'actions réside dans la question de savoir si c'est l'employé ou l'employeur qui choisit d'effectuer ou de recevoir un paiement en espèces au lieu d'actions en vertu de la convention.

Lorsqu'un employeur choisit, en vertu d'une convention relative à une option d'achat d'actions, de verser un montant en espèces au lieu d'émettre des actions, le paragraphe 7(1) L.I.R. ne s'applique pas et le montant reçu par l'employé est assujetti à l'impôt en vertu du paragraphe 5(1) L.I.R. ou de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. pour l'année durant laquelle le paiement est reçu. En pareil cas, l'employé n'a pas droit à une déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. et on ne peut pas appliquer l'alinéa 7(3)b) L.I.R. pour refuser à l'employeur une déduction au titre du paiement. Il en est ainsi car aucune action n'aurait été vendue ni émise, en vertu de la convention relative à une option d'achat d'actions, en faveur de l'employé ou d'une personne à laquelle ont été dévolus les droits de l'employé en vertu de la convention.

Lorsque l'employé a le droit de choisir ou de recevoir un montant en espèces plutôt que des actions, l'alinéa 7(1)b) L.I.R. s'applique au montant qu'il a reçu en échange des droits accordés en vertu du régime. L'employé peut avoir droit à une déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., pourvu que les conditions de cet alinéa soient respectées. En pareil cas, on ne peut pas refuser une déduction à l'employeur selon l'alinéa 7(3)b) L.I.R. »

ANNEXE A

FABRICO INC. ET IMCO INC.

Caractéristiques fiscales des actions au 30 septembre 2003

Fabrico Inc.

Nom de l'actionnaire	Nombre	Catégorie	PBR ($)	Capital versé ($)	JVM ($)
M. Sansoucy	830	« A »	830	830	6 640 000
M. Dubé	90	« A »	220 000	90	720 000
Mme Moreau	50	« A »	100 000	50	400 000
Trois employés (membres de la direction)	30	« A »	60 000	30	240 000
Total	1 000	« A »	380 830	1 000	8 000 000
M. Sansoucy	2 000	« B »	500 000	1 000	2 000 000

Imco Inc.

Nom de l'actionnaire	Nombre	Catégorie	PBR ($)	Capital versé ($)	JVM ($)
M. Sansoucy	100	« A »	10 000	10 000	600 000

ANNEXE B

FABRICO INC.

Caractéristiques fiscales des éléments d'actif au 30 septembre 2003

Description	JVM $	Coût en capital et/ou PBR $	FNACC $
Encaisse	100 000	100 000	S/O
Comptes clients	600 000	600 000	S/O
Inventaire	1 800 000	1 500 000	S/O
Terrain A	780 000	100 000	S/O
Terrain B	80 000	150 000	S/O
Entrepôt	850 000	720 000	330 000
Machinerie et équipements	1 200 000	1 700 000	1 200 000
Matériel informatique	70 000	250 000	76 000
Mobilier	100 000	500 000	300 000
Brevets	900 000		3 500
Marques de commerce[68]	850 000	100 000	27 000
Achalandage	4 500 000		0
Actifs d'entreprise	11 830 000	5 727 000	
Certificats de dépôt	2 100 000	2 100 000	S/O

[68] Une des marques de commerce (marque de commerce n° 1) a été acquise auprès d'un tiers. La JVM est de l'ordre de 750 000 $. Quant à l'autre marque de commerce (marque de commerce n° 2), dont la JVM est de 100 000 $, les dépenses engagées par Fabrico à son égard (frais de conception, frais juridiques et frais d'enregistrement) ont entièrement été déduites dans le calcul de son revenu à titre de dépenses courantes.

Description	JVM $	Coût en capital et/ou PBR $	FNACC $
Total des actifs	13 930 000	7 827 000	
Passif à court terme	(1 880 000)		
Dette à long terme	(2 050 000)		
Total partiel	(3 930 000)		
JVM des actions	10 000 000		

ANNEXE C

IMCO INC.

Caractéristiques fiscales des éléments d'actif au 30 septembre 2003

Description	JVM $	Coût en capital $	FNACC $
Encaisse	10 000	10 000	S/O
Terrain	300 000	200 000	S/O
Bâtiment	2 000 000	800 000	700 000
Total des actifs	2 310 000	1 010 000	
Dette à long terme	(1 710 000)[69]		
JVM des actions	600 000		

[69] Montant estimé de la dette au 31 décembre 2003.

ANNEXE D

Liquidités après impôt lors d'une vente d'actions

	M. Sansoucy ($)	M. Dubé ($)	Mme Moreau ($)	Trois employés ($)	Total ($)
Produit de disposition	9 240 000	720 000	400 000	240 000	10 600 000
PBR	(510 830)	(220 000)	(100 000)	(60 000)	(890 830)
Gain en capital	8 729 170	500 000	300 000	180 000	9 709 170
Gain en capital imposable	4 364 585	250 000	150 000	90 000	4 854 585
Revenu d'emploi (par. 7(1.1) L.I.R.)	–	219 910	99 950	59 970	379 830
Revenu total	4 364 585	469 910	249 950	149 970	5 234 415
Exemption pour gain en capital disponible[70]	–	(250 000)	(150 000)	(90 000)	(490 000)
Déduction selon l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R.[71]	–	(109 955)	(49 975)	(29 985)	(189 915)
	–	(360 955)	(199 975)	(119 985)	(679 915)
Revenu imposable	4 364 585	109 955	49 975	29 985	4 554 500

[70] En présumant que la société soit purifiée préalablement à la vente des actions (par le biais de l'utilisation des liquidités excédentaires en vue d'acheter des actifs admissibles et le paiement des dettes).

[71] Aux fins du présent exemple, nous avons posé l'hypothèse que la déduction au Québec est la même que celle au fédéral. Cependant, selon des discussions avec un représentant du ministère des Finances, il semble que le contribuable n'aurait droit qu'à une déduction équivalente à 37,5 % du revenu d'emploi lorsque la vente a lieu après le 12 juin 2003, et ce, même si les actions ont été acquises à la suite de l'exercice d'une option d'achat d'actions survenue avant le 12 juin 2003.

	M. Sansoucy ($)	M. Dubé ($)	Mme Moreau ($)	Trois employés ($)	Total ($)
Taux d'imposition	48,22 %	48,22 %	48,22 %	48,22 %	48,22 %
Impôt sur le revenu[72]	2 104 603	53 020	24 098	14 459	2 196 180
Liquidités disponibles	7 135 397	666 980	375 902	225 541	8 403 820

[72] La disposition des actions pourrait occasionner l'assujettissement à l'impôt minimum de remplacement (ci-après « IMR »). Aux fins des présents calculs, l'impôt a été calculé sans considérer l'IMR.

ANNEXE E.1

Liquidités disponibles pour les actionnaires après la vente des actifs

	$	$
Revenu d'entreprise – vente d'inventaire		300 000
Récupération d'amortissement		
Entrepôt	390 000	
Brevets	3 500	
Marques de commerce	73 000	
	466 500	466 500
Pertes terminales		(206 000)
Gain en capital imposable		
Terrain A	340 000	
Terrain B	(35 000)	
Entrepôt	65 000	
Brevets	446 500	
Marque de commerce n° 1	325 000	
	1 141 500	1 141 500
Revenu d'entreprise – al. 14(1)b) L.I.R.		
Marque de commerce n° 2	50 000	
Achalandage	2 250 000	
	2 300 000	2 300 000
Revenu imposable		4 002 000
Impôt sur le revenu pour Fabrico		1 540 345
Impôt en main remboursable à titre de dividendes (ci après « IMRTD »)		304 400
CDC pour Fabrico		3 441 500
Liquidités pour Fabrico (en considérant l'encaissement de l'IMRTD, l'encaissement		8 764 055

	$	$
des comptes clients et le paiement des passifs)		
Capital versé des actions		2 000
Dividende en capital		3 441 500
Dividende imposable		5 320 555
Impôt sur le dividende imposable (32,81 %)		(1 745 674)
Liquidités disponibles pour actionnaires de Fabrico		7 018 381
Liquidités disponibles pour l'actionnaire de Imco		228 170
Liquidités disponibles pour l'ensemble des actionnaires		7 246 551

ANNEXE E.2

Liquidités disponibles pour les actionnaires après la vente des actifs de Imco

	$	$
Récupération d'amortissement		100 000
Gain en capital		
Terrain	100 000	
Bâtiment	1 200 000	
	1 300 000	
	X 50 %	
Gain en capital imposable	650 000	650 000
Revenu imposable		750 000
Impôt sur le revenu pour Imco		371 830
IMRTD		173 333
CDC pour Imco		650 000
Liquidités pour Imco (en considérant l'encaissement de l'IMRTD et le paiement de la dette à long terme)		228 170
Dividende en capital		228 170
Dividende imposable		–
Liquidités disponibles pour l'actionnaire de Imco		228 170

ANNEXE F

FABRICO INC.

Vente de l'entrepôt selon différents scénarios

	Roulement à Nouco	
	Somme convenue de 330 000 $ $	**Somme convenue de 850 000 $ $**
Gain en capital lors du transfert de l'entrepôt	–	130 000
Gain en capital lors de la vente des actions	520 000	–
	520 000	130 000
Portion imposable	50 %	50 %
Gain en capital imposable	260 000	65 000
Récupération d'amortissement	–	390 000
Revenu imposable	260 000	455 000
Impôt sur le revenu pour Fabrico	135 512	162 773
IMRTD	69 333	17 333
Liquidités pour Fabrico (en considérant l'encaissement de l'IMRTD)	783 821	704 560
Dividende en capital	260 000	65 000
Dividende imposable	523 821	639 560
Impôt sur le dividende imposable (32,81 %)	(171 866)	(209 840)
Liquidités pour les actionnaires	611 955	494 720
	117 235	
Gain en capital que les actionnaires réaliseraient s'ils vendaient leurs actions		850 000
Impôt sur le gain en capital imposable		204 850
Liquidités nettes pour les actionnaires		645 150
Valeur fiscale des économies d'impôt pour l'acheteur reliées à l'ACC		

ANNEXE G

Incidences fiscales lors du transfert des marques de commerce

	Vente à la JVM $	Roulement à Nouco et vente des actions $
Solde du MCIA au 30 septembre 2003	27 000	S/O
Moins : 3/4 du produit de disposition des BIA (3/4 × 850 000 $)	637 500	
Solde du MCIA après disposition	610 500	
Récupération selon l'alinéa 14(1)a) L.I.R.	48 000	
Revenu d'entreprise selon l'alinéa 14(1)b) L.I.R. (2/3 × 562 500 $)	375 000	
Produit de disposition des actions		850 000
PBR des actions (27 000 $ × 4/3)		36 000
Gain en capital		814 000
Gain en capital imposable (50 %)		407 000
Impôt sur le revenu pour Fabrico	139 802	212 128
IMRTD	S/O	108 533
CDC pour Fabrico	375 000	407 000
Liquidités pour Fabrico (en considérant l'encaissement de l'IMRTD)	710 198	746 405
Dividende en capital	375 000	407 000
Dividende imposable	335 198	339 405
Impôt sur le dividende imposable (32,81 %)	(109 978)	(113 359)
Liquidités pour les actionnaires	600 220	635 046
MCIA pour Nouco	637 500	27 000

ANNEXE H.1

Incidences fiscales lors du transfert des marques de commerce

	Marque de commerce n° 1	Marque de commerce n° 2	
	Vente à la JVM $	Choix au paragraphe 14(1.01) L.I.R. $	Total $
MCIA	Ø	27 000	
Moins : 3/4 du coût d'origine (3/4 × 100 000 $)		(75 000)	
Moins : 3/4 du produit de disposition du BIA (3/4 × 100 000 $)	(75 000)		
Solde du MCIA	(75 000)	(48 000)	
Récupération selon l'alinéa 14(1)a) L.I.R.	Ø	48 000	
Revenu d'entreprise selon l'alinéa 14(1)b) L.I.R. (2/3 × 75 000 $)	50 000		
Produit de disposition de l'immobilisation		750 000	
Coût d'origine		(100 000)	
Gain en capital		650 000	
Gain en capital imposable		325 000	
Impôt sur le revenu pour Fabrico	16 525	169 390	185 915
IMRTD	S/O	86 667	86 667
CDC pour Fabrico	50 000	325 000	375 000
Liquidités pour Fabrico			

	Marque de commerce nº 1	Marque de commerce nº 2	
	Vente à la JVM $	Choix au paragraphe 14(1.01) L.I.R. $	Total $
(en considérant l'encaissement de l'IMRTD)			750 752
Dividende en capital			375 000
Dividende imposable			375 752
Impôt sur le dividende imposable			(123 284)
Liquidités pour les actionnaires			627 468
MCIA pour Nouco			637 500

ANNEXE H.2

Incidences fiscales lors du transfert des marques de commerce

	Marque de commerce n° 1	Marque de commerce n° 2	
	Roulement à Nouco et vente des actions (100 000 $) $	Choix au paragraphe 14(1.01) L.I.R. (750 000 $) $	Total $
Produit de disposition	100 000	750 000	
Moins : PBR	Ø	100 000	
Gain en capital	100 000	650 000	750 000
Gain en capital imposable (50 %)			375 000
Impôt sur le revenu pour Fabrico			195 450
IMRTD			100 000
CDC pour Fabrico			375 000
Liquidités pour Fabrico (en considérant l'encaissement de l'IMRTD)			754 550
Dividende en capital			375 000
Dividende imposable			379 550
Impôt sur le dividende imposable			(124 530)
Liquidités pour les actionnaires			630 019
MCIA pour Nouco			562 500

ANNEXE I

Valeur actuelle des économies d'impôt reliées à l'allocation du coût en capital

$$\frac{C \times T \times TA}{TA + I} \times \frac{1 + I/2}{1 + I} = valeur\ actuelle\ des\ économies\ d'impôt$$

Détail de la formule :

C = Coût de l'actif (en excédent des soldes fiscaux)

T = Taux d'imposition de l'acheteur

TA = Taux d'amortissement (dégressif) de la catégorie

I = Taux de rendement exigé par l'acquéreur

Économies d'impôt pour l'acquéreur s'il y a une pleine reconnaissance de la base fiscale de l'achalandage[73]

$$\frac{(4\,500\,000\ \$ \times 75\ \%) \times 33{,}05\ \% \times 7\ \%}{7\ \% + 10\ \%} \times \left(\frac{1 + 10\ \% / 2}{1 + 10\ \%} \right) = 438\ 420\ \$$$

[73] Hypothèse :

- taux de rendement exigé par l'acquéreur = 10 %;
- taux d'imposition de l'acquéreur = 33,05 %.

ANNEXE J

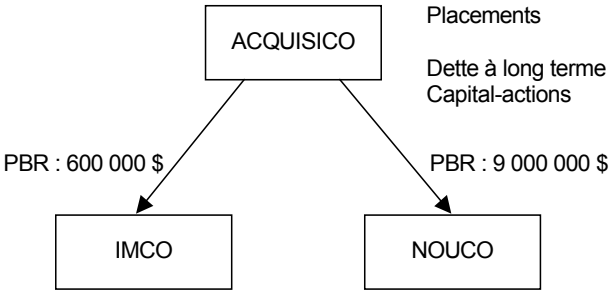
Incidences fiscales lors du transfert de l'achalandage

	Vente à la JVM $	Roulement à Nouco et vente des actions $
Solde du MCIA	Ø	
Moins ¾ du produit de disposition de l'achalandage (3/4 × 4 500 000)	3 375 000	
Solde du MCIA	(3 375 000)	
Récupération selon l'alinéa 14(1)a) L.I.R.	Ø	
Revenu d'entreprise selon l'alinéa 14(1)b) L.I.R. (2/3 × 3 375 000 $)	2 250 000	
Produit de disposition des actions		4 500 000
Coût d'origine		– 1
Gain en capital		4 499 999
Gain en capital imposable (50 %)		2 250 000
Impôt sur le revenu pour Fabrico	743 625	1 172 700
IMRTD	S/O	600 000
CDC pour Fabrico	2 250 000	2 250 000
Liquidités pour Fabrico (en considérant l'encaissement de l'IMRTD)	3756 375	3 927 300
Dividende en capital	2 250 000	2 250 000
Dividende imposable	1 506 375	1 677 300
Impôt sur le dividende imposable (32,81 %)	(494 242)	(550 322)
Liquidités pour les actionnaires	3 262 133	3 376 978
	114 845	
MCIA pour Nouco	3 375 000	Ø

ANNEXE K.1

Impact du regroupement de Acquisico et de Nouco sur la taxe sur le capital

1) Situation avant le regroupement



Placements	9 600 000	$
Dette à long terme	9 000 000	$
Capital-actions	600 000	
	9 600 000	$

Bilan de Imco

	$
Encaisse	10 000
Terrain	200 000
Bâtiment	700 000
	910 000
Dette	1 710 000
Capital-actions	10 000
Déficit	(810 000)
	910 000

Bilan de Nouco

	$
Inventaire	1 500 000
Terrain A	100 000
Entrepôt	330 000
Machinerie et équipements	1 200 000
Matériel informatique	76 000
Mobilier	300 000
Brevets	3 500
Marques de commerce	27 000
	3 536 500
Dette à long terme	2 050 000
Capital-actions	2 000
BNR	1 484 500
	3 536 500

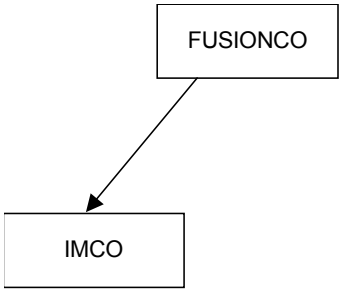
Calcul de la taxe sur le capital de Acquisico et de Nouco

	Acquisico $	Nouco $
Dette à long terme	9 000 000	2 050 000
Capital-actions	600 000	2 000
BNR	–	1 484 500
	9 600 000	3 536 500
Déduction pour placement	(9 600 000)	–
Capital versé	–	3 536 500
Taux de la taxe sur le capital	0,60 %	0,60 %
Taxe sur le capital	–	21 219
	21 219	

ANNEXE K.2

Impact du regroupement de Acquisico et de Nouco sur la taxe sur le capital

2) Situation après le regroupement de Acquisico et de Nouco



Bilan de Fusionco

	$		$
Placement – Imco	600 000	Dette à long terme	11 050 000
Inventaire	1 800 000		
Terrain A	780 000		
Entrepôt	850 00		
Machinerie et équipements	1 200 000	Capital-actions	600 000
Matériel informatique	70 000		
Mobilier	100 000		
Brevets	900 000		
Marques de commerce	850 000		
Écart d'acquisition	4 500 000		
	11 650 000		11 650 000

Calcul de la taxe sur le capital de Fusionco

	$
Dette à long terme	11 050 000
Capital-actions	600 000
	11 650 000
Déduction pour placement	
600 000 $ x 11 650 000/11 650 000	(600 000)
Capital versé	11 050 000
Taux de la taxe sur le capital	0,60 %
Taxe sur le capital	66 300

ANNEXE L

Liste des documents requis pour la vérification diligente

N.B. Ce document est remis à des fins pédagogiques uniquement. Il ne constitue pas nécessairement une description exhaustive et exacte des points qui devraient être examinés dans le cadre d'une transaction particulière et ne devrait en aucun cas dispenser qui que ce soit d'obtenir les conseils juridiques, fiscaux ou autres qui pourraient être requis dans les circonstances.

La liste des documents requis pour la vérification diligente est transmise en début de dossier. Elle permet d'amasser l'information relative à la situation de la compagnie qui doit être analysée avant de procéder à la transaction désirée.

*** TOUS LES DOCUMENTS REQUIS POUR LA SOCIÉTÉ LE SONT ÉGALEMENT POUR SES FILIALES (LA SOCIÉTÉ ET SES FILIALES, CI-APRÈS « LA SOCIÉTÉ »)**

		Fourni	Non applicable
1.	**CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ**		
1.1.	Copie de l'acte constitutif de la Société et des clauses modificatrices, le cas échéant.	☐	☐
1.2.	Certificat d'attestation et de régularité de la Société et certificat de conformité (s'il s'agit d'une entreprise constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*).	☐	☐
1.3.	Déclaration d'immatriculation, toute déclaration annuelle et déclarations modificatives, le cas échéant.	☐	☐
1.4.	Liste des dénominations sociales utilisées par la Société.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
1.5.	Copie de tous les règlements de la Société.	☐	☐
1.6.	Liste des noms et adresses des administrateurs et officiers de la Société, avec leurs titres respectifs.	☐	☐
1.7.	Liste des noms et adresses des établissements ou places d'affaires de la Société.	☐	☐
1.8.	Une copie de tous les certificats d'actions annulés et en vigueur constatant les actions émises et en circulation ou ayant été émises et en circulation de la Société.	☐	☐
1.9.	Description de l'actionnariat de la Société, incluant le nom des actionnaires et le nombre et la catégorie des actions qu'ils détiennent et ajout des options.	☐	☐
1.10.	Tableau de la structure corporative de la Société et son historique.	☐	☐
1.11.	Livres des procès-verbaux de la Société et copie de tous les registres corporatifs (assemblées des actionnaires et des administrateurs, procès-verbaux des comités, registre des actionnaires, registre des transferts, etc.).	☐	☐
1.12.	Listes des sociétés dans lesquelles la Société détient des intérêts.	☐	☐
1.13.	Liste de toutes les juridictions dans lesquelles la Compagnie et ses filiales sont autorisées à faire affaire et preuves de ces autorisations.	☐	☐
1.14.	Copie de toute dispense obtenue d'une commission des valeurs mobilières quelconque par la Société et copie de tous les préavis en relation avec la *Loi sur la concurrence*.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
1.15.	Reconstitution de l'ensemble des transactions sur le capital-actions de la société cible : • émission d'actions; • rachat d'actions (CV légal, comptable, fiscal, PBR).	☐	☐
2.	**SITUATION FINANCIÈRE ET COMPTABLE**		
2.1.	Date de la fin de l'exercice financier de la Société.	☐	☐
2.2.	Confirmation des coûts du projet décrit à la lettre d'intention, le cas échéant.	☐	☐
2.3.	Copie des états financiers annuels consolidés et vérifiés de la Société pour les trois dernières années.	☐	☐
2.4.	Copie des états financiers internes non vérifiés et non consolidés les plus récents de la Société.	☐	☐
2.5.	Copie des déclarations d'impôt pour les quatre dernières années.	☐	☐
2.6.	Ventilation de l'impôt futur débiteur du bilan.	☐	☐
2.7.	Copie des résultats des dernières vérifications (impôt, taxes, salaires) ainsi que la date.	☐	☐
2.8.	Copie des résultats mensuels pour l'année courante et l'année précédente.	☐	☐
2.9.	Ventilation des frais généraux pour les trois dernières années.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
2.10.	Copie des budgets détaillés pour l'année courante et l'année précédente et comparaison avec les résultats réels.	☐	☐
2.11.	Copie des projections financières pour l'année courante.	☐	☐
2.12.	Copie des lettres de recommandation émises par les vérificateurs pour les trois dernières années.	☐	☐
2.13.	Copies des rapports d'impôt produits par la Société au cours des trois dernières années.	☐	☐
2.14.	Copie de toute correspondance avec les autorités fiscales, incluant notamment tout avis de cotisation pour les années non prescrites.	☐	☐
2.15.	Conciliation entre les avis de cotisation et les déclarations de revenus.	☐	☐
2.16.	Copie de toute correspondance avec les aviseurs externes incluant les factures d'honoraires pour les trois dernières années.	☐	☐
2.17.	Copie des mémos fiscaux relatifs à des réorganisations antérieures impliquant la société cible : • fusion; • liquidation; • dividendes intersociétés et revenus protégés; • différents formulaires de choix qui devraient avoir été produits (impôts et taxes).	☐	☐

		Fourni	Non applicable
2.18.	Copie des rapports TPS/TVQ pour les années non prescrites.	☐	☐
2.19.	Copie des rapports de déductions à la source pour les années non prescrites.	☐	☐
2.20.	Copie des demandes de décisions anticipées, des interprétations techniques et des décisions des tribunaux obtenues par la société cible (impôts et taxes).	☐	☐
2.21.	Copie des opinions et positions fiscales prises par les conseillers fiscaux de la société cible (fédéral/provincial/TPS/TVQ).	☐	☐
2.22.	Dates, périodes couvertes et résumé des dernières vérifications fiscales (fédéral/provincial/TPS/TVQ) effectuées par les autorités fiscales.	☐	☐
2.23.	Obtention des numéros d'entreprises et d'enregistrement de la Société (impôts et taxes).	☐	☐
2.24.	Copie des derniers états de compte fédéral et provincial à l'égard des acomptes provisionnels.	☐	☐
2.25.	Copie des avis d'opposition et avis de renonciation (*waiver*).	☐	☐
2.26.	Copie des derniers reçus pour taxes foncières et taxes d'affaires de la Société.	☐	☐
2.27.	Liste et description de toutes les dettes de la Société, incluant les billets et les débentures.	☐	☐
2.28.	Liste et description des dettes des actionnaires ou des filiales de la Société envers cette dernière.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
2.29.	Copie de la réalisation des points du plan stratégique ou plan d'affaires pour les trois dernières années.	☐	☐
2.30.	Mécanisme et nom du responsable de l'approbation des frais généraux.	☐	☐
2.31.	Mécanisme et nom du responsable de l'approbation des dépenses de nature capital.	☐	☐
2.32.	Mécanisme et nom du responsable de l'approbation des révisions salariales, des bonis et autres de même nature.	☐	☐
2.33.	Nom de la personne dûment autorisée à signer les baux et les crédits-bails.	☐	☐
3.	**RESSOURCES HUMAINES DE LA SOCIÉTÉ**		
3.1.	Copie de tous les contrats d'emploi et des contrats intervenus avec des sociétés de gestion détenues par des représentants et la clientèle.	☐	☐
3.2.	Organigramme de la Société et des divers services.	☐	☐
3.3.	Détails sur le nombre d'employés par service et par place d'affaires, c'est-à-dire rémunération, âge, ancienneté, avantages sociaux.	☐	☐
3.4.	Détail des bonis versés au cours du dernier exercice et date de leur paiement.	☐	☐
3.5.	Détails sur le profil des employés non conservés par le vendeur, c'est-à-dire genre d'emploi, rémunération, âge, ancienneté.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
3.6.	Copie du manuel des ressources humaines incluant les politiques relatives aux avantages sociaux, l'assurance collective, la cessation d'emploi.	☐	☐
3.7.	Détails relatifs au coût des programmes d'assurance collective incluant la répartition employeur-employé pour l'année courante et la dernière année.	☐	☐
3.8.	Copie des régimes de participation aux bénéfices et bonis aux employés et dirigeants.	☐	☐
3.9.	Copie des régimes de retraite en vigueur.	☐	☐
3.10.	Évaluation actuarielle des régimes de retraite au 31 décembre de la dernière année.	☐	☐
3.11.	Copie du régime d'option d'achat d'actions.	☐	☐
3.12.	Copie de l'entente d'échelonnement du traitement.	☐	☐
3.13.	Détails relatifs au syndicat, le cas échéant, c'est-à-dire nom du syndicat, représentant, convention collective.	☐	☐
3.14.	Liste de toutes les réclamations et primes payées à la CSST ainsi qu'une description de celles-ci.	☐	☐
3.15.	Rapport détaillé des accidents de travail des employés de la Société et des journées de travail perdues en regard de ces accidents.	☐	☐
3.16.	Liste des consultants actuels de la Société et de ceux des trois dernières années, de même que tous les contrats relatifs à ces consultants.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
4.	**ÉLÉMENTS FISCAUX**		
4.1.	Solde des comptes suivants : • CDC; • SCEM.	☐	☐
4.2.	Biens en immobilisation et biens en immobilisation admissibles : • retracer et examiner les acquisitions importantes effectuées par la société cible; • pour chacune de ces acquisitions, obtenir la date et le nom du vendeur; • déterminer si le vendeur avait un lien de dépendance avec la société cible. Dans l'affirmative, obtenir la catégorie fiscale du bien pour le vendeur et déterminer les impacts sur le coût du bien pour la société cible; • vérifier les contrats de location importants et leur traitement fiscal; • obtenir les politiques de capitalisation de la Société; • vérifier si les Formulaires TP-1086.R.23.12 ont été produits; • retracer et examiner les dispositions importantes effectuées par la société cible.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
4.3.	Obtention de la liste des provisions comptables et confirmation de leur traitement fiscal pour les années non prescrites.	☐	☐
4.4.	Revue des déclarations de revenus des années antérieures non prescrites.	☐	☐
4.5.	Obtention de la liste des pertes inutilisées (pertes autres qu'une perte en capital, perte agricole, perte agricole restreinte) pour le fédéral et pour chacune des provinces, établissement de leur source, détermination de leur échéance et corroboration aux documents pertinents.	☐	☐
4.6.	RS&DE :	☐	☐
	• vérifier la continuité des dépenses non réclamées de RS&DE et vérifier la continuité des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII »);		
	• vérifier le taux du CII en fonction des critères fiscaux applicables.		
4.7.	Vérification des règles d'acquisition de contrôle et de ses conséquences.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
4.8.	Autres éléments à considérer au moment de l'acquisition : • répartition du prix d'achat; • inventaire; • biens en immobilisation à dépréciation accélérée; • autres biens en immobilisation amortissables; • biens en immobilisation admissibles; • actifs non amortissables; • comptes à recevoir – choix de l'article 22 L.I.R.; • clause de non-compétition; • clause de capacité de gain; • déduction des frais d'intérêt pour faire l'acquisition; • certificat pour disposer des biens si le vendeur est non résident; • traitement des frais relatifs à l'acquisition.	☐	☐

5. EXPLOITATION DE LA SOCIÉTÉ

5.1.	Copie des documents attestant des subventions gouvernementales déjà obtenues et des sommes à recevoir.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
5.2.	Liste des permis gouvernementaux, municipaux et licences ou autres autorisations émises par une autorité gouvernementale et détenue pour l'exploitation de l'entreprise de la Société et de tout avis, lettre ou autre document relatif à la non-conformité de la Société à ses permis, autorisations et licences ainsi que tous permis d'exercice détenus par les actionnaires, les employés et les consultants.	☐	☐
5.3.	Liste de toutes les provinces, États ou pays dans lesquels la Société exerce ses activités, soit directement, soit par un intermédiaire ou un représentant.	☐	☐
5.4.	Liste des fournisseurs les plus importants; indiquer les autres sources d'approvisionnement possibles, s'il en est.	☐	☐
5.5.	Liste des institutions financières avec lesquelles la Société fait affaire, des comptes de la Société, des ententes bancaires et le nom des signataires autorisés.	☐	☐
5.6.	Liste des dix clients les plus importants avec le volume d'affaires.	☐	☐
5.7.	Politique sur la gestion des comptes clients (contrôle et suivi de la perception).	☐	☐
5.8.	Liste des comptes à recevoir avec leur âge; montant des créances douteuses pour la dernière année financière ainsi que pour le dernier mois de l'année en cours.	☐	☐
5.9.	Politique des comptes à recevoir et leur perception (examen de la conformité de cette politique).	☐	☐

		Fourni	Non applicable
5.10.	Politique sur l'établissement de la provision pour créances douteuses et approbation de la reddition des comptes.	☐	☐
5.11.	Liste des frais payés d'avance.	☐	☐
5.12.	Liste détaillée des comptes à payer par âge, par fournisseurs et autres.	☐	☐
5.13.	Description de la répartition des tâches entre la perception, l'envoi des relevés de compte et la comptabilisation des recettes.	☐	☐
5.14.	Description du contrôle interne sur la répartition des tâches au niveau bancaire et sur la réconciliation bancaire.	☐	☐
5.15.	Liste à jour des comptes créditeurs.	☐	☐
5.16.	Liste des garanties données par la Société sur ses produits, politique de prix, de rabais, de retour de marchandises et autres politiques appliquées dans le cas de plaintes de clients.	☐	☐
5.17.	Politique de contrôle de la qualité.	☐	☐
5.18.	Description technique de la téléphonie et de l'archivage et ententes avec les fournisseurs de ces services.	☐	☐
6.	**SYSTÈME D'INFORMATION**		
6.1.	Structure des bases de données.	☐	☐
6.2.	Description des logiciels d'application.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
6.3.	Liste des équipements informatiques achetés ou loués : centrale, réseau et micro-informatique.	☐	☐
6.4.	Ventilation des coûts informatiques : centre de données, développement, maintenance, amortissement et télécommunications.	☐	☐
6.5.	Dépenses capitalisées en informatique pour la dernière année financière ainsi que pour l'année en cours.	☐	☐
6.6.	Projets de développement informatique incluant le contrôle de ceux-ci.	☐	☐
7.	**ASSURANCES**		
7.1.	Attestation d'un courtier confirmant les couvertures d'assurance sur les biens meubles et immeubles ainsi que la responsabilité civile de la Société.	☐	☐
7.2.	Attestation d'un courtier confirmant les couvertures d'assurance relatives à la responsabilité des administrateurs.	☐	☐
7.3.	Attestation d'un courtier confirmant les couvertures d'assurance sur la vie requises.	☐	☐
7.4.	Détails de toute réclamation faite par la Société au cours des trois dernières années.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
8.	**BIENS, DROITS ET OBLIGATIONS DE LA SOCIÉTÉ**		
8.1.	Liste des immeubles appartenant à la Société avec pour chacun sa description, le dernier certificat de localisation, les titres de propriété, le dernier rapport de titres sur l'immeuble faisant état des actes de servitude ou autres droits affectant les immeubles, l'évaluation de la valeur marchande la plus récente obtenue par un évaluateur et l'évaluation environnementale	☐	☐
8.2.	Liste des actifs mobiliers.	☐	☐
8.3.	Liste de tous les brevets, droits d'auteur, marques de commerce, dessins industriels, informations confidentielles, procédés secrets ou *know-how* détenus ou utilisés par la Société et demandes y afférentes.	☐	☐
8.4.	Liste des placements détenus dans d'autres sociétés.	☐	☐
8.5.	Copie de toute opinion de titres, évaluations immobilières, rapports d'arpentage, avis juridiques, etc.	☐	☐
8.6.	Copie de tout avis d'expropriation.	☐	☐
8.7.	Copie de toute convention entre les actionnaires de la Société, *voting trust*, procuration irrévocable, contrat d'achat-vente et tous les contrats et engagements similaires pouvant affecter le transfert des actions à l'exercice de tout droit relatif à ces actions.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
8.8.	Liste de tous les contrats importants, obligations et engagements ainsi que tout avis de défaut reçu aux termes de ces contrats, obligations et engagements comprenant, notamment, sans limitation :	☐	☐
8.8.1.	Tous les contrats de franchise, de représentation, de licence, de distribution et de mandat.	☐	☐
8.8.2.	Tout contrat de prêt, de cautionnement, autres conventions accessoires au financement de la Société ou autres ententes bancaires.	☐	☐
8.8.3.	Tout document créant une sûreté, charge ou affectation sur les biens de la Société.	☐	☐
8.8.4.	Tout document créant une sûreté, charge ou affectation sur les actions de capital-actions de la Société.	☐	☐
8.8.5.	Tout document octroyant un droit d'achat ou un droit de souscription dans le capital-actions de la Société.	☐	☐
8.8.6.	Tous les baux en vigueur portant sur des meubles et immeubles, incluant les contrats de location concernant la flotte automobile, l'informatique, le système téléphonique, etc.	☐	☐
8.8.7.	Tout contrat dont les modalités sont modifiées par un changement de contrôle ou un changement d'actionnariat de la Société.	☐	☐
8.8.8.	Tout contrat de gestion relatif aux éléments d'actif de l'entreprise.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
8.8.9.	Toute transaction, tout contrat de service ou de gestion intersociétés ou tout contrat passé hors du cours normal des affaires, impliquant l'une ou l'autre des sociétés et une personne qui lui est liée pour les trois dernières années ainsi que pour l'année en cours.	☐	☐
8.8.10.	Tout contrat d'achat ou de vente d'actifs ou d'actions.	☐	☐
8.8.11.	Liste des transactions importantes survenues dans les cinq dernières années et copies des recueils de clôture et de tous les documents relatifs aux transactions importantes survenues dans les cinq dernières années.	☐	☐
8.8.12.	Tout document prévoyant des ententes de non-concurrence ou de confidentialité.	☐	☐
8.8.13.	Toute entente d'exploitation, d'association ou d'entreprise conjointe (*joint venture*) à laquelle la Société est partie.	☐	☐
8.8.14.	Tout contrat type utilisé par la Société.	☐	☐
8.8.15.	Tout contrat de services de la Société en vigueur.	☐	☐
8.8.16.	Toute entente d'arbitrage.	☐	☐
9.	**ENVIRONNEMENT**		
9.1.	Copie des permis, certificats et autres autorisations relatifs à l'environnement détenus pour chacune des installations ou en voie d'être obtenus concernant l'exploitation de l'entreprise.	☐	☐
9.2.	Copie de toute étude environnementale.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
9.3.	Copie de toute correspondance échangée entre la Société et les autorités municipales, provinciales ou fédérales en matière environnementale.	☐	☐
9.4.	Toute information concernant la disposition et le rejet de tous les déchets générés par les activités de la Société.	☐	☐
9.5.	Toute information concernant l'émission de contaminants.	☐	☐
9.6.	Liste des substances et produits dangereux utilisés par la Société.	☐	☐
9.7.	Politique environnementale.	☐	☐
10.	**LITIGES**		
10.1.	Liste de tous les litiges ou enquêtes pénaux, criminels, civils et administratifs, actuels et potentiels, pouvant impliquer la Société, ses actifs ou l'un ou l'autre de ses actionnaires.	☐	☐
10.2.	Copie de toute décision ou ordonnance d'un tribunal ou d'une autorité réglementaire impliquant la Société, ses actifs ou l'un ou l'autre de ses actionnaires.	☐	☐
10.3.	Copie des lettres de confirmation des conseillers juridiques adressées aux vérificateurs de la Société dans le cadre de la préparation des états financiers pour les trois dernières années.	☐	☐
11.	**DIVERS**		
11.1.	Liste de perte d'employés pour les deux dernières années.	☐	☐

		Fourni	Non applicable
11.2.	Liste de perte d'assurances.	☐	☐
11.3.	Détails sur les détournements, le cas échéant, pour les trois dernières années.	☐	☐
11.4.	Détails importants sur l'état de santé de personnes clés.	☐	☐
11.5.	Tout élément dont un acquéreur raisonnable voudrait prendre connaissance.	☐	☐